



Hukuk Fakültesinin Kuruluşunun
Yılına Armağan
The Fifth Anniversary of the Law Faculty

Cilt : II
Ocak – Aralık 2015

Vol. : II
January – December 2015

**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.**

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

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

Journal of the Faculty of law of Inonu University

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

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

İLETİŞİM ADRESİ:

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

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

www.inonu.edu.tr/hukuk

www.inonu.edu.tr/hukukdergi

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

*İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi*

*Journal of the Faculty of Law of
İnönü University*

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Yayın Kurulu Başkanı – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

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

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof.Dr. Arslan Kaya	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bilge Öztan	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erkan Küçükgüngör	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Erol Ulusoy	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof.Dr. Fatih Uşan	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Fırat Öztan	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Tahsin Fendoğlu	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan Seçkin Ozanoğlu	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail Kırca	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. K.Emre Gökyayla	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muharrem Özen	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet Demir	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet Özcan	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mertol Can	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Oguz Kürşat Ünal	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Süha Tanrıver	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Şahin Akıncı	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Tekin Memiş	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vahit Doğan	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Vedat Buz	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel Başpınar	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Zariye Şenocak	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. İpek Sağlam	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç.Dr. Müslüm Akıncı	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. İbrahim Durhan	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Bahar Öcal Apaydın	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Mete Erdem	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd.Doç.Dr. Josaph Zand	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIM İLKELERİ

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

PUBLICATION RULES

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

ÖNSÖZ

Kıymetli araştırmacılar,

Elinizde bulunan eser, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin, fakültemizin kuruluşunun 5. yılına armağan olarak çıkartılan özel sayısıdır.

Yükseköğretim Kurulu tarafından 01 Temmuz 2010 tarihinde 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 16. maddesinin (a) fıkrası hükmü uyarınca kurucu dekan olarak göreve atandım. 2010-2011 eğitim ve öğretim yılında öğrenci olarak eğitim ve öğretim hayatına başlayan fakültemiz, şimdiye kadar iki dönem mezun vermiştir. Bu sene sonunda da üçüncü dönem mezunlarımızı hukuk camiasına kazandıracak olmanın heyecanını yaşıyoruz.

Fakültemize bugüne kadar çokça emeği geçmiş ve hala fakültemiz dekan yardımcılığı görevini yürüten Doç. Dr. Hayri KESER ile yola çıkan fakültemizde, bugün 10 öğretim üyesi ve 35 araştırma görevlisi ile büyümeye ve geleceğe umutla bakmaya devam ediyoruz.

Türkiye'nin en iyi hukuk fakültelerinden biri olma hedefine ulaşmak için yola çıkan fakültemizde, bugüne kadar 20 adet ulusal ve 8 adet uluslararası sempozyum gerçekleştirdik.

Hukuk alanında güncel ulusal ve uluslararası akademik kaynaklara sahip olan Türkiye'nin en zengin ihtisas kütüphanelerinden birini, kurmuş olmanın kıvancını hep beraber yaşıyoruz.

Erasmus programı çerçevesinde, öğrenci ve öğretim üyesi değişimi amacıyla yurt dışındaki 7 ayrı üniversiteyle gerçekleştirdiğimiz işbirliği anlaşmaları sayesinde öğrencilerimizin ve öğretim elemanlarımızın yurt dışındaki üniversitelerde eğitim almaları ve ders vermelerine olanak sağlıyoruz.

Nihayet, göreve başladığımızda öncelik verdiğimiz ve yayına hazırladığımız Hukuk Fakültesi Dergisini, bugün Infobase İndeks'te ve Ulakbim veri tabanında taranan hakemli ve düzenli basılan bir dergi olarak siz araştırmacılara sunuyoruz.

Fakültemizin kuruluşunun 5. yılına armağan ettiğimiz bu özel sayıya gösterdiğiniz ilgiye teşekkür ediyor ve dergideki çalışmaların akademik camiaya faydalı olmasını umuyoruz.

Saygılarımla

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Kurucu Dekanı

İÇİNDEKİLER

CİLT 1

Yrd. Doç. Dr. Cafer EMİNOĞLU Arş. Grv. Mehmet ŞEKER	1-28
Bir Pay Sahipliği Girişimi Olarak Kurumsal Temsilci	
Yrd. Doç. Dr. Fevzi TOPSOY	29-66
Sigorta Primlerinin Zamanında Ödenmemesi ve Bu Nedenle Sigortacının, Gemi İpoteği Alacaklısına Karşı Tazminat Ödeme Borcundan Kurtulması	
Yrd. Doç. Dr. Neşe Baran ÇELİK	67-148
Türk Hukukunda Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunan veya Uluslararası Korumadan Yararlanan Yabancıların Hak ve Yükümlülükleri	
Yrd. Doç. Dr. Selin SERT	149-164
Türk Hukukunda Kadın Doğum Hastalıkları Hekimlerinin Gerçekleştirdiği Müdahaleler ve Hekimlerin Yükümlülükleri	
Yrd. Doç. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY	165-206
İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler	
Yrd. Doç. Dr. Yasemin DURAK	207-252
Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi	
Antonino Milazzo PhD.	253-286
Res in Commercio and Res Extra Commercio: Reflections of Romans Jurists and Categories of Modern Law	
Salvatore Antonio Cristaldi PhD.	287-314
Commediografi Latini e relativi modelli greci: qualche osservazione a margine ..	
Ögr. Grv. Ferhat YILDIRIM	315-340
“Judikatur und Textanalyse” Seda Küçükdeveci gegen Sewedex GmbH&Co. KG EuGH Urteil vom 19. Januar 2010 Rs. C-555/07	
Arş. Grv. Ayşe Aslıhan ERBAŞI ÇUHADAR	341-378
Uluslararası Nükleer Sorumluluk Rejimi Çerçevesinde Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu	
Arş. Grv. Ali TURAN	379-428
1815 Numaralı Trabzon Şer’iye Siciline Göre Hukuki Hayatta Kadın (1554-1558)	
Arş. Grv. Adem YELMEN	429-448
Yetkisiz Temsil	

Arş. Grv. Betül DURGEN – Arş. Grv. Adem YELMEN Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller	449-480
Arş. Grv. Burak BİLGE Gelişen Teknolojinin Doğurduğu Yeni Bir Suç Türü: Kredi Kartı (POS) Tefeciliği	481-520
Arş. Grv. Fulya KORKMAZ Adli Kontrol	521-542
Arş. Grv. Kürşat AKÇA Anayasa Mahkemesi Kararlarında Mülkiyet Hakkı	543-596
Arş. Grv. Volkan MAVİŞ Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunları	597-626
Zeynep SAYIMLAR Yasal Önalım Hakkının Kullanılmasını Etkileyen Bir Durum Olarak Fiili Taksim	627-652

CİLT II

Prof. Dr. Recep AKCAN Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler	653-664
Doç. Dr. Leyla ATEŞ Vergisel Bilgilerin Otomatik Değişimi Standardı ve Türkiye	665-682
Doç. Dr. Rauf KARASU 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sorumluluk Sigortalarına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi	683-706
Yrd. Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU Nükleer Enerji Santralleriyle ilgili Reklamların Düşündürdükleri: Çevreye İlişkin Beyanlar İçeren Reklamlar	707-722
Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI Mobbingin Psiko-Sosyal Sağlık ve İş Sağlığı Bakımından Sonuçları ve Mobbing Mağdurunun Başvurabileceği Hukuki Çareler	723-738
Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR LL.M. Tasarım ve Haksız Rekabet Hukuku Açısından Yedek Parçaların Korunması ve Türkiye'nin Ekonomi Politik Tercih Sorunu	739-774
Yrd. Doç. Dr. İdil TUNCER KAZANCI Yrd. Doç. Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN Mirasçılardan Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi:	775-808
Yrd. Doç. Dr. K. Berk KAPANCI Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Türk Lirası Üzerinden Belirlenmesinde TBK M. 344 F.1 C. Son'un Yorumlanması	809-834
Yrd. Doç. Dr. Mehmet HATİPOĞLU Çevre Korunmasında Avustralya'da Uygulanan İdari Yaptırım Türleri:..	835-876
Yrd. Doç. Dr. Öz SEÇER Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi	877-944
Yrd. Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN Önceki Vasiyetnamenin Geri Alınması Beyanı İçeren İkinci Vasiyetnamenin Üçüncü Bir Vasiyetname ile Geri Alınması	945-964
Arş. Grv. Harun YILMAZ Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Kapsamında İtiraz Usulü	965-986

Arş. Grv. Kürşat AKÇA	987-1020
Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu	
Arş. Grv. Seda KAYNAK	1021-1066
Cognitio Extra Ordinem'den Günümüze Delil ve İspat Yükü	
Arş. Grv. Sultan ÇAMAK	1067-1090
Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması	
Arş. Grv. Tacettin ÇALIK	1091-1134
Birleşmiş Milletler Organlarının İnsan Hakları ile İlişkisi	
Arş. Grv. Neslihan ÇUKADAR	1135-1150
İsviçre Federal Mahkemesinin Tüketici Kredisi Kanunu'ndaki Tüketici Kredisi Kavramının Sınırlarını Pragmatik Çoğulcu Yorum Yöntemi Kullanarak Belirlediği Kararı (KARAR ÇEVİRİSİ)	

CONTENTS

VOLUME I

Assist. Prof. Dr. Cafer EMİNOĞLU Research Assistant Mehmet ŞEKER	1-28
Corporate Representative as a Shareholding Initiative	
Assist. Prof. Dr. Fevzi TOPSOY	29-66
Non-Payment of Insurance Premiums on Time, and Therefore the Insurer's Get Away From Paying Insurance Indemnity to Ship Mortgagee	
Assist. Prof. Dr. Neşe Baran ÇELİK	67-148
The Rights and Obligations of The Foreigners Who are Applicants or Beneficiaries of International Protection in Turkish Law	
Assist. Prof. Dr. Selin SERT	149-164
Gynaecology diseases in Turkish Law Medical interventions performed by doctors and their obligations	
Assist. Prof. Dr. Gülsün Ayhan AYGÖRMEZ UĞURLUBAY	165-206
Einige Bemerkungen zur Straftat "Experiment und Versuch an Menschen"	
Assist. Prof. Dr. Yasemin DURAK	207-252
Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi	
Antonino Milazzo PhD.	253-286
Res in Commercio and Res Extra Commercio: Reflections of Romans Jurists and Categories of Modern Law	
Salvatore Antonio Cristaldi PhD.	287-314
Commediografi Latini e relativi modelli greci: qualche osservazione a margine ..	
Lecturer Ferhat YILDIRIM	315-340
"Judikatur und Textanalyse" Seda Küçükdeveci gegen Sewedex GmbH&Co. KG EuGH Urteil vom 19. Januar 2010 Rs. C-555/07	
Research Assistant Ayşe Aslıhan ERBAŞI ÇUHADAR	341-378
Nuclear Plant Operator's Civil Liability in the Framework of International Nuclear Civil Liability	
Research Assistant Ali TURAN	379-428
The Status of Women in Legal Life: According to Trabzon Sharia Register Number 1815 (1554-1558)	
Research Assistant Adem YELMEN	429-448
Agency Without Authority	

Research Assistant Betül DURGEN Research Assistant Adem YELMEN	
Application Area and Application Exclusions of Contract Status	449-480
Research Assistant Burak BİLGE	
THE POS USURY: A New Type of Crime Engendered by Developing Technology	481-520
Research Assistant Fulya KORKMAZ	
Judicial Control	521-542
Research Assistant Kürşat AKÇA	
Right of Property in The Decisions of The Constitutional Court of Turkey	543-596
Research Assistant Volkan MAVİŞ	
The Problems on Deception Element of The Crime of Fraud	597-626
Zeynep SAYIMLAR	
Actual Division as a Status Affecting The Legal Preemption Right	627-652

VOLUME II

Prof. Dr. Recep AKCAN Some Determinations About The Draft Bill Regarding Expertise	653-664
Assoc Prof. Dr. Leyla ATEŞ Automatic Changing Tax Information Standard and Turkey	665-682
Assoc Prof. Dr. Rauf KARASU An Analysis of Liability Insurance Provisions of The Turkish Commercial Code No: 6102	683-706
Assist. Prof. Dr. Başak BAŞOĞLU Thoughts on Advertising of The Nuclear Energy Powerplants: Environmental Advertising	707-722
Assist. Prof. Dr. Ertuğrul YUVALI Psychological Harassment in Workplace (Mobbing), Effects on Workers Psychosocial and Occupational Health and Legal Remedies Mobbing Victims Can Apply	723-738
Assist. Prof. Dr. Hamdi PINAR LL.M. Protection of Spare Parts in Terms of Design and Unfair Competition Law and Turkey's Problem of Political Economy Preference	739-774
Assist. Prof. Dr. İdil TUNCER KAZANCI Assist. Prof. Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN The Relationship Between Actio Paullana and The Actions Dedicated to The Protection of Creditors of Heirs	775-808
Assist. Prof. Dr. K. Berk KAPANCI Interpretation of the Art 344 para. 1 (2) TCO With Relation to the Determination of the Lease Price Agreed in Turkish Liras in Lease Contracts for Residential and Roofed Commercial Premises Concluded for Mord Than One Year	809-834
Assist. Prof. Dr. Mehmet HATİPOĞLU Administrative Sanctions for Environmental Protection in Australia	835-876
Assist. Prof. Dr. Öz SEÇER The Termination of Mandate Contract Related to Sui Generis Reasons ..	877-944
Assist. Prof. Dr. Zafer KAHRAMAN The Retraction of a Second Testament Which Has Already Revoked the First Testament	945-964
	965-986

Research Assistant Harun YILMAZ	
Appeal Procedure Within the Context of Right to Information Act	
Research Assistant Kürşat AKÇA	
Non-Responsibility of Administration on Damages Caused by Social Events	987-1020
Research Assistant Seda KAYNAK	
From the Cognito Extra Ordinem to Present: Evidence and Burden of Proof	1021-1066
Research Assistant Sultan ÇAMAK	
Limitation of Freedom of Expression in Accordance With European Court of Human Rights and the Constitutional Court	1067-1090
Research Assistant Tacettin ÇALIK	
Organs of the United Nations Relationship Between Human Rights	1091-1134
Research Assistant Neslihan ÇUKADAR	
Translation of the Swiss Federal Tribunal Decision.....	1135-1150

BİLİRKİŞİLİK KANUNU TASARISI TASLAĞI HAKKINDA BAZI TESPİTLER

Prof. Dr. Recep AKCAN¹

ÖZET

Bu çalışmanın konusu “Bilirkişilik Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Tespitler”dir. Çalışmada, Adalet Bakanlığı Sitesinde yayımı yapılan Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı incelenmiştir. Söz konusu Taslak’ta, bilirkişilik ile ilgili temel düzenlemeler yer almaktadır. Etkin ve verimli bir kurumsal yapı oluşturulmak amacıyla hazırlanan Taslak, bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi ve denetimine ilişkin usul ve esasların yer aldığı 20 maddeden oluşmaktadır. Bu kapsamda, öncelikle Taslak hakkında genel bilgiler sunulup, Taslağın sistematik yapısı hakkında açıklamalar yapılmıştır. Ardından Taslağın muhtevası hakkında maddeler halinde değerlendirmelerde bulunulmuştur. Nihayet genel kanaatimize ise, “Sonuç” kısmında yer verilmiş ve çalışma tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Bilirkişilik, Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı, Arabuluculuk.

SOME DETERMINATIONS ABOUT THE DRAFT BILL REGARDING EXPERTISE

ABSTRACT

The subject of this article is “Some Determinations in relation to The Draft Bill regarding Expertise”. The Content in the Draft Bill which was published on the web site of the Turkish Ministry of Justice, has been

¹ Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Öğretim Üyesi.

examined. The said draft contains basic regulations about expertise. The Draft was primarily prepared with the aim of providing an active and efficient institutional structure, is made up of 20 Articles which deal with qualification, education, selection and inspection of expertise. In this context, firstly, an over-all information about the Draft Bill is presented. Then the general contents of the Draft is set out. Finally our general opinion is placed in the “Conclusion.”

Keywords: Expertise, the Draft Bill about Expertise, Mediation

A. GİRİŞ

Bilirkişilikle ilgili bir kanun tasarısı taslağı hazırlanmıştır². Buna göre, bilirkişilikle ilgili genel bir düzenleme yapılmaktadır. Amaç, bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi ve denetimine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile bilirkişilik için etkin ve verimli bir kurumsal yapı oluşturulmadır (Taslak m.1/1).

Taslakda: Amaç ve kapsam (m.1), temel ilkeler (m.3), bilirkişilik üst kurulu ve görevleri (m.4-5), bilirkişilik bölge kurulları ve görevleri (m.6-7), daire başkanlığı ve görevleri (m.8), bölge kurulu kararlarına karşı itiraz ve dava hakkı (m.9), huzur hakkı (m.10), bilirkişiliğe kabul şartları (m. 11), bilirkişiliğe başvuru usulü ve sicile kayıt (m.12), bilirkişilik sicilinin ve listesinin tutulması (m.13), denetim ve inceleme (m.15) gibi konular düzenlenmektedir. Taslak 20 maddeden oluşmaktadır.

Bilirkişilik, uygulamada adalet komisyonlarınca oluşturulan listelerden seçilmektedir. Uygulamada, somut olayda dava arkadaşlığı var mıdır? Asli müdahale mümkün müdür? Gibi basit hukuki konularda bile bilirkişiliğe başvurulduğu görülmektedir. Bilirkişilik, hukukçu olan ve olmayan bazı emekli ve çalışan kişiler için bir kazanç kapısı, ek bir meslek olarak görülmektedir.

² Bkz. http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/bilirkisilik_tasarisi.pdf (E. T. 21.09.2015). Bu sayfada: “*Bilirkişilik Kanunu Tasarısı Taslağı*” ismiyle ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Bu sebeple, getirilmek istenen bu yeni düzenleme, metinde “Taslak” olarak belirtilecektir.

Bilirkişilerin, bazen kendini hakim yerine koyduğu ve bir karar şeklinde rapor hazırladığı; bazen bu şekildeki raporların, hakim tarafından talep edilebildiği; hakimlerin de, bu raporu aynen hükme esas alarak karar verebildikleri; uzun raporlarda muhtevanın tamamı yerine; sonuç kısmına bakıldığı gözlemlenmektedir.

Hakimlerin yükü, her geçen gün açılan yeni davalar sebebiyle, ağırlaşmaktadır. Dosyalara ayrılabilen vakit az olduğu için, hukuki konularda bile, bilirkişiye başvuru kaçınılmaz olmaktadır. Bu ve diğer sebeplerle, bilirkişilik konusunda yapılan hatalar bir temyiz (istinaf) sebebi olduğu için davalar usul ekonomisine aykırı olarak uzamaktadır.

Bilirkişilikle ilgili tüm hususlar, Taslağın muhtevasına dahil edilmemiştir. Bu düzenleme, yalnızca belli yargı çeşitlerine yöneliktir. Taslak adli, idari ve askerî yargı alanında yürütülecek her türlü bilirkişilik faaliyetini kapsamaktadır. Kanunlarda bilirkişilik yapabileceği öngörülen kurumlar ile bilirkişilik hizmeti veren kamu kurum ve kuruluşları Taslak kapsamı dışında tutulmuştur (m.1/2-3).

Taslak ile bilirkişilik, kurumsal bir çerçeveye alınmak istenilmektedir. Oluşturulmak istenen kurullar bunun işaretidir. Bilirkişilik üst kurulu (m.4), bilirkişilik bölge kurulları (m.6) gibi. Bu kurumlar istenen neticeleri sağlayabilir mi? Arabuluculuk Kurumunda da, benzeri kurulları görmek mümkündür. Örneğin, arabuluculuk kurulu gibi³. Arabuluculuk şu an istenilen düzeyde bir alternatif çözüm yolu olamamıştır. Gelecekte arabuluculuğun, dava sayısının azaltılması yönüyle olumlu bir etkisinin olması temenni edilmektedir.

Bilirkişiliğin, yıllardır kanayan bir yara olduğu, buna bir çeki düzen verilmesi gerektiği farklı eser ve toplantılarda vurgulanmıştır. Bilirkişilikle ilgili hususların belli bir kanunda toplanması gerekli midir? Bu Kanun yürürlüğe girmiş olsa, bilirkişilikle ilgili meseleleri çözebilecek midir? Bilirkişiye başvuru sonucunda verilen kararlar, adil yargılanma,

³ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 28, m.31-32.

usul ekonomisi ve diğer ilkelere ne ölçüde uygun olabilecektir? Gibi soruların cevaplanması gerekmektedir.

Bu Taslağın, Hukukumuzda bilirkişilikle ilgili hususlara derman olup olmayacağını tespiti ve Taslağa müspet katkıda bulunmak amacıyla bu inceleme yapılmıştır.

Bilirkişilikle ilgili düzenlemeler, Hukukumuzda mevzuatta farklı kanun ve diğer kurallarda yer almaktadır.

Örneğin, CMK⁴, HMK⁵, Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun⁶, Bankacılık Kanunu⁷, Kadastro Kanunu⁸, Karayolları Trafik Kanunu⁹ gibi.

Kanunlar yanında, bilirkişilik yönetmelikler ile de ayrıntılı olarak tanzim edilmiştir. Örneğin: Sayıştayca Bilirkişi Ve Uzman Görevlendirilmesine İlişkin Yönetmelik¹⁰, Oda Ve Borsalarda Hakem, Bilirkişi Ve Ekspertiz Listelerini Düzenleme Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik¹¹, Türk Mühendis Ve Mimar Odaları Birliği Bilirkişi Yönetmeliği¹² gibi. Bu son Yönetmelik yanında; ayrıca, Türk Mühendis Ve Mimar Odaları Birliği İçmimarlar Odası Bilirkişilik Yönetmeliği¹³, Türk Mühendis Ve Mimar Odaları Birliği Kimya Mühendisleri Odası Bilirkişilik Yönetmeliği¹⁴, Türk Mühendis Ve Mimar Odaları Birliği Makina Mühendisleri Odası Bilirkişilik Yönetmeliği¹⁵, Türk Mühendis Ve Mimar Odaları Birliği Tekstil Mühendisleri Odası Bilirkişilik

⁴ Bkz. 5271 sayılı Kanun m.62 vd.

⁵ Bkz. 6100 sayılı Kanun m. 266 vd.

⁶ Bkz. 6183 sayılı Kanun m. 81, m.91, m.109.

⁷ Bkz.5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 165 gibi.

⁸ Bkz.3402 sayılı Kanun m. 3 gibi.

⁹ Bkz. 2918 sayılı Kanun m. 83, m.99.

¹⁰ Resmi Gazete Tarihi: 17.12.2011. Resmi Gazete Sayısı: 28145.

¹¹ Resmi Gazete Tarihi: 12.09.2005. Resmi Gazete Sayısı: 25934.

¹² Resmi Gazete Tarihi: 05.05.2005. Resmi Gazete Sayısı: 25806.

¹³ Resmi Gazete Tarihi: 20.12.2011. Resmi Gazete Sayısı: 28148.

¹⁴ Resmi Gazete Tarihi: 27.08.2009. Resmi Gazete Sayısı: 27332.

¹⁵ Resmi Gazete Tarihi: 02.04.2009. Resmi Gazete Sayısı: 27188.

Yönetmeliği¹⁶, Türk Mühendis Ve Mimar Odaları Birliği Ziraat Mühendisleri Odası Bilirkişilik Yönetmeliği¹⁷ bulunmaktadır.

Bilirkişilik konusunun tebliğ ile de düzenlendiğini görmek mümkündür. Örneğin: Ulaştırma, Denizcilik Ve Haberleşme Bakanlığı Kaza Araştırma Ve İnceleme Kurulu Tarafından Bilirkişi Görevlendirilmesine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Tebliğ¹⁸ gibi.

İncelemenin muhtevasını genişletmemek için; Taslakta düzenlenen konuların hepsine değil, bazılarına ağırlık verilecektir.

Taslak, muhteva, şekil, kavram gibi bazı yönlerden tahlil edilebilir. İncelemede bu hususlara ayrı başlıklar olarak girilmeyecek ve genel değerlendirme yapılacaktır.

B. GENEL DEĞERLENDİRME

Taslakla ilgili olarak, aşağıda belirtilen bazı hususları tespit etmek mümkündür.

1. Madde 1/2'deki: “*Adli, idari ve askeri yargı*” ifadeleri yerine, “*tüm yargı çeşitlerinde*”¹⁹ ibaresinin gelmesi gerekir. Çünkü Hukukumuzda tartışmalı olmakla birlikte, anayasa yargısı, uyuşmazlık yargısı, seçim yargısı, denetim yargısı (Sayıştay) da bulunmaktadır. Anayasa yargısında da bilirkişilik mümkündür²⁰.

Yargı çeşitleri dışında da, bilirkişilik mümkündür. Örneğin, Adli Tıp Kurumu²¹, Avukatlık Kanunu²² gibi Bu durumda, kanun ismi ile maddeleri arasında çelişki vardır. Kanun, tüm bilirkişilikle ilgili hususları düzenlemediği için, ismi de değişmelidir. Örneğin “Bazı Yargı Çeşitlerinde Bilirkişilik Kanunu” gibi

¹⁶ Resmi Gazete Tarihi: 10.07.2010. Resmi Gazete Sayısı: 27637.

¹⁷ Resmi Gazete Tarihi: 13.07.2010. Resmi Gazete Sayısı: 27640.

¹⁸ Resmi Gazete Tarihi: 01.08.2015. Resmi Gazete Sayısı: 29432.

¹⁹ HMK m. 110'da “yargı çeşidi” kavramına yer verilmiştir. Mevzuattaki kavramlar, yeknesaklığın sağlanması için tercih edilebilir. Bu sebeple, maddede “yargı çeşidi” ibaresinin yer alması yerinde olacaktır.

²⁰ Bkz. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.62 gibi.

²¹ Bkz. 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu m.1, m.24, m.31 gibi.

²² Bkz. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 147, m.150 gibi.

2. Madde 3/1'deki bilirkişinin vasıflarına ilaveler olabilir. Bu maddede vasıflar: Dürüstlük, bağımsızlık, tarafsızlık ve objektif olmak şeklinde vurgulanmıştır. Bu husus, vasıfların kapsamının dar tutulması anlamında anlaşılabilir. Bilirkişi vasıflarının muhtevası geniş olmalıdır. Bu madde şu şekilde olabilir: “*Bilirkişi, görevini dürüstlük kuralları çerçevesinde bağımsız, tarafsız, objektif, adil, ahlaklı ve mevzuatın diğer ilke ve kurallarına uygun olarak yerine getirir*”.

3. Madde 3/3 ve 4'de yer alan, raporlarda hukuki sonuçların verilmesi ve hukuki konularda bilirkişiye gidilmesi uygulamada olağan hale gelmiş gibi gözükmemektedir. Hakimlerin, hukuki değerlendirmeler isteği ve hukuki konularda Yüksek mahkemelerin bilirkişiye başvuruyu teşvik ettiği gerçeği karşısında, bu ve diğer konuların bir müeyyideye bağlanması yerinde olabilir. Örneğin, bu konuların, hakimlinin disiplin sorumluluğunu gerektirdiği maddede vurgulanabilir. Taslak m.18/4 bu yönüyle isabetlidir.

Bilirkişilikle ilgili kuralların ihlali, bir temyiz (istinaf) sebebi olarak kabul edilebilir. Yıllardır, mevzuatta yasak olmasına rağmen, hukuki konularda değişik sebeplerle bilirkişiye gidilmektedir²³. Yasaklar koymak çözüm getirmemiştir.

Madde 11/3'e göre, hukukçular, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlıklarını ve gerekli şartları taşımalarını ispatı halinde, bilirkişilik yapabileceklerdir. Hukuki konularda hukukçuların bilirkişilik yapmaları yasaklanmıştır. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu ve birinci fıkradaki şartları taşıdığını belgelendirdiği takdirde bilirkişi olarak sicile kayıt edilebileceklerdir (m.11/3). Buna rağmen, hukuki konularda bilirkişilik yolunun kapanması için, başka çözümler üretilmelidir. HUMK'nun ve HMK'nun yürürlüğü süresince hukuki konularda bilirkişiliğe başvuru devam etmiş ve etmektedir. Hukuki konularda, hukukçular “uzman hukukçu” olarak nitelendirilip, bilirkişi olarak seçilmektedir.

²³ Bkz. HUMK m. 275; HMK m.266.

Hukukçuların, bilirkişi olup olamayacağı değişik veçheleriyle tartışılabilir. Mevzuatta yasak olmasına rağmen, uygulamada yıllardır, öğretim üyesi, avukat gibi hukukçular farklı sıfatlarla resen veya talep üzerine bilirkişi seçilmektedirler. Yargıtay'ın, hukuki konularda hukukçuların bilirkişi seçilmesini teşvik eden kararları vardır. Taslak ile yasak konulmak istenmektedir. Fakat mevzuat ile uygulama arasında hep çelişki olmuştur. Uygulamada dosyaların çokluğu ve hukuki konuların çetrefilli olması sebebiyle, başvuru devam etmektedir.

Kalıcı çözümler üretmenin zamanı gelmiştir. Hukuki konularda bilirkişiye başvuran hakimlerin kararları, usule aykırı kabul edilip, istinaf veya temyiz sebebi kabul edilebilir. Hakimin disiplin sorumluluğuna hükmedilebilir. Yardımcı hakim kurumu ihdas edilip, hukuki konular bunlara çözümlenebilir. Bilirkişilik yapan hukukçulara da, ilgili mevzuatlarında bazı müeyyideler öngörülebilir. Örneğin Avukatlık Kanunu gibi Mahkeme dışı çözüm yollarının çoğalması için gereken çareler geliştirilebilir. Örneğin, bazı durumlarda arabuluculuğa mecburi başvuru usulünün kanunlarda kabulü gibi.

4. Madde 3/5, bilirkişinin bizzat görevini kendisinin ifası ile ilgilidir. Uygulamada, bilirkişiliği meslek haline getirmiş, kalemleri dolaşan, hakimleri ziyaret eden kişiler vardır. Bunlara bilirkişiliğin tevdi halinde, çok dosyalardan dolayı ya rapor süresi gecikmekte veya bürodaki uzman olmayan diğer elemanlara dosya verilmektedir. Bunun için, başkalarına tevdi halinde bir müeyyide veya bilirkişilere verilecek dosyaların sayısında bir sınırlama getirilme düşünülmelidir. Rapor teslim edilmeden, yeni bir dosya verilmeyebilir.

5. Madde 3/6'daki, bilgi, belge, öğrendiği sır kavramları özdeş anlamları ihtiva eder niteliktedir. Öğrenilen sır, bilgidir. Bu bilgi, dosya kapsamından veya haricin öğrenilen her türlü husus olabilir. Belge kavramı geniştir. Yazılı veya yazılı olmayan verileri, elektronik ortamdaki verileri ve bunlara benzeyen bilgi taşıyıcılarını ihtiva etmektedir (HMK m. 199). Bu sebeple, bu maddenin ilk cümlesi şu şekilde olabilir:

“Bilirkişi görevi sebebiyle kendisine tevdi edilen dosyayla ilgili her türlü surların gizliliğini sağlamakla yükümlüdür”.

6. Özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişiliği (m.2/1-a, m.5/1-j) hususunda, Taslakda iki yer dışında hüküm yoktur. Özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişiliği daha netleştirilmelidir. Uygulamada, kamu hukuku tüzel kişileri de bilirkişilik yapmaktadır²⁴.

6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu m. 4 hükmü şu şekildedir: “Bu Kanunda belirtilen görevleri yerine getirmek amacıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz, özel bütçeli ve merkezi Ankara’da bulunan Kamu Denetçiliği Kurumu kurulmuştur”.

Aynı Kanunun 19. Maddesi ise şu şekildedir:

- 1) “İnceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak Başdenetçi veya denetçiler bilirkişi görevlendirebilir.
- 2) 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümleri saklı kalmak üzere, bilirkişi olarak görevlendirilen kamu görevlilerine her inceleme ve araştırma konusu için (1.000), diğer kişilere her inceleme ve araştırma konusu için (2.000) gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak miktarı geçmemek üzere görevlendirmeyi yapanın kararı ile bilirkişi ücreti ödenir. Bu ödemeler, damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz.
- 3) İnceleme ve araştırma konusu ile ilgili olarak Başdenetçi, denetçiler veya uzmanlar tanık ya da ilgili kişileri dinleyebilir”.

²⁴ Örneğin: 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu m. 1 şu şekildedir: “Adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak, (Ek ibare: 19/2/2003-4810/1 md.) adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı programları ile görev alanına giren konularda diğer adli bilimler alanlarında sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek ve bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak üzere Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumu kurulmuştur.

Adalet Bakanlığınca Kuruma bağlı olarak Adli Tıp Kurumu grup başkanlıkları veya şube müdürlükleri kurulabilir. Adli Tıp Kurumu grup başkanlıkları bünyesinde bir veya daha çok adli tıp ihtisas dairesi bulunur”.

Özel hukuk tüzel kişilerinin bilirkişiliği ticari şirketleri beraberinde getirir, tarafsızlık ihlalleri yaşanabilir.

Tüzel kişiler, bilirkişi olmamalıdır. Çünkü tarafsızlık gibi ilkeler ihlal edilebilir. Mevcut düzenlemeler ile kamu hukuku tüzel kişileri bilirkişilik yapmaktadırlar. Taslak ile özel hukuk kişileri de bilirkişilik yapabilecektir. Böylece, bilirkişilik ticari şirketleri ortaya çıkacaktır. Bunun sonucunda, bilirkişi şirketleri oluşacaktır. Bu şirketler arasında rekabet olabilecek; tarafsızlık ve bağımsızlık gibi hukukun önemli ilkeleri tehlikeye girebilecektir.

7. Madde 3/8, uzmanlık, özel bilgi, teknik bilgi kavramları birlikte yer almıştır. Özel veya teknik bilgi, uzmanlık olduğu için, madde şu şekilde olabilir: *“Çözümü, uzmanlığı gerektiren husus net olarak belirtilmeden bilirkişi görevlendirilemez”*.

8. Madde 3/9, aynı konuda bir kez rapor alınması esasını düzenlemiştir. Bu rapor kendi içinde çelişkili ise, ek rapor alınabilir veya yeniden ikinci kez bilirkişiye başvurulabilir. Bu iki raporlar arasında çelişki varsa, üçüncü kez bilirkişiye gidilemeyecek mi? Yargıtay’a göre, beşinci kez bilirkişiye başvuru mümkündür. Bu madde ile uygulamayı ortak bir yerde buluşturmak gerekmektedir. Bu sebeple, madde şu şekilde kaleme alınabilir: *“Kural olarak aynı konuda bir kez bilirkişiye başvurulabilir. Ancak, gerekmesi halinde gerekçesi belirtilerek en fazla üç kez bilirkişiye gidilebilir”*.

9. Madde 3/10 hükmü şu şekilde olabilir: *“UYAP veya buna dahil bilişim sistemleri ya da yazılımlar vasıtasıyla ulaşılabilen bilgiler veya çözülebilen konularda bilirkişiye başvuru yapılamaz. Sözü edilen yazılımlar, UYAP sistemine dâhil edilmiş olmalıdır”*.

UYAP kısaltması artık hukukçular, bilirkişiler ve diğer mahkeme görevlileri arasında bilinen bir kısaltma olduğu için, tam olarak yazılmasına gerek yoktur.

Taslaklarda, entegre gibi kelimeler yerine, kendi kelimelerimizi, Anayasa dilini tercih etmek, kanun metinlerinin anlaşılması adına daha yararlı gözükmektedir. Bu dil hususu, Taslağın tümünde gözetilmelidir.

10. Madde 4/2-f’de yer alan, ceza hukuku ve idare hukuku alanlarında ifadesi yerine, kamu hukuku demek isabetli olacaktır. Ceza hukuku ve idare hukuku, bir kamu hukuku alanıdır. Maddede, özel hukuk kavramı yanında, kamu hukuku ibaresi bir bütünlük teşkil edebilir. Fakat özellikle ceza veya idare hukukçusu isteniyor ise, bunlar maddede aynen kalabilir.

11. Madde 5/c, m.7/1-e, m. 14/1-c, m. 15/4’de yer alan “etik” kavramı yerine, “ahlak” kavramına yer verilmesi daha etkili olabilir. Çünkü, ahlak kavramı daha kapsamlıdır ve insanlar üzerinde kelime olarak daha tesirli görünmektedir.

Bilirkişiler kanun, yönetmelik ve ahlaki kurallar içinde çalışmalıdır. Bilirkişi tarafsız, dürüst olmalıdır. Raporlar, hiçbir etki altında kalınmadan hazırlanmalıdır. Bilirkişi, iş ahlakına haiz olmalı, sabırlı, dikkatli, özenli, güvenilir ve diğer insani vasıflara haiz olmalıdır.

12. Raporların nasıl olması gerektiğine dair bir madde olmalıdır. Raporlar, hakimi yönlendirmeye yönelik olmamalıdır. Örneğin: Raporlar, net, çelişkiden uzak, sonuç ve metin birbiriyle uyumlu, kesin tespitleri içermelidir.

Madde 3/3 şu şekildedir: “*Bilirkişi, raporunda çözümü, uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamaz; hukukî nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz; uyuşmazlığın esasını çözecek nitelikte hukukî sonuçlar çıkaramaz*”.

Madde 3/9: “*Aynı konuda bir kez rapor alınması esastır*”.

Madde 14/1-b ve c şu şekildedir: “*b) Kanunî bir sebep olmaksızın bilirkişilik yapmaktan kaçınması veya raporunu belirlenen süre içinde mazeretsiz olarak vermemesi. c) Bilirkişilik görevi ile bu görevin gerektirdiği etik ilkelerle bağdaşmayan, güven sarsıcı tutum ve davranışlarda bulunması*”.

Madde 5/1 ç uyarınca, raporlarla ilgili olarak bu görev, bilirkişilik üst kuruluna bırakılmıştır. Madde şu şekildedir: “*Temel ve alt uzmanlık alanlarına göre bilirkişilerin uyacağı rehber ilkeleri ve hazırlayacağı raporların standardını belirlemek*”.

Bilirkişi raporu ile ilgili hususlar farklı maddelere serpiştirilmiştir. Bu raporlar önemlidir. Uygulamada, kararların bilirkişi raporları çerçevesinde olduğu görülmektedir. Rapora; aynen alınma yerine, gerekçe gösterilerek ilgili kısımlar tırnak içine alınarak kararda yer verilmesi mümkündür. Raporun nasıl olması gerektiği verilen ara kararda belirtilmelidir. Bunun için raporun muhtevası, ayrı bir madde ile tanzim edilmelidir.

Raporda ilgili süre, aydınlatılması gereken hususlar, gerekçeli olması ve diğer yönler net bir şekilde mevzuatta ve bilirkişi görevlendirme kararında belirtilir ise; usul ekonomisi, adil yargılanma hakkı ve diğer ilkeler tecelli edecektir.

13. Aynı bilirkişiler seçilmemelidir. Uygulamada, bazı mahkemelerin aynı bilirkişileri değişik nedenlerle tercih ettiği gözlemlenmektedir. Bilirkişi listesinde olmasına rağmen, hiç görev almayanlar bulunmaktadır. Bilirkişi ve hakim görüşmesi, duruşmada sözlü izah dışında, istisnai bir durum olmalıdır.

14. Kurula seçilecek avukatın bilirkişilik konusunda uzmanlığı gibi bir ölçüt yoktur (m.6/2-c). Madde şu şekilde olabilir: “*Bölge kurulunun bulunduğu il barosu yönetim kurulunca o il barosuna kayıtlı bilirkişilik konusunda uzman avukatlar arasından seçilecek bir kişi*”.

15. Madde 3/2 uyarınca: “*Bilirkişi taraflarla görüşemez; taraflardan ihtiyaç duyduğu bilgiyi hâkim veya Cumhuriyet savcısı vasıtasıyla temin edebilir; zorunluluk bulunması halinde hâkim veya Cumhuriyet savcısının uygun görmesi şartıyla ve iki tarafın da hazır olduğu bir ortamda taraflarla görüşebilir*” hükmü mevcuttur. Bu şekildeki bir hükmün, usul ekonomisine aykırı sonuçlar ortaya çıkarmaması, tarafsızlığın sağlanması ve adil yargılanma hakkı gibi ilkelerin tecellisi için üzerinde tekrar düşünmek gerekir. Çünkü bilirkişilere başvuru sayısı fazla, hakimlerin yükü ağırdır. En azından bu görüşmenin zamanı ve diğer hususlar tutanakla kayıt altına alınmalıdır. Aynı mahkeme hakimlerinin ve dosyaya bakan savcılarının gözetiminde olması gerekir.

SONUÇ

Bilirkişilik konusunda ayrı bir kanuna ihtiyaç vardır. Yıllardır bu düşünülmesine rağmen bir türlü gerçekleştirilememiştir.

Binlerce insan bu mesleği yapmaktadır. Emekli olmuş veya çalışmakta olmasına rağmen, hukukçu olan ve olmayanların bu meslekle iştigal ettikleri bir gerçektir.

Meslekle ilgili yıllardır şikâyetler vardır. Bu şikâyetler her geçen gün artmakta, insanlar, hukukçular bunları eserlerle veya sözlü olarak dile getirmektedir. Yüksek Mahkeme kararlarında da, bilirkişilikle ilgili yanlışlıkların dile getirilmesi bu şikâyetlerin bir başka örneğidir denilebilir.

Bilirkişilik ile ilgili düzenlemeler kanun, yönetmelik ve tebliğ gibi mevzuatta değişik yerlere dağılmıştır. Bunlar arasında bağı kuracak ve bilirkişilik ile ilgili şikâyetleri nihayete erdirebilecek bir kanun gereklidir.

Bu kanun hazırlanırken, uygulamanın içindeki bilirkişilerin, mahkeme kaleminde çalışanların, yargı görevlilerinin görüşlerinin alınması, Yargıtay ve diğer Yüksek Mahkeme kararlarının taranıp aksayan yönlerin tespiti gerekir.

Yabancı hukuktaki düzenlemelere de bakmak yararlı olacaktır. Evrensel niteliklere haiz bir bilirkişi kanunu hazırlanmalı ve diğer ülkelere örnek olmalıdır.

VERGİSEL BİLGİLERİN OTOMATİK DEĞİŞİMİ STANDARDI VE TÜRKİYE

Doç. Dr. Leyla Ateş*

Özet

Vergi idarelerinin dar mükelleflere ya da yurtdışında gelir elde eden tam mükelleflere ulusal vergi yasalarını uygulama kapasitesi, ülke sınırlarının ötesindeki bilgilere ulaşılabilmesine bağlıdır. Birçok ülke idaresi çeşitli yasal düzenlemelerle vergisel bilgiye ulaşmasını sağlayacak geniş yetkilerle donatılmıştır. Türk vergi idaresi de bu idareler arasındadır. Ancak sınıraşan kişi, varlık ya da işlemler söz konusu olduğunda vergi idarelerinin söz konusu yetkileri gücünü kaybetmektedir. Çünkü elde etmek istedikleri sınırlarının dışındaki vergisel bilgiler, kendileri için doğrudan ulaşılabilir değildir. Devletler, bu bilgileri kendilerine sağlayabilecek yabancı aktörler karşısındaki güçlerinin hukuki ve pratik sınırlarını kabul etmeye mecburdur. Bu durum, çokuluslu ve değişken sermaye ve emek hareketlerine kendi vergi yasalarını uygulayabilmeleri için, vergi idarelerinin diğer ülke vergi idareleri ile işbirliğine gitmesini ve ulusötesi kuruluşlar ve ağlar oluşturmak için çalışmalar yapmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Bu makalede ulusötesi vergisel idari işbirliği çalışmalarının son çıktısı olan otomatik bilgi değişimi standardı ele alınacaktır. Makalenin amacı Türkiye'nin yeni uluslararası standarda uyumunu değerlendirmektir.

Anahtar Kelimeler: Otomatik bilgi değişimi, ulusötesi vergisel işbirliği, ortak raporlama standardı, yetkili makam anlaşması, çifte vergilendirme anlaşmaları

* İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi, Mahmutbey Dilmenler Cad. No. 26, Bağcılar/İstanbul, 0212 604 01 00 (Dahili: 4012), leylaates@hotmail.com. 20-24 Mayıs 2015 tarihleri arasında Antalya'da düzenlenen 30. Türkiye Maliye Sempozyumunda görüş ve eleştirileriyle çalışmaya katkıda bulunan katılımcılara teşekkürü borç bilirim.

AUTOMATIC CHANGING TAX INFORMATION STANDARD AND TURKEY

Abstract

The capacity of tax administration to enforce national tax laws in respect of limited liable taxpayers or full liable taxpayers having foreign income is associated to access beyond borders. Many countries' tax administrations are equipped with broad powers to ensure access to tax information by various regulations. The Turkish tax administration is also among these administrations. However, the tax administrations lose those powers in the case of labour, assets or transactions are across borders. Because the information they want to access is not directly available to them. Governments must contend with legal and practical limits on their powers over against foreign actors who will provide the information. Therefore national tax administrations must cooperate with administrators from other countries and work to build transnational institutions and networks that give them capacity to access cross-border tax information. This article discusses automatic exchange of information standard, the last output of transnational tax administrative cooperation. The purpose of this paper is to examine the compliance of Turkey with the new standard.

Keywords: Automatic exchange of information, transnational tax cooperation, common reporting standard, competent authority agreement, double tax treaties

Giriş

Vergi idarelerinin dar mükelleflere ya da yurtdışında gelir elde eden tam mükelleflere ulusal vergi yasalarını uygulama kapasitesi, ülke sınırlarının ötesindeki bilgilere ulaşılabilmesine bağlıdır. Birçok ülke idaresi çeşitli yasal düzenlemelerle vergisel bilgiye ulaşmasını sağlayacak geniş yetkilerle donatılmıştır¹. Türk vergi idaresi de bu idareler

¹ Kristoffersson E./Pistone P. "General Report", Tax Secrecy and Transparency: The Relevance of Confidentiality in Tax Law içinde (editörler) Kristoffersson E, Lang M,

arasındadır². Ancak sınıraşan kişi, varlık ya da işlemler söz konusu olduğunda vergi idarelerinin söz konusu yetkileri gücünü kaybetmektedir³. Çünkü elde etmek istedikleri sınırlarının dışındaki vergisel bilgiler (*extraterritorial tax information*), kendileri için doğrudan ulaşılabilir değildir. Devletler, bu bilgileri kendilerine sağlayabilecek yabancı aktörler karşısındaki güçlerinin hukuki ve pratik sınırlarını kabul etmeye mecburdur⁴. Bu durum, çokuluslu ve değişken sermaye ve emek hareketlerine kendi vergi yasalarını uygulayabilmeleri için, vergi idarelerinin diğer ülke vergi idareleri ile işbirliğine gitmesini ve ulusötesi kuruluşlar ve ağlar oluşturmak için çalışmalar yapmasını kaçınılmaz kılmaktadır⁵. Ulusötesi vergisel idari işbirliği çalışmalarının son çıktısı Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı Konseyince (*Organization of Economic Cooperation and Development ya da OECD*) 15 Temmuz 2014 tarihinde onaylanan “Vergisel Konularda Finansal Hesap Bilgilerinin Otomatik Değişimi Standardı” ya da Standart’dır⁶.

Otomatik bilgi değişimi (*automatic exchange of information*), “mükelleflerin gelirleri hakkındaki çeşitli bilgilerin (temettü, faiz, maaş gibi) önemli miktarlarda ya da toplu olarak, kaynak ülkeden ikametgâh

Pistone P, Schuch J, Staringer C, Storck A, C. 2, PL Academic Research, Frankfurt am Main, 2013, s. 6-12; Dean S., “The Incomplete Global Market for Tax Information”, Boston College Law Review, 2008, Vol. 49, s. 612-625.

² Ferhatoğlu E. “Turkey”, Tax Secrecy and Transparency: The Relevance of Confidentiality in Tax Law içinde (editörler) Kristoffersson E, Lang M, Pistone P, Schuch J, Staringer C, Storck A, C. 2, PL Academic Research, Frankfurt am Main, 2013, s. 1142-1147.

³ Stewart M., “Transnational Tax Information Exchange Networks: Steps towards a Globalized, Legitimate Tax Administration”, World Tax Journal, 2012, Vol. 4:2, s. 154.

⁴ Dean, s. 607.

⁵ Stewart, Transnational Tax, s. 152).

⁶ Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, bk. OECD, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, Paris, 2014. Vergi idareleri arasında, çalışmamızda odaklanılan vergisel bilgi değişiminde işbirliği dışında, vergi incelemesi, vergi uygulaması ve vergi tahsilatı ile idare ve çokuluslu işletmeler arasında ilişkiler kurma ve yönetmeyi içeren diğer idari işbirliği türleri de gün geçtikçe artmaktadır, bk. Stewart, Transnational Tax, s. 153.

ülkesine sistematik ve periyodik bir biçimde gönderilmesidir.”⁷ Bir yetkili makamın diğer bir yetkili makamdaki belli bir bilgiyi istediği “talep üzerine bilgi değişimi” (*exchange of information on request*) ve yetkili makamlar arasında bir bilgi isteği olmaksızın gerçekleşen “kendiliğinden bilgi değişimi” (*spontaneous exchange of information*) ile birlikte geleneksel bilgi değişiminin üç türünden biridir⁸. Mükelleflerin yabancı memleketlerde elde ettikleri kazançları doğru beyan edip etmediklerinin, gelirin elde edildiği kaynak ülkeden alınan bilgiler ile mukim olunan ülkedeki mükellef bilgileri karşılaştırılmak suretiyle tespitini amaçlar⁹. Otomatik bilgi değişimi ulusötesi vergisel işbirlikleri kapsamında uzun yıllardır var olmakla birlikte,¹⁰ yeni uluslararası standart haline gelmesi¹¹ offshore vergi kayıp ve kaçığı ile mücadelenin temel aracı kılındığını göstermektedir. Standart ile finansal bilgilerin otomatik değişimi ortak bir zemine bağlanarak bilgi değişiminin işleyişindeki etkinliğin artırılması ve bu değişime aracı kılınan finansal kuruluşların maliyetlerinin düşürülmesi hedeflenmiştir¹². Ülkemizin üyesi bulunduğu OECD Şeffaflık ve Vergisel Amaçlı Bilgi Değişimi Küresel Forumu¹³ ya da OECD Küresel Forumu’nun yeni standardı desteklediğini açıkladığı 28-29 Ekim 2014 Berlin toplantısında, Türkiye gerekli hukuksal düzenlemeleri tamamlayarak, 2018 yılından itibaren finansal hesap bilgilerini otomatik olarak karşılıklı değişime tabi tutacağını taahhüt etmiştir¹⁴. Dahası OECD Küresel Forumu üyesi tüm ülkelerin 2015 yılı içerisinde otomatik bilgi

⁷ Öner C., Uluslararası Alanda Vergi İdareleri Arası Bilgi Değişimi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 76.

⁸ Öner, Bilgi Değişimi, s. 71 vd.

⁹ Parida S., “Automatic Exchange of Information. Exchange of Information for Tax Purposes” içinde (editörler) Günther O C, Tüchler N, Linde, Wien, 2013, s. 425.

¹⁰ Bk. 1. Bölüm.

¹¹ Bk. 2. Bölüm.

¹² OECD Standard, s. 10.

¹³ Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes.

¹⁴ OECD, 7th Meeting of the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. Berlin, Germany, 28-29 October 2014, para. 5, Annex 2, <http://www.oecd.org/tax/transparency/statement-of-outcomes-gfberlin.pdf>.

değişimi uygulama planını açıklaması beklenmektedir¹⁵. Dolayısıyla, Türkiye'nin otomatik bilgi değişimi standardına uyum sürecine ilişkin planına bu yıl ulaşmak mümkün görünmektedir. Bundan hareketle, makalenin ilk bölümünde otomatik bilgi değişiminin genel hukuksal dayanakları, ikinci bölümünde otomatik bilgi değişiminin uluslararası bir standart olarak kabulü, üçüncü bölümünde ise Türk Hukukunun otomatik bilgi değişimi uluslararası standardına uyumu incelenecektir.

1. Otomatik Bilgi Değişiminin Hukuksal Dayanakları

Ulusötesi vergisel idari işbirliği çalışmalarının (*transnational tax administration cooperation*) geçmişi, 1843 yılında Fransa ve Belçika arasında imzalanan ilk iki taraflı vergi anlaşmasına kadar götürülmektedir¹⁶. Esasen bilgi değişimini ilişkin olan anlaşma, mülkiyete ilişkin belge ve bilgilerin vergisel amaçlarla tapu idareleri arasında değişimini öngörmüştür¹⁷. Ancak ulusötesi vergisel bilgi değişiminin yaygın hukuki dayanağını, çifte vergilendirme anlaşmaları (*double tax treaties*) adıyla bilinen iki taraflı uluslararası anlaşmalarda benimsenen hükümler oluşturmaktadır¹⁸. Günümüzde yürürlükte olduğu tahmin edilen 3000'den fazla çifte vergilendirme anlaşmasının birine ya da diğerine dayandığı iki anlaşma modelinin, yani OECD Modelinin¹⁹ ve BM Modelinin,²⁰ 26. maddesi bilgi değişimi talep ve koşullarına özgülüştür²¹. Söz konusu modeller temelini Milletler Cemiyeti'nin 1921'de başlayan çalışmalarında bulmaktadır. Milletler Cemiyeti

¹⁵ OECD Meeting, para. 5.

¹⁶ Stewart, *Transnational Tax*, s. 154; Yaltı B., *Uluslararası Vergi Anlaşmaları*, Beta Yayınları, İstanbul, 1995, 36.

¹⁷ Jogarajan S., "Prelude to the International Tax Treaty Network: 1815-1914 Early Tax Treaties and the Conditions for Action", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, Vol. 31(4), s. 687.

¹⁸ Stewart, *Transnational Tax*, s. 159.

¹⁹ OECD Model Tax Convention on Income and Capital (OECD Gelir ve Servet Hakkında Vergi Anlaşması Modeli).

²⁰ United Nations Model Double Tax Convention between Developed and Developing Countries (Birleşmiş Milletler Gelişmiş ve Gelişmekte Olan Ülkeler Arasında Çifte Vergi Anlaşması Modeli).

²¹ Schenk-Geers A. C. M., *International Exchange of Information and the Protection of Taxpayers*, Eucotax, 2009, s. 79-80.

uzmanlarınca 1926 ve 1927 yıllarında hazırlanan dört model anlaşma, 1928 yılında hükümet uzmanlarının genel kurul toplantısında kabul edilmiştir²². Bu model anlaşmalardan biri olan “Vergilendirme Konularında İdari Yardımlaşma Sözleşmesi”²³ hem talep üzerine bilgi değişimini hem de taşınmaz mülkiyeti gibi belli kategorilerle ilgili olarak otomatik bilgi değişimini öngören hükümler içermiştir²⁴. Milletler Cemiyeti’nin 1943 Meksika ve 1946 Londra vergi anlaşması modelleri de benzer hükümler taşımaktadır²⁵. İkinci Dünya Savaşı sonrası OECD tarafından yürütülen vergi anlaşması çalışmalarında ise ayrı idari yardımlaşma anlaşması yaklaşımı terk edilerek, idareler arası vergisel işbirliği hükümlerini çifte vergilendirme anlaşması hükümleriyle melezleme yaklaşımı benimsenmiştir²⁶. İlk kez 1963 yılında yayınlanan çifte vergilendirmeye ilişkin OECD Modeli’nin 26ncı maddesi, bu yaklaşıma bağlı olarak vergi idareleri arasında bilgi değişimine özgülenmiştir. Ancak ilgili düzenlemede otomatik bilgi değişimi yöntemine madde metninde yer verilmemiştir²⁷. Bununla birlikte, 1970’lerden itibaren yaşanan gelişmeler neticesinde OECD Modelinde bilgi değişimi imkânları arttırılmıştır. Talep üzerine, otomatik ve kendiliğinden bilgi değişimi model şerhlerinde açıkça zikredilmeye başlanmış; bunun yanında eş zamanlı vergi araştırmaları, yurt dışında vergi araştırmaları ve endüstriyel çapta bilgi değişimleri olmak üzere yeni yöntemler bilgi değişimi kapsamında sayılmaya başlanmıştır²⁸.

Çifte vergilendirme anlaşmaları dışında, iki ya da çok taraflı vergi anlaşmaları ağır vergi idareleri arasında sınırötesi vergisel bilgi değişimine her geçen gün artan hukuki dayanaklar sağlamaktadır. Yine OECD

²² Vogel K. “Double Tax Treaties and Their Interpretation”, Berkeley Journal of International Law, 1986, Vol. 4(1), s. 10-11; Yaltı, s. 37.

²³ Draft Convention on Administrative Assistance in Matters of Taxation.

²⁴ Dean, s. 641; Cannas F., “The Historical Development of the Exchange of Information for Tax Purposes”, Exchange of Information for Tax Purposes içinde (editörler) Günther O C, Tüchler N, Linde, Wien, 2013, s. 18.

²⁵ Dean, 643-644; Cannas, s. 19.

²⁶ Dean, s. 644-645.

²⁷ Dean, s. 647.

²⁸ Öner, Bilgi Değişimi, s. 69-70.

tarafından hazırlanan, G20 ve Küresel Forum tarafından desteklenen Vergisel Bilgi Değişimi Anlaşmaları,²⁹ vergi idarelerinin kendi mukimlerinin vergi cennetlerinde ve onların aracılığıyla yaptıkları offshore yatırım faaliyetleri hakkında bilgiye ulaşmasını amaçlamaktadır³⁰. Normal olarak çifte vergilendirme anlaşması imzalamayan vergi cenneti ülkelerle yapılan vergisel bilgi değişimi anlaşmaları, teorik olarak çok taraflı mümkün olmakla birlikte, uygulamada yalnızca iki taraflı olarak yapılmaktadır³¹. Bugüne kadar tüm dünyada 600'den fazla vergisel bilgi değişim anlaşması imzalanmıştır³². Bu anlaşmalar talep üzerine bilgi değişiminde uygulanabilir olmakla birlikte,³³ anlaşma şerhine dayanılarak, taraf ülkeler arasında bir anlaşmaya varılması halinde vergisel bilgi değişim anlaşmalarının otomatik bilgi değişimi için yasal dayanak oluşturabileceği ileri sürülmektedir³⁴. Diğer bir hukuki dayanak Avrupa Konseyi üyesi ülkeler ve OECD'nin ortak çabalarıyla geliştirilen Vergisel Konularda Karşılıklı İdari Yardımlaşma Sözleşmesi'dir³⁵. İlk defa 1988 yılında yayınlanan, 2011 yılında yürürlüğe giren bir protokol ile yenilenen sözleşme idari işbirliğinin her türünü içermekte, otomatik bilgi değişimine de izin vermektedir. Ancak bu sözleşme kapsamında otomatik bilgi değişiminin gerçekleşebilmesi için taraf ülke idareleri arasında ayrı bir anlaşma

²⁹ Tax Information Exchange Agreements (TIEAs).

³⁰ OECD, Agreement on Exchange of Information on Tax Matters, 2002, <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2082215.pdf>.

³¹ Wittmann K. "The CoE/OECD Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters", Exchange of Information for Tax Purposes içinde (editörler) Günther O. C./ Tüchler N, Linde, Wien, 2013, s. 177.

³² <http://www.oecd.org/ctp/harmful/43775845.pdf>.

³³ Bu anlaşma kapsamında talep üzerine bilgi değişiminin gerçekleştirilmesinde kullanılacak form OECD'nin sitesinde Türkçe olarak yayınlanmıştır. Form "Vergisel Bilgilerin Değişimi Anlaşmaları'ndaki Bilgi Değişimine İlişkin Model Bilgi Değişimi Formu olarak adlandırılmıştır (OECD, Model Template for Request of Information, <http://www.oecd.org/ctp/harmful/taxinformationexchangeagreementstieas.htm>).

³⁴ Parida, s. 430.

³⁵ OECD, Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, 2011, <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/ENG-Amended-Convention.pdf>.

imzalanması gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır³⁶. Böylece anlaşma otomatik bilgi değişimi mekanizmasını harekete geçirecek ve işlevsel kılacaktır³⁷. Sınırötesi vergisel bilgi değişiminin kurumsal ve hukuksal altyapısının en gelişmiş şekilde sunulduğu mekanizmalar ise Avrupa Birliği'nden çıkmıştır. Geçmiş 1970'lere kadar dayanmakla birlikte, esaslı bilgi değişimi uygulamalarının AB seviyesinde ivme kazanması son on yıl içinde olmuştur³⁸. Avrupa Birliği Konseyi'nce kabul edilen çeşitli direktiflerle hem dolaylı vergilendirmede katma değer ve özel tüketim vergilerine ilişkin bilgilerin, hem de dolaysız vergilendirmede ücretler, yönetim kurulu üyeleri ücretleri, hayat sigortası ürünleri, emekli maaşları, gayrimenkul sermaye sahipliği ve iratları bilgileri ile faiz ve benzeri tasarruf gelirlerine ilişkin bilgilerin üye ülkeler arasında otomatik olarak değişimi zorunluluğu getirilmiştir³⁹. Tüm bunların dışında bir kısım bölgesel vergisel işbirliği anlaşmalarında idareler arasında otomatik bilgi değişimi öngörülmüştür. Örnek olarak İskandinav Vergisel Konularda Karşılıklı İdari Yardımlaşma Konvansiyonu⁴⁰ ile Çifte Vergilendirmeden Kaçınma ve Vergisel Konularda Karşılıklı İdari Yardımlaşma Hakkında Güney Asya Bölgesel İşbirliği Kuruluşu Sınırlı Çok Taraflı Anlaşması gösterilebilir⁴¹.

2. Otomatik Bilgi Değişiminin Yeni Uluslararası Standart Olarak Kabulü

Dünyamızın her geçen gün artan bir hızla küreselleşmesi, vergi mükelleflerinin finansal kuruluşlar aracılığıyla mukimi oldukları ülkenin

³⁶ OECD Convention, m. 6.

³⁷ OECD Standard, s. 13.

³⁸ Stewart, Transnational Tax, s. 164.

³⁹ Parida, s. 428-430.

⁴⁰ Nordic Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, bk. Valkama M., "The Nordic Mutual Assistance Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters", Automatic Exchange of Information. Exchange of Information for Tax Purposes içinde (editörler) Günther O. C./ Tüchler N., Linde, Wien, 2013, s. 197.

⁴¹ South Asian Association for Regional Cooperation Limited Multilateral Agreement on Avoidance of Double Taxation and Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, bk. Stewart M., "International Tax, the G20 and the Asia Pacific: From Competition to Cooperation?", Asia & Pacific Policy Studies, 2014, Vol. 1 (3), s. 491.

dışında yatırımlarını yapmalarını, tutmalarını ve yönetmelerini kolaylaştırmaktadır⁴². Yüksek miktardaki paralar offshore hesaplarda saklanmakta ve vergi mükelleflerinin ülkesindeki vergisel yükümlülüklerine riayet etmemesi nedeniyle vergilendirilememektedir⁴³. ABD'nin de içinde bulunduğu Kuzey Amerika ülkelerindeki 38.2 trilyon dolar varlığın 700 milyar doları, yani yaklaşık yüzde 2'si, Avrupa'daki varlığın yaklaşık yüzde 8'ine isabet eden 3 trilyon doları, Latin Amerika'daki varlığın yüzde 25'ine isabet eden 900 milyar doları, Orta Doğu ve Afrika'daki varlığın yaklaşık yüzde 33'üne isabet eden 1.4 trilyon doları offshore hesaplarda tutulmaktadır⁴⁴. Gayrisafi yurt içi hasılası 774.9 milyar dolar olan Türkiye'deki varlığın yaklaşık yüzde 20'sine denk gelen 158 milyar doların offshore hesaplarda bulunduğu düşünülmektedir⁴⁵. Uluslararası Araştırmacı Gazeteciler Konsorsiyumu'nun (*International Consortium of Investigative Journalist*) yayınladığı bir rapora göre, farklı ülkelerden binlerce varlıklı müşterisinin vergiden kaçmasına ve paralarını gizlemesine yardımcı olan HSBC Bankası'nın İsviçre şubesinde 2005-2007 arasında 3.105 Türk müşteriye ait 4.584 hesapta toplam 3.5 milyar dolarlık mevduat yer almıştır⁴⁶. Bu yüzden offshore vergi kaçakçılığı vergi sistemlerinin bütünlüğünü korumak zorunda olan tüm dünya ülkeleri ve tabii ki Türkiye için büyük bir sorundur. Bu ortak sorunun aşılması yine tüm ülke vergi idarelerinin işbirliği halinde mücadele etmesini gerektirmektedir. Bu işbirliğinin anahtar unsurunu ise bilgi değişimi teşkil etmektedir⁴⁷.

Otomatik bilgi değişimi ulusötesi vergisel işbirliklerine en başından beri konu olmakla birlikte, çifte vergilendirme anlaşmaları kapsamında en genel ve en çok kullanılan bilgi değişimi yöntemi talep üzerine bilgi

⁴² OECD Standard, s. 9.

⁴³ OECD Standard, s. 9.

⁴⁴ Grinberg I., "The Battle Over Taxing Offshore Accounts", *UCLA Law Review*, 2012, Vol. 60, s. 318.

⁴⁵ <http://www.todayszaman.com/news-287531-158-billion-in-turkish-funds-in-offshore-accounts.html>.

⁴⁶ <http://www.icij.org/project/swiss-leaks/explore-swiss-leaks-data>.

⁴⁷ OECD Standard, s. 9.

değişimi olmuştur⁴⁸. Ancak, talep üzerine bilgi değişimi için getirilen mükellefin isminin, hesabının hangi ülkede ve hangi finansal kuruluşta olduğunun bilinmesi, vergi kaçakçılığına ilişkin makul bir şüphenin varlığı gibi belirli ve detaylı bilgi sınırlamaları bilgi değişiminin etkinliğini azaltmaktadır⁴⁹. Bu durum, küreselleşme ve teknolojik değişikliklerde yaşanan büyük artışın ardından, mevcut pratiğin işlerliğinin sorgulanmaya başlamasına yol açmıştır. Söz konusu sorgulama 2008 küresel finansal krizinin ortasında yaşanan Liechtenstein Global Trust ve Union Bank of Switzerland ya da UBS off-shore vergi kaçakçılığı skandallarının ardından hız kazanmıştır. Amerika Birleşik Devletleri'nde 2010 yılında kabul edilen ve kısaca FATCA olarak anılan "Yabancı Hesaplar Vergi Mevzuatına Uyum Yasası"nın finansal kuruluşlar ve ülkeleri üzerinde yarattığı etkiyle⁵⁰ siyasi ilgi 2012 yılı itibariyle otomatik bilgi değişimi üzerine odaklanmıştır.

Türkiye'nin aralarında bulunduğu G20 ülkelerinin liderleri 6 Eylül 2013 tarihinde otomatik bilgi değişiminin "yeni küresel standart" olacağını taahhüt etti ve bu standardın oluşturulması için yapılan OECD çalışmalarına tam desteğini açıkladı⁵¹. OECD'nin çalışmaları neticesinde vergisel konularda finansal bilgilerin otomatik değişimi için oluşturduğu standart önce 23 Şubat 2014 tarihinde G20 Maliye Bakanları ve Merkez Bankası Başkanları tarafından onaylandı. Ardından 6 Mayıs 2014 tarihinde OECD üyesi olan -Türkiye dâhil tüm 34 üye ülke- ve olmayan bazı ülkelere, otomatik bilgi değişimi standardının süratle uygulanacağı ve standardın iç hukuka aktarılacağı taahhütleri bir bildiriyle ilan edildi⁵². OECD Konseyi'nce 15 Temmuz 2014 tarihinde onaylanmasının ardından, 21 Temmuz 2014 tarihinde yeni standardın ayrıntılı bir şerh ve bilgi

⁴⁸ Öner, Bilgi Değişimi, s. 71.

⁴⁹ Grinberg, s. 316.

⁵⁰ Ateş L., "FATCA Türkiye İçin Ne İfade Ediyor?", Vergi Sorunları, 2013, S. 301, s. 65 vd.

⁵¹ G20 Communiqué, Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors, Washington, 2013, 10-11 October, s. 2, https://g20.org/wp-content/uploads/2014/12/Ministerial_Communique_eng_new-Washington-October.pdf.

⁵² OECD Standard, s. 10.

değişimi uygulanması için teknik çözümleri içeren tam metni yayınladı. Küresel Forum'un 28-29 Ekim 2014 tarihlerinde Berlin'de gerçekleştirilen toplantısında yeni otomatik bilgi değişimi standardı desteklendi. Üye 89 ülke, finansal hesap bilgilerini karşılıklı olarak otomatik değişime tâbi tutacağını ve gerekli hukuksal prosedürleri tamamlayarak ilk değişimi 2017 veya 2018 itibariyle gerçekleştireceğini taahhüt etti⁵³. Türkiye de 2018 tarihini veren ülkeler arasında yerini aldı.

3. Türk Hukukunun Uluslararası Standarda Uyumu

Otomatik bilgi değişiminin etkili bir yöntem olarak işleyebilmesi için gerekli ortak zemini yaratmak üzere hazırlanan Standardın iki unsuru bulunmaktadır: Model Yetkili Makam Anlaşması ya da Model YMA⁵⁴ ve Ortak Raporlama ve Usul Standardı ya da ORS⁵⁵.

İki ya da daha çok ülke arasında imzalanabilen Model YMA, vergi idareleri arasında gerçekleştirilecek otomatik bilgi değişiminin usulünü belirlemektedir. Bilgi değişiminin hukuki dayanağını oluşturan iki ya da çok taraflı vergi anlaşmaları ile ORS arasında bağ kurarak, finansal hesap bilgilerinin taraf ülke vergi idareleri arasında otomatik olarak değişimini mümkün kılmaktadır. Türkiye bakımından bilgi değişiminin hukuki dayanağını yürürlükte bulunan 80 çifte vergilendirme anlaşması oluşturmaktadır. Ülkemizce imzalanan iki vergisel bilgi değişimi anlaşması bulunmaktadır⁵⁶. Ancak iki taraflı vergisel bilgi değişim anlaşmalarının otomatik bilgi değişiminin hukuki dayanağını oluşturabileceği konusu şüpheli olduğundan, kural olarak çifte vergilendirme anlaşmaları ağı dışında kalan vergi cenneti ülkelerle⁵⁷

⁵³ OECD Meeting, s. 2.

⁵⁴ Competent Authority Agreement ya da CAA.

⁵⁵ Common Reporting and Due Diligence Standard ya da CRS.

⁵⁶ <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1055>.

⁵⁷ Bahreyn bir vergi cenneti olmasına rağmen (Tax Havens: How Globalization Really Works (editörler) Ronen P./ Murphy R./ Chavagneux C., 2010, s. 148), Türkiye ile Bahreyn bir vergi anlaşması imzalamıştır (RG: 14.11.2005, 21.08.2007). Ancak anlaşmanın bilgi değişimi hükmünde, vergisel bilgi değişimi anlaşması hükümleri ile OECD Modeli'nin bilgi değişimi hükmü harmanarak karma bir hüküm yaratılmıştır, Öner C., "A different approach to the Agreement on Exchange of Information in Tax

otomatik bilgi değişimine gidebilmemiz bu ülkelerce de taraf olunan Vergisel Konularda Karşılıklı İdari Yardımlaşma Sözleşmesi ile mümkün olabilir. Ama Türkiye bu anlaşmayı 3 Kasım 2011 tarihinde imzalamış olmasına rağmen henüz onaylamamıştır⁵⁸. Buna göre, Türkiye açısından yürürlükteki çifte vergilendirme anlaşmaları otomatik bilgi değişiminin tek hukuksal dayanağıdır. Ancak Standardın temel hedefinin vergi idarelerinin kendi mukimlerinin vergi cennetlerinde ve onların aracılığıyla yaptıkları offshore yatırım faaliyetleri hakkında bilgiye ulaşması olduğu hatırlandığında, ülkemiz açısından bu hukuki dayanağın yetersiz kalacağı ortadadır. Diğer taraftan, Türkiye'nin henüz yürürlükte bir YMA'sı bulunmamaktadır. OECD Küresel Forumu'nun Berlin toplantısında çok taraflı bir YMA ellibir ülke tarafından imzalanmıştır⁵⁹. Türkiye toplantıda hazır bulunmasına ve hatta aynı toplantıda 2018 yılından itibaren finansal hesap bilgilerini otomatik olarak karşılıklı değiştireceğini taahhüt etmesine rağmen bu anlaşmaya imza atmamıştır. YMA bağlamında değinilmesi gereken bir husus, 30 Temmuz 2015 tarihinde Türkiye ile Amerika Birleşik Devletleri arasında FATCA'nın yürütülmesi amacıyla "Genişletilmiş Bilgi Değişimi Yoluyla Uluslararası Vergi Uyumunun Artırılması Anlaşması" imzalanmış ve onaylanması için Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmuştur⁶⁰. Anlaşma Hükümetlerarası Anlaşma Model 1'i esas almıştır⁶¹. Bu hükümetlerarası anlaşma, Türkiye ile Amerika Birleşik Devletleri arasındaki çifte vergilendirme anlaşmasının bilgi değişimi hükmünü dayanak alarak, karşılıklı otomatik bilgi değişimine iki ülke vergi idaresini yetkili kılmaktadır. Diğer bir deyişle, bir YMA niteliğindedir. Ancak bu yetkilendirme otomatik bilgi

Matters (Turkey has secretly approved Model Tax Agreement)", Intertax, 2009, Vol. 37 (8/9), s. 483-492. Dolayısıyla kuralın dışına çıkıldığını söylemek pek de mümkün görünmemektedir.

⁵⁸ OECD, Jurisdictions Participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, Status-17 November 2014, http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf, s. 4.

⁵⁹ <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/multilateral-competent-authority-agreement.htm>.

⁶⁰ www.gib.gov.tr.

⁶¹ <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>.

değişimine ilişkin OECD Standardının dışında, kendi içinde raporlama yükümlülükleri ve usul hükümleriyle birlikte ayrı bir sistem yaratmaktadır. Sonuç olarak, Standardın bu ayağı Türkiye bakımından henüz işletilebilir değildir.

Standardın diğer ayağı olan ORS, finansal kuruluşların finansal hesapları vergisel amaçlarla kendi idarelerine raporlarken tabi olacağı usul ve esasları belirlemektedir. Standardın uygulanabilmesi için ORS'nin iç hukuka aktarılmasını gerekmektedir⁶². ORS dokuz bölümden oluşmaktadır. I. Bölüm otomatik değişime tabi tutulması amaçlanan mali hesap bilgilerinin kapsamını belirlemektedir⁶³. II. Bölümden VII. Bölüme kadar kapsama dâhil bilgilerin tâbi olması gereken usul ortaya konulmuştur⁶⁴. VIII. Bölüm tanımlara,⁶⁵ sonuncu olan IX. Bölüm ise ORS'nin etkili uygulanması ve ORS ile uyum için öngörülen ulusal mevzuat değişikliklerine yer verilmiştir⁶⁶. ORS'nin iç hukukumuzda aktarılması yönünde herhangi bir yasa yapım faaliyeti henüz bulunmamaktadır. Standart dar mükelleflerin mukim oldukları ülkelerin mevzuatıyla uyum sağlanması amacıyla oluşturulduğundan, iç hukukumuzdaki mevcut bilgi verme yükümlülüklerinden ayrı, spesifik olarak bu amaca ulaşmaya yönelik bir sistemin hukukumuzda yaratılması için yasa yapım süreçlerinin en kısa zamanda işletilmeye başlaması gerekmektedir.

⁶² OECD Standard, s. 14.

⁶³ Section I: General Reporting Requirements.

⁶⁴ Section II: General Due Diligence Requirements; Section III: Due Diligence for Preexisting Individual Accounts; Section IV: Due Diligence for New Individual Accounts; Section V: Due Diligence for Preexisting Entity Accounts; Section VI: Due Diligence for New Entity Accounts; Section VII: Special Due Diligence Rules.

⁶⁵ Section VIII: Defined Terms.

⁶⁶ Section IX: Effective Implementation.

Sonuç

Otomatik bilgi değişimi uluslararası vergi kayıp ve kaçağı ile mücadele kapsamında yeni standart olarak ilan edilmiştir. Türkiye bu standarda hizmet etmek üzere yeniden şekillendirilen ulusötesi vergisel işbirliği ağına dâhil olmak üzere adımlar atmıştır. Ülkemiz Vergisel Konularda Finansal Hesap Bilgilerinin Otomatik Değişimi Standardı'nı destekleyerek, gerekli hukuksal düzenlemeleri tamamlamak suretiyle 2018 yılından itibaren finansal hesap bilgilerini otomatik olarak karşılıklı değişime tabi tutmayı taahhüt etmiştir. Bu çalışma ile Türkiye'nin yeni uluslararası standarda uyum için bundan sonra atması gereken adımlar olarak, Vergisel Konularda Karşılıklı İdari Yardımlaşma Sözleşmesinin onaylanması, iki ya da çok taraflı YMA'ların akdi ve ORS'nin iç hukukumuza aktarılması gerekleri tespit edilmiştir.

Kaynakça

- Ateş L.,** “FATCA Türkiye İçin Ne İfade Ediyor?”, Vergi Sorunları, 2013, S. 301, s. 65-72.
- Cannas F.,** “The Historical Development of the Exchange of Information for Tax Purposes”, Exchange of Information for Tax Purposes içinde (editörler) Günther O C, Tüchler N, Linde, Wien, 2013, s. 15-34.
- Dean S.,** “The Incomplete Global Market for Tax Information”, Boston College Law Review, 2008, Vol. 49, s. 605-672.
- Ferhatoğlu E.** “Turkey”, Tax Secrecy and Transparency: The Relevance of Confidentiality in Tax Law içinde (editörler) Kristoffersson E, Lang M, Pistone P, Schuch J, Staringer C, Storck A, C. 2, PL Academic Research, Frankfurt am Main, 2013, s. 1135-1162.

- G20 Communiqué**, Meeting of Finance Ministers and Central Bank Governors, Washington, 2013, 10-11 October, https://g20.org/wp-content/uploads/2014/12/Ministerial_Communique_eng_new-Washington-October.pdf.
- Grinberg I.**, “The Battle Over Taxing Offshore Accounts”, *UCLA Law Review*, 2012, Vol. 60, s. 306-382.
<http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1055>.
<http://www.icij.org/project/swiss-leaks/explore-swiss-leaks-data>.
<http://www.oecd.org/ctp/harmful/43775845.pdf>.
<http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/multilateral-competent-authority-agreement.htm>.
<http://www.todayszaman.com/news-287531-158-billion-in-turkish-funds-in-offshore-accounts.html>
<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA-Archive.aspx>.
- Jogarajan S.**, “Prelude to the International Tax Treaty Network: 1815-1914 Early Tax Treaties and the Conditions for Action”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, Vol. 31(4), s. 679-707.
- Kristoffersson E/ Pistone P. “General Report”**, *Tax Secrecy and Transparency: The Relevance of Confidentiality in Tax Law içinde* (editörler) Kristoffersson E, Lang M, Pistone P, Schuch J, Staringer C, Storck A, C. 2, PL Academic Research, Frankfurt am Main, 2013, s. 1-34.
- OECD**, *Agreement on Exchange of Information on Tax Matters*, 2002, <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/2082215.pdf>.
- OECD**, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, Paris, 2010.

- OECD,** Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, 2011, <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/ENG-Amended-Convention.pdf> (OECD Convention).
- OECD,** Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, Paris, 2014 (OECD Standard).
- OECD,** 7th Meeting of the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. Berlin, Germany, 28-29 October 2014, <http://www.oecd.org/tax/transparency/statement-of-outcomes-gfberlin.pdf> (OECD Meeting).
- OECD,** Jurisdictions Participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, Status-17 November 2014, http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf.
- OECD** Model Template for Request of Information, <http://www.oecd.org/ctp/harmful/taxinformation/exchangeagreementstieas.htm>.
- Öner C.,** “A different approach to the Agreement on Exchange of Information in Tax Matters (Turkey has secretly approved Model Tax Agreement”, *Intertax*, 2009, Vol. 37 (8/9), s. 483-492.
- Öner C.,** *Uluslararası Alanda Vergi İdareleri Arası Bilgi Değişimi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010 (Bilgi Değişimi).
- Parida S.,** “Automatic Exchange of Information. Exchange of Information for Tax Purposes” içinde

- (editörler) Günther O C, Tüchler N, Linde, Wien, 2013, ss. 421-444.
- Schenk-Geers A. C. M.**, International Exchange of Information and the Protection of Taxpayers, Eucotax, 2009.
- Stewart M.**, “Transnational Tax Information Exchange Networks: Steps towards a Globalized, Legitimate Tax Administration”, World Tax Journal, 2012, Vol. 4:2, ss. 152-179 (Transnational Tax).
- Stewart M.**, “International Tax, the G20 and the Asia Pasific: From Competition to Cooperation?”, Asia & Pacific Policy Studies, 2014, Vol. 1 (3), ss. 484-496.
- Tax Havens:** How Globalization Really Works (editörler) Ronen P./ Murphy R./ Chavagneux C., 2010.
- Valkama M.**, “The Nordic Mutual Assistance Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters”, Automatic Exchange of Information. Exchange of Information for Tax Purposes içinde (editörler) Günther O. C./ Tüchler N., Linde, Wien, 2013, ss. 197-220.
- Vogel K.** “Double Tax Treaties and Their Interpretation”, Berkeley Journal of International Law, 1986, Vol. 4(1), ss. 4-85.
- Wittmann K.** “The CoE/OECD Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters”, Exchange of Information for Tax Purposes içinde (editörler) Günther O. C./ Tüchler N., Linde, Wien, 2013, ss. 175-196.
- Yalıtı B.**, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, Beta Yayınları, İstanbul, 1995.

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN SORUMLULUK SİGORTALARINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Rauf KARASU*

ÖZET

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Kitabı, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile köklü değişikliklere uğramıştır. Bu kapsamda sorumluluk sigortaları konusunda da önemli yenilikler getirilmiştir. 6762 sayılı TTK'da sorumluluk sigortalarına ilişkin düzenlemelerin yeterli olmaması nedeniyle, bu sigortalara uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde uygulamada ve öğretide tereddütler yaşanmıştır. Bu nedenle 6102 sayılı TTK'da, sorumluluk sigortaları özel bir kısımda düzenlenmiş ve sorumluluk sigortalarına ilişkin genel hükümlere (TTK m. 1473-1482) ve zorunlu sorumluluk sigortalarına ilişkin özel hükümlere (TTK m.1483-1484) yer verilmiştir.

Bu çalışmada 6102 sayılı TTK'da sorumluluk sigortalarına ilişkin öngörülen bu yeni ve henüz doktrinde yeterince incelenmemiş hükümler değerlendirilecektir. Bu nedenle bu çalışmanın bilime katkısının yanı sıra uygulamaya da yol gösterici olacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, Sigorta, Sorumluluk, Sorumluluk Sigortası, Zorunlu Sorumluluk Sigortası

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakemi

AN ANALYSIS OF LIABILITY INSURANCE PROVISIONS OF THE TURKISH COMMERCIAL CODE NO. 6102.

ABSTRACT

The provisions of the Insurance Book of the Turkish Commercial Code No. 6762¹ have radically amended by the Turkish Commercial Code No. 6102. In this regard, important new rules on liability insurances have been introduced. Insufficiencies of liability insurance provisions of the 6762 Code had resulted in doubts in both in practice and doctrine. For this reason, general provisions on liability insurances (ss. 1473-1482 of the 6102 Code) and special provisions on compulsory liability (ssç 1483-1484) have been regulated in a special chapter of in the 6102 Code.

In this study, the new rules on liability insurance introduced by the 6102 Code that have not necessarily analysed in doctrine are analysed. It is expected that this study shall lead both the doctrine and the liability insurance practices.

Keywords: The new Turkish Commercial Code No. 6102, insurance, liability, liability insurance, compulsory liability insurance.

I. GİRİŞ

Sanayileşme, şehirleşme, teknolojik gelişmeler ve artan ihtiyaçlarla birlikte yeni riskler de ortaya çıkmış ve bunun sonucunda sorumluluk sigortaları giderek önem kazanmaya başlamış ve bazı sorumluluk sigortaları zorunlu hale gelmiştir. Ancak 6102 sayılı TTK'nın kabulünden önce sorumluluk sigortalarına ilişkin düzenlemelerdeki eksiklik ve bu konunun öğretilerde de yeterince incelenmemesi, sorumluluk sigortalarının Ülkemizde yeterince gelişmemesine neden olmuştur. Özellikle 6762 sayılı TTK'da sorumluluk sigortalarına ilişkin düzenlemelerin hemen hemen yok denecek düzeyde az olması, bu sigortalara uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde uygulamada ve öğretilerde tereddütler

¹ See ss. 1401-1520 of the Turkish Commercial Code No. 6102.

yaşanmasına neden olmuştur. Sorumluluk sigortalarının kendine özgü nitelikleri, özellikle bu tür sigortalarda belli bir sigorta değeri ve bedelinden bahsedilememesi nedeniyle, mal sigortalarına ilişkin hükümlerin bu sigortalara uygulanmasında bir takım yorum zorluklarına yol açmıştır. Özellikle mal sigortalarında, malvarlığının aktif kısmında bir azalma meydana gelirken, sorumluluk sigortalarında sigorta ettirenin zararı, malvarlığının pasif kısmında tazminat yükümlülüğünün doğması suretiyle bir artışın meydana gelmesi şeklinde gerçekleşmektedir. Tipik mal sigortaları ile sorumluluk sigortaları arasındaki bu farklılıklar, mal sigortasına ilişkin tüm hükümlerin sorumluluk sigortasına aynen uygulanmasını imkânsız kılmıştır².

Sorumluluk sigortalarını genel olarak incelemek, bir makale boyutunu aşacak bir değerlendirmeyi gerektirdiğinden, bu çalışmada sorumluluk sigortaları genel olarak değil, sadece henüz doktrinde yeterince incelenmemiş olan 6102 sayılı yeni TTK ile getirilen yeni hükümler çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu nedenle bu çalışmanın bilime katkısının yanı sıra uygulamaya da yol gösterici olacağı düşünülmektedir.

II. KAVRAM VE HUKUKİ NİTELİK

Sorumluluk sigortası bir yandan sigorta ettirenin üçüncü kişilere verebileceği zararlardan ötürü bu zararların giderilmesi için sigorta ettirenin malvarlığındaki azalmayı önlemeyi amaçlarken³, diğer yandan da sigorta ettirenin eyleminden zarar gören üçüncü kişilerin zararlarının giderilmesini amaçlamaktadır. Bu nedenle sorumluluk sigortası sigorta ettiren ile onun eylemlerinden zarar görenlerin menfaatlerini dengeleyen suigeneris bir sigorta türüdür⁴.

² Şenocak, Kemal, Türk Ticaret Kanunu'nun Mal Sigortasına İlişkin Hükümlerinin Sorumluluk Sigortalarına Uygulanabilirliği, AÜHFD, C.58, S.1, s. 191.

³ Sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin üçüncü kişilere olan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz, ancak sigorta ettirenin malvarlığında oluşabilecek azalmayı en aza indirmeyi amaçlar.

⁴ Ulaş, Işıl, Uygulamalı Zarar Sigortaları Hukuku, Genel Hükümler Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara 2012, 8. Bası, s. 764.

Sorumluluk sigortaları Türk Ticaret Kanunu'nda mal/zarar sigortaları kısmında düzenlenmiştir. Bu nedenle zarar sigortalarına ilişkin hükümler kural olarak sorumluluk sigortalarında da uygulanır. Ancak sorumluluk sigortalarında malvarlığının pasif kısmının sigorta güvencesi altına alınması amaçlandığından, mal/zarar sigortalarına ilişkin bütün hükümler bu tür sigortalarda aynen uygulanamaz. Örneğin, zarar/mal sigortalarına ilişkin eksik veya aşkın sigorta ilkeleri sorumluluk sigortalarında uygulanmamaktadır⁵.

Sorumluluk sigortası bir tür zarar sigortası olduğundan, rizikonun gerçekleşmesi halinde bu rizikodan zarar gören üçüncü kişilerin gördükleri *gerçek zararlar* sigorta limiti dâhilinde karşılanır. Sorumluluk sigortalarında hayat sigortalarının aksine, sigorta poliçesinde kararlaştırılan sigorta bedelinin tamamının ödenmesi gerekmemektedir⁶.

Sorumluluk sigortalarında sigorta ettirenin zarar verdiği kişi, sigorta sözleşmesi ile ilgili değildir. Ancak zarara uğrayan üçüncü şahıs, sigorta sözleşmesinin tarafı olmadığı halde mesuliyet sigortasından yararlanır. Üçüncü kişi kural olarak doğrudan doğruya sigortacıya başvurarak maruz kaldığı zararı giderme hakkına sahiptir. Üçüncü kişinin doğrudan dava hakkı 6762 sayılı TTK'nın yürürlükte olduğu dönemde de, Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesinde ve Karayolu Taşıma Kanunu'nun 21. maddesinde açıkça düzenlenmiş idi. Ayrıca doğrudan dava hakkı, sigorta genel şartları ve yargı kararları esas alınarak 6102 sayılı TTK yürürlüğe girmeden önce tüm sorumluluk sigortaları için kabul görüp uygulanmaktaydı. 6102 sayılı yeni TTK'nın 1478. maddesi ise, zarar gören üçüncü kişilerin doğrudan dava hakkını her türlü sorumluluk sigortası için açık bir şekilde kabul ederek, bu hakkın uygulama alanına ilişkin geçmişte yaşanan tüm tartışmaları sona erdirmiştir⁷.

⁵ Bkz. Şenocak, AÜHFD, C..58, S.1, s. 200 vd.; Ulaş, s. 764.

⁶ Bkz. Yrg. 11. HD, 27.09.1979 T., 1979/4077 E., 1979/4237 K.; Ulaş, s. 764.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yeşilova Aras, Ecehan, Sorumluluk Sigortalarında Zarar Görenin Doğrudan Dava Hakkı (TTK m. 1478), Ankara 2013, s. 1 vd.

Ancak üçüncü kişinin sigortacıya doğrudan başvurma hakkının olması, sorumluluk sigortasının üçüncü şahıs lehine sözleşme niteliğinde olduğu anlamına gelmez. Zira üçüncü şahsın bu hakkı yukarıda da belirtildiği üzere kanundan kaynaklanmaktadır⁸. Nitekim sigortacı, sigorta ettirene karşı ileri sürebileceği defilerin bazılarını üçüncü kişiye karşı ileri süremediği gibi, sigorta ettirenin alacaklıları da bu sigorta tazminatından yararlanamaz⁹. Kanaatimizce burada sözleşmenin tarafı olmayan 3. kişilerin menfaatleri sigortalanmadığından 3. kişi lehine/menfaatine sözleşme yoktur.

Sorumluluk sigortalarında kural olarak kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir. Karayolu Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortasında (Trafik Sigortası) ise ilke olarak tehlike sorululuğu geçerlidir. Tehlike sorumluluğu kusursuz sorumluluğun ağırlaştırılmış bir türüdür.

III. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDA SORUMLULUK SİGORTALARINA İLİŞKİN ÖNGÖRÜLEN GENEL HÜKÜMLER

6762 sayılı TTK'nın Sigorta Kitabı, 6102 sayılı yeni TTK ile köklü değişikliklere uğramıştır. Gerekçeye göre, sigorta kitabındaki değişikliklerin üç temel hedefi vardır:

- 1) Ülkemiz ihtiyaçlarına uygun, modern bir kanun hazırlamak,
- 2) 6762 sayılı TTK'da uygulamada sorun yaratmamış ve sigortacılar tarafından benimsenmiş hüküm ve ilkeleri korumak,
- 3) Uygulamanın sorun ve gereksinimlerine cevap verebilecek ve zorlukları görülen sorunları giderebilecek nitelikte hükümler öngörmektir.

6762 sayılı TTK'da sorumluluk sigortaları doğrudan düzenlenmemiş, bu sigortalara sadece mal sigortalarında rizikonun

⁸ Bkz. *Bozer, Ali*; Sigorta Hukuku, Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri, Gözden Geçirilmiş 2. Baskıdan Tıpkıbasım, Ankara 2007, s. 131.

⁹ Bkz. *Bozer*, s. 131.

gerçekleştiğini beyan yükümlülüğünü düzenleyen maddede dolaylı olarak değinilmiştir¹⁰. Sorumluluk sigortalarına ilişkin düzenlemelerin hemen hemen yok denecek düzeyde az olması, bu sigortalara uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde uygulamada ve öğretide tereddütler yaşanmasına neden olmuştur. Sorumluluk sigortalarının kendine özgü nitelikleri, özellikle bu tür sigortalarda belli bir sigorta değeri ve bedelinden bahsedilmemesi nedeniyle, mal sigortalarına ilişkin hükümlerin bu sigortalara uygulanmasında bir takım yorum zorluklarına yol açmıştır. Bu nedenle 6102 sayılı TTK'da, sorumluluk sigortaları özel bir kısımda düzenlenmiş ve sorumluluk sigortalarına ilişkin genel hükümlere (TTK m. 1473-1484) de yer verilmiştir¹¹. 6762 sayılı TTK'nın Sigorta Kitabı, yeni TTK ile köklü değişikliklere uğramıştır.

1. Sorumluluk Sigortası Sözleşmesinin Konusu ve Kapsamı

TTK'nın 1473. maddesine göre, sigortacı sorumluluk sigortası ile, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, *sigorta süresi içinde gerçekleşen* bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder. Bu hükümde, haklı olarak rizikoya esas teşkil eden olayın, sözleşme süresi içinde gerçekleşmesi esas alınmıştır. Geçmişte meydana gelen bir olay nedeniyle sigortacının kendi döneminde ortaya çıkan zararlardan sorumlu olması ilkesi benimsenmiş olsaydı, yapmış olduğu bir hata nedeni ile tazminat talebi

¹⁰ Bkz. Şenocak, AÜHFD, C..58, S.1, s. 191.

¹¹ Ayrıca Sigortacılık Kanunu'nun 13. maddesi ile TTK'ya paralel ve o hükümleri tamamlayan düzenlemeler getirilmiştir. Sorumluluk sigortaları ayrıca Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 132 ve 138. maddelerinde, Karayolu Taşıma Kanunu'nun 17. vd. maddelerinde, Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun 12. maddesinde ve Borçlar Kanununun 13. maddesinde de düzenlenmiştir. Bu çalışmanın asıl konusu olan Karayolu Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ise, özellikle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85-111. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yukarıda belirttiğimiz kanuni düzenlemeler haricinde, sigorta genel şartlarına ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Sigorta genel şartları, sigorta poliçesine ekli ve her sigorta dalı için ayrı ayrı, önceden hazırlanmış sözleşme şartlarıdır. Genel şartların Müsteşarlıkça onaylanması kolayca okunabilecek tarzda basılmış olması gerekmektedir.

ile karşılaşabileceğini düşünen kişiler hemen sigorta sözleşmesi yapabilirlerdi. Ancak sigorta süresi içinde gerçekleşmiş bir olayın zararlı sonuçları, sözleşme süresinden daha sonra doğmuş olsa veya talep edilmiş olsa dahi, sigortacı tazminat ödemek zorundadır.

TTK'nın 1473/1 hükmü emredici nitelikte olmadığından, taraflar, rizikonun gerçekleşme anını farklı şekillerde belirleyebilirler.

TTK'nın 1473/2 hükmüne göre, sigorta, sigortalının işletmesi ile ilgili sorumluluğu için yaptırılmışsa, sözleşmede aksine hüküm yoksa bu sigorta, sigortalının temsilcisi ile işletmenin veya işletmenin bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğunu da karşılar. Bu durumda sigorta bu kişilerin lehine yapılmış sayılır.

TTK'nın 1474/1 hükmüne göre, sorumluluk sigortası ile sigorta teminatı altına alınan rizikonun gerçekleşmesiyle zarara uğrayan kimse tarafından sigortalı veya sigorta ettiren aleyhine tazminat istemi ileri sürüldüğünde, bu isteme ilişkin yapılan giderlerin sigortacı tarafından karşılanması gerekir¹². Aynı düzenlemenin ikinci fıkrası uyarınca, bu tür giderler bakımından, sigortalı veya sigorta ettirenin talebi üzerine sigortacı bir miktar avans ödemesi de yapmakla yükümlüdür. Bu hükümler mal sigortalarında söz konusu olan zararı önleme ve azaltma yükümlülüğünün bir anlamda sorumluluk sigortalarındaki uzantısıdır. Zira, sigortalının kendi haklarını korumak için yapmış olduğu girişimler sigortacının ödeyeceği tazminat miktarına da etki edecektir. Bu nedenle yapılan masrafların sigorta teminatı içinde olduğu kabul edilmiştir¹³.

¹² Mal sigortaları için bkz. TTK m. 1426: (1) Sigortacı, sigorta ettiren, sigortalı ve lehtar tarafından, rizikonun, tazminatın veya bedel ödeme borcunun kapsamının belirlenmesi amacıyla yapılan makul giderleri, bunlar faydasız kalmış olsalar bile, ödemek zorundadır. (2) Eksik sigortanın yapıldığı hâllerde 1462 nci madde hükmü kıyas yolu ile uygulanır.

¹³ Bu konuda zarar görenin zararın tespiti için görevlendirdiği eksperin ücreti makul gidere örnek olarak verilebilir. Nitekim 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 22.maddesinin (19) no'lu bendinde "Sigorta eksperini, sigortacı veya sigorta ettiren ya da sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler tarafından serbestçe tayin edilebilir."

Ancak, sigortacı mal sigortalarındaki zararı önleme ve azaltma yükümlülüğünden farklı olarak, aşırı ve gereksiz giderleri, özellikle sigorta sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadığı sürece, sigorta bedelini aşan masrafları karşılamakla yükümlü değildir. Zira, hakkı korucu işlemlerden doğan masraflar büyük meblağlara ulaşabilmektedir. Kanun gereği bu masrafların doğrudan doğruya sigortacıya yükletilmesi ise, sigortacıyı önceden sınırlarını tahmin edemediği bir teminatla karşı karşıya bırakmak demek olacaktır. Doğal olarak bu durum da prim hesaplamalarında zorluklara neden olacaktır¹⁴.

TTK'nın 1477. maddesi uyarınca, sigortacı, sigortalının sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden doğan zararlardan sorumlu olmaz. Sigorta hukukunun ana ilkesi olan ve TTK'nın 1429/1 hükmünde ifadesini bulan, sigorta ettirenin kastından kaynaklanan rizikolar sebebiyle oluşan zararlar hiçbir şekilde sigorta güvencesi altına alınamayacağı ilkesi sorumluluk sigortasında da uygulanmaktadır. TTK'nın 1477. maddesinde sigorta ettirenin kasten neden olacağı riziko ve buna dayalı zararlardan sigortacının sorumlu olmayacağı açık bir şekilde düzenlenmiş ve TTK'nın 1486/1 hükmü ile bu düzenlemenin emredici olduğu öngörülmüştür. Sorumluluk Sigortası Poliçesi Genel Şartlarında da kasten ika olunan veya bilerek sebebiyet verilen zarar ve ziyan talepleri teminat dışında bırakılmıştır. Aksi takdirde, sigortalı sigortasına güvenerek, vermiş olduğu zarar nedeniyle kendinin mal varlığından herhangi bir azalma olmayacağından kasıtlı olarak karşı tarafa zarar verebilir. Bu ise kabul edilebilir bir sonuç değildir¹⁵.

2. Sigorta Ettirenin/Sigortalının Bildirim Yükümlülüğü

6102 sayılı TTK'nın 1475. maddesi uyarınca, sigortalı sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirmekle yükümlüdür. Zira mal sigortalarında olduğu gibi sorumluluk

hükmü yer almaktadır. Yine Hazine Müsteşarlığı'nın 16199 sayı ve 05.10.2012 tarihli sektör duyurusunda da talep edilen ekspertiz ücretinin de ödenmesi gereken giderlerden olduğu ifade edilmiştir.

¹⁴ Bkz. TTK'nın 1474. Maddesinin Gereçesi.

¹⁵ Bkz. TTK'nın 1477. Maddesinin Gereçesi.

sigortalarında da rizikonun gerçekleştiğinin bilinmesinde tazminat ödeme borçlusu durumundaki sigortacı açısından büyük yarar vardır. Ayrıca sigortalı kendisine yöneltilen istemleri, aksi kararlaştırılmamışsa derhal sigortacıya bildirmelidir. Bu bildirim üzerine veya zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurması hâlinde, sigortacı TTK'nın 1427. maddesi uyarınca gerekli araştırmaları yaptıktan sonra ve en geç ihbardan kırkbeş gün sonra tazminat ödemek zorundadır. Bu şekilde sigortacı ileride karşılaşılabileceği tazminat taleplerine karşı bilgilendirilmek suretiyle kendisine gerekli önlemleri alabilme fırsatı tanınmıştır.

Bildirim yükümlülüğünün ihlali hâlinde, TTK'nın 1446. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri kıyas yolu ile uygulanır. Söz konusu hükümlere göre, rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmaması veya geç yapılması, ödenecek tazminatta veya bedelde artışa neden olmuşsa, kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilir. Ancak sigortacı, rizikonun gerçekleştiğini daha önce fiilen öğrenmişse, ikinci fıkra hükmünden yararlanamaz.

Sigortalı veya sigorta ettiren tarafından TTK'nın 1475. maddesi uyarınca sigortacıya gerekli bildirim yapılmasından sonra sigortacının sigortalı veya sigorta ettirene karşı yerine getirmesi gerekli olan yardımlar TTK'nın 1476. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, sigortacı ihbarı aldıktan sonra iki seçenektan birini kullanabilir. İlk olarak, sigortacı ihbarı aldığı tarihten başlayarak beş gün içinde sigortalıya, zarar gören kişinin yönelttiği taleplere karşı, sigortalı adına ancak masraf ve sorumluluğu kendisine ait olmak üzere gereken hukuki iş ve işlemleri yürütüp yürütmeyeceğini, ayrıca savunmaya yardımda bulunmayı üstlenip üstlenmeyeceğini bildirebilir. Sigortacı, bu iş ve işlemleri üstlendiğini bildirirse sigortalı, kendisinden talep edilen yardımları yapmak kaydıyla davanın yürütülmesine karışmaz. Sigortacı, açılmış davanın reddedilmesini sağlarsa, sigorta sözleşmesi gereği ödeme yapmaktan kurtulmuş olur; buna karşın zarar gören kişinin açtığı davada sigortalı mahkûm olursa, sigortacı ödeme yapmak zorunda kalır. Buna karşın eğer sigortacı birinci fıkra uyarınca işlemleri yürütmeyeceğini

bildirirse veya sigortalı süresi içinde cevap vermezse, söz konusu maddenin dördüncü fıkrası uygulama alanı bulur. Bu hükme göre sigortalı, kendisine yöneltilen taleplere karşı, tek başına, gerekli iş ve işlemleri yürütür. Böyle bir halde, sigortalı aleyhine bir tazminat ödeme borcu öngören mahkeme kararı kesinleştiğinde, sigortacı başka bir hükme gerek kalmaksızın sigortalısına veya talepte bulunan kişiye ödeme yapmak zorundadır. Ancak sigortalının yapacağı sulh sözleşmeleri için sigortacıdan icazet alınması zorunludur. Sigortacı icazet vermezse, sulh sözleşmesi sigortacıya karşı hüküm ifade etmez¹⁶. Dolayısıyla geçerli sulh sözleşmesi uyarınca ödeme yapan sigortalı, ödediği bedeli sigorta sözleşmesi uyarınca sigortacıdan talep edemez. Sigortacıya, anılan haklardan birini tercih ettiğini sigortalıya bildirmesi için tanınmış olan beş günlük süre içinde, sigortalı, ikinci fıkra uyarınca, herhangi bir sigorta himayesi yokmuşçasına gerekli işlemleri yürütmek zorundadır. Sigortacının hukuki işlemleri üstlenmesi halinde da sigortalının da hak ve menfaatlerini gözetmesi gerekir ki bu husus maddenin üçüncü fıkrasında ifade edilmiştir.

3. Sorumluluk Sigortasında Zarar ve Zararın Tazmini

6762 sayılı TTK'da olduğu gibi, 6102 sayılı TTK'da da sorumluluk sigortasında zarar kavramı ve zararın tazmininin özellikleri hakkında açık ve yeterli düzenlemeler bulunmamaktadır. Ancak sorumluluk sigortalarında uygulanacak hükümleri düzenleyen 6102 sayılı TTK'nın 1485. maddesinde, sorumluluk sigortalarına genel hükümler ile birlikte mal sigortalarındaki müşterek sigortaya ilişkin TTK'nın 1466/1 hükmü ile zarar gören mal ve zararın gerçekleştiği yerde değişiklik yapılmamasına ilişkin 1471. madde hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür.

¹⁶ Sigortalının sigortacının onayını almadan yaptığı sulh sözleşmesi, bildirimden itibaren onbeş gün içinde onay verilmemişse, sigortacıya karşı geçersizdir; sigortacı haklı olmayan sebeplerle sulhe onay vermekten kaçınmaz (Bkz. TTK m. 1475/4).

Sorumluluk sigortasında zarar kavramı, cismani zarar, mal zararı ve malvarlığı zararı olmak üzere üç ana başlık altında incelenmektedir¹⁷. Sigorta ettirenin eylemi, üçüncü kişinin yaralanması veya ölümü sonucunu doğurmuş ise, buna cismani zarar; sigorta ettirenin eylemi sonucu, riziko ile üçüncü kişinin malvarlığı içerisinde belli bir eşyada hasar meydana gelmiş ise buna mal zararı; nihayet zarar belli bir mala değil de, üçüncü şahsın malvarlığı üzerinde meydana gelmiş ise bu zarara da malvarlığı zararı adı verilmektedir. Malvarlığı zararına örnek olarak avukatın ihmali nedeniyle müvekkilinin davasını kaybetmesi sonucu müşterisinin altına gireceği mali yükümlülük gösterilmektedir¹⁸.

Sorumluluk sigortalarında sigortacının tazminat ödeme yükümlülüğü konusunda, TTK'nın 1485. maddesindeki genel hükümlere yapılan yollama nedeniyle aynı Kanunun 1454, 1458, 1466. maddenin birinci fıkrası ve 1471. maddesi uygulanır. Her ne kadar sorumluluk sigortaları da zarar sigortasıysa da, zarar sigortasının bir türü olan mal sigortalarından farklı olarak burada belli bir sigorta değeri ve bedelinden bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle her ikisi de zarar sigortası olmasına rağmen mal sigortasına ilişkin her hükmün sorumluluk sigortasında uygulanabilmesi mümkün değildir. Mevcut durumda karşılaşılan sorunlar çerçevesinde ileride karşılaşılabilecek sorunların önüne geçilebilmesini teminen mal sigortalarına ilişkin hangi hükümlerin sorumluluk sigortasında da uygulanabileceği konusuna 1485. maddesi açıklık getirmiştir.

Sorumluluk sigortası bir tür zarar sigortası olduğundan, bu tür sigortalarda üçüncü şahısların maruz kaldıkları gerçek zararın giderilmesi amaçlanmaktadır. Sorumluluk sigortaları poliçelerinde gösterilen meblağlar sadece sigortacının sorumlu olduğu azami miktarları gösterir. Dikkate alınması gereken bir husus da, sorumluluk sigortalarında, sigortacı sadece üçüncü kişinin uğradığı doğrudan ve dolaylı gerçek

¹⁷ Bkz. *Kender, R., Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri (Seminer Tebliği), Mesuliyet Sigortası Semineri, İstanbul, 1977 s. 12 vd.; Ulaş, s. 777.*

¹⁸ Bkz. *Kender, s. 12; Ulaş, s. 777.*

zararları değil, ayrıca üçüncü kişinin açtığı dava ve icra takibi masraflarını da karşılamak zorundadır (Bkz. m. 1474).

Zararın tazmini konusunda sorumluluk sigortalarının diğer mal sigortalarından ayrılan bir başka özelliği ise, poliçede gösterilen sorumluluk limitinin sigorta süresi içerisinde birbirinden farklı zamanlarda meydana gelen her zarar için ayrı ayrı geçerli olmasıdır. Zararın ödenmesine kadar poliçede gösterilen şartlar çerçevesinde taraflardan biri fesih hakkını kullanmadığı takdirde sigorta süresi içerisinde oluşan bir başka riziko da sigorta güvencesi altında olmaktadır. Ancak, birden fazla zarar ve zarar gören aynı olayda ortaya çıkmışsa sigortacının toplam sorumluluk miktarı, poliçede gösterilen limitle sınırlı kalmaktadır¹⁹.

Sigorta ettirenin eyleminden kaynaklanan ve üçüncü kişilerde oluşan manevi zararlar sorumluluk sigortasının teminat kapsamına girmemektedir.

Mağdurun sigortacı yerine önce sigorta ettirene başvurması halinde, sigorta ettirenin hasar dışında mağdura ödediği temerrüt faizi de, sigorta tazminatına dâhildir²⁰.

6102 sayılı TTK'nın 1480. maddesine göre, sigortacı, zarar görene ödeyeceği sigorta tazminatını, sigorta sözleşmesinden doğan alacakları ile takas edemez. Bilindiği üzere taraflardan biri üçüncü bir şahıstan olan alacağını başka bir şahıstan olan alacağı ile takas edemez. Zarar gören ile sigortacı arasında bir karşılıklılık olmadığından, sigortacı sigorta sözleşmesinden dolayı sigorta ettirenden olan alacağı ile zarar görene ödeyeceği sigorta tazminatını takas etme hakkı bulunmamaktadır. Her ne kadar TTK'nın 1431. maddesinde, ödenecek tazminat ile prim alacakları arasında takasa getirilmiş bir istisna varsa da, burada sorumluluk sigortalarından farklı olarak sigortalı, sözleşmenin tarafı olmasa bile

¹⁹ *Sergici, E.*, Mesuliyet Sigortası Türleri (Seminer Tebliği), Mesuliyet Sigortaları, Ankara 1977, s. 69; *Ulaş*, s. 780.

²⁰ Bkz. *Göle, Celal*, Sigorta Hukuku, Genel Hükümler-Bazı Sigorta Türleri, Ankara 2007, s. 137; *Ulaş*, s. 780.

sözleşme ile ilgili kişidir. Hâlbuki sorumluluk sigortalarında zarar gören sigorta sözleşmesinden tamamen bağımsız sözleşme dışında kalan bir kişidir. Bu nedenle de burada takas açısından bir istina yaratılmamıştır. Ancak, bu durum doğrudan doğruya zarar görene ödenecek olan tazminatlar içindir. Eğer zarar gören zararını, zarar veren durumundaki sigortalıdan almış ve sigortalı da zarar görene ödediği tazminatı sigortacısından talep etmişse, doğal olarak, sigortacının sigorta ettirene karşı olan alacağı ile sigorta ettirene/sigortalıya ödeyeceği tazminatı takas edebilme hakkı vardır²¹.

6102 sayılı TTK'nın 1484/1 hükmüne göre, sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder. Örneğin sigortacı, sözleşmenin haklı nedenle feshi nedeniyle kendi sigortalısına karşı ifa borcundan kurtulsa bile, zarar görene tazminat ödemek zorundadır. Zira, günümüzde zorunlu sorumluluk sigortalarında, giderek sigortalıdan çok zarar görenin menfaatinin korunması ön plana çıkmaya başlamıştır. Zorunlu sigortalarda amaç, ihtiyari sigortalardan farklı olarak kamu menfaatinin korunmasıdır. Bu yaklaşım içinde de TTK'nın 1484/1 hükmünde Karayolları Trafik Kanunu'nda Zorunlu Trafik Sigortası için öngörülen hüküm tüm zorunlu sorumluluk sigortalarını kapsayacak şekilde genelleştirilmek suretiyle TTK'ya aktarılmıştır²².

6102 sayılı TTK'nın 1484/2 hükmü uyarınca, *sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak, sigortacının sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur*. Bu düzenleme ile sorumluluk sigortalarındaki kaçakların önüne geçilmek istenmiştir. Her ne kadar bu konuda asıl görev denetim birimlerinde olmakla birlikte, Kanunun bu hükmü ile, denetimi

²¹ Bkz. TTK'nın 1480. Maddesinin Gerekçesi.

²² Bkz. TTK'nın 1484. Maddesinin Gerekçesi.

destekleyici ve hatta kolaylaştırıcı bir mekanizma yaratılmak istenmiştir²³.

Zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde, sigortacının sorumluluğu da sona erer (TTK. m. 1484/3). Zira sorumluluk sigortaları zarar sigortası niteliğinde olduğundan ve zarar da bir kez tazmin edileceğinden, zararın bir şekilde giderilmiş olması sigortacının sorumluluğunu da o oranda sona erdirir.

Sorumluluk sigortalarında özellik taşıyan bir husus da, zarar görenin sigortacıya karşı doğrudan talep hakkını kullanması halinde sigorta tazminatının muacceliyeti bakımından ortaya çıkmaktadır. 6102 sayılı TTK'nın 1475/2 hükmünde, zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurması halinde aynı Kanununun 1427. maddesinin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu maddeye göre, sigorta tazminatı veya bedeli, rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin araştırmaları bitince ve her hâlde 1446. maddeye göre yapılacak ihbardan *kırkbeş gün sonra* muaccel olur²⁴. Sigortacıya yüklenemeyen bir kusurdan dolayı inceleme gecikmiş ise süre işlemez. Menfaatler dengesinin korunması bakımından sigortacıya yüklenilemeyen nedenlerden dolayı incelemeler tamamlanamamışsa, örneğin gerekli evrakların sigorta ettiren veya sigortalı tarafından sigortacıya zamanında veya hiç verilmemiş ise, bu süreler işlemeyecektir. Diğer taraftan, sigortacı rizikonun gerçekleştiğini kendisine ihbar yapılmadan öğrenmiş ise, muacceliyet için rizikonun gerçekleştiğine ilişkin ihbarın yapılmış olması da aranmamalıdır. Araştırmalar, 1446. maddeye göre yapılacak ihbardan başlayarak üç ay içinde tamamlanamamışsa; sigortacı, tazminattan veya bedelden mahsup edilmek üzere, tarafların mutabakatı veya anlaşmazlık hâlinde mahkemece yaptırılacak ön ekspertiz sonucuna göre süratle tespit edilecek hasar miktarının veya bedelin en az yüzde ellisini avans olarak öder. Zira sigorta ettirenin sigorta sözleşmesini yaparken de amacı

²³ Bkz. TTK'nın 1484. Maddesinin Gerekçesi.

²⁴ Can sigortaları için bu süre onbeş gündür.

zararının bir an önce telafi edilmesi ve karşılaştığı tehlikeden dolayı herhangi bir mağduriyetinin doğmamasıdır. Bu durumda da sigorta ettirenin menfaatinin korunması gerekeceğinden söz konusu madde ile sigortacıya ödenecek tazminat veya bedelden mahsup edilmek üzere avans verme mecburiyeti getirilmiştir²⁵.

TTK'nın 1427 maddesinin 4. ve 5. fıkraları uyarınca, borç muaccel olunca, sigortacı ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşer. Sigortacının temerrüt faizi ödeme borcundan kurtulmasını öngören sözleşme hükümleri geçersizdir. Söz konusu hükümlerle sigortacının sigorta ettirene göre daha güçlü bir konumda olduğu göz önünde bulundurularak tazminat ödeme borcunda sigortacının temerrüde düşmesi için sigortacıya ihtar gönderilmiş olması aranmamış ve sigortacıyı temerrüt faizi ödemekten kurtaran anlaşmaların geçersiz olduğu kabul edilmiştir²⁶.

4. Sorumluluk Sigortasında Zarar Görenin Sigortacıya Karşı Doğrudan Dava Hakkı

Sorumluluk sigortalarında zarar gören üçüncü kişi sigorta sözleşmesine yabancı olduğundan, üçüncü kişinin maruz kaldığı zarar için sigortacıya doğrudan doğruya dava açma hakkının olup olmadığı konusunda, 6102 sayılı TTK'nın kabulünden önce farklı görüşler ileri sürülmüştür²⁷. Buna karşılık Yargıtay, içtihat kazanmış kararlarında üçüncü kişinin doğrudan dava açma hakkının olduğuna hükmetmiştir²⁸. Yargıtay'ın içtihat yolu ile benimsemiş olduğu bu hak, 6102 sayılı TTK'nın 1478. maddesindeki düzenlemeyle artık yasal dayanağa kavumuştur. Bu hüküm uyarınca, zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir. Söz konusu düzenlemeyle zarar gören üçüncü kişiye, sigortacıya karşı doğrudan doğruya dava açma hakkı açıkça

²⁵ Bkz. TTK'nın 1427. Maddesinin Gerekçesi.

²⁶ Bkz. TTK'nın 1427. Maddesinin Gerekçesi.

²⁷ Kender, s. 9; Atabek, Batider, 1971 C. VI, S. 1, s. 3 vd.

²⁸ Bkz. YHGK, 1995/11-980 E. 1996/18 K. 31.01.1996 T.

tanındığından, doktrindeki tartışmaların artık dayanağı kalmamıştır. Zarar görenin doğrudan dava hakkı, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 97. maddesi²⁹, Karayolu Taşıma Kanunu'nun 21. maddesi, Seyahat Acentaları Birliği Kanunu'nun değişik 12/a maddesi ve Borçlar Kanunu'nun 130. maddesinde de açıkça kabul edilmiştir. Bu nedenle sigortalının eyleminden zarar gören üçüncü kişiler, sigortalıya karşı haksız fiil hükümlerine göre tazminat talebinde bulunabileceği gibi, doğrudan sigortacıya da başvurabilir.

Sorumluluk sigortalarında asıl amaç her ne kadar sigortalının üçüncü kişiye vermiş olduğu zarar nedeniyle ödeyeceği tazminata bağlı olarak mal varlığında meydana gelen azalmanın telafisi ise de, bunun yan sonucu zarar görenin de bir an önce zararının giderilmesi ve sigortalının ödeme güçsüzlüğüne karşı üçüncü kişilerin korunmasıdır. Ayrıca, zarar görenin doğrudan doğruya sigortacıya başvurması, zarar veren durumundaki sigortalıyı rahatlatıcı bir etki yaratacağından, sigortalının da sorumluluk sigortası ile sağlanmak istediği amaca daha kolay ulaşmasını sağlayacaktır³⁰.

6102 sayılı TTK'nın 1478. maddesinde, zarar görenin sigortacıya yönelteceği doğrudan talep hakkı, sorumluluk sigortası sözleşmesi için geçerli olan zamanaşımı süresi ile sınırlandırılmıştır. Buna göre, üçüncü kişinin sigortacıya yönelteceği doğrudan tazminat istemleri, sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğrar (TTK m. 1482).

5. Sorumluluk Sigortasında Sigortacının Halefiyet Hakkı

Sigortacıya rücu hakkının tanınması iki esasa dayanmaktadır³¹. İlk olarak zarar sigortalarında sigortalının zenginleştirilmesi yasağı söz konusudur. Bu nedenle mal sigortalarında sigorta ettirenin uğradığı

²⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Şenocak, Kemal*; Karayolları Trafik Kanunu'na Göre Mağdurun Doğrudan Doğruya Sigortacı Karşısındaki Alacak Hakkı, *Batider*, C. XXV. S. 4, s. 277 vd.

³⁰ Bkz. TTK'nın 1478. Maddesinin Gerekeşi.

³¹ Bkz. *Bilge, Mehmet Emin*; Sigorta Tazminatını Alan Sigortalının Zarar Veren Üçüncü Şahısla Yaptığı İşlemlerin Sigortacının Halefiyeti Üzerindeki Etkisi ve Yargıtay Uygulaması, Prof.Dr.H.Domaniç'e Armağan, C.I, İstanbul 2001, s.69. s. 67 vd.

zararın bir kez tazmin edilmesi gerekmektedir (*tek tazmin fonksiyonu*)³². Halefiyet kuralı gereğince, sigorta ettiren tazmin edilen zarar miktarı ölçüsünde zarar verene başvuru hakkını kaybetmekte ve bu hak sigorta şirketine intikal etmektedir. İkinci olarak, sigortacı, halefiyet ilkesi sayesinde, zarardan asıl sorumlu olan kişiye başvurmak suretiyle bu kişinin neden olduğu zararın sonuçlarına katlanmasını sağlayabilmektedir (*ceza fonksiyonu*). Halefiyet ilkesi sayesinde, sigortacı, sigortalının yerine geçerek zarar verenden tazminat talebinde bulunmakta ve böylece kusuru ölçüsünde bu kişiye başvurabilmektedir.

Zarar sigortasının bir çeşidi olan sorumluluk sigortalarında halefiyet ilkesinin geçerli olup olmayacağı, 6762 sayılı TTK döneminde doktrinde tartışma konusu yapılırken³³, Yargıtay, sorumluluk sigortalarında da şartların mevcut olması halinde halefiyet hakkını kabul etmekteydi³⁴. 6102 sayılı TTK ise bu konuyu açık bir şekilde düzenleyerek söz konusu tartışmalara son vermiştir. Kanun koyucu özelliğinden dolayı sorumluluk sigortalarında halefiyet konusunu zarar sigortasındaki halefiyetten bağımsız olarak düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK'nın 1472. maddesi mal sigortalarında halefiyeti düzenlerken³⁵, 1481. maddesi sorumluluk sigortalarında halefiyet konusunu özel olarak düzenlemiştir. *Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, sigortacı, sigorta tazminatını ödedikten sonra hukuken sigortalı yerine geçer. Sigortalının gerçekleşen zarardan dolayı sorumlulara karşı dava hakkı*

³² Franko, N., Yargıtay Kararları Açısından Zararı Ödeyen Sigortacının Rücu Hakkı, V. Banka ve Ticaret Hukuku Sempozyumu, Ankara 1988, s. 51.

³³ Bkz. Omağ, M.K.; Türk Hukukunda Sigortacının Kanuni Halefiyeti, İstanbul 1983, s. 93, 98 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet, Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979, s. 84 vd.; Şenocak, AÜHFD, C.58, S.1, s. 209 vd.

³⁴ Bkz. YİBK, 17.01.1972 T., 1970/2 E., 1972/1 K.

³⁵ Hayat sigortalarında kural olarak halefiyet ilkesi geçerli değildir. Ancak can sigortası kapsamında olmakla birlikte, kaza sigortasıyla ilgili TTK'nın 151/3. maddesi ile hastalık ve sağlık sigortalarına ilişkin 1519/2. maddelerinde gerçek zararın karşılanmasına ilişkin ödemeler bakımından zarar sigortası hükümlerine yapılan yollama ile zarar (mal) sigortalarına ilişkin halefiyet ilkesinin bu tür sigortalarda da uygulanması gerekir. Bkz. Ulaş, s. 226 vd.

varsa bu hak, tazmin ettiği bedel tutarında sigortacıya ait olur. Bu hükümde geçen *tazmin ettiği bedel tutarı* kavramı, sigortalının kusuruna isabet eden tazminat miktarının üzerinde kalan miktar olarak anlaşılmalıdır. Aksi halde, müşterek ve müteselsil borçluluk ve ilkeleri sigortacı bakımından ihlal edilmiş olur³⁶.

Söz konusu bu düzenlemede sigortacının kendi sigortalısına rücu hakkı tanınmamıştır. Sigortacıya sadece zarardan sorumlu olan üçüncü kişilere (sigortalının dava yoluyla talepte bulunabileceği kişilere) karşı talepte bulunabilme imkânı sağlanmıştır. Bu nedenle diğer kanunlarda aksine bir hüküm olmadıkça, sorumluluk sigortalarında sigortacının kendi sigortalısına rücu hakkının olmadığı kabul edilmelidir³⁷. Nitekim 2918 sayılı KTK'nın 95/2 maddesine göre, *ödemede bulunan sigortacı, sigorta sözleşmesine ve bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerine göre, tazminatın kaldırılmasını veya azaltılmasını sağlayabileceği oranda sigorta ettirene başvurabilir.* Özellikle bir trafik kazası, sürücünün alkollü veya ehliyetsiz olmasından kaynaklanmış ise, sigortacının ödediği tazminat ölçüsünde kendi sigortalısına rücu hakkının bulunduğu kabul edilmektedir.

Sorumlulara karşı bir dava veya takip başlatılmışsa, sigortacı, mahkemenin veya diğer tarafın onayı gerekmeksizin, halefiyet kuralı gereğince, sigortalısına yaptığı ödemeyi ispat ederek, dava veya takibi kaldığı yerden devam ettirebilir (TTK m. 1481/2). Bu düzenleme, sigortacıya halefiyet hakkını kullanabilmesi yönünden usul hükümleri açısından önemli bir kolaylık sağlamıştır. Bu hüküm aynı zamanda HMK'nın 125/2. maddesindeki kanuni bir temlik uygulaması biçimini oluşturmaktadır³⁸.

Sigortalı, rizikonun gerçekleşmesiyle oluşan zararını sigortacıdan tahsil ettikten sonra da sigortacısına karşı yükümlükleri devam

³⁶ Bkz. Ulaş, s. 790.

³⁷ Bkz. Şenocak, AÜHFD, C..58, S.1, s. 219; Çeker, Mustafa; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Sigorta Hukuku, 12. Baskı Adana 2015, s. 266.

³⁸ Bkz. Ulaş, s. 791.

etmektedir. Bu kapsamda sigortalı halefiyet konusu hakları korumak, bu hakları ihlalden kaçınmak ve halefiyete ilişkin bilgi ve belgeleri sigortacısına vermekle yükümlüdür. Sigortalı veya zarar gören, TTK m. 1481/1 hükmü gereğince sigortacıya geçen haklarını ihlal edici şekilde davranırsa, sigortacıya karşı sorumlu olur (TTK m. 1481/3)³⁹. Dolayısıyla sigortacının kendisine yaptığı ödemeyi iade ile yükümlü olur. Sigorta ettiren/sigortalı bu yükümlülüğü yerine getirirken MK'nın 2. ve 3. maddeleri hükümleri uyarınca dürüstlük ve özen gösterme ilkelerine uygun hareket etmek zorundadır⁴⁰. Ayrıca sigorta ettiren sigortacısı tarafından kendisine yöneltilen talimatlara uymakla yükümlüdür. Yargıtay, sigorta ettirenin sigortacıdan sigorta bedelini tahsil ettikten sonra, zarar sorumlusu üçüncü şahıs aleyhine sigortacıdan tazmin ettiği hasarı da kapsayacak şekilde dava açmasını tek başına TTK'nın 1472/2. maddesi anlamında bir ihlal saymıştır. Buna göre davanın henüz sonuçlanmamış olması, dolayısıyla sigorta ettirenin sorumlu kişiden henüz tazminat almamış olması, sigorta ettireni sorumluluktan kurtarmamaktadır⁴¹. Ancak, sigortacının ödediği hasar miktarı ve poliçe kapsamı dışında kalan zararlar bakımından sigorta ettirenin, zarar sorumlusuna karşı dava hakkı bulunmaktadır. Böyle bir dava açılması ihlal anlamına gelmemektedir. Zira TTK'nın 472/2 hükmüne göre,

³⁹ Buna göre sadece sigortalı değil, aynı zamanda zarar gören de sigortacının rücu hakkını ihlal eden davranışlardan kaçınmak zorundadır.

⁴⁰ Bkz. *Ulaş*, s. 239. Yargıtay, sigorta ettirenin sigortacıdan sigorta bedelini tahsil ettikten sonra, zarar sorumlusu üçüncü şahıs aleyhine sigortacıdan tazmin ettiği hasarı da kapsayacak şekilde dava açmasını tek başına TTK'nın 1472/2. maddesi anlamında bir ihlal saymıştır. Buna göre davanın henüz sonuçlanmamış olması, dolayısıyla sigorta ettirenin sorumlu kişiden henüz tazminat almamış olması, sigorta ettireni sorumluluktan kurtarmamaktadır. Bkz. 12.04.1979 T., 1979/1393 E., 1979/1954 K.). Ancak, sigortacının ödediği hasar miktarı ve poliçe kapsamı dışında kalan zararlar bakımından sigorta ettirenin, zarar sorumlusuna karşı dava hakkı bulunmaktadır. Böyle bir dava açılması ihlal anlamına gelmemektedir. Zira TTK'nın 472/2 hükmüne göre, sigortacı zararı kısmen tazmin etmişse, sigortalı kalan kısımdan dolayı sorumlulara karşı sahip olduğu başvurma hakkını korur.

⁴¹ Bkz. 12.04.1979 T., 1979/1393 E., 1979/1954 K.

sigortacı zararı kısmen tazmin etmişse, sigortalı kalan kısımdan dolayı sorumlulara karşı sahip olduğu başvurma hakkını korur⁴².

TTK'nın koruyucu hükümlerini düzenleyen 1486. maddesinde TTK'nın 1481. maddesine yer verilmediğinden, sigorta sözleşmesi ile sigortacının halefiyet hakkını kaldırmak veya sınırlandırmak mümkündür⁴³. Buna karşılık mal sigortalarında halefiyeti düzenleyen TTK'nın 1472. maddesi koruyucu hükümler arasında sayılmıştır. Bu nedenle TTK'nın 1472. maddesine aykırı sözleşme hükümleri, sigorta sözleşmesinin tümünü geçersiz kılar. Böyle bir sonucun öngörülmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Zira koruyucu hükümlerin temel amacı, sigorta ettireni/sigortalıyı korumaktır. Oysa sigorta sözleşmesinde sigorta ettiren/sigortalıyı ilgilendirmeyen halefiyet hakkını kaldıran bir hükmün kararlaştırılması nedeniyle sigorta sözleşmesinin tamamının geçersiz sayılması, bu temel amaçla bağdaşmamaktadır⁴⁴.

Halefiyetin en önemli sonucu, sigortalısına ödeme yapan sigortacının, sigortalısının zarar verene karşı sahip olduğu haklarına sahip olmasıdır. Sigortalının tazminat alacağı, haksız fiilden kaynaklanabileceği gibi, kanundan veya sözleşmeden de kaynaklanabilir⁴⁵. Sigortalının zarar verene karşı sahip olduğu asıl alacak olan tazminat alacağı yanında, bu ana alacağın ferilerini teşkil eden faiz, teminat ve ana borca bağlanmış olan imtiyaz hakları da sigortacıya geçer.

Rizikonun gerçekleşmesine neden olan zarar sorumlusu, sigorta ilişkisinden bilgi sahibi olmadan, sigortalıya iyi niyetle ödeme yaparsa, sorumluluktan kurtulmuş olur⁴⁶.

⁴² Aynı yönde bkz. *Ulaş*, s. 241.

⁴³ Bkz. *Ulaş*, s. 791; *Atamer*, s. 99.

⁴⁴ Bkz. *Ulaş*, s. 244; *Atamer*, s. 73 vd.

⁴⁵ Bkz. *Ulaş*, s. 298; YİBK, 18.01.1972 T., 1970/2 E., 1972/1 K.

⁴⁶ Bkz. *Ulaş*, s. 298; YİBK, 18.01.1972 T., 1970/2 E., 1972/1 K. ("...Halefiyet, hakkın genişletilmesine ve sorumlu üçüncü şahsın durumunun ağırlaştırılmasına sebep olamaz...")

6. Sorumluluk Sigortasında Zamanaşımı

6762 sayılı TTK'da sorumluluk sigortalarında zamanaşımı süresi özel olarak düzenlenmemiş iken, 6102 sayılı TTK'da ise bu konu m. 1482'da özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, sigortacıya yöneltilecek tazminat istemleri, sigorta konusu olaydan itibaren on yılda zamanaşımına uğrar. 6102 sayılı TTK'nın 1420. maddesi uyarınca, sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak *iki yıl* ve sigorta tazminatına ve sigorta bedeline ilişkin istemler her hâlde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren *altı yıl* geçmekle zamanaşımına uğrarken, sorumluluk sigortalarında bu süre *on yıl* olarak belirlenmiştir. Sorumluluğun doğumunun ve tazmini gereken zararının tespitinin uzun zaman alabiliyor olması nedeniyle genel hükümlerde öngörülen iki yıllık sürenin sorumluluk sigortalarında az olacağı düşünülmüştür⁴⁷.

On yıllık zamanaşımı süresi sadece tazminat talepleri için geçerli olup, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan diğer talepler, TTK'nın 1420. maddesindeki iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Zira TTK'nın 1482. maddesinde sadece tazminat talepleri ifade edilmiştir. Buna göre, örneğin sigorta ettirenin fazla ödediğini iddia ettiği primin iadesine ilişkin talep hakkı iki yıllık zamanaşımına tabidir.

Genel hükümlere ilişkin TTK'nın 1420. maddesine göre, zamanaşımı süresi *rizikonun gerçekleştiği* tarihten itibaren başlarken, 1482. maddesine göre zamanaşımı süresi, sigorta konusu *olayın gerçekleştiği* tarihte başlamaktadır. TTK m. 1480'de yer alan "olay", sorumluluğun doğmasına yol açan olaydır.

Zamanaşımı süresine ilişkin TTK'nın 1482. maddesi emredici bir hüküm olduğundan, bu hükme aykırı olarak yapılan sözleşmeler geçersizdir.

Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası ile ilgili başvurularda ve açılacak davalarda zamanaşımı süreleri, 2918 sayılı Karayolları Trafik

⁴⁷ Bkz. TTK'nın 1482. Maddesinin Gerekçesi.

Kanunu'nun 109. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm Karayolları Motorlu Araçlar Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları C.8 hükmünde de aynen yer almaktadır. Buna göre, motorlu araç kazalarından doğan zararların tazminine ilişkin talepler, zarar görenin, zarar ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve herhalde, kaza gününden başlayarak on yıl içinde zamanaşımına uğrar. Dava, cezayı gerektiren bir fiilden doğar ve ceza kanunu bu fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüş bulunursa, bu süre tazminat talepleri için de geçerlidir. Zamanaşımı, tazminat yükümlüsüne karşı kesilirse, sigortacıya karşı da kesilmiş olur. Sigortacı bakımından kesilen zamanaşımı, tazminat yükümlüsü bakımından da kesilmiş sayılır. Trafik Sigortası Genel Şartlarının C.8 maddesinin 2.fikrasında (KTK'nun 109.maddesinin 2.fikrasına ve BK'nun 60/2.maddesine koşturularak) ölüm ve yaralanmalarda sigortacının sorumluluğu yönünden uzamış (ceza) zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı hükmü yer almıştır.

Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortalarında zamanaşımı konusu TTK'ya göre özel bir kanun olan 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun 24. maddesinde düzenlenmiştir. Bu Kanuna göre yapılan sorumluluk sigortası sözleşmelerinden doğan her türlü tazminat davası, hak sahibinin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zarara neden olan olay tarihinden itibaren on yıl sonra zamanaşımına uğrar.

Tüpgaz Zorunlu Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın 17. maddesinde, iki yıllık zamanaşımı süresinden söz edilmiş olmakla birlikte, bu süre, sigorta sözleşmesinin tarafları arasında geçerlidir. Buna karşılık sigorta sözleşmesinin tarafı olmayan zarar gören üçüncü kişiler yönünden zamanaşımı süresi, haksız eylem veya sözleşme ilişkisi için geçerli olan zamanaşımı süresidir. Tüpgaz satıcısı ile alıcısı arasındaki ilişki satım sözleşmesine dayandığından, tüpgazdan kaynaklanan zararlara on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

Güvence Hesabı, kapsamında bulunan zorunlu sigortaların⁴⁸ sağladığı teminatlara ilişkin bedeni olarak (sakatlık ve ölüm) zarar görenlere kaza sonrasında sakat kalma halinde sakatlık tazminatı, ölüm halinde ise ölenin desteğinden yoksun kalanlara destekten yoksun kalma tazminatı ödemektedir. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle tüm zorunlu sigortaları kapsayan bir "Güvence Hesabı" oluşturulmuştur. Ancak Güvence Hesabı Yönetmeliği'nde zamanaşımına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle Güvence Hesabına başvurularda ve açılacak davalarda ilgili Kanunlarda yer alan hükümler uygulanmalıdır.

IV. 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NDA ZORUNLU SORUMLULUK SİGORTALARINA İLİŞKİN ÖNGÖRÜLEN ÖZEL HÜKÜMLER

Yukarıda 1. Bölüm II nolu başlık altında sorumluluk sigortalarına ilişkin TTK'da öngörülen genel hükümleri izah etmiştik. Burada ise TTK'da zorunlu sorumluluk sigortalarına ilişkin özel hükümler incelenecektir.

TTK m. 1483 uyarınca, *sigortacılar, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, faaliyet gösterdikleri dalların kapsamında bulunan zorunlu sigortaları yapmaktan kaçınamazlar*. Benzer bir hüküm Sigortacılık Kanunu'nun 13/1.maddesinde de yer almaktadır.

Günümüzde zorunlu sorumluluk sigortalarında, giderek sigortalıdan çok zarar görenin menfaatinin korunması ön plana çıkmıştır. Zorunlu sigortalarda ihtiyari sigortalardan farklı olarak kamu menfaatinin korunması amaçlanmıştır. Bu nedenle TTK'nın 1484. maddesinde Karayolları Trafik Kanunu'nda Zorunlu Trafik Sigortası için öngörülen,

⁴⁸ Güvence Hesabı Kapsamındaki Sigortalar şunlardır: Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (Trafik Sigortası, Zorunlu Karayolu Taşımacılık Mali Sorumluluk Sigortası, Karayolu Yolcu Taşımacılığı Zorunlu Koltuk Ferdi Kaza Sigortası, Tüpgaz Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Tehlikeli Maddeler ve Tehlikeli Atık Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Yeşil Kart Sigortası Ödemeleri, Maden Çalışanları Zorunlu Ferdi Kaza Sigortası.

sigortacının zarar görenle ilişkide ifa yükümlülüğü, tüm zorunlu sorumluluk sigortalarını kapsayacak şekilde genelleştirilmek suretiyle düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, sigortacı, sigortalıya karşı ifa borcundan tamamen veya kısmen kurtulmuş olsa da, zarar gören bakımından ifa borcu, zorunlu sigorta miktarına kadar devam eder. Bu hükümle sigortacı ile sigorta ettirenin kendi aralarında anlaşarak, zarar görenin kanundan doğan haklarının ihlali engellenmek istenmiştir. Ancak bu durumda zarar görenin sigorta ettirenle anlaşarak ve açıkça onu ve onun sigortacısını ibra etmiş olması halinde, sigortacının bu hususu def'i olarak ileri sürmesi mümkündür⁴⁹.

Sigorta ilişkisinin sona ermesi, zarar görene karşı ancak, sigortacının sözleşmenin sona erdiğini veya ereceğini yetkili mercilere bildirmesinden bir ay sonra hüküm doğurur. (TTK m. 1484/2). Sorumluluk sigortaları zarar sigortası niteliğinde olduğundan ve zarar da bir kez tazmin edileceğinden, zararın bir şekilde giderilmiş olması sigortacının sorumluluğunu da o oranda sona erdirir. Dolayısıyla zarar, sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılandığı ölçüde sigortacının sorumluluğu da sona erer (Bkz. TTK m. 1484/2).

V. SONUÇ

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Sigorta Kitabı köklü değişikliklere uğramıştır. Bu kapsamda sorumluluk sigortaları konusunda da önemli yenilikler getirilmiştir. 6762 sayılı TTK'da sorumluluk sigortalarına ilişkin düzenlemelerin yeterli olmaması nedeniyle, bu sigortalara uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde uygulamada ve öğretide tereddütler yaşanmıştır. Bu nedenle 6102 sayılı TTK, sorumluluk sigortalarını özel bir kısımda düzenlemek suretiyle 6762 sayılı TTK'nın boşluğunu doldurarak öğretideki birçok tartışmayı sonlandırmış ve uygulamadaki tereddütleri de büyük ölçüde gidermiştir.

⁴⁹ Aynı yönde, *Ulaş*, s. 874.

NÜKLEER ENERJİ SANTRALLERİYLE İLGİLİ REKLAMLARIN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ: ÇEVREYE İLİŞKİN BEYANLAR İÇEREN REKLAMLAR

*Yrd. Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU**

Özet

Reklam Kurulu, 11 Ağustos 2015 tarihli toplantısında Akkuyu nükleer enerji santralının ve Türkiye için yeni bir enerji türü olan nükleer enerjinin tanıtımına yönelik reklamların, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a aykırı olmadığını karara bağlamıştır. Reklam Kurulu'nun söz konusu kararından hareketle hazırlanan bu çalışmada, öncelikle amaçlanan çevreye ilişkin beyanlar içeren reklamların sahip olmaları gereken özellikleri Akkuyu nükleer reklamları örneği ile ortaya koymak ve somutlaştırmaktır. Bu çalışmada ayrıca Akkuyu nükleer reklamlarının tüketici hukuku mevzuatı çerçevesinde aldatıcı reklam olarak nitelendirilip nitelendirilemeyecekleri de tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Reklam Hukuku – Çevre Hukuku – Aldatıcı Reklamlar – Nükleer Enerji – Çevreye İlişkin Beyanlar İçeren Reklamlar*

THOUGHTS ON ADVERTISING OF THE NUCLEAR ENERGY POWERPLANTS: ENVIRONMENTAL ADVERTISING

Abstract

Advertising Board decided that the ads for promoting Akkuyu nuclear power plant and introducing the nuclear energy as a new type of energy in Turkey, do not infringe the Law on Protection of Consumers numbered 6502. This paper is primarily intended to ascertain the features of environmental ads and concretize such features with reference to the

* İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi, Medeni Hukuk Anabilim dalı, basak.basoglu@kemerburgaz.edu.tr

Akkuyu nuclear power plant ads. Furthermore, this paper aims to discuss whether or not the Akkuyu nuclear power plant ads are misleading and deceptive in accordance with the consumer law legislation.

Keywords: *Advertising Law – Environmental Law – Misleading Advertising – Nuclear Energy – Environmental Advertising Claims*

Giriş

31 Mart 2015 tarihi itibarıyla çeşitli televizyon kanallarında, radyolarda ve internet sitelerinde yayımlanan reklam filmleri ile reklam panolarında yayımlanan afişler aracılığıyla çalışmalarına başlanmış olan Akkuyu nükleer enerji santralının ve Türkiye için yeni bir enerji türü olan nükleer enerjinin tanıtımı yapılmıştır. Söz konusu reklamlar, çeşitli çevreci örgütler tarafından eleştirilmiş ve bu reklamların kaldırılması ve reklam veren şirket hakkında yaptırım uygulanması için Reklam Kurulu'na başvuruda bulunulmuştur. Bu şikayetlere istinaden Reklam Kurulu, 11 Ağustos 2015 tarihli toplantısında, şikayet konusu reklamların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a aykırı olmadığına karar vererek, başvuruyu esastan reddetmiştir.¹ Reklam Kurulu'nun bu kararı, yeni bir enerji türünü tanıtan ve dolayısıyla çevreye ilişkin beyanlar içeren reklamlar konusunun yakın mercek altına alınması gereğini düşündürmüştür.

Bu kapsamda öncelikle üzerinde durulması gereken husus, söz konusu reklamların ticari reklam sayılıp sayılmadığı ve dolayısıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un koruma alanına girip girmediğidir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61. maddesinin birinci fıkrasında ve Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (n) bendinde ticari reklam, “*ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak, bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları*

¹ Karar hakkında bkz. Reklam Kurulu kararları 239. Toplantı Basın Bülteni - 11.08.2015: çevrimiçi 15.11.2015
http://www.tuketici.gov.tr/index.snet?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2

bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular” olarak tanımlanmıştır. Çeşitli televizyon kanallarında, radyolarda ve şirketin internet sitesinde yayımlanan reklam filmleri ile reklam panolarında yayımlanan afişler aracılığıyla çalışmalarına başlanmış olan Akkuyu nükleer enerji santralının ve Türkiye için yeni bir enerji türü olan nükleer enerjinin tanıtımı ve böylece hedef kitlenin bilgilendirilmesi ve nükleer enerji kullanımına ikna edilmesi amaçlanmaktadır. Buna göre, söz konusu reklamlar, ticari reklam olarak değerlendirilmelidir.

Nitekim Reklam Kurulu kararının “*söz konusu reklamlar hakkında öncelikle kanun kapsamına girip girmediği konusunda tartışma yapılmış, ardından reklamlarda yer alan iddialar esastan görüşülerek anılan reklamların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a aykırı olmadığı görüş ve kanaatine varılmıştır*”,² ifadesinden de söz konusu reklamların ticari reklam olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un (“TKHK”) 61. maddesi ve devamı hükümlerinde reklam hukuku ve denetimine ilişkin genel ve çerçeve düzenlemeler getirilmiştir. Bu doğrultuda detaylı düzenlemeler ise Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği (“Yönetmelik”) ile getirilmiştir. TKHK’da düzenlenmemiş olan çevre konusunda beyan içeren reklamlar, Yönetmeliğin 17. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir.

Bu çalışmada çevreye ilişkin beyanlar içeren reklamların özel olarak düzenlenmesi gereğinin üzerinde durulduktan sonra, bu reklamların taşınması gereken özellikler, yukarıda anılan karara konu olan nükleer enerji reklamları örneği ile birlikte ele alınacaktır. Son olarak, Akkuyu

² Bkz. Reklam Kurulu kararları 239. Toplantı Basın Bülteni - 11.08.2015: çevrimiçi 15.11.2015
http://www.tuketici.gov.tr/index.snet?wapp=reklamkurulukararlari_tr&open=2

Nükleer Güç Santrali A.Ş. tarafından verilen reklamlara ilişkin Reklam Kurulunun aldığı karardan hareketle tüketici mevzuatı çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır.

I. Çevreye İlişkin Beyan İçeren Reklamların Özel Olarak Düzenlemesi Gereği

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 17. maddesinde çevreye ilişkin beyanlar içeren reklamlar özel olarak düzenlenmiştir.³ Dört fıkradan oluşan bu düzenleme ile temel itibariyle tüketicilerin çevre konusundaki duyarlılığını veya bu alandaki bilgi eksikliğini istismar edilmemesini (f.1) amaçlamaktadır. Buna göre, reklamlarda; çevresel işaret, sembol ve onaylar tüketicileri aldatıcı şekilde kullanılması yasaklanmıştır. (f.2) Reklamlarda, çevresel etki konusunda sadece akademik kuruluşlarca kabul görmüş bilimsel çalışmalara dayalı bilimsel bulguların kullanılmasına izin verilmiştir. (f.3) Enerji etiketlemesi zorunlu olan malların reklamlarında enerji verimliliğine veya fiyata dair bilgilerin yer alması durumunda, ilgili malın enerji verimliliği sınıfının belirtilmesi zorunlu kılınmıştır. (f.4)

Bu düzenlemelerin getirilme amacı, ürün ve hizmetlerinde pazarlamasında çevreye ilişkin beyanların tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı olarak kullanılmasını engellemektir. 1970'lerde çevre bilincinin gelişmeye başlamasını takiben⁴ 1990'larda ürün ve hizmetlerin çevreye duyarlılığı

³ Yönetmeliğin 33. maddesi uyarınca yürürlükten kalkan 14.08.2003 tarihli ve 25138 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik'in "Çevreye İlişkin Reklamlar" başlıklı 19. Maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmekteydi. Buna göre, "*reklamlar, tüketicilerin çevre konusundaki duyarlılığını ya da bu alandaki olası bilgi eksikliğini istismar edecek bir biçimde yapılamaz. Reklamlar, çevresel etki konusunda sadece akademik kuruluşlarca kabul görmüş bilimsel çalışmalara dayalı bilimsel bulguları ve teknik gösterimleri kullanabilir.*"

⁴ Çevre bilincinin gelişimi hiç şüphesiz çevre hukukunun gelişmesi ile paralellik göstermiştir. 1972 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansında yayımlanan Stockholm Bildirisi, 1982 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen Dünya Doğa Şartı ve 1992 yılında Rio'da düzenlenen Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansında yayımlanan Rio Bildirisi çevre hukukunun temel ilkelerinin ortaya konması ve dolayısıyla çevre hukukunun gelişiminde büyük öneme sahiptir. Görüldüğü üzere, çevre hukuku 10 yıllık bir süreçte büyük bir hızla gelişmiştir. Ortaya

bir pazarlama tekniği olarak kullanılmaya başlanmıştır.⁵ Zira bu dönemde tüketicinin çevreyi olumsuz etkilediğinin bilincine varılmış, buna istinaden “geri dönüşüm”, “yeşil”, “ozon dostu” gibi ifadeler içeren pazarlama teknikleri gelişmeye başlamıştır. Bu dönemde yapılan çeşitli araştırmalar tüketicilerin çevreye duyarlı ürün ve hizmetleri tercih etme yönünde bir eğilim gösterdiklerini ortaya koymuştur.⁶ Yönetmeliğin 17. maddesinde öngörülen çevreye ilişkin beyanlar içeren reklamlara ilişkin düzenleme de bu gelişmeler ışığında tüketicilerin çevreye duyarlılıklarının açık şekilde istismar edilmesini önlemek amacıyla getirilmiştir.

Öte yandan, 1990’lı yıllardan bu yana çevre bilinci ve çevre hukuku çok değişmiştir. Hatta yeşil reklam kavramı giderek gelişmiştir. Bu nedendir ki, söz konusu düzenlemenin sadece çevreye duyarlılığın açık olarak istismar edildiği reklamlar ile sınırlı düşünülmemesi gerekir – ki düzenlemenin lafzı da böyle bir yoruma uygundur.

Sonuçta, çevreye ilişkin beyanlar içeren reklamların özel olarak düzenlenmesi dayanağını çevre hakkında bulmaktadır. Çevre hakkı, insanın temel haklarından biri olarak kabul edilmektedir.⁷ 1982 Anayasası’nın 56. maddesi uyarınca “*herkes sağlıklı ve dengeli bir*

koyulan temel çevre ilkelerinin hayata geçirilmesi kapsamında da çevre bilinci oluşmaya başlamıştır.

⁵ Çevreye duyarlılık ve pazarlama odaklı çevrecilik 1960’larda bir “uyanma zamanı”, 1970’lerde “harekete geçme dönemi”, 1980’lerde “hesaplı olma zamanı” ve 1990’larda “pazardaki güç” olarak tanımlanmıştır. Bu konu için bkz. **Canan Ay, Zümrüt Ecevit**, “Çevre Bilinçli Tüketiciler”, Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi, No:1, 2005, s. 238-263 (239) ve orada anılan **Makower**, The E-Factor: The Bottom Line Approach to Environmentally Friendly Business, Tilden Press, New York, 1993, s. 239. Konunun Amerika’da gelişimine ilişkin ayrıca bkz. **Norman Kangun, Les Carlson, Stephen J. Grove**, “Environmental Advertising Claims: A Preliminary Investigation”, Journal of Public Policy & Marketing, Cilt 10, No.2, Environmental Problems and Marketing (Sonbahar 1991), s. 47-58.

⁶ Bkz. **Kangun/ Carlson/ Grove**, s. 47, **Ay / Zümrüt**, s. 239 vd., **Tülay Yeniçeri**, “Tüketicilerin Çevre Bilinci ve Çevreye Duyarlı Satınalma Davranışlarına Yönelik Bir Pilot Araştırma”, Selçuk Üniversitesi İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Sayı 17 (2009), s. 311-326.

⁷ **İbrahim Ö. Kaboğlu**, Çevre Hakkı, 3. Bası, İstanbul, İmge Kitabevi Yayınları, 1996, s.9.

çevrede yaşama hakkına sahiptir ve çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek, devletin ve vatandaşların ödevidir". Her ne kadar bu düzenlemede doğrudan çevre hakkı ifadesine yer verilmesi de yaşam hakkının sağlıklı ve dengeli bir çevre ile bağlantısı kurulmak suretiyle, çevre hakkı dolaylı olarak tanınmış ve anayasal koruma altına alınmıştır.⁸

İşte Yönetmeliğin 17. maddesi de çevre hakkı ile birlikte düşünülerek uygulanmalıdır. Çevre hakkının ağırlığı gereğidir ki, çevreye ilişkin beyanlar içeren reklamların da herhangi bir yanıltıcı, aldatıcı veya istismar edici niteliğinin olmaması gerekir.

II. Reklamların, Tüketicilerin Çevre Konusundaki Duyarlılığı ve Olası Bilgi Eksikliğini İstismar Etmemesi Gerekliliği

Yönetmeliğin çevreye ilişkin beyanlar içeren reklamlara ilişkin 17. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "*Reklamlar, tüketicilerin çevre konusundaki duyarlılığını ya da bu alandaki olası bilgi eksikliğini istismar edecek biçimde yapılamaz.*" Buna göre, Yönetmeliğin getirdiği ilk sınırlama, çevreye ilişkin beyan içeren reklamların tüketicilerin çevre konusundaki duyarlılığını ya da alandaki olası bilgi eksikliğini istismar etmemesi gerektiğidir.

Hemen belirtilmelidir ki, burada tüketicilerin hislerini istismar eden reklamlardan bahsedilmemektedir. Tüketicilerin hislerini istismar eden reklamlar, tüketicilerde merhamet, şefkat, sosyal sorumluluk, vatanseverlik, dindarlık gibi duygular uyandırarak ürünün veya hizmetin satılmasını sağlamayı amaçlayan reklamlardır.⁹ Bu reklamlarda, yasaklanan unsur reklamın yanıltıcı veya aldatıcı ifadeler içermesinden

⁸ **Yusuf Güneş, Aynur Aydın Coşkun**, Çevre Hukuku, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 2004, s.58; **Nükhet Yılmaz Turgut**, Çevre Politikası ve Hukuku, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2009, s.78.

⁹ **İsmail Kırca**: "Tüketicilerin Hislerine Yönelik Reklamlar", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 333-347 (336).

ziyade tüketicilerin karar verme sürecine tüketicilerin duygularını etkilemek suretiyle müdahale edilmesidir.¹⁰

Oysaki çevreye ilişkin beyan içeren reklamlar bakımından daha geniş bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, reklamlar tüketicilerin hislerini değil, çevre konusundaki duyarlılıklarını ya da çevre konusundaki olası bilgi eksikliklerini istismar etmemelidir. Bir başka deyişle, bu düzenleme ile hem tüketicilerin çevre konusundaki duyarlılıklarını reklamlar hem de tüketicinin olası bilgi eksikliğinin istismar eden yani tüketiciyi aldatan veya aldatma ihtimali bulunan reklamlar yasaklanmıştır.

Reklamın hitap ettiği makul bilgi ve dikkat seviyesindeki tüketiciyi aldatan veya aldatma ihtimali bulunan reklamlar bakımından, çevre riski içeren ürün ve hizmetlerin tanıtılmasına ilişkin reklamlarda, bu hususların özel olarak belirtilmesi gerekir. Zira çevre riskleri barındıran ürün ve hizmetlerin reklamında bu risklerden hiç bahsedilmemesi, tüketicide söz konusu ürün veya hizmetin herhangi bir risk taşımadığı algısını yaratacaktır. Kaldı ki, bir ürünün veya hizmetin barındırdığı olası çevre risklerinin tüketici tarafından araştırılması beklenemez.¹¹

Dolayısıyla, bireyin kendi menfaatinin ötesinde kamu menfaatini ilgilendiren çevre konularına temas eden ürün ve hizmetler bakımından tüketicilerin doğru şekilde bilgilendirilmesi gerekir. İşte nükleer enerjinin ve ülkede ilk defa kurulmakta olan bir nükleer santralin tanıtımı da tam olarak bu kapsamda değerlendirilmelidir. Oysa ki, kuruluş aşamasında olan Akkuyu nükleer enerji santralini ve Türkiye için yeni bir enerji türü olan nükleer enerjiyi tanıtmayı amaçlayan reklam filmlerinde ve afişlerinde olası çevre risklerden hiç bahsedilmemiştir.

¹⁰ Kırca, s. 336.

¹¹ Şüphesiz tüketici ürün veya hizmetlerin içerdiği çevre riskleri hakkında bilgi edinmek istiyorsa, Çevre Kanunu'nun 30. maddesinin ikinci fıkrasında da açık olarak belirtildiği üzere 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında çevreye ilişkin bilgilere ulaşma hakkına sahiptir. Ancak normal şartlar altında çevreye ilişkin reklamların doğruluğunu tüketicilerden araştırması beklenemez.

Nükleer enerji sahip olduğu rezerv potansiyeli bakımından yüksek, hammadde maliyetleri düşük ve dolayısıyla diğer enerji türlerine göre daha yeni ve daha verimli bir enerji türüdür.¹² Nitekim Akkuyu enerji santralının reklam filminde de “*daha çok aydınlık için*” gibi ifadelerle genel olarak nükleer enerjinin verimliliği ön plana çıkarılmaktadır.

Yalnız, nükleer enerji yalnızca verimli bir enerji türü olarak anılamaz. Kuşkusuz, nükleer enerji üreten santraller, olağan faaliyetleri sırasında çevreye ve insanlara diğer enerji türlerine oranla daha az zarar vermektedir.¹³ Bununla birlikte, nükleer santrallerde kaza meydana gelmesi durumunda, çevrenin ve insan sağlığının uğrayacağı zararlar diğer enerji türlerine oranla çok daha fazladır.¹⁴ Nükleer santrallerde yaşanan kazalar ve bu kazaların sebep oldukları zararlar nedeniyle, nükleer enerjinin kullanımı ciddi bir korku ve endişe konusudur. Zira sivil amaçlı nükleer santrallerde son 50 yılda meydana gelen üç önemli kaza bulunmaktadır ve bu kazaların sonuçları oldukça ağır olmuştur.¹⁵

Görüldüğü üzere, nükleer santral işletilmesi insan sağlığı ve çevre için büyük riskler içermektedir. Nitekim bu riskler nedeniyle İtalya’da 12.06.2011 tarihinde yapılan halk oylaması sonucunda nükleer santrallerin yeniden açılması talebi reddedilmiş, Almanya’da ise hâlihazırda faaliyet gösteren nükleer santrallerin 2022 yılına kadar tamamen kapatılması

¹² **Yılmaz İ. Aslan**, Cilt 2, Petrol Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Bursa, Ekin Kitabevi, 2008, s.323; Murat **Aydoğdu**, Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınları, 2009, s.77; **Mustafa Halit Korkusuz**, Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta, 2012, s.39.

¹³ **Aslan**, s.324; **Aydoğdu**, s.78-80; **Korkusuz**, s.40. Ayrıca nükleer santrallerden kaynaklanan radyasyon ile ilgili olarak bkz. çevrimiçi 10.07.2015 <http://www.world-nuclear.org/info/Safety-and-Security/Radiation-and-Health/Nuclear-Radiation-and-Health-Effects/> Nükleer santrallerin CO2 emisyonu ile ilgili olarak bkz. çevrimiçi 10.07.2015 <http://www.world-nuclear.org/info/Energy-and-Environment/Energy-Balances-and-CO2-Implications/>.

¹⁴ **Aslan**, s.324; **Korkusuz**, s.41.

¹⁵ 1979 tarihli Three Mile Island kazası, 1986 tarihli Çernobil kazası ve 2011 tarihli Fukushima kazası. Bu kazalar hakkında detaylı bilgi için bkz. çevrimiçi 10.07.2015 <http://www.world-nuclear.org/info/Safety-and-Security/Safety-of-Plants/Safety-of-Nuclear-Power-Reactors/>.

hususunda karar verilmiştir. İsviçre’de Haziran 2011 itibariyle yeni santral kurulmasını yasaklamış ve 2034 yılına kadar nükleer santrallerin tamamen kapatılması hususunda karar verilmiştir.¹⁶ Türkiye’de de 1970’lerden beri nükleer santral kurulması gündeme gelmekle birlikte, nükleer kazaların yarattığı kaygılar ve tartışmalar yaratmıştır.

Oysa ki, Akkuyu nükleer santralının reklamlarında nükleer enerjinin ve nükleer santrallerin insan sağlığı ve çevre üzerindeki etkilerine ilişkin herhangi bir bilgiye ve hatta uyarıya bile yer verilmemektedir. Sanki nükleer enerji ve nükleer santrallerin çevreye etkilerine ilişkin eksik veya yanıltıcı sayılabilecek beyanda bulunmamak adına hiç beyanda bulunulmamıştır. Böylece nükleer enerji santrallerinin insan sağlığına ve çevreye hiç bir etkisi olmadığı algısı yaratılmak istenmiştir. Öyle ki, tüm reklam filmlerinde ve afişlerde yer alan “Akkuyu Nükleer” logosunda da bir atom parçası sembolü, yeşil bir yaprak dalı sembolü ile birleştirilmek suretiyle tüketicilerde çevre dostu bir izlenim yaratılmıştır. Logodaki renk seçiminin yeşil olması bile bunun bir göstergesidir.

Öğretide bir reklamın açık olarak hiç bir yanlış ifade içermemesine rağmen bütünü değerlendirildiğinde aldatıcı sayılabileceği kabul edilmektedir.¹⁷ Kaldı ki, tüketiciler için önemli ve gerekli açıklamaları içermeyen reklamlar da aldatıcı olarak kabul edilmektedir.¹⁸ Buna göre, nükleer enerjinin çevreye etkilerine ilişkin herhangi bir yanlış beyan içermese de Akkuyu nükleer reklamları bütünüyle ele alındığında söz konusu reklamların nükleer enerji ve nükleer santral gerçeğinden farklı bir

¹⁶ Nükleer enerji alanında ülke profilleri için bkz. çevrimiçi 10.07.2015 <http://www.world-nuclear.org/info/Country-Profiles/>.

¹⁷ **Celal Göle**, Ticaret Hukuku Açısından Aldancı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara, 1983, s.62, **Emrehan İnal**, Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, Beta, İstanbul, s.107, **Emrehan İnal, Başak Baysal**, Reklam Hukuku ve Uygulaması, Onİki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 26; **İnal, Emrehan**: “Türk Hukuku’nda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar”, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, Onİki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 87-104 (88).

¹⁸ **Göle**, s.69, **İnal**, Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar, s. 92.

izlenim bıraktığı rahatlıkla söylenebilir. Kaldı ki, en temel insan haklarından çevre ve hatta yaşam haklarını doğrudan etkileyen nükleer santrallerin tanıtımına ilişkin reklamlarda bu etkilere ilişkin özel olarak bilgi verilmesi veya en azından uyarıda bulunulması beklenirken, herhangi bir bilgi verilmemiş olması da söz konusu reklamların aldatıcı olduklarının bir başka göstergesidir.

III. Reklamlarda Kullanılan Çevre Etkilerine İlişkin Bildirimlerin Özelliği

Çevre etkileri bulunan ürün ve hizmetlerin tanıtımında, söz konusu etkilere ilişkin tüketicinin ne şekilde bilgilendirileceği hususu da Yönetmeliğin 17. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir.

İlgili maddenin 2. fıkrası uyarınca, “*reklamlarda; çevresel işaret, sembol ve onaylar tüketicileri aldatıcı şekilde kullanılamaz.*” Bir başka deyişle, çevresel işaret, sembol veya onaylar, reklam konusu ürün veya hizmetin bunları destekleyen özelliklere sahip olması şartıyla kullanılabilir. Aksi bir kullanım tüketicileri yanıltıcı ve aldatıcı olacaktır. Bu düzenlemeye ilişkin üzerinde durulması gereken bir husus, çevresel işaret, sembol ve onaylardan ne anlaşılması gerektiğidir. Şüphesiz burada kastedilen geri dönüşüm sembolleri gibi genel kabul görmüş çevresel işaret ve semboller ile organik gıda gibi idarenin iznine tabi olarak yürütülen faaliyetlere ilişkin çevresel işaret, sembol ve onaylardır. Yoksa Akkuyu Nükleer’in yukarıda anılan logosunun bu anlamda bir aldatıcı çevresel işaret veya sembol kullanımı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

3. fıkra düzenlemesine göre ise “*reklamlarda, çevresel etki konusunda sadece akademik kuruluşlarca kabul görmüş bilimsel çalışmalara dayalı bilimsel bulgular ve teknik gösterimler kullanılabilir.*” Buna göre, bir ürün veya hizmetin reklamında, söz konusu ürün veya hizmetin çevre etkilerine ilişkin sadece reklam verenin beyanlarına dayanılarak tüketiciye bilgilendirme yapılamaz. Konunun kamusal boyutu, tüketicilerin doğru şekilde bilgilendirilmesini gerektirir.

Akkuyu NGS Elektrik Üretim A.Ş. tarafından nükleer enerji güç santralının tanıtımı amacıyla açılan <http://www.gucluturkiyeninyenienerjisi.com> adresli web sayfasında “Temiz Enerji” başlığı altında şu ifadeye yer verilmiştir:¹⁹ “*Akkuyu Nükleer inşaatı ve faaliyet süresi boyunca çevreye zarar vermeyecek şekilde tasarlandı. En son sistemlerin kullanılacağı Akkuyu Nükleer’de baca yok! Dolayısıyla sera gazı salınımı da minimum seviyede kalacak. Deniz canlılarının yaşamını olumsuz etkileyecek bir atık ya da zararlı gaz salınımı da olmayacak. Deniz suyunda ısınma olmayacağı için Caretta Carettalar ve Akdeniz Fokları güvende olacak. Nükleer atıkların çevreye sızması engellenecek, atıklar güvenli bir şekilde depolanacak.*” Ancak bu bilgiler akademik kuruluşlarca kabul görmüş bilimsel verilere dayanmamaktadır. Hatta bu bilgilerin aksi yönünde uzman görüşleri söz konusudur.

Nitekim, bu tartışmalar Akkuyu nükleer enerji santralının Çevresel Etki Değerlendirme raporunun da gerçeği yansıtmadığı iddiasıyla yargıya taşınmasına sebep olmuştur. Doğruluğu böylesine tartışmalı bilgilerin, söz konusu web sayfasında herhangi bir çekinceye yer vermeksizin yayımlanması tüketicilerin bu konudaki bilgi eksikliğini istismar etmekte, onların eksik ve dolayısıyla yanlış bilgilenmelerine sebep olmaktadır. Bu durum tüketiciyi yanıltıcıdır ve 3. fıkra düzenlemesine aykırıdır.

Ayrıca yine aynı sayfada “Soru/Cevap” başlığı altında yer alan “*Nükleer güç santralının çevresinde yaşayan halka olabilecek radyasyon etkisi nedir? / Nükleer güç santrali emniyetli mi? / Fukushima olayı tekrar olabilir mi? / Nükleer güç santrali bölgemizdeki çevreyi etkiler mi?*” sorularının cevaplarına da yer verilmemiştir. Bu da tüketicinin eksik bilgilendirildiğini göstermektedir.

Akkuyu nükleer enerji santralının <http://www.akkunpp.com/> adresli web sayfasında ise söz konusu soruların cevaplarına yer verilmiştir.

¹⁹ Bu bilgilere 10.07.2015 tarihinde ulaşılmış olup Reklam Kurulu kararını izleyen tarihlerde bilgiler güncellenmiştir.

Ancak burada yer verilen cevaplar da yetersizdir.²⁰ Örneğin bunlardan “*Fukushima olayı tekrar olabilir mi?*” sorusuna verilen cevaplar, sadece Akkuyu NGS Elektrik Üretim A.Ş.’nin beyanına dayanmaktadır, bu hususta bilimsel veriler ortaya koyulmamıştır. Aynı şekilde Almanya’nın nükleer enerji güç santrallerini terketmesi siyasi bir pozisyon olarak yansıtılmıştır. Ancak Fukushima kazası sonrasında bu kararın alınmasını etkileyen bilimsel faktörler ve nükleer riskler ortaya koyulmamıştır.

Çevre etkileri bulunan ürün veya hizmetlerin tanıtımında, söz konusu etkilere ilişkin tüketicinin eksiksiz ve doğru bir şekilde bilgilendirilmesi büyük önem taşımaktadır. Nükleer enerji örneğinden yola çıkıldığında, nükleer enerjinin olumlu ve olumsuz etkilerinin tamamının tarafsız bir şekilde ortaya koyulması gerekir. Yoksa, nükleer enerjinin barındırdığı çevre riskleri konusunda sessiz kalınması veya bu konulara ilişkin soruların tek taraflı yargılara dayanılarak cevaplanması yeterli değildir. Nitekim bunu önlemek için Yönetmeliğin 17. maddesinin 3. fıkrasında çevresel etkilere ilişkin beyanların sadece akademik kuruluşlarca kabul görmüş bilimsel çalışmalara dayalı bilimsel bulgular içerebileceği açıkça ifade edilmiştir.

Akkuyu Nükleer Reklamlarına İlişkin Genel Değerlendirme ve Sonuç

Akkuyu nükleer enerji santrallerinin çeşitli mecralarda yayımlanan reklamlarında tüketicilere nükleer enerjinin çevresel etkilerine ilişkin bilgi vermekten kaçılmış olması nedeniyle bu reklamların Yönetmeliğin 17. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir. Buna göre, Reklam Kurulu’nun anılan reklamların 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a aykırı olmadığı yönündeki kararı yerinde değildir.

Kaldı ki, Akkuyu nükleer reklamlarında aldatıcı olan tek unsur, çevre etkilerine ilişkin bilgi eksikliğinden ileri gelmemektedir. Şöyle ki,

²⁰ Bu bilgilere 10.07.2015 tarihinde ulaşılmış olup Reklam Kurulu kararını izleyen tarihlerde bilgiler güncellenmiştir.

Akkuyu NGS Elektrik Üretim A.Ş. tarafından verilen reklam filmlerinde ve afişlerde “*Güçlü Türkiye’nin Yeni Enerjisi: Akkuyu Nükleer*” sloganıyla nükleer enerji santrali kurulması projesinin milliliği ön plana çıkarılmaktadır. Bu husus özellikle reklam filminde geçen “*Türkiye tarihinin en büyük yatırımını gerçekleştiriyor, enerji de dışa bağımlı olmaktan kurtuluyor. Bu gurur Türkiye’nin, bu yatırım hepimizin.*” mesajı ile vurgulanmıştır.

Ancak Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti’nde Akkuyu Sahası’nda Bir Nükleer Güç Santralini Tesisine ve İşletilmesine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşma’nın (“Akkuyu Anlaşması”) ²¹ 5. maddesi uyarınca Akkuyu nükleer güç santralini işletecek olan Akkuyu NGS Elektrik Üretim A.Ş.’nin çoğunluk payı dolaylı olarak Rus nükleer enerji şirketi olan Rosatom’a aittir. Söz konusu madde uyarınca “*Proje Şirketi, Rus Tarafınca yetkilendirilen şirketlerin doğrudan veya dolaylı olarak başlangıçta % 100 (yüzde yüz) hisse payına sahip olacak şekilde, Türkiye Cumhuriyeti kanunları ve düzenlemeleri kapsamında anonim şirket şeklinde kurulur. Rus Yetkili Kuruluşları’nın Proje Şirketi’ndeki toplam payları, hiçbir zaman %51’den (yüzde elli birden) az olamaz. Proje Şirketi’nin geride kalan azınlık hisselerinin dağıtımı, her zaman, ulusal güvenlik ve ekonomi konularında ulusal çıkarların korunması amacıyla Tarafların rızasına tabidir.*”

Bu kapsamda, Akkuyu NGS Elektrik Anonim Şirketi, 13.12.2010 tarihinde Ankara Ticaret Sicil Müdürlüğünde tescil edilerek, ilgili tescil 14.10.2010 tarihli ve 7707 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde

²¹ Ankara’da 12.05.2010 tarihinde imzalanan “*Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Türkiye Cumhuriyeti’nde Akkuyu Sahası’nda Bir Nükleer Güç Santralini Tesisine ve İşletimine Dair İşbirliğine İlişkin Anlaşma*”nın 15.07.2010 tarihli ve 27648 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6007 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuştur. Buna istinaden Bakanlar Kurulu’nun 27.08.2010 tarihli ve 2010/918 sayılı kararı ile onaylanmış ve ilgili karar 06.10.2010 tarihli ve 27721 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

yayınlanmıştır.²² Nitekim, Akkuyu NGS Elektrik Üretim A.Ş.’nin <http://www.akkunpp.com/> adresli web sayfasının sağ köşesinde de sürekli olarak Rus Rosatom şirketinin logosuna yer verilmektedir.

Ayrıca, Akkuyu Anlaşması’nın 7. maddesi uyarınca santralin inşa edileceği saha da Akkuyu NGS Elektrik Üretim A.Ş.’ye bedelsiz olarak tahsis edilmiştir. Bir başka deyişle, söz konusu yatırımda herhangi bir “milli” unsur bulunmamaktadır.

Bu bilgiler ışığında, söz konusu reklamlarda milli değerlerin ön plana çıkarılması ve yatırımın Türkiye’nin yatırımı olarak yansıtılması aldatıcı eylemdir. Şöyle ki, Yönetmeliğin 29. Maddesi uyarınca “*Yanlıı bilgi içeren veya verilen bilgiler esasen doğru olsa bile sunuluşuna dair bütün koşullar değerlendirildiğinde, ortalama tüketiciyi aldatan ya da aldatmaya elverişli olan ve bu suretle tüketicinin normal şartlar altında taraf olmayacağı bir hukuki işleme taraf olmasına yol açan ya da yol açma olasılığı bulunan ticari uygulamalar aldatıcı olarak kabul edilir.*” Aynı maddenin ikinci fıkrasında tüketicileri aldatan ya da aldatma ihtimali olan eylemler sayılmıştır. Söz konusu fıkranın (e) bendi uyarınca “*Ticari uygulamada bulunanın veya temsilcisinin; kimliği, mal varlığı, yetenekleri, statüsü, kurum veya kuruluşlara üyelik bilgileri, sahip olduğu ticari haklar, fikri ve sınai mülkiyet hakları, yetkili otoritelerden ödül ve nişan kazanmış olması gibi nitelikleri, sıfatları, unvanları ve diğer hakları*”nda tüketicileri aldatan eylemler “aldatıcı eylem” olarak nitelendirilmiştir. Buna göre, reklam filminde geçen “*Türkiye tarihinin en büyük yatırımını gerçekleştiriyor, enerji de dışa bağımlı olmaktan kurtuluyor. Bu gurur Türkiye’nin, bu yatırım hepimizin.*” mesajı, tüketicilerde nükleer enerji santralının bir Türk şirketine ait olduğu izlenimi bırakmaktadır. Oysaki, yukarıda da açıklandığı üzere, Akkuyu

²² Kaldı ki, 04.04.2014 tarihli ve 8546 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde yayınlanan sermaye artırımı kararı ile şirket tarafından yapılan ve 14.04.2014 tarihli ve 8549 sayılı Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde yayımlanan bildirim uyarınca şirketin paylarının 5695,61815 oranında dolaylı olarak sahibi Rus Devletinin nükleer enerji şirketi olan Rosatom’dur.

NGS Elektrik Üretim A.Ş. dolaylı olarak Rus nükleer enerji şirketi olan Rosatom'un hakimiyetindedir. Bir başka deyişle, tüketiciler ticari uygulamada bulunan şirkete ilişkin yanlış şekilde bilgilendirilmektedir.

Kaldı ki, bir Rus yatırımı olan Akkuyu NGS Elektrik Üretim A.Ş.'nin söz konusu reklamlarında Türkiye Cumhuriyeti'nin milli unsurları kullanması, Yönetmeliğin 11. maddesi çerçevesinde itibardan haksız yararlanma teşkil etmektedir. Zira reklamlarda Türk devletinin bayrağı ve milli unsurları kullanılarak tüketiciler hem yanıltılmakta, hem de milli duyguları istismar edilmektedir.

Sonuç olarak, çevresel riskler içeren ürün ve hizmetlere ilişkin reklamlarda bireylerin çevre hakkı ve kamu menfaati ön plana çıktığından, tüketicilerin olası risklere karşı eksiksiz bilgilendirilmesi, en azından onlara söz konusu risklere ilişkin uyarıda bulunulması gerekir. Tüketicilerin çevresel risklere ilişkin hiç bilgilendirilmediği kurguda tüketicide söz konusu ürün veya hizmetin herhangi bir risk taşımadığı algısı oluşacaktır. Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin çevreye ilişkin beyan içeren reklamları düzenlediği 17. maddesinin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir.

Kaynakça

- Aslan, Yılmaz İ.: Cilt 2, Petrol Piyasasında Rekabet ve Regülasyon, Bursa, Ekin Kitabevi, 2008.
- Ay, Canan/ Ecevit, Zümrüt: “Çevre Bilinçli Tüketiciler”, Akdeniz İ.İ.B.F. Dergisi, No:1, 2005, s. 238-263.
- Aydoğdu, Murat: Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer madde Taşıyanın Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Adalet Yayınları, 2009.
- Göle, Celal: Ticaret Hukuku Açısından Aldancı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara, 1983.
- Güneş, Yusuf / Aydın Coşkun, Aynur: Çevre Hukuku, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 2004.

- İnal, Emrehan / Baysal, Başak: Reklam Hukuku ve Uygulaması, Onİki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- İnal, Emrehan: “*Türk Hukuku’nda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar*”, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu, Onİki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 87-104. (*Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar*)
- İnal, Emrehan: Reklam Hukuku ve Aldatıcı Reklamlar, Beta, İstanbul (*Reklam Hukuku*)
- Kaboğlu, İbrahim Ö.: Çevre Hakkı, 3. Bası, İstanbul, İmge Kitabevi Yayınları, 1996.
- Kangun, Norman / Carlson, Les / Grove, Stephen J.: “*Environmental Advertising Claims: A Preliminary Investigation*”, Journal of Public Policy & Marketing, Cilt 10, No.2, Environmental Problems and Marketing (Sonbahar 1991), s. 47-58.
- Kırca, İsmail: “*Tüketicilerin Hislerine Yönelik Reklamlar*”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1998, s. 333-347.
- Korkusuz, Mustafa Halit: Nükleer Santral İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta, 2012.
- Turgut, Nükhet Yılmaz: Çevre Politikası ve Hukuku, Ankara, İmaj Yayıncılık, 2009.
- Yeniçeri, Tülay: “*Tüketicilerin Çevre Bilinci ve Çevreye Duyarlı Satınalma Davranışlarına Yönelik Bir Pilot Araştırma*”, Selçuk Üniversitesi İİBF Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Sayı 17 (2009), s. 311-326.

MOBBİNGİN PSİKO-SOSYAL SAĞLIK ve İŞ SAĞLIĞI BAKIMINDAN SONUÇLARI ve MOBBİNG MAĞDURUNUN BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ ÇARELER

Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI*

ÖZET

Psikolojik taciz; işyerinde bir işçiye yöneltilmiş, işveren veya işyerinde çalışan diğer çalışanlarca tekrarlanan saldırılar biçiminde uygulanan psikolojik bir terör şekli olup, kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca, onur kırıcı ve yıldırıcı davranışlarla ortaya çıkar.

Psikolojik taciz niteliğindeki davranışların temelinde salt zevk arayışı, can sıkıntısı, ayrıcalıklı hak sahibi olduğuna inanma, sahip olmadıklarının acısını çıkarma, bencillik gibi nedenler yatabilmekteyse de, psikolojik tacizin asıl önemli nedeni, işçinin çalışma ortamını katlanılmaz bir hale getirmek suretiyle onu yıldırma ve kendi inisiyatifi ile işten ayrılmasını sağlamaktır. Bunun yanında psikolojik tacize uğrayan bir işçinin iş sağlığı ve güvenliğinden yoksun bir biçimde çalışmak zorunda kaldığı da muhakkaktır. Zira iş sağlığı ve güvenliği önlemleri her şeyden önce kişinin temel bir hakkı olarak görülmelidir. Bu bağlamda iş sağlığı için önemli olan, sadece vücudun beden itibarıyla sağlıklı bulunması değildir. Nitekim beden sağlığının yanında, ruh sağlığı ve sosyal sağlık da insan sağlığını oluşturan üç öğedir. Bu bağlamda psikolojik tacizin kişinin ruh sağlığı ve sosyal sağlığını tehdit ettiği açıktır.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı, eyuvali@erciyes.edu.tr

Psikolojik taciz(mobbing) işçinin ruh sağlığı ve sosyal sağlığına zarar verir. Çalışma ortamını kirletir ve iş sağlığı ve güvenliği bakımından bir tehlike oluşturur. Biz bu çalışmamızda psikolojik tacizin kavramsal boyutunu kısaca izah ettikten sonra psikolojik tacizin psiko-sosyal sağlık ve iş sağlığı bakımından ortaya çıkardığı sakıncaları ele almaya çalışacağız. Çalışmamızın son kısmında ise psikolojik taciz mağduru çalışanların başvurabileceği hukuki çareler üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Psikolojik Taciz (Mobbing), İş Sağlığı ve Güvenliği, Psiko-sosyal Sağlık, Ayrımcılık.

PSYCHOLOGICAL HARASSMENT IN WORKPLACE(MOBING), EFFECTS ON WORKERS PSYCHOSOCIAL AND OCCUPATIONAL HEALTH AND LEGAL REMEDIES MOBBING VICTIMS CAN APPLY

ABSTRACT

Psychological harassment; directed to a worker in the workplace is a psychological form of terror; ill-treatment, threats, violence, humiliation, such as occurs with hostility.

The basis of behavior in psychological harassing may has been causes of absolute pleasure seeking, boredom, believing that he has the exclusive right, with removing the pain they have, the selfishness; really important cause of psychological harassment, by making an intolerable the working environment of workers; him to tired and provides to leave work his initiative. Addiction it is certain that a worker who has suffered psychological harassment has to work devoid of the occupational health and security. Because occupational health and safety measures should be seen first and foremost as a fundamental human rights. In this context, which is important for occupational health, there is not only a healthy body as the body. The protection of physical health as well as mental health workers are also located in the area of workers health. Indeed,

beside the physical health, mental health and social health is the three elements that make up the human health. In this context it is clear that mobbing threatened the mental and social health.

Psychological harassment damages the worker's mental and social health. Pollute the environment and pose a danger in terms of occupational health and safety. In this study, we briefly explained after the conceptual dimensions of psychological harassment in terms of occupational and psychosocial health, we will try to address psychological harassment. In the last part of our study of psychological harassment victims can apply for workers will be focused on legal remedies.

Keywords: Psychological Harassment (Mobbing), Occupational Health and Safety , Psychosocial Health, Discrimination.

GİRİŞ

Psikolojik taciz(mobbing)¹, işyerinde psikolojik şiddet, kuşatma, taciz, rahatsız etme ve sıkıntı verme anlamına gelmektedir². Daha ayrıntılı

¹ Mobbing, (Latince'de; psikolojik şiddet, baskı, kuşatma, taciz, rahatsız etme veya sıkıntı vermek), özellikle hiyerarşik yapılanmış gruplarda ve kontrolün zayıf olduğu örgütlerde, gücü elinde bulunduran kişinin ya da grubun, diğerlerine psikolojik yollardan, uzun süreli sistematik baskı uygulamasıdır. Son dönemde sosyoloji ve hukuk başta olmak üzere çeşitli alanlarda disiplinlerarası çalışılan bir konu haline gelmiştir. Mobbing sözcüğü önceleri çocukların birbiriyle olan zorbalık ilişkilerini tanımlamakta kullanılmıştır. İşyerlerinde de 1950-1960'lı yıllarda yapılan araştırmalar, mobbingin sadece çocuklar arasında yaşanmadığını ortaya koymuştur..Mobbing duygusal bir saldırdır. Yaş, ırk, cinsiyet ayrımı gözetmeden, taciz, rahatsız etme ve kötü davranış yoluyla herhangi bir kişiye yönelen saldırganlıktır. Kişiyi iş yaşamından dışlamak amacıyla kasıtlı olarak yapılır. Kişinin saygısız ve zararlı bir davranışın hedefi olmasıyla başlar. İşveren ima ve alayla, karşısındakinin toplumsal itibarını düşürmeye yönelik saldırgan bir ortam yaratarak kişiyi işten ayrılmaya zorlar. Bir araştırmaya göre mobbing, kâr amacı gütmeyen kuruluşlarda, okullarda ve sağlık sektöründe daha yaygındır. Yüksek işsizlik oranları ve dolayısıyla çalışanın değersiz görülmesi mobbingin artmasına neden olmaktadır. Sonuç olarak her işyerinde ve her türlü kuruluşta rastlanabilir. Organizasyon bozukluğunun daha fazla olduğu işyerlerinde, disiplin getirmek, verimliliği artırmak, refleksleri koşullandırma (askeri disiplin) öne sürülerek yapılmakta ve meşrulaştırılmaktadır. Yakın zamanda ABD'de 9.000 kamu çalışanı üzerinde yapılan araştırmada, kadın çalışanların % 42'sinin, erkek çalışanların ise % 15'inin son iki yılda zorbalığa uğradığını, bunun kayıp zaman ve verimlilik açısından

bir tanıma göre ise psikolojik taciz; işyerinde bir işçiye yöneltilmiş, işveren veya işyerinde çalışan diğer işçilerce tekrarlanan saldırılar biçiminde uygulanan psikolojik bir terör şekli olup, kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca, onur kırıcı ve yıldırıcı davranışlarla ortaya çıkar³. Görüldüğü üzere bu türden bir taciz, gerek işverence gerek işyerinde çalışan diğer çalışanlarca gerçekleştirilebilir⁴. Başka bir anlatımla, bir kişi kendisinden hiyerarşik olarak daha alt konumda olan bir çalışan tarafından da psikolojik tacize maruz bırakılabilir. Özet olarak psikolojik taciz(mobbing), işçinin kişilik hakkı ve bu hak kapsamında korunan “onur ve saygınlık değeri” hedef alınarak sistematik davranışlar ile üzerinde baskı kurulmasıdır olarak tanımlanabilir.

Görüldüğü üzere işyerinde psikolojik taciz, işçinin kişilik haklarına saldıran ve insan onuruyla hiçbir şekilde bağdaşmayan haksız bir eylemdir. Psikolojik taciz UÇÖ tarafından da zalimce, kötü niyetli ve aşağılayıcı girişimler yoluyla bir bireye veya birey grubuna zarar vermeyi amaçlayan davranışlar olarak nitelendirilmiştir⁵.

I. İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZ NİTELİĞİNDEKİ DAVRANIŞLAR

Psikolojik tacizin (mobbing) dünya üzerinde tüm kültürlerde ve tüm iş yerlerinde görülebildiği ifade edilmelidir. Ayrıca psikolojik taciz, kamu-özel ayrımı olmaksızın tüm işyerlerinde olabileceği gibi okullarda, eğitim yerlerinde, kurslarda, sağlık merkezlerinde ve kısaca insanların

180 milyon dolara mal olduğunun hesaplandığını belirtiyor. İsveç'te intiharların % 15'inin mobbing kaynaklı olduğunu söylüyor

²Yıldız, G. B.; İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008 s. 125.

³Tınaz P., İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), İstanbul 2006, s. 8.

⁴ Psikolojik tacizin temel amacı işçinin yıldırılması ise de, tek amacın bu olduğu söylenemez. Nitekim psikolojik taciz niteliğindeki davranışların altında, bireyi grup kuralını kabul etmeye zorlama, düşmanlıktan haz duyma, salt zaman geçirme ve zevk arayışı, ayrıcalıklı hak sahibi olduğuna inanma, kıskançlık, bencillik vb. gibi sebepler yatabilir. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Tınaz, s. 80 vd.

⁵Bayram F., Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz, Legal İSGHD 2007, Sayı:14, s.552.

belli amaçlarla bir arada faaliyette buldukları hemen her yerde söz konusu olabilir⁶.

Yukarıda da görüleceği üzere psikolojik tacize maruz kalma riski, hemen herkes için geçerlidir. Mobbing mağdurlarının ayırt edici özellikleri yoktur, Tüm çalışanlar psikolojik tacize uğrayabilir. Mağdurun kişilik özellikleri, iletişim sorunları, performans azlığı gibi özellikleri incelenmiş ancak bu konuda anlamlı sonuçlar bildirilmemiştir. Bununla birlikte Bir kişinin yüksek performans göstermesinden dolayı yıldırılmasına dair açıklama ve yorumlar fazladır⁷. Bununla beraber, söz konusu kıstasın psikolojik tacize maruz kalınmasında her zaman belirleyici bir unsur olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira mobbinge maruz kalan kişinin, işyerindeki diğer çalışanlar bakımından mutlaka “güçlü bir rakip”, ya da “üstün niteliklerdeki bir kişi” olmasına gerek yoktur⁸. Bir takım kişisel özellikler de, örneğin; farklı bir cinsiyete sahip olmak, farklı bir ırk veya etnik gruba mensup olmak, farklı inançlara sahip bulunmak, farklı tarzda giyinmek, farklı bir yaş grubunda olmak, hatta “dikkat çekici fiziksel özellikler taşımak” gibi niteliklere sahip olan kişilerin de psikolojik tacizin hedefi haline geldiği görülebilmektedir⁹.

Psikolojik taciz niteliğindeki davranışların temelinde salt zevk arayışı, can sıkıntısı, ayrıcalıklı hak sahibi olduğuna inanma, sahip olmadıklarının acısını çıkarma, bencillik gibi nedenler yatabilmekteyse de, psikolojik tacizin asıl önemli nedeni, işçinin çalışma ortamını katlanılmaz bir hale getirmek suretiyle onu yıldırma ve kendi inisiyatifi ile işten ayrılmasını sağlamaktır¹⁰.

⁶ Taşkın, A., “Mobbingin Benzer Kavramlardan Farkı”, SiCiL, İş Hukuku Dergisi 2012, Sa.:12, s. 59

⁷ Gül, H.; “İş Sağlığında Önemli Bir Psikososyal Risk: Mobbing Psikolojik Yıldırma”, TAF Preventive Medicine Bulletin, 2009: 8(6), s. 517.

⁸ İlhan, Ü.; “İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Tarihsel Arka Planı ve Türk Hukuk Sisteminde Yeri”, Ege Akademik bakış, C.10, Sa.:4, Ekim 2010, s. 1176-1177.

⁹ Çobanoğlu, Ş. (2005): Mobbing ve Başa Çıkma Yöntemleri. İstanbul: Timaş Yayıncılık, s. 24.

¹⁰ Bayram F., İşyerinde Psikolojik Taciz, Legal YKİ 2007, Sayı:3, s. 98.

Psikolojik taciz niteliğindeki davranışların en bariz örnekleri; kendini göstermeyi engelleme; sözünü kesmek, yüksek sesle azarlamak, sürekli eleştiri, sürekli kusur bulma, konuşulan bir ortamda yokmuş gibi davranmak, iletişimin kesilmesi, fikirlerine itibar edilmemesi, asılsız söylenti, dini ve siyasi görüşlerinize alay edilmesi, yakışsız imalar, nitelikli iş verilmemesi, anlamsız işler verilip sürekli yer değiştirilmesi, ağır işler verilmesi ve fiziksel şiddet tehdidi vb. olarak sıralanabilir¹¹.

Her işyerinde, çalışanların sinirlendiği, tartışmaların yaşandığı zamanlar olabilir. Arızı olarak nitelendirilecek davranışlar mobbing olarak nitelendirilemez. Nitekim mobbing anlık yapılmış bir davranış olmayıp sistematik olarak tekrarlardan davranışlardan oluşan bir taciz sürecidir¹². Zira mobbing, bireyin iş yaşamında sistematik olarak psikolojik yıldırmaya uğramasıdır. Psikolojik taciz ile işyerinde meydana gelebilecek sürtüşmelerin, ani öfke patlamalarının, gerginliklerin arasındaki farkın psikolojik tacizin sistemli ve planlı bir şekilde yapılıyor olması olduğunu belirtmekte fayda vardır. Dolayısıyla bir takım davranışların psikolojik taciz olarak kabulü için bir işçi hedef alınarak gerçekleştirilmesi ve söz konusu eylemlerin belli bir süreye yayılması ve sistematik bir karakter göstermesi gerekmektedir¹³.

II. PSİKO-SOSYAL SAĞLIK VE MOBBİNG

Psiko-sosyal sağlık; ruhsal ve sosyal sağlığın birlikte ifade edilmesidir. Zira bu iki öge birbirleriyle yakından ilgilidir. Nitekim ruh sağlığı; kişinin toplumla ahenkli ve uyumlu ilişkiler kurabilme yeteneği, yaşamın sıkıntılarına tahammül edebilme gücü ve zorluklar karşısında

¹¹ Tınaz P./Bayram F./Ergin H.; Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yay., İstanbul 2008, 2008, s.11 vd.; Bilgili A., İş Hukuku Açısından Mobbing (Psikolojik Taciz), Adana, Karahan Kitabevi, 2012, s.10-13.

¹² Süzek, Sarper; İş Hukuku, Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul 2014, s.404.

¹³ Sevimli, A. K.; “Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum 2013/I, s. 116.; Demircioğlu, H. R.; “Kisilik Hakkı İhlâlinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, GÜHFD, C. XI, S.1-2, 2007, s. 119.

mücadele ve çalışma gücü bulabilmesi gibi birçok unsuru bünyesinde barındırmaktadır. Sosyal sağlık ise insanın yaşadığı çevrede, çalıştığı işte vb. sağlığını bozacak bir takım olumsuz durumların olmamasıdır¹⁴. Trafik kargaşası, çevre kirliliği, insanların eğitimsizliğinden, bilgisizliğinden ve görgüsüzlüğünden kaynaklanabilecek türlü sıkıntılar, üzüntüler, yol, su, elektrik sorunları gibi sorunlar sosyal sağlığı olumsuz yönde etkileyebileceği gibi kişilerin şahsiyetini sınırlayan ve zedeleyen uygulamalar da sosyal sağlığı olumsuz yönde etkileyen unsurlardandır. Dolayısıyla sosyal sağlık kişinin yaşadığı sosyal çevrede bedensel ve ruhsal sağlığını bozmayacak şartları bulabilmesi olarak tanımlanabilir¹⁵.

İşyerinde psikolojik tacizin; “bireylerin ruhsal, fiziksel, ahlaki veya sosyal gelişimlerine zarar veren kişi veya gruplara karşı amaçlı güç kullanımı”¹⁶ olarak tanımlandığı düşünüldüğünde psikolojik tacizin çalışan bireylerin psiko-sosyal sağlığını olumsuz yönde etkileyebileceğini söylemek mümkündür. Söz konusu olumsuz etkilenme iş stresini de arttırmaktadır. Dolayısıyla mobbingin kişiler üzerinde stresi ve strese bağlı olarak fiziksel ve psikolojik rahatsızlıkları arttırdığını söylemek mümkündür¹⁷. Bu konuda yapılmış araştırmalar da bu sonucu doğrulamaktadır. Örneğin; İspanya’da yapılan bir araştırmaya göre, işyerinde uygulanan mobbing ile psikosomatik belirtiler¹⁸ arasında müspet

¹⁴ <http://www.sosyalhizmetuzmani.org> (Erişim Tarihi: 25.06.2015, 14.45).

¹⁵ Nitekim Dünya Sağlık Örgütü de sağlığı şu şekilde tanımlamaktadır: “Sağlık, sadece hastalık ve sakatlığın bulunmaması değil, fiziksel, mental ve sosyal tam bir iyilik halidir”.

¹⁶ Aynen, Kirel, Ç.; “Örgütlerde Psikolojik Taciz ve Yönetimi”, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2008, s. 8).

¹⁷ Göktürk, G.Y./Bulut, S.; “Mobbing, İşyerinde Psikolojik Taciz”, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sa.:24,s. 61.

¹⁸ *Psikosomatik*, psikolojik kökenli olan fiziksel hastalıklara verilen genel addır. Psikosomatik rahatsızlıklarda Kişi davranışlarını ve hareketlerini kısmen kontrol edemez ve erken yaşta saçlarda beyazlama, ekzema gibi hastalıklar görülebilir. Mide ya da karın ağrıları, yorgunluk, halsizlik ayrıca ciltte sindirim sisteminde ve iç organlarda bazı rahatsızlıklar görülebilir

bir bağlantı olduğu ortaya koyulmuştur¹⁹. Bunun gibi yapılan araştırmalarda mobbing mağdurlarında travma sonrası stres bozukluğu, ruhsal ve psikomatik rahatsızlıklar görüldüğü tespit edilmiştir²⁰. Hatta mobbing mağdurunda oluşabilecek stres bozukluğu ve depresyonun kronik hastalıklar ve kardiyovasküler sorunlara dahi yol açabileceği ifade edilmiştir²¹.

Bu bahiste nihayet belirtelim ki; mobbing ile ilgili olarak yapılan araştırmaların ortak neticesi şudur ki; mobbing tüm stres kaynaklarına göre çok daha yoğun ve yıkıcı bir etkiye sahiptir²². Bu bağlamda mobbing mağdurlarında uyku sorunları, öfke, apati, depresyon, diğer çalışanlarla uyumun ve üretkenliğin azalması, anksiyete, çaresizlik duygusu, tükenmişlik, psikosomatik sorunlar, kendini suçlama, diğer çalışanlara ve yöneticilere karşı güvensizlik sosyalleşmeden kaçınma gibi pek çok olumsuz durum söz konusu olabilmektedir²³.

III. İŞ SAĞLIĞI VE MOBBİNG

İşçi sağlığı ve iş güvenliği önlemleri, her şeyden önce çalışanların temel bir hakkı olarak kabul edilmektedir²⁴. Bu bağlamda işçi sağlığı bakımından vücudun beden itibariyle sağlığının korunmasının yanı sıra işçinin ruh sağlığı ve sosyal sağlığının korunması da işçi sağlığının alanı içinde yer alır. Dolayısıyla gerek fiziki gerek ruhsal ve sosyal bakımdan

¹⁹ Pedro, M.M., Sanchez, M.I.S., Navarro, M.C.S.ve Izquierdo, M.G. (2008). Workplace Mobbing and Effects on Workers' Health. The Spanish Journal of Psychology. 11(1), 220 vd.

²⁰ Leymann, H. ve Gustafsson, A. (1996). Mobbing at Work and development of PostTraumatic Stres Disorder. European Journal of Work and Organizational Psychology, 5(2), 251 vd.

²¹ **Gül, Hülya; "İş Sağlığında Önemli Bir Psikososyal Risk: Mobbing-Psikolojik Yıldırma", TAF Preventive Medicine Bulletin . Nov/Dec2009, Vol. 8 (6), s.515 vd.**

²² Keser, Aşkın; İş Stresi ve Kaynakları, Türk Metal Yayınları, Ankara 2014, s. 107.

²³ Solmuş, T.; "İş Yaşamında Travmalar: Cinsel Taciz ve Duygusal Zorbalık/Taciz(Mobbing)", İş, Güç Endüstri İlişkilerine İnsan Kaynakları Dergisi, C.7, Sa.:2, s. 10.

²⁴ Başbuğ, A.; İşyerinde iş sağlığı ve Güvenliği, Şeker-İş yay., Ankara 2013, s. 16.

işçilerin sağlıklı olmalarının sağlanması iş sağlığının temel konusunu oluşturmaktadır²⁵.

Psikolojik taciz saldırıya uğrayan mağdur işçinin sağlığına zarar verir. Çalışma ortamını kirletir ve işçi sağlığı bakımından tehlike oluşturur. Zira saldırıya uğrayan mağdur işçinin fiziksel ve ruhsal yönden sağlığı tehlike altındadır.

Psikolojik tacize uğrayan kişilerde tacizin ağırlığı veya mağdurun kişisel özellikleri gibi değişken koşullara bağlı olarak; uykusuzluk, iştahsızlık, depresyon, sıkıntı, endişe, hareketsizlik, ağlama krizleri, unutkanlık, alınganlık, aniden öfkelenme, suskunluk, yaşama arzusunun kaybı, daha önce sevdiği şeylerden zevk alamama gibi bir takım davranış ve düşünce değişiklikleri söz konusu olabilir. Mağdurlarda görülen mobbing sürecinin ilk aşamasındaki etkiler genellikle; sık ve nedensiz ağlama, uyku bozuklukları, hemen sinirlenme ve odaklanma güçlüğüdür. İkinci aşamada, ilk aşamadaki belirtilere yüksek tansiyon, mide şikâyetleri, depresyon, işyerine gitmek istememe, işe geç kalma gibi belirtiler de eklenir. Üçüncü aşamada ise depresyonun şiddeti artar, panik atak ve endişe durumu ortaya çıkar²⁶. Nihayet mobbing sürecinin aynı şekilde devam etmesi kazalar ve intihara yönelme gibi çok daha ağır sonuçları meydana getirebilir.

Psikolojik tacize bağlı olarak oluşan aşırı stresin ruh sağlığı dışında; kalp ve dolaşım, solunum, sindirim, kas, iskelet ve bağışıklık sistemlerini etkilediği düşünülmektedir. Mobbinge maruz kalan mağdur işçilerde aşırı strese bağlı olarak kahve, sigara ve çay tüketimi artabilmektedir. Aşırı alkol tüketimi ve madde bağımlılığı da aşırı stresle başa çıkma yöntemi olarak yaygınlaşabilmektedir. Ancak tüm bu stres azaltıcı maddelerin etkisi kısa olmakta ve bu etki hızla ortadan kalkmaktadır.

Görüldüğü üzere psikolojik taciz, tacize uğrayan işçinin hem fiziksel hem ruhsal sağlığı üzerinde çok olumsuz sonuçlara yol

²⁵ Başbuğ, A., s. 17.

²⁶ Gül, H.; s. 517.

açmaktadır. Söz konusu olumsuz etkilerin iş güvenliğini de tehlikeye düşüreceği açıktır. Zira psikolojik taciz neticesinde uyku sorunları, tükenmişlik hali, konsantrasyon eksikliği, depresyon, kaygı, anksiyete, çaresizlik duygusu, kendini suçlama, iş arkadaşlarına karşı güvensizlik gibi bir çok sorunla karşı karşıya kalabilecek bir mağdur işçinin, iş güvenliği ile ilgili tedbirlere riayet etme noktasında sıkıntılar yaşayacağı kuşkusuzdur.

IV. MOBBİNG MAĞDURU İŞÇİNİN BAŞVURABİLECEĞİ HUKUKİ YOLLAR

Günümüze değin Türk Hukukunda psikolojik tacizle ilgili açık ve doğrudan bir düzenleme bulunmamaktaysa da, hukuk uygulamasında bu konuda bir takım kararlar verilmiştir²⁷. Geçmişte psikolojik tacizle ilgili doğrudan bir düzenleme olmadığından yargımız genelde sonuca, işverenin işçiyi gözetme borcu, iyiniyet kuralı ve eşit işlem borcu çerçevesinde ulaşmıştır. Zira işçinin bedensel ve ruhsal sağlığı gözetme borcu kapsamındadır. İşveren İş Kanunu'nun 77. maddesi uyarınca işçiyi koruyucu her türlü önlemi almalıdır. Bunun gibi bir çalışanını diğer çalışanlardan ayıran, yalnızlaştıran ve müteceviz davranışlarda bulunan bir işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiğine şüphe yoktur. Zira eşit davranma borcu gereği işveren işçileri arasında haklı ve makul bir nedeni bulunmadıkça farklı davranamaz.

²⁷ Ankara 8. İş Mahkemesinin 2006/19-625 sayı ve 20.12.2006 tarihli kararında; "... tanık beyanlarından da anlaşılacağı üzere amirlerinin uzaktan, yüksek sesle bağıarak, iş yapmalarını söylemelerine, telefonla konuşurken, konuşmasına aldırmadan emir ve görev vermelerine, yüksek sesle bağıarak "sen bu işi beceremiyorsun" gibi sözlü saldırılara, hakaretlere maruz kalmıştır. Kişilik hakları çiğnenmiş, çalışma arkadaşları arasında küçük düşürülmüştür. Bu davranışlar mahkememizce işçiyi yıldırma, psikolojik baskı uygulayıp genellikle de işten ayrılmasını sağlamaya yönelik davranışlar olarak değerlendirilmiştir. Yine tanık beyanlarıyla doğrulanan, davacının mesai sonrasında ağlama krizine girmesi, psikolojik tedavi görmesi, rapor alması da bu kanaati kuvvetlendirmektedir. Mobbing kavramı işyerinde bireylere üstleri, eşit düzeyde çalışanlar ya da astları tarafından sistematik biçimde uygulanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama vb davranışları içermektedir." İfadelerine yer verdikten sonra işçinin uğradığı bu haksız muamele karşısında manevi tazminat talep edebileceğine hükmetmiştir.; kararın değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz.: Bayram F., Mobbing, s. 95-107.

11 Ocak 2011 tarihinde kabul edilmiş olan yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde ise konuya ilişkin doğrudan bir düzenleme öngörülmiştir. Söz konusu hükme göre; “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür...”.

Görüldüğü üzere, Yeni Borçlar Kanunu itibariyle, işveren psikolojik taciz niteliğindeki davranışları yapamayacağı gibi çalışanı diğer çalışanlarına karşı da her türlü psikolojik tacizden diğer adıyla mobbingten korumakla yükümlü kılınmıştır. Söz konusu hükmün işyerinde rahatça ve huzurlu bir şekilde çalışma ortamı yaratılmasını amaçladığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle işveren işyerinde dürüstlük ilkelerine, ahlaka uygun bir düzen sağlamakla yükümlü tutulmuştur²⁸.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bir işçisine psikolojik taciz niteliğinde davranışlarda bulunan bir işveren hem gözetme borcunu hem de eşit davranma borcunu ihlal etmiş olur²⁹. İşveren doğrudan bir psikolojik tacizde bulunmasa da, işyerinde çalışan diğer işçilerin psikolojik taciz mahiyetindeki davranışlarına karşı önlem almalıdır. Şu halde psikolojik tacize muhatap olan bir işçinin aşağıdaki hukuki yollara başvurabileceği söylenebilir;

- Psikolojik tacize muhatap olan işçinin fiziksel ve ruhsal yönden sağlığı tehlike altındadır. Bu bağlamda İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 13. maddesinde öngörülmüş olan “çalışmaktan kaçınma hakkı”nı kullanabilir. Zira söz konusu kanunu'nun 13. maddesinin ilk fıkrasına göre; “ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar Kurula, Kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar

²⁸ Tuncay Kaplan, E.; “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, S.24, İstanbul, Aralık 2011, S. 45.

²⁹ Bayram F., s. 555 vd.

verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhâl kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir”. İş sağlığı ve Güvenliği Kurulu veya Kurul bulunmuyorsa işveren işçinin talebi yönünde karar verirse işçi gerekli tedbirler alınana kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışmaktan kaçındığı süre zarfında işçinin ücreti ve diğer hakları saklı kalacaktır. Bununla birlikte psikolojik taciz her durumda işyerinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından işçinin bedensel ve ruhsal sağlığını bozucu yakın, acil ve hayati bir tehlike olarak ele alınmamalı, her somut olay bakımından söz konusu unsurların mevcudiyeti ayrı ayrı değerlendirilmelidir³⁰.

- İşverenin psikolojik taciz mahiyetindeki davranışlarına muhatap olan işçi iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilmelidir³¹. Nitekim İ.K.’nın 24/II hükmünün (b) ve (c) bentlerinde öngörülen hususlar gerçekleştiğinde işçi iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Söz konusu (b) bendi; “İşveren işçinin veya ailesi üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak şekilde sözler söyler, davranışlarda bulunursa veya işçiye cinsel tacizde bulunursa”, (c) bendi ise; “İşveren işçiye veya ailesi üyelerinden birine karşı sataşmada bulunur veya gözdağı verirse yahut işçiyi veya ailesi üyelerinden birini kanuna karşı davranışa özendirir, kışkırtır, sürükler yahut işçiye ve ailesi üyelerinden birine karşı hapsi gerektiren bir suç işlerse yahut işçi hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ağır isnad veya ithamlarda bulunursa” olarak öngörülmüştür.

- İşverence bir işçiye veya işçi grubuna psikolojik taciz mahiyetinde davranışlarda bulunulması eşit davranma borcunun ihlali niteliğindedir. Zira bu tür bir tacize muhatap olan işçinin ücret, sosyal yardım vb. gibi konularda farklı bir muamele görmemiş olsa bile, doğrudan kişilik haklarına, bilhassa onur ve saygınlığına saldırılmış olur. Bir işverenin diğer işçilerden ayırarak odağa aldığı ve müteceviz saldırıların hedefi

³⁰ Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M.; İş Hukuku, Turhan Kitapevi, 5. bası, Ankara 2012, s. 644-645.

³¹ Güzel A./ Ertan E., “İşyerinde Psikolojik Tacize(Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, Legal İSGHD 2007, Sayı:14, s. 549.

haline getirdiği işçisine karşı eşit davranma borcunu ihlal ettiğine şüphe yoktur. Bu itibarla da işverence yapılan psikolojik tacizin muhatabı olan bir işçinin İ.K.'nın 5. maddesinde düzenlenen “ayrımcılık tazminatı”nı talep edebilmesi gerekir. İşyerindeki başka işçilerce yapılan tacizlerde işverenin bu duruma sessiz kalması halinde ise eşit davranma borcunun ihlali değil, fakat gözetme borcunun ihlali vardır. Bu durumda işçinin ayrımcılık tazminatı talep edemese de, genel hükümler uyarınca kişiliğin korunmasına ilişkin dava imkânlarından yararlanması mümkündür³².

- Psikolojik taciz mahiyetindeki davranışlarına muhatap olan işçinin kişilik değerlerine bir saldırı söz konusudur. Bu bağlamda genel hükümler uyarınca maddi ve manevi tazminat davası açabileceği gibi(M.K. md. 24/III), saldırıya son verilmesi davası, saldırı tehlikesini önleme davası ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davalarını açabilir(M.K. md. 25/I)³³. Psikolojik taciz niteliğindeki davranışlar söz konusu olduğunda, bunlar ister bizzat işverenden ister işyerindeki başka bir işçiden-işçilerden kaynaklansın işçi, genel hükümler uyarınca açabileceği davaları işverene yöneltebilir³⁴. Zira işveren söz konusu saldırıyı önleyebilecek veya son verebilecek bir konumdadır.

SONUÇ

Psikolojik taciz; işyerinde bir işçiye yöneltilmiş, işveren veya işyerinde çalışan diğer işçilerce tekrarlanan saldırılar biçiminde uygulanan psikolojik bir terör şekli olup, kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi düşmanca, onur kırıcı ve yıldırıcı davranışlarla ortaya çıkar.

Psikolojik taciz niteliğindeki davranışların en bariz örnekleri; kendini göstermeyi engelleme; sözünü kesmek, yüksek sesle azarlamak, sürekli eleştiri, sürekli kusur bulma, konuşulan bir ortamda yokmuş gibi davranmak, iletişimin kesilmesi, fikirlerine itibar edilmemesi, asılsız

³² Yıldız G.B., s. 129.

³³ Hediye E., “İşyerinde Psikolojik Taciz”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 249.

³⁴ Sevimli, K.; s. 135.

söylenti, dini ve siyasi görüşlerinize alay edilmesi, yakışıksız imalar, nitelikli iş verilmemesi, anlamsız işler verilip sürekli yer değiştirilmesi, ağır işler verilmesi ve fiziksel şiddet tehdidi vb. olarak sıralanabilir. Bununla birlikte bu türden davranışların psikolojik taciz olarak kabulü için bir işçi hedef alınarak gerçekleştirilmesi ve söz konusu eylemlerin belli bir süreye yayılması ve sistematik bir karakter göstermesi gerekmektedir.

Psikolojik taciz, saldırıya uğrayan mağdur işçinin psiko-sosyal sağlığına zarar verir. Çalışma ortamını kirletir ve işçi sağlığı bakımından tehlike oluşturur. Zira psikolojik tacize muhatap olan mağdur işçinin fiziksel ve ruhsal yönden sağlığını tehlike altına girmiş olur.

Psikolojik taciz neticesinde işçi sağlığının ciddi ve ağır bir tehlikeyle karşı karşıya olduğunu düşünürse işyerindeki İş sağlığı ve Güvenliği Kurulu'nun da onayı ile işveren gerekli tedbirleri alana kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışmaktan kaçındığı süreler için de işverenin ücret ödeme borcu devam eder. İşverence psikolojik tacize maruz kalan işçi İ.K. md. 5'de öngörülen "ayrımcılık tazminatı" nı talep edebileceği gibi genel hükümler uyarınca maddi ve manevi tazminat davası açabilecektir.

KAYNAKÇA

- BAŞBUĞ, A.;** İşyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği, Şeker-İş Yay., Ankara 2013.
- BAYRAM, F.;** Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz, Legal İSGHD 2007, Sayı:14.
- BİLGİLİ, A.;** İş Hukuku Açısından Mobbing (Psikolojik Taciz), Karahan Kitabevi, 2012
- BAYRAM, F.;** İşyerinde Psikolojik Taciz, Legal YKİ 2007, Sayı:3.

- ÇOBANOĞLU, Ş.;** Mobbing ve Başa Çıkma Yöntemleri. İstanbul(2005) Timaş Yayıncılık.
- DEMİRCİOĞLU, H. R.;**“Kisilik Hakkı İhlâlinin ve Borca Aykırılığın Bir Türü Olarak İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, GÜHFD, C. XI, S.1-2, 2007.
- ERGIN, H.;** “İşyerinde Psikolojik Taciz”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Beta yayınları, İstanbul 2010.
- GÖKTÜRK, G.Y./BULUT, S.;** “Mobbing, İşyerinde Psikolojik Taciz”, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sa.:24,s. 53-70.
- GÜL, H.;** “İş Sağlığında Önemli Bir Psikososyal Risk: Mobbing Psikolojik Yıldırma”, TAF Preventive Medicine Bulletin, 2009: 8(6).
- GÜZEL, A./ ERTAN, E.;** “İşyerinde Psikolojik Tacize(Mobbing) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk”, Legal İSGHD 2007, Sayı:14.
- İLHAN, Ü.;** “İşyerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing)Tarihsel Arka Planı ve Türk Hukuk Sisteminde Yeri”, Ege Akademik Bakış, C.10, Sa.:4, Ekim 2010.
- KESER, Aşkın;** İş Stresi ve Kaynakları, Türk Metal Yayınları, Ankara 2014.
- KIREL, Ç.;** “Örgütlerde Psikolojik Taciz ve Yönetimi”, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2008.
- LEYMANN, H./ GUSTAFSSON, A. (1996).** Mobbing at Work and Development of PostTraumatic Stres Disorder. European Journal of Work and Organizotional Psychology, 5(2), 251-275.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, H./ASTARLI, M.;** İş Hukuku, Turhan Kitabevi, 5. Bası, Ankara 2012, s. 644-645.
- PEDRO, M.M. /SANCHEZ, M.I.S. /NAVARRO, M.C.S. /IZQUIERDO, M.G. (2008).** Workplace

- SEVİMLİ, A. K.;** Mobbing and Effects on Workers' Health. The Spanish Journal of Psychology. 11(1), 219-227.
- SEVİMLİ, A. K.;** “Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum 2013/I.
- SOLMUŞ, T.;** “İş Yaşamında Travmalar: Cinsel Taciz ve Duygusal Zorbalık/Taciz(Mobbing)”, İş, Güç Endüstri İlişkilerive İnsan Kaynakları Dergisi, C.7, Sa.:2, s. 1-14.
- SÜZEK, Sarper;** İş Hukuku, Beta Yayınları, 10. Bası, İstanbul 2014.
- TAŞKIN, Ahmet,** Mobbingin Benzer Kavramlardan Farkı, Sicil, İş Hukuku Dergisi 2012 Sayı:28.
- TINAZ, P.;** İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing), İstanbul 2006.
- TINAZ, P./ BAYRAM, F./ ERGİN, H.;** Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yay., İstanbul 2008.
- TUNCAY KAPLAN, E.;** “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:6, Sa.24, Aralık 2011.
- YILDIZ, G. B.;** İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.

TASARIM VE HAKSIZ REKABET HUKUKU AÇISINDAN YEDEK PARÇALARIN KORUNMASI VE TÜRKİYE’NİN EKONOMİ POLİTİK TERCİH SORUNU

Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR, LL.M.*

ÖZET

AB Komisyonu, tamir amaçlı yedek parçalara ilişkin 14 Eylül 2004 tarihinde bir taslak yayımlamıştır. Bunun amacı AB içinde yedek parçaların tasarım korumasından vazgeçilmesidir. Bu liberalleşme sayesinde yedek parça piyasasında tüketicilerin yararına olarak ucuz ürünlere ulaşımı mümkün olacak ve rekabet ortamı iyileştirilecektir. Zira tasarım hukukunda yedek parça korumasının, bu ürünün teknik işlevi ve kalitesiyle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Bu liberalleşme süreci henüz tamamlanamamıştır. AB Komisyonu, 21 Mayıs 2014 tarihinde 98/71 s. Yönerge’nin değiştirilmesine ilişkin taslağı geri çekmiştir.

Türk hukukunda yürürlükteki mevzuata göre belli bir süre (3 yıl) geçtikten sonra tamir amaçlı kullanım amacıyla yedek parça (*must match*) üretimi mümkündür. Türk hukukunun mehazı olan AB hukukundaki bu tartışmalardan sonra Türkiye’nin bu alandaki mevzuatını yeniden gözden geçirmesi gereklidir. Zira Türk otomotiv pazarında satılan araçların %78’i ithal otomobildir. Ancak Türkiye’de yaygın ve güçlü bir otomotiv yan sanayii bulunmaktadır. Buna rağmen korumacı bir düzenlemenin hâkim olduğu Türkiye’de zamanla yedek parça üretiminin ağırlıklı olarak montaja yönelik bir üretim şekli aldığı ve bağımsız yedek parça üreticilerinin pazardaki paylarının zamanla azaldığı piyasa araştırmalarıyla da ortaya çıkmıştır. Bu çalışmada bu tartışmalar ve değerlendirmeler ayrıntılı incelenerek Türk otomotiv ve yedek parça pazarı açısından olması gereken korumanın sınırı ve hukuki düzenlemeye dönük öneriler getirilecektir.

* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Anahtar Kelimeler: AB Hukuku, Türkiye, Tasarım Hukuku, Otomotiv sektörü, Yedek Parça, Görsel Zorunluluk Arz Eden Yedek Parçalar (*must match*)

PROTECTION OF SPARE PARTS IN TERMS OF DESIGN AND UNFAIR COMPETITION LAW AND TURKEY'S PROBLEM OF POLITICAL ECONOMY PREFERENCE

Abstract

On 14th September 2004, the EU Commission has issued a draft regarding spare parts for reparation, the purpose of which is to renounce the design protection of spare parts within the EU. Through this liberation, consumers in the spare parts market would be enabled to access low-priced goods, which would be to their benefit. Moreover, competitive environment would be enhanced, since the protection of spare parts through design law does not have any effect on its technical function or its quality. Unfortunately, this liberalization process could not be finalized. The EU Commission, on 21 May 2014, has withdrawn the draft that aimed to amend Directive 98/71.

According to Turkish Law, it is possible to manufacture spare parts (*must match*) for reparation purposes after 3 years. After the abovementioned discussions that has taken place in the EU, Turkish law, of which the predecessor is EU Law, has to be reevaluated regarding the matter. 78% of the automobiles sold in Turkish automotive sector are imported. However, there is a strong a widespread subsidiary industry. Nevertheless, market studies have revealed that, due to the existence of protective legal rules in Turkey, manufacturing of spare parts had evolved into a manufacturing based on assemblage, and that the market shares of independent spare part manufacturers had declined. In this work, discussions and various arguments regarding the issue will be analysed in depth. Furthermore, the ought-to-be legal rules and limits to protection appertaining to Turkish automotive and spare parts markets will be presented.

Keywords: EU law, Turkey, design law, automotive sector, spare part, must match

GİRİŞ

Otomobil sektörü içinde yedek parçalar önemli bir hacme sahiptir. Türk sanayisinde otomobil üretiminin yanında özellikle yedek parça üretimi sektörde büyük önem taşımaktadır¹. Bu konuya ilişkin olarak Türk hukukunda bazı hükümler sektörün geleceğine ilişkin ekonomik tercihler açısından da önem arz etmektedir. Zira hukuki hükümler, ekonomik tercihlerin yönünün belirlenmesinde etkili olmaktadır. 554. sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (TasarımKHK) 5. maddesine göre, yeni ve ayırt edici niteliğe sahip olduğundan tasarım olarak tescil edilen yedek parçalar koruma altındadır. Ancak bu özelliği taşımayan ve görsel zorunluluk arz eden yedek parçaların onarım amaçlı kullanımının şartları TasarımKHK m. 22'de düzenlenmiştir. Gümrük Birliği sürecinde çıkarılan 554. sayılı TasarımKHK'nın mehzazı AB Yönerge'sinin taslak metniydi. Ancak bu taslağın AB'deki yasallaşma sürecinde üzerinde anlaşmazlık olduğu için ilgili hüküm, düzenlemeden çıkarılmış olmasına rağmen, bundan daha önce yasallaşmış olan TasarımKHK 22. maddesinde belli bir süre (3 yıl) ile yedek parça üretimi ve tamir amaçlı kullanımı yasaklanmıştır.

Üç yıllık süre geçtikten sonra ise onarım amaçlı yedek parça üretimi ve kullanımı için tasarım hakkı sahibinden izin alınmasına da gerek kalmamaktadır. Bir diğer ifade ile yan sanayi olarak yedek parça üretimi ve bunların tamir amaçlı olarak tamirciler tarafından kullanılması bir tasarım hakkını ihlâl etmez. Oysa uygulamaya yansıyan bazı davalarda

¹ Bu çalışmanın konusu çerçevesinde sadece otomotiv yedek parçaları incelenmiştir. Oysa yasal metinde geçen birleşik bir ürünün yedek parçası denildiğinde otomobiller dışında örnek olarak elektronik ev aletleri, motosikletler, saatler vs. gibi birleşik ürünlerin yedek parçaları da girmektedir. AB Komisyonu, otomobil sektörü dışında diğer ürünlerin yedek parçalarının pazar payının düşük kalması bu alandaki düzenlemelerin de etkisinin çok az olacağı ifade etmektedir. Bkz. AB Komisyonu tarafından bu konuya ilişkin sorular ve cevaplar olarak hazırlanan "*Commission proposes enhancing competition in the market for replacement parts for cars: Frequently Asked Questions*", Brüksel 14.9.2004, (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-04-215_en.htm, erişim: 15.9.2015).

yan sanayinin bu üretimi yapabilmesi için otomobil şirketi ile ilişkisinin olması, bir diğer ifade ile onların bilgi ve izni doğrultusunda üretimin yapılması istenilmektedir. Bir diğer sorun ise sigorta şirketleri tarafından tamir ettirilen araçlarda orijinal olmayan yan sanayi ürünleri kullanıldığı halde araç sahiplerine bu konuda eksik, yanlış veya yanıltıcı bilgi verdikleri veya nitelikleri çok yetersiz ürünler kullanılarak müşterilerin aldatıldığı iddiasıdır.

Bu Tebliğ kapsamında güncel ve uygulamada ortaya çıkan sorunlar dikkate alınarak yedek parçalar hem tasarım hem de haksız rekabet hukuku çerçevesinde değerlendirilerek uygulamaya yol göstermesi için çözüm yolları ortaya konulacaktır. Ayrıca Türk hukukunda olması gereken açısından Türkiye'nin ekonomi politik tercihi noktasında mevcut düzenlemesindeki hükmün korunup korunmaması ile değişikliğin gerekip gerekmediği tartışılacaktır.

I. OTOMOTİV SEKTÖRÜNDE YEDEK PARÇALAR

Otomotiv sektöründe yedek parçaları teknik açıdan esasen dörde ayırmak mümkündür². Ancak bu çalışma kapsamında özellikle ikisi üzerinde duracağız. Bunlardan ilki, işlevsel zorunluluk arz eden tasarımlar (*must fit*) olarak adlandırılır. TasarımKHK m. 10/2'ye göre, tasarlanan veya tasarımın uygulandığı ürünü, başka bir ürüne mekanik olarak monte edebilmek veya bağlayabilmek için ancak zorunlu biçim ve boyutlarda üretilebilen tasarımlar koruma kapsamı dışındadır. Bu tür yedek parçalara misal olarak tekerlerdeki bijonlar gösterilebilir. Mevcut aracın ihtiyacı olan parçanın, aracın yedek parçası aynı işlevi görecektir şeklinde zorunlu olarak aynı biçim ve boyutta olmasıdır. Aksi takdirde bu aracın tekerinin ne düzgün bir şekilde montajı ne de bu şekilde kullanılması mümkün olacaktır.

² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Suluk, Cahit / Orhan, Ali: Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. III: Tasarımlar, Ankara 2008, s. 176 vd.*



İkinci tür yedek parçalar ise görsel zorunluluk arz eden tasarımlar (*must match*) olarak adlandırılır. Bir otomobilde görsel zorunluluk arz eden tasarımların (*must match*) %75'i kaporta parçalarından, %13'ü ışıklardan ve %12'si camlardan oluşmaktadır. Kaporta parçaları; ön ve arka tamponlar, yan paneller (çamurluklar), motor kaputları, bagaj kapakları, aynalar ve kapılardan oluşmaktadır. Işıkları, ön ve arka farlar olarak ikiye; camları ise ön, yan ve arka olarak üçe ayırmak mümkündür.

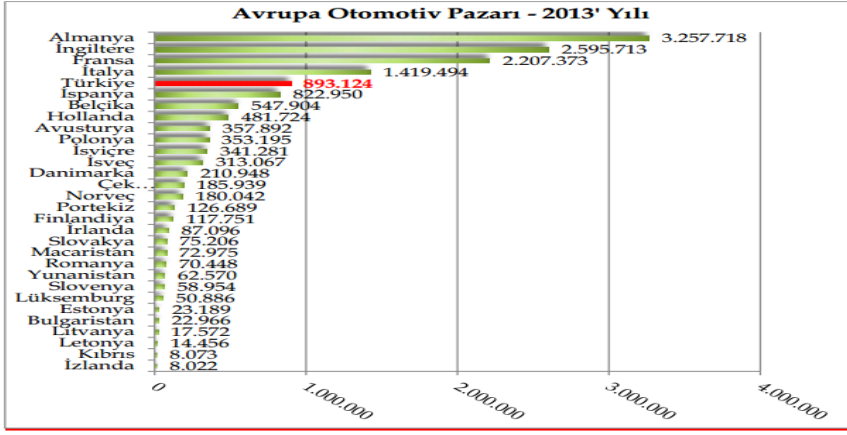


TUİK verilerine göre Türkiye'deki motorlu kara taşıt sayısının hızlı bir şekilde arttığı görülmektedir. Bu durumda aynı zamanda yedek parçaların hacim olarak devamlı bir şekilde büyüdüğünü de gösterir:

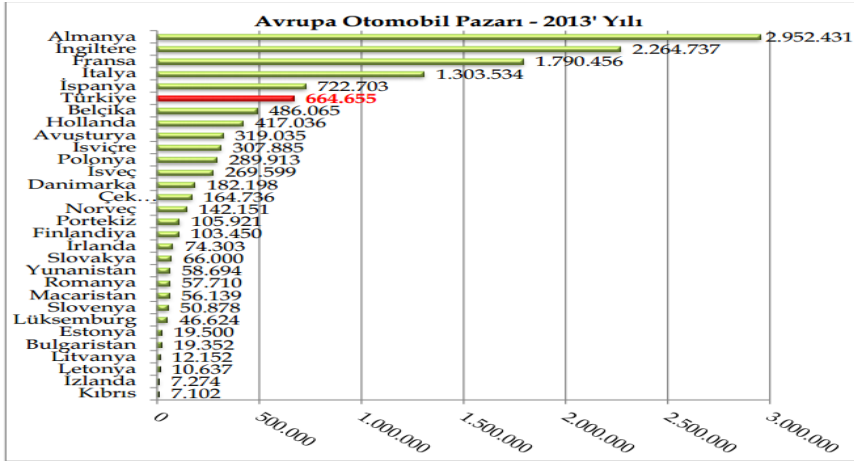
Yıllara göre motorlu kara taşıtları sayısı, 2002 – 2014									
The number of road motor vehicles by years, 2002 – 2014									
Yıl	Toplam	Otomobil	Minibüs	Otobüs	Kamyon et	Kamyon (2)	Motosiklet	Ozel amaçlı	Traktör
Year	Total	Car	Minibus	Bus	Small truck	Truck(2)	Motorcycle	Special purpose	Tractor
2002	8 655 170	4 600 140	241 700	120 097	875 381	567 152	1 046 907	23 666	1 180 127
2003	8 903 843	4 700 343	245 394	123 500	973 457	579 010	1 073 415	24 468	1 184 256
2004	10 236 357	5 400 440	318 954	152 712	867 259	647 420	1 218 677	28 004	1 210 283
2005	11 145 826	5 772 745	338 539	163 390	1 475 057	676 929	1 441 066	30 333	1 247 767
2006	12 227 393	6 140 992	357 523	175 949	1 695 624	709 535	1 822 831	34 260	1 290 679
2007	13 022 945	6 472 156	372 601	189 128	1 890 459	729 202	2 003 492	38 573	1 327 334
2008	13 765 395	6 796 629	383 548	199 934	2 066 007	744 217	2 181 383	35 100	1 358 577
2009	14 316 700	7 093 964	384 053	201 033	2 204 951	727 302	2 303 261	34 104	1 368 032
2010	15 095 603	7 544 871	386 973	208 510	2 399 038	726 359	2 389 488	35 492	1 404 872
2011	16 089 528	8 113 111	389 435	219 906	2 611 104	728 458	2 527 190	34 116	1 466 208
2012	17 033 413	8 648 875	396 119	235 949	2 794 606	751 650	2 657 722	33 071	1 515 421
2013	17 939 447	9 283 923	421 848	219 885	2 933 050	755 950	2 722 826	36 148	1 565 817
2014(1)	18 616 082	9 704 722	424 977	212 337	3 029 319	772 375	2 826 191	39 778	1 606 383
TÜİK, Motorlu Kara Taşıtları, Eylül 2014									

Türk otomotiv pazarının Avrupa pazarları içindeki yerine bakıldığında Türkiye, Avrupa otomotiv satışları sıralamasında 2013 yılı sonunda 5. sırada yer almıştır. AB (27) ve EFTA ülkeleri toplamına göre otomotiv pazarı 2013 yılında %1,4 daralmış ve 14.092.093 adet seviyesinde gerçekleşmiştir. 2012 yılında ise toplam 14.298.213 adet satış gerçekleşmişti³:

³ Otomobil İhracatçılar Derneği Raporlarından eski ve güncel satış rakamlarına ulaşmak mümkündür. Bkz. (<http://www.odd.org.tr/>, erişim: 15.11.2014).



Otomobil pazarı açısından bakıldığında ise Türkiye, Avrupa otomobil satışları sıralamasında 2013 yılı sonunda 6. sırada yer almıştır. AB (27) ve EFTA ülkeleri toplamına göre otomobil pazarı 2013 yılında 2012 yılına göre %1,8 küçülmüş ve toplam 12.308.215 adet seviyesinde pazar gerçekleşmiştir. 2012 yılında bu rakam 12.528.093 adet satış gerçekleşmişti⁴.



⁴ Otomobil İhracatçılar Derneği Raporlarından eski ve güncel satış rakamlarına ulaşmak mümkündür. Bkz. (<http://www.odd.org.tr/>, erişim: 15.11.2014).

Türkiye’de otomobil satışlarında yerli üretim veya ithal payının ne oranda olduğunu bilinmesi de yedek parçaların hukuken korunup korunmamasında ekonomi politik tercih açısından önemlidir. Zira genel yaklaşım olarak otomobil üreticisi olan ülkeler koruma taraftarı iken otomobil üreticisi olmayan ülkeler ise bu hukuki korumaya karşıdır. Türkiye, otomobil sektöründe kendi markası ile üretim yapan üretici bir ülke değildir. Türkiye, bazı yabancı markalar tarafından içpazar ve çevre ülke pazarları için üretim üssü olarak seçildiği bir yerdir. Aşağıdaki tablodan da görüleceği üzere yerli üretim ile ithal otomobil pazarındaki rakamlar karşılaştırıldığında Türkiye’deki tüketici tercihlerinde özellikle ithal arabaların 3-4 kat fazla olduğu da başka bir piyasa gerçeğidir⁵.

İÇ PAZAR

	2010	2011	2012	2013	2013 Ocak - Eylül 9 Month	2014 Ocak - Eylül 9 Month	Değişim % Percent change
Yerli Otomobil Local Passenger Cars	155.634	179.488	146.604	147.128	99.279	94.199	-5%
İthal Otomobil Import Passenger Cars	354.150	414.031	409.676	517.527	353.075	272.569	-23%
Toplam Otomobil Total Passenger Cars	509.784	593.519	556.280	664.655	452.354	366.768	-19%

Nitekim Rekabet Kurumu tarafından gerçekleştirilen sektör araştırmasında başta ithal araçların toplam satılan araçlar içindeki ağırlığı ve daha bir çok konu ayrıntılı bir şekilde ortaya çıkmıştır. 2003-2013 yılları arasındaki dönemi inceleyen Rekabet Kurumu’nun araştırmasına göre alt segmentler bazında bakıldığında satışların binek araç pazarında %68’i, hafif ticari araç pazarında %45’i ve ağır ticari araç pazarında ise %29’unun ithal araçlardan oluştuğu görüldüğü, özellikle otomobiller dikkate alındığında 2003’de %68 olan pazar payı 2013 yılı itibariyle %78 oranına ulaşmış olduğu ve bu oranların da açık bir şekilde Türk

⁵ TAYSAD Sektör Raporu, Haziran 2014 (<http://www.taysad.org.tr/uploads/dosyalar/04-08-2014-03-32-2014-HAZIRAN-TAYSAD-SEKTOR-RAPORU.pdf>, erişim: 15.11.2014).

tüketicilerin ihtiyaçlarına cevap veren ve tercihlerine hitap eden özellikteki otomobil maalesef Türkiye'de üretilmediği ortaya çıkmıştır⁶. Türk otomobil pazarında uzun yıllar lider ve yerli üretimi de olan Fransız markası Renault günümüzde artık yerini Alman VW markasına kaptırmıştır. *Audi, Skoda, Seat ve Porsche* de VW grubu markasıdır. Bu marka satışları VW markalı araba satışlarına dâhil edildiğinde Türk piyasasında Alman grubunun liderliği daha da pekişmektedir⁷. Bununla birlikte VW grubuna dâhil olan markaların Türkiye'de herhangi bir şekilde yakın ve orta vadede bir üretim planlaması da bilinmemektedir.

PERAKENDE SATIŞLAR YERLİ / İTHAL DAĞILIMI: OCAK-ARALIK 2013									
Marka	Otomobil			Hafif Ticari Araç			Toplam		
	Yerli	İthal	Toplam	Yerli	İthal	Toplam	Yerli	İthal	Toplam
Volkswagen	0	88.304	88.304	0	23.752	23.752	0	112.056	112.056
Renault	63.857	32.904	96.761	0	11.550	11.550	63.857	44.454	108.311
Ford	0	58.405	58.405	49.093	657	49.750	49.093	59.062	108.155
Fiat	39.343	10.913	50.256	41.092	6.245	47.337	80.435	17.158	97.593
Opel	0	55.719	55.719	274	0	274	0	55.719	55.993
Hyundai	18.298	29.824	48.122	0	1.480	1.480	18.298	31.304	49.602
Toyota	13.609	22.421	36.030	0	2.413	2.413	13.609	24.834	38.443
Mercedes-Benz	0	20.023	20.023	0	10.421	10.421	0	30.444	30.444

Otomotiv sektöründe yedek parçalar sadece üretim sürecinde değil; bunun yanında eskimeden veya özellikle kazalardan sonra tamir amaçlı kullanılmaktadır. Günümüz dünyasında şehirleşme ile birlikte araç sayısı artışıyla doğru orantılı olarak hafif hasarlı kazalarda da büyük bir artış gözlenmektedir⁸. Bu durum haliyle görsel zorunluluk arz eden tasarım

⁶ Rekabet Kurumu, Sektör Araştırması, s. 5 ve 29 vd.

⁷ Otomobil İhracatçılar Derneği Raporlarından eski ve güncel satış rakamlarına ulaşmak mümkündür. Bkz. (<http://www.odd.org.tr/>, erişim: 15.9.2015).

⁸ 2013 yılı istatistikleri açısından Almanya'da 54,5 motorlu taşıt bulunmakta ve bunların da %79'u otomobil olup her iki kişiye bir (%53,5) otomobil düşmektedir. 2013 yılında Almanya'da 2,4 milyon trafik kazası gerçekleşmiştir. Almanya'da trafik kazalarında ölüm miktarı 1970'de 21.332 iken 2013'de bu sayı 3.339 olarak gerçekleşmiştir. Bkz.

(*must match*) olan yedek parçaların tamir amaçlı kullanım sıklığını da artırmaktadır⁹.

Trafik kaza istatistikleri, 2004-2013

Yıl	Toplam kaza sayısı	Ölümlü yaralanmalı kaza sayısı	Maddi hasarlı kaza sayısı	Ölü sayısı ⁽¹⁾	Yaralı sayısı
2004	537 352	77 008	460 344	4 427	136 437
2005	620 789	87 273	533 516	4 505	154 086
2006	728 755	96 128	632 627	4 633	169 080
2007	825 561	106 994	718 567	5 007	189 057
2008	950 120	104 212	845 908	4 236	184 468
2009	1 053 346	111 121	942 225	4 324	201 380
2010	1 106 201	116 804	989 397	4 045	211 496
2011	1 228 928	131 845	1 097 083	3 835	238 074
2012	1 296 634	153 552	1 143 082	3 750	268 079
2013	1 207 354	161 306	1 046 048	3 685	274 829

(1) Trafik kaza yerindeki ölümleri kapsar

Türkiye’de yedek parça açısından dikkate alınması gerekli olan başka bir veri de araçların yaş ortalamasıdır. Zira Türkiye’deki binek araçların %43,07’si on yaş ve üzerinde iken, ticari araçlarda bu oranın %30,63 olduğu belirlenmiştir. Araç parkındaki araçların %37,44’ünün ise on yaş ve üstü olduğu dikkat çekerken; üç yaş ve altı araçlar sadece araç parkının %23,17’sini oluşturmaktadır¹⁰. Bu kadar yüksek oranda yaşlı araçların Türkiye’de olmasının birçok nedeni bulunmaktadır. Bunların başında araç satışlarında vergi oranlarının çok yüksek olması ve araçların yaşına göre bir vergilendirme politikasının uygulanmasıdır. Türkiye’de araçlarda yaş arttıkça azalan bir vergi sisteminin uygulanması, yaşlı arabaların kullanma maliyetini göreceli olarak azaltmaktadır. Ayrıca araç muayenelerinin geçmiş yıllarda –günümüze nazaran– çok yüzeysel yapılması da eski ve yaşlı araba kullanımında negatif bir algıyı engellemiştir. Dolayısıyla yaşlı araçlarda yedek parça değişimi yeni arabalara göre daha sık olacağından ekonomi politik tercih yapılırken bu hususun da unutulmaması gereklidir.

Alman İstatistik Kurumu 2013 Raporu: (https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/TransportVerkehr/Verkehrsunfaelle/VerkehrsunfaelleJ2080700137004.pdf?__blob=publicationFile, erişim: 15.11.2014).
⁹ Bkz. 2013 yılı Tük Karayolu Trafik Kaza İstatistikleri, (<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=18510>, erişim: 25.11.2014).
¹⁰ Rekabet Kurumu Sektör Araştırması, s. 32 vd.

Türkiye'deki yaşlı araçların oransal olarak fazlalığı gelecek dönemde yeni araç satışına olan talebi arttıracak bir göstergedir. Son yıllarda Türkiye'nin ekonomik kalkınma ile birlikte milli gelirin arttığı da dikkate alınırsa yeni araç sayısının hızlı bir şekilde yükseldiği görülmektedir. Gelişmiş ülkelerdeki kişi başına düşen araç sayısı ile kıyaslandığında ise Türkiye'deki mevcut araç sayısının en az 5-6 kat daha artacak bir potansiyele sahip olduğu söylenebilir. Bu potansiyele ilaveten Türkiye'deki mevcut eski model arabalar ile zamanla eskieyecek arabaları da eklediğimizde araba sektörünün canlılığı devamlı olacaktır. Araba sektöründeki bu canlılık beraberinde yedek parça üretimi de aynı oranda büyüyecektir. Türk hukukunda yedek parçalara ilişkin hukuki korumanın sınırının tayini, piyasadaki üretim tercihini de etkileyeceği muhakkaktır. Satış sonrası pazar bakımından kanuni iki yıllık garanti süreleri ile tarafların serbestçe kararlaştırdıkları daha uzun süreli ek garanti süreleri de dikkate alındığında yetkili servisler ve dolayısıyla bunların kullandığı orijinal yedek parçaların pazar payı da devamlı bir şekilde artmaktadır. Zira garanti süresi zarfında tüketiciler çoğunlukla yetkili servislerden hizmet almayı tercih etmektedir¹¹. Ancak bu artışın asıl sebebi ise garanti süresi içerisinde ücret mukabilinde yapılan periyodik bakım ve onarım hizmetlerinde eşdeğer yedek parça kullanımının aracı garanti kapsamı dışına çıkardığına yönelik bir algı bulunması olarak belirtilmiştir. Oysa garanti kapsamında olmayan normal bakım ve onarımlar için orijinal yedek parça kullanma zorunluluğu bulunmamaktadır¹². Buna rağmen tüketiciler, ancak garanti süresinin bitiminden itibaren bağımsız servislere yönelmektedir.

Üretim sektörünü yönlendirecek olan hukuki düzenlemeleri ve bunlara ilişkin gelişmeleri aşağıda ele alacağız. Burada ilk önce Türk hukukunda yedek parçalara ilişkin hukuki düzenlemelerin mehzarı olan AB hukukundaki gelişmeleri kısaca açıkladıktan sonra Türk hukuku açısından olan ve olması gereken yasal düzenleme üzerinde durulacaktır.

¹¹ Rekabet Kurumu Sektör Araştırması, s. 83 vd.

¹² Rekabet Kurumu Sektör Araştırması, s. 111.

II. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU VE YEDEK PARÇA SEKTÖRÜ

1. AVRUPA BİRLİĞİNDE YEDEK PARÇA PAZARI VE AB ÜYESİ ÜLKELERDEKİ HUKUKİ DURUM

AB'ye üye ülkelerdeki farklı hukuki uygulamaları uyumlaştırmak amacıyla hazırlanan 98/71 sayılı Topluluk Tasarım Yönerge'si 13 Ekim 1998 tarihinde kabul edilmiştir. Bu Yönerge'nin taslak metni, Gümrük Birliği kapsamında Türk mevzuatının uyumlaştırma sürecinde 1995 yılında çıkarılan 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin hazırlanmasında da mehzaz olarak alınmıştır¹³.

Yönerge taslağında yer alan ve 554 sayılı KHK'ya aynen aktarılan hüküm daha sonraki bir süreçte üye ülkelerin anlaşamaması sonucu çıkarılmıştır¹⁴. Yedek parçaların korunması konusunda 98/71 sayılı Yönerge'nin 14. maddesinde üye devletlerin sadece liberal düzenleme yapabileceğine (*the "freeze plus" solution*) ilişkin bir hüküm yer almıştır¹⁵. Bu hükmün amacı; yedek parçaların hukuki durumu konusunda anlaşamamaları sonucu üye devletlerin mevcut durumlarını daha da

¹³ Pınar, Hamdi: Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, İstanbul Ticaret Odası Yayını No: 2004/71, İstanbul 2004, s. 50.

¹⁴ Bu tercihte yurt dışında üretilip gelecek olan yedek parçalar karşısında her şeyden önce ulusal otomobil sanayinin güçlendirilerek ulusal ekonominin desteklenmesi gibi ekonomi politik motifler de önemli rol oynamıştır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. *Drexl, Josef / Hilty, Reto / Kur, Annette: Designschutz für Ersatzteile – Der Kommissionsvorschlag zur Einführung einer Reperturklausel, GRUR Int. 2005, s. 449 vd.; Straus, Joseph: Ende des Geschmacksmusterschutzes für Ersatzteile in Europa? Vorgeschlagene Änderungen der EU Richtlinie: Das Mandat der Kommission und seine zweifelhafte Ausführung, GRUR Int. 2005, s. 965 vd.; Ohly, Ansgar: Designschutz im Spannungsfeld von Geschmacksmuster-, Kennzeichen- und Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, s. 731 vd.*

¹⁵ 98/71 sayılı Yönerge metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998L0071>, erişim: 15.9.2015). 12 Aralık 2001'de kabul edilen ve 5 Mart 2003'de yürürlüğe giren 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımı Tüzük geçiş hükmü 110'da, AB Komisyonu'nun teklifiyle, Tüzük değiştirilene kadar tamir amaçlı kullanılan görsel zorunluluk arz eden yedek parçaların Topluluk Tasarımı kapsamında korunmadığı düzenlenmiştir. (<https://oami.europa.eu/ohimportal/en/community-design-legal-texts>, erişim: 15.9.2015).

koruyucu yeni düzenlemeler getirmelerini önlemektir. Böylece bu konunun liberalleşmesi amacıyla ileriki bir tarihte yedek parçalar üzerindeki korumayı kaldırmaya yönelik adım atılması için AB Komisyonu'na bir fırsat verilmiştir. Bu anlaşmazlıkta AB ülkelerinin farklı tercihlerin temel sebebi; otomobili üreticisi ülkelerin güçlerinin oluşturduğu grupla yedek parça pazarının büyük bir hacme sahip olmasından dolayı ortaya çıkan gruplar arasındaki menfaat çatışmasıdır. AB, bu konuda üreticiler arasında bir denge ile tüketicilerin menfaatini korumaya yönelik en uygun ve kabul edilebilir bir çözümü bulmak zorundadır. Pazarın büyüklüğünün tespiti amacıyla yedek parçalara ilişkin Avrupa Komisyonu, 18.11.2003 tarihinde yayımlanan bir araştırmasında Avrupa'da araba yedek parçası pazarının tahminen 42-45 milyar Euro olduğu tespit edilmiştir. Bu pazar büyüklüğünün de tahminen %25'ini yani 9-11 milyar Euro kadarını, araba gövde parçaları, araba camları ve ışıklandırma yedek parçalarının oluşturduğu ortaya çıkmıştır¹⁶.

AB üyesi ülkeler arasındaki anlaşmazlık konusunda ortak bir çözüm buluna kadar üye ülkeler kendi ulusal hukuk düzenlemelerindeki sistemi muhafaza etmekte serbest bırakılmıştır¹⁷. Ancak yukarıda da ifade

¹⁶ Pınar, Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi, s. 51 vd.

¹⁷ AB düzeyinde liberalleşmeyi engelleyen ülkelerin başında gelen Almanya'nın kendi hukuki düzenlemesine kısaca değinmek yararlı olacaktır. Alman hukukunda 125 yıllık Tasarım Kanunu 12 Mart 2004 tarihinde kabul edilen yeni kanunla reform edilmiştir. Günümüzde bu kanun da yürürlükten kalkmış ve 1 Ocak 2014 tarihinde tasarımlar hakkında yeni bir Kanun [Designgesetz (DesignG)] yürürlüğe girmiştir. En yeni kanunda da 2004 yılındaki gibi bir hüküm (§73) yer almıştır. Bu hükümde eski kanuna atf yapılarak o zaman yürürlükte olan kanuna göre tasarım hakkı sahibi tarafından engellenmeyen davranışların yeni kanunda da engellenemeyeceği ve dolayısıyla tamir amaçlı yedek parçaların üçüncü kişilerce orijinal şeklinin yeniden sağlanması için kullanılmasının tasarım hakkı sahibi tarafından yasaklanamayacağı belirtilmiştir. İlk Alman Kanununda da yedek parçalara ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktaydı. Yedek parça tasarımları, ancak herhangi bir ürün tasarımlarının korunmasına ilişkin olan şartların yerine getirildiği taktirde korunmadan yararlanmaktaydı. Ancak bu şekilde bile bir koruma her zaman yedek parçaları da koruyucu bir etkisi olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca tasarım koruması kapsamı dışında kalan yedek parçalar için şartların varlığı halinde marka kanunu veya haksız rekabete ilişkin kanun (UWG) çerçevesinde korunmaktadır. Böylece Alman hukukunda yedek parçalar kural olarak hukuki koruma altında olduğu kabul edilmektedir. Yine de bu konuda çok net hukuki korumanın

edildiği üzere üye ülkeler yedek parça pazarını liberalleştirecek düzenlemeye gidebilirler, ama rekabetin aleyhine olacak şekilde bu konuda daha ağır bir korumacı bir düzenleme yapamazlar¹⁸.

2. AVRUPA BİRLİĞİ KOMİSYONU'NUN LİBERALLEŞME YÖNÜNDEKİ GEREKÇELERİ

AB Komisyonu, 98/71 sayılı Yönerge'den sonra 16 üye ülkeden 9 üye ülkenin kendi hukuk düzenlerini liberalleştirdiğini tespit etmiştir. AB Komisyonu, 2003 yılında yedek parça pazarına ilişkin ayrıntılı bir araştırma yaptırdığında ortaya çıkan sonuçtan hareketle yedek parçaların hukuki koruma kapsamından çıkarılması için 14 Eylül 2004 tarihinde bir taslak çalışmasını yayımlamıştır¹⁹. Bu Taslağın gerekçesinde AB Komisyonu tarafından yapılan bir araştırma sonucu vurgulanmıştır. Bu araştırmada 9 üye ve Norveç'te yapılan 20 araba modelinin 11 çeşit yedek parça fiyatları karşılaştırılmıştır. Yedek parçalara hukuki koruma sağlayan üye ülkelerde tamponlar, kapılar, çamurluklar, farlar, kaput ve bagaj kapakları gibi yedek parçaların %6,4 ila 10,3 arasında daha pahalı olduğu ortaya çıkmıştır²⁰.

olduğunu açık bir şekilde söylemek zordur. Hem bunun etkisiyle olsa gerek hem de yedek parça üreticilerinin ekonomi içindeki gücü dolayısıyla Almanya otomobil sanayii, Alman yedek parça üreticilerinin bu parçaları üretmelerine, bunları pazarlamalarına ve yetkili veya bağımsız servislerde bunları tamir amaçlı olarak kullanmalarına sessiz kalmaktadır. Bkz. *Eekhoff, Johann / Fischer, Hana / Jänsch, Janina / Roth, Steffen J.: Eine Reperaturklausel erhöht die Effizienz am Markt für sichtbare Kfz-Ersatzteile – Disignschutz wird nicht beeinträchtigt*-, Köln 29.11.2007, s. 30 vd, . (https://www.iwp.uni-koeln.de/fileadmin/contents/dateiliste_iwp-website/publikationen/sonstige_publicationen/iwp-Studie_Reparaturklausel_29.11.07.pdf, erişim: 15.9.2015).

¹⁸ *Pilla, Marcus: Der Schutz von Ersatzteilen zwischen Geschmacksmuster- und Kartellrecht, Eine rechtsvergleichende Studie zum italienischen, deutschen und europäischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Schutzrechtsfunktion im Geschmacksmusterrecht*, Berlin 2000; s. 149 vd., 213 vd.

¹⁹ Bu konuya ilişkin olarak zamanın Komiseri *Bolkstein'in* yaptığı açıklamalar için bkz. *Pınar, Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi*, s. 52 vd.

²⁰ AB üyesi ülkelerden Fransa, Almanya, Avusturya, Finlandiya, Polonya, Çek Cumhuriyeti, Portekiz, ve İsveç'in oluşturduğu ülkeler grubunda yedek parça tasarımları tasarım ve/veya haksız rekabet kapsamında korunurken; Benelüks ülkeleri, İtalya, İspanya, İngiltere, İrlanda, Lüksemburg, Macaristan gibi ülkelerin oluşturduğu diğer grup ise yedek parça tasarımının onarım amaçla kullanılma ilkesini benimsemiştir.

Görsel zorunluluk arz eden yedek parçalar, görsel açıdan tamir için orijinali ile birebir aynı olmak zorundadır. Orijinal yedek parçaların yerine kullanılacak yedek parçaların bileşik ürüne monte edildiğinde orijinal görünüm tekrar mümkün olmalıdır. Nitekim AB Komisyonu, 6/2002 s. Topluluk Tasarım Tüzüğü 110. maddesinde de görsel zorunluluk arz eden yedek parçaların hukuki korunmasının söz konusu olmadığını vurgulamıştır. 98/71 s. Yönerge'deki değişiklik taslak metninin de bu Tüzük hükmüne dayandığı ifade edilmiştir. AB hukukunda üye ülkelerin mevzuatı yönergeler yolu ile uyumlaştırıldığından Topluluk tasarımı düzenleyen 6/2002 s. Tüzük hükmü ile üye ülkelerin hukuk düzenlemeleri liberalleştirmemektedir. Yönerge yolu ile de olsa yedek parçalara ilişkin üye ülkelerin kendi iç hukukunu liberalleştirmeleri aynı zamanda 6/2002 s. Tüzük hükümlerinin etkilerinin tam olması için de vazgeçilmez olduğu belirtilmiştir²¹.

AB içinde liberalleşme sayesinde bazı yararların ortaya çıkacağı AB Komisyonu tarafından özellikle vurgulanmıştır. Bunların başında, koruma olmaması halinde artan rekabetin olması ve orijinal yanında daha ucuz fiyata yan sanayi üretimi yedek parça alabilme imkânının bulunması tüketici yararına olacaktır. Zira AB'de yedek parçalar arasında farklı oranlarda fiyat yüksekliği olduğu ve hatta bazı üye ülkelerde bu farkın iki katına kadar çıktığı tespit edilmiştir. İkinci olarak üreticilerin rekabet edebilmesinin ve rekabet ortamının iyileştirilmesidir. Zira liberalleşme olmadan bağımsız yedek parça üreticilerinin pazara girişleri çok zordur. Ayrıca AB bünyesindeki araçların %15'i ağırlıklı olarak ABD, Japonya ve Kore'den ithaldir. Liberalleşme olduğu takdirde bu araçlar için de orijinali ile görsel açıdan birebir aynı yedek parçalar AB üyesi ülkelerdeki üreticiler tarafından üretilebilecektir. AB üreticilere hiç de azımsanamayacak %15'lik bu pazar da üretim için açılmış olacaktır. İşte bu sebepten dolayı ABD ve Japon araba üreticilerinin AB kapsamında bir

Taslak metni gerekçesi, s. 2 vd. Bkz. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004PC0582&from=DE>, erişim: 15.9.2015).

²¹Taslak metni gerekçesi, s. 2 vd. Bkz. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004PC0582&from=DE>, erişim: 15.9.2015).

liberalleşmenin karşısında oldukları özellikle vurgulanmıştır. Ayrıca AB’li otomobil üreticileri olan Volkswagen çamurluklarını Güney Afrika’dan, Renault motor kaputlarını Tayvan’dan ve Audi arka farlarını Brezilya’dan ithal ettiğini belirten AB Komisyonu, liberalleşmenin AB üyesi ülkelerde bu alandaki üretimi ve istihdamı artıracakı görüşündedir. Son olarak güvenlik konusunu inceleyen AB Komisyonu, tasarım korunmasında amacın hak sahibinin emeği olan ürünün yeni olan görünüşüne korumanın sağlanması olup, bu korumanın tanınmasında bu ürünün teknik işlevine ve kalitesine bakılmaz. Ürünlerin güvenliği ve kalitesi AB düzeyinde ve üye ülkelerin iç mevzuatında başka hukuki hükümlerle güvence altına alınmaktadır. Buna ilişkin standartlar ve izinlere ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır²².

AB Komisyonu yukarıda ana hatları ile açıklanan gerekçe ile üye ülkelerde liberalleşme yönünde uyumlaştırmanın sağlanması amacıyla bir değişiklik taslak metni hazırlamıştır²³. Bu hükmün ilk fıkrasında, birleşik bir ürüne tekrar eski görünümünü kazandırmak için bunların tamirini gerçekleştirebilecek görsel zorunluluk arz eden yedek parçaların hukuki korumadan yararlanamayacağı düzenlenmiştir. İkinci fıkraya göre üye ülkeler, tüketicilerin yedek parçaların menşei konusunda usulüne uygun bir şekilde bilgilendirilmesini ve böylece bu tüketicilerin birbiriyle rekabet eden yedek parçalar hakkında bilgi sahibi olarak seçim yapabilmesini sağlamalıdır²⁴.

²²Taslak metni gerekçesi, s. 8 vd. Bkz. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004PC0582&from=DE>, erişim: 15.9.2015).

²³İngilizce metni: Article 14 of Directive 98/71/EC is replaced by the following:

“Article 14

1. Protection as a design shall not exist for a design which constitutes a component part of a complex product used within the meaning of Article 12(1) of this Directive, for the purpose of the repair of that complex product so as to restore its original appearance.
2. Member States shall ensure that consumers are duly informed about the origin of spare parts so that they can make an informed choice between competing spare parts.”

²⁴ Almanca metni: Artikel 14 der Richtlinie 98/71/EWG erhält folgende Fassung:

“Artikel 14

1. Es besteht kein Geschmacksmusterschutz für ein Muster, das als Bauelement eines komplexen Erzeugnisses im Sinne des Artikels 12 Absatz 1 mit dem Ziel verwendet

3. DEĞİŞİKLİK TASLAĞININ GERİ ÇEKİLMESİ VE ELEŞTİRİLER

2007 yılında AB Parlamentosu bu tasarım korunması reformunu büyük bir çoğunlukla kabul etmesine rağmen AB Komisyonu tarafından hazırlanan değişiklik çıkarılamamıştır. Nihayetinde AB Komisyonu 21 Mayıs 2014 tarihinde 98/71 s. Yönerge'nin değiştirilmesine ilişkin taslağı geri çektiğini resmen ilan etmiştir. Uzun bir süre alan bu çalışmaların sonucunda AB Komisyonu'nun bu başarısızlığı bazı çevrelerce açıkça eleştirilmiştir. Bu konuya ilişkin olarak Otomobil Parçaları-Ticareti Federasyonu basın açıklaması ile bu başarısızlığı eleştirirken bunun sebebini de açıkça ifade etmiştir. Federasyona göre, araba üreticilerinin güçlü lobileri ile birlikte hareket eden bazı devletlerin, özellikle Fransa ve Almanya, baskıları sonucunda AB Komisyonu liberalleşmeden geri adım atmıştır. Basın açıklamasında bu iki devletin baskısı çok sert bir şekilde kınanmakta ve bu şekildeki kulis politikalarının tüketicilerin zararına ve pazar ekonomisi ilkelerine aykırı olduğu belirtilmektedir²⁵.

Yedek parçalar konusunda liberalleşmenin taraftarı olan Alman Genel Otomobil Derneği (ADAC)²⁶ 2002-2006 yılları arasında yedek

wird, die Reparatur dieses komplexen Erzeugnisses zu ermöglichen, um diesem wieder sein ursprüngliches Erscheinungsbild zu verleihen.

2. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Verbraucher über den Ursprung von Ersatzteilen ordnungsgemäß unterrichtet werden, so dass diese in Kenntnis der Sachlage unter miteinander im Wettbewerb stehenden Ersatzteilen wählen können."

²⁵ Gesamtverband Autoteile-Handel e.V.: EU-Designschutznovelle zurückgezogen – GVA: Autofahrer zahlen die Zeche für die Blockade im EU-Ministerrat, (www.gva.de, erişim: 15.9.2015)..

²⁶ Alman Genel Otomobil Derneği (Der Allgemeine Deutsche Automobil-Club e.V.), Almanya'nın tescilli dernek statüsünde en büyük otomobil kulübü olup merkezi Münih'dir. Kuruluşu 1903'e kadar giden ve zaman içinde değişikliklere yol açan ve özellikle II. Dünya Savaşı sonrası yeniden kurulan bu dernek, 2014 yılı itibariyle 14,9 milyon üyeye ulaşmıştır. Özellikle arızalanan motorlu araçlara yardım amaçlı kurulan bu dernek zamanla sektörün her kesimine hitap eden sigortacılıktan yol haritaları hizmetine, araç testi, finansal ve turizmle ilgili alanlarda çeşitli hizmetler veren ve yıllık 2,4 milyar Euro ciroya ulaşan çok büyük bir kurumsal kimliğe dönüşmüştür. Her yönü ile çok büyük bir dernek olan ADAC'nin bu alandaki çalışmaları ile otomobil üreticilerine karşı tüketici menfaatini korumayı amaçlamaktadır. ADAC hakkında bkz. <https://www.adac.de/>, erişim: 15.9.2015).

parça fiyatları hakkında yaptırdığı araştırma aslında otomobil üreticisi şirketlerin neden yedek parçaların hukuki korumasından vazgeçmek istemediklerini de ortaya koymaktadır. Bu araştırmada Almanya'da en çok satılan araba olan VW'nin *Golf* markasının görsel zorunluluk arz eden yedek parçaları 2002'den 2006'ya kadar %25-73 oranında fiyatının arttığı tespit edilmiştir. Özellikle en çok değiştirilen parçaların başında olan ön tamponların fiyatının en üst seviyeden yani %73 oranında arttığı görülmüştür²⁷. Bir başka araştırma sonucunda ise *BMW (316)*, *VW (Golf)* markalı araçların orijinal yedek parçalarının fiyatları aynı parçanın yan sanayi fiyatı ile karşılaştırıldığında orijinal parçaların %18 ila %223 arasında değişen oranda daha pahalı olduğu ortaya çıkmıştır²⁸. Bu farklılıkların sonucu olarak otomobil şirketleri, yıllık kârlarının büyük bir bölümünü sadece yedek parça satışlarından elde etmektedirler²⁹. AB üyesi ülkelerde genel olarak otomobil üreticisi şirketlerin ve bu şirketlerin yerleşik olduğu ülkelerin bu sektörün menfaatlerini korumak ve şirketlerin kârlılığını maksimize etmek için yedek parçaların hukuki koruma kapsamı dışına çıkarılarak sektörün liberalleşmesinin önünde geçtikleri açık bir şekilde anlaşılmaktadır. O halde Türkiye'deki hukuki düzenlemeler ve yedek parça üreticilerinin sektördeki yeri de inceleyerek bu konuda ekonomi politik tercihin ne olması gerektiği tartışılarak bir sonuca varılması daha sağlıklı olacaktır.

²⁷ Bkz. ADAC'nin 2002-2006 arası araştırması:

²⁸ ECAR (European Campaign for the Freedom of the Automotive Parts and Repair Market): Freier Wettbewerb und faire Preise für Kfz-Ersatzteile, Design für ein modernes Europa: zum Vorteil für Europas Verbraucher und zur Stärkung der europäischen Wettbewerbsfähigkeit, s. 4, (<http://www.ecar-eu.com/pdf/ECAR%20Brochure%20final%20DE.pdf>, erişim: 15.9.2015).

²⁹ 2003 yılında McKinsey raporuna göre, söz konusu kârın 2000 yılı kârı içinde %39'una tekabül ettiği belirtilmiştir. Bkz. ECAR: Freier Wettbewerb und faire Preise für Kfz-Ersatzteile, Design für ein modernes Europa: zum Vorteil für Europas Verbraucher und zur Stärkung der europäischen Wettbewerbsfähigkeit, s. 3, (<http://www.ecar-eu.com/pdf/ECAR%20Brochure%20final%20DE.pdf>, erişim: 15.9.2015).

WW Golf 5 5 türüg 1.4 75PS Benzin	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	Preis- steigerung 2006 - 2012
Kotflügel vorne links	95,30	98,40	106,50	120,00	126,00	128,00	134,50	41%
Motorhaube	198,00	201,50	218,50	230,00	237,50	245,00	258,00	30%
Scheinwerfer vorne links	122,00	125,00	134,00	136,50	141,00	149,00	154,00	26%
Türe vorne links	222,30	229,00	243,00	243,00	243,00	274,00	305,50	37%
Frontscheibe	144,00	166,00	175,00	175,00	217,00	224,00	237,00	65%
Heckklappe	257,00	260,00	282,00	282,00	295,00	305,00	320,00	25%
Stoßfänger vorne	135,50	143,00	180,50	180,50	217,00	224,00	234,50	73%
Summe Designteile	1174,10	1222,90	1339,50	1367,00	1474,50	1549,00	1643,50	40%
Generator	530,00	543,00	558,00	574,00	597,00	617,00	598,00	13%
1 Brems Scheibe vorne	59,60	58,40	60,00	61,70	63,00	65,10	66,40	11%
Auspuffend Schalldämpfer	245,00	240,50	247,00	258,00	276,00	288,00	300,00	22%
Starter/Anlasser	208,00	213,50	219,50	226,00	235,50	243,50	272,00	31%
Bremsbelagsatz vorne	74,40	74,80	76,90	76,90	78,50	80,80	80,80	9%
Katalysator	684,00	549,00	558,00	582,00	610,00	635,00	678,00	-1%
Bremsattel vorne links	107,50	110,50	117,00	118,00	124,00	128,50	137,00	27%
Fahrwerksfeder hinten links	43,90	44,95	47,45	47,70	50,00	51,70	55,10	26%
Summe Mechanikteile	1952,40	1834,65	1883,85	1944,30	2034,00	2109,60	2187,30	12%
Verbraucherpreisindex in D.	101,60	103,90	106,60	107,00	108,20	110,70	112,46	11%

III. TÜRK HUKUKUNDAKİ MEVCUT DÜZENLEME VE OTOMOTİV SEKTÖRÜNE İLİŞKİN VERİLER

1. YÜRÜRLÜKTEKİ DÜZENLEMELER

Türk hukukunda 554 s. TasarımKHK m. 22'de görsel zorunluluk arz eden yedek parçaların hukuki koruması düzenlenmiştir. Bu hükme göre, ancak belli şartlar altında yedek parça üreticileri bağımsız olarak bunları üretip pazarlayabilir³⁰:

Bu şartlar:

- 1) Tasarlanan veya tasarımın uygulandığı ürünün piyasaya ilk sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl geçmiş olmalı,
- 2) Tasarlanan ürün, bileşik bir ürünün parçası olmalı
- 3) Tasarlanan ürünün görünümü bu bileşik ürüne bağımlı olmalı,
- 4) Tasarlanan ürün, bileşik ürüne orijinal görünümünü yeniden kazandırmak üzere, bileşik ürünün onarımında kullanılmalı ve

³⁰ “EndTasKHK m. 22 (1)’de, 17. maddeye yapılan atfın ifade ediliş biçimi doğru değildir. Yanlışlık mehz Yönerge tasarımının 14. maddesinin doğru çevrilmemesinden doğmuştur. Hüküm şöyle anlaşılmalıdır: “Tasarlanan veya tasarımın uygulandığı ürünün, ilk piyasaya sürüldüğü tarihten (itibaren) üç yıl sonra olmak üzere, aşağıda belirtilen koşulların bir arada karşılanarak, üçüncü kişilerce kullanımı tasarım hakkının 17. madde çerçevesinde ihlâlî sayılmaz.” Hükümdeki “tasarlanan” sözcüğünü de “tasarımı içeren” şeklinde yorumlamak doğru olur.” Tekinalp, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4. B., İstanbul 2005, s. 628, dn. 7.

5) Onarım için kullanılan bu ürünün kaynağı konusunda kamuoyu yanıltılmamalıdır.

Yukarıdaki hüküm dikkate alındığında Türk hukuku açısından görsel zorunluluk arz eden yedek parça tasarımlarının (*must match*) ürünün piyasaya sürüldüğü tarihten itibaren üç yıl süre ile yan sanayi tarafından üretimi mümkün değildir. Mer'i düzenleme karşısında üç yıllık süreli korumadan özellikle otomobil üreticilerinin yararlanacağı tartışmasızdır³¹.

554 s. TasarımKHK hükümleri dışında bu konuyla ilişkili olarak rekabet hukuku alanında da 2005/4 sayılı Motorlu Taşıt Sektörü Grup Muafiyeti Tebliği 01.01.2006'da yürürlüğe girmiştir. Bu Tebliğ hükümleri ile AB'nin o dönemde yürürlükteki düzenlemesi 1400/2002 sayılı Tüzük hükümleri büyük ölçüde benzerlik göstermektedir. 2005/4 sayılı Tebliği'nin çıkarılmasının önemli bir gerekçesi de yedek parça üreticilerinin rekabete dâhil olmalarını sağlamaktır³².

³¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Suluk, Cahit: Yedek Parça Tasarım Hakkının Korunması*, Ankara 2001; s. 195 vd.; *Suluk, Cahit: Tasarımların Onarım Amaçlı Kullanımı*, Batider 2001, C. XXI, Sa. 2, s. 269 vd.; *Suluk, Cahit: Yedek Parça Tasarımlarının Korunması ya da Otomotiv Yan Sanayiinin Var Olma Mücadelesi*, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002: Fikrî Haklar ve Rekabet Hukuku Ankara 2002, s. 541 vd.; *Suluk, Cahit: Tasarım Hukuku*, Ankara 2003, s. 295 vd., 306 vd.; *Pınar, Fikrî Mülkiyet Haklarının Önemi*, s. 48 vd.; *Pınar, Hamdi: Fikrî Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku*, Rekabet Dergisi 2005, Sa. 23, s. 36 vd. (www.rekabet.gov.tr); *Tekinalp*, s. 628 vd.; *Şehirali Çelik, Feyzan Hayal: Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara 2014, s. 14 vd.

³² Tebliğ metni için bkz. Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FTebli%25c4%259f%2Fteblig33.pdf>, erişim: 15.9.2015). Rekabet Kurumu'nca yayımlanan bu Tebliği'e ilişkin Kılavuz'daki açıklamasında sağlayıcının garanti kapsamı hariç olmak üzere, yetkili servisler tarafından eşdeğer kalitedeki yedek parçaların kullanılmasını yasaklamayacağı, sadece sağlayıcının yetkili servislerle, eşdeğer kalitede yedek parça kullanılması halinde müşteriyi önceden bilgilendirme veya faturada söz konusu parçaların markalarının gösterilmesi yükümlülüğünü getirebileceği belirtilmiştir. Bkz. 2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin Açıklanmasına Dair Kılavuz, s. 36 (<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBa%C5%9Fvuru+Rehberi%2Fmotorluk%C4%B1lavuz.pdf>, erişim: 15.9.2015).

554 s. TasarımKHK ile getirilen anlayışın ve ilgili Tebliği'nin Türkiye'deki piyasayı nasıl etkilediği öncelikle tartışılmalıdır. Rekabet Kurumu tarafından yapılan sektör araştırmasıyla yedek parçalara ilişkin çok yararlı piyasa verileri ve tespitleri ortaya çıkmıştır. Yedek parçaların korunmasında mevcut sistemi muhafaza etmek ya da AB'deki gibi liberalleşme yönünde adım atmak açısından Türkiye'nin ekonomi politik tercihinin ne olması gerektiği hususunda bu araştırma yol gösterici niteliktedir.

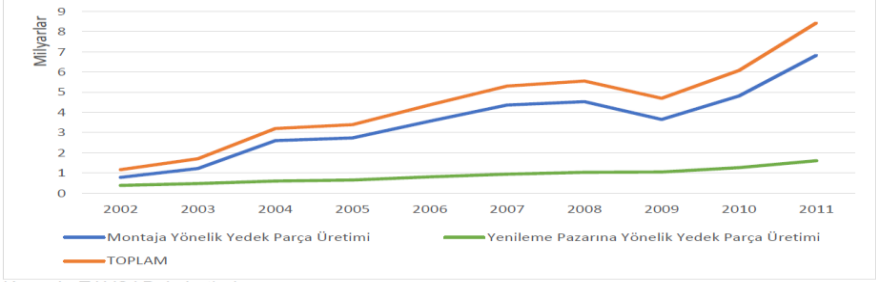
2. TÜRKİYE'DE OTOMOTİV SEKTÖRÜ VE YEDEK PARÇA ÜRETİMİ

Rekabet Kurumu'nca hazırlanan rapora göre, günümüzde Türkiye'de yedek parça üretiminde ağırlıklı olarak montaja yönelik bir üretim olduğu aşağıdaki şemada da açıkça görülmektedir. Üretim arttıkça aynı oranda bağımlılık da artmaktadır. Dolayısıyla yasal düzenlemedeki gibi korumacı bir anlayışla yedek parça pazarının belli bir süre kapatılması, bir yönden ana sanayiye bağımlı olan bir üretim tarzına yol açarken, diğer yönden yenileme pazarına yönelik yedek parça üretiminin gelişmesini de engellemektedir. Bu gelişmenin sonucunu aşağıdaki istatistik verileri de açıkça göstermektedir. Türkiye'de krizler döneminin bitip ekonomik gelişmelerin başladığı 2003'den sonra yedek parça üretiminin devamlı bir şekilde artış gözlemlenmektedir. Ancak bu artışın pazara doğrudan satışlarla aynı oranda artan montaja yönelik yedek parça üretimden kaynaklandığı söylemek daha doğru olacaktır. Aynı yıllar dikkate alındığında yenileme pazarına yönelik üretimin uzun yıllardır hiç değişmediği ve sadece son yıllarda cüz'i bir oranda arttığı görülmektedir. Bu da göstermektedir ki, kanuni düzenlemedeki sınırlama kalkmadığı sürece uzun vadede bağımsız yedek parça üreticilerinin yenileme pazarına yönelik yedek parçaların doğrudan satış hacminde bir artışın olabileceğini söylemek zordur³³.

³³

Rekabet Kurumu Sektör Araştırması, s. 100 vd.

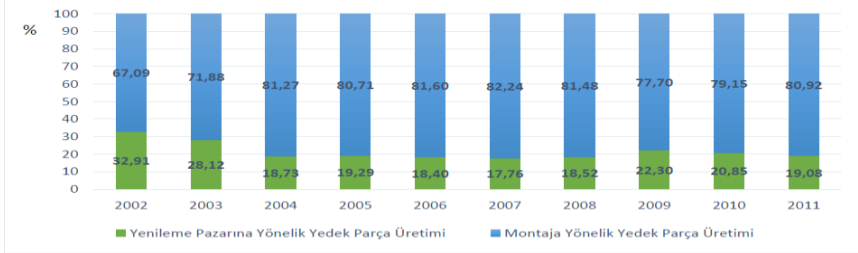
Şekil 67: Yedek Parça Sektörü Cirolar (TL)



Kaynak: TAYSAD Anketleri

Yukarıdaki şemadan anlaşılan yedek parça sektörünün cirosunun artması olumlu bulunabilir. Ancak burada unutulmaması gereken bir diğer gerçekte bu üretim artışının sadece montaj sanayinin ihtiyacını karşılamaktadır. Oysa aşağıdaki şemada da görüleceği üzere 2002'deki %32,91 olan yenileme pazarına yönelik yedek parça üretimi toplam cirodaki oranı aynı şekilde artmadığından bu oran 2011'de %19,08'e düşmüştür. Bu seviyede ciddi bir şekilde azalmanın birçok sebebi olabilir. Ancak yasaklayıcı bir düzenlemenin piyasa davranışı açısından büyük bir etkisi olduğu da unutulmamalıdır. Nitekim bu yüzden uygulamada yedek parçaların korunmasına yönelik davalarla karşılaşmaktadır.

Şekil 68: Yedek Parça Cirosunun Dağılımı

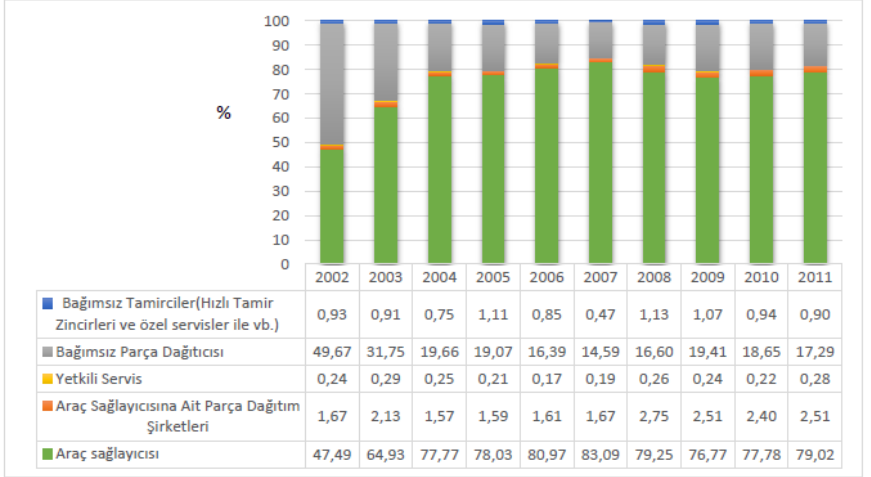


Kaynak: TAYSAD Anketleri

Yukarıdaki sonucu teyit edecek başka bir veri de Türkiye'de yedek parça üreticilerinin cirosu içindeki müşterilerin yıllar içindeki değişimine ilişkin aşağıdaki tablodur. 2002 ila 2011 yılları arasındaki ciro içindeki dağılım dikkate alındığında araç sağlayıcı şirketlerin payının %47,49'dan %79,02'ye yükseldiği görülmektedir. Ciro içindeki bu oransal yükselişle aslında araç sağlayıcısı şirketlerinin bağımsız yedek parça dağıtıcıları

aleyhine ciddi bir oranda büyüdükleri anlaşılmaktadır. Zira aynı yıllar aralığında bağımsız parça dağıtıcılarının yedek parça üreticilerinin cirou içindeki payları %49,67'den %17,29'a düşmüştür. Bu ciro dağılımının ortaya çıkmasının sebeplerinden birinin hukuki düzenlemelerle getirilen sınırlamanın olduğunu kabul etmek isabetli olacaktır. Yedek parça üreticilerinin, piyasadaki bağımsız parça dağıtıcıları için yedek parça üretmek yerine, doğrudan araç sağlayıcısı şirketlerle çalışmayı tercih ettikleri ortaya çıkmaktadır³⁴.

Şekil 74: Çeşitli Müşterilerin Yedek Parça Üreticilerinin Cirou İçindeki Dağılımı (%)



Kaynak: TAYSAD Anketleri

Otomotiv sektöründe servislerin verdiği hizmetleri, otomobil satıcısı şirketle olan hukuki ilişkilerini dikkate aldığımızda, esasen yetkili servis ve bağımsız servis olarak ikiye ayırmak mümkündür. Yetkili servislerin tamir hizmetlerinde kullandıkları yedek parçaların içinde eşdeğer yedek parça oranının düşüklüğü yukarıdaki tablonun ortaya çıkmasında belirleyici olmuştur. Zira Rekabet Kurumu anketlerine göre, yetkili servislerin kullandıkları yedek parçalar içinde eşdeğer yedek parça

³⁴ *Rekabet Kurumu: Motorlu Taşıtlar Sektör Araştırması Raporu*, 07.05.2014 (Hazırlayanlar: Recep Gündüz / Canan İçel / Zeynep Şengören / Gülçin Dere), (<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSayfalar%2Fmortalutas%2F1t.pdf>, erişim: 15.9.2015); s. 105.

kullanım oranı %0-5 aralığı gibi çok düşük bir seviyededir. Buna karşılık bağımsız servislerin yedek parça kullanımında ise eşdeğer yedek parça oranı artmaktadır³⁵. Bu şekilde bir artışın olmasında bağımsız servislerden hizmet alan sigorta şirketlerinin etkisine değinmek gereklidir. Bağımsız servislere gelen hasarlı araçların büyük bir kısmı sigorta şirketleri aracılığıyla gelmektedir. Tamirde kullanılan yedek parçalarda sigorta şirketlerinin belirleyici olması ve hatta tedarik zincirine dâhil olması eşdeğer yedek parçaların kullanılmasını artırıcı bir rol oynamaktadır³⁶. Şöyle ki, özellikle kazalardan sonra araçların tamir edilmesinde, eşdeğer veya merdiven altı üretim olan yedek parçaların kullanılması orijinal parçalara nazaran sigorta şirketlerine çok büyük bir maliyet avantajı sağlamaktadır. Bu konuda sigorta şirketlerinin bazıları araç sahibini bilgilendirip onay aldığı halde çoğunlukla bu konuda araç sahibine bilgi verilmemektedir. Böylesi durumlarda sigorta şirketinin araç sahibine bilgi verilmeyerek onun onayını almaması sigorta poliçeleri dolayısıyla sözleşme ilişkisinden, tüketici haklarından ve haksız rekabet hukukundan kaynaklanan bazı hukuki sorunları da beraberinde getirecektir. Meselâ, yan sanayii ürünlerinin tamirde kullanıldığı halde bu durumu müşterileri olan araç sahiplerinden gizleyerek veya eksik bilgi vererek müşterilerini yanıltan sigorta şirketlerinin bu hareketleri aldatıcı davranış teşkil edeceğinden TTK m. 55/a/2 hükmü çerçevesinde bir haksız rekabet hâli ortaya çıkacaktır³⁷. Oysa sigorta şirketlerinin, araç sahibi ile kasko sigortası yaparken sigorta poliçelerini en azından ikiye ayırarak düzenlemesi yararlı olacaktır. Böylesi bir durumda, yani kasko sigortası sözleşmesinde araç sahibi ile sigorta şirketi, tamirlerde eşdeğer yedek parçanın kullanılmasını sözleşmede açıkça öngörmeleri halinde sigorta maliyeti de düşürülmüş olacaktır. Zira sadece orijinal parçaların kullanılmasını öngören sigortalamaya nazaran eşdeğer yedek parçaların

³⁵ Rekabet Kurumu Sektör Araştırması, s. 119 vd.

³⁶ Rekabet Kurumu Sektör Araştırması, s. 120.

³⁷ Haksız rekabet hukuku açısından aldatıcılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Pınar, Hamdi*: Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri, [Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı 2012 (Baskı 2013), C.18, sa.2, s. 132 vd.

maliyeti daha düşük olacağı muhakkaktır. Bunun sonucu olarak da aracını sigortalayan kişilerle sigorta şirketleri arasında hasar halinde araçta hangi parçaların tamir için kullanılacağı başlangıçta ve açıkça kararlaştırılmış olacaktır. Yedek parçalara ilişkin üç yıllık korumanın kalkması durumu araç sigortalarındaki bu belirsizliğin ortadan kalkmasına ve böylece tarafların birbirine karşı daha dürüst olması dolayısıyla haksız rekabet veya tüketici haklarından kaynaklanan sorunların ortaya çıkmamasına da yardımcı olacaktır. Sigorta sözleşmenin tarafları bu konuda tercihlerini daha başlangıçta arabanın yeni veya eski olmasına bakılmaksızın rahatlıkla ve açıkça sigorta sözleşmelerinde düzenlemeleri ve bu tercihlerine göre de sigorta maliyetini hesaplamaları mümkün olabilecektir.

3. TÜRKİYE'NİN YENİDEN DÜŞÜNMESİ GEREKEN HUSUSLAR VE OLMASI GEREKEN HUKUKİ DÜZENLEME

2005/4 sayılı Motorlu Taşıt Sektörü Grup Muafiyeti Tebliği'nin yürürlüğe girmesinden uzun bir süre sonra Rekabet Kurumu tarafından yapılan piyasa araştırmasında, bu Tebliğ ile istenilen hedeflerin tam olarak gerçekleşmediği tespit edilmiştir. Bu Tebliği'n etkilerinin ölçülebilmesi ve uygulama sonuçlarının değerlendirilmesi amacıyla Kurum tarafından revizyon çalışmaları da başlatılmıştır. Kamuoyuyla paylaşılan bu duyuru ile değişikliklerin yapılabilmesi için piyasadaki paydaşların katkılarıyla tartışmanın yapılmasıdır. Bu çağrıda Rekabet Kurumu'nun kendisi de Tebliğ ile ilgili bazı önemli tespitler yapmıştır. Rekabet Kurumu, duyurusunda yedek parçalar konusunda şu hususlara değinmiştir³⁸:

“...eşdeğer yedek parça tanımının Tebliğ'de yer almasının ve söz konusu parçaların kullanımının sınırlanamamasına ilişkin

³⁸ 2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin Revizyonu Çalışmaları Çerçevesinde Kamuoyuna Duyuru, <http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Guncel/20054-Sayili-Motorlu-Tasitlar-Sektorundeki-Dikey-Anlasmalar-Ve-Uyumlu-Eylemlere-Iliskin-Grup-Muafiyeti-Tebliğinin-Revizyonu-Calismalari-Cercevesinde-Kamuoyuna-Duyuru> erişim: 15.9.2015). Bu konudaki leh ve aleyhte olan görüşler için bkz. *Suluk*, Yedek Parça, s. 212 vd.

hükümlerin pazarda tüketici faydası yaratması ve yedek parça üreticilerinin konumlarının güçlendirilmesi beklenmekle birlikte; bu faydalar eşdeğer yedek parçanın tespitinde pazarda yaşanan sıkıntılar sebebiyle sınırlı kalmaktadır.”

Sektördeki verilere ilişkin Rekabet Kurumu'nun araştırmasından ve bizzat Kurum tarafından yukarıda açıklamadan da anlaşılacağı üzere Tebliğ ile amaçlanan yedek parça üreticilerinin rekabete dâhil olmaları geçen zaman sürecinde mümkün olmamıştır. Rekabet Kurumu'nun sektör araştırmasındaki önemli bir eksiklik, TasarımKHK m. 22'de getirilen korumanın piyasada ne tür bir etkisinin olduğunun hiç araştırılmamış olmasıdır. Aynı şekilde Rekabet Kurumu'nun 2005/4 sayılı Tebliği'nin revizyonuna yönelik açıklamasında da bu hususa hiç dikkat çekilmemiştir.

AB'deki liberalleşme girişimleri Türk hukuku açısından da yedek parçalar konusunda yol gösterici niteliktedir. Bu konuda korumacı değil, bilakis 98/71 sayılı Yönerge'den beri üye ülkelerin sadece liberal düzenleme yapabileceği (the “freeze plus” solution) kabul edilmektedir³⁹. Bunun dışında yedek parçaların korunması ile tasarımlarda inovasyon teşviki arasında doğrudan bir bağlantının olduğunu söylemek de mümkün değildir. Ayrıca korumanın yedek parçaları kapsamı hem piyasada yedek parça üreticileri arasındaki rekabeti engelleyecek hem de tasarım hakkı sahibini de fiilen üretim tekeli durumuna getirecektir⁴⁰. Burada unutulmaması gereken bir diğer husus; otomobil üreticileri ile bağımsız yedek parça üreticileri arasında değil, bilakis otomobil üreticilerinin kendi aralarındaki rekabette müşteri tercihinin etkilenmesinde yeni model araba tasarımlarının muhakkak surette etkili olmasıdır. Dolayısıyla birincil pazarda yani araba pazarında yeni model araba tasarımı çok önemli bir rekabet parametresidir. Yeni model araçlar, yeni tasarımla piyasaya sürülmektedir. Yeni tasarımın hazzını almak isteyen müşterilerin, yeni araçlardaki fiyat yüksekliğine de razı olduğu otomotiv piyasasının bir

³⁹98/71 sayılı Yönerge metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31998L0071>, erişim: 15.9.2015).

⁴⁰Taslak metni gerekçesi, s. 9, 11. Bkz. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004PC0582&from=DE>, erişim: 15.9.2015).

gerçeğidir⁴¹. Buna karşılık ikincil pazar olan yedek parça ve tamir pazarında rekabet parametreleri fiyat ve kalite olup, yaratıcı tasarımın bu pazarda hiçbir önemi yoktur⁴². Zira tamir amaçlı kullanılacak yedek parçaların, orijinal tasarımla birebir aynı şekilde üretilmesi zorunludur.

Bu açıklamalara ilave olarak Türk hukukunda korumacı veya liberal ekonomik anlayışın tercihinde en belirleyici olacak bir veri de Türk otomotiv pazarındaki satılan araçların %78'inin ithal otomobillerden oluşmasıdır. O halde yedek parçaların korunmasının Türkiye'de değil yurt dışında üretilen otomobil üreticisi olan bu şirketlerin menfaatlerini koruduğu tartışmasıdır. Türkiye'nin ekonomi politik tercihinin yabancı otomobil üreticilerinin menfaatleri doğrultusunda şekillenmesinin izahı yoktur. Buna ilaveten Türkiye'deki kazaların yüksekliğinin özellikle görsel zorunluluk arz eden yedek parça ihtiyacını arttırması yanında yurt dışından temin edilen bu parçalar sebebiyle tamir süreleri de uzamaktadır. Sadece yedek parçaların pahalı olması değil, tamir sürecini uzatan gecikme de Türk tüketicilerinin zararına olmaktadır. Bunların dışında asıl tartışılması gereken bir diğer yön ise Türkiye'nin aslında otomotiv sektöründe bağımsız yedek parça üreticisi şirketlerinin ciddi bir potansiyelinin bulunmasıdır. Otomobil üreticisi lehine olan sınırlamaların kalkması ve böylece bağımlılığı azaltıcı adımların hızlı bir şekilde atılması Türk yedek parça üreticisi şirketlerin yararına olacağı açıktır. Aksi takdirde gelecekte Türk yedek parça sanayi otomobil üreticisi şirketlere tamamıyla bağımlı hale gelecektir. Nitekim istatistiki verilere göre, bağımsız parça dağıtım şirketlerinin yedek parça cirosu içindeki payı 2002'de %50 iken 2011'de %18'e gerilemiştir. Oysa yan sanayinin teşvik edilmesinin istihdamı artırıcı yönde çok olumlu bir etkisi olacaktır. Piyasa verilerine göre otomotiv yan sanayide 4000 şirketin 1.120 adedi doğrudan ana sanayiye parça tedariki yapmaktadır. Bu yan sanayi şirketlerinin

⁴¹ *Eekhoff / Fischer / Jänsch / Roth*, s. 17 vd.

⁴² *Eekhoff / Fischer / Jänsch / Roth*, s. 22 vd.

200'ü yabancı ortaklı şirkettir⁴³. Başka bir veriye göre Türkiye'de motorlu kara taşıtları için parça ve aksesuar imalatı yapan 2.558 şirket ve 10.595 adet de ticaretle uğraşan teşebbüs bulunmaktadır⁴⁴. Bu veriler, Türkiye'de yaygın ve güçlü bir otomotiv yan sanayii olduğunu göstermektedir. Bu sanayii dalının önünün açılması Türk ekonomisi açısından da çok olumlu yönde bir adım olacağı muhakkaktır. Bunun yerine korumacı bir yaklaşımın Türkiye'de yedek parça üretiminin zamanla ana sanayiye bağımlılığını arttırdığı istatistiki olarak da ortadadır.

Yedek parçalara ilişkin bu korumacı düzenleme, alt pazarda (yedek parça) tekeli bir durumu ortaya çıkarmaktadır⁴⁵. Yedek parçaları koruyan ülkelerde birincil pazar olan otomobil pazarı, ikincil pazar olan yedek parça pazarı tarafından dikey sübvansede edilmektedir. Böylece bazı otomobil markaları kendi fiyatlarını yedek parça gelirlerini dikkate alarak belirleyebilmekte ve böylece rakiplerine nazaran ilk satışta daha rekabetçi bir fiyat politikası izlemektedir. Oysa yedek parça koruması olmadığı takdirde yeni model otomobil satışlarında her türlü tasarım maliyeti araba satış fiyatının üzerine eklenecektir. Bu şekilde oluşacak şeffaf bir piyasa yeni model arabaların fiyat karşılaştırılmasında ikinci pazardaki fiyat farkını da dikkate almak zorunda kalarak kompleks bir hesaplama yapan müşteriler açısından daha iyidir. Bu şekilde oluşan piyasada elbette yeni model arabaların ilk satış fiyatları küçük bir miktar yükselebilir. Ancak

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. TC Ekonomi Bakanlığı (2012), "Otomotiv Ana ve Yan Sanayii Sektörü", s. 5 (<http://www.kutso.org.tr/wp-content/uploads/2014/11/otoyansanayi.pdf>, erişim: 15.9.2015).

⁴⁴ Bu son veri Rekabet Kurumu kayıtlarına 04.03.2014 tarih ve 1303 sayı ile intikal eden TOBB yazısına dayanmaktadır. Bkz. Rekabet Kurumu Sektör Araştırması, s. 95.

⁴⁵ Türkiye'de yedek parçalar konusunda Rekabet Kurumu tarafından bir araştırma yaptırılmıştır. Rekabet Kurumu'nun araştırmasında Türkiye'de 15 büyük araç sağlayıcısının verilerine göre bu şirketlerin yedek parça ciroları, 1 milyon 200 bin ile 70 milyon ABD Doları arasında değiştiği; ortalama cironun 27 milyon ABD Dolar olarak saptanmıştır. Rekabet Kurumu, yedek parça satış cirosunun, üreticinin ve yeniden satıcının toplam cirosu içinde önemli bir büyüklük oluşturduğu ve önem arz ettiğini tespit etmiştir. Zira bir motorlu taşıtın yedek parçalarının yaklaşık %20'si bizzat araç üreticisi tarafından üretilmekte iken geriye kalan %80'lik kısım araç üreticisinin anlaşmalı olduğu parça üreticileri tarafından sağlanmaktadır. *Pınar*, Rekabet Dergisi 2005, Sa. 23, s.39 vd.

dikey sübvansiyonun ortadan kalkması müşteriler açısından olumlu bir adım olduğu vurgulanmalıdır. Zira yeni tasarımların maliyetinin yeni model arabaların fiyatına doğrudan yansıtılması müşteri isteklerinin dikkate alınmasını garanti eder ve ikincil pazardaki tekeli fiyat artışlarını da engeller⁴⁶. Böyle bir piyasada yedek parça korumasının olmaması, tasarım yatırımlarının teşviki veya otomobil sanayii açısından olumsuz bir etki ortaya çıkarmayacaktır. Hatta piyasanın bu şekilde serbest bir rekabete açılması hem kalite hem müşteri istediği doğrultusunda çeşitlilik hem de tüketiciler yararına fiyatlar sebebiyle olumlu bir etkisi olacaktır⁴⁷.

Görsel zorunluluk arz eden yedek parçaların hukuki korunmasının gerekli olduğunu savunan görüşün bir diğer gerekçesi de güvenlik (sağlamlık) ve kalitenin korunmasıdır. Oysa bu gerekçeyi savunmak mümkün değildir. Öncelikle vurgulamak gerekir ki, tasarım hukukuna ilişkin hükümlerin, kalite ve güvenlik sorunlarıyla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Çünkü tasarım hukuku ne kalite ne de güvenlik denetimi sağlar. Nitekim tasarım hukukunda koruma kapsamı dışında olan işlevsel zorunluluk arz eden yedek parçalar (must fit) açısından bu gerekçe hiç ileri sürülmemektedir. Bunun yanında tasarım tescil sürecinde hiçbir şekilde kullanılan malzemelere ve tekniğe ilişkin bir inceleme yapılmadığı için tasarım tescillerinin kalite ve güvenlik için yararlı olduğu söylenemez. Son olarak tasarımların tescilli korunması belli bir süre ile sınırlıdır. Bu süreleri bittikten sonra da yedek parçalar üretilmektedir. Dolayısıyla tasarım hukuku hükümlerinin kalite ve güvenliği sağladığını söylemek hiçbir şekilde mümkün değildir⁴⁸. Piyasada yapılan araştırmalar göstermiştir ki, tamir amaçlı görsel zorunluluk arz eden yedek parçaların

⁴⁶ Eekhoff / Fischer / Jänsch / Roth, s. 33 vd. ve 47.

⁴⁷ Eekhoff / Fischer / Jänsch / Roth, s. 46.

⁴⁸ Eekhoff / Fischer / Jänsch / Roth, s. 48. Malların üretiminde kalite ve standartlara uygunluk tamamıyla başka hukuki düzenlemelerin konusudur. Nasıl ki, otomobil üreticisi bu malları üretirken mevzuatla belirlenmiş teknik ve standartlara uymak zorundaysa bağımsız yedek parça üreticisi de aynı mevzuat hükümlerine uyararak bu malları üren güvenliği teknik düzenlemelerine ve standartlara uygun üretmek ve piyasaya sürmek zorundadır. Bu konu ile tasarım hukuku korunması birbirinden tamamen farklı konulardır.

korunmasından vaz geçilmesinin arabalar açısından bu yedek parçalar dolayısıyla bir güvenlik sorunu doğmasına ve yan sanayi tarafından üretilen bu yedek parçaların orijinalinden daha az kaliteli olmasına doğrudan bir etkisi de yoktur⁴⁹.

Burada unutulmaması gereken bir diğer husus da yedek parça üreticilerinin şartların varlığı halinde marka veya haksız rekabet hukuku kapsamında da yararlanabileceğidir. Marka hukukuna ilişkin en güncel olay ABAD tarafından verilmiş bir karardır. Bu kararda tekerleklerin jant kapaklarını üreten bağımsız yedek parça üreticisinin orijinal görünümü sağlamak için bu kapakların üzerinde olan araba üreticisi şirketin de markasını kullanıp kullanamayacağı hususu tartışma konusu olmuştur. Olayın gerçekleştiği İtalya’da yedek parçalar hukuki kuruma dışındadır. Ancak Ford şirketi İtalyan üreticisinin bu jant kapakları üretiminde kendi markası olan “Ford” yazısını orijinaline uygun olarak kapak üzerinde kullanmasını marka ihlâli olarak değerlendirmiştir. ABAD da yedek parça konusunda tamir amaçlı kullanım için orijinalle aynı şekil ve ebatlarda üretimin bir zorunluluk olduğunu ancak marka hukukunda kaynaklanan ve hak sahibine tekeli yetki veren bir hak olarak markanın sadece sahibi veya onun izin verdiği kişilerce kullanılabilmesine haklı olarak karar vermiştir. Netice itibariyle bağımsız yedek parça üreticileri ürettikleri yedek parçalar üzerinde orijinal ürünün markasını sırf orijinalle aynı görüntüyü vermek için kullanamazlar⁵⁰. Türk marka hukuku açısından ABAD’ın bu içtihadı sorunsuz bir şekilde emsal teşkil eder. Dolayısıyla otomobil sektörü, yetkisiz olan bağımsız yedek parça üreticilerinin ürettikleri yedek parçalar üzerinde otomobil markasını yetkisiz bir şekilde kullanmaları marka ihlâli teşkil eder. Ancak üretilen yedek parçaların markanın menşei gösterme işlevinin ihlâl etmeyecek bir şekilde hangi

⁴⁹ ADAC tarafından yapılan çarpışma testlerinde, piyasada kaza eksperlerinden alınan değerlendirmelerde ortaya çıkan araştırmalar neticesinde, sonradan tamir amaçlı kullanılan bağımsız üreticilerinin yedek parçaları dolayısıyla arabalarda güvenlik açısından önemli nitelikte bir olumsuz tecrübe olmadığı ortaya çıkmıştır. Bkz. *Eekhoff / Fischer / Jänsch / Roth*, s. 24 vd., 27.

⁵⁰ ABAD’ın C-500/14 sayılı ve 06.10.2015 tarihli *Ford/Wheeltrims* kararı.

marka ve hangi model araçlar için olduğunu gösteren belgelerdeki veya ambalajlardaki açıklamalar bir zorunluluk olduğu marka hukuku açısından bir sorun teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz⁵¹. Böyle bir kullanım, MarkaKHK m. 12 bağlamında markanın üçüncü kişilerce dürüst ticari kullanımı teşkil eder.

Yedek parçalara ilişkin uygulama alanı bulacak bir diğer alan da haksız rekabet hukukudur. Türk hukukunda haksız rekabete ilişkin hükümler TTK'nın 55 vd. maddelerde düzenlenmiştir. Bu hükümler kapsamında bir koruma mümkün olabilir. Ama bu hükümlerin yedek parçalara ilişkin uyumsuzlukta uygulanmasında çok hassas olunması gereklidir. TasarımKHK hükümlerini işlevselsizliğe götürecek uygulamalardan kaçınılmalıdır. Böylesi kesişme konularında haksız rekabet hukuku ile fikri mülkiyet hukuku arasındaki ilişkiyi doğru analiz etmek gerekir. Haksız rekabet hukuku, bir piyasa katılımcısı lehine fikri mülkiyetteki gibi tekeli bir yetki vermeksizin sadece haksız bir davranış şeklini yasaklamaktadır⁵². O halde haksız rekabet hukuku açısından yedek parçaların üretilip üretilmemesi meselesi değil bilakis bağımsız üreticinin bunu pazarlarken yaptığı davranış haksız rekabet hukukunun konusudur⁵³.

AB hukuku ve uygulamasıyla birlikte Türk hukukuna ilişkin açıklamalardan çerçevesinde Türkiye'de yedek parça sanayiinin

⁵¹ Nitekim 554 s. TasarımKHK m.22'de de "onarım için kullanılan bu ürünün kaynağı konusunda kamuoyunun yanıltılmamalıdır" ifadesinden de dolaylı olarak bu sonuca ulaşmak mümkündür. Burada ABAD'ın kararındaki gibi esas olan ürünün menşei (kaynağı) konusunda müşterinin yanıltılmamasıdır. Bunun sonucu olarak hem yedek parçanın üreticisi kendi markasını kullanmak zorunda hem de hangi araçlara bu parçaların uygun olduğu konusunda tamircilerin ve müşterilerin bilgilendirilmesi gereklidir. Buradan şu hususa dikkat çekilmelidir: Kaputun üzerine tamir sonrası da dışarıdan görünür bir şekilde bağımsız yedek parçası üreticisinin markası konulmaz. Böyle bir kullanım bilakis orijinal görünümü bozacak nitelik arz eder. Oysa kaput altında bu parçanın kimin tarafından üretildiğinin bilinmesi için üreticinin markasının olması bir zorunluluktur. Zira kaputu kontrol eden bir kişinin bu kaputun orijinal veya yan sanayi ürünü olduğunu da anlaması gereklidir.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. *Pınar*, Marmara ÜHFD, s. 150 vd.

⁵³ Yargı uygulamasında ortaya çıkan kararlar ve eleştiriler için bkz. *Suluk, Cahit: A Comparative Law Perspective of the Protection of Unregistered Industrial Products Under Turkish Unfair Competition Law*, IIC 2012, s. 843 ve özellikle dipnot 66 ve 67'de zikredilen kararlar.

gelişmesinin önündeki engelin kaldırılarak bu sanayiinin, Türk ekonomisinde sahip olduğu eski güçlü konumunu tekrar kazanabilmesi ve istihdamı artırıcı etkisinin desteklenmesi için yasal değişiklik şarttır. Türk hukuku açısından AB'deki liberalleşmeye de uygun olarak yapılması gereken sadece 554. s. TasarımKHK 22. maddesinde düzenlenen onarım amaçlı tamirler için getirilmiş olan ve otomotiv üreticisi şirketler lehine olan 3 yıllık kısıtlama süresinin metinden çıkarılması yeterli olacaktır.

SONUÇ

Türk hukukunda yürürlükte olan 554 s. TasarımKHK 22. maddesi gereğince, belli bir süre (3 yıl) geçtikten sonra görsel zorunluluk arz eden yedek parça tasarımlarının tamir amaçlı kullanımı mümkündür. Bu hükmün mehzazı AB hukukundaki önceki düzenlemelerdir.

AB Komisyonu, 2003 yılında başlattığı çalışmaların neticesinde yedek parçaların hukuki koruma kapsamından çıkarılması için 14 Eylül 2004 tarihinde bir taslak çalışmasını yayımlamıştır. Bu şekilde AB içinde liberalleşme sayesinde piyasada tüketicilerin yararına ucuz ürünlerine ulaşılma imkânı doğacak ve rekabet ortamı iyileştirilebilecektir. Ayrıca bu tartışmalarda vurgulanan diğer bir husus da, tasarım hukuku kapsamında yedek parça korumasının bu ürünün teknik işlevi ve kalitesiyle hiçbir ilgisi bulunmamasıdır. Buna karşılık otomobil üreticisi ülkelerin lobi gücünün etkisiyle AB Komisyonu 21 Mayıs 2014 tarihinde 98/71 s. Yönerge'nin değiştirilmesine ilişkin taslağı geri çektiğini resmen ilan etmiştir. Böylece yedek parçaların korunması konusunda üye devletlerin sadece liberal düzenleme yapabileceğine (*the "freeze plus" solution*) ilişkin bir hüküm dışında AB hukuku yolu ile üye ülkelerde bir uyumlaştırma mümkün olamamıştır.

Yedek parçalara ilişkin korumacı bir düzenleme, alt pazarda (yedek parça) teknelci bir durumu ortaya çıkarmıştır. Bunun sonucu olarak birincil otomobil pazarı ikincil yedek pazar tarafından dikey sübvansede edilmektedir. Oysa tasarım hukukuna ilişkin hükümlerin yedek parçaların kaliteli ve güvenli olmasıyla hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Bu tespitler liberalleşme yönünde hukuki düzenleme yapılmasının en önemli

gerekesidir. Ayrıca bir diğer husus da yedek parçaların korunması ile tasarımlarda inovasyon teşviki arasında doğrudan bir bağlantısı bulunduğu söylemenin zor olduğudur. Bir diğer husus ise bağımsız yedek parça üreticileri ile otomobil üreticileri arasından tasarım rekabeti olmamaktadır. Zira müşteri tercihinin etkilenmesinde yeni model araba tasarımlarının etkili olması, otomobil üreticilerinin kendi aralarındaki rekabette belirleyici bir rol oynar. Yeni model araba tasarımının hazzını almak isteyen müşterilerin, yeni araçlardaki fiyat yüksekliğine de razı olduğu otomotiv piyasasının bir gerçeğidir.

O halde AB hukukundan (98/71 s. Yönerge'nin ilk taslak metni) alınarak Türk hukukuna aktarılan 3 yıllık korumanın kaldırılarak liberal bir politikanın benimsenmesi AB açısından da herhangi bir sorun teşkil etmeyecektir. Hatta Türk hukukunda yapılacak bu değişikliğin uygulamaya yansımalarının sonuçlarının tespitinde Türkiye tam bir laboratuvar işlevi bile görecektir. Türkiye, ekonomi politik tercihin otomobil üreticisi mi yoksa bağımsız yedek parça üreticisi ile tüketicilerin lehine mi olacağı konusunda bilinçli bir tercih yapmak zorundadır. Zira Türk otomotiv pazarında satılan araçların %78'i ithal otomobildir. Türkiye'de yaygın ve güçlü bir otomotiv yan sanayii bulunmasına rağmen korumacı bir düzenlemenin hâkim olduğu Türkiye'de zamanla yedek parça üretiminin ağırlıklı olarak montaja yönelik bir üretim olduğu ve bağımsız yedek parça üreticilerinin pazardaki payları zamanla azaldığı piyasa araştırmaları ile de ortaya çıkmıştır. Türk marka ve haksız rekabet hukukundaki düzenlemelerin de esas itibarıyla AB hukuku ile de uyumlu olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir. O halde olması gereken hukuk açısından Türkiye'nin 554 s. TasarımKHK m. 22'deki tamir amaçlı yedek parçaların kullanılmasında üç (3) yıllık süre şartı ilk fırsatta kaldırılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Drexl, Josef / Hilty, Reto / Kur, Annette:** Designschutz für Ersatzteile – Der Kommissionsvorschlag zur Einführung einer Reperaturklausel, GRUR Int. 2005, s. 449 vd.;
- Eekhoff, Johann / Fischer, Hana / Jänsch, Janina / Roth, Steffen J.:** Eine Reperaturklausel erhöht die Effizienz am Markt für sichtbare Kfz-Ersatzteile –Disignschutz wird nicht beeinträchtigt–, Köln 29.11.2007, s. 30 vd, (https://www.iwp.uni-koeln.de/fileadmin/contents/dateiliste_iwp-website/publikationen/sonstige_publicationen/iwp-Studie_Reparaturklausel_29.11.07.pdf, erişim: 15.9.2015).
- Ohly, Ansgar:** Designschutz im Spannungsfeld von Geschmacksmuster-, Kennzeichen- und Lauterkeitsrecht, GRUR 2007, s. 731 vd.
- Pınar, Hamdi:** Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye, İstanbul Ticaret Odası Yayını No: 2004/71, İstanbul 2004 (www.ito.org.tr);
- Pınar, Hamdi:** Fikrî Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku, Rekabet Dergisi 2005, Sa. 23, s. 36 vd. (www.rekabet.gov.tr);
- Pınar, Hamdi:** Reklam ve Satış Yöntemlerine İlişkin Haksız Rekabet Hâlleri, [Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı 2012 (Baskı 2013), C.18, sa.2, s. 132 vd.
- Pilla, Marcus:** Der Schutz von Ersatzteilen zwischen Geschmacksmuster- und Kartellrecht, Eine rechtsvergleichende Studie zum italienischen, deutschen und europäischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Schutzrechtsfunktion im Geschmacksmusterrecht, Berlin 2000
- Straus, Joseph:** Ende des Geschmacksmusterschutzes für Ersatzteile in Europa? Vorgeschlagene Änderungen der EU Richtlinie:

- Das Mandat der Kommission und seine zweifelhafte Ausführung, GRUR Int. 2005, s. 965 vd.;
- Suluk, Cahit:** Yedek Parça Tasarım Hakkının Korunması, Ankara 2001 (kısaca: Yedek Parça);
- Suluk, Cahit:** Tasarımların Onarım Amaçlı Kullanımı, Batider 2001, C. XXI, Sa. 2, s. 269 vd.;
- Suluk, Cahit:** Yedek Parça Tasarımlarının Korunması ya da Otomotiv Yan Sanayiinin Var Olma Mücadelesi, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002: Fikrî Haklar ve Rekabet Hukuku Ankara 2002, s. 541 vd.;
- Suluk, Cahit:** Tasarım Hukuku, Ankara 2003
- Suluk, Cahit / Orhan, Ali:** Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, C. III: Tasarımlar, Ankara 2008;
- Suluk, Cahit:** A Comparative Law Perspective of the Protection of Unregistered Industrial Products Under Turkish Unfair Competition Law, IIC 2012, s. 825 vd.;
- Şehirli Çelik, Feyzan Hayal:** Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2014;
- Tekinalp, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 4. B., İstanbul 2005

DİĞERLERİ:

- AB Komisyonu:** “Commission proposes enhancing competition in the market for replacement parts for cars: Frequently Asked Questions”, Brüksel 14.9.2004, (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-04-215_en.htm, erişim: 15.9.2015).
- ECAR (European Campaign for the Freedom of the Automotive Parts and Repair Market):** Freier Wettbewerb und faire Preise für Kfz-Ersatzteile, Design für ein modernes Europa: zum Vorteil für Europas Verbraucher und zur Stärkung der europäischen Wettbewerbsfähigkeit, s. 4, (<http://www.ecar->

eu.com/pdf/ECAR%20Brochure%20final%20DE.pdf,
erişim: 15.9.2015).

Rekabet Kurumu: 2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin Açıklanmasına Dair Kılavuz, s. 36 (<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FBA%2C5%2Fvuru+Rehberi%2Fmotorluk%2C4%2B1lavuz.pdf>, erişim: 15.9.2015)

Rekabet Kurumu: 2005/4 Sayılı Motorlu Taşıtlar Sektöründeki Dikey Anlaşmalar ve Uyumlu Eylemlere İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin Revizyonu Çalışmaları Çerçevesinde Kamuoyuna Duyuru, (<http://www.rekabet.gov.tr/tr-TR/Guncel/20054-Sayili-Motorlu-Tasitlar-Sektorundeki-Dikey-Anlasmalar-Ve-Uyumlu-Eylemlere-Iliskin-Grup-Muafiyeti-Tebliğinin-Revizyonu-Calismalari-Cercevesinde-Kamuoyuna-Duyuru> erişim: 15.9.2015)

Rekabet Kurumu: Motorlu Taşıtlar Sektör Araştırması Raporu, 07.05.2014 (Hazırlayanlar: Recep Gündüz / Canan İçel / Zeynep Şengören / Gülçin Dere), (<http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSayfalar%2Fmotorlutas%2C4%2B1t.pdf>, erişim: 15.9.2015);

TAYSAD Sektör Raporu, Haziran 2014 (<http://www.taysad.org.tr/uploads/dosyalar/04-08-2014-03-32-2014-HAZIRAN-TAYSAD-SEKTOR-RAPORU.pdf>, erişim: 15.11.2014).

TC Ekonomi Bakanlığı (2012): “Otomotiv Ana ve Yan Sanayii Sektörü”, s. 5 (<http://www.kutso.org.tr/wp-content/uploads/2014/11/otoyansanayi.pdf>, erişim: 15.9.2015).

MİRASÇILARIN ALACAKLILARINI KORUYAN DAVALAR İLE TASARRUFUN İPTALİ DAVASI İLİŞKİSİ

Yrd. Doç. Dr. İdil TUNCER KAZANCI*

Yrd. Doç. Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN**

ÖZET

Türk Medeni Kanununda mirasçılardan alacaklılarını korumak amacıyla iki önemli dava olanağı getirilmiştir. Bunlardan ilki, tenkis davası açmaktan imtina etmiş saklı paylı mirasçının alacaklıları ve iflas idaresine tanınan tenkis davası açma hakkıdır. İkincisi ise mirası reddeden mirasçının alacaklılarına ve iflas idaresine tanınmış olan reddin iptali davasıdır. Her iki halde de mirasçının kendi iradesi ile malvarlığına eklenmesi muhtemel bir değerden mahrum kalması ve bu durumda alacaklıları koruma düşüncesi söz konusudur. Miras hakkında ivazsız feragat eden mirasçı da müstakbel ve muhtemel miras hakkında kendi iradesi ile vazgeçmektedir. Ancak kanunumuzda bu durumda alacaklıları koruyan bir dava olanağı öngörülmemiştir. İcra İflas Kanununda düzenlenen tasarrufun iptali davası, genel olarak alacaklıyı borçlunun hileli davranışlarına karşı koruma amacı taşımaktadır. Çalışmanın amacı öncelikle Medeni Kanunda mirasçılardan alacaklılarına tanınmış dava olanakları ile tasarrufun iptali davasının karşılaştırılmasıdır. Ardından ivazsız feragat halinde mirasçının alacaklılarının tasarrufun iptali davası açabilmesi olanağı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Mirasçılardan alacaklıları, iflas idaresi, tenkis davası, mirasın reddinin iptali davası, tasarrufun iptali davası

* İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul İcra İflas Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (idil.tuncer@izmir.edu.tr).

** İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (bahar.apaydin@inonu.edu.tr).

THE RELATIONSHIP BETWEEN *ACTIO PAULIANA* AND THE ACTIONS DEDICATED TO THE PROTECTION OF CREDITORS OF HEIRS

ABSTRACT

In order to provide protection for creditors of heirs, two important actions are regulated by the Turkish Civil Code. The first is to provide an opportunity for the creditors of the heir or the bankruptcy administration to bring the action of reduction in such cases that the heir, who has a reserved portion of inheritance, has abstained from bringing the action of reduction on his/her behalf. The second is to grant an action for the annulment of renunciation of inheritance to the creditors of the heir who has refused the inheritance and the bankruptcy administration in event of his/her bankruptcy. In both cases the heir has voluntarily deprived himself/herself of a value which is supposed to add to his/her own assets. Also the heir who renounces gratuitously of his/her inheritance voluntarily waives the right to his/her expectant and potential inheritance. However, there is no action in the Civil Code dedicated to the protection of creditors of the heir who renounces gratuitously of his/her inheritance. The objective of the *actio Paulina*, which is regulated in the Code of Execution and Bankruptcy, generally is to protect creditors from the fraudulent conduct of debtors. The aim of this article is firstly to compare the *actio Paulina* with the actions dedicated to the protection of creditors of heirs in the Civil Code. Thereafter it will explore the possibility of bringing the *actio Paulina* by creditors of the heir who has renounced the inheritance gratuitously.

Keywords: Creditors of heirs, administration of bankruptcy, action for reduction, action for the annulment of renunciation of inheritance, *actio pauliana*

I. Giriş

Medeni Kanunumuzda benimsenen temel ilke, mirasın açılması ile birlikte yasal ve atanmış mirasçılarının kendiliğinden ve bir kül halinde mirası kazanmalarındır. Bu ilkenin bir sonucu olarak, mirasbırakanın

ölümü ile mirasbırakanın malvarlığını oluşturan haklar ve borçların tümü başkaca bir işleme gerek olmaksızın (*ipso iure*) yasal ve atanmış mirasçılara geçer. Dolayısıyla onların malvarlığına dâhil olur. Ancak bu kural mutlak değildir. Örneğin; mirasçı, henüz mirasbırakan hayatta iken muhtemel ve müstakbel miras hakkının tamamından hiçbir karşılık almadan feragat edebilir ya da mirasbırakanın ölümünden sonra mirası reddedebilir. Her iki halde de mirasçının olumlu bir davranışının sonucu olarak, mirasbırakanın malvarlığını oluşturan değerler, mirasçının malvarlığına eklenmez. Diğer yandan saklı paylı bir mirasçı, saklı payını ihlal eden tasarruflar aleyhine tenkis davası açmayarak, söz konusu tasarrufların oluşturduğu değerlerin kendi malvarlığına katılmasına engel olabilir. Burada da mirasçı, olumsuz davranışı ile malvarlığındaki artışı engellemiş olmaktadır. Verilen örneklerde, mirasçı alacaklılarına zarar vermek amacıyla hareket etmişse, hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkar. Bu aykırılığı gidermek adına Medeni Kanunumuz, mirasçılarının alacaklılarına ve iflas idaresine iki önemli dava olanağı getirmiştir. Bunlardan ilki, TMK m. 562’de düzenlenen tenkis davası açmamış olan saklı paylı mirasçının alacaklıları veya iflas idaresinin tenkis davası açma imkânıdır. Diğeri ise TMK m. 617’de hükme bağlanan mirası reddeden mirasçının alacaklıları ya da iflas idaresinin reddin iptali davası açma olanağıdır. Ancak yasada bir karşılık almadan miras hakkının tamamından feragat etmiş olan mirasçının alacaklılarını korumak amacıyla getirilmiş açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

İİK m. 278 ve devamı maddelerinde düzenlenen tasarrufun iptali davası da alacaklıya, hakkında aciz vesikası düzenlenen borçlusunun hileli davranışlarına karşı koruma sağlar. Hem küllî hem de cüz’î icra takiplerinde uygulama alanı bulabilen tasarrufun iptali davası, borçlunun malvarlığını alacaklıları lehine koruyucu bir fonksiyon gösterir. Tasarrufun iptali davası borçlunun malvarlığını azaltan veya alacaklının cebri icra imkânını kısıtlayan işlemlerin maddi hukuk bakımından hükümsüzlüğü ile sonuçlanmaz; bu dava neticesinde işlem ile malvarlığını edinen üçüncü kişiye cebri icraya katlanma yükümlülüğü getirilmektedir. Farklı bir ifade ile tasarrufun iptali davası neticesinde, alacaklı, sanki o

malvarlığı değeri borçlunun malvarlığından hiç çıkmamış gibi cebri icra işlemine devam etme imkânı kazanır.

Hem tasarrufun iptali davası hem de saklı paylı mirasçının alacaklılarının veya iflas idaresinin açabileceği tenkis davası ve mirası reddetmiş mirasçının alacaklılarının ya da iflas idaresinin açabileceği reddin iptal davası, mirasçı ile mirasbırakanın ilişkisine göre üçüncü kişi durumunda olan alacaklıları koruma fonksiyonu taşır.

O nedenle çalışmamız mirasçının kendi iradesi ile miras hakkında mahrum olduğu ya da dava açmaktan kaçındığı haller ile sınırlandırılarak, öncelikle tenkis davası açmamış olan saklı paylı mirasçının alacaklıları veya iflas idaresinin tenkis davası açma imkânı (TMK m. 562) ile mirası reddeden mirasçının alacaklıları ya da iflas idaresinin reddin iptali davası açma olanağı, İcra İflas Kanunumuz kapsamında öngörülen tasarrufun iptali davası ile karşılaştırılmalı olarak incelenecektir. Ardından ivazsız mirastan feragat sözleşmesi yapmış mirasçının alacaklılarının durumu ele alınacaktır.

II. TMK m. 562 Kapsamında Alacaklılar ve İflas İdaresinin Tenkis Davası Açma Hakkı ve Tasarrufun İptali Davası ile Karşılaştırılması

A. TMK m. 562 Kapsamında Alacaklılar ve İflas İdaresi Yönünden Tenkis Davası Açma Hakkı

1. Davanın Genel Özellikleri

Tenkis davası, kural olarak, saklı paylı mirasçıların mirasbırakanın tasarruf oranını aşan kazandırmalarının bu oranda etkisizleştirilmesini talep ettikleri yenilik doğuran bir davadır¹. Saklı payı ihlal edildiği halde

¹Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Miras Hukuku, İstanbul 1978, s. 411; 21. Oğuzman, Kemal: Miras Hukuku, İstanbul 1995, s. 246; Steinauer, Paul –Henri: Le Droit des Successions, Bern 2006, s. 381; İmre, Zahit/Erman, Hasan: Miras Hukuku, İstanbul 2013, s. 261;Dural, Mustafa/Öz,Turgut: Türk Özel Hukuku, C. IV: Miras Hukuku, İstanbul 2013, s. 276; Hatemi, Hüseyin: Miras Hukuku, İstanbul 2014, s. 47; Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay: Miras Hukuku, Ankara 2014, s. 258;İnan, Ali Naim/ Ertaş, Şeref/ Albaş, Hakan: Türk Medeni Hukuku: Miras Hukuku, İzmir 2012, s. 377; Öztan, Bilge: Miras Hukuku, Ankara 2012, s. 110; Kılıçoğlu, M. Ahmet: Miras Hukuku, Ankara 2012, s. 229; Antalya, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 305.

bu davayı açmayan mirasçının iflas etmiş veya borç ödemedен aciz içinde olması halinde, bu tutumunun alacaklılarını olumsuz yönde etkileyeceği açıktır. Zira saklı payı ihlal edildiği halde mirasçı, mirasbırakanın saklı payı ihlal eden kazandırmalarından tenkis edilecek kısım kendi malvarlığına girse bile alacaklılarının eline geçeceği düşüncesiyle, tenkis davası açmaktan kaçınabilir². O nedenle yasada, belirli koşullar altında, tenkis davası açmamış olan mirasçının alacaklılarına tenkis davası açma imkânı tanınmıştır.

2. Yargılamaya İlişkin Özellikleri

Saklı paylı mirasçı kendisine ihtar çekilmesine ve dava açması için uygun süre verilmesine rağmen tenkis davası açmadığı takdirde, söz konusu mirasçı iflas etmişse iflas idaresi; borç ödemedен aciz halinde ise alacaklıları, tenkis davası açma hakkına sahiptir. Yasada ihtarın şekli ile ilgili bir şart öngörülmediğinden her şekilde yapılması mümkündür. Ancak ispat kolaylığı açısından, noterden yapılması uygun olacaktır. Tenkis davası açan alacaklı veya iflas idaresi, saklı paylı mirasçıya “tenkis davasını açması için ihtar ettikleri halde saklı paylı mirasçının tenkis davası açmadığı” şeklindeki koşul vakıayı ispatlamalıdır. Zira bu vakıanın ispatsız kalması halinde dava, dava şartı yokluğundan reddedilir. Ancak ihtarın bulunmaması nedeniyle davanın reddedilmesi üzerine, ihtar şartı yerine getirildikten sonra, ikinci kez dava açılması halinde reddedilen ilk dava kesin hüküm teşkil etmez.

Mirasçının borç ödemedен aciz belgesi sahibi olan alacaklısı ya da iflas idaresinin tenkis davası açabilmesi için, saklı paylı mirasçıya tenkis davası açması yönünde ihtar edilmiş olması yeterlidir. Ayrıca mirasçının, alacaklılara zarar vermek amacıyla dava açmaktan imtina etmesi şartı aranmaz³. Ancak tenkis davasını açsa bile takip etmeyen ve sonuçsuz bırakan ya da sulh olan saklı paylı mirasçının alacaklılarının, dava açma hakkı olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Mirasçının kasten ya da bilgisizliği ile tenkis davasını gereği gibi takip etmemesi halinde,

²Steinauer, s. 385.

³Baygın, s. 161.

alacaklılarının davaya müdahil olabileceği ileri sürülmüştür⁴. Burada davayı takip etmeyen mirasçılardan açacağı tenkis davasına, alacaklılar fer'i müdahil olarak katılabilirler. Zira mirasçının açacağı tenkis davası neticesinde elde edilecek hükümden alacaklının etkilenmesi, bu hükümle mirasçıya isabet eden miras payında değişme olması ve alacaklının da bu miras payından tatmin edilmesi mümkündür. HMK m. 66 uyarınca mirasçının açacağı bu davaya alacaklının fer'i müdahil olarak katılabilmesi için, alacaklının taraflardan birinin yanında davaya katılmasında bir yararı olması gerekli ve yeterlidir⁵. Kanaatimizce mirasçının açtığı tenkis davasına, mirasçının alacaklılarının asli müdahil⁶ olarak katılmaları mümkün değildir. Zira alacaklı tenkis davasına konu miras payı üzerinde doğrudan bir hak iddia etmemektedir. Alacaklının asli müdahale davası açabileceğini kabul etmek mirasçının miras payında tenkis davasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek artış üzerinde doğrudan hak iddia ettiği anlamına gelir. Mirasçının alacaklısı, artan miras payına sahip olmaz, sadece bu artan değer üzerinden alacağını talep edebilir. Mirasçının tenkis davası açmasına rağmen dürüstlük kuralına aykırı davranışları ile tenkise engel olmasını, yasa hükmüne yapılmış bir hile olarak kabul eden diğer bir görüş ise, mirasçının bu tutumu nedeniyle davanın reddedilmesi halinde, bundan zarar gören alacaklıların mirasçının söz konusu kötüniyetli davranışını ispat etmek kaydıyla, tenkis davası açabileceklerini savunmaktadır⁷.

⁴Cordey, s. 47; Steinauer, s. 386; İmre/Erman, s. 265, dipnot 9; Şener, s. 118.

⁵Fer'i müdahale talebinin kabulü için fer'i müdahilin taraflardan biri yanında davaya katılmada yararı olması gereği açısından bkz. Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 244; Pekcanitez, Hakan; Medeni Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara, 1992, s. 82 vd.; Atalı, Murat; Medeni Usûl Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara, 2007, s. 61 vd.

⁶Asli müdahale, HMK m. 65'te düzenlemesini bulmaktadır: “(1) Bir yargılamanın konusu olan hak veya şey üzerinde kısmen ya da tamamen hak iddia eden üçüncü kişi, hüküm verilinceye kadar bu durumu ileri sürerek, yargılamanın taraflarına karşı aynı mahkemede dava açabilir.

(2) Asli müdahale davası ile asıl yargılama birlikte yürütülür ve karara bağlanır.”

⁷Dural/Öz, s. 281.

Tenkis davası açmayan saklı paylı mirasçının alacaklısı, borç ödemedi aciz belgesine sahipse, o takdirde tenkis davası açabilecektir⁸. Aciz vesikası, mirasın açıldığı tarihte bulunmalıdır (MK m. 562/I). Dolayısıyla miras açıldıktan sonra diğer bir ifade ile miras geçtikten sonra alınan aciz vesikasına dayanarak, alacaklının tenkis davası açması mümkün değildir⁹. Yargıtay'ın bazı içtihatlarında, geçici aciz vesikası sahibi alacaklının da icra dairesinin yetkilendirmesi ile bu davayı açabileceğine işaret edilmiştir¹⁰.

Aciz vesikası, alacağın tatmin edilemeyen kısmını da belirterek; alacaklının, borçlunun paraya çevrilen malları ile tatmin edilemediği vakiasını resmi olarak tespit eden bir belgedir¹¹. Aciz vesikasının geçici

⁸Steinauer, s. 385; Cordey, s. 45 vd.; İmre/Erman, s. 265; Dural/Öz, s. 280; İnan/Ertaş/Albaş, s. 382; Ayan, s. 177; Antalya, s. 308. Doktrinde alacaklının mutlaka saklı paylı mirasçı aleyhine borç ödemedi aciz belgesine sahip olmasına gerek olmadığı, borç ödemedi aciz belgesi olmaksızın da alacaklının tenkis davası açabileceği görüşü ileri sürülmüştür. Bkz. Kılıçoğlu, s. 236.

⁹Dural/Öz, s. 280; Baygın, s. 159.

¹⁰“...Davacı, alacağının tahsili amacı ile davalı Ş. hakkında İzmir 14. İcra Müdürlüğünün 2010/11955 Sayılı takip dosyası ile icra takibinde bulunmuş, 18.10.2010 tarihinde borçlunun adresinde yapılan haciz işlemi sırasında borcuna yetecek haczi kabil malının bulunmadığına dair tutanak tutulmuş, tutulan bu tutanağın İİK. nın 105. maddesi uyarınca geçici aciz belgesi niteliğinde olduğu anlaşılmıştır. Medeni Kanununun 562. maddesi uyarınca miras bırakan tasarruf edebileceği kısmı aştığında payı zedelenen mirasçı veya mirasın geçtiği tarihte elinde ödemedi aciz belgesi bulunan alacaklılar, alacaklarını elde edebilmek için mirasçıya tanınan süre içerisinde tenkis davası açabilirler. Başka bir anlatımla aslında kendisine kalması gereken miras payının başka bir mirasçıya devredilmesi sebebiyle borçlunun mal varlığında oluşan eksikliğin mirasçı adına alacaklıları tarafından ve borçlu adına icra müdürlüğünden alınacak yetki belgesi ile dava açmaları mümkündür...”, 17. HD, T. 14.02.2013, E. 4164, K. 1515.

¹¹Jeandin, Nicolas; Actes de Défaüt de Biens et Certificat d'Insuffisance de Gage, FJS, 990, Genève, 1998, s. 1; Favre, Antoine; Droit des Poursuites, 2e Edition, Fribourg, 1967, s. 247; Jäger, Charles; Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Edition Française par Robert Petitmermet et Henry Bovay, Tome I-II-III, Lausanne/Genève, 1920; Art. 149, §1; CR LP-Rey-Mermet, Art. 149 LP, §1; Brustlein A./Rambert P. ; Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Lausanne, 1892, Art. 149, §1; Üstündağ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004, s. 301; Uyar, Talih; Takip Hukukunda Borç Ödemedi Aciz Vesikası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD) 2007/70 (Aciz Vesikası), s. 345; Öztekin, Selçuk; İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemedi Aciz Vesikası, İstanbul, 1994, s. 13; Akyazan,

veya kesin olmasına göre, malvarlığı yetersizliğinin kesin veya muhtemel olduğu sonucuna ulaşılır¹². Yani aciz vesikası, takip borçlusuna karşı girişilen cebri icra prosedürünün takip konusu alacağın tamamen ya da kısmen ödenmemesi ile sonuçlandığına ilişkin resmi bir beyanı içerir¹³. Alacaklılar tarafından açılacak tenkis davası bakımından, saklı paylı mirasçının borç ödemediği aciz halinde olması ispatı gereken bir koşul vakıadır. Farklı bir ifade ile, bu dava neticesinde lehine hüküm kurulabilmesi için davacı/alacaklının, saklı paylı mirasçıya karşı yürüttüğü takibin aciz vesikası ile sonlandığını ispat etmesi gerekir¹⁴.

İflas idaresinin dava açabilmesi için, aciz belgesi alınması gibi bir koşul öngörülmemiştir. Zira mirasçının iflasına karar verilmiş olması, iflas alacaklarının ödenmeyeceğine karinedir¹⁵. Ancak iflas idaresinin tenkis davası açabilmesi için, iflas kararının miras açılmadan önce alınmasının gerekip gerekmediği konusunda yasada açık bir hüküm yoktur. Bir görüşe göre, mirasın geçtiği tarihte iflasında açılmış olması gerekir¹⁶. Diğer bir görüşe göre ise, iflas kararı miras açılmadan önce ya da miras açıldıktan sonra alınmış olsun, iflas idaresi tenkis davası açma hakkına sahiptir¹⁷.

İİK m. 245, alacaklıların iflas masası tarafından sonuçlandırılmasına gerek görmedikleri bir iddianın takibinin isteyen alacaklıya bırakılabileceğini; bu durumda ortaya çıkan sonuçtan öncelikle iddiayı takip yetkisini alan alacaklının tatmin edileceğini hükme

Sıtkı; Borç Ödemedi Aciz Belgesi, Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'a Armağan, Ankara, 1964 (Aciz Belgesi), s. 315.

¹²Ruedin, Roland ; L'Acte de Défaut de Biens Après Saisie (art. 115 et 149 LP), FJS no.990, Genève, 1991 (ADB), s. 2.

¹³Öztek, s. 14.

¹⁴ Tuncer Kazancı, İdil; Tasarrufun İptali Davalarında İspat, Ankara, 2015, s. 223 vd. Birden fazla alacağı olmasına karşın, saklı paylı mirasçının alacaklısı tek bir alacak için icra takibine girişmiş ve borç ödemediği aciz belgesi almışsa, elde edemediği diğer alacakları için de tenkis talep edebilecektir. Diğer bir anlatımla tenkis talebi yalnızca aciz belgesinde belirtilen alacakla sınırlı değildir. Ancak başkasının aciz belgesine dayanarak tenkis davasının açılması mümkün değildir, Baygın, s. 165

¹⁵ Baygın, s. 159.

¹⁶ Ayan, s. 177; Commentaire du Droit des Successions (CS), Eigenmann, Art 524 CC, §3.

¹⁷Eren, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973, s. 129.

bağlamıştır. İflas idaresi tarafından açılacak tenkis davasında da bu hüküm uygulama alanı bulur¹⁸. İddiayı takip yetkisinin isteyen alacaklıya devredilmesine ikinci (ya da daha sonraki) alacaklılar toplantısında karar verilir¹⁹. Bu anlamda iflas idaresinin tenkis davası açabilmesi için, mirasın iflasın açılmasından önce veya sonra geçmiş olması gerektiğine ilişkin görüşler sonucu değiştirmez. Her durumda iflas masasının aktifine dâhil olması beklenen ihlal edilmiş saklı miras payı, müflis mirasçının iflas idaresi veya iflas idaresi tarafından yetkilendirilmiş alacaklı tarafından dava edilebilir.

Gerek iflas idaresi gerekse alacaklılar, tenkis davasında sadece kendi tahsil edilmemiş alacakları ile sınırlı olarak tenkis davası açabilirler²⁰. Bunlar, saklı paylı mirasçı ile aynı tenkis davası açma süresine tabidirler²¹. Dolayısıyla iflas idaresi ve borç ödemedi aciz belgesi sahibi alacaklılar da tıpkı saklı payı ihlal edilen mirasçı gibi, saklı payın ihlal edildiğinin öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halde mirasın açılmasından itibaren on yıl içinde tenkis davası açmalıdırlar. Bu süreler, hak düşürücü sürelerdir²². Fakat alacaklılar ve iflas idaresi bakımından sorun, bir yıllık sürenin ne zaman başlayacağıdır. Belirtmek gerekir ki; bir yıllık süre mirasın açılmasından sonra işlemeye başlayacaktır. O nedenle mirasbırakanın sağlığında, saklı payın zedelendiği iddiasıyla tenkis davasının açılması mümkün değildir²³. Öğretide, söz konusu sürenin saklı payının zedelendiğinin saklı paylı mirasçı tarafından öğrenildiği andan başlayacağı görüşü ileri sürülmüştür²⁴. Ancak bu görüş, bir hakkın kullanılmasına ilişkin sürenin dayandırıldığı olgunun bir başkasının öğrenmesi gibi bir olguya

¹⁸Commentaire du Droit des Successions (CS), Eigenmann, Art 524 CC, §3.

¹⁹ Uyar, Talih/Uyar, Alper/Uyar, Cüneyt; İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Genişletilmiş Yeniden Yazılmış 3. Baskı, C. III, Ankara, 2014, s. 3907; Baygın, s. 159.

²⁰Dural/Öz, s. 281; İnan/Ertaş/Albaş, s. 393; Serozan /Engin, s. 261; Ayan, s. 178; Baygın, s. 164; Şener, s. 122.

²¹Steinauer, s. 386.

²²Dural/Öz, s. 286; İmre/Erman, s. 266; Serozan/Engin, s. 265; İnan/Ertaş/Albaş, s. 388-389; Öztan, s. 116; Kılıçoğlu, s. 238; Antalya, s. 320; Baygın, s. 163.

²³ Baygın, s. 163.

²⁴Eren, s. 145.

bağlanmasının kanun sistematığı ile bağdaşmayacağı ve alacaklılara tanınan dava hakkının saklı paylı mirasçının dava hakkından bağımsız olduğunu belirten madde gerekçesi ile uyuşmayacağı gerekçesi ile eleştirilmiştir²⁵. Tenkisi talep edilecek kazandırma vasiyetname konusu ise on yıllık süre, vasiyetnamenin sulh hakimi tarafından mirasçılar huzurunda açıldığı tarihten itibaren başlayacaktır. TMK m. 571'e göre "diğer tasarruflar" şeklinde ifade edilen miras sözleşmeleri ya da tenkise tabi sağlararası kazandırmalar bakımından ise on yıllık süre, mirasbırakanın ölüm anından itibaren işlemeye başlar.

Davalı taraf, mirasbırakanın tasarruf oranını aşarak lehine tasarrufta bulunduğu kişi ya da kişilerdir²⁶. Tenkisi gereken birden fazla tasarrufun bulunması halinde davanın hepsine yöneltmesi davacının yararına olacaktır. Zira TMK m. 570 hükmü gereğince tenkis, saklı pay tamamlanıncaya kadar öncelikle ve birden fazla olması halinde orantılı olarak ölüme bağlı tasarruflardan yapılır. Eğer buna rağmen saklı pay elde edilememişse o takdirde tenkis, mirasbırakanın ölüm anından geriye doğru- en yenisinden en eskisine doğru- tenkise tabi sağlararası kazandırmalardan yapılır²⁷. Aciz belgesi sahibi alacaklı ve iflas idaresi bakımından da tenkis, kendi alacağını elde edene kadar aynı usulde yapılacaktır. O nedenle özellikle birden fazla ölüme bağlı tasarruf varsa hepsi, orantılı olarak tenkis edileceğinden, tenkis davası lehine ölüme bağlı tasarrufla kazandırmada bulunulan kişilerin hepsine yöneltilmelidir.

²⁵ Baygın, s. 162-163.

²⁶ Steinauer, s. 386.

²⁷ TMK 565 uyarınca tenkise tabi sağlararası kazandırmalar aşağıdaki gibidir:

- 1. Mirasbırakanın, mirasçılık sıfatını kaybeden yasal mirasçıya miras payına mahsuben yapmış olduğu sağlararası kazandırmalar, geri verilmemek kaydıyla altsoyuna malvarlığı devri veya borçtan kurtarma yoluyla yaptığı kazandırmalar ya da alışılmışın dışında verilen çeyiz ve kuruluş sermayesi,*
- 2. Miras haklarının ölümden önce tasfiyesi maksadıyla yapılan kazandırmalar,3. Mirasbırakanın serbestçe dönme hakkını saklı tutarak yaptığı bağışlamalar ve ölümünden önceki bir yıl içinde adet üzere verilen hediyeler dışında yapmış olduğu bağışlamalar,4. Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar."* Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Baygın, Cem: Tenkis Davalarında Mirasbırakanın Tasarruf Nisabının Hesaplanması, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, Sa.3-4, Aralık 2008, s.137-179.

Alacaklılar veya iflas idaresinin açacağı tenkis davasında, tıpkı saklı paylı mirasçının açacağı tenkis davasında olduğu gibi, öncelikle işlemin tenkise tabi kazandırmalardan biri olduğunun ispatlanması gerekir. Dolayısıyla saklı payı zedeleyen işlemin ölüme bağlı tasarruf veya TMK m. 565'te sayılan sağlararası kazandırmalardan biri olduğu vakiasından lehine hak çıkararak davacı taraf, bu vakıaya ilişkin ispat yükünü de taşır. İspatı gereken bir diğer vakıa da, mirasbırakanın yaptığı bu işlem ile saklı payın zedelendiği, yani saklı paylı mirasçı bakımından zarar doğduğu vakıasıdır. Saklı paylı mirasçı yerine dava açan alacaklı veya iflas idaresi de bu vakıayı ispat yükü altındadır.

Tenkis davası şahsi ve nispi bir talep hakkı doğurduğu için, sadece lehine tenkise tabi sağlararası tasarrufun yapıldığı kişiye açılacaktır²⁸. Lehine kazandırmada bulunulan kişinin ölmesi halinde ise tenkis talebi, onun mirasçılara yöneltilecektir²⁹. Fakat lehine tasarrufta bulunulan kişinin tenkis edilecek kazandırma konusu malı üçüncü kişiye devretmesi durumunda, bu kişiye karşı tenkis davasının açılıp açılmayacağı veya hangi gerekçeyle dava açılacağı son derece tartışmalıdır. Yargıtay'ın 1975 tarihli İçtihatı Birleştirme Kurulu kararında, mirasbırakanın saklı pay kurallarını bertaraf etmek amacıyla yaptığı tasarruftan sonra bundan yararlanan kişinin, mirasbırakanın bilgi ve talimatı dışında saklı pay sahibi mirasçılarını bu haklarından yoksun kılmak için durumu bilen üçüncü kişilere taşınmazları temlik etmesi halinde, kötüniyetli bu kişilere karşı saklı paylı mirasçılarının tenkis davası açmaları halinde bu davanın kabul edilebileceği ifade edilmiştir³⁰.

3. Davanın Sonuçları

Öğretide ittifakla, saklı payı ihlal edilen mirasçı tarafından açılan tenkis davası hükmü ile saklı payı ihlal eden kazandırmanın tenkis edilen

²⁸Kocayusufpaşaođlu, s. 417; Oğuzman, s. 249-250; Piotet, s. 469; Dural/Öz, s. 282; Serozan/Engin, s. 262; İnan/Ertas/Albaş, s.383.

²⁹İnan/Ertas/Albaş, s. 383; Baygın, s. 166.

³⁰Yargıtay T. 13.1.1975 E.1974/7-K. 1975/1 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararı. Aynı doğrultuda bkz. İmre/Erman, s. 266. Kararın eleştirisi için bkz. Serozan, Rona: Tenkis Davasını Bütünleyen Edim Davası Üçüncü Kişilere Yöneltilir mi?, İÜHFİM, C. 43, 1979, s. 209 vd. Ayrıca bkz. Oğuzman, s. 250; Dural/Öz, s. 283 vd.

bölümünün davacı mirasçının malvarlığına dönmeyeceği; dolayısıyla ya tenkis davası ile birlikte ya da sonrasında bir eda davası açılması gerektiği kabul edilmektedir³¹. Yargıtay ise, usul ekonomisi bakımından, tenkis konusu malın lehtarın eline geçmiş olması halinde, tenkis talebinin eda talebini de içerdiğini kabul etmektedir³². Elinde aciz belgesi olan saklı paylı mirasçının alacaklısı tarafından açılan tenkis davası sonucunda ise, tenkis edilen kazandırmanın saklı paylı mirasçının malvarlığına dönmesinin talep edilmesine gerek yoktur. Tenkis davasının da mirasçının malvarlığının yeniden tesisine yönelik olması sebebiyle İİK m. 283'deki çözüm tarzının burada kıyasen uygulanması söz konusu olabilir. Saklı payı ihlal eden kazandırmanın tenkis edilen kısmı sanki mirasçının malvarlığındaymiş gibi icra takibine konu edilebilir³³. Tenkis davasının iflas idaresi tarafından açılması halinde, saklı payı ihlal eden kazandırmanın tenkis edilen kısmı, iflas eden mirasçının malvarlığındaymiş gibi iflas masasına kaydedilir³⁴.

B. Tasarrufun İptali Davası ile Karşılaştırılması

TMK m. 562 uyarınca alacaklı tarafından açılacak tenkis davası da, tıpkı tasarrufun iptali davasında³⁵ olduğu gibi, borçlu/saklı paylı mirasçının malvarlığının yeniden tesisi amacına yönelir. Hakkında borç ödemedi aciz vesikası düzenlenmiş bir borçlu aleyhine alacaklı, bu aciz vesikasına dayanarak iptal davası açabilir. Borçlu aleyhine elinde aciz vesikası bulunan alacaklının TMK m. 562 kapsamında tenkis davası açarak, borçlu/saklı paylı mirasçının el atılabilecek malvarlığının dışında bırakmaya çalıştığı saklı payının ihlal edilen kısmına da başvurma imkânı vardır. Benzer bir sonuca iflas idaresinin açacağı iptal davası bakımından da ulaşılabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, tenkise konu edilecek işlemin aynı zamanda mirasçının yaptığı bir kazandırma işlemi

³¹ Dural/Öz, s. 277; Serozan/Engin, s. 259; İnan/Ertaş/Albaş, s. 377; Öztan, s. 110; Antalya, s. 305; Eren, s. 174; Baygın, s. 167.

³² Yargıtay 2. HD. 24.05.1983 T., E.4525/K.4669.

³³ Baygın, s. 167.

³⁴ Baygın, s. 167.

³⁵ Tasarrufun iptali davasına ilişkin kapsamlı bilgi için bkz. Umar, Bilge; Türk İcra İflas Hukukunda İptal Davası, İstanbul, 1963, s. 1 vd.

olmasının mümkün olmamasıdır. Zira tenkis, mirasbırakanın mirasçılardan biri ya da üçüncü kişi lehine yaptığı kazandırma nedeniyle diğer mirasçılarının saklı paylarındaki azalma olması durumunda söz konusu olur. Bu durumda, iptal davası ancak mirasçılar arasındaki işlemler nedeniyle açılabilir ki; bu işlemler de tenkis davasının konusunu oluşturmaz.

Borçlunun kendi hareketi nedeniyle malvarlığının artışı engellediği durumlar³⁶ ile mirasbırakanın yaptığı işlem nedeniyle borçlu/saklı paylı mirasçının malvarlığının eksilmesi halleri bu noktada birbirinden ayrılır. Zira mirasın reddi örneğinde olduğu gibi, borçlu kendi yaptığı işlemle malvarlığında meydana gelecek muhtemel bir artışı engellemekteyken; tenkise konu tasarrufta borçlu/saklı paylı mirasçının bir dahli yoktur. İşlem mirasbırakanın iradesine dayanmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, tenkis davası ile tasarrufun iptali davası açma imkânının aynı somut olay bakımından ortaya çıkmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

III. TMK m. 617 Kapsamında Mirasçının Alacaklıları ya da İflas İdaresi Tarafından Açılan Reddin İptali Davası ve Tasarrufun İptali Davası ile Karşılaştırılması

A. TMK m. 617 Kapsamında Mirasın Reddinin İptali Davası

1. Genel Özellikleri

Mirasın reddi, mirasçılarını tereke borçlarını karşılayamayacakları mali yükten kurtarma amacıyla getirilmiş bir kurum³⁷ olmakla birlikte yasa koyucu, mirasçılarının alacaklılarından mal kaçırma tehlikelerine karşı alacaklıları koruma ihtiyacı duymuştur³⁸. Bu amaçla TMK m. 617'de özel

³⁶İİK m. 277 vd. hükümleri uyarınca tasarrufun iptali davasına konu edilebilecek hukuki fiilin, tasarruf işlemi olabileceği gibi, borç doğuran bir işlem de olabileceği; yani bu fiilin, borçlunun malvarlığının aktif veya pasif kısmına yönelebileceği doktrinde savunulan görüşlerdendir. Bu görüşler için bkz. Tuncer Kazancı, s.34 vd.

³⁷Steinauer, Paul-Henri: La Repudiation, Conférence du 7 octobre 2004, <http://www.icone-consultation-notariale.ch/conf-07-10-2004.htm> (erişim tarihi: 02.06.2015), s. 1.

³⁸İmre /Erman, s. 371; Serozan/ Engin, s. 583; İnan/Ertaş/Albaş, s. 504; Kılıçoğlu, s. 272; Dural/ Öz, s. 409; Şener, s. 115-116.

bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, borca batık olan veya iflas etmiş mirasçının, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddetmesi halinde, kendilerine yeterli güvence de verilmezse, alacaklılarına ya da iflas idaresine ret tarihinden başlayarak altı ay içerisinde mirasın reddinin iptali için yenilik doğuran bir dava hakkı tanınmıştır³⁹. Sadece iradi ret halinde alacaklıların ya da iflas idaresinin, mirasın reddinin iptali davası açması mümkündür⁴⁰. Hükmen ret kararına karşı alacaklıların başvurabileceği yegâne yol, mirasçı hileli davranışları ile hükmen ret kararının alınmasını sağlamış ise ve diğer şartları gerçekleşmiş ise, yargılamanın iadesidir⁴¹.

Reddin iptali davasının söz konusu olabilmesi için mirası reddeden mirasçının, yasal ya da atanmış bir mirasçı olması gerekir⁴². Mirası reddeden bir vasiyet alacaklısının (musaleh) borca batık olması halinde, alacaklılarının mirasın reddinin iptalini talep etme olanağı yoktur⁴³. Bu hususta kanunda açıkça düzenleme yapılmamıştır. Ancak vasiyet alacaklısı, ölüme bağlı bir tasarruf kapsamında lehine vasiyet edilen şey bakımından bir talep hakkına sahiptir. Dolayısıyla talebi üzerine tasarruf konusu kendisine cüzi halefiyet yoluyla intikal edecektir. Zira burada, müstakbel ve muhtemel bir miras hakkından söz edilemez, ancak sonraki bir menfaat söz konusu olmaktadır⁴⁴. O nedenle, mirası külli halefiyet yoluyla kazanacak olan yasal ya da atanmış mirasçının alacaklıları ya da iflas idaresi tarafından reddin iptali talep edilebilir. Fakat alacağın, mirasın reddinden önce doğmuş olması gerekir⁴⁵. Burada alacağın

³⁹ Hoşlan, Osman: Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı, YD C. 18, Sa. 3, Temmuz 1992, s. 323.

⁴⁰ Helvacı, İlhan: Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605-MK. m. 618), İstanbul 2002, s. 213. Reddin iptali davası açılabilmesi için reddedilen mirasın borca batık olmaması objektif bir koşul olarak kabul edilmektedir (Steinauer, La Repudiation, s. 6) .

⁴¹ Baygın, s. 146.

⁴² İmre/Erman, s. 353; Hatemi, s. 136-137; Baygın, s. 139; Helvacı, s. 214; Hoşlan, s. 329.

⁴³ Hoşlan, s. 329. Bu durumda koşulları varsa tasarrufun iptali davası açılması mümkündür (Helvacı, s. 214).

⁴⁴ Baygın, s. 141.

⁴⁵ Helvacı, s. 220; Baygın, s. 139.

kesinleşmiş bir mahkeme ilamı ya da icra takibine konu olması şart olmadığı gibi alacağın muaccel olması ve miktarının da belli olması gerekmez⁴⁶. Mirasçının alacağı reddetmesi halinde mahkemede alacağın varlığına ilişkin kanaat oluşturacak delillerin gösterilmesi yeterlidir⁴⁷. Yoksa alacaklı olduğunu kesin bir şekilde ispat etmesi gerekmez⁴⁸. İflas idaresinin mirasın reddinin iptalini talep edebilmesi için, iflasın ya mirasın reddinden önce ya da mirasın reddinden sonraki altı ay içinde açılmış olması gerekir⁴⁹.

Mirasın reddi üzerine, diğer mirasçılarının mirası taksim etmiş olması, mirasın reddinin iptali davası açılmasına engel teşkil etmez. Bu durumda miras hisselerinin tasfiye memuruna iadesi söz konusu olacaktır⁵⁰. Bu amaçla, mirasbırakan adına kayıtlı iken, mirasın reddedilmesi üzerine, diğer mirasçılara intikal etmiş malların üçüncü kişilere temlikini önlemek adına, alacaklıların terekeye dâhil mallar üzerinde, İİK m. 281/II hükmü uyarınca mahkemeden ihtiyati haciz talep edebilecekleri ve ihtiyati haciz kararının taşınmazların tapu kütüğündeki sayfasına şerh edilebileceği ileri sürülmüştür⁵¹.

2. Yargılamaya İlişkin Özellikleri

Öğretide, mirasın reddinin iptali davasının mirası reddeden mirasçıya karşı açılacağı kabul edilmektedir⁵². Buna karşılık mirası reddetmek suretiyle miras payı üzerinde tüm haklarını yitirmiş ve terekeye yabancılaşmış bir kişiye dava açılmasının anlamı bulunmadığı; oysa mirasın reddi sonucunda tereke üzerindeki payları artan mirasçılara davanın yöneltmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵³. Zira mirasın reddinin iptali kararı üzerine, mirası reddetmiş mirasçı ve diğer mirasçılar arasında

⁴⁶Şener, s. 118; Baygın, s. 140.

⁴⁷Şener, s. 118.

⁴⁸Baygın, s. 140.

⁴⁹Baygın, s. 142.

⁵⁰Baygın, s. 140.

⁵¹Baygın, s. 141.

⁵²Steinauer, s. 478; Serozan/Engin, s. 583; Antalya, s. 391; İmre/Erman, s. 373; Helvacı, s. 223 vd.; Şener, s. 118; Hoşlan, s. 330.

⁵³Piotet, Précis, s. 109; Cordey, s. 78 vd.; Baygın, s. 143.

bir ayırım yapılmaksızın, mirasın resmen tasfiyesi gündeme gelecektir. Ayrıca İİK m. 282 uyarınca borçlu ve iptali kabil tasarruftan menfaat elde eden kişi zorunlu dava arkadaşı olduğundan, söz konusu hükmün de kıyasen uygulanması ile mirasın reddinin iptali davasının mirası reddeden mirasçı yanında diğer mirasçılara da yöneltilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁴.

Davanın konusunu, reddedilen mirasın mirasçının malvarlığına eklenmesi oluşturur. Mirasın reddinin iptal edilebilmesi için öncelikle mirası reddeden mirasçının mevcudunun borçlarından az olması gerekir. Kanun bu hüküm bakımından açıkça borca batıklığı aramaktadır⁵⁵. Dolayısıyla mirasın reddi tarihinde, mirasçının malvarlığının borçlarını karşılamaya yeterli olup olmadığı hususu araştırılmalıdır⁵⁶. Ret tarihinden önce doğmuş ancak henüz muaccel olmamış ya da şarta bağlı bir alacak bakımından ise alacağın talep edilebileceği tarihte, ret tarihine göre, mirasçının malvarlığının aktif ve pasifi değerlendirilmelidir⁵⁷.

Mirasın reddinin iptali davasının açılabilmesi için mirasçının sırf alacaklılarına zarar verme kastı ile mirası reddetmiş olması gerekir⁵⁸. Bu işlem nedeniyle zararın doğması gerekmez, zarar verme kastının varlığı yeterlidir⁵⁹. Zarar verme kastının varlığını ispat yükünü, alacaklı veya iflas

⁵⁴ Ayrıca madde gerekçesinde “alacaklıların reddeden kişi yerine geçen mirasçıları saptamalarının uzun zaman alabileceği” gerekçesi ile reddin iptali davası açma süresinin altı aya çıkarıldığının belirtilmesi de mirası reddeden mirasçılar yanında diğer mirasçıların da davalı olarak gösterilmesi gerektiği görüşünü desteklemektedir (Baygın, s. 144).

⁵⁵ Cordey, s. 65. Mirası reddederken mirasçının malvarlığının borca yetip yetmediğini ispat yükü alacaklılara düşer. Bunun için mirasçının borç ödemediği aciz belgesi ya da iflasına ilişkin mahkeme kararı olmadan söz konusu ispat faaliyetinin yerine getirilmesi oldukça güçtür (Helvacı, s. 215). Doktrinde de, buna paralel olarak alacaklının mirasçı aleyhine borç ödemediği aciz vesikasına sahip olmasının önem arz etmediğini; borca batıklığın başkaca deliller ile de ispat edilebileceği yönünde görüşlere rastlamak mümkündür, bkz. İmre/ Erman, s. 355; İnan/Ertaş/Albaş, s. 504-505; Öztan, s. 377; Hoşlan, s. 324.

⁵⁶ Hoşlan, s. 324; Baygın, s. 144.

⁵⁷ Hoşlan, s. 324.

⁵⁸ Helvacı, s. 216. Hükmi ret halinde, mirasçının kastı olmadığından alacaklılarının reddin iptali davası açmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir (Şener, s. 117; Baygın, s. 146).

⁵⁹ Cordey, s. 68 vd.; Dural/Öz, s. 423; İmre/Erman, s. 372; Hatemi, s. 139; İnan/Ertaş/Albaş, s. 505; Helvacı, s. 216; Steinauer, La Repudiation, s. 6; Hubert-Froidevaux, Art. 578 CC, §5; Kılıçoğlu, s. 274. Karşı görüşte bkz. Hoşlan, s. 325.

idaresi taşır⁶⁰. Zarar verme kastı, TMK m. 617'nin koşul vakılarından olup, zarar verme kastının bulunmadığı hallerde reddin iptali mümkün değildir⁶¹. Zarar verme kastının ispatı bakımından TMK m. 617'de, tasarrufun iptali davasında olduğu gibi, ispatı kolaylaştırıcı bir karine öngörülmemiştir. Dolayısıyla hâkim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak zarar verme kastının varlığını araştıracaktır. Üç unsurun mevcut olması halinde mirasçının, alacaklılarına zarar verme kastı olduğu kabul edilebilir. Birincisi, mirasçı aktif pasifinden fazla olan bir mirası reddetmiş olmalıdır⁶². İkincisi, bu ret işleminden alacaklılar zarar görmüş olmalıdır⁶³. Son olarak, mirasçının amacı, alacaklılarını mirastan mahrum etme olmalıdır⁶⁴. Fakat mirasçı tamamen farklı bir amaçla- örneğin; diğer mirasçılarının miras payını artırmak için mirası reddetmişse bile- bu ret işlemi sonucunda alacaklılarının zarar göreceğini öngörüyorsa yine TMK m. 617'nin uygulanması mümkün olacaktır⁶⁵.

Mirası reddeden mirasçının yeterli miktarda güvence vermemiş olması, bu dava bakımından aranan bir diğer koşuldur. Mirası reddeden mirasçı, alacaklısına yeterli miktarda teminat vererek, söz konusu davayı engelleyebileceği gibi dava sonuna kadar güvence vererek davanın düşmesini de sağlayabilir⁶⁶. Buradaki yeterlilik, reddin iptali davası açan alacaklının alacağını; eğer mirasçının iflası söz konusu ise iflas masasına kayıtlı tüm alacakları teminat altına almak üzere ve her halde reddedilen miras payı ile sınırlı olmalıdır⁶⁷. Teminat, mirası reddeden mirasçı tarafından verilebileceği gibi mirası kabul etmiş diğer mirasçılar ve hatta üçüncü kişi tarafından da verilebilir⁶⁸. Açıklamalar ışığında, mirası reddeden mirasçının alacaklarını karşılayacak miktarda teminat vermemiş

⁶⁰Cordey, s. 67; İmre/Erman, s. 372; Öztan, s. 377; Helvacı, s. 216; Hoşlan, s. 325.

⁶¹İmre ve Erman, s. 355.

⁶²Baygın, s. 145.

⁶³Baygın, s. 145.

⁶⁴Baygın, s. 145.

⁶⁵Baygın, s. 146.

⁶⁶Cordey, s. 73; İmre/Erman, s. 373; Baygın, s. 147; Şener, s. 117; Hoşlan, s. 326.

⁶⁷İnan/Ertas/Albaş, s. 505; Baygın, s. 147; Hoşlan, s. 326-327.

⁶⁸Cordey, s. 73; Şener, s. 117; Helvacı, s. 218; Baygın, s. 147; Hoşlan, s. 326.

olması, bu dava bakımından ispatı gereken koşul vakılardan biridir. Bu vakıya ilişkin iddia ve ispat yükü alacaklıdadır. Menfi bir vakıya olan teminatın verilmemiş olmasına ilişkin ispat yükünü alacaklı taşımaktaysa da, hâkim ispat güçlüğü nedeniyle, borçlu/mirasçıdan delil ikamesi isteyebilir. Bu menfi vakıya karşılık gelen müspet vakıanın, yani teminatın verildiği vakıasının, iddia ve ispatı karşı ispat faaliyetinin konusudur. Burada asıl ispat faaliyeti bakımından borçlu/mirasçıya düşen delil ikame yükü ile bu vakıya ilişkin olarak karşı ispat faaliyetine girişmesi halinde kendisine düşecek olan delil ikamesi konu bakımından aynı olacaktır. Her iki durumda da borçlu/mirasçı teminat verdiği ilişkin elinde bulunan delilleri mahkemeye sunacaktır⁶⁹.

Reddin iptali davası, mirasın reddinden itibaren altı ay içinde açılmalıdır. TMK m. 609 uyarınca mirasçının mirasın reddine ilişkin beyanı, mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hakimine yöneltilen bir irade açıklamasıdır. Bu açıklama sulh hâkimi tarafından tutanağa ve mahkemenin esas defterine kaydedilmektedir. Reddin iptali için yasada öngörülen süre bir hak düşürücü süredir⁷⁰. Dolayısıyla bu süre hâkim tarafından resen dikkate alınır ve süresi içinde açılmamışsa davanın reddi gerekir.

3. Davanın Sonuçları

Mirasın reddinin iptaline karar verilirse, başkaca bir talebe gerek olmaksızın miras resmen tasfiye edilir⁷¹. Birden çok mirasçı olması ve bir tek mirasçının mirası reddetmesi halinde, söz konusu mirasçının alacaklıları ya da iflas masası tarafından reddin iptali davası açıldığı

⁶⁹ Delil ikame yükü borçlu/mirasçıya verilebileceği gibi, alacaklının dolaylı ispat faaliyeti ile teminat vermemeye komşu diğer vakıları iddia ve ispat etmesi de mümkün olabilir. Delil ikame yükü için bkz. Atalay, Menfi Vakıalar, s. 92-93.

⁷⁰ Dural/Öz, s. 423; İmre/Erman, s. 373; Kılıçoğlu, s. 274; Antalya, s. 390; Helvacı, s. 219; Baygın, s. 149; Şener, s. 116; Hoşlan, s. 329.

⁷¹ Bu konu öğretilerde tartışmalı olmakla birlikte baskın görüş reddin iptali ile birlikte, ayrıca mirasın resmi tasfiyesinin de istenmesine gerek olmadığı; reddin iptali talebinin resmi tasfiyeyi de içerdiği yönündedir (Kocayusufpaşaoğlu, s. 631; İmre/Erman, s. 374; Helvacı, s. 228; İnan/Ertaş/Albaş, s. 506; Öztan, s. 377; Baygın 149-150; Hoşlan, s. 332).

takdirde terekenin tümü için resmi tasfiyeye gidilecektir⁷². Tereke borçları ödendikten sonra, öncelikle mirasın reddinin iptalini isteyen alacaklıya ardından diğer alacaklılara ödeme yapılır⁷³. İflas idaresi tarafından reddin iptali talep edilmiş ise, o takdirde resmi tasfiye sonucunda reddeden mirasçının payı, iflas masasına düşer ve masaya kayıtlı alacaklılar arasında orantılı olarak paylaşılır⁷⁴. İptal davasının iflas idaresi tarafından değil de, alacaklılardan biri ya da birkaçı tarafından yürütülmesi uygun görülürse, davayı takip eden alacaklılar öncelikle tatmin edilir⁷⁵. Resmi tasfiyenin sonunda, mirası reddeden mirasçının borçları ödendikten sonra arta kalan değer, ret geçerli olsa idi mirasçılık sıfatını kazanacak ya da miras payı artacak mirasçılara verilir⁷⁶. Bu düzenleme, mirasın reddi halinde reddin geri alınamayacağına dair kuralla da uyumludur⁷⁷. Alacaklılar ya da iflas idaresi tarafından ret iptal ettirilmiş olsa dahi bu karar mirası reddeden mirasçı lehine bir sonuç doğurmaz.

B. Tasarrufun İptali Davası ile Karşılaştırılması

Mirasın reddini iptal veya tasarrufun iptali davasından hangisine başvurulacağı, her iki dava sonucunda elde edilecek hükmün niteliğine göre belirlenebilir. Mirasın reddini iptal davasında, bu reddin yararlanan kişilerin, iptali talep eden tarafından yürütülecek takip işlemine katlanmaları gerekmez. Bu davanın davalı bakımından yaptırımı, mirasın resmi tasfiyedir. Reddin iptaline karar verilmesi halinde mirasın reddinden

⁷²Oğuzman, s. 299, dipnot 154; Serozan/Engin, s. 583-584; Baygın, s. 150; Helvacı, s. 227; Hoşlan, s. 333. Karşı görüşte bkz. Ayiter/Kılıçoğlu, s. 242; İmre/Erman, s. 374; İnan/Ertas/Albaş, s. 506; Şener, s. 118.

⁷³Oğuzman, s. 299; Steinauer, s. 480; Cordey, s. 90 vd.; Helvacı, s. 230; Dural/Öz, s. 423; İmre/Erman, s. 374; Serozan/Engin, s. 584; İnan/Ertas/Albaş, s. 506; Öztan, s. 377-378; Kılıçoğlu, s. 275; Şener, s. 117; Hoşlan, s. 334; Guinand/Leuba/Stettler, § 476; Hubert-Froidevaux, Art. 578 CC, §9.

⁷⁴Steinauer, La Repudiation, s. 6; Baygın, s. 152.

⁷⁵Baygın, s. 152.

⁷⁶Kocayusufoğlu, s. 631; Oğuzman, s. 299; Cordey, s. 92; Helvacı, s. 231; Steinauer, La Repudiation, s. 6; Dural/Öz, s. 423; İmre/Erman, s. 375; Serozan/Engin, s. 584; Öztan, s. 344; Kılıçoğlu, s. 275; Antalya, s. 391; Şener, s. 117; Hoşlan, s. 334.

⁷⁷Baygın, s. 153.

fayda sağlayan kişi, elinde bulunan değerın resmi tasfiyeye tabi olmasına katlanacaktır⁷⁸.

Tasarrufun iptali davası sadece kazandırıcı işlemleri değil; mirasın reddi gibi, borçlunun malvarlığının artışını engelleyen, alacaklının cebri icra imkânını kısıtlayan işlemleri de konu edinebilir⁷⁹. Bu görüşümüzden hareketle, alacaklı bakımından mirasın reddinin iptali davası ile tasarrufun iptali davalarının yarışabileceğini söyleyebiliriz. İsviçre Doktrininde de, bu görüşe rastlamak mümkündür⁸⁰. İİK m. 280'in somut olayda uygulanabilmesi, zarar verme kastının işlemin diğer tarafınca bilinebilir olmasını gerektirir. Farklı bir ifade ile miras reddeden mirasçının zarar verme iradesinin, mirasın reddinden yararlanan diğer mirasçılar tarafından da bilinebilir veya bilinmesi gerekli olmalıdır. Aksi takdirde İİK m. 280'e dayanılarak hüküm kurulması mümkün olmayacaktır⁸¹. İİK m. 280 de öngörülen ispat kolaylıkları⁸² mirasın reddi bakımından öngörülmemiştir. Örneğin; mirasın reddinden yarar sağlayan kişi, mirasçının karı veya kocası, usul veya fûruu ile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları, evlat edineni veya evlatlığı ise, İİK m. 280/II uyarınca mirasçının zarar verme kastını bildiği kabul edilir. Dolayısıyla ispat faaliyeti, mirasın reddinin iptali davasına kıyasla güçlük gösterir.

Bu iki dava hakkının yarışması veya iki talebin terditli olarak ileri sürülmesi mümkündür. Taleplerin terditli olarak ileri sürülmesi ihtimalinde önceliğin mirasın reddinin iptaline verilmesi ihtimalinde,

⁷⁸JdT 2013 II s. 222.

⁷⁹Bu görüşler için bkz. Tuncer Kazancı, s. 34 vd. Sadece kazandırıcı işlemlerin tasarrufun iptali davasına konu edilebileceğinin kabulü halinde, mirasın reddinin iptali ile tasarrufun iptali davalarının yarışması söz konusu olmaz.

⁸⁰Steinauer, s. 477; Hubert-Froidevaux, Art. 578 CC §2; Deschenaux/Steinauer, s. 215-216. Bu konuda farklı gerekçelerle konu şu şekilde ele alınmıştır. Bkz. Piotet, Précis, s. 97; Baygın, s. 139. Türk doktrininde de aynı yönde görüş için bkz. Helvacı, s. 212, dn.536.

⁸¹Bu konuda bkz.JdT 2013 II s. 232-233.

⁸² Örneğin mirasın reddinden yarar sağlayan kişi, mirasçının karı veya kocası, usul veya fûruu ile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan ve sıhri hısımları, evlat edineni veya evlatlığı ise İİK m. 280/II uyarınca mirasçının zarar verme kastını bildiği kabul edilir.

mirasın reddinden faydalanan kişinin de davalı olarak gösterilmesi gerekir. Bu davada, tıpkı tasarrufun iptali davasında olduğu gibi, alacaklılara zarar verme kastının varlığı koşul vakiasının ispatı gerekecektir. Mirasın reddinin iptali talebinin reddi halinde bu sefer hâkim, bu kastın reddin fayda sağlayan diğer mirasçılar tarafından bilinip bilinmediğini inceleyecektir. Taleplerin terditli olarak ileri sürülmesi, zarar verme kastı nedeniyle, iptal bakımından ispatı gereken koşul vakıalara ilişkin ispat faaliyetini etkilemeyecektir. Yani davacı, mirasın reddinin iptalinde aranan koşul vakıalara ek olarak, her iki hukuki sebep bakımından ortak olmayan zarar verme kastının işlemin karşı tarafınca bilindiği vakiasını da iddia ve ispat etmelidir.

IV. Mirastan İvazsız Feragat Eden Mirasçının Alacaklılarının Durumu

A. Genel Olarak Mirastan Feragat Sözleşmesi

Mirastan feragat sözleşmesi, miras hakkının ortadan kaldırılması sözleşmesi olarak mirasçı ile mirasbırakan arasında düzenlenir⁸³. Bu sözleşme ile muhtemel ve müstakbel bir mirasçı, kendisi lehine mirasbırakanın terekesi üzerinde ileride doğacak haklardan, bir ivaz karşılığı ya da ivazsız olarak vazgeçmektedir⁸⁴. Mirastan feragat sözleşmesi, saklı paylı mirasçılar bakımından amaçlanan sonucu doğurur⁸⁵. Zira saklı pay dışında kalan tereke üzerinde mirasbırakan serbestçe tasarruf edebilir⁸⁶. O nedenle, vasiyetname ile atanan mirasçı yönünden mirastan feragat sözleşmesi yapmaya ihtiyaç yoktur. Çünkü mirasbırakan düzenleyeceği bir vasiyetname ile önceki vasiyetnamesinden her zaman dönebilir⁸⁷. Miras sözleşmesi ile atanan mirasçı bakımından da

⁸³ İnan/Ertaş/Albaş, s. 262.

⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, s. 300; Steinauer, s. 323; Dural/Öz, s. 195; Antalya, s. 239; İnan/Ertaş/Albaş, s. 259; Albaş, Hakan: Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı 2007, s. 535.

⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 301; Oğuzman, s. 165; Piotet, s. 169; Serozan/Engin, s. 438; İmre/Erman, s. 197-198; Dural/Öz, s. 197; Hatemi, s. 100; İnan/Ertaş/Albaş, s. 261; Albaş, s. 542; Ayan, s. 112.

⁸⁶ İmre/Erman, s. 198.

⁸⁷ Serozan/Engin, s. 437.

yine feragat sözleşmesi yapılmasına gerek yoktur. Atanmış mirasçı ile miras sözleşmesine son verme sözleşmesi yapılarak, MK m. 546/I uyarınca aynı sonuca ulaşılabilmesi mümkündür⁸⁸. Ancak, miras sözleşmesi ile üçüncü kişinin mirasçı atandığı durumlarda, üçüncü kişinin bu sıfatına son vermek için mirastan feragat sözleşmesi yapılması zorunludur⁸⁹.

Mirastan feragat sözleşmesi, miras hakkından vazgeçen mirasçı bakımından sağlararası bir hukuki işlemken, mirasbırakan açısından bir ölüme bağlı tasarruftur⁹⁰. Dolayısıyla mirasbırakan bakımından bu sözleşmenin yapılması, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve temsilci kullanamaz⁹¹.

Mirastan feragat sözleşmesi ivazlı ya da ivazsız yapılabilir. İvazsız feragat sözleşmesinde mirasçı, hiçbir karşılık almadan mirasçılık sıfatından vazgeçer; ivazlı feragat sözleşmesinde ise mirasçı, mirasbırakanın sağlığında alacağı bir ivaz- ki bu borç ilişkilerine konu herhangi bir edim olabilir- karşılığında feragat eder⁹².

Feragat tam veya kısmî olabilir⁹³. TMK m. 528'deki düzenleme tam feragat halini esas almaktadır⁹⁴. Tam feragat halinde, mirasçı miras hakkının tamamından feragat etmektedir⁹⁵. Bunun sonucu olarak, feragat eden mirasçılık sıfatını kaybeder⁹⁶. Kısmî feragat halinde, mirasçı feragat

⁸⁸Serozan/Engin, s. 437; Dural/Öz, s. 197.

⁸⁹Dural/Öz, s. 197.

⁹⁰Steinauer, s. 324; Serozan/Engin, s. 439; İmre/Erman, s. 196; Dural/Öz, s. 195; Hatemi, s. 100; Antalya, s. 241; Albaş, s. 543.

⁹¹Antalya, Gökhan: Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul 1999, s. 86 vd.,Dural/Öz, s. 196.

⁹²Serozan/Engin, s. 438; İmre/Erman, s. 197; Dural/Öz, s. 197; İnan/Ertaş/Albaş, s.261; Albaş, s. 539; Antalya, Feragat, s. 99.

⁹³Piotet, s. 169; İnan/Ertaş/Albaş, s. 261; Kılıçoğlu, s. 155; Albaş, s. 535; Ayan, s. 112; Antalya, Feragat, s. 121.

⁹⁴Steinauer, s. 323.

⁹⁵Dural/Öz, s. 196; Albaş, s. 540.

⁹⁶Steinauer, s. 326; İmre/Erman, s. 199; Dural/Öz, s. 198; Ayan, s. 112.

ettiği kısım bakımından mirastan mahrum kalmaktadır; ancak mirasçılık sıfatını korumaktadır⁹⁷.

Bir karşılık sağlanarak yapılan mirastan feragat sözleşmesi, sözleşmede aksi öngörülmedikçe feragat edenin altsoyu için de sonuç doğurur⁹⁸. Başka bir deyişle, ivaz karşılığı feragat eden saklı paylı mirasçının alt soyu saklı paylı olsa bile, feragat edenin yerine geçerek, mirasçı olamayacaktır⁹⁹. İvazlı feragat sözleşmelerinde, feragatin altsoyu etkilemeyeceğinin kararlaştırılabileceği, hükmün aksi kavramından çıkarılmakta ve öğretide kesin olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰. Ancak ivazsız feragat sözleşmelerinde, feragatin altsoyu etkileyip etkilemeyeceği bakımından, üstün tutulan görüş ivazsız feragatte feragatin alt soyu etkileyeceğinin kararlaştırılamayacağı yönündedir¹⁰¹. Bunun gerekçesi ise, TMK m. 528/III'te sadece ivazlı feragatin aksinin öngörülebileceğinin düzenlenmiş olduğu şeklinde açıklanmaktadır. Aksi halde ivazsız feragat sözleşmesinde alt soyun feragatten etkilenememesinin kararlaştırılmasına imkân verilmesi, altsoyun kanunun kendisine tanıdığı bir haktan yoksun bırakılmasına sebep olur¹⁰². Bu durumda eğer mirasbırakan ivazsız feragatin altsoyu da etkilemesini istiyorsa, söz konusu mirasçılarının da saklı paylı mirasçı olmaları halinde, onlarla da mirastan feragat sözleşmesi yapılmalıdır¹⁰³.

Feragat sözleşmesinde, lehine feragat edilen kişi belirtilmişse, feragat eden mirasçının miras payı bu kişiye ait olur¹⁰⁴. Burada bir kişi

⁹⁷İmre/Erman, s. 199; Dural/Öz, s. 198; Öztan, s. 243; Ayan, s. 113.

⁹⁸İsviçre Hukukunda hem ivazlı hem de ivazsız feragat sözleşmelerinde aksi öngörülmedikçe feragat, feragat edenin alt soyu bakımından da hüküm ve sonuç doğurur. Dolayısıyla feragat edenin alt soyu, onun miras hakkını kazanamaz (İsvMK m. 495/3).

⁹⁹Serozan/Engin, s. 441; Dural/Öz, s. 198-199; Öztan, s. 242; Antalya, s. 243; Kılıçoğlu, s. 157; Ayan, s. 113.

¹⁰⁰Serozan/Engin, s. 441; İmre/Erman, s. 200; Dural/Öz, s. 199.

¹⁰¹Dural/Öz, s. 199; Oğuzman, s. 166; İnan/Ertaş/Albaş, s. 262; Albaş, s. 540; Ayan, s. 113. Karşı görüşte:Serozan/Engin, s. 442; Kocayusufpaşaoğlu, s. 302; İmre/Erman, s. 200; Kılıçoğlu, s. 157.

¹⁰²Dural/Öz, s. 199-200.

¹⁰³Dural/Öz, s. 200; Albaş, s. 540.

¹⁰⁴İmre/Erman, s. 200-201; Albaş, s. 547.

belirlenebileceği gibi birden fazla kişi de belirlenebilir. Şayet bu kişi ya da kişiler ölüm, mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarma ya da mirasın reddi sebebiyle mirasçı olamazlarsa, o takdirde feragat kendiliğinden hükümsüz olacağından, söz konusu miras payı feragat eden mirasçının olacaktır¹⁰⁵. Birden çok kişi lehine feragat edilmişse, içlerinden birinin mirasçı olamaması halinde ona düşen pay diğerleri arasında paylaşılır¹⁰⁶. Feragat sözleşmesinde, feragatin lehine yapıldığı bir kişi belirtilmemişse, TMK m. 529/2 uyarınca feragat sözleşmesinin en yakın ortak kökün alt soyu lehine yapıldığı kabul edilir¹⁰⁷ ve bunların hiçbirinin mirasçı olamaması durumunda feragat hükümden düşer¹⁰⁸.

Tam feragat eden mirasçı, mirasçılık sıfatını kaybedeceği için mirasbırakanın borçlarından da sorumlu olmayacağı¹⁰⁹ gibi artık bu sıfatla dava da açamaz¹¹⁰. Kısmî feragatte ise, mirastan daha az pay alan ya da saklı paydan mahrum olan mirasçının, mirasçılık sıfatı devam ettiğinden diğer mirasçılarla birlikte mirasbırakanın borçlarından kişisel ve müteselsil olarak sorumluluğu da devam eder¹¹¹. Ancak ivaz karşılığı feragat etmiş mirasçı bakımından belirli şartların bulunması halinde, mirasbırakanın borçlarından sorumlu olacağı yasa da ayrıca düzenlenmiştir. Buradaki amaç mirasbırakanın alacaklılarını

¹⁰⁵ Kocayusufoğlu, s. 303; Piotet, s. 169-170; Steinauer, s. 325; Serozan/Engin, s. 442; İmre/Erman, s. 201; Dural/Öz, s. 202; Öztan, s. 246; Antalya, s. 243; İnan/Ertaş/Albaş, s. 263; Kılıçoğlu, s. 158; Ayan, s. 114.

¹⁰⁶ Dural/Öz, s. 202.

¹⁰⁷ Dural ve Öz'e göre buradaki kök başı ifadesi sakıncalı sonuçlar doğuracak niteliktedir, bu sebeple hükmün bu haliyle uygulanmasının hükmün amacını aşacağından hareketle, kanunda örtülü bir boşluğun bulunduğu kabul edilmeli ve MK m. 1'den yararlanarak kök başı "zümre başı" olarak anlaşılmalıdır (Dural/Öz, s. 203; Albaş, s. 548). Serozan ve Engin ise bu kuralın çağın gerekleri ile uyummadığı ve o nedenle dar yorumlanması gerektiği görüşündedir (Serozan/Engin, s. 443). Eşin mirastan feragat etmesi halinde ise anılan düzenlemenin, "eş mirastan feragat etmemiş olsaydı, kimlerle mirasçı olacak idiyse, feragat o kişi lehine yapılmış sayılır" şeklinde anlaşılmasının amaca en uygun yorum olacağı ifade edilmektedir (Albaş, s. 549).

¹⁰⁸ Öztan, s. 246; Antalya, s. 243; İnan/Ertaş/Albaş, s. 264; Ayan, s. 114.

¹⁰⁹ Dural/Öz, s. 200; Öztan, s. 243.

¹¹⁰ İnan/Ertaş/Albaş, s. 262.

¹¹¹ Dural/Öz, s. 200.

korumaktır¹¹². Zira feragat eden mirasçı, mirasbırakanın sağlığında miras payının karşılığında bir ivaz elde etmektedir ve aslında terekeye dâhil olacak bir miktar alacaklıların el atamayacağı bir biçimde feragat edene ait olmaktadır¹¹³. TMK m. 530 uyarınca miras açıldığı zaman terekenin borçları karşılayamaması ve alacaklıların tamamen ya da kısmen diğer mirasçılar tarafından tatmin edilmemiş olması halinde feragat edenin sorumluluğu doğacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, feragat edenin sorumluluğu tali nitelikte ve sınırlıdır¹¹⁴. O nedenle feragat eden, mirasbırakanın ölümünden ancak beş yıl öncesine kadar elde ettiği ivazdan talep anında zenginleştiği oranda sorumlu olur¹¹⁵.

B. Mirastan İvazsız Feragat Halinde Tasarrufun İptali Davasının Uygulanabilirliği

Miras hakkından ivazlı feragat etmiş mirasçının, feragat ettiği müstakbel ve muhtemel miras hakkı karşılığında elde ettiği ivaz malvarlığının aktifinde bir artışa neden olduğu için alacaklılarının diğer malvarlığı değerleri gibi buna da el atması mümkün hale gelecektir¹¹⁶. Ancak miras hakkından ivazsız feragat etmiş mirasçının söz konusu müstakbel ve muhtemel miras hakkının malvarlığına eklenme ihtimali ortadan kalktığı için, alacaklılarının zarar görmesi muhtemeldir¹¹⁷. Mirası reddeden ya da tenkis davası açmaktan imtina eden mirasçı da olduğu gibi, müstakbel ve muhtemel miras hakkı, mirasçının alacaklıları bakımından alacaklarını tahsil etme imkânını artıran ya da artırma potansiyeli olan bir değerdir¹¹⁸.

¹¹²Oğuzman, s. 167; Steinauer, s. 328; İnan/Ertaş/Albaş, s. 262-263; Kılıçoğlu, s. 159-160.

¹¹³Dural/Öz, s. 200.

¹¹⁴Kocayusufoğlu, s. 305; Kılıçoğlu, s. 161.

¹¹⁵Feragat eden kural olarak, almış olduğu ivazı Borçlar Hukuku sebepsiz zenginleşme kuralları uyarınca geri verecektir. Dolayısıyla mirasın geçişi anında elinde kalmış olan miktarı iade etmekle yükümlü olacaktır yoksa harcanmış ve tüketilmiş olanları da iade etmesi kendisinden beklenemez (Piotet, s. 170; İmre/Erman, s. 203; Ayan, s. 116; Antalya, Feragat, s. 198).

¹¹⁶Ayan, s. 116.

¹¹⁷Ayan, s. 116.

¹¹⁸Ayan, s. 116.

Mirası reddeden mirasçının alacaklıları ve iflas idaresinin reddin iptali davası açması imkânı yasada açıkça öngörülmüşken, mirastan ivazsız feragat eden mirasçının alacaklıları bakımından feragat sözleşmesinin iptaline ilişkin herhangi bir hükme rastlanmamaktadır¹¹⁹. İsviçre Federal Mahkemesi, önüne gelen reddin iptali hükmünün ivazsız feragat sözleşmesinin iptali bakımından kıyasen uygulanmasının talep edildiği bir uyuşmazlıkta, söz konusu hükmün kıyasen uygulanamayacağına karar vermiştir¹²⁰⁻¹²¹. Anılan karara konu olayda alacaklı, borçlu/mirasçıya karşı 07.02.01 tarihinde takibe girişmiş; bu takip devam ederken borçlu/mirasçı annesiyle 18.12.02 tarihinde oğulları (altsoyu) lehine bir mirastan feragat sözleşmesi yapmıştır. Alacaklının açtığı takip, 13.02.07 tarihinde aciz vesikası düzenlenmesi ile sonuçlanmıştır. Borçlu/mirasçının annesi aciz vesikasının düzenlenmesinden sonra 02.12.07 tarihinde vefat edince, alacaklı mirastan feragatin mirasın reddinin iptaline ilişkin hükümler uyarınca iptali için dava açmıştır. Buna ek olarak alacaklı tasarrufun iptalini de talep etmiştir. Federal Mahkeme, uyuşmazlığı öncelikle İsvİİK m. 285, yani ivazsız tasarruflar bakımından değerlendirmiş, mirastan feragat sözleşmesinin altsoy lehine yapılan bir bağışlama olup olmadığını tartışmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, mirastan altsoy lehine feragat bağışlama olarak nitelendirilemez. Zira feragat ile borçlu/mirasçının doğacak bir hakkının doğumu engellenmektedir. Yani bu işlem hâlihazırda varolan bir hakka ilişkin değildir, dolayısıyla borçlu/mirasçının malvarlığında bir harekete sebep olmaz. Bu bakımdan mirastan altsoy lehine feragat, Borçlar Hukuku anlamında bağışlamanın kapsamına girmez. Mirastan feragat, müstakbel mirasçının (somut olayda borçlu/mirasçı) malvarlığının ne aktif ne de pasif kısmına etki ettiğinden karşılıksız bir kazandırma olarak da değerlendirilemez. Bununla birlikte söz konusu işlemin, mirasbırakan ile

¹¹⁹ Burada yasa koyucunun bilinçli olarak sustuğu ve olumsuz çözüm tarzının benimsenmiş olduğu yönünde bkz. Yıldırım, Mustafa Fadıl: Mirastan İvazsız Feragat Halinde Feragat Eden Mirasçının Alacaklılarının Feragatin İptalini İsteme Sorunu, GÜHFD, C. XVIII, 2014, Sa. 3-4, s. 72 vd.

¹²⁰ İmre/Erman, s. 201.

¹²¹ JdT 2013 II s. 219 vd.

mirasçı/borçlu arasında gerçekleştiği de gözden kaçırılmamalıdır. Farklı bir ifade ile işlemde fayda sağlayan altsoy, mirastan feragat sözleşmesinde taraf değildir. Dolayısıyla bu işlem konusu ve tarafları bakımından İsvİİK m. 285 (İİK m. 278) uyarınca iptale tabi değildir. Fakat Federal Mahkeme, alacaklılara zarar verme amacıyla mirastan feragat sözleşmesinin yapıp yapılmadığının tespiti suretiyle söz konusu işlemin İsvİİK m. 288 hükmü gereğince iptalinin mümkün olabileceği sonucuna ulaşmıştır¹²². Şüphesiz burada altsoyun, borçlu/mirasçının alacaklılarına zarar verme kastını bilmesi gerekir. Bu noktada borçlu/mirasçı ile işlemin diğer tarafı arasında akrabalık ilişkisi 2014 tarihindeki İsviçre İcra ve İflas Kanunu değişikliğinden önceki düzenlemeye göre, üçüncü kişinin zarar verme kastını bildiğine dair fiili bir karine teşkil etmekteydi¹²³. 2014 değişikliği¹²⁴ ile borçlunun zarar verme kastını bilmesinin mümkün olmadığını ispat yükü üçüncü kişiye yüklenmiştir. Uyuşmazlık anılan değişiklikten önce yargılamaya konu edildiğinden, üçüncü kişi konumundaki altsoyun borçlu/mirasçının alacaklılarına zarar verme kastını bildiğini, davacı/alacaklı ispatlamalıdır. Aynı dava kapsamında ivazsız feragat sözleşmesinin tarafı saklı paylı mirasçı bakımından, tenkis talebinde bulunan alacaklıının bu talebi de yerinde görülmemiştir¹²⁵.

Doktrinde Umar, mirasın reddi işleminin İİK m. 278 hükmü, yani bir ivazsız tasarruf olarak değerlendirilip tasarrufun iptali davasına konu edilebileceği görüşünü savunmaktadır. Yazara göre mirasın reddinin borçlar hukukuna göre bağışlama tanımına uymadığı gerekçesiyle İİK m. 278 kapsamında iptale tabi kılmamak doğru değildir. Bağışlama olmasa

¹²² JdT 2013 II s. 232.

¹²³ CR LP-Peter, Art. 288 LP, §16; Jäger; Art. 288, §5C; Schüpbach, Henri-Robert; Droit et Actions Révocatoires, Commentaire des Articles 285 à 292 de la Loi sur La Poursuite pour Dettes et La Faillites du 11 Avril 1889 modifié le 16 Décembre 1994, Bale et Francfort sur-le-Main, 1997, Art. 288, §92 vd.

¹²⁴ RO 2013 4111; FF 2010 5871.

¹²⁵ Miras payını alacaklılarından kaçırmak amacıyla dahi olsa, altsoy lehine mirasbırakan ile mirastan feragat sözleşmesi yapan mirasçı mirasçılık sıfatını kaybettiğinden, bu mirasçının alacaklıları veya iflas idaresi de TMK m. 562'ye dayanarak tenkis davası açamaz. Bu yönde bkz. JdT 2013 II s. 227, §5.

dahi mirasın reddi, ivazsız bir işlem teşkil edebileceğinden anılan maddeye göre tasarrufun iptali davasına konu edilebilmelidir. Buna karşın mevcut bir hukuki ilişki nedeniyle ileride doğacak bir haktan feragat, ivazsız tasarruf olarak değerlendirilememelidir¹²⁶. Kanaatimizce de mirasın reddi somut olayın özelliklerine göre İİK m. 278'in koşul vakıalarını karşıladığı ölçüde iptale tabi olabilir. Buna karşın mirastan feragat varolan bir hakka ilişkin olmadığı gibi, mirasçı/borçlunun malvarlığına da doğrudan etki yapmaz. Zira mirastan feragat ancak mirasbırakanın vefatı halinde sonuç doğurur. Bu nedenle mirastan feragat, tasarrufun iptali davasına konu edilebilecek şekilde bir ivazsız tasarruf teşkil etmez. İşlemin tarafları bakımından mirastan feragatin bağışlama olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir. İşlemden fayda sağlayan altsoy, mirastan feragat sözleşmesinde taraf değildir. Bu açıklamalarımız ışığında, mirastan feragatin ancak zarar verme kastı nedeniyle iptal davasına konu edilebileceği kanaatindeyiz.

V. Sonuç

Saklı payı ihlal edildiği halde, ihlale neden olan tasarrufun etkisizleştirilmesi için harekete geçmeyen saklı paylı mirasçıya, ihtar çekilmesine ve dava açması için uygun süre verilmesine rağmen tenkis davası açmamış ise, iflas etmiş olması halinde iflas idaresi, borç ödemedi aciz halinde ise alacaklıları tenkis davası açma imkânına sahiptir. İflas idaresi ve alacaklılara, TMK m. 562 ile tanınmış olan tenkis davası açma imkânı, kendi tahsil edilmemiş alacakları ile sınırlıdır. Elinde aciz vesikası olan saklı paylı mirasçının alacaklısı tarafından açılan tenkis davası sonucunda- İİK m. 283'ün kıyasen uygulanması ile- saklı payı ihlal eden kazandırmanın tenkis edilen kısmı, sanki mirasçının malvarlığındaymış gibi icra takibine konu edilebilir. Tenkis davasının iflas idaresi tarafından açılmış olması ihtimalinde, saklı payı ihlal eden kazandırmanın tenkis edilen kısmı, iflas eden saklı paylı mirasçının malvarlığındaymış gibi iflas masasına kaydedilir. Bu yönüyle, saklı paylı mirasçının elinde aciz belgesi olan alacaklıları ya da iflas etmişse iflas

¹²⁶ Umar, s. 66.

idaresi tarafından açılan, tenkis davası mirasçının malvarlığının yeniden tesisine yönelmektedir. Ancak TMK m. 562 uyarınca alacaklı tarafından açılacak tenkis davası, tıpkı tasarrufun iptali davası gibi, borçlu/saklı paylı mirasçının malvarlığının yeniden tesisi amacına yönelse de; tenkise konu edilecek işlem mirasçının yaptığı bir kazandırma işlemi olmadığından tenkis davası ile tasarrufun iptali davası açma imkânının aynı somut olay bakımından ortaya çıkması mümkün değildir.

Borca batık ya da iflas etmiş mirasçının, alacaklılarına zarar verme kastıyla mirası reddetmiş olması halinde, kendilerine yeterli güvence verilmezse, mirasçının alacaklıları ya da iflas idaresi mirasın reddinin iptalini dava yoluyla talep edebilirler. Davanın konusu, reddedilen mirasın mirasçının malvarlığına eklenmesidir. Mirasın reddinin iptali talebinin kabul edilmesiyle, başkaca bir talebe ihtiyaç olmaksızın mirasın resmen tasfiyesi yoluna gidilir. Tasarrufun iptali davası ise sadece kazandırıcı işlemleri değil; mirasın reddi gibi, borçlunun malvarlığının artışı engelleyen, alacaklıların cebri icra imkânını kısıtlayan işlemleri de konu edinebilir. Bu noktadan hareketle, mirasın reddi işleminin zarar verme kastı nedeniyle tasarrufun iptali davasına konu edilebileceğini söyleyebiliriz. Şüphesiz bu durumda mirası reddeden mirasçının zarar verme iradesinin, mirasın reddinden yararlanan diğer mirasçılar tarafından da bilinebilir veya bilinmesi gerekli olmalıdır. Aksi takdirde İİK m. 280'e dayanılarak hüküm kurulması mümkün olmayacaktır.

Mirastan feragat, mirasçı ile mirasbırakan arasında düzenlenen bir miras sözleşmesi ile mümkündür. Bu sözleşme ile muhtemel ve müstakbel bir mirasçı, mirasbırakanın terekesi üzerinde ileride doğacak haklarından bir ivaz karşılığında ya da bir ivaz almadan vazgeçmektedir. İvaz karşılığı miras hakkından vazgeçen mirasçının malvarlığında, söz konusu ivaz kadar bir artış olduğundan, alacaklılarının buna el atması mümkündür. Ancak hiçbir ivaz almadan miras hakkından vazgeçen mirasçının alacaklılarının, söz konusu müstakbel ve muhtemel miras hakkının mirasçının malvarlığına eklenme ihtimali ortadan kalktığı için, bu değere el atmaları artık mümkün olmayacaktır. Ancak Medeni Kanunumuzda

mirastan ivazsız feragat eden mirasçının alacaklılarını korumak amacıyla öngörölmüş herhangi bir dava mevcut değildir. İsviçre Federal Mahkemesi, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, mirasın reddinin iptaline ilişkin hükmün, ivazsız feragat halinde feragat sözleşmesinin iptali bakımından kıyasen uygulanamayacağına hükmetmiştir. Federal Mahkeme ardından, söz konusu uyuşmazlıkta tasarrufun iptali davasının uygulanabilirliğini tartışmıştır. Bu çerçevede mirastan feragat, tasarrufun iptali davasına konu edilebilecek şekilde bir ivazsız tasarruf teşkil etmez. Zira mirastan feragat, varolan bir hakka ilişkin olmadığı gibi, mirasçı/borçlunun malvarlığına da doğrudan etki yapmaz. O nedenle mirastan feragat, ancak zarar verme kastı nedeniyle iptal davasına (İİK m. 280) konu edilebilecektir. Diğer bir anlatımla, mirastan feragat eden mirasçıya karşı açılan tasarrufun iptali davası, koşulları varsa İİK m. 280'e dayandırılabilir.

KAYNAKÇA

- Albaş, Hakan: Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar, DEÜHFD, C. 9, Özel Satı 2007
- Akyazan, Sıtkı; Borç Ödemeden Aciz Belgesi, Ord. Prof. Dr. Sabri Şakir Ansay'a Armağan, Ankara, 1964, s. 315-324.
- Antalya, Gökhan: Mirastan Feragat Sözleşmesi, İstanbul, 1999 [Feragat].
- Antalya, Gökhan: Miras Hukuku, İstanbul 2009.
- Atalı, Murat; Medeni Usûl Hukukunda Davanın İhbarı, Ankara, 2007.
- Ayan, Mehmet; Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Konya, 2009.
- Baygın, Cem; Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Seçkin, 2005.

- Brustlein A./Rambert P. ; Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Lausanne, 1892.
- Commentaire Romande, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé, Helbing&Lichtenhahn, 2005.
- Cordey, André: Les droits des Créanciers personnels de l'héritier d'après le Code Civil suisse, Lausanne 1923.
- Deschenaux, Henri/ Steinauer, Paul-Henri; Droit des Successions, Fribourg, 2003.
- Dural, Mustafa/Öz, Turgut: Türk Özel Hukuku, C. IV: Miras Hukuku, 4. bası, İstanbul 2009.
- Eigenmann, Antoine; Commentaire du Droit des Successions (Art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR), Berne, 2012.
- Eren, Fikret: Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara 1973.
- Favre, Antoine; Droit des Poursuites, 2e Edition, Fribourg, 1967.
- Hatemi, Hüseyin: Miras Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2014.
- Hoşlan, Osman: Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı, YD C. 18, Sa. 3, Temmuz 1992
- İmre, Zahit/Erman, Hasan: Miras Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2013.
- İnan, Ali Naim/ Ertaş, Şeref/ Albaş, Hakan: Türk Medeni Hukuku: Miras Hukuku, 8. Bası, İzmir 2012.
- Jäger, Charles; Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite pour Dettes et la Faillite, Edition Française par Robert Petitmermet et Henry Bovay, Tome I-II-III, Lausanne/Geneve, 1920.
- Jeandin, Nicolas; Actes de Défaut de Biens et Certificat d'Insuffisance de Gage, FJS, 990, Genève, 1998.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet: Miras Hukuku, 4. Bası, Ankara 2012.

- “Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Miras Hukuku, İstanbul 1978.
- Oğuzman, Kemal: Miras Hukuku, İstanbul 1995.
- Öztan, Bilge: Miras Hukuku, 4. bası, Ankara 2010.
- Öztek, Selçuk; İcra ve İflâs Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, İstanbul, 1994.
- Pekcanitez, Hakan; Medeni Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale, Ankara, 1992.
- Piotet, Paul: Traité de droitprivésuisse, Tome IV, Droitsuccessoral, Fribourg, 1975.
- Piotet, Paul: Précis de droitsucessoral, Bern 1988 [Précis].
- Rey-Mermet, Albert; Art. 144-150 LP, CommentaireRomande, Poursuite et Faillite, Commentaire de la Loi Fédérale sur la Poursuite Pour Dettes et la Faillite ainsi que des Articles 166 à 175 de la Loi Fédérale sur le Droit International Privé, (Ed. Louis Dallèves, Benedict Foëx, NicholasJeandin) Helbing&Lichtenhahn, 2005.
- Ruedin, Roland ; L’Acte de Défaut de Biens Après Saisie (art. 115 et 149 LP), FJS no.990, Genève, 1991.
- Schüpbach, Henri-Robert; Droit et Actions Révocatoires, Commentaire des Articles 285 à 292 de la Loi sur La Poursuite pour Dettes et La Faillites du 11 Avril 1889 modifié le 16 Décembre 1994, Bale et Francfort sur-le-Main, 1997.
- Serozan, Rona: Tenkis Davasını Bütünleyen Edim Davası Üçüncü Kişilere Yöneltilbilir mi? İÜHFM, C. 43, 1979.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay: Miras Hukuku, Ankara 2014.
- Steinauer, Paul –Henri: Le droitdessuccessions, Bern 2006.
- Steinauer, Paul-Henri: La Repudiation, Conférencedu 7 octobre 2004, <http://www.icone-consultation-notariale.ch/conf-07-10-2004.htm> (erişim tarihi: 02.06.2015) [La repudation].

- Şener, Esat: Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, YD, C. 3, Sa. 1 (SAYFA NUMARASI)
- Umar, Bilge; Türk İcra İflas Hukukunda İptal Davası, İstanbul, 1963.
- Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara, 2014.
- Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder; İspat Yükü, Yeniden Yazılmış-Genişletilmiş 2. Bası İstanbul, 1980.
- Uyar, Talih; Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD) 2007/70, s. 345-358.
- Uyar, Talih/Uyar, Alper/Uyar, Cüneyt; İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Genişletilmiş Yeniden Yazılmış 3. Baskı, C. III, Ankara, 2014.
- Üstündağ, Saim; İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004.
- Yıldırım, Mustafa Fadıl; Mirastan İvazsız Feragat Halinde Feragat Eden Mirasçının Alacaklılarının Feragatin İptalini İsteme Sorunu, GÜHFD, C. XVIII, 2014, Sa. 3-4.

**BİR YILDAN UZUN SÜRELİ KONUT VE ÇATILI İŞYERİ
KİRALARINDAKİRA BEDELİNİN TÜRK LİRASI
ÜZERİNDEN BELİRLENMESİNDE
TBK M. 344 F.1 C.SON'UN YORUMLANMASI**

Yrd. Doç. Dr. K. Berk KAPANCI*

Özet

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa göre konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde kira süresi bir yıl olabileceği gibi bir yıldan uzun süreli de olabilir. Bir yıllık kira sözleşmeleri, bir yıllık sürenin bitiminden on beş gün önce yalnızca kiracının fesih beyanı ile sona erdirilebilir. Aksi takdirde sözleşme bir yıllığına uzar. Söz konusu durumda kiraya verenin bu zorunlu uzatma karşısında menfaatlerinin denkleştirilebilmesi için kira bedeli yeniden tespit edilecektir. TBK m. 344 f.1, Türk Lirası üzerinden kararlaştırılmış olan kira bedelinin uzama döneminde ne kadar olacağına tespitinde uygulanacak kıstasları belirtmektedir. Bunun yanında TBK m. 344 f.1 c.son hükmü, söz konusu düzenlemenin bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanacağını belirtmektedir. Çalışma, öğretilerdeki görüşler ışığında bu son hükmün nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar içermektedir.

Anahtar Kelimeler: *Kira bedeli, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesi, artış oranı, uzama dönemi, sözleşme özgürlüğü*

* MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Interpretation of the Art. 344 para.1 (2) TCO with relation to the Determination of the Lease Price Agreed in Turkish Liras in Lease Contracts for Residential and Roofed Commercial Premises Concluded for More Than One Year

Abstract

In accordance with the Turkish Code of Obligations numbered 6098, lease contracts for residential or roofed commercial premises may be made for one year or more than one year. One year lease contracts may only be terminated by will of the lessee, this will should be declared at least fifteen days prior to the end of the one year period. Otherwise, the existing lease contract will be extended for another year. In such a case, in order to equilibrate the position of the lessor, the lease price should be re-determined. Art. 344 para.1 TCO sets aside the principles that will be used in this determination, when the lease price has been agreed in Turkish Liras. Besides that, Art. 344 para.1 (2) TCO stipulates that this provision will be applied to lease contract with the duration of more than one year as well. This paper aims to clarify how this rule should be interpreted in the light of the different views in the legal doctrine.

Keywords: *Lease price, lease contracts with the duration of more than one year, increase rate, period of extension, freedom of contract*

I. Giriş

Belirli süreli sözleşme ilişkileri, normal şartlarda kararlaştırılan sürenin bitimi ile birlikte sona erer. Taraflar bu sözleşme ilişkisini devam ettirmek istiyorlarsa, bu konuda açıkça veya örtülü olarak anlaşarak ilişkiyi istedikleri süre için uzatabilirler. Hatta söz konusu olasılıkta, taraflar herhangi bir süre belirtmemişlerse sözleşme süresiz olarak uzar.

Konut ve çatılı işyeri kiralalarında ise, özel bir durum söz konusudur. Bu ilişki yapısında, istisnai olarak kararlaştırılmış olan belirli sözleşme süresi sona erse de, sözleşme kendiliğinden öylece sona ermez. Aksine kiracı, sürenin bitiminden en az on beş gün önce bir bildirimde bulunmadığı takdirde sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış

sayılacaktır¹ (TBK m. 347). Kanun koyucunun bu şekilde hüküm sevk etmesinin altında yatan sebepler kiracının korunması ve özellikle bulunduğu yerde kalıcı olmak ihtiyacına cevap verilmesidir.,

Gerçekten de 1950'li yıllar ve sonrasında köy ve kasabalardan büyük kentlere göç edilmesi konut ve işyeri ihtiyacını artırmış, kişiler yeni gelip adapte olmaya çalıştıkları kent hayatında konut ve işyeri ihtiyaçlarını çoğunlukla kira sözleşmeleri ile giderir olmuşlardır. Öte yandan modern hayatın bir gereği olarak, gerek konut kirasında gerekse işyeri kirasında kiracı, hayat ilişkilerini bulunduğu yer üzerinden kurgular, bu yerin sürekli değiştirilmesi ise olağan bir durum değildir. İşte genelleme yoluyla tespit edilen bu hususlar, kanun koyucunun bu tavrı almasında etkili olmuştur².

Öte yandan, kiracının korunması düşüncesiyle kiraya veren de tamamen göz ardı edilemez. Nitekim, kira sözleşmesinin anılan şekilde kiraya verenin iradesi dışında kanuni olarak uzatılması, onun açısından ister istemez olumsuz bir durum meydana getirmektedir. Bu noktada sürekli değişen hayat şartları ve enflasyon nazara alınacak olursa, kira bedelinin uzayan kira süreleri boyunca sürekli aynı kalması düşünülemez. Uzayan dönemler bakımından kira bedelinin yeniden belirlenmesi bir gereklilik oluşturur³.

Bu gerekliliğin sağlanmasında yıllar içinde farklılık gösteren bir uygulama söz konusu olmuştur. Nitekim öncelikle 6570 sayılı

¹ **İnceoğlu, Murat**, Kira Hukuku, C. II, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 122; **İnceoğlu, Murat / Baş, Ece**, "Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 523-548, s. 523; **Gökyayla, Emre**, "Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi", BAÜ Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mart-Nisan 2013, Sayı 103-104, s. 18-51, s. 24.

² Bkz. **İnceoğlu**, s. 1 vd.; **Burcuoğlu, Halûk**, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 1 vd.; **Tandoğan, Halûk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, C. I/2, 4. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 18-19; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 21.

³ **İnceoğlu / Baş**, s. 523.

Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun ile bir düzen öngörölmüş, daha sonra bu düzen Anayasa Mahkemesi kararları ile iptal edilmiş, arkasından gelen dönemde de kanun koyucu yeni bir düzenleme yapmamış, konunun yargı uygulamasıyla şekillenmesi tercih edilmiştir⁴. 2012 yılında yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise, konu özel olarak ele alınmış ve m. 344 ve 345'te ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin, büyük ölçüde Yargıtay uygulamasını takip ettiği söylenebilir⁵.

Çalışmamız kapsamında ele almak istediğimiz düzenleme ise, özel olarak TBK m. 344 f.1 c.son düzenlemesidir: *“Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. **Bu kural, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır.**”* Bu düzenlemenin sözü, aşağıda belirteceğimiz üzere iki farklı şekilde de anlaşılabilir:

- Bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesi sona erdikten sonra TBK m. 347 hükmü çerçevesinde söz konusu olacak uzama dönemleri için aynı kural uygulanacaktır. Bir örnekle somutlaştırılacak olursa, üç yıl süreli bir kira sözleşmesi üçüncü yıl sonra erdiğinde bir yıl süreyle uzayacağı zaman kurala riayet edilmelidir. Yoksa, üç yıllık sürenin kendi içinde izleyen dönemler bakımından farklı kira bedelleri (örneğin birinci yıl için 1.000 TL, ikinci yıl için 1.200 TL vb.) veya devam eden dönemlerde bedelin artırılması (örneğin birinci yıl için 1.000 TL, ikinci yıl için % 20 artışla 1.200 TL vb.) kararlaştırılmış olabilir.
- Bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde, uzama dönemi söz konusu olmasa da, her yıl için ayrı kira bedeli tespit

⁴ Söz konusu uygulamanın içeriğiyle ilgili detaylı bilgi için bkz. **Kırmızı, Mustafa**, Açıklamalı İçtihatlı Kira Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 378-379; **Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 232 vd.; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 21 vd.

⁵ **İnceoğlu / Baş**, s. 524.

edildiği vakit aynı kural uygulanacaktır. Bir örnekle somutlaştırılacak olursa, beş yıl süreli bir kira sözleşmesinde, birinci yıl için 1.000 TL, ve izleyen yıllarda her bir yıl için % 20'lik artışla belirlenen kira bedelleri bakımından, % 20'lik artış bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksi (ÜFE) oranının üstünde ise geçerli olmayacak, 344. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde öngörülen değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük kuralı çerçevesinde ilgili ÜFE oranına indirilecektir.

Söz konusu düzenlemenin anlamlandırılmasındaki farklılıklar, önemli uygulama farklılıklarına yol açacaktır. Dolayısıyla konunun yapılabilecek bu farklı yaklaşımlar bakımından incelenmesi gerekmektedir. Öte yandan 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve daha sonra yürürlüğe giren 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun bakımından, kuralın hangi kira ilişkilerinde ne zamandan itibaren sonuç doğuracağı da tespit edilmelidir.

Bu çerçevede öncelikle TBK m. 344'e genel olarak değinilecek, akabinde eski dönemdeki Yargıtay uygulaması gözden geçirilecek, daha sonra 344. maddenin uygulama alanı bulacağı ilişkiler tespit edilecek, ardından da belirtilen yaklaşım farklılıklarına bağlı sonuçlar ele alınacaktır.

1. TBK m. 344'e göre Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Süresi ve Kira Bedelinin Tespit Edilmesine Genel Bakış

Konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmelerinde, kira süresi ve buna bağlı olarak kira bedelinin tespit edilmesi kiracının korunması amacına bağlı olarak ortaya çıkmış ve özellik arz eden düzenlemelerdir. Aşağıda 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) bakımından öngörülen düzenin genel çatısı ortaya koyulmaya çalışılacaktır. TBK sisteminin temel aldığı

ilişki türü ise, bir yıl süreli kira sözleşmesidir⁶. Bununla birlikte daha uzun süreli veya süresiz bir kira sözleşmesi yapılmasında da herhangi sakınca öngörülmemiştir⁷.

Konut ve çatılı işyeri kirası sözleşmesi belirli süreli olduğunda, sözleşme adi kira sözleşmesinden farklı olarak, süre bitiminde kendiliğinden sona ermez. Sözleşmeyi olağan şekilde (*özel ve haklı bir sebep bildirmeksizin*) sona erdirme yetkisi, kira süresinin bitiminden on beş gün evvelinden haber vermek suretiyle kural olarak sadece kiracıya tanınmıştır⁸,⁹. Kiralayanın bu tarzda bir kira sözleşmesini sona erdirebilme hakkı, olağan bir kurguda, tahliye davası¹⁰ sebepleri (*bu sınırlı sebeplerin de belli bir usûl dâhilinde ileri sürülmesi gerekmektedir*) ile sınırlandırılmıştır¹¹ (TBK m. 350 vd).

Kiracının bu şekilde korunmasının altında barınma ve bulunduğu çevrede kalıcılık ihtiyacı nazara alınmaktadır. Zira yukarıda da belirtildiği üzere 1950’li yıllardan sonra başlayan köy ve kasabalardan kente göç süreci, konut ve işyeri ihtiyaçlarının büyük oranda kira sözleşmeleri yoluyla karşılanması sonucunu beraberinde getirmiştir. Bu yüzden kanun koyucu konuya özel önem atfetmiş ve o dönemden başlayarak kiracıları koruyucu özel hükümler sevk etmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda da bu düşüncenin devam ettiği görülmektedir. İlgili düşünce

⁶ **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 25.

⁷ **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 25.

⁸ **Kırmızı**, s. 377; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 26.

⁹ Bu türden belirsiz süreli bir sözleşmede ise, kiracı her zaman genel hükümler çerçevesindeki dönem ve sürelerle uymak kaydıyla sözleşmeyi feshedebilecektir (Bkz. TBK m. 347 f. 1-2).

¹⁰ Tahliye davası yenilik doğuran bir davadır, sonuçlanması ile birlikte hükümlerini doğuracaktır, bu özelliği ile de fesihten ayrılır: Fesihte beyanın karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte sonuçlar kendiliğinden doğar, böyle bir durumda açılacak davanın hukukî niteliği tespit davası olacaktır. Bu konuda bkz. **Gümüş, Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 338.

¹¹ Ancak belirtilmelidir ki kanun koyucunun koruyup gözettiği kiracı, yükümlülüklerini gerektiği gibi yerine getiren bir kiracıdır; yoksa kiralayanın kiracı sözleşmeye aykırı davrandığında söz konusu olabilecek fesih hakları saklı tutulmuştur (*Örneğin kiracının temerrüdü, kiracıdan kaynaklanan ve ilişkiyi çekilmez hale getiren önemli bir sebebin ortaya çıkması vs*). Bu konuda bkz. **Gümüş**, Özel Hükümler, s. 320, 324.

doğrultusunda konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi sınırlı bir biçimde uygulama alanı bulabilecektir¹². Öyle ki, aşağıda ayrıntılarıyla belirtileceği üzere, TBK m. 344 düzenlemesinde tarafların kararlaştırdıkları kira bedelinin uygulanabilmesi için süre bakımından bir sınırlama yapılmamakla birlikte, artış oranı miktarı bakımından bir sınırlama getirilmiştir¹³.

Kira süresinin otomatik olarak uzamasının kabul edilmesi, kiralayan ile kiracı arasında bir denge oluşturulabilmesi için¹⁴, kira bedelinin uzayan dönemde yeniden tespitinin yapılmasını da beraberinde getirir ve gerekli kılar. Bu durumda yine kiracının menfaati de gözetilmek suretiyle şöyle bir düzen öngörülmüştür:

- ✓ **1. olasılık (TBK m. 344 f.1):** Tarafların kira sözleşmesinde uzama dönemleri için bir kira artış oranı öngörmeleri durumunda,
 - Artış oranı, bir önceki kira yılındaki ÜFE'ye¹⁵ eşit veya ondan daha az ise geçerli olacaktır¹⁶.

¹² **Öncü, Özge**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2012, Borçlar Kanunu Özel Sayısı, s. 300-348, s. 319.

¹³ **Öncü**, s. 320; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 244.

¹⁴ Öte yandan, belli bir sürenin geçmesinden sonra kiralayanın da olağan fesih imkânını elde etmesi yine menfaatler dengesinin kurulmaya çalışıldığının göstergesidir (Bkz. TBK m. 328).

¹⁵ Bir defa burada esas alınması gereken olan endeksin, eski adı Devlet İstatistik Enstitüsü olan Türkiye İstatistik Kurumu tarafından ilan edilen endeks olacağı belirtilmelidir. Ne var ki, söz konusu endeksin yine Kurum tarafından ayrı ayrı ilan edilen, bir önceki yılın aynı ayındaki değişim oranına göre tespit edilen endeks mi, yoksa on iki aylık ortalamalardaki değişime göre tespit edilen endeks mi olacağı tartışmaya açılabılır. Önceki dönemde Yargıtay uygulamasında, Toptan Eşya Fiyat Endeksi (TEFE) bakımından, Kurum’un ilan ettiği on iki aylık değişim oranı ortalaması esas alınmıştır (Bkz. Yarg. 6. HD. 11.10.2005, E. 9613, K. 9258; Yarg. 3. HD. 14.02.2015, E. 906, K. 1234 (www.kazanci.com) [Son erişim tarihi: 23.11.2015]). Öğretide yeni dönemde de bu endeksin esas alınması gerektiği yönünde bkz. **İnceoğlu**, s. 130.

¹⁶ **Kılıçoğlu (Kılıçoğlu, Ahmet)**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na Eleştiriler, Rapor, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 78) bu düzenlemeyi eleştirmekte ve “kalıcı genel bir yasa ile sözleşme özgürlüğüne getirilmiş yersiz bir sınırlama” olarak nitelendirmektedir.

- Artış oranı, bir önceki kira yılındaki ÜFE'den fazla ise, bu kez değiştirilmiş kısmî hükümsüzlük durumu söz konusu olur¹⁷. Kararlaştırılan oran, ilgili ÜFE oranına, yani azamî artış haddine indirilir. Böyle bir durumda öğretideki ağırlıklı kabul, hâkimin, hiçbir artış oranının hiç kararlaştırılmadığı durumdan (*bkz. aşağıda 2. olasılık*) farklı olarak, bunun dışında bir takdir yetkisi bulunmadığı yönündedir¹⁸. Böyle bir durumda uyuşmazlık çıkar da dava açılmak gerekirse, açılacak dava yalın ve tam anlamıyla bir tespit davası olacaktır. Bunun yanında kiracı fiilen kiraya verene ÜFE'yi aşan artış oranı kapsamında oldu da ödeme yapmak durumunda kaldıysa, fazla ödenen kısım bakımından sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürülebilecek yahut da bu değer daha sonra ödenmesi söz konusu olacak kira bedelleri ile takas edilebilecektir¹⁹.
- ✓ **2. olasılık (TBK m. 344 f.2 – m. 345):** Tarafların kira sözleşmesinde uzama dönemleri için bir kira artış oranı öngörmemeleri ve sonradan da anlaşamamaları durumunda ise, kira bedelinin tespiti için dava açılmalıdır²⁰. Bu davada hâkim,

¹⁷ **İnceoğlu**, s. 128; **İnceoğlu / Baş**, s. 527; **Gümüş, Alper**, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 70; **Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 628; **Eren**, s. 425.

¹⁸ **İnceoğlu / Baş**, s. 527; **Gümüş**, Kira, s. 71.

Aslında hükümde öngörülmemekle birlikte, bir seçenek olarak kira bedeli ÜFE oranından fazla belirlendiğinde, hâkim tarafından bu konuda yapılan anlaşmanın toptan hükümsüz olduğuna hükmedilmesi de düşünülebilirdi. Böyle bir durumda, hâkim, TBK m. 344 f.2 uyarınca, yani taraflar arasında hiç artış oranı kararlaştırılmamış gibi bedeli tespitini yapacak, hakkaniyete göre tespit edeceği bedel en fazla ÜFE oranı kadar olabilecek ama onun da altında kalabilecekti. Hem bu şekilde kiraya verenlerin "kötü niyetli" olarak nitelendirilebilecek uygulamaları bakımından caydırıcılık sağlanabilmiş de olurdu. Mevcut durumda, böyle bir yaklaşımda bulunmanın hatalı olacağı ile ilgili olarak *bkz. Yavuz / Acar / Özen*, s. 629.

¹⁹ **İnceoğlu**, s. 129.

²⁰ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 627; **Öncü**, s. 341.

kira bedelini en fazla bir önceki kira yılındaki ÜFE oranı kadar artırabilecektir²¹.

- Kiralayan kira süresinin bitiminden otuz gün evvel kira bedelinin artırılacağına ilişkin bir bildiriminde bulunursa, kira bedelinin tespiti davasında verilecek karar davanın açıldığı kira dönemini de kapsayacak şekilde etki doğurur²². Aynı sonuç, kira sözleşmesinde uzama döneminde kira artışı yapılacağına belirtildiği ancak herhangi bir oranın verilmediği durumda da, otuz günlük süre içinde bildirimde gerek kalmaksızın, geçerli olur²³ (Bkz. TBK m. 345 f.3).
- Böyle bir bildirimde bulunulmazsa, kararın etkisi, davanın açıldığı dönemden bir sonraki kira döneminden başlamak üzere etki doğuracaktır²⁴.

Burada otuz günlük süre tanınmasının altında, kiracıya -en az- on beş günlük bir düşünme süresi bırakma fikri bulunmaktadır. Böylece kiracı, kira süresinin bitiminden on beş gün önce olağan fesih bildiriminde bulunma imkânını kullanıp kullanmamak bakımından arada geçecek on beş günlük sürede durumu rahatlıkla değerlendirebilecektir.

- ✓ **3. olasılık (TBK m. 344 f.son):** Tarafların kira sözleşmesinde kira bedeli olarak yabancı para kararlaştırmaları durumunda, beş yıl geçmedikçe kira bedelinin değiştirilmesi²⁵ mümkün

²¹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 426; İnceoğlu / Baş, s. 531; Ruhi, Ahmet Cemal, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Kira Hukuku, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2011, s. 732; Gökyayla, Kira Bedeli, 34.

²² Öncü, s. 342; Eren, s. 428; İnceoğlu / Baş, s. 540; Gümüş, Kira, s. 78; Gümüş, Özel Hükümler, 251.

²³ Öncü, s. 342; Eren, s. 427; İnceoğlu / Baş, s. 541; Gümüş, Kira, s. 81; Gümüş, Özel Hükümler, s. 251.

²⁴ Öncü, s. 342; İnceoğlu / Baş, s. 540.

²⁵ Zevkliler / Gökyayla (s. 247), hükmün nispi emredici mahiyette olduğunu belirterek, kira bedelinin indirilmesine ilişkin anlaşmaların da aynı bağlamda geçerli olacağına işaret etmektedirler.

değildir²⁶,²⁷. Ancak aşırı ifa güçlüğüne ilişkin durumlar saklıdır²⁸. Anılan düşüncenin temelinde kiraya verenin zaten yabancı para kurundaki artıştan dolayı olarak yarar sağlayacağı düşüncesinin bulunduğu söylenebilir²⁹. Yabancı paraya endeksli olarak belirlenen kira bedelleri bakımından aynı hükmün tatbik edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Öğretide bir görüş³⁰, söz konusu hükmün uygulama alanı bulmayacağını kabul ederken, bir başka görüş³¹ ise, kanunun dolanılmasını engellemek için kıyasen uygulamanın şart olduğuna işaret eder. Öte yandan kira bedelinin altın kaydına bağlı olarak kararlaştırıldığı durumlarda

²⁶ **Kırmızı**, s. 382; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 246-247; **Ruhi**, s. 733; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 41; **Gümüş**, Özel Hükümler, s. 249.

²⁷ Bu kapsamda, bir yıldan uzun süreli bir sözleşme yapısı kurulmuş olduğu durumlarda, beş yıllık süre geçmeden kira bedelinde herhangi bir değişiklik yapılabiliyor yapılamayacağı veya bunun başlangıçtan öngörülebilir öngörülemeyeceği aşağıda (Bkz. (4) altındaki açıklamalarımız) Türk Lirası üzerinden kararlaştırılan kira bedeli bakımından olduğu gibi tartışmaya açılabılır. Fikrimizce, her ne kadar kanun ifadesi sert biçimde değişiklik yapılamayacağını belirtse de, bu hüküm özel olarak uzama yılları bakımından bir düzenleme getirmektedir. Burada ise bizatihi ilk planda sözleşme şartlarının kararlaştırılması söz konusudur. Kaldı ki taraflar, böyle bir engelin öngörüldüğü kabul edilse bile, yine toplam kira bedelinin ortalamasını almak ve azalan kira bedelleri belirlemek suretiyle söz konusu engeli bertaraf edebileceklerdir. Dolayısıyla aşağıdaki açıklamalarımız burada da geçerli olmalıdır (Bkz. özellikle aşağıda (4, c) altındaki açıklamalarımız)

Öğretide ileri sürülen bir başka görüşe göre, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde de, yabancı para üzerinden belirlenen kira bedelinin değiştirilemeyeceğine ilişkin hüküm uygulama alanı bulmalı, sözleşme süresi içinde kira bedeli değeri değişiklik göstermemelidir (Bkz. **Öncü**, s. 336; **İnceoğlu / Baş**, s. 537).

²⁸ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 247; **İnceoğlu / Baş**, s. 539; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 41; **Gümüş**, Özel Hükümler, s. 249.

²⁹ Ancak böyle bir düşüncenin isabeti tartışılır: Yabancı paranın kuru, artış gösterebileceği gibi azalma da gösterebilir. Böyle bir durumda da kiraya veren yeterli şekilde korunmuş olamayacaktır (Benzer yönde bkz. **Kılıçoğlu**, s. 79). Bu hususu dikkate alarak temkinli davranmayı seçen bir kiraya veren ise, kira bedelinin Türk Lirası üzerinden belirlemeyi tercih edecektir. Bu bakış açısından kanunun sanki kira sözleşmelerinin yabancı para üzerinden kurulmasını engellemek gibi bir amaç taşıdığı fikrine de kapılabilir. Borçlar Kanunu'nun böyle bir amacı taşımaması gerektiği ile ilgili eleştirileri için bkz. **İnceoğlu / Baş**, s. 537.

³⁰ **Gümüş**, Kira, s. 76

³¹ **İnceoğlu/Baş**, s. 538; **Gökyayla**, Kira Bedeli, 42.

da TBK m. 344 f.son'un uygulama alanı bulabileceği öğretide kabul edilmektedir³².

Gerek 1. gerekse 2. ve 3. olasılığı kapsayacak şekilde, tarafların anlaşış anlaşmadığına bakılmaksızın, bir yıl süreli kira sözleşmelerinde kiranın başlangıcından itibaren geçecek beş yılın sonunda açılacak davada kira bedelinin tespiti kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak yapılacaktır³³, ³⁴. Dolayısıyla, ilgili durumda ÜFE oranı bir üst sınırı olarak değerlendirilmeyecektir³⁵. Bu durum, bir yıl süreli kira sözleşmelerinde kiranın başlangıcından itibaren her beş yıllık periyot bakımından tekrar edecektir³⁶ (Bkz. TBK m. 344 f. 3). Söz konusu artış oranının davanın açıldığı kira dönemini kapsayıp kapsamadığı ise, 1. ve 2. olasılıkta verilen açıklamalar dâhilinde değerlendirmeye alınmalıdır. 3. olasılıkta ise, yine kiralayan tarafından otuz gün evvelinden kira bedelinin artırılacağına ilişkin bildirimde bulunulması gerektiği söylenebilecektir. Beşinci yılın sonunda dava açılmadığı bir durumda da, yani örneğin altıncı veya yedinci yılda dava açıldığında, yine kira bedelinin tespiti kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak yapılacaktır³⁷. Bundan sonraki sene bakımından esas alınacak oran ise bir

³² Zevkliler / Gökyayla, s. 247; İnceoğlu / Baş, s. 538; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 43.

Farklı görüşte bkz. Ruhi, s. 733.

³³ Kırmızı, s. 381; Zevkliler / Gökyayla, s. 245; İnceoğlu / Baş, s. 532-533; Gökyayla, Kira Bedeli, 34; Gümüş, Özel Hükümler, s. 247.

³⁴ Yabancı para üzerinden belirlenmiş kira bedellerinde, beş yıllık sürenin sonunda emsal kira bedelinin yabancı para üzerinden mi yoksa Türk Lirası üzerinden mi tespit edilmesi gerektiği tartışmaya açılabılır. 6570 sayılı Kanun döneminde benzer durumlarda bu tespit kural olarak, aksi yönde taraf anlaşması bulunmadıkça Türk Lirası üzerinden yapılmaktaydı. 6098 sayılı kanun, bu konuda bir açıklık taşımamakla birlikte öğretide bir görüş (Gümüş, Kira, s. 77) tespitin artık kural olarak, aksi yönde taraf anlaşması bulunmadıkça yabancı para üzerinden belirlenmesi gerektiğini savunmakta, bir diğer görüş (Öncü, s.339; İnceoğlu / Baş, s. 538) ise, m. 344 f.3 ve f.son birlikte dikkate alındığında tespitin Türk Lirası üzerinden yapılmasının daha yerinde olacağına işaret etmektedir.

³⁵ Ruhi, s. 732

³⁶ Kırmızı, s. 382; Zevkliler / Gökyayla, s. 246; İnceoğlu / Baş, s. 535; Gökyayla, Kira Bedeli, 41; Gümüş, Özel Hükümler, s. 248.

³⁷ İnceoğlu / Baş, s. 535.

önceki yılın ÜFE oranı olacaktır. Daha sonra onuncu yılın sonuna geldiğinde ise, yine kiralanın durumu ve emsal kira bedelleri gözetilecektir.

Peki, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde TBK m. 344 f.3 nasıl uygulanmalıdır? Gerek Türk Lirası üzerinden gerekse de yabancı para birimi üzerinden kira bedelinin belirlendiği kira sözleşmelerinde, eğer sözleşme süresi beş yıldan kısaysa, kira sözleşmesinin başlangıç tarihinden (yoksa “uzama yılı” olarak beş yıl değil!) itibaren geçecek beşinci yılın sonunda hüküm uygulama alanı bulacak³⁸; yok eğer sözleşme süresi beş yıldan uzunsa, hüküm ilk uzama yılı bakımından tatbik edilecektir³⁹. Örneklendirerek somutlaştıralım: Eğer sözleşme süresi iki yıl olarak belirlenmişse, kiranın başlangıcından itibaren beşinci yılın sonunda, diğer bir ifadeyle dördüncü uzama yılı için ve bundan sonra gelecek her beş yılın sonunda; yedi yıllık bir kira sözleşmesinde ise, ilk uzama yılı için ve bundan sonra gelecek her beş yılın sonunda hüküm uygulama alanı bulacaktır.

2. Bir Yıldan Uzun Süreli Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi Bakımından 1 Temmuz 2012’den Önceki Dönemde Yerleşik Yargıtay Uygulaması

³⁸ Öncü, s. 330; İnceoğlu / Baş, s. 534.

³⁹ Farklı görüşte bkz. Öncü, s. 331; İnceoğlu / Baş, s. 533-534; Gümüş, Kira, s. 73; Zevkililer / Gökyayla, s. 246; Gökyayla, Kira Bedeli, s. 39. Yazarların görüşüne göre, sözleşme süresi beş yıldan uzun süreli olarak tespit edildiğinde, kira süresinin içinde olmakla birlikte beşinci yılın sonunda TBK m. 344 f.3 uygulama alanı bulabilecektir. Belirtilen yazarlar, TBK m. 344 f.1 c.son’un yorumunda da aşağıda aktaracağımız ikinci yaklaşımı benimsemektedir (bkz. aşağıda (4, b)). Bu bağlamda yazarların görüşüne göre, kira süresi ne kadar süre için tespit edilmiş olursa olsun, birinci yıldan sonrasında belirlenen kira bedelleri bir önceki yılın ÜFE oranından fazlası için belirlenmemiş olmalı, ancak beşinci yıldan sonrası için hakim kiralananın durumu ve emsal kira bedellerini dikkate alarak bir belirlemede bulunabilmelidir. Bu görüşe şu gerekçelerle katılmıyoruz: Bir defa kanunun “*beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli ...*” ifadesi, açık olarak kira süresinin sonundaki uzama yılının kastedildiğini göstermektedir. Diğer taraftan yazarların görüşünün kabulü halinde, sözleşme özgürlüğüne yine aşırı olarak nitelendirilebilecek bir müdahalede bulunulmuş olacaktır.

6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminde Yargıtay uygulaması, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmeleri bakımından sözleşme süresi içinde farklı dönemler bakımından yapılan bedel artışına izin vermekte ve bu şekilde tasarlanan kayıtlara geçerlilik tanımakta idi⁴⁰. Aşağıda bu uygulamaya işaret eden dört karardan alıntılar bulunmaktadır:

- “[Ö]ncelikle vurgulamak gerekir ki, **kira sözleşmesinin bir kaç yıllık olması ve tarafların her bir yılın kira parasının ne suretle saptanacağına dair özel kurallar veya yöntemler kabul etmiş olmaları halinde, bu kural ve yöntemlerin sözleşme serbestisi ilkesine dayalı olarak geçerli olduğunda ve tarafların buna uymak zorunda bulduklarında bir uyumsuzluk yoktur.** Uyumsuzluğun konusu, kira akdinin kapsadığı süre içinde değil; bu süre bittikten sonra 6570 sayılı Kanununun 9 ve 11. maddeleri dikkate alınarak kira akdinin yenilenmiş sayıldığı dönemlere ait kira parasının ne suretle saptanacağına, buna ilişkin olarak tarafların kira sözleşmesinde kabul ettikleri bir miktarın veya bu miktarı belirlemeye yönelik bir yöntemin geçerli olup olmadığına ilişkindir.”(HGK, 12.12.1990, E. 3-527, K. 627)⁴¹.
- “[T]araflar arasındaki kira sözleşmesinin başlangıç tarihi 15.09.2000, süresi beş yıldır. Kira sözleşmesinin özel Şartlar bölümünün 5. maddesinde, "kira artışı Türkiyedeki Ticaret Odaları, Sanai Odaları Kurum ve Kuruluşlarının açıkladıkları en yüksek enflasyon oranı veya gerekse döviz kurundaki en yüksek artış kira artış oranı olarak baz alınacaktır" hükmü yer almaktadır. **Sözleşmedeki böyle bir şart, kira süresi içerisinde kira parasının, ihtara lüzum bulunmaksızın, sözleşmede kararlaştırılan oranda**

⁴⁰ Öncü, s. 324.

⁴¹ www.kazanci.com [Son erişim tarihi: 23.11.2015].

artırılması yükünü getirmektedir."(3. HD., 11.12.2003, 14177 / 14243)⁴².

- "[M]ahkemece, kira sözleşmesinin 10 yıl süreli olduğu ve 10 yılın sonunda kira bedelinin artırılacağına dair bir şart bulunmadığı ve herhangi bir ihtarname keşide edilmediği gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiştir. **Kira sözleşmesi 1.7.1973 başlangıç tarihli olup 10 yıl sürelidir. Sözleşmenin özel şartlarınının 2. maddesinde "Üç mal sahibi kiraya verdikleri 3/4 hisse için ilk beş yılda aylık kira olarak altıbin lira ve ikinci beş yılda aylık kira olarak yedibin besyüz lira alacaklardır" şeklinde ifade edilen şart mevcuttur.** Sözleşmedeki bu şart, tarafların yenilenen dönemde de artış iradesini yansıtmaktadır. Böyle bir şart 21.11.1966 gün ve 19/10 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında anılan ihtarın hukuksal önemini ortadan kaldırmaktadır. Başka bir ifade ile sözleşmede böyle bir şartın kabul edilmesi halinde, kiralayan ihtar çekmeye gerek kalmaksızın, o dönem içinde kira parasının tespiti için dava açabilir." (3. HD., 11.03.2004, 1861 / 1976).⁴³
- "[H]emen belirtmelidir ki, **birden çok yılı kapsayan kira sözleşmelerinde her bir yılın kira bedeli açıkça gösterilmiş veya miktarının açıkça belirlenmesini sağlayacak artış kuralı getirilmiş ise, getirilen bu artış kuralına tarafların, "sözleşmeye bağlılık" kuralı gereği uymaları zorunludur.**" (HGK, 08.12.2014, E. 3-718, K. 644).⁴⁴

Hukuki açıdan bakıldığında Yargıtay'ın bu değerlendirmeleri yerindedir. Zira bir tarafta bir yıllık akdedildikten sonra uzama dönemlerinde yenilerek devam eden ilişkiler zinciri bulunmakta, diğer tarafta ise uzun süre devam eden tek bir ilişki bulunmaktadır. Taraflar,

⁴²www.hukukturk.com [Son erişim tarihi: 23.11.2015].

⁴³www.hukukturk.com [Son erişim tarihi: 23.11.2015].

⁴⁴ www.kazanci.com [Son erişim tarihi: 23.11.2015].

sözleşmesel ilişkilerini borçlar hukukunun sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde diledikleri gibi şekillendirebilirler. Bu anlamda, bir yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesi akdedildiğinde, yıllara göre farklı kira bedellerinin kararlaştırılmış olmasındaki durum, bir yıllık kira sözleşmesi uzadığında kira bedeli tespitindeki durumdan tamamen farklıdır. Birincisinde sözleşme özgürlüğü çerçevesinde buna sonuna kadar imkan verilirken, ikincisinde artış için yargı uygulamasında belirlenen kurallara uyulmak lazım gelmektedir.

Öte yandan bir yıllık bir kira sözleşmesi yapılıp daha her sene kira sözleşmesinin yenilenmesi durumundaki yapı ile baştan bir yıldan uzun süreli olarak yapılan kira sözleşmesindeki yapı hukuki açıdan olduğu gibi ekonomik açıdan da birbirinden farklıdır. Nitekim taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesi akdettiklerinde daha farklı şekilde bir araya gelmektedir. Böyle bir durumda sözleşme ile sağlanan kalıcılık kiracı tarafından bilinçli olarak baştan temin edilmekte, buna karşılık da koruma daha düşük bir suretle gerçekleşmektedir. Zira bir yıllık kira sözleşmesi tarafı olan bir kiracı ile bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesi tarafı olan kiracının önündeki sözleşmeyi ekonomik açıdan ele alışında yaklaşım farklılığı olması doğaldır. İlki belki hiç düşünmeksizin, belirli bir ümit dairesinde, bir sonraki sene için de durumun değişmeyeceğini tasarlayarak ilişki içine girmekte; ikincisi ise, daha profesyonel şekilde hareket ederek daha ileri bir zamanı öngörebilmekte, planlarını buna göre oluşturmaktadır. Şüphesiz yukarıda belirttiğimiz üzere her bir kiracı profili bakımından, bulunduğu yerde kalıcılık önemli bir ihtiyaçtır. Kanun koyucunun bilinçsiz bir kiracıyı korumak istemesi doğaldır, ama bunun ötesinde sözleşmeye müdahale edilmek suretiyle her durumda kiracının korunmasını abartılı kabul edilmek gerekir⁴⁵. Zira böyle bir durumda da

⁴⁵ Bu konuda yapılan değerlendirmedeki nüve, bir açıdan teminaten temlikte, rehin hukukuna hâkim olan *lex commissoria* yasağına (bkz. TMK m. 873 f.2; m. 949) bir aykırılık bulunmadığına ilişkin değerlendirmedekine benzemektedir. Hatırlanacak olursa, rehin hukuku kapsamında *lex commissoria* yasağı, üstünde rehin hakkı sağlanan

kiraya veren bir nevi çıkmaz içine sürüklenmekte, yapmayı düşündüğü bir fedakarlıkla, beklediği ekonomik verimi alamaz hale gelmektedir. Bunun muhtemel sonucu ise, kira sözleşmesi piyasasının kendi içinde dengeyi bulması, bir diğer deyişle kira bedellerinin yükselmesidir.

3. TBK m. 344’ün Uygulama Alanı Bulacağı Konut ve Çatılı İşyeri Kirası İlişkilerinin Tespit Edilmesi

6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’un 2. maddesi uyarınca, Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallar, gerçekleştiği tarihlere

malın mülkiyetinin alacak karşılanmadığı vakit rehin alan kişiye geçmesini baştan tasarlayan yan anlaşmalara engel olmaktadır. Teminaten temlikte ise, malın mülkiyeti başlangıçtan bir inanç anlaşması çerçevesinde tamamen alacaklıya devredilmekte; borçlar hukuku ile eşya hukuku alanı bakımından bir ikilik yaratılmaktadır. Şöyle ki eşya hukuku bakımından hiçbir sınırlama olmaksızın malik alacağı bu şekilde teminat altına alınan kişidir, borçlar hukuku bakımından ise bu kişi nispi inanç anlaşması çerçevesinde malı teminat amacına uygun muhafaza etmelidir. Teminaten temlik, başlı başına *lex commissoria* yasağına aykırılık teşkil etmez, zira malı üzerinde rehin hakkı sağlayan borçlu, malı kaybedebileceğinin bilincinde olsun olmasın, günü geldiğinde borcunu ödeyeceğini ve malını mutlaka kurtaracağını düşünmektedir. O yüzden de ileride borç ödenemediğinde rehin konusunun mülkiyetinin rehin alan alacaklıya geçeceğine ilişkin yan kayıtlara karşı korunmalıdır. Oysa, malını teminaten temlik eden kişi bakımından durum farklıdır: o, baştan mülkiyet hakkını kaybettiğinin, onu alacaklıya devrettiğinin bilincindedir, dolayısıyla bu ilke çerçevesinde doğrudan ve özel olarak korunması gerekmez. Kaldı ki, teminaten temlikte, temlik alan, alacağı kavuşmadığında ya teminat konusu mal veya hakkı özel yoldan paraya çevirmeli ve alacağı aşan kısmı borçluya iade etmeli, ya da malın mülkiyetini kendisinde muhafaza etmeyi tercih ediyorsa, malın objektif olarak piyasa değerinin tespit edilmesini sağlamalı, alacağının değerini aşan kısmı da temlik edene iade etmelidir. Sonuçta adı üzerinde, burada mülkiyet devri, teminat amacıyla gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, belirtilen hususlar tam olarak gözetilmeden bu amacın ötesinde bir sonuca ulaşmak zaten yerinde olmaz. (Bkz. **Uygur, Atiye**, “*Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, Sayı 1-2, s. 171-195, s. 189; **Özsunay, Ergun**, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İÜHF, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1968, s. 139-140; **Gürsoy, Kemal / Eren, Fikret / Cansel, Erol**, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 1087)

Konumuz bakımından da başlangıçtan uzun süreli bir ilişkiye giren kiracının sonuçlarını görerek hareket ettiği bir sözleşme yapısı söz konusudur. Bu bakımdan girdiği ilişkide tabi olacağı kira parası rejimine de önceden rıza göstermiş olacağı söylenebilecektir, ilişkiye girerken bu riski baştan göze almakta, karşılığında ise uzun süre olağan şartlarda bir tahliye davası tehdidinde tabi olmaksızın kiralananı kullanabilme avantajını elde etmektedir.

bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanacaktır. Kira sözleşmesinde ilişkin kurallardan sözleşmenin zayıf tarafı olan kiracıyı korumak üzere düzenlendiği hükümlerin kamu düzenine ilişkin oldukları kabul edilmektedir. Kira bedelinin belirlenmesi ile ilgili hükümler, kiracıların buldukları yerde kalıcılık ihtiyacını ve menfaatini koruyup kolladığından bu kategoride değerlendirilecektir⁴⁶. Dolayısıyla normal şartlarda bu madde çerçevesinde, 1 Temmuz 2012 tarihinden itibaren, daha önce akdedilmiş olsun olmasın, konut ve çatılı işyeri kiralarına ilişkin sözleşmelerde kira bedelinin tespit edilmesinde bu hükümlerin uygulama alanı bulacağı söylenebilecektir⁴⁷.

Ancak, 6101 sayılı kanundan sonra kabul edilip yürürlüğe giren 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 2. maddesi, TBK m. 344'ün 1 Temmuz 2012'den itibaren bazı kişilerin kiracı olarak taraf olduğu işyeri kirası ilişkilerinde sekiz yıl süre ile (1 Temmuz 2020 tarihine kadar) uygulanmayacağını belirtmektedir. Bunlar, Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileridir. Yine aynı maddeye göre, söz konusu kişilerin kiracı oldukları sözleşmelerde, taraflar özel bir düzenlemede bulunmamışlarsa, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Öğretide 818 sayılı Borçlar Kanunu'na yapılan atfın 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunu da kapsadığı ve dolayısıyla 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden evvel, 6570 sayılı Kanun kapsamındaki sözleşmelere ilişkin var olan yerleşik uygulamanın 1 Temmuz 2020 tarihine kadar aynen devam edeceği kabul edilmektedir⁴⁸.

⁴⁶ **Öncü**, s. 313; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 210; **İnceoğlu / Baş**, s. 542; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 27; **Gökyayla, Emre**, "Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 8, 2013, s. 1203-1251, s. 1233.

⁴⁷ **Öncü**, s. 313.

⁴⁸ **Öncü**, s. 316; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 247; **Gökyayla**, Kira Bedeli, s. 30-31, 44; **Gökyayla**, Uygulama Alanı, s. 1238; **Gümüş**, Özel Hükümler, s. 247.

Dolayısıyla TBK m. 344'ün bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde uygulanması ile ilgili olarak aşağıda vereceğimiz açıklamalar hâlihazırda:

- Gerçek kişilerin taraf olduğu konut kiralalarının tümünde⁴⁹,
- Çatılı işyeri kiralalarında ise tacir sıfatını haiz olmayan gerçek kişilerin (örneğin esnaf işletmesi sahipleri⁵⁰) veya serbest meslek sahiplerinin (örneğin avukat, doktor vb.) tarafı olduğu kira sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulacaktır.

Öte yandan yürürlüğü erteleyen bir kanun veya başkaca bir kanun değişikliği olmadığı suretle, TBK m. 344, 1 Temmuz 2020 tarihinden itibaren kapsam dışı kalan diğer çatılı işyeri kirası ilişkilerine de uygulanacaktır.

4. TBK m. 344 f.1 c.son'un Yorumlanması

a. İlk Yaklaşım: “Kural, Sadece Uzama Dönemleri Bakımından Etkilidir.”

Bu yaklaşım çerçevesinde uzun süreli bir kira sözleşmesinde, art arda devam eden kira yılları veya dönemleri bakımından oransal bir artış değeri öngörülmüş veya artış gösteren kira değerleri belirtilmişse, bu türden taraf düzenlemeleri oldukları gibi geçerlidir⁵¹,⁵². Zira kira

Farklı görüşte bkz. **Eren**, s. 425. Yazara göre, ilgili durumlarda 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmadığından ortada bir kanun boşluğunun varlığından söz açılmak gerekir. Bu boşluk TBK m. 344 hükmünün kıyasen uygulanması yoluyla doldurulmalıdır.

⁴⁹ Bkz. **Gökyayla**, Uygulama Alanı, s. 1236.

⁵⁰ Bkz. **Gökyayla**, Uygulama Alanı, s. 1237.

⁵¹ **Yavuz / Acar / Özen** (s. 630), sadece kira bedelinin toptan kararlaştırılıp yıllar içinde farklı kira bedellerinin öngörüldüğü haller bakımından bu yaklaşıma katılmışlar, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde kira bedeli için yıllara göre bir artış oranı öngörüldüyse bunun kanunun dolanılması anlamına gelebileceğini ifade ederek TBK m. 344 f.1 hükmünün uygulanması gerektiğini ifade etmişlerdir. Yazarların, yaptıkları bu ayrıma katılmıyoruz, ilk ve ikinci durum arasında bir farklılık bulunmadığı düşüncesindeyiz.

⁵² Hatta böyle bir anlaşma daha kira sözleşmesi içinde daha sonra bile yapılabilir. Zira kiraya veren sonradan kiracıya böyle bir anlaşma yapmayı teklif ettiğinde, kiracı herhangi bir zorlanma ile karşılaşmaz, o bunu kabul edip etmemekte özgürdür. Öyle ki

sözleşmesi içinde kira bedelinin belirlenmesi, sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucudur⁵³. TBK m. 344 f.1 c.son, bu tarzda tasarlanan kira sözleşmeleri bakımından bir müdahaleci düzenleme öngörmeyi hedeflememektedir. İşbu hüküm, TBK m. 344'ün bir yıldan uzun süreli sözleşmelerin uzama dönemleri⁵⁴ bakımından uygulanacağına ilişkin bir teyit hükmünden ibarettir⁵⁵. Dolayısıyla, eski dönem Yargıtay uygulamasına⁵⁶ paralel şekilde bu anlaşmalar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde geçerli kabul edilecektir.

Bu yaklaşım çerçevesinde, kiracının kira bedeli bakımından korunması menfaatiyle sözleşmenin bağlayıcı olması arasında bir değer çatışması olduğu kabul edilmekte, tarafların başlangıçta uzun süreli bir sözleşme akdetmeleri ve bunun içeriğini diledikleri gibi kaleme almalarına cevaz verilmektedir. Kiraya veren de, bir yılı aşan sözleşme süresi boyunca TBK m. 350 vd. yer alan tahliye davası açma imkânından yoksun kalmakta ve fakat TBK m. 344 f.1'de öngörülenden farklı şekilde kira bedelini belirleyebilme imkânına sahip olmaktadır. Diğer taraftan

kiraya veren zaten ona karşı herhangi bir şekilde tahliye davası açma tehdidinde bulunamaz; kira sözleşmesinin bir yıldan uzun süreli olmasını kabul ederek bu imkandan peşinen vazgeçmiş bulunmaktadır (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde bu tespiti için bkz. **Tandoğan**, s. 53-54. Diğer taraftan yazar, emredici bir hüküm sevkiyle bu özgürlüğün de kısıtlanabileceğine de işaret etmektedir).

⁵³ Yaklaşımına katılmamakla birlikte aynı düşünce için bkz. **İnceoğlu / Baş**, s. 528.

⁵⁴ Tabii burada özel bir detaya da yer verilmelidir: Eğer bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesinde kira süresi beş yıl veya daha uzun bir süre olarak tespit edilmişse, bu durumda ilk uzama yılında TBK m. 344 f.3 öncelikli uygulama alanına sahip olacaktır. Yani hakim, kira bedelini TBK m. 344 f.1 kapsamında en fazla bir önceki kira yılındaki ÜFE oranında değil, TBK m. 344 f.3 uyarınca emsal kira bedellerini ve kiralananın durumunu gözетerek belirleyebilecektir (Bu konuda bkz. yukarıda (1) altındaki açıklamalarımız).

⁵⁵ Bkz. ve karş. **Kılıçoğlu** (s. 78), hükmün lafzında yer alan “*bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesi*” ifadesini uzama dönemleriyle birlikte bir yıldan uzun sürecek kira sözleşmelerine karşılık gelecek şekilde anlamakta ve hükmün sadece bu olasılığa ilişkin düzenleme getirdiğini düşünmektedir. Yazarın görüşüne göre, bu nedenle yine hükmün lafzında geçen “de” bağlacı da gereksizdir. Yazarın bu ifadelerinden ilk yaklaşıma katıldığı sonucu rahatlıkla çıkarılabilir.

⁵⁶ Bkz yukarıda (2) altındaki açıklamalarımız.

kiracı da, böyle uzun süreli bir ilişki girme noktasında tercihini kullanmış olup, sözleşmeyle bağlılık ilkesi (*pacta sunt servanda*) kararlaştırılan kira bedelini ifa etmelidir. Eğer kiracının durumunda esaslı bir değişiklik söz konusu olursa, bu durum olsa olsa şartları varsa bir uyarılma davasının⁵⁷ (TBK m. 138) konusunu oluşturabilir, yoksa bedel tespiti davasının değil. Zira bedel tespiti davası hukuki niteliği itibariyle uzama dönemleri için öngörülmüş bir dava türüdür, mesnedini belirli süreli kira sözleşmesinin otomatik olarak sona ermemesine bağlı olarak kiralayanın menfaatinin korunmasında bulur. Oysa burada kiralayanın aleyhine olarak, uzama dönemi gözetilmeksizin, doğrudan sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmek suretiyle davanın bir koruma sağlaması düşünülemez. İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan kira sözleşmesinde böylesine istisnai bir müdahale ancak aşırı yararlanmanın (TBK m. 28) şartları varsa düşünülebilecektir⁵⁸. Bunun için de objektif ve subjektif belirli koşulların kümülatif (yığışik) olarak oluşması zaruridir: Bir defa edimler arasında aşırı bir dengesizlik olmalı, kiraya verenin sömürme kastı bulunmalı ve mağdur olan kiracının deneyimsizliğinden, düşüncesizliğinden veya zor durumundan yararlanılmış olmalıdır. Burada ise, böylesine bir müdahalede bulunulabilmesi için benzer gerekliliklerin oluştuğundan söz açılmaz.

b. İkinci Yaklaşım: “Kural, Bir Yıldan Uzun Kira Süresinin Kendi İçinde de Etkilidir.”

Bu ikinci yaklaşım çerçevesinde ise, uzun süreli bir kira sözleşmesinde art arda devam eden yıllarda veya dönemlerde oransal olarak artış gösteren ya da rakamsal olarak farklılık içeren bir kira bedeli değeri ancak TBK m. 344 düzenlemesinin emredici çerçevesi dahilinde geçerli olacaktır⁵⁹. Şöyle ki, taraflar şayet farklı dönemler bakımından

⁵⁷ Uyarılma davasının şartlarıyla ilgili olarak bkz. **Eren**, s. 428 vd.; **Zevkliler / Gökyayla**, s. 221; **Ruhi**, s. 738-739; **Gümüş**, Kira, s. 81 vd.; **Gümüş**, Özel Hükümler, s. 252 vd.

⁵⁸ Aynı düşünce için bkz. **İnceoğlu**, s. 133; **İnceoğlu / Baş**, s. 529.

⁵⁹ Bkz. bu görüşte **Kırmızı**, s. 380; **Gümüş**, Kira, s. 71; **Gümüş**, Özel Hükümler, s. 247, 249; **Eren**, s. 426; **Ruhi**, s. 732.

İnceoğlu (s.132-133) ise, hükmün bu şekilde anlaşılması gerektiğini ifade ettikten sonra, incelemesinin devamında yukarıda (2) altında yer verdiğimiz Yargıtay uygulamasının

ÜFE oranından fazla olacak şekilde artış gösteren bir kira bedeli değeri kararlaştırmışsa, öngörülen değiştirilmiş kısmi hükümsüzlük hükmü gereğince ÜFE değerine sabitlenecektir. Artış oran ve miktarı yıllık olarak kararlaştırılmamış olsa bile (örnek olarak iki yıllık veya altı aylık dönemlerle artış kararlaştırılmış olabilir) TBK m. 344 f.1 tatbik edilir⁶⁰.

Diğer taraftan eğer taraflar bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesinde kira yılları bakımından artış gösteren bir kira bedeli kararlaştırmamışlarsa, TBK m. 344 f.2 uyarınca kira bedelinin tespitinin yapılması mümkün olmayacaktır⁶¹. Böyle bir durumda kiraya veren, ancak beş yıllık veya daha uzun süreli bir kira sözleşmesi yapıldığı takdirde, beşinci yılın sonunda TBK m. 344 f.3 uyarınca hakimin emsal kira bedellerini ve kiralananın durumunu dikkate alarak bir tespit yapılmasını isteyebilecektir⁶². Diğer hallerde kiraya veren, ancak TBK m. 138'in koşulları oluştuysa bir uyarılma davası açabilecektir.

Bu yaklaşım çerçevesinde kanun koyucunun açık hükümlerle böyle bir müdahaleyi öngörebileceği kabul edilmektedir. Söz konusu düzenlemenin amacı, kiraya verenin kiracıyı bir şekilde kira sözleşmesini bir yıldan uzun süreli yapmaya ikna ederek, TBK m. 344 f.1 c.1'in emredici hükmünü dolanmasını engellemektir⁶³. Bu şekilde kanuna karşı

daha isabetli olduğunu da belirtmektedir. Yazara göre, kira sözleşmesinin bizzat içinde kira bedelinin belirlenmesi sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucudur, oysa ilgili hüküm buna müdahale eder bir mahiyeti taşımaktadır. (Bu konuda ayrıca bkz. **İnceoğlu / Baş**, s. 528-529).

Zevkliler / Gökyayla (s. 244-245) da, hükmün, taraflar arasındaki menfaatler dengesi de gözetildiğinde, yukarıda değindiğimiz ilk yaklaşım çerçevesinde de anlamlandırılabilceğini ancak TBK m. 344 f.1 c.son'un açık lafzının diğer yaklaşımda bulunulmasına daha elverişli olduğunu ifade etmektedir. Diğer taraftan, yazarlara göre, konut ve işyeri gereksinimi duyan kiracının birinci yıldan sonrasına ilişkin artan kira bedellerini önceden kabul etmek zorunda kalabilecekleri riski de göz ardı edilmemelidir. (Bu konuda ayrıca bkz. **Gökyayla**, Kira Bedeli, 37).

⁶⁰ **Gümüş**, Kira, s. 73, 75.

⁶¹ **İnceoğlu / Baş**, s. 530; **Gümüş**, Kira, s. 76; **Öncü**, s. 329; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 629.

⁶² **Öncü**, s. 329/332; **Gümüş**, Kira, s. 73.

⁶³ **Zevkliler / Gökyayla**, s. 245; **İnceoğlu / Baş**, s. 528.

hile olarak kabul edilebilecek anlaşmaların yolu da kapatılmaktadır. Böylesi kiracı için daha etkin bir koruma oluşturacaktır.

c. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Öğretideki ağırlıklı eğilim, ikinci yaklaşımdan yana taraf tutsa da, biz bu konuda ilk yaklaşıma katılıyoruz ve maddenin sözünün de bu şekilde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu görüşü kabul etmemize temel etken, sözleşme özgürlüğüne böyle bir müdahalenin ne gerekli ne de etkin bir önlem olmayacağı düşüncesini paylaşmamızdan ileri gelmektedir.

Bir defa, sözleşme özgürlüğüne asli edim yükümlülükleri bakımından yapılacak böyle bir müdahalenin aşırı olduğunu düşünüyoruz. Zira aksi görüşün savunulması halinde ancak aşırı yararlanma olasılığında ortaya çıkan müdahale imkânı, burada “vahim” sayılabilecek koşullar oluşmaksızın kabul edilmiş olacaktır.

Diğer taraftan yukarıda da belirtildiği üzere, burada kiracının korunması için kiraya verenin makul suretle bulunabileceği fedakârlık imkânı elinden alınmaktadır. Kiraya veren açabileceği olası tahliye davalarından önceden vazgeçmek suretiyle, TBK m. 344’ün emredici düzenlemesine alternatif bir yol bulabilmiştir, bu anlamda onun ciddi bir ödün verdiği de söylenebilecektir, sonuçta malının kaderini belirlemek bakımından kendi kendini kayıtlamaktadır. TBK m. 344’ün bu durumda da direkt uygulama bulunması kiracının katmerli korunması demektir ki, bu da ilişkiadaki dengeyi zedelemektedir. Kaldı ki kira süresi içinde yıllara göre hiçbir artış öngörülmediği ve kira bedelleri farklı olarak belirlenmediği takdirde, bu kez TBK m. 344 f.1 hiçbir uygulama alanı bulamayacak, kiraya veren kira bedelini hiçbir suretle -pek tabii koşulları varsa TBK m. 138 uyarınca bir uyarılma davası açma veya tartışmalı olarak beş yıldan uzun süreli bir kira sözleşmesinde TBK m. 344 f.3’ün tatbik edilmesi imkanları saklı olmak kaydıyla- artırmayacaktır. Dolayısıyla, TBK m. 344 f.1’in bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde kira sözleşmesi içinde de uygulanacağı kabul edilmesi halinde kiraya verenin uzun süreli kira sözleşmesi yapması için sadece aleyhine sonuçlar

doğurabilecek, lehine hiçbir fayda getirmeyecektir⁶⁴. Bu görüşün kabulü halinde, olası bir art sonuç olarak da bu türden uzun süreli kira sözleşmelerinin yapılması da kiraya verenlerce -büyük olasılıkla ve gayet de haklı gerekçelerle- reddedilecektir.

Yine dile getirilmesi gereken başka bir aksaklık, burada böyle bir yaklaşımın kabulü halinde bedel tespiti davası açılması imkânının bu şekilde sözleşme içinde kullanılmasının, uyarılma davasının görevini adeta bu davaya üstlendirmek olmasıdır. Oysaki olağanüstü bir müdahaleyi gerçekleştirebilecek olan dava, uyarılma davası olmalıdır. Yine normal şartlarda uyarılma davasının koşullarının sıkı tutulmasına karşılık burada daha serbest şekilde bedel “uyarılma”sının yapılması da isabetli olmayacaktır.

Bir başka husus da, uzun süreli sözleşmenin tarafı olan bir kiracı ile bir yıllık sözleşmenin tarafı olan bir kiracı arasında sözleşmeye ekonomik açıdan bakış farklılığı da bulunmasıdır. Bir tanesi kalıcılık ihtiyacını temin etme yolunu bilinçli olarak seçerken, diğeri tamamen kanunun koruması ve dümen suyunda bilinçsiz olarak hareket etmektedir. Bu iki kiracıdan birincisi, korunma gereğine mutlak suretle ihtiyaç duyan bir kişi olarak düşünülemez; o kendi kendini koruyabilecek önlemleri bizzat alabilecek bir yetkinliktedir.

Son olarak, kiraya verenin kanuna karşı hilesinin engellenmeye çalışılması da zor kabul edilebilecek bir gerekçedir. Bir defa burada, kiraya verenin bir yıldan uzun süreli bir sözleşme akdederek bu hükmün uygulamasından sıyrılırken ciddi bir fedakârlıkta bulunduğu da gözetilmeli, onun haklı kabul edilebilecek gerekçelerle böyle bir yolu tercih ettiği dikkate alınmalıdır. Öte yandan belirtilmelidir ki, aksi yönde yapılacak bir yorumda dahi, kira bedellerinin “arka planda” bu şekilde belirlendiği ve hesaplanacak bedeller toplamının ortalamasının alınarak tüm kira süresi boyunca genel aylık kira bedeli olarak kararlaştırıldığı olasılık; kira bedellerinin ilk yılda yüksek ve daha sonrasında azalan

⁶⁴ Bu tespit için ayrıca bkz. **İnceoğlu**, s. 135.

şekilde öngörüldüğü (ki artış oranının bu kez azalış oranı olarak belirlenmesi söz konusu olacaktır) olasılık ve akla gelebilecek başkaca alternatif olasılıklar, hep hükmün öngördüğü denetimin kapsamı dışı kalmaktadır. Dolayısıyla ikinci yaklaşım çerçevesinde kanun koyucunun hükmü sevk etmekteki amacının TBK m. 344 f.1'in dolanılmasını engellemek olduğu kabul edilse bile, söz konusu benzer olasılıkların öngörülmemiş olduğu, düzenlemenin bu anlamda eksik kaldığı rahatlıkla ifade edilebilir. Sonuçta, kanunu dolanmayı kafasına koymuş olan ve titizlikle hareket eden bir kiraya veren, TBK m. 344 f.1 c.son bu şekilde yorumlansa da, anılan alternatif yollara başvurarak yine sonuç almaya çalışabilecektir. Böyle olunca da TBK m. 344 f.1 hükmünün “bütün dertlere” bir deva oluşturacağı söylenemez. Diğer taraftan -ne şekilde gerçekleşirse gerçekleşsin- kanunun dolanılmasının tespiti halinde, hâkimin her zaman re'sen müdahalede bulunarak, bizzat dolanılan kanun hükmünün yaptırımını uygulaması zaten mümkündür⁶⁵, ⁶⁶. Ancak bu şekilde hakimin takdiri doğrultusunda ve özel şartları varsa istisnai olarak yapılabilecek bir müdahalenin, sadece belirli olasılıklar bakımından kolayca başvurulabilecek bir kuralla kolaylaştırılmış bir imkan haline getirilmesinin ne kadar isabetli bir tutum oluşturacağı da ciddi bir şüpheyi götürür mahiyettedir.

⁶⁵ Kanunun dolanılmasının (kanuna karşı hile) yaptırımını ile ilgili olarak bkz. **Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 391 vd.

⁶⁶ Kanaatimizce sağlıklı bir toplum yapısı dahilinde, kişilerin genelde hukuka uygun, kanunlara riayet eden davranışlarda bulunacakları hususu bir başlangıç önermesi olarak kabul edilmeli ve bu husus böylece kanun metinlerine de yansiyabilmelidir. İlgili kabulde kişilerin kanunu dolanmaları, yani kanuna karşı hile teşkil edebilecek davranışlarda bulunmaları olasılığı ise istisnai olarak değerlendirilir, öyle ki kanun koyucu bu tarz arızı durumlara özel önem atfederek hükümler getirmez, bu konudaki denetim görevini bizzat yargı yani hâkim üstlenir. Bunun aksine, sürekli kanuna karşı hilenin önlenmesi amacı esas alınarak kanuni düzenleme yapılması gereğinin doğmaya başlaması ise, sağlıklı bir toplum yapısından uzaklaşıldığına delalet edici olarak görülebilir.

Kaynakça

- Burcuoğlu, Halûk, Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Gökyayla, Emre, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK m. 339)”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 8, 2013, s. 1203-1251. (“Uygulama Alanı”)
- Gökyayla, Emre, “Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi”, BAÜ Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mart-Nisan 2013, Sayı 103-104, s. 18-51. (“Kira Bedeli”)
- Gümüş, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. (“Özel Hükümler”)
- Gümüş, Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK m. 299-356), 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012. (“Kira”)
- Gürsoy, Kemal / Eren, Fikret / Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 1087.
- İnceoğlu, Murat / Baş, Ece, “Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kira Parasının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 523-548.
- İnceoğlu, Murat, Kira Hukuku, C. II, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Rapor, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008.

- Kırmızı, Mustafa, Açıklamalı İçtihatlı Kira Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.
- Öncü, Özge, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Bedelinin Belirlenmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2012, Borçlar Kanunu Özel Sayısı, s. 300-348.
- Özsunay, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İÜHF, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1968.
- Ruhi, Ahmet Cemal, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Kira Hukuku, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2011.
- Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri, C. 1/2, 4. Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- Uygur, Atiye, “*Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. X, Sayı 1-2, s. 171-195.
- Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- Zevkliler, Aydın / Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

ÇEVRE KORUNMASINDA AVUSTRALYA'DA UYGULANAN İDARİ YAPTIRIM TÜRLERİ*

Yrd. Doç. Dr. Mehmet HATİPOĞLU**

Özet

İdare hukukuna özgü idari yaptırım ve tedbirler, çevrenin korunması bakımından etkili araçlar arasında yer almaktadır. İdare hukukunun dinamik özelliği, güncel çevre sorunlarına karşı hızlı tepkiler üretebilmesi, yaptırım stratejilerinde benimsenen ilkeler idari yaptırımları, çevreyi geliştirmeyi ve korumayı görev edinen ülkeler için vazgeçilmez kılmaktadır. İdare hukuku ile çevre sorunsalı arasındaki illiyet bağına binaen, ülkeler farklı yaptırım ve tedbir türleri benimseyerek, idarelerini yetkilendirmişlerdir. Anglo sakson ülkeleri arasında sayılan Avustralya açısından bakıldığında da yerel, eyalet ve federal düzeyde uygulanan idari yaptırımlar, esas alınan bazı ilkeler doğrultusunda örnek oluşturabilecek türdendir. Bütünleştirme ihtiyacı, ihlallerin derecelendirilmesi ve birim sistemi gibi uygulama esaslarını geliştirme çabasında olan Avustralya'da mali nitelikte olan ve olmayan idari yaptırımlar, çevresel etkin bir koruma oluşturmaktadırlar.

Anahtar Kelimeler: Çevre Koruma, İdari yaptırım, Avustralya, Yaptırım Stratejileri

* Bu çalışma 2013 yılında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne sunulan "Çevre Korunmasının Sağlanması Konusunda Uygulanan İdari Yaptırımların Avustralya ve Türkiye Açısından Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi" başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

** Uşak Üniversitesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ADMINISTRATIVE SANCTIONS FOR ENVIRONMENTAL PROTECTION IN AUSTRALIA

Abstract

Administrative sanctions and precautions pertaining to the administration of law, are among the effective tools for the protection of the environment. Dynamic feature of administrative law, production of quick responses to current environmental issues, adopted principles of sanction strategies make administrative sanctions indispensable for countries that are committed to develop and protect the environment. According to causal link between the administration law and environmental issues, countries are authorized their governments by adopting different types of sanctions and precautions. In terms of Australia that is one of the Anglo-Saxon countries, administrative sanctions applied in local, state and federal levels are such an example can be taken on the basis of principles basis. Financial and non-financial administrative sanctions constitute and effective environmental protection in Australia that is in effort of improvement for the implementation fundamentals of integration requirements, grading violations and the unit system.

Keywords: Environmental Protection, Administrative Sanction, Australia, Enforcement Strategy

I. GİRİŞ

Stephenson Harwood'un bir raporunda¹ belirttiği üzere örf adet hukuk sisteminin uygulandığı Avustralya'da ve özellikle de Yeni Güney Galler eyaletinde iyi yapılandırılmış bir yaptırım sistemi mevcuttur. Rapor, Yeni Güney Galler eyaletinde oldukça geniş bir adli ve idari yaptırım çeşitliliğinin olduğundan bahsetmiştir. Aslında Avustralya'daki çevre

¹ Stephenson Harwood, “**Comparative Analysis of Administrative & Civil Sanctions in other Jurisdictions**”, September 2007, Rapor 171. (dipnotta belirtilen eserde Ek-1 olarak yayınlanmıştır.)

korunmasında kullanılan bu yaptırım rejimi, 1999 olan yürürlük tarihi ile oldukça yenidir. Çünkü ceza hukuku anlamındaki yaptırımların tek başlarına, çok çeşitli çevresel ihlaller karşısında yetersiz kaldığı ortaya çıkmış ve korumanın daha etkin hale getirilmesinde yaptırımlar açısından çeşitlilik ve esneklik sağlanması konuşulmaya başlanmıştır. Böylelikle idari yaptırım türlerine ağırlık verilmiş ve bunlar, uygulama sürecinde de etkin olduklarını ispatlamışlardır².

Anglo-Sakson hukukunun uygulandığı İngiltere, Canada ve Avustralya'da idari yaptırım araçlarının ceza hukukundaki yaptırım araçlarına kıyasla oldukça fazla ve belirgin avantajlara sahip olduğu görüşü hâkimdir. Bu avantajlardan ilki ve belki de en belirgin olanı, idari yaptırım uygulama sürecinin kısalığından, hukuk ekonomisi açısından ceza yargılamasından daha verimli olmasıdır. Bunu ifade ederken ciddi çevre zararları elbette ki ceza mahkemelerinde takip edilecektir. Ceza davası gibi ağır işleyen bir süreç yerine yetkili idari otorite, oldukça hızlı ve ucuz bir şekilde mali ya da mali nitelikte olmayan idari yaptırımlardan yararlanabilir. İdari mekanizmalar bu yüzden maliyet etkinliği olan bir yaptırım seçeneği sunmaktadırlar. Hem bu özelliği ile, hem de yasal çerçeveler içerisinde kalmak koşuluyla bu tür yaptırımların mahkemeye gerek kalmadan uygun idari kurumlar tarafından uygulanması nedeniyle Avustralya'da idari yaptırımların uygulanma oranı her geçen gün artmaktadır³. Konuyla ilgili olarak Bagaric, sürecin önemli bir aşama noktası olarak gördüğü bu avantaj ile Avustralya'da derhal uygulanan bu

² Environmental Protection Agency, **A Study on the Use of Administrative Sanctions for Environmental Offences in Other Comparable Countries and Assessment of Their Possible Use in Ireland**, Prepared by Alison Fanagan-Orla Joyce, EPA Publication, 2009, s. 12-14

³ Carolyn Abbott, **Enforcing Pollution Control Regulation: Strengthening Sanctions and Improving Deterrence**, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009, s. 218. Beccaria da bu görüşe paralel olarak cezaların caydırıcı olabilmeleri için üç temel prensip ortaya koymaktadır. Bu prensipler önem sırasına göre: (1) kesinlik (certainty), (2) hızlilik (celerity/swiftness) ve (3) şiddetlilik (severity)., Cesare Beccaria, "An Essay on Crimes and Punishments.", İçinde geçtiği eser Francis T. Cullen and Robert Agnew (eds), *Criminological Theory: Past to Present – Essential Readings*, Second Edition, CA: Roxbury Publishing, Los Angeles, 2003, s. 20–22.

idari yaptırımlar sayesinde idarenin müdahale ettiği sorun aralığının oldukça genişlediğini ifade etmiştir⁴.

Avustralya’da mevcut olan idari araçların içeriğinde ve uygulama biçiminde aşağıda açıklamış olduğumuz yaptırım stratejilerinin izlerini görmek mümkündür. Ayrıca, yerel, eyalet ve federal düzeyde kurumlar açısından bütünleştirilmiş bir yaklaşıma duyulan ihtiyaç ile ihlallerin derecelendirilmesi ve idari para cezalarındaki birim sistemi Avustralya’da uygulamada açılımlara vesile olmuştur. Çalışmamızda, sınıflandırmaya göre öncelikle mali nitelikteki idari yaptırımları (Monetary Administrative Penalties) sonra da mali nitelikte olmayan idari yaptırımları (Non-Monetary Administrative Penalties) inceleyeceğiz.

II. AVUSTRALYA’NIN ÇEVRE İHLALLERİNE İLİŞKİN YAPTIRIM STRATEJİSİ

Tarihsel açıdan bakıldığında görülecektir ki; Avustralya’da çevre koruma görevini üstlenen idari ve adli makamların (environmental regulators) yaptırım anlayışı, “caydırıcılığın” aksine her zaman “uyumu” tesis etmeye yönelik olmuştur. Garbosky ve Braithwaite, 1984/1985 tarihinde Avustralya’nın iktisadi faaliyetleri düzenleyici kurumlarının yaptırım stratejilerine ilişkin yeni tarihli eserlerinde, *‘Avustralya genelinde yasal takibatla ilgili politikalarda kapsamlı bir çeşitlilik olmasına rağmen çevre koruma kurumlarının her zaman işletmelerle işbirliği halinde çalışmak ve ilişkilerini kuvvetlendirmek istediklerini’* ifade etmektedir⁵. Bu anlayışın hâlâ devam ettiğini söyleyebiliriz.

Avustralya’nın çevre koruma alanındaki yaptırım stratejisini, federal ve eyaletler bazında ele almamız gerekmektedir. Federal düzeydeki Uluslar Topluluğu Çevre, Su, Kültürel Miras ve Sanat Bakanlığı, federal düzeyde temel kanun olan 1999 tarihli Çevre ve Bitki Çeşitliliğini Koruma Kanunu’nu yürütmekle sorumlu iken eyaletlerin her

⁴ Mikro Bagaric, “Instant Justice? The Desirability of Expanding the Range of Criminal Offences Dealt with on the Spot”, Monash Uni Law Review 231, 1998, C. 24/2, s.250

⁵ Peter Grabosky, John Braithwaite, *Of Manners Gentle: Enforcement Strategies of Australian Business Regulatory Agencies*, Oxford University Pres, Oxford, 1986, s. 47

biri de farklı idari makamlarla kendi eyaletlerindeki çevre koruma kanunlarını yürütmektedirler⁶. Kanunun hükümlerini uygulamada benimsenen yaptırım biçimi, ihlalin niteliğine bağlı olarak çeşitlilik arz etmektedir. Fakat yine de, kişilerin kanunlara uyumunu sağlamada dava yoluna gidilmesinin kolaylıkla başvurulacak bir yol olmaması, bu yolun, ancak işbirlikçi ve alternatif yöntemlerin, çözümde yetersiz kaldığı çok ciddi çevresel olaylar için işletilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Bakanlık tarafından ortaya konan ‘uyum ve yaptırım politikaları’ nın özünde iletişim ve eğitim, ikna etme, işbirliği desteği, birlikte hareket etme gibi uyum odaklı stratejilere vurgu yapılmaktadır⁷. İdari ve adli makamların bu çabalarının sonuç vermemesi halinde elbette ki diğer yaptırım mekanizmaları devreye sokulacaktır⁸. Caydırıcılığa dayanan ve koşulların ortaya koyduğu gerekliliğe göre şiddetinin ve öneminin artabildiği yaptırımlar arasında izin ve ruhsatların iptali, askıya alınması, tedbir kararları, eski hale getirme (çevre ıslahı) emirleri, para cezaları ve ceza davaları bulunmaktadır⁹.

⁶ Principled Regulation: Federal Civil and Administrative Penalties in Australia (ALRC Report 95), published by Australian Law Reform Commission, s. 183

⁷ Department of The Environment, Water, Heritage & The Arts (DEWHA), “**Compliance and Enforcement Policy**”, 2009, s. 4, <http://www.environment.gov.au/about/publications/pubs/compliance-enforcement-policy.pdf>, Erişim Tarihi: 06/06/2014

⁸ Bu konuya paralel olarak ŞEN, “İdari Ceza Hukuku” adlı makalesinde anglo sakson hukuk sisteminde yaptırım anlayışını “hukuk kurallarına itaat etmemek ve çevreyi kirletmek ve bozmak derhal cezai sorumluluğu gündeme getirmez. Bu halde idari organ, hemen ihlale son vermesi için fail veya faillere ihtarname gönderir. Bu ihtarnameye rağmen, eğer ihlâl devam etmekte veya tekrarlanmakta ise, idare, fail ya da failler hakkında cezai takibat başlatılması amacıyla yargı makamlarına başvurur.” şeklinde ifade etmiştir., Simon Ball-Stuart Bell, **Environmental Law**, London, 1991, s.85-86, Günter Heine, “**Elaboration of Norms and Protection of the Environment**”, Duke-Environmental Law Policy Forum, Volume II, North Carolina, 1992, s. 112 Aktaran: Ersan Şen, “İdari Ceza Hukuku”, s. 28

⁹ Department of The Environment, Water, Heritage & The Arts (DEWHA), “**Compliance and Enforcement Policy**”, 2009, s. 5, <http://www.environment.gov.au/about/publications/pubs/compliance-enforcement-policy.pdf>, Erişim Tarihi: 06/06/2010

İhlallere karşı verilecek cevaplar, uygulanacak yaptırımlar çevre kirliliğinin derecesine ve düzenlemeleri görmezden gelerek uyumsuz davrananların zararlı faaliyetlerini devam ettirip ettirmemesine göre ağırlaşacaktır. Zararın ciddiyeti, suçun tekrarlanma olasılığı, kirletenin geçmiş sicili, ihlal etmenin idareye ve topluma maliyeti verilecek cevabın şiddetini değerlendirmede kullanılan kıstaslardır. Yaptırım politikası net bir şekilde, ilk kez işlenen ve zarar derecesi ağır olmayan ihlaller için kirletenin eğitimi ve onun uyarılması yönteminin uygulanması gerektiğini öngörmektedir¹⁰. Bu ayırım, Türkiye'deki kabahat ve suç ayırımını akla getirmektedir.

Avustralya'da çevre hukukunda sorumluluk konusu Türkiye'dekine benzer bir şekilde üçlü bir ayırma tabidir. Diğer bir ifade ile, çevresel zararlara neden olan gerçek veya tüzel kişilere uygulanacak yaptırımları, genel anlamda idari, hukuki ve cezai yaptırımlar (Administrative, civil and criminal penalties) şeklinde değerlendirebiliriz¹¹. Avustralya'da federal düzeyde bir kurum olan Avustralya Hukuk Reform Komisyonu'nun 2002 ve 2003 yıllarında sırasıyla yayınlamış olduğu ve federal yapı içerisindeki adli ve idari cezaları konu alan yayınlar¹² da bizlere oldukça ayrıntılı bilgiler sunmaktadır. Komisyon raporlarında incelemeye alınan bu yaptırım araçları arasında, başlıklar halinde hürriyeti

¹⁰ DEWHA, s. 8

¹¹ DEWHA, s. 7-10, Daha fazla bilgi için bkz., Environmental Protection Agency, **A Study on the Use of Administrative Sanctions for Environmental Offences in Other Comparable Countries and Assessment of Their Possible Use in Ireland**, Prepared by Alison Fanagan-Orla Joyce, EPA Publication, 2009, s. 4-10, EPA South Australia, Compliance and Enforcement Regulatory Options and Tools, EPA Publication, 2009, s. 18-28, 31-33, Maria Comino, Paul Leadbetter, **"Enforcement of Pollution Laws in Australia – Past Experience and Current Trends"**, Fifth International Conference on Environmental Compliance and Enforcement, Sydney, 2000, s. 60, Michael Woods-Richard Macrory, Environmental Civil Penalties, Published by Faculty of Laws, University College London, 2003, s. 20

¹² Australian Law Reform Commission (ALRC), **Principled Regulation: Federal Civil and Administrative Penalties in Australia (ALRC Report 95)**, Published in 2003, s.78-102, <http://www.alrc.gov.au/report-95>, Erişim Tarihi: 03.05.2010, ALRC, **Securing Compliance: Civil and Administrative Penalties in Federal Jurisdiction (DP 65)**, Published in 2002, <http://www.alrc.gov.au/report-95>, Erişim Tarihi: 03.05.2010

bağlayıcı cezalar, adli para cezaları, idari para cezaları ve diğer idari yaptırımlar, yaptırım benzeri tedbirler (quasi-penalties), gümrük ve tekel soruşturmaları yer almaktadır.

Çevre suçlarına karşı Bakanlık nezdinde başlatılan soruşturmalara ve açılan ceza davalarına federal düzeyde çok nadir rastlanmaktadır. Buna karşılık, uluslararası yaban hayatı ticaretine ilişkin hükümlerin ihlaline yönelik soruşturmalar sayıca daha fazladır. Başta bakanlık olmak üzere diğer idari kurumlara ve Uluslar Topluluğu Başsavcılığına intikal eden çevre sorunları, ulusal ve uluslararası önemi haiz sınırlı sayıdaki konuları içine almaktadır. Örneğin, Uluslararası öneme sahip sulak alanlar, federal düzeyde oluşturulan listede belirtilen tehlike altındaki türler ve ekolojik topluluklar, listeli göçmen türleri, Uluslar Topluluğu deniz çevresi, ulusal miras yerlerinin değerleri, dünya mirası niteliğindeki varlıklar ve nükleer faaliyetler gibi konular 1999 Tarihli Kanun'un kapsamı alanındaki hususlardandır. Ayrıca Kanun, federal kurumların, Uluslar Topluluğu arazilerini ilgilendiren çevresel, önemli etkileri olan düzenlemelerine karşı da koruma sağlar. O halde Avustralya Anayasası'nın 52. maddesinde belirtilen yetkiler açısından Federal Çevre Bakanlığı, ulusal ve uluslararası çevresel konularda, Avustralya Federal Polisi ve Avustralya Gümrük İdaresi ile yetki paylaşımına giderek 1999 tarihli Kanunu'nu yürütmektedir.

Çevre Yaptırım Stratejisi, eyaletler ve bölgeler açısından ele alındığında her ne kadar idari teşkilatlanma açısından her biri arasında küçük farklılıklar olsa bile¹³, federal düzeyde uygulanan stratejiye benzer

¹³ Her eyalet bünyesinde çevresel hususlarda farklı isimler altında Bakanlıklar bulunsa bile bazı eyaletlerde yetkilerin yine bakanlığa bağlı olarak Çevre Koruma İdaresi adlı makamlara bırakıldığını görmekteyiz. Mesela Güney Avustralya'da Çevre ve Doğal Kaynaklar Bakanlığı (Department of Environment and Natural Resources), Yeni Güney Galler (NSW)'de Çevre ve İklim Değişikliği Bakanlığı (Department of Environment and Climate Change), Queensland'da Çevre ve Kaynak Yönetimi Bakanlığı (Department of Environment and Resources Management), ACT'de Çevre ve Sürdürülebilir Kalkınma Bakanlığı (Department of Environment and Sustainable Development) Batı Avustralya'da Çevre ve Çevre Koruma Bakanlığı (Department of Environment and Conversation), Northern Territory, Department of Natural Resources, Environment and the Arts, vd.

bir durum görmekteyiz. Ele alınan çevresel sorunlar, insanları doğrudan etkileyen, geniş kapsamlı ve yerel sorunlardır. Burada da aşamalı bir yaptırım stratejisi öngörülmektedir¹⁴. Herhangi bir ihlal tespit edildiğinde ihlalin derecesine bağlı olarak ilk başta uyarı ve yönlendirme yapılır. Sonrasında aşağıda belirtilen Braithwaite ve Ayres'in yaptırım pramidinde¹⁵ aşamalı olarak artan diğer tedbir ve cezalar uygulanır. Ceza ihtarnamesi, idari para cezaları, ceza kovuşturması, ruhsat ve iznin askıya alınması ve iptali ve son olarak mahkeme kararı burada başvuru araçları arasındadır.



Ian Ayres ve John Braithwaite'in 1992 tarihli eserinde belirtmiş olduğu şekliyle; aslında Avustralya'daki yaptırım sisteminin de genel sınırları çizilmiştir. Bu bağlamda, gerek 1999 tarihli Çevre Koruma ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma Kanunu ve eyalet mevzuatları da bu yaptırım piramidini esas almıştır. Bu yaptırım sıralamasında Braithwaite'in dikkat

¹⁴ Neil Gunningham, "Enforcing Environmental Regulation", Journal of Environmental Law, 23-2, Oxford University Press, 2011, s. 183

¹⁵ Ian Ayres; John Braithwaite, **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**, Oxford University Press, New York, 1992, s. 36

çektığı husus, yukarıya doğru çıkıldıkça çevresel zararın ciddi boyutlara ulaşması ve buna paralel olarak uygulanacak yaptırımların da ağırlaşması; aşağı doğru uzanan yaptırım silsilesindeki temel amacın ise kirletenin ıslahına ve çevresel zararın telafisine katkı sağlanmasına yardımcı olunmasıdır¹⁶.

Eyalet ve Bölgelerde de Federal düzeyde olduğu gibi Çevre koruma makamları çevre kanunlarını halka uygulamakta uyumluluğu sağlama temelli hareket etmekte, ceza soruşturmasına başvurmayı en son çare olarak görmektedirler. Buna karşılık Yeni Güney Galler (NSW) ve Viktorya eyaletlerindeki çevre kirliliğini kontrol makamları, cezai tahkikat aracını Avustralya’daki diğer eyalet ve bölgelerde bulunan çevre makamlarından çok daha fazla kullanmaktadırlar¹⁷.

Avustralya’da çevre koruması konusunda cezai sorumluluğun esasları yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Özellikle suçta kasıt unsurunun nitelemesiyle ilgili son yüzyıldır, mahkemede görev yapan hâkimler arasında ciddi fikir ayrılıkları bulunmaktadır¹⁸. Avustralya Yüksek Mahkemesi’nde görülen *He Kaw Teh & R.* davasında Mahkeme, suçu ortaya koyan kanun maddesinin aksini ileri sürmediği müddetçe ceza hukuku anlamındaki çevresel bütün suçlarda kastı, gerekli bir unsur olarak kabul etmektedir. Aynı zamanda Yüksek Mahkeme, ceza kanunlarında kasta ilişkin şu üç yaklaşımın varlığından bahsetmektedir: birincisi, mahkûmiyetin kastın ispatına bağlı olduğu suç türleri, ikincisi kastın ispatına gerek olmayan fakat savunmanın¹⁹ var olduğu kusursuz sorumluluk gerektiren suçlar ve son olarak da hiçbir savunmanın ileri

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., Ian Ayres, John Braithewaite, “Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate”, Kristina Murphy, “**Moving Towards a More Effective Model of Regulatory Enforcement in the Australian Taxation Office**”, Working Paper No:45, 2004, s. 7-11

¹⁷ J. Norberry, “**Australian Pollution Laws: Offences, Penalties and Regulatory Agencies**”, in Australian Institute of Criminology Conference Proceedings, No: 26, Environmental Crime: Proceedings of a Conference held 1-3 September 1993, p. 10

¹⁸ Per Hunt CJ in *EPA & n* (1992) 26 NSWLR 352. Cited in G. Bates, **Environmental Law in Australia**, 5th Edition, Butterworths LexisNexis, Australia, 2002, s. 206

¹⁹ Burada en dikkat çeken savunma, “iyiniyetli ve kabul edilebilir bir maddi hata” nın varlığıdır.

sürülemediği mutlak sorumluluk gerektiren suçlardır. Avustralya’da kirlilik kontrolüne ilişkin yasal düzenlemeler, bu üç yaklaşımdan yararlanmaktadırlar.

Avustralya’nın sadece iki eyaletinde, çevresel sorunları ele alıp karara bağlayan nitelikli çevre mahkemesi bulunmaktadır. Hatta bunlardan Yeni Güney Galler eyaletinde bulunan Arazi ve Çevre Mahkemesi yüksek mahkeme düzeyinde görev yaparken Güney Avustralya’da yer alan diğer mahkeme, Çevre, Doğal Kaynaklar ve Kalkınma Mahkemesi adıyla görev yapmaktadır. Diğer eyalet ve bölgelerde ise çevre suçlarının yargılanmasının yapıldığı mahkemeler Sulh Ceza Mahkemeleridir. (Magistrates’ Court)²⁰.

Kara Avrupası Hukuku’ndan farklı bir yapıya sahip olan Anglo-Sakson Hukuk sisteminde de birtakım ihlallere uygulanacak yaptırımların ceza hukuku dışında tutulmak istendiği görülmektedir. Özellikle trafik kurallarına aykırı hareketler, ikamet ve iskân şartlarına uymama ve çevreyi kirlletme fiillerine yönelik uygulanan yaptırımların yetkisi idari makamlara verilmektedir. Bunun nedeni ise, kamu hizmeti gören ve önemli yetkileri haiz olan idari mekanizmaları, ilgili oldukları alanda düzene aykırı fiilleri icra eden kişilere karşı yaptırım uygulama yetkisi veren kamu gücüyle donatmak ve dolayısıyla da görevlerinin daha etkin gördürülmesini sağlamaktır²¹. Buradan hareketle asıl çalışma konumuz olan Avustralya’da çevre korunması konusunda uygulanan idari yaptırım ve tedbirlere geçmeden önce, yaptırım stratejisine de ışık tutan ihlallerin derecelendirilmesi konusuna değinmek yerinde olacaktır.

Çevre kirliliğinin kontrolüne ilişkin çoğu modern sistemin önemli özelliklerinden birisi, idari otoritenin güçlü bir yaptırım yetkisini haiz olmasıdır. Çevre koruma konusunda yetkili idari otoriteler, uygulamada birçok örnekte olduğu gibi, yasalara uyumu sağlamak adına ikna etme,

²⁰ Samantha Bricknell, **Environmental Crime in Australia**, AIC Reports Research and Public Policy Series 109, Published by Australian Institute of Criminology, Canberra, 2010, s. 12, Comino-Leadbetter, s. 63

²¹ Ersan Şen, “**İdari Ceza Hukuku**”, s. 27

çeşitli uyarılarda bulunma, aykırılıklara karşı tedbirler alma gibi bütüncül bir yaptırım anlayışını benimseyenler bile, işlevsel anlamda değişik sonuçlar doğuran ve ceza hukuku kapsamında değerlendirilen yaptırım araçlarına da sahiptirler. Nitekim teoride bu cezalandırma yetkileri iki ana kısma ayrılmaktadır. Birinci kısım, idari yaptırım mekanizmaları olarak adlandırılan ve içerisinde bir ruhsatın (izin) değiştirilmesi, askıya alınması, tamamen iptali, bir fiilden men etme, para cezası uygulama, iyileştirici bir işin yapılmasını emretme gibi çeşitli ceza ve tedbirlerden oluşmaktadır. İkinci kısımda ise, ceza yargılaması safhası olup söz konusu cezaların oluşması, bir mahkeme kararına bağlanmaktadır²². Bunların yanında Türkiye’de olduğu gibi Avustralya’da da var olan hukuk davaları sonucunda ortaya çıkan sorumlulukları da unutmamak gerekir.

III. AVUSTRALYA’DA ÇEVRESEL İHLALLERİN DERECELENDİRİLMESİ

Avustralya’daki çevre kirliliği ile mücadele hukukunun temel özelliklerini anlamak için çevre kanunlarının yürürlüğe giriş sürecine göz atmak gerekmektedir. 1970 tarihinde ilk defa Viktorya eyaleti kapsamlı bir kanunlaşma hareketi başlatmış daha sonraları diğer eyaletlere yayılmıştır. Fakat diğer eyaletlerdeki bu kanunlaşma hareketi, spesifik korumalar öngörmekteydi. Başka bir deyişle çevrenin genel anlamda korunmasından daha ziyade, hava, su, gürültü kirliliğine yönelik hareketlerle sınırlıydı. 1980’lerin sonu ve 1990’ların başında Avustralya çevre koruma konusunda büyük bir değişim yaşamıştır. Her eyalet, anayasada kendisine verilen hakkı dayanak göstererek “Çevre Koruma Kanun”larını yürürlüğe sokmuştur²³. Bu kanunlarda yer alan ve Avustralya ve Türk hukuk sistemindeki farkı ortaya koyan husus, çevresel

²² Anthony Ogas, Carolyn Abbot, “**Protection and Penalties**”, Presented at the Symposium on Law and Economics of Environmental Policy, University College London, September 2001, s. 3-4

²³ Comino, Leadbetter, s. 58-63

ihlallerin çevreye verdikleri zarar açısından derecelendirilmesidir. Bu, belirgin bir fark olarak ortaya çıkmaktadır²⁴.

Üç kategori halinde incelenen ihlallerin birinci kategorisinde kasten ve ihmal sonucu atıkların çevreye atılmasına, sızdırılmasına sebep olma, yetkili makamlardan izin almaksızın zararlı maddelerin çevreye yayma ya da bu maddeleri saklama gibi ihlaller yer almaktadır. Bu ihlaller, kasten veya taksirle işlenen suçlar olarak değerlendirilmekte²⁵, çevreye çok ağır, telafisi güç zararlar vermekte ve yaptırımları cezai yargılama sonucunda uygulanmaktadır. Mevzuata göre ikinci kategori ihlaller arasında, kastın ve taksirin olmadığı su, hava, ses ve toprak kirliliğine yol açan eylemler yer almaktadır. Kirlenme kontrol donanımını sağlamama, yetkili makamlardan alınan çevre koruma ruhsatlarının şartlarını ihlal etme gibi eylemler bu sınıfta yer almaktadır. Nihayet üçüncü kategori ise, çok daha küçük kabahat derecesinde bazı ihlalleri kapsamaktadır. Bu tür ihlaller, öncesinde alınan küçük önlemlerle ağır sonuçların doğmadığı ihlallerdir. Örneğin yerlere çöp atmak fiili bu sınıfta değerlendirilmektedir ve bu tür kabahatlere Avustralya'da idari yaptırımlar uygulanmaktadır²⁶.

Çevre kirliliğine ilişkin çok ciddi sonuçları olan birinci kısım suçlar²⁷ için ceza yargılaması sonucunda yüksek para cezaları, hürriyeti

²⁴ Jennifer Norberry, “**Australian Pollution Laws: Offences, Penalties and Regulatory Agencies**”, Environmental Crime: Proceedings of a Conference held 1-3 September, Hobart, 1993, s. 124-125

²⁵ Örnek olarak Queensland Eyaletinde yürürlükte olan 1994 tarihli Çevre Koruma Kanunu'na göre, çevrenin kasten kirlenmesi, daha yüksek cezanın uygulanmasına sebep olmaktadır. Çok ciddi çevresel zararların kasten verildiği yerlerde bireylere en yüksek para cezaları uygulanmaktadır. Bu, özel şahıslar açısından 5 yıla kadar hapis cezası dahi olabilmektedir., Australian Master Environment Guide,

²⁶ Maria Comino, Paul Leadbetter, s. 63, Wayne Stephen Gumley, “**Environmental Crimes: Offences, Penalties in Victoria**”, Corporate Misconduct eZine, Vol. 1, Issue 1, Thomson, s. 108, Brian Robinson, “**Review of the Enforcement and Prosecution Guidelines of the Department of Environmental Protection of Western Australia**”, This Report is prepared for The Minister for Environment and Heritage, 2003, s. 19-20

²⁷ Üç aşamalı yaklaşımın müşterek bir ilkeye dayandırılması için eyaletten eyalete değişen ve yürürlükte olan belli bazı ihlallerin tanımlarındaki temel farklılıkların ortadan kaldırılması gerekmektedir. Birinci aşama suçlar açısından ele alındığında, Yeni Güney Galler ve Viktoriya eyaletinde kasıt veya ihmali hareket mutlaka gerekli bir unsur olarak görülürken, Güney Avustralya'da suçun birinci aşamaya sokulması için kasıt veya

bağlayıcı cezalar ve ruhsatların iptali gibi cezalar öngörülmektedir. Birinci kısım suçlar için uygulanacak cezalar, eyaletler arasında farklılık arz etmektedir. Örneğin, Yeni Güney Galler Çevre Koruma Faaliyetleri Kanunu'nda suçun kasten işlenmesi halinde tüzel kişiler için 5.000.000 AUD iken gerçek kişiler için 1.000.000 AUD veya 7 yıla kadar hapis cezası, bahsedilen suçların taksirle işlenmesi halinde ise tüzel kişiler için 2.000.000 AUD ve gerçek kişiler için 500.000 AUD veya 4 yıl hapis cezası öngörülmektedir²⁸. Yine Batı Avustralya Çevre Koruma Kanunu'na göre birinci derece suçlar için cezalar, tüzel kişilerde 250.000 AUD'dan 1.000.000 AUD'a kadar yükselirken gerçek kişiler için 125.000 AUD'dan 500.000 AUD veya 5 yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza şeklinde karşımıza çıkmaktadır²⁹.

İkinci derece suçlar açısından bakıldığında, suçun manevi unsurunun kanıtlanmasına gerek duyulmadığını görmekteyiz. Bu tür suçlara verilecek cezalar, Batı Avustralya'da tüzel kişiler için 100.000 AUD ile 125.000 AUD arasında iken gerçek kişiler için 50.000 AUD ile 62.500 AUD arasında değişen adli para cezalarıdır³⁰.

dikkatsizlik yeterli addedilmektedir. Yeni Güney Galler'de suçun kasten işlenmesine hükmedilmesi, hem katı atık bertarafının gerçekleşmesine hem de bu bertarafın çevreye ciddi bir zarar vereceğinin bilincinde olunmasına bağlanmıştır. 1993 tarihli Güney Avustralya Çevre Koruma Kanunu'nda da benzer durum hüküm altına alınarak sanığın çok ciddi bir çevresel zararın doğacağı veya doğabileceği bilgisine sahip olması gerekliliğine işaret edilmiştir. Konuyla ilgili diğer bir husus bu tür suçların özel bir çevre kanununda mı yoksa ceza kanununda mı zikredilmesi gerektiği hakkındadır. Ceza hukukçularından bazıları, bu tür suçların çevre kanununda yer almasının uygun olmadığı yönünde görüş belirtirken diğer taraftan Wollongong Üniversitesi'nden Profesör Farrier bu suçların çevre kanunlarında yer almasını savunmuştur., R.J Fowler, **“Intergovernmental Aggrement on the Environment And Proposals For Uniform Offences And Penalties”**, <http://192.190.66.44/en/publications/previous%20series/proceedings/1-27/~media/publications/proceedings/26/fowler.pdf>, Erişim Tarihi: 10.10.2011

²⁸ NSW Protection of the Environment Operations Act (Yeni Güney Galler Eyaleti Çevre Koruma Faaliyet Yasası), Chapter V, Section 119, Yürürlük Tarihi: 1997

²⁹ Angela Hartley, **“Are Criminal Penalties the Most Effective Sanction for Offences Under Pt V of the Environmental Protection Act 1986 (WA)?”**, Environmental and Planning Journal 21, 2004, s.312. Bu makale, Western Australia Üniversitesinde hazırlanan bir yüksek lisans tezinden bölüm olarak hazırlanmıştır.

³⁰ Angela Hartley, a.g.e., s.313

Daha küçük çapta ve çevresel etkileri az olan ihlaller ise üçüncü derece ihlaller yani kabahatler şeklinde değerlendirilmektedir. Bu tür eylemlerin karşılığı olarak verilen idari tedbir ve cezalardan özellikle idari para cezalarının uygulanmasında sıkça rastlayacağımız “birim sistemi”ni de belirtmek gerekmektedir.

IV. AVUSTRALYA'DAKİ PARA CEZAALRINDA BİRİM SİSTEMİ (PENALTY UNIT SYSTEM)

Ceza Birim Sistemi ilk olarak 1981 yılında Viktorya eyaletinde uygulanmaya başlanmıştır. Parasal olarak azami derecedeki miktarların yerini bu parasal büyüklüğe denk düşecek ve belirlenmiş ceza birim sayıları almıştır. Örneğin 55.000 \$ ceza gerektiren bir ihlale karşı kanunda zikredilen miktar bu parasal büyüklük değil, bunun yerine eyaletler bazında farklı şekilde belirlenmiş miktarlara göre çarpılarak bulunacak olan ceza birimleridir (penalty units). Bir ceza biriminin 110 \$ olarak belirlendiği Yeni Güney Galler eyaletinde yürürlükte bulunan mevzuatta ihlale uygulanacak ceza 55.000\$ olarak değil, yukarıdaki orana göre 50 birim olarak ifade edilmektedir. Çarpım sonucu elde edilecek olan parasal değer her bir ihlalin ağırlık derecesine göre farklı şekillerde olduğundan ceza birimleri de farklılık göstermektedir. Bir birim cezanın parasal miktarı yasal düzenlemelerle devamlı olarak güncellenmektedir³¹.

Cezaların parasal miktar olarak uygulanması devamlı değişikliğe ihtiyaç duyduklarından uygulayıcılar açısından sıkıntı yaratmaktadır. Fakat ceza birimi sisteminin uygulanması, büyük miktarlardaki para cezalarının değişmesindeki ve hesaplanmasındaki karışıklığı ortadan kaldırarak kolaylık sağlamaktadır. Yani her yıl ceza miktarlarındaki, özellikle de yüksek değerli ceza miktarlarındaki değişiklikten kaçınmak için, eyaletler bazında her bir eyaletin mevzuatlarında³² farklı şekillerde

³¹ The Law Reform Commission Report on The Indexation of Fines, This Report was submitted on 30th October 1991 to the Attorney General, Mr Harold Whelehan, Ireland, 1991, s. 25

³² Örneğin Queensland eyaletinde yürürlükte olan 1992 tarihli Cezalar ve Hükümler (Penalties and Sentences Act) Yasasının “Ceza Biriminin Anlamı” başlıklı 5. maddesinde bir ceza biriminin 100 \$ olduğunu hükme bağlarken, 1914 tarihli Uluslar

ceza birimleri tespit edilmiştir³³. Bu sebeple Avustralya’da her bir yargı çevresinde gerek idari gerekse adli para cezalarının düzenlendiği birçok mevzuatta ayrı ayrı değişiklikler yapmaktansa sadece enflasyon oranı dikkate alınarak bir ceza birimi üzerinde değişiklik yapılmakta ve somut olayda o ihlalin ceza birimi miktarı ile bu oran çarpılmaktadır³⁴. Bu sistem, kanunilik unsuruna zarar vermeden vatandaşların suç ve cezalar üzerindeki kafa karışıklığını ortadan kaldırmakta ve daha bilinçli hareket etmelerini sağlamaktadır.

Türkiye açısından düşünüldüğünde, toplum düzeninin korunması ve sağlanmasında kullanılan birçok konudaki (çevre, sağlık, trafik, imar) idari yaptırım mevzuatında her yıl yeniden değerlendirme oranı belirlenmekte ve yukarıdaki tablolarda belirtilen ceza miktarları bu değerlendirme oranına göre her kanun için ayrı ayrı hesaplanıp miktarlar ortaya konmaktadır. Elbette ki cezalandırıcı ve önleyici etkisi olan bu cezalara maruz kalan ya da kalma olasılığı bulunan vatandaşlar için bu tür ceza tabloları karışık bir durum arz edebilmektedir. Hukuk ekonomisi açısından ve en önemlisi ceza bilgisi ile birey arasındaki ilişkinin sağlam tutulması bakımından böyle bir düzenlemenin ülkemiz açısından da uygulanması gündeme getirilebilir.

V. AVUSTRALYA’DA KURUMLAR AÇISINDAN BÜTÜNLEŞTİRİLMİŞ YAKLAŞIM İHTİYACI

Avustralya’da uluslararası çevre koruma ve kirliliğin önlenmesine dair yükümlülüklerin koordinasyonu ve yaptırımlar açısından bütünleştirilmiş bir yaklaşıma ihtiyaç duyulmaktadır. Bunu elde etmenin yolu, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki ‘Çevre Koruma Kurumu’ örneğine benzer bir şekilde, ulusal bir çevre koruma kurumunun

Topluluğu Suçlar Yasasının 4AA maddesi ile Yeni Güney Galler Eyaleti 1999 tarihli Suçlar Yasasının 17. maddesinde bir ceza birimi olarak 110 \$ öngörülmüştür. (Yıllık yeniden değerlendirme oranına göre değişebilir)

³³ Andrew Haesler, Andrew Miles, **The Law Handbook (Your Practical Guide to The Law in NSW)**, 11 th Edition, Section : Criminal Law, Redfern Legal Centre Publishing, s. 417

³⁴ Principled Regulation: Federal Civil and Administrative Penalties in Australia (ALRC Report 95), published by Australian Law Reform Commission, 13.03.2003, s.143

oluşturulmasıdır. Avustralya`da böyle bir kurumun kurulması, çok gayret gerektiren zorlu bir durum gibi gözükse de, şayet federal hükümet yeteri kadar kararlı olursa ve bu tür fonksiyonları icra eden federal bakanlıklar bazı sorumluluklarından feragat ederek devredebilirlerse mümkün gözükmektedir. Etkili bir çevre koruma kuruluşunun, açık bir yasal otoriteye, yeterli kaynaklara, geçerli, güvenilir yaptırım ölçütlerine olan bağlılığa ve federal-eyalet-yerel olsun her düzeydeki bireyleri ve sivil toplum kuruluşlarını kapsayan bir sisteme sahip olması gerekmektedir³⁵.

Şayet federal bir çevre kurumu kurulursa, Avustralya`da federal hükümetle eyalet hükümetleri arasındaki ilişki açısından gelişen dinamik, oldukça önemli bir konu haline gelecektir. Bu bağlamda Avustralya federal ve eyalet hükümetlerinin kurulacak olan bu kurumla ilişki içerisinde olacak ilgili diğer hükümet sistemlerinin birlikte nasıl çalışacağı ve çevresel alanlara nasıl intibak ettirileceği konusunda fikir üretmesi gerekecektir.

Tam da bu noktada Avustralya`da 1992`nin Mayıs ayında imzalanan Çevreye İlişkin Hükümetlerarası Anlaşma`ya (Intergovernmental Agreement on Environment) değinmek yerinde olacaktır. Anlaşma, Avustralya Federal Hükümeti, Eyalet ve Bölge Hükümetleri ile Avustralya Yerel Yönetimler Birliği arasında imzalanmıştır³⁶. Hükümetler ve yerel yönetimler arasında bir mekanizma oluşturmayı amaçlayan anlaşmanın hedefleri³⁷:

- Çevre konusunda işbirlikçi ulusal bir yaklaşımın elde edilmesi

³⁵ Donald Anton, Jenifier Kohout, Nicola Pain, “**Nationalizing Environmental Protection in Australia: The International Dimensions**”, Environmental Law Journal, Vol. 23, No. 3, s. 1-21

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz., Report on Environmental Infringement Notices (PINS) for Environmental Offences: A Step Towards Consensus on the Law Across Australia and New Zeland, Published by NELA and RMLA as a joint project, January 2008, s. 5-6

³⁷ Ben Boer, “**Environmental and Resource Law in Australia**”, Symposium Towards to 21st Century: Canadian- Australian Legal Perspectives, Osgoode Hall Law Journal, Volume 31, 1993, s.339

- Her bir hükümetin çevre konusundaki rollerinin daha açık bir biçimde ortaya konması
- Çevresel meselelerde federal, eyalet ve bölge hükümetleri arasında çıkan uyuşmazlıkların en aza indirilmesi
- İdarenin karar alma sürecinde daha şeffaf davranması
- Daha iyi bir çevre korumasıdır.

Anlaşma, aynı zamanda çevre konularıyla ilgili ulusal ve uluslararası politikaların geliştirilmesinde eyalet ve bölge yönetimlerinin önemli bir rol oynayacaklarını da kabul etmektedir. Ekolojik bakımdan sürdürülebilir kalkınmanın kapsamı, ekonomik ve ekolojik faktörlerin uyumlu bir şekilde bütünleştirilmesi için bir potansiyel oluşturmak ve şimdiki nesil ile gelecek neslin menfaatleri arasında bir denge yakalamaktır. Bu bağlamda anlaşma çevresel meselelerde işbirliği yapmak için etkin bir mekanizma oluşturmayı ve yönetimin farklı kademeleri arasındaki iş bölümünü düzenlemeyi amaçlamaktadır. Bu muhtelif hedeflere ulaşma yolunda taraflar, ihtiyat prensibi, kuşaklararası adalet, biyolojik çeşitliliğin korunması, ekolojik bütünlük, teşvik mekanizmalarının geliştirilmesi gibi bir dizi prensibi gerçekleştirmeyi taahhüt etmişlerdir³⁸.

Çevreye ilişkin hükümetlerarası anlaşma yukarıdaki hedeflere ek olarak, farklı düzeydeki yönetimlerin (federal-eyalet-yerel) sorumluluklarını, onların sahip oldukları rollerin çerçevesini çizmeyi ve her bir yönetimin çevresel konulardaki menfaatleri arasında denge oluşturmayı da amaçlamaktadır. Uluslar Topluluğu'nun aynı konuda ispat edilmiş bir menfaatinin varlığı halinde ve Topluluğun konuya ilişkin konumu müsaade ettiği sürece anlaşma, kendi sınırları içerisinde her bir eyalet ve bölge yönetiminin çevresel meselelerde bütünleyici (integral) bir sorumluluğunun olduğunu kabul etmektedir³⁹. Eyaleti ilgilendiren bir konuda Uluslar Topluluğu'nun müdahalesini gerekli kılan ya da bunun tam tersi bir durumda, anlaşma, taraflara çevresel uygulamaların işbirlikçi

³⁸ Çevreye İlişkin Hükümetlerarası Anlaşma, Madde 3

³⁹ CIHA, madde 2.5.3

bir yöntemle en ideal şekilde hayata geçirilmesi yönünde anlaşmaya varmaları konusunda fırsat tanımaktadır. Hatta, bazı durumlarda taraflar anlaşarak eyalet hükümetlerinin mevcut çevresel uygulamalarının Uluslar Topluluğu tarafından veya bunun tersinin yapılmasına karar verebilmektedirler. Fakat tarafların anlaşmaya varamadıkları, umulan sonuçları vermeyen konularda bu anlaşmazlığın çözümüne ilişkin nasıl bir prosedür izleneceği sözleşmede yer almamaktadır. Bu gibi durumlarda “anlaşmaya varmak için çaba sarf edeceklerdir” gibi bir hükümle yetinilmiştir⁴⁰.

Anlaşmanın kapsamında dikkat çeken konulardan birisi de, amaçlanan ulusal çevre koruma mekanizmasındaki idari yapılanmadır. Anlaşmanın ek dördüncü bölümü, bir Bakanlık Konseyi (Ministerial Council) tarafından yönetilen Ulusal Çevre Koruma Makam'ı (National Environment Protection Authority) kurulmasını öngörmektedir

Ulusal çevre kurumunun kurulmasıyla ilişkili olarak üzerinde düşünülmesi gereken başka sorunlar da vardır. Örnek vermek gerekirse, arabuluculuk ve uyuşmazlıkları çözüm mekanizmaları ABD`de ve az da olsa Kanada`da zenginleşiyorken Avustralya`da yeni yeni gelişme göstermektedir. Aslında Avustralya federal hükümeti 1991-1992 bütçesinde ulusal çevre kuruluşunun kurulmasına pay ayırmış fakat bu hayata geçirilmemişti. Geline nokta, tasarlanan kurumun, bazı akademik çevreler ve sivil toplum kuruluşları tarafından hükümete önerilen modellerden daha yalın ve güçsüz olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle kurumun etkinliğinin değerlendirilmesinden önce gerçek işleyişinin açık ve titiz bir şekilde gözden geçirilmesi gerekmektedir.

VI. İDARİ YAPTIRIM TÜRLERİ

A. Mali Nitelikteki İdari Yaptırımlar (Monetary Administrative Penalties)

Avustralya'daki hemen hemen bütün eyaletlerin yetki alanları içerisinde mali nitelikli idari yaptırımların uygulandığını görmekteyiz. Bu yaptırımların belirgin özellikleri ve uygulama usulleri, bu yaptırımlara

⁴⁰ CIHA, madde 2.5.1.1 (iii)

fırsat veren kanunlara göre çeşitlilik arz etmektedir. Avustralya’da çevre koruma konusunda parasal idari yaptırımlar dendiğinde akla gelen ilk araç, adına bazı kaynaklarda ceza ihtarnamesi (penalty notices) de denen ihlal ihtarnameleridir (infringement notices). Anglo Sakson hukukunun uygulandığı Amerika’dan farklı olarak Avustralya’da doğrudan bir idari para cezası yerine Macrory’nin karma bir sistem diye telaffuz ettiği “ceza ihtarnameleri” uygulanmaktadır. Avustralya Hukuk Reformu, ceza ihtarnamelerinin başlı başına bir idari ceza olmadığı, suç teşkil eden ya da etmeyen bir ihlali içeren sorunun ortadan kaldırılmasında kullanılan bir idari araç olduğunu ifade etmiştir. Böyle bir ihlal yapıldığında ilgili idari kurum ya konuya ilişkin inceleme başlatacak, ya adli kovuşturma için dava açacak ya da belirli bir miktar kefaretin ödenmesi suretiyle yükümlülüğü yerine getirmiş sayma teklifini faaliyette bulunan tarafa teklifi içeren ceza ihtarnamesi düzenleyebilecektir⁴¹.

1. Ceza İhtarnameleri (Penalty Infringement Notices)

Avustralya Çevre Kurumları, herhangi bir adli ya da cezai dava yoluna başvurmadan ziyade, çevre kirliliğine sebep olan faaliyetleri yürütenlere, belirli koşullarla ihlalin ortaya çıkardığı etkileri tasfiye ve tazmin etmek adına fırsat olarak belirli bir miktar paranın ödenmesini şart koşabilir⁴². Ceza ihtarnameleri olarak adlandırılan bu ödeme emirleri, bir tür idari uzlaşma aracıdır. Ödenecek olan paranın miktarı, ihlal edilen kanun ya da yönetmelik hükmüne uygun bir şekilde belirlenir ve bu miktar ödendiği takdirde sicil kaydında herhangi bir cezai hükme yer verilmez⁴³. Bu yönüyle ceza ihtarnameleri, değişken idari para

⁴¹ ALRC Report 95,p. 78, Richard Fox, “**Infringement Notices: Time for Reform**”, Australian Institute of Criminology Trends&Issues, No:50, November 1995, p.2

⁴² Örnek olarak bkz., Environment Protection Act 1970 s. 63/B (Victoria) ve Protection of Environment Operations Act 1997 s. 222-229 (NSW)

⁴³ Burada Victoria eyaletinde ceza ihtarnamelerinin uygulandığı ihlaller, 1970 tarihli Environmental Protection Act’de Tablo A’da sırasıyla verilmiş, NSW’de ise ceza ihtarnameleri, ikinci derece suçların bazıları için ve üçüncü derece suçların tamamında uygulanmaktadır. Daha detaylı bilgi için bkz., NSW Protection of the Environment Operations (Penalty Notices) Regulation 2004.

cezalarının⁴⁴ aksine, maktu bir niteliğe sahip olup, Hukuk Reform Komisyonunun raporunda da belirttiği üzere her ne kadar idari para cezalarına çok benzeseler de idari para cezaları ile karıştırılmamalıdır. Aslında değişken idari para cezaları, Yeni Güney Galler ve Viktorya eyaletlerinde hatta federal düzeyde kirlilikle mücadele için idarenin uygulamaları arasında da yer almamaktadır. Genellikle çevre koruma konusunda, yerlere çöp atmak, motorlu araçların emisyon sorunları gibi özellikle küçük ihlallere karşı ceza ihtarnamelerine başvurulmaktadır. Örneğin Victoria'da 1970 tarihli Yasada idareden izin almadan planlanmış yerlere katı atık boşaltımı yapmak gibi çevre ihlallerine karşı 110 \$ dan 5,500 \$ a kadar ceza ihtarnameleri uygulanmaktadır⁴⁵. Ceza ihtarnamelerinin miktarları faaliyette bulunan kişinin gerçek ya da tüzel kişi olup olmamasına göre farklılaşmaktadır. Tüzel kişilere gönderilen ceza ihtarnameleri miktar olarak daha fazladır.

Ceza ihtarnamesi yönteminin dayanak noktası, *Brian William Mcquade v Marion City Council* davasında şu şekilde özetlenmiştir:

“Gayet açık ve nettir ki; bu düzenlemelerin yürürlüğe konmasında Parlatmentonun niyeti, trafik cezaları gibi küçük ihlallere karşı uygulanan para cezalarının süratli bir şekilde toplanması için bir sistem oluşturmaktır. Bu sistem, ödemelerin elektronik yolla tahsili için modern teknolojiyi kullanarak, mahkemede geçirilen zamandan ve kullanılan

⁴⁴ Avustralya'da İdari para cezalarının değişken (variable monetary penalty) ve sabit idari para cezaları (fixed monetary penalty) diye ikiye ayrıldığını görmekteyiz. İkisi arasındaki fark, birisinde, miktarın tespitinde cezanın maksimum sınırının aşılması koşuluyla ve hafifletici-ağırlaştırıcı faktörler esas alınarak idarenin takdir yetkisinin olması iken diğesinde ise kanun ya da yönetmeliklerde belirtilen önceden hesaplanmış bir miktarın uygulanmasıdır., Richard Macrory, **Regulation, Enforcement and Governance in Environmental Law**, Cameron May Publishing, United Kingdom, 2008, s. 80-84

⁴⁵ EPA 1970, s. 27 (1), Burada ceza miktarları yukarıda açıklamasını verdiğimiz ceza birim sistemine göre hesaplanmaktadır. Avustralya'daki birim ceza, her yıl tüketici fiyat endeksi baz alınarak Monetary Units Act 2004 kapsamında uygulanmaktadır. Victoria'da 2011-2012 bütçe yılı için bir ceza birimi 122,14 \$ olarak hesaplanmıştır., <http://www.legalaid.vic.gov.au/1700.htm>, Erişim Tarihi: 05.01.2012

kaynaklardan tasarruf edilerek sorunun çözülmesi üzerine tasarlanmıştır⁴⁶.”

Diğer taraftan yukarıdaki mahkeme kararına paralel olarak Richard Fox da eserinde;

“Avustralya verileri, ceza yargılama sürecinden geçip de derhal mahallinde uygulanan parasal yaptırımlarla sonuçlanan suçlamaların oranının sistemin bütünü içerisinde değerlendirildiğinde oldukça önemli bir paya sahip olduğu açıktır. Bu durum bize net bir şekilde artık ceza yargılamalarının asıl işinin ağır suçlar olduğunu kanıtlamaktadır. Zira idari yaptırımlar gibi çabuk uygulanan yaptırımların uygulandığı hukuka aykırılıkların sayısı da her geçen gün açık bir şekilde diğer bütün suç sınıflarına göre artış göstermektedir⁴⁷ .

Bakanlık yönergesi, ceza ihtarnamelerinin esasen çaresi kolay olan ve faaliyeti yürüten tarafından bir defaya mahsus yapılan ihlaller için uygulanacağını öngörmüştür. Ayrıca çevresel zararın niteliğini belirlemek için araştırılması gerekli birçok faktör varsa, bu zararın giderilmesi için uzun vadeli bir çözüm geliştirmek gerekliyse ve ihlal sürekli olarak tekrarlanıyorsa ceza ihtarnamelerinin uygun bir yaptırım aracı olmadığı ifade edilmiştir. Bunun yanında eş zamanlı yapılan birden fazla ihlal varsa bu ihlallerin her biri kendi içerisinde küçük etkileri olan kabahatler taşısa da faaliyet gösterenin tekrarlanan hareketlerinde bir uyum sorunu olduğundan burada da ceza ihtarnamelerinin uygulanması uygun düşmeyecektir. Zira Avustralya'da mütemadi çevre ihlalleri küçük etkileri olsa bile mahkemede yapılan yargılama ve sonucunda çıkacak olan karar ile yaptırıma tabi tutulmaktadır⁴⁸ .

⁴⁶ Brian William Mcquade v Marion City Council (1998) 100 ACrimR 203, 206, discussing the Expiation of Offences Act 1996 (SA).

⁴⁷ Richard Fox, “**Criminal Sanctions at the Other End**”, paper presented at 3rd National Outlook Symposium on Crime In Australia: Mapping the Boundaries of Australia's Criminal Justice System, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1999, s. 6-7

⁴⁸ Department of Environment and Conversation, **EPA Prosecution Guidelines**, Sydney, 2001, p. 22-23

Ceza ihtarnameleri, kanunda belirtilen yetkili kurum ya da memurlar tarafından düzenlenip ilgili kişiye elden ya da posta yolu ile tebliğ edilmektedir. Örneğin Yeni Güney Galler eyaletinde EPA (Environment Protection Authority) denilen Çevre Koruma Kurumu genel yetkili kurumdur. Bunun yanında denizcilik ve su faaliyetlerinin denetçisi konumundaki Su Yolları Kurumu (Waterways Authority), belediyeler, eyalet polisleri gibi kuruluşlar da bu ihbarnameyi düzenleyebilmektedirler. Çevresel zararları çok ciddi olmayan faaliyetlere ilişkin uygulandılarından ve uygulanış şeklindeki kolaylıktan sayılan yetkili idari kurumlar için çok etkili ve caydırıcı bir idare hukuku aracıdır. Fakat Çevre Koruma Kurumunun, görevlerini nasıl yerine getirdiklerine ilişkin diğer kuruluşlar üzerinde doğrudan bir denetim yetkisi olmadığından uygulayıcılar, ceza ihtarnamelerinin düzenlenmesinde Bakanlığın çıkardığı yönergeye ve hakkaniyete uygun hareket etmek zorundadırlar⁴⁹.

Avustralya'da ceza ihtarnamesini alan kişi, ihtarnamede belirtilen miktarı ödemek yerine meselenin, ceza mahkemesinde görüşülmesini talep hakkını da kullanabilir. Fakat ceza mahkemesinde verilecek muhtemel ceza, ceza ihtarnameleri tablosunda belirtilen en yüksek ödemeden bile oldukça fazla olabileceği için beklendiği üzere faaliyet gösterenler risk alarak bu seçeneği tercih etmemektedirler. Zira burada, kimse ceza mahkûmiyet kararı ile ilişkilendirilip olumsuz bir sicil ile anılmak istememektedir⁵⁰. Çevreye zarar veren kişiye gönderilen ceza ihtarnamesine karşı kanun yolları arasında meseleyi mahkemeye göndermekten başka iki yol daha dikkat çekmektedir. Bunlardan birincisi, sadece yerlere çöp atma fiiline ilişkin uygulanan ve yasal beyanname (statutory declaration) diye adlandırılan yoldur. Buna göre, kendisinin fiili işlemediğini iddia eden kişi, fiilin kim tarafından işlendiğini, açık adresini, kimliğini ve bunun nedenini içeren bir matbu dilekçe ile Çevre Koruma Kurumu'na başvuru yapmaktadır. Burada önemle belirtelim ki; yasal

⁴⁹ EPA Prosecution Guidelines, p. 21

⁵⁰ Carolyn Abbot, s. 223-224

beyannamedeki ispata ilişkin kurallar, 1958 tarihli Kanıt Yasası'na (Evidence Act) göre belirlenmektedir. Başvuruyu değerlendiren Kurum, ceza ihtarnamesini geri çekebilme, yeniden düzenleyebilme ya da başvuruya ret kararı vererek cezanın ödenmesini isteyebilmektedir⁵¹. Resmi kurumlara bilerek yanlış beyanda bulunmak ise önemli bir suç teşkil ettiğinden failler ceza hukuku hükümlerine göre hapisle tazyik edilmektedirler. İkinci yol ise, kararının kurum içi denetimini talep hakkıdır (internal review). Tarafına ceza ihtarnamesi gönderilen taraf, kimlik tespitinde bir hata yapıldığı, hukuka aykırılık bulunduğu, 2006 tarihli İhtarname Kanunu'nda (Infringement Act) belirtilen zihinsel ehliyetsizlik ve affa konu olabilecek istisnai durumların varlığı inancında ise ceza ihtarnamesi kararının yeniden değerlendirilmesini, başka bir deyişle idari başvuru hakkını kullanabilir. Kurum 90 gün içerisinde durumu değerlendirdikten sonra bir karar alır ve tarafa tebliğ eder. Ödemenin yapılması yönünde çıkan karara uyulmaması, Kurumun meseleyi Sulh Ceza Mahkemesine sevk etmesi sonucunu doğuracaktır⁵².

B. Mali Nitelikte Olmayan İdari Yaptırımlar

1. İdari Uyarılar, Emir ve Talimatlar (Administrative Notices, Orders and Directions)

Yaptırım uygulamaya yetkili herhangi bir kurum ya da kamu görevlisi, bir çevre ihlalinin meydana geldiğine veya meydana gelmesinin kuvvetle muhtemel olduğuna kanaat getirmişse Avustralya'da idari uyarılar, emir ve talimatlar olarak bilinen araçları uygulamaya koyabilmektedir. Bu idari araçlar, yukarıda izah edilen yaptırım piramidinin tabanında yer alsalar bile kanun ve yönetmeliklere uyma

⁵¹ Bahsi geçen yasal beyanname, Avustralya'da özellikle trafik cezaları için çok sık rastlanan bir usuldür. Takdir edileceği üzere yasal düzenlemelerin yanında güven ilkesine de dayanan bu uygulama, doğru şekilde uygulandığında cezaların şahsiliği ilkesine katkılar sunmaktadır. Beyannamelere genellikle motorlu araçlarla işlenen çöp atma olaylarında rastlanmaktadır. Plaka numarasından araç sahibine gönderilen ceza ihtarnamelerinde suç anında aracın başkası tarafından kullanılması durumunda yasal beyanname ile gerçek sorumluların tespitine olanak sağlanmıştır., Ayrıntılı bilgi için bkz., Victoria Environment Protection Act 1970, Section 45/I

⁵² Environment Protection Agency, **Compliance and Enforcement Policy**, Victoria, 2011, s. 25, Victoria Infringement Act 2006, Section 21-27

sorunu olan gerçek ve tüzel kişiler için oldukça etkili sonuçları olan araçlardır. Kirletici faaliyetler sonucu ortaya çıkan veya olması muhtemel çevresel zararların hızlıca ve olumlu sonuçlar doğuracak şekilde bertarafına olanak sağlayan, herhangi bir mahkeme kararına ve müdahalesine gerek kalmaksızın uygulanabilen, masrafı oldukça düşük araçlardır. Neil Gunningham'ın başka bir ifadesiyle “*idarenin kaynaklarının yetersiz olduğu düşünüldüğünde bu tür araçlar, yetersiz kaynakların en alt seviyede tüketilmesi bağlamında ‘verimli’; ve caydırıcılık konusunda da ‘etkili’ olma özelliğine sahiptirler. Üstelik faaliyette bulunan açısından da ona gereksiz masraflardan kaçınmak için bir fırsat sunulmaktadır*”⁵³. Bunlara ek olarak belirtilmesi gereken diğer bir özellik ise; Avustralya'nın bütün yargı çevrelerinde özel çevre mahkemeleri ve çevresel konularda uzman hâkimler bulunmadığından bu tür idari uyarı ve talimat kararlarının çevre sorunlarını iyi bilen idari yetkililer tarafından uygulanması çözümü daha da kolaylaştırmaktadır⁵⁴.

Bu tür idari uyarı, emir ve talimatların önleyici etkisi, uyulmadığı takdirde ceza hukuku anlamında bir suçun oluşacağı ve kovuşturma yapılacağı gerçeğinden ileri gelmektedir⁵⁵. Uyarı veya talimatın yerine getirilmesi, faaliyette bulunana çok uzun, masraflı ve cezalandırıcı bir süreçten alıkoymaktadır⁵⁶. Bu yaklaşım, Avustralya çevre yaptırım

⁵³ Neil Gunningham, “**Beyond Compliance: Nexy Generation Environmental Regulation**”, Paper presented at the Current Issues In Regulation: Enforcement and Compliance Conference convened by the Australian Institute of Criminology, 2-3 September 2002, Melbourne, s. 9

⁵⁴ Carolyn Abbot, “**The Regulatory Enforcement of Pollution Control Laws: The Australian Experience**”, Journal of Environmental Law, Vol. 17, No: 2, Oxford, 2005, s. 166

⁵⁵ Bu konuda Richard Macrory, eserinde idari uyarı ve talimatlara uymayan şahıslara karşı ceza hukuku anlamında bir ceza kovuşturmasından daha ziyade idari para cezasına hükmedilmesinin daha yerinde olacağını ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi ve yazarın diğer önerileri için bkz., Richard Macrory, **Regulatory Justice: Making Sanctions Effective Final Report**, November 2006, s. 11

⁵⁶ Carolyn Abbot, **Enforcing Pollution**..., s. 235, Yapılan uyarılara ve verilen emir ve talimatlara uymama sonucunda Mahkeme, çok yüksek adli para cezalarına hükmedebilmektedir. NSW POEO Act'in 91/5. Maddesinde işletmeler için 1,000,000 \$ ve suçun devam ettiği her gün için 120,000\$; gerçek kişiler için ise 250,000\$ ve suçun

stratejisine de uygun bir yaklaşımdır. Bu yüzden şimdi üzerinde duracağımız bazı ihlaller açısından doğrudan bir idari ceza uygulamak yerine uyarı ve talimatlara başvurmak çevrenin korunmasında bir algı oluşturmak adına da önemli bir yöntemdir. Fakat uyarı ve talimat düzenleme yetkisi sınırsız bir yetki değildir. Düzenlenecek olan uyarı ya da talimatın haklı gerekçelere dayanması ve neye ilişkin olduğunun açık ve net bir şekilde belirtilmesi, yani anlaşılır olması gerekmektedir. Bunun önemi yukarıda da ifade edildiği üzere uymama neticesinde cezai bir sorumluluğun var olmasıdır. Örneğin, Batı Avustralya Yüksek Mahkemesi’nde görülen *Goldbar Holdings Pty Ltd* davasında Mahkeme, kirliliğin azaltılması uyarısının bazı bölümlerini, düzenlemedeki belirsizlik ve yetki aşımı olduğundan bahisle iptal etmiştir⁵⁷. Davalı şirket tarafından makine ile kalker taşı kesim işlemi esnasında ortama yayılan toz ve püsküren sıvının zararını önlemek adına bir idari uyarı düzenlenmiştir. Batı Avustralya Çevre Koruma Kanunu’nun (Environment Protection Act) ilgili maddesi gereğince, icraya yetkili amir, yapılması gerekli işlemleri, alınacak önlemleri ve bu talimatın hazırlanma nedenlerini açıklayıcı şekilde belirtmesi gerekirken alınan bu önlemlerin bazılarının kabul edilebilirliğinin “denetçinin memnuniyetine” diğerlerinin ise idari amirin “onayına” bırakılması gibi muğlak bir ifadenin iptal nedeni olduğu kabul edilmiştir⁵⁸. Benzer bir dava olan ve Viktorya Yüksek Mahkemesi’nde görülen *EPA-Simsmetal Ltd* davasında temizleme uyarısında faaliyette bulunanın yükümlülükleri belirtilmediğinden ve bu nedenle nasıl hareket edileceği kavranamayacağından bu uyarı da iptal edilmiştir⁵⁹.

devam ettiği her gün için 60,000\$ adli para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm, ileride açıklanacak tüm uyarı ve talimatlar için geçerlidir.

⁵⁷ Supreme Court of Australia, 84 Local Government and Environmental Reports of Australia (LGERA), 113, 1994 (Bu ve Avustralya’da görülen diğer davalarda alınan kararlara <http://www.austlii.edu.au/> adresinden arama yapılarak erişilebilmektedir.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz., Andrew Harman, “**Pollution Abatement Notices: The Requirement for Certainty**”, Environmental and Planning Law Journal, Vol. 12 No:2, April 1995, s. 147

⁵⁹ Supreme Court of Victoria, 70 LGERA 312, 1990

Yetkili makamların yaptırım araçları arasında çok önemli anahtar bir araç olan idari uyarılar, maddi anlamda bir iş yapma veya faaliyette bulunma gerekliliğini ifade etmektedirler. Victoria ve Yeni Güney Galler eyaletlerinde kirliliği kontrol eden mevzuatta son yapılan değişikliklerle birlikte idari uyarı ve talimat niteliğindeki hükümlerde artış yaşanmıştır. Fakat *Goldbar Holdings* ve *Simsmetal* gibi davalarda verilen kararlar, hiç şüphesiz çevrenin korunması görevini üstlenen yetkili kurumların idari uyarı ve talimatları düzenlemelerinde daha dikkatli davranmalarını sağlamıştır.

İdari uyarılardan başlıcaları temizleme uyarısı (clean up notice), engelleme uyarısı (prevention notice), yasaklama uyarısıdır. (prohibition notice) Bunlara ek olarak kirliliği azaltma uyarısı (pollution abatement notice) ile gürültü kontrol uyarısını (noise control notice) gösterebiliriz⁶⁰. Bunların tümüne kanunlarda “çevre koruma uyarıları” başlığı altında yer verilmektedir⁶¹.

Birincisi olan çevreyi temizleme uyarısının kirletene tebliği sonucunda kirletenden çevresel zararı ortadan kaldırmak adına belli davranışlarda bulunması istenmektedir. Bu, belli bir işi yapmak gibi olumlu yönde olabileceği gibi bazı şeyleri yapmaktan sakınma gibi olumsuz yönde de olabilir. Temizleme uyarısına karşı yapılacak işler arasında, herhangi bir olay sonucu ortaya çıkan ya da çıkma ihtimali olan kirliliğin önüne geçmek, kirliliği minimize etmek, tamamen ortadan kaldırmak, gidermek, etkileri hafifletmek, bazı şeyleri imha etmek sayılabilir. Bunların yanında ortaya çıkan kirliliğin niteliğini ve kapsamını saptayarak bilinçli bir şekilde hareket edip telafi edici planlar hazırlamak, bunları icra etmek de bu çerçevede yapılması gerekenlerdendir⁶².

⁶⁰ Department of Environment and Conservation NSW, **Guide to Notices: Issuing Notices Under The Protection of the Environment Operations Act 1997**, Sydney, 2006, p. 6-17., Comino-Leadbetter, p. 68

⁶¹ NSW Protection of The Environment Operations Act 1997 (POEO Act), sec. 90., Çevre Koruma Uyarıları, NSW Çevre Koruma Faaliyetleri Kanunu'nun 4. Kısımında 89-113 maddeleri arasında, Victoria Çevre Koruma Kanunu'nun 5. Bölümünde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

⁶² DEC, Guide to Notice..., p. 1

Hazırlanan temizleme uyarısında kirletenin açık kimliği, kirliliğin konusu, yapılması gerekenler ayrıntılı bir şekilde belirtilmektedir.

Çevre temizleme uyarıları yetkili idari makamlar tarafından kirletene karşı yazılı şekilde verilmektedir. Şayet gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu uyarılar sözlü olarak da yapılmaktadır. İdarenin hazırlamış olduğu bu uyarılar sonucu ortaya çıkan idari masraflar da tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde kirleten tarafından ödenmektedir. NSW Çevre Koruma Faaliyetleri Kanunu'nun 94. maddesinde ödenmeyen masraflar için 200 ceza birimi idari para cezası uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

İkinci olarak koruyucu ve önleyici uyarı ve talimatlardan bahsetmek gerekir. İdarenin koruyucu ve önleyici talimatlarını, herhangi bir yerde çevresel açıdan uygun olmayan bir biçimde yapılan veya yapılacak olmasında makul şüpheler bulunan zararlı faaliyetlerin doğmasına engel olma ve etkilerini azaltma konusunda uygulanan araçlar şeklinde tanımlayabiliriz. Avustralya'da idare, bu yöntemle faaliyette bulunanlara çevresel etkileri olan işlerin yapılmasıyla ilgili bazı koşullar getirmiştir. Örneğin işletmelerde kullanılan ve çevreye zararlı etkileri olan araç, gereç ve her türlü donanımın tamir ve bakımı, değiştirilmesi, yenilenmesi, kurulumu, çalışma yöntemlerinin iyileştirilmesi, zararlı etkilerin azaltılmasına yönelik usullerin geliştirilmesi, bazı faaliyetlerin belli bir zamanda ve mekânda yapılması, kirliliğin nedenlerinin saptanması, analiz edilmesi ve denetlenmesi, atıkların taşınmasında, yeniden kullanılmasında, geri kazanımında, taşınmasında şartlara uygun hareket edilmesi gibi konular koruyucu ve önleyici talimatların kapsamını oluşturmaktadır⁶³. Bu yönde talimatlar alan kişiler gerekli adımları atmakla yükümlüdürler. Yine burada da yukarıda izah edildiği gibi gerekleri yerine getirmemenin adli para cezası gibi çok ağır yaptırımları bulunmaktadır⁶⁴.

⁶³ NSW POEO Act, sec. 96

⁶⁴ NSW POEO Act, sec. 97

Üçüncü olarak yasaklama emirleri ise diğerlerinden farklı olarak faaliyeti yürüten üzerinde ağır sonuçlar doğurabilecek bir idari araçtır. Bu yüzden yetki açısından Çevre Koruma Kurumunun teklifi üzerine Bakanlık tarafından ve yazılı olarak düzenlenen bir emirdir. Bu araç, bizdeki faaliyetin durdurulması yöntemine çok benzemektedir. Yukarıda bahsedilen ilk iki idari uyarı ve talimata uymayan kirletici için belirli bir süre veya süresiz olarak faaliyetinin durdurulması istenilmektedir. Çevreye ve kamu sağlığına zararlı etkileri olan veya herhangi bir kişiye rahatsızlık veren faaliyetler Bakanlık talimatıyla durdurulur⁶⁵.

Burada faaliyet gösterenlerin yapılan uyarı ve talimatların gerekliliklerini yerine getirmedikleri takdirde bu işlerin idari kurumlar tarafından yürütüldüğünü ve sonrasında ortaya çıkan masrafların faaliyette bulunanlar tarafından ödenme zorunluluğunun olduğunu ifade etmek gerekir⁶⁶. Ayrıca bu tür uyarı ve talimatların uygulanması, diğer idari yaptırımların uygulanmasına da engel teşkil etmemektedir⁶⁷.

2. İcrai Taahhütnameler (Enforceable Undertakings)

İcrai Taahhütnameler, son zamanlarda Avustralya, İngiltere ve Galler gibi yargı çevrelerinde uygulamaya konan yenilikçi ve alternatif yaptırım araçlarıdır. Hatta bu idari aracın Avustralya'nın bir icadı olduğunu dahi söyleyebiliriz. Her ne kadar çevre hukukunda yeni olsa da ilk olarak 1993 senesinde Avustralya Rekabet ve Tüketici Komisyonu tarafından uygulamaya konan araç 1998 yılında da Avustralya Güvenlik ve Yatırım Komisyonunca tanınmıştır. Kullanım buradan da federal ve eyalet düzeyinde diğer idari kurumlara sıçramıştır⁶⁸.

⁶⁵ DEC, Guide to Notice..., s. 11-12

⁶⁶ NSW POEO Act, Part 4.5, sec. 104-107

⁶⁷ Carolyn Abbot, Enforcing Pollution..., s. 236

⁶⁸ Kurumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Richard Johnstone-Christine Parker, "Enforceable Undertakings in Action: Report of a Roundtable Discussion with Australian Regulators", Melbourne Law School Legal Studies Research Paper No. 464, 2010, s. 6., available at <http://ssrn.com/abstract=1551627>, Erişim Tarihi: 04.10.2010

İdari uyarı ve talimatlara çok benzemekle birlikte belli miktar para cezası ödeme seçeneği sunmak bakımından onlardan ayrılmaktadır⁶⁹. Buradaki temel farklılık, icrai taahhütnamelerle, yetkili çevre kurumu ile çevresel ihlali yapan arasında ihlalin tazminine ilişkin bazı işlemlerin yapılmasına dair bir uzlaşma tesis edilmektedir. Uzlaşma, suçun ya da suçlunun kendine has özelliklerine uygun hale getirilerek genel anlamda suçluyu bazı eylemlerde bulunma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bunlara örnek olarak çevresel zararın giderilmesi, zarardan etkilenen tarafların zararlarının tazmini, bir çevre denetiminin başlatılması, kusurlu olan işletme yönteminin düzeltilmesi ve çevreye duyarlı bir toplum projesinin geliştirilmesini sayabiliriz. Diğer birçok idari yaptırım seçenekleriyle birlikte ele alındığında icrai taahhütnamelerin yaptırım ve uyum sürecinde oldukça esnek ve etkili bir yöntem sunduğunu ifade etmek gerekir⁷⁰.

İcrai taahhütnamelerin yukarıdakilere ek olarak daha başka yararları da vardır. Bunlardan birincisi, kanun hükümlerinin ihlal edildiği ya da ihlal iddiasının olduğu durumlarda her zaman uygulamaya konulabilmesidir. Gerçekten de oldukça ağır işleyen ve masraflı ceza yargılamalarının yerine, uyumsuzluk sonucu bir suç oluşturan fiil için kurum ve zarar veren (kirleten) bir takım taahhütler altına girebilmektedir. Tartışarak bir uzlaşma noktasına varmanın da elbette bir maliyeti (idari masraf) olacaktır. Diğer yandan uzlaşma süreci ciddi bir zaman ve çaba gerektirdiğinden “kestirme çözüm” olarak da algılanmamalıdır⁷¹. Fakat bütün bunlara rağmen bu yöntem Avustralya Hukuk Reform Komisyonu tarafından “*süreç açısından daha hızlı ve kaynakların kullanımı bakımından da uygun maliyetli*” olarak nitelendirilmiştir⁷².

⁶⁹ A. L. R. C. Report, p. 587

⁷⁰ Carolyn Abbot, Enforcing Pollution..., s. 245

⁷¹ Carolyn Abbot, Enforcing Pollution..., s. 245

⁷² Joseph Longo- Jan Redfern, “**Summary of Papers**” (Paper presented at Enforceable Undertakings Seminar by held The Australian Securities and Investments Commission (ASIC), 11 April 2000

İkinci faydası, endüstri kaynakları göz önünde bulundurulduğunda işletmelerin yüksek adli para cezaları ile cezalandırılmaları gibi sözüm ona “caydırıcılık” tuzağına düşmeleri engellenmektedir. Üçüncü olarak da uyarı ve emirler gibi diğer idari araçlardan farklı olarak icrai taahhütnamelerin ciddi çevre suçları bakımından daha uygun bir yöntem olduğunu söyleyebiliriz. Zira Kurum’la yapılan bu uzlaşma halka açık olarak yapıldığından faaliyette bulunanlar üzerinde çok önemli finansal maliyet etkisinin yanında saygınlık kaybına da neden olabilmektedir. Bu bağlamda Parker da icrai taahhütnameleri, *güçlendirici bir adalet unsuru* olarak tanımlamış ve *hukuki sorumlulukla ilgili bir anlaşmazlıkta tarafların tümü için, adaletin tesis edildiği inancı korunarak, alternatif bir çözüm şekli* olduğunu ifade etmiştir⁷³.

Yeni Güney Galler (NSW) ve Victoria eyaletlerinde icrai taahhütnamelerin çevre korunmasında bir araç olarak kullanılmaya başlaması sırasıyla 2005 ve 2006 yıllarına rastlamaktadır⁷⁴. Victoria’daki 1970 tarihli Çevre Koruma Kanunu 67D-67G maddeleri ile sistemin ana hatlarını belirlemiş ve Çevre Koruma Kurumu da uygulama da nasıl uygulanacağına dair bir yönerge ortaya koymuştur. Kurumun adli kovuşturma başlatmasını gerektirecek herhangi bir çevresel suç oluştuğunda ya da böyle bir iddianın bulunduğu durumlarda yönergedeki kriterlere uygun bir şekilde bu idari mekanizma işletilmektedir. Bu kriterler, suçun ağırlık derecesi, suçlunun kusurluluk oranı, yaptırımın maliyeti, adli kovuşturma yolunun ters bir tepki ile amaca zarar verip vermeyeceği meselesi ve önceden meydana gelmiş olaylarla ilgili dava yolunun başarısızlıkla sonuçlandığı emsal durumlardır. Kanun’a göre

⁷³ Christine Parker, “**Restorative Justice in Business Regulation? The Australian Competition and Consumer Commission’s Use of Enforceable Undertakings**”, *Modern Law Review*, Vol. 62 No. 2, s. 213

⁷⁴ NSW: PEOA 1997 sec. 253A, inserted by Protection of Environment Operations Amendment Act 2005, No. 96 Sch. 1. Victoria: EPA 1970 Sec. 67D-67G, inserted by Environmental Protection Amendment Act 2006., Avustralya’daki icrai taahhütnamelerin uygulanmasına ilişkin tartışmalar bakımından bkz., Sue Streets-Petras Kruzas-Mark Payton, “**Environmental Undertakings: Ownership and Obligations**”, *Environmental and Planning Law Journal* Vol. 19 Part 3, 2002, s. 180

şayet bir icrai taahhütname kabul edilip imzalanmışsa suç için kovuşturma yoluna gidilmemekte ve kişi bu taahhütnamede belirtilenlerin gereğini yaparsa bu fiil için de artık kovuşturma yolu kapanmaktadır⁷⁵. Yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde ise yaptırım için Kurum, sulh ceza mahkemesine müracaat etmektedir⁷⁶.

NSW'de ise 2002 yılında yapılan ve Çevre Koruma Faaliyetleri Kanunu'nun yeniden değerlendirilmesini konu alan tartışmalarda icrai taahhütnamelerin uygulanabilirliği ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. 2003 yılı haziran ayında yayımlanan raporda da bu geliştirilmiş yaptırım aracının uygulamada etkili sonuçlar doğuracağı, Avustralya Rekabet ve Tüketici Komisyonu ile Güvenlik ve Yatırım Komisyonu'nda olduğu gibi diğer idari kurumlara özellikle de Çevre Koruma Kurumu'na tanınabilecek bir yetki olduğu ifade edilmiştir⁷⁷. Herhangi ciddi bir itiraz ve eleştiriyle karşılaşmayan bu yaklaşım, 2005 yılında yapılan değişiklikle yürürlüğe konarak o zamanki adıyla Çevre ve İklim Değişikliği Bakanlığına da icrai taahhütnameleri uygulama yetkisi verilmiştir. Victoria'da yürürlükte olan hükümlere benzer bir şekilde NSW'de de taahhütnamedeki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde çevresel bozulmaya sebebiyet veren durum, burada özel mahkeme statüsündeki Arazi ve Çevre Mahkemesi'ne intikal ettirilecektir⁷⁸. Avustralya'daki elektrik enerjisi piyasasında en büyük şirket olan Delta Electricity'nin, 2007 yılında meydana gelen ve çevre bozulmasına sebebiyet veren olayına ilişkin Bakanlıkça yapılan inceleme sonucunda şirket yetkilileri ile bir uzlaşmaya varılarak çeşitli taahhütnameler alınmıştır. Bakanlığın yayınladığı basın bildirisinde şirketin, denetleme kurulundan gönüllü bir

⁷⁵ Victoria EPA 1970, sec. 67D

⁷⁶ Victoria EPA 1970, sec. 67E/2., Alan Cameron, "Effective Enforcement-The Australian Experience", Paper presented at the Second International Roundtable on Securities Markets in China, Shanghai, 6-7 June 2002, <<http://www.oecd.org/dataoecd/22/16/2755991.pdf>>

⁷⁷ NSW EPA, Issues Paper: A Review of the Protection of the Environment Operations Act 1997, Published by EPA, Sydney, June 2003, p. 9

⁷⁸ NSW PEOA 1997, sec. 253A

denetim⁷⁹ talep ettiği, gerekli araç ve gereçler sağlanarak personel eğitim programı düzenleyeceği ve 45,000 \$ değerinde çevresel ek önlemler alacağı ifade edilmiştir.

Federal düzeyde, 1999 tarihli EPBCA Kanunu'nun 486DA-486DB maddelerinde yetkili makamların, para cezası uygulanacak ihlallere ilişkin uzlaşma müessesesini işletilebilecekleri belirtilmiştir. Eyaletlerden farklı olarak federal düzeyde icrai taahhünamelerin sadece, hukuki sorumluluktan doğan para cezalarının uygulanacağı ihlallere karşı uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Uzlaşmadaki yükümlülükler aykırılık halinde ise burada da Bakanlık, uyuşmazlığı Federal Mahkeme'ye götürmektedir.

3. Çevre Denetimleri

Çevreye ilişkin sosyal ve politik sorunların her geçen gün artması karar alıcı organların ilgisini çevre kirliliğinin önlenmesi konusunda yeni ve daha yaratıcı metotlara çekmektedir. Avustralya açısından yeni kuşak ve ilgi çekici idari çözüm araçlarından birisi de yetkili bazı çevre kurumlarının uygulayabildiği çevre denetimleridir. Denetimler, çevresel gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediğine ilişkin sistematik, belgeye dayalı, düzenli ve tarafsız bir değerlendirme fırsatı sunmaktadırlar. Çevre mevzuatına uyumun ölçülmesi, işletmelerin çevreyi koruyucu donanım performansları, riskler ve tehlikeler, çevresel etki tahminleri, kontrol ve raporlama sistemleri, proje takibi ve program yönetimi gibi konular denetim kapsamı içerisinde ele alınmaktadır⁸⁰. Bu yönüyle onun amacı, gerçek ya da tüzel kişilerin çevresel performanslarını geliştirmek ve çevreyi bozucu hareketlerin tekrarlanmasını engelleme olasılığını artırmaktır⁸¹. Çevre denetimlerinin amacının cezalandırma olmadığı

⁷⁹ Gönüllü çevresel denetim sistemi, işletmelere kendi üretim süreçlerine, çevresel koruma standartlarını dahil etme imkanı sağlayan bir sistemdir. Avustralya'da gönüllü ve zorunlu olmak üzere iki tür çevre denetim sistemi bulunmaktadır. Ayrıntılar ileride "Denetim" başlığı altında ele alınmıştır.

⁸⁰ Neil Gunningham-James Prest, "Environmental Audits as a Regulatory Strategy: Prospects and Reform", Sydney Law Review, Vol. 15, Sydney, 1993, s. 492

⁸¹ Abbot, Enforcing Pollution..., p. 243

savunulsa da, yine de bu aracın iki temel cezalandırıcı ve caydırıcı etkisi olduğunu söyleyebiliriz. Bu bağlamda Carolyn, işletmenin çevre denetim süreci için belli bir mali külfet altına girmesi ile denetim sonucu ortaya çıkan sonuçların yetkili kurumlara bildirilmesini cezalandırıcı ve caydırıcı bir etki olarak açıklamıştır⁸².

Çevre denetimleri muhtemel çevresel zararların önceden belirlenerek tehlikenin ortadan kaldırılmasına yardımcı olmaktadır. Bütün denetim türlerinin sahip olması gereken temel unsurlar da bunu kanıtlamaktadır. Bu unsurlar dört başlık altında incelenebilmektedir: (1) idari yükümlülüklerle uyumun sağlanması, (2) sanayi ve işletme standartlarına uygunluğun sağlanması, (3) olağan çevresel olayların yönetiminin değerlendirilmesi, (4) belli eksikliklerin düzeltilmesi için bir faaliyet planı oluşturulması⁸³. Tüm bu unsurları kapsayarak barındıran çevre denetimleri, iyi bir geçmişe sahip olmayan ve çevre korunmasına katkı sağlayacak donanımına sahip olmada çok tembel davranan bazı işletmeler için oldukça yararlı bir idari araçtır.

Avustralya'da bazı yargı çevrelerinde mahkemeler de "çevre denetim emri"(environmental audit order) kararı vermeye yetkilidirler. Ancak bu yetki, kanun ve yönetmeliklere aykırılıklardan doğacak risklerin çabucak ve etkili bir şekilde ortadan kaldırılması adına, tartışmasız en iyi şekilde idare tarafından uygulanabilmektedir. Bu yüzden de Avustralya'da kirlilikle mücadele eden yetkili kurumlar, sık sık çevre denetimlerine başvurumaktadırlar. Denetim, kanun ve yönetmeliklerin, ruhsatta belirtilen şartların ve yukarıda incelediğimiz idari uyarı ve talimatların ihlal edildiğine dair yetkili makamlarda oluşan bir şüphe üzerine başlatılmaktadır.

1970'lerin başlarında ortaya çıkan ve 1980'lerde oldukça geniş uygulama alanı bulan çevre denetimleri Victoria eyaletinde Çevre Koruma Kurumu (EPA) tarafından yürütülmektedir. EPA bu yetkisini, çevre

⁸² Abbot, Enforcing Pollution..., s. 244

⁸³ Dixon Thompson-Melvin Wilson, "Environmental Auditing: Theory and Applications", Environmental Management Vol. 18, No 4, 1994, s. 606-607

denetçileri atayarak uygulamaya koymaktadır. Atanan denetçiler risk taşıyan faaliyet ve tesisler üzerinde incelemelerini yaparak rapor hazırlamaktadırlar. Sunulan raporda denetimin yapılmasına neden olan endüstriyel faaliyetlerin niteliği, atık, zararlı madde, gürültü gibi zarar verici unsurlar, denetlenen tesis ya da kişinin bilgileri, denetim sonuçları ve denetçinin imzası yer almaktadır. Victoria’da rapor sonucunda bir de sonucun olumlu ya da olumsuz olmasına göre çevre denetim sertifikası (certificate of environmental audit) düzenlenmektedir. Bu işlemler esnasında denetçilerin tarafsız davranmalarını ve eyalet çevre koruma politikasına bağlı kalmayı sağlayıcı bir takım yaptırımlar da getirilmiştir. Bunlar arasında onların EPA tarafından azli ve yanılıcı beyanlara karşı para ya da hapis cezası bulunmaktadır⁸⁴.

NSW’de yürürlükte olan Çevre Koruma Faaliyetleri Kanunu’nun 6. Kısımında düzenlenen çevre denetimleri zorunlu ve gönüllü çevre denetimleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Zira zorunlu denetim ve gönüllü denetim alanları birbirinden farklıdır. Denetimin bir lisans koşulu olduğu faaliyetlere ilişkin zorunlu denetim yapılmakta ve herhangi bir zorunlu denetimi gerektiren tesis ve faaliyet için gönüllü denetim yapılmasına izin verilmemektedir. NSW’de gönüllü denetimler, “Kirlilik Kontrolü Danışmanlık ve Proje” (PCCD) gibi bağımsız denetim şirketleri tarafından yapılmaktadır. EPA ve belediyeler tarafından herhangi bir zamanda yapılan zorunlu çevre denetimlerinin aksine gönüllü çevre denetimleri, suçlama kabilinden olmayan ve muhtemel çevresel risklerin erken teşhisini sağlayan güvenli araçlardır. Ayrıca gönüllü çevre denetimleri faaliyette bulunanın talebiyle başlatıldığından elde edilen sonuçlar ve alınması gerekli önlemler faaliyeti gösterenle bağımsız denetim şirketi arasında gizli kalmaktadır⁸⁵.

⁸⁴ Victoria EPA, sec. 53R-53ZE

⁸⁵ Bağımsız bir denetim şirketi olan Sydney Ports tarafından yapılan örnek denetim raporu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., “Independent Environmental Compliance Audit, Intermodal Logistics Centre”, prepared by Sydney Ports, December 2011, http://www.sydneyports.com.au/___data/assets/pdf_file/0017/17216/ILC_-_SF_-_E_-_REP_Independent_Environmental_Compliance_Audit_Final_v1_0_14_December_2011.pdf, (10.01.2012)

4. Ruhsatın Askıya Alınması ve İptali

Avustralya’da bütün eyalet ve bölgelerde, listelenmiş halde olan bazı faaliyetlerin⁸⁶ uygulamaya konabilmesi, izin ve ruhsat alma koşuluna bağlanmıştır. Bu ruhsat ve izne sahip olanların ruhsat ve iznin gereklerine aykırı olarak faaliyette bulunmaları, bu ruhsatın veya ruhsatın belli kısımlarının askıya alınmasını veya iptalini gerekli kılar. Bu da bir fabrikanın kapatılması veya üretim süreci faaliyetlerinin ciddi anlamda sınırlanması sonucunu doğurur. Bir ruhsata bağlı işletme ve faaliyet haklarının tümünün ya da bir kısmının geri alınması olarak bilinen “askıya alma” ve “iptal” yaptırımı, ceza yargılamasından daha şiddetli bir ekonomik çöküşe neden olmakta, buna bağlı olarak yaptırım piramidinin en tepesinde kendini bulmaktadır. Bu yüzden Avustralya çevre koruma sisteminde bu yaptırım, tartışmasız bir şekilde ceza kovuşturmasından daha cezalandırıcı ve caydırıcı algılanmaktadır. Fakat idarenin bu tür bir yetkiyi kullanırken aşırı derecede tedbirli davranması, caydırıcılık etkisini doğal olarak zayıflatmaktadır. Yine de ruhsatların askıya alınması ve iptali, halen yürürlükte olan diğer yaptırımların caydırıcılıkta etkisiz kalmaları ve çevre kirliliğinin sosyal zararının engellenemeyecek derecede artması durumlarında etkili bir araç olmuştur⁸⁷.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Avustralya’da federal ve eyalet bazında yaygın olmasına rağmen bu idari yaptırım aracı, diğer idari yaptırım araçlarıyla karşılaştırıldığında oldukça ihtiyatlı kullanılmaktadır. Herhangi bir çevre suçuna karşı yapılan ceza yargılamasından sonra bile hukuka aykırılığın devam ettiği ya da ruhsat sahibinin ruhsatta belirtilen şartlara aykırılıklarla ilgili geçmişe ilişkin iyi bir sicilinin olmayışı çeşitli

⁸⁶ Tarımsal üretimler, su ürünleri yetiştiriciliği, petrol ürünleri, madencilik, mayalama, damıtma, çimento ve kireç üretimi, seramik, kimyasal madde, kömür çeşitleri, atıkların gübreye dönüştürülmesi, beton, atık depolama, toplama, boşaltma, taş ve kaya parçalama, ufalama, ayrıştırma, elektrik, enerji, sulama, helikopter bağlantılı faaliyetler, besicilik, ağaç kesme, liman işletmeciliği, tersane işletmeciliği, metalurjik faaliyetler, kağıt ve selüloz vb. konularındaki faaliyetler ruhsat ve izin gerektirmektedir., Ayrıntılı bilgi için bkz., NSW POEO Act Schedule 1, Victoria EP Act sec. 71, Queensland EP Act Schedule 3

⁸⁷ Steven Shavel, “**The Optimal Structure of Law Enforcement**”, Journal of Law and Economics, Vol. 36 No. 1 Part 2, 1993, s. 261

uygulama sebepleridir. Gerek NSW gerekse Victoria eyaletinde benimsenen yaptırım politikası açısından ele alındığında, ruhsat iptalinin doğrudan uygulanmaması gerektiği, faaliyet gösterene daha hafif bazı yaptırımlar uygulandıktan sonra iptalin yürürlüğe konmasının daha makul olacağı anlayışı hâkimdir. Örneğin ihlalin devam edeceği ihtimalinde ruhsatın iptaline karar verileceği ihtarını taşıyan ceza ihtarnameleri ya da uyarı mektupları, iki eyalette de Çevre Koruma Kurumları'nın benimsediği bir yoldur. Federal düzeyde bu yetki EPBCA 144 ve 145. Maddeleri gereği Bakanlık tarafından kullanılmaktadır.

Ruhsat sahipleri bu yaptırıma karşı NSW'de Arazi ve Çevre Mahkemesi'ne, Victoria'da ise İdare Mahkemesi'ne dava açabilmektedirler.

VII. SONUÇ

Tüm dünyayı tehdit eden çevre sorunlarının önlenmesine ve bu sorunların çözümüne ilişkin faaliyetlerin etkin olabilmesi için çevresel zararların doğmasına sebebiyet veren kirleticilerin hukuki düzenlemeler ile kontrol altına alınması, çevre ihlalleri ve bunların sorumlularını belirleyecek denetim mekanizmalarının oluşturulması gerekir⁸⁸. Bunun için de, herkese ait olduğu kabul edilen çevre hakkının gerçekten kullanılabilir bir hak haline gelebilmesi için idarenin bütün kurumlarıyla birlikte çevrenin korunması konusunda yeterli hak ve yetkilere sahip kılınmaları şarttır. Böylelikle denetim, önleme ve cezalandırma mekanizmaları uygulanarak toplumda olması gereken çevre düzeni devlet tarafından sağlanmış olacaktır⁸⁹. Zira temel sorunların çözümü için idarenin faaliyetlerinin çevrenin korunması ve yönetilmesi amacıyla üstlendikleri görev ve sorumlulukları tam anlamıyla yerine getirme noktasında etkililik, en önemli amaçlardandır⁹⁰.

⁸⁸ Ersan Şen, Çevre Ceza ..., s.29,

⁸⁹ İbrahim Kaboğlu, “**Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri (Soyut Talepler mi? İnsan Hakları mı?)**”, İnsan hakları Yıllığı, Cilt 13, Ankara, 1991, s. 45

⁹⁰ Taytak Mustafa ve Meçik Oytun, “**Küresel Çevre Sorunlarına Karşı Uluslar arası Yeşil Diyalog**”, Uluslar arası Davraz Kongresi, 24-27 Eylül 2009, s. 262

Çevre korunmasında idari yaptırım ve tedbirlerin önemi oldukça büyük olsa da çevresel faaliyetler ile ortaya çıkan kirlilikle mücadelenin başarıya ulaşması ya da çevre hukukunun kapsamını belirleyen önleme ilkesi, bütüncül politikaların benimsenmesi ve korumacılığın ötesinde çevre ve insan sağlığının gelişmesini hedefleyen çevre politikalarının hayata geçirilmesi ile mümkün olabilir. Ancak bu politikaların uygulamaya aktarılmasında başarılı olunabilmesi için bireylerin, çevrenin korunması bilincinin aşılmasında, geleneksel hukuk kavramlarına egemen antroposantrik anlayışın aşılması ve çevre hukukunun bu kavramlara kattığı “insanı aşan” yeni anlamlarının içselleştirilmesi de zorunludur. Buna göre, Çevre Kanunlarında düzenlenen idari yaptırımların etkililiği, devletin kısa, orta ve uzun vadeli çevre politikaları ve bu politikaların basta tarım, imar, sanayi politikaları olmak üzere diğer tüm politikaları ile ilişkileri çerçevesine yapılacak düzenlemeler ile sağlanabilecektir.

Federal bir sistemle yönetilen Avustralya’da çevre kirliliğinin önlenmesi aşamasında uygulanan idari yaptırım ve tedbirler, onlara özgü niteliklerle birlikte önemli hale gelmiştir. Gerek caydırıcılık gerekse etkinlik açısından idari yaptırımlar Avustralya’da çevresel sorunların çözümünde başvurulan birincil araçlar olmuştur.

Bütün ülkeler açısından çevre korumada idare hukuku araçlarının kullanımından önce daha da önemli olan husus, yaptırım stratejilerinin belirlenmesidir. Avustralya özelinde duruma baktığımızda, ihlaller arasında bir derecelendirme yapıldığını, cezaların belirliliği ilkesini artıran ceza birim sisteminin uygulandığını, idari teşkilatlanma açısından ise bütünleştirilmiş bir yaklaşımın benimsendiğini görmekteyiz. Yerel, eyalet ve federal düzeyde yeterli bir çevre koruma mevzuatına sahip olan Avustralya’da önleyicilik ilkesi bağlamında müzakereli bir idari yaptırım ve tedbir uygulaması vardır.

İdarenin çevresel zararlar ortaya çıkmadan önce ortaya koyduğu tedbirler, ya da idarenin bu konuda verimliliği artırıcı çabaları, önleyicilik ilkesi bağlamında bir yaptırım anlayışını da beraberinde getirmiştir.

Anglo-Sakson hukukunun uygulandığı İngiltere, Canada ve Avustralya’da idari yaptırım araçlarının ceza hukukundaki yaptırım araçlarına kıyasla oldukça fazla ve belirgin avantajlara sahip olduğu görüşü hâkimdir. Bu avantajlardan ilki ve belki de en belirgin olanı, idari yaptırım uygulama sürecinin kısıllığından, hukuk ekonomisi açısından ceza yargılamasından daha verimli olmasıdır. Ceza davası gibi ağır işleyen bir süreç yerine yetkili idari otorite, oldukça hızlı ve ucuz bir şekilde mali ya da mali nitelikte olmayan idari yaptırımlardan yararlanabilir. Avustralya, idari mekanizmaların bu yüzden maliyet etkinliği olan bir yaptırım seçeneği olduğunu bütün yönleriyle kabul etmiştir. Hem bu özelliği ile, hem de yasal çerçeveler içerisinde kalmak koşuluyla bu tür yaptırımların mahkemeye gerek kalmadan uygun idari kurumlar tarafından uygulanması nedeniyle Avustralya’da idari yaptırımların uygulanma oranı her geçen gün artmaktadır

KAYNAKÇA

- Andrew Haesler, Andrew Miles, *The Law Handbook (Your Practical Guide to The Law in NSW)*, 11 th Edition, Section : Criminal Law, Redfern Legal Centre Publishing
- Andrew Harman, “Pollution Abatement Notices: The Requirement for Certainty”, *Environmental and Planning Law Journal*, Vol. 12 No:2, April 1995
- Angela Hartley, “Are Criminal Penalties the Most Effective Sanction for Offences Under Pt V of the Environmental Protection Act 1986 (WA)?”, *Environmental and Planning Journal* 21, 2004
- Anthony Ogus, Carolyn Abbot, “Protection and Penalties”, Presented at the Symposium on Law and Economics of Environmental Policy, University College London, September 2001

- Ben Boer, “Environmental and Resource Law in Australia”, Symposium Towards to 21st Century: Canadian-Australian Legal Perspectives, Osgoode Hall Law Journal, Volume 31, 1993
- Brian Robinson, “Review of the Enforcement and Prosecution Guidelines of the Department of Environmental Protection of Western Australia”, This Report is prepared for The Minister for Environment and Heritage, 2003
- Carolyn Abbot, “The Regulatory Enforcement of Pollution Control Laws: The Australian Experience”, Journal of Environmental Law, Vol. 17, No: 2, Oxford, 2005
- Carolyn Abbott, Enforcing Pollution Control Regulation: Strengthening Sanctions and Improving Deterrence, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2009
- Christine Parker, “Restorative Justice in Business Regulation? The Australian Competition and Consumer Commission’s Use of Enforceable Undertakings”, Modern Law Review, Vol. 62 No. 2
- Department of The Environment, Water, Heritage & The Arts (DEWHA), “Compliance and Enforcement Policy”, 2009
- Department of The Environment, Water, Heritage & The Arts (DEWHA), “Compliance and Enforcement Policy”, 2009
- Dixon Thompson-Melvin Wilson, “Environmental Auditing: Theory and Applications”, Environmental Management Vol. 18, No 4, 1994
- Donald Anton, Jeniffer Kohout, Nicola Pain, “Nationalizing Environmental Protection in Australia: The

- International Dimensions”, Environmental Law Journal, Vol. 23, No. 3
- Environmental Protection Agency, A Study on the Use of Administrative Sanctions for Environmental Offences in Other Comparable Countries and Assessment of Their Possible Use in Ireland, Prepared by Alison Fanagan-Orla Joyce, EPA Publication, 2009
- Environmental Protection Agency, A Study on the Use of Administrative Sanctions for Environmental Offences in Other Comparable Countries and Assessment of Their Possible Use in Ireland, Prepared by Alison Fanagan-Orla Joyce, EPA Publication, 2009
- Günter Heine, “Elaboration of Norms and Protection of the Environment”, Duke-Environmental Law Policy Forum, Volume II, North Carolina, 1992
- Harwood, Stephenson. “Comparative Analysis of Administrative & Civil Sanctions in other Jurisdictions”, September 2007
- Ian Ayres; John Braithwaite, Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate, Oxford University Press, New York, 1992
- İbrahim Kaboğlu, “Dayanışma Haklarının Hukuksal Değeri (Soyut Talepler mi? İnsan Hakları mı?)”, İnsan hakları Yıllığı, Cilt 13, Ankara, 1991
- Jennifer Norberry, “Australian Pollution Laws: Offences, Penalties and Regulatory Agencies”, in Australian Institute of Criminology Conference Proceedings, No: 26, Environmental Crime: Proceedings of a Conference held 1-3 September 1993

- Jennifer Norberry, “Australian Pollution Laws: Offences, Penalties and Regulatory Agencies”, Environmental Crime: Proceedings of a Conference held 1-3 September, Hobart, 1993
- Kristina Murphy, “Moving Towards a More Effective Model of Regulatory Enforcement in the Australian Taxation Office”, Working Paper No:45, 2004
- Kruzas-Mark Payton, “Environmental Undertakings: Ownership and Obligations”, Environmental and Planning Law Journal Vol. 19 Part 3, 2002
- Maria Comino, Paul Leadbetter, “Enforcement of Pollution Laws in Australia – Past Experience and Current Trends”, Fifth International Conference on Environmental Compliance and Enforcement, Sydney, 2000
- Michael Woods-Richard Macrory, Environmental Civil Penalties, Published by Faculty of Laws, University College London, 2003
- Mikro Bagaric, “Instant Justice? The Desirability of Expanding the Range of Criminal Offences Dealt with on the Spot”, Monash Uni Law Review 231, 1998, C. 24/2
- Neil Gunningham, “Beyond Compliance: Nexy Generation Environmental Regulation”, Paper presented at the Current Issues In Regulation: Enforcement and Compliance Conference convened by the Australian Institute of Criminology, 2-3 September 2002
- Neil Gunningham, “Enforcing Environmental Regulation”, Journal of Environmental Law, 23-2, Oxford University Pres, 2011,

- Per Hunt CJ in EPA & n (1992) 26 NSWLR 352. Cited in G. Bates, Environmental Law in Australia, 5th Edition, Butterworths LexisNexis, Australia, 2002
- Peter Grabosky, John Braithwaite, Of Manners Gentle: Enforcement Strategies of Australian Business Regulatory Agencies, Oxford University Press, Oxford, 1986
- Principled Regulation: Federal Civil and Administrative Penalties in Australia (ALRC Report 95), published by Australian Law Reform Commission
- Richard Fox, “Criminal Sanctions at the Other End”, paper presented at 3rd National Outlook Symposium on Crime In Australia: Mapping the Boundaries of Australia’s Criminal Justice System, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1999
- Richard Fox, “Infringement Notices: Time for Reform”, Australian Institute of Criminology Trends&Issues, No:50, November 1995
- Richard Johnstone-Christine Parker, “Enforceable Undertakings in Action: Report of a Roundtable Discussion with Australian Regulators”, Melbourne Law School Legal Studies Research Paper No. 464, 2010
- Samantha Bricknell, Environmental Crime in Australia, AIC Reports Research and Public Policy Series 109, Published by Australian Institute of Criminology, Canberra, 2010
- Steven Shavel, “The Optimal Structure of Law Enforcement”, Journal of Law and Economics, Vol. 36 No. 1 Part 2, 1993
- Taytak Mustafa ve Meçik Oytun, “Küresel Çevre Sorunlarına Karşı Uluslararası Yeşil Diyalog”, Uluslararası Davraz Kongresi, 24-27 Eylül 2009, ss. 251-264

VEKÂLET SÖZLEŞMESİNİN VEKÂLETE ÖZGÜ SEBEPLERLE SONA ERMESİ

Yrd. Doç. Dr. Öz Seçer*

ÖZET

Ekonomik gelişmeler sonucu hizmet sektörünün büyümesi, vekâlet sözleşmesinin uygulama alanını genişletmiştir. Vekâlet sözleşmesinin uygulama alanının genişlemesi, vekâlet sözleşmesine ilişkin sona erme sebeplerinin ayrıntılı olarak incelenmesi gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada vekâlet sözleşmesinin sona erme sebeplerinin ayrıntılı olarak incelenmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Vekâlet Sözleşmesi, Sona Erme, Sona Erdirme, Ölüm, Ehliyetsizlik, İflas.

THE TERMINATION OF MANDATE CONTRACT RELATED TO SUI GENERIS REASONS

ABSTRACT

The growth of service sector due to economic developments, enlarged scope of application of mandate contract. The enlargement of scope of the mandate contract brings necessity of examination detailed of termination causes related to mandate contract. In this study, the termination causes of mandate contract will be examined in detail.

Keywords: The mandate contract, Termination, Revoke, Death, Incapacity, Bankruptcy.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş sözleşmelerden biri olan vekâlet sözleşmesi, günümüzde meydana gelen ekonomik değişikliklere paralel olarak hizmet sektörünün önemli ölçüde büyümesi sonucu, uygulama alanı genişleyen bir sözleşme özelliği göstermektedir. Vekâlet sözleşmesinin uygulama alanının genişlemesi, aynı zamanda bu sözleşmeye ilişkin kanun hükümlerinin uygulanması açısından sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sorunlardan biri de, vekâlet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin TBK m. 512-514 hükümlerinin uygulanmasıdır.

Çalışmamızın konusu, vekâlet sözleşmesine özgü sona erme sebeplerinin incelenmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda, ilk olarak vekâlet sözleşmesinin tek taraflı sona erdirmesi ele alınacak, daha sonra vekâlet sözleşmesinin, ölüm, taraflardan birinin ehliyetsizliği, iflas sebebiyle sona ermesi incelenecektir.

A. Tek Taraflı Sona Erdirme

1. Sona Erdirme Hakkının Hukuki Niteliği

“Sona ermesi” başlığı altında yer alan TBK m. 512/c. I’ e göre, ”Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir”¹.

Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan bu madde, vekâlet ilişkisinin tek taraflı beyanla sona ermesine ilişkindir. Vekâlet sözleşmesine ilişkin düzenlemeler arasında 512’inci maddedeki düzenlemeye yer verilmesi,

¹ BK m. 396/f. I’ e göre: “Vekâletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir. “ Taraflara, tek taraflı olarak diledikleri zaman vekâlet sözleşmesini sona erdirmeye imkân tanıyan hükümde, vekilin sona erdirmeye hakkını ifade etmek için “istifa”, müvekkilin hakkını ifade etmek için ise “azil” terimleri kullanılmıştır. Borçlar Kanunu’nun kaleme alınmasında, İsviçre Borçlar Kanunu’nun kullandığı geri alma ve fesih yerine, azil ve istifa kavramları tercih edilmiştir. Genel olarak azil, bir kimsenin bir görevden, bir işten alınması, el çektirilmesi; istifa ise bir kimsenin kendi isteği ile bir işten, görevden ayrılması anlamını taşımaktadır. Kanun burada her ne kadar istifa ve azilden söz etmekte ise de bunun geri alma olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. **Akıncı Şahin**, Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004, s. 57; **Tercier Pierre**, “L’extinction prématurée du contrat”, in *Das Architektenrecht Le droit de L’architecte*, Fribourg 1995, s. 367; **Serozan Rona**, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 131-132.

genel sebepler dışında özel bir sona erme şeklinin düzenlendiği anlamına gelmektedir². Diğer iş görme sözleşmelerinde, taraflar arasındaki ilişkinin bu kadar kolay çözümlenmesine olanak tanıyan herhangi bir düzenleme (eser sözleşmesindeki iş sahibinin tek taraflı feshini düzenleyen TBK m. 484 hükmü istisna olmak üzere) bulunmamaktadır³. Böyle bir düzenlemenin yapılmasının temelinde, vekâlet sözleşmesinin güven temeline dayalı bir sözleşme olması yatmaktadır⁴. Bu nedenle, Kanun taraflardan her birine dilediği zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilme yetkisini vermiştir. Vekâlet veren ve vekil, belirli bir sebebe dayanmadan ve belirli bir süreyle bağlı kalmadan her zaman sözleşmeyi sona erdirebilirler⁵.

² **Oser Hugo/Schönenberger** Wilhem, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V.Band: Das Obligationenrecht 2.Teil (Halbband): Art.184-418, Zurich 1936, Art. 404 N. 1; **BilgeNecip**, Borçlar Hukuku (Özel borç münasebetleri), Ankara 1971, s. 300.

³ **Gökyayla** Emre, Avukatlık Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2007, s. 40; **Abравanel Philippe**, “L’emprereur de chine et le grain de tabac reflexion sur l’article 404 CO”, Jdt 1987 I, s. 468; **Karabağ-Bulut** Nil, Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul 2014, s. 160.

⁴ **Piaget** Emmanuel, “Les regles du mandat face aux contrats innommés analyse conceptuelle et typologique du contrat de mandate, AJP/PJA 2005, s. 1000; **Dessemontet** François, Les contrats de service, s. 170-171; **Dürr** Carl, Werkvertrag und Auftrag – Kommentar der Art. 363 bis 379 und 394 bis. 406 OR, Vira 1983, s. 182; **Gökyayla** Emre, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007, s. 52; **Bucher** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1988, s. 227; **Zevkliler**Aydın/**Gökyayla** K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013; s. 624; **Gümüş** M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt. 2 İstisna Vekâlet Tellallık Vekâletsiz İş Görme Havale Vedia Kefalet Garanti, İstanbul 2010, s. 377; **Zembulidis** Temistokli, “Vekâlet”, İstanbul Barosu Dergisi, Mayıs 1942, Yıl XVI, S. 5s. 289; **Oser/Schönenberger**, Art. 404 N. 1; **Friedrich** Hans Peter, “Fragen aus dem Auftragsrecht”, ZBJV Band 21 Dezember 1955, s. 475; **Leuenberger** Christoph, Dienstleistungsverträge, ZSR 106 1987 II, s. 23; **Zevkliler** Aydın/**Ertaş Şeref/Havutçu** Ayşe/**Aydoğdu** Murat/**Cumaloğlu** Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, İzmir 2013, s. 630; aksi fikirde : **Fellmann**Walter, BernerKommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung Die einzelnenVertragsverhältnisse, 4.Teilband, Der einfache Auftrag, art. 394-406 OR, Bern 1992, Art. 404 N. 8; **von Büren** Bruno, Der Auftrag, Zurich 1944, s. 74-75; **Kayihan Şaban/Ünlütepe** Mustafa, Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri, FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, Y. 2014, s. 179; **Schmid** Jörg/**Stöckli** Hubert, Schweizerisches Obligationenrech Besonderer Teil, Zürich 2010, N. 1965.

⁵ **Tercier**, L’extinction prématurée du contrat, s. 366; **Liatowitsch** Manuel/**Mondini** Andrea, Jederzeitige Kündigung von Aufträgen schadet dem Dienstleistungssandort

Sona erdirmeye yönelik irade beyanının açığa vurulması yeterlidir. Taraflara tanınan bu olanak, onların temerrüde düşmesini de engellemektedir⁶. Taraflardan biri sözleşmeye son vermeye karar verdiği anda, iş görme borcunu ifa etme veya ifayı kabul etme yükümlülüklerinden de kurtulmaktadırlar⁷.

Buna karşılık, doktrinde bir başka görüş⁸, bütün vekâlet sözleşmelerinde taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin bulunduğunu söylemenin mümkün olmadığını, günümüzde vekâlet sözleşmesinin birbirinden çok farklı iş görmeleri kapsayan geniş bir uygulama alanı bulması karşısında, iş görmenin içeriğine dayanan genellemeler yapmanın pek mümkün gözükmediğini ileri sürmektedir. Bizce de, vekâlet sözleşmesinin güncel gelişmelere bağlı olarak uygulama alanının genişlemesi ve değişmesi, bu sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkinin her durumda özel bir güvene dayalı olduğunun kabulünü zorlaştırmaktadır. Avukatlık veya hekimlik gibi tipik vekâlet sözleşmelerinde dahi, sözleşmeyi her zaman sona erdirme hakkının her zaman var olması gerektiği eleştiriye açıktır. Vekâlet sözleşmesinin haklı nedenle sona erdirilmesi de yeterli koruma sağlayabilecektir.

Vekâlet verenin vekâlet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdirebilmesi, vekâlet sözleşmesinde ihtiyaç duyulan güven ilişkisi ile vekâlet verenin menfaatlerinin ilişkinin temelini oluşturmasına

SchweizZeit für eine Praxis anderung zu Art. 404 OR, AJP 2009, s. 294; **Krauskopf** Frédéric, Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen, in Schweizerische Baurechtstatung, Freiburg 2007, s. 56; **Ramoni** Claude, Demeure du débiteur et contrats de droit suisse, Lausanne 2002, N. 556; **Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 1220; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 5; **Zembulidis**, s. 289; **Fellmann**, Art. 404 N. 19; **Weber Rolf H.**, Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Bern 1990, s. 127; **Kayihan/Ünlütepe**, s. 181.

⁶ **Werro Franz/Douzals Jacques/Carron** Maxence, Les enjeux et la concrétisation de la réforme de l'art. 404 CO, AJP 2013, s. 217.

⁷ **Werro/Douzals/Carron**, s. 217.

⁸ **Sarı Suat**, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, s. 70-71.

dayanmaktadır⁹. Böyle niteliklere sahip bir sözleşmede, vekâlet vereni sözleşme ilişkisi içerisinde kalmaya zorlamak, onun kişilik hakları ile bağdaşmamaktadır¹⁰. Yalnız yapılan bu açıklamaların güven ilişkisinin ön planda olduğu tipik vekâlet sözleşmeleri bakımından geçerli olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Hizmet veya ortaklık sözleşmesi gibi sözleşmelerde de vekâlet sözleşmesine benzer bir şekilde güven ilişkisi söz konusu olmakla beraber, bu ilişkilerde kanun koyucu haklı nedenle fesih yetkisi tanımakla yetinmiş, ilişkinin daima tek taraflı olarak sona erdirilebileceği kuralını öngörmemiştir¹¹.

Tek taraflı sona erdirme, sözleşmenin sona ermesinde karşılaşılan diğer kavramlar olan dönme ve fesih kavramlarından bazı farklılıklar göstermektedir. Doktrinde bir görüş¹², tek taraflı sona erdirmenin fesih ve dönmeden farklı özellikler gösterdiğini ileri sürmektedir. Bu görüş, bir sözleşmenin feshedilebilmesi için kanunda veya sözleşmede düzenlenen fesih sebeplerinden birinin ortaya çıkması gerektiğini, ayrıca feshe yönelik iradenin ortaya konmasından sonra belirli bir sürenin beklenmesi veya olağanüstü fesih sebeplerinin mevcut olması gerektiğini, sona erdirmenin ise herhangi bir sebebin varlığına ve herhangi bir süre beklenmesine ihtiyaç göstermediğini belirtmektedir.

Sona erdirmenin fesih ve dönme niteliği taşıdığını ileri süren görüş¹³ ise, sona ermenin zamansal etkisinden hareket etmektedir. Bu görüş, somut sözleşme ilişkisinde, taraflara tanınan tek taraflı sona erdirme hakkının sözleşmeden dönme mi, yoksa fesih hakkı mı olduğunun, bu sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli borç ilişkisi

⁹ **Engel** Pierre, Contrats de droit suisse-Traité des contrats de la partie speciale du code des Obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 183 a 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Berne 1992, s. 508; **Akıncı**, s. 60; **Frick** Aurelia C. K., Die Beendigung des Einfaches Auftrages (Art. 404 und 405 OR), Basel 2005, s. 49; **Morin** Arianne, La jurisprudence du tribunal federal publiée depuis 1994 en matière de mandat in l'évolution récente du droit des obligations, 2004, s. 139.

¹⁰ **Erdem** Mehmet, Vekâletten Azil ve İstifa (Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi) Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007, s. 950.

¹¹ **Karabağ-Bulut**, s. 157.

¹² **Gökyayla**, Avukatlık Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 47-48.

¹³ **Sarı**, s. 81.

niteliğinde mi olduğunun cevabına bağlı olduğu, vekâlet sözleşmesi ilişkisinin sürekli borç ilişkisi olabileceği gibi ani edimli borç ilişkisi niteliğinde de olabileceğini, somut olaydaki vekâlet sözleşmesinin çeşidine göre, sona erdirmenin sözleşmeden dönme veya fesih niteliği taşıyabileceğini belirtmektedir.

Kanaatimizce, ilk görüşün benimsenmesi daha uygun düşmektedir. Her ne kadar TBK m. 512’de tanınmış olan tek taraflı sona erdirmenin hakkı, fesih ve dönme haklarına benzemekle beraber, bazı yönlerden de farklı özellikler taşımaktadır. İlk olarak dönme ve fesih hakkının kullanımı bazı şartlara tabi tutulmuşken, tek taraflı sona erdirmenin kullanımı kural olarak bir şarta tabi değildir. İkincisi dönme ve fesih hallerinde kusura bağlı olarak karşı taraftan tazminat talebinde bulunabilmesi mümkün iken tek taraflı sona erdirmenin kullanılmasında sona erdirmenin beyanında bulunanın karşı tarafın uygun olmayan zamanda uğradığı zararları tazmin etmesinin söz konusu olmasıdır. Bu durumda vekâlet sözleşmesinde sona erdirmenin kendine özgü bir sona erme sebebi olduğunun kabul edilmesi uygun düşmektedir.

Sona erdirmenin tek taraflı bir hukuki işlem olması, vekâlet sözleşmesinin tarafların anlaşmasıyla sona erdirilmesini engellememektedir. Vekilin ve vekâlet verenin sözleşmeyi sona erdirmesi aynı hukuki niteliğe sahip hukuki işlemler olup taraflara bozucu yenilik doğuran bir hakkı kullanma imkânı tanımaktadırlar¹⁴.

¹⁴ **Gauch** Peter, Art. 404 OR- Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Fragen eines zwingenden Charekters, Recht 1992, Heft 1 s. 10; **Lüchinger** Niklaus, Schanenersatz im Vertragsrecht, Fribourg 1999, N. 678; **Krauskopf**, s. 55; **Hofstetter** Joseph, Le mandat et la gestion d'affaires, TDPS., vol. VII, t. II/1, Fribourg 1994, s. 54; **Tandoğan** Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri C. II, İstanbul 2010, s. 620; **Eren** Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 708; **Fellmann**, Art. 404, N. 16; **Weber**, Praxis zum Auftragsrecht, s. 127; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 5; **Akıncı**, s. 56; **Tercier**, L’extinction prématurée du contrat, s. 367; **Gümüş**, Borçlar Özel C.2, s. 377; Y. 4.HD., 15.3.1980 T., E.1600, K. 6365 (**Uygur** Turgut, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku C.8 BK m.395-544, Ankara 2003, s. 8927); **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 5; **Başpınar** Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, s. 257; **Tekin** Leyla, Vekilin Müvekkilin Talimatlarına Uyuma Yükümlülüğü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010, s. 40;

2. Sona Erdirme Hakkının Kullanılması

Vekâlet sözleşmesinin sona ermesi sonucunun doğması için, vekâlet verenin veya vekilin bu konudaki irade beyanı yeterli olmakta, diğer tarafın buna rıza göstermesine ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁵. TBK m. 512 çerçevesinde vekâlet verenin ve vekilin sözleşmeyi sona erdirmesi tek taraflı bir hukuki işlemdir¹⁶.

Sona erdirmeye beyanının kullanımı kural olarak herhangi bir şekilde bağlı değildir¹⁷. Açık, yazılı bir beyanla karşı tarafa bildirilebileceği gibi,

Oser/Schönenberger, Art. 404 N. 4; **Özkaya** Eraslan, Vekâlet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2005, s. 591; **Akipek** Şebnem, Alt Vekâlet, Ankara 2003, s. 241; **Müller** Christoph, Contrats de droit suisse, Berne 2012, N. 2074; **Aral** Fahrettin/**Ayrancı** Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9.Baskı, Ankara 2012, s. 413; **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 181; **CR CO I-Werro**, Art. 404 N. 4.

¹⁵ **Yalçınduran** Türker, Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007, s. 98.

¹⁶ **Gehrer Carole/Giger Gion**, Art. 394-406 OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragverhältnisse Teil 2: Arbeitvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2012, Art. 404 N. 3; **Peyer** Jürg, Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, Zürich 1974; s. 126; **Velidedeoğlu** Hıfzı Veldet/**Özdemir** Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Ankara 1987, s. 616; **Becker** Herman, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi/ Borçlar Hukuku, II: bölüm- Özel Borç İlişkileri (m. 184-551), Ankara 1993(çev. A. Suat Dura), Art. 404 N. 2; **Bühler** Roland, Der Auftrag, OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Herausgeber Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf), Bern 2009, Art. 404 N. 2; **Sarı**, s. 85; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 5; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 377; **Oser/Schönenberger**, Art. 404 N. 4; **Tekin**, s. 40; **Aral/Ayrancı**, s. 413; **Fellmann**, Art. 404 N. 20.

¹⁷ **Schneider** Albert/**Frick** Heinrich, Commentaire du code des obligations, 4. édition, adaptation fr.par Max - E. PORRET, Neuchâtel: 1915-1916; Art. 404 N. 3; **Funk** Fritz, Commentaire du code fédéral des obligations, trad.française par M. PORRET, Neuchâtel 1930, s. 250; **Aydoğdu** Murat/**Kahveci** Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 691; **Olgaç** Senai, Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akdın Nevileri C:III Akdın Muhtelif Nevileri Madde 372-545, Ankara 1969, s. 164; **Weber**, Praxis zum Auftragsrecht, s. 127; **Fellmann**, Art. 404 N. 33; **Bühler**, Art. 404 N. 2; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 377; **Becker**, Art. 404 N. 2; **Hofstetter**, Mandat, s. 54; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 6; **CR CO I-Werro**, Art. 404 N. 4; **Başpınar**, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, s. 257; **Müller**, N. 2074; **Özkaya**, s. 593; **Sarı**, s. 87; **Krauskopf**, s. 55; **Dürr**, Werkvertrag und Auftrag, s. 183; **Gehrer/Giger**, Art. 404 N. 3; **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 183; **Yalçınduran**, s. 98; **Oser/Schönenberger**, Art. 404 N. 4; **Ramoni**, N. 556.

örtülü bir şekilde, hatta iradeyi belirten bir fiille de yapılabilir¹⁸. Ancak iradeyi belirten bir fiille yapıldığı takdirde vekâlet sözleşmesi, karşı tarafın bu fiilleri öğrenmesinden itibaren son bulur.

Vekalet sözleşmesinin taraflarından her ikisinin de tacir olması ve vekalet sözleşmesinin tarafların ticari işletme ile ilgili bulunması durumunda, sona erdirmeye bildiriminden noter marifetiyle, güvenli elektronik posta ile, iadeli-taahhütlü mektupla veya telgrafla yapılmasının mümkün olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. TTK m. 18/f. III'e göre, tacirler arasında sözleşmeyi feshe veya sözleşmeden dönmeye ilişkin beyanların bir önceki cümlede belirtilen yollardan birine başvurularak yapılması gerekmektedir. Vekalet sözleşmesinde sona erdirmenin kendine özgü bir sona erme sebebi olması yüzünden TTK m. 18/f. III'ün uygulanmayacağı düşünülebilir. Buna karşılık hükmün amacı dikkate alındığında, tacirler arasında sözleşmeyi sona erdirmeyi içeren irade beyanlarının fıkra da belirtilen şekillerden birine uyularak yapılması gerekmektedir. Bu yüzden vekalet sözleşmesinin taraflarının tacir olduğu durumlarda, sona erdirmeye ilişkin beyanın TTK m. 18/f.III'te öngörülmüş olan şekillerden birine uyularak yapılması gerekmektedir.

Tek taraflı sona erdirmeye işleminin, yenilik doğurucu bir işlem olması yüzünden kural olarak şarta bağlı biçimde yapılmaması gerekir¹⁹. Bir görüşe göre²⁰, vekâlette şarta bağlı sona erdirmeye karşı, kararsızlık içinde kalmamak için diğer tarafın kendi sona erdirmeye hakkını

¹⁸ **Akncı**, s. 62; **Şahin** C. Salih, Türk Borçlar Hukuku'nda Gayrimenkul Tellellığı Sözleşmesi, İstanbul 2002, s. 146; **CR CO I-Werro**, Art. 404 N. 4; **Zevkliler Aydın/Gökyayla** K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013, s. 625; **Sarı**, s. 86; **Becker**, Art. 404 N. 2; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 6; **Fellmann**, Art. 404 N. 35; **Olgaç**, s. 164; **Kayihan/Ünlütepe**, s. 183; **Gökyayla**, Avukatlık Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 49.

¹⁹ **Fellmann**, Art. 404 N. 37; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 378; **Bühler**, Art. 404 N. 2.

²⁰ **Daepfen** Oscar, Le code federal des obligations, ed. française par C. Reymond, Zürich 1937, s. 370; **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 622; **CR CO I-Werro**, Art. 404 N. 4; **Gökyayla**, Avukatlık Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 50; **Velidedeoğlu/Özdemir**, s. 616; **Oser/Schönenberger**, Art. 404 N. 4; **Fellmann**, Art. 404 N. 38; **Weber**, Praxis zum Auftragsrecht, s. 127; **Funk**, s. 250; **Erdem**, s. 951.

kullanabilmesi olanağı bulunduğu sona erdirmenin şarta bağlanabileceği kabul edilmektedir.

Diğer bir görüşe göre²¹, yenilik doğuran haklar, kesinlik ve açıklık istemektedirler. Diğer tarafın sözleşmeyi sona erdirmek istemediği durumlarda şarta bağlı bir sona erdirmenin muhatabı kararsızlığa sevkedeceği, muhatabın da aynı hakkı kullanarak sözleşmeyi sona erdirebileceğini söylemenin vekâlet ilişkisini devam ettirmek isteyen tarafı hiç de arzu etmediği halde ilişkiye son vermek ya da kararsızlık içinde şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini beklemek mecburiyetinde bırakacağından doğru bir yol olmadığını belirtmektedir.

Kanaatimizce TBK m. 512'nin her zaman sözleşmenin sona erdirilebileceğine ilişkin lafzı ve vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme borcunun genellikle bir şahsi nitelik taşıdığı göz önüne alındığında tek taraflı sona erdirme hakkının kullanılmasının şarta bağlanması mümkün olmamalıdır. İstisnaen sona erdirmenin hakkının kullanılmasının şarta bağlanmış olmasına rağmen, bu şartın gerçekleşmesi sona erdirme beyanına muhatap olan tarafın iradesine bağlı ise vekâlet sözleşmesinin şarta bağlanabileceği kabul edilebilir²².

Sona erdirme hakkının hüküm doğuracağı bir süreye tabi tutulması mümkündür. Bu sürenin dolması halinde vekâlet sözleşmesi de sona erecektir²³.

Yenilik doğurucu hak olarak sona erdirme bildirimiminin bir diğer sonucu da bir defa kullanılmakla tükenmesi ve artık geri alınamamasıdır. Ancak, TBK m. 9 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda sona erdirme bildirimini de geri alınabilir²⁴. Sona erdirme bildirimiminin geri alındığı beyanı, sona erdirme bildiriminden önce veya aynı zamanda karşı

²¹ **Peyer**, s. 126; **Akıncı**, s. 61-62; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 378; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 6; **Tercier**, L'extinction prématurée du contrat, s. 381; **Başpınar**, s. 257; **Fellmann**, Art. 404 N. 37; **Weber**, Praxis zum Auftragsrecht, s. 127.

²² **Müller**, N. 2074; **Krauskopf**, s. 36; **Fellmann**, Art. 404 N. 38; **Gökyayla**, Avukatlık Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 50.

²³ **Gehrer/Giger**, Art. 404 N. 5; **Oser/Schönenberger**, Art. 404 N. 4.

²⁴ **Erdem**, s. 951.

tarafa ulaşmış veya daha sonra ulaşmış olmakla birlikte, karşı taraf, sona erdirmeye bildirimini geri alınması bildirimini daha önce öğrenmiş ise, sona erdirmeye bildirimini geri alınması mümkün olmaktadır.

3. Sona Erdirme Hakkının Emredici Nitelikte Olup Olmadığı

Doktrinde hâkim olan görüşe göre²⁵, sözleşme ile sona erdirmeye hakkının kaldırıp daraltılması mümkün olmayacağı gibi, bu haktan da vazgeçilmesi mümkün değildir, konuya ilişkin hüküm emredicidir. Yargıtay²⁶ ve İsviçre Federal Mahkemesi²⁷ uzun zamandan beri vekâlet sözleşmesinde her iki tarafın da sahip olduğu her zaman tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının yapılacak bir anlaşma ile

²⁵ **Favre-Bulle** Xavier, L'évolution du droit des contrats de prestations de service, RDS 1991, s. 378; **Abravanel**, s. 468; **Guggenheim** Daniel, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4eme edition, Geneve 2000, s. 517; **Gümüş** M. Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku'nda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 36-38; **Wolfer** Marc, Die Vertragliche Regelung der Vertragsauflösung "aus wichtigem Grund", AJP 2014, s. 624; **Fehr** Konrad, Commission, FJS, N. 592, s. 3; **Droz** Johann, La substitution dans le contrat de mandat, Geneve-Zurich-Bale 2008, N. 220; **Göktürk** Hüseyin Avni, Borçlar Hukuku 2. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, s. 520; **Canyürek** Murat, Özellikle Maddi Fiillere İlişkin Vekâlet Yönünden Vekâlet Sözleşmelerinin Bazı Özellikleri, Argumentum C.1 S.10 Mayıs 1991s. 185; **Guhl** Theo/**Koller** Alfred/**Schnyder** Anton K./**Druey** Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, s. 556; **Altop** Atilla, Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi, İstanbul 2003, s. 181; **Luchinger**, N. 684; **Leuenberger**, s. 42-43; **Akıncı**, s. 66; **Tercier**, L'extinction prématurée du contrat, s. 375; **Becker**, Art. 404 N. 5 N. 8; **Gümüş**, Borçlar Özel C. II, s. 380; **Weber**, Praxis zum Auftragsrecht, s. 128; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 10; **Funk**, s. 250; **Yalçınduran**, s. 51; **Gökyayla**, s. 65; **Bühler**, Art. 404 N. 3; **Velidedoğlu/Özdemir**, s. 616; **Oser/Schönenberger**, Art. 404 N. 2; **Olgaç**, s. 164; **Akipek**, s. 75; **Schneider/Fick**, Art. 404 N. 23; **Tekin**, s. 44; **Peyer**, s. 160-161; **Dürr**, Werkvertrag und Auftrag, s. 184; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1220; **Bilge**, s. 301; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 691; **Zevkililer/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumaloğlu**, s. 630; **Daepfen**, s. 370.

²⁶ Y. 13. HD., 7. 11.1997 T. E.7395 K.8923 (**Günay** Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1521); Y. 3. HD., 29.12.1997 T., E. 11339 K. 12497 (**Günay**, s. 1520).

²⁷ BGE 59 II 261; BGE 98 II 305, JdT 1973 I 536; BGE 103 II 129, JdT 1978 I 150; BGE 104 II 108, JdT 1978 I 77; ATF 109 II 462, JdT 1984 I 210; BGE 115 II 466; ATF 115 II 464, JdT 1990 I 362.

sınırlanmasının veya kaldırılmasının mümkün olmadığı görüşünü benimsemiştir.

TBK m. 512 hükmünün emredici nitelikte kabul edilmesinin en önemli sebebi, vekâlet sözleşmesinin karşılıklı güvenin esas olduğu bir sözleşme olmasıdır²⁸. Söz konusu güvenin temelde karşılıklı olduğu vurgulanmakla birlikte bu güveni özellikle vekâlet verenin vekilin kişiliğine karşı duyduğu kabul edilmektedir²⁹. Vekâlet sözleşmesindeki güven ilişkisi, sona erdirme hakkının varlık sebebi olduğu gibi bu hakkın sınırlanmasını da engellemektedir³⁰. Ayrıca, TBK m. 512'nin koruma amacının Medeni Kanunu'nun 23. maddesine kıyasen kişisel özgürlüğün korunması olduğu ileri sürülmektedir³¹.

Vekâlet sözleşmesinde taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin bulunmasının yanında vekâlet verenin iş sahibi konumunda olması TBK m.512 hükmünün emredici niteliğine dayanak olarak gösterilmektedir³². Vekâlet sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilen iş görme kural olarak vekâlet verenin iradesine ve menfaatine bağlıdır. İş görmenin yerine getirilmesinde, menfaatlerinin ne yönde olduğu konusunda son olarak karar verme yetkisine vekâlet veren sahiptir. Vekilin vekâlet verenin arzu ettiğinden veya taahhüt ettiğinden daha fazla iş görme yükümlülüğünün çizdiği çerçeveyi aşan bir şekilde, vekâlet veren yararına faaliyette bulunması kural olarak caiz değildir. Sona erdirme hakkının sınırlanması, vekâlet vereni ve onun menfaatlerini bir tarafa bırakarak, onun rızası hilafına iş görmenin devam etmesi gibi vekâlet sözleşmesinin niteliğine uymayan bir sonuç ortaya çıkarabilecektir.

²⁸ **Liatowitsch/ Mondini**, s. 295; **Yalçınduran**, s. 50; **Buff Felix/von der Crone HansCaspar**, Zwingende Natur von Art. 404 OR, SZW 2014, s. 335.

²⁹ **Tercier Pierre/Favre Pascal G.**, Les contrats spéciaux, 4e edition, Geneve-Zurich-Bale 2009, N. 5286.

³⁰ **Werro Franz**, La distinction entre le pouvoir et le droit de resilier: le clé de l'interpretation de l'art. 404 CO, BR 1991, s. 55; **Sarı**, s. 96; **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 625.

³¹ **Gökyayla**, s. 60; **Friedrich**, s. 478.

³² **Canyürek**, s. 185.

Bu görüşü savunan yazarlar³³ ayrıca, hükmün uygulanmasını güçleştirecek ağırlaştırarak başka anlaşmaların yapılmasını imkânının da olmadığını diğer bir ifade ile bu tip anlaşmaların da geçersiz olduğunu ileri sürmektedir. Özellikle sona erdirmeye hakkının kullanılması durumunda cezai şart ödeneceğine³⁴, belirli şartların gerçekleşmesi halinde sona erdirmeye hakkının kullanılabilmesine, peşin alınan ücret de dâhil o ana kadar doğmuş olan haklardan feragat edileceğine, sona erdirmeye hakkının belirli bir fesih bildiriminden sonra hüküm ve sonuç doğuracağı yönündeki anlaşmalar, sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda vekilin hiçbir ücrete hak kazanamayacağına ilişkin anlaşmalar geçersizdir³⁵. Buna karşılık, sona erdirmeye hakkının uygun olmayan zamanda kullanılması halinde TBK m. 512/c. son'a göre ödenmesi gereken tazminat tutarının götürü olarak belirlenmesine yönelik anlaşmalar geçerlidir³⁶.

Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre³⁷, TBK m. 512 tarafların serbestçe düzenleme yapabilecekleri bir hükümdür. Bu görüş, bir yandan

³³ **Gautschi** Georg, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Bern 1971, Art. 404 N. 10e; **Tercier/Favre**, N. 5293; **Oser/Schönenberger**, Art. 404 N. 3; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 13; **Schneider/Fick**, Art. 404 N. 25; **Akncı**, s. 66; **Bühler**, Art. 404 N. 3; **Bilge**, s. 301.

³⁴ **Bühler**, Art. 404 N. 3; **Knoepfler/GuinandJ.**, Mandat, FJS. 327, Geneve 1983-1984, s. 3; **Schmid/Stöckli**, N. 1967.

İsviçre Federal Mahkemesinin bu yönde vermiş olduğu kararlar için bkz: BGE 110 II 380; BGE 109 II 462; BGE 104 II 108.

³⁵ **Engel**, Contrats de droit suisse, s. 508; **Friedrich**, s. 476; **Akncı**, s. 67; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 380; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 13; **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 188; **Fellmann**, Art. 404 N. 105; **Tercier**, L'extinction prématurée du contrat, s. 379; İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre bu tür anlaşmaların yapılması hükümsüzdür. BGE 104 II 111 BGE 110 II 380 BGE 109 II 462.

³⁶ **Mabillard** Ramon, Rechtsnatur, anwendbare Gesetzbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe, AJP 2005, s. 557; **Bühler**, Art. 404 N. 7; **Couchepin** Gaspar, La forfaitation du dommage, SJ 2009 II, s. 22-23; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 380; **KUKO OR-Weber**, Art. 404 N. 10; **Fellmann**, Art. 404 N. 77; **Weber**, Praxis zum Auftragsrecht, s. 131; **Schmid/Stöckli**, N. 1967.

³⁷ **Chappuis** Benoit, Des mandats de durée déterminée de lege feranda, in Etudes pour le Professeur Alain Hirsch, Geneve 2004, s. 365; **Jaussi Nelli**, Die Auftrag substitution nach Schweizerischem Obligationenrecht, Zurich 1926, s. 17-18; **Honsell** Heinrich,

TBK m. 512/İBK m. 404'ün tarihsel yorumundan çıkan gerekçelere diğer yandan sözleşme özgürlüğü ve ahde vefa ilkesine göre kurulmuş borçlar hukuku sistematığına dayanmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlarca, tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye haklarını her zaman TBK m. 26/27 ve TMK m. 23 hükümleri saklı kalmak kaydıyla serbestçe sınırlandırmaları mümkündür³⁸. Bu görüşü savunan yazarlardan *Werro*'ya göre³⁹, sona erdirmeye hakkı ile yetkisi arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Sona erdirmeye hakkının her zaman kullanılabilmesi mümkündür ve bu hususta sözleşmenin şahsi bir nitelik taşıyıp taşımadığı önemli olmamaktadır. Taraflar sözleşmeyi uygun zamanda sona erdirdiklerinde hak ile yetkinin kullanılması aynı zamana denk düşmektedir⁴⁰. Vekil veya vekâlet verenin sona erdirmeye hakkının kullanılmasını cezai şarta tabi tutma veya nedensiz kullanmama yönünde sözleşme ile yükümlülük altına girmelerine engel bir durum bulunmamaktadır⁴¹. Sona erdirmeye hakkı dokunulmaz niteliğini korumakta ve vekâlet sözleşmesi sona erdirmeye halinde hemen son bulmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün esası korunarak, yalnızca vekilin TBK m. 512/f. II'deki sorumluluğu genişletilmektedir. Haklı sebeplerle her zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı saklıdır⁴².

Sona erme hakkının emredici nitelikte olmadığını savunan bir kısım yazarlar ise⁴³, vekâlet sözleşmesinin tipik ve atipik olarak ikiye ayrılması

Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Neunte Auflage, Bern 2010, s. 338; **Werro** Franz, Le mandat et ses effets, Fribourg 1993, N. 346; **Fellmann**, Art. 404 N. 132; **Tercier**, L'extinction prématurée du contrat, s. 374-375; **Frick**, s. 64-65; **Tercier/Favre**, N. 5297-5299; **Gauch**, Art. 404 OR, s. 16; **Friedrich**, s. 477-482; **Krauskopf**, s. 58; de lege feranda bu hususta vekil ile vekâlet veren arasında ayırım yapılarak düzenleme yapılması yolundaki görüş için bkz: **Dessementet**, s. 179.

³⁸ **Gauch**, Art. 404 OR, s. 18; **Fellmann**, Art. 404 N. 133; **Buff/von der Crone**, s. 336.

³⁹ **Werro**, La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier, s. 56-58.

⁴⁰ **Werro**, La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier, s. 61.

⁴¹ **Werro**, Mandat, N. 332; **Gauch**, Art. 404 OR, s. 20; **CR CO I-Werro**, Art. 404 N. 21; **Dessementet**, s. 195-196.

⁴² **Friedrich**, s. 478.

⁴³ **Derendinger** Peter, Die Nicht und die Nichtrichtige Erfüllung des Einfaches Auftrages, Freiburg 1988, N. 65; **Buff/von der Crone**, s. 337; **Huguenin** Claire, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zurich 2012, N. 3310; **von Büren** Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972, s. 140-141, **Müller**, N.

gerektiğini ileri sürmektedirler. Tipik olarak nitelendirilen vekâlet sözleşmeleri, ivazlı veya kişisel güven esasına dayanan vekâlet sözleşmeleridir. Atipik olan vekâlet sözleşmelerinde ise, bu tür nitelikler bulunmamaktadır. Atipik vekâlet sözleşmelerinde taraflara sözleşme serbestisi tanınması ve sona erdirmeye hakkının böylece sınırlandırılması gerekmektedir.

TBK m. 512'nin emredici nitelikte olmadığını savunan *Sarı*'ya göre⁴⁴, hükümde kullanılan her zaman ifadesinin bir kesinliği belirttiği, bu ifadeden yola çıkarak, her hal ve şartta tarafların tek yanlı sona erdirmeye hakkına sahip olduğunun düşünülebileceğini, ancak söz konusu ifadenin sona erdirmeye hakkını kullanmanın herhangi bir koşula bağlı olmadığını belirtmek için de kullanılmış olabileceğini, hükmün lafzından hareketle kesin olarak, emredici olduğu kanaatine varmanın mümkün olmadığını⁴⁵, vekâlete ilişkin düzenlemenin sistematüğinde, TBK m. 512 hükmünün emredici nitelikte olduğu sonucunun çıkarılabileceği, TBK m. 513'te öngörülen sona erme sebepleri açısından tarafların aksine bir düzenleme yapabileceklerinin anılan hükümde açıkça ifade edildiğini, sona erdirmeye hakkına ilişkin düzenlemede tarafların öngörülenden aksine düzenleme yapma olanağının belirtilmemiş olmasının bu hükmün emredici nitelikte olduğunun bir göstergesi olarak kabul edildiğini, diğer taraftan vekâlet sözleşmesinin sona erme ilişkin düzenlemede diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak tarafların haklı sebeple sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının belirtilmediğini, buna ihtiyaç duyulmamasının sebebi olarak esasen tarafların her zaman hiçbir koşula bağlı olmaksızın kullanabilecekleri feragat edilemez nitelikteki sona erdirmeye hakkının bulunmasının gösterildiğini belirtmektedir. Ayrıca, yazar farklı nitelikteki sona erme nedenlerine ilişkin düzenlemelerin yapısından hareketle sağlıklı

2083; **Weber**, Praxis zum Auftragsrecht, s. 128; **Eren**, s. 709; **Karabağ-Bulut**, s. 155; mimari plan sözleşmelere ilişkin açıklamalar için bkz: **Stöckli** Hubert, 2. Abschluss un Beendigung von Planerverträgen/III-IV; Die Planerverträge Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2013, N. 2.98 vd; **Bucher**, s. 228.

⁴⁴ **Sarı**, s. 112-113.

⁴⁵ Aynı yönde **Gauch**, Art. 404 OR, s. 16.

bir sonuca varılamayacağını, kanun koyucunun taraf iradesiyle vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin düzenleme ile belirli olguların gerçekleşmesi halinde kendiliğinden sona erme açısından farklı düşünceye sahip olmasının mümkün olduğunu, kanunkoyucunun belirli bir olgunun gerçekleşmesinin sözleşmenin kendiliğinden sona erme sonucunu doğurmasını tarafların aksine bir anlaşma olmamaları şartına bağlamasının hukuki işlemle tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirme açısından tarafların aksine düzenleme yapma haklarının olmadığı anlamına gelmediğini, kanun koyucunun düzenlemenin yapıldığı sırada TBK m. 512 hükmünü emredici bir niteliğe sahip olarak düşünmüş olabileceğini, ancak değişen koşullar karşısında bugün için de bu değer hükmünün varlığını korumaya devam edeceği anlamına gelmediğini, TBK m. 512 hükmünün genel olarak bir emredici hukuk kuralı olduğunu kabul etmenin son derece zor olduğunu ileri sürmektedir⁴⁶.

Yine hükmün emredici olmadığını savunan *Karabağ-Bulut'a* göre⁴⁷, hükmün bir takım vekâlet sözleşmeleriyle sınırlı olmak üzere emredici olması görüşü hukuken belirsizliğe yol açacaktır. Yazar, hükmün emredici niteliğini belirli hallerle sınırlamanın kanun koyucunun görevi olduğunu, hükmün lafzından emredici olduğu yönünde bir sonucun kesinlikle çıkarılamaması karşısında anlam ve amacının incelenmesi gerektiğini, hükmün her türlü vekâlet sözleşmesi bakımından kişilik hakkını koruyucu bir fonksiyon içerdiğinin söylenemeyeceğini, vekâlet sözleşmesinde tarafların kişiliğine bağlı değerlerin korunmasının tek yolunun hükmün emredici olmasına indirgenmemesi gerektiğini, hükmün aksini öngören sözleşmesel düzenlemelerin sözleşme özgürlüğü çerçevesinde denetlenmesi suretiyle yeterli bir koruma sağlanabileceğini belirtmektedir.

Sona erdirme hakkının emredici nitelikte olup olmadığını vekâlet sözleşmesinin niteliği göz önüne alarak belirlenmesi gerekmektedir. Şahsi bir güven ilişkisinin ağır bastığı avukatlık veya hekimlik sözleşmesi gibi

⁴⁶ **Sarı**, s. 114-115.

⁴⁷ **Karabağ-Bulut**, s. 166-167.

klasik vekâlet sözleşmelerinde taraflara tanınan sona erdirmeye hakkının emredici nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Malvarlığını ilgilendiren ve güven ilişkisinin önemli bir role sahip olmadığı vekâlet sözleşmelerinde ise sona erdirmeye hakkının emredici nitelikte olduğunu ileri sürmek somut hayat gerçeklerine pek uygun düşmemektedir. Örneğin taşınmazın idaresini konu edinen vekalet sözleşmelerinde, sona erdirmeye hakkının kullanılması durumunda vekalet sözleşmesinin sona erecek olması, özellikle çok fazla yapının bir arada olduğu taşınmazı idareyle görevli vekillerin çok sık değişmesi yüzünden verimli bir yönetim yapılamaması sorununu beraberinde getirecektir. Yine bankanın vekil olduğu vekalet sözleşmeleri bakımından istikrarlı bir vekalet veren- vekil ilişkisinin sürdürülmesi, vekalet sözleşmelerinin sınırlandırılması gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Taraflar, arasındaki ilişkinin niteliği, çoğu zaman sona erdirmeye hakkının sınırlandırılmasını gerekli kılmaktadır. Aksi takdirde her zaman sona erdirmeye hakkının varlığı karşısında, fesih beyanına muhatap olan tarafın ifaya olan menfaatini elde etmesi oldukça zorlaşacak ve bu da ekonomik hayatın gelişimini olumsuz yönde etkileyecektir. Özellikle fesih beyanına muhatap olan taraf açısından, vekalet sözleşmesi çerçevesinde birtakım yatırımlar yapılmış olması durumunda, sözleşmenin sona ermesi ile bu yatırımların karşılığının alınamaması, vekalet sözleşmesi tarafları arasındaki menfaat dengesini önemli ölçüde bozacaktır.

4. Tek Taraflı Sona Erdirmenin Sonuçları

a. Genel Olarak

Sona erdirmenin vekâlet veren ve vekil açısından arzettiği önem arasında farklılıklar olmakla birlikte, sona erdirmeye sözleşmenin ileriye etkili ve tek taraflı olarak sona erdirilmesini ifade etmektedir⁴⁸. Vekâlet

⁴⁸ **Erdem**, s. 950; **Gauch**, Art. 404 OR, s. 10; **Fellmann**, Art. 404 N. 29; **Becker**, Art. 404 N. 3; **Gautschi**, Art. 404 N. 14b; **Tercier**, L'extinction prématurée du contrat, s. 385; **Honsell**, s. 339; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 6; **Lüchinger**, N. 680; **Olgaç**, s. 164; **Müller**, N. 2084; **Özkaya**, s. 591; **Krauskopf**, s. 56; **Tekin**, s. 40; **Akıncı**, s. 109; **Peyer**, s. 108; **Gökyayla**, s. 55; **CR CO I-Werro**, Art. 404 N. 5; **Huguenin**, Allgemeiner und Besonderer Teil, N. 3302; **Yalçınduran**, s. 99; **Stöckli**, N. 2.113; **Oser/Schönenberger**, Art. 404 N. 5; **Ramoni**, N. 556; **Bucher**, s. 227.

sözleşmesinde tarafların sona erdirmeye hakkını kullanmasının sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmeye imkânı veren fesih niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁴⁹. Vekâlet sözleşmesi bakımından genel olarak kabul edilen bu sonucun, vekâlet sözleşmesi çerçevesinde sona erdirmeye hakkının fesih ve dönme hakkından farklı kendine özgü bir sona erme sebebi olduğu dikkate alınarak kabul edilmesi bizce de uygun gözükmektedir.

Sona erdirmeye ilişkin irade beyanı hazırlar arasında yapılmışsa bu irade beyanı muhataba derhal varacak ve onun tarafından öğrenilmiş olacaktır⁵⁰. Bu andan itibaren sona erdirmeye hükümlerini doğuracak ve vekâlet sözleşmesi sona ermiş olacaktır⁵¹.

Sona erdirmeye ilişkin irade beyanının, kullanıldıkları sırada hazır bulunmayan bir kimseye karşı yöneltilmesi halinde, bunun hangi andan itibaren hüküm doğuracağı sorusunun cevabı TBK m. 514 hükmünde verilmiş bulunmaktadır⁵². Bu hükümden hareketle, sona erdirmeye ilişkin irade beyanının hazır olmayan bir kimseye yapılması halinde, bunun sonuçlarının öğrenme ile doğacağı kabul edilmektedir⁵³. Doktrinde aksi bir görüş⁵⁴ ise, sona erdirmeye beyanının karşı tarafa varma ile hüküm doğuracağını savunmaktadır.

Yenilik doğurucu hak olarak sona erdirmeye bildirimiminin bir diğer sonucu da bir defa kullanılmakla tükenmesi ve artık geri alınamamasıdır⁵⁵. Ancak, TBK m.9 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda sona erme bildirimini de geri alınabilir. Sona erdirmenin geri alındığına ilişkin bildirim, sona erdirmeye bildiriminden önce veya aynı zamanda karşı tarafa ulaşmış veya daha sonra ulaşmış olmakla birlikte, karşı taraf sona erdirmeye

⁴⁹ **Gehrer/Giger**, Art. 404 N. 2.

⁵⁰ Y.11 HD, 911.1984 T., 5003 E., 5397 K. (**Karahasan** Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları C. 5, İstanbul 2004, s. 993).

⁵¹ **Sarı**, s. 260.

⁵² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: E.

⁵³ **Göktürk**, Akdin Muhtelif Nevileri, s. 520.

⁵⁴ **Schneider/Fick**, Art. 404 N. 11; **Velidedeoğlu/Özdemir**, s. 616; **Fellmann**, Art. 404 N. 24; **Akıncı**, s. 108.

⁵⁵ **Sarı**, s. 90; **Fellmann**, Art. 404 N. 31.

bildirimini daha önce öğrenmiş ise, sona erdirmeye bildirimini geri alınması geçerlidir⁵⁶. Tarafların sona erdirmeye hakkının kullanılmasının etkilerini ortadan kaldırma hususunda anlaşmaları mümkündür⁵⁷.

Vekil, ilişkide bulunduğu kişilere hemen sona erdirmeyi bildirmelidir. Vekâlet verenin telgrafla gönderilmesini istemesi söz konusu olmadıkça bir mektup yeterli olacaktır⁵⁸.

Vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesiyle birlikte, vekâlet verenin yapılmış işe ilişkin alacağı muaccel hale gelirken geri kalan işin ifasına ilişkin talebi ortadan kalkar⁵⁹. Sözleşmenin sona erdirilmesi, vekilin yükümlülüğünü yerine getirmek amacıyla ifasını yaptığı edimleri etkilememektedir⁶⁰. Sona erdirmeye halinde vekil kural olarak ücretinin tamamını talep edemez. Ancak, yapmış olduğu işle orantılı olarak bir ücret talebinde bulunabilir⁶¹.

Sona erdirmeye bildirimini ile sözleşme sona ermekle birlikte, vekilin o zamana kadar yapılan işin hesabını verme borcu ile vekâlet verenin görülen iş için yapılan giderleri ödeme borcu devam eder⁶². Yapılan giderlerin, sözleşmenin sona ermesiyle gereksiz kalmaları söz konusu olsa da, vekâlet veren tarafından ödenmesi gereklidir⁶³. Diğer taraftan vekâlet verenin vekâlet ilişkisinden dolayı uğranılan zararı tazmin etmesi ve vekili de yüklediği borçlardan kurtarması lazımdır⁶⁴. Ayrıca, sözleşmenin sona

⁵⁶ Erdem, s. 951.

⁵⁷ Sarı, s. 90; Fellmann, Art. 404 N. 32.

⁵⁸ Schneider/Fick, Art. 425 N. 131; Fellmann, Art. 404 N. 30.

⁵⁹ Peyer, s. 127; CR CO I-Werro, Art. 404 N. 5.

⁶⁰ Tercier, L'extinction prématurée du contrat, s. 368; Stöckli, N. 2.113; Oser/Schönenberger, Art. 404 N. 5; Peyer, s. 127; CR CO I-Werro, Art. 404 N. 5; Ramoni, N. 556.

⁶¹ Akıncı, s. 110; CR CO I-Werro, Art. 404 N. 5; Kayıhan/Ünlütepe, s. 184.

⁶² Erdem, s. 952; Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 631; Gauch, Art. 404 OR, s. 10; BSK OR I-Weber, Art. 404 N. 4; Fellmann, Art. 404 N. 30; Lüchinger, N. 681; Schneider/Fick, Art. 404 N. 19; Gehrler/Giger, Art. 404 N. 4; Peyer, s. 127; CR CO I-Werro, Art. 404 N. 5; Stöckli, N. 2.113; Ramoni, N. 556.

⁶³ Gökyayla, s. 55; Akıncı, s. 112; Oser/Schönenberger, Art. 404 N. 5.

⁶⁴ Peyer, s. 127.

ermesiyle tarafların elinde bulunan ve diğer tarafa ait olan malvarlığı değerlerinin de iadesi gerekmektedir⁶⁵.

b. Uygun Olmayan Zamanda Sona Erdirmenin Sonuçları
aa. Genel Olarak

TBK m. 512, taraflara vekâlet sözleşmesini her zaman sona erdirme hakkını tanıırken, bu sona erdirmenin herhangi bir tazminat borcu doğurmayacağını da dolaylı olarak belirtmektedir. Kural bu olmakla birlikte, aynı maddenin ikinci cümlesi, sona erdirmenin uygun olmayan zamanda yapılması halinde sona erdiren tarafın karşı tarafın bu sona ermeden kaynaklanan zararı için sorumlu olduğunu belirtmektedir.

bb. TBK m.512/c. 2'de Öngörülen Tazminat Talebinin Şartları

Tazminat talebinin ilk şartı, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesidir⁶⁶. Kanun koyucu, uygun olmayan zamandan ne anlaşılması gerektiğini belirtmemiştir⁶⁷. Bu durumda, uygun olmayan zamandan ne anlaşılması gerektiğini belirlemek öğretiyeye düşmektedir. Vekil, vekâlet verenin yararını korumakla yükümlü olduğundan onun işini kendisinin görmesine veya başka bir vekil tayin etmesine imkân kalmayan bir zamanda sözleşmeyi sona erdirirse, sona erme uygun olmayan bir zamanda yapılmış sayılmaktadır⁶⁸. Sağlık nedenleriyle işi tamamlamayacağını anlayan veya vekâlet verenin amaca elverişli

⁶⁵ Gökyayla, s. 55; Peyer, s. 127.

⁶⁶ Huguenin, Allgemeiner und Besonderer Teil, N. 3304; Oser/Schönenberger, Art. 404 N. 8; Lüchinger, N. 691.

⁶⁷ Frick, s. 139.

⁶⁸ BeckerJoelle, La vente aux encheres d'objets d'art en droit privé suisse: représentation, relations contractuelles et responsabilité, Geneve-Zurich- Bale 2011, N. 339; Başpınar, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, s. 260; Gökyayla, s. 69; Lüchinger, N. 692; Weber, Praxis zum Auftragsrecht, s. 131; Olğaç, s. 165; Tercier/Favre, N. 5307; Honsell, s. 340; Lüchinger, N. 693; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 616; Krauskopf, s. 57; Canyürek, s. 185; Fellmann, Art. 404 N. 59; Uygun olmayan zamanın belirlenmesi hususunda somut olay koşullarının ve vekâlet verenin menfaatlerinin dikkate alınması gerektiğini ileri süren görüş için bkz: Fellmann, Art. 404 N. 60; Peyer, s. 128.

olmayan talimatına uymak istemeyen vekil, vekâlet vereni bu durumlardan vaktinde haberdar etmelidir⁶⁹.

Vekâlet veren, vekilin uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdirmesi sonucu, vekâlet sözleşmesinin devamına olan güveninin sarsılması yüzünden zarara uğramış olmalıdır. Vekâlet veren verdiği avansların kullanılmamış kısmının iadesini ve vekilin üçüncü kişilerden onun hesabına aldıklarını vermesini de TBK m. 508/f. I'e göre talep edebilecektir. Vekil, giderlerinin ödenmesi talebinde bulunursa, vekâlet veren kendi tazminat alacağıyla bunun mahsup edilmesi gerektiğini ileri sürebilecektir⁷⁰.

Genel ilkelerden farklı olarak sona erdirmenin uygun olmayan zamanda kullanılmış olması, bu yenilik doğuran hakların etkisiz kalmasına ve böylece vekâlet sözleşmesinin ayakta tutulmasına yol açmaz; vekâlet sözleşmesi her durumda sona erer⁷¹; fakat uygun olmayan zamanda sona erdirme hakkını kullanan vekil için tazminat yükümlülüğü ortaya çıkar⁷². Vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilip erdirilmediği, sona erdirme hakkının kullanılmasına muhatap olan vekâlet verenin içinde bulunduğu durum dikkate alınarak dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenir⁷³. Sona erdirme hakkının kullanılması, vekâlet sözleşmesinin konusu iş görmenin yerine getirilmesi bakımından karşı taraf için elverişsiz sonuçlar doğurmuşsa, sona ermenin uygun olmayan zamanda gerçekleştiği kabul edilmektedir⁷⁴. Ancak vekâlet sözleşmesinin derhal sona erdirilmesinde haklı sebepler varsa, sona erdirme uygun olmayan zamanda yapılmış olsa bile sona erdiren tarafın

⁶⁹ **Tandoğan**, BorçlarÖzel C. II, s. 638.

⁷⁰ **Tandoğan**, BorçlarÖzel C. II, s. 639.

⁷¹ **Tercier**, L'extinction prématurée du contrat, s. 370; **Gauch**, Art. 404 OR, s. 11; **Müller**, N. 2076; **Fellmann**, Art. 404 N. 47, N. 66; **Frick**, s. 140; **Yalçınduran**, s. 99; **Schmid/Stöckli**, N. 1968; **Lüchinger**, N. 685.

⁷² **Gauch**, Art. 404 OR, s. 11.

⁷³ **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 186.

⁷⁴ **Ergüne** Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 271; **Becker**, Art. 404 N. 6; **Müller**, N. 2085; **Huguenin**, Allgemeiner und Besonderer Teil, N. 3304.

tazmin yükümlülüğü olmamalıdır⁷⁵. Fesih beyanında bulunanı dürüstlük kuralına göre vekâlet sözleşmesinin sürdürmesinin beklenmediği her hal, haklı sebep olarak kabul edilir⁷⁶. Vekâlet sözleşmesinin derhal sona erdirilmesinde haklı sebebin varlığı sınırlı bir öneme sahiptir. Bu sınırlı önem, haklı sebebin varlığının fesih imkânını değil yalnızca tazminat yükümlülüğünün varlığını belirleyecek olmasından kaynaklanmaktadır⁷⁷.

Vekâlet sözleşmesi özel bir güven ilişkisine dayanıyorsa, bu güven temelini sarsılması genellikle vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesinde haklı sebep teşkil eder. Bununla birlikte her vekâlet sözleşmesinin özel bir güven ilişkisi taşımadığına dikkat edilmesi gerekir⁷⁸.

cc. TBK m. 512/c. 2'de Öngörülen Tazminat Talebinin Hukuki Niteliği Kapsamı

TBK m. 512/c. 2'de öngörülen tazminat talebinin hukuki niteliği konusunda doktrinde bir görüş⁷⁹, bu talebin bir kanuni borç olarak nitelendirilebileceğini, çünkü sona erdirme hakları uygun olmayan zamanda kullanılmış olsalar dahi vekâlet veren veya vekilin hukukun tanıdığı bir hakkı kullandığını, dolayısıyla bu durumlarda bir borca aykırı davranışın varlığından söz etmenin mümkün olmadığını, bu tazminat yükümlülüğünün haksız bir davranışın sonucu olmaktan ziyade, izin verilen bir sona erdirme imkânından yararlanmanın sonucu olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, burada bir hakkın kullanılması söz konusu

⁷⁵ **Gmür** Philippe, Die Vergütung des Beauftragten Ein Beitrag zum Recht des einfachen Auftrages, Freiburg 1994, N. 527; **Altınok-Ormancı** Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, s. 55; **KUKO OR-Weber**, Art. 404 N. 9; **CR CO I-Werro**, Art. 404 N. 12; **Fellmann**, Art. 404 N. 10; **Peyer**, s. 128; **Becker**, La vente, N. 340; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 384; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 16; **Leuenberger**, s. 32; **Aral/Ayrancı**, s. 415; **Funk**, s. 250; **Bühler**, Art. 404 N. 5; **Derendinger**, N. 75; **Yalçınduran**, s. 99; **Lüchinger**, N. 692; **Frick**, s. 140.

⁷⁶ **Fellmann**, Art. 404 N. 84. Yazar, haklı sebep kavramının hukuken belirsiz olduğunu, içeriğinin hâkim tarafından somutlaştırılması gerektiğini belirtmektedir. **Fellmann**, Art. 404 N. 85.

⁷⁷ **Altınok-Ormancı**, s. 56; Hâkim, somut olayın koşullarına göre tazminat yükümlülüğünün kapsamını belirleyecektir. **Gauch**, Art. 404 OR, N. 5d.

⁷⁸ **Fellmann**, Art. 404 N. 90; **Peyer**, s. 129.

⁷⁹ **Sarı**, s. 131-132, s. 272; **Ergüne**, s. 272; **Lüchinger**, N. 686; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 16; **Aral/Ayrancı**, s. 415; **Derendinger**, N. 73; **Schmid/Stöckli**, N. 1970.

olduğundan bu sorumluluğun doğmasında kusur bir unsur olarak ortaya çıkmamaktadır. Burada niteliği itibariyle bir sebep sorumluluğu vardır.

Buna karşılık diğer bir görüş⁸⁰, uygun olmayan zamanda sona erdiren vekilin, vekâlet verenin yararını korumak hususundaki sadakat borcuna aykırı davrandığı, bu yüzden TBK m. 512/c. 2'ye göre ödemek zorunda olduğu tazminatın sözleşmeye dayalı bir nitelik taşıdığı, vekâlet verenin kural olarak vekilin menfaatini koruma yükümlülüğü bulunmadığından bu tazminata sözleşmesel bir dayanak bulmanın daha güç olduğunu, burada sözleşme öncesi kusura dayanmanın düşünülebileceği, ancak vekâlet verenle vekil arasındaki eşitliği sağlamak bakımından birinin sözleşmeye dayalı diğerinin sözleşme dışı nitelikte saymanın yerinde olmayacağını söylenebileceği, TBK m. 512/c.2, geçerli bir vekâlet sözleşmesinin varlığını şart kıldığına göre vekâlet verene sona erdirmeye yetkisini kullanırken vekilin menfaatlerini sınırlı ölçüde de olsa gözönünde tutma borcunu yüklediği, böylece vekilin haksız sona erdirmeye halinde tazminat talebinin de sözleşmeye dayalı bir nitelik taşıdığını ileri sürmektedir.

TBK m. 512/c. son'da öngörülen tazminatın kanuni borç niteliğinde olduğu görüşünün kabul edilmesi, kanaatimizce yerinde olacaktır. Sona erdirmeye hakkı, uygun olmayan bir zamanda kullanılmış olsa dahi, vekâlet veren veya vekil hukuk düzeninin kendisine tanıdığı bir hakkı kullanmaktadır⁸¹. Tarafların, sona erdirmeye beyanında bulunurken, karşı tarafın kusurlu davranışını gerekçe göstermeleri de gerekmemektedir.

TBK m. 512/c. 2 kapsamında tazmin edilecek zarar, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan bir zamanda sona erdirilmesiyle doğan zararlardır⁸². Sözleşmenin uygun olan bir zamanda sona erdirilmesiyle vekâlet verenin uğramayacağı zararların tazmini yükümlülüğü söz

⁸⁰ **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 639-640; **Gökya**, s. 115; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 385; **Akıncı**, s. 114; **Peyer**, s. 129; **Fellmann**, Art. 404 N. 52; 81.

⁸¹ **Sarı**, s. 131.

⁸² **Gmür**, N. 523; **Altıp**, s. 182; **Fellmann**, Art. 404 N. 68.

konusudur⁸³. Bu zararlar, taraflar arasındaki sözleşmenin ve bunun çerçevesinde iş görmenin devam edeceğine ilişkin olan inancın boşa çıkarak beklenmeyen bir anda vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır⁸⁴. Tazmini gereken zarar, olumsuz zarardır⁸⁵. Vekil bakımından uğranılan zararlar ise sözleşmenin ifası için yapılan ama sözleşmenin sona ermesinden dolayı elverişliliğini kaybetmiş giderlerdir⁸⁶. Sözleşmenin sona ermesi yüzünden ifaya olan menfaatin talep edilmesi mümkün değildir⁸⁷. Buna karşılık doktrinde bir görüş⁸⁸, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi halinde, yalnız uygun olmayan zamanda uğranılan zararın değil, diğer zararların da tazmin edilmesi gerektiğini, bu bağlamda olumlu zararın da tazmin edilmesinin söz konusu olduğunu, ama bu zararın yalnızca vekâlet sözleşmesi uygun zamanda sona erdirilseydi uğranılmayacak olan zararın tazminiyle sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu son görüşe katılmak mümkün olamamaktadır. Kanun, yalnızca vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi halinde fesih beyanında bulunan tazminat yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bu durumda vekâlet sözleşmesi uygun zamanda sona erdirilseydi uğranılmayacak olan zararın

⁸³ **Lüchinger**, N. 709; **Olgaç**, s. 165; **Schneider/Fick**, Art. 404 N. 42; **Oser/Schönenberger**, Art. 405 N. 8.

⁸⁴ **Gauch**, Art. 404 OR, s. 11; **Morin**, s. 160; **Gökyayla**, s. 115.

⁸⁵ **Dubler** Andreas M., Der Kommissions-agenturvertrag Unter besonderer Berücksichtigung der Frage der Zulässigkeit von Innominatverträgen im Bereich der Verträge auf Arbeitsleistung, Zurich 1995, s. 47; **Sarı**, s. 139; **Tercier**, L'extinction prématurée du contrat, s. 372 dpn. 33; **Karabağ-Bulut**, s. 155; **CR CO I-Werro**, Art. 404 N. 11; **Werro/Douzals/Carron**, s. 218; **Eren**, s. 709; **Engel**, Contrats de droit suisse, s. 511; **Gehrer/Giger**, Art. 404 N. 16; **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 640; **KUKO OR-Weber**, Art. 404 N. 9; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 385; **Honsell**, s. 340; **Stöckli**, N. 2.114; **Weber**, Praxis zum Auftragsrecht, s. 131; **CR CO I-Werro**, Art. 404 N. 11; **Lüchinger**, N. 703; **Akipek**, s. 246; **Müller**, N. 2086; **Schneider/Fick**, Art. 404 N. 42; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 17; **Gmür**, N. 523; **Canyürek**, s. 185; **Leuenberger**, s. 31; **Altop**, s. 182; **Peyer**, s. 129; **Stöckli**, N. 2.117; **Aral/Ayrancı**, s. 415; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1221; **Bucher**, s. 229; **Bühler**, Art. 404 N. 7; burada olumlu zararın tazmin edilmesinin söz konusu olduğunu savunan görüş için bkz: **Olgaç**, s. 165.

⁸⁶ **CR CO I-Werro**, Art. 404 N. 11.

⁸⁷ **Gökyayla**, s. 115; **Stöckli**, N. 2.117; **Bühler**, Art. 404 N. 7; **Schmid/Stöckli**, N. 1971.

⁸⁸ **Fellmann**, Art. 404 N. 70.

tazmini yükümlülüğü getirme fikrine hem kanunda buna ilişkin bir dayanak bulunmaması, hem de bu zararın kapsamını belirlemede yaşanabilecek sıkıntılar nedeniyle şüpheyle yaklaşılması gerekmektedir.

TBK m. 512'ye göre vekâlet sözleşmesinin sona erdirildiği hallerde, bir tazminat talebinin söz konusu olması için sona erdirme bildirimine muhatap olanın özel bir zarara maruz kalması gerektiği yolunda bir görüş mevcuttur⁸⁹. Sona erme nedeniyle ortaya çıkacak olumsuzluğun hangi açıdan bir özellik taşıdığı belirsizlik olduğundan bu görüş eleştirilmektedir⁹⁰. Gerçekten de, TBK m. 512'de özel bir zarara uğrama şartı aranmadığından, bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği tespit edilememektedir. Zaten, vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından uygun olmayan zamanda uğranılan zarar kapsamı da belirli olduğundan bu görüşü benimsemek mümkün değildir.

Kanunkoyucu, TBK m. 512/c. 2'deki düzenlemesiyle, hükümlerini doğurmaya devam edeceğine güvenen vekâlet verenin, sözleşmenin sona ermesi karşısında bu yüzden doğan bütün zararlarının tazmin edilmesi imkânını tanımamıştır⁹¹. TBK m. 512/c. 2 hükmü uyarınca taraflar vekâlet sözleşmesini sona erdirme olanağına sahip olduğuna göre, bu hak ne zaman kullanılırsa kullanılsın ortaya çıkması engellenemeyecek zararlar, bu hükmün kapsamına girmeyecektir. Buna göre vekâlet sözleşmesinin kurulmasına yönelik giderlerin TBK m. 512/c. 2 uyarınca talep edilmesi mümkün değildir⁹². Yukarıda da belirtildiği üzere vekâlet sözleşmesinin devamına ilişkin menfaat de korunmamaktadır⁹³. Tazmin edilecek zararın

⁸⁹ **Gauch**, Art. 404 OR, s. 12; **Buff/von der Crone**, s. 341; açık olarak ifade etmemekle beraber bu görüşte: **Gautschi**, Art. 404 N. 17d.

⁹⁰ **Sarı**, s. 143; **Luchinger**, N. 697 vd.

⁹¹ **Gauch**, Art. 404 OR, s. 12.

⁹² Olumsuz zarar kalemi teşkil eden sözleşmenin kurulmasına yönelik giderler, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesinden kaynaklanmamaktadır. Sözleşmenin kurulmasına yönelik giderlerin faydasız kalması ve bu sebeple vekâlet verenin malvarlığında zarar olarak ortaya çıkması, sona erdirme hakkının kullanılmasına ilişkin kötü zamanlamanın bir sonucu değildir; vekâlet sözleşmesiyle amaçlanan iş görmenin yarıda bırakıldığı her durumda aynı sonuçla karşılaşılır. **Ergüne**, s. 275; **Sarı**, s. 160; **Luchinger**, N. 716; **Dessemontet**, s. 188.

⁹³ **Fellmann**, Art. 404 N. 68.

kapsamına, özellikle vekâlet verenin işgörmeye hazırlık mahiyetinde olup da sona erdirme halinde faydasız hale gelen giderleri ile vekâlet verenin yeni bir vekil bulması için yapacağı giderler girmektedir⁹⁴.

Vekâlet sözleşmesini sona erdiren vekil, vekâlet verenin yarım kalan işinin tamamlanması için yeni bir vekâlet sözleşmesi yapması zorunluluğundan doğan zararı kural olarak karşılamakla yükümlü değildir⁹⁵. Vekâlet veren, vekilce sözleşmenin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi durumunda iş görmeye hazırlık niteliğinde yapmış olduğu giderlerin de tazmin edilmesini isteyebilir⁹⁶.

TBK m. 512/c. I hükmünün emredici nitelikte olduğu kabul edilen hallerde, TBK m. 512/c. II'nin de emredici nitelikte olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Sona erdirmenin uygun olmayan zamanda yapılması halinde tarafların ödenecek tazminatın miktarını belirleme hususunda TBK m. 512/c. II hükmüne aykırı düzenleme yapmaları mümkün değildir⁹⁷. Bu bağlamda, uygun olmayan zamanda sona erdirme halinde tarafların cezai şart kararlaştırmaları mümkün değildir⁹⁸. İsviçre Federal Mahkemesi ve doktrinde bir takım yazarlar⁹⁹, sona erdirmenin uygun olmayan zamanda yapılması halinde ödenecek olan tazminatın götürü olarak belirlenebileceğini kabul etmektedir¹⁰⁰. Yalnız bu durumda belirlenen götürü tazminat miktarının TBK m. 512/c. son'a göre belirlenmiş miktarı aşması halinde bir cezai şart teşkil edecek, hâkim tarafından geçersiz sayılabilecek veya indirilmesi söz konusu olabilecektir¹⁰¹. TBK m. 512'nin emrediciliğinin söz konusu olduğu

⁹⁴ Zevkliler/Gökyayla, s. 627; Tercier/Favre, N. 5308; BSK OR I-Weber, Art. 404 N. 17; Zimmermann, s. 174; Lüchinger, N. 722; Weber, Praxis zum Auftragsrecht, s. 131; Gmür, N. 517; Aral/Ayrancı, s. 415; Fellmann, Art. 404 N. 72; Dessemontet, s. 189; Sarı, s. 150; Gökyayla, s. 115; CR CO I-Werro, Art. 404 N. 11; Buff/von der Crone, s. 340.

⁹⁵ Sarı, s. 154.

⁹⁶ Sarı, s. 157.

⁹⁷ Erdem, s. 959.

⁹⁸ Aksi fikirde: CR CO I-Werro, Art. 404 N. 16.

⁹⁹ Schmid/Stöckli, N. 1972.

¹⁰⁰ BGE 109 II 467.

¹⁰¹ CR CO I-Werro, Art. 404 N. 20.

durumlarda taraflar tazminatı götürü olarak belirlemiş olsalar bile, burada gerçek anlamda tazminatın götürü olarak belirlendiği bir sözleşme yoktur¹⁰². Götürü tazminat sözleşmesi taraflar arasında ancak ispat konusunda bir anlaşma olarak değerlendirilebilir¹⁰³.

Doktrinde vekâlet sözleşmelerinin tipik ve atipik olarak sınıflandırılması gerektiğini savunan görüş¹⁰⁴, atipik sözleşmelerinde güven unsurunun bulunmaması yüzünden vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi üzerine olumlu zararın tazmin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu görüş, ahde vefa ilkesi göz önüne alındığında da, yukarıdaki görüşün hukuken kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Çünkü atipik vekâlet sözleşmelerinde sözleşmenin sona ermesi, karşı tarafa duyulan güven eksikliğinin sözleşmeyi sona erdirdiği tipik vekâlets sözleşmelerinin sona ermesi ile aynı nitelikte değildir¹⁰⁵. Atipik vekâlet sözleşmelerinde, sözleşmenin uygun olmayan zamanda sona erdirilmesi üzerine cezai şart kararlaştırılması mümkündür.

Uygun olmayan zamanda vekâlet sözleşmesinin sona erdirilip erdirilmediği hususunda ispat yükü, zarar tazmin talebinde bulunan tarafa aittir¹⁰⁶.

Uygun olmayan zamanda sona erdirme nedeniyle ödenmesi gerekecek tazminatın belirlenmesinde haksız fiil hükümleri kıyasen uygulama alanı bulacaktır. Uygun olmayan zamanda sona erdirmeden doğan zararın tazminini talep etme hakkı, kanundan doğan bir hakkın kullanılması olduğundan, sona erdirme hakkını kullananın kusurunun

¹⁰² “Tam anlamıyla tazminatın götürü olarak belirlendiği sözleşmelerde, zarar miktarının ispat edilmemesine gerek olmaması ve karşı tarafın gerçek zararı ispat edip götürü miktarın bu zarara kadar indirilmemesini isteyememe şartı artık geçerli değildir. Vekâlet sözleşmesini sona erdiren borçlu taraf, gerçek zararı ispat ederek, fazla miktarı ödeme sorumluluğundan kurtulabilir. TBK m. 512/c. 2 tazminat miktarına bir üst sınır çizdiğinden, götürü olarak belirlenen miktar gerçek zarar miktarının altında kalmış ise, alacaklı belirlenen miktarın üstündeki zararını isteyemez”. **Erdem**, s. 960.

¹⁰³ **Erdem**, s. 960.

¹⁰⁴ **Huguenin**, Allgemeiner und Besonderer Teil, N. 3312; **Werro/Douzals/Carron**, s. 218.

¹⁰⁵ **Huguenin**, Allgemeiner und Besonderer Teil, N. 3312.

¹⁰⁶ **Fellmann**, Art. 404 N. 65; **Kayihan/Ünlütepe**, s. 186; **Gökyayla**, s. 126.

derecesi esas alınarak bir indirim yapılması veya karşı tarafın birlikte kusurunun bulunduğuna dayanarak bir indirim yapılması söz konusu olmamaktadır¹⁰⁷.

c. Sona Erdirmenin Özel Sonuçları

Alt vekâlet sözleşmesi sona erme bakımından ilk vekâlet sözleşmesinden tamamen bağımsızdır¹⁰⁸. Vekâlet verenin vekâlet sözleşmesini sona erdirmesi alt vekili etkilemeyecektir¹⁰⁹. Alt vekil ile yapılan vekâlet sözleşmesinin vekil tarafından sona erdirilmesi veya vekâlet verenin TBK m. 507/f. III'e dayanarak sözleşmeye son vermesi gerekmektedir¹¹⁰. Vekâlet verenin alt vekile karşı sona erdirme hakkını kullanması, vekâlet veren ile vekil arasındaki sözleşmeyi sona erdirmemektedir¹¹¹.

Vekilin sözleşmeyi sona erdirmesi alt vekâlet sözleşmesini, alt vekilin sözleşmeyi sona erdirmesi de ilk vekâlet sözleşmesini sona erdirmemektedir¹¹². Alt vekâlet sözleşmesinin sona ermesine rağmen, edimin ifası hala mümkünse, asıl vekilin yeni bir alt vekâlet sözleşmesi de mümkündür¹¹³.

Birden fazla vekille aynı işin görülmesi için her biri yalnız başına hareket etmesi şeklinde vekâlet sözleşmesi yapılmışsa, vekâlet verenin bunlardan yalnız birinin vekâlet sözleşmesini sona erdirmesi diğerlerinin vekâlet sözleşmesini sona erdirmez. Sözleşmesi sona erdirilen vekilin diğer vekillerin yaptıkları işler için vekâlet verene karşı müteselsil sorumluluğu ortadan kalkar¹¹⁴.

¹⁰⁷ Sarı, s. 134.

¹⁰⁸ Zevkliler/Gökyayla, s. 615.

¹⁰⁹ Gümüş, Borçlar Özel C. 2, s. 378; BSK OR I-Weber, Art. 404 N. 7; Akipek, s. 239; Akcan, s. 19; Fellmann, Art. 404 N. 46; Oser/Schönenberger, Art. 399 N. 16; Gökyayla, s. 135.

¹¹⁰ Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 644; Sarı, s. 227; Akipek, s. 240; Akıncı, s. 94; Zevkliler/Gökyayla, s. 615.

¹¹¹ Akıncı, s. 94.

¹¹² Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 644; Akipek, s. 240; Gökyayla, s. 137.

¹¹³ Gökyayla, s. 137.

¹¹⁴ Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 644.

Birden fazla vekâlet veren varsa¹¹⁵ vekilin ancak her birine ayrı ayrı bildirmek suretiyle vekâlet sözleşmesini sona erdirmesi mümkün olabilir¹¹⁶. Vekâlet verenler de tek başlarına hareket edemeyeceklerinden sona erdirmeye hakkını birlikte kullanmak ya da bu amaçla içlerinden birine yetki vermek zorundadırlar¹¹⁷. Birden çok vekil de ancak birlikte hareket ederek vekâlet sözleşmesini sona erdirebilir¹¹⁸.

5. Tek Taraflı Sona Erdirmenin İsimli Sözleşmelere Uygulanması

Tarafların kanunda düzenlenmemiş bir sözleşmeyi yaptıkları durumlarda genel olarak bir isimli sözleşmenin varlığından söz edilmektedir. İsimli sözleşme değişik şekillerde ortaya çıkabilir.

Yapılan sözleşme, nitelikleri itibarıyla bağımsız birden fazla sözleşmenin mevcut özelliklerini koruyarak, taraflarca birleştirilmesine dayanıyorsa bir birleşik sözleşme söz konusu olacaktır¹¹⁹. Tarafların kanunda düzenlenmiş bulunan değişik sözleşmelerin bazı edimlerini kanunda öngörülmemiş bir biçimde bir araya getirerek bir sözleşme yapması durumunda ise karma bir sözleşme meydana gelecektir. Tarafların kısmen veya tamamen kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinin unsurlarını taşımayan yeni bir sözleşme yapmaları durumunda kendine özgü bir sözleşme söz konusu olacaktır.

TBK m. 502/f. II'ye göre, "Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörmeye sözleşmelerine de uygulanır". Bu hüküm, vekâlet sözleşmesini tek taraflı olarak sona erdiren TBK m. 512 ile birlikte değerlendirildiğinde, son hükmün kanunda düzenlenmemiş işgörmeye sözleşmeleri bakımından

¹¹⁵ Özellikle, paylı ve elbirliği halinde hak sahipliğinin bulunduğu bir hakka ilişkin bir işgörmeye sözleşmesinin söz konusu olduğu durumda, bütün birlikte hak sahipleri vekâlet veren konumunda bulunabilecektir. **Sarı**, s. 229.

¹¹⁶ **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 645; **Akıncı**, s. 92; **Sarı**, s. 234.

¹¹⁷ **Akıncı**, s. 92; **Fellmann**, Art. 404 N. 42; **Bühler**, Art. 403 N. 3; bu hususta bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz: BGE 101 II 217.

¹¹⁸ **Bühler**, Art. 403 N. 4.

¹¹⁹ **Sarı**, s. 310.

emredici olarak uygulanmasının söz konusu olmayacağı sonucu çıkmaktadır¹²⁰. Kendine özgü iş görme sözleşmelerinde sona erme bakımından bir ihtilaf çıkması durumunda öncelikle tarafların iradeleri göz önünde bulundurulacak şekilde Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikteki hükümleri uygulama alanı bulacak, bu hükümlerin ihtilafın çözülmesinde yeterli olmadığı hallerde bir kanun boşluğunun varlığını kabul etmek ve bu boşluğu TMK m. 1/f. II'de öngörülen esaslar çerçevesinde doldurmak gerekecektir¹²¹.

Vekâlet sözleşmesi hükümleri, bir kısmı itibariyle konusu iş görme borcu olan karma nitelikteki sözleşmelere de kıyasen uygulanacak hükümlerdir¹²². Bir kısmı bakımından atipik vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilecek olan bu sözleşmeler açısından da TBK m. 512 hükmünün uygulanması mümkün değildir¹²³.

6. Tek Taraflı Sona Erdirme Hakkı Yönünden Avukatlık Kanunu'nda Getirilen Düzenleme

Avukatlık Kanunu m. 174/f. I'e göre, "Üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat hiçbir ücret isteyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır". Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, "Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez".

Avukatlık sözleşmesinde sona erdirmeye ilişkin olarak uygun olmayan zaman değil, haklı sebep kavramı ön plana çıkmaktadır. Sözleşmenin sona erdirilebilmesi için haklı bir sebebin bulunmasına gerek bulunmamakla birlikte, haklı bir sebebin bulunduğu hallerde, azil ve istifa, sözleşmeyi sona erdiren tarafı tazminat ödemekten genellikle kurtarmaktadır¹²⁴.

¹²⁰ Kayıhan/Ünlütepe, s. 190.

¹²¹ Sarı, s. 322; Dessemontet, s. 148.

¹²² Erdem, s. 955.

¹²³ Erdem, s. 955.

¹²⁴ Gökyayla, s. 71.

Haklı sebep konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı için hangi hallerin avukatlık sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından haklı sebep sayılacağı kesin olarak tespit edilebilmesi mümkün değildir¹²⁵.

Haklı azil için verilebilecek örnekler şunlardır: Avukatın dava ve icra takibini yürütmemesi¹²⁶, davanın zamanında açılmaması¹²⁷, işi

¹²⁵ **Gökyayla**, s. 77.

¹²⁶ “Davacı avukatın 29.3.1994 günlü sözleşme ile Bayındır Asliye Hukuk Mahkemesinin 1994/85 esas sayılı, 6.5.1994 günlü sözleşme ile de aynı mahkemenin 1994/120 esas sayılı dava dosyasında davalıyı temsil etmek üzere vekâlet görevini üstlendiği uyuşmazlık konusu değildir. Ne varki 1994/85 esas sayılı dava dosyasını mazeretsiz olarak takip etmemesi nedeniyle müvekkili tarafından 8.7.1994 tarihinde her iki dosyasındaki vekâlet görevinden azledildiği ve 1994/85 esas sayılı davadan azli nedeniyle açtığı vekâlet ücreti davasının azlin haklı olduğu kabul edilerek reddedildiği ve bu kararın Yargıtay’dan geçmek suretiyle kesinleştiği toplanan delillerden anlaşılmaktadır.

Vekâlet, güvene dayalı bir sözleşmedir. Üstlendiği davalardan birini takip etmemek suretiyle azledilen avukata karşı müvekkilinin güveninin kalmaması hayatın olağan akışıyla BK. nun amaçladığı güven ilkesine daha uygun düşer. Bu nedenle vekili davacıya karşı güveni kalmayan davalının avukatını azletmesi haklı bir nedene dayandığından, davacı avukat ücret isteyemez. O halde mahkemece bu yön gözetilerek davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi bozma nedenidir”. Y. 13HD.,19.12.1995 T., E. 1995/11369, K. 1995/11467 (www.kazanci.com).

¹²⁷ “Avukatlık Kanununun 174. Maddesi hükmüne göre, avukat haklı bir nedenle azledildiği takdirde ücrete hak kazanamaz. Her ne kadar davacı avukatın davalı vekili olarak İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde 15.6.2001 tarihinde 2001/891 esas sayılı dava dosyası ile açtığı davada özen ve sadakat borcuna aykırı davrandığı kendisinden kaynaklanan nedenlerle davanın sürüncemede bırakıldığı söylenemez ise de, aynı mahkemece yine davacı tarafından davalı vekili olarak 4.9.2001 gününde 2001/1167 esas sayılı dava dosyası ile açılan dava mahkemece zamanından önce açılmış olması nedeniyle 9.7.2002 gününde reddedilmiş bunun üzerine de davalı yanca davacı avukat 10.10.2002 gününde azledilmiştir. Nitekim anılan dava dosyası Yargıtay incelemesinden geçmek suretiyle 3.6.2003 gününde kesinleşmiştir. Davacı 2001/1167 esas sayılı davayı davalının talimatı sonucu açtığını iddia etmiş ise de bu iddiasını yasal delillerle ispat edememiştir. Vekâlet akdi güven ilişkisine dayanan akitlerden olup, üstlendiği iş ile ilgili tüm yasal mevzuatı bilmek zorunda olan vekilin zamansız dava açmış olması vekil edenin güven ilişkisini sarsacak hallerden sayılmak lazım gelir. İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesinin 2001/891 esasında açılan dava, zamansız açılan 2001/1167 esas sayılı dava neticesini beklediği gözetildiğinde davalı yönünden zarar unsuru da gerçekleşmiştir. Bu da azlin haklı olduğunu göstermektedir”. Y. 13HD.,1.11.2005 T., E. 2005/9611, K. 2005/16246 (www.kazanci.com).

geciktirmesi, temyiz süresini kaçırmaması, fazlaya ilişkin hakkın saklı tutulmadan dava açılması, bilgi alma ve hesap isteme hakkına aykırı ve kısıtlayacak şekilde davranması¹²⁸, dava dilekçesinde faiz istenmemesi, müvekkile dosya fotokopilerinin verilmemesi¹²⁹, icra dosyasının iki yıldan uzun bir süre takip edilmemesi vb.

İş sahibinin avukata avans vermekten ve yapılan masrafları ödemekten kaçınması, asıl avukatın bilgisi ve muvafakati dışında anlaşması da, avukatın istifası açısından haklı sebeptir¹³⁰.

Taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılması da avukatlık sözleşmesinin haklı sebeple sona erdirilmesine yol açmaktadır. Avukatın iş sahibinin güvenini kötüye kullanması, iş sahibine ait kişisel, mesleki, ailevi sırları açığa çıkarması, iş sahibi adına tahsil etmesi gereken parayı kendi adına alarak zimmetine geçirmesi vb. azil için haklı sebep teşkil edebileceği gibi, iş sahibinin avukata hukuka veya ahlaka aykırı talimat vermesi, ona kötü davranması, hakaret etme biçiminde suç teşkil eden bir eylemde bulunması, avukata yanlış veya yanıltıcı bilgi veya belge sunması, iş sahibinin karşı tarafla anlaşmaya çalışması vb. de istifa için haklı sebep teşkil etmektedir¹³¹.

Avukatın istifası bakımından uyulması gereken şekil HMK m. 81'de düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, vekilin azli veya istifasının, mahkeme ve karşı taraf bakımından hüküm ifade etmesi için, bu konudaki beyanın dilekçeyle bildirilmesi veya tutanağa geçirilmesi ve gerektiğinde ilgisine yapılacak tebligat giderinin de peşin olarak ödenmesi zorunludur. Kanunun bu hükmü, dış ilişkide istifa ve azli düzenlenmektedir. Mahkemeye ve karşı tarafa bildirilmedikçe dış ilişkide avukatın yaptığı işlemler müvekkili bağlayacaktır¹³².

¹²⁸ Y. 13HD. , 24.10.2005 T., E. 2005/6452, K. 2005/15756 (www.kazanci.com).

¹²⁹ Y. 13HD. ,26.12.2008 T., E. 2008/8962, K. 2005/15715(www.kazanci.com).

¹³⁰ Gökyayla, s. 80.

¹³¹ Gökyayla, s. 84.

¹³² Günergök Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, Ankara 2013, s. 226.

Avukatlık Kanunu m. 41'de, istifa kararının müvekkile tebliğinden itibaren 15 gün daha görevinin devam edeceği düzenlenmiştir. Bu maddeden avukat-müvekkil ilişkisinin avukatın istifa yönündeki iradesini müvekkiline bildirmesinden bir süre sonra sona erdiği sonucu çıkmaktadır¹³³. Avukatın duruşma dışı iş ve işlemleri gerçekleştireceği, buna karşılık avukatın istifasını öğrenen mahkemenin bu 15 günlük süre içinde yargılamaya devam etmeyeceği kabul edilmektedir. Mahkeme, durumu müvekkile tebliğ ederek, bizzat duruşmaya gelmesini veya yerine bir temsilci göndermesini isteyecektir¹³⁴.

Haklı bir sebep olmaksızın avukatlık sözleşmesinin azil ve istifayla sona erdirilmesi, avukatlık ücretine doğrudan etki etmektedir. Haklı bir sebep olmadığı¹³⁵ halde avukatı azleden iş sahibi, ücretin tamamını ödemek zorunda olduğu gibi, haklı bir sebep olmaksızın istifa eden avukat da hiçbir ücret talep edemeyeceği gibi peşin aldığı ücreti iadeyle yükümlüdür¹³⁶. Avukatın elde etmiş olduğu tam ücretten, başka bir iş ile kazandığı veya kazanmaktan kasten feragat ettiği şeylerin indirilmesi gerekmektedir¹³⁷. Vekâletten haklı olarak istifa ettiği hususunda ispat yükü avukata düşmektedir¹³⁸.

¹³³ Günergök, s. 226.

¹³⁴ Sarı, s. 267.

¹³⁵ Haklı sebep sayılamayacak hallerin tipik örneği avukatın işlerini yürütemeyecek şekilde hastalanmasıdır.

¹³⁶ Gökyayla, s. 85; Sarı, s. 190.

¹³⁷ Kayıhan/Ünlütepe, s. 185.

¹³⁸ "... Bu açıklamalardan sonra dava konusu olaya bakılacak olursa; Davacılar, davalı avukatın vekâletten tek taraflı ve haksız olarak istifa ettiğini ileri sürerek, peşin ödenmiş olan vekâlet ücretinin iadesi için eldeki davayı açmış, davalı ise davacıların isteği ve rızası ile vekâletten istifa ettiğini, bu nedenle peşin ödenmiş olan vekâlet ücretinin talep edilemeyeceğini savunmuş, birleştirilen davada da aynı nedenlerle bakiye vekâlet ücreti alacağını tahsilini talep etmiştir. Az yukarıda açıklandığı üzere istifanın haksız olması halinde avukat ücrete hak kazanamayacağından, davada öncelikle davalının vekâletten istifasının haklı olup olmadığının incelenmesi gereklidir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu konudaki ispat yükü, davalı avukata aittir. Başka bir ifade ile davalı avukat, vekâletten haklı olarak ispat ettiğini yasal delillerle ispat etmekle yükümlüdür. Somut olayda davalı avukat, her ne kadar davacı müvekkillerinin, dava yolunun uzun bir süreç olması nedeniyle davadan vazgeçeceklerini belirterek, vekâletten çekilmesini istediklerini, bu şekilde davacıların isteği doğrultusunda vekâletten çekildiğini, nitekim bu hususu,

Avukatın haklı sebeple istifa hakkını kullandığı durumlarda Avukatlık Kanununda açık bir düzenleme olmamasına rağmen, avukatın gerçekleştirdiği iş görmenin karşılığı ücreti talep edebileceği şüphesizdir. Müvekkilin borca aykırı davranışta bulunmamasına rağmen, onun hâkimiyet alanındaki olgulardan kaynaklanan haklı sebebe dayanarak istifa hakkının kullanılması halinde de, avukatın ücretin tamamını isteyebileceği kabul edilmelidir¹³⁹.

Haklı sebebin, avukattan veya tarafların dışındaki etkenlerden kaynaklandığı durumlarda, avukatın ücretinin tamamını talep edememesi daha uygun bir çözüm olacaktır. Aksi durumda, müvekkil, hiçbir şekilde ortaya çıkmasına sebep olmadığı bir durumdan dolayı sorumlu olacaktır¹⁴⁰.

B. Ölüm ve Benzeri Sebeplerle Sona Erme

1. Genel Olarak

TBK m. 513/f. I'e göre, "Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekalet verenin ölümü...ile kendiliğinden sona ermiş olur". Bu hükme göre, ölüm vekâlet sözleşmesini geleceğe etkili olarak ortadan kaldıran sebeplerden bir tanesidir¹⁴¹. Ölüm halinde tarafların açık bir irade beyanına gerek olmaksızın, vekâlet sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir¹⁴². Ölüm, kavram olarak kanunda tanımlanmamıştır ve bu hususta tıp biliminin kuralları belirleyici olacaktır¹⁴³.

Vekâlet sözleşmesi, tarafların karşılıklı güvenlerine dayanan bir ilişki ortaya çıkarmakta ve bu ilişkiden doğan iş görme borcuna ilişkin

25.01.2007 tarihli ihtarla da, "...vekilliğinizden isteğiniz üzerine istifa ediyoruz." şeklindeki açıklama ile müvekkillerine bildirdiği savunmuşsa da, vekâletten, müvekkillerin isteği ve talimatı ile istifa ettiğini kanıtlayamamıştır..." Y. 13HD., 09.03.2010 T., E. 2009/9343, K. 2010/2815 (YKD, Şubat 2011, C. 37, S. 2, s. 274-275).

¹³⁹ **Sarı**, s. 191.

¹⁴⁰ **Sarı**, s. 192.

¹⁴¹ **Akıncı**, s. 69; **Sarı**, s. 59; Kanun'un tarafların sözleşmeyi fesih beyanlarını dikkate almadan sona erme sebeplerini düzenlediği yönünde bkz: **Fellmann**, Art. 405 N. 7.

¹⁴² **Fellmann**, Art. 405 N. 12; **Oser/Schönenberger**, Art. 405 N. 4.

¹⁴³ **Frick**, s. 94.

hak ve borçlar tarafların kişiliğine bağlı tutulmaktadır¹⁴⁴. Vekâlet veren, güvenini taşıyan bir vekil seçmekte, ona her zaman işin görülme biçimi hakkında talimat vermekte ve bu iş gördürmeyi dilediği zaman sona erdirebilmektedir. Vekil de kural olarak işi kendisi yapmakla ve yerine başkasını koymamakla yükümlüdür. Vekâlet verenin ölümü halinde iş görmenin yapılma biçimine egemen olan onun iradesi ve menfaati ortadan kalkacaktır. Vekilin ölümü de onun iş görme borcunu şahsen ifası olanağını kaldıracaktır¹⁴⁵. Daha vekilin sağlığında onun işine dilediği gibi son verebilen vekâlet veren, onun ölümü üzerine işi devam ettirmek isteyip istemediğini ve kime yaptıracağını serbestçe belirleyebilmelidir. Bütün bu belirtilenler, taraflardan birinin ölümü halinde vekâlet sözleşmesinin sona ermesini haklı göstermektedir¹⁴⁶.

Yukarıda belirtildiği üzere eğer taraflardan birinin yükümlülük altına girmesinde kişisel nitelikleri göz önüne alınmış ise, ölüm ile vekâlet sözleşmesi sona ermektedir¹⁴⁷. Vekil için genellikle vekâlet verenin kimliği önemli olmayacağından, vekâlet verenin ölümü her durumda sözleşmeyi sona erdirmemektedir¹⁴⁸. Ama vekilin ölümü halinde, vekâlet veren vekilin tecrübesinden, tavsiyelerinden ve hatta kişisel itibarından yararlandığı ölçüde aynı sonuca ulaşmak mümkün olmayabilir¹⁴⁹. Bununla

¹⁴⁴ **BSK OR I-Weber**, Art. 405 N. 2; **Akıncı**, s. 70; **Tekin**, s. 72; **Gautschi**, Art. 405 N. 1a; **Fellmann**, Art. 405 N. 13; **Canyürek**, s. 186; **Altop**, s. 179; **Funk**, s. 250; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1221.

¹⁴⁵ **Canyürek**, s. 186; **Fellmann**, Art. 405 N. 96.

¹⁴⁶ **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 647; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1221; **Gürsoy'a** göre mirasçılar, ölüme rağmen, açık veya kapalı muvafakatleriyle, vekâlet ilişkisini sürdürebileceklerine veya sözleşme veya ilişkinin özelliği bunu gerektirdiği takdirde dahi sözleşmeye diledikleri zaman son verebileceklerine göre kanunda yer alan vekâlet sözleşmesinin sona ereceği şeklindeki ilkenin fazla bir pratik önemi bulunmamaktadır. **Gürsoy** Kemal Tahir, Vekâlet Akdinin Ölüm Nedeniyle Sona Ermesi ve Sonuçları, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar Sempozyumu 14-16 Haziran 1976, İstanbul 1977, s. 9.

¹⁴⁷ Ölümün nasıl meydana geldiği hususundaki tespit, tıp biliminin uzmanlık alanına girmektedir. **Frick**, s. 94; **Seliçi Özer**, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 82; **BSK OR I-Weber**, Art. 405 N. 2; **Tercier**, L'extinction prématurée du contrat, s. 398; **Gürsoy**, s. 2.

¹⁴⁸ **Fellmann**, Art. 405 N. 85; **Olgaç**, s. 170.

¹⁴⁹ **Frick**, s. 118.

birlikte vekâlet verenin duyduğu şahsi güven sebebiyle vekilin ölümüyle vekâlet sözleşmesinin sona erdiği sonucuna varabilmek için somut olayın koşullarına bakmak gerekecektir.

Vekâlet verenin ya da vekilin ölümü halinde külli halefiyet ilkesi gereğince haklar ve borçlar ölenin mirasçılara geçer¹⁵⁰. İflas durumunda vekâlet verenin ya da vekilin ölmesi halinde bu hak ve borçlar, iflas masasının aktif ya da pasifine dâhil olmaktadır. TBK m. 509'daki koşulların varlığı halinde, vekâlet veren vekilin iflas idaresinin iradesine karşın vekâlet sözleşmesi konusu malların kendisine devredilmesini sağlayabilir; diğer taraftan iflas idaresi de aynen vekilin sahip olduğu şekilde hapis hakkını kullanabilir. İş görme yükümlülüğünü sona erdiren hiçbir sona erme sebebi, önceden vekâlet sözleşmesinden doğan devir yükümlülüklerini sona erdirmemektedir¹⁵¹.

2. Ölümüne Rağmen Vekâletin Sözleşme veya İşin Mahiyeti Gereği Devam Etmesi

TBK m. 513/f. I'den, vekâlet verenin veya vekilin ölümüyle, vekâlet sözleşmesinin sona ermesinin aksinin sözleşmede kararlaştırılabileceği¹⁵² ve bu sayede sözleşmenin ölen tarafın mirasçılarıyla devam edeceği anlaşılmaktadır¹⁵³. Sözleşmeye böyle bir hüküm daha çok vekâlet verenin ölmesi halinde konulmaktadır¹⁵⁴; çünkü vekil ölürse çoğu zaman onun mirasçılarının işi devam ettirmesi mümkün değildir¹⁵⁵. Taraflar, zımnen de iş görme borcunun ölümden sonra devam etmesini kararlaştırabilirler¹⁵⁶. TBK m. 513/f. I'deki karineden yararlanmak isteyen kişinin, somut olay koşullarında tarafların vekâlet

¹⁵⁰ **Fellmann**, Art. 405 N. 63; **Gautschi**, Art. 405 N. 2b; **Gehrer/Giger**, Art. 405 N. 4; **Frick**, s. 96.

¹⁵¹ **Fellmann**, Art. 405 N. 62.

¹⁵² **Fellmann**, Art. 405 N. 9; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 391; **Tercier**, L'extinction prématurée du contrat, s. 399; **Gürsoy**, s. 5; **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 191.

¹⁵³ **Tekin**, s. 76; YHGK., 25.9.1981 T., E. 7-2406, K. 461 (**Uygur**, C. 8, s. 8951).

¹⁵⁴ **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 193.

¹⁵⁵ **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 649; **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 194; **Akıncı**, s. 71; şahsen ifanın büyük önem taşımadığı vekâlet sözleşmelerinde vekilin ölümü halinde sözleşmenin devam etmesi söz konusu olabilir. **Frick**, s. 117.

¹⁵⁶ **Fellmann**, Art. 405 N. 16; **Dürr**, Werkvertrag und Auftrag, s. 189.

sözleşmesinin devam edeceği hususunda örtülü bir anlaşma yaptığını ispat etmesi mümkündür¹⁵⁷. Bazen de işin niteliği, iş görme borcunun ölümüne rağmen devamını gerektirebilir. Özellikle aracı kurumların ve bankaların sürdürdüğü faaliyetler açısından bu durum söz konusu olabilir¹⁵⁸.

Vekâlet sözleşmesinde, vekâlet verenin ölümü halinde, işin mahiyetinden çok, vekâlet verenin mirasçılarının vekâleti devam ettirip ettirmemek hususundaki açık veya örtülü iradeleri rol oynamaktadır. Mirasçılar, iş görme borcunun devam etmesini istemiyorlarsa vekilin işine son verip alınanların verilmesine ilişkin alacaklarını ona karşı ileri sürmelidirler¹⁵⁹.

Vekâlet verenin ölümünden sonra bir işgörme borcunun ifa edilmesi için vekâlet verilmesi halinde, bu vekâletin tabi olacağı şekil, vekâlet verenin mirasçıları tarafından bu vekâletin geri alınıp alınmayacağı, bu vekâletin kapsamı, hukuki niteliği, kapsamı hususlarında doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüş¹⁶⁰, ölümden sonra bir işin görülmesi için verilmiş olan vekâletin ölüme bağlı tasarruf niteliği taşımadığı ve sağlararası işlem olarak kabul edilmesi gerektiğini, ölümden sonra mirasçılardan biri tarafından tek taraflı olarak sona erdirmenin mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Diğer

¹⁵⁷ **Fellmann**, Art. 405 N. 66.

¹⁵⁸ **BSK OR I-Weber**, Art. 405 N. 10; **Bühler**, Art. 405 N. 5; **Gehrer/Giger**, Art. 405 N. 7; **Hofstetter** Josef, Schweizerisches Privatrecht VII/6 Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Basel 2000 (Auftrag), s. 75; **CR CO I-Werro**, Art. 405 N. 6; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 391; **Tercier/Favre**, N. 5322; **Honsell**, s. 340; **Gürsoy**, s. 7; **Morin**, s. 160; **KUKO OR-Weber**, Art. 405 N. 8; **Knoepfler/Guinand**, FJS 327, s. 4; **Bucher**, s. 229; **Fellmann**, Art. 405 N. 9, N. 87; **Akıpek**, s. 246 dpn. 68; **Dürr**, Werkvertrag und Auftrag, s. 189; **Hofstetter**, Mandat, s. 66; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2 (2012), s. 194; ATF 101 II 117, JdT 1976 I 329; BGE 120 II 120 (Karar metni için bkz: **Weber**, Praxis zum Auftragsrecht, s. 131).

¹⁵⁹ **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 652; **Akıncı**, s. 127; **Fellmann**, Art. 405 N. 71; **Bilge**, s. 302; **Guhl Theo**, Le droit fédéral des obligations, Zurich 1947 (trad. de l'allemand par Rene des GOUTTES), s. 306; **Weber**, Praxis zum Auftragsrecht, s. 132.

¹⁶⁰ **Akıncı**, s. 75.

bir görüş¹⁶¹ ise, ölüme bağlı tasarrufların şekline uyulması gerektiğini ileri sürmektedir. İkinci görüşten ayrılan ve bizim de katıldığımız diğer bir görüş¹⁶² ise, bu hususta ikili bir ayırım yapılması gerektiğini, eğer hukuki işlem ölüme bağlı tasarruf niteliğinde (örneğin bağışlama) ise buna ilişkin şekli hükümlere uyulmasını, ölüm halinde yapılan sözleşme vekâlet sözleşme niteliğinde ise TBK'da düzenlenen vekâlet sözleşmesi kurallarına uygun bir sözleşme yapılmasının yeterli olacağını ileri sürmektedir. Yargıtay 3. Hukuk dairesi de, vermiş olduğu bir kararında¹⁶³, hukukumuzda terekeyle ilgili tüm işlemlerin özellikle ölüme bağlı kazandırmaların mutlaka miras hukuku ilkelerine göre gerçekleştirilmesi yolunda bir zorunluluk bulunmadığını, ölüme bağlı bağışlama hakkında kıyasen ölüme bağlı tasarruf hükümlerinin uygulanmasını öngören TBK m. 290 (BK m. 240/II) kuralını, ölüme bağlı kazandırmayı amaçlayan tüm sağlararası işlemlerde genel geçer bir ilke olarak kabul edilip tüm bu işlemlerin miras hukuku ilkelerine bağlı tutulamayacağını, ölüme bağlı kazandırmayı amaçlayan üçüncü kişi yararına sözleşme dahil ölüm sonrasında etkili vekalet ve temsil yetkisi sağlama işlemlerinin TBK m. 290 (BK m. 240/II) açısından değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.

Mandatum post mortem durumunda (Ölümden sonraya etkili vekalet), vekâlet verenin hakları mirasçılara geçmektedir. Vekâlet verenin mirasçıları, vekile yeni talimat verebilirler ve vekâlet sözleşmesini TBK m. 512'ye göre sona erdirebilirler. Bu sona erdirme hakkı, vekâlet sözleşmesi taraflarınca önceden sınırlandırılmış olabilir¹⁶⁴. Örneğin vekâlet sözleşmesinin ölümden belli bir süre sonra devam edecek şekilde

¹⁶¹ **Aubert Maurice**, Procuration encore valable après décès, mandate post mortem, donation pour cause de mort et responsabilité de la banque après décès du client a l'égard des héritiers, La Semaine judiciaire (1965-1968), s. 289 ; **Gehrer/Giger**, Art. 405 N. 9.

¹⁶² **Fellmann**, Art. 405 N. 75-76; **CR CO I-Werro**, Art. 405 N. 14.

¹⁶³ Y. 3HD. , E. 2004/12296, K. 2004/13423(www.kazanci.com).

¹⁶⁴ **Fellmann**, Art. 405 N. 77.

yapılması mümkündür. Bununla birlikte mirasçılardan vekâlet sözleşmesini haklı sebeple süreye tabi olmaksızın sona erdirmeye hakları vardır¹⁶⁵.

3. Ölümün Vekâlet Sözleşmesini Sona Erdirmesi Gereken Hallerde Geçici Olarak İş Görmeye Devam Yükümlülüğü

a. Genel olarak

TBK m. 513/f. II'ye göre, "Vekâletin sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürüyorsa, vekâlet veren veya mirasçısı ya da temsilcisi, işleri kendi başına görebilecek duruma gelinceye kadar, vekil ya da mirasçısı ya da temsilcisi, vekâleti ifaya devam etmekle yükümlüdür"¹⁶⁶. Bu geçici ifaya devam yükümlülüğü, ölümün meydana gelme anında vekâlet ilişkisini hemen etkilemediğini göstermektedir¹⁶⁷. Vekâlet verenin çıkarlarının korunması gerekliliği ve sadakat yükümlülüğü, vekilin zorunlu önlemleri almasını gerektirmektedir¹⁶⁸. TBK m. 513/f. II'in aksi yöndeki lafzına rağmen, geçici olarak işe devam yükümlülüğü, yalnızca hukuki işlem vekâletleri değil, maddi fiil vekâletleri açısından da söz konusu olmaktadır¹⁶⁹. İşe devam yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme borcunun ifasına henüz başlanılmadığı durumlarda da mevcuttur¹⁷⁰.

Bir görüşe göre¹⁷¹, vekâlet ilişkisinin ölümden sonra da devamı hakkındaki TBK m. 513/f. II'nin varlığına gerek bulunmamaktadır. Zira bir vekâletten doğan borcun ölümden sonra da ifası mümkün bulunduğu takdirde, ortada ölenin varislerine külli halefiyet yoluyla intikal eden bir vekâlet borcu var demektir. Ölümden sonra da devam eden vekâlet ilişkisine özellikle vekilin mirasçıları son verebilirler.

¹⁶⁵ Fellmann, Art. 405 N. 77.

¹⁶⁶ Y.16. HD., 29.11.1993 T., E. 1993/6164 K. 1993/12635 (www.kazanci.com).

¹⁶⁷ Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 652.

¹⁶⁸ Müller, N. 2109; Bühler, Art. 405 N. 7; Gautschi, Art. 405 N. 18b.

¹⁶⁹ Fellmann, Art. 405 N. 107.

¹⁷⁰ Middendorf Patrick, Nachwirkende Vertragspflichten, Freiburg 2002, s. 156.

¹⁷¹ Gürsoy, s. 16.

Diğer bir görüşe göre¹⁷², vekâlet ilişkisinin, ölüme rağmen TBK m. 513/f. I uyarınca işin niteliği gereği devam etmesiyle, vekâlet verenin menfaatlerinin tehlikeye düşmesi yüzünden geçici olarak TBK m. 513/f. II'ye göre devam etmesi arasında fark bulunmaktadır. Bu görüş, TBK m. 513/f. II'nin, birinci fıkranın uygulanamaması yani sözleşmenin yahut işin mahiyetinin vekâletin devamını gerektirmemesi yüzünden normal olarak hemen sona ermesi söz konusu olan vekâlet sözleşmelerinde uygulama alanı bulacağını ileri sürmektedir. TBK m. 513/f. I'e göre devam eden vekâlet arada başka sona erme sebepleri ortaya çıkmazsa işin tamamlanmasına kadar sürecektir. Oysaki TBK m. 513/f. II'de vekâlet sözleşmesi ilişkisinin, vekâlet veren, mirasçılı veya temsilcisi işe el koyana kadar devamı söz konusudur; böylece bu son hükme göre, ölen vekilin kişiliği işin görülmesinde önemli olsa bile onun mirasçılı veya temsilcisi vekâlet verenin menfaatlerini korumak için bazı önlemler alabilecektir.

Bizce, son görüşe katılmak daha isabetli olacaktır. TBK m. 513 birinci ve ikinci fıkraları farklı ihtimaller düşünülerek kaleme alınmıştır. Birinci fıkrada, sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça vekâlet sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceği belirtilmiştir. İkinci fıkra ise vekâlet sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi vekâlet verenin menfaatlerini tehlikeye düşürecek bir nitelik arz etmekte ise vekilin vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme borcunu ifaya devam etmesini buyurmaktadır. Bu durumda TBK m. 513/f. II'nin kanunen düzenlenmesine gerek bulunmadığı yolundaki görüşte isabet bulunmamaktadır. Ayrıca dürüstlük kuralına dayanarak vekilin böyle bir iş görme borcunun bulunabileceğini ileri sürmek de her somut olayda dürüstlük kuralına göre yorum yoluna başvurma yaratacağı sakıncalar göz önüne alındığında bizce çok mümkün gözükmemektedir.

Gerek temsil yetkisi, gerekse vekâlet ilişkisini düzenleyen TBK m. 43, 513 hükümleri bir karineyi hükme bağlamaktadırlar. O da asıl olanın

¹⁷² Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 659-660.

ölümle temsil yetkisiyle vekâlet ilişkisinin sona ermiş olmasıdır. İlgililer, bu karinenin aksini ispat edebilirler¹⁷³.

b. İş Görmeye Geçici Olarak Devam Borcunun Şartları

Vekâlet sözleşmesinin son bulması ve görülen işin ortada kalması vekâlet verenin veya o ölmüşse mirasçılarının menfaatlerini tehlikeye düşürmelidir¹⁷⁴. Vekâlet veren veya mirasçılar için teknik anlamda bir zaruret halinin ortaya çıkması gerekli değildir¹⁷⁵. Bunların menfaatlerinin tehlikeye düşmesi yeterlidir¹⁷⁶. Vekâlet verene ait hisse senetlerini en iyi değerden satmakla görevlendirilen vekil değerler düşüyorsa, vekâlet verenin ölümünü öğrenmesine rağmen, mirasçılarının zarara uğramaması için bir an evvel senetleri satmalıdır¹⁷⁷. Vekil ölmüşse onun mirasçılar vekâlet verenin istediği fiyata alıcı buldukları takdirde satış için bıraktığı tabloyu satmalıdırlar¹⁷⁸.

Vekâlet veren veya mirasçılarının işgörmenin başlamaması veya durdurulması sebebiyle menfaatlerinin tehlikeye düşüp düşmediği objektif sözleşme ilişkisine, özellikle somut vekâlet sözleşmesine göre belirlenir. Vekilin subjektif şartları önemli değildir. İş görmeye geçici olarak devam borcunun varlığı, vekilin sona erme sebebini veya tehlikeyi bilmesine veya bilmesi gerekmesine bağlı değildir¹⁷⁹.

Bir mal satacak olan vekilin ölümü gibi durumlarda, bunların mirasçılarının işe devam etmeleri fiilen ve hukuken mümkün olabilir.

¹⁷³ *Gürsoy*, Kanunumuzun bu tür bir çözüm biçimini yeğlemesinin nedeninin vekâlet sözleşmesinin iş görme sözleşmelerinin en nazik ve gevşek olmasından kaynaklandığını; bu nedenle vekâlet sözleşmesinde gerek vekâlet veren gerekse vekilin tek taraflı bir irade açıklamasıyla akdi nitelikteki ilişkiye son verme yetkisine sahip olduklarını, bundan önceden feragatin de geçerli olmadığını belirlemektedir. *Gürsoy*, s. 3.

¹⁷⁴ *Müller*, N. 2099; *Fellmann*, Art. 405 N. 108; *Akıncı*, s. 131; *CR CO I-Werro*, Art. 405 N. 15; *Kayhan/Ünlütepe*, s. 204.

¹⁷⁵ *Fellmann*, Art. 405 N. 108.

¹⁷⁶ *Gümüş*, Borçlar Özel C. 2, s. 392; *Müller*, N. 2099; *Bühler*, Art. 405 N. 7; *Gümüş*, Borçlar Özel C. 2 (2012), s. 194; *Gautschi*, Art. 405 N. 18b; *Fellmann*, Art. 405 N. 108; *Gehrer/Giger*, Art. 405 N. 8.

¹⁷⁷ *Akıncı*, s. 132; *Gürsoy*, s. 16.

¹⁷⁸ *Tandoğan*, Borçlar Özel C. II, s. 661; *Gürsoy*, s. 16.

¹⁷⁹ *Fellmann*, Art. 405 N. 109.

Mirasçılarının işi bizzat yürütmeleri olanağı bulunmayan hallerde onların işe devam yükümlülüğü, vekilin ölümünü vekâlet verene haber vermekle sınırlı kalacaktır¹⁸⁰.

c. İş Görmeye Geçici Olarak Devam Borcunun Hükümleri

İş görme borcunun vekâlet verenin ölümünden sonra, vekil veya onun varisi veya temsilcisi tarafından yürütülmeye devam olunması mevcut bir sözleşme ilişkisinin ifası olup, vekâletsiz iş görme teşkil etmez (TBK m. 529)¹⁸¹.Yükümlülüğün yerine getirilmemesi, TBK m. 506'ya göre bu yüzden uğranılan zararın tazminini gerektirmektedir¹⁸². İşe devam edilseydi veya vaktinde haber verilseydi vekâlet verenin veya mirasçılarının malvarlığında meydana gelmeyecek olan eksilmenin tazmin edilmesi söz konusudur¹⁸³.

4. Ölümün Vekâlet Sözleşmesini Sona Erdirmesinin Hükümleri

Vekâlet ilişkisi ölümle kesin olarak sona ermiş olsa bile, yürürlükte olduğu süre içerisinde, her iki taraf yararına ve zararına bir takım haklar ve borçlar doğurmuş olabilir. Vekil, bu takdirde, vekâlet veren hesabına doğan kazanımlarını vekâlet verene devretmek zorundadır¹⁸⁴. Vekâlet verenin bu hakları isteme hususunda vekile karşı bir talep hakkı vardır¹⁸⁵. Aynı suretle vekil de, bu vesileyle yapmış olduğu giderleri, avansları, uğradığı zararları vekâlet verenden isteyebileceği gibi bu vesileyle üçüncü kişilere karşı yüklendiği borçlardan da kendisinin kurtarılmasını vekâlet verenden talep etme hakkına sahiptir¹⁸⁶. Vekil, vekâlet verenin ölümünü öğreninceye kadar yaptığı işlerle orantılı olarak ücret de isteyebilir¹⁸⁷. Bu

¹⁸⁰ Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 662-663; Gürsoy, s. 18.

¹⁸¹ Gürsoy, s. 18; Gautschi, Art. 405 N. 20a.

¹⁸² Gautschi, Art. 405 N. 20a; Yavuz/Acar/Özen, s. 1224.

¹⁸³ Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 662; Gürsoy, s. 19; Akıncı, s. 133.

¹⁸⁴ Kayıhan/Ünlütepe, s. 192.

¹⁸⁵ Fellmann, Art. 405 N. 61.

¹⁸⁶ Kayıhan/Ünlütepe, s. 192; Yalçınduran, s. 101; Fellmann, Art. 405 N. 61.

¹⁸⁷ Kayıhan/Ünlütepe, s. 192.

tür hak ve borçlar ölümle sona ermezler, bunlar birer alacak ve borç olarak ölenin mal varlığına dâhil olur ve mirasçılara intikal eder¹⁸⁸.

Mirasçılar, mirasbırakanca kurulmuş olan bir vekâlet ilişkisini onun ölümünden sonra da yürütebilirler, gerek vekâlet verenin, gerekse vekilin mirasçıları yönünden bu mümkündür. Ancak bunun için mirasçıların, yeni bir vekâlet ilişkisinin kurulması için gerekli akdi ilişkiyi kurmuş olmaları gereklidir. Yani, mirasçılar, miras bırakanlarının kurmuş oldukları vekâlet sözleşmesi ilişkisini buna fiilen onay vermek suretiyle, devam ettirebilirler¹⁸⁹. Bu onay verme zımninden de olabilir¹⁹⁰.

Gürsoy'a göre mirasçılar, ölüme rağmen, açık veya kapalı muvafakatleriyle, vekâlet ilişkisini sürdürebileceklerine veya sözleşme veya ilişkinin özelliği bunu gerektirdiği takdirde dahi sözleşmeye diledikleri zaman son verebileceklerine göre kanunda yer alan vekâlet sözleşmesinin sona erceği şeklindeki ilkenin fazla bir pratik önemi bulunmamaktadır¹⁹¹.

Vekâlet ilişkisinin beklenmedik bir anda ölümle son bulması, vekilin iş görme borcunun devamı için gerekli ve yeterlidir. Bu şekilde devam eden bir vekâlette, borcun kapsamını, vekâlet sözleşmesinin kapsamı tayin eder (TBK m. 513/f. II). Bu ödeve aykırı hareket, sözleşmeye aykırı hareket sayılır ve vekilin sorumluluğu hakkında bu hükümler uygulanır, varsa vekil menfî zararı tazmin bakımından da sorumlu olur¹⁹².

5. Ölümle Benzeyen Sona Erme Halleri

a. Gaiplik

TBK m. 43/f. I'de, "Hukuki işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça....gaiplik kararı verilmesi durumunda sona erer". TBK m. 513'te TBK m. 43/f. I'den farklı olarak, gaiplik ilanından ölümün yanında

¹⁸⁸ Gürsoy, s. 4; Frick, s. 96.

¹⁸⁹ Gürsoy, s. 8.

¹⁹⁰ Akıncı, s. 127.

¹⁹¹ Gürsoy, s. 9.

¹⁹² Gürsoy, s. 15; Fellmann, Art. 405 N. 122.

ayrı bir sona erme sebebi olarak söz edilmemekle birlikte, ölüme kıyasen onun da vekâlet sözleşmesini sona erdirebileceğini söylemek mümkündür¹⁹³.

Gaipliğine karar verilen vekâlet verenin mirasçıları vekile karşı vekâlet verenin vekâlet sözleşmesinden doğan taleplerini ileri sürebilirler ve onun vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan karşı taleplerini yerine getirmelidirler. Gaiplik ilanı uzunca süreleri gerektirdiğinden, ilandan sonra vekâlet sözleşmesinin mirasçılarla işin mahiyeti dolayısıyla devamı ölüme oranla az olacaktır. Vekilin gaipliği halinde de mirasçıları ve vekâlet veren birbirlerine karşı vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan taleplerde bulunabilirler¹⁹⁴.

b. Tüzel Kişiliğin Sona Ermesi

Tüzel kişiler de yetkili organları aracılığıyla vekâlet sözleşmesi için vekâlet verebilirler. Tüzel kişinin ortadan kalkması da gerçek kişilerin ölümüne benzer bir şekilde vekâlet sözleşmesini sona erdiren bir neden sayılmaktadır¹⁹⁵.

Tüzel kişinin sona ermesiyle vekâlet sözleşmesinin sona ermesi farklı anlarda söz konusu olabilmektedir. Bir tüzel kişinin sona ermesi belli bir süreci ifade etmektedir. Sona erme nedeninin ortaya çıkmasından sonra tüzel kişi tasfiye sürecine girecek ve ehliyeti de tasfiye ile sınırlı hale gelecektir¹⁹⁶. Tüzel kişilik yönünden sona erme sebebinin gerçekleşmesi ve tasfiye sürecinin başlaması iş görme ediminin de sona ermesini gerektirecektir. Vekâlet sözleşmesinden doğan diğer borçlar,

¹⁹³ **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 664; **Fellmann**, Art. 405 N. 23; **Akıpek**, s. 247; **CR CO I-Werro**, Art. 405 N. 5; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 389; **Müller**, N. 2090; **Gürsoy**, s. 14; **Canyürek**, s. 186; **Bühler**, Art. 405 N. 1; **Kayhan/Ünlütepe**, s. 193.

¹⁹⁴ **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 664.

¹⁹⁵ **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 664; **Oser/Schönenberger**, Art. 405 N. 5; **Akıpek**, s. 247; **Yalçınduran**, s. 102; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 666; **Bilge**, s. 303; **Canyürek**, s. 186; **Frick**, s. 94; **Gürsoy**, s. 11; **Gautschi**, Art. 405 N. 7a; **CR CO I-Werro**, Art. 405 N. 5; **Müller**, N. 2090; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 389; **Tercier/Favre**, N. 5321; **Fellmann**, Art. 405 N. 22; **Bühler**, Art. 405 N. 1; **Gehrer/Giger**, Art. 405 N. 2.

¹⁹⁶ **Şenol** Nilay, Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, İstanbul 2011, s. 163; **Gürsoy**, s. 13; **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 664.

tasfiyenin bir parçası olarak yerine getirilecektir¹⁹⁷. Bununla beraber, tasfiyenin kapsamında yer alan konulara ilişkin vekâlet sözleşmelerinin bu süreçte de devam etmesi mümkündür. Bu durumda tüzel kişinin tarafı olduğu vekâlet sözleşmesi, tasfiyenin tamamlanması ile sona erecektir. Vekâlet sözleşmesinden doğan, sır saklama, sadakat gibi iş görme borcu dışındaki edim yükümlülükleri, tasfiyenin tamamlanması ve tüzel kişinin ilgili sicilden kaydının silinmesi ile sona erecektir¹⁹⁸. Vekâlet sözleşmesi, tasfiye aşamasında tasfiye memurlarının vekâletsözleşmesini sona erdirmesi yoluyla da sona erebilir¹⁹⁹.

Sözleşme ile işgörme borcunu üstlenmiş bulunan tüzel kişinin kişiliğinin ortadan kalkmasını gerektiren bir neden ortaya çıkarsa vekâlet veren vekâlet sözleşmesini sona erdirebilir veya tasfiye memurlarının işi tamamlamalarına muvafakat edebilir²⁰⁰.

C. Vekâlet Sözleşmesinin Taraflardan Birinin Ehliyetsizliği Sebebiyle Sona Ermesi

1. Vekâlet Verenin Ehliyetsizliği

TBK m. 513/f. I'e göre, "sözleşme vekilin veya vekalet verenin...ehliyetini kaybetmesi ile kendiliğinden sona ermiş olur"²⁰¹. Böylece vekalet sözleşmesi, kurulduktan sonra vekâlet verenin ayırt etme gücünü kaybetmesi ve tam ehliyetsiz durumuna düşmesiyle sona erecektir²⁰².

¹⁹⁷ **Gautschi**, Art. 405 N. 7b.

¹⁹⁸ **Sarı**, s. 60 dpn.70; **Fellmann**, Art. 405 N. 25; **Gautschi**, Art. 405 N. 7a.

¹⁹⁹ **Fellmann**, Art. 405 N. 26; **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 665.

²⁰⁰ **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 665.

²⁰¹ Aynı düzenleme, BK m. 397/f. I'de "vekalet, gerek vekilin ve gerek müvekkilin ehliyetinin zevali ile nihayet bulur" şeklinde yer almakta idi.

²⁰² **Fellmann**, Art. 405 N. 30; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 390; **Kayhan/Ünlütepe**, s. 200; **Sarı**, s. 61; **Yalçınduran**, s. 102.

"Borçlar Kanunu'nun 397/I maddesi gereği medeni hakların kullanılması ehliyetinin yitirilmesiyle vekâlet sona erer. Kısıtlıya vasi atanmış olmakla aynı maddenin ikinci fıkrasının olaya uygulanması olanağı da kalmamıştır. Vasi atanmasıyla temsil yetkisi vasiye geçmiştir. Kısıtlının atadığı vekilin vekâletinin devam edebilmesi vasiden vekâlet almasıyla olasıdır. Vasiden vekâlet vermeyen yetkisiz vekil temyize yetkili olamaz. Bu nedenle ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 67. maddesi uyarınca temyiz dilekçesinin reddi gerekmiştir". Y.2HD., 5.3.1999 T., E.1999/120 K. 1999/1933; benzer

Vekâlet verenin vekile beslediği güven dikkate alınınca vekilin fiil ehliyetini kaybetmesinin vekâlet sözleşmesini sona erdirmesi normaldir. Vekilin kişiliği edim borcunun yerine getirilmesinde gerekli ise, imkânsızlık bile söz konusu olabilir. Buna karşılık vekâlet verenin fiil ehliyetini kaybetmesinin ilişkinin kendiliğinden sona ermesini gerektirmesinin gerekçesini bulmanın daha güç olduğu ifade edilmektedir²⁰³. Çoğu kere vekâlet verenin menfaati vekilin işlerini görmeye devam etmesini gerektirmektedir.

Doktrinde bir görüşe göre²⁰⁴, Kanun'daki bu hüküm maddi fiillere ilişkin vekâlet sözleşmesinden çok hukuki işlemlere ilişkin vekâlet göz önüne alınarak sevk edilmiştir. Zira bir hekimin, tedavi etmekte olduğu hastanın ehliyetini yitirmesiyle tedaviyi bırakmak zorunda kalmasının haklı bir gerekçesi ve mantığı olmadığı ifade edilmektedir²⁰⁵. TBK m. 513/f. I'de "Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça" ifadesinin de yalnızca ölüme münhasır olduğunu, vekâlet verenin tam ehliyetsizliği halinde vekâlet sözleşmesinin son bulmayacağına önceden sözleşmeden anlaşılamayacağı gibi işin niteliğinden de çıkarılamayacağını, işin niteliği ne olursa olsun vekâlet verenin vekile talimat verme ve sona erdirmeye hakkını kullanamayacak duruma düşmesi halinde vekâlet sözleşmesinin sona ermesi gerektiğini belirtmektedir.

Diğer bir görüşe göre²⁰⁶ ise, vekâlet verenin ya da vekilin ehliyetini kaybetmesi ile sözleşme veya işin niteliği gerektiriyorsa vekâlet sözleşmesi sona ermemelidir. Vekâlet verenin kanuni temsilcisi, talimat verme ve sözleşmeyi sona erdirmeye haklarını malvarlığına ilişkin işlemlerin söz konusu olduğu hallerde vekâlet verenin yerine kullanabilmektedir. TBK m. 513/f. I'de "sözleşmeden veya işin

yönde: Y. 11 HD., 19.1.2010 T., E.2008/8595 K. 2010/508 (www.kazanci.com.tr); Y. 4 HD., 26.10.1970 T., 6788 E.7684 K. (Özkaya, s. 657).

²⁰³ Seliçi, s. 84.

²⁰⁴ Gautschi, Art. 405 N. 10a; Kayıhan/Ünlütepe, s. 201.

²⁰⁵ Akıncı, s. 78.

²⁰⁶ Fellmann, Art. 405 N. 89; Akıncı, s. 78; Yalçınduran, s. 102-103; Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 666; Zevkliler/Gökyayla, s. 628; Frick, s. 122; Sarı, s. 61; açıkça belirtmese de bu görüşte: Akipek, s. 248.

niteliğinden aksi anlaşılmadıkça” ibaresinin yalnız ölüm haline ilişkin olduğunu gösteren herhangi bir belirti de bulunmamaktadır.

Kanaatimizce vekâlet verenin ya da vekilin ehliyetsizliği halinde işin niteliği gerektiriyorsa veya taraflar aksini kararlaştırmamışsa vekâlet sözleşmesi sona ermemelidir. Ölüm halinde vekâlet sözleşmesinin bir önceki cümlede belirtilen durumlarda devam etmesi mümkünken ehliyetsizlik durumunda vekâlet sözleşmesinin sona ereceğini ileri sürmek için geçerli bir hukuki sebep bulmak güçtür. Vekâlet sözleşmesinin malvarlığını yakından ilgilendirdiği durumlarda, vekâlet verenin kanuni temsilcisinin sözleşmeyi devam ettirmesinde kanuni bir engel bulunmamaktadır.

Vekilin vekâlet verenin ehliyetsiz durumuna düştüğünü öğrenmesine rağmen, onun menfaatlerinin tehlikeye düşmemesi için geçici olarak işe devam yükümlülüğü vardır²⁰⁷.

Vekâlet verenin sınırlı ehliyetli ya da sınırlı ehliyetsiz duruma düşmesi halinde vekâlet sözleşmesinin sona erip ermeyeceği konusunda TBK m. 513’de her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır²⁰⁸. Bu durumda vekâlet sözleşmesinin sona erip ermeyeceğinin genel hükümlere göre çözümlenmesi gereklidir²⁰⁹. Vekâlet verenin sınırlı ehliyetsiz duruma düşmesi hali de kendisine bir kanuni temsilci tayin edileceğinden vekâleti kural olarak sona erdirecektir²¹⁰. Vekâlet verene kanuni müşavir tayin edilmesi durumunda da TMK m. 429’da sayılan işlemlere ilişkin vekâlet sözleşmesinin devamı kanuni müşavirin muvafakatine bağlı olacaktır²¹¹. Sınırlı ehliyetsiz, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından yasal temsilcinin iznine bağlı olmadan bu hakları kullanabilmektedir. Bu durumda sınırlı ehliyetsiz kendi başına bir vekâlet sözleşmesi yapabilir ve

²⁰⁷ **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 667.

²⁰⁸ **Bilge**, s. 303; **Yalçınduran**, s. 103.

²⁰⁹ **Canyürek**, s. 186; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 1222.

²¹⁰ **Yalçınduran**, s. 103; **Oser/Schönenberger**, Art. 405 N. 6; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2 (2012), s. 193; **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 667.

²¹¹ **Akipek**, s. 79; **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 667; **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 201.

örneğin bu hakların kullanılması ile ilgili dava açmak için bir avukat tutabilir²¹².

2. Vekilin Ehliyetsizliği

Vekil, tam ehliyetsiz duruma düşerse kendi adına hukuki işlem yapamayacağından vekâletsözleşmesi de sona erecektir²¹³. Ancak vekilin kanuni temsilcisi için TBK m. 513/f. II uyarınca işe geçici olarak devam yükümlülüğü doğabilir.

Sınırlı ehliyetsiz durumuna düşen vekil, kendi adına vekâlet veren hesabına borç doğuran işlem yapmaz. Bu durumda, kural olarak vekâlet sözleşmesi sona ermelidir²¹⁴.

Eğer birden fazla vekil iş görmeyi borçlanmışsa, bunlardan birinin ehliyetini kaybetmiş olması işgörme yükümlülüğünün devamını etkilemez. Ehliyetini kaybetmiş olan vekilin vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan taleplerinin tahsil edilmesi ile yasal temsilcileri ilgilenecektir²¹⁵.

D. Vekâlet Sözleşmesinin Taraflardan Birinin İflası Yüzünden Sona Ermesi

1. Genel Olarak

TBK m. 513/f. I'de, ölüm ve ehliyetsizliğin yanında vekil ya da vekâlet verenin iflası da bir sona erme sebebi olarak düzenlenmiştir. Hükme göre sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmıyorsa taraflardan birinin iflası vekâlet sözleşmesini sona erdirmektedir²¹⁶. Vekâlet sözleşmesinde de taraflar arasındaki ilişki karşılıklı güvene dayandığından; Kanun, iflasın açılmasıyla bu ilişkinin sarsılacağını kabul etmiştir²¹⁷. Sözleşmenin sona ermesi kanundan dolayı ve kendiliğinden

²¹² Fellmann, Art. 405 N. 36.

²¹³ Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 667.

²¹⁴ Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 668; Kayıhan/Ünlütepe, s. 201.

²¹⁵ Gautschi, Art. 405 N. 10b.

²¹⁶ Gehrer/Giger, Art. 405 N. 3; Robert-Tissot Fabrice, Les effets du concordat sur les obligations, Zürich 2010, N. 1729.

²¹⁷ Fellmann, Art. 405 N. 52; Oser/Schönenberger, Art. 405 N. 7; Sarı, s. 62; Yalçınduran, s. 104.

olmaktadır²¹⁸. İflas sürecinin askıya alınması, TBK m. 513'e göre sona ermiş vekâlet sözleşmesini tekrar doğurmaz²¹⁹.

İflas, kişinin hak ve hukuki işlem ehliyetini ortadan kaldırmamaktadır. İflasın amacı iflas masasına giren mal ve hakların tasfiyesi sonucu elde edilecek paralarla alacaklıların tatmin edilmesi olduğundan, iflasın açılması ile birlikte müflisin masaya giren mal ve haklar üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanır²²⁰. Müflis, mallar satılincaya kadar bu malların maliki olduğu halde, onlar üzerinde tasarruf işlemi yapamamaktadır. Çünkü bu mallarla ilgili tasarruf yetkisi artık iflas masasına geçmiştir. Buradaki tasarruf işleminden anlaşılması gereken, iflas masasının mevcudunu azaltıcı nitelikteki işlemlerdir. Buna karşılık, müflisin borçlandırıcı işlemleri geçerlidir. Fakat bu borçlandırıcı işlemde doğan borcunu yerine getirmesi mümkün değildir²²¹.

Taraflardan birinin iflas etmesi halinde vekâlet sözleşmesinin devam edeceğinin sözleşmeyle kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş²²², taraflar vekâlet sözleşmesinin iflastan sonra da devam edeceğini kararlaştırmış olsa dahi, böyle bir anlaşmanın geçersiz olacağını ileri sürmektedir. Başka bir deyişle, TBK m. 513/f. I'de öngörülen, sözleşme ile kararlaştırılmışsa vekilin iş görme borcunun ifasına devam edebileceği yolundaki istisna, burada geçerli değildir. Çünkü vekilin iş görme borcunu ifaya devam etmesi, vekâlet verenin iflas masasına giren mal varlığı değerlerini olumsuz yönde etkileyebilir²²³.

²¹⁸ **Tercan Erdal**, İflasın Sözleşmelere Etkisi Genel Olarak-Satım-Mülkiyeti Muhafaza-Eser-Kira-Hizmet-Kefalet-Vekâlet-Ömür Boyu Gelir ve Ölüncüye Kadar Bakma-Adi Şirket ve Joint Venture-Finansal Kiralama (Leasing), Ankara 1996, s. 269.

²¹⁹ **CR CO I-Werro**, Art. 405 N. 10.

²²⁰ **KUKO OR-Weber**, Art. 405 N. 4; **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 669.

²²¹ **Akıncı**, s. 80.

²²² **Dalleves Louis**, Poursuite pour dettes et faillite les effets de la faillite sur les contrats, FJS 1003a, s. 17; **Robert-Tissot**, N. 1731.

²²³ **Akıncı**, s. 82.

Buna karşılık doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüş²²⁴, taraflardan birinin iflas etmesi halinde vekâlet sözleşmesinin devam edeceğinin sözleşme ile kararlaştırılmasının mümkün olduğunu belirtmektedir.

Taraflardan birinin iflası halinde sözleşmenin sona ermeyeceğinin kararlaştırılması durumunda, iflas edenin yerini iflas idaresi alacaktır²²⁵. İflas idaresi sona erdirme hakkını kullanarak sözleşme ilişkisine son verebilecek veya menfaat görüyorsa sözleşmeden doğan borcun ifa edilmesine karar verecektir²²⁶. Eğer iflas idaresi, borcun ifa edilmesine karar verirse, karşı taraf kendini adi alacaklıdan daha iyi bir konumda bulacaktır; çünkü talepleri masanın borcu haline gelecektir. Bu talepler, takip giderleri kapsamına girdiğinden eksiksiz olarak ifa edilmelidir²²⁷.

2. Vekâlet Verenin İflası

Vekâlet veren ile vekil arasında bir hukuki işlemin yapılmasını konu edinen vekâlet sözleşmesi, vekâlet verenin iflası ile birlikte kendiliğinden sona erer²²⁸. Çünkü vekâlet verenin kendi başına yapamayacağı hukuki bir işlemi vekil aracılığı ile yapması da mümkün değildir. Gider ve ücretin söz konusu olduğu vekâlet sözleşmelerinde, bu alacakları elde edememek tehlikesiyle karşılaşan vekil, vekalet sözleşmesinin iflas ile sona erdiğini ileri sürebilir ve vekalet veren bunun aksini ispat etmekle yükümlü olur²²⁹.

²²⁴ **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2 (2012), s. 193; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 668; **Gehrer/Giger**, Art. 405 N. 3.

²²⁵ **Oser/Schönenberger**, Art. 405 N. 8; **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 671.

²²⁶ **Yalçınduran**, s. 104; **Müller**, N. 2093; **Bühler**, Art. 405 N. 6.

²²⁷ İflas masası, sözleşmenin ifasına devam edip etmemeye yalnızca karşı tarafın değil tüm alacaklıların çıkarları göz önüne alarak karar verecektir. **Jeandin** Nicolas, Les effets de la faillite sur le contrat de durée, in le contrat dans tous ses états sous la direction de François Bellanger-François Chaix-Christine Chappuis- Anne Héritier Lachat, Geneve 2004, s. 75.

²²⁸ **Akıncı**, s. 82; **BSK OR I-Weber**, Art. 405 N. 4; **Akıpek**, s. 248-249; **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 671; **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 202.

²²⁹ **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 202.

İflasın açılmasına kadar sözleşmeden doğan karşılıklı haklar, iflas masasına dâhil olur²³⁰. Vekil, iflas anına kadar vekâlet veren adına aldığı şeyleri takas veya hapis hakkı saklı kalmak üzere iflas masasına vermek zorundadır. Vekil, iflas açılıncaya kadar doğmuş olan karşı hak ve alacakları için iflas eden vekâlet verenin kendisinden para alacağı var ise takas, para dışındaki şeyler ve kıymetli evrak için de hapis hakkını masaya karşı ileri sürebilir²³¹.

İflas eden vekâlet verenin vekilden olan alacakları kural olarak masanın aktifine dâhil olur. Aynı şekilde vekilin alacakları da masanın pasifine dâhil olur ve iflas alacağı olarak ödenir. Yoksa aynen ifaya karar verilmediği sürece vekilin alacakları, masa borcu haline gelmez. Ancak vekil bu alacakları için takas veya hapis hakkını masaya karşı ileri sürebilir²³².

Doktrinde bir görüşe göre,²³³ TBK m. 513/f. II'de yer alan vekilin göreve devam yükümlülüğünden hareketle, vekâlet verenin menfaatlerinin tehlikeye düşmesi söz konusu ise, vekil veya iflas idaresinin işleri bizzat görebilecek duruma gelinceye kadar vekilin işe devamlı yükümlü olduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre, eğer vekâlet veren hileli yollarla iflas etmiş ve bu duruma vekâlet verenin kendi davranışı yol açmışsa, vekil bu durumu ileri sürerek vekâlet sözleşmesinden doğan iş görme borcunu ifa etmekten kaçınabilir.

Bizce de doğru olan diğer bir görüşe göre²³⁴ ise, TBK m. 513/f. II hükmünün vekâlet verenin iflası halinde uygulanması doğru değildir. Vekilin bu hükme dayanılarak alacaklılar toplantısı tarafından atanan memur işe başlayıncaya kadar görevine devam etmeye mecbur tutulamayacağı, vekâlet veren iflas ettiğinden dolayı vekilin ücret ya da gider alacağını alamama tehlikesinin her zaman mevcut olduğunu ileri

²³⁰ **Dalleves**, s. 17.

²³¹ **Tercan**, s. 271.

²³² **Tercan**, s. 272.

²³³ **Tercan**, s. 270-271.

²³⁴ **Akıncı**, s. 83; **Sarı**, s. 63; **Müller**, N. 2093.

sürülmektedir. Ancak, iflas idaresi ile vekil arasında yeni bir vekâlet sözleşmesinin yapılması mümkündür²³⁵.

Vekâlet verenin iflası halinde, iflas idaresinin vekâlet veren yararına görülen işin devamında menfaat görerek, buna devam edilmesi yönünde karar almasının vekil yönünden bir bağlayıcılığı söz konusu değildir²³⁶. Ancak iflas idaresi ile vekil arasında yeni bir sözleşmenin yapılması mümkündür²³⁷. Bu durumda vekâlet verenin yerine iflas idaresi geçer ve vekil vekâlet verenin değil iflas idaresinin vekili olur. Bu andan itibaren vekil borçlarını vekâlet verene değil iflas idaresine ifa etmek zorundadır²³⁸. Alacaklarını da yine iflas idaresinden talep edebilir²³⁹.

İflas idaresi sözleşmeyi devam ettirmez ise, bu davranışı vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesi anlamına gelir²⁴⁰. Vekil, hem TBK m. 510'dan kaynaklanan alacaklarını hem de uygun olmayan zamanda vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesinden uğradığı zararlarını masaya karşı ileri sürebilir²⁴¹.

İflas kalksa bile, iflas yüzünden sona eren vekâlet sözleşmesi kendiliğinden canlanmamaktadır. Tarafların, isterlerse yeni bir vekâlet sözleşmesi yapmaları mümkündür²⁴².

3. Vekilin İflası

İflas, vekili kendi malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf etmekten yoksun bırakmaktadır²⁴³. İş görme borcunun ifası, vekilin mali olarak edimi yerine getirmesi ile alakalı olmadıkça, iflas vekâlet sözleşmesini geçersiz kılmamaktadır. Maddi bir eylemi konu edinen vekâlet sözleşmeleri söz konusu olduğunda iflas, vekilin üstlendiği

²³⁵ Akıncı, s. 131.

²³⁶ Dalleves, s. 18.

²³⁷ Sarı, s. 63.

²³⁸ Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 670.

²³⁹ Akıncı, s. 83.

²⁴⁰ Dalleves, s. 18.

²⁴¹ Dalleves, s. 18; Fellmann, Art. 405 N. 103.

²⁴² Tandoğan, Borçlar Özel C. II, s. 671.

²⁴³ Fellmann, Art. 405 N. 103.

yükümlülüklerini ifa etmemesini etkilememektedir²⁴⁴. Örneğin hekim, iflas etmesine rağmen, hastayı tedavi etmeye devam edebilir²⁴⁵. Doktrinde savunulduğu üzere, vekâlet verenin haklı sebeple vekâlet sözleşmesini sona erdirmeye imkânı olmakla birlikte²⁴⁶, nadiren bu yola başvurusu söz konusu olacaktır²⁴⁷.

Vekilin iflası halinde iflas idaresi vekâlet sözleşmesinin ifa edilip edilmeyeceğine karar verecektir. Eğer vekâlet ücretinin tamamını alacaksa vekâlet sözleşmesini devam ettirir, ücret ödenmeyecekse vekilin iflasına karar verilir. Vekâlet veren, vekile olan borçlarını masaya ödeyerek veya tevdi yerine karşılığını yatırarak vekilin kendi adına onun hesabına kazandığı alacakların kanuni devir yoluyla kendisine geçmesini sağlayabilir²⁴⁸. Vekâlet verenin vekilin kendi adına vekâlet verenin hesabına iktisap ettiği taşınır mallar ve kıymetli evrak için ayırma hakkını kullanması da mümkündür²⁴⁹. Eğer üçüncü kişi parayı ödemişse, vekâlet veren para alacağına ilişkin talebini adi bir alacak olarak iflas masasına yazdıracaktır²⁵⁰.

Vekilin iflası halinde iflas idaresinin sözleşmeyi devam ettirmesi, ancak vekâlet sözleşmesinin vekilin iş görme borcunun şahsen ifa etmesi koşuluyla akdedilmemişse mümkündür. Eğer iflas idaresi, sözleşmenin devam etmesine karar vermişse, vekâlet veren, vekâlet sözleşmesini hemen sona erdirebilir. Çünkü vekilin iflası vekâletin sona erdirilmesi bakımından haklı bir sebep teşkil etmektedir. İflas idaresi, sözleşmenin devamına karar vermezse bu vekâletin sona erdirilmesi anlamına gelir²⁵¹.

²⁴⁴ **Fellmann**, Art. 405 N. 103; **Dalleves**, s. 16; **Kayihan/Ünlütepe**, s. 203.

²⁴⁵ **Fellmann**, Art. 405 N. 104.

²⁴⁶ **Gautschi**, Art. 405 N. 15.

²⁴⁷ **Fellmann**, Art. 405 N. 105.

²⁴⁸ **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 674.

²⁴⁹ **Tandoğan**, Borçlar Özel C. II, s. 674; **Dalleves**, s. 17.

²⁵⁰ **Dalleves**, s. 17.

²⁵¹ **Dalleves**, s. 18.

E. TBK m. 512 ve m. 513'e Göre Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesinin Hüküm ve Sonuç Doğurduğu An

TBK m.514, TBK m. 512 ve 513'e göre vekâlet sözleşmesinin sona erdiği durumlarda sona ermenin hüküm ve sonuç doğurmasını, karşı tarafın sona erme sebebinin gerçekleştiğine ilişkin bilgi sahibi olmasına bağlamaktadır.

TBK m. 514'e göre, "Vekilin sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden, vekâlet veren ya da mirasçıları sözleşme devam ediyormuş gibi sorumludur"²⁵². Bu hükme göre, vekâlet veren veya mirasçıları, vekilin vekâlet sözleşmesinin sona erdiğini bilmeksizin gördüğü işlerden, vekâlet sözleşmesi hüküm ve sonuç doğuruyormuş gibi sorumlu olacaktır²⁵³. Hükümün farklı yöndeki lafzına rağmen, yalnızca vekâlet verenin borçları için değil vekilin borçları için de uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir²⁵⁴. Dolayısıyla vekil de vekâlet sözleşmesinin sona erdiğine ilişkin bilgi sahibi oluncaya kadar iş görme borcunu ifaya devam etmekle yükümlüdür.

TBK m. 514 hükmünün vekâlet sözleşmesinin taraflarca sona erdirildiği hallerde de uygulama alanı bulup bulmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre²⁵⁵, sona erdirmeye beyanının hazır olmayan bir kimseye yapılması halinde, bunun sonuçlarının öğrenme ile doğacağı kabul edilmektedir. Bu vekilin vekâletin sona erdiğini öğrenmesinden itibaren yaptığı işlemlerle vekâlet verenin bağlı olacağına ilişkin TBK m. 514'ün doğal bir sonucudur²⁵⁶.

²⁵² BK m. 398'e göre, "Vekilin vekâletinin nihayet bulunduğu ittıla peyda etmeden evvel yaptığı işlerden müvekkil veya mirasçıları, vekâlet baki imiş gibi mesuldür" şeklinde düzenlenmiştir.

²⁵³ **Fellmann**, Art. 406 N. 6.

²⁵⁴ **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2, s. 393; **Müller**, N. 2100; **Oser/Schönenberger**, Art. 406 N. 1; **BSK OR I-Weber**, Art. 406 N. 1; **Gümüş**, Borçlar Özel C. 2 (2012), s. 195; **KUKO OR-Weber**, Art. 406 N. 1; **Gehrer/Giger**, Art. 406 N. 4.

²⁵⁵ **Sarı**, s. 86; **BSK OR I-Weber**, Art. 404 N. 7; **Gehrer/Giger**, Art. 406 N. 1; **Oser/Schönenberger**, Art. 406 N. 2; **Funk**, s. 251; tam olarak belirtilmese de bu yönde: **Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumaloğlu**, s. 629.

²⁵⁶ **Gökyayla**, s. 54.

Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre²⁵⁷, TBK m. 514'ün kenar başlığı hem sona erdirmeyi hem de vekâlet sözleşmesini sona erdiren diğer sona erme hükümlerini de kapsayacak tarzda kaleme alınmasına karşın, bu hüküm yalnızca vekâlet sözleşmesinin TBK m. 513'te yer alan sebeplere dayalı olarak sona erdiği hallerde uygulanmalıdır. Vekâlet sözleşmesinin TBK m. 512'ye dayalı olarak sona erdirilmesi halinde sona ermenin ne zaman hükümlerini doğuracağı genel hükümlere göre belirlenmelidir²⁵⁸. Vekâlet sözleşmesinin vekâlet veren tarafından sona erdirildiği hallerde, sona erdirmeyi içeren beyanın vekile ulaşmasından sonra vekili korumak yolundaki düşüncenin kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte TBK m. 514 "vekilin sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce yaptığı işlerden vekâlet veren ya da mirasçıları sözleşme devam ediyormuş gibi sorumludur" hükmü sona erdirme bildiriminin ne zamandan itibaren sonuç doğuracağı hususunda tereddüte sebep verebilir. İlgili hüküm, yalnızca üçüncü kişileri koruyucu bir düzenleme olup, bozucu yenilik doğurucu bir hak niteliğinde olan sona erdirme beyanının hüküm doğurması muhatabın bu sona erdirmeyi öğrenmiş olmasına bağlı değildir²⁵⁹.

Kanaatimizce, TBK m. 514 hükmünün hem taraflarca vekâlet sözleşmesinin sona erdirildiği hallerde hem de vekâlet sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan bir nedenle sona erdiği hallerde uygulanması gerekmektedir. Sona ermenin etkilerini doğurmaya başlaması için, buna ilişkin beyanın öğrenilmesini arayanlar da, bunun için varmanın yeterli olduğunu kabul edenler de bu konuda mutlak bir çözümü benimsememektedirler. Günümüzde iletişim ve ulaşım sağlanan gelişme ve hız, sona erme sebebinin ortaya çıkması ile bunun muhatapça öğrenilmesine kadar geçen zaman aralığını önemli ölçüde

²⁵⁷ **CR CO I-Werro**, Art. 406 N. 1; **Tercier/Favre**, N. 5332; **Müller**, N. 2100; **Erdem**, s. 950; **Tercier**, L'extinction prématurée du contrat, s. 383-384; **Fellmann**, Art. 406 N. 6; **Kayıhan/Ünlütepe**, s. 177.

²⁵⁸ **Fellmann**, Art. 406 N. 6.

²⁵⁹ **Erdem**, s. 950.

kısaltmıştır²⁶⁰. Böylece, bu konuda tereddüt yaratan durumlar önemli ölçüde azalmıştır²⁶¹.

TBK m. 514 hükmü, yalnız vekâlet sözleşmesi tarafları arasında bir sona erme sebebi olarak hükümlerini doğurmaktadır; vekâlet sözleşmesine bağlanan temsil yetkisinin sona ermesine TBK m. 40 vd. düzenlenen temsil yetkisine ilişkin hükümler uygulanmaktadır²⁶².

Vekâlet sözleşmesi, vekâlet veren veya vekilin ölümü, ehliyetini kaybetmesi, iflas etmesi nedeniyle sona erdiğinde vekilin iş görme borcu da sona ermektedir. TBK m. 513/f. II'de yer alan şartlar olmaksızın vekilin iş görme borcuna devam etmesi, vekâletsiz iş görme sonucunu doğurur²⁶³. Vekilin sözleşmede kararlaştırıldığı şekliyle karşılık talebinde bulunması bundan sonra mümkün değildir; vekâlet veren, tüm giderleri ve uğranılan zararları vekâletsiz iş görme hükümlerine göre tazmin edecektir²⁶⁴.

Vekilin vekâlet sözleşmesi son bulmadan yaptığı işlemlerden vekâlet veren ve mirasçılarının sorumlu olması için vekilin iyi niyetle hareket etmesi şarttır²⁶⁵. Vekil, esas olarak vekâlet verenin çıkarına çalıştığından son bulma nedenini zamanında öğrenmemesinden ortaya çıkan riski vekâlet verenin taşınması hakkaniyete daha uygun düşmektedir²⁶⁶. Vekilin iyi niyeti hakkında TMK m. 3 hükmü uygulama alanı bulur. Vekilin kötü niyetli olduğunu iddia eden vekâlet veren bunu ispatla yükümlüdür²⁶⁷. Vekilin sona ermeyi bilmemesine rağmen, işlem yapmış olduğu üçüncü kişinin sona ermeyi bilmesi veya bilmesinin gerekmesi halinde de yapılan işlem vekâlet vereni icazet vermedikçe bağlamamaktadır²⁶⁸.

²⁶⁰ Gautschi, Art. 406 N. 2.

²⁶¹ Sarı, s. 264.

²⁶² Fellmann, Art. 406 N. 7; Kayıhan/Ünlütepe, s. 178.

²⁶³ Fellmann, Art. 406 N. 12.

²⁶⁴ Fellmann, Art. 406 N. 12.

²⁶⁵ Zembulidis, s. 291; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 618.

²⁶⁶ Becker, Art. 406 N. 1; Fellmann, Art. 406 N. 19.

²⁶⁷ Becker, Art. 406 N. 2; Kayıhan/Ünlütepe, s. 177.

²⁶⁸ Kayıhan/Ünlütepe, s. 177.

Vekâlet veren, mirasçılarını ya da vekâlet verenin kanuni temsilcisi, vekâlet sözleşmesinin sona erdiğini vekile bildirirlerse, vekilin iyi niyeti korunmamaktadır. Vekâlet sözleşmesinin sona erdiğini bilen veya bilmesi gereken vekil, iş görme borcunu ifaya devam ederse, yapmış olduğu avans ve giderlerin ödenmesini veya üstlenmiş olduğu borçlardan kurtarılmasını talep edemez²⁶⁹. Sona ermeyi öğrenen vekilin, yapmış olduğu işlemler vekâlet veren veya mirasçılarını bağlamamakta, bu hususta vekâletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulmaktadır²⁷⁰.

Vekâlet sözleşmesinin sona erdiğini bilmeyen vekil, üstlenmiş olduğu iş görme borcunun ifasını devam ettirebilir ama bu borcu ifa ile yükümlü değildir. TBK m. 513/f. II'nin şartları olmadıkça, vekâlet veren veya mirasçılarını vekâlet sözleşmesinin sona ermesinden sonra vekilden iş görme borcunun ifasına devam etmesini talep edemezler²⁷¹.

SONUÇ

TBK m. 512'ye göre, vekâlet veren ve vekilin her zaman tek taraflı olarak sözleşmeyi feshedebilmeleri mümkündür. TBK m. 512'de tanınmış olan tek taraflı sona erdirme hakkı, fesih ve dönme haklarına benzemekle beraber, bazı yönlerden de farklı özellikler taşımaktadır. Vekâlet sözleşmesinde taraflara tanınan sona erdirme hakkı, kendine özgü bir sona erme sebebidir.

TBK m. 512'de düzenlenen sona erdirme hakkı, güven ilişkisinin önem taşıdığı vekâlet sözleşmeleri bakımından emredici nitelikte iken, güven ilişkisinin bu derece önem taşımadığı atipik vekâlet sözleşmelerinde tarafların sona erdirme hakkı bakımından düzenleme yapmaları mümkündür.

Vekâlet sözleşmesi, tarafların sona erdirme beyanında bulunmasıyla ileriye etkili olarak sona ermektedir. Sözleşmenin sona erdirilmesi,

²⁶⁹ Fellmann, Art. 406 N. 6; CR CO I-Werro, Art. 406 N. 2.

²⁷⁰ Kayıhan/Ünlütepe, s. 177.

²⁷¹ Fellmann, Art. 406 N. 21.

tarafların ifa edilmiş edimlerini etkilememekte, ifa edilmemiş edimler ise ortadan kalkmaktadır.

Sona erdirme tazminat borcu doğurmamakla birlikte, sözleşmeyi uygun olmayan zamanda sona erdiren taraf diğerinin bundan doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür (TBK m. 512/c. son). Uygun olmayan zamanda uğranılan zararın tazmini, kanundan doğan bir borçtur. İfaya olan menfaatin değil, menfî zararın tazmin edilmesi söz konusudur. Uygun olmayan zamanda sona erdirme halinde, fesih beyanına muhatap olan özel bir zarara uğramış olması koşulu aranmamaktadır. Tipik vekâlet sözleşmelerinde uygun olmayan zamanda uğranılan zararın tazminine ilişkin TBK m. 512/c. son hükmü emredici nitelikte iken, atipik vekâlet sözleşmelerinde tazminata ilişkin taraflarca aksine düzenleme yapılması mümkündür. Atipik vekâlet sözleşmelerinde ise uygun olmayan zamanda sona erdirme halinde olumlu zararın tazmini talep edilebilir.

Kendine özgü iş görme sözleşmelerinde TBK m. 512 hükmünün uygulanması olanağı yoktur. Bu sözleşmelerde sona erme bakımından bir ihtilaf çıkması durumunda öncelikle tarafların iradeleri göz önünde bulundurulacak şekilde Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikteki hükümleri uygulama alanı bulacak, bu hükümlerin ihtilafın çözülmesinde yeterli olmadığı hallerde bir kanun boşluğunun varlığını kabul etmek ve bu boşluğu TMK m. 1/f. II'de öngörülen esaslar çerçevesinde doldurmak gerekecektir.

Avukatlık sözleşmesinde sona erdirmeye ilişkin olarak, haklı sebep kavramı ön plana çıkmaktadır. Sözleşmenin sona erdirilebilmesi için haklı bir sebebin bulunmasına gerek bulunmamakla birlikte, haklı bir sebebin bulunduğu hallerde, azil ve istifa, sözleşmeyi sona erdiren tarafı tazminat ödemekten genellikle kurtarmaktadır.

Ölüm halinde tarafların açık bir irade beyanına gerek olmaksızın, vekâlet sözleşmesi kendiliğinden sona ermektedir. Vekâlet verenin ölümünden sonra bir iş görme borcunun ifa edilmesi için vekâlet verilmesi halinde, eğer hukuki işlem ölüme bağlı tasarruf niteliğinde (örneğin bağışlama) ise buna ilişkin şekli hükümlere uyulması, ölüm halinde

yapılan sözleşme vekâlet sözleşme niteliğinde ise TBK’da düzenlenen vekâlet sözleşmesi kurallarına uygun bir sözleşme yapılması gerekmektedir. Kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi ve tüzel kişiliğin sona ermesi de ölüme benzer şekilde vekâlet sözleşmesinin sona ermesine yol açmaktadır.

Vekâlet verenin ya da vekilin ehliyetini kaybetmesi ile vekâlet sözleşmesi sona ermekle beraber, sözleşme ile aksi kararlaştırılmışsa veya işin niteliği gerektiriyorsa vekâlet sözleşmesi sona ermemektedir. Vekâlet verenin sınırlı ehliyetli ya da sınırlı ehliyetsiz duruma düşmesi halinde vekâlet sözleşmesinin sona erip ermeyeceği konusunda TBK m. 513’de her hangi bir düzenleme bulunmadığından vekâlet sözleşmesinin sona erip ermeyeceğinin genel hükümlere göre belirlenmesi gereklidir.

Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmıyorsa taraflardan birinin iflası vekâlet sözleşmesini sona erdirmektedir. Taraflardan birinin iflası halinde sözleşmenin sona ermeyeceğinin kararlaştırılması durumunda, iflas edenin yerini iflas idaresi alacaktır. TBK m. 513/f. II hükmünün vekâlet verenin iflası halinde uygulanması mümkün değildir.

TBK m. 514 hükmünün hem TBK m. 512 hem de m. 513’ün kapsamına giren durumlarda uygulanması gerekmektedir. TBK m. 514 hükmü, yalnız vekâlet sözleşmesi tarafları arasında bir sona erme sebebi olarak hükümlerini doğurmakta; vekâlet sözleşmesine bağlanan temsil yetkisinin sona ermesine TBK m. 40 vd. düzenlenen temsil yetkisine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Vekilin vekâlet sözleşmesi son bulmadan yaptığı işlemlerden vekâlet veren ve mirasçılarının sorumlu olması için vekilin iyi niyetle hareket etmesi şarttır.

KAYNAKÇA

- ABRAVANEL, Philippe** L'empereur de Chine et le grain de tabac, réflexion sur l'article 404 CO, JdT 1987 I, s. 466 vd.
- AKGÜN, M. Zerrin** Vekâlet Akdi ve Bazı Akitlerden Farkı, Adalet Dergisi 1953 S. 12, s. 1396-1422.
- AKINCI, Şahin** Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Konya 2004.
- AKİPEK, Şebnem** Alt Vekalet, Ankara 2003.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar** Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011.
- ALTOP, Atilla** Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi, İstanbul 2003.
- ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9.Baskı, Ankara 2012.
- ARAL, Fahrettin** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010.
- AUBERT, Maurice** Procuration encore valable après décès, mandate post mortem, donation pour cause de mort et responsabilité de la banque après décès du client a l'égard des héritiers, La Semaine judiciaire (1965-1968), s. 286-297.
- AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalan BAŞPINAR, Veysel** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.
- Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004 (Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu).
- BECKER, Hermann** İsviçre Medeni Kanunu Şerhi/ Borçlar Hukuku, II: bölüm –Özel borç ilişkileri (m. 184-551), Ankara 1993 (çev. A. Suat Dura).

- BECKER, Joelle** La vente aux encheres d'objets d'art en droit privé suisse: représentation, relations contractuelles et responsabilité, Geneve-Zurich- Bale 2011.
- BİLGE, Necip** Borçlar Hukuku (Özel borç münasebetleri), Ankara 1971.
- BUCHER, Eugen** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1988.
- BUFF Felix/von der CRONE Hans Caspar** Zwingende Natur von Art. 404 OR, SZW 2014, s. 332-343.
- BUHLER, Roland** Der Auftrag, OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht (Herausgeber Jolanta Kren Kostkiewicz, Peter Nobel, Ivo Schwander, Stephan Wolf), Bern 2009.
- CANYÜREK, Murat** Özellikle Maddi Fiillere İlişkin Vekâlet Yönünden Vekâlet Sözleşmelerinin Bazı Özellikleri, Argumentum C.1 S.10 Mayıs 1991, s. 141-145; devamı Argumentum C. 1 S. 12, s. 182-186.
- CHAPPUIS, Benoit** Des mandats de durée déterminée de lege feranda, in Etudes pour le Professeur Alain Hirsch, Geneve 2004.
- COUCHEPIN, Gaspard** La forfaitation du dommage, SJ 2009 II, s. 2-30.
- DAEPPEN, Oscar** Le code federal des obligations, ed. française par C. Reymond, Zürich 1937.
- DALAMANLI Lütfü/
KAZANCI Faruk/
KAZANCI Muharrem** İlmî ve Kazai İctihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu C. IV 372-544, İstanbul 1990.
- DALAMANLI, Lütfü** Borçlar Kanunu Şerhi C. 2 Madde 182-544, Ankara 1977.
- DALLEVES, Louis** Poursuite pour dettes et faillite les effets de la faillite sur les contrats, FJS 1003a.

- DERENDINGER, Peter** Die Nicht und die Nichtrichtige Erfüllung des Einfaches Auftrages, Freiburg 1988.
- DESSEMONTET, François** Les contrats de service, RDS 106 (1987) II, s. 993 vd.
- DROZ, Johann** La substitution dans le contrat de mandat, Geneve-Zurich-Bale 2008.
- DUBLER, Andreas M.** Der Kommissions-agenturvertrag Unter besonderer Berücksichtigung der Frage der Zulässigkeit von Innominatverträgen im Bereich der Verträge auf Arbeitsleistung, Zurich 1995.
- DURR, Carl** Werkvertrag und Auftrag – Kommentar der Art. 363 bis 379 und 394 bis. 406 OR, Vira 1983 Werkvertrag und Auftrag).
- DURR, Charles** Du mandat commentaire jurisprudentiel des art. 394 ss. Du code des obligations, Renens 1972.
- ENGEL, Pierre** Contrats de droitsuise-Traité des contrats de la partie speciale du code des Obligations, de la vente au contrat de sociétésimple, articles 183 a 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés, Berne 1992 (Contrats de droitsuise).
- ERDEM, Mehmet** Vekâletten Azil ve İstifa (Vekâlet Sözleşmesinin Tek Tarafı Olarak Sona Erdirilmesi), Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007, s. 949-962.
- EREN, Fikret** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan** Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- FAVRE-BULLE, Xavier** L'évolution du droit des contrats de prestations de service, RDS 1991, s. 351-380.
- FEHR, Konrad** Commission, FJS, N. 592.

- FELMANN, Walter** Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2.Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4.Teilband, Der einfache Auftrag, art. 394-406 OR, Bern 1992.
- FRICK, Aurelia C. K.** Die Beendigung des Einfaches Auftrages (Art. 404 und 405 OR), Basel 2005.
- FRIEDRICH, Hans Peter** Fragen aus dem Auftragsrecht, ZBJV Band 21 Dezember 1955, s. 449-483.
- FUNK, Fritz** Commentaire du code fédéral des obligations, trad. française par M.PORRET, Neuchatel 1930.
- GAUCH, Peter** Art. 404 OR- SeinInhalt, seine Rechtfertigung und die Fragen eines zwingenden Charekters, Recht 1992, Heft 1, s. 9-22. (Art. 404 OR).
- GAUTSCHI, Georg** Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Bern 1971.
- GEHRER Carole/GIGER Gion** Art. 394-406 OR, Handkommentar zum Schweizer PrivatrechtVertragverhältnisseTeil 2: Arbeistvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 2.Auflage, Zürich-Basel-Genf 2012.
- GMUR, Philipp** Die Vergütung des Beauftragten Ein beitrug zum Recht des einfachen Auftrages, Freiburg 1994.
- GÖKTÜRK, HüseyinAvni** Borçlar Hukuku 2. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951 (Akdin Muhtelif Nevileri).

- GÖKYAYLA, K.Emre** Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007.
- GUGGENHEIM, Daniel** Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4eme edition, Geneve 2000.
- GUHL Théo/KOLLER Alfred/SCHNYDER Anton K./DRUEY Jean Nicolas** Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000.
- GUHL, Théo** Le droit fédéral des obligations, Zurich 1947 (trad. de l'allemand par Rene des GOUTTES).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt. 2 İstisna Vekâlet Tellallık Vekâletsiz İş Görme Havale Vedia Kefalet Garanti, İstanbul 2010 (Borçlar Özel C. 2).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** Türk-İsviçre Borçlar Hukuku'nda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001 (Vekilin Özen Borcu).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper** Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II, İstanbul 2012 (Borçlar Özel C. 2 (2012)).
- GÜNAY, Cevdet İlhan** Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.
- GÜNERGÖK, Özcan** Avukatlık Sözleşmesi, Ankara 2013.
- GÜRSOY, K.T.** Vekalet akdinin ölüm sebebiyle sona ermesi ve sonuçları, Temsil ve vekaletle ilişkin sorunlar Sempozyumu, İstanbul 1977, s. 23-33.
- HOFSTETTER, Josef** Le mandat et la gestion d'affaires, TDPS., vol.VII, t. II/1, Fribourg 1994 (Mandat).
- HOFSTETTER, Josef** Schweizerisches Privatrecht VII/6 Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Basel 2000 (Auftrag).

- HONSELL, Heinrich** Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Neunte Auflage, Bern 2010.
- HUGUENIN, Claire** Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zurich 2012.
- HUGUENIN, Claire** Obligationenrecht Besonderer Teil, Zurich 2008.
- JAUSSI, Nelli** Die Auftrag substitution nach Schweizerischem Obligationenrecht, Zurich 1926.
- JEANDIN, Nicolas** Les effets de la faillite sur le contrat de durée, in le contrat dans tous ses états sous la direction de François Bellanger-François Chaix-Christine Chappuis- Anne Héritier Lachat, Geneve 2004.
- KARABAĞ-BULUT Nil** Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul 2014.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Notlandırılmış Yasa Maddeleri ve Yargıtay Kararları C. 5, İstanbul 2004.
- KAYIHAN Şaban/ÜNLÜTEPE Mustafa** Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri, FSM İlmi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, S. 3, Y. 2014, s. 171-212.
- KNOEPFLER F./GUINAND J.,** Mandat, FJS. 327, 328,328a, Geneve 1983-1984.
- KRAUSKOPF, Frédéric** Die Kündigung von Bauerverträgen und die Folgen, in Schweizerische Baurechtstatung, Freiburg 2007, s. 29-66.
- LEUENBERGER, Christoph** Dienstleistungsverträge, ZSR 106 1987 II, s. 1-92.
- LIATOWITSCH** Jederzeitige Kündbarkeit von

- Manuel/MONDINI Andrea** Auftragschadet dem Dienstleistungssandort Schweiz Zeit für eine Praxisänderung zu Art. 404 OR, AJP 2009, s. 294-300.
- LUCHINGER, Niklaus** Schanedersatz im Vertragsrecht, Fribourg 1999.
- MABILLARD, Ramon** Rechtsnatur, anwendbare Gesetzbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe, AJP 2005, s. 547-559.
- MIDDENDORF, Patrick** Nachwirkende Vertragspflichten, Freiburg 2002.
- MORIN, Arianne** La jurisprudence du tribunal federal publiée depuis 1994 en matiere de mandat in l'evolution recente du droit des obligations, 2004.
- MULLER, Christoph** Contrats de droit suisse, Berne 2012.
- OLGAÇ, Senai** Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Akdın Nevileri C:III Akdın Muhtelif Nevileri Madde 372-545, Ankara 1969.
- OSER Hugo/SCHONENBERGER Wilhelm** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band: Das Obligationenrecht 2.Teil (Halbband): Art.184-418, Zurich 1936.
- ÖZKAYA, Erarslan** Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara 2005.
- PEYER, Jürg** Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, Zürich 1974.
- PIAGET, Emmanuelle** Les regles du mandate face aux contrats innommés analyse conceptuelle et typologique du contrat de mandate, AJP/PJA 2005, s. 986-1001.

- RAMONI, Claude** Demeure du débiteur et contrats de droit suisse, Lausanne 2002.
- ROBERT-TISSOT, Fabrice** Les effets du concordat sur les obligations, Zürich 2010.
- ROSSEL, Virgile** Manuel du droit fédéral des obligations, Lausanne Geneve 1920.
- SARI, Suat** Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004.
- SCHMID Jörg/STOCKLI Hubert** Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Zürich 2010.
- SCHNEIDER Albert/ FICK Heinrich** Commentaire du code des obligations, 4. édition, adaptation fr. par Max - E. PORRET, Neuchâtel: 1915-1916.
- SELİÇİ, Özer** Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.
- SEROZAN, Rona** Sözleşmeden Dönme, 2.Bası, İstanbul 2007.
- STOCKLI, Hubert** 2. Abschluss un Beendigung von Planerverträgen/III-IV, Die Planerverträge Verträge mit Architekten und Ingenieuren, 2013.
- ŞAHİNİZ, C.Salih** Türk Borçlar Hukuku'nda Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesi, İstanbul 2002 (Gayrimenkul Tellallığı Sözleşmesi).
- ŞENOL, A.Nilay** Bayilik Sözleşmesi Sona Ermesi ve Sonuçları, İstanbul 2011.
- TANDOĞAN, Haluk** Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri C. II, İstanbul 2010 (Borçlar Özel C. II).
- TEKİN, Leyla** Vekilin Müvekkilin Talimatlarına Uyma Yükümlülüğü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2010.

- TERCAN, Erdal** İflasın Sözleşmelere Etkisi Genel Olarak-Satım-Mülkiyeti Muhafaza- Eser-Kira-Hizmet-Kefalet-Vekâlet-Ömür Boyu Gelir ve Ölünceye Kadar Bakma-Adi Şirket ve JointVenture-Finansal Kiralama (Leasing), Ankara 1996.
- TERCIER Pierre/FAVRE Pascal G.** Les contrats spéciaux, 4e edition, Geneve-Zurich-Bale 2009.
- TERCIER, Pierre** L’extinction prématurée du contrat, in Das Architektenrecht Le droit de l’architecte, Fribourg 1995, s. 361-405.
- UYGUR, Turgut** Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku C. 8 BK m. 395-544, Ankara 2003.
- VELİDEDEOĞLU HıfzıVeldet/ ÖZDEMİR Refet** Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Ankara 1987.
- von BUREN, Bruno** Der Auftrag, Zurich 1944.
- von BUREN, Bruno** Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972 (BT) .
- WEBER, Rolf H.** Der Auftrag, Kurzkomentar Obligationenrecht Art.1-529 (Heinrich Honsell Herausgeber), Basel 2008.
- WEBER, Rolf H.** Der Einfache Auftrag, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR (Herausgeber Honsell-Vogt-Wiegand), Basel 2011.
- WEBER, Rolf H.** Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten, Bern 1990 (Praxis zum Auftragsrecht).
- WERRO, Franz** Commentaire art. 394-406h CO, Commentaire Rommand, Code des obligations, I, THEVENOZ Luc/WERRO Franz (éds), Bale 2012 (CR CO I-Werro).

- WERRO, Franz** La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier: la clé de l'interprétation de l'art 404 CO, DC 1991, s. 55 vd (La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier).
- WERRO, Franz** Le mandat et ses effets, Fribourg 1993 (Mandat).
- WERRO Franz/DOUZALS Jacques/CARRON Maxence** Les enjeux et la concrétisation de la réforme de l'art. 404 CO, AJP 2013, s. 213-222.
- WOLFER, Marc** Die Vertragliche Regelung der Vertragauflösung "aus wichtigem Grund", AJP 2014, s. 621-626.
- YALÇINDURAN, Türker** Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007.
- YAVUZ Cevdet/ACAR Faruk /ÖZEN Burak ZEMBULİDİS, Temistokli** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.
Vekâlet, İstanbul Barosu Dergisi, Mayıs 1942, Yıl XVI, S. 5, s. 285-304.
- ZEVKLİLER Aydın/ERTAŞ Şeref/HAVUTÇU Ayşe/AYDOĞDU Murat/CUMALIOĞLU Emre ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA K. Emre** Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, İzmir 2013.
Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Bası, Ankara 2013.

ÖNCEKİ VASIYETNAMENİN GERİ ALINMASI BEYANI İÇEREN İKİNCİ VASIYETNAMENİN SONRADAN ÜÇÜNCÜ BİR VASIYETNAME İLE GERİ ALINMASI

Yrd. Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN*

Özet

Mirasbırakan, hazırladığı bir vasiyetnameden her zaman vazgeçebilir ve bu ölüme bağlı tasarrufunu geri alabilir. Hatta fikrini bir kez daha değiştirip, hazırlamış olduğu ikinci bir vasiyetnameyi de sonradan geri alabilir. İşte bu halde, ilk başta meydana getirmiş olduğu ilk vasiyetnamenin hukuki kaderi tartışmaya açıktır: İşbu ilk vasiyetname, üçüncü bir ölüme bağlı tasarrufla ikinci vasiyetnamenin geri alınması üzerine, tekrar yürürlüğe girerek geçerlilik kazanacak mıdır yoksa hükümsüz kalmaya devam mı edecektir? Mesele Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarında çözüme kavuşturulmuş değildir. Sorun, daha ziyade, yorum yoluyla dahi mirasbırakanın ilk vasiyetnameye geri dönmeyi mi yoksa kanuni miras paylaşımı sistemine mi dönmeyi istediğinin anlaşılmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu makalede, ilk vasiyetnameyi geri alan ikinci vasiyetnamenin de üçüncü bir vasiyetnameyle geri alınması halinde ilk vasiyetnamenin hukuki durumu incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Vasiyetnamenin geri alınması, geri alma, miras hukuku.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

THE RETRACTION OF A SECOND TESTAMENT WHICH HAS ALREADY REVOKED THE FIRST TESTAMENT

Abstract

A testator may change his mind and revoke the testament which he/she has created at first by a second testament. If he/she changes his mind again and revoke the latter testament by a third one, the fate of the first testament may be questionable: Does it enter into force again or does it stay void? The subject is not resolved in the terms of neither Turkish nor Swiss Civil Codes. Doctrine and jurisprudence admit that the last will of the testator should be examined and interpreted in order to answer the question. Especially, the problem arises when there's no possible interpretation which could lead us to find out if the testator wanted to revive the terms of the first testament or he/she wanted to rely on the legal succession system. In this article, the legal effects of retraction of a second testament which has already revoked the first testament will be analyzed.

Keywords: Revocation, testament, succession.

I. GENEL OLARAK VASIYETNAMENİN GERİ ALINMASI A. VASIYETNAME SERBESTİSİ ve VASIYETNAMENİN GERİ ALINMASI

Mirasbırakanın ileride kendisine mirasçı olacak kişileri belirtmesi, daha genel olarak ifade edilecek olursa, ölümünden sonra doğrudan doğruya terekesi üzerinde etki yapacak emirler vermesi, ölüme bağlı tasarruflar yoluyla olur¹. Kişinin iradi olarak terekesi üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma yetkisi vardır.

Şöyle ki; Türk hukukunda kanuni geçerlilik şartlarına ve özellikle şekil şartlarına riayet edilmiş olması kaydıyla vasiyetname serbestisi geçerlidir. Bu serbesti, hem irade serbestisine hem de kişinin mülkiyet

¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 125.

hakkına dayanır². Mülkiyet hakkı, kişinin sadece sağlığında sahip olduğu ve ölümünden sonrasına karışamayacağı, etkisi bu şekilde yarım bırakılmış bir hak değildir³. Vasiyetname serbestisi uyarınca bir kimse, kanuni sınırlamalar içinde kalmak ve saklı payları zedelememek şartıyla, malvarlığına dâhil olan eşya ve hakların ölümünden sonra arzu ettiği kişilere geçişini sağlayabilir. Sonradan mirasbırakanın bu konudaki düşünceleri değişmiş olabilir. Bu halde, mirasbırakanın yapmış olduğu vasiyetnameyi geri alması gerekecektir.

Türk Miras Hukukunda, mirasbırakanın sağlığında yapmış olduğu vasiyetnameyi kendi işlem veya davranışlarıyla tek taraflı olarak geri alması mümkündür (TMK m.542)⁴. Bilindiği gibi, vasiyetname tek taraflı bir hukuki işlem olup, geçerli olması için herhangi bir kimseye yöneltilmesi ya da açıklanması gerekli değildir⁵. Kurulması ve geçerliliği

² “Borçlar ve Eşya Hukukunda hâkim olan irade muhtariyeti ilkesi, her insana kendi ölümünden sonra da kendi malvarlığının hukuki durumunu serbestçe belirleme imkânı verir. Ölüme bağlı tasarruf özgürlüğü Anayasa’nın 35. maddesinde çift yönlü bir hak olarak koruma altına alınmıştır.” (ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009).

³ “Miras, bireysel (özel) mülkiyetin ve onun doğal uzantısı irade özerkliğinin (mülk üzerinde tasarruf etme, yani mülkiyetle ilgili sözleşme kurma serbestliğinin) kolu kanadıdır. Miras hakkı tanınmasa, mülkiyet hakkı olmazdı; olsa olsa ölümle biten yalınkat bir intifa hakkı olurdu.” (SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkey, Miras Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, §1 N. 7). Aynı yönde bkz. İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 11.bası, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 60.

⁴ Serozan ve Engin’e göre, “tek yanlı işlemler geri alınır; ancak karşılıklı borçlandırıcı sözleşmelerden dönülür. Bu nedenle yasanın vasiyetnmeden dönmeden söz etmesi (TMK m.542) doğru değildir.” (SEROZAN/ENGİN, §4 N. 100). Aynı yönde Hatemi’ye göre, “Vasiyetname tek taraflı ve bağlayıcı olmayan bir işlem olduğu için; ZGB’deki (Art.509) ‘Widerruf’ (geri alma) terimi daha doğru ve yerinde bir terimdir. Bizde; Fransız hukuk dilinde ‘rücu=dönme’ anlamında (révocation) teriminin karşılığı olarak ‘dönme’ terimi kullanılmıştır (TMK m.542).” (HATEMİ, Hüseyin, Miras Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, §8 N.2). Bu kelime seçimine katılmaktayız. Bu nedenle, kanunkoyucunun seçmiş olduğu “dönme” terimini değil; karışıklığa mahal vermemek amacıyla “geri alma” terimini makalemizde kullanmayı tercih ediyoruz.

⁵ OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 175, N. 610 ve s. 178, N. 622; TANDOĞAN, Haluk, Notions préliminaires à la théorie générale des obligations, Georg, Genève 1972, s. 77; KOÇAYUSUFAŞAOĞLU, s. 127.

için herhangi bir muhataba ihtiyaç duymayan bu ölüme bağlı tasarrufun mirasbırakanın kendisi tarafından, ölümüne kadar yine tek taraflı olarak her zaman geri alınması mümkündür⁶. Mirasbırakana geri alma imkânı sunularak tanınan serbesti de, ölüme bağlı tasarrufta buluma serbestisinin devamı niteliğindedir⁷.

B. VASIYETNAMEYİ GERİ ALMANIN ŞEKLİ

Belirtmek gerekir ki, tek taraflı bir ölüme bağlı tasarruf olan vasiyetname, mirasbırakanın ölümüne kadar mirasbırakanın kendisi tarafından her zaman ve serbestçe, kanundaki vasiyete ilişkin şekil şartlarına uyularak tek taraflı olarak geri alınabilir⁸. Bu husus, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 542. maddesinde⁹ şu şekilde hükme bağlanmıştır: “*Mirasbırakan, vasiyetname için kanunda öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle yeni bir vasiyetname yaparak önceki vasiyetnameden her zaman dönebilir*¹⁰.” (Bkz. İsv. MK. m.509). Bunun yanında, mirasbırakan; düzenlemiş olduğu vasiyetnameyi ortadan kaldırma niyetiyle yok ederek¹¹, bir önceki vasiyetnameyle bağdaşmayan

⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 231; SEROZAN/ENGİN, §4 N. 100; İMRE/ERMAN, s. 102; ÖNEN, Said, De la révocation des testaments en droit suisse, thèse, Lausanne 1941, s. 45; PIOTET, Paul, Traité de Droit Privé Suisse, Tome IV, Droit Successoral, 2ième édition, Editions Universitaires Fribourg, Fribourg 1988, s. 224; TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard (SCHMID, Jörg/ RUMO-JUNGO, Alexandra), Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Schulthess 2002, s. 612.

⁷ Bkz. SEROZAN/ENGİN, §4 N. 100; ANTALYA, s. 144.

⁸ “*Belirtmek gerekir ki vasiyetnamelerin esaslı vasfı, tek taraflı bir hukuki muamele olmasında toplanmaktadır. Vasiyetçi düzenlediği vasiyetnamesinden istediği zaman rücu edebilir. Hatta vasiyetçi vasiyetnamesinden rücu etmiyeceğini açıklamış olsa bile bu bir hukuki değer taşımaz. (...) O halde vasiyetçi Yasa da öngörülen vasiyetname şekillerinden birine uymak koşulu ile önceki vasiyetinden her vakit rücu edebilecektir. Örnek olarak, resmi şekilde yapılmış vasiyetten resmi vasiyet yoluyla, el yazısı vasiyetiyle ve hatta şartların oluşması halinde sözlü vasiyetle de dönebilecektir.*” (Yarg. HGK. T. 7.11.1993, E. 1993/2-526, K. 1993/724 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

⁹ Aynı yönde bir düzenleme, 743 sayılı eski Medeni Kanunun 489. maddesinde de mevcuttu.

¹⁰ Yukarıda değindiğimiz üzere, Türk Kanunkoyucusu “dönme” terimini tercih etmekle birlikte, tek taraflı bir işlem olan vasiyetnamenin geri alınmasından bahsetmek daha yerinde olacaktır.

¹¹ Örneğin, mirasbırakan düzenlemiş olduğu vasiyetnameyi yırtarak, yakarak, karalayarak, buruşturup çöpe atarak ondan dönebilir. Yeter ki bu eylemi, vasiyetnameden dönme

yeni bir vasiyetname düzenleyerek veya vasiyet edilen şeyde sağlar arası tasarruf ederek, söz konusu şeyi yok ederek de vasiyetnameyi geri alabilir¹².

O halde, mirasbırakan, sonradan yapacağı bir vasiyetname ile öncekini geri aldığını beyan edebilir. Önceki vasiyetnameyi geri almaya ilişkin söz konusu beyanın aynı vasiyetname şekline uyularak yapılması dahi gerekmez¹³, kanundaki vasiyetname şekillerinden herhangi birine uyulmuş olması yeterlidir¹⁴. Bu husustaki seçme ve takdir hakkı

iradesiyle gerçekleştirmiş olsun (OĞUZMAN, M. Kemal, Miras Hukuku, Gözden geçirilmiş 6.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s. 178; SEROZAN/ENGİN, §4 N. 107; İMRE/ERMAN, s. 108; PIOTET, s. 228 vd.; STEINAUER, Paul-Henri, Le droit des successions, Stämpfli Editions, Berne 2006, N. 725, 726a; GUINAND, Jean/STETTLER, Martin/ LEUBA, Audrey, Droit de Successions, 6ième édition, Schulthess, 2005, s. 176, N. 372; TUOR/SCHNYDER, s. 612; MEYER, s. 36-37).

¹² Açıklamalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 233 vd.; OĞUZMAN, s. 179 vd.; DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 8.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, N. 531; SEROZAN/ENGİN, §4 N. 101 vd.; İMRE/ERMAN, s. 104 vd.; ANTALYA, s. 146 vd.; PIOTET, s. 225 vd.; MEYER, s. 36 vd. “Vasiyetten dönüş, eylemli, zımni yada açık bir biçimde yapılabilir.” (Yarg. HGK. T.6.11.2002, E.2002/2-874, K.2002/893 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]). “Bazı durumların gerçekleşmesi vasiyetnamenin yürürlüğe girmesine mani olur. Vasiyetnameden sonra gerçekleşen bir ölüme bağlı tasarrufla (TMK. m.542), vasiyetnamenin miras bırakan tarafından yırtularak, yakılarak, okunmayacak şekilde karalanarak, imzası silinerek veya başka bir şekilde yok edilmesi ile (TMK. m. 543/1) miras bırakanın önceki vasiyetnameden rücu ettiğini bildirmeden, yasada öngörülen şekillerden birine uymak suretiyle yeni bir vasiyetname yapmasıyla (TMK. m. 544), miras bırakanın vasiyetname ile bağdaşmayacak sağlar arası tasarrufla bulunmasıyla (TMK. m.544/2), kaza sonucu veya üçüncü bir kişinin kusuru ile vasiyetnamenin yok olması ile (TMK. m.543/2) veya sözlü vasiyetnamenin yapılmasından sonra diğer şekillerde vasiyetname yapma olanağının doğması ve bunun üzerinden bir aylık sürenin geçmesi ile bu vasiyetnamenin uygulama imkânı ortadan kalkar.” (Yarg. HGK. T.4.11.2009, E.2009/2-455, K.2009/464 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası])

¹³ DURAL/ÖZ, N. 534; BREITSCHMID, Peter, Basler Kommentar, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchlT ZGB, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007, Art.509-511 ZGB, N.3; GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 174, N. 366.

¹⁴ OĞUZMAN, s. 176; STEINAUER, N. 724; DRUEY, Jean Nicolas, Grundriss des Erbrechts, Stämpfli Verlag, Bern 1997, §9 N. 60. Geri alma tasarrufu ölüme bağlı tasarruf şekillerinden birisiyle beyan olunmadığı takdirde hükümsüzdür (OĞUZMAN, s. 176; DURAL/ÖZ, N. 535; ŞENER, Esat, Vasiyet Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara

mirasbırakana aittir¹⁵. Örneğin, mirasbırakanın el yazılı bir vasiyetname ile resmi vasiyetnamesini geri almasında ya da tam tersinin yapılmasında bir sakınca yoktur, bu geri alma beyanı geçerli olur¹⁶. Hatta, mirasbırakanın sonradan yapacağı bir miras sözleşmesi ile de önceden yapmış olduğu vasiyetnameyi geri alması mümkündür¹⁷.

Mirasbırakan, önceki vasiyetnameyi geri aldığını açıkça ifade etmemiş olsa da, vasiyetnamede kullandığı ifadelerden, beyanlardan geri alma niyetinin varlığı anlaşılabilirse, yorum yoluyla bu sonuca varmak mümkün ise, söz konusu bu sonraki vasiyetname ile öncekini geri almış olduğu kabul edilir¹⁸.

C. VASİYETNAMEYİ GERİ ALMANIN HUKUKİ SONUCU

Yukarıda açıkladığımız üzere, usulüne uyularak geri alınan vasiyetname yürürlükten kalkmış olur¹⁹. Mirasbırakanın, düzenlediği sonraki vasiyetnamede, öncekini geri aldığını açıkça belirtmesi halinde, ilk vasiyetnamesinde yer alan iradesinden döndüğü ve sonraki vasiyetnamesine geçerlilik tanıdığı kabul edilecektir. Geri alma beyanı yeterli açıklıkta dile getirilmiş olmasa da, sonraki vasiyetnamenin öncekini tamamlayıcı nitelikte olduğu anlaşılabilirse, bu takdirde

1995, s. 369 vd.; Yarg. HGK. T. 7.11.1993, E. 1993/2-526, K. 1993/724 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]). “*Dayanılan belge ölenin, rücu iradesini genel olarak Notere tesbit ettirmesinden ibaret bulunmaktadır. Oysa rücuun hukuki sonuç doğurabilmesi için, iradenin açıklanması yeterli olmayıp rücu için seçilen vasiyet şekline uygun bir belgenin düzenlenmiş olması şarttır. Eğer düzenlemede bir eksiklik varsa, rücu iradesi hukuki netice meydana getirmez.*” (Yarg. 2.HD 17.11.1972, E.5977/K.6472 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

¹⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 231; İMRE/ERMAN, s. 103; ANTALYA, s. 145; Yarg. 2. HD. T. 19.11.1982, E. 1982/8099, K. 1982/8586 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁶ OĞUZMAN, s. 176; DURAL/ÖZ, N. 534; SEROZAN/ENGİN, §4 N. 102; ŞENER, s. 375; DRUEY, §9 N.60; Yarg. HGK. T. 7.11.1993, E. 1993/2-526, K. 1993/724 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁷ Bu halde geri almaya ilişkin beyan, miras sözleşmesinin her zaman geri alınabilen tek taraflı içeriğini oluşturur (DURAL/ÖZ, N. 534; ÖZTRAK, İlhan, Tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardan rücu ve vasiyetnamenin ziyayı, Sevinç Matbaası, Ankara 1964, s. 33; MEYER, s. 38).

¹⁸ Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 332-233.

¹⁹ Açıklamalar için bkz. DURAL/ÖZ, N.534; MEYER, s. 68 vd.

sonraki vasiyetname öncekinin yürürlükten kaldırarak onun yerini alacaktır. Bu durumlarda, ikinci vasiyetname birinci vasiyetnamenin yerine geçer ve ilk vasiyetname geçerliliğini yitirmiş olur²⁰.

II. ÖZEL OLARAK GERİ ALMA BEYANI İÇEREN VASIYETNAMEYİ GERİ ALMA

İlk vasiyetnameyi geri alma beyanını içeren ikinci vasiyetnameyi de geri almak mümkündür²¹. Bu ihtimalde açıklığa kavuşturulması gereken hukuki mesele, geri alma beyanını içeren ikinci vasiyetnamenin de geri alınması halinde, yürürlüğünü kaybetmiş olan ilk vasiyetnamenin tekrar yürürlük kazanmış olup olmadığı hususudur²². Bu konuda Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarında bir düzenleme bulunmamaktadır. O halde, sorunun çözümlenmesi, yargı içtihatlarının ve öğretinin incelenmesini gerektirir durumdadır.

Türk hukuk öğretisinde, hâkim görüşe göre²³, geri alma beyanını içeren ikinci vasiyetnamenin de geri alınması halinde, ilk vasiyetnamenin kendiliğinden yürürlüğe girdiği kabul edilemez; öncelikle, mirasbırakanın son arzularının yani son vasiyetnamenin yorumlanarak bu sonuca varılıp varılamayacağı araştırılması gerekir.

²⁰ “Vasiyetçinin, düzenlediği sonraki vasiyetnamede, öncekini geri aldığı açıkça belirtmesi halinde, ilk vasiyetnamesinde iradesinden döndüğü ve sonraki vasiyetnamesine geçerlilik tanıdığı kabul edilecektir. Sonradan düzenlediği vasiyetnamede öncekinden açıkça döndüğünü belirtmemesi halinde ise, sonra düzenlenen vasiyetnamenin ilkinin açıkça tamamlayıp tamamlamadığı değerlendirilecek, tamamladığının açıkça anlaşılması halinde, düzenlenen sonraki vasiyetname önceki vasiyetnamenin yerine alacaktır.” (Yarg. 2.HD. T. 18.3.2003, E. 2003/601, K. 2003/3742 [Kazancı İçtihat Bilgi Bankası]).

²¹ ÖNEN, s. 45 vd.; OĞUZMAN, s. 177; ERGÜNE, Mehmet Serkan, Vasiyetnamenin Yorumu, XII Levha, İstanbul 2011, s. 176; STEINAUER, N. 730; ESCHER, Art.509 ZGB, N.5; BGE 101 II 211, 215 (www.swisslex.ch); GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 175, N. 369; BREITSCHMID, Art.509-511 ZGB, N.9; DRUEY, §9 N.69; PIOTET, s. 232.

²² ÖNEN, s. 45 vd.

²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 231; OĞUZMAN, s. 177; DURAL/ÖZ, N.537; İMRE/ERMAN, s. 103-104; SEROZAN/ENGİN, §4 N.113; ERGÜNE, s. 176. Aynı yönde bkz. BGE 91 II 264, 273 (www.swisslex.ch).

A. GERİ ALMA BEYANININ YORUMUYLA İLGİLİ OLARAK

Geri alma beyanı içeren bir vasiyetnameyi geri almanın üç muhtemel açıklaması olabilir. Bunlardan ilki, kişinin yepyeni bir vasiyetname ortaya koyarak son arzularını olduğu gibi değiştirmiş olmasıdır. Bu durumda, yoruma dahi gerek olmaksızın bu son vasiyetname yürürlüğe girecektir. Ancak, diğer iki ihtimalde, mirasbırakanın ilk vasiyetnameye yürürlük kazandırmak mı istediği yoksa kanuni miras paylaşım kurallarına mı dönüş yaptığı meselesi yoruma muhtaç olacaktır²⁴.

Türk Miras hukukunda, vasiyetin yorumlanmasında, Borçlar Hukukundan farklı olarak, irade nazariyesi geniş ölçüde hâkimdir. Mirasbırakanın beyanı, bu beyana dürüstlük kuralı (TMK m.2) çerçevesinde karşı tarafın vermesi gereken anlam değil, doğrudan doğruya söz konusu beyanın arkasında yer alan ve bu beyanla ifade edilmek istenen gerçek irade araştırılarak yorumlanır²⁵.

Bunun kökeninde yatan düşünceye göre; vasiyetname, tek taraflı bir beyandır ve hüküm doğurması için hiç kimseye varması gerekmez. Bu nedenle her zaman geri alınabilir. Dolayısıyla, geçerliliği bakımından bir muhataba ihtiyaç dahi duymayan bu beyanla ilgili olarak, herhangi bir

²⁴ MEYER, s. 15-16.

²⁵ ERGÜNE, s. 17; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 321-322; OĞUZMAN, s. 170; DURAL/ÖZ, N. 974; SEROZAN/ENGİN, §4 N. 217; İMRE/ERMAN, s. 115; ANTALYA, s. 246; HATEMİ, §10 N.1; ŞENER, s. 106 vd.; STEINAUER, N. 287; BREITSCHMID, Art.469 ZGB, N.4; WEIMAR, Peter, Berner Kommentar, Bd. III/1/1/1, Die gesetzlichen Erben - Die Verfügungen von Todes wegen - Die Verfügungsfähigkeit - Die Verfügungsfreiheit - Die Verfügungsarten - Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern 2009, Die Verfügungen von Todes, Einleitung, N. 60 vd.; GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 184, N. 388; PIOTET, s. 191 vd.; ESCHER, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art.457-536), Schulthess, Zurich 1959, 14. Titel: “Die Verfügungen von Todes wegen”, Einleitung N.14; PICENONI, Vito, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Polygraphischer Verlag, Zurich 1955, s. 31 vd.; DRUEY, §12 N.4 vd.; MEYER, s. 30 vd.; BGE 131 III 106,108; 124 III 414, 416; 120 II 182,184; 75 II 280, 284 (www.bger.ch).

kimsenin söz konusu bu beyana olan güvenini koruma ihtiyacı hukuken ortaya çıkmaz²⁶.

Nitekim vasiyetnamenin tek varlık sebebi, ifade edilen beyanların mirasbırakan tarafından istenmiş olmasıdır. Bu nedenle, başkasının bu beyanlara hangi anlamı yükleyeceği ya da yüklemesi gerektiği değil, mirasbırakanın gerçekte neyi arzu ettiğinin araştırılması gereklidir²⁷. Ancak, mirasbırakan vasiyetnamesinde her zaman gerçek iradesine uygun düşen doğru ifade tarzını kullanmaz. Bu halde, onun tarafından yapılmış beyanlara dayanarak gerçek iradesinin tespit edilmesi yorum yoluyla mümkün olur²⁸.

Ölüme bağlı tasarrufun hüküm doğurduğu an ile mirasbırakanın son arzularını beyan ettiği an arasında uzunca bir zaman geçmiş olabilir. Mirasbırakan, iradesini beyan ederken seçtiği sözcüklerde yeterince titiz davranmamış olabilir. Bunlar, onun iradesinin yorumlanmasını zorlaştıran birer etken olarak karşımıza çıkabilir²⁹. Yorumlanacak irade, yani mirasbırakanın temel alınacak iradesi, ölüme bağlı tasarrufun düzenlendiği andaki açık ve varsayılan iradesi olmalıdır³⁰.

Belirtmek gerekir ki, yorum ancak ölüme bağlı tasarrufta yer alan bir irade beyanı için söz konusudur³¹. Bu irade beyanı, yetersiz ifade edilmiş, muğlak, eksik ya da gizlenmiş olabilir. Yeter ki, vasiyetnamenin metninde kendisine bir dayanak bulsun³². Mirasbırakanın terekesi ile ilgili düşünce, arzu ve tasavvurları, ancak şekle bağlı vasiyetnamede şekle uygun olarak ifade edildikleri oranda hukuken değer kazanırlar³³. Aksi

²⁶ ERGÜNE, s. 17; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 322; DURAL/ÖZ, N. 974; SEROZAN/ENGİN, §4 N. 217; MEYER, s. 33 PICENONI, s. 92.

²⁷ ERGÜNE, s. 17-18; İMRE/ERMAN, s. 115; PIOTET, s. 189 vd.

²⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 321.

²⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 321; OĞUZMAN, s. 170; SEROZAN/ENGİN, §4 N. 209.

³⁰ SEROZAN/ENGİN, §4 N. 218; ERGÜNE, s. 72 vd.

³¹ OĞUZMAN, s. 171; DURAL/ÖZ, N. 974; ESCHER, 14.Titel: “Die Verfügungen von Todes wegen”, Einleitung N.13; DRUEY, §12 N.6.

³² ANTALYA, s. 247.

³³ BREITSCHMID, Art.469 ZGB, N.3 ve 24; BGE 83 II 427, 435 vd. (www.bger.ch).

takdirde, yorum yolu ile vasiyetnamenin metninde hiçbir dayanak bulamayan şeyleri, vasiyetnamede varmış gibi yorum yoluyla kabul etmek mümkün değildir³⁴.

Yorum yapılırken vasiyetname dışı olgulara başvurulması ise, ancak vasiyetnamede kendisine bir dayanak bulan irade beyanları muğlak ise, gerçek anlamını tam olarak tespit etmek amacıyla mümkün olabilir³⁵. Aksi halde, vasiyetnamede var olmayan bir beyanı sırf vasiyetname dışı olgulara bakarak vasiyetname içeriğine sokmak mümkün olmaz.

B. FAVOR TESTAMENTİ İLKESİNİN UYGULANMA OLANAĞI OLMAMASI

Yorum konusunda çok eski ve yaygın bir ilkeye göre, mirasbırakanın irade beyanı çeşitli şekillerde anlaşılabilirse, vasiyetnameyi ayakta tutan, böylece mirasbırakanın son arzularının hüküm ifade etmesini sağlayan yoruma üstünlük tanınacaktır³⁶. Buna, “vasiyetnameyi kurtarıcı yorum ilkesi” de denilir³⁷. Bu ilke Türk Medeni Kanununda açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte genel bir Miras Hukuku ilkesi olarak kabul görmektedir³⁸.

Amaç, mirasbırakanın önceden yapmış olduğu tüm ölüme bağlı tasarrufları ayakta tutmak değildir. Sadece yorumlanmakta olan beyanı içeren vasiyetnamenin ayakta tutulmasını sağlayacak yorumun tercih edilmesidir. Asıl olan, mirasbırakanın son arzularını yerine getirmektir³⁹.

Bununla kastedilen, bilgisizliği, kelimelerin anlamları üzerindeki yanlış tasavvurları, dalgınlığı vb. gibi sebeplerle iradesiyle tam

³⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 322; OĞUZMAN, s. 171.

³⁵ Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 322; OĞUZMAN, s. 171; GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 186, N. 395.

³⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 323; İMRE/ERMAN, s. 113 ve 117 vd.; ANTALYA, s. 249-250; STEINAUER, N. 294; PIOTET, s. 195; GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 187, N. 397; WEIMAR, Die Verfügung von Todes, Einleitung, N. 93.

³⁷ SEROZAN/ENGİN, §4 N. 219; HATEMİ, §10 N.4.

³⁸ Bkz. ERGÜNE, s. 74 vd. Buna karşılık, söz konusu ilkenin BGB §2084 hükmünde açıkça ifade edildiğini görmekteyiz. Söz konusu hükme göre; “Bir ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin farklı şekillerde yorumlanması mümkünse, tasarrufun sonuç doğurmasına imkân sağlayan yoruma öncelik tanınır.”

³⁹ ŞENER, s. 103; ERGÜNE, s. 77.

uyuşmayan, sınırları belli olmayan ve şüpheli beyanlarının yorum yoluyla hükümsüz sayılması yerine geçerli olmalarını sağlayacak yorum metodunun uygulanması ve bu suretle son yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufun hükümsüz sayılmasının önlenmesidir⁴⁰.

Bu aynı zamanda, mirasbırakanın son arzularına karşı gösterilen saygının bir gereğidir⁴¹. Mirasbırakanın son dileği, mümkün olduğunca yaşama geçirilmeye çalışılacak ve bu dileğe geçerlilik kazandıracak yorum metodu tercih edilecektir. Zira mirasbırakan, ölüm gününden sonra bu tasarrufu geçerli olacak şekilde düzeltme veya yeniden yapma şansına sahip olmayacaktır⁴².

Hemen belirtmek gerekir ki, bu yorum kuralı, eksik olsa bile ölüme bağlı tasarrufta bir irade beyanının bulunduğu hallerde uygulanabilir; amacı vasiyetnamede var olmayan bir beyanı vasiyetnameye dâhil etmek değildir⁴³. Bu nedenle, konumuz bakımından *favor testamenti* ilkesinin bir önemi ya da uygulama alanı bulunmamaktadır. Zira mirasbırakanın son geri alma beyanının yorumunda, *favor testamenti* ilkesi uygulanarak daha önceki ölüme bağlı tasarrufların ayakta tutulması ya da onlara yeniden geçerlilik bahşedilmesi mümkün değildir.

C. İLK VASİYETNAMEYİ GERİ ALMA BEYANI İÇEREN İKİNCİ VASİYETNAMENİN DE GERİ ALINMASI HALİNDE İLK VASİYETNAMENİN HUKUKİ DURUMU

İlk vasiyetnameyi geri alma beyanı içeren ikinci vasiyetnamenin de geri alınması halinde ilk vasiyetnamenin hukuki durumunun ne olacağına ilişkin mirasbırakanın açık veya zımnî, yorumlanabilir bir irade beyanı bulunmadığı takdirde hukuken varılması gereken sonucun ne olacağı

⁴⁰ Bkz. BGE 50 II 441, 446; BGE 83 II 427, 435 vd. (www.bger.ch).

⁴¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 323; ANTALYA, s. 250; ESCHER, 14.Titel “*Die Verfügungen von Todes wegen*”, Einleitung N.13; İMRE/ERMAN, s.117. Ayrıca bkz. BGE 49 II 12, 18; BGE 94 II 88, 93 (www.bger.ch).

⁴² SEROZAN/ENGİN, §4 N. 219.

⁴³ DURAL/ÖZ, N. 980.

öğretide tartışmalıdır. Aşağıda bu tartışma hakkında ileri sürülen görüşler incelenecektir.

1. Vasiyetnamelerin İçeriğindeki Diğer Beyanların İncelenmesine Dayanan Görüşler

Konuyla ilgili olarak *Önen* ve *Ergüne*'ye göre⁴⁴, yorumun yapılmasında ilk vasiyetnameyi geri almaya yönelik vasiyetnamenin içeriği önemli rol oynar. Şöyle ki, ilk vasiyetnamenin geri alınması beyanını içeren ikinci vasiyetnamede, geri alma dışında başkaca bir tasarruf yoksa aksi tespit edilmedikçe mirasbırakanın, işbu geri alma beyanından dönmekle ilk vasiyetnameye yürürlük kazandırmayı istediği kabul edilmelidir.

Diğer bir deyişle, eğer ikinci vasiyetname sadece geri alma beyanından ibaret ise, üçüncü vasiyetname ile bu vasiyetnamenin geri alınması halinde, mirasbırakanın ilk vasiyetnameyi geri almaktan vazgeçmiş olduğu, dolayısıyla ilk vasiyetnamenin geçerli olmasını istediği sonucuna varılabilir⁴⁵.

Buna karşılık, öğretilerde ağır basan görüş uyarınca; ilk vasiyetnameyi geri alma beyanını içeren ikinci vasiyetnamede, geri alma beyanı dışında başka ölüme bağlı tasarruflar mevcutsa, bu takdirde, söz konusu ikinci vasiyetnameyi geri almakla, ilk vasiyetnamenin hayata dönmesinin, diğer bir deyişle ihya olmasının değil, hükümsüz olmasının istendiği sonucuna varılmalıdır⁴⁶.

Bundan başka bir ihtimal daha vardır: *Kocayusupaşaoğlu*'na göre mirasbırakan; düzenlediği üçüncü vasiyetnamede, ilk vasiyetnameyi geri alma beyanını içeren ikinci vasiyetnameyi tamamen geri almak yerine, sadece ilk vasiyetnameyi geri aldığına ilişkin beyanı geri aldığını

⁴⁴ ÖNEN, s. 46; ERGÜNE, s. 177.

⁴⁵ PIOTET, s. 236; ÖNEN, s. 46-47; MEYER, s. 51.

⁴⁶ ÖNEN, s. 46-47; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 232; OĞUZMAN, s. 177; DURAL/ÖZ, N. 538; ERGÜNE, s. 177.

açıklamış ise, bu ihtimalde mirasbırakanın ilk vasiyetnameye yürürlük kazandırmak istediği sonucu çıkarılabilir⁴⁷.

Serozan ve *Engin*, verdikleri örneklerden birinde, birinci vasiyetnamede bir kişiyi mirasçı atadıktan sonra, ikinci bir vasiyetnamede bu atamasını geri alıp başka bir kişiyi mirasçı atayan ve hepsinin ardından üçüncü bir vasiyetname ile ikinci vasiyetnamesini de geri alan mirasbırakanın artık ilk vasiyetnameye dönmek istemediği, yasal mirasçılık düzenine dönmeyi amaçladığının daha akla yatkın olduğunu belirtmişlerdir⁴⁸.

Son olarak, öğretide genel olarak kabul edildiği üzere⁴⁹, geri alma beyanından da dönmeyi içeren son vasiyetnamede, dönme harici olumlu bazı kazandırmalar da yer almış ise, ilk vasiyetnamenin diriltilmiş olduğu karinesi inandırıcı olmaktan çıkar.

2. Vasiyetnamelerin İçeriğinden Bir Sonuca Varılamadığı Takdirde Başvurulması Gereken Çözüm İlişkin Görüşler ve Yargıtayın Yaklaşımı

Yukarıda sayılan ihtimallerin hiçbiri sorunun çözümüne katkı sağlamadığı takdirde, yani vasiyetnamelerin içeriğinden de bir sonuca varılamıyor ise, hangi yönde karar verilmesi gerektiği konusunda da Türk hukuk öğretisinde farklı görüşler mevcuttur.

Kocayusufpaşaoğlu'na göre⁵⁰, ölüme bağlı tasarrufun yorumlanmasında tereddüt halinde, “*mirasbırakanın kanuni miras intikali ile ilgili hükümleri nazara aldığı, onlara bağlanmak istediği karine olarak kabul edilecektir.*”

Aynı yönde *Dural* ve *Öz*'e göre⁵¹, “*Kuşku halinde, ilk vasiyetnamenin yürürlüğe gireceği değil, mirasbırakanın kanuni intikal kurallarına dönmek istediği kabul edilmelidir.*”

⁴⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 232, dn. 4.

⁴⁸ SEROZAN/ENGİN, §4 N. 113.

⁴⁹ ÖNEN, s. 51; SEROZAN/ENGİN, §4 N. 113; PIOTET, s. 236.

⁵⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 325; Aynı yönde bkz. ŞENER, s. 108.

⁵¹ DURAL/ÖZ, N. 537. Ayrıca bkz. TUOR/SCHNYDER, s. 613.

Benzer şekilde, *İmre ve Erman*'a göre de⁵², “vasiyetçinin ölüme bağlı tasarrufundan dönmeyi kapsayan tasarrufundan da sonradan dönmesi halinde, bu son dönme (yani dönmeden dönme) ile ilk tasarrufun yürürlük kazandığı söylenemez, meğerki vasiyetçi ilk vasiyetini canlandırmak iradesini açıklamış olsun.”

Bu görüşler karşısında *Serozan ve Engin*'e göre, vasiyetnameyi geri alma işleminin (geri alma vasiyetnamesinin) de geri alınması mümkündür ve bu halde, kural olarak evvelce geri alınmış olan ilk vasiyetname diriltilmiş, ihya edilmiş olur⁵³. Yazarlara göre, meselenin öncelikle mirasbırakanın iradesine göre çözümlenmesi esastır. Ancak, böyle bir çözüme ulaşamadığı takdirde, yani mirasbırakanın iradesinin yorumunda tereddüt halinde, yasal mirasçılık düzeni yerine ilk vasiyetnamedeki iradi mirasçılık düzeninin, yani ilk vasiyetnamenin ihyasının istenmiş olduğunun karine olarak kabul edilmesi gereklidir. Hatta, bu görüş uyarınca, geri alma beyanını içeren vasiyetname yok edilerek geri alınmış ise, ilk vasiyetnamenin ihya edilmek istendiği çekincesiz kabul edilebilir⁵⁴. Yine de, kanaatimizce bu ihtimalde de, yok etme fiilinin ilk vasiyetnameyi geri alma iradesi taşıdığı ispatlanmadan böyle bir sonuca varılmamalıdır⁵⁵.

Serozan ve Engin ile aynı yönde *Antalya*'ya göre⁵⁶ vasiyetnamenin geri alınması beyanının da geri alınması mümkündür ve yazara göre, mirasbırakanın iradesinden aksi anlaşılmıyorsa, vasiyetnamenin geri alınmasının da geri alınmasıyla ilk vasiyetname geçerli hale gelir. Belirtmek gerekir ki yazarlar, bu yorumu yaparken; ilk vasiyetnamenin geri alınmasının da ikinci bir vasiyetnameyle geri alınması halinde ilk vasiyetnamenin tekrar yürürlüğe girmiş sayılacağı yönünde karine getiren

⁵² İMRE/ERMAN, s.103. Aynı yönde BGE 101 II 211, 215; BGE 91 II 264, 273 (www.swisslex.ch). Ayrıca bkz. ÖNEN, s. 45 vd.; ÖZTRAK, s.94-96.

⁵³ SEROZAN/ENGİN, §4 N. 112.

⁵⁴ SEROZAN/ENGİN, §4 N. 113. “Zira, aksi halde birinciyi de yok edeceği düşünülebilir.” (OĞUZMAN, s. 177). BGE 101 II 211, 215 (www.swisslex.ch).

⁵⁵ Aynı yönde bkz. STEINAUER, N. 730a; BREITSCHMID, Art.509-511 ZGB, N.9. Bkz. GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 175, N. 369.

⁵⁶ ANTALYA, s. 145, dn.457. Benzer bir görüş için bkz. ERGÜNE, s. 178.

BGB §2257 hükmünü de değerlendirmeye almışlardır. Kanımızca Türk hukukunda böyle bir kanuni karine yer almadığı için ve söz konusu karinenin temelinde yatan düşünce mirasbırakanın son arzularıyla bağdaşmayabileceği için doğrudan uygulama alanı bulması mümkün değildir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi konuya ilişkin olarak verdiği iki ayrı kararda⁵⁷; mirasbırakanın ikinci bir vasiyetname ile ilk vasiyetini geri almasından sonra, üçüncü bir vasiyetname ile ikinci vasiyetini de geri alması durumunda, ilk vasiyetnamenin yürürlüğe girmeyeceğini, mirasbırakanın “*mirasının tamamen yasal mirasçılık ile ilgili kurallara tâbi olması iradesine dönmüş*” olduğunu kabul etmiştir. Konuyla ilgili olarak, Yargıtay’ın aksi yönde bir içtihadına rastlanmamıştır.

Yargıtay, çözüme kavuşturduğu başka bir olayda; daha önce yapılan vasiyet tasarrufuyla bağdaşmayan ikinci vasiyet tasarrufunun birincisini hükümsüz kılacağı; ikinci vasiyetten yararlanan eşin boşanma sebebiyle bu vasiyetten elde ettiği hakları yitirmesi, aksi mirasbırakanın açık iradesinden anlaşılmadıkça, birinci vasiyetin geri alınmış olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği ve ilk vasiyetnameyi geçerli hale getirmeyeceği sonucuna varmıştır⁵⁸. Bu karar konumuzla doğrudan ilgili olmasa da, mirasbırakanın ilk vasiyetnameye dönme iradesi tespit edilmedikçe ilk vasiyetnamenin ihya olmayacağı ve yeniden geçerli bir işlem olarak kabul göremeyeceği görüşünü pekiştirmektedir.

3. İsviçre Hukukunda Konuya İlişkin İleri Sürülen Görüşler ve İsviçre Federal Mahkemesinin Yaklaşımı

İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre⁵⁹, hâkimin vasiyetçinin son arzularını araştırması, yani son geri alma beyanını içeren vasiyetnameyi yorumlayarak bir sonuca varması gerekir. Böyle bir yorum yapılmadığında ise, “*Tereddüt halinde, ilk vasiyetin yürürlük kazanması*

⁵⁷ Yarg. 2.HD. T. 18.3.2003, E. 2003/601, K. 2003/3742; Yarg. 2.HD. T. 12.7.1999, E. 1999/6001, K. 1999/8246 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁸ Yarg. 2.HD T.12.07.1999, E.1999/6001, K. 1999/8246 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁹ BGE 91 II 264, 273 (www.swisslex.ch).

değil, vasiyetçinin münhasıran ikinci vasiyetnamede yer alan tasarrufları ortadan kaldırıp kanuni miras intikaline dönmek istediği kabul olacaktır.” Mahkeme, kanunî miras intikalinin asıl, ölüme bağlı tasarruf serbestisinin istisna olduğu yolundaki temel kuraldan bu karineye ulaşmaktadır⁶⁰.

Steinauer ise⁶¹, böyle bir karineye yer vermek yerine, mirasbırakanın gerçek iradesinin araştırılmasının daha yerinde olacağı görüşündedir. Eğer mirasbırakanın arzusu bu şekilde yorumlanabiliyor ise, ilk vasiyetnamenin yürürlüğe girmesi mümkün olur⁶².

Aynı yönde *Önen*'e göre⁶³ ise, bir vasiyetnamenin geri alınmış olması onun bir zamanlar var olmuş olduğu gerçeğini değiştirmez. Yazara göre, geri alınan ilk vasiyetname, mirasbırakanın “kristalize” olmuş son arzularından ibarettir ve ikinci bir vasiyetnameyle geri alınmış olması, bu son arzuların varlığına dokunmaz. Buna göre, her ne kadar geri alınma ile bu arzular “felç” edilmiş olsa da, bu arzulara geri dönmek tamamen mirasbırakanın takdirine kalmıştır. Bu bakımdan yazar, fiziken yok edilmediği sürece ilk vasiyetnameyi ihya etmenin mümkün olduğu kanaatindedir.

Buna rağmen yazar, mirasbırakanın aksi yönde irade beyanına rastlanmadığı takdirde, ilk vasiyetnamenin kendiliğinden ihya olup yürürlüğe girmeyeceği kanaatindedir. Zira, çeşitli saiklerle ilk vasiyetnamesini geri almış olan mirasbırakan, ikinci vasiyetnamesinden de memnun kalmayarak, ilk vasiyetnameye geri dönme amacı taşımaksızın pekala sadece ikinci vasiyetnameyi geri almak istemiş olabilir⁶⁴.

Meyer'e göre ise, ilk vasiyetnamenin tekrar yürürlüğe girmesi, sadece mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufların şekline uygun olarak

⁶⁰ Bkz. PIOTET, s. 236-237.

⁶¹ STEINAUER, N. 730. Aynı yönde bkz. ESCHER, Art.509 ZGB, N.5.

⁶² DRUEY, §9 N.70; BREITSCHMID, Art.509-511 ZGB, N.9; BGE 101 II 211, 215 (www.swisslex.ch); 91 II 264, 271 vd. E.5; BGE 73 II 150 vd. (www.bger.ch); ESCHER, Art.509 ZGB, N.5.

⁶³ ÖNEN, s. 45 vd.

⁶⁴ ÖNEN, s. 50.

meydana getirdiği geri alma iradesi bu yönde yorumlanabiliyor ise mümkündür⁶⁵. Yazara göre, bu irade geri alma beyanını içeren ikinci vasiyetnameyi geri alan üçüncü vasiyetnamede en azından bir şekilde ifade edilmelidir⁶⁶. Bu konuda *Ergüne*'ye göre ise⁶⁷, söz konusu üçüncü vasiyetnamede ilk vasiyetnameye geçerlilik kazandırma iradesinin açıkça ifade edilmeye ihtiyacı yoktur; bu iradenin yorum yoluyla ima edilmiş olduğu kabul edilebilir.

SONUÇ

Kanaatimizce, mirasbırakanın aksi yönde bir irade beyanı olmadıkça, yürürlükten kalkmış olan ilk vasiyetnamenin tekrar yürürlüğe girmesi kabul edilmemelidir. Zira yorum yoluyla mirasbırakanın gerçek iradesi tespit edilemiyor ise, onun yerine geçerek yeni bir irade oluşturulmaz; ölüme bağlı tasarruf hükümsüz olur⁶⁸. Yorumla, mirasbırakanın bu yönde bir iradesinin bulunması halinde başvurulur⁶⁹.

Kişinin son dilekleri, şekle uygun bir ölüme bağlı tasarruf olarak ifade edilmedikçe geçersiz olduğuna göre, sadece varsayılan, gerçekte ölüme bağlı tasarrufta yer almayan bir iradenin de söz konusu ölüme bağlı tasarruf incelenirken dikkate alınmaması gerekir⁷⁰. O halde bu düşünceye göre, kanaatimizce, mirasbırakanın ilk vasiyetnameye dönmek hususunda bir irade beyanı tespit edilemiyorsa, bu yönde yapılacak herhangi bir yorumun hükümsüz olması gerekir⁷¹.

Ancak, elbette ki, gerek ilk vasiyetnameyi geri almak için yapılan ikinci vasiyetnamede ve gerekse de ikinci vasiyetnameyi geri almak için

⁶⁵ MEYER, s. 106 vd.

⁶⁶ MEYER, s. 75, 77-78; BGE 91 II 264, 274 (www.swisslex.ch).

⁶⁷ ERGÜNE, s. 178.

⁶⁸ PIOTET, s. 192; BGE 89 II 182, 184 (www.bger.ch). Bkz. GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 175, N. 370.

⁶⁹ Bkz. Yukarıda.

⁷⁰ PIOTET, s. 193.

⁷¹ Bkz. GUINAND/STETTLER/LEUBA, s. 175, N. 369; BGE 91 II 264, 274 (www.swisslex.ch).

yapılan üçüncü vasiyetnamede yer alan diğer beyanların incelenmesi bu yorumun yapılmasında yardımcı olabilir. Örneğin, ikinci vasiyetnamede sadece geri alma beyanı varsa yahut başka beyanlarda olmakla beraber üçüncü vasiyetnamede geri alınan sadece ikinci vasiyetnamedeki geri alma beyanı ise, mirasbırakanın sadece geri almayı geri aldığı ve dolayısıyla ilk vasiyetnameye dönmek istediği kabul edilebilir. Buna karşılık, üçüncü vasiyetnamede, ikinci vasiyetname geri alınırken ayrıca başkaca olumlu beyanlar yer alıyorsa, mirasbırakanın ne ilk ne de ikinci vasiyetnameyi artık istemediği ve üçüncü ve son vasiyetnamesindeki yeni beyanlarını arzu ettiğini kabul etmek de mantıklıdır.

Yine de, mirasbırakanın ilk vasiyetnameye dönmek hususunda herhangi bir irade beyanı yoksa ve vasiyetnamelerin içeriği de yorum konusunda yardımcı olamıyorsa, artık ya ilk vasiyetname ya da kanuni miras paylaşım kurallarının tercihi arasında kalınmış demektir. Bu durumda, mirasbırakan aksi yönde bir ölüme bağlı tasarrufta bulunmadıkça kanunkoyucunun kendiliğinden yürürlüğe giren ve uygulanan kanuni miras paylaşım kurallarını tercih etmesi nedeniyle, kanaatimizce bu yönde yorum yapmak gerekecektir.

Sonuç olarak, kanaatimizce, murisin ilk vasiyetnameyi yürürlüğe koymak yönünde bir iradesi son vasiyetnamesi kapsamında tespit edilememiş ise, mirasbırakanın vasiyetini geri almakla yasal mirasçılığa ilişkin kanunda yer alan kurallara dönmek istediği kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- BREITSCHMID, Peter, Basler Kommentar, Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchlT ZGB, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2007.
- DRUEY, Jean Nicolas, Grundriss des Erbrechts, Stämpfli Verlag, Bern 1997.
- DURAL, Mustafa/ ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, 8.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, Vasiyetnamenin Yorumu, XII Levha, İstanbul 2011.
- ESCHER, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art.457-536), Schultess, Zurich 1959.
- GUINAND, Jean/STETTLER, Martin/ LEUBA, Audrey, Droit de Successions, 6ième édition, Schultess, 2005.
- HATEMİ, Hüseyin, Miras Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.
- İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 11.bası, Der Yayınları, İstanbul 2015.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- MEYER, Alfred, Das Wiederaufleben der aufgehobenen Letztwilligen Verfügungen, Diss., Juris Druck-Verlag, Zürich 1972.
- OĞUZMAN, M. Kemal, Miras Hukuku, Gözden geçirilmiş 6.bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

- ÖNEN, Said, De la révocation des testaments en droit suisse, thèse, Lausanne 1941.
- ÖZTRAK, İlhan, Tek taraflı ölüme bağlı tasarruflardan rücu ve vasiyetnamenin ziyası, Sevinç Matbaası, Ankara 1964.
- PICENONI, Vito, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, Polygraphischer Verlag, Zurich 1955.
- PIOTET, Paul, Traité de Droit Privé Suisse, Tome IV, Droit Successoral, 2ième édition, Editions Universitaires Fribourg, Fribourg 1988.
- SEROZAN, Rona/ ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- STEINAUER, Paul-Henri, Le droit des successions, Stämpfli Editions, Berne 2006.
- ŞENER, Esat, Vasiyet Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 1995.
- TANDOĞAN, Haluk, Notions préliminaires à la théorie générale des obligations, Georg, Genève 1972.
- TUOR, Peter/ SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg/ RUMO-JUNGO, Alexandra, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Schulthess 2002.
- WEIMAR, Peter, Berner Kommentar, Bd. III/1/1/1, Die gesetzlichen Erben - Die Verfügungen von Todes wegen - Die Verfügungsfähigkeit - Die Verfügungsfreiheit - Die Verfügungsarten - Die Verfügungsformen, Art. 457-516 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern 2009.

Internet Veritabanları:

- Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Bundesgerichtsentscheide), www.bger.ch, 28.06.2015
- Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr, 28.06.2015
- Swisslex, www.swisslex.ch, 28.06.2015

BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNU KAPSAMINDA İTİRAZ USULÜ

Arş. Grv. Harun YILMAZ*

ÖZET

Tarihsel süreç içinde devlet ile bireyler arasındaki ilişkilerin başlangıcında yönetimin gizliliği ilkesinin egemen olduğu görülmektedir. Zaman içindeki gelişmeler, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak, kişilerin kendilerini ve yönetimi ilgilendiren konularda bilgi edinebilmeleri hakkını gündeme getirmiştir. Bu çalışmada öncelikle bilgi edinme hakkı ve bu hakka ilişkin hukuki düzenlemeler genel hatları ile ele alınacaktır. Ardından, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun yapısı ve bu Kurul'a yapılan itirazların usulü incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Bilgi Edinme Hakkı, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, İtiraz Usulü, İhtiyari İtiraz

APPEAL PROCEDURE WITHIN THE CONTEXT OF RIGHT TO INFORMATION ACT

ABSTRACT

In the historical process, the principle of untransparency of government has been dominant in the beginning of the relations between individuals and the state. Developments in time has brought it to attention that people should have the right to be informed in accordance with the principles of equality, equity and transparency which are required for a democratic and transparent government. In this study, right to information and related legal regulations will be discussed in general terms. Consequently, the constitution of The Board of Information Evaluation

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

and the appeal procedure to the said board will be examined in accordance with the Right to Information Act.

Keywords:Right to Information, Right to Information Act, The Board of Information Evaluation, Appeal Procedure, Voluntary Appeal

GİRİŞ

Tarihsel süreç içerisinde devlet ile vatandaş arasındaki ilişkiler, karşılıklı güven ortamında gelişen hak ve özgürlüklerin varlığı ile doğru orantılı biçimde artmış ve gelişmiştir. Demokrasi, hukuk devleti, insan hakları gibi evrensel değerler, uzun süren mücadelelerin ardından kazanılmıştır. Uzun yıllar ilişkilerin yorumunda halkın devlet için var olduğu görüşü ön planda iken, sayılan değerlerin etkisiyle devletin halk için var olduğu ilkesi ön plana çıkmıştır¹.

Halk için var olan devletin karar alma sürecinde hukuk sınırları içerisinde kalıp kalmadığının tespiti ve denetlenmesinde en etkili yollardan biri de kamuoyu denetimidir². İdarenin yürüttüğü kamusal faaliyetlerde hukuk sınırları içerisinde hareket etmesi ise, kamusal faaliyetlerden etkilenecek olan kişilerin atılmış ya da atılacak adımlardan haberdar olması ile sağlanacaktır³.

İdarenin gerçekleştirdiği kamusal faaliyetlerde, ilgililerin⁴ gerçekleştirilen uygulamalardan haberdar olmaları, onların en doğal

¹ Recep Tayfun, “Bilgi Edinme Hakkı Perspektifinden Devlet Vatandaş İlişkileri”, **EÜHF**, C.XI, S.3-4, Y.2007, s.149-183, s.149: “Özgürlükler açısından Magna Charta’dan sonra önemli bir belge olma niteliği taşıyan 26 Temmuz 1581 tarihli Hollanda Bağımsızlık Bildirisi’nde kullanılan ‘Halk prens için değil, tersine prens halk için yaratılmıştır; çünkü halk olmasa prens de olmazdı.’ şeklindeki ifade, günümüze uzanan çağdaş bir yaklaşımın ipuçlarını taşımaktadır.”

² N. İlker Çolak, “Bilgi Edinme Hakkı, Önemi, ve Bilgi Verme Yükümlülüğü”, **E-Akademi**, S.39, Mayıs 2005, s.2.

³ Ramazan Şengül, “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Türk Kamu Yönetimini ‘Camdan Eve’ Dönüştürür Mü?” (Camdan Ev), **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, S.60-3, Y.2005, s.215-234, s.232-233.

⁴ İl Han Özay, “Egemenliğin Kaydı ve Şartı”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C.13, S.1, Y.2000, s.321-361, s.329: “Çıkarılacak bir kanunun teoride ve uygulamada sağlayacağı faydalar ‘ilgili’lerin bu konuda bilgilendirilmesi ve bilinçlendirilmesi ile

haklarıdır. Zira idarenin tek yanlı irade açıklamaları ile kişisel durumlar ve haklar üzerinde değişiklikler yapabilmek gücü karşısında, ilgililerin de ihtiyaç duyacakları bilgi ve belgeye ulaşma hakkına sahip olmaları, yarışan ve çatışan çıkarların dengelenmesi açısından zorunluluk arz etmektedir⁵.

Kamu yönetimi denilince gizlilik ilkesinin hâkim olduğu, yönetişimin ve paylaşımın görülmediği, her kuralı devletin belirlediği ve bireylerin buna uyduğu bir düzenin akıllara gelmesi, tarihsel süreç göz önüne alındığında şaşırtıcı değildir⁶. Yönetimde gizliliğin yoğun şekilde yaşandığı dönemlerde gizliliğin meşrulaşmasında, yönetimin böylelikle daha verimli çalışabileceği, böylece devletin çıkarlarının korunabileceği anlayışının etkisi göz ardı edilemez.

Gizliliğin ilke olduğu bir yönetim sisteminde gizlilik ve kapalılık, yönetilenleri yönetimden uzaklaştırmakta, yönetilenlerle yönetim arasında görünmeyen duvarlar örmektedir. Bu durum, kamuoyunda hoşnutsuzluklara ve dolayısıyla yönetim ile yönetilenler arasındaki ilişkilerin bozulmasına, kimi zaman daha da ileri giderek kopmasına neden olmaktadır. Ayrıca gizli bir yönetim anlayışı, yöneticilerin olası etik dışı davranışlarına da kapı aralamaktadır⁷.

İşte idarenin üzerinde etkili bir denetim ve gözetim mekanizmasının oluşturulabilmesi⁸, böylelikle idarenin eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranmasının sağlanarak sağlıklı ve isabetli kararlar almasının gerçekleştirilebilmesinin yolu açık bir yönetim anlayışından geçmektedir⁹.

zamanla daha da net olarak gözlemlenebilecektir. Ancak bu aşamada bunlardan yalnızca belli başlılarını değerlendirmek gerekirse; her şeyden önce Hukuk devletinin temeli olan yasallık ilkesi gerçekleşecek ve anayasanın 'kanun önünde eşitlik' ilkesi de geçerlik kazanacaktır." (Vurgular yazarına aittir.)

⁵ Çolak, a.g.m., s.2.

⁶ Süleyman Yaman Koçak, "Kamu Yönetiminde Açıklık İçin Bilgi Edinme Hakkı", **Seçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S.23, Y.2010, s.115-125, s.116.

⁷ Koçak, a.g.m., s.117.

⁸ Zeliha Aras, Emre Baturay Altınok, "Türkiye'de Bilgi Edinme Hakkı ve Uygulama Sorunları", **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, Y.67, Kış 2009, s.107-112, s.111.

⁹ Açıklık, pek çok işlevi bulunmakla birlikte, kabaca yönetimin herkesçe görülebilmesi olarak tanımlanmaktadır. Kimi hukuk sistemlerinde bilgi ve belgelerde açıklık, yönetime

Zira karar alma sürecinde idarenin etki altında kalmadan doğru ve hukuka uygun kararlar alması, açıklığı ilke edinmiş bir yönetim anlayışı ile mümkün olacaktır. Ayrıca yönetimde açıklık, idareye olan inancı ve güveni tesis edecektir¹⁰.

Son yıllarda ülkemizde yaşanan hukuki gelişmeler, temel hak ve hürriyetlerin genişletilmesi yönündeki eğilimin kanun metinlerine aktararak uygulamaya konulması yoluyla hukuk devletinin güçlendirilmesini amaçlayan bir nitelik taşımaktadır¹¹. Söz konusu yasal düzenlemelerden biri ise, konumuz bakımından önemli olmasının yanında demokratik düzenin güçlenmesinde büyük önem taşıyan 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu¹² dur.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 1. maddesine göre bu kanunun amacı, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir. Kanuni prosedürlere uyarak bilgi edinme başvurusunda bulunan ve bilgi edinme başvurusu çeşitli sebepler ile reddedilen başvuru sahibi ise, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na itiraz edebilmektedir.

Çalışmamızda öncelikli olarak, bilgi edinme hakkından ana hatlarıyla bahsedilerek, ülkemiz özelinde konuya ilişkin anayasal ve yasal düzenlemeler incelenecektir. Ardından Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında oluşturulan itiraz mercii olarak Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun ve Kurul'a yapılan itirazların niteliği ile itiraz üzerine verilen

yüklenen bir bilgi verme ödevi biçiminde görülmektedir (Avusturya). Kimi hukuk sistemlerinde ise bu açıklık, bireylerin bilgi alma hakkı biçiminde düzenlenmiştir (ABD). Bkz. Tekin Akıllıoğlu, "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Edinme Hakkı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.46, S.1-2, Y.1991, s.1-12, s.9.

¹⁰ Sait Güran, "Yönetimde Açıklık", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, S.1-3, Y.1982, s.101-112, s.105: "*ABD Yüksek Mahkemesi'nin (...) ünlü yargıçlarından Brandies'in ifade ettiği gibi, 'Açıklık, sosyal ve endüstriyel hastalıklara karşı bir çare olarak isabetle tavsiye edilmiştir. Güneşin mikropalara karşı en etkin öldürücü, elektrik ışığının da en iyi polis olduğu söylenir.'*"

¹¹ Tayfun, **a.g.m.**, s.161.

¹² **R.G.** 24.10.2003, S.25269.

kararların bağlayıcılığı sorunu hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır. Sonuç bölümünde ise, konuya ilişkin tespitler ve kimi çözüm önerileri sıralanarak çalışmaya son verilecektir.

I. BİLGİ EDİNME HAKKI

A. Genel Olarak Bilgi Edinme Hakkı

Bilgi edinme, idarenin tek taraflı iradesiyle hukuk düzeninde yaptığı değişiklikler hakkında ilgililerin, idarenin yaptığı işlemin niteliği ve sonuçlarına erişebilmesi “hak”tır¹³.

Bilgi edinme hakkı, hukuk tarihinde ilk kez 19. yüzyılın sonlarında İsveç’te ortaya çıkmış bir kavram olarak dikkat çekmektedir. Bu ülkede, 1876’da yürürlüğe giren bir kanunla yurttaşlara bilgi edinme hakkı tanınmaktadır. İsveç ile başlayan bilgi edinme hakkına ilişkin sürecin diğer ülkeler dikkate alındığında görece yavaş ilerlediği söylenmelidir. Amerika Birleşik Devletleri’nde 1966 yılında çıkarılan Bilgi Edinme Özgürlüğü Yasası (Freedom of Information Act) ve 1974-1976 tarihli Güneşin Yönetim Yasası (The Government in the Sunshine Act) bu alandaki ilk yasal düzenlemelerdir. Benzer şekilde İngiltere’de bilgi edinme kavramı özellikle 1990’lı yılların başında değer kazanmaya başlamış ve 2000 yılında Bilgi Edinme Yasası (Freedom of Information Act) çıkarılmıştır¹⁴.

Bilgi edinme hakkı¹⁵, yönetimin şeffaf olması gerektiği ideali ve buna bağlı olarak yönetimde açıklık ilkesinin benimsenmeye başlanması ile paralel biçimde, 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gelişmeye başlamıştır. Açıklık ilkesinin benimsenmesinde, devletin sosyal, kültürel

¹³ Murşit Işık, “Avrupa Birliği’nin Yönetişim Anlayışı Çerçevesinde Bilgi Edinme Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, **KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, 12(19), s.39-49, s.43.

¹⁴ Köksal Bayraktar, “Bilgi Edinme Hakkı ve Sır Kavramı”, **Kazancı Hukuk Dergisi**, S.3, Y.2004, s.7-11, s.7-8.

¹⁵ Tayfun, **a.g.m.**, s.176: “*Bilgi edinme yasasını kabul eden ülkelerin çoğunda ‘özgürlük’ (Freedom-Freiheit) kavramları kullanılırken, ülkemizde yürürlüğe giren Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nda ‘hak’ (Right-Recht) kavramı kullanılmıştır. Özgürlüğün somutlaştırılmış biçimi olan hak kavramının kullanılmış olması anlamlı bir yaklaşımdır.*”

ve ekonomik alana eskisine göre daha sık müdahale etmesinin yanı sıra, yönetim anlayışındaki kötü örnekler ile teknolojik ve bilimsel gelişmeler de etkili olmuştur¹⁶.

İdare kamu yararını gerçekleştirmek adına hareket ederken çeşitli kaynaklardan bilgi toplamakta ve bu doğrultuda değerlendirmeler yaparak bir kanıya ulaşmaktadır. İdarenin kamu görevlerini yerine getirirken topladığı, idari işleyişe ilişkin bilgi ve belgeler, idarenin sahip olduğu bilgilenme kaynaklarıdır¹⁷. İdarenin sahip olduğu bilgileri kamuoyundan gizlemesi¹⁸ her zaman kamu yararına hizmet etmeyeceği gibi bireyi korunaksız ve pasif bir konuma itecektir.

Gerçekten de kapalı ve müdahaleci devlet anlayışı, yönetilenleri bir “eşya” gibi görmektedir. Açık yönetim düşüncesi, söz konusu alginın kırılmasına yönelerek yönetim ile yönetilen arasında bir denge kurulmasını öngörmektedir. Ayrıca bu yönetim anlayışı, vatandaş ve yeni görünümüyle tüketici olarak bireylerin, toplumsal ilişkilerde merkezi bir rol oynamasını beraberinde getirecektir¹⁹. Yine açık yönetim düşüncesi ve bilgi edinme hakkı, yönetim ile yönetilenler arasında daha sağlam ve güvenli bir bağ kurmaya, diyalog vesilesiyle çatışmaları önleyerek anlaşmazlıkları azaltmaya, etkin ve verimli bir yönetim anlayışının yerleştirilmesine yardımcı olmaktadır.

Bu itibarla bilgi edinme hakkı, yönetimde açıklığın vazgeçilmez aracıdır. Yönetimin kendiliğinden bilgi vermesini beklemeden, istenildiğinde doğrudan doğruya gerekli bilgilerin yönetimden

¹⁶ Musa Eken, “Bilgi Edinme Hakkı” (Bilgi Edinme), **İnsan Hakları Yıllığı - Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan**, C.17-18, Ankara, 1995-1996, s.61-75, s.61.

¹⁷ Cemil Kaya, “2000 Tarihli İngiltere Bilgi Edinme Hakkı Yasası Üzerine Bir İnceleme, **Galatasaray Üniversitesi Yıldızhan Yaıla Armağanı**, İstanbul 2003, s.327-343, s.327.

¹⁸ Eken, **a.g.m.**, s.68: “(...) bir fabrikanın kullandığı üretim tekniğini bilmek, çalışanları açısından da önemlidir. Eğer üretimde sağlığa zararlı maddeler, zehirli gazlar vs. kullanılıyor ve çalışanlar da bunları bilmiyorsa, telafisi mümkün olmayan sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Bu tür muhtemel sorunların engellenmesi için, söz konusu üretim tesislerinde çalışacaklara daha işe girmeden, kendilerini bekleyen ortamın anlatılması ve onların sağlıklarının korunması, ‘üretim gizliliği’ ilkesinden daha önemlidir.”

¹⁹ Eken, **a.g.m.**, s.61 (Vurgu yazarına aittir.)

alınabilmesini sağlayan bu hak, insan hakları içerisinde temel haklar ile ekonomik ve sosyal hakların ardından üçüncü kuşak hakların içerisinde yer almaktadır²⁰.

B. Bilgi Edinme Hakkının Görünümü

1. Evrensel Hukuktaki Düzenlemeler

Bilgi edinme hakkına ilişkin temel düzenlemelerin başında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarihinde, ülkemizin de 27 Mayıs 1949 tarihinde kabul ettiği İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 19. maddesi gelmektedir. Söz konusu maddeye göre; *“herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar.”*

Bilgi edinme hakkına ilişkin bir diğer önemli hüküm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer almaktadır. Sözleşmenin *“ifade özgürlüğü”* başlığını taşıyan 10. maddesi uyarınca; *“herkes görüşlerini açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir.”*

2. Anayasal Düzenlemeler

Türkiye'de bilgi edinme hakkına giden yolda esaslı unsur olarak düşünce ve ifade özgürlüğü, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer almıştır. Ülkemizde bilgi edinme hakkına ilişkin temel düzenleme ise, 1982 Anayasası'nda yapılmıştır²¹.

Öncelikle, 1982 Anayasası'nda, bilgi edinme hakkına ve bu hakkın kullanımına ilişkin referans niteliği taşıyan düzenlemeler bulunmaktadır²². Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasına göre; *“herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”* Yine

²⁰ Eken, **a.g.m.**, s.75.

²¹ Firuz D. Yaşamış, “Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı”, http://www.bilgiedinnehakki.org/doc/Anayasa_Hukuku_ve_Insan_Haklari_Acisindan_Bilgi_Edinme_Hakki_F_Yasamis.pdf, 17.12.2014, s.17.

²² Tayfun, **a.g.m.**, s.166.

1982 Anayasası'nın “temel hak ve hürriyetlerin korunması” başlığını taşıyan 40.maddesi, “Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.” hükmü ile temel hak ve hürriyetleri güvence altına almaktadır.

Bilgi edinme hakkını bir bakıma kullanılabilir kılan, idareyi bu yönde işlem yapmaya sevk eden bir hukuki düzenleme olarak dilekçe hakkı, Anayasa'nın 74. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci ve ikinci fıkrasına göre; “vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvuruların sonucu, gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir.”

1982 Anayasası'nda 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle beraber bilgi edinme hakkı anayasal hüküm haline gelmiştir. Yukarıda söz edilen 74. maddeye eklenen fıkra uyarınca; “herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.”

3. Kanuni Düzenleme: Bilgi Edinme Hakkı Kanunu

Türkiye’de 25.06.2003 tarihinde TBMM’ye sunulan Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Tasarısı'nın genel gerekçesinde yer alan ifadelerle göre, 29.11.2002 tarihli Resmi Gazete’de yer alan Hükümet Programında “bilgi edinme hakkı, toplumun bütün kesimlerinde yaygınlaştırılacak ve bunu sağlamak için Vatandaşın Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çıkarılacaktır” hükmüne yer verilmiştir²³. Yine genel gerekçede yer alan ifadeler uyarınca Tasarı, Avrupa Birliği'nin konu ile ilgili mevzuatı da dikkate alınmak suretiyle, demokratik ve şeffaf yönetimin²⁴ gereği olan eşitlik,

²³ http://www.tbmm.gov.tr/bilgiedinme/bilgi_edinme_komisyon_raporu.pdf, 18.12.2014.

²⁴ Şeffaflık ve gizliliğin iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, kurum ve kuruluşların “bilgi verme ödevi”, ikincisi ise vatandaşların “bilgi edinme hakkı”dır. Kurum ve kuruluşlar; bilgi edinme hakkının kullanılması konusunda yapılan başvuruları cevaplandırmak, bilgi ve belgeye erişimde gereken kolaylıkları sağlamak yoluyla şeffaf

tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak, kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmasına ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla hazırlanmıştır.

09.10.2003 tarihinde kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek üzere, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kabul edilmiştir. Kanun'un kabulünün ardından, Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik²⁵ Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, bilgi edinme hakkını kullanmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin, hangi yol ve yöntemi izleyerek bu haklarını kullanacaklarına ilişkin temel düzenlemeleri hüküm altına almaktadır. Buna göre, başvuruların nasıl yapılacağı, söz konusu başvuruların nasıl değerlendirileceği ve süre sonucunda başvurulabilecek hukuki yolların neler olduğu gibi konular, Kanun'da ana hatları ile düzenlenmiştir²⁶.

Kanun ile beraber, idare örgütü içinde yer alan kurum ve kuruluşlar, görevleri gereği ellerinde bulunan ya da bulunması gereken bilgi ve belgeleri muhatabı olan kişilerle paylaşma yükümlülüğü altına girmişlerdir²⁷. Bilgi edinme hakkının kanuni güvenceye kavuşturulması ile birlikte idare, görevlerini yerine getirirken kararlarının muhataplarını

yönetimin sağlanmasına katkıda bulunabilirler. Bkz. http://www.tbmm.gov.tr/bilgiedinme/bilgi_edinme_komisyon_raporu.pdf, 18.12.2014.

²⁵ R.G. 27.04.2004, S.25445.

²⁶ Koçak, a.g.m., s.122.

²⁷ Mehmet Semih Gemalmaz, Haydar Burak Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı**, İstanbul, Yazihane Yayınları, 2004, s.260: “ (...) mevzuatın incelenmesinden çıkacak sonuç Türk hukukunda bilgilendirme hakkının sağlam kurumsal güvenceye bağlanmamış olduğudur. Bazı yasalarda yer alan bilgilendirme hakkı düzenlemelerinin sistemli, yeterli ve işlevsel olduğunu söylemek mümkün değildir. Üstelik, ulaşılmasına görünüşte izin verilen bilgiler de bazı ön koşullara bağlanarak işlevsiz hale getirilmiştir. Çok yakın bir geçmişte çıkartılan ve büyük bir reklam kampanyasıyla kamuoyuna sunulan Bilgi Edinme Hakkı Kanunu da, (...) bu konuda Türk mevzuatının genel çerçevesi dışına çıkan bir düzenleme yapmamaktadır. Tersine, diğer mevzuatın hükümlerini teyit etmektedir.”

da dikkate almak suretiyle onların bilgi edinme taleplerini zamanında ve amacına uygun biçimde cevaplandırma sorumluluğunu yüklenmiştir²⁸.

Bilgi edinme başvurusuna hiç ya da yeterli yanıt alamayan ilgili, Kanun tarafından öngörülen Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna başvuruda bulunabilir. Çalışmamızın bu bölümünde, bahse konu Kurul'un yapısı ve niteliği ile Kurul'a yapılacak itirazlara ilişkin düzenlemeler incelenecektir.

II. BİLGİ EDİNME HAKKI KANUNU KAPSAMINDA İTİRAZ USULÜ

A. İtiraz Mercii Olarak Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 12. maddesine göre, kurum ve kuruluşlar, bilgi edinme başvurularıyla ilgili cevaplarını yazılı olarak veya elektronik ortamda başvuru sahibine bildirirler. Başvurunun reddedilmesi halinde bu kararın gerekçesi ve buna karşı başvuru yolları belirtilir.

Başvurunun reddedilmesi halinde bilgi edinme başvurusu yapan kişinin başvurabileceği yollardan biri de itiraz usulüdür. Gerçekten de Kanun'un 13. maddesi uyarınca bilgi edinme istemi reddedilen başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce kararın tebliğinden itibaren onbeş gün içinde²⁹ Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu (BEDK)'na itiraz edebilir. Kurul, bu konudaki kararını otuz iş günü içinde verir. Kurum ve kuruluşlar, Kurulun istediği her türlü bilgi ve belgeyi onbeş iş günü içinde

²⁸ Sedat Çal, "İdari Usul Kanunu (Ve Bilgi Edinme Hakkı) Gereksinimi Üzerine", **Ankara Barosu Dergisi**, S.2012/2, Y.70, s.149-169, s.162: "*Bilgi edinme yasası bağlamında hemen vurgulanması gereken husus, baskıcı hegemonik idare aygıtı kültürünün sadece yasada yer verilecek olan genel ifadeleri uygulamada ne denli işlevsel kılacağına yöneliktir. Bu kültürel yapı, sorunları da beraberinde getiriyor. Bilhassa, yasada yer verilen istisnaları bu kültürün salt kendi bakışıyla yorumladığı durumlarda, yeterli açıklığın belirebilmesi daha da güçleşebilmektedir.*"

²⁹ Onbeş günlük itiraz süresi, hak düşürücü süredir. Bu nedenle sürenin başlangıcı önem arz etmektedir. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu, çeşitli ihtimallere göre itiraz süresinin başlangıcına ilişkin tespitlerde bulunduğu bir ilke kararı almıştır. Bkz. BEDK İlke Kararı, S.2012/1, T.27.09.2012. http://www.bedk.gov.tr/kurul-ilke-kararlari_83.aspx, 21.12.2014.

vermekle yükümlüdürler. Kurula itiraz³⁰, başvuru sahibinin idari yargıya başvurma süresini durdurur³¹.

4982 sayılı Kanun'un 14. maddesi, "Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu" başlığını taşımaktadır. BEDK, birer üyesi Yargıtay ve Danıştay genel kurullarının kendi kurumları içinden önerecekleri ikişer aday, birer üyesi ceza hukuku, idare hukuku ve anayasa hukuku alanlarında profesör veya doçent unvanına sahip kişiler, bir üyesi Türkiye Barolar Birliği'nin baro başkanı seçilme yeterliliğine sahip kişiler içinden göstereceği iki aday, iki üyesi en az genel müdür düzeyinde görev yapmakta olanlar ve bir üyesi de Adalet Bakanının önerisi üzerine bu bakanlıkta idari görevlerde çalışan hakimler arasından Bakanlar Kurulunca seçilecek³² dokuz üyeden oluşur.

BEDK, bilgi edinme sürecini tarafsız şekilde dışardan izleyen bir birim olarak yönetim ile başvuru sahibi arasında bir nevi arabuluculuk misyonu üstlenmektedir. Kurul, bilgi edinme hakkına ilişkin mevzuatın ne şekilde yorumlanıp uygulanacağına ilişkin uzman bir merci olarak karar

³⁰ BEDK İlke Kararı, S.2012/2, T.27.09.2012. http://www.bedk.gov.tr/kurul-ilke-kararlari_83.aspx, 21.12.2014: "*Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik'in 24 üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereğince Kurulumuza itirazların yazılı başvuru ile yapılması gerekmektedir. Elektronik posta, faks vb. araçlarla yapılacak itirazlar Kurulumuzca anılan Yönetmelik hükmü gereğince işleme alınmayacaktır.*"

³¹ Maddenin değişiklikten önceki halinde Kurula itiraz edilebilmesi için, yapılan başvurunun Kanun'un 16. ya da 17. maddelerinde belirtilen sebeplerle reddedilmiş olması aranmaktaydı. Kanun bu haliyle yaklaşık yirmi ay uygulama imkanı buldu. Nihayetinde TBMM, bu sınırlamaya getirilen eleştirileri dikkate alarak ret kararının söz konusu maddelere ilişkin olmasını şart koşan ifadeleri madde metninden çıkarmıştır. Bu gelişme, Kanun'un amacını oluşturan demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerini hayata geçirmek adına önemli bir adım olarak kabul görmektedir. Bkz. Umut Anlar, "Bilgi Edinme Hakkı", **Hukuk Gündemi Dergisi**, S.4, Y.2006, s.102-107, s.106.

³² İl Han Özay Kurulun oluşturulma aşamasında Yargıtay ve Danıştay genel kurullarının kendi kurumları içinden gösterecekleri adayların hükümet (Bakanlar Kurulu) tarafından seçilmesini eleştirmekte ve bu durumu, kamu hukuku ve idare hukukundaki anlamı ile siyasi otoritenin vesayeti olarak görmektedir. Bkz. İl Han Özay, **Bilgi Edinme Hakkı**, TBB Bilgi Edinme Hakkı Paneli, Ankara, TBB Yayınları No.62, 2004, s.99.

vermektedir. Böylece mevzuattaki belirsiz ya da yuvarlak ifadeler, Kurul'un verdiği kararlar ile somutlaşmaktadır³³.

Kurul'un niteliğine ilişkin Kanun'da tespit edici bir ifade bulunmamasıyla birlikte doktrindeki tartışmalar, Kurul'un bir bağımsız idari otorite (düzenleyici ve denetleyici kurum) olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında yoğunlaşmaktadır.

Öncelikle söylenmelidir ki, Kanun'da Kurul'un bağımsız idari otorite olup olmadığına ilişkin herhangi bir ifade yer almamaktadır. Konuya ilişkin bizim de katıldığımız bir görüş olarak *Kaya*, BEDK'nın hem organik hem de fonksiyonel yönden bir bağımsız idari otorite özelliği gösterdiğini, dolayısıyla BEDK'nın bir bağımsız idari otorite olduğunu söylemektedir. Yazara göre, üyelerinin görev süresi ve azledilememesi organik bağımsızlığın; işlem ve eylemlerinin yürütme organının hiyerarşik ya da vesayet denetimine tabi olmaması ile Kurul'a hiçbir organ, makam, merci ya da kişinin emir ve talimat verememesi, tavsiye ya da telkinde bulunamaması da fonksiyonel bağımsızlığın bir göstergesidir³⁴.

BEDK'da bağımsız idari otoritelerin bir diğer özelliği olan regülasyon yetkisini de görmek mümkündür. BEDK'nın başvuru ücretini bir ilke kararı³⁵ ile belirlemesi bunun kanıtıdır. Bir başka özellik olarak BEDK, görevli olduğu alanda faaliyetleri izleme ve denetleme yetkilerine de sahiptir. Kurum ve kuruluşlar, BEDK'nın talep ettiği her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlü tutulmuştur. Ayrıca BEDK'nın yetkili makamları hareket geçirebilmesi de yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğunu göstermektedir³⁶.

³³ Ramazan Şengül, "Bilgi Edinme Hakkının Kurumsallaşmasında Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Rolü" (Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu), **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S.34, Aralık 2012, s.53-60, s.57.

³⁴ Cemil Kaya, **İdare Hukuku'nda Bilgi Edinme Hakkı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.283-284.

³⁵ Bkz. BEDK İlke Kararı, S.2005/1, T.25.03.2005. http://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf, 22.12.2014.

³⁶ Kaya, **a.g.e.**, s.284.

Yine *Tan*, bağımsız idari otoriteleri faaliyet alanlarına göre üç grup içinde toplamakta ve idarenin keyfililiğine karşı savunma amacına yönelik olanlar ismini verdiği grupta BEDK'yı da saymaktadır³⁷.

Bu tespit ve değerlendirmelere karşılık, *Özkan*, Kurul'un bir bağımsız idari otorite niteliğinde kurulmadığını söylemektedir³⁸. Konuya farklı bir boyut getiren *Azer* ise, Kurul'un Türkiye'de faaliyet gösteren diğer bağımsız idari otoritelerin sahip olduğu tipik temel özelliklere tam anlamıyla sahip olmadığını söylemektedir. Yazar, her ne kadar bağımsız idari otoritelere ilişkin temel ayırıcı noktalardan biri olmasa da yine de söz konusu otoritelerin tüzel kişiliğe sahip olma özelliğinin Kurul'da bulunmadığını söylemektedir. Sonuç olarak yazar, organik ve fonksiyonel bağımsızlık özelliklerini de göz önüne alarak³⁹ Kurul'u, "*atipik*" bağımsız idari otorite olarak nitelendirmektedir⁴⁰.

B. İtiraza Konu Olabilecek Kararlar

4982 sayılı Kanun'un "*itiraz usulü*" başlığını taşıyan 13. maddesi uyarınca, bilgi edinme istemi reddedilen başvuru sahibi, yargı yoluna başvurmadan önce kararın tebliğinden itibaren onbeş gün içinde Kurul'a itiraz edebilir.

Maddede geçen "*itiraz edebilir*" ifadesi, bu itirazın *idari ve ihtiyari* bir itiraz olduğunu göstermektedir⁴¹. Bu düzenleme ile başvuru sahibine seçimlik bir hak tanınmaktadır. Bilgi edinme talebi reddedilen başvuru sahibi, idarenin kararına karşı Kurul'a itirazda bulunabileceği gibi, Kurul'a itiraz etmeden doğrudan doğruya idari yargıda dava açabilecektir. Kurul'a itiraz başvuru sahibine bir seçimlik hak olarak tanıdığından⁴²

³⁷ Turgut Tan, **İdare Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s.194.

³⁸ Gürsel Özkan, **Demokratik Yönetimin Birinci Adımı: Bilgi Edinme Hakkı**, Ankara, Türkiye Kamu-Sen Yayınları, 2004, s.76.

³⁹ Aynı yönde olarak bkz. Kaya, **a.g.e.** s.283.

⁴⁰ Can Azer, **Bilgi Edinme Hakkı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s.151.

⁴¹ Kaya, **a.g.e.**, s.286.

⁴² Cankat Taşkın, "Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, S.99, Y.2012, s.172-236, s.184: "(...) BEHK'ten doğan uyumsuzluklarda özerk bir kurula veya yargıya başvuru yönünde bireylere seçimlik hak tanınmıştır."

mahkemelerin doğrudan kendilerine açılan davaları, öncelikle Kurul'a itiraz edilmediği ve bu durumun da idari merci tecavüzüne yol açtığı şeklinde nitelendirip reddetmeleri mümkün gözükmemektedir⁴³.

Görüldüğü üzere, ihtiyari bir başvuru olarak öngörüldüğü anlaşılan itirazda, başvurusu⁴⁴ kısmen⁴⁵ veya tamamen reddedilen ya da hiç cevaplandırılmayan⁴⁶ başvuru sahiplerinin elinde iki alternatif bulunmaktadır. Başvuru sahipleri kurum ve kuruluşlarının kararlarına karşı, Kurul'a itiraz edebilirler veya doğrudan idari yargıya başvurabilirler.

⁴³ Aynı yönde görüş için bkz. Azer, **a.g.e.**, s.156.

⁴⁴ BEDK'ya yapılan kimi başvurular ise konusuz kalmaktadır. Bunun nedeni başvuru sahibinin BEDK'ya başvurması ile başlayan itiraz süreci henüz sonuçlanmadan kurum ya kuruluşun istenen bilgi ve belgeyi başvuru sahibine vermesidir. Bkz. BEDK K.2007/455, Şengül, "Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu", s.57.

⁴⁵ Musa Eken, "Gizlilik Geleneğinden Şeffaf Yönetime Doğru" (Gizlilik Geleneği), **Amme İdaresi Dergisi**, C.38, S.1, Mart 2005, s.113-130, s.124-125: "*Bilgi alma hakkıyla ilgili uyumsuzluklar, sadece bilgi veya belge talebinin reddiyle alakalı değildir. Yanlış veya eksik bilgi verilmesi de, uyumsuzluk sebebi olabilir. Başvuru sahiplerinin yanlış bilgi almaktan ya da başka bir deyişle, kendilerine yanlış ve eksik bilgi verilmesinden dolayı maddi ve manevi bir zarara uğramaları muhtemeldir. Gerek bilgi talebinin reddedilmesinden, gerekse eksik ve yanlış bilgilendirmeden kaynaklanan uyumsuzluklar konusunda Kurul'un yetkilerinin açık bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir.*"

BEDK İlke Kararı, S.2005/2, T.06.04.2005.
http://www.bilgiedinnehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf, 22.12.2014: "*4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun "itiraz usulü" başlıklı 13 üncü maddesi ile Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin "itiraz usulü" başlıklı 24 üncü maddesinde, başvuru yapılan kurum veya kuruluşun talep edilen bilgileri eksik vermesi veya vermemesi gibi hallerde, başvuru sahibince aynı kurum veya kuruluşa itiraz edilebileceğine ilişkin bir usulün öngörülmediği, itirazın Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'na ya da yargıya yapılabileceğinin öngörüldüğü, bu nedenle Kurulumuza itiraz için söz konusu maddelerde belirtilen 15 günlük sürenin kurum veya kuruluşun başvuru karşısında verdiği "ilk red cevabının" ilgiliye tebliğinden itibaren başlamasının kabulüne (...) karar verilmiştir.*"

⁴⁶ Lamih Çelik, "Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna İtiraz Yöntemi", **İstanbul Barosu Dergisi**, C.80, S.5, Y.2006, s.1967-1974, s.1968: "*(...) bir kuruma yapılan bilgi edinme başvurusuna cevap verilmediği takdirde 60 günlük zimni red süresinin dolması beklenir. Bu süre dolduktan sonra 15 gün içinde kurula itiraz edilmelidir. (BEDK 25.10.2004 T. 2004/148 K.)*"

4982 sayılı Kanun'un 13. maddesinde, kurum ve kuruluşların red kararları üzerine doğrudan dava açma yolunu tercih eden başvuru sahibinin, dava devam ederken aynı zamanda Kurul'a başvurup başvuramayacağı veya kurum ve kuruluşların red kararları üzerine doğrudan Kurul'a giden başvuru sahibinin, itiraz henüz karara bağlanmadan dava açıp açamayacağı konusunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Çalışma Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik'in 12. maddesinin ikinci fıkrasına göre, itirazdan veya itiraz sonuçlanmadan önce yargı yoluna başvurulduğunun tespiti halinde itiraz başvurusu işlemde kaldırılır ve durum itiraz edene bildirilir. Hükmün amacının, Kurul ile yargı merciinin aynı konuda farklı kararlar vermelerinin önüne geçmek⁴⁷ ve gereksiz yere her iki mercinin de meşgul edilmesini önleyerek⁴⁸ usul ekonomisini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır⁴⁹. Anılan maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, aynı kişi tarafından, aynı maddi ve hukuki sebebe dayanılarak yapılan ikinci itiraz incelenmeksizin reddedilir.

Uyuşmazlıkların çözümü noktasında BEDK, bilgi edinmeye ilişkin uyuşmazlıkları yargıya taşınmadan çözümleyerek idari yargıyı ek iş yükünden kurtarmakta ve böylece idari yargıya yardımcı olma konusunda önemli bir işlevi yerine getirmekte olduğundan⁵⁰ kararlarında tutarlı ve tatminkar olması önem arz etmektedir⁵¹.

⁴⁷ Çelik, **a.g.m.**, s.1969: “Kurumun cevabına karşılık mahkeme yoluna gidilmiş ise artık BEDK'ya itiraz edemez ayrıca BEDK'ya itiraz edildikten sonra kurul kararını verinceye kadar mahkemeye başvurulmaması gerekir. Çünkü itirazdan önce ve itiraz başvurusu kurulca karara bağlanmadan önce yargı yoluna başvurulduğunun tespiti halinde itiraz başvurusu işlemde kaldırılmaktadır. Kurula başvurmadan önce yani 15 iş günü içinde mahkemeye başvurulmuş ancak mahkemece talep red edilmiş ise süresinde kurula başvurulsa bile kurul mahkeme kararının aksine bir karar veremeyeceği gerekçesiyle usulden istemi red etmektedir. (BEDK 19.07.2004 T. 2004/35 K.)”

⁴⁸ Kaya, **a.g.e.**, s.286: “(...) özellikle, idarenin red kararı üzerine doğrudan Kurula giden başvuru sahibinin itirazın sonucunu beklemesi, mahkemelerin iş yükü de düşünülüğünde yerinde ve rasyonel bir çözüm olacaktır.”

⁴⁹ Ayhan Döner, **Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları**, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2010, s.214.

⁵⁰ 2013 Yılı Genel Değerlendirmesi uyarınca, kurum ve kuruluşların bilgi edinme taleplerini karşılama oranında artış eğilimi devam etmektedir. Bilgi Edinme

İdari yargının hali hazırda ağır olan yükünün daha fazla ağırlaştırılmaması adına Kurul'a başvuru yolunun açık bir hükümle zorunlu biçime dönüştürülmesi hususu, tartışılması gereken konulardan biri olarak göze çarpmaktadır⁵².

C. İtiraz Üzerine Verilen Kararların Niteliği

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ve Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik'te Kurul kararlarının niteliğine ilişkin açıklayıcı ve kesin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu belirsizlik özellikle Kurul kararlarının bağlayıcı olup olmadığı konusundaki tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Kaya, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 13. maddesinin ikinci fıkrasındaki “*Kurula itirazın başvuru sahibinin idari yargıya başvurma süresinin durdurur*” hükmünden hareketle Kurul kararlarının bağlayıcı olmadığı kanısındadır. Yazara göre, Kurul kararlarının istisnai nitelikte olduğu, Kanun yürürlüğe girdikten sonraki uygulamalarla da doğrulanmaktadır⁵³.

Kurulun aynı konuda ikinci defa ve farklı yönde karar alması içtihat değişikliği anlamına gelmekle birlikte bu durumda idarelerin alınan son karara göre işlem tesis etmesi gerekmektedir. Kurul kararı üzerine başvuru sahibine verilecek bilgi ve belgeler, Kurul tarafından değil bizzat başvuru yapılan idare tarafından erişime açık hale getirilmektedir⁵⁴.

Konuya ilişkin *Eken* ise, Kurul kararlarının bir yaptırımının bulunup bulunmadığı konusunun tartışmaya açık olduğunu söylemekle

Değerlendirme Kuruluna 2013 yılında yapılan itiraz başvurularının sayısı 2047 (2012 yılında 1860) iken, aynı yıl idari yargıya yapılan itirazların sayısı 603 (2012 yılında 840) olarak gerçekleşmiştir. Bu doğrultuda, Kurul'a yapılan itirazların sayısı artarken, idari yargıya yapılan başvuru sayısının geçen yıla oranla düşüş gösterdiği anlaşılmaktadır. Bkz. <http://www.bedk.gov.tr/genel-raporlar.aspx>, 22.12.2014.

⁵¹ Ayhan Küçük, “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Bu Hakkın İhlali Halinde İdare ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, *Sayıştay Dergisi*, S.81, Haziran 2011, s.111-139, s.136.

⁵² Azer, *a.g.e.*, s.153.

⁵³ *Kaya*, *a.g.e.*, s.289.

⁵⁴ *Kaya*, *a.g.e.*, s.289.

beraber, Kurul kararlarının bir yaptırımının bulunmadığını belirtmektedir. Yazar, birçok ülkede olduğu gibi, ülkemizde konuya ilişkin yürürlüğe giren Kanun'da da genel ceza ilkelerinin benimsendiği ve Kurul'un yaptırım gücünün, verdiği kararlar vesilesiyle sağlayacağı toplumsal güven ile yayınlayacağı raporlardaki açıklamalarının olacağı tespitinde bulunarak, Kurul'un yaptırım yetkisinin daha ziyade manevi olacağını söylemektedir⁵⁵.

Aksi yönde görüş olarak *Döner*, Kurul kararlarının bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi gerektiğini söylemektedir. Yazara göre, yalnızca Kurul kararlarına itirazın idari yargıya başvurma süresini durduracağına ilişkin hükümden, Kurul kararlarının bağlayıcı olmadığı sonucuna ulaşılamaz. Kurulun görev ve yetkilerinden biri, bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin konuları düzenlemek olduğundan, Kurul bilgi edinme hakkının kullanımına ilişkin konularda bağlayıcı düzenlemeler yapabilme yetkisiyle de donatılmıştır. Bilgi edinme hakkının kullanımını düzenleme yetkisi verilen bir kurulun verdiği kararların bağlayıcı olmadığını söylemek, yerinde bir yaklaşım olmaz. Zira Kurul, almış olduğu kararları her zaman düzenleyici işleme bağlayıcı kurallar haline getirme yetkisine sahiptir⁵⁶.

Yine *Zengin*, Kurul'un idari bir kurul olduğunu ve kararlarının bağlayıcı olduğunu söylemektedir. İdare, Kurul'un kararları ile bağlı olmakla birlikte, Kurul'un kararları gelecekteki başvurular için içtihat özelliği taşımamaktadır. Her ne kadar Kurul kararları içtihat özelliği taşımasa da, uygulama açısından söz konusu kararların değeri son derece fazladır⁵⁷. Kurul'un kararları ile ilgili olarak bunların bir idari işlem olduğu⁵⁸ ve her idari işleme karşı olduğu gibi Kurul kararlarına karşı da yargı yolunun açık olduğu söylenmelidir⁵⁹.

⁵⁵ Musa Eken, *Yönetimde Şeffaflık (Teori-Uygulama)*, Sakarya, Sakarya Kitabevi, 2005, s.167.

⁵⁶ Döner, *a.g.e.*, s.212.

⁵⁷ Mehmet Ali Zengin, *Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkının Sınırları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.45.

⁵⁸ Döner, *a.g.e.*, s.212; Zengin, *a.g.e.*, s.45; Eken, *a.g.e.*, s.167.

⁵⁹ Eken, *a.g.e.*, s.167.

Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu'nun konuya yaklaşımı incelendiğinde, Kurul, itiraz başvuruları neticesinde vermiş olduğu kararların ilgililer için bağlayıcı olduğunu söylemektedir. Ayrıca Kurul, kararlarının emsal teşkil etmesi nedeniyle⁶⁰ kurum ve kuruluşların söz konusu kararlar çerçevesinde hareket etmesi gerekliliğini vurgulamaktadır.

Kurul'un vermiş olduğu kararlara karşı kurum ve kuruluşlar yargı yoluna başvurabilirlerse de⁶¹, mahkemelerin içtihatları, Kurul'un kararlarının bağlayıcı kabul edildiğini göstermektedir⁶².

SONUÇ

Bilginin demokrasinin oksijeni olarak kabul edildiği günümüz toplumlarında insanları yönetenlerin eylemleri gizliyse ve dolayısıyla kişiler neler olup bittiğini bilmiyorsa, yöneten ile yönetilenler arasındaki ilişkilerin sağlıklı bir şekilde yürümesi de mümkün değildir. Kötü örnekleri gizleyerek kişileri dışlayan yönetimde gizlilik ilkesi, toplumda yozlaşmaya sebebiyet vermektedir. Bu noktada bilgi ve bilgi alma hakkı,

⁶⁰ BEDK Kararı, S.2005/3, T.10.01.2005, http://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf, 25.12.2014: “ (...) Milli Eğitim Bakanlığına **emsal kararlarımız doğrultusunda** sicil raporlarının da ilgili kişiye açık olması, müfettiş soruşturmalarıyla ilgili talep edilen bilgi ve belgeler hakkındaki bilgi edinme başvurularında ise, başvuruya konu olan her bir dosyanın içeriğinin Bilgi Edinme Hakkı Kanununun 19, 21 ve 26 ncı ve gerek duyulan diğer maddeleri uyarınca ayrı ayrı değerlendirilip Kanunun 12nci maddesine göre ilgiliye cevap verilmesi gerektiği hususlarının bildirilmesine ve **emsal kararlarımızdan bir örneğinin gönderilmesinin**” (Vurgular tarafıma aittir.)

BEDK Kararı, S.2004/148, T.25.10.2004, http://www.bilgiedinmehakki.org/doc/BEDK_kararlar.pdf, 25.12.2014: “ (...) belli bir konuda alınan Kurul kararının aynı konularda yapılan başvurular için 4982 sayılı Kanun kapsamındaki **bütün kamu kurum ve kuruluşları için emsal niteliğinde olup**, başvurulara bu kararlar doğrultusunda işlem yapılması gerektiği (...)” (Vurgu tarafıma aittir.)

⁶¹ Şengül, “Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu”, s.57: “BEDK, esasa ilişkin değerlendirmesini başvurunun reddine veya kabulüne karar vererek sonuçlandırır. Kurul kararları nihai olmayıp, yargı denetimine tabidir. Kurul kararlarından memnun olmayan ilgili kurum veya başvuru sahibi bilgi edinme sürecini yargı önüne taşıyabilmektedir.”

⁶² Azer, **a.g.e.**, s.152-153.

yönetilenlere yönetenlerin eylemlerini yakından inceleme ve denetleme fırsatı sunmakla önemli bir misyon yüklenmektedir.

Bilgi edinme hakkına ilişkin gizlilik geleneğinin yanı sıra, bu hakkın kullanımına ilişkin yasal düzenlemelerin eksikliği yine bir problem olarak ön plana çıkmaktadır. Şayet ilgili mevzuatta hangi bilgi ve belgelerin açık, hangilerinin kapalı olduğu net bir şekilde belirtilmez ise, yönetim takdir hakkını gizlilikten yana kullanabilir. Yine bilgi edinme hakkının kullanılması noktasında karşılaşılabilecek olası problemlerden biri de, yönetimin kullanabileceği mali kaynaklar ile araç-gereç yetersizliğine ilişkindir. Yönetimin söz konusu hakkın etkin ve verimli kullanılabilmesi için kaynak ve personel aktarımı yapması gerektiğinden, bu konu üzerinde önemle durulmalı ve gerekli önlemler alınmalıdır.

Bilgi edinme başvurularıyla ilgili yapılan itirazlar üzerine yönetim tarafından varılan sonuçları inceleyen, yönetim birimlerinin bilgi edinme hakkının kullanılmasına ilişkin görüş ve değerlendirme istemlerini cevaplayan, uyuşmazlıkların çözümü noktasında önemli bir pozisyonda bulunan BEDK, bu hakkın sınırlarına ve Kanun'un uygulanmasına dair verdiği kararları ile konuyu aydınlatmaktadır. Bu sebeple BEDK, kararlarında vardığı sonucu örnek olaylar ve tespit edici cümlelerle berraklaştırmalı, tartışmaların önüne geçmek adına tutarlı ve istikrarlı çözümler öngörmelidir. Kararlarda ilgili mevzuat hükümlerine sıklıkla yapılacak atıflar da konunun tüm yönleriyle aydınlatılması adına faydalı olacaktır.

Yine BEDK'nın yetkileri, başvuru üzerine harekete geçerek başvuru sahibinin talebine ilişkin red sebeplerini araştırabilecek ve en kısa zamanda sonuca ulaşabilecek şekilde düzenlenmelidir. İnceleme neticesinde başvuru sahibinin talebi doğrultusunda işlem yapılmasına karar verilmiş ise, Kurul'un, bu talebin karşılanması noktasında yeterli ve gerekli yaptırım gücüne sahip olması gerektiği tartışmasızdır.

Konuya ilişkin bir öneri olarak ayrıca, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun kendi içinde saklı bilgiye erişme mekanizmaları haricinde, özellikle idari usul yasasının uygulamaya konulması ile bilgi edinme hakkı, daha anlamlı ve kullanımı mümkün hale gelecektir. Bilgi edinme

ve idari usulün birlikte düşünülmesi ve düzenlenmesi açık topluma ve demokratik yönetime giden yolda başarıyı artıracaktır. Dolayısıyla Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, çıkarılacak bir idari usul yasası ile desteklenmelidir.

Tüm aksaklık ve sorunlara rağmen yine de, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun ülkemizin yönetim geleneği haline gelmiş gizlilik uygulamalarından sıyrılması ve yönetimde şeffaflığın sağlanması adına önemli bir yenilik olduğu söylenmelidir. Kanun ile beraber amaçlanan yönetsel reformların yürürlüğe girmesi ile yönetim uygulamalarında zamanla amaçlanan noktaya ulaşılması, herkesin nihai temennisidir. Burada hukuki düzenlemeler kadar kitle iletişim araçları ve sivil toplum örgütlerine de iş düşmektedir. Böylelikle yönetim anlayışında amaçlanan dönüşüm süreci hızlanacaktır.

KAYNAKLAR

- Akılhoğlu, Tekin :** “Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Edinme Hakkı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.46, S.1-2, Y.1991, s.1-12.
- Anlar, Umut :** “Bilgi Edinme Hakkı”, Hukuk Gündemi Dergisi, S.4, Y.2006, s.102-107.
- Aras, Z. / Altınok, E.B. :** “Türkiye’de Bilgi Edinme Hakkı ve Uygulama Sorunları”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, Y.67, Kış 2009, s.107-112.
- Azer, Can :** Bilgi Edinme Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.
- Bayraktar, Köksal :** “Bilgi Edinme Hakkı ve Sır Kavramı”, Kazancı Hukuk Dergisi, S.3, Y.2004, s.7-11.
- Çal, Sedat :** “İdari Usul Kanunu (Ve Bilgi Edinme Hakkı) Gereksinimi Üzerine”, Ankara Barosu Dergisi, S.2012/2, Y.70, s.149-169.

- Çelik, Lamih :** “Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna İtiraz Yöntemi”, İstanbul Barosu Dergisi, C.80, S.5, Y.2006, s.1967-1974.
- Çolak, N. İlker :** “Bilgi Edinme Hakkı, Önemi, ve Bilgi Verme Yükümlülüğü”, E-Akademi, S.39, Mayıs 2005.
- Döner, Ayhan :** Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları, İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2010.
- Eken, Musa :** “Bilgi Edinme Hakkı” (Bilgi Edinme), İnsan Hakları Yıllığı - Dr. Muzaffer Sencer’e Armağan, C.17-18, Ankara, 1995-1996, s.61-75.
- Eken, Musa :** “Gizlilik Geleneğinden Şeffaf Yönetime Doğru” (Gizlilik Geleneği), Amme İdaresi Dergisi, C.38, S.1, Mart 2005, s.113-130.
- Eken, Musa :** Yönetimde Şeffaflık (Teori-Uygulama), Sakarya, Sakarya Kitabevi, 2005.
- Gemalmaz, M.S. /**
- Gemalmaz, H.B. :** Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye’de Bilgi Edinme, Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı, İstanbul, Yazıhane Yayınları, 2004.
- Güran, Sait :** “Yönetimde Açıklık”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, S.1-3, Y.1982, s.101-112.
- Işık, Murşit :** “Avrupa Birliği’nin Yönetişim Anlayışı Çerçevesinde Bilgi Edinme Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 12(19), s.39-49.
- Kaya, Cemil :** “2000 Tarihli İngiltere Bilgi Edinme Hakkı Yasası Üzerine Bir İnceleme, Galatasaray Üniversitesi Yıldızhan Yayla Armağanı, İstanbul 2003, s.327-343.
- Kaya, Cemil :** İdare Hukuku’nda Bilgi Edinme Hakkı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Koçak, Süleyman Yaman :** “Kamu Yönetiminde Açıklık İçin Bilgi Edinme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.23, Y.2010, s.115-125.

- Küçük, Ayhan :** “Bilgi Edinme Hakkının Sınırları ve Bu Hakkın İhlali Halinde İdare ve Kamu Görevlilerinin Sorumluluğu”, *Sayıştay Dergisi*, S.81, Haziran 2011, s.111-139.
- Özay, İl Han :** *Bilgi Edinme Hakkı*, TBB Bilgi Edinme Hakkı Paneli, Ankara, TBB Yayınları No.62, 2004.
- Özay, İl Han :** “Egemenliğin Kaydı ve Şartı” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C.13, S.1, Y.2000, s.321-361.
- Özkan, Gürsel :** *Demokratik Yönetimin Birinci Adımı: Bilgi Edinme Hakkı*, Ankara, Türkiye Kamu-Sen Yayınları, 2004.
- Şengül, Ramazan :** “Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Türk Kamu Yönetimini ‘Camdan Eve’ Dönüştürür Mü?” (Camdan Ev), *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, S.60-3, Y.2005, s.215-234.
- Şengül, Ramazan :** “Bilgi Edinme Hakkının Kurumsallaşmasında Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun Rolü” (Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu), *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.34, Aralık 2012, s.53-60.
- Tan, Turgut :** *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- Taşkın, Cankat :** “Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S.99, Y.2012, s.172-236.
- Tayfun, Recep :** “Bilgi Edinme Hakkı Perspektifinden Devlet Vatandaş İlişkileri”, *EÜHFD*, C.XI, S.3-4, Y.2007, s.149-183.
- Yaşamış, Firuz D. :** “Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları Açısından Bilgi Edinme Hakkı”, http://www.bilgiedinnehakki.org/doc/Anayasa_Hukuku_ve_Insan_Haklari_Acisindan_Bilgi_Edinme_Hakki_F_Yasamis.pdf, 17.12.2014.
- Zengin, Mehmet Ali:** *Türk Hukukunda Bilgi Edinme Hakkının Sınırları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

TOPLUMSAL OLAYLAR NEDENİYLE OLUŞAN ZARARLARDAN İDARENİN SORUMSUZLUĞU

Arş. Grv. Kürşat AKÇA*

ÖZET

Günümüzde toplumsal olaylara ve terör eylemlerine sıkça rastlanılmaktadır. Bu olay ve eylemler neticesinde oluşan zararın kim tarafından karşılanacağı konusu önem arz etmektedir. 2004 yılında çıkarılan 5233 sayılı kanun ile terör eylemleri neticesinde oluşan zarar idare karşılayacaktır. Ancak toplumsal olaylar açısından konu tartışmalıdır. Fransa Hukuku'ndan Türk Hukukuna geçen sosyal risk ilkesine göre toplumsal olaylardan doğan zarar idare karşılamalıdır. Sosyal risk ilkesi içtihadî bir ilkedir ve bu ilkeye göre idare ile toplumsal olay sonucu oluşan zarar arasında illiyet bağı olmasa dahi idare oluşan zarar karşılamalıdır. İlliyet bağının olmaması sosyal risk ilkesinin hukukiliği sorununu da gündeme getirmektedir.

Anahtar Kelimeler: idare, toplumsal olay, sosyal risk ilkesi, idarenin sorumluluğu, illiyet bağı.

NON-RESPONSIBILITY OF ADMINISTRATION ON DAMAGES CAUSED BY SOCIAL EVENTS

ABSTRACT

Acts of terrorism and social events have frequently occurred at the present time. It is highly important whether who to compensate damage caused by these acts. On the basis of the Law 5233 introduced in 2004, the Administration must compensate damage caused by terrorist acts. Yet, it is controversial in terms of social events. According to the principle of

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, www.anayasahukuku.org, kursat.akca@inonu.edu.tr.

social risk passed to Turkish Law from French Law, damage caused by such social events must be compensated by the Administration. This principle is a case law principle which obligates the Administration to compensate damage regardless the existence of causal link between the damage and the social event. The absences of causal link bring the legality of the principle of social risk into question.

Keywords: administration, social events, principle of social risk, responsibility of administration, causal link.

GİRİŞ

Toplantı ve gösteri hürriyeti demokratik hukuk devletlerinin vazgeçilmez enstrümanlarıdır. Zira toplantı ve gösterilerin olmadığı bir ülkede baskının, zulmün ve dayatmanın olduğu anlaşılır. Özellikle Türkiye gibi farklı ideolojik düşüncelerin yaşandığı ülkelerde toplantı ve gösteriler kitlelerin tepkilerini, eleştirilerini veyahut sevinçlerini en iyi kanalize edebilecekleri yollar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu önemi sebebiyle toplantı ve gösteriler birçok ülke anayasasında temel bir hak olarak ihdas edilmiştir. Nitekim ülkemizde 1982 Anayasası 34. maddesinde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre; “Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir”. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı günümüz modern dünyasında özellikle teknolojinin gelişmesiyle farklı bir boyuta taşınmıştır. Twitter, facebook, youtube gibi sosyal medya araçları sayesinde kitleler daha sık, daha hızlı ve daha organize bir şekilde hareket edebilmekte, birbirleriyle sürekli iletişim halinde kalarak toplantı ve gösterilerini dünyanın bir ucuna rahatlıkla duyurabilmektedir.

Temel bir hak olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı diğer tüm temel hak ve hürriyetler de olduğu gibi insanlar tarafından kötüye kullanılma ihtimalini içinde barındırmaktadır. Özellikle toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını normatif hukukun belirlediği sınırlar içerisinde gerçekleştirilmeyen göstericiler kamu düzenine zarar veren toplumsal

olaylara neden olabilmektedir. Bu olaylarda eylemin hiçbir şekilde tarafı olmayan kişiler ile olayın gerçekleştiği mahalde yer alan her türlü taşıt, gayri menkul ve kamu malı zarar görebilmektedir. Anayasamızda toplantı ve gösterilerin izinsiz yapılacağına hüküm altına alınması, günümüzde kitlelerin daha seri ve etkin bir şekilde organize olması gibi sebeplerle toplumsal olayların ve bu olayların doğurduğu zararlara kimlerin neden olduğu her zaman tespit edilememektedir. Toplumsal olaylara kimlerin neden olduğu tespit edilirse zarar görenler ve idare açacakları hukuk davalarıyla gördükleri zararın tazminini talep edebileceklerdir veya idarenin bir kusuru varsa, idare hizmet kusuru kapsamında bu zararları tazmin edecektir. Bu ihtimallerin olmadığı durumlarda ise zarar gören kişilerin zararlarının kim tarafından nasıl karşılanacağı sorusu gündeme gelecektir.

Fransız İdare Hukuku'ndan Türk İdare Hukuku'na geçen “sosyal risk ilkesi”ne göre idare her türlü toplumsal olaylar ve terör eyleminden doğan zararları karşılamakla yükümlüdür. Bu ilke Danıştay kararları ve doktrin görüşleriyle ayakta tutulan içtihadi bir ilkedir. Buna göre idare, zarar ile arasında illiyet bağı olmasa dahi zararı karşılamalıdır. İster kusurlu olsun ister kusursuz olsun illiyet bağı idarenin sorumluluğun şartlarından biri olduğu için sosyal risk ilkesinin hukukiliği tartışmalıdır.

Çalışmamızda sosyal risk ilkesinin toplumsal olaylar açısından idarenin sorumluluğunu sağlayacak bir ilke olup olmadığı incelenecektir. İlkenin terör eylemleri açısından ise artık bir önemi kalmamıştır. 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanmasını Hakkında Kanun¹ ile terör eylemlerinden doğan zararlar artık bu kanuna göre tazmin edilecektir. Dolayısıyla biz sadece terör eylemi niteliğinde olmayan toplumsal olaylar açısından konuyu irdeleyip 5233 sayılı kanunu çalışmamızın dışında tutacağız. Bunu yaparken doktrin ve Danıştay kararlarını paylaşacak değerlendirmelerimizi ise sonuç kısmında toplu bir şekilde aktaracağız.

¹ 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadelede Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun, K.T: 17.07.2004, Sayı: 25535, R.T: 27.07.2004.

I. GENEL OLARAK İDARENİN SORUMLULUĞU

İdarenin yapmış olduğu eylem ve işlemlerden sorumlu olması her şeyden önce hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir (Any. mad. 2). Ayrıca Anayasa'nın 125. maddesi, idarenin eylem ve işlemlerinden sorumluluğunu doğrudan düzenlemektedir. Maddeye göre; “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*”. Madde metninden anlaşılacağı üzere idare, ister kusurlu olsun ister kusursuz olsun her türlü eyleminden dolayı sorumlu olacaktır. Buradan hareketle idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için ortada “*idarenin bir eylem veya işlemi olması*”, “*zararın doğması*” ve “*bu zararlar eylem veya işlem arasında illiyet bağı olması*” gerektiği söylenebilir.

İdari İşlem veya Eylem: İdarenin sorumluluğunun doğabilmesi için her şeyden önce ortada bir idari işlem veya eylem olmalıdır. İdari eylem, idari işleme dayanabileceği gibi bir idari işleme dayanmayan idari eylem de söz konusu olabilir. Yine idari işlem veya eylem neticesinde idarenin sorumlu tutulabilmesi için mutlaka bu idari davranışın icrai olması gerekmekte ihmali davranış ile sorumluluk doğabilmektedir².

Zarar: İdarenin sorumluluğunun doğabilmesi için gereken ikinci şart ise idareden kaynaklı bir zararın söz konusu olmasıdır. Söz konusu zararlar maddi nitelikte olabileceği gibi manevi nitelikte de olabilir³. Maddi nitelikteki zararlar daha çok kişinin malvarlığının pasifini arttıran veya aktifini azaltan zararlardır. Manevi zararlar ise kişilerin ruhsal bütünlüğünü bozan tinsel zararlardır. Zararın idarece karşılanabilmesi için zararın mevcut olması gerekmektedir. Henüz doğmamış zararların idarece karşılanması mümkün değildir. Ancak ileride gerçekleşmesi muhakkak olan zararların tazmini istenebilecektir⁴.

² GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, s. 383; TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Eylül 2014, s. 475; KALABALIK, Halil, **İdarenin Temel Kavram ve Kurumları**, Sayram Yayınları, Mart 2014, s. 571.

³ SANCAKDAR, Oğuz, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ağustos 2013, Ankara, s. 762; TAN, s. 479; KALABALIK, s. 573-574.

⁴ GÜNDAY, s. 383-384.

Nedensellik Bağı: İdarenin ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabilmesinin üçüncü şartı zarar ile idare arasında illiyet bağının kurulmasıdır. İdare ister kusurlu olsun ister kusursuz olsun ortaya çıkan zararlar kendisi arasında herhangi bir rabita yoksa bu zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir⁵. İdare ile zarar arasındaki illiyet bağının tespiti çoğu zaman uzmanlık ve teknik bilgi istemektedir. Bu sebeple uygulamada mahkemeler bu konuda bilirkişilere başvurmaktadır⁶. Her ne kadar idarenin sorumlu olabilmesi için illiyet bağı şart koşulsada bugün doktrinde ve Danıştay kararlarında benimsenen sosyal risk ilkesi ile idarenin kendinden kaynaklanmayan, toplumsal olay ve terör eylemi sonucu oluşan zararlardan da sorumlu olması gerektiği savunulmaktadır. Sosyal risk ilkesi konumuzun esasını oluşturduğundan ve aşağıda tafsilata gireceğimizden burada sadece değinmekle yetiniyoruz.

Türk İdare Hukuku'nda idarenin sorumluluk halleri kusuru olup olmamasına göre “kusurlu sorumluluk” ve “kusursuz sorumluluk” olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir.

A. İdarenin Kusurlu Sorumluluğu

İdarenin kusurlu sorumluluğu hizmet kusurundan doğan sorumluluktur⁷. İdare bir tüzel kişisidir. İdare yapacağı eylem ve işlemleri memurları (ajanları) vasıtasıyla yerine getirmektedir. Bu memurların yapacağı eylem veya işlemlerde bir zarar ortaya çıkması muhtemeldir. İşte ortaya çıkan bu zarardan işlem veya eylemi yapan memurun değil idarenin sorumlu olmasına “hizmet kusuru” denilmektedir. Hizmet kusurunun özellikleri şunlardır⁸:

- Hizmet kusuru idarenin kusurudur.

⁵ KALABALIK, s. 572.

⁶ GÜNDAY, s. 384.

⁷ GÜNDAY, s. 369; ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 686-687; TAN, s. 460-467.

⁸ ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İsmail Akgün Matbaası, Cilt 3, İstanbul, s. 1695-1698; SANCAKDAR, s. 771-772; KALABALIK, s. 544; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 687.

- Hizmet kusuru diğer hukuk dallarından özellikle medeni hukuktan bağımsızdır.
- Hizmet kusuru asli ve birinci derecede kusurdur.
- Hizmet kusuru soyut, objektif ve anonimdir.
- Hizmet kusuru tüm idareye ve kamu hizmetlerine uygulanabilen genel nitelikte bir kusurdur.
- Hizmet kusuru her somut olaya göre farklılık gösterebilmektedir.

Anayasanın 125. maddesi de hizmet kusurunu kapsar bir düzenleme ihtiva etmektedir: “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür*”. Tüm bu açıklamalardan idarenin kusurlu sorumluluğunun şartlarının “*bir idari işlem veya eylem*”, “*idarenin kusuru*”, “*zarar*” ve “*illiyet bağı*” olarak tespit edebiliriz.

Bu dört şart gerçekleştiği anda idarenin kusurlu sorumluluğu yani hizmet kusuru doğacaktır. Doktrinde hizmet kusurunun, “*hizmetin kötü işlemesi*”, “*hizmetin hiç işlememesi*” veya “*hizmetin geç işlemesi*” şeklinde üç farklı türü olduğu kabul edilmektedir⁹.

B. İdarenin Kusursuz Sorumluluğu

İdarenin kusursuz sorumluluğu; idarenin herhangi bir kusuru söz konusu olmasa dahi bir idari işlem veya eylem neticesiyle ortaya çıkan

⁹ **Hizmetin Kötü İşlemesi:** İdarenin gerçekleştiği eylemin gerektirdiği gibi olmaması, beklenen sonuçları doğurmaması anlamlarına gelmektedir. İdarenin kamu hizmetini gereği gibi yapmaması veya kötü yapması hizmet kusurunu doğuracaktır. Örneğin; hastanın karnında neşter unutulması gibi. Hiç şüphesiz hizmetin kötü işlenip işlenmediği her somut olaya göre tespit edilecektir. **Hizmetin Hiç İşlenmemesi:** İdarenin yapması gereken bir hizmeti yerine getirmemiş bu yönde herhangi bir davranışta bulunmamışsa hizmetin hiç işlemediğinden bahsedilir. Yıkılması gereken binanın yıkılmaması, itfaiyenin yangın söndürmeye gitmemesi buna örnek gösterilebilir. **Hizmetin Geç İşlemesi:** İdarenin herhangi bir hizmeti olağan süre zarfı içerisinde tamamlanamaması ve bu zarardan sorumlu olmasıdır. Eğer idarenin hizmeti yerine getirmesi için gereken süre mevzuatta düzenlenmişse bu süre dikkate alınacak, düzenlenmemişse olayın hal ve şartlarına bakılacaktır. Örneğin; doktorun hastaya geç bakması sonucunda zarardan sorumlu olması gibi. Hizmet kusuru halleri hakkında tafsilatlı bilgi için bkz., ONAR, s.1736-1742; SANCAKDAR, s. 762-770.; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 688-689; YAŞAR, Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2013, s. 431-433; GÜNDAY, s. 370-372; TAN, s. 461; KALABALIK, S. 545-550.

zarardan dolayı idarenin sorumlu tutulmasıdır¹⁰. Özellikle kamu hizmetlerinin bugün oldukça karmaşık ve çeşitli hale gelmesi ve sosyal devlet ilkesinin benimsenmesiyle birlikte idarenin kusurlu sorumluluğu yanında kusursuz sorumluluğu da kabul edilmektedir¹¹. Nitekim idarenin kendi işlem ve eylemlerinden sorumlu olacağını düzenleyen Anayasa'nın 125. maddesinde herhangi bir kusur şartı aranmamaktadır¹². Dolayısıyla idare kendinden kaynaklı eylem ve işlemler neticesinde kusuru olmasa dahi ortaya çıkan zarardan sorumlu olabilecektir; yeter ki zarar ile idare arasında illiyet bağı kurulmuş olsun¹³. Kusursuz sorumlulukta kusur şartı olmadığından sorumluluğu doğuran yegâne şart illiyet bağıdır¹⁴. İdarenin kusursuz sorumluluğu doktrinde iki başlık altında incelenmektedir. Bunlar; Tehlike (Hasar, Risk) ilkesi ve Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi¹⁵. Tehlike ilkesi (Hasar, Risk); her nimetin bir külfeti vardır esasına dayanmaktadır ve idare hukukuna özel hukuktan geçmiştir¹⁶. Buna göre idare, tehlike arz eden, zarar verme riski fazla olan ve her zaman

¹⁰ ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 703; AVCI, Adem, **Yargı Kararları Işığında Terör Eylemlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 36; KALABALIK, s. 560; Tan, s. 468; DERDİMAN, Cengiz, **İdare Hukuku**, 3. Baskı., Bursa, Alfa Aktüel, 2010, s. 133-134.

¹¹ GÜNDAY, s. 378; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Kasım 2014, s. 162; Kamu hizmetlerinin hızlı gelişmesi, idari eylemlerden meydana gelen zararları tazmin etmede kusur ilkesinin yetersiz kalmasına sebebiyet vermiştir. ÇAĞLAYAN, Ramazan, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2007, s. 134.

¹² 1961 Anayasası'nda da benzer düzenleme vardı. O dönem kusursuz sorumluluk çok geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Aynı düzenleme 1982 Anayasasında da düzenlendiğinden kusursuz sorumluluk 1982 Anayasası döneminde de anayasal dayanak bulmuştur. Bkz., GÜNDAY, s. 378; Belirtmek gerekir ki Danıştay; kusursuz sorumluluk ilkesine 1961 Anayasası'ndan önce de başvurmuştur. Bir kararında havada patlamayan bir uçaksavar mermisinin fabrika üzerine düşmesi sonucu oluşan zarardan idarenin sorumlu olacağına hükmetmiştir. Karar için bkz., KALABALIK, s. 561.

¹³ TAN, s. 468.

¹⁴ YILDIZ, Hayrettin, "İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İlliyet Meselesi", TBB Dergisi, Ocak-Şubat 2015, Sayı 116, s. 148.

¹⁵ SANCAKDAR, s. 778; ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 707; GÜNDAY, s. 378-379; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 163; KALABALIK, s. 562.

¹⁶ GÜNDAY, s. 379; TAN, s. 468; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 163.

sonuçlarının kestirilmesinin mümkün olmadığı eylem, işlem ve araç-gereçlerinden sorumlu olacaktır¹⁷. Bu durumda idarenin herhangi bir kusuru olması söz konusu değildir ve kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması da mümkün değildir¹⁸. Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik, ilkesi ise idarenin yapmış olduğu kamu hizmeti nedeniyle bazı kişilerin külfet altına sokulması ya da diğerlerine nazaran daha fazla külfetle karşılaşması durumlarında o kişide ortaya çıkan bu olumsuz durumun idare tarafından telafisini hedef almaktadır¹⁹. İdarenin kamu yararına yaptığı hizmetlerde insanların bir kısmı diğerlerine nazaran daha fazla külfete katlanmış olabilir. Başka bir ifadeyle toplumun bir kesimi kamu yararına daha fazla fedakârlıklarda bulunmuş olabilir. Bu fedakârlık sebebiyle oluşan zararların giderilmesini amaçlayan bu ilkeye bu sebeple fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi de denilmektedir²⁰.

İdarenin kusursuz sorumluluk hallerine doktrin ve yargı kararlarıyla bir ilke daha eklenmiştir. Sosyal risk olarak kabul edilen bu ilkeyle toplumsal olaylar ve terör eylemleri neticesinde oluşan zararın devlet tarafından karşılanması öngörülmüştür.

II. SOSYAL RİSK İLKESİ GEREĞİNCE İDARENİN SORUMLULUĞU

Sosyal risk ilkesi, idarenin toplumsal ve terör eylemleri neticesinde oluşan zarardan idareyi sorumlu tutan bir ilkedir. Dolayısıyla sosyal risk

¹⁷ GÜNDAY, s. 379; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 163; KALABALIK, s. 562; SANCAKDAR, s. 778; ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009, Ankara, s. 456.

¹⁸ GÜNDAY, s. 379.

¹⁹ TAN, s. 469; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 164; KALABALIK, s. 567; SANCAKDAR, s. 779; ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, C. I, Ankara, Yetkin, 2012, s. 722.

²⁰ ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Turhan, 2012, s. 721; Fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin en somut örneği kamulaştırma kurumunda karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de kişinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz kamu yararına dayanarak el konulmakta ve kamulaştırılmaktadır. Kişinin yaptığı bu fedakârlık ise kamulaştırma bedeli denkleştirilmektedir. Bkz., GÜNDAY, s. 382.

ilkesi açıklanmadan önce toplumsal olay ve terör eylemleri kavramlarının tanımlanması yerinde olacaktır.

A. Toplumsal Olay ve Terör Kavramları

Toplumsal olay, sosyolojik anlamı olan bir terimdir. Sosyolojik bir terim olarak toplumsal olay; başlangıcı ve bitiş zamanı belli olan, diğer insanları etkileyen, kendinden önceki olaylardan etkilenip sonrakileri de etkileyen olaylardır²¹. Örneğin evlilik veya trafik kazası birer toplumsal olaydır. Görüldüğü gibi toplumsal olay sosyolojik bir kavram olarak oldukça geniş bir anlamı ihtiva etmektedir. Ancak çalışmamızın esasını oluşturan toplumsal olaylardan, daha çok belirli bir amaç için bir araya gelen kitleler ve bu kitlelerin yapmış olduğu taşkınlıklar anlaşılmalıdır²². 1982 Anayasası'nın 34. maddesinde “herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir” denilmektedir. Madde hükmünde belirtilen “toplantı” ve “gösteri yürüyüşü” nün ne olduğu ise 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanununda²³ tanımlanmıştır. Mezkûr kanunun 2. maddesinde toplantı; “*belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak suretiyle o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzelkişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen açık ve kapalı yer toplantıları*” olarak tanımlanırken; gösteri yürüyüşü; “*belirli konular üzerinde halkı aydınlatmak ve bir kamuoyu yaratmak ve o konuyu benimsetmek için gerçek ve tüzelkişiler tarafından bu Kanun çerçevesinde düzenlenen yürüyüşleri*” şeklinde tanımlanmıştır. İşte 2911 sayılı kanunda tanımı, usul ve esasları belirlenen toplantı ve gösteri yürüyüşleri sonucu ortaya çıkan olaylar toplumsal olay olarak değerlendirilebilir. Nitekim Emniyet Müdürlüğü Güvenlik Daire Başkanlığı Kuruluş ve Çalışma Yönetmeliği m. 4'te toplumsal olay; “*kamu düzenini bozan, kişi hak ve hürriyetlerini*

²¹ TAŞÇI, Ufuk “Türkiye’de Toplumsal Olaylara Politika Müdahale Politikasının Analizi”, Polis Akademisi GBE, Ankara 2013, s. 11.

²² Çalışmamızın bundan sonraki kısmında “toplumsal olay” kavramı sosyolojik anlamıyla değil bahsettiğimiz üzere dar anlamıyla kullanılacaktır.

²³ 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkında Kanun, Sayı: 18185, K.T: 06.10.1983, Sayı: 18185, R.T: 08.10.1983.

kısıtlayan veya tehdit eden ve kitlesel olarak gerçekleştirilen, toplantı ve gösteri yürüyüşleri ile eylem ve etkinlikler” olarak ifade edilmektedir²⁴. Bu toplumsal olaylara özgürlük, adaletsizlik, geçim sıkıntısı, vergi artışı, eğitim politikası, siyasilerin attığı adımlar, spor müsabakaları gibi birçok konu sebep olabilir²⁵. Kitleler bu ve benzeri konularda biriken negatif enerjilerini, sahip oldukları öfkeyi, sevinci veya eleştiriyi özel mallara, kamu mallarına kısaca çevreye zarar vererek, kamu düzenini bozarak veyahut kişi hak ve hürriyetlerini sınırlayarak ortaya çıkarırlar²⁶. Bu açıklamalardan toplumsal olayı; “*ortak bir payda için bir araya gelmiş insan topluluklarının terör saldırısı niteliği taşımayan ancak özel mülke, kamu mallarına, kişi temel hak ve hürriyetlerine kısaca kamu düzenine zararlarla sonuçlanan taşkınlıkları*” olarak tanımlayabiliriz. Bu taşkınlıklar neticesinde ortaya çıkan zararın idarece karşılanıp karşılanmayacağı ise çalışmamızın esasını oluşturmaktadır.

Terör ifadesi ise Fransızca kökenli “terreur” kelimesinden dilimize geçmiştir. TDK sözlüğüne göre terör *yıldırı* anlamına gelmektedir²⁷. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun²⁸ ilk maddesinde terör; “*baskı, cebir ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzenini değiştirmek, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü eylemlerdir*” şeklinde tanımlanmıştır. Kısaca terörü devletin bütünlüğünü ve toplum sağlığını bozmak için bireysel veya kolektif olarak yapılan,

²⁴ TAŞÇI, s. 13.

²⁵ Toplumsal Olay ve Provokasyonları Önleme Rehberi, İçişleri Bakanlığı Strateji Merkezi Başkanlığı, s. 7.

²⁶ Toplumsal Olay ve Provokasyonları Önleme Rehberi, s. 7.

²⁷ TDK Güncel Türkçe Sözlük, www.tdk.gov.tr, Erişim Tarihi: 11.10.2015.

²⁸ 12.04.1981/3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, K.T: 12.04.1981, Sayı: 20843, R.T: 12.04.1981.

sonucunda maddi ve manevi zararların tezahür ettiği her türlü şiddet faaliyeti olarak tanımlayabiliriz. Terör faaliyetleri sonucunda oluşan zararların tazmini ise idarece 5233 sayılı kanun uyarınca tazmin edilmektedir²⁹.

Yukarıda açıklamalara bakıldığında toplumsal olayların terör eylemi boyutuna varmayan kitlelerin taşkınlığı veya şiddet hareketleri olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Fransa’da 1983 tarihli idarenin toplumsal olaylardan sorumluluğunu düzenleyen kanununun 92. maddesi idarenin sorumlu tutulabilmesi için toplumsal olayın sırf belli bir suç işlemek veya terörist eylem gerçekleştirmek için bir araya gelen kişilerin verdiği zararın dışında olmasını şart koşmuştur³⁰.

B. Sosyal Risk İlkesi

İdarenin kusuru neticesinde ortaya çıkan her türlü zarardan hizmet kusuru kapsamında sorumlu tutulması Anayasa’nın 125. maddesinden ilk bakışta anlaşılan asli ve birincil sorumluluktur³¹. Dolayısıyla idarenin kusuruyla ortaya çıkan toplumsal olaylardan ve terör eylemlerinden idarenin kusurlu sorumlu olacağı şüphesizdir. Yeter ki ortaya çıkan zararlar idarenin eylem ve işlemleri arasında illiyet bağı olsun. Örneğin aldığı bir istihbaratı değerlendirmeyen idare, bu istihbaratla bağlantılı herhangi bir toplumsal olay neticesinde ortaya çıkan zarardan kusurlu sorumludur.

Bununla beraber günümüz toplumlarında özellikle teknoloji ve sosyal medyanın da etkisiyle idarenin herhangi bir kusuru olmamasına rağmen toplumsal olaylar ve terör eylemleri yaygın ve ani şekilde vuku bulmaktadır³². Bu tür toplumsal olaylar ve terör eylemleri neticesinde masum kişiler olayla hiçbir alakaları olmadıkları halde, sırf o toplumun bir ferdi olmaları hasebiyle zarar görebilmektedirler. Bu olaylarda zarar

²⁹Terör eylemlerinden doğan zararlar artık idarece 5233 sayılı kanuna göre karşılandığından artık sosyal risk ilkesinin terör eylemleri açısından bir önemi kalmamıştır. Bu sebeple çalışmamızda terör eylemlerinden dolayı idarenin sorumluluğuna ve 5233 sayılı kanunun detaylarına girilmeyecektir.

³⁰ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 474; YILDIZ, s. 153.

³¹ÇAĞLAYAN, İdare Hukuku, s. 686.

³²KÖKSAL, Mustafa, “Risk İlkesinin İdareye Yüklediği Kulfetler ve Güncel Yargı Kararları”, TBB Dergisi, S. 85, 2009, s. 267.

veren kişilerin tespit edilememesi, tespit edilse bile bu kişilerden zararların tazmini sürecinin belirsiz olması sebebiyle gözler toplumun siyasi bir örgütlenmesi olan devlete çevrilmiştir³³. Ancak söz konusu bu olay ve eylemlerle idarenin herhangi bir işlemi, eylemi, ajanı veya aracı arasında diğer bir ifadeyle zarar ile kendisi arasında herhangi bir illiyet bağı yoktur. Dolayısıyla toplumsal olaylar ve terör eylemleri neticesinde üçüncü kişilerin görmüş oldukları zararlardan ve bu zararların tazmininden kural olarak idarenin sorumlu olması mümkün değildir. Ancak hem Fransa³⁴ başta olmak üzere Avrupa ülkelerinde hem de Türk İdare Hukuku'nda idarenin bu tür eylemler neticesinde doğan zararlardan sorumlu olacağını öngören “sosyal risk” adında bir ilke kabul edilmiştir³⁵. Bu ilkeye göre idarenin toplumsal olaylar ve terör eylemleri neticesinde ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı olmamasına rağmen bu zararlardan idare sorumludur. Bu ilke daha çok doktrin ve yargı içtihatlarına dayanmaktadır. Temelinde ise genel olarak hakkaniyet, adalet ve sosyal devlet ilkesi gibi genel kavramların yattığı kabul edilmektedir.

³³ AKYILMAZ, Bahtiyar, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, GÜHFD, C.IX, Sy.1-2, 2005, s. 189.

³⁴ Fransa'da 7 Ocak 1983 tarihli kanunun 92. maddesine göre idare, toplumsal olay ve terör eylemlerinden kaynaklanan zararlardan sosyal risk ilkesi kapsamına göre sorumlu tutulmuştur. 09 Ocak 1986 tarihli kanunun 27. maddesine göre ise bu zararlardan kaynaklanan davaların idari yargıda görüleceği hüküm altına alınmıştır. Her iki kanuna göre idarenin kitlesel hareketlerden dolayı kusursuz sorumluluğunun doğabilmesi için şu şartların tezahür etmesi gerekmektedir: **a.** Kitle hareketi ve toplumsal olay neticesinde doğan bir zarar olmalıdır. **b.** Kitlesel eylem suç teşkil eden şiddet eylemi şeklinde olmalıdır. **c.** İdarenin bu kanun kapsamında sorumlu tutulabilmesi için ortaya çıkan zararlar kitlesel eylem arasında illiyet bağı olması gerekmektedir. GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, 2009 Bursa, s. 1213-1214; ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 473 vd; KÖKSAL, s. 267-268.

³⁵ AZRAK, Ali Ülkü “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 136-137; KANETİ, Selim “Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s.147; AKYILMAZ, Sosyal Risk, s. 189; ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi; s. 469.

Yukarıda açıklamalardan sonra sosyal risk ilkesinin şartlarını şu şekilde sıralayabiliriz³⁶:

- a. İlliyet bağının aranmaması: İdarenin sosyal risk ilkesine göre sorumlu olabilmesi için ortaya çıkan zararlar idare eylem ve işlemleri arasında herhangi bir illiyet bağı olmaması gerekmektedir. Sosyal risk ilkesini diğer sorumluluk sebeplerinde ayıran en temel özellik illiyet bağının olmamasıdır³⁷. Bu sebeple aşağıda ayrı bir başlık altında açıklanacaktır.
- b. İdarenin kusursuz olması: İlliyet bağının olmamasının bir sonucu olarak toplumsal olayların ve terör eylemlerinin vukunda ve sonuçlarında idarenin herhangi bir kusuru söz konusu olmamalıdır. İdare bu tür toplumsal ve terör eylemlerini önlemekle yükümlüdür. Ancak burada elinde olmayan sebeplerle bu olayları önleyememektedir. Aksi takdirde idarenin hizmet kusurundan sorumluluğu doğacaktır.
- c. Zararın toplumun bir ferdi olarak bir arada yaşamının sonucu olarak doğması: Vatandaşlar kimi zaman bir ferd olarak içinde buldukları toplumun dinamiklerinden, o toplumun sorunlarından etkilenmektedir. Sosyal risk ilkesi de topluma yönelik olarak yapılan toplumsal olaylardan ve terör eylemlerinden vatandaşların dolayı uğramış oldukları zararı telafi etmek için geliştirilmiştir. Zira vatandaşlar bu tür eylemlerin doğrudan muhatabı olmadıkları halde sadece o toplumun bireyi olmaları hasebiyle zarar görmektedirler³⁸.

³⁶ AKPINAR Mahmut / YEŞİLBAŞ, Mehmet, “Sosyal Risk Bağlamında Devletin Objektif Sorumluluğu, ve 5233 Sayılı Yasanın Pratiği”, www.e-akademi.org (*Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*), S. 115, Eylül 2011, s. 12; AZRAK, s. 136 vd.; AVCI, s. 60; ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 470 vd; AKYILMAZ, Sosyal Risk, s. 170 vd.

³⁷ TAN, s. 470; AVCI, s. 60.

³⁸ AKYILMAZ, Sosyal Risk, s. 189; ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 471.

C. İlliyet Bağı ve Sosyal Risk İlkesinde İlliyet Bağının Aranmaması

İdarenin sorumluluğunun doğabilmesi için aranan şartlardan biri illiyet bağıdır³⁹. İlliyet bağı idarenin sorumluluğu açısından idare ile zarar arasındaki münasebeti, rabıtayı ifade eden kavramdır. Kusur sorumluluğunda idarenin hizmet kusuru söz konusu olduğundan ve bu çoğu zaman tespit edilebildiğinden idare ile zarar arasında illiyet bağının kurulması da mümkün olabilmektedir. Kusursuz sorumlulukta ise idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için kusur şart değildir. Dolayısıyla kusursuz sorumlulukta idareyi sorumluluk sahasına sokabileceğimiz tek unsur illiyet bağıdır.

Tehlike ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinin idarenin kusursuz sorumluluğu doğuran ilkelerdendir. Bu ilkelerin kapsamına giren hallerde idarenin bir zarar doğurmaya yönelik bir kusuru olmasa da, zarar kendinden sadır olduğu için yani zarar ile kendisi arasında illiyet bağı kurulduğu için idarenin sorumluluğu zuhur etmektedir. Görüldüğü üzere idarenin kusursuz sorumluluğunu doğuran unsur zarar dışında tektir ve bu “illiyet bağı”dır. Diğer bir ifadeyle ister kusurlu olsun ister kusursuz olsun sorumluluk hukukunda illiyet bağı olmazsa olmazdır. Sorumluluk hukuku derken sadece idare hukukunda var olan sorumluluk halleri anlaşılmalıdır. Kamu hukukunda ve özel hukukta sorumluluktan bahsettiğimiz her halde illiyet bağı karşımıza çıkmaktadır. Ceza hukukunda suçun unsurları⁴⁰ arasında illiyet bağının varlığı da yer almaktadır⁴¹. Eğer bir kimse ile suç teşkil eden fiil (hareket) arasında bir

³⁹ İlliyet bağının kavramsal temelleri için bkz., YILDIZ, s. 138-143.

⁴⁰ Ceza Hukuku'nda suçun unsurları tipiklik, manevi unsurlar, maddi unsurlar ve hukuka aykırılık olmak üzere dörde ayrılmaktadır. Manevi unsur kast ve taksirden oluşurken; maddi unsurlar fiil, netice, illiyet bağı, fail, suçun konusu, mağdur şeklinde alt unsurlara ayrılmaktadır. Suçun unsurları konusunda bkz., ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Kasım 2009, s. 221-475.

⁴¹ Nedensellik bağı Türk Ceza Kanunu'nda açıkça yer almamaktadır. Ancak bazı özel suç tiplerinde nedensellik bağı ifade eden terimlere rastlamak mümkündür. Örneğin; “neden olmak” ifadesini içeren TCK mad. 87, 95,103/7 hükümleri illiyet bağı dolaylı yoldan düzenleyen hükümlerdir. Bkz., ARTUK / GÖKÇEN / YENİDÜNYA, s. 277;

nedensellik bağı kurulamazsa o kişinin suçun faili olması mümkün değildir⁴². Özel hukukta da sorumluluğun doğabilmesi için illiyet bağı şarttır. Örneğin borçlar hukuku'nda haksız fiilden doğan yani kusurlu sorumluluk hallerinde sorumluluğun doğabilmesi için bir fiil, zarar, hukuka aykırılık ve kusur ile birlikte illiyet bağı gerekmektedir. Eğer haksız fiille zarar arasında illiyet bağı söz konusu değilse kusur sorumluluğuna göre zararın tazmini hiçbir şekilde istenemeyecektir⁴³. Borçlar hukukunda illiyet bağı, hukuki sorumluluğun doğduğu her alanda olmazsa olmazdır. Sadece kusur sorumluluğunda değil, kusursuz (objektif) sorumlulukta⁴⁴, sözleşme veya sözleşme dışı sorumlulukta da illiyet bağı aranmaktadır⁴⁵.

Tüm bu örnekler illiyet bağının, hukukun genel bir ilkesi haline geldiğini göstermektedir. Zira böyle olması mantık gereğidir. İnsanoğlu hiçbir zaman sebep olmadığı bir şey için bir başkasını suçlayamaz, zan altında bırakamaz veyahut hesap soramaz. Hukukun genel bir ilkesine dönüşen illiyet bağı olmadan sorumluluğun doğması isteniyorsa illiyet bağını ikame edecek yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır. Böylece illiyet bağını kaldırdıktan sonra ortaya çıkacak olan gayri hukuki durum yasal bir zeminde ikame edilmiş olacaktır. Yasal bir düzenleme olmadan illiyet bağı bir hukuk düzeninde yok sayılabiliyorsa ve kişiler (her türlü özel ve kamu tüzel kişisi) illiyet bağı olmadan sorumlu tutulabiliyorsa orada

HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 202-203.

⁴² HAFIZOĞULLARI, / ÖZEN, s. 202.

⁴³ OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 518; EREN'e göre illiyet bağı "sorumluluğun asli şartı, tazminat hukukunun temel ilkesidir. Bu şart olmaksızın bir kişinin sorumluluğu düşünülemez". EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, 8. Bası, Ekim 2003, İstanbul, s. 487.

⁴⁴ Borçlar Hukuku'nda kusursuz sorumluluk halleri adam çalıştırmanın sorumluluğu, hayvan sahibinin sorumluluğu, ev reisinin sorumluluğu, Ayırt etme gücüne haiz olmayan kişilerden kaynaklanan zararlardan sorumluluk, yapı malikinin sorumluluğu, taşınmaz malikinin sorumluluğu gibi sorumluluk hallerini kapsamaktadır. Bu ayrımlar doktrinde yazara göre farklılık gösterebilmektedir. Kusursuz sorumluluk halleri hakkında detaylı bilgi için bkz., OĞUZMAN / ÖZ, s. 587-676; EREN, s. 573-630.

⁴⁵ EREN, s. 488.

baskının, tehdidin veya başıboşluğun olduğu kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki illiyet bağı sorumluluk açısından şart bir kavram olsa da bu bağın türü, yoğunluğu ve sonuçları her hukuk dalının ve her somut olaya göre farklılık arz edecektir.

Sosyal risk ilkesi idarenin kusursuz sorumluluk hallerinden biridir. Bu ilkeye göre idare kusuru olmasa dahi meydana gelen toplumsal olay ve terör eylemlerinden sorumludur. Ancak sosyal risk ilkesini diğer kusursuz sorumluluk hallerinden ayıran en temel özellik illiyet bağının bu ilkede aranmamasıdır. İdare ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı yoktur. Toplumsal olay veya terör eylemi idareye yabancı kişi veya kişilerce gerçekleştirilmektedir. Eğer zarar ile idare arasında illiyet bağı varsa bu durumda kusursuz değil kusur sorumluluğu doğacaktır. Çünkü zarar idareden kaynaklanmaktadır ve önleyemediyse kusuru söz konusudur. Ancak zarar ile idare arasında illiyet bağı söz konusu değilse kural olarak idarenin sorumlu olması mümkün değildir. Zira sorumluluk hukukunun özellikle kusursuz sorumluluğun şartlarından biri olan illiyet bağının olmaması yukarıda açıklandığı üzere bunu gerektirmektedir. Ancak sosyal risk ilkesi illiyet bağı olmasa dahi idarenin toplumsal olay ve terör eylemlerinden dolayı sorumlu olacağını kabul etmektedir. Fransız yargı içtihatları tarafından geliştirilen bu ilke, Türk Hukukuna da girmiş ve Danıştay'ın bazı kararlarında, Türk İdare Hukuku doktrininde de kimi yazarlarca benimsenmiştir⁴⁶. Belirtmek gerekir ki illiyet bağı olmadan idarenin toplumsal olay ve terör eylemlerinden sorumluluğu düşünülemez. Dolayısıyla sosyal risk ilkesinin sorumluluk hukuku açısından geçerli bir ilke olduğunu söylemek mümkün değildir. İlliyet bağı olmasa dahi sosyal devlet ilkesi, dayanışma ilkesi, hukuk devleti ilkesi gibi genel hukuk kurumlarının bu illiyet bağına sağladığını düşünmek de doğru değildir. Eğer bu ilkelerle hareket edecek olursak idarenin sebep olmadığı her türlü zarardan idareyi sorumlu tutmak mümkün hale gelecektir. Eğer illiyet bağı olmadan idarenin sorumluluğu yaratılmak isteniyorsa yukarıda

⁴⁶Türk Hukuku'nda sosyal risk ilkesi ile ilgili olarak doktrin görüşleri ve Danıştay kararları için bkz. s. 15 vd.

belirttiğimiz üzere yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır⁴⁷. Nitekim Türkiye’de bu konuda çok önemli bir adım atılmıştır. 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanmasını Hakkında Kanun ile idarenin terör eylemlerinden doğan zararlardan sorumluluğu hüküm altına alınmıştır. Böylece terör eylemleri neticesinde doğan zararlardan idare ile zarar arasında illiyet bağı olmasa dahi idare mezkûr kanun uyarınca sorumlu tutulacaktır. Ancak terör eylemleri açısından sorun çözülmüş gözükse de toplumsal olaylar açısından tartışma halen devam etmektedir.

D. Türk Hukukunda Sosyal Risk İlkesi ve Uygulaması

1. Genel Olarak

Sosyal risk ilkesi içtihadi bir ilkedir. Bu ilke Türk hukukunda doktrin ve yargı içtihatlarıyla ayakta tutulmaktadır. Her ne kadar içtihadi nitelikte de olsa Türk hukukunda sosyal risk ilkesinin normatif yansıması olarak değerlendirilebilecek bir takım kanuni adımlar atılmıştır. Ancak bu kanunlar 2004 yılına kadar benzer tüm toplumsal olaylar için uygulanabilecek genel nitelikte değil sadece birtakım spesifik toplumsal olaylar için ihdas edilmiştir⁴⁸. 17 Temmuz 2004 tarihinde gelindiğinde ise tüm terör olaylarında uygulanabilecek 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanmasını Hakkında Kanun çıkarılmıştır. Bu kanun ile terör eylemlerinden zarar görmüş kişilerin zararlarının belirli usul ve esaslar çerçevesinde idarece giderilmesi hedeflenmiştir. Böylece sosyal risk ilkesi terör eylemleri kapsamında uygulanabilirliğini kaybetmiştir. Zira sosyal risk ilkesi, toplumsal olay ve terör eylemlerinin neden olduğu zararların tazminini öngören herhangi bir yasal düzenleme olmadığı için, teorileştirilen ve uygulamaya konulan içtihadi bir ilkedir. İlgili kanun çıkarıldığı için içtihadi nitelikteki bu ilkenin tartışılmasının ve uygulanmasının artık gereği kalmamıştır.

⁴⁷ GÖZLER, s. 1213.

⁴⁸ Örneğin; 6684 sayılı kanun sadece 6-7 Eylül 1955 tarihlerinde İstanbul ve İzmir’de meydana gelen toplumsal eylemler sebebiyle oluşan zararın telafisi için çıkarılmıştır. Bkz., ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 474-475; GÖZLER, İdare Hukuku, s. 1215; KÖKSAL, s. 268; AKYILMAZ, Sosyal Risk, s. 170; AZRAK, s. 143.

5233 sayılı kanun, sadece terör olayları kapsamında oluşan zararların tazminini öngören bir kanundur. Bu kanuna göre idare terör eylemleri neticesinde ortaya çıkan zararı, kuracağı “zarar tespit komisyonları” ile telafi edecektir. Terör eylemlerinden doğan zararların tazmini açısından artık sosyal risk ilkesi değil 5233 sayılı kanun esas alınacaktır. Muhal farz ortada bir terör eylemi ve bu eylemden doğan bir zarar söz konusu olursa bu zararı telafi edecek olan organ sosyal risk ilkesine göre değil mezkûr kanuna göre hareket edecektir. Terör eylemleri dışındaki toplumsal olaylarda ise sosyal risk uygulanabilirliğini devam ettirecektir. Dolayısıyla çalışmamızın bundan sonraki kısmında Türk hukuku açısından sosyal risk ilkesini ve uygulamasını sadece toplumsal olaylar etrafında değerlendireceğiz. Terör eylemlerinden doğan zararın idarece tazminini öngören 5233 sayılı kanun çalışmamızda değerlendirme konusu yapılmayacaktır.

2. Toplumsal Olaylarda Sosyal Riskin Uygulanması

Sosyal risk, Türk idare Hukuku’nda uygulamaya yönelik olarak üzerinde görüş birliği sağlanamayan konulardan biridir. Hiç şüphesiz bunun altında yatan en büyük etken sosyal risk ilkesinin içtihatlarla ayakta duran bir ilke olmasıdır. Bu özelliği sebebiyle hem doktrinde hem Danıştay kararlarında sosyal risk ilkesi farklı şekillerde yorumlanmıştır. Toplumsal olaylarda idarenin sosyal risk ilkesi kapsamında sorumluluğunu değerlendirmeden önce bu farklı görüşlerin ortaya konulması faydalı olacaktır.

a. Doktrinin Yaklaşımı

Doktrinde idarenin toplumsal olaylarda sosyal risk ilkesi gereğince sorumlu olup olmayacağı noktasında görüş birliği yoktur. Doktrindeki görüşleri üç farklı şekilde ele almak mümkündür:

İlk olarak; doktrinde kimi yazarlar sosyal risk ilkesini sorumluluğun genel teorisine aykırı bulmaktadır. GÖZLER’e göre idarenin toplumsal olaylardan sosyal risk ilkesine göre sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Yazara göre toplumsal olaylar idareden değil göstericilerden kaynaklanmaktadır. Böyle bir durumda illiyet bağı mevcut değildir ve

idarenin sorumlu tutulması sorumluluk hukukuna aykırılık teşkil edecektir⁴⁹. AKYILMAZ'a göre idare ile zarar arasında illiyet bağı kurulmadan idareyi sorumlu tutmak yani sosyal risk ilkesini uygulamak, anayasanın “idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” ilkesine aykırı olacaktır⁵⁰. ÇAĞLAYAN ise illiyet bağının sorumluluk hukukunun temel şartı olduğunu, bu şart olmadan idarenin sosyal risk ilkesi gereğince sorumluluğunun mümkün olmadığını savunmaktadır. Yazara göre idare, toplumsal olaylardan ancak kusuru varsa hizmet kusuru kapsamında sorumlu tutulabilir⁵¹. Sosyal risk ilkesini sorumluluk hukuku açısından muteber görmeyen yazarlar özetle idarenin sorumluluğuna gidilebilmesi için ortaya çıkan zararlar idari bir işlem veya eylem arasında illiyet bağı olmasını şart koşmaktadır. İlliyet bağının olmadığı yerde sorumluluk ta olmayacaktır. Sonuç olarak bu görüşe göre idarenin bu tarz eylemlerden sosyal risk ilkesi gereğince kusursuz sorumlu olması mümkün değildir.

Doktrinde bir ikinci görüş; idarenin toplumsal olay ve terör eylemlerinden dolayı hizmet kusuru kapsamında sorumlu olmasını savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarların başında gelen GÜNDAY'a göre terör olaylarının önlenmesi idarenin görevlerinden birisidir ve bu görev yerine getirilemiyorsa ortada hizmet kusuru vardır. Yazar bu yüzden toplumsal olaylar sonucu doğan zararlardan dolayı idarenin kusur sorumluluğuna göre sorumlu olacağını savunmaktadır. Yine yazara göre sosyal risk ilkesi, idarenin toplumsal olaylar karşısında çaresizliğini yansıtmakta ve idareyi hizmet kusurundan aklamaktadır⁵². Sonuç olarak bu görüş de tıpkı birinci görüş gibi sosyal risk ilkesini sorumluluk hukukunun dışında tutmakta ancak birinci görüşten farklı olarak idarenin toplumsal olay ve terör eylemlerinden dolayı hizmet kusuru kapsamında kusurlu sorumlu olduğunu savunmaktadır.

⁴⁹ GÖZLER, İdare Hukuku, s. 1214-1215.

⁵⁰ AKYILMAZ, Sosyal Risk, s. 195.

⁵¹ ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 471-472.

⁵² GÜNDAY, s. 381.

Doktrinde üçüncü görüş ise idarenin toplumsal olay ve terör eylemelerinden dolayı sosyal risk ilkesi kapsamında kusursuz sorumlu olduğunu kabul etmektedir AZRAK' a göre idare kusuru olmaksızın önleyemediği ya da daha büyük zararlara yol açmamak adına önlemekten kaçındığı toplumsal olaylardan nedensellik bağı olmasa dahi sosyal risk ilkesi gereğince sorumludur⁵³. AVCI' ya göre ise idare toplumsal olaylar neticesinde oluşan zararlardan nedensellik bağı olmasa dahi sosyal devlet olmanın gereği olarak sorumludur. Yazara göre 1982 Anayasası'nın 125. maddesinde idarenin sadece kendi eylem ve işlemlerinden sorumlu olacağına dair herhangi sınırlama yoktur⁵⁴. Sonuç olarak mezkûr yazarlara göre idarenin toplumsal olaylardan sorumlu tutulabilmesi için zarar ile idarenin eylem ve işlemleri arasında herhangi bir illiyet bağının olmasına gerek yoktur. İdare illiyet bağı olmasa dahi bu tür zararları tazmin etmekle yükümlüdür⁵⁵.

b. Danıştay'ın yaklaşımı

İdarenin toplumsal olaylardan sosyal risk ilkesi gereğince sorumluluğu konusunda, yasal bir düzenleme olmadığı, bu konun doktrin ve yargı kararlarıyla ayakta tutulduğu söylenmişti. Dolayısıyla idari yargı kolunda yüksek mahkeme olan Danıştay'ın bu konudaki kararları da önem arz etmektedir.

Danıştay sosyal risk ilkesini; idarenin yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan bir diğer ifadeyle kendisiyle illiyet bağı kurulabilen zararları

⁵³ AZRAK, s. 136-137; Benzer görüşler için bkz., AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 164-165; KALABALIK, s. 565.

⁵⁴ AVCI, s. 61-62.

⁵⁵ SANCAKDAR, sosyal risk kavramını açıklarken “sosyal risk ilkesi, kamu düzenini bozma hatta anayasal düzeni yıkmaya yönelik terör eylemleri sırasında, zarar görenlerin bu zararlarının idarece tazmini amaçlamaktadır. ... Çünkü terörü önlemek idarenin görevidir”, bkz., SANCAKDAR, s. 779, Kanımızca bu bakış açısı bizi idarenin terör eylemlerinden dolayı hizmet kusuru kapsamında kusurlu sorumluluğu olduğu gerçeğine götürecektir. Ancak sosyal risk ilkesinin kusursuz sorumluluk kapsamında istisnai niteliktedir ve bu sorumluluk haline idareye atfedilebilir herhangi bir kusur söz konusu değildir

tazmin yükümlüğünün bir istisnası olarak görmüş ve ilkenin bilimsel ve yargı içtihatlarıyla kabul edildiğini belirtmiştir⁵⁶.

Danıştay, toplumsal olaylar neticesinde oluşan zararlardan idarenin sorumlu olup olmayacağı ve sosyal risk ilkesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tutarlı bir yaklaşım sergilememiştir. Kimi kararlarında idarenin sorumlu olmadığına karar vermiş kimi kararlarında idarenin hizmet kusuru kapsamında sorumlu olacağını kabul etmiş kimi kararlarında ise sosyal risk ilkesi kapsamında kusursuz sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Şimdi Danıştay'ın bu kararlarını farklı başlıklar altında inceleyelim:

aa. İdarenin Sorumluluğu Söz Konusu Olmaması: Danıştay'ın önüne 1978 tarihinde gelen bir davaya konu olayda Ankara'da EGO'ya ait bir belediye otobüsünden inen bir gruba, meydanda bulunan diğer bir grup, ideolojik nedenlerle, taşlı saldırıda bulunmuş, neticede otobüs zarar görmüştür. İçişleri Bakanlığı aleyhine açılan tazminat davasında Danıştay şu kararı vermiştir:

“...Kamu hizmetlerinin yürütülmesi dolayısıyla idarenin tazminat ödemekle yükümlü tutulabilmesi için ortada idarî bir eylemin bulunması, bu eylemden zarar meydana gelmesi, bu idari eylem ile zarar arasında nedensellik bağı bulunması gerekir. Zarar doğuran eylemin bağlanabilmesinden sonra doğan zararın kusurlu veya kusursuz sorumluluk ilkelerine göre tazmini cihetine gidilmesi söz konusu olabilir.

Bakılan davada zarar, doğrudan doğruya bir idari ajanın fiilinden doğmamıştır. Zararın, idarenin polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu ile ve diğer yasalarla kendisine verilen emniyet ve asayiş sağlama görevini

⁵⁶ “İdarenin hukuki sorumluluğu sadece kusur esasına hizmet kusurna dayanmamakta, idare, kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin, doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen, zararları tazminle yükümlüdür. Ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir. Kollektif sorumluluk anlayışına dayalı sosyal risk adı verilen bu ilke, bilimsel ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir.” Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 992/3372, Karar No: 993/3777, Karar Tarihi: 13.10.1993, (TAN, s. 470-471; AKYILMAZ, Sosyal Risk, s. 172-173.).

gereği gibi yerine getirmemesinden ve zamanında gerekli önlemleri almamasından doğduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bir kamu hizmeti olan kolluk görevinin, zarar doğurması kuvvetle muhtemel olaylardan idare önceden haberdar edilmediği veya bu gibi eylemlerin olabileceğine ilişkin ortada ciddi belirti-ler bulunmadığı sürece genel nitelikteki önlemlerle yürütülmesi doğaldır. Bu itibarla olayın oluş biçimine göre, zararın davalı idarenin gerekli önlemleri almamasından meydana geldiği kabul edilemeyeceğinden, zararın idarenin olumlu ve olumsuz eyleminden doğduğu söylenemez. Olayda genel nitelikte önlemlerle yetinmiş bulunması da idarenin tazminle yükümlü tutulmasını gerektirmez.

Davacının uğradığı zararın sosyal hasar kuramına göre tazmini gerekip gerekmeyeceğine gelince; Fransa ve Almanya'da genel nitelikteki yasal düzenlemelerle uygulamada ve kuramda yer verilmiştir. Ülkemizde ise belli sosyal olaylardan doğan zararların tazmininde yasakoyucu bu yola gitmemiş; genel bir düzenleme yapılmamıştır. Doktrinde benimsenen görüşe göre, bir zararın sosyal hasar kuramına göre tazmin edilebilmesi için, bu zararın toplumsal bir ayaklanma, kargaşa veya harp nedeniyle gelmiş bulunması, zarar doğuran olayı önlemek idarenin görevinden olmasına karşın idarenin kusuru olmaksızın önleyememiş bulunması veya daha büyük zararlara sebebiyet vermemek için önlemekten bilerek kaçınması gerekir.

Davacı kuruluşa ait otobüsün 31.5.1978 günü Ankara Yıldırım Beyazıt Meydanında saat 13 sıralarında kimliği belirsiz bazı kişilerin oluşturduğu bir gurubun taşlı saldırısına uğramasına ilişkin olayda yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmemesi karşısında davalı idarenin sosyal hasar kuramına göre tazminatla yükümlü tutulmasına da olanak bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle doğan maddi zarar ile kolluk hizmeti arasında nedensellik bağı bulunmadığından ve ayrıca olayın niteliği

sosyal hasar kuramının uygulanmasına da elverişli görülmediğinden tazminata ilişkin davanın reddine... »⁵⁷.

Karara bakıldığında öncelikle idarenin hizmet kusuru açısından sorumlu tutulamayacağı hüküm altına alınmış. Zira emniyet görevlilerinin her zaman ve her yerde tedbir alamayacağını somut olayda da emniyetin herhangi bir kusuru olmadığına dolayısıyla idarenin kusur sorumluluğuna gidilemeyeceğine hükmedilmiştir.

Yine Danıştay'a göre idarenin burada sosyal risk kapsamında kusursuz sorumluluğu da söz konusu değildir. Zira Danıştay doktrine atıfla sosyal risk kapsamında idarenin sorumlu tutulabilmesi için zararın bir ayaklanma, kargaşa ve bir harp sebebiyle olması gerektiğini düşünmektedir.

ab. İdare Kusur Sorumluluğuna Göre Sorumlu Olması:

Danıştay bazı kararlarında ise idarenin yeterli önlemleri almaması nedeniyle dolayı hizmet kusuru bakımından sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Kayserispor-Sivasspor maçı sonrasında 38 Sivaslının ölmesi neticesinde Sivas'ta yapılan protesto eylemlerinde Kayserililere ait bazı dükkân, işyeri ve otellerin yakılmasıyla ilgili olarak açılan tazminat davasında Danıştay “...*davalı idare, bütün tedbirlerin alındığını iddia etmekteyse de, gösteriler esnasında tahriplerin yapılmış olması, alınmış tedbirlerin kifayetsizliğini gösterdiğinden, kamu hizmetinin noksan ifası suretiyle meydana gelen zararın... tazminine...*” şeklinde hüküm tesis etmiştir⁵⁸. Danıştay'a göre kitle hareketlerinden dolayı doğan zarar idarenin kusurundan kaynaklanmaktadır ve idare bu zarardan kusur sorumluluğuna göre sorumludur. Danıştay'ın bu yöndeki kararlarından birkaçı aşağıdaki şekildedir:

⁵⁷Danıştay 12. Dairesi, Esas No: 1979/515, Karar No: 1980/3750, Karar Tarihi: 16.10.1980, (ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 476-477); Danıştay'ın benzer bir başka kararı için bkz., Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 1982/2952, Karar No: 1982/777, 12.04.1982, YAŞAR, s. 442-443.

⁵⁸Danıştay 12. Dairesi, Esas No: 1968/1992, Karar No: 1969/543, Karar Tarihi: 24.03.1969, (GÖZLER, İdare Hukuku, s. 1216-1217).

- Danıştay'ın 1968 tarihli kararına konu olan olayda, Elbistan ilçesinde mezhep ayrılığı nedeniyle çatışmalar meydana gelmiş ve bu olaylar esnasında davacının işyeri zarar görmüştür. Açılan davada Danıştay, “...ilçe halkının can ve mal güvenliğini gereği gibi sağlayamayan, hizmet personeli üzerindeki denetimi yapamayan idarenin hizmet kusuru açık olduğundan tazminat isteminin kabulüne...” karar vermiştir⁵⁹.

- Amerika'ya karşı düzenlenen protesto gösterileri sırasında, davacıya ait işyeri tahrip edilmiştir. Açılan davada Danıştay, “...hadisenin oluşumunda idareye atfi kabil bir hizmet kusurunun bulunmadığı sonucunun çıkarılmaya-cağı, ... gösteriler esnasında tahrip olayının meydana gelmiş olması, idarenin can ve mal güvenliğinin sağlanması yönünden yeterli tedbirleri almadığını göstermektedir...” yönünde karar vermiştir⁶⁰.

- Kayseri'de 1970 tarihinde Türk Öğretmen Sendikası'nın düzenlediği kongre sırasında şehirde bazı patlamalar olmuş, bunun üzerinde gösteriler başlamış, gösteriler sırasın-da da bir işyeri tahrip edilmiştir. Açılan davada Danıştay, “... yaptırılan tespite göre saat 10.30'dan 14.30'a kadar dört saat süre ile sözü geçen işyerinin tahrip ve yağmalandığı halde bu arada hiçbir polis veya görevlinin hadise mahalline gelmediği... anlaşıldığından idarenin hizmetin kusurlu işlemesi sonucu doğan zararları tazmin etmesi gerekir...” şeklinde hüküm vermiştir.

- Tokat'ta 7 Aralık 1979'da meydana gelen kitle olayları sırasında bir kişinin işyeri tahrip edilmiştir. Açılan davada Danıştay şu şekilde karar vermiştir⁶¹: “...Devletin başta gelen önemli görevi kişilerin can ve mal güvenliğini korumaktır. İdare, kendisine verilen bu görevin yerine

⁵⁹ Danıştay 12. Dairesi, Esas No: 68/140, Karar No: 68/1183, Karar Tarihi: 21.05.1968, (GÖZÜBÜYÜK, Şeref, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, AÜSBFD. C.50, s. 194; ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 478-479).

⁶⁰ Danıştay, 12. Dairesi, Esas No: 68/2424, Karar No: 69/1911, Karar Tarihi: 24.11.1969, (ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 479).

⁶¹ Danıştay 12. Dairesi, Esas No: 82/2823, Karar No: 82/1321, Karar Tarihi: 17.05.1982, (ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 479).

getirilmesi amacıyla önce yeterli örgütleri kurmak, bu örgütlere olayların üstesinden gelebilecek gerekli personel ile hizmetin gereği araç ve olanakları sağlamakla yükümlüdür. Yine idare can ve mal güvenliğine tecavüzlerin yapılma olasılığı bulunduğu haller-de bu olaylara karşı engelleyici yeterli ve etkin önlemleri almak zorundadır. Her ne kadar davalı idare, savunmasında gerekli önlemlerin alındığını buna rağmen olayların meydana gelmesinin önlenemediğini ileri sürmekte ise de, güvenlik kuvvetlerinin olayların gelişmesini önleyememiş olmaları hali bile gerekli önlemlerin zamanında alınmadığını veya alınan önlemlerin yeterli ve etkin olmadığını göstermektedir...”

- Ankara'nın Dikmen semtinde mezhep ayrılığı nedeniyle çıkan olaylarda bir kişinin evi tahrip olmuştur. Açılan davada Danıştay, “...can ve mal güvenliği korunması gereken vatandaşların, mal güvenliğinin korunmaması şeklinde ortaya çıkan, kamu hizmetlerinin kuruluş ve yerine getirilişindeki yetersizlik ve önleyici koruma görevinin işleyişindeki kusurluluk açık olduğundan, mey-dana gelen zararın davalı idarece tazmini gerekir...” demiştir⁶².

- Sivas'ta 2 Temmuz 1993 tarihinde çıkan olaylarda, Madımak Otelinin göstericiler tarafından yakılması sonucu oluşan zararlar için açılan davada Danıştay şu kararı vermiştir⁶³: “...Kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması devletin asli görevidir. İdarenin bu görev yerine getirmek, kamu düzeni ve esenliğini sağlamak üzere kolluk örgütünü kurması, gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri zamanında laması gerektiği açıktır. ... Davalı idarenin... protesto eylemlerinin başlamasından otelin yakılmasına kadar geçen yedi saate yakın bir süre kalabalığı dağıtmaya, etkisiz hale getirmeye yönelik girişimlerde yetersiz kaldığı, önleyici kolluk tedbirlerini almadığı, kalabalığı dağıtmaya yarayacak araç ve gereçlerini hazır

⁶² Danıştay 10. Dairesi, Esas No: 82/785, Karar No: 82/2310, Karar Tarihi: 17.11.1982, (ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 480).

⁶³ Danıştay, 10. Dairesi, Esas No: 94/7359, Karar No: 95/3359, Karar Tarihi: 12.07.1995, (ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 480; SANCAKDAR, s. 784.).

bulundurmadığı, özetle hizmetin geç ve kötü işlenmesi sonucu uyumsuzluk konusu zararların meydana geldiği anlaşılmaktadır...”

Yukarıda kararlar bir bütün olarak incelendiğinde Danıştay toplumsal olaylardan ve doğan zarardan idareyi kusurlu görmüştür. Danıştay’a göre idarenin bu tarz eylemleri önleme ve gerekli tedbirleri alma yükümlüğü vardır. Bu yükümlülük yerine getirilmediği zaman hizmet kusuru doğar ve idare kusur sorumluluğuna göre sorumlu olur.

ac. İdare Kusursuz Sorumluluk Esasına Göre Sorumlu Olması:

Danıştay’ın 1961 tarihli bir kararında, 1950-1960 yılları arasında cereyan eden kitle hareketleri nedeniyle uğranılan zararlar için açılan davada, *“Anayasanın teminatı altında bulunan neşir, sayüamel hürriyeti ile mal masuniyetinin bu suretle halk tarafından ihlâli halinde ika edilen zararın bir veya birkaç kişiye yüklenmesine idare hukuku esasları hak ve nesafet kaideleri dahi mesaf vermeyeceğine binaen”* ifadesiyle kusursuz sorumluluk kavramına vurgu yapmıştır.

Gaziantep’te polis takibi sırasında bir kişi ölmüştür. Ölenin yakınları 14 Kasım 1968 tarihinde hükümet binasının önünde toplanarak gösteri yapmışlar ve binayı taşa tutmuşlardır. Bu olaylar sırasında Maliye Bakanlığı’nda hesap uzmanı olarak çalışan birisinin otomobili tahrip olmuştur. Açılan tam yargı davasında Danıştay, idarenin kusursuz sorumlu olduğuna şu cümlelerle karar vermiştir: *“... Olayların gelişiminde idareye atfi kabil herhangi bir kusurun bulunup bulunmadığı, davanın niteliği bakımından haizi ehemmiyet görülmemiştir. Can ve mal güvenliğinin sağlanması devletin başta gelen görevlerinden olduğuna göre, bu olaylarla hiçbir ilgisi bulunma-yan davacının uğradığı zararın idarece tazmin edilmesi hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir...”*⁶⁴.

Yukarıdaki kararlarında ise Danıştay idarenin toplumsal olaylardan doğan zararlardan sosyal risk ilkesi bağlamında kusursuz sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Ancak söz konusu kararlarda Danıştay sosyal risk ilkesi yerine “hak”, “hakkaniyet”, “nefeset” gibi ifadeler kullanmıştır.

⁶⁴Danıştay 12. Dairesi, Esas No: 1969/1746, Karar No: 1971/2478, Karar Tarihi: 06.11.1971, (GÖZLER, İdare Hukuku, s. 1215-1216).

Danıştay idarenin bu ilkelere dayanarak toplumsal olaylar sonucunda zarar kişilerin zararlarının tazmin edilmesini savunmaktadır.

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Hem doktrin hem de Danıştay kararlarına bakıldığında idarenin toplumsal olaylardan sorumlu olup olmayacağı hususunda, olacaksa da hangi sorumluluk türüne meselenin çözüleceği noktasında görüş birliği yoktur. Danıştay kararları ve doktrinin yaklaşımını ayrı ayrı değerlendirdiğimizde aşağıdaki sonuca ulaşılmaktadır:

Danıştay'ın yukarıda zikrettiğimiz kimi kararlarında ve doktrinde bir görüş; toplumsal olaylarda idarenin kusur sorumluluğuna göre sorumlu olacağını savunmaktadır. Bu görüşün yer aldığı Danıştay kararları ve doktrin görüşlerinde ortak olan temel yaklaşım idarenin bu tür eylemleri engellemekle mükellef olduğu, engelleyemiyorsa kusurlu olduğu yönündedir. Belirtmekte fayda var ki her toplumsal olayda idareye atfedilir bir kusurdan bahsetmek mümkün değildir. Zira toplumsal olaylar aniden cereyan edebilen kitle hareketleridir. Özellikle sosyal medya ve iletişim vasıtaları sayesinde hızlı bir şekilde örgütlenen kitleler, idare her türlü önlemi alsa bile 3. kişilere zarar veren toplumsal olayların doğmasına neden olabilmektedir. İdare sekiz kollu bir ahtapot veya bir tanrı değildir. İdare, toplumsal olayların ne zaman ve nerede olacağını her zaman bilemez. Bugün toplumsal olaylarının birçoğu demokratik bir şekilde yapılması planlanan toplantı ve gösterilerin akabinde gerçekleşmektedir. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Kanunu'nun 3. maddesi herkesin önceden izin almaksızın silahsız ve saldırısız olarak gösteri yapabileceğini hüküm altına almaktadır. Toplantı ve gösteri yürüyüşleri için serbest sistem değil de izin sistemi olsaydı belki idarenin, izin alınan eylem için gerekli tedbirleri almadığı yaklaşımı savunulabilirdi. Böyle bir ihtimal de olmadığı için idarenin toplumsal olaylarda hizmet kusuru kapsamında sorumlu tutulması çok sık karşılaşılan bir durum olmaktan çıkmaktadır. Sonuç olarak idarenin

kusuru olmasa bile her toplumsal olaydan idarenin hizmet kusuru kapsamında sorumlu olacağını öngören görüşe katılmıyoruz.

İdarenin toplumsal olaylarda hizmet kusuru kapsamında sorumlu olacağını savunan görüş dışındaki Danıştay ve doktrin görüşlerine göre ise idare toplumsal olaylardan sosyal risk ilkesi gereğince kusursuz sorumludur. Buna karşı çıkan bir diğer kesim ise sosyal risk ilkesini sorumluluk hukuku açısından cari kabul etmemekte idarenin sorumlu olmayacağını savunmaktadır. Sosyal risk ilkesi toplumsal olaylar ve terör eylemlerinden doğan zararın üçüncü kişilerin nezdinde bırakılmaması, idareye yükletilmesi için doğmuştur. Bu ilke gereğince idare her türlü toplumsal olaydan doğacak zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu görüşü savunan Danıştay kararları ve doktrin görüşüne göre illiyet bağının eksikliği önemli değildir. İlliyet bağı olmasa dahi idare toplumsal olaylar neticesinde oluşan zararlardan sorumludur. İdare toplumsal olaylardan doğan zararları “hak”, “hakkaniyet”, “nefaset” gibi hukukun genel ilkeleri ile “sosyal devlet”, “hukuk devleti” gibi anayasal ilkelere dayanarak telafi etmelidir. Bir anlamda idare ile toplumsal olaylar arasındaki rabıtayı bu ilkeler sağlamaktadır. Kanaatimizce, illiyet bağının olmadığı yerde sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir. Zira illiyet bağı ister kusurlu olsun ister kusursuz olsun sorumluluk hukukunun temel şartıdır⁶⁵. Toplumsal olaylardan doğan zararlardan idarenin sosyal risk kapsamında sorumlu olacağı ilkesi; masum kişilerin zor durumda bırakılmaması, “devlet toplum için vardır” düsturu gibi daha çok vicdani, siyasi ve örfi yaklaşımların sonucudur. Yine devletin bu tür olaylardan anayasada yer alan sosyal devlet ilkesi ve hukuk devleti ilkesi gibi ilkelere kaynaklı olarak sorumlu olacağını söylemek muteber bir yaklaşım değildir. İster kusurlu sorumluluk olsun ister kusursuz sorumluluk olsun yukarıda değindiğimiz gibi “illiyet bağı” olmazsa olmaz bir şarttır. Anayasa’nın 125. maddesi açıkça idarenin “kendi eylem ve işlemlerinden” bahsetmektedir. “Kendi” ifadesi bariz bir şekilde idarenin bünyesinden kaynaklı bir eylem veya işlemi aramaktadır. İdareye atfedilmesi mümkün

⁶⁵ İlliyet bağının kusursuz sorumluluk açısından önemi için bkz., YILDIZ, s. 148.

olmayan toplumsal olaylardan idareyi sorumlu tutmak en başta anayasanın 125. maddesine aykırılık teşkil eder. Anayasanın bu sarih hükmü karşısında hukuk devleti ve sosyal devleti ilkesinden bahsederek idareyi sorumluluk dairesine almak oldukça zorlama bir yaklaşım olacaktır.

Şu an için uygulamada bir kitle hareketi ve bu hareketin sonucunda bir zarar oluşmuşsa öncelikle zarara neden olan eylemin niteliğine bakılmalıdır. Eğer 5233 sayılı kanunun kapsamında değerlendirilebilecek bir terör eylemi söz konusuysa mezkûr kanun uygulanacaktır. Bir kitle hareketinin terör eylemi mi yoksa toplumsal olay mı olduğunun tespiti kanunlarla belirlenen idari merciler veya mahkemeler tarafından gerçekleştirilecektir. Örneğin; kitle hareketinin terör eylemi olup olmadığını belirlemek üzere 5233 sayılı kanunda “zarar tespit komisyonları” düzenlenmiştir⁶⁶. Zarar tespit komisyonlarının mad. 5’te düzenlenen görevlerinden⁶⁷ biri meydana gelen zararın terör eylemi

⁶⁶ Zarar tespit komisyonları illerde; bu Kanun kapsamında yapılacak başvurular üzerine on gün içinde kurulur. Komisyon, bir başkan ve altı üyeden oluşur. Valinin görevlendireceği vali yardımcısı komisyonun başkanı; maliye, bayındırlık ve iskân, tarım ve köyleri, sağlık, sanayi ve ticaret konularında uzman ve o ilde görev yapan kamu görevlilerinden vali tarafından belirlenecek birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı olanlar arasında görevlendirilecek bir avukat komisyonun üyesidir. Komisyonun başkan ve üyeleri her yıl ocak ayının ilk haftasında yeniden belirlenir. Eski üyeler yeniden görevlendirilebilirler. İş yoğunluğuna göre aynı ilde birden fazla komisyon kurulabilir. Komisyonun başkan ve üyelerine ayda altıdan fazla olmamak üzere her toplantı için (500) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutar üzerinden toplantı ücreti ödenir. Bu ödemeler, damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaz. Komisyon salt çoğunlukla toplanır ve kararlar üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alınır. Komisyonun çalışma esas ve usulleri yönetmelikle belirlenir. (mad. 4)

⁶⁷ Zarar ve tespit komisyonunun görevleri şunlardır: a) Zarar görenin veya mirasçılarının başvurusu hâlinde bu Kanun kapsamına giren bir zararın bulunup bulunmadığını tespit etmek. B) Kamu kurum ve kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca uygulanmış projelerin, zararın giderilmesine katkıları; zarar görenin değerlendirebileceği enkaz ve diğer yararlar; sigorta şirketlerince veya ilgili mevzuata göre kamu kurum ve kuruluşları ile sosyal güvenlik kuruluşlarınca ödenen tazminatlar, tedavi ve cenaze giderleri ile Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonundan yapılan yardımların zarar miktarından mahsup edilmesi suretiyle belirlenen ve 9 uncu veya 10 uncu maddelere göre yapılan nakdî veya aynî ödeme miktarını içeren sulhname tasarılarını hazırlamak. C) Sulhname tasarısının kabul edilmemesi veya 12 nci maddenin ikinci fıkrasına göre kabul edilmemiş sayılması hâllerinde bir uyuşmazlık tutanağı

sonucu olup olmadığının tespitidir (mad. 5/a). Eğer söz konusu komisyon, meydana gelen kitle hareketinin bir terör eylemi olmadığı kanısına varırsa zarar görenin zararı 5233 sayılı kanun uyarınca karşılanmayacaktır⁶⁸. Komisyonun kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Eğer başvuru eylemin bir terör eylemi olduğunu ve bu sebeple komisyon kararının yanlış olduğunu düşünüyorsa idari yargıya başvurabilecektir. Mahkeme ya eylemin terör eylemi olduğunu ya da toplumsal olay olduğunu tespit edecektir. Eğer terör eylemi olduğunu tespit ederse davacının zararı 5233 sayılı kanuna göre karşılanacak, terör eylemi boyutuna varmayan bir toplumsal olay olduğunu tespit ederse bu durumda idarenin kusuru araştırılacak yoksa idarenin sorumluluğu doğmayacaktır. Bu durum toplumsal olaylardan idarenin sorumluluğu noktasında açık bir yasal boşluğu göstermektedir. Sonuç olarak toplumsal olaylardan doğan zararların idarece tazminini öngörece bir yasal düzenleme, hem doktrindeki tartışmaları sonlandıracak hem de uygulamadaki sorunları giderecektir.

Bu noktada şu soru sorulabilir: Toplumsal olaylardan dolayı oluşan zararları kim nasıl tazmin edecektir? Bu tür zararlarda idareyi sorumluluktan muaf tutarsak ortaya çıkan zararlar, zarar gören baş başa kalacak, mağduriyetler doğacaktır. Bu zararların telafisi ve mağduriyetlerin giderilmesi için sosyal risk ilkesi dışında içtihadî nitelikte olmayan somut çözüm yollarına başvurulmalıdır. Örnek çözüm yolları olarak şunlar gösterilebilir:

düzenleyerek bir örneğini ilgiliye tebliğ etmek. D) Başvuranın, bu Kanun kapsamına giren bir zararının bulunmadığının tespit edilmesi hâlinde, buna ilişkin karar tutanağı düzenleyerek bir örneğini ilgiliye tebliğ etmek (mad. 5).

⁶⁸ Bu noktada 2013 yılında başlayan Gezi parkı olayları somut bir örnek teşkil etmektedir. Gezi parkı olayları demokratik eylem olarak başlayıp beraberinde çevre esnafın, özel araçların, mülklerin zarar gördüğü bir kitle hareketine dönüşmüştür. Gezi parkı olaylarında zarar gören esnaf mülki amirliklerden zararlarının tazminini istediklerinde; mülki amirlik söz konusu eylemlerin birer terör eylemi olmadığı dolayısıyla 5233 sayılı kanun uyarınca zararın karşılanamayacağını belirtmiştir⁵². “Gezi, terör eylemi değil diye esnafın zararı ödenmedi” başlıklı haber için bkz., http://www.zaman.com.tr/gundem_gezi-teror-eylemi-degil-diye-esnafin-zarari-odenmedi_2220527.html, Erişim Tarihi: 09.10.2015.

Sadece terör eylemlerinden doğan zararların tazminini düzenleyen 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılmasını Hakkında Kanun gibi toplumsal olaylardan doğan zararlardan için de yeni bir kanun ihdas edilebilir. Düzenlenecek bu kanunla idarenin toplumsal olaylardan doğan zararı belirli usul ve şartlar çerçevesinde karşılanması hüküm altına alınır. Ya da 5233 sayılı kanunun, tüm toplumsal olayları kapsayacak şekilde genişletilmesi yoluna da gidilebilir.

Toplumsal olaylardan doğacak zararları önlemek adına başvurulacak bir diğer çözüm yolu ise, Fransa'da bu tür olaylardan doğacak zararın karşılanmasını amaçlayan bir fonun oluşturulmasıdır⁶⁹. Bu fon ya anayasa ya da kanun ile oluşturulabilir. Fon idarenin gelir kalemleriyle, özel kişi ve kurumların desteğiyle ayakta tutulabilir. Bu fon ile birlikte hızlı bir şekilde zararların bürokratik işlemlere takılmadan telafisi sağlanabilir. Bu amaçla kurulacak fon ulusal nitelikte olabileceği gibi bölgesel nitelikte de olabilir. Özellikle Türkiye'nin belirli şehir veya bölgelerinde toplumsal olayların yoğun bir şekilde gerçekleştiği bilinen bir gerçektir. Bu durumda bu şehir ve bölgelerde oluşacak zararın tüm ülke tarafından karşılanması yerine o şehir veya bölgenin desteği ile oluşturulan bir fon ile karşılanması öngörülebilir. Böylece maddi kayba uğramak istemeyen halk toplumsal olayların tezahür etmemesi için kitlelere baskı oluşturabilir.

Sonuç olarak idare, sosyal risk ilkesi gereğince toplumsal olaylardan sorumlu tutulamamalıdır. Zira sosyal risk ilkesi, sorumluluk hukukunun unsurlarından “illiyet bağı” bünyesinde taşımamaktadır. Ancak idarenin toplumsal olayların tezahüründe veya gelişmesinde kusuru

⁶⁹ Fransa'da terörist eylemler nedeniyle meydana gelen zararların tazmini açısından 1986 tarihli ve 86-1020 sayılı yasa ile özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bir fon kurulmuştur (Le Fonds d'indemnisations des victimes des actes de terrorisme). Bu kanuna göre, Fransa toprakları üzerindeki ve dışındaki tüm Fransız vatandaşları bu kanunun kapsamındadır. Böylece idarenin faili meçhul cinayetler, terör eylemleri gibi kitlesel hareketlerden doğan zararlardan malen kurtulması hedeflenmiştir. Bkz., ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi, s. 482.

varsa hiç şüphesiz hizmet kusuru kapsamında sorumluluğu doğacaktır. İdarenin terör eylemlerinden sorumluluğu ise 2004 yılında çıkarılan 5233 sayılı kanun ile mümkün hale gelmiştir. Dolayısıyla terör eylemleri açısından sosyal risk ilkesinin bir önemi kalmamıştır. Toplumsal eylemler neticesinde oluşan zararın idarece karşılanması mümkün olmadığına göre bu yönde tıpkı 5233 sayılı kanun gibi yasal düzenlemelerin yapılması veya bu zararları karşılama amacını taşıyan bir fonun kurulması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKPINAR Mahmut / YEŞİLBAŞ, Mehmet, “Sosyal Risk Bağlamında Devletin Objektif Sorumluluğu, ve 5233 Sayılı Yasanın Pratiği”, www.e-akademi.org (*Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*), S. 115, Eylül 2011, ss. 1-29.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, GÜHFD, C.IX, Sy.1-2, 2005, ss. 188-215. (Kısaltılmışı: AKYILMAZ, Sosyal Risk).
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Ahmet Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Kasım 2009.
- ATAY, Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Turhan, 2012.
- AVCI, Adem, **Yargı Kararları Işığında Terör Eylemlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- AZRAK, Ali Ülkü “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 135 vd.

- ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 28-29 Mayıs 2009, Ankara, s. 451-495. (Kısaltılmışı: ÇAĞLAYAN, Sosyal Risk İlkesi).
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdare Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2007.
- DERDİMAN, Cengiz, İdare Hukuku, 3. Baskı., Bursa, Alfa Aktüel, 2010.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, 8. Bası, Ekim 2003, İstanbul.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, AÜSBFD. C.50, ss. 193-200.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, 2009 Bursa.
- GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, 10. Baskı.
- GÜNDAY, s. 378; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Kasım 2014.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara 2016.
- KALABALIK, Halil, **İdarenin Temel Kavram ve Kurumları**, Sayram Yayınları, Mart 2014.
- KANETİ, Selim “Özel Hukuk Alanında Toplumsal Hasar Temeline Dayanan Sorumluluk”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, ss. 147-150.

- KÖKSAL, Mustafa, “Risk İlkesinin İdareye Yüklelediği Külfetler ve Güncel Yargı Kararları”, TBB Dergisi, S. 85, 2009, ss. 241-272.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, M. Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Marifet Basımevi, İstanbul 1952.
- SANCAKDAR, Oğuz, **İdare Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ağustos 2013, Ankara.
- TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Eylül 2014.
- TAŞÇI, Ufuk “Türkiye’de Toplumsal Olaylara Politika Müdahale Politikasının Analizi”, Polis Akademisi GBE, Ankara 2013.
- YAŞAR, Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul 2013.
- YILDIZ, Hayrettin, “İdarenin Sosyal Risk Sorumluluğunda İliyet Meselesi”, TBB Dergisi, Ocak-Şubat 2015, Sayı 116, s. 135-178.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, C. I, Ankara, Yetkin, 2012.

COGNITIO EXTRA ORDINEM'DEN GÜNÜMÜZE DELİL VE İSPAT YÜKÜ

Arş. Gör. Seda KAYNAK*

ÖZET

Roma Hukukunda özel hukuka ilişkin davalarda, delil ve ispat konusu zaman içinde gelişme göstermiş ve günümüzde esas alınan sistemin temelleri atılmıştır. Özellikle Sistem Dışı Yargılama usulünün uygulanmaya başlanması ile günümüz yargılamasına benzer şekilde davalar tek bir aşamada ve devlet memuru statüsündeki kişiler önünde görülüp karara bağlanmıştır. Sistem Dışı Yargılama usulünde her ne kadar deliller kategorik olarak sınıflandırılmasa da her bir delilin ispat gücü belirlenmiştir. Bu dönemde hem “gerçeğe ulaşma” görüşü egemen olmaya başladığından hem de hâkimin hukuk kuralını bilmesi ve buna uygun karar vermesi ilkesi benimsendiğinden yargılama faaliyeti taraflar üstü bir öneme sahip olmuştur. Bu çerçevede, delillerin elde edilmesi hususunda tam bir soruşturma yapmak ve gerçeği tespit etmek hâkimin görevi haline gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: Roma Hukuku, medeni yargılama hukuku, delillerin değerlendirilmesi, *Cognitio Extra Ordinem*, delil ve ispat yükü, ispat hakkı.

* Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, sedakaynak@uludag.edu.tr.

FROM THE COGNITIO EXTRA ORDINEM TO PRESENT: EVIDENCE AND BURDEN OF PROOF

ABSTRACT

The issue of proof and evidence was improved in due time in Roman civil procedure, and had a basis of the contemporary civil procedure. In particular, with the *Cognitio Extra Ordinem* way of judging, in a similar way to the contemporary procedure, the cases started to be heard and determined at one session and before people who were public officers. In *Cognitio Extra Ordinem*, even though evidences were not classified categorically, conclusiveness force of every single evidence was determined. In this period, not only the approach of “attaining of fact” started to become the prevailing opinion but also the principle that a judge needed both to know the rules of law was adopted and to decide accordingly, the processes of judging gain an importance top of the parties. Within this scope, it had become the duty of the judge to make an overall investigation of the matter of concern for the attainment of evidence and to discover the facts.

Keywords: Roman Law, Civil Procedural Law, consideration of evidence, *Cognitio Extra Ordinem* burden of proof, right to prove.

I. GİRİŞ

Krallık Dönemi’nden başlayarak M.S. 342 yılına kadar devam eden *Ordo Iudiciorum Privatorum* (Özel Yargılama Sistemi veya Hususi Mahkemeler Nizamı) adı verilen sistemin belirgin özelliği yargılamanın *magistra* ve hâkim (*iudex*) veya hakem (*arbiter*) önünde bölünmesi dolayısıyla iki safhada görülmesiydi. Bu sistemde, uyuşmazlığı karara bağlayan hâkim (*iudex*) veya hakem

(*arbiter*) özel kişi olduğundan, bu sisteme Özel Yargılama Sistemi veya Hususi Mahkemeler Nizamı denilmektedir.

Ordo Iudiciorum Privatorum adı verilen sistemin ihtiyaçlara cevap verememesi sebebiyle M.S. 4. yüzyıldan itibaren Sistem Dışı Yargılama bütün imparatorlukta uygulanan tek usul haline gelen *Cognitio Extra Ordinem* (Sistem Dışı Yargılama ya da Nizam Harici Usul) yeni bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızda, günümüz Medeni Yargılama Sisteminin kaynağını oluşturan nitelikteki *Cognitio Extra Ordinem* adı verilen sisteme ait delil ve ispat konusu incelenecektir. Öncelikle, *Cognitio Extra Ordinem* adı verilen sistemde genel olarak delillerin değerlendirilmesi üzerinde durulacak, daha sonra, günümüz Medeni Yargılama Sistemi ile karşılaştırmalı olarak delil ve ispat konusu ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

II. ROMA USUL HUKUKU'NDA DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ AÇISINDAN COGNITIO EXTRA ORDINEM USULÜNE KISA BİR BAKIŞ

Principatus Dönemi'nin başından itibaren *Ordo Iudiciorum Privatorum* (Özel Yargılama Sistemi)¹ sisteminin yanında birtakım özel durumlarda uygulanmaya başlayan *Cognitio Extra Ordinem* (Sistem Dışı Yargılama ya da Nizam Harici Usul) Roma Hukukunda yeni bir sistem olarak karşımıza çıkmaktadır. Özel Yargılama Sistemi'nden farklı bir usul olması ve başlangıçta sadece

¹ Roma Hukukunda hakların himayesi kapsamında temelde iki usul karşımıza çıkmaktadır. Bunlar, *Ordo Iudiciorum Privatorum*(Özel Yargılama Sistemi veya Hususi Mahkemeler Nizamı) ve *Cognitio Extra Ordinem*(Sistem Dışı Yargılama ya da Nizam Harici Usul) olarak adlandırılan usul sistemleridir. Ayrıca, *Ordo Iudiciorum Privatorum*, kendi içinde *Legis Actio* ve *Formula* yargılaması olarak ikiye ayrılmaktadır.Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması**, Yeni Medeni Kanun'a Göre Uyarlanmış 16. Bası, Ankara, 2013, Yetkin Yayınları, s. 275; Cahit Oğuzoğlu, **Roma Hukuku**, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959, s. 328).

eyaletlerde² uygulanması sebebiyle bu sisteme Sistem Dışı Yargılama ya da Nizam Harici Usul denilmiştir³. Sistem Dışı Yargılama, aslında yeni bir sistem değildi. Zira Roma'nın başarılı savaşlar sonucunda egemenliği altına alarak, eyalet statüsüne soktuğu ve atadığı valilerle yönettiği ülkelerde davanın görülmesinde Sistem Dışı Yargılama usulü uygulanıyordu⁴.

İmparator Augustus zamanından başlayarak uygulanmaya başlanan bu usul, İlk İmparatorluk Dönemi'nin başlarında idari davalara da uygulanıyordu. Ayrıca, bazı istisnai hallerde özel hukuk davalarında da bu usule müracaat edilirdi. Özellikle vesayet, hürriyet, toplumu çok ilgilendiren kira meseleleri, denizcilik davaları ve vasiyete ilişkin ihtilaflarda nizam harici usul uygulanırdı⁵.

² Eyaletlerde ortaya çıkan özel hukuk uyuşmazlıkları, Roma ve İtalya'da uygulanan usule göre değil, her eyaletin kendi hukukları(Roma tarafından işgal edilmeden önce yürürlükte olan hukukları) ve Roma'nın o eyaletin idaresi için çıkarmış olduğu kanunlara göre çözümlenmekteydi. (Özcan Karadeniz Çelebican, s. 308; Bülent Tahiroğlu-Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku**, Der Yayınları, 7. Basım, İstanbul, 2011, s. 262).

³ Ziya Umur, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi-Mefhumlar-Hakların Himayesi**, "Roma Hukuku", Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 611; Karadeniz Çelebican, s. 312; Şahin Akıncı, **Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş ve Kaynaklar-Hukukun Genel Kavramları-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku-Eşya Hukuku-Usul ve İcra Hukuku**, Sayram Yayınları, Altıncı Baskı, Konya, 2013, s. 353; Tahiroğlu-Erdogmuş, s. 261; Kadir Gürten-Eşref Küçük, "Roma Hukukunda *Actio* Kavramı ve Tarihsel Gelişimi", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 477; Selçuk Özbek, "Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 51, S. 1-4, İstanbul 1985, ss. 335-372, s. 360; William L. Burdick, **The Principles Of Roman Law And Their Relation To Modern Law**, The Lawbook Exchange Edition, 2012, Copyright 1938, New Jersey, s. 665.

⁴ Karadeniz Çelebican, s. 312; Bahar Öcal, "Roma Yargılamasında İspat Yükü", **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2006, s. 92.

⁵ W. W. Buckland, **The Main Institutions Of Roman Private Law**, Cambridge At The University Press, Cambridge, 2011, s. 386; Burdick, s. 666-667; Akıncı, s. 353; Tahiroğlu-Erdogmuş, s. 262.

Aynı şekilde, sosyo-ekonomik şartların yarattığı yeni ilişkiler dolayısıyla özel kişiler arasındaki ihtilaflarda Sistem Dışı Yargılama uygulanmaya başlandı⁶. Zira *ius civile'de*⁷ öngörülme-yen birtakım uyumsuzlukların Özel Yargılama Usulü'ne göre çözümlenmesi mümkün değildi. Örneğin; öğretmenlik, avukatlık, doktorluk gibi kafa gücünü gerektiren faaliyetleri yapan kişiler, yaptıkları faaliyetin karşılığı olarak ücret talep edemiyorlardı⁸. Öte yandan nafaka, vesayet, miras gibi toplumu yakından ilgilendiren hususlardan doğan ihtilaflarda hâkime geniş takdir yetkisi verilmesi gerektiği düşüncesi ileri sürüldü ve kabul gördü⁹. Söz konusu geniş takdir yetkisinin tarafların seçecekleri özel yargıca bırakılması düşünülemezdi. Bu nedenle, devlet memuru statüsündeki hâkimin davayı baştan sona görmesi esası kabul edilmiştir.

Roma Hukukunda günümüzdekinden farklı olarak, ceza hukuku, kamu ceza hukuku ve özel ceza hukuku olarak ikiye

⁶ Öztek, s. 361, Karadeniz Çelebican, s. 312; Akıncı, s. 353; Öcal, s. 93.

⁷ *Ius Civile*: "Roma vatandaşlarına ait hususi hukuka verilen isim olup, çeşitli bakımlardan ayrı ayrı manalara gelmekte idi. 1) Eski ve dar manasıyla *ius civile*, örf ve âdetin ve *comitia* kanunlarının, hukukçular tarafından tefsiri neticesinde doğmuş olan hukuk. 2) Magistra'ların çıkardığı *edictum*'ların yarattığı hukuk (*ius honorarium*) karşılığı olarak, örf ve adetlerle kanunların yarattığı hukuk. 3) *Ius gentium*'un, yani yabancı kavimlere de tatbik olunan hukukun karşılığı olarak, yalnız Roma vatandaşlarına tatbik edilen hukuk. 4) Bütün kavimlere müşterek olan hukuk manasına gelen *ius naturale* mukabili, yalnız Roma devletinde uygulanan Roma hukuku; bu manasıyla *ius civile*, hem eski vatandaşlar hukuku, hem magistralar hukuku (*ius honorarium*) hem de kavimler hukuku (*ius gentium*)'nu ihtiva etmekte idi." (Umur, "Lügat", s. 100).

⁸ *Digesta* 50, 4; C. 10, 41'e göre, avukatlık, doktorluk, öğretmenlik gibi şerefli sayılan bir meslek icra ettiği için, hukuki yollarla ücret isteyemeyen kimselere, kendiliğinden ödenen şeref ücretine *honorarium* denilir. Şeref ücreti, bir dava ile istenemez; fakat Sistem Dışı Yargılama yoluyla, yaptığı işten dolayı kişiyi şereflelendirmek için bir çeşit hediye gibi verilir.

⁹ Karadeniz Çelebican, s. 313; Akıncı, s. 354; Öcal, s. 94; Burdick, s. 666, 670.

ayrılmaktaydı¹⁰. Roma Hukukunda suç ve haksız fiil kavramları birbirinden ayrılmamıştı¹¹. Roma Ceza Hukuku, ahlaki ödevde aykırılık teşkil eden davranışları haksız fiil niteliğinde kabul edip cezalandırmaktaydı. Haksız fiil, devletin varlığına zarar vermek veya Tanrı'yı kızdırmak şeklinde kamusal alanda gerçekleşirse *delicta publica* ya da *crimen* denilen devlete veya Tanrı'ya karşı işlenmiş bir suç oluştururken; bireylerin çıkarlarını zedelemek şeklinde özel hukuk alanında gerçekleşirse *delicta privata* denilen suçu oluşturur¹². İlk halde, cezalandırma yetkisi devlete ya da Tanrı'ya aitti. Dolayısıyla her Roma vatandaşı kamu hukuku suçunu cezalandırma yetkisine sahipti. İkinci halde ise, cezalandırma yetkisi çıkarı bizzat zedelenen mağdura aitti. Başka bir deyişle, işlenen suç ne kadar ağır olursa olsun devlet kovuşturma ve cezalandırma aşamalarına dâhil olmamaktaydı. *Delicta privata* teşkil eden suçlar, ceza mahkemelerinde değil, özel hukuk mahkemelerinde görülmekteydi¹³. Belirtelim ki, özel hukuk alanına

¹⁰ A. Wilinski, "Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı", Çev. Belgin Erdoğan, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt I, S. 1, Diyarbakır, 1983, ss. 329-335, s. 329; Sevgi Kayak, "Roma Ceza Yargılama Hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma Yöntemleri", **Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan**, D&R Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 155-185, s. 155, 156.

¹¹ Günümüz Ceza Hukuku'nda haksız fiil ve suç kavramları birbirlerinden ayrılmış olup "suç" kavramından söz edebilmek için ancak kanun koyucu tarafından yasal düzenlemeye kavuşturulmuş bir haksız fiilin bulunması gerekir. Bu anlamda, günümüzde, her suç bir haksız fiil teşkil ederken, her haksız fiil bir suç teşkil etmez. (Karadeniz Çelebican, s. 247)

¹² Andreas B. Schwarz, **Roma Hukuku Dersleri**, C. I, Çev. Türkan Rado, 7. Bası, Doğan Kardeş Yayınevi, İstanbul, 1965, s. 68; Karadeniz Çelebican, s. 248; Wilinski, s. 329; Kayak, s. 156. Roma Hukukunda kamu ceza hukuku ve özel ceza hukuku ayrımı var olmakla birlikte, hangi haksız fiilin kamusal alanda hangi haksız fiilin özel hukuk alanında suç teşkil ettiğinin belirlenmesi tamamen rastantisaldır. Bu nedenle, zaman zaman kamu ve özel hukuk suçlarının listesi yasalarla oluşturulmuştur. On İki Levha Kanunu'nda tipik özel hukuk suçu olarak hırsızlık gösterilmektedir (Kayak, s. 158-159).

¹³ Schwarz, s. 68-70; Karadeniz Çelebican, s. 248-249; Wilinski, s. 330; Kayak, s. 157. En eski devirlerde mağdur, haksız fiille kendisine zarar vereni bizzat yakalar, tutuklar, suçlar ve cezalandırırdı. Ancak yargılama yetkisinin *magistra*'ya bırakıldığı dönemlerde,

giren suçların ceza yargılaması medeni yargılama hukukunun içinde yer almakla birlikte, asıl çalışma konumuzun dışında kaldığından ayrıntılı olarak değinilmeyecektir. Ancak şu kadarına işaret etmekte fayda vardır ki, gerek davaların *magistra* ve *iudex* (hâkim) veya *arbiter* (hakem) önünde olmak üzere iki aşamada görüldüğü ve hâkim ya da hakemin özel kişi olduğu *Ordo Iudiciorum Privatorum*'un (Özel Yargılama Sistemi) uygulandığı dönemde, gerekse davaların tek aşamada görülmeye başlandığı ve hâkimin devletin atadığı memur sıfatını kazandığı *Cognitio Extra Ordinem*'in (Sistem Dışı Yargılama ya da Nizam Harici Usul) uygulandığı dönemde özel hukuk alanına giren suçlar özel mahkemelerde ve medeni yargılama usulüne göre görülmüştür¹⁴. Öte yandan, kamu otoritesinin güçlenmesi ve devlet düzeninin yerleşmesiyle birlikte kamu ceza hukukunun kapsamı genişlemiştir. Zira özel ceza hukukunun kapsamına giren pek çok suç kamu ceza hukukunun kapsamına dâhil edilmiştir¹⁵. Görüldüğü üzere, Roma ceza yargılaması kendine özgü bir yapıya sahiptir.

M.S. 294'te İmparator *Diocletianus*, *magistra*'ları¹⁶ zorunlu olmadıkça anlaşmazlıkları özel hâkimlere göndermeden bizzat

suçlar, özel hukuk mahkemelerinde özel yargılama usulüne göre görülmüştür (Wilinski, s. 329-330; Kayak, s. 156-157).

¹⁴ Wilinski, s. 330-332; Kayak, s. 159-160. Kamu hukuku suçları bakımından, *Principatus* Dönemi'de *Cognitio Extra Ordinem* uygulanmaya başlamıştır. Bu dönemde cezalar yasalarla belirlenmekle beraber, hâkim, suçun objektif ve sübjektif tüm koşullarını serbestçe değerlendirerek hüküm verirdi (Wilinski, s. 329-332; Kayak, s. 165).

¹⁵ Kayak, s. 184.

¹⁶ *Magistra*: "Roma'nın çeşitli devirlerinde devletin başında bulunan büyük memurlara verilen isim. Billhassa, krallık, cumhuriyet ve *principatus* devirlerinde, devlet idaresinin üç büyük organından birisi (Diğerleri: *Senatus*; *Populus*). Krallık devrinin tek magistrası: *Rex*. Cumhuriyet devrinde belli başlı magistralar: *Imperium*'u olan *Dictator*; *Consul*; *Praetor* ve *imperium*'u değil, *protestas*'ı olan: *Censor*; *Quaestor*; *Aedilis Curulis* ile preblerin magistraları *Tribunus plebis* ve *Aedilis plebis*. *Principatus* devrinde faaliyetleri azalmış bulunan bu magistraların üstünde yeni bir *magistra*, *princeps*, ortaya çıkmıştı. Son imparatorluk devrinde eski magistraların, isimleri yine mevcut fakat

kendilerinin çözmelerine ilişkin bir emirname çıkarmıştır. M.S. 342’de çıkarılan bir emirname ile de *formula usulü*¹⁷ “birtakım yararsız kelime oyunları” olarak nitelendirilerek bütünüyle uygulamadan kaldırılmıştır.¹⁸ M.S. 4. yüzyıldan itibaren Sistem Dışı Yargılama bütün imparatorlukta uygulanan tek usul haline gelmiştir¹⁹. Sistem Dışı Yargılama, çağdaş usul ve icra hukukunun dayandığı birtakım temel ilke ve kuralların kaynağını oluşturması sebebiyle, günümüz yargılama sistemi bakımından önemli bir yere sahiptir²⁰.

Sistem Dışı Yargılama’nın en önemli özelliği, davaların tek bir aşamada ve devlet memuru statüsündeki kişiler önünde

faaliyetleri, imparatorun yanında, hiç mesabesinde idi. Roma devletin en karakteristik devri olan *respublica* sırasında büyükleri *comitia centuriata*’da, küçükleri *comitia tributa*’da seçilen magistralar: Birden fazla olmakta (umumiyetle iki kişi); görevleri muvakkat bulunmakta (umumiyetle bir sene); magistralkıktan sonra bir fert gibi sorumlulukları muhafaza etmekte ve nihayet, ücret almamakta idiler.” (Ziya Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, “Lügat”, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 131).

¹⁷ *Formula*: “Adi mahkemeler nizamında (*ordo iudiciorum privatorum*), *legis actio*’lardan sonra uygulanan usul. M.Ö. 110 seneleri civarında çıkan *lex Aebutia* ile kanuni hale gelen ve bir *lex Iulia* ile tek usul olan *formula* usulüne göre, magistra, taraflara, ihtilaflarına uygun bir *formula* vererek onları hâkime gönderirdi. *Formula*’da evvela tarafların seçtikleri hâkim veya hâkimlerin isimleri yazılır, ondan sonra, *intentio* denilen kısımda, şartlı bir cümle ile davacının iddiası belirtilir; *condemnatio* isimli kısımda, hakime, bu iddia ispat edilebildiği takdirde beraat ettirilmesi emri verilir. *Formula*’nın diğer belli başlı kısımları, *demonstratio*, *fictio*, *adiudicatio* ve, davalı lehine, *exceptio* idi.” (Umur, “Lügat”, s. 75).

¹⁸ Erkan Küçükgüngör, “Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat”, **Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan**, BATİDER, Ankara, 1998, s. 490; Karadeniz Çelebican, s. 313; Akıncı, s. 354; Burdick, s. 669.

¹⁹ *Dominatus*(Son İmparatorluk) Devrinde, Sistem Dışı Yargılama’nın yanı sıra, istisnai bazı hallerde özel muhakame usulleri uygulanırdı. Bunlar : *Per rescriptum principis* (imparatorun yazılı cevabıyla) usulü; *summaria cognitio* (kısa muhakeme usulü); *episcopalis audentia* (piskopos önünde yargılama) usulü idi. (Umur, “Roma Hukuku”, s. 632 vd; Karadeniz Çelebican, s. 364 vd.).

²⁰ Umur, “Roma Hukuku”, s. 616; Küçükgüngör, s. 490; Gürten-Küçük, s. 477; Karadeniz Çelebican, s. 313; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 263; Akıncı, s. 355; Öcal, s. 94.

görülmesi ve karara bağlanmasıydı²¹. Bu şekilde daha basit ve daha az şekilci bir prosedürle uyuşmazlığı çözmek mümkün olmuştu.

Bu usulde, hâkim bir *formula* ile bağlı olmaksızın takdir yetkisini kullanabiliyordu. Davacının talep hakkı olduğu gibi davalının da talep hakkı bulunmaktaydı. Mahkûmiyetin sonucu mutlaka paraya ilişkin olmak zorunda değildi. Taraflar davanın her aşamasında iddia ve savunmalarını değiştirebilirler ve hâkim tarafların taleplerini dikkate alırdı. Taraflar hâkimin vereceği karara karşı on gün içinde bir üst makama başvurabilme hakkına sahipti²².

Sistem Dışı Yargılama'da davanın başlangıcı iddia sahibinin mahkemeye müracaatı ile olurdu. Ancak, iddia sahibinin dava etmek istediği kişiyi hâkim önünde bulundurma zorunluluğu yoktu. Günümüzde olduğu gibi, mahkeme davalıya gereken *litis denuntiatio* (resmi çağrı)'yu yapardı. Anlaşılacağı üzere, daha dava başlangıcında, devlet egemenliğini kullanmaktadır. Tarafların her ikisinin veya vekillerinin²³ hâkimin önünde bulunmaması davanın görülmesine engel olmazdı. Şayet yapılan üç çağrıya rağmen davalı hâkim önünde hazır bulunmazsa, dava “gıyabi usul” (*in absentia*)

²¹ Buckland, s. 385; David Johnston, **Roman Law In Context(Key Themes In Ancient History)**, Cambridge University Press, UK, 1999, s. 121; Şakir Berki, **Roma Hukuku, Giriş ve Roma Hukukunun İçinde İnkışaf Ettiği Devirler-Dava Hukuku-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku-Ayni Haklar ve Borçlar Hukuku**, Nur Basımevi, Ankara, 1949, s. 88; Cahit Oğuzoğlu, s. 349; Karadeniz Çelebican, s. 312; Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Usul Hukukuna Plus Petitio Yasağı ve Medeni usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 31; Akıncı, s. 355; Umur, “Roma Hukuku”, s. 612; Öztekin, s. 360.

²² Türkoğlu Özdemir, s. 93 vd.; Öztekin, s. 361; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 491; Burdick, s. 669; Johnston, s. 122.

²³ *Iustinianus* Dönemi'nden evvel taraflar kendilerini bir *cognitor* (belli bir uyuşmazlık hakkında tayin edilen vekil) ile temsil ettirme imkânına sahipti. *Iustinianus* Dönemi'nde ise, *procurator* (genel yetkili vekil) müessesesi kabul edilmiştir. (Öztekin, s. 365; Karadeniz Çelebican, s. 296). Sistem Dışı Yargılama' da mahkemede temsile ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Johnston, s. 129-130.

ile görülürdü. Zira artık davaların görülmesi devletin bir fonksiyonu haline gelmişti. Davaya katılmamasına rağmen davalının haklarını korumak devletin bir görevi olarak kabul edilmekteydi. Öte yandan davacı hâkim önüne gelmezse, davaya bakılmaması mümkündü. Ancak, davalı zan altında kalmak istemez ve beraat etmek isterse, davayı sonuna kadar sürdürebilirdi²⁴.

Günümüzde, Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz benzer düzenlemeler içermektedir. HMK m. 150/1,2 hükmüne göre; “*Usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflar, duruşmaya gelmedikleri veya gelip de davayı takip etmeyeceklerini bildirdikleri takdirde dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar verilir Usulüne uygun şekilde davet edilmiş olan taraflardan biri duruşmaya gelir, diğeri gelmezse, gelen tarafın talebi üzerine, yargılamaya gelmeyen tarafın yokluğunda devam edilir veya dosya işlemiden kaldırılır. Geçerli bir özrü olmaksızın duruşmaya gelmeyen taraf, yokluğunda yapılan işlemlere itiraz edemez.*”

Sistem Dışı Yargılama’da, hâkim, davacı ve davalının iddia ve savunmalarını dinledikten sonra *litis contestatio* (davanın saptanması)²⁵ muamelesi düzenlenirdi. *Litis contestatio*, bu

²⁴ Buckland, s. 386-388; Burdick, s. 670; Berki, s. 90-91; Oğuzoğlu, s. 350; Umur, “Roma Hukuku”, s. 618-620; Öztekin, s. 363; Karadeniz Çelebican, s. 316-317; Akıncı, s. 356-357; Tahiroğlu-Erdoğmuş, s. 264.

²⁵ *Litis Contestatio*: “Davanın tespiti. Bilhassa hususi mahkemeler nizamı (*ordo iudiciorum privatorum*) usulü sırasında, davanın siklet merkezi olan ve ihtilafli taraflar arasında yapılan anlaşma. *Legis actio*’lar zamanında tarafların, kararına uyacaklarını kabul ettikleri bir hâkimi, magistranın kontrolü altında ve şahitler huzurunda seçmeleri idi. *Formula* usulünde, yine magistranın kontrolü altında hâkimin seçilmesi, ihtilafın hudutlarının tespiti ve ihtilafın ne yolda halledileceği hususlarını ihtiva eden yazılı bir *formula*’yı tarafların kabul etmeleri idi. *Formula* usulünde, aynı davanın artık bir daha açılmaması gibi, mühim neticeleri olan bu muamele, Nizam harici usulde (*cognitio extra ordinem*) önemini kaybetmiş, tek safhada cereyan eden davanın bir anı olmuştu.” (Umur, “Lügat”, s. 128).

sistemde yalnızca davanın taraflarının ve konusunun tespitini sağlayan basit bir usuli muameledir²⁶.

Sistem Dışı Yargılama'da, davalar kapalı salonlarda görülür ve herkese açık olmazdı. Fakat hâkim kararlarını aleni olarak vermek zorundaydı. Davanın görülmesi sırasında yazılı vesikalar düzenlenmesi gerekirdi. Bu sebeple, davalar davanın önemine göre belli bir ücrete tabi kılınmıştır²⁷.

III. İSPAT YÜKÜ

Kelime anlamı olarak, tespit etme, belirleme, sabitleme anlamına gelen ispat, bir iddianın doğru ve gerçek olup olmadığı konusunda hâkimde kanaat uyandırma faaliyetidir²⁸. Taraflar, ispat faaliyeti kapsamında, taleplerini dayandırdıkları hukuk kuralında yer alan koşul vakıaların karşılığını teşkil eden somut vakıaları ortaya koymalı, somutlaştırma yükü çerçevesinde somut vakıaları ispatlamaya elverişli hale getirmeli ve delillerini ibraz etmeliler²⁹. Anayasa m. 36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 hükmünde temel bir hak olarak düzenlenen ispat faaliyetinde bulunabilme hakkının esas itibariyle, medeni usul hukuku bakımından HMK m.

²⁶ Buckland, s. 389-390; Burdick, s. 669; Oğuzoğlu, s. 350; Karadeniz Çelebican, s. 317; Akıncı, s. 357; Tahiroğlu-Erdoğmuş, s. 265; Türkoğlu Özdemir, s. 39; Zira Sistem Dışı Yargılama'da "*litis contestatio*"nın yapılmış olması, aynı uyumsuzluk konusunda dava açılmasına engel teşkil etmezdi ve bu aşamadan sonra uyumsuzlukla ilgili olarak değişiklik yapılması mümkündü. Aynı şekilde, bu muamelenin yapılması için her iki tarafın hazır bulunmasına gerek yoktu. (Karadeniz Çelebican, s. 318).

²⁷ Berki, s. 88; Oğuzoğlu, s. 349; Umur, "Roma Hukuku", s. 617.

²⁸ Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi", **İsbat Yükü**, "İsbat Yükü", Yeniden Yazılmış-Genişletilmiş 2. Baskı Hazırlayan Ejder Yılmaz, Kazancı Matbaacılık Sanayii, 1980, s. 1; Baki Kuru-Ramazan Arslan-Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 351; Hakan Pekcanitez-Oğuz Atalay-Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 643.

²⁹ İspat hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nur Bolayır, "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları", **Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan**, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2104, ss. 555-585, s. 555.

27 hükmü ile garanti altına alınan hukuki dinlenilme hakkının bir parçası olduğunu önemle vurgulamak gerekir³⁰. Bu anlamda, tarafların ve uyuşmazlıkla ilişkisi bulunan üçüncü kişilerin iddia ve savunmalarını ortaya koyabilmeleri için ispat hakkının fiilen kullandırılması gerekir.

İspat yükü, uyuşmazlık konusu hukuki işlem veya vakıaların kimin tarafından ispat edileceği sorunudur. Hâkimin yargılamada tam bir kanaat edinmemesi halinde, hükmün kimin aleyhine verileceğini ispat yükü belirler³¹. Aksi halde, deliller uyuşmazlığı çözmede hâkime yeterli kanaat verirse, ispat yükünün kimin üzerinde olduğu önem taşımaz.

Medeni Yargılama Hukukumuzda, ispat yükü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 6 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre; *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”* İsviçre Medeni Kanunu’ndan alınan bu hüküm, İsviçre Hukuku’na Fransız Medeni Kanunu’ndan geçmiştir. Söz konusu hüküm, ispat yükü sorununu tek başına çözmeye yeterli olmadığından, aynı doğrultuda olacak şekilde ispat yükü, HMK m. 190 hükmünde tekrar düzenlenmiştir. Buna göre; *“İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkararak tarafa aittir.”* Burada, kendi lehine hak çıkaracak olan tarafın ispat yükü altında olduğu belirtilmiş, iddiayı hangi tarafın ileri sürdüğüne hukuki sonuç bağlanmamıştır. Genellikle, kendi lehine hak çıkaracak olan taraf

³⁰ Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 568; Bolayır, s. 557.

³¹ Umar, “İsbat Yükü”, s. 2; Mehmet Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, “Delillerin Değerlendirilmesi”, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1990, s. 74.

davacı olursa da, her davada ispat yükünün davacıda olacağını söylemek yanlış olur³².

Sistem Dışı Yargılama'da üzerinde durulması gereken en önemli değişiklik, hâkimin tüm hukuk kurallarına uygun bir şekilde yargılamayı yürütüp karar vermesiydi. Zira o dönemde de hâkimin hukuk kurallarını bildiği kabul edilirdi. Hâkimin hukuk kurallarını ihlal eden kararlarının geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalma riski olduğundan, hâkim, ispat yüküne ilişkin kuralları göz ardı etmemeliydi³³.

Roma Hukukunda ispat hakkı, “bir hususu ispat etmek imkânı varsa, kısıtlanmaması gerekir” esasına dayanmaktadır³⁴. İspat külfetinin davacının üzerinde olduğu kuralı, (*actori incumbit probatio*: ispat davacıya düşer) Klasik Dönemde olduğu gibi Sistem Dışı Yargılama'da da geçerliydi³⁵. Aynı şekilde, davalı da ileri sürdüğü def'ilerin doğruluğunu ispat yükü altındaydı³⁶.

³² Örneğin; boşanma davası açan eş, boşanma sebeplerinin oluştuğunu ispat etmelidir. Buna karşılık, zamanaşımı süresinin dolduğunun ileri sürülmesi halinde, ispat yükü davalı taraftadır. (Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 670); HMK m. 190/1 hükmünün, TMK m. 6 hükmünün tekrarı niteliğinde olduğuna ve bir uyumsuzluk konusu vakıa üzerindeki ispat yükü, o vakıadan hukuki sonuç çıkaran kişinin üzerinde olduğuna ilişkin olarak bkz. Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 574-575.

³³ Sistem Dışı Yargılama ile ispat yüküne ilişkin belirli sınırlamalar getirilmiştir. Örneğin, *Diocletianus* zamanında hukukçular tarafından yapılan bir genelleme ile, davalı iddiasını ispat edemeyeceğini söylediği zaman, davalı aksini göstermeye mecbur değildi. Aynı imparator döneminde “engelleyici ya da yasaklayıcı” bir koşul ileri süren tarafın bunu kanıtlaması gerektiği belirtilmişti. (Öcal, s. 107).

³⁴ Mehmet Kamil Yıldırım, “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilmiş Deliller”, “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları”, **Erdoğan Teziç'e Armağan**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 861-871, s. 861.

³⁵ Küçükgüngör, s. 491; A. Nadi Günel, **Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 52.

³⁶ Berkî, s. 92; Oğuzoğlu, s. 350; Umur, “Roma Hukuku”, s. 623; Öztekin, s. 366; Akıncı, s. 357; Tahiroğlu-Erdoğmuş, s. 265; Türkoğlu Özdemir, s. 40.

Öte yandan, bu dönemde *veritas*(gerçek)'a ulaşma görüşü egemen olmaya başlamıştır. Zira özellikle *Constantinius* dönemi kaynaklarında *veritas*'a ulaşma kavramı üzerinde durulmaktadır. Sistem Dışı Yargılama'nın kendine özgü özelliği de dikkate alındığında, yargılama faaliyetinin taraflar üstü bir öneme sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle, dönemin hukukçuları, hâkimin ispat yükünü taraflar arasında eşit bir şekilde dağıttığını kabul etmekteydi³⁷.

İmparatorluk Dönemi'ne ait kaynaklarda ispat yüküne ilişkin metinlere rastlamak mümkündür. *Codex Theodosianus* 11. 39. 1'e göre; "*Imp. constantinus a. aurelio helladio. etsi veteris iuris definitio et retro principum rescripta in iudicio petitori eius rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et iustitia moti iubemus, ut, si quando talis emergerit causa, in primordio iuxta regulam iuris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat; sed si deficiat pars eius in probationibus, tunc demum possessori necessitas imponatur probandi, unde possideat vel quo iure teneat, ut sic veritas examinetur. dat. nainso xv kal. octob. paulino et iuliano cons.*"³⁸

Buna göre, "Her ne kadar antik dönem hukuk kuralları ve önceki imparatorların emirnameleri ile mahkemede ileri sürmüş olduğu mülkiyet iddiasını ispat yükünün davacıda olacağı tayin edilmişse de, kendi adalet ve eşitlik duygularımız bizi harekete geçirir ve buyururuz; ne zaman ki, yargılamanın başında böylesine bir dava ileri sürülür, hukuk kurallarına göre, iddia sahibi uyuşmazlık konusu şeyi nereden elde ettiğini ispatlamalıdır. Eğer davası ispattan yoksun ise, o takdirde ispat yükü nihayet davalı

³⁷ Öcal, s. 102-103.

³⁸ Öcal, s. 103.

üzerinde olacaktır. Davalı dava konusu şeyin zilyetliğinin kaynağını ve hangi hakka dayanarak elinde elde bulundurduğunu kanıtlamalıdır. Böylece gerçek araştırılmış olacaktır”.

Görüldüğü üzere, bu usulde, gerçeğin tespit edilmesine önem verilmiştir. İstihkak davasında, mülkiyet iddiasını iler süren davacı ispat yükü altındadır. Davacı, uyuşmazlık konusu eşyayı nereden aldığını ispat etmelidir. Aksi takdirde, ispat yükü davalı tarafa geçecektir. Davalı, uyuşmazlık konusu eşyayı nereden aldığını ispat edebilirse, davayı kazanacaktır.

Codex Theodosianus 4. 4. 2'ye göre ise; “Imppp. valentin., theodos. et arcad. aaa. proculo pf. u. quae codicillis aut epistolis nobis necessitudinibusve nostris relinquuntur, non admittimus; sit ille usus inter privatos ratus. et sane hoc loco praebemus licentiam, ut civiliter sive criminaliter, ut actor elegerit, super prolata epistola requiratur, et incumbat probatio ei primitus, qui scripturam obtulerit.....”³⁹

Buna göre, “Bize ya da civar hısımlarımıza bir yazı ya da ek bir vasiyetname vasıtasıyla bırakılmış geçerli hiçbir şeyi kabul etmiyoruz, sıradan vatandaşlar arasından maruf örf ve adetçe yapılan doğrulamaya izin ver. Gerçekten bu durumda, davacının seçim yapabildiği üzere, özel hukuk ya da ceza hukukunda herhangi bir yazının meydana getirilip getirilmediği ile ilgili bir araştırmanın yapılması iznini bahşediyoruz. İspat yükü, her şeyden önce, yazıyı meydana getirmiş olan taraftadır.”

Söz konusu metinde, bir yazı veya ek bir vasiyetnameyi elinde bulunduranın ispat yükü altında olduğu belirtilmiştir. Ek bir vasiyetname ya da yazı ile miras bırakılmışsa ve bu mirasın yazılı

³⁹ Öcal, s. 105.

bir şekilde oluşturulduğu doğrulanırsa, bu doğrulamayı yapan kişi iddiasını ispat etmelidir.

Codex Theodosianus 11.39.12'ye göre; “*Impp. arcad. et honor. aa. aeternali proconsuli asiae. cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis edicere, quae tanta erit amentia, ut, ratione praepostera, petitor ab eo, quem pulsat, informari suas postulet actiones, quum omnem probationem exigi oporteat ab eo, qui vindicare nititur, non ab eo, qui se iuste tenere contendit? intentanti namque, non suscipienti, probationum necessitas imponenda est praeter eum, qui edicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat. dat. xii. kal. april. constantinopoli, arcadio iv. et honorio iii. aa. coss.*”⁴⁰

Buna göre, “Ne büyük çılgınlıktır ki, davalı davacı tarafından zilyetlik hakkının dışına çıkmaya zorlanmış olsun. Bu mantıksız nedene dayanarak davacı davalı tarafından biçimlendirilmiş kendi davasını talep edebilir. Bununla birlikte tüm deliller istihkak hakkını dayandırdığı mülkiyet iddiasını ileri süren kişiden talep edilmelidir, hukuka uygun olarak zilyetliği elinde bulundurduğunu ileri sürenden değil. İspat yükü dava açmış kişinin üzerinde olmalıdır, davalı üzerinde değil. Mülkiyeti olağan zilyet ya da mirasçı olarak elinde bulundurduğunu ifade etmeye zorlanmış olanlar hariçtir.”

Bu metinde, açılmış olan istihkak davasında, davalının zilyetlik hakkının dışına çıktığını ileri süren davacının ispat yükünü yerine getirmesi gerektiği belirtilmiştir. Hukuka uygun olarak zilyetliği elinde bulundurduğunu iddia eden davalıya ispat yükü düşmez. Ancak, davalının bu ifadesinin herhangi bir zorlanmadan

⁴⁰ Öcal, s. 106.

kaynaklandığı tespit edilirse, bu durumda, ispat yükü davalıya ait olacaktır.

Sistem Dışı Yargılama'da ispat yüküne ilişkin genel kuralın istisnasını teşkil eden birtakım özel durumlardan söz etmek mümkündür. Hâkimi bağlayıcı nitelikte olan karineler, bu usulde geniş bir uygulama alanı bulmuştu⁴¹. Karine, bir vakıanın, aslında tam olarak ispat edilmemiş olduğu halde, gerçeğe yakın bir oranda muhtemel olması olayıdır. Karineler, aksi ispat edilinceye kadar gerçek kabul edilir. Bu dönemde karineler kanuni karine ve şahsi karine olmak üzere ikiye ayrılırdı. Kanuni karine, bizzat kanun tarafından belirlendiğinden hâkimi bağlayıcı nitelikteydi. Şahsi karine ise, kesin bir olaydan, muhtemel bir sonucun çıkarılması suretiyle oluşurdu⁴². Hâkimi bağlayan asıl karine, kanuni karine idi⁴³.

*Digesta 23, 3, 40'a göre, "Divus Severus rescriptis Pontio Luciano in heac verba : Si mulier, quae dotem dederat, post divortium rursus in matrimonium redit non revocatis instrumentis, non dubitabit is, aqud quem res agetur, secundum voluntatem mulieris, quae utique non indotata redire in matrimonium voluit, partibus suis fungi quasi renovate dote."*⁴⁴

"İlahi Severus, Pontius Lucianus'a şu kelimeleri ihtiva eden bir rescriptum yazmıştı: Kocasına cihaz getirmiş olan kadın, boşandıktan bir müddet sonra, yazılı cihaz mukavelesini feshetmeden, kocasıyla tekrar evlenmişse, ihtilafı tekrar halledecek olan kimse (hâkim), kadının, ikinci evlenmesine cihazsız gelmek

⁴¹ Umur, "Roma Hukuku", s. 626; Karadeniz Çelebican, s. 319; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 267; Öztekin, s. 367.

⁴² Şahsi karine, Klasik Devir'de ortaya çıkmış; kanuni karine, Klasik Sonrası Devir'de ortaya çıkmış, *Iustinianus Dönemi*'nde varlığını sürdürmüştür. (Günal, s. 43).

⁴³ Umur, "Roma Hukuku", s. 626; Küçükgüngör, s. 495.

⁴⁴ Umur, "Roma Hukuku", s. 626.

iradesinde olmadığı ve aynı cihaz mukavelesini yenilemek niyetinde bulunduğu hususunda tereddüt etmeyecektir.”

Söz konusu hükme göre, boşandıktan bir süre sonra yazılı cihaz akdini feshetmeden kocasıyla tekrar evlenmesinden, belli olmayan bir vakıanın, yani kadının aynı mukaveleyi tekrarlamak niyetinin olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu durumda, hâkim cihaz akdini yenilemek konusunda bir iradenin olduğunu kabul edecektir.

Bunun dışında, kanuni karineler arasında en önemli olanlardan biri, doğan çocuğun babasının ananın kocası olmasıdır⁴⁵.

Öte yandan, Medeni Yargılama Hukukumuzda Roma yargılamasında olduğu gibi, bazı özel durumlarda genel ispat kuralına istisna getirilmiştir. Bunlardan ilki, kanunda açıkça ispat yükünün kime ait olduğunun belirtilmesidir⁴⁶. Örneğin; TMK m. 294 hükmüne göre, “İtiraz eden, kocanın baba olmadığını ispatlamakla yükümlüdür.” Aynı şekilde, TMK m. 287, 291, TBK m. 50, 66, 112 hükümlerinde ispat yükü kanunla belirlenmiştir.

İkinci olarak, Medeni Yargılama Hukukumuzda, karineler ispat yükü bakımından özellik arz etmektedir. Karineler, kanuni karineler ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanuni karine⁴⁷, kanun hükmünden, belli bir vakıadan belli olmayan bir vakıa için sonuç çıkarılmasıdır. Örneğin; TMK m. 1020 hükmü gereğince, kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini iddia edemez. Kanuni bir karineye dayanan taraf iddia konusu olan ve

⁴⁵ Küçükgüngör, s. 495.

⁴⁶ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 585–588; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 358–360; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 658–662.

⁴⁷ Kanuni karineler de kendi içinde aksi ispat edilebilen kanuni karineler ve aksi ispat edilemeyen kanuni karineler olmak üzere ikiye ayrılır. Kanunda karinenin adi karine mi kesin karine mi olduğu hususunda açıklık bulunmayan hallerde adi karinenin varlığından söz etmek gerekir. Zira esas olan karşı ispatın mümkün olmasıdır (Umar, “İsbat Yükü”, s. 165,172).

uygulanacak hukuk kuralının koşul vakıasını teşkil eden vakıayı doğrudan ispat yükü altında değildir. Ancak, karineye dayanan taraf, karinenin temelini oluşturan somut vakıayı ispat yükünü taşıdığından, burada gerçek anlamda bir istisnanın varlığından bahsetmek zordur. Örneğin; TMK m. 285 hükmü, çocuğu evli kadının doğurması halinde, kadının kocasını, doğan çocuğun babası olarak kabul etmektedir. Burada, baba olma vakıasının doğrudan ispat edilmesi yerine, ana ile o erkek arasında evlilik bağının ortaya konması, asıl ispat konusu vakıanın ispatı yerine geçmektedir. Fiili karine ise, hâkim tarafından belli bir vakıadan belli olmayan bir vakıa için sonuç çıkarılması işlemidir. Örneğin; senedin alacaklı tarafından borçluya iade edilmesi, borcun ödendiğine karine teşkil eder. Fiili karineler, ispat yükü bakımından bir değişiklik oluşturmaz⁴⁸.

Son olarak, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konular hakkında ve vakıaların belirlenmiş olması kaydıyla, bir vakıanın ispat yükünün kime ait olduğu hususunda ispat sözleşmesi yapmasıdır. Bu durumda, ispat sözleşmesinde belirlenmiş olan kişi ispat yükünü taşır⁴⁹.

IV. DELİLLER

Delil, bir iddianın doğruluğuna hâkimi inandırmak için başvurulmuş ispat araçlarıdır⁵⁰. Çekişmeli bir vakıanın ispatı için

⁴⁸ Fiili karineye dayanan kişinin ispat yükünü taşımadığı ya da fiili karinenin ispat yükünün istisnasını teşkil ettiğini söylemek yanlış olacaktır. Zira hayatın normal akışına uygun bir vakıa iddiasında bulunan, iddiasının ispat faaliyetini yerine getirmiş olur. Örneğin; “gaipliğe hüküm verilmesi” davasında, kişinin doğumundan bu yana 150 yılın geçmiş olduğu ortaya konabilirse, ispat faaliyeti yerine getirilmiş olur. Aksini iddia eden ispat yükünü taşır. (Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 586; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 659).

⁴⁹ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 574-588; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 354-357; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 669-670.

⁵⁰ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 352; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 689.

gösterilen delil sayesinde geçmişte ve mahkeme dışında gerçekleşmiş bir olaya ayna tutulur.

Sistem Dışı Yargılama’da hâkim, tarafların gösterdikleri delillerin yanı sıra, kendisi de gerçeği tespit edebilmek için araştırma yapabirdi. Zira delillerin elde edilmesi hususunda tam bir soruşturma yapmak hâkimin göreviydi⁵¹.

Daha önce de değindiğimiz üzere, bu usulde, İmparatorlar yargılamaya ilişkin belli kurallar getirdiğinden, hâkim, delillerin takdirinde tam bir serbestîye sahip değildi. Belli bazı ispat araçlarının getirilmiş olmasının yanı sıra, her delilin bir ispat gücü vardı ve hâkim buna uymak zorundaydı⁵².

A. DELİL ÇEŞİTLERİ

Medeni Yargılama Hukukumuzda deliller kesin delil ve takdiri delil olmak üzere ikiye ayrılır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda açıkça bu ayırım yapılmasa da her bir delile bağlanan hukuki sonuçtan böyle bir ayırım yapma gereği duyulmuştur. Kesin deliller; senet (HMK m. 200 vd.), yemin (HMK m. 225 vd.) ve deliller arasında açıkça düzenlenmemiş olan kesin hükümdür (HMK m. 303)⁵³. Takdiri deliller; tanık (HMK m. 240-265), bilirkişi (HMK m. 266-287) ve keşiftir (HMK m. 288-292).

Türk Hukukunda, deliller belirtilmiş olsa da sınırlama yapılmamıştır. Bu sebeple, Türk Hukukunda “serbest delil” sistemi benimsenmiştir. Zira HMK m. 192 hükmüne göre, “*Kanunun belirli*

⁵¹ Küçükgüngör, s. 491.

⁵² Berki, s. 93; Oğuzoğlu, s. 351; Umur, “Roma Hukuku”, s. 623; Meral Sungurtekin Özkan-Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 70-71; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 492; Akıncı, s. 357; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 265; Öztekin, s. 366.

⁵³ İkrarın delil olarak kabul edilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. Bilge Umar, “İsbat Yüktü”, s. 193 vd.; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 650-653; Aksi görüş için bkz. Yıldırım, “Delillerin Değerlendirilmesi”, s. 229; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 366.

bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir.”

Benimsenen delil sitemine göre delillerin değerlendirilmesi hususu da önem arz etmektedir. Türk Hukukunda “kanuni delil sistemi” benimsenmiştir. Buna göre, hâkim kesin delillerle bağlıdır. Bunun dışında, kural olarak, hâkim delilleri serbestçe takdir eder.

Ayrıca, hâkim, kendisine sunulan delilin geçerli kabul edilip edilmeyeceğini ve ispata esas alınıp alınmayacağını da göz önünde bulunduracaktır. Bu ise, “caiz delil” olarak ifade edilmektedir.

Roma Hukukunda delillerin sınıflandırılması yapılmamıştı. Ancak Sistem Dışı Yargılama’da delillerin türüne göre verilecek değer tespit edilmişti.

1. İkrar

İkrar, taraflardan birinin kendi aleyhine ileri sürülen bir vakıanın doğruluğunu kabul etmesidir⁵⁴. Diğer bir deyişle, bir kimsenin kendi iddiasındaki beyanları kendisi aleyhine ikrar teşkil etmez.

Sistem Dışı Yargılama’da, davanın görülmesi aşamasında taraflardan birinin ikrarda bulunması kesin delil ile ispat sayılırdı⁵⁵. İkrar, davanın her aşamasında ve aynı dava şahsi dava ayrımı yapılmaksızın mahkûmiyet sebebi teşkil etmekteydi (*confessus pro iudicato est*: ikrar eden mahkûm edilmiş sayılır)⁵⁶. Dolayısıyla yalnızca para borcuna ilişkin konularda mahkûmiyete hükmedilmesi kuralı terk edilmişti.

⁵⁴ Umar, “İsbat Yükü”, s. 191; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 366; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 650.

⁵⁵ Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Karadeniz Çelebican, s. 318; Akıncı, s. 357; Küçükgüngör, s. 492; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Özbek, s. 367; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 104.

⁵⁶ Berkî, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Küçükgüngör, s. 492; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 106.

İkrar geçerlilik şartlarına uygun bir şekilde yapılmazsa hukuki sonuç doğurmazdı. Buna göre, ikrar, hâkim ve diğer taraf huzurunda ve bizzat kendisi tarafından yapılmalıydı. Bu nedenle, küçüğün, temsilcinin veya avukatın ikrarı kabul edilmezdi. Bazı hallerde ise ikrar hukuki sonuç doğurmazdı. Örneğin; ikrar, özgür birini köle veya *colonus*⁵⁷ haline getiremezdi. Aynı şekilde, bir kişinin köle olduğunu ispat etmesi için köle olduğunu ikrar etmesi yeterli değildi.⁵⁸

Şayet davalı, ikrar etmiş olmakla birlikte, mahkûmiyet miktarı belirlenememişse, hâkim, davalıyı miktarı da belirlemeye zorlardı⁵⁹.

Roma Hukukunda, “ikrar” olarak adlandırılan kurumun aslında günümüzde davayı sona erdiren taraf usuli işlemlerinden olan “kabul” kurumunun karşılığı olduğu açıktır⁶⁰. Zira Medeni Yargılama Hukukumuzda, ikrar (HMK m. 188), tarafın aleyhine ileri sürülen vakianın doğruluğunu beyan etmesidir ve bundan böyle o vakıa çekişmeli olmaktan çıkar. Kabul (HMK m. 308) ise, davalının davacı tarafından açılan davada ileri sürdüğü talep sonucunu kısmen veya tamamen muvafakat etmesi olup, davayı sona erdiren bir taraf usul işlemidir. Kısmen kabul halinde, davanın

⁵⁷ *Colonus*: “İmparatorluğun ilk asırlarında, imparatorluğa ait bir toprağı, umumiyetle hasılat üzerinden ödenen senelik bir icar mukabilinde işlenmek üzere kiralayan, hürriyet durumlarını muhafaza ettikleri için istedikleri zaman oradan ayrılabilen çiftçi ve köylüler; köy garı menkulleri kiracıları. Arazinin maliki değişse bile, yerlerinde kalabilirlerdi. IV. asırdan itibaren bu kimselerin vergilerini ödemelerini teminat altına almak için, doğdukları topraktan ayrılmaları yasak edildi. Bunun neticesi olarak son imparatorluk devrinde *colonus*’lar, çalıştıkları toprağa bağlı, nazari olarak hür, fakat fiilen köle gibi yaşayan kimseler haline geldiler.” (Umur, “Lügat”, s. 39-40).

⁵⁸ Berki, s. 94; Oğuzoğlu, s. 351, dn. 399; Umur, “Roma Hukuku”, s. 625; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 106; Küçükgüngör, s. 492.

⁵⁹ Umur, “Roma Hukuku”, s. 625; Küçükgüngör, s. 492.

⁶⁰ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 106-107; Günal, s. 45, dn. 63.

kısmen kabul edilmeyen kısmı için davaya devam edilirken, kabul edilen kısmı için gerekirse ilamlı icra takibi yapılabilir⁶¹.

2. Yemin

Yemin, taraflardan birinin çekişmeli olan bir husus hakkında, kanunda belirtilen usullere uygun bir şekilde, mahkeme huzurunda, kutsal sayılan değerlerle teyit edilen sözlü açıklamasıdır⁶². Başka bir deyişle, yemin, ispat yükü üzerine düşen tarafın ihtilafın çözülmesine yardımcı olacak bir vakıanın ispatı için karşı tarafa teklif ettiği doğrulatma beyanıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, hâkimin kendiliğinden yemin teklif etmesine izin vermemiştir, yalnızca bir tarafın diğerine yemin teklif etmesini kabul etmiştir.

Sistem Dışı Yargılama'da yemin bir ispat aracı olarak kullanılmaktaydı. Davanın herhangi bir aşamasında, ispat yükü kendisine düşen taraf, karşı tarafa yemin teklif edebileceği gibi, hâkim de kendi kanaatini kuvvetlendirmek için iddia sahibine yemin teklif edebilirdi⁶³. Ancak, tarafların yemin teklif edebilmeleri için hâkimin izin vermesi gerekirdi⁶⁴.

Görüldüğü üzere, Sistem Dışı Yargılama'da yemin iki şekilde karşımıza çıkar. İlk olarak, hâkimin izin vermesi halinde, taraf yemini söz konusu olabilirdi. Buna göre, kendisine yemin teklif edilen taraf yemin etmeli veya yemini karşı tarafa reddetmeliydi. Bu durumda, üç ihtimal ortaya çıkmaktadır⁶⁵. İlk ihtimal, davalı yemin etmez veya yemini karşı tarafa reddetmezse mahkûm edilirdi. İkinci

⁶¹ Öztan, s. 903-906; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 509-513; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 824-826.

⁶² Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 406; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 758-759.

⁶³ Berki, s. 93; Umur, "Roma Hukuku", s. 625; Özbek, s. 367; Karadeniz Çelebican, s. 318; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Küçükgüngör, s. 492; Akıncı, s. 358; Günal, s. 47.

⁶⁴ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 73.

⁶⁵ Kendisine yemin teklif edilen taraf, yemin etmesi doğrultusunda hâkim tarafından zorlanabilirdi. (Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 73).

ihtimal, davalı, davacının iddiasını yerine getirmek mecburiyetinde olmadığına dair yemin ederse beraat ederdi. Üçüncü ihtimal, davalı, yemin etmeyip, yemini karşı tarafa reddederse, davacı yemin etmek zorundaydı. Davacı karşı tarafın yükümlülük altında olduğuna dair yemin ederse, davalı mahkûm olur, aksi takdirde, beraat ederdi⁶⁶.

İkinci olarak, yemin, hâkimin mevcut delillerden yeterli kanaate ulaşamaması halinde gündeme gelirdi. Bu durumda, hâkim taraflardan birine yemin teklif edebilirdi. Buna “tamamlayıcı yemin” denirdi. Yemin teklif edilen taraf, yemin ederse başkaca delil ibraz etmesine gerek kalmaksızın ilgili ihtilaf ispat edilmiş olurdu⁶⁷. Ancak, o ana kadar bilinmeyen bir delilin sonradan ortaya çıkması halinde, yargılama yeniden görülürdü. Şayet, yemin teklif edilen taraf, yemin etmeyi reddederse davayı kaybederdi⁶⁸.

Günümüzde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, taraf yemini (HMK m. 225-239) kabul etmiş, ancak tamamlayıcı yemine yer vermemiştir⁶⁹. Yalan yere edilen yeminin ceza hukuku alanında yaptırımı olmasının yanı sıra, yalan yere yemin HMK m. 375/1,g hükmü gereğince, yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmektedir. Buna göre, kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş bir hüküm hakkında, lehine karar verilen tarafın, karara esas alınan yemini yalan yere ettiğinin, ikrar veya yazılı delille sabit olması halinde, yargılamanın yenilenmesini talep edebilecektir. Roma

⁶⁶ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 625; Öztekin, s. 367; Karadeniz Çelebican, s. 318–319; Küçükgüngör, s. 493; Öcal, s. 110-111; Günel, s. 47.

⁶⁷ Klasik Dönem’de hâkim, mevcut delillerden yeterli kanaat edinemezse, davacının iddiasını ispat edemediği kabul ederdi ve davalı beraat ederdi. (Umur, “Roma Hukuku”, s. 625; Öztekin, s. 367; Küçükgüngör, s. 493; Öcal, s. 109–110).

⁶⁸ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 625; Öztekin, s. 367; Küçükgüngör, s. 493; Günel, s. 48.

⁶⁹ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 406; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 758-759.

Hukukunda ise, yalan yere yemin eden kişinin kutsal güçler tarafından cezalandırılacağı düşünülmekteydi⁷⁰.

3. Yazılı Deliller

Yazılı belge Doğu kültüründe, özellikle Yunan kültüründe egemendi. Son İmparatorluk Dönemi'nde, Roma İmparatorluğu, Doğu kültürünün etkisi altında kalmıştır.

Sistem Dışı Yargılama'da yazılı belgeler büyük önem kazanmış, tanıkla ispata göre ispat gücü artmıştı⁷¹. Bu usulde, yazılı delilleri sahip oldukları ispat gücü bakımından üçe ayırmak mümkündür.

Günümüzde Medeni Yargılama Sistemimiz, senet⁷² ve belge arasında bir ayırım gözetmektedir. Buna göre, her belge HMK anlamında bir senet değildir. HMK m. 199 hükmüne göre, *“Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.”* Görüldüğü üzere, delil başlangıcı, fotokopi, faks metinleri birer belgedir. Belge, iradenin dış âlemde varlık kazanmasını sağlayan bir bilgi taşıyıcısı iken; kesin delil niteliğini haiz olan senet, bir kimsenin kendi aleyhine hazırladığı ve hukuki sonuç doğuran belgedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmemekle birlikte, senedin asgari birtakım unsurları taşıması gerektiği ifade

⁷⁰ Oniki Levha Kanunu, yalan yere edilen yemini suç saymıştır. Buna göre, yalan yere yemin eden kişinin cezası *Rupe Tarpeia* kayalıklarından atılmaktı. (Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 76-77).

⁷¹ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Öztekin, s. 366; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 493; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 265; Akıncı, s. 357; 357; Günal, s. 49; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 92; Türkoğlu Özdemir, s. 40.

⁷² Senet deliline ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Necmettin M. Berkin, “İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XII, S. 4, 1964, ss. 1175–1192; s. 1181.

edilmektedir. Buna göre, senet dış âlemde varlık kazanmış olmalı, yazılı olmalı, bir vakıa hakkında açıklama getirmeli ve imza içermelidir. HMK m. 205/2 hükmüne göre, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler belge olmakla birlikte senet hükmündedir⁷³.

Ayrıca, günümüzde, senetler resmi senetler ve adi senetler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Resmi senetler ise, kendi içinde noter senetleri, yabancı ülkelerde düzenlenen senetler ve resmi makam ve mercilerce düzenlenen diğer senetler olmak üzere üç grupta incelenmektedir. Öte yandan, HMK m. 200/1 hükmünde senetle ispat zorunluluğunu düzenlenmiştir⁷⁴. Buna göre, “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve iftası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri iki bin beş yüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle iki bin beş yüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.”

a. Müseccel Vesikalar

Roma şehrinde *senatus*⁷⁵ ve *cyrie*⁷⁶ denilen belediye meclislerinde çalışan devlet memurları, görevleri esnasında yazılı

⁷³ Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 613–617; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 372–373; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 723-725.

⁷⁴ Doktrinde bir görüşe göre, senetle ispat zorunluluğu tanıkla ispatı kısıtlamakta, ispat hakkı daraltılmaktadır. Delilleri yargılama dışında tutmak hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesine engel olmaktadır (Yıldırım, “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları”, s. 690). Senetle ispat kuralına ilişkin eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, s. 211-212. Diğer görüşe göre ise, ispat hakkının özüne dokunmamak kaydıyla, kamusal menfaatin korunması amacıyla oranlılık ilkesine uygun bir şekilde getirilen sınırlandırma ispat hakkının ihlali niteliğinde değildir (Berkin, s. 1184, Bolayır, s. 567).

⁷⁵ *Senatus*: “Değişik sayıda Roma vatandaşından kurulu, bilhassa krallık, cumhuriyet ve *principatus* dvirlerinde devlet idaresindeki belli başlı üç organdan birisi (diğerleri:

vesika düzenleme yetkisini haizdi. Bu vesikalar resmi senet kuvvetindeydi ve kesin delil teşkil ederdi. Devlet memurlarının bizzat beyan etmiş oldukları yazılı vesikalar mutlak ispat gücüne sahipken, üçüncü şahısların beyanlarını tespit ettikleri yazılı vesikaların aksi iddia ve ispat edilebilirdi⁷⁷.

Günümüzde Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz benzer bir hüküm ihtiva etmektedir. HMK m. 204 hükmüne göre; “... *diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar.*” HMK m. 204/3 hükmüne göre ise, “*Mahkeme, yukarıdaki belgelerden biri hakkında şüphe uyandıran bir hâl görürse, ilgili daireden açıklama isteyebilir.*”

populus; magistratus). Krallık devrinde *patricius* olan *gens* reislerinden kurulu olup, kralın istişare heyeti vazifesini görmekte idi. Hukuken mecbur olmamakla beraber kral, *senatus*'un noktâi nazarına uyardı. Cumhuriyet devrinde, *Patricius* ve *pleb*'lerden kurulu, magistrallık yapıp vazifelerini bitirmiş kimselerden teşekkül eder, bunların kimler olduğunu *ensor*'lar belirtirdi. İstişari organ olmağa devam etmekle beraber, bu devirde Roma devletinin dış siyaseti ve iç idaresini elinde tutan organdı. Muvakkat devreli magistrallara nispetle daimi; magistrallar adeta onun bir icra vasıtası gibiydi. Meclislerde kabul edilecek kanun projeleri *senatus*'da hazırlanır ve halk meclisinin aldığı kararları tasvip ederdi (*auctoritas patrum*). *Principatus* devrinde imparator tarafından, mümtaz vatandaşlar arasından seçilen kişilerden kurulu, İmparatorla birlikte idareyi paylaşan organdı. Halk meclislerinin faaliyetten düşmeleri neticesinde, bu devirde *senatus* kararları (*senatus consultum*'lar) kanun kuvvetini kazanmıştı. Fakat bu devir boyunca, imparatorun gittikçe artan iktidarı karşısında, yavaş yavaş kudret ve ehemmiyetini kaybetti. Son imparatorluk devrinde, devlet işlerine fazlaca karışmayan, fakat birçok imtiyazları olan ve büyük bir şeref mevkiine sahip; mümtaz kişilerin topluluğu. İmparatorluk ikiye ayrıldıktan sonra, İstanbul'da da (Constantinopolis) Roma'daki gibi bir *senatus* teessüs etmişti. En eski devirlerde üye adedi 300 idi. Sonra, 600 Caesar zamanında 900; sonra yine 600, son imparatorluk devrinde ise 2.000 olmuştu.” (Umur, “Lügat”, s. 191-192).

⁷⁶ Roma dışındaki şehirlerde belediye meclislerine verilen isim. (Küçükgüngör, s. 493).

⁷⁷ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Öztekin, s. 366; Karadeniz Çelebican, s. 318; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 265; Küçükgüngör, s. 493; Akıncı, s. 357; Günal, s. 49; Türkoğlu Özdemir, s. 40; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 94.

b. Noter Vesikaları

*Tabelliones*⁷⁸lerin de yazılı vesika düzenleme yetkileri vardı. Alacaklının ödediği ücret karşılığında belirli kurallara uyarak yazılı vesikayı tanzim ve tasdik eden *tabelliones*'ler, devletin denetim ve gözetimi altında idiler⁷⁹. *Tabelliones*'lerin düzenledikleri yazılı belgeler *tabelliones*'ler yemin ettikleri takdirde ispat gücünü haiz olurdu ve kesin delil teşkil ederdi. Bu takdirde, yazılı vesikada yer alan vakıanın aksi iddia ve ispat edilemezdi⁸⁰.

Günümüzde, Roma Hukukunda devlet memurları tarafından hazırlanan yazılı vesikalarda mevcut olan ayrıma benzer bir ayırım noter senetleri bakımından geçerlidir⁸¹. Noter senetleri düzenleme ve onaylama biçiminde yapılabilir. Düzenleme biçiminde noter senetleri, noter tarafından ilgilinin istediği şekilde yazılıp, ilgiliye imzattırılması suretiyle oluşur. Noter de senedi imzalayıp mühürler ve belgenin aslı noterde kalır (Noterlik Kanunu m. 84 vd.). Onaylama biçimindeki senetler ise, senedin içeriği taraflarca veya

⁷⁸ *Tabellio*: “Yapılan hukuki muamelelerin ispatına yaramak üzere, bugünkü noter gibi, yazılı vesikalar tertipleyen şahıs. Constantinus zamanında böyle bir vesikanın ispat makamına geçebilmesi için, hakiki olduğunu, *tabellio*'nun yemin ederek tasdik etmesi lazımdı. Iustinianus zamanında, vesikanın, tarafların iradelerine uygun olduğunu, imzası tahtında yazarak vesikaya ilave etmesi ve tarafların bu beyanı tasdik etmiş olmaları lazımdı. *Tabellio*'lar, aynı zamanda, ilgililere, vasiyetname, dilekçe vs. gibi, yapacakları hukuki muamelelerde yol gösterirlerdi. İşlerini aleni olarak meydanlarda gören bu kişilerin, mesleklerini icra edebilmeleri için, Iustinianus zamanında, hususi bir müsaade almaları gerekli idi.” (Umur, “Lügat”, s. 207). Roma İmparatorluğu'nda noterlik kurumunun yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ziyet Seldağ Ceylan, “Noterliğin Doğuşu”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, S. 135, Ankara, Eylül 2007, ss. 58-65, s. 58 vd.

⁷⁹ Seyithan Deliduman, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri**, Prestij Matbaacılık, Ankara, 2001, s. 45-46.

⁸⁰ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Öztekin, s. 366; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 493-494; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Akıncı, s. 357; 357; Günel, s. 50; Türkoğlu Özdemir, s. 41.

⁸¹ Günümüzde noterlik kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Süha Tanrıver, “Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik”, “Noterlik”, **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, Ankara, 2010, ss. 2013-2036; Deliduman, s. 31 vd.

üçüncü kişi tarafından doldurulduktan sonra noterin imzalaması suretiyle oluşur (Noterlik Kanunu m. 90-93)⁸².

HMK m. 204/1 hükmüne göre, “... düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar.” HMK m. 204/2 hükmüne göre, “İlgililerin beyanına dayanılarak noterlerin tasdik ettikleri senetler aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar.” Görüldüğü üzere, düzenleme biçimindeki senetlerin sahteliği ispat olunmadıkça, onaylama biçimindeki senetlerin ise içeriğinin aksi ispat ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar. HMK m. 204/3 hükmüne göre ise, “Mahkeme, yukarıdaki belgelerden biri hakkında şüphe uyandıran bir hâl görürse, ilgili daireden açıklama isteyebilir.”

HMK m. 208/4 hükmüne göre, “Resmî bir senetteki yazı veya imzayı inkâr eden tarafın bu iddiası, ancak ilgili evraka resmîyet kazandıran kişiyi de taraf göstererek açacağı ayrı bir davada incelenip karara bağlanabilir. Asıl davaya bakan hâkim, gerekirse bu konuda imza veya yazıyı inkâr eden tarafa, dava açması için iki haftalık kesin bir süre verir.” HMK m. 209/2 hükmüne göre, “Resmî senetlerdeki yazı veya imza inkâr edildiğinde, senetteki yazı veya imzanın sahteliği, ancak mahkeme kararıyla sabit olursa, bu senet herhangi bir işleme esas alınamaz.”

c. Hususi Vesikalar

Bizzat kişilerin hazırlayıp imzaladıkları vesikalara “hususî vesika” denirdi. Kişilerin düzenledikleri vesikalarda üç tanığın imzası bulunduğu takdirde, bu vesikalar *tabelliones*'lerin düzenledikleri vesikalara eş değerde ispat gücüne haiz olurdu. Şayet hususî vesikanın üç tanığın imzasını içermiyorsa, aksi her türlü delille ispat edilebilirdi. Hususî vesika üç tanığın imzasını içerdiği

⁸² Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 379-381; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 729-730.

takdirde, sahte olduğu itirazında bulunulabilirdi. Bu vesikalara itiraz edilmez veya itiraz edildiği halde itiraz hâkim tarafından mesnetsiz bulunursa, vesikanın ihtiva ettiği vakıa tam olarak ispat edilmiş sayılırdı⁸³.

Hususi kişilerin düzenledikleri senetlerin sahte olduğu iddia edilebilirdi. Ancak, inceleme sonucunda vesikanın sahte olmadığı ortaya çıkarsa, iddia sahibi para cezasına çarptırılırdı⁸⁴.

Günümüzde, adi senet, resmi bir makam veya memurun katkısı olmaksızın hazırlanmış olan senetleri ifade etmektedir⁸⁵. HMK m. 205 hükmüne göre, *“Mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılırlar.”*

HMK m. 208/1 hükmüne göre, *“Taraflardan biri, kendisi tarafından düzenlendiği iddia edilen bir belgedeki yazı veya imzayı inkâr etmek isterse, sahtelik iddiasında bulunmalıdır; aksi hâlde belge, aleyhine delil olarak kullanılır.”* HMK m. 208/2 hükmüne göre, *“Bir belgenin sahteliği iddia edildiğinde, belgenin mahkemeye verildiği tarih yazılıp mühürlenerek, saklanması için mahkemece gerekli tedbirler alınır.”* HMK m. 208/3 hükmüne göre, *“Bir belgenin sahteliğini iddia eden kimse, bunu aynı mahkemede ön sorun şeklinde ileri sürebileceği gibi, bu konuda ayrı bir dava da açabilir.”*

⁸³ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Öztekin, s. 366; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 494; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Akıncı, s. 357; 357; Günel, s. 50; Türkoğlu Özdemir, s. 41; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 94-95.

⁸⁴ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Öztekin, s. 366; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 494; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Akıncı, s. 357; 357; Günel, s. 50; Türkoğlu Özdemir, s. 41; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 95.

⁸⁵ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 374; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 733.

4. Tanık

Tanık, uyuşmazlık konusu olan ve geçmişte yaşanmış olay ve durumlar hakkında gördüğü ve işittiği bilgi ve algılarını mahkemeye aktaran kişidir⁸⁶.

Roma'nın Doğu kültüründen etkilenmesi, ticaretin çok hızlı şekilde artması ve ticaret hayatında tanıkla ispatın çok güç hale gelmesi, İmparatorluk Dönemi'nde hüküm süren ahlak bozukluğu sebebiyle tanıkla ispat önemini yitirmişti⁸⁷. Özellikle *Iustinianus* Dönemi'nde tanıklara itibar edilmeyeceği açıkça bildirilmişti. *Codex Iustiniani* 4, 20, 9 hükmüne göre, "*Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium non fertur*". Buna göre, yazılı belgelerin ispat gücü, tanık beyanlarının ispat gücünden fazla olacaktır. Ayrıca, *Codex Iustiniani* 4, 20, 9, 1 hükmüne göre, "*testis unus, testis nullus*". Buna göre, tek tanık, tanık sayılmaz.

Buradan hareketle, tek bir tanığın ifadesinin hiçbir hüküm ifade etmeyeceğini belirtmek yanlış olur. Zira tek tanığın ifadesi kısmi delil sayılırdı ve ek birtakım delillerle kısmi delilin tam delile dönüştürülmesi mümkün olabilirdi⁸⁸.

Hususi vesikanın aksinin ispatı için ise en az beş tanığa ihtiyaç vardı. Buna karşılık, müseccel vesika ve noter vesikası resmi delil niteliğini haiz olup, aksinin ispatı mümkün değildir^{89,90}.

⁸⁶ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 415; Pekcanitez-Atalay-Özkes, s. 764.

⁸⁷ Buckland, s. 391; Berki, s. 93; Umur, "Roma Hukuku", s. 623; Öztekin, s. 366-367; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 78-79; Küçükgüngör, s. 496; Türkoğlu Özdemir, s. 40; Karadeniz Çelebican, s. 318; Akıncı, s. 358; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Günal, s. 49.

⁸⁸ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 80.

⁸⁹ Umur, "Roma Hukuku", s. 623; Küçükgüngör, s. 496; Karadeniz Çelebican, s. 318; Türkoğlu Özdemir, s. 40; Akıncı, s. 358; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Günal, s. 49.

⁹⁰ Ayrıca, çeşitli özel durumlarda iki tanık yeterli olmamaktadır. Örneğin; zinanın varlığının, çocuğun meşruluğunun ispatı için en az üç tanık; vedia veya karz gibi çeşitli sözleşmelerin varlığının ispatı için en az üç tanık; vasiyetnamenin ispatlanabilmesi için en az beş tanık; boşanmanın ispatlanabilmesi için en az yedi tanık gerekirdi. Roma

Günümüzde HMK bir ayırım gözetmeksizin miktar ve değerine bakılmaksızın senede bağlı her türlü iddianın yine senetle ispat edileceğini düzenlemektedir. Tanıkla ispat yasağını taşıyan HMK m. 201 hükmüne göre, “*Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler iki bin beş yüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz.*” Ancak, HMK m. 200/2 hükmüne göre, “... *senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir.*”

Sistem Dışı Yargılama’da, tanıkların ifadelerine verilen değer, toplumda edindikleri itibara göre değerlendirilirdi. *Honestiores* adı verilen itibarlı kimselerin tanıklıkları daha makbul iken, *humiliores* adı verilen avam sınıfından kimselerin tanıklıkları daha az makbul idi⁹¹.

Günümüzde, kişilerin toplumdaki itibarına göre tanık beyanlarının değerlendirilmesi söz konusu değildir. Ancak, takdiri bir delil olması sebebiyle, tanık ifadeleri hâkim tarafından takdir edilecektir. Hâkim, görülen ve işitilen şeylerin zaman içinde unutulmasını, tanık ile taraflar arasındaki yakınlık ve menfaat ilişkisini göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapacaktır⁹².

Sistem Dışı Yargılama’da tanıklığına başvurulacak kişi davet edildiği takdirde, hâkimin huzuruna gelmeye mecburdu. Tanıklara yemin ettirildikten sonra, uyuşmazlık konusu olay hakkında bilgilerine başvurulurdu. Şayet tanık hâkim huzuruna gelmekten

Hukukunda bu sayının en fazla on olabildiği ifade edilmektedir (Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 81).

⁹¹ Berki, s. 93; Umur, “Roma Hukuku”, s. 624; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 496; Akıncı, s. 358; Günal, s. 49; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 85.

⁹² Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 422; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 774.

kaçınır veya yalancı tanıklık ederse, hâkim tanığa ceza verebilir, hatta işkenceye tabi tutabilirdi⁹³.

Medeni Yargılama Sistemimizde de tanıklık yapmak, kural olarak mecburidir. Zira geçmişte gerçekleşmiş bir olay veya durum söz konusu olduğundan yerine başkasının ikamesi mümkün değildir.⁹⁴ HMK m. 256 hükmüne göre, *“Tanığa dinlenmeden önce; gerçeği söylemesinin önemi, gerçeği söylememesi hâlinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı, doğruyu söyleyeceği hususunda yemin edeceği, duruşmada mahkeme başkanı veya hâkimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceği ve gerekirse diğer tanıklarla yüzleştirilebileceği anlatılır.”* HMK m. 258/3 hükmüne göre, *“Hâkim tanığa, “Tanık sıfatıyla sorulacak sorulara vereceğiniz cevapların gerçeğe aykırı olmayacağına ve bilginizden hiçbir şey saklamayacağınıza namusunuz, şerefiniz ve kutsal saydığınız bütün inanç ve değerler üzerine yemin ediyor musunuz?” diye sorar. Tanık da cevaben, “Sorulacak sorulara, hiçbir şey saklamadan doğru cevap vereceğime namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ediyorum.” demekle yemin eda edilmiş sayılır.”*

Günümüzde, tanığın duruşmaya gelmemesi ile yalan yere veya menfaat temin ederek tanıklık yapılması durumlarında farklı yaptırımlar bulunmaktadır. HMK m. 245 hükmüne göre, *“Usulüne uygun olarak çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beş yüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur. Zorla getirtilen tanık, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para*

⁹³ Buckland, s. 392; Umur, “Roma Hukuku”, s. 623-624; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 496; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 80; Günel, s. 49.

⁹⁴ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 418; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 767.

cezası kaldırılır.” Yalan yere veya menfaat temin ederek tanıklık edilmesi ve sonuçları başlığını taşıyan HMK m. 264/2 hükmüne göre, “Hâkim, tanığın tanıklığı esnasında yalan söylediği veya menfaat temin ederek tanıklık ettiği hakkında yeterli delil veya emare elde ederse bir tutanak düzenler ve bu tutanağı derhâl Cumhuriyet başsavcılığına gönderir.”

5. Sorgu

Sorgu, tarafların kendi aleyhlerinde olan hususlar hakkında delil elde etmek amacıyla hâkim tarafından dinlenilmesidir⁹⁵.

Sistem Dışı Yargılama’da sorgu (*interrogationes*) her tür davada ve davanın her aşamasında başvurulabilen bir delil elde etme aracıydı. Öte yandan, uyuşmazlığın çözülmesi amacıyla, hâkim tarafları sorguya çekebileceği gibi, taraflar da birbirlerini sorguya çekebilirdi.⁹⁶ Bu şekilde elde edilen delillerin Roma Hukukunda geçerli olan “hiç kimsenin kendi aleyhine delil sunmaya, tanık çağırmaya zorlanamayacağı” ilkesiyle çelişkili olduğu ifade edilmektedir⁹⁷.

Medeni Yargılama Sistemimizde, hâkimin tarafları sorguya çekmesi işlemine “isticvap” adı verilmektedir⁹⁸. İsticvap, özellikle ikrar elde etmek amacıyla yapılmakta olup, hâkimin davayı aydınlatmak amacıyla tarafları (ve vekilleri) dinlemesinden farklılık arz etmektedir. Zira isticvap, hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde çelişkili vakıaların aydınlatılmasından farklı olarak, ispat amacına yöneliktir. Bu nedenle, teknik olarak isticvaptan bahsedebilmek için HMK m. 169-175 hükümlerinde yer alan

⁹⁵ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 347; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 596.

⁹⁶ Umur, “Roma Hukuku”, s. 625; Özbek, s. 367; Karadeniz Çelebican, s. 318; Küçükgüngör, s. 496-497; Günel, s. 47; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 266.

⁹⁷ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 113.

⁹⁸ İsticvabın delil olmadığına ilişkin Yargıtay içtihatları için bkz. Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 499-501.

kuralların yerine getirilmesi gerekir. HMK m. 169/1 hükmüne göre, *“Mahkeme, kendiliğinden veya talep üzerine taraflardan her birinin isticvabına karar verebilir.”* Görüldüğü üzere, günümüzde, tarafların birbirini sorguya çekebilmesi mümkün değildir. HMK m. 171/1 hükmüne göre, *“İsticvabına karar verilen kimseye bizzat davetiye gönderilir ve belirlenen gün ve saatte isticvap olunmak üzere hazır bulunması gerektiği belirtilir. Davetiyede, ayrıca, isticvap konusu vakıalar gösterilir; ilgili tarafın geçerli bir özrü olmaksızın gelmediği veya gelip de sorulara cevap vermediği takdirde, isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş sayılacağı ihtar da yapılır.”* İsticvap sonunda bir tutanak düzenlenir. İsticvap olunan tarafça yapılan açıklamalar, sorulan sorular ve verilen cevaplar tutanağa yazılır.

6. Bilirkişi

Hâkim, çözmek zorunda olduğu uyuşmazlıkta, hukuki bilgi dışında kalan teknik ve özel bilgiye ihtiyaç duyabilir. Bu durumda, bilirkişi, hâkimde eksik olan bilgiyi tamamlamak amacıyla, kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olaydan sonuç çıkarır⁹⁹.

Sistem Dışı Yargılama'da hâkim, uyuşmazlık konusu vakıalarla ilgili sorunla karşılaştığında bizzat kendisinin veya tarafların talebi üzerine hukukçulardan görüş alabilirdi. Örneğin; yazılı vesika üzerindeki yazı veya imzanın kime ait olduğu hususunda bir ihtilaf olduğunda; arazinin sınırlarına ilişkin bir ihtilaf olduğunda; ölüm, yaralanma, gebelik gibi tıbbi konularda bir uzmanın görüşüne başvurulabilirdi¹⁰⁰. Ancak, hâkim bu görüşlerle bağlı değildi, takdir yetkisine sahipti¹⁰¹.

⁹⁹ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 423; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 778.

¹⁰⁰ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 107.

¹⁰¹ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 108; Küçükgüngör, s. 497.

Günümüzde, bilirkişi HMK m. 266-287 hükümleri arasında düzenlenmiştir. HMK m. 266 hükmüne göre, “*Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz.*” Bilirkişi raporu, Roma Hukuku’na benzer şekilde, hâkimi bağlamaz. Daha önce de değindiğimiz üzere, bilirkişi raporu takdiri delildir. HMK m. 282 hükmüne göre, “*Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.*”¹⁰²

7. Kesin Hüküm

Kesin hüküm, kişiler arasındaki uyuşmazlıkların kesin bir şekilde çözümlenmesini sağlayan kararlardır¹⁰³. Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci bir dava açıldığında kesin hüküm etkisini gösterecektir¹⁰⁴.

Günümüzde kesin hüküm, şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şekli anlamda kesin hüküm, bir hükme karşı başvurulabilecek kanun yolunun kalmamasını ifade eder. Maddi anlamda kesin hüküm ise, hükmün kararı veren mahkeme tarafından değiştirilememesi, olağan kanun yollarına başvurulamaması, tekrar dava edilememesi ve daha sonra açılan davada bağlayıcı olmasını kapsar. HMK m. 303/1 hükmüne göre, “*Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan*

¹⁰² Hakimin bilirkişi raporunun aksine karar verip veremeyeceğine ilişkin bkz. Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi“, s. 823-825.

¹⁰³ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 653; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 840. Mahkeme kararının gerekçe kısmı taraflar için kesin hüküm teşkil etmez (Yıldırım, s. 224).

¹⁰⁴ Ceza mahkemesince verilmiş bir hükmün hukuk mahkemesinde belge ile ispat türlerinden biri olması, ceza mahkemesinde ön mesele teşkil eden bir hususun hukuk mahkemesince bekletilme sebebi sayılması gibi sebeplerle kesin hükmün bağlayıcılığı tartışılmaktadır (Yıldırım, s. 219).

hükümün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.” Buradan hareketle, bir hükümün maddi anlamda kesinleşebilmesi için şekli anlamda kesinleşmesi de gerektiğini ifade edebiliriz¹⁰⁵.

Roma Hukukunda uyuşmazlığın tartışılmayacak şekilde sona ermesi kesin hüküm ile söz konusu olurdu. “*Res iudicata pro veritate accipitur*” ilkesi geçerliydi. Buna göre, bir uyuşmazlık üzerine verilen karar, gerçek olarak kabul edilir. Sistem Dışı Yargılama’da devlet memuru statüsünde olan hâkimin verdiği karara itiraz edebilmek mümkündü. Hâkimin kararına karşı on gün içinde itiraz edilmediği takdirde, verilen karar kesinleşirdi. İlk yargılama neticesinde verilen karara karşı itiraz edildiğinde, daha üst derecedeki bir hâkim huzurunda dava bütünüyle yeniden incelenir, yeni delillere başvurulabilir ve bambaşka sonuçlara varabilirdi. İtiraz üzerine verilen karara karşı gidilecek bir makam olmadığından, ilgili karar kesin hüküm (*res iudicata*) teşkil ederdi.¹⁰⁶ “*Bis de eadem re ne sit actio*” ilkesine göre, aynı uyuşmazlık iki defa dava edilemez.

Roma’da *appellatio* adı verilen kanun yolu günümüzde HMK m. 341 vd. hükümlerinde düzenlenen istinaf kanun yoluna benzemektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu istinaf kanun yolunu kabul etmiştir. HMK m. 341/1 hükmüne göre; “*İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde,*

¹⁰⁵ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 654-664; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 840.

¹⁰⁶ Buckland, s. 393-394; Umur, “Roma Hukuku”, s. 630; Öztekin, s. 369; Karadeniz Çelebican, s. 320; Küçükgüngör, s. 494; Günal, s. 51; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 119; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 268.

itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir. Miktar veya değeri bin beş yüz Türk Lirasını geçmeyen malvarlığı davalarına ilişkin kararlar kesindir. ” İstinaf kanun yoluna davanın tarafları başvurabilir ve başvuranın hukuki yararının bulunması şarttır¹⁰⁷.¹⁰⁸ Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen temyizi kabil nihai kararlara karşı bir ay içinde temyiz yoluna başvurulabilir. HMK m. 362 hükmünde, temyiz edilemeyecek kararlar belirtilmiştir. Bunların dışındakiler temyiz edilebilir. Temyize her iki taraf da hukuki yararı bulunmak şartıyla başvurabilir¹⁰⁹.

Ayrıca, yargılamanın yenilenmesi¹¹⁰ ve kanun yararına¹¹¹ temyiz prosedürleriyle ilk derece mahkemesince verilen hükmün üst mercilerce tekrar incelenmesine imkân tanıyarak ilk derece

¹⁰⁷ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 575 vd.; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 879 vd.

¹⁰⁸ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenmemiş olmakla birlikte HMK geçici m.3 hükmüne göre, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar HUMK’un temyize ilişkin hükümleri (m.427-444) ve bu arada, karar düzeltme hükümleri (m.440-442) uygulanmaya devam edecektir. Karar düzeltme hukukumuzda istinaf yolunun bulunmadığı dönemde kabul edilmiş bulunan bir olağan kanun yoludur. Karar düzeltme Yargıtay’ın temyiz incelemesi sırasında yapmış olduğu hatalardan dönmesini sağlayan kendine özgü bir kanun yoludur. Karar düzeltme incelemesi üst mahkeme tarafından incelenmez, kararı veren daire tarafından incelenir. HUMK m. 440 hükmünde, hangi hallerde karar düzeltme yoluna gidilebileceği belirtilmiştir.

5311 sayılı Kanun m. 24 vd. hükümlerinde icra mahkemesi kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması düzenlenmiştir. Ancak 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkında Kanun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen bölge adliye mahkemeleri henüz fiilen çalışmaya başlamamıştır.

¹⁰⁹ Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 575; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 896.

¹¹⁰ HMK m.375 hükmünde sayılan sebeplerin varlığı halinde olağanüstü kanun yolu olarak yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi mümkündür. HMK m. 375 hükmünde sayılan sebeplerin ortak özelliği ağır usuli hataların varlığıdır.

¹¹¹ HMK m. 363/1 hükmüne göre, “*İlk derece mahkemelerinin ve bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin kesin olarak verdikleri kararlara, istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlara karşı, yürürlükteki hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulur.*”

mahkemesince yapılan hataların ortadan kalkmasını veya azalmasını sağlamaktadır¹¹².

Roma Hukukunda dava sonucunda verilen karar tarafların haleflerini bağlamakla birlikte, kararın etkisi kural olarak, sadece davanın tarafları üzerindedir. “*Res inter alios acta alteri non nocet*” ilkesine göre, iki kişi arasında görülmüş olan dava, başkasına zarar vermez.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, kesin hükmün *litis contestatio* muamelesinden bağımsız olarak düşünülmesi gerektiğidir. Zira bu usulde, *litis contestatio*, kesin hükmün etkisini göstermemekte sadece davanın taraflarının ve konusunun belirlenmesini sağlayan basit bir muamele idi¹¹³.

Sistem Dışı Yargılama’da, hâkim, hükmü yazılı olarak düzenler ve tarafların yüzlerine karşı yüksek sesle okurdu. Yazılı kararın bir örneği taraflara verilirdi¹¹⁴.

Günümüz Medeni Yargılama Sisteminde de kesin hüküm olumsuz dava şartlarından. Aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı sebeple ikinci bir davanın açılması durumunda, bu dava şartı taraflarca her zaman ileri sürülebileceği gibi, hâkim tarafında da davanın her aşamasında resen gözetilir. Zira HMK m. 303/1 hükmüne göre, “*Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.*”

¹¹² Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 573 vd.; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 867 vd.

¹¹³ Öztekin, s. 369; Küçükgüngör, s. 494; Günal, s. 51; Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 118.

¹¹⁴ Buckland, s. 392; Umut, “Roma Hukuku”, s. 626-627; Oğuzoğlu, s. 352; Küçükgüngör, s. 495; Günal, s. 51; Türkoğlu Özdemir, s. 41; Akıncı, s. 358; Tahiroğlu-Erdoğan, s. 267; Karadeniz Çelebicin, s. 319.

B. DELİLLERİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ SORUNU

Iustinianus Dönemi'nde delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin ilk adımların atıldığı görülmektedir. Roma Hukukunda geçerli olan “*non refert, quid notum iudici, si notum non sit in forma iudicii*” ilkesi gereğince, hâkim, muhakeme usulünü bilmiyorsa, öğrendikleri önemli değildir. Öte yandan, delillerin ve ispat güçlerinin belirlenmesi hem davanın gidişatının belirlenmesi hem de usul ekonomisi ilkesinin yerine getirilmesi bakımından önemliydi. Söz konusu sebeplerle, bu usulde, dedikoduların, rivayetlerin, söylentilerin delil olarak değerlendirilmemesi kabul edilmiştir¹¹⁵.

Günümüz hukukunda, daha önce de değindiğimiz üzere, “caiz delil” olarak ifade edilen sistem geçerlidir. Hâkim, kendisine sunulan delilin geçerli kabul edilip edilmeyeceğini ve ispata esas alınıp alınmayacağını da göz önünde bulunduracaktır. Ayrıca, söylentilerin ve hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin ispat konusu yapılamayacağını ifade etmek gerekir¹¹⁶.

¹¹⁵ Sungurtekin Özkan-Türkoğlu Özdemir, s. 114.

¹¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım “Delillerin Değerlendirilmesi”, s. 236-255; Süha Tanrıver, “Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi”, “Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2006/65, ss. 1119-1128; Bolayır, s. 562-566; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 692-710.

SONUÇ

Roma Hukuku'nda, Sistem Dışı Yargılama'da hâkimin hukuk kurallarını resen uygulaması ilkesinin kabul edilmesi ile yargılama esnasında ispat yüküne ilişkin kurallar gözetilmeye başlanmıştır. Buna göre, ispat külfeti davacıya düşmekle birlikte, davalı da ileri sürdüğü def'ilerin doğruluğunu ispat yükü altındaydı. Öte yandan, bu dönemde gerçeğe ulaşma görüşü egemen olmuştur. Günümüzde, kendi lehine hak çıkaracak olan tarafın ispat yükü altında olduğu kabul edilmiştir. Kendi lehine hak çıkaracak olan taraf genellikle davacı olursa da, her davada ispat yükünün davacıda olacağını söylemek yanlış olur.

Roma Hukukunda günümüzde olduğu gibi, delil sınıflandırması yapılmamıştır, ancak Sistem Dışı Yargılama'da delillerin türüne göre verilecek değer tespit edilmiştir. Günümüzde delil niteliği tartışmalı olan ikrar, Sistem Dışı Yargılama'da geçerlilik koşullarına uygun bir şekilde yapıldığında kesin delil niteliğini haizdi. Fakat Roma Hukukunda, "ikrar" olarak adlandırılan kurum aslında günümüzde davayı sona erdiren taraf usuli işlemlerinden olan "kabul" kurumunun karşılığını teşkil etmektedir. Zira Medeni Yargılama Hukukumuzda, ikrar (HMK m. 188), tarafın aleyhine ileri sürülen vakıanın doğruluğunu beyan etmesi iken, kabul (HMK m. 308) ise, davalının davacı tarafından açılan davada ileri sürdüğü talep sonucunu kısmen veya tamamen muvafakat etmesi olup, davayı sona erdiren bir taraf usul işlemidir.

Bir ispat aracı olan yemin, Sistem Dışı Yargılama'da hâkimin izin vermesi halinde taraf yemini ve hâkimin mevcut delillerden yeterli kanaate ulaşamaması halinde tamamlayıcı yemin olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Oysa günümüzde hâkimin taraflara yemin teklif etmesi kabul edilmemiştir.

Roma İmparatorluğu'nun Doğu kültürünün etkisi altında kalmasıyla yazılı delillerin tanık deliline nazaran ispat gücü artmıştır. Sistem Dışı Yargılama'da yazılı vesikalar müseccel vesikalar, noter vesikaları ve hususi vesikalar olmak üzere üçe ayrılmaktaydı. Günümüzde ise ayırım bu şekilde yapılamamakla birlikte yabancı ülkelerde düzenlenen senetler dışında esasen her bir senedin Roma Hukukunda karşılığı bulunmaktadır. Medeni Yargılama Hukukumuzda senetler resmi senetler ve adi senetler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Resmi senetler ise, kendi içinde noter senetleri, yabancı ülkelerde düzenlenen senetler ve resmi makam ve mercilerce düzenlenen diğer senetler olmak üzere üç grupta incelenmektedir.

Daha önce belirtildiği üzere, Roma'nın Doğu kültüründen etkilenmesi ticaretin çok hızlı şekilde artması ve ticaret hayatında tanıkla ispatın çok güç hale gelmesi, İmparatorluk Dönemi'nde hüküm süren ahlak bozukluğu sebebiyle tanık delilinin ispat gücü azalmıştır. Tek tanığın ifadesi kısmi delil sayılmış, ek birtakım delillerle kısmi delilin tam delile dönüştürülmesi mümkün olabilmıştır. Hususi vesikanın aksinin ispatı için ise en az beş tanığa ihtiyaç duyulmaktadır. Buna karşılık, müseccel vesika ve noter vesikası resmi delil niteliğini haiz olup, aksinin ispatı mümkün değildir. Günümüzde HMK bir ayırım gözetmeksizin miktar ve değerine bakılmaksızın senede bağlı her türlü iddianın yine senetle ispat edileceğini düzenlemektedir. Senede karşı senetle ispat zorunluluğunun tek istisnasını karşı tarafın açık muvafakati teşkil etmektedir.

Sistem Dışı Yargılama'da sorgu, delil elde etme aracı olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzden farklı olarak, Roma Hukuku'nda, hâkim tarafları sorguya çekebileceği gibi, taraflar da birbirlerini sorguya çekebilir. Zira HMK m. 169/1 hükmünde,

açıkça, mahkemenin kendiliğinden veya talep üzerine taraflardan her birinin isticvabına karar verebileceği düzenlenmiştir.

Günümüzde takdiri delil olarak kabul edilen bilirkişi raporu, benzer şekilde, Sistem Dışı Yargılama'da hâkimi bağlamamaktadır.

Sistem Dışı Yargılama'da, günümüzdeki istinaf kurumuna benzeyen appellatio adı verilen kanun yolundan geçen bir karar kesin hüküm teşkil etmektedir. Zira itiraz üzerine verilen karara karşı gidilecek bir mercii bulunmamaktadır. Aynı şekilde, hâkimin verdiği karar aleyhine on gün içinde itiraz edilmediği takdirde, verilen karar kesin hüküm teşkil etmektedir.

Son olarak, belirtmek gerekir ki, Roma Hukukunda zamanla şekilcilikten rasyonelliğe geçiş görülmüş, "biçim"den ziyade "esas"a önem verilmiştir. Sistem Dışı Yargılama, gerek yargılamaya ilişkin belirgin özellikleri gerekse delil ve ispat konuları bakımından, günümüz Medeni Yargılama Sisteminin temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle, Roma Hukuku'nun günümüze tuttuğu ışık yadsınmaz.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin :** Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş ve Kaynaklar-Hukukun Genel Kavramları-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku-Eşya Hukuku-Usul ve İcra Hukuku, Altıncı Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2013.
- Berki, Şakir :** Roma Hukuku, Giriş ve Roma Hukukunun İçinde İnkışaf Ettiği Devirler-Dava Hukuku-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku-Ayni Haklar ve Borçlar Hukuku, Nur Basımevi, Ankara, 1949.

- Berkin, Necmettin M. :** “İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XII, S. 4, 1964, ss. 1175–1192.
- Bolayır, Nur :** “Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkı ve İspat Hakkının Sınırları”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2104, ss. 555-585.
- Buckland, W. W. :** The Main Institutions Of Roman Private Law, Cambridge At The University Press, Cambridge, 2011.
- Burdick, William L. :** The Principles Of Roman Law And Their Relation To Modern Law, The Lawbook Exchange Edition, Copyright 1938, New Jersey, 2012.
- Ceylan, Ziyet Seldağ :** “Noterliğin Doğuşu”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 135, Ankara, Eylül 2007, ss. 58-65.
- Deliduman, Seyithan :** Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Noter Senetleri, Prestij Matbaacılık, Ankara, 2001.
- Günel, A. Nadi :** Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Gürten, Kadir - Küçük Eşref :** “Roma Hukukunda *Actio* Kavramı ve Tarihsel Gelişimi”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Johnston, David :** Roman Law In Context(Key Themes In Ancient History, Cambridge University Press, UK, 1999.
- Karadeniz Çelebican, Özcan :** Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Yeni Medeni Kanun’a Göre Uyarlanmış 16. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

- Kayak, Sevgi :** “Roma Ceza Yargılama Hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma Yöntemleri”, Prof. Dr. Belgin Erdoğan’a Armağan, D&R Yayınları, İstanbul, 2011, ss. 155-185.
- Küçükgüngör, Erkan :** “Roma Özel Hukukunda Delil ve İspat”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, BATİDER, Ankara, 1998.
- Oğuzoğlu, Cahit :** Roma Hukuku, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1959.
- Öcal, Bahar :** “Roma Yargılamasında İspat Yükü”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
- Öztek, Selçuk :** “Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 51, S. 1-4, İstanbul, 1985.
- Schwarz, Andreas B. :** Roma Hukuku Dersleri, C. I, Çev. Türkan Rado, 7. Bası, Doğan Kardeş Yayınevi, İstanbul, 1965.
- Sungurtekin Özkan, Meral- Türkoğlu Özdemir, Gökçe :** Roma Hukukundan Günümüze Medeni Yargılamanın Esasları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Tahiroğlu, Bülent- Erdoğan, Belgin :** Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar-Usul Hukuku, 7. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe :** Roma Usul Hukukuna *Plus Petitio* Yasağı ve Medeni usul Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Umar, Bilge :** İspat Yükü, “İspat Yükü”, Yeniden Yazılmış-Genişletilmiş 2. Basıyı Hazırlayan Ejder Yılmaz, Kazancı Matbaacılık Sanayii, 1980.

- Umar, Bilge :** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi”, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Umur, Ziya :** Roma Hukuku Lügati, “Lügat”, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- Umur, Ziya :** Roma Hukuku, Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi-Mefhumlar-Hakların Himayesi, “Roma Hukuku”, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984.
- Wilinski, A. :** “Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı”, Çev. Belgin Erdoğmuş, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt I, S. 1, Diyarbakır, 1983, ss. 329-335.
- Yıldırım, Mehmet Kamil :** Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, “Delillerin Değerlendirilmesi”, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1990.
- Yıldırım, Mehmet Kamil :** “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasaklar ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilmiş Deliller”, “Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları”, Erdoğan Teziç’e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 861-871.

ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

Arş. Grv. Sultan ÇAMAK*

Özet

Sağlıklı bir toplum ve devlet yapısının oluşturulması için ifade özgürlüğünün sağlanması esastır. Toplumsal yaşamın sonucu olarak bireyler arasında yaşanan menfaat çatışmalarında dengenin sağlanması amacıyla ifade özgürlüğünün dahi sınırlanabileceği genel olarak hukuk sistemlerinde kabul görmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin uluslararası alanda korunması anlamında en önemli belge sayılabilecek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de sınırlamanın meşru sayıldığı haller düzenlenmiştir. Bu sebeple de anayasa ve sözleşme hükümleri incelenirken ifade özgürlüğünün içeriğini düzenleyen hükümler kadar sınırlama getiren hükümler de ayrıntılı ele alınmalıdır. Çalışmanın amacı ifade özgürlüğünün kapsamı hakkında genel bir bilgi verildikten sonra uygulamada ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların nasıl yorumlandığının anlaşılmasıdır. Bu sebeple de iç hukukumuzda Anayasa Mahkemesinin son dönemde bu konu hakkında verdiği kararlar ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları üzerinde kısaca durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Sınırlama Rejimi, Anayasal Sınırlar, Sınırlamanın Sınırları, Kanunla Sınırlama.

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

LIMITATION OF FREEDOM OF EXPRESSION IN ACCORDANCE WITH EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE CONSTITUTIONAL COURT

Abstract

Ensuring freedom of expression is essential for the creation of a healthy society and government. The interest conflicts between individuals as a result of social life, even the freedom of expression can be limited in order to ensure overall balance is recognized in the legal system. In terms of protecting fundamental rights and freedoms in the international arena can be considered the most important document in the European Convention on Human Rights are considered legitimate in cases where the limitations regulated. For this reason, the constitutional provisions and contractual provisions as are provisions that limit freedom of expression must be considered when examining the contents of the detailed. After giving general information about the scope of freedom of expression

Our aim is to understand how the restrictions on freedom of expression in practice reviewed. For this reason, our domestic law with the recent decision by the Constitutional Court on this matter will be dealt with case law of the European Court of Human Rights.

Keywords: Freedom of Expression, Limitations Regime, Constitutional Limits, The Boundaries of Limitation, Restriction with Law.

GİRİŞ

İnsanları diğer canlı türlerinden ayıran özelliklerin başında içgüdüleriyle değil de düşünerek hareket eden varlıklar olması gelir. Aristoteles'e göre de insanları farklı kılan düşünebilen ve düşündüğünü ifade eden varlıklar olmasıdır¹. Montesquieu'ya göre ise insan dinamik,

¹ Kasım Karagöz, İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2004, s.1.

yaratıcı ve erdemli bir varlıktır; fakat bu özelliklerini ortaya çıkarabilmesi özgür bir ortamın sağlanmasına bağlıdır².

Düşünce, bir konu, bir olay veya bir kimse hakkında zihinsel olarak bir görüş sahibi olmak anlamına gelirken bu görüşlerin dış dünyaya yansıtılması ifade anlamındadır ve düşüncelerin dış dünyaya ifadesinin bir sınırlamaya tabi olmaması ifade özgürlüğünün gereğidir³. İfade özgürlüğü bireylerin sağlıklı ilişkiler kurması bakımından önemli olduğu kadar demokratik ve çoğulcu sistemlerde halkın kendi geleceğiyle ilgili konularda düşüncelerini açıklayabilmesi, toplumda yaşanan aksaklıkların ifade edilmesi ile eksikliklerin görülerek telafi edilmesi ve toplumsal barışın sağlanması için de ayrı önem taşımaktadır⁴.

Çalışmamızda öncelikle ifade özgürlüğünün önemi ve kapsamına kısaca değinilecektir. Daha sonra ise 1982 Anayasasının ifade özgürlüğüne yaklaşımı hakkında genel bir çerçeve çizilecektir. En son olarak da asıl konumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında ifade özgürlüğünün sınırlanması ele alınacaktır.

I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ÖNEMİ VE KAPSAMI KONUSUNA KISA BİR BAKIŞ

A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ANLAMI VE KAPSAMI

İnsanlar var olduğu sürece toplum içerisinde yaşamının da bir getirisi olarak birbiriyle iletişim kurma ihtiyacı içindedir. Kişilerin birbiriyle iletişim kurabilmesi ve kişiliğinin sağlam temellere oturması sosyal bir ortamda kendini rahatça ifade edebilmesine bağlıdır. Böylece insanın kendini gerçekleştirebilmesi, toplum içinde kendine bir yer edinmesi mümkün olur. Yani ifade özgürlüğü insanlık tarihi kadar eski bir

² Kasım Karagöz, a.g.tz., s.1.

³ Özcan Özbey, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, TBB Dergisi, Sayı 106, 2013, s.42.

⁴ Suat Kamber, İfade Özgürlüğü, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, 2012, s.3; Enver Bozkurt, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2002, s.48.

geçmişe sahiptir. Fakat yine de günümüzde bile en çok tartışılan konular arasındadır. Tartışmalar sebebiyle ifade özgürlüğü hakkında kullanılan tanım veya kavramlar bakımından bir birlik kurulamamıştır. Bu sebeple bu çalışmada genel çerçevede bir tanım oluşturmaya çalışmakla yetineceğiz.

İfade özgürlüğü incelenirken genellikle dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki farklı tanımlama yapıldığı görülmektedir⁵. Geniş anlamda ifade özgürlüğü insanların duygu, düşünce, inanç ve kanaatlerini serbest bir biçimde barışçıl yollarla dışa vurmasını içerir⁶. Yani bu anlamda baktığımızda ifade özgürlüğü düşünce özgürlüğü, dini inanç ve kanaat özgürlüğü, basın özgürlüğü, siyasi ifade özgürlüğü, toplantı ve yürüyüş özgürlüğü gibi temelinde düşünce açıklamasının yattığı çok önemli özgürlükleri kapsayacak niteliktedir.

İfade özgürlüğünü unsurlarını da içerecek şekilde tanımlarken öncelikle bireylere serbestçe bilgi, belge ve haber alma ile bunların alışverişini yapabilme olanağının sağlanması, yani bilgi edinme hakkının sağlanması gerektiği görülecektir⁷. Çünkü bireyin bir düşünce açıklamasında bulunabilmesi için önce bir düşünce sahibi olması gerekir. Düşüncenin oluşabilmesi için de sağlıklı bilgi akışının sağlanması ve uygun araştırma ortamının kurulması ile özgür düşünmenin temellerinin atılması şarttır. Düşünce dediğimiz şey en basit anlamda bireyin günlük yaşantısı, tecrübeleri veya araştırmalarını kendi zihinsel dünyasında sentezleyerek vardığı görüşlerdir. Düşünce bireyin iç dünyasının

⁵ Anıl Çeçen, İnsan Hakları, 4. baskı, Seçkin, Ankara 2015, s.315-316; Mustafa Erdoğan, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, Liberal Düşünce Dergisi, Y.2001, s.8; Ömer Korkmaz, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları, Yetkin, Ankara 2014, s.59.

⁶ Anıl Çeçen, a.g.e., s.315; Mustafa Erdoğan, a.g.m., s.8.

⁷ İbrahim Kaboğlu, “Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)”, İnsan Hakları Yılı, s.47.

ürünüdür; fakat bireyin iç dünyasına hapsedilen düşüncenin pratikte bir anlamı olmayacaktır⁸.

İfade özgürlüğüne giden yolda ikinci adım bireylerin elde ettikleri bilgi ve haberleri kendi hür iradeleri ile değerlendirerek serbest düşünce, inanç ve kanaat sahibi olması ve bu düşünce inanç ve kanaatleri sebebiyle rahatsız edilememesidir. İfade özgürlüğünün son unsuru da bireylerin serbest bilgi akışı ile elde ettikleri bilgileri değerlendirip vardıkları inanç, düşünce ve kanaatlerini serbestçe dış dünyaya yansıtabilmesi ve açıklayabilmesidir⁹.

Sonuç olarak ifade özgürlüğü oluşum aşamasında bilgi edinme hakkı, kanaat özgürlüğü ve açıklama hürriyetini kapsadığı gibi özgürlüğün kullanılması aşamasında basın özgürlüğü, iletişim özgürlüğü, toplantı ve yürüyüş özgürlüğü gibi birçok hak ve özgürlüğü kapsayan çok geniş bir alanı belirtir.

B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ÖNEMİ

İfade özgürlüğü hem oluşum sürecinde hem de kullanılması aşamasında diğer birçok hakkı da kapsamına aldığı için “eksen” bir hak konumundadır¹⁰. Bu niteliğinden dolayı “kavşak özgürlük” olarak da nitelendirilmektedir¹¹. Fakat bu özgürlük de belli sınırlamalara sahiptir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasındaki temel amaç bireysel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi sağlamaktır; fakat bu dengeyi sağlarken yapılacak sınırlandırmanın niteliği, sınırlama sebeplerinin anlamı ve

⁸ Fazıl Hüsnü Erdem, “Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, Y.1998, s.9.

⁹ İfade özgürlüğünün üç farklı unsurdan oluştuğu doktrinde genel olarak kabul görmektedir. Bu görüşler için bkz. Fazıl Hüsnü Erdem, a.g.m., s.8-9; Reyhan Sunay, İfade Özgürlüğünün Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Yayınları, 2001, s.49-73; İbrahim Kaboğlu, a.g.m., 45-46.

¹⁰ Reyhan Sunay, a.g.e., s.¹⁰.

¹¹ Bkz. Atilla Yayla, “İfade Özgürlüğü Nedir ve Niçin Gereklidir?”, http://www.ozgurtoplumundegerleri.com/res/Atilla_Yayla_Ifade_Ozgurlugu_Nedir_ve_Nicin_Gereklidir.pdf, s.1.(e.t.: 10.10.2015)

otorite ile özgürlük arasında dengenin kurulması konularına dikkat edilmelidir¹².

Liberal demokratik sistemlerde çoğunluğun yanında azınlığın da görüşlerine değer verilmesinin sonucu olarak bireylerin çoğunluğun görüşünü sorgulama, çoğunluğun zıttı düşüncelere sahip olma ve bu görüşleri savunabilme hakkını aktif olarak kullanabilmesi demokrasi ile ifade özgürlüğünün yakın ilişkisinin göstergesidir¹³. Böylece serbest eleştiri ve kamusal tartışma ortamının sağlanması ile toplumda bireylerin birbirini ve devleti sorgulaması gerçekleşebilecektir¹⁴. İfade özgürlüğünün sağladığı çoğunluğun karşısında azınlığın da söz sahibi olması, toplumdaki bireylerin birbirinden farklı olabilme, farklı düşünebilme, seçim yapabilme imkanına sahip olması demokratik sistemin garantisidir.

Demokratik devletlerde devletin tarafsızlığı esas alındığından karşıt görüşlerin rahatça ifade edilebilmesi ve böylece sistemin bütünleştirilmesi sağlanacaktır¹⁵. Demokrasilerde resmi ideoloji kabul edilmediği için devletin kendini koruması gibi bir durum gerekmez¹⁶.

Devletin belli bir ideoloji çerçevesinde kendini korumaya çalışması ve bu ideoloji dışındaki görüşleri baskılaması, farklı görüşleri gayrimeşru kabul etmesi gibi ifade özgürlüğünü anlamsız kılacak düzenlemeler ancak demokratik olmayan otoriter rejimlerde söz konusudur¹⁷. Böyle toplumlarda halkın haber ve bilgi alma yolları engellenir, yöneticiler dışındaki bireylere ifade özgürlüğü çok dar bir alanda tanınır¹⁸. Bunların sonucu olarak da resmi ideolojinin dışındaki görüşler şiddet ve nefret içermese dahi sırf bu niteliklerinden dolayı yasaklanacaktır ve düşünce suçu oluşturacaktır¹⁹. Böyle toplumlarda fikirlerin toplum düzeninin

¹² Kasım Karagöz, a.g.tz., s.3.

¹³ Reyhan Sunay, a.g.e., s.¹⁶.

¹⁴ Mustafa Erdoğan, a.g.m., s.9.

¹⁵ Reyhan Sunay, a.g.e., s.¹⁷.

¹⁶ Reyhan Sunay, a.g.e., s.17.

¹⁷ Reyhan Sunay, a.g.e., s.18.

¹⁸ Reyhan Sunay, a.g.e., s.19.

¹⁹ Reyhan Sunay, a.g.e., s.19.

iyileştirilmesi, bireylerin yönetime katılması, toplumun daha üst seviyeye taşınması gibi amaçları yoktur.

II. 1982 ANAYASASI'NIN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASINA BAKIŞI

1982 Anayasası'nın ilk şeklinde yürütmenin güçlendirilmesi esasına dayalı olarak temel hak ve özgürlüklerin hem ilgili maddelerdeki sebeplerle hem de 13. maddede sayılan sebeplerle sınırlandığı “katmerli sınırlama” sistemi öngörülürken diğer taraftan yasalarla sınırlama getirilebileceği de düzenlenmiş ve temel hak ve özgürlükler olağan dönemlerde dahi çok dar bir alana hapsedilmiştir²⁰. Daha sonra Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde yapılan Anayasa değişiklikleriyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında bu sistem terk edilmiştir. 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 13. madde²¹ bir genel sınırlama öngörmekten ziyade temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında güvence hükmü haline gelmiştir. Yeni düzenlemeye göre temel hak ve özgürlükler yalnızca ilgili maddede sayılan sınırlama sebepleriyle sınırlanabilecek, sınırlama 13. maddede sayılan esaslar (ölçülülük, öze dokunmama, demokratik toplum düzeninin gerekleri, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk) göz önüne alınarak ve kanunla yapılabilecektir²².

²⁰ Sevtap Yokuş, “Yeni Anayasa ve Temel Hak ve Özgürlüklerin Düzenlenmesi”, s.1. Metin Heinrich Böll Vakfı'nın düzenlediği ve yeni anayasanın temel ilkelerinin nasıl olması gerektiği konusunun tartışıldığı paneller dizisinin Van ayağında bildiri olarak sunulmuştur.

²¹ 2001 Değişikliğinden Sonra Anayasa Madde 13: “Temel hak ve hürriyetler, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”

²² Anayasanın 13. maddesinde laik cumhuriyetin gereklerine uygunluk şartı da düzenlenmiş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi bu ölçütü sınırlamanın sınırı olmak yerine bir sınırlama sebebi olarak kabul etmektedir. Bkz. Osman Can, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, <http://www.libertedownload.com/LD/arsiv/24/08-osman-can-dusunceyi-aciklama-ozgurlugu.pdf>, s.111, (e.t.:29.10.2015); Osman Can, “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”,

1982 Anayasası hazırlanırken temel hak ve özgürlükler için sınırlama hükmü öngörülmediği takdirde hak ve özgürlüğün sınırsız olacağı düşünülmüş, bu sebeple de Anayasanın 14. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını yasaklayıcı bir hüküm konmuştur; fakat ilgili maddede bir sınırlama hükmü öngörülmemiş olsa bile temel hak ve özgürlüklerin yapısından kaynaklanan objektif sınırları bulunmaktadır²³.

Anayasanın 15. maddesinde de savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde durumun gerektirdiği ölçüde Anayasaya aykırı önlemler alınabileceği, temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulabileceği açıkça düzenlenmiştir²⁴.

1982 Anayasası'nda düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Doğrudan ifade özgürlüğü ve sınırlama sebepleri 26. maddede düzenlenmiştir. İfade özgürlüğü 26. maddenin birinci fıkrasında şöyle düzenlenmiştir: “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*”

Bu fıkra da açıklama ve yayma kavramları birlikte düzenlenmiş, düşünce açıklama ve yayma araçları örnekleme yoluyla sayılarak

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/can.pdf, s.17. (e.t.:29.10.2015)

²³ Mehmet Sağlam, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/msaglam.pdf, s.16. (e.t.: 12.10.2015)

²⁴ Anayasa MADDE 15/1: “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.”

sınırlanmamıştır. İfade özgürlüğünün sınırlanması hakkında kullanılacak ölçütler aynı maddenin ikinci fıkrasında şöyle düzenlenmiştir: “*Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.*”

Bu fıkrada belirtilen sınırlama sebepleri de 2001 yılındaki Anayasa değişikliği ile düzenlenmiştir. Böylece 13. maddede genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması ile ifade özgürlüğü yalnızca 26. maddenin ikinci fıkrasında sayılan sebeplerle sınırlanacaktır; fakat sınırlama yapılırken 13. maddede sayılan sınırlamanın sınırı niteliğindeki ölçütlere uyulması ve sınırlamanın yalnızca kanunla düzenlenmesi gereklidir.

İfade özgürlüğünün uzantısı niteliğinde olan din ve vicdan hürriyeti, düşünce ve kanaat hürriyeti, bilim ve sanat hürriyeti, basın hürriyeti, dernek kurma hürriyeti ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı Anayasanın 24-34. maddeleri arasında düzenlenmiştir²⁵.

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASINA BAKIŞI: TWITTER VE YOUTUBE KARARLARI

Demokratik bir hukuk devletinde anayasanın temel işlevi, en basit ifadeyle, iktidarı sınırlayarak temel hak ve özgürlükleri korumaktır. Anayasada temel hak ve özgürlükleri koruyucu hükümlerin bulunması gerekli olmakla beraber yeterli değildir. Çünkü bu hükümlere aykırı uygulamalar yaşandığı takdirde başvurulacak bir denetim mekanizması öngörülmezse tanınan hak ve özgürlükler sağlam bir zemine oturtulamaz. Bu noktada Anayasa Mahkemeleri devreye girer. Özellikle devletin belli

²⁵ İlgili maddeler için bkz: <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm>

bir ideoloji doğrultusunda hareket ettiği bir ortamda Anayasa Mahkemesi siyasetten uzak ve objektif bir bakışla hak ve özgürlükler için anayasada yer alan güvencelere işlerlik kazandıracaktır²⁶. Fakat Anayasa Mahkemeleri yalnızca normatif olarak düzenlenen hukuk kurallarıyla bağlı kalmaksızın evrensel hukuk ilkelerini de esas alarak özgürlükleri genişletici yaklaşımda bulunmalıdır²⁷.

1961 Anayasası hazırlanırken de temel hak ve özgürlükler daha ön planda tutularak bu şekilde bir denetim mekanizması olarak Anayasa Mahkemesi kurulması düzenlenmiştir. Mahkeme bu dönemde ifade özgürlüğüne ilişkin bir kararında kişinin iç aleminde kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin, söz yazı, resim gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplum hayatını ilgilendirdiğinden hukukun ve kanunun sahasına girdiği ve bu sebeple toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabileceğini belirtmiştir²⁸. Yani ifade özgürlüğü ile düşünce özgürlüğü arasında net bir ayırım yapılmıştır. Mahkeme düşünce ve kanaat özgürlüğünü bireyin iç dünyasına ilişkin bir hak olarak değerlendirerek sınırsız bir hak olarak kabul etmiştir. Bu düşünce ve kanaatler açıklandığında ise Mahkeme toplumsal yaşamın gereği olarak sınırlamaların getirilebileceğini kabul etmiştir.

Toplumsal yaşamın sonucu olarak menfaatler arası çatışmalar söz konusu olabileceğinden bu menfaatler arasında dengenin sağlanabilmesi için en temel özgürlüklerden olan ifade özgürlüğünün sınırlanabilirliği kabul edilmelidir; fakat düşünce ve kanaat özgürlüğünü bireyin iç dünyasıyla sınırlayan anlayışı kabul etmek doğru olmayacaktır. Çünkü düşüncelerin dış dünyada değişiklik yaratabilmesi, somut bir etki yaratabilmesi için serbestçe açıklanabilmesi şarttır. Bu süreçte de ifade özgürlüğü ile düşünce özgürlüğünün ayrı tutulmasının yanlış bir yaklaşım olacağı kanısındayız.

²⁶ Reyhan Sunay, Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Yayınları,...s.8.

²⁷ Reyhan Sunay, Anayasa Mahkemesi..., s.8.

²⁸ E.1963/16, K. 1963/83, k.t. 8.4.1963, Resmi Gazete tarih: 9.7.1963 sayı: 11449.

Son dönemde 2010 yılındaki anayasa değişikliği ile bireysel başvuru hakkının anayasal güvence altına alınmasıyla Anayasa Mahkemesine ifade özgürlüğünün ihlaline ilişkin bireysel başvurular da bulunmaktadır. Özellikle “twitter” isimli internet sitesine erişimin engellenmesine dair Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı işleminin Anayasanın 26., 27., 40. ve 67. maddelerine aykırılığı gerekçesiyle yapılan bireysel başvuruya²⁹ ifade özgürlüğü çerçevesinde kısaca değinmek yerinde olacaktır.

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB), İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 7.3.2014 tarih ve 2011/762, Samsun 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 4.3.2014 tarih ve 2014/223, İstanbul Anadolu 5. Sulh Ceza Mahkemesinin 18.3.2014 tarih ve 2014/181 ve İstanbul Anadolu 14. Asliye Ceza Mahkemesinin 3.2.2014 tarih ve 2011/795 sayılı kararlarına istinaden koruma tedbiri kararı uygulamış ve twitter.com adresine ulaşım engellenmiştir.

Başvurucular TİB’in işlemine dayanak olarak gösterdiği mahkeme kararının yalnızca URL bazında erişim engellemesine imkan sağladığını, kararın tüm siteye erişim engellemesine yönelik olmadığını iddia etmiştir. Bu şekilde tüm siteye erişimin engellenmesiyle bilgiye ulaşma imkanının yanında, bilgiyi yayma hakkının da ciddi anlamda sınırlandığı belirtilmiştir. Sonuç olarak bu uygulama ile sadece anılan sitede mevcut olan bilgilere değil, tüm sosyal ağda var olan ve ileride paylaşılacak olan bilgilere erişimin engelleneceği, böylece AİHS’nin 10. maddesinde ve Anayasa’nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğüne ilişkin ilkelere aykırılık oluşturulacağı savunulmuştur.

Kararda Mahkeme ifade özgürlüğünü düşünce ve kanaat sahibi olmak ve bunun ötesinde düşünce ve kanaatleri serbestçe açıklamak ve yaymak, haber ve bilgi alışverişi yapabilmek ile düşünce ve kanaatler sebebiyle kınanmamak haklarını kapsayacak şekilde geniş yorumlamıştır.

²⁹ Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/3986, Karar Tarihi: 2/4/2014.

Toplumsal ve siyasal çoğulculuğun sağlanmasında en temel koşul olan ifade özgürlüğünün işlevini yerine getirebilmesi için, toplumda normal karşılanan haber ve düşünceler yanında, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir³⁰.

Anayasanın 26. maddesine göre düşünce ve kanaatler “*söz, yazı, resim veya başka yollarla*” açıklanabilir. Mahkeme bu maddede “*başka yollarla*” ifadesi ile düşünce ve kanaatleri açıklama araçlarının sınırlı sayıda olmadığına belirtildiğini, bu sebeple de internet yoluyla yapılan düşünce açıklamalarının da ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Böylece ifade özgürlüğünün tek başına olduğu kadar diğer hak ve özgürlüklerin kullanılmasında da önem taşıyan bir özgürlük olduğu bir kez daha anlaşılmaktadır.

Gelişen teknolojinin gereği olarak toplumsal iletişim ve haber kaynakları arasında yerini alan internet de bireylerin düşüncelerini serbestçe açıklayabileceği, haber ve fikir alışverişinde bulunabileceği bir sosyal ortam olarak ifade özgürlüğünün en çok kullanıldığı alanlardan biri haline gelmiştir. İfade özgürlüğü sınırlanırken Anayasanın 13. ve 26. maddelerinde göz önüne alınacak ölçütler şüphesiz ki internet ortamında yapılan düşünce açıklamalarına getirilecek sınırlamalarda da uygulanacaktır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi kararda ifade özgürlüğü sınırlanırken “*Anayasanın 13. ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gerektiğini*”³¹ belirtmiştir.

³⁰ Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/3986, Karar Tarihi: 2/4/2014, prg. 35.

³¹ Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/3986, Karar Tarihi: 2/4/2014, prg. 43.

Mahkeme ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini araştırırken üç aşamalı bir inceleme yapmıştır. Öncelikle ifade özgürlüğüne bir müdahale olup olmadığı, bir müdahale varsa haklı sebebe dayanıp dayanmadığı ve son olarak haklı sebebe dayanıyorsa müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı açılarından incelemiştir.

Değerlendirme sonucunda erişimin engellenmesinin URL bazında değil de tüm bir siteye yönelik erişimin engellenmesi şeklinde uygulanmasının Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların kanunla öngörülmesi ve sınırlamanın kanuna uygun olması şartına aykırılık oluşturduğu kararına varılmıştır. Sınırları belli olmayan ve kanuni dayanağı bulunmayan böyle bir sınırlamanın twitter.com ağından yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğünü ihlal eden ağır bir müdahale niteliğinde olduğu belirlenmiştir.

“Youtube” adlı siteye erişimin engellenmesine ilişkin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nın işleminin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin bireysel başvuruda³² da Anayasa Mahkemesi benzer bir değerlendirmede bulunmuştur.

Başvuruculardan Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak ve Metin Feyzioğlu çeşitli üniversitelerde öğretim üyesi olarak çalışmaktadırlar. Bu başvuruçular insan hakları ve ceza hukuku alanında bilimsel çalışmalar yaptıklarını, bu çalışmalarını youtube.com isimli internet sitesinde yer alan hesapları üzerinden paylaştıklarını, aynı zamanda çalışma alanları ile ilgili Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi metin ve görsellerine site üzerinden ulaştıklarını ifade etmişlerdir. Başvuruculardan Mustafa Sezgin Tanrıkulu ve Mahmut Tanal ise İstanbul milletvekili olarak görev yapmakta olup anılan site üzerinden yasama organındaki konuşma ve faaliyetlerini site aracılığı ile paylaştıklarını, ayrıca çalışma alanları olan insan hakları hukuku ile ilgili konularda siteden faydalandıklarını belirtmişlerdir.

³² YOUTUBE LLC Corporation Service Company ve Diğerleri, Başvuru Numarası: 2014/4705, Karar Tarihi: 29/5/2014.

Başvurucular özetle, TİB tarafından youtube.com isimli video paylaşım sitesine erişimin idari bir karar ile resen engellenmesinin hukuka aykırı olduğunu, youtube.com sitesine erişimin engellenmesinin anılan sitede yayımlanan videolara ulaşma imkânının yanında bilgiye ulaşma hakkını da ciddi şekilde sınırlandırdığını, bu engellenmenin sadece anılan sitede mevcut olan değil ileride paylaşılacak bilgilere de erişimi engellediğini savunmuştur.

Mahkeme “twitter” hakkındaki kararında olduğu gibi ifade özgürlüğünü geniş bir şekilde yorumlayarak bu özgürlüğün çeşitli araçlarla kullanılabileceğini, internetin de bu araçlardan biri olduğunu belirtmiştir. Kararda bu şekilde çok sayıda kullanıcısı olan internet sitelerinde sürekli bilgi alışverişi ile veri saklama imkanının bulunduğu, kamu gücü tarafından bir sınırlama getirileceği takdirde de sınırlamanın kanunla düzenlenmesi gerektiğine yer verilmiştir.

Sonuç olarak aynı “twitter” kararında kullanılan ölçütler üzerinden değerlendirme yapılarak diğer kararda olduğu gibi URL bazında engelleme yapmak yerine tüm siteye erişimin engellenmesiyle kanuni dayanağı olmaksızın tüm kullanıcıların haber ve bilgilere ulaşımının engellenmesi sonucu ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale olduğuna karar verilmiştir.

Her iki siteye de erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiğinde şüphe yoktur. Müdahalenin haklı olup olmadığı değerlendirilirken hem 26. maddedeki sınırlama sebeplerine hem de 13. maddede sınırlamanın sınırı niteliğindeki ilkelere göre değerlendirme yapılmalıdır. Mahkeme 13. maddeye göre değerlendirme yaparken demokratik toplumda gereklilik kavramını AİHM ile paralel olarak sınırlamanın zorunlu bir toplumsal ihtiyaca cevap verecek kadar büyük bir gereklilik olması şeklinde ele almıştır.

Her iki kararda da 5651 sayılı internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesine ilişkin kanundaki düzenlemeler de göz önüne alınmıştır. İlgili kanun maddelerine girmeden anayasa çerçevesinde genel bir değerlendirme yapılacak olursa daha hafif bir uygulama ile yalnızca

hukuka aykırı olarak değerlendirilen içeriklere erişimin engellenmesi mümkünken tüm siteye erişimin engellenmesinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu görülecektir.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE GÖRE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI

İfade özgürlüğünün gerçekleşmesi için devlet hem bireylerin meşru sınırlar içinde düşüncelerini serbestçe açıklayarak ve yayarak hakkını kullanabilmesi için uygun ortamı hazırlama hem de bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmeme yükümlülüğü altındadır³³. Demokratik rejimlerde çoğulculuk ilkesinin gereği olarak, nesnel ölçütlerle devletin takdir alanının belirlenmesi ve bu çerçevede ifade özgürlüğünün de sınırlanması mümkündür; fakat bu noktada önemli bir husus iç hukuklarda da uluslararası hukukta belirlenen sınırlama ölçütlerine uygun düzenlemeler yapılmasıdır³⁴.

İfade özgürlüğünün sınırlanması konusunda en önemli düzenleme AİHS 10.maddesinde bulunmaktadır. Bu maddenin ilk fıkrasında ifade özgürlüğünün kapsamı ikinci fıkrasında da sınırlamanın ölçütleri düzenlenmiştir. Bu madde şöyledir:

“1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, 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

³³ Özcan Özbey, a.g.e., s.46.

³⁴ Özcan Özbey, a.g.e., s.46.

otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

Bu maddeye bakıldığında ifade özgürlüğünün aynı zamanda başka haklara kaynaklık ettiği için ayrı bir önemi olduğu ve bu hakkın sınırlanmasının hangi hallerde meşru sayıldığı anlaşılmaktadır³⁵. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre devletlerin iç hukuklarında bu hakkı sınırlayıcı düzenlemelerin sözleşmeye uygun olması için öncelikle kanunla yapılması, sonra bu sınırlamanın maddede belirtilen sınırlı amaçlarla yapılmış olması ve son olarak da sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması şartları aranmaktadır.

Sınırlamanın yasayla öngörülmesi iç hukuklarda vatandaşların rahatça ulaşabileceği açık ve anlaşılır yasal düzenleme ile ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın düzenlenmesi anlaşılır. AİHM yasanın yazılı olmasını gerekli görmemiş, maddi anlamda yasa olması gerektiğine kararlarında yer vermiştir³⁶. Demokratik toplumda gereklilik kavramı ise sınırlamanın toplumsal zorunlu bir ihtiyacı karşılamaya yönelik oluşunu ifade etmektedir³⁷.

Maddede sayılan meşru amaçlar yönünden değerlendirme yaparken dava konusu olayın şartları göz önüne alınmıştır. Örneğin; Mahkeme Zana/Türkiye davasında başvurusunun 1987’de gazetecilerle yaptığı bir röportajda “PKK’nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocuklar yanlışlıkla öldürülüyor...” şeklindeki açıklaması sebebiyle iç hukukta yasanın suç saydığı fiili övmek, kamu emniyetini tehlikeye düşürmek suçlarından mahkum edilmesini incelerken röportajda kullanılan ifadelerin çelişkili olduğunu, Türkiye’de Güneydoğu

³⁵ Ümit Kocasakal, Emine Eylem Aksoy, Pınar Memiş,” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 1, s. 27.

³⁶ Sunday Times/Birleşik Krallık davası, 26.4.1979, kararın Türkçe özeti için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=32>, e.t.27.04.2014.

³⁷ Kayasu/Türkiye davası, 13.11.2008, Türkçe karar metni için bkz. <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgooster.asp?id=10308> e.t. 01.06.2014.

bölgesinde o dönemde yaşanan olaylar dikkate alındığında ve başvuruçunun bölgede etkili biri olduğu dikkate alındığında bu açıklamaların ortamı daha da gelecek nitelikte olduğunu, bölgede kanlı eylemler gerçekleştiren PKK'yı ulusal kurtuluş örgütü olarak tanımlamanın da Türkiye'nin ülke bütünlüğüne tehlike teşkil edecek nitelikte olduğunu belirterek mahkumiyetin demokratik toplumda baskın toplumsal ihtiyaca cevap verecek ölçüde olduğuna karar vermiştir³⁸.

Nur Rayda ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. / Türkiye davasında Ağustos 1999'da İzmit'te meydana gelen depremde yaşanan ölümlerin Allah'ın Allah düşmanlarına ikazı olduğu şeklinde mihr dini cemaatinin temsilcisi tarafından yapılan yorumlar nedeniyle kanalın yayınına 180 gün ara verilmesi yaptırımını inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söz konusu yorumlar ne kadar şok edici ya da saldırgan olsalar da şiddete teşvik edici ya da bu cemaat karşıtlarını tahrik edici nitelikte olmadığı için uzun süre yayın yasağı cezası verilmesini demokratik bir toplumda gereksiz bularak 10. maddenin ihlal edildiği kararına varmıştır³⁹.

İfade özgürlüğünün sınırlanması konusunda hakkın kötüye kullanılmasını engellemeye yönelik olarak sözleşmenin 17. maddesi şöyledir:

“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, 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.”

Bu maddeyle de hakkın sınırlanması için yapılacak düzenlemenin hakkın içeriğine dokunacak, onu yok edecek ölçüde geniş olamayacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Yani bu maddeden hem Sözleşme’deki hak ve özgürlükleri kullanarak bunları yok etme girişiminde bulunulamayacağı

³⁸Zana/Türkiye davası, 25.11.1997, Türkçe karar metni için bkz. <http://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=719>, e.t.01.06.2014.

³⁹Nur Rayda ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş./Türkiye davası, 27.11.2007, kararın Türkçe metni için bkz. <https://aih.m.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=8875>, e.t. 01.06.2014.

hem de Sözleşme ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri sınırlarken devletin, sözleşmede belirtilen çerçevede hareket etmesi gerektiği anlaşılmaktadır⁴⁰. Zaten sözleşmede yer alan sınırlama nedenlerinin söz konusu olduğu hallerde devletler hakkı sınırlamakla zorunlu değildir, sadece hakkın sınırlanması belirlenen durumlarda meşru sayılacaktır⁴¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü hakkındaki yaklaşımının daha iyi anlaşılması için Mahkeme'nin son dönemde verdiği Perinçek/İsviçre kararı aşağıda incelenecektir.

V. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN PERİNÇEK/İSVİÇRE KARARI

Başvurucu Doğu Perinçek başvuru tarihinde Türkiye İşçi Partisi Genel Başkanı ve aynı zamanda bir hukuk doktorudur. 15 Temmuz 2005 tarihinde, İsviçre-Ermenistan Derneği, 7 Mayıs, 22 Temmuz ve 18 Eylül 2005 tarihlerinde sırasıyla Lozan, (Vaud Kantonu), Opfikon (Zürih Kantonu) ve Köniz'de (Bern Kantonu) farklı konferanslar sırasında, 1915 yılında ve izleyen yıllarda Osmanlı İmparatorluğu tarafından Ermeni halkına karşı işlenen her türlü soykırımın varlığını aleni bir şekilde reddederek Ermeni soykırımı fikrini “uluslararası yalan” olarak nitelendirmesine dair konuşmalarının içeriği nedeniyle başvuran hakkında şikâyette bulunmuştur.

Yerel mahkeme Ermeni soykırımının hem İsviçre kamuoyunda hem Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu gibi uluslararası kuruluşlarca kabul gören bir gerçek niteliğinde olduğunu, ayrıca başvuranın tarihi tartışmak gibi bir saikle değil ırkçı saikle hareket ettiği kanaatine varmış ve para cezası vermiştir. Bunun üzerine Doğu Perinçek 13 Haziran 2007 tarihinde, Vaud Kantonu Ceza İstinaf Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunmuştur. Mahkeme İsviçre Ceza Kanunu'nun mükerrer 261. maddesinin 4. fıkrasının kabul edildiği tarihte, Yahudi soykırımı gibi, Ermeni soykırımının da İsviçre Kanun koyucusu tarafından gerçekliği

⁴⁰ Kasım Karagöz, a.g.tz., s.87

⁴¹ Özcan Özbey, a.g.e.,s.49.

tanınan tarihi bir olay olduğunu ve başvuranın, Ermenilerin uğradığı kıyım ve tehcirleri inkâr etmeksizin olayların soykırım olarak tanımlanmasını reddetmekle yetindiğini belirterek temyiz başvurusunu reddetmiştir. Bunun üzerine Perinçek Federal mahkemeye temyiz başvurusu yapmış ve bu başvuru da benzer gerekçelerle reddedilmiştir.

Bütün iç hukuk yollarını tüketen başvuru İsviçre Ceza Kanunu'nun 261. maddesinin 4. fıkrasının öngörülebilir nitelikte olmadığı, mahkumiyetinin hukuken meşru bir amaç taşımadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı ve bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur⁴².

AİHM başvuruyu öncelikle Sözleşmenin 17. maddesindeki hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağı çerçevesinde değerlendirmiştir. Bu çerçevede Mahkeme başvuru Osmanlı İmparatorluğu döneminde yapılan katliamlar ve tehcirleri inkar etmediğini, yalnızca “soykırım” olarak nitelendirilmesini kabul etmediğini, böylece de o dönemde uygulanan vahşetin mağdurlarının ailelerinin ve yakınlarının onurunu kırarak ırkçı bir yaklaşımda bulunmadığını vurgulayarak ifade özgürlüğünün kötüye kullanıldığı bir durumun söz konusu olmadığını belirtmiş ve esasa dair incelemeye geçmiştir.

İsviçre Ceza Kanununun 261. maddesinin 4. fıkrası şöyledir⁴³:

“Alenen sözle, yazıyla, resimle, davranışla, fiili yollarla ya da başka herhangi bir biçimde, bir şahsı veya bir grubu, ırkları, etnik aidyetleri ya da dinleri nedeniyle insanlık onurunu zedeleyecek biçimde aşağılayan veya ayrımcılık yapan ya da aynı nedenle bir soykırımı veya

⁴² Ersan Şen, “İHAM'nin Perinçek kararı ve Ermeni Soykırımı”, <http://t24.com.tr/yazarlar/ersan-sen/ihamnin-perincek-karari-ve-ermeni-soykirimi>, 8069, e.t.: 25.10.2015; Kararın Türkçe metni için bkz. http://www.avim.org.tr/uploads/raporlar/Perincek%C4%B0svi%C3%A7re_A%C4%B0HM_karar%C4%B1_terc%C3%BCmesi.pdf e.t.: 29.10.2015

⁴³ Karar metni içerisinde maddenin Türkçe çevirisine yer verilmiştir.

insanlığa karşı işlenmiş diğer suçları inkâr eden, kabaca küçümseyen ya da haklı göstermeye çalışan kişi; ırksal, etnik veya dini aidiyetleri nedeniyle bir kişi ya da bir gruba topluma yönelik bir hizmeti sağlamayı reddeden kişi en fazla üç yıl özgürlüğü kısıtlayıcı cezaya veya para cezasına çarptırılır.”

İfade özgürlüğüne ilişkin sınırlamaların Sözleşmenin 10. maddesine uygun olabilmesi için sınırlamanın yasayla öngörülmesi, Sözleşmede sayılan meşru amaçlardan biri sebebiyle olması ve demokratik toplumda gereklilik şartlarını sağlaması gerekmektedir.

Mahkeme bu doğrultuda esas incelemesi yaparken başvurunun cezanın “hukuki öngörülebilirlik” şartına uymadığı iddiasını yerinde bulmamıştır. İsviçre Ceza Kanununun 261. maddesinin 4. fıkrasında suç teşkil eden davranışın ve cezanın yeterince öngörülebilir şekilde düzenlendiği sonucuna varılmıştır. Fakat Mahkeme başvurunun cezalandırılmasında İsviçre hükümetinin iddia ettiği gibi başvuranın cezalandırılmasında Sözleşmenin 10. maddesinde sayılan meşru amaçlardan kamu düzenini sağlanması amacı ve demokratik toplumda gereklilik amaçlarının sağlanmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre başvuranın görüşlerinde 1915 olaylarında zarar görenleri veya Ermeni halkını aşağılayıcı bir yön bulunmadığından kamu düzeninin bozulmasına sebep olacak kadar büyük bir risk oluşmamıştır. Bu sebeple de başvuranın görüşlerini açıklaması sebebiyle cezalandırılması demokratik bir toplumda zorunlu bir ihtiyacı karşılamaya yönelik değildir. Bu sebeple de başvurunun cezalandırılması Sözleşmenin 10. maddesine aykırı bulunmuştur.

SONUÇ

Düşünce ve düşünceyi ifade etme özgürlüğü birçok hakkın temelini oluşturduğu halde en gelişmiş demokrasilerde bile tehlikeye düştüğü zamanlar olmaktadır. Bu yüzden de ifade özgürlüğünün toplumlarda yerleşmesi ve ifadenin özgürce dışa vurumunun gerçekleşmesi için büyük mücadeleler verilmektedir.

Geçtiğimiz yıllarda AİHM'e yapılan çok sayıda başvuru sonucunda devletimiz aleyhine çok sayıda ihlal kararı verilmiştir. Bunun bir sonucu olarak Avrupa Birliğine uyum sürecinin de etkisiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine paralel yasal düzenlemeler yapılmıştır. TCK'nin 216. maddesinde ancak kamu güvenliğine açık ve yakın bir tehdit oluşturan ifadelerin suç oluşturacağına düzenlenmesi, yine TCK'nin 301. maddesinde eleştiri niteliğinde olan ifadelerin suç oluşturmayacağına düzenlenmesi ve bu suçun Adalet Bakanlığının izni ile soruşturulması AİHM kararlarında da belirtildiği gibi beğenilmese, hoş gitmese ve toplumdan tepki alsa da ifadelerin keyfî olarak sınırlandırılmayacağını gösteren düzenlemelerdir.

Anayasanın 90. maddesine göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bu sebeple AİHS hukukumuzda kanun niteliğindedir. Ayrıca 90. maddeye 2004 yılında eklenen *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”* hükmü ile iç hukukumuzda sözleşmeye aykırı, sözleşmeyle çelişen düzenleme yapıldığı takdirde sözleşme esas alınacaktır.

Bu düzenlemelerle iç hukukta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine paralel düzenlemeler getirilmiş olsa da bağımsız ve tarafsız yargı organları, kararlarında AİHM içtihatlarını göz önüne alarak ifade özgürlüğünü koruyucu tutum sergilemezse demokratik bir hukuk devletinden söz edilemeyecektir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasını gerektiren bir durum oluştuğunda ise AİHS ve Anayasada yer alan düzenlemeler esas alınarak kanunla düzenleme, amaca uygunluk orantılılık ve diğer ilkelere uygun davranılmalıdır.

KAYNAKÇA

- BOZKURT, Enver, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, 2002.
- CAN, Osman, “Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti?”, <http://www.libertedownload.com/LD/arsiv/24/08-osman-can-dusunceyi-aciklama-ozgurlugu.pdf>, (e.t.: 29.10.2015)
- CAN, Osman, “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/can.pdf. (e.t.: 29.10.2015)
- ÇEÇEN, Anıl, İnsan Hakları, 4. baskı, Seçkin, Ankara 2015.
- ERDEM, Fazıl Hüsnü, “Düşünce Özgürlüğü ve Demokrasi”, Ankara Barosu Dergisi, S.1, Y.1998.
- ERDOĞAN, Mustafa, “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif”, Liberal Düşünce Dergisi, Y.2001.
- KABOĞLU, İbrahim, “Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)”, İnsan Hakları Yıllığı.
- KAMBER, Suat, İfade Özgürlüğü, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, Başbakanlık Uzmanlık Tezi, 2012.
- KARAGÖZ, Kasım, İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2004.
- KOCASAKAL, Ümit, Emine Eylem Aksoy, Pınar Memiş,” Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 1.

- KORKMAZ, Ömer, *Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları*, Yetkin, Ankara 2014.
- ÖZBEY, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, *TBB Dergisi*, Sayı 106, 2013.
- SAĞLAM, Mehmet, “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/msaglam.pdf. (e.t.: 12.10.2015).
- SUNAY, Reyhan, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti*, Liberal Düşünce Yayınları, Ankara, 2002.
- SUNAY, Reyhan, *İfade Özgürlüğünün Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Yayınları, 2001.
- ŞEN, Ersan, “İHAM’nin Perinçek kararı ve Ermeni Soykırımı”, <http://t24.com.tr/yazarlar/ersan-sen/ihamnin-perincek-karari-ve-ermeni-soykirimi,8069>, (e.t.: 25.10.2015).
- YAYLA, Atilla, “İfade Özgürlüğü Nedir ve Niçin Gereklidir?”, http://www.ozgurtoplumundegerleri.com/res/Atilla_Yayla_Ifade_Ozgurlugu_Nedir_ve_Nicin_Gerekli_dir.pdf (e.t.: 10.10.2015).
- YOKUŞ, Sevtap, “Yeni Anayasa ve Temel Hak ve Özgürlüklerin Düzenlenmesi” (Metin Heinrich Böll Vakfı’nın düzenlediği ve yeni anayasanın temel ilkelerinin nasıl olması gerektiği konusunun tartışıldığı paneller dizisinin Van ayağında bildiri olarak sunulmuştur.) <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm>
<http://aihm.anadolu.edu.tr/>

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ORGANLARININ İNSAN HAKLARI İLE İLİŞKİSİ

Arş. Grv. Tacettin ÇALIK*

ÖZET

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, esas olarak uluslararası barış ve güvenliği sağlamak amacıyla kurulmuş olan Birleşmiş Milletler Örgütü, insanların doğuştan sahip oldukları temel hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesinin sağlanmasını görev edinmiştir. Birleşmiş Milletler, BM Şartı'nda çeşitli şekillerde ifade edilen bu görevi, gerek sahip olduğu temel ve yardımcı organları vasıtasıyla, gerekse kendi bünyesinde oluşturulan bildiri ve sözleşmeler vasıtasıyla yerine getirmeye çalışmıştır. Birleşmiş Milletler ana organları olan Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Sosyal ve Ekonomik Konsey gibi organlar, esasında uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması amacıyla oluşturulmuş olmakla birlikte, insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde dolaylı etkiye sahiptirler. Genel Kurul ile Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından kurulan İnsan Hakları Komisyonu, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Kadınların Statüsü Komisyonu gibi organlar ise doğrudan insan haklarının geliştirilmesi ve korunması amacıyla kurulmuştur. Bu organlar yaptıkları faaliyetlerle insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde gerçekten önemli bir yere sahiptirler.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Ekonomik ve Sosyal Konsey, İnsan Hakları Komisyonu, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

ORGANS OF THE UNITED NATIONS RELATIONSHIP BETWEEN HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

After the Second World War, the United Nations Organization, founded for providing international peace and security, has taken providing respects for fundamental rights and freedoms on a duty. The United Nations has worked for this aim stated in the UN Charter through both basic and auxiliary bodies and declaration and conventions. Although The United Nations' basic bodies such as the General Assembly, the Security Council and the Economic and Social Council, was basically founded in order to ensure international peace and security, it has indirect effects on protecting and developing human rights. The Bodies such as the Commission On Human Rights, Office of the United Nations High Commissioner on Human Rights, Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, the Commission on the Status of Women founded by the General Assembly and the Economic and Social Council, were directly founded to develop and protect the human rights. These Bodies has really an important role on protecting and improving human rights through their facilities.

Keywords: The human rights, the General Assembly, the Security Council, the Economic and Social Council, the Commission On Human Rights, the Office of the United Nations High Commissioner on Human Rights.

I. GENEL OLARAK

Birleşmiş Milletler, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ortaya çıkan bir hükümetler arası örgüttür. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra kurulan Milletler Cemiyeti, İkinci Dünya Savaşı'nın çıkmasını önleyemeyerek uluslararası barış ve güvenliğin korunması görevinde başarısız olmuş ve

bu yüzden önemini yitirmiştir¹. Ayrıca, İkinci Dünya Savaşı'nın sonucunda Almanya ve Japonya'nın yenilmesinin ardından, galip devletler kendi önceliklerine ve güvenliklerine karşı yeni rakiplerin ortaya çıkmasını önlemek ve uluslararası istikrarı sağlamak için çalışmalarını sürdürmüşlerdir². Bu görevi üstlenecek yeni bir uluslararası örgüt kurmak için konferanslar düzenlenmiştir. Bunlardan biri olan San Francisco Konferansı'nda 50 devlet temsilcisinin imzaladığı Birleşmiş Milletler Şart'ı, 24 Ekim 1945'te yürürlüğe girmiştir³. Birleşmiş Milletler Şartı 111 maddeden ve 19 bölümden oluşmaktadır. Birleşmiş Milletler Şart'ına 70 maddelik Uluslararası Adalet Divanı Statüsü eklidir. Bu Statü BM Şartı'nın ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir⁴.

Birleşmiş Milletler'in kurulması dünya tarihi açısından bir dönüm noktası olmuştur. İkinci Dünya Savaşı'ndan galip çıkan devletler, Birleşmiş Milletleri oluşturarak, savaş öncesinde ve esnasında kurmuş oldukları birlik ve dayanışmayı, savaş sonrasında da uluslararası düzeyde kurumsallaştırarak devam ettirmeyi başarmışlardır. Ayrıca, BM Şartı ile "insan hakları", uluslararası hukuk tarafından korunması gereken uluslararası bir mesele hüviyetine bürünmüştür⁵.

Birleşmiş Milletler, üye devletlerin toprak bütünlüğünün, siyasal bağımsızlığının ve milli egemenliğinin korunması ve bu çerçevede uluslararası barış ve güvenliğin devamı temelinde kurulmuş bir örgüttür⁶. Egemen devletlerin bir araya gelerek oluşturduğu Birleşmiş Milletler

¹ **BAEHR Peter R.**, "The United Nations", Encyclopedia Of Government And Politics, Vol: 2, (Editor: M. E. Hawkesworth, Maurice Kogan), 2001, s. 887.

² **VÄYRYNEN Raimo**, "Enforcement And Humanitarian Invention: Two Faces Of Colective Actions By The United Nations", Future Of The United Nations System: Potential For The Twenty-First Century, (Editor: Chadwick F. Alger), 1998, s.55.

³ **BAEHR**, s. 887.

⁴ Birleşmiş Milletler Şartı, Giriş Kısmı,

Tam Metin İçin Bkz. <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf>, Erişim Tarihi, 15.9.2014.

⁵ **GEMALMAZ Mehmet Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 3. Baskı, İstanbul 2001, s. 311.

⁶ **International Commission On Intervention And State Sovereignty**, The Responsibility To Protect, December 2001, s. 13.

Örgütü, bir “dünya hükümeti” olmamakla birlikte, uluslararası uyumsuzlukların çözülmesine yardımcı olacak araçları sağlama ve insanlığı ilgilendiren sorunlarla ilgili politikalar üretme görevlerini yerine getirmektedir⁷.

Birleşmiş Milletleri kuran devletlerin en temel amacı, BM Şartı’nın 1. maddesinde de belirtildiği üzere “barışa yönelik tehditleri ortadan kaldırmak ya da saldırı veya barışın bozulmasına neden olacak başka eylemleri bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak”tır. BM Şartı’nda şu üç amaçtan da söz edilmektedir⁸:

- i. Temelinde halkların hak eşitliği ve kendi kaderlerini kendileri belirlemesi ilkelerine saygı olan, devletlerarasındaki dostça ilişkileri geliştirmek ve dünya barışını sağlamak;
- ii. Sosyal, ekonomik, kültürel veya insancıl karakterdeki uluslararası problemlerin çözümünde ve insan haklarına saygının teşvik edilmesinde, geliştirilmesinde ve yükseltilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak;
- iii. Bütün bu ortak amaçlara ulaşılması için, milletlerin eylemlerinin uyumlu hale getirilmesinde bir merkez yapı olmak.

Ayrıca, BM Şartı’nın giriş kısmında belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletler halklarının amaçlarından birisi de “tarif olunmaz acılar getiren savaş felaketinden gelecek kuşakları korumaya...temel insan haklarına olan inancı yeniden teyit etmeye...sosyal gelişme ve daha geniş bir özgürlük içinde daha iyi yaşama koşulları sağlamak”tır⁹. BM Şartı’nın 55. ve 56. maddeleri, Birleşmiş Milletler ve üye devletleri, yukarıda söz

⁷ **GÜLMEZ Mesut**, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2004, s. 2.

⁸ Birleşmiş Milletler Şartı, m. 1/2-3-4.

⁹ **Birleşmiş Milletler**, “Profesyonel Eğitim Serileri: 4 - Ulusal İnsan Hakları Kurumları: İnsan Haklarının Korunması Ve Yaygınlaştırılması İçin Ulusal Kurumların Oluşturulması Ve Güçlendirilmesi İçin El Kitabı-1995”, Çeviren: Veysel Eşsiz, İnsan Hakları Merkezi Yayını, s. 2.

edilen amaçları gerçekleştirme konusunda, gerek bireysel anlamda gerekse işbirliği içinde hareket etmekten sorumlu tutmuştur¹⁰. Şöyle ki, 55. maddeye göre, Birleşmiş Milletler ırk, din, dil, cinsiyet ayrımı gözetmeksizin bütün insanlar için, insan haklarına ve temel hak ve özgürlüklere saygıyı kolaylaştırmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, 56. maddeye göre, üye devletler de söz konusu amaçlara ulaşmak için, gerek birlikte gerekse ayrı ayrı, Birleşmiş Milletler ile işbirliği halinde hareket etmekle yükümlüdür¹¹. Bütün bu düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi bakımından, dünya genelinde bir dayanışmanın gerekliliği ve Birleşmiş Milletler'in bu amacın gerçekleştirilmesinde sahip olduğu büyük önem açık bir şekilde anlaşılmaktadır¹².

BM Şartı'nın 1. maddesinde belirtildiği üzere, “insan haklarına saygıyı geliştirmek ve teşvik etmek”, BM'nin temel amaçlarından biridir¹³. Ayrıca, BM Şartı'nın başlangıç kısmında, “BM halklarının insanların temel haklarına olan inançlarını yeniden ilan etmekte kararlı olduklarının” belirtilmesi, insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasının BM'nin amaçları arasında olduğuna dair tamamlayıcı bir dayanak niteliğindedir. Dahası, BM organlarının ortaya koymuş olduğu uygulamalar da¹⁴, insan haklarının korunmasının bir amaç olarak kabul edildiğinin bir göstergesidir¹⁵.

BM Şartı'nın birinci maddesinde belirtildiği üzere, “barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya

¹⁰ **ALGAN Bülent/TİRYAKİ Refik**, “Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Organizasyonlar Ve İnsan Haklarının Korunması: Birleşmiş Milletler Örneği”, *Avrasya Dosyası*, BM Özel, İlkbahar 2002, Cilt: 8, Sayı: 1, s. 108.

¹¹ **KALABALIK**, s. 386.

¹² **ALGAN/TİRYAKİ**, s. 108.

¹³ İnsan haklarının korunmasının ve teşvik edilmesinin, BM'nin temel amaçlarından biri olduğunun dayanakları için bkz. **GÖÇER Mahmut**, *İnsan Haklarının Korunması ve Birleşmiş Milletler*, Ankara 2009, s. 9-11.

¹⁴ Genel Kurul'un insan haklarına ilişkin aldığı kararlar, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in oluşturduğu komisyon ve komiteler ile insan haklarına ilişkin anlaşmalar bu konuda örnek verilebilir.

¹⁵ **GÖÇER**, s. 10-11.

durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçıl yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirilmesi”, Birleşmiş Milletler’in “uluslararası barış ve güvenliği korumak” amacına ulaşmada ilk önce başvurulması gereken yol olarak belirtilmiştir¹⁶. Ayrıca, Birleşmiş Milletler ve üye devletler söz konusu amaçlara ulaşmak için, BM Şartı’nda sayılan ilkelere uygun hareket etmek yükümlülüğü altındadırlar¹⁷. Bu ilkeler¹⁸:

- i. Bütün üye devletlerin egemen eşittirler;
- ii. Üye devletler andlaşmadan doğan yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirilmelidir;
- iii. Uluslararası uyuşmazlıklar barışçıl yollarla çözümlenmelidir;
- iv. Üye devletler, gerek diğer devletlerin ülke bütünlüğüne ve siyasal bağımsızlığına karşı, gerekse Birleşmiş Milletler’in amaçları ile bağdaşmayacak şekilde kuvvet kullanma tehdidinde ya da kuvvet kullanılmasına başvurmamalıdır;
- v. Üye devletler, Birleşmiş Milletler Şartı’na uygun olarak alınacak her türlü örgüt eylem ve kararına yardımcı olmakla ve yükümlüdürler;
- vi. Birleşmiş Milletler üyesi olmayan devletlerin de olabildiğince uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına katılması sağlanmalıdır;
- vii. Birleşmiş Milletler, üye devletlerin ulusal yetkisine giren konulara karışmamalıdır.

II. BM ORGANLARI VE İNSAN HAKLARI

BM Şartı’nda belirtildiği üzere, Birleşmiş Milletler’in ana organları Genel Kurul, Güvenlik Konseyi, Vesayet Konseyi, Genel Sekreterlik, Ekonomik ve Sosyal Konsey ve Uluslararası Adalet Divanı’dır¹⁹. Bununla birlikte, Sosyal ve Ekonomik Konsey tarafından oluşturulan komite ve

¹⁶ Birleşmiş Milletler Şartı, m. 1/1.

¹⁷ Birleşmiş Milletler Şartı, m. 2.

¹⁸ Birleşmiş Milletler Şartı, m. 2.

¹⁹ Birleşmiş Milletler Şartı, m. 7.

komisyonlar, BM Şartı'nın 57. maddesi²⁰ uyarınca, BM'ye bağlı tali organlar olarak kabul edilmektedir. Neredeyse bütün Birleşmiş Milletler organları, bir şekilde insan haklarının korunmasına dâhil olmuştur. Yine de, Birleşmiş Milletler insan hakları örgütsel yapısında, bazı anahtar organlar, doğrudan insan haklarının korunmasından sorumlu tutulmuşlardır²¹. Bu organlardan bazıları, İnsan Hakları Komisyonu, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Kadınların Statüsü Komisyonu ve Irk Ayırımının Ortadan Kaldırılması Komitesi'dir.

A. Genel Kurul

Genel Kurul, tüm üye devletlerin temsil edildiği, bir “uluslararası parlamentodur”. Bütün üye devletlerden oluşan Genel Kurul'da, her üye devletin en çok beş temsilcisi yer alır ve her üye devlet eşit oy hakkına sahiptir²². Genel Kurul, Güvenlik Konseyi'nin görev alanına girmeyen bütün konularda yetkilidir²³. Genel Kurul'un vermiş olduğu kararlar kural olarak tavsiye niteliğinde olmakla birlikte, Kurulun Güvenlik Konseyi dışındaki Örgüt organlarına ilişkin kararlarının büyük bir bölümü bağlayıcı niteliktedir²⁴.

İnsan hakları konusunda esas yetkili organ Genel Kurul'dur. Şöyle ki, Genel Kurul “insan hakları ve temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesinde... çalışmalar başlatmak ve tavsiyelerde bulunmak”la yetkilendirilmiştir²⁵. 193 devletin temsilcilerinden oluşan Genel Kurul,

²⁰ Birleşmiş Milletler Şartı m. 57- “1- Hükümetler arası anlaşmalarla kurulan ve kendi kuruluş belgeleri gereğince ekonomik, sosyal, kültürel alanlarla eğitim ve sağlık alanlarında ve bunlarla ilgili başka alanlarda geniş uluslararası yetkileri bulunan uzmanlık kuruluşları, 63. madde uyarınca Birleşmiş Milletler'e bağlanacaktır.2- Birleşmiş Milletler'e bu şekilde bağlanan kuruluşlar bundan böyle uzmanlık kuruluşları adıyla anılacaktır.”

²¹ SMITH Rhona K. M., International Human Rights, Fifth Edition, Oxford 2012, s. 52.

²² GÜLMEZ, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, s. 3.

²³ Genel Kurul'un genel anlamda sahip olduğu yetkilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Basic Facts About The United Nations, New York 2011, s.6.

²⁴ PAZARCI, s. 129.

²⁵ JOSEPH Sarah/ KYRIAKAKIS Joanna, “The United Nations And Human Rights”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth, 2010, s. 5; SCHMİDT Markus, “United Nations”, International

kendisine bağlı organlar olan 3. Komite ve Sosyal ve Ekonomik Konsey tarafından kendisine bildirilen insan hakları konularını gözden geçirmekte ve gerekli önlemleri almaktadır²⁶. İnsan hakları konularını denetleyen Genel Kurul'un 3. Komitesi, genel olarak, sosyal, insancıl ve kültürel sorunlardan sorumludur²⁷. Güvenlik Konseyi de dâhil olmak üzere diğer bütün BM insan hakları organları, insan haklarına ilişkin yıllık rapor vermek suretiyle, Genel Kurul tarafından denetlenmektedir²⁸. Bu bağlamda, Genel Kurul, söz konusu organlardan gelen raporları görüşmekte ve karara bağlamaktadır. Bununla birlikte, Genel Kurul, herhangi bir ülkedeki insan haklarının durumunu araştırma ve tartışmaya açma yetkisine de sahiptir. Olağanüstü toplanma yetkisine sahip olan Genel Kurul, yapılan acil oturumlar aracılığıyla, bir ülkede yaşanan insan haklarına ilişkin sorunları çözmeye yönelik çalışmalar yapabilmektedir. Genel Kurul, aynı zamanda, gerekli gördüğünde insan hakları ihlallerinin araştırılması için özel raportörler ve diğer uzmanlar görevlendirebilmektedir²⁹. Ayrıca, Genel Kurul, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde öngörülen sorumlulukların yerine getirilmesinde, söz konusu devletlere yapılacak lojistik ve teknolojik yardımların koordinasyonun sağlanması görevini üstlenmektedir³⁰.

Human Rights Law, (Edited by: Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran), Oxford 2010, s. 427.

²⁶ The United Nations And Human Rights, <http://www.un.org/rights/dpi1774e.htm>, Erişim Tarihi, 19. 9. 2014.

²⁷ SCHMİDT, s. 427.

²⁸ “İnsan hakları ile ilgili olarak BM bünyesinde faaliyette bulunan Ekonomik ve Sosyal Konsey, Genel Sekreter, İnsan Hakları Yüksek Komiseri ve BM içinde hazırlanan bazı insan hakları andlaşmalarının uygulanmasının izlenmesiyle ilgili İnsan Hakları Komitesi, Irk Ayrımının Önlenmesine Dair Komite, İşkenceye Karşı Komite, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Komite, Çocuk Haklarına Dair Komite gibi organlar da yürüttükleri çalışmalar ve ulaştıkları sonuçlar konusunda Genel Kurula bilgi vermekle yükümlüdür.”, **TOPAL Ahmet Hamdi**, “Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması”, *Mevzuat Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 83, Kasım 2004, par. 7, <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/11a/01.htm>, Erişim Tarihi, 19. 9. 2014.

²⁹ **DOĞAN İlyas/ÖZDEMİR Omca**, “İnsan Haklarının Birleşmiş Milletler Şartı Temelinde Korunması”, *İnsan Hakları Hukuku*, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 225.

³⁰ **KALABALIK Halil**, *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara 2009, s. 389.

Genel Kurul gerek karar almak suretiyle gerekse yayımladığı bildirimlerle³¹, insan hakları ihlallerine karşı harekete geçmeleri için BM organlarına tavsiyelerde bulunabilmektedir. Her ne kadar bu karar ve bildirimler bağlayıcı olmasalar da, oylamaya katılan devletlerin çoğunluğunun düşüncesini yansıtmışından dolayı, insan hakları organları üzerinde önemli bir etkiye sahiptirler³². Nitekim Genel Kurul'da oybirliğiyle ya da ortak mutabakat ile alınan kararlar, ilgili konularda örf ve adet kurallarının varlığının güçlü kanıtını oluşturabilmektedir³³.

Son olarak, pek çok uluslararası anlaşmanın hazırlanması, taslak haline getirilmesi ve üye devletlerin kabulüne sunulması görevini yerine getiren Genel Kurul, insan haklarının korunmasına yönelik anlaşmaların oluşturulmasını teşvik ederek, insan haklarının korunmasına büyük hizmetlerde bulunmuştur³⁴. Ayrıca, Genel Kurul, 2001 yılında gerçekleştirilen Irkçılık, Etnik Ayrımcılık, Yabancı Düşmanlığı ve Hoşgörüsüzlük Konferansı ve 2001 yılında Güney Afrika'da 2009 yılında Cenevre'de gerçekleştirilen Durban Denetleme Konferansı gibi insan haklarına ilişkin konferanslarda ortaya çıkan taslak metinlerini ve

³¹ **Genel Kurul'un kabul ettiği insan haklarına ilişkin bildirimler:** 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi, 1967 tarihli Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi, 1981 tarihli Din veya İnanca Dayalı Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Kaldırılması Bildirgesi, 1992 tarihli Ulusal, Etnik, Dinsel veya Dilsel Azınlıklara Bağlı Kişi Hakları Bildirgesidir. Daha sonra bu bildirgelerin çoğu, uluslararası sözleşmelere dönüşerek bağlayıcılık kazanmıştır. **KALABALIK**, s. 388; **Genel Kurul'un insan haklarının önemini vurguladığı bildiriye örnek olarak bkz.** "Sömürge Ülkelerine ve Halklarına Bağımsızlık Verme Bildirisi Genel Kurul tarafından 14 Aralık 1960 tarihinde kabul edilmiştir. Bildiri, halkların yabancı egemenliği ve sömürüsü altında tutulmasının temel insan haklarının yadsınması anlamına gelip, böyle bir durumun dünya barışı ve işbirliğini de olumsuz etkileyeceğini ilan etmektedir.", **Birleşmiş Milletler Türk Derneği**, Birleşmiş Milletler Ve İnsan Hakları, Ankara 1979, s. 10; **Ayrıca Genel Kurul'un insan haklarının önemini vurguladığı karara örnek olarak bkz.** "53/144 sayılı 9 Aralık 1998 tarihli Genel Kurul Kararı, Evrensel Olarak Tanınan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Geliştirilmesi ve Korunmasında Bireylerin, Grupların ve Toplumsal Kuruluşların Hakları ve Sorumlulukları Üzerine Bildirge", <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/DeclarationHRDTurkish.pdf>, Erişim Tarihi, 19.9.2014

³² **JOSEPH/KYRIAKAKIS**, s. 6; **KALABALIK**, s. 388; **SMITH**, s. 57.

³³ **JOSEPH/KYRIAKAKIS**, s. 6.

³⁴ **DOĞAN/ÖZDEMİR**, s. 225.

sonuçları tartışarak ve destekleyerek insan haklarının korunmasına ve gelişmesine destek olmuştur³⁵.

B. Güvenlik Konseyi

Güvenlik Konseyi, BM Şartı'nın 23. maddesi uyarınca, 5 daimi (Çin, Amerika, Rusya, Fransa ve Birleşik Krallık) ve 10 geçici, toplam 15 üye devletten oluşmaktadır. Daimi olmayan üye devletler iki yılda bir seçilirler. BM Şartı, "barışın ve güvenliğin devamlılığının sağlanmasında öncelikli sorumluluğun bu organda olduğunu belirtmiştir. Güvenlik Konseyi, tüm üye devletlerin kabul etmek ve uygulamak zorunda olduğu kararları alma gücüne sahip yegâne organdır³⁶. Güvenlik Konseyi, söz konusu görevleri yerine getirirken BM'nin amaç ve ilkelerine uygun hareket etmek zorundadır³⁷. Ayrıca, Güvenlik Konseyi, uluslararası barış ve güvenliğin korunması bakımından 2 tür yetkiye sahiptir. İlk durum, Konsey'in BM Şartı'nın VII. Bölümü'nde geçen, uluslararası barış ve güvenliğin tehdit altında olması, bozulması veya bir saldırı fiilinin vuku bulması hallerinde bağlayıcı karar alma yetkisidir. İkinci durum ise, VI. Bölüm kapsamında, uyuşmazlıkların barışçıl çözüm yolları konusunda tavsiye kararı verme yetkisidir³⁸.

Birleşmiş Milletler'in en güçlü organı sayılabilecek Güvenlik Konseyi'nin, insan haklarının korunması noktasında çok önemli bir rolü vardır. Fakat Güvenlik Konseyi'nin bu rolü üstlenmesi, uzun bir sürecin sonunda gerçekleşebilmiştir. Şöyle ki, BM'nin kurulmasında en temel aşamalardan biri olan San Francisco Konferansı esnasında, soğuk savaşın ilk belirtileri kendini göstermeye, doğu-batı blokları arasındaki anlayış farklılıkları insan hakları noktasında belirginleşmeye başlamıştır. Özellikle 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin oylanması esnasında, sosyalist devletler bloğunun çekimser kalması, bu büyüyen

³⁵ SCHMİDT, s. 427-428.

³⁶ KATAYANAGİ Mari, Human Rights Functions of United Nations Peacekeeping Operations, Hauge 2002, s. 15.

³⁷ Birleşmiş Milletler Şartı, m. 24.

³⁸ PAZARCI, s. 130; **Güvenlik Konseyi'nin görevlerine ilişki ayrıntılı bilgi için bkz.** Basic Facts About The United Nations, s. 8-9.

karşıtlığın temel bir göstergesi olmuştur. Bununla birlikte, 1966 yılında BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin kabul edilmesi de, iki blok arasındaki hak ve özgürlük anlayışlarının yakınlaşmasını sağlayamamış ve iki blok arasındaki karşıtlık artmaya devam etmiştir. Daha sonra, Soğuk Savaş dönemini sona erdiren Berlin Duvarı'nın yıkılmasıyla birlikte, bu iki blok arasındaki ideolojik karşıtlık sona ermiş ve bu sayede Güvenlik Konseyi'nin insan hakları alanında etkinleşmesinin de önü açılmıştır. Bu noktada en önemli etken, iki blok arasındaki insan hakları anlayışındaki karşıtlığın ve ideolojik polemiklerin son bulmuş olmasıdır³⁹.

Güvenlik Konseyi'nin insan haklarının korunması noktasında önemli bir etkisi, uluslararası ceza mahkemelerinin kurulmasında görülebilir. 1990'lı yıllarda Yugoslavya ve Ruanda'da yaşanan çatışmalarda gerçekleşen kitlesel ve sistematik kıyımları ve ağır insan hakları ihlallerini gerçekleştirenlerin yargılanması için, Güvenlik Konseyi tarafından Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi⁴⁰ ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi⁴¹ kurulmuştur. Söz konusu ülkelerde gerçekleşen iç savaşlarda yaşanan ağır insan hakları ihlalleri dünya kamuoyunun büyük tepkisini çekmiştir. Çatışmaların önlenmesinde yetersiz kalan Güvenlik Konseyi, savaş bitiminde, en azından bu ihlallerin

³⁹ GÖÇER, s. 1-2.

⁴⁰ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu 25 Mayıs 1993 tarihli 827 sayılı karar ile kurulmuştur. **ERDAL Selcen**, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Ankara 2010, s. 73; **Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ODMAN Tevfik**, "Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yasal Dayanağı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1996, s. 139-142.

⁴¹ Ruanda topraklarında, Hutular ile Tutsiler arasında yaşanan iç savaş, insanlığa karşı suçların ve soykırım teşkil eden suçların yaşanmasına neden olmuştur. Yaşanan insan hakları ihlallerinin ciddiyetinin farkına varan Güvenlik Konseyi, almış olduğu bir kararla Ruanda'da yaşanan insancıl hukuk ihlallerini araştırmak üzere bir komisyon oluşturmuştur. Kurulan komisyonun ortaya koyduğu rapor ihlallerin ciddiyetini göstermiş ve Güvenlik Konseyi'ni bu suçları işleyenleri yargılayacak bir mahkeme kurma yönünde bir karar almaya itmiştir. Güvenlik Konseyi 8 Kasım 1994 tarihinde aldığı 955 sayılı kararlar, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesini kurmuştur. **ERDAL**, s. 81.

faillerini yargılayarak barışın ve adaletin sağlanmasını sağlamak istemişlerdir⁴². Güvenlik Konseyi'nin kurmuş olduğu bu mahkemeler, gerek yaşanmış ağır insan hakları ihlallerinin suçlularının cezalandırılarak adaletin yerine getirilmesi bakımından, gerekse daha sonra benzer insan hakları ihlallerinin yaşanmaması için bir korkutma mekanizması olarak, insan haklarının korunması bakımından önemli bir yere sahiptir.

Güvenlik Konseyi, yaşanan ağır insan hakları ihlallerine ve bu ihlaller sonucu ortaya çıkan insanlığa karşı suçlar bakımından, Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM)⁴³'ne bir durumu havale edebilmektedir⁴⁴. Daha sonra gerçekleştirilecek olan soruşturma yapma sanıkların belirlenmesi görevi, Savcı tarafından yerine getirilecektir. Konsey'in bir ihlalin varlığını Mahkeme'ye bildirmesi durumunda, BM'ye üye bütün devletler, Roma Statüsü'ne taraf olsun ya da olmasın, Mahkeme'nin yargı yetkisi⁴⁵ altına girmektedir⁴⁶. UCM'nin yargı

⁴² **TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat Rifat**, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009, s. 340-341.

⁴³ "15 Haziran-17 Temmuz 1998 tarihinde Roma'da düzenlenen Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulmasına Dair Birleşmiş Milletler Diplomatik Konferansı sonucunda, tarihte ilk defa uluslararası toplum, tüm insanlığı ilgilendiren Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nü kabul etmiştir. Statü 120 devletin lehte (İngiltere, Fransa ve Rusya dahil), 7 devletin aleyhte (Amerika Birleşik Devletleri,2 Çin, Libya, Irak, İsrail, Katar ve Yemen), ve 21 devletin çekimser oy kullanması gibi büyük bir uluslararası toplum desteğiyle uluslararası hukukta yerini almıştır. Statünün 126. maddesine uygun olarak, 60 devletin Statüyü onaylaması şartının yerine gelmesiyle, Uluslararası Ceza Mahkemesi 1 Temmuz 2002 tarihi itibarıyla görevine başlamış bulunmaktadır.", **AKSAR Yusuf**, "Uluslararası Ceza Mahkemesi Ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 1, No: 3, 2005, s. 4.

⁴⁴ **SLIEDREGT Elies Van/STOITCHKOVA Desislava**, "International Criminal Court", Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited By: Sarah Joseph and Adam McBeth, 2010, s. 256.

⁴⁵ Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin görev alanına girebilecek bir fiilin varlığı durumunda, Mahkeme'nin yargı yetkisini kullanabilmesi üç durumda mümkündür. İlk durum olarak, görev alanındaki suçlardan bir veya bir kaçının işlendiği gibi görüldüğü hallerde, bu durumun taraf devletlerden birisi tarafından, Mahkemenin bir organı olan savcıya bildirilmesi gerekmektedir. İkinci durum olarak, aynı şekilde bir veya birden fazla suçun işlenmiş gibi görüldüğü hallerde, Birleşmiş Milletler Şartı VII. Bölüm uyarınca hareket etmekte olan Güvenlik Konseyi'nin bu durumu, savcıya bildirmesi gerekmektedir. Üçüncü durum olarak da, 15. madde uyarınca, savcının kendi inisiyatifıyla araştırmaya başlaması gerekmektedir. **TEZCAN/ERDEM/ÖNOK**, s. 393.

yetkisine giren suçlar, uluslararası toplumu derinden etkileyen savaş suçu, soykırım suçu, saldırı suçu ve insanlığa karşı işlenen suçlardır⁴⁷. Güvenlik Konseyi'nin ağır ihlallerin yaşanması halinde UCM'ye başvuru yetkisine sahip olması, BM'ye üye devletlerin ağır insan hakları ihlallerinden kaçınmasını sağlamak adına, gerçekten etkili bir güce sahiptir. Her ne kadar soruşturma başlatma yetkisi Savcılık makamına ait olsa da, ihlallerin durdurulması adına ilk adımın Güvenlik Konseyi tarafından atılıyor olması, insan haklarının korunması bakımından önemli bir etkidir.

BM ortak güvenlik sistemi gereğince, ortaya çıkması muhtemel bir uluslararası çatışmanın önlenmesi için, devletler tek başlarına değil uluslararası toplumla birlikte hareket etmelidirler. Bu konuda esas yetkili organ Güvenlik Konseyi'dir⁴⁸. BM Şartı'nın 39. maddesi gereğince, öncelikle Konsey barışa yönelik bir tehdidin, barışın bozulmasının veya bir saldırı fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirler, uluslararası barış ve güvenliğin korunması veyahut yeniden sağlanması için tavsiyede bulunur ve gerekli önlemleri kararlaştırır. Daha sonra, Konsey'in tavsiyelerine uyulmaması halinde, 40. madde gereğince, Konsey tarafların alınan geçici önlemlere⁴⁹ uymasını ister. Bu önlemlerin de yetersiz kalması durumunda, 41. madde gereğince, silahlı güç kullanmaksızın diplomatik ve ekonomik yaptırımların⁵⁰ uygulanması kararı verir. Son

⁴⁶ **KURŞUN Günel**, "101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi", İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2011, s. 10.

⁴⁷ **ERDAL**, s. 97; **SLIEDREGT/STOITCHKOVA**, s. 257; **SMITH**, s. 59.

⁴⁸ **KESKİN Funda**, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma Ve Birleşmiş Milletler, Ankara 1998, s. 60; **TÜRKMEN Fusun**, İnsan Haklarının Yeni Boyutu İnsancıl Müdahale, İstanbul 2006, s. 61; **ÜNAL**, s. 322.

⁴⁹ Bu geçici önlemlerin neler olduğu BM Şartı'nda belirtilmemiştir. Fakat uygulamada Güvenlik Konseyinin, çatışmaların durdurulması, ateşkes, silahlı kuvvetlerin geri çekilmesi, anlaşmaya varılması ve askeri malzemeye ambargo konulması gibi geçici önlemler aldığı görülmektedir. **DÖNER Ayhan**, "Kuvvet Kullanma Yasağı Ve İnsani Müdahale Açısından Körfez Krizi", e-akademi Hukuk, Ekonomi Ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı: 17, Temmuz 2003, par. 44.

⁵⁰ "41. madde diplomatik, ekonomik, siyasi ilişkilerin ve hava, deniz, demiryolu ulaşımının, posta, radyo, televizyon iletişiminin kesilmesi gibi silahlı kuvvet kullanımını gerektirmeyen önlemleri kapsamaktadır.", **DÖNER**, par. 44; Örneğin, 1965 yılında,

olarak alınan bütün önlemlere rağmen bir sonuç elde edilememesi halinde, 42. madde⁵¹ uyarınca Konsey, hava, kara ve deniz askeri güçleri vasıtasıyla, gerekli müdahalede bulunma kararı alabilir⁵².

İkinci Dünya Savaşı'ndan Soğuk savaş döneminin bitimine kadar, Güvenlik Konseyi, ağır insan hakları ihlallerini uluslararası barışa ve güvenliğe karşı bir tehdit olarak nitelendirmiştir⁵³. Bu yüzden Güvenlik Konseyi, uluslararası barış ve güvenliğe karşı tehdit oluşturacak düzeydeki ağır insan hakları ihlallerini⁵⁴ durdurmak amacıyla, BM Şartı VII. Bölüm gereğince, pek çok “askeri güç” kullanma kararı almıştır. İleri düzeydeki insan hakları ihlallerini durdurmak amacıyla gerçekleştirilen askeri müdahalelere “insancıl müdahale”⁵⁵ denilmektedir⁵⁶. Esasında, hiçbir devlet başka bir devletin iç veya dış işlerine, ne sebeple olursa olsun, doğrudan veya dolaylı bir şekilde müdahale hakkına sahip değildir⁵⁷. BM tarafından da kabul edilen bu temel ilke, yine BM tarafından saptanan temel insan haklarına saygı prensibi gereği

Güney Rodezya'nın tek taraflı bağımsızlığını ilan etmesinin ardından, yeni kurulan rejimi tanımayan Güvenlik Konseyi, almış olduğu 221 sayılı kararla, üye devletlerin bu ülke ile ekonomik ilişkileri kesmelerini ve silah, askeri malzeme ve petrol sevkiyatını durdurmalarını talep etmiştir. Güvenlik Konseyi bu karar 41. maddeye dayanarak almıştır. , ÜNAL, s. 323.

⁵¹ 42. maddenin uygulanması bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. **KESKİN**, s. 61-62; **BOZKURT/KÜTÜKÇÜ/POYRAZ**, s. 322; Güvenlik Konseyi'nin VII. Bölüm kapsamında, Kuveyt'e saldırmasına karşılık olarak, Irak'a toplu kuvvet kullanımına izin verdiği karar için bkz. Resolution 678, 1990, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/678\(1990\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/678(1990)), Erişim Tarihi, 20.09.2014.

⁵² **TÜRKMEN**, s. 61.

⁵³ **SCHMİDT**, s. 428.

⁵⁴ Bahsedilen ağır insan hakları ihlallerine örnek olarak, öldürme, kölelik, işkence, tecavüz, sürgün gibi insanlığa karşı işlenen suçlar ile savaş suçları verilebilir. **DOĞAN/ÖZDEMİR**, s. 226.

⁵⁵ Daha geniş tanımıyla insancıl müdahale, “herhangi bir devlet tarafından insan haklarının veya uluslararası insancıl hukuk kurallarının ağır ve yaygın bir biçimde ihlal edilmesini veya devlet otoritesinin çökmesi sonucunda ortaya çıkan insancıl nitelikli krizleri önlemek veya engellemek amacıyla, ihlal veya krizden sorumlu devletin izni olmaksızın ona karşı, bir başka devlet –veya devletler topluluğu- yahut uluslararası örgüt tarafından gerçekleştirilen askeri kuvvet kullanımınıdır.”, **TÜRKMEN**, s. 24.

⁵⁶ **JOSEPH/KYRIAKAKIS**, s. 30.

⁵⁷ **TÜRKMEN**, s. 54.

sınırlandırılmıştır⁵⁸. İnsancıl müdahalede dikkat edilmesi gereken en temel noktalardan biri, insan hakları normlarının ihlal edilmesinin yanı sıra, söz konusu ihlallerin ağır nitelikte olması ve belli bir süre devam etmesidir. Sınırlı ihlallerin söz konusu olması durumunda, Güvenlik Konseyi'nin herhangi bir müdahalede bulunma yetkisi yoktur⁵⁹. Bununla birlikte, şiddet kullanmadan ihlallerin sona erdirilmesi için gerekli bütün tedbirler alındıktan sonra bu yola başvurulmalıdır. Ayrıca, kuvvet kullanımı kolektif bir şekilde yapılmalı, insancıl amaçlara ulaşmaya yetecek kadar sınırlı olmalı ve uluslararası insancıl hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilmelidir⁶⁰. VII. Bölüm kapsamında Güvenlik Konseyi tarafından gerçekleştirilen bu faaliyetlerin esas amacı insan haklarını korumak değil, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ve sağlanmasıdır. Ancak, Güvenlik Konseyi, içinde insan hakları ihlalleri bulunan ve aynı zamanda uluslararası barışı tehdit eden ve uluslararası toplum düzenini bozan olaylara⁶¹ müdahale etmesi durumunda, dolaylı

⁵⁸ **TÜRKMEN**, s. 59.

⁵⁹ **ARSAVA Füsün**, “BM Güvenlik Konseyi'nin İnsan Haklarını Koruma Rolü Ve Güvenlik Konseyi'nin Yetkilerinin Dayanağı Ve Sınırları”, *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, Cilt: 4, No: 13, 2007 s. 7.

⁶⁰ **SHAW Malcolm N.**, *International Law, Fifth Edition*, Cambridge Press, 2003, s. 1047.

⁶¹ Gerek insan hakları ihlalleri ve gerekse uluslararası barış ve düzene tehdit oluşturan olaylara örnek olarak Somali: “Somali’de Başbakan Siad Barre’nin Ocak 1991’de düşürülmesinden itibaren derin bir iç çatışma başlamıştı. Bu arada BM ülkeye insani yardım göndermeye başladı. Ancak çatışan tarafların bunları engellemesi sebebiyle yardımlar ihtiyacı olan insanlara ulaştırılmıyordu. 1992 yılı boyunca insani yardımların bölgeye ulaştırılabilmesi için altı karar alındı. 775 (1992) sayılı kararıyla Konsey, uyuşmazlığın sebep olduğu “insani felaketin boyutuna” ve Somali’deki durumun “dünya barışına bir tehdit” sergilediğine işaret ediyordu. Kasım 1992’de ABD insani yardımların yerine ulaştırılmasının sağlanması için bölgeye asker göndermeyi teklif etti. Konsey bu teklifi 794 sayılı kararıyla kabul ederek kararını VII. Bölüme dayandırdı. Konsey, 794 sayılı kararında, gerekçe olarak Somali’deki “insani trajedinin” büyüklüğüne dikkat çekiyor ve insani yardımlar için güvenli bir bölgenin oluşturulması amacıyla ABD idaresi altında oluşturulan UNISOM’u “gerekli bütün tedbirleri” almak üzere yetkilendiriyordu. Konseyin kararında her ne kadar açıkça kuvvet kullanılmasından bahsedilmiyorsa da “gerekli bütün tedbirler” kavramının kuvvet kullanmayı da içerdiği açıktır. Nitekim bu karardan hemen sonra Somali’ye birlikler gönderilmiştir.”, **DÖNER**, par. 49.

olarak da olsa insan hakları korunmuş olmaktadır⁶². İnsan hakları ihlali doğuran her durum uluslararası barış ve düzeni tehdit etmediği veya bozmadığı için, Güvenlik Konseyi VII. Bölüm bağlamında, insan hakkı ihlallerine müdahalede sınırlı bir yetkiye sahiptir⁶³. Güvenlik Konseyi'ne esas görevinin yanı sıra, dolaylı da olsa insan haklarını koruma görevi verilmesinde, devletlerin uluslararası hukuktaki güvenlik anlayışlarının genişlemesinin ve insan haklarının korunmasıyla uluslararası barış ve güvenliğin ilişkilendirilmesinin büyük etkisi vardır. Şöyle ki, güvenlik kavramı artık, yalnızca devletlerin güvenliğini değil, bireylerin varlıklarına yönelik tehlikelere karşı insani güvenliği de kapsayan bir kavram haline almıştır. Bu yüzden, Güvenlik Konseyi sadece devletlerarasındaki güvenlikten değil, aynı zamanda bireylerin onurlu bir yaşam sürdürebilmeleri için ihtiyaç duydukları güvenliğin korunmasından da sorumlu hale gelmiştir⁶⁴. Eğer bir devlet vatandaşlarını ağır insan hakları ihlallerinden koruma konusunda gerekli özeni göstermiyorsa ya da böyle bir iradeye sahip değilse, devlet olma niteliğini kaybetmiş denilebilir. O halde, uluslararası toplumun devreye girerek, bireylere yönelik ağır insan hakları ihlallerini sona erdirmek için yaptığı müdahale meşru hale gelmektedir⁶⁵.

Ağır insan hakları ihlallerinin yaşanması durumunda, Güvenlik Konseyi, VII. Bölüm kapsamında almış olduğu kararlar aracılığıyla, yetkili otoriteyi insan haklarına saygı göstermeye zorlarken, ihtiyatlı bir şekilde hareket etmelidir. Söz konusu ülkeye uygulanan ambargolar başta olmak üzere bütün yaptırımlar, sivil halk üzerinde olumsuz etkiler doğurmaktadır. Bu bakımdan, gerek Güney Rodezya'da gerekse Güney Afrika'da ırk ayrımcılığına dayanan ağır insan hakları ihlallerini durdurmak

⁶² Güvenlik Konseyi'nin insan hakları alanındaki yetkisinin barışın korunması temeline dayandırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖÇER**, s. 41 vd.

⁶³ **DÖNER**, par. 43.

⁶⁴ **ARSAVA**, s. 3.

⁶⁵ **ARSAVA**, s. 15.

için, Konsey tarafından uygulanan ambargo, sivil halkta ölümler de dâhil olmak üzere büyük mağduriyet yaşanmasına neden olmuştur⁶⁶.

Güvenlik Konseyi'nin, daimi üyelerin ülkelerinde yaşanan insan hakları ihlallerine karşı, bu üyelerin Konsey kararlarının alınması konusunda sahip olduğu veto hakkı nedeniyle, etkisiz kalması, uluslararası toplum tarafından eleştirilmektedir. Tibet'te yaşanan insan hakları ihlalleri ile suçlanan Çin Halk Cumhuriyeti'ne karşı, Güvenlik Konseyi'nin hiçbir kınama kararı almaması ve yaptırım uygulamaması, bu eleştirilerin yerinde olduğunu gösteren en iyi örneklerden birisidir. Bununla birlikte, daimi üyeler, kendi çıkarları doğrultusunda, kendilerine yakın gördükleri diğer devletlerin işlemiş oldukları ihlallere karşı da veto hakkını kullanarak, o devletlerin aleyhine bir karar çıkmasına engel olmaktadır⁶⁷. Örneğin, Sovyetler Birliği'nin yıkılmasından sonra Rusya, Bosnalı Sırplar ilgili karar alınmasını engellemek amacıyla kullanmıştır. Aynı şekilde Amerika, İsrail'in Filistinlilere gerçekleştirdiği ağır insan hakları ihlallerine karşı, Güvenlik Konseyi'nin karar almasını veto hakkını kullanarak sürekli olarak engellemiştir⁶⁸. Ayrıca, Güvenlik Konseyi'nin, 2012 yılından itibaren Suriye'de başlayan iç savaş sonucunda yaşanan ağır insan hakları ihlallerine yönelik yaptırım kararı alması, Rusya ve Çin Halk Cumhuriyeti'nin veto haklarını kullanması dolayısıyla engellenmiştir⁶⁹.

Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu kararlar vasıtasıyla, yaşanan ağır insan hakları ihlallerine karşı gerçekleştirdiği “insancıl müdahale”ler, bu müdahalelerin BM'ye üye güçlü devletlerin çıkarları doğrultusunda, yapılan operasyonları meşrulaştırmak amacıyla kullanıldığı için de eleştirilmektedir. Şöyle ki, Güvenlik Konseyi'nin 1992 yılında alınan kararlarla⁷⁰, Somali'ye “insancıl müdahale” amacıyla gerçekleştirilen

⁶⁶ GÖÇER, s. 80; SMITH, s. 55.

⁶⁷ KALABALIK, s. 387-388.

⁶⁸ BM Güvenlik Konseyi'nin 'Veto Tarihi', <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/205434.asp>, Erişim Tarihi, 11.10.2014.

⁶⁹ <http://tr.euronews.com/2012/04/11/bm-nin-suriye-cikmazi/>, Erişim Tarihi, 11.10.2014.

⁷⁰ Resolution 733, 23 January 1992,

harekât, Somali'nin ulusal yetki alanına müdahaleye kadar varmış ve insancıl müdahale yapılan operasyona bir meşruiyet kaynağı olmuştur⁷¹.

BM Güvenlik Konseyi, görev alanına giren bazı insan hakları ihlallerini gündemine almamasından ve ağır, sistemli ve kapsamlı insan hakları ihlallerine yönelik etkili önlemler almamasından dolayı ağır eleştirilere maruz kalmıştır. Gerek Kosova ve Bosna Hersek'te, gerekse Ruanda ve Sudan'da yaşanan iç savaş sonucu ağır insan hakları ihlallerinin yaşanmasına rağmen, Konsey'in zamanında gerekli önlemleri almamış olması BM'ye olan güveni sarsmıştır. Ayrıca, Güvenlik Konseyi'nin, insan hakları ihlallerine karşı farklı yaklaşımlar sergilemesi, ağır ihlaller durumunda Konsey'in müdahale yetkisine dair hukuki bir standardın oluşmasını ve bunun yerleşik bir kural haline gelmesini de engellemektedir⁷².

C. Uluslararası Adalet Divanı

Uluslararası Adalet Divanı (UAD), 1945 yılında, BM Şartı ile örgütün esas yargı organı olarak kurulmuştur. Divan, BM Şartı'nın ayrılmaz bir parçası olan UAD Statüsü ve kendi iç tüzüğüne uygun bir şekilde faaliyetlerini yerine getirir⁷³. Divan'ın temel görevi, kendisine devletler tarafından sunulan hukuki uyuşmazlıkları çözmek ve hukuki sorunlara ilişkin danışma görüşü vermektir. Bu bakımdan bireyler, hiçbir şekilde UAD'ye başvuramazlar⁷⁴. Başka bir ifadeyle, bireyler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklar veya temel hak ve hürriyetlere ilişkin herhangi bir sözleşmenin ihlalden doğan sorunlar, Divan'ın yetki alanında değildir. Yalnızca devletlerarasında doğan uyuşmazlıklar Divan'ın yetki

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/733\(1992\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/733(1992)), Erişim Tarihi, 11.10.2014;

Resolution 794, 3 December 1992,

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/794\(1992\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/794(1992)), Erişim Tarihi, 11.10.2014.

⁷¹ ÇELİK Ümit, "Askeri Müdahaleler Ve Avrupa Birliği – Birleşmiş Milletler İlişkileri", Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt:12, No:2, 2013, s. 46.

⁷² ARSAVA, s. 11.

⁷³ KALABALIK, s. 386; BOZKURT/KÜTÜKÇÜ/POYRAZ, s. 164.

⁷⁴ Basic Facts About The United Nations, s. 16-17; DOĞAN/ÖZDEMİR, s. 227; SMITH, s. 58.

alanındadır⁷⁵. UAD Statüsü'ne taraf olan devletler, özel bir anlaşmaya gerek kalmaksızın, bir sözleşmenin yorumlanması, uluslararası hukuka ilişkin bir sorunun çözülmesi, kanıtlanabildiği takdirde bir uluslararası sorumluluğun ihlalinin tespiti ve uluslararası bir yükümlülüğün ihlali sonucunda ödenecek tazminatın niteliği ve miktarı gibi konuları Divan'a taşıyabilmektedirler⁷⁶. Bu bakımdan, Divan'ın insan hakları bağlamında rolü, ancak kendisine taşınan uyuşmazlıklarda, insan haklarına dair bir husus bulunması halinde söz konusu olacaktır. Ayrıca Divan, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin yorumlanması, devletlerin bu anlaşmalar bakımından sorumluluklarının belirlenmesi ve bu sözleşmelere ilişkin tavsiye kararları vermesi noktasında katkı sağlayabilmektedir⁷⁷. Bu çerçevede, insan hakları ile ilgili oluşturulan soykırım suçunun önlenmesi ve cezalandırılması, kadınların siyasal hakları, evli kadının uyuşmazlığı, vatansızlığın azaltılması ve her türlü ayrımcılığın önlenmesi ve ortadan kaldırılması gibi konularda oluşturulan sözleşmelerle ilgili olarak taraflar arasında ortaya çıkabilecek herhangi bir uyuşmazlık, taraf devletlerin istemleri üzerine Uluslararası Adalet Divanı'na götürülebilir⁷⁸.

D. Ekonomik Ve Sosyal Konsey

Birleşmiş Milletler'in gerek insan haklarının korunması konusunda gerekse insan haklarının geliştirilmesi ve teşvik edilmesi konularında doğrudan faaliyetler yürüten organı olan Ekonomik ve Sosyal Konsey⁷⁹, Genel Kurul tarafından 3 yıllık süreyle seçilen 54 üyeden oluşmaktadır⁸⁰. BM Şartı'nın 62. maddesine göre Ekonomik ve Sosyal Konsey, ekonomik, sosyal, kültürel, eğitim, sağlık ve ilgili diğer uluslararası sorunlara yönelik rapor hazırlayabilir, çalışmalar yapabilir ve Genel Kurul'a ve üye devletlere tavsiyelerde bulunabilir⁸¹. Başka bir deyişle, Ekonomik ve Sosyal Konsey, Genel Kurul'un gözetiminde ekonomik,

⁷⁵ KALABALIK, s. 386.

⁷⁶ Birleşmiş Milletler Türk Derneği, s. 11.

⁷⁷ ALGAN/TİRYAKI, s. 112; DOĞAN/ÖZDEMİR, s. 227; SMITH, s. 58.

⁷⁸ Birleşmiş Milletler Türk Derneği, s. 11.

⁷⁹ KALABALIK, s. 390.

⁸⁰ Birleşmiş Milletler Şartı, m. 61/1.

⁸¹ Birleşmiş Milletler Şartı, m. 62/1.

sosyal, kültürel ve insani alanda faaliyette bulunur⁸². Bununla birlikte Konsey, yetki alanına giren konularda, Genel Kurul'a sunulmak üzere sözleşme tasarıları hazırlayabilmekte ve uluslararası konferanslar düzenleyebilmektedir⁸³. Konsey bu görevlerinin yanı sıra, ekonomik ve sosyal konularda ve insan haklarının yükseltilmesi ve teşvik edilmesi amacıyla uzman komisyonlar kurabilmekte ve bu komisyonlar⁸⁴ sayesinde evrensel ve bölgesel nitelikte çalışmalar yürütebilmektedir⁸⁵. Ayrıca Konsey, BM Kalkınma Programı, BM Çevre Programı gibi çeşitli Birleşmiş Milletler programlarını koordine etmekte ve yetki alanı içindeki konular hakkında UNESCO, WHO, ILO gibi uluslararası nitelikteki uzman kuruluşlardan raporlar almaktadır⁸⁶. Bu görevlere ek olarak Konseye, Birleşmiş Milletler uzmanlık kurumlarını, Birleşmiş Milletler'e bağlayan andlaşmaları yapma, bu kurumlarla kurulacak sürekli ilişkileri yürütme ve bu konularla ilgili olarak Genel Kurula ve üye devletlere tavsiyelerde bulunma yetkileri de verilmiştir⁸⁷. Konsey, yetki alanına giren bazı özel sorunları ele almak için ad hoc (özel) komiteler kurmaya da yetkilidir. Söz konusu bu komiteler, üye devletlerin temsilcilerinden, uzman kişilerden ya da kendi adlarına çalışan kişilerden oluşabilir. Normal şartlarda yılda iki kez toplanan Konsey, karar tasarılarını da içeren Komite raporlarını, tüm üyelerin bulunduğu bu toplantılarda karara bağlamaktadır⁸⁸.

Ekonomik ve Sosyal Konsey, oluşturduğu yardımcı organlar ile Birleşmiş Milletler'in insan haklarına ilişkin çalışmalarını

⁸² ÜNAL, s. 193.

⁸³ Birleşmiş Milletler Şartı, m. 62/3-4.

⁸⁴ Konsey'in oluşturduğu bu komisyonlara İnsan Hakları Komisyonu, Kadının Statüsü Komisyonu, Suçun Önlenmesi ve Ceza Adaleti Komisyonu ve Uyuşturucu Madde Komisyonu örnek olarak verilebilir. TOPAL, par. 8; Ayrıca, Konsey'in oluşturduğu diğer komisyonlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Basic Facts About The United Nations, s. 13-16.

⁸⁵ KALABALIK, s. 390; PAZARCI, s. 132; ÜNAL, s. 193.

⁸⁶ DOĞAN/ÖZDEMİR, s. 228; KALABALIK, s. 390; SMITH, s. 60.

⁸⁷ Birleşmiş Milletler Şartı, m. 63-64.

⁸⁸ Birleşmiş Milletler Türk Derneği, s. 5.

yürütmektedir⁸⁹. Bu bakımdan, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in insan haklarının korunması ve geliştirilmesi bakımından görevlerine bakıldığında Konsey, tematik insan hakları ihlallerini ortaya koyan rapor hazırlanması konusunda çok geniş yetkilere sahip bulunmaktadır⁹⁰. Ayrıca, Konsey insan hakları ile temel hak ve özgürlüklerin korunması ve bunlara saygının teşvik edilmesi için tavsiyelerde bulunabilmektedir⁹¹. İnsan haklarına ilişkin konferanslar düzenleme yetkisine sahip olan Konsey, evrensel insan haklarının geliştirilmesi konusunda Birleşmiş Milletler ve diğer uzman kuruluşlarla ortak çalışmalar yürütmektedir. Bununla birlikte, Konsey tarafından, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere uyulup uyulmadığını izlemek amacıyla, Konsey'e ve Genel Kurul'a raporlar hazırlayan izleme birimleri oluşturulmuştur⁹².

Konsey'in, çeşitli alanlarda hazırladığı ya da hazırlanmasına öncülük ettiği raporlar, Birleşmiş Milletler'e üye devletler bakımından büyük önem taşımakta ve bu devletlerin söz konusu alanlara ilişkin politikalarını etkilemektedir. Ayrıca, oy çokluğuyla karar alan Konsey'in büyük çoğunluğunu küçük ve az gelişmiş ülkeler oluşturduğundan dolayı, genellikle bu ülkelerin lehine kararlar çıkmaktadır. Fakat gelişmiş devletlerin mali desteğinin olmaması durumunda, bu kararlar uygulanamamaktadır⁹³.

E. İnsan Hakları Komisyonu

Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 1946 yılında kurulan İnsan Hakları Komisyonu, Birleşmiş Milletler'in insan hakları konularıyla ilgilenen ve insan haklarına dair politikalarını belirleyen temel yardımcı organıdır⁹⁴. İnsan hakları ile ilgili her konuyla ilgilenebilen Komisyon, geniş bir çalışma alanına sahiptir. Komisyon kendi girişimleriyle incelemeler yapma ve üye devletlere tavsiyelerde bulunma yetkilerine

⁸⁹ DOĞAN/ÖZDEMİR, s. 228.

⁹⁰ KALABALIK, s. 390.

⁹¹ Birleşmiş Milletler Şartı, m. 62/2.

⁹² KALABALIK, s. 390.

⁹³ ÜNAL, s. 194-195.

⁹⁴ TOPAL, par. 9.

sahip olmakla birlikte, Genel Kurul'un veya Ekonomik ve Sosyal Konsey'in istemi üzerine de çalışmalar yapabilmektedir⁹⁵. Ayrıca Komisyon, Ekonomik ve Sosyal Konsey'e uluslararası bildiri ve sözleşme taslağı hazırlama gibi görevlerinin yanı sıra, azınlıkların korunması, ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımcılığın önlenmesi ve diğer insan hakları sorunlarına ilişkin tavsiyelerde bulunma ve raporlar hazırlama görevlerini de yerine getirmekte ve Konsey'in insan haklarına ilişkin faaliyetlerinin koordinasyonunda yardımcı olmaktadır⁹⁶. Bununla birlikte Komisyon, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in uluslararası konferanslar düzenleyebilme yetkisine benzer olarak, insan hakları konularına ilişkin olarak danışmanlık, bölgesel seminerler ve toplantılar düzenleyerek insan haklarının gelişmesine katkı sağlamaktadır⁹⁷.

10 Aralık 1948 tarihinde Genel Kurul tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'ni hazırlayan Komisyon, insan hakları konusunda çok önemli bir adım atılmasını sağlamıştır⁹⁸. Ayrıca, 1966 yılında Genel Kurul tarafından kabul edilip 1967 yılında yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ni hazırlayan Komisyon, insan haklarının korunması konusunda önemli gelişmeler yaşanmasını sağlamıştır⁹⁹. Bu önemli belgelerin yanı sıra diğer birçok uluslararası belgenin taslaklarını hazırlayan Komisyon, insan haklarının ilerletilmesi ve korunması için Birleşmiş Milletler'in kurumsal kapasitesini de geliştirmiştir. Bu anlamda Komisyon, tematik çalışmalar hazırlamak üzere İnsan Haklarının İlerletilmesi ve Korunması Hakkında Alt-Komisyonu¹⁰⁰ kurmuştur¹⁰¹.

⁹⁵ Birleşmiş Milletler Türk Derneği, s. 5.

⁹⁶ TOPAL, par. 10; The United Nations And Human Rights, <http://www.un.org/rights/dpi1774e.htm>, Erişim Tarihi, 13.10. 2014.

⁹⁷ ALGAN/TİRYAKI, s. 118.

⁹⁸ TOPAL, par. 9.

⁹⁹ PAZARCI, s. 132-133.

¹⁰⁰ 1947 yılında kurulan bu Alt-Komisyon, ilk haliyle Azınlıklara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Ve Azınlıkların Korunmasına Dair Alt-Komisyon olarak kurulmuş olup, 1999 yılında yapılan bir değişiklikle adı değiştirilerek bugünkü adını almıştır. İnsan Hakları Komisyonu tarafından, coğrafi dağılıma uygun olarak seçilen temsilcilerden ve uzmanlardan meydana gelen Alt-Komisyon, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi kapsamında

İnsan Hakları Komisyonu, 1956 yılında almış olduğu bir kararla, bütün üye devletlere, kendi sınırları içinde gerçekleşen ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde bulunan haklara yönelik kaydedilen ilerlemeleri, alınan önlemleri ve karşılaşılan zorlukları içeren bir raporu Genel Kurul'a sunma yükümlülüğü getirmiştir¹⁰².

İnsan Hakları Komisyonu, 1960'ların ikinci yarısından itibaren, dünyada yaşanan insan hakları ihlallerini yakından izlemeye ve bu konudaki şikâyetleri incelemeye başlamıştır. Komisyon, bu faaliyetlerini Ekonomik ve Sosyal Konsey'in kabul etmiş olduğu "özel usuller sistemi"¹⁰³ ile gerçekleştirmiştir¹⁰⁴. Söz konusu sistemde, ağır ve sistematik insan hakları ihlallerini raporlama ve belirli ülkelerdeki insan hakları ihlallerini veya belirli insan hakları konularını araştırma görevleri, alanında uzman kişiler tarafından yerine getirilmektedir¹⁰⁵.

1990'ların ikinci yarısından itibaren, İnsan Hakları Komisyonu'nun, yüksek düzeyde siyasallaştığına dair eleştirilere¹⁰⁶ maruz kalmasından dolayı, Birleşmiş Milletler insan hakları sisteminde kurumsal bir değişikliğe gidilerek, İnsan Hakları Komisyonu kaldırılmıştır¹⁰⁷. Onun yerine, Genel Kurul'un, 15 Mart 2006 tarihinde almış olduğu 60/251

araştırmalar yapma, insan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin ayrımcılıkların önlenmesi ve etnik, ırki ve dini azınlıkların korunması konularında İnsan Hakları Komisyonu'na tavsiyelerde bulunma gibi görevleri, özel raportörler, çalışma grupları ve temsilciler kullanarak yerine getirmektedir. **TOPAL**, par. 11; **Ayrıca bkz. SMITH**, s.65.

¹⁰¹ **DOĞAN/ÖZDEMİR**, s. 228.

¹⁰² **ALGAN/TİRYAKİ**, s. 119.

¹⁰³ Söz konusu sistemin başlıca usulleri, insan haklarına ilişkin şikâyetlerin araştırılması için kabul edilen "1235 Usulü" ve "1503 Usulü" olmakla birlikte, bunlar dışında başka özel usuller de kabul edilmiştir. Söz konusu özel usullerden ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak bahsedilecektir.

¹⁰⁴ **ERDOĞAN**, s. 255.

¹⁰⁵ **DOĞAN/ÖZDEMİR**, s. 228; **ALGAN/TİRYAKİ**, s. 123.

¹⁰⁶ Bu eleştiriler özellikle, Komisyon'a seçilen devletlerin, rakip devletlerin gerçekleştirmiş olduğu insan hakları ihlallerini incelemek ve kendi devletlerinde yaşanan insan hakları ihlallerini incelemekten kaçınmak suretiyle, bu konularını kötüye kullanmaları üzerinde yoğunlaşmaktadır. **KESKİN Funda**, "Birleşmiş Milletler", Uluslararası Örgütler, Eskişehir 2013, s. 39. (s. 26-59)

¹⁰⁷ **DOĞAN/ÖZDEMİR**, s. 229.

sayılı Kararı¹⁰⁸ ile İnsan Hakları Konseyi kurulmuştur¹⁰⁹. Söz konusu karara göre, İnsan Hakları Komisyonu'nun bütün görevlerini üstlenecek olan İnsan Hakları Konseyi'nin amacı, insan hakları konusunda uluslararası toplumu bir araya getirerek, merkezi bir kurum yapısı altında, bir uluslararası insan hakları sistemi oluşturmaktır¹¹⁰.

Ekonomik ve Sosyal Konsey'e bağlı bir insan hakları kurumu olan İnsan Hakları Komisyonu'nun yerine kurulan İnsan Hakları Konseyi, Genel Kurul'a bağlı yardımcı organlardan birisidir ve Genel Kurul, İnsan Hakları Konseyi'nin statüsünü beş yılda bir gözden geçirmektedir¹¹¹. Konsey'in 47 üyesi, Genel Kurul'da yapılan gizli oylama sonucunda oy çokluğu ile üç yıllık görev süresi için seçilmekte ve seçilen bir üye yalnızca iki dönem üst üste görev yapabilmektedir¹¹². Ciddi ve sistematik insan hakları ihlalleri gerçekleştirilen Konsey üyesi devletlerin üyeliği, Genel Kurul'un üçte iki çoğunlukla alacağı bir kararla askıya alınabilmektedir¹¹³.

Birleşmiş Milletler'in insan hakları alanındaki faaliyetleri bakımından en önemli kurumlarından birisi olan İnsan Hakları Konseyi, insan haklarının korunması, geliştirilmesi ve teşvik edilmesi ile insan hakları ihlallerinin tespit edilip incelenmesi bakımından önemli bir yere

¹⁰⁸ **Kararın tam metni için bkz. General Assambly's Resolution, 60/251- Human Rights Council,**

http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf, Erişim Tarihi, 15.10.2014.

¹⁰⁹ **JOSEPH/KYRIAKAKIS**, s. 9-10; The United Nations Human Rights System: How To Make It Work For You, Geneva/New York 2008, s. 7, http://www.un-ngls.org/IMG/pdf/Final_logo.pdf, Erişim Tarihi, 15.10.2014; **SMITH**, s. 61.

¹¹⁰ **DOĞAN/ÖZDEMİR**, s. 229.

¹¹¹ **General Assambly's Resolution, 60/251- Human Rights Council,** m. 1, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf, Erişim Tarihi, 15.10.2014.

¹¹² **General Assambly's Resolution, 60/251- Human Rights Council,** m. 7, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf, Erişim Tarihi, 15.10.2014.

¹¹³ **General Assambly's Resolution, 60/251- Human Rights Council,** m. 8, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf, Erişim Tarihi, 15.10.2014.

sahiptir¹¹⁴. Ayrıca Konsey, devletlerin, sivil toplum örgütlerinin, uluslararası kuruluşların insan haklarına ilişkin görüşlerini ifade etmeleri bakımından önemli bir platform olmuştur. Bu bakımdan bütün üye devletlerden, Konsey ile iş birliği içinde olmaları ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesi konusunda yüksek düzeyde çaba göstermeleri beklenmektedir¹¹⁵.

İnsan Hakları Konseyi'ne, İnsan Hakları Komisyonu'nun kullandığı özel usulleri, denetim mekanizmalarını koruyarak, diğer tüm yetki ve mekanizmaları tekrar gözden geçirip, gerektiğinde örgütlenme ve geliştirme yetkisi verilmiştir¹¹⁶. Bu bakımdan İnsan Hakları Konseyi'ni, İnsan Hakları Komisyonu'nun almış olduğu kararları da üstlenerek, bunlara özel prosedürler ve çeşitli tematik çalışma grupları, İnsan Haklarını Koruma ve Geliştirme Alt Komisyonu ve resmi şikâyet prosedürlerini de eklemiştir¹¹⁷. İnsan Hakları Konseyi, altı hafta süren oturumlarla yılda bir defa toplanan İnsan Hakları Komisyonu'ndan farklı olarak, toplam süresi 10 haftayı geçmeyecek şekilde, yılda her biri iki hafta süren en az üç oturum ile toplanmakta ve ihtiyaç durumunda üyelerinin üçte birinin katılımıyla acil toplantılar yapabilmektedir¹¹⁸.

Konsey'in görevleri, evrensel düzeyde insan haklarını koruma ve temel hak ve özgürlüklere saygıyı teşvik etme, insan hakları konusunda eğitimleri geliştirme ve arttırma, tematik sorunlar hakkında devletlere ve sivil topluma forum hizmeti sunma, insan haklarına ilişkin konularda uluslararası hukukun geliştirilmesi için Genel Kurul'a tavsiyelerde bulunma, diğer devletlerle diyalog ve işbirliği halinde insan hakları ihlallerinin önlenmesine yardımcı olma, insan haklarının tam manasıyla

¹¹⁴ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, <http://cenevreofisi.dt.mfa.gov.tr/ShowInfoNotes.aspx?ID=203421>, Erişim Tarihi, 15.10.2014.

¹¹⁵ İnsan Hakları, <http://www.unicankara.org.tr/today/4.html#4b>, Erişim Tarihi, 15.10.2014.

¹¹⁶ DOĞAN/ÖZDEMİR, s. 229; JOSEPH/KYRIAKAKIS, s. 10.

¹¹⁷ İnsan Hakları, <http://www.unicankara.org.tr/today/4.html#4b>, Erişim Tarihi, 16.10.2014.

¹¹⁸ **General Assembly's Resolution, 60/251- Human Rights Council**, m. 10, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf, Erişim Tarihi, 15.10.2014.

uygulanması için devletlerin sorumluluklarını yerine getirmelerini geliştirme, acil insan hakkı ihlallerine derhal karşılık verme, Birleşmiş Milletler'in düzenlediği konferanslarda ve zirvelerde çıkan insan haklarına ilişkin amaç ve taahhütleri takip etme, insan hakları konularında hükümetlerle, sivil toplum örgütleriyle, bölgesel teşkilatlarla ve ulusal insan hakları kurumlarıyla yakın ilişki içinde çalışma ve Genel Kurul'a yapılan faaliyetlere ilişkin her yıl rapor sunma şeklinde sıralanabilir¹¹⁹. Ayrıca Konsey'e, her devletin insan hakları alanında vermiş oldukları taahhütleri ve sorumluluklarını yerine getirip getirmediğini denetleme görevi de yüklenmiştir. Bu konuda oluşturulan Evrensel Periyodik İnceleme Mekanizması (EPİM) ile bu görevin, objektif ve kayda değer bilgileri esas alarak, devletlerin gönüllü işbirliğine dayanarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Konsey, EPİM'i işletirken, her devleti kendi kapasitesine ve ihtiyaçlarına göre değerlendirecek ve devletlerin egemen eşitliği ilkesine ve İnsan Hakları Konseyi'nin evrenselliği ilkesine riayet edecektir¹²⁰.

EPİM'in çalışma şekline bakıldığında, öncelikle üye ülkelere ilişkin rapor hazırlanması amacıyla, her üye devlet için, Konsey'e üye üç devletin kurayla belirlendiği görülmektedir¹²¹. Belirlenen bu devletler, Sekreteryaya'nın yardımıyla bu çalışmalarını sürdürmektedir. EPİM Çalışma Grubu, 2 hafta süreyle toplanmakta ve her oturumda 14 ülke incelenmekte ve yılda üç oturum düzenlenmektedir¹²². Her ülkenin incelenmesi üç buçuk saatlik oturumlarda gerçekleştirilmekte ve bu sürenin bir saati söz konusu ülkeye, geriye kalan süre ise söz almak isteyen diğer ülkelere verilmektedir. EPİM Çalışma Grubu'nun oturumlarına sivil toplum örgütlerine söz verilmemesine rağmen, sivil toplum örgütleri hazırladıkları raporları isteyen devletlerle

¹¹⁹ DOĞAN/ÖZDEMİR, s. 229; KALABALIK, s. 389; SMITH, s. 62-63.

¹²⁰ General Assembly's Resolution, 60/251- Human Rights Council, m. 5/e, http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf, Erişim Tarihi, 15.10.2014.

¹²¹ The United Nations Human Rights System: How To Make It Work For You, s. 10.

¹²² JOSEPH/KYRIAKAKIS, s. 17.

paylaşabilmekte ve raporlarında geçen konular söz konusu ülkelerce oturularda dile getirilebilmektedir. Çalışma Grubu'nda bir ülke için geçici olarak kabul edilen EPİM raporu, ilgili ülkenin vereceği ek güncel bilgiler, diğer ülkelerin yorumları ve önerileri ile sivil toplum kuruluşlarının da katılımıyla, İnsan Hakları Konseyi'nde altıncı gündem maddesi olarak tekrar ele alınmakta ve rapor son şeklini alarak onaylanmaktadır¹²³.

İnsan Hakları Konseyi, insan haklarına ilişkin ciddi ihlaller yaşandığını düşündüğü konular için uzmanlardan oluşan çalışma gruplarından veya özel, bağımsız raportörlerden bir inceleme talep edebilir. Uzmanların ve raportörlerin hazırlayacağı raporlar doğrultusunda Konsey, hükümetlere çağrı yaparak, düzeltilmesi gereken durumları bildirir¹²⁴.

Genel Kurul'un İnsan Hakları Konseyi'nin kurulmasına ilişkin kararıyla, İnsan Haklarının İlerletilmesi Ve Korunması Hakkında Alt-Komisyonu kaldırılarak yerine İnsan Hakları Konseyi Danışma Komitesi kurulmuştur. İnsan Hakları Konseyi'nin güdümünde hareket eden Danışma Komitesi, daha çok uygulamaya yönelik çalışmalar yapmakta ve İnsan Hakları Konseyi'nin yetkisi altında bulunan tematik konulara¹²⁵ ilişkin önerilerde bulunmaktadır. Danışma Komitesi'nin, önceki alt-komisyonundan farklı olarak, belirli ülkelerdeki durumlarla ilgili olarak inceleme yapma ve karar alma yetkisi bulunmamaktadır. Komite'nin esas görevi, Konsey'e usuli etkililiğin artırılması konusunda tavsiyeler bulunma konusundadır¹²⁶.

¹²³ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, <http://cenevreofisi.dt.mfa.gov.tr/ShowInfoNotes.aspx?ID=203421>, Erişim Tarihi, 15.10.2014.

¹²⁴ İnsan Hakları, <http://www.unicankara.org.tr/today/4.html#4b>, Erişim Tarihi, 16.10.2014.

¹²⁵ "İnsan Hakları Konseyi kararları çerçevesinde, Komite'nin gündemindeki tematik konular arasında insan hakları eğitimi, gıda hakkı, kadın hakları, kayıp şahıslar, engellilerin hakları, cüzzamlı kişilere karşı ayrımcılık yer almaktadır.", Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi, <http://cenevreofisi.dt.mfa.gov.tr/ShowInfoNotes.aspx?ID=203421>, Erişim Tarihi, 16.10.2014.

¹²⁶ DOĞAN/ÖZDEMİR, s. 230.

F. İnsan Hakları Yüksek Komiserliği

Uluslararası toplum, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin oluşturulmasından itibaren, insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde etkili rol oynayacak, Birleşmiş Milletler'e bağlı bir organın oluşturulması için çalışmalar yapmıştır. 1993 yılında gerçekleştirilen Dünya İnsan Hakları Konferansı ve sonucunda ortaya çıkan Viyana Eylem Planı ve Deklarasyonu¹²⁷, bu organın oluşturulmasında en önemli çalışma olarak kabul edilmektedir. Söz konusu Konferansta, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (İHYK)'nin kurulmasının kararlaştırılmasının ardından, Genel Kurul harekete geçmiş ve gerekli çalışmalar başlatılmıştır. Bunun üzerine İHYK, Genel Kurul'un 48/141 sayılı Kararı¹²⁸ ile 20 Aralık 1993 tarihinde kurulmuştur¹²⁹. İHYK'nın kurulmasıyla birlikte, evrensel insan hakları normları ile bu normların uygulanması arasındaki boşluğun doldurulması adına önemli bir adım atılmıştır¹³⁰.

İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, insan hakları alanında insan haklarının geliştirilmesi ve korunması bakımından faaliyetler gösteren başlıca kurumlardan birisidir¹³¹. İnsan haklarına ilişkin Birleşmiş Milletler faaliyetlerinin odak noktası kabul edilen İHYK¹³², Birleşmiş Milletler insan hakları mekanizmalarına uzmanlık yapmakta ve teknik destek

¹²⁷“Söz konusu belgede, BM çatısı altındaki ve bölgesel örgütlerdeki insan hakları çalışmalarının desteklenmesi ve koordinasyonuna ilişkin tedbirler ele alınmış ve “BM insan hakları mekanizmasının (machinery) adaptasyonu ve güçlendirilmesi” başlığı altında, BM Genel Kurulu'na İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin kurulması tavsiyesinde bulunulmuştur.”, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi (OHCHR - BMİHYK), <http://cenevreofisi.dt.mfa.gov.tr/ShowInfoNotes.aspx?ID=203423>, Erişim Tarihi, 17.10.2014.

¹²⁸ **Kararın tam metni için bkz.**

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/48/141, Erişim Tarihi, 17.10.2014.

¹²⁹ **DOĞAN/ÖZDEMİR**, s. 230; **KALABALIK**, s. 391; **SMITH**, s. 66.

¹³⁰ **JOSEPH/KYRIAKAKIS**, s. 19.

¹³¹ OHCHR In The World: Making Human Rights A Reality On The Ground, <http://www.ohchr.org/EN/Countries/Pages/WorkInField.aspx>, Erişim Tarihi, 17.10.2014.

¹³² **SMITH**, s. 66.

sağlamaktadır. Bu mekanizmalar, İnsan Hakları Konseyi de dâhil olmak üzere, BM Şartı'na dayanarak oluşturulmuş insan hakları mekanizmalar, uluslararası insan hakları sözleşmeleri tarafından oluşturulmuş mekanizmalar ve üye devletlerin sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getirmelerini denetleyen bağımsız uzmanlar şeklinde sıralanabilir¹³³. Başka bir deyişle İHYK, yukarıda sayılan mekanizmalar içerisinde yer alan organ ve kurumlar için, bir sekreteryaya işlevi görmektedir¹³⁴. İHYK, yönetim birimi Cenevre'de olmak üzere, New York'taki Birleşmiş Milletler Merkezi'nde ve farklı ülkelerde bulunan on tane ülke ofisi ve 12 tane bölge ofisine sahiptir. Bu ofislerde toplam 850 personel görev yapmaktadır. İHYK görevlerini yerine getirirken kullandığı finansmanı, BM olağan bütçesi ile üye ülkelerin, uluslararası kuruluşların, çeşitli vakıfların ve bireylerin gönüllü katkılarından sağlamaktadır¹³⁵.

İHYK'nın temel amacı, Birleşmiş Milletler çerçevesinde insanların, uluslararası insan hakları standartları dâhilinde yönetildiği bir toplumda yaşayabilmeleri için, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için var olan çabaların artırılması olarak belirtilebilir¹³⁶. Bu bakımdan, insan hakları konusunda Birleşmiş Milletler faaliyetlerinin koordine edilmesini sağlayan İHYK, üye ülkelerin yükümlülüklerine ve insan hakları standartlarına uyup uymadığını da takip edebilmektedir¹³⁷. Ayrıca, insan hakları konularında tavsiye hizmeti, finansal ve teknik yardım sağlama, insan haklarının gerçekleştirilmesinin önündeki engelleri kaldırmak için aktif bir katkı sağlama, insan haklarının geliştirilmesi için eğitim ve kamu bilgilendirme programları düzenleme, insan hakları

¹³³ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi (OHCHR - BMİHYK) <http://cenevreofisi.dt.mfa.gov.tr/ShowInfoNotes.aspx?ID=203423>, Erişim Tarihi, 17.10.2014.

¹³⁴ İnsan Hakları, <http://www.unicankara.org.tr/today/4.html#4b>, Erişim Tarihi, 17.10.2014; SMITH, s. 66.

¹³⁵ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi (OHCHR - BMİHYK) <http://cenevreofisi.dt.mfa.gov.tr/ShowInfoNotes.aspx?ID=203423>, Erişim Tarihi, 17.10.2014.

¹³⁶ TOPAL, par. 13.

¹³⁷ JOSEPH/KYRIAKAKIS, s. 19; KALABALIK, s. 391.

konusunda var olan sistemlerin yeterliliğini ve etkililiğini sağlama görevleri İHYK'nın sorumlulukları içerisindedir¹³⁸. Bununla birlikte, İHYK'ya, Viyana Eylem Planı ve Deklarasyonu'nda belirtildiği üzere, dünyadaki insan hakları ihlallerinin sebebi olan tehditlere ve tehlikelere karşı aktif bir rol oynama görevi verilmiştir. Bunlara ek olarak, insan hakları çerçevesinde devletlerle diyalog içinde olmak, insan haklarının geliştirilmesi ve yaygınlaştırılması için uluslararası işbirliğini sağlamak, insan hakları konusunda Birleşmiş Milletler mekanizmalarının güçlendirilmesi ve rasyonelleştirilmesi yönünde çalışmalar yapmak ve İnsan Hakları Merkezi'ni yürütme görevini gerçekleştirmek de, İHYK'nın görevleri arasındadır¹³⁹.

İHYK, BM Genel Sekreteri'ne bağlı bir Yüksek Komiser tarafından yönetilmektedir. Yüksek Komiser, insan hakları konularında esas sorumlu kişi olmakla birlikte, BM Genel Sekreter yardımcısı derecesinde olup, yapmış olduğu faaliyetlerden dolayı Genel Sekretere karşı sorumludur. Ayrıca, Yüksek Komiser yapılan faaliyetler hakkında, Genel Kurul'a, Ekonomik ve Sosyal Konsey'e ve İnsan Hakları Konseyi'ne bilgi vermek zorundadır¹⁴⁰. Yüksek Komiser, Genel Sekreter tarafından atanmakta ve bu atama Genel Kurul tarafından onaylanmaktadır. Yüksek Komiserliğe atanacak kişinin iyi ahlaklı ve dürüst olmasının yanı sıra, insan hakları alanında uzman olmasına ve küresel toplumdaki farklı kültürleri algılama yetisine sahip bir kişi olmasına dikkat edilmektedir. Coğrafi rotasyona uygun olarak atanan Komiser, 4 yıllık süre için seçilmektedir¹⁴¹.

Yüksek Komiser'in, bütün insanlığın insan haklarından etkin bir şekilde faydalanmasını sağlama, Birleşmiş Milletler bünyesinde yer alan insan haklarına ilişkin faaliyetleri artırma, yeni insan hakları

¹³⁸ SMİTH, s. 66.

¹³⁹ KALABALIK, s. 392-393.

¹⁴⁰ TOPAL, par. 12.

¹⁴¹ **General Assambly's Resolution, 48/141- High Commissioner For The Promotion And Protection Of All Human Rights, m. 2/a-b-c,** http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/48/141, Erişim Tarihi, 17.10.2014.

standartlarının geliştirilmesine yardımcı olma ve insan hakları andlaşmalarının daha fazla devlet tarafından onaylanması için devletleri teşvik etme gibi çok sayıda görevi vardır¹⁴². Bununla birlikte Yüksek Komiser'e, devletlerin insan haklarına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeleri için, gerekli danışmanlık, teknik ve finansal hizmetleri sağlama ve insan haklarının korunmasını geliştirmek amacıyla devletlerle diyaloga girerek yardımda bulunma görevi verilmiştir. Özellikle, Yüksek Komiser devletlerin gelişme hakkının gerçekleştirilmesini teşvik etmekle de yükümlüdür¹⁴³. Bütün bunlara ek olarak Yüksek Komiser, Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF), Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu (UNESCO), Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP), Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR) ve Birleşmiş Milletler Gönüllüleri (UNV) gibi insan hakları konusunda uzmanlaşmış kurumlarla işbirliği ve koordinasyonu sağlama yükümlülüğü altındadır¹⁴⁴. Yüksek Komiser, Birleşmiş Milletler çatısı altındaki insan hakları faaliyetlerini ilgi merkezi haline getirmek için çalışmalar yapmaktadır. Dahası, Yüksek Komiser, gerek yukarıda bahsedilen faaliyetler aracılığıyla, gerekse konuşmalar, basın brifingleri, basılı eserler ve konferanslar aracılığıyla, insan haklarının sürekli olarak kamuya açık bir görünüm arz etmesi için çabalamaktadır¹⁴⁵.

G. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 1950 yılında almış olduğu bir kararla¹⁴⁶, 1 Ocak 1951'den itibaren geçerli olmak üzere, mültecilerin yasal olarak korunmasını ve onların sorunlarına çözümler bulunmasını sağlayacak Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği

¹⁴² İnsan Hakları, <http://www.unicankara.org.tr/today/4.html#4b>, Erişim Tarihi, 17.10.2014.

¹⁴³ **Administrative Committee On Coordination**, The United Nations System And Human Rights: Guidelines And Information For The Resident Coordinator System, Geneva, March 2000, par. 45; **DOĞAN/ÖZDEMİR**, s. 231; **SMITH**, s. 66.

¹⁴⁴ İnsan Hakları, <http://www.unicankara.org.tr/today/4.html#4b>, Erişim Tarihi, 17.10.2014.

¹⁴⁵ **KALABALIK**, s. 392; **SMITH**, s. 66.

¹⁴⁶ Kararın tam metni için bkz. **General Assembly's Resolution, 428(V)- Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees**, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/428\(V\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/428(V)), Erişim Tarihi, 18.10.2014.

(BMMYK)'ni oluşturmuştur¹⁴⁷. BMMYK'nın göreve başlamasının ardından, bu kurumun faaliyetlerine yasal bir dayanak niteliğinde olan 1951 tarihli Mültecilere İlişkin Cenevre Sözleşmesi¹⁴⁸, Genel Kurul tarafından kabul edilmiştir¹⁴⁹. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi, yalnızca 1 Ocak 1951'den önce, Avrupa'da meydana gelmiş olaylar sonucunda mülteci durumuna düşmüş kişilerin yararlanabileceği bir sözleşmedir. Fakat devam eden yıllarda, yaşanan mülteci hareketleri, mülteciliğin yalnızca İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaşanan geçici bir durum olmadığını göstermiştir. 1967 yılında kabul edilen Mültecilerin Statüsüne İlişkin Protokol¹⁵⁰, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'nin zaman coğrafi sınırlamasını kaldırmıştır¹⁵¹. Söz konusu Sözleşme ve Protokol'ün, her türlü zulme cevap veren bir nitelikte uygulanması noktasında en büyük çabayı BMMYK göstermektedir¹⁵². Başka bir ifadeyle, bütçesi gönüllü katkılara dayanan BMMYK, uluslararası mülteci koruma sisteminin temelini oluşturan 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 Protokolü'nün güçlendirilmesi yoluyla, bu sistemin daha etkin hale getirilmesi için yoğun çaba göstermektedir¹⁵³.

BMMYK'nın esas görevi, mülteci konumuna düşen bireylerin değerlendirilmesini temel almaktaydı, fakat zamanla yaşanan uluslararası gelişmelerin baskısı sonucunda, Komiserliğin görev alanına giren

¹⁴⁷ KALABALIK, s. 392.

¹⁴⁸ Sözleşmenin tam metni için bkz. Mültecilere İlişkin Cenevre Sözleşmesi, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/179-199.pdf>, Erişim Tarihi, 18.10.2014.

¹⁴⁹ HARVEY Colin, "Is Humanity Enough? Refugees, Asylum Seekers And The Rights Regime", Contemporary Issues In Refugee Law, (Edited By: Satvinder Singh Juss, Colin Harvey), s. 69.

¹⁵⁰ Sözleşmenin tam metni için bkz. Mültecilerin Statüsüne İlişkin Protokol, http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafliisoz/bm/bm_13.pdf, Erişim Tarihi, 18.10.2014.

¹⁵¹ Fact Sheet No.20, Human Rights And Refugees, s. 4. <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet20en.pdf>, Erişim Tarihi: 18.10.2014.

¹⁵² İltica ve Göç Mevzuatı, Ankara 2005, s. 80.

¹⁵³ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR), <http://www.unicankara.org.tr/v2/pages/bm-sistemi/bm-tuerkiye.php#UNHCR>, Erişim Tarihi, 19.10.2014.

grupların sayısı artmış ve BMMYK'nın görev alanı genişlemiştir¹⁵⁴. Bu bakımdan BMMYK, hükümetlerle işbirliği halinde, mültecilere ilişkin olarak öngörülen, gönüllü geri dönme, yerel entegrasyon ve yeniden yerleştirme olarak adlandırılan kalıcı çözüm yollarından birine ulaşmayı hedeflemektedir¹⁵⁵. Gönüllü geri dönme, mültecilerin kendi istekleriyle, geri ülkelerine dönmelerini; yerel entegrasyon, bölgede sığınılan ilk ülkeye ve yerel topluluklara mültecilerin uyumlu hale getirilmesini; yeniden yerleştirme, gerektiğinde önceki bölgenin dışında mültecilerin yerleşebileceği alanların yaratılmasını ve buralara yerleştirilmesini ifade etmektedir¹⁵⁶. Ayrıca, sığınma, mültecilik ve insani yardım konularında farkındalığı arttırmayı hedefleyen BMMYK, bu amaçlarla yürüttüğü çalışmalarla, uluslararası toplumun bu bağlamda karşılaştığı engelleri ve gelecekte karşılaşılabileceği sorunları, oluşturulan toplumsal farkındalık ve anlayışla en aza indirmektedir. Bununla birlikte, esasında insani bir örgüt olan BMMYK, yaptığı halkı bilgilendirme, toplumsal farkındalık ve basın ilişkileri etkinlikleriyle, sığınmacıların, mültecilerin yerinden edilmiş kişilerin ve ilgi alanındaki diğer kişilerin temel insan haklarına hoşgörüyü ve saygıyı teşvik etmektedir¹⁵⁷.

Mültecilerin yasal korunmasının icrai sorumluluğu BMMYK'nın başında bulunan Yüksek Komiser'e aittir. Yüksek Komiser, maddi yardımlar konusunda, yardımların ulaştırılması noktasında koordinasyon sağlama ve hükümetleri, ulusal ve uluslararası insani örgütleri yardıma çağırma görevlerini yerine getirmektedir¹⁵⁸. Yüksek Komiser, izlenecek politikalar konusunda, gerekli direktifleri Genel Kurul'dan ya da Ekonomik ve Sosyal Konsey'den almaktadır. Bununla birlikte Yüksek

¹⁵⁴ KALABALIK, s. 392.

¹⁵⁵ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR), <http://www.unicankara.org.tr/v2/pages/bm-sistemi/bm-tuerkiye.php#UNHCR>, Erişim Tarihi, 19.10.2014.

¹⁵⁶ KALABALIK, s. 392.

¹⁵⁷ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR), <http://www.unicankara.org.tr/v2/pages/bm-sistemi/bm-tuerkiye.php#UNHCR>, Erişim Tarihi, 19.10.2014.

¹⁵⁸ KALABALIK, s. 392.

Komiser, görüşlerini Genel Kurul, Ekonomik ve Sosyal Konsey ile yardımcı örgütleri önünde dile getirebilmektedir¹⁵⁹.

1958'de Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından kurulan¹⁶⁰ ve toplam 94 ülkeden oluşan BMMYK Yürütme Komitesi (EXCOM), Yüksek Komiserliğin izleyeceği politikaları belirlemekte ve bütçeyi onaylamaktadır. EXCOM'a bağlı olarak görev yapan ve hazırlık çalışmalarını yürüten bir Daimi Komite yılda üç kez Cenevre'de toplanmaktadır. Ayrıca BMMYK, Ekonomik ve Sosyal Konsey aracılığıyla, BM Genel Kurulu'na yıllık raporlar sunmaktadır¹⁶¹. Bununla birlikte, EXCOM'un vermiş olduğu kararlar, mülteci hukukunun oluşturulması ve geliştirilmesi açısından son derece önemli ve etkili bir kaynak olma özelliğini taşımaktadır. Bu komitenin verdiği kararların, devletler üzerinde hukuki açıdan bağlayıcılığı olmamasına rağmen, karşılaşılan mülteci sorunları hakkında ilke görüşler, bu kararlarla belirlendiğinden dolayı devletlerin bu kararları, uygulamalarında göz önünde bulundurmaları gerekmektedir. Ayrıca, bu alanda çalışma yürüten sivil toplum kuruluşları ve yargı kurumları bakımından da bu kararlar önemli bir yer tutmaktadır¹⁶².

H. Kadınların Statüsü Komisyonu

Kadının Statüsü Komisyonu, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in almış olduğu bir kararla¹⁶³ 21 Haziran 1946 tarihinde kurulmuştur. Ekonomik ve Sosyal Konsey'in en işlevsel komisyonlarından birisi olan Kadınların Statüsü Komisyonu'nun en temel amacı, kadın ve erkeklerin eşitliği

¹⁵⁹ Birleşmiş Milletler Türk Derneği, s. 12.

¹⁶⁰ KALABALIK, s. 392.

¹⁶¹ Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK-UNHCR), <http://cenevrefofisi.dt.mfa.gov.tr/ShowInfoNotes.aspx?ID=203423>, Erişim Tarihi, 19.10.2014.

¹⁶² KILIÇ Taner, "Bir İnsan Hakkı Olarak Sığınma Hakkı", s. 12.

http://www.multeci.net/index.php?option=com_content&view=article&id=59:br-nsan-hakki-olarak-ltca-&catid=35:goc-ve-multecilik&Itemid=14, Erişim Tarihi: 19.10.2014.

¹⁶³ Kararın tam metni için bkz. Council Resolution 11(II) of 21 June 1946, http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/pdf/CSW_founding_resolution_1946.pdf, Erişim Tarihi, 20.10.2014.

ilkesinin uygulanmasını sağlamaktır¹⁶⁴. Bu bakımdan Komisyon, temel fonksiyonu olan ekonomik, sosyal, siyasal, medeni, toplumsal eğitimsel konularda kadın haklarının geliştirilmesi ve desteklenmesi için Ekonomik ve Sosyal Konseye öneriler ve raporlar hazırlamak ve kadın hakları konusunda acil çözüme ihtiyaç duyulan sorunlara yönelik tavsiyelerde bulunma ve bu önerilerin uygulanabilmesi için yeni çözüm yolları geliştirmekle yükümlüdür¹⁶⁵. BM Genel Kurulu, Komisyon'a, 1995 yılında Pekin'de gerçekleştirilen Pekin Bildirisi ve Eylem Platformu¹⁶⁶'ndan sonra, 2000 yılında yapılacak olan Konferansı düzenleme ve ilgili olduğu alanlarda inceleme yapma yetkilerini vermiştir¹⁶⁷. Pekin Bildirisi ve Eylem Platformu'ndan bu yana Komisyon, her yıl diğer gündem maddeleri yanında Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı'nda bahsedilen 12 kritik alanı gözden geçirme görevini de yerine getirmektedir¹⁶⁸. Bu kritik alanlar şu şekilde sıralanmaktadır¹⁶⁹:

- i. Kadınların sırtında bulunan devamlı ve artan yoksulluk yükü,
- ii. Eğitim ve öğretimdeki eşitsizlikler ve yetersizlikler,
- iii. Bunlara ulaşmadaki eşitsizlik,

¹⁶⁴ TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Heyetinin Birleşmiş Milletler Kadının Statüsü Komisyonu 57. Oturumuna Katılımı, 7 Mart 2013, s. 1. http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefek_new/docs/57_kadinin_sta_kom_rap.pdf, Erişim Tarihi, 20.10.2014; **Birleşmiş Milletler Türk Derneği**, s. 7.

¹⁶⁵ **SMITH**, s. 60.

¹⁶⁶ "Birleşmiş Milletler 1975 yılından başlayarak kadın hakları konusunda dünyadaki devletleri, uzmanları ve sivil toplumu bir araya getirebilmek için dört dünya konferansı düzenlemiştir: Meksika (1975), Kopenhag (1980), Nairobi (1985), Pekin (1995). Bu konferanslardan sonuncusu olan Pekin Konferansı'na hem hükümetler, hem uzmanlar, hem de sivil toplum örgütleri yoğun bir katılım sağlamış, Konferans sonucunda oluşturulan Pekin Deklarasyonu ve Eylem Planı (Beijing Declaration and Platform for Action) ve içerdiği 12 kritik alan 1995 yılından sonra BM'deki kadının insan hakları gündemini belirlemekte etkili olmuştur.", <http://www.kadinininsanhaklari.org/programlar/savunuculuk/uluslararasi-duzeyde-savunuculuk/pekin-konferansi/>, Erişim Tarihi, 19.10.2014.

¹⁶⁷ **KALABALIK**, s. 390.

¹⁶⁸ Birleşmiş Milletler, <http://www.kadininstatusu.gov.tr/tr/19136/Birlesmis-Milletler>, Erişim Tarihi, 20.10.2014.

¹⁶⁹ <http://www.kadinininsanhaklari.org/programlar/savunuculuk/uluslararasi-duzeyde-savunuculuk/pekin-konferansi/>, Erişim Tarihi, 20.10.2014.

- iv. Sağlık ve bağlantılı hizmetlerdeki eşitsizlikler ve yetersizlikler,
- v. Bunlara ulaşmadaki eşitsizlik,
- vi. Kadına yönelik şiddet, silahlı veya diğer türden çatışmaların, yabancı işgali altında yaşayanlar dâhil, kadınlar üzerindeki etkileri, ekonomik yapılarda ve politikalarda üretime yönelik her tür faaliyette ve kaynaklara ulaşmada eşitsizlik,
- vii. Yetki ve karar almanın bütün düzeylerde paylaşılmasında kadınla erkek arasındaki eşitsizlik,
- viii. Kadının ilerlemesini sağlayacak bütün düzeylerdeki mekanizmaların yetersizliği,
- ix. Kadının insan haklarına saygı eksikliği, bu hakların yaygınlaştırılması ve korunmasında yetersizlik,
- x. Kadının klişeleştirilmesi ve özellikle medya olmak üzere kadının bütün iletişim sistemlerine katılımında ve ulaşılabilirliğinde eşitsizlik,
- xi. Doğal kaynakların yönetiminde ve çevrenin korunmasında toplumsal cinsiyete dayalı eşitsizlikler,
- xii. Kız çocuklarına karşı sürekli ayrımcılık ve kız çocuklarının haklarının ihlali.

Kadın Hakları Komisyonu da tıpkı İnsan Hakları Komisyonu gibi, kendi kararlarını kendisi alır ve Ekonomik ve Sosyal Konsey'e karar taslakları sunar. Ayrıca Komisyon, her oturum sonrasında Konsey'e bir rapor sunar¹⁷⁰.

Birleşmiş Milletler üyeleri arasından, bölge esasına göre seçilen 45 temsilci¹⁷¹, üç yıllık süre için yalnızca bir dönem için görev yapabilirler¹⁷². Ayrıca, her yıl Mart ayında 10 günlük süre için toplanan Komisyon, bu toplantı sonucu ortaya çıkan sonuç belgesiyle, o yıl için

¹⁷⁰ **Birleşmiş Milletler Türk Derneği**, s. 8.

¹⁷¹ Birleşmiş Milletler, <http://www.kadininstatusu.gov.tr/tr/19136/Birlesmis-Milletler>, Erişim Tarihi, 20.10.2014.

¹⁷² **Birleşmiş Milletler Türk Derneği**, s. 7.

öncelikli konularını belirlemekte ve ilgili ortaklar için tavsiye kararları almaktadır¹⁷³. Komisyon toplantılarına, Komisyona üye olmayan, fakat Komisyon'un çalışmalarına ilgi duyan Birleşmiş Milletlere üye devletlerin gözlemcileri katılabilmektedir. Ayrıca, BM'ye bağlı Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve BM Eğitim ve Kültür Örgütü (UNESCO) gibi uzman kuruluşların temsilcileri de, toplantılara katılabilmekte ve Komisyon'un kendilerini ilgilendiren gündem maddelerinin görüşülmesinde etkin çalışmalar yapmaktadırlar¹⁷⁴.

III. SONUÇ

Birleşmiş Milletler, insan haklarının evrensel bir kavram haline gelmesini sağlamış ve bu kavramın geliştirilmesi, içeriğinin doldurulması ve bu haklar tarafından sağlanan korumanın uygulamaya dökülmesi bakımından önemli bir rol oynamıştır. Gerek Birleşmiş Milletler yapısının ana ve yardımcı organlarının faaliyetleriyle, gerekse Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulan sözleşmeler vasıtasıyla, insan haklarına saygı teşvik edilmiş, insan hakları kavramı geliştirilmiş ve insan hakları ihlalleri önlenmeye çalışılmıştır. Fakat şu bir gerçektir ki, insan haklarının korunması hiçbir zaman Birleşmiş Milletler'in asıl amacı olmamıştır. Esas amacı dünya barış ve güvenliğinin devamlılığını sağlamak olan Birleşmiş Milletler, bu amaca ulaşmak açısından insan haklarının önemini anlamış ve bu doğrultuda kendisini görevli saymıştır. Gerçekten uluslararası barış ve güvenliğin sürekliliği, toplumun temel birimi olan insanların sahip olduğu temel haklara saygı duyulmasına ve korunmasına bağlıdır. Çünkü bir toplumda, bireylere sahip oldukları haklar verilmediği ya da bu haklar ihlal edildiği zaman, o toplumda doğacak huzursuzluk tüm dünya barışını etkilemektedir. Bu bakımdan Birleşmiş Milletlerin, insan haklarının korunmasını kendisi için esas bir amaç edinmesi şarttır.

¹⁷³ TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Heyetinin Birleşmiş Milletler Kadının Statüsü Komisyonu 57. Oturumuna Katılımı, 7 Mart 2013, s. 1. http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefek_new/docs/57_kadinin_sta_kom_rap.pdf, Erişim Tarihi, 19.10.2014.

¹⁷⁴ **Birleşmiş Milletler Türk Derneği**, s. 7-8.

Uluslararası toplumda bir otorite boşluğu bulunması insan haklarının korunması noktasında en büyük eksikliklerdir. Devletleri vatandaşlarının haklarını ihlal etmemeye, insan haklarına saygı göstermeye zorlayacak bir otoritenin olmaması temel bir sorundur. Bu açıdan, neredeyse bütün dünya devletlerinin üyesi olduğu Birleşmiş Milletler örgütü, bu otorite boşluğunu biraz da olsa doldurmaya çalışmaktadır. Birleşmiş Milletler sistemine bakıldığında, Genel Kurul bir parlamento görevi görmekte, Güvenlik Konseyi Bakanlar Kurulu'nu temsil etmekte, UAD yargı görevini yerine getirmektedir. İnsan hakları bakımından Genel Kurul, almış olduğu kararlar doğrultusunda insan hakları belgelerini kabul ederken, Güvenlik Konseyi BM'nin insan hakları politikalarını belirlemekte ve uluslararası toplum düzenini bozacak nitelikteki ağır insan hakkı ihlalleri durumunda inisiyatif alabilmektedir. Birleşmiş Milletler insan hakları sisteminde en önemli eksiklik, bireylerin başvurabilecekleri bir yargı mekanizmasının bulunmaması noktasındadır. Eğer Birleşmiş Milletler, insan hakları konularında yetkili ve bütün üye devletler bakımından bağlayıcı kararlar verebilen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne benzer nitelikte bir yargı organına sahip olsaydı, böyle bir yargı organının varlığı, örgüte üye devletlerin insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmeleri ve bireylerin haklarını ihlal etmekten kaçınmaları için etkili bir zorlayıcı güç olurdu. Fakat devletlerin, var olan sözleşmeler tarafından öngörülen denetim mekanizmalarının uygulanmasında ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinde dahi isteksiz davranmaları gösteriyor ki, uluslararası toplum böyle evrensel bir insan hakları yargı mekanizmasının oluşturulmasına hazır bulunmamaktadır.

Günümüzde yaşanan olaylar, Birleşmiş Milletler insan hakları sisteminin de, esasında büyük devletlerin çıkarları doğrultusunda kullanıldığının önemli bir göstergesidir. Özellikle BM içerisinde başat güç olan Amerika'nın, ağır insan hakkı ihlallerini ileri sürerek çıkarları doğrultusunda Güvenlik Konseyi kararları ile Irak ve Somali gibi bazı ülkelere müdahalelerde bulunması, bu durumun açık bir göstergesidir. Ayrıca, Filistin ve Suriye gibi Ortadoğu ülkelerinde yaşanan ağır insan hakları ihlallerine rağmen, Güvenlik Konseyi'nin bir kınama kararı bile

almaktan aciz kalması, insan haklarının Birleşmiş Milletlerin temel amacı olmadığını göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Administrative Committee On Coordination, The United Nations System And Human Rights: Guidelines And Information For The Resident Coordinator System, Geneva, March 2000.
- AKSAR Yusuf, “Uluslararası Ceza Mahkemesi Ve Uygulamalarına Genel Bir Bakış”, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 1, No: 3, 2005, ss. 1 – 14.
- ALGAN Bülent/TİRYAKİ Refik, “Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Organizasyonlar Ve İnsan Haklarının Korunması: Birleşmiş Milletler Örneği”, Avrasya Dosyası, BM Özel, İlkbahar 2002, Cilt: 8, Sayı: 1, ss. 92-127.
- ARSAVA Fusun, “BM Güvenlik Konseyi’nin İnsan Haklarını Koruma Rolü Ve Güvenlik Konseyi’nin Yetkilerinin Dayanağı Ve Sınırları”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt: 4, No: 13, 2007, ss. 1-16.
- Basic Facts About The United Nations, New York 2011.
- Birleşmiş Milletler Türk Derneği, Birleşmiş Milletler Ve İnsan Hakları, Ankara 1979.
- Birleşmiş Milletler, “Profesyonel Eğitim Serileri: 4 - Ulusal İnsan Hakları Kurumları: İnsan Haklarının Korunması Ve Yaygınlaştırılması İçin Ulusal Kurumların Oluşturulması Ve Güçlendirilmesi İçin El Kitabı-1995”, Çeviren: Veysel Eşsiz, İnsan Hakları Merkezi Yayını.
- ÇELİK Ümit, “Askeri Müdahaleler Ve Avrupa Birliği – Birleşmiş Milletler İlişkileri”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, Cilt:12, No:2, 2013, ss. 27-60.

- DOĞAN İlyas/ÖZDEMİR Omca, “İnsan Haklarının Birleşmiş Milletler Şartı Temelinde Korunması”, İnsan Hakları Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2013, ss. 223-249.
- DÖNER Ayhan, “Kuvvet Kullanma Yasağı Ve İnsani Müdahale Açısından Körfez Krizi”, e-akademi Hukuk, Ekonomi Ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Sayı: 17, Temmuz 2003.
- ERDAL Selcen, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Ankara 2010.
- GEMALMAZ Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 3. Baskı, İstanbul 2001.
- GÖÇER Mahmut, İnsan Haklarının Korunması ve Birleşmiş Milletler, Ankara 2009.
- GÜLMEZ Mesut, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Ankara 2004.
- HARVEY Colin, “Is Humanity Enough? Refugees, Asylum Seekers And The Rights Regime”, Contemporary Issues In Refugee Law, (Edited By: Satvinder Singh Juss, Colin Harvey).
- International Commission On Intervention And State Sovereignty, The Responsibility To Protect, December 2001.
- İltica ve Göç Mevzuatı, Ankara 2005.
- JOSEPH Sarah/ KYRIAKAKIS Joanna, “The United Nations And Human Rights”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth, 2010.
- KATAYANAGİ Mari, Human Rights Functions of United Nations Peacekeeping Operations, Hauge 2002.
- KESKİN Funda, “Birleşmiş Milletler”, Uluslararası Örgütler, Eskişehir 2013, (s. 26-59).
- KESKİN Funda, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma Ve Birleşmiş Milletler, Ankara 1998.

- KURŞUN Günel, “101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi”, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara 2011.
- ODMAN Tevfik, “Eski Yugoslavya İle İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yasal Dayanağı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1996, ss. 131-151.
- SCHMİDT Markus, “United Nations”, International Human Rights Law, (Edited by: Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran), Oxford 2010.
- SHAW Malcolm N. , International Law, Fifth Edition, Cambridge Press, 2003.
- SLIEDREGT Elies Van/STOITCHKOVA Desislava, “International Criminal Court”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited By: Sarah Joseph and Adam McBeth), 2010.
- SMITH Rhona K. M., International Human Rights, Fifth Edition, Oxford 2012.
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat Rifat, Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara 2009.
- TÜRKMEN Füsün, İnsan Haklarının Yeni Boyutu İnsancıl Müdahale, İstanbul 2006.
- VÄYRYNEN Raimo, “Enforcement And Humanitarian Invention: Two Faces Of Colective Actions By The United Nations”, Future Of The United Nations System: Potential For The Twenty-First Century, (Editor: Chadwick F. Alger), 1998.

İNTERNET KAYNAKLARI

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi,
<http://cenevrefisi.dt.mfa.gov.tr/ShowInfoNotes.aspx?ID=203421>, Erişim Tarihi, 15.10.2014.

- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi (OHCHR - BMİHYK),
<http://cenevrefisi.dt.mfa.gov.tr/ShowInfoNotes.aspx?ID=203423>, Erişim Tarihi, 17.10.2014.
- Birleşmiş Milletler, <http://www.kadininstatusu.gov.tr/tr/19136/Birlesmis-Milletler>, Erişim Tarihi, 20.10.2014.
- BM Güvenlik Konseyi'nin 'Veto Tarihi',
<http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/205434.asp>, Erişim Tarihi, 11.10.2014.
- Council Resolution 11(II) of 21 June 1946,
http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/pdf/CSW_founding_resolution_1946.pdf, Erişim Tarihi, 20.10.2014.
- Fact Sheet No.20, Human Rights And Refugees,
<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet20en.pdf>, Erişim Tarihi: 18.10.2014.
- General Assambly's Resolution, 428(V)- Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees,
[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/428\(V\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/428(V)), Erişim Tarihi, 18.10.2014.
- General Assambly's Resolution, 48/141- High Commissioner For The Promotion And Protection Of All Human Rights,
http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/48/141, Erişim Tarihi, 17.10.2014.
- General Assambly's Resolution, 60/251- Human Rights Council,
http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/A.RES.60.251_En.pdf, Erişim Tarihi, 15.10.2014.
- <http://tr.euronews.com/2012/04/11/bm-nin-suriye-cikmazi/>, Erişim Tarihi, 11.10.2014.
- <http://www.kadinininsanhaklari.org/programlar/savunuculuk/uluslararasi-duzeyde-savunuculuk/pekin-konferansi/>, Erişim Tarihi, 19.10.2014.

- <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/DeclarationHRDTurkish.pdf>, Erişim Tarihi, 19.9.2014.
- http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/48/141, Erişim Tarihi, 17.10.2014.
- [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/678\(1990\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/678(1990)), Erişim Tarihi, 20.09.2014.
- İnsan Hakları, <http://www.unicankara.org.tr/today/4.html#4b>, Erişim Tarihi, 15.10.2014.
- KILIÇ Taner, “Bir İnsan Hakkı Olarak Sığınma Hakkı”, http://www.multeci.net/index.php?option=com_content&view=article&id=59:br-nsan-hakki-olarak-ltca-&catid=35:goc-ve-multecilik&Itemid=14, Erişim Tarihi: 19.10.2014.
- Mültecilere İlişkin Cenevre Sözleşmesi, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/179-199.pdf>, Erişim Tarihi, 18.10.2014.
- Mültecilerin Statüsüne İlişkin Protokol, http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli/soz/bm/bm_13.pdf, Erişim Tarihi, 18.10.2014.
- OHCHR In The World: Making Human Rights A Reality On The Ground, <http://www.ohchr.org/EN/Countries/Pages/WorkInField.aspx>, Erişim Tarihi, 17.10.2014.
- Resolution 733, 23 January 1992, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/733\(1992\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/733(1992)), Erişim Tarihi, 11.10.2014.
- Resolution 794, 3 December 1992, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/794\(1992\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/794(1992)), Erişim Tarihi, 11.10.2014.
- TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Heyetinin Birleşmiş Milletler Kadının Statüsü Komisyonu 57. Oturumuna Katılımı, 7 Mart 2013, http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefek_new/docs/57_kadinin_sta_kom_rap.pdf, Erişim Tarihi, 20.10.2014.

The United Nations And Human Rights,
<http://www.un.org/rights/dpi1774e.htm>, Erişim Tarihi,
13.10. 2014.

The United Nations Human Rights System: How To Make It Work For
You, Geneva/New York 2008, [http://www.un-
ngls.org/IMG/pdf/Final_logo.pdf](http://www.un-ngls.org/IMG/pdf/Final_logo.pdf), Erişim Tarihi,
15.10.2014.

TOPAL Ahmet Hamdi, “Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının
Korunması”, Mevzuat Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 83, Kasım
2004, par. 7,
<http://www.mevzuatdergisi.com/2004/11a/01.htm>,
Erişim Tarihi, 19. 9. 2014.

**İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN TÜKETİCİ KREDİSİ
KANUNUNDAKİ TÜKETİCİ KREDİSİ KAVRAMININ
SINIRLARINI PRAGMATİK ÇOĞULCU YORUM YÖNTEMİ
KULLANARAK BELİRLEDİĞİ KARARI
(Karar Çevrısı)**

Çev. Arş. Grv. Neslihan ÇUKADAR*

Urteilskopf

139 III 201

28. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. X.
gegen Bank Y. (Beschwerde in Zivilsachen)

4A_575/2012 vom 26. Februar 2013

Regeste

Art. 3 KKG; Kredit zur Finanzierung des Studiums; Zurechnung
zur beruflichen Tätigkeit.

Wer einen Kredit zur Finanzierung des Studiums aufnimmt, tut dies
zu einem Zweck, der seiner beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden
kann. Das KKG ist folglich nicht anwendbar (E. 2).

Sachverhalt ab Seite 202

BGE 139 III 201 S. 202

A. X. (Darlehensnehmer, Beschwerdeführer) schloss zur
Finanzierung seines Studiums im September bzw. Oktober 2003 mit der
Bank Y. (Darlehensgeberin, Beschwerdegegnerin) einen Basisvertrag und
einen "Bildung plus-Kreditvertrag" über eine Summe von Fr. 20'000.- ab.
Der Kredit sollte gemäss Vereinbarung ausschliesslich der Finanzierung
der mehrjährigen Hochschulausbildung dienen. Der Zins von 3,25 bzw. 3
% wurde gemäss Vertrag bis zum Ende der Ausbildung kapitalisiert. Im
November 2004 wurde der Kredit auf Fr. 35'000.- und im Januar 2007 auf

* İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Fr. 37'000.- erhöht. Die Darlehensgeberin nahm unbestrittenermassen nie eine Kreditfähigkeitsprüfung nach den Regeln von **Art. 28 des Bundesgesetzes vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (KKG; SR 221.214.1)** vor, verlangte aber vor der ersten Anhebung der Kreditlimite im Jahr 2004 ein detailliertes Budget.

Nach dem vertraglich vorgesehenen Ausbildungsende teilte der Darlehensnehmer der Darlehensgeberin mit, er sei übermässig überschuldet und studiere noch. Da der Abschluss einer Abzahlungsvereinbarung scheiterte, kündigte die Darlehensgeberin mit Schreiben vom 7. August 2009 den "Bildung plus-Kreditvertrag" und verlangte die Rückzahlung von Fr. 37'939.78 bis zum 31. August 2009. Diese blieb aus, worauf die Darlehensgeberin die Betreuung einleitete. Gegen den Zahlungsbefehl erhob der Darlehensnehmer Rechtsvorschlag.

B. Mit Klage vom 5. Oktober 2010 beim Gerichtskreis VIII Bern-Laupen (neu: Regionalgericht Bern-Mittelland) beantragte die Darlehensgeberin, der Darlehensnehmer sei zur Zahlung eines Betrags von Fr. 37'939.80 zu verurteilen und der Rechtsvorschlag in der gegen ihn eingeleiteten Betreuung sei zu beseitigen. Der Darlehensnehmer beantragte widerklageweise, die Darlehensgeberin sei zur Rückzahlung der durch ihn bereits geleisteten Zinszahlungen zu verurteilen. Mit Entscheid vom 26. Oktober 2011 hiess der Gerichtspräsident des Regionalgerichts Bern-Mittelland die Klage teilweise gut, verurteilte den Darlehensnehmer zur Zahlung von Fr. 37'000.- und beseitigte den Rechtsvorschlag in diesem Umfang. Die Widerklage wurde abgewiesen.

Die dagegen vom Darlehensnehmer erhobene Berufung wies das Obergericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 3. September 2012 ab.

C. Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 28. September 2012 beantragt der Darlehensnehmer dem Bundesgericht, es sei der Entscheid

BGE 139 III 201 S. 203

des Obergerichts aufzuheben, die Klage abzuweisen und die Darlehensgeberin zur Zahlung von Fr. 4'686.85 zu verurteilen. Eventuell sei die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

(Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Zwischen den Parteien ist streitig, ob das KKG auf den von ihnen abgeschlossenen Vertrag anwendbar sei. Die Vorinstanz ist mit der Beschwerdegegnerin der Auffassung, der Beschwerdeführer sei nicht als Konsument im Sinne von **Art. 3 KKG** zu qualifizieren, womit das KKG keine Anwendung finde. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe diese Bestimmung falsch ausgelegt. Bei richtiger Auslegung sei das KKG anwendbar, womit die Beschwerdegegnerin wegen unterlassener Prüfung seiner Kreditfähigkeit die gewährte Kreditsumme samt Zinsen und Kosten verloren habe.

2.1 Ein Konsumkreditvertrag nach KKG liegt vor, wenn eine kreditgebende Person einem Konsumenten einen Kredit in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe gewährt oder zu gewähren verspricht (**Art. 1 Abs. 1 KKG**). Nach **Art. 3 KKG** gilt als Konsument jede natürliche Person, die einen Konsumkreditvertrag zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Vor Abschluss eines Konsumkreditvertrags muss die Kreditgeberin die Kreditfähigkeit des Konsumenten prüfen (**Art. 28 Abs. 1 KKG**). Dabei muss von einer Amortisation des Konsumkredits innerhalb von 36 Monaten ausgegangen werden, selbst wenn vertraglich eine längere Laufzeit vereinbart worden ist (**Art. 28 Abs. 4 KKG**). Verstösst die Kreditgeberin in schwerwiegender Weise gegen diese Prüfungspflicht, so verliert sie die von ihr gewährte Kreditsumme samt Zinsen und Kosten (**Art. 32 Abs. 1 Satz 1 KKG**).

2.2 Die Vorinstanz hat ausgeführt, der Wortlaut von **Art. 3 KKG** sei nicht klar. Den Materialien lasse sich hierzu nichts entnehmen. Das historische Element helfe daher nur insofern weiter, als bei der teleologischen Auslegung die Wertungen und Zielsetzungen des

historischen Gesetzgebers zu berücksichtigen seien. Bereits mit dem aKKG habe der Gesetzgeber zur Hauptsache die Privathaushalte vor Überschuldung schützen wollen. Unter diesem Aspekt erscheine eine Ausnahme von der Unterstellung unter das KKG für Kredite im

BGE 139 III 201 S. 204

Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit grundsätzlich dann gerechtfertigt, wenn diese auf die Erzielung eines Einkommens gerichtet sei, aus welchem der Kredit zurückbezahlt werden könne. Bei einem Ausbildungskredit handle es sich weiter nicht um einen klassischen Konsumkredit, der nach dem Motto "heute kaufen, morgen bezahlen" aufgenommen werde. Ausschlaggebend erscheine aber letztlich, dass eine Unterstellung unter das KKG die Gewährung von Ausbildungsdarlehen an Studenten regelmässig verunmöglichen würde, da eine Amortisation dieser Kredite innert 36 Monaten (**Art. 28 Abs. 4 KKG**) angesichts der durchschnittlichen Dauer eines Studiums in den wenigsten Fällen möglich wäre. Es könne nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, solche bildungspolitisch sehr sinnvollen und wünschenswerten Finanzierungsmöglichkeiten zu verunmöglichen. Eine Abwägung der (Überschuldungs-)Risiken mit dem (Bildungs-)Nutzen solcher Darlehen ergebe daher, dass Ausbildungskredite dem KKG nicht unterstünden.

2.3 Der Beschwerdeführer bringt vor, nach dem Wortlaut von **Art. 3 KKG** sei die Konsumenteneigenschaft zu bejahen, wenn nicht eine bereits bestehende berufliche oder gewerbliche Tätigkeit vorliege. Das KKG sei nicht bzw. nicht in erster Linie bildungspolitischen Zielen verpflichtet, sondern diene dem Schutz des Konsumenten vor Überschuldung. Sofern eine solche drohe, was die Vorinstanz bezüglich Ausbildungskrediten selbst bejaht habe, sei das KKG nach der Absicht des Gesetzgebers anzuwenden. Eine Abschwächung des Geltungsbereichs des KKG sei nur sehr zurückhaltend anzunehmen. Würde man Ausbildungskredite als bildungspolitisch sinnvolle und wünschenswerte Finanzierungsmöglichkeiten vom Geltungsbereich des KKG ausnehmen

wollen, so müsste eine entsprechende ausdrückliche Ausnahme ins Gesetz aufgenommen werden.

2.4 Das Bundesgericht hat die Frage noch nicht entschieden. Auch in der Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie über Verbraucherkredite bzw. Verbraucherkreditverträge, der das aKKG vom 8. Oktober 1993 angeglichen worden war und die denselben Wortlaut zur Definition des Verbrauchers verwendet wie **Art. 3 KKG**, findet sich dazu kein Urteil (Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. L 42 vom 12. Februar 1987 S. 48 ff.; ersetzt durch Richtlinie 2008/48/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über

BGE 139 III 201 S. 205

Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. L 133 vom 22. Mai 2008 S. 66 ff.).

In der Lehre ist die Frage umstritten (für Anwendung des KKG: BERND STAUDER, Der vertragliche Konsumentenschutz, Konsumkreditrecht, in: Konsumentenschutz im Privatrecht, SPR Bd. X, 2008, S. 233 Fn. 53; XAVIER FAVRE-BULLE, Les opérations de crédit à l'épreuve de la nouvelle législation, in: Journée 2003 de droit bancaire et financier, 2004, S. 138; wohl auch EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl. 2011, N. 957; dagegen: ROLAND HASELBACH, Überziehungskredit auf laufendem Konto gemäss neuem Konsumkreditgesetz, in: Das neue Konsumkreditgesetz, Hess/Simmen [Hrsg.], 2002, S. 122; bei engem Zusammenhang der Ausbildungs- und Weiterbildungskredite mit der geplanten Berufskarriere HANS GIGER, Berner Kommentar, Der Konsumkredit, 2007, N. 534 S. 455 und ROBERT SIMMEN, Barkredit und Teilzahlungsverträge unter dem neuen Konsumkreditgesetz, in: Das neue Konsumkreditgesetz, Hess/Simmen [Hrsg.], 2002, S. 42; im Ergebnis auch MARLIS KOLLER-TUMLER, Konsumkreditverträge nach revidiertem KKG - eine Einführung

[nachfolgend: Konsumkreditverträge], in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts [JKR] 2002 S. 26).

2.5

2.5.1 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zu Grunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (BGE 137 V 434 E. 3.2; BGE 137 IV 249 E. 3.2; BGE 136 III 23 E. 6.6.2.1; BGE 135 III 112E. 3.3.2).

2.5.2 Nach **Art. 3 KKG** gilt als Konsument wie bereits ausgeführt (E. 2.1) jede natürliche Person, die einen Konsumkreditvertrag zu einem Zweck abschliesst, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou

BGE 139 III 201 S. 206

professionnelle; per uno scopo che può considerarsi estraneo alla sua attività commerciale o professionale). Diesem Wortlaut lässt sich nicht klar entnehmen, ob als Konsument auch gilt, wer einen Kredit zur Finanzierung seines Studiums aufnimmt. Voraussetzung für die Verneinung dieser Frage wäre, dass die Absolvierung eines Studiums der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Studenten zugerechnet werden kann. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers schliesst der Wortlaut dies jedenfalls nicht dadurch aus, dass er eine bereits bestehende solche Tätigkeit voraussetzen würde (so auch GIGER, a.a.O., N. 534 S.

455; MARLIS KOLLER-TUMLER, in: Basler Kommentar, Abzahlungsrecht und Konsumkreditrecht, Sonderedition aus dem Kommentar zum Obligationenrecht [nachfolgend: Basler Kommentar], Bd. I, 1996, N. 2 zu Art. 3 KKG; SIMMEN, a.a.O., S. 42; HASELBACH, a.a.O., S. 122). Die herrschende Lehre rechnet denn auch Existenzgründungsdarlehen (bereits) der beruflichen bzw. gewerblichen Tätigkeit zu (STAUDER, a.a.O., S. 233 Fn. 53; GIGER, a.a.O., N. 534 S. 455; KOLLER-TUMLER, Basler Kommentar, a.a.O., N. 2 zu Art. 3 KKG; *dies.*, Konsumkredite - eine kleine Tour d'Horizon mit Blick auch auf die EU, in: Kreditrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2010, S. 29 Fn. 27; SIMMEN, a.a.O., S. 42; HASELBACH, a.a.O., S. 122).

2.5.3 Der Gesetzgeber wollte im Bereich des Konsumkredits namentlich jene Konsumenten schützen, die nicht in der Lage sind, ihre wirtschaftliche Situation richtig einzuschätzen, bzw. die nicht der Versuchung widerstehen können, einen für sie ruinösen Konsumkredit zu beanspruchen (so Botschaft vom 14. Dezember 1999 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über den Konsumkredit, BBl 1998 3165 Ziff. 131). In den parlamentarischen Beratungen zum KKG wurde ausgeführt, nach den Werbebotschaften in den Tageszeitungen würden sich Konsumwünsche rasch, einfach und diskret erfüllen lassen (Votum Goll, AB 1999 N 1878). Die Folgekosten des kreditfinanzierten Konsums zahle die öffentliche Hand. Gleichzeitig würden Banken und Kreditinstitute mittels Wucherzinsen horrende Gewinne einstreichen.

2.5.4 Der Abschluss eines Kreditvertrags zur Finanzierung des Studiums unterscheidet sich in verschiedener Hinsicht von der umschriebenen Konstellation. Wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat, handelt es sich dabei nicht um klassische Konsumkredite nach dem Motto "heute kaufen, morgen bezahlen". Die Entscheidung für ein (kreditfinanziertes) Studium wird kaum je überstürzt erfolgen, geht

BGE 139 III 201 S. 207

es dabei doch einerseits um die Planung einer über mehrere Jahre dauernden Ausbildung und andererseits um die künftige berufliche

Ausrichtung. Zudem zeigt sich gerade beim von der Beschwerdegegnerin angebotenen "Bildung plus-Kreditvertrag", dass es für Ausbildungskredite spezifische Angebote mit vorteilhaften Konditionen wie tiefem Zins und Kapitalisierung der Zinsen bis zum Ende des Studiums gibt. Mit der Unterstellung solcher Kredite unter das KKG werden diese faktisch beinahe verunmöglicht (so auch KOLLER-TUMLER, Konsumkreditverträge, a.a.O., S. 26). Denn ein Konsument muss nach **Art. 28 Abs. 4 KKG** in der Lage sein, den Konsumkredit innerhalb von 36 Monaten zu amortisieren, ansonsten die Kreditfähigkeit zu verneinen ist und der Kredit folglich nicht gewährt werden darf. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Amortisation eines Kredits zur Finanzierung des Studiums angesichts der durchschnittlichen Studiendauer in den wenigsten Fällen möglich wäre. Die Kredite zur Finanzierung eines Studiums weisen somit in verschiedener Hinsicht Besonderheiten auf gegenüber denjenigen Krediten, auf die das KKG gemäss den Materialien zugeschnitten wurde.

2.5.5 Auf der anderen Seite bestehen Gemeinsamkeiten zu den Existenzgründungsdarlehen. In beiden Fällen dient der Kredit einer Investition mit dem Zweck der Ermöglichung der (späteren) beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit. Die Investition schlägt sich nach absolviertem Studium denn auch in einem (höheren) Einkommen nieder. Anders etwa als der Besuch eines Sprachkurses im Hinblick auf einen Ferienaufenthalt ist der in der Lehre teilweise geforderte enge Zusammenhang des Kredits mit der geplanten Berufskarriere (vgl. oben E. 2.4) bei einem Studium in der Regel zu bejahen. Angesichts der Dauer und Kosten eines Studiums wird dieses kaum lediglich zum Zweck der Allgemeinbildung absolviert werden. Vielmehr wird damit (wie bei einem Existenzgründungsdarlehen) der Grundstein für eine bestimmte berufliche Laufbahn gelegt. Der mit dem Abschluss eines Kreditvertrags zur Finanzierung des Studiums verfolgte Zweck ist daher eher der beruflichen Tätigkeit zuzurechnen.

2.5.6 Aus diesen Erwägungen ergibt sich insgesamt, dass das KKG nicht auf das dem Beschwerdeführer gewährte Darlehen zur Finanzierung seines Studiums anwendbar ist. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet.

Anahtar Kelimeler

KKG (*Konsumkreditgesetz, Tüketici Kredisi Kanunu*) m. 3; eğitim masraflarını karşılamak amacıyla kredi alınması; mesleki faaliyetler için kullanma.

Eğitim masraflarını karşılamak için kredi alan, bu krediyi onun mesleki faaliyetlerinde kullanma amacını taşır. Bu yüzden de Tüketici Kredisi Kanunu uygulanamaz.

BGE 139 III 201

A. X. (ödünç alan, davacı) 2003 yılının Eylül veya Ekim ayında, eğitim masraflarını karşılamak amacıyla, Y bankasıyla (ödünç veren, davalı) 20.000 Frank tutarında bir “*Eğitim Kredisi Sözleşmesi (Bildung plus-Kreditvertrag)*” akdetmiştir. Kredi, anlaşmaya göre sadece yüksek öğrenimin masraflarını karşılamak amacıyla kullanılmak zorundadır. Sözleşmeye göre faiz, eğitimin sonuna kadar 3,25 veya %3 olarak işletilecektir. Kredi, 2004 yılının kasım ayında 35.000 Frank’a, 2007 yılının ocak ayında ise 37.000 Frank’a yükseltilmiştir. Ödünç veren, 23 Mart 2001 Tarihli Tüketici Kredisi Hakkındaki Federal Kanunun (KKG) 28. maddesine göre, hiç kredi verilebilirlik incelemesi yapmamış fakat 2004 yılında ilk kredi limitinin artışından önce detaylı bir bütçe talep etmiştir.

Sözleşmede öngörülen eğitim süresinin tamamlanmasından sonra ödünç alan ödünç verene, aşırı şekilde borca battığını ve eğitiminin hala devam ettiğini bildirmiştir. Ödünç veren, taksitle ödeme sözleşmesine göre ödemeler yapılmadığı için 7 Ağustos 2009 tarihli ihbar yazıyla “*Eğitim Kredisi Sözleşmesi*”ni feshetmiş ve 31 Ağustos 2009 tarihine kadar 37,939.78 Frank’ın geri ödenmesini talep etmiştir. Talebin yerine

getirilmemesi üzerine de ödünç veren icra takibi başlatmıştır. Ödünç alan, ödeme emrine itiraz etmiştir.

B. Ödünç veren, 5 Ekim 2010'da Bern-Laupen VIII Mahkeme Bölgesinde (mahkemenin yeni ismi ise Bern-Orta Ülke Bölge Mahkemesi'dir) açtığı dava ile ödünç alanın 37,939.78 Frank'ın bütününe ödemeye mahkûm edilmesini ve ödünç alana karşı başlatılan icra takibine karşı yapılan itirazın hükümden düşürülmesini talep etmiştir. Ödünç alan, karşı dava ile ödünç verenin, kendisi tarafından ifa edilmiş olan faiz ödemelerini geri vermesine karar verilmesini talep etmiştir. 26 Ekim 2011 tarihli karar ile Bern-Orta Ülke Bölge Mahkemesinin Başkanı, davayı kısmen kabul etmiş, ödünç alanın 37,000 Frank ödemesine ve bu kapsamda ödeme emrine karşı yaptığı itirazın hükümden düşürülmesine karar vermiştir. Karşı dava ise reddedilmiştir.

Bern Kantonu Yüksek Mahkeme'si ise, ödünç alanın istinaf başvurusunu 3 Eylül 2012 tarihli kararıyla reddetmiştir.

Ödünç alan, 28 Eylül 2012 tarihinde, yüksek mahkemenin kararının bozulması, davanın reddedilmesi ve ödünç verenin 4, 686.85 Frank'ı ödemesi, gerektiğinde dava konusunun yeniden değerlendirilmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmesi talepleriyle Federal Mahkeme'ye başvurmuştur.

Federal Mahkeme temyiz itirazlarını kabul etmemiştir.

Gerekçeler

2. Tüketici Kredisi Kanunu'nun taraflar arasında akdedilen sözleşmeye uygulanabilir olup olmadığı tartışmalıdır. İlk derece mahkemesi, davalının, davacının KKG m. 3 bağlamında tüketici olarak nitelendirilemeyeceği dolayısıyla Tüketici Kredisi Kanunu'nun uygulanmayacağı yönündeki iddiasını kabul etmiştir. Davacı ise ilk derece mahkemesinin söz konusu hükmü yanlış yorumladığını iddia etmektedir. Hâkim tarafından Tüketici Kredisi Kanunu'nun uygulanabilir olduğu yorumunun yapılması durumunda, davalı, kredi verilebilirlik incelemesini yapmayı ihmal etmesi nedeniyle, verilen kredi miktarının bütün faizlerini ve masraflarını kaybedecektir.

2. 1. Tüketici Kredisi Kanunu'na göre, kredi verenin tüketiciye, ödemesi ertelenmiş olarak bir krediyi, bir ödücü veya benzeri bir finansal yardımı sağlaması veya sağlamayı üstlenmesi halinde tüketici kredisi sözleşmesinin varlığından söz edilebilir (KKG m. 1/I). KKG m. 3'e göre, mesleki veya ticari olmayan faaliyetlerde kullanmak amacıyla tüketici kredi sözleşmesi akdeden her gerçek kişi tüketici sayılır. Kredi veren, tüketici kredi sözleşmesini akdetmeden önce tüketicinin kredi verilebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığını incelemek zorundadır (KKG m. 28/I). Yine söz konusu hükme göre, sözleşmede daha uzun bir vade kararlaştırılmış olsa bile, tüketici kredisinin tamamı 36 ay içinde ödenmek zorundadır (KKG m. 28/IV). Kredi veren kredi verilebilirlik şartlarını inceleme yükümlülüğüne ağır bir şekilde aykırı hareket ettiyse, kendisi tarafından sağlanan kredinin bütün faizlerini ve masrafları kaybeder (KKG m. 32/I).

2. 2. İlk derece mahkemesi, KKG m. 3'ün lafzının açık olmadığını, bunun için kanunun hazırlık çalışmalarından yararlanılarak da bir anlam çıkarılamayacağını detaylı bir şekilde açıklamıştır. Bu nedenle tarihsel yöntem, amaca uygun yorum yaparken, kanun koyucunun kanunu koyduğu esnadaki amacının ve değerlendirmelerinin dikkate alınmasına yardım eder. Zaten kanun koyucunun Tüketici Kredisi Kanunu ile asıl düzenlemek istediği mesele, borca batmadan önce özel bütçeyi korumaktır. Bu bakış açısıyla mesleki faaliyetlerle ilgili olan kredinin Tüketici Kredisi Kanunu kapsamı dışında kalması ancak bu faaliyetlerin gelir elde etmeye ve bu gelirden de kredinin geri ödenmesine yönelik bir faaliyet olması halinde hukuka uygun kabul edilir. Eğitim kredisinin varlığı halinde, “bugün satın al, yarın öde” anlayışının benimsendiği klasik bir tüketici kredisi söz konusu değildir. Fakat nihayetinde en önemlisi, düzenli olarak öğrencilere eğitim ödücünün sağlanmasının Tüketici Kredisi Kanunu kapsamında kabul edilmesinin imkânsız olmasıdır. Zira tüketici kredisinin ödenmesinin 36 ay içinde tamamlanması gereklidir (KKG m. 28/IV). Eğitimin ortalama süresinin daha uzun sürmesi karşısında bu krediye, daha kısa sürecek durumlar için başvurulabilir. Kanun koyucunun amacı, eğitim politikası için çok

mantıklı ve değerli olan finans etme ihtimalini bu şekilde (süre sınırlaması koymak suretiyle) imkânsız kılmak olamaz. Bundan dolayı böyle kredilerden eğitim amacıyla yararlanırken aşırı borçlanma risklerinin dengelenmesi, eğitim kredisinin Tüketici Kredisi Kanunu'na dâhil edilmek istenmediğini gösterir.

2. 3. Davacı, Tüketici Kredisi Kanunu'nun lafzına göre, henüz devam eden mesleki veya ticari faaliyetlerin söz konusu olmaması halinde tüketici sıfatının kabul edildiğini iddia etmektedir. Davacıya göre, Tüketici Kredisi Kanunu, ilk bakışta eğitim politikası amaçları gütmeyen, bilakis aşırı borçlanmadan önce tüketicinin korunmasına hizmet eder. Şayet ilk derece mahkemesi eğitim kredileriyle ilgili olarak bunu kabul etmiş olsaydı, Tüketici Kredisi Kanunu'nun kanun koyucunun amacına göre uygulanması gerekirdi. Tüketici Kredisi Kanunu'nun uygulama alanlarının daraltılmasının kabul edilmesi arzu edilmemektedir. Eğitim politikası bakımından anlamlı ve değerli bir finans etme yöntemi olan eğitim kredileri Tüketici Kredisi Kanunu'nun uygulama alanının dışına çıkarılmak istenseydi, buna uygun olarak kanunda açık bir istisna kabul edilirdi.

2. 4. Federal Mahkeme'nin konu hakkında henüz bir içtihadı oluşmamıştır. EuGH'nin (*Europäische Gerichtshof*) içtihatlarında da tüketici kredisi daha doğrusu tüketici kredisi sözleşmesi hakkında ilke niteliğinde bir karar mevcut değildir (Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. L 42 vom 12. Februar 1987 S. 48 ff.; ersetzt durch Richtlinie 2008/48/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. L 133 vom 22. Mai 2008 S. 66 ff.).

Sorun öğretide de tartışmalıdır (Tüketici Kredisi Kanunu'nun uygulanması için: BERND STAUDER, Der vertragliche Konsumentenschutz, Konsumkreditrecht, in: Konsumentenschutz im Privatrecht, SPR Bd. X, 2008, S. 233 Fn. 53; XAVIER FAVRE-BULLE,

Les opérations de crédit à l'épreuve de la nouvelle législation, in: Journée 2003 de droit bancaire et financier, 2004, S. 138; wohl auch EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl. 2011, N. 957; dagegen: ROLAND HASELBACH, Überziehungskredit auf laufendem Konto gemäss neuem Konsumkreditgesetz, in: Das neue Konsumkreditgesetz, Hess/Simmen [Hrsg.], 2002, S. 122; bei engem Zusammenhang der Ausbildungs- und Weiterbildungskredite mit der geplanten Berufskarriere HANS GIGER, Berner Kommentar, Der Konsumkredit, 2007, N. 534 S. 455 und ROBERT SIMMEN, Barkredit und Teilzahlungsverträge unter dem neuen Konsumkreditgesetz, in: Das neue Konsumkreditgesetz, Hess/Simmen [Hrsg.], 2002, S. 42; im Ergebnis auch MARLIS KOLLER-TUMLER, Konsumkreditverträge nach revidiertem KKG - eine Einführung [nachfolgend: Konsumkreditverträge], in: Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts [JKR] 2002 S. 26).

2. 5.

2. 5. 1. Kanun ilk olarak kendi içine bakılarak yani kanunun lafzına, anlam ve amacına ve onun temelinde bulunan değerlendirmelere göre amaçsal yorum yöntemi esas alınarak yorumlanmalıdır. Kanunun yorumlanması, henüz normun lafzının oluşmadığı aşamadaki, ilk olarak meselenin özünü anlamaya ve kanunda somutlaştırmaya yönelik düşünceler dikkate alınarak yapılabilir. Normatif sistemde tarafsız, doğru bir karar; kanunun ruhunun tatmin edici bir sonuca yönelmesini gerektirir. Bununla beraber Federal Mahkeme, pragmatik çoğulcu yöntemi (*pragmatische Methodenpluralismus*) uygulamakta ve özellikle her bir yorum yöntemini hiyerarşik bir düzene göre (öncelik sonralık ilişkisine göre) ele almayı reddetmektedir. Kanunun hazırlık çalışmaları ise, bunların tartışmalı bir soruna açıkça cevap vermesi halinde kullanılabilir (BGE 137 V 434 E. 3.2; BGE 137 IV 249 E. 3.2; BGE 136 III 23 E. 6.6.2.1; BGE 135 III 112 E. 3.3.2).

2. 5. 2. KKG m. 3'e göre, tüketici kredisi sözleşmesini mesleki veya ticari olmayan faaliyetlerine isnat etmek amacıyla akdeden her gerçek

kişi, yukarıda da açıklandığı üzere (E. 2. 1) tüketici olarak kabul edilir. Hükmün lafzından, eğitim masraflarını karşılamak için kredi alan kişilerin de tüketici sayılıp sayılmayacağı açıkça anlaşılammaktadır. Bu sorunun olumsuz cevaplanması için gerekli şart, eğitimin tamamlanmasının öğrencinin mesleki veya ticari faaliyeti olarak görülmesi olurdu. Davacının görüşünün aksine hükmün lafzında her durumda henüz mevcut olan mesleki veya ticari faaliyetlerin gerektiği istisna tutulmamıştır (so auch GIGER, a.a.O., N. 534 S. 455; MARLIS KOLLER-TUMLER, in: Basler Kommentar, Abzahlungsrecht und Konsumkreditrecht, Sonderedition aus dem Kommentar zum Obligationenrecht [nachfolgend: Basler Kommentar], Bd. I, 1996, N. 2 zu Art. 3 KKG; SIMMEN, a.a.O., S. 42; HASELBACH, a.a.O., S. 122). Hâkim görüş kendi işini kurma ödücünün (Existenzgründungsdarlehen) var olma nedenini de mevcut mesleki veya ticari faaliyetlere isnat etmektedir (STAUDER, a.a.O., S. 233 Fn. 53; GIGER, a.a.O., N. 534 S. 455; KOLLER-TUMLER, Basler Kommentar, a.a.O., N. 2 zu Art. 3 KKG; *dies.*, Konsumkredite - eine kleine Tour d'Horizon mit Blick auch auf die EU, in: Kreditrecht, Schweizerische Bankrechtstagung 2010, S. 29 Fn. 27; SIMMEN, a.a.O., S. 42; HASELBACH, a.a.O., S. 122).

2. 5. 3. Kanun koyucu tüketici kredisi alanında özellikle, ekonomik durumunu doğru değerlendiremeyen dolayısıyla da kendisi için düşük miktarda kredi başvurma denemelerine karşı koyamayan tüketicileri korumak istemektedir (so Botschaft vom 14. Dezember 1999 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über den Konsumkredit, BBl 1998 3165 Ziff. 131). Tüketici Kredisi Kanunu'nun yasama müzakerelerinde, tüketicinin isteğinin günlük gazetelerdeki reklam haberlerinde hızlı, anlaşılır ve dikkatli bir şekilde yerine getirildiği detaylı bir şekilde açıklanmıştır (Votum Goll, AB 1999 N 1878). Kredi ile kendisine finansal imkân yaratan tüketicinin ek masrafları kamu yoluyla ödenir. Aynı zamanda bankalar ve kredi veren kuruluşlar, aşırı faiz oranları aracılığıyla devasa miktardaki kazançları elde etmektedir.

2. 5. 4.Eğitim masraflarını karşılamak amacıyla kredi sözleşmesinin akdedilmesi, farklı açılardan, aşağıda incelenecek durumlardan ayrılır. İlk derece mahkemesinin isabetli bir şekilde açıkladığı gibi, burada “bugün satın al, yarın öde” anlayışının hâkim olduğu klasik bir tüketici kredisi söz konusu değildir. Finanse edilmiş kredinin eğitim için ödenmesi genellikle hiç düşünmeden yapılmaz fakat burada bir taraftan uzun yıllar sürecek eğitimin planlanması ve diğer taraftan da gelecekte bir mesleğe yönelme söz konusudur. Ayrıca davalı tarafından sunulan eğitim kredisi sözleşmesinde, eğitim kredisi için özel olarak sunulan, eğitimin sonuna kadar önemli miktarda faizlerin işletilmesi gibi avantajlı koşulların bulunduğu görülür. Böyle kredilerin Tüketici Kredisi Kanunu’nu kapsamında kabul edilmesi fiili olarak neredeyse imkânsızdır (so auch KOLLER-TUMLER, Konsumkreditverträge, a.a.O., S. 26). Zira KKG m. 28/VI’e göre tüketici, tüketici kredisini 36 ay içinde tamamlamak zorundadır, aksi halde kredi verilebilirlik şartları kabul edilemez ve bu sebepten kredi verilemez. İlk derece mahkemesinin belirttiği üzere, ortalama eğitim süresi boyunca eğitim masraflarını karşılamak amacıyla kredinin tamamlanması mümkün olabilir. Bu yüzden eğitim masraflarını karşılamak amacıyla kredi verilmesi birçok açıdan Tüketici Kredisi Kanunu’ndaki şartları taşıyan kredilere göre farklılıklar gösterir.

2. 5. 5.Diğer taraftan da eğitim kredisi sözleşmesi kendi işini kurma ödünçüyle benzerlikler gösterir. Her iki durumda da kredi, (sonraki) mesleki ve ticari faaliyetleri gerçekleştirmek amacıyla yatırım yapmaya hizmet eder. Yatırım, eğitim tamamlandıktan sonra yüksek miktarda gelir olarak geri döner. Bir diğer açıdan tatillerde dil kurslarına gidilmesi, kredinin mesleki kariyerin planlanması ile dar anlamda bir bağlantısının bulunduğunu kabul etmeyi zorunlu kılar. Eğitimin masrafları ve süresi yüzünden, bunlar sadece genel eğitimin tamamlanması amacıyla yapılır. Böylece (kendi işini kurma ödünçünde olduğu gibi) daha çok belirli bir mesleki kariyerin temelleri atılır. Bu sebeple eğitim masraflarını karşılamak amacıyla kredi sözleşmesinin akdedilmesiyle güdülen amaç, mesleki faaliyetlerin gerçekleştirilmesidir.

2. 5. 6. Bu görüşlerin bütününden çıkan sonuç, Tüketici Kredisi Kanunu'nun davacıya eğitim masraflarını karşılaması için sağlanan ödünç bakımından uygulanabilir olmadığıdır. Bu nedenle temyiz itirazları kabul edilemez.