

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 19

Sayı: 2

Yıl: 2011



ISSN: 1306-8075

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt (Volume): 19 – Sayı (Number): 2 – Yıl (Year): 2011

Sahibi :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI (Dekan)

Editörler (Editors) :

Doç. Dr. İbrahim ERCAN

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Mehmet AYAN

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER

Prof. Dr. Yavuz ATAR

Prof. Dr. Sami KARAHAN

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Doç. Dr. İbrahim ERCAN

Doç. Dr. Faruk BİLİR

Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)

Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
(Gazi Ü.)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)

Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)

Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)

Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address) :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel: 0332 241 00 45 - Fax: 0332 241 01 05

İnternet: <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr> e-posta: hukukdergi @ selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ TÜBİTAK – ULAKBİM –
HUKUK VERİ TABANINDA TARANMAKTADIR.**

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt (Volume): 19 – Sayı (Number): 2 – Yıl (Year): 2011

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

HİZMET TİCARETİ GENEL ANLAŞMASI (GATS), AB HUKUKU
VE KAMU HİZMETLERİ REJİMİ..... 7

Doç. Dr. Ferhad MEHDİYEV

Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN

AİHM’NİN HASAN VE EYLEM ZENGİN - TÜRKİYE KARARININ
DEĞERLENDİRİLMESİ..... 41

Dr. Mehmet Ali ZENGİN

ÇOCUK DÜŞÜRTME FİİLLERİ VE CEZA SORUMLULUĞU 69

Arş. Gör. Dr. Murat AYDIN

GÜVENLİK KONSEYİ’NİN YASAMA YETKİSİ: GÜVENLİK
KONSEYİ YASA YAPABİLİR Mİ? 103

Çevirenler: Doç. Dr. Mehmet Akif KÜTÜKÇÜ

Yrd. Doç. Dr. Yasin POYRAZ

Arş. Gör. Yasin SÖNMEZ

ÖZEL HUKUK

İNTERNET BANKACILIĞI VE TARAFLARIN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ..... 137

Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ

ANONİM ORTAKLIKLARIN GENEL YAPISI VE 6762 SAYILI
TİCARET KANUNU İLE 6102 SAYILI TÜRK TİCARET
KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE
YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN KİŞİSEL HAKLARI..... 167

Olca IŞIK

ÇALIŞMA SÜRELERİNİN DENKLEŞTİRİLMESİ ESNEKLİK Mİ,
YOKSA KEYFİLİK MİDİR? İŞ HUKUKU UYGULAMASINDA
ÇALIŞMA SÜRELERİNİN DENKLEŞTİRİLMESİ VE FAZLA
ÇALIŞMA KONUSUNDA BİR DEĞERLENDİRME..... 199

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK

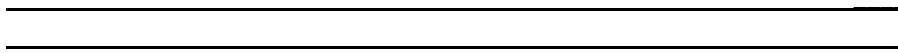
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA BASİRETLİ İŞADAMI GİBİ
HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SÖZLEŞMENİN
DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASINA ETKİSİ 245

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KİZİR

SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNE MÜDAHALENİN SÖZLEŞMEYE
BAĞLILIK İLKESİNE AYKIRILIK OLUŞTURUP
OLUŞTURMADIĞI SORUNU 283

Yrd. Doç. Dr. Dr. Seçkin TOPUZ

Makaleler



Kamu Hukuku

HİZMET TİCARETİ GENEL ANLAŞMASI (GATS), AB HUKUKU VE KAMU HİZMETLERİ REJİMİ

Doç. Dr. Ferhad MEHDİYEV*
Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN**

ÖZET

Uluslararası ticaretin iki önemli aktörünün, Dünya Ticaret Örgütü ve Avrupa Birliği, temel hedeflerinden birisi, hiç kuşkusuz karşılıklı olarak hizmetlerin özelleştirilmesi, yatırımların açılması, gümrük vergi ve harçlarının kaldırılması ya da indirilmesi gibi ticari alandaki kolaylıkların sağlanmasıdır. The General Agreement on Trade in Services- “Hizmet Ticareti Genel Anlaşması”nın (GATS) “hizmetler, resmi otoritenin uygulanmasında sunulan hizmetler dışında kalan her sektördeki hizmetleri kapsar” ifadesi ile anlaşma kapsamındaki hizmetlerin oldukça geniş tutulduğu görülmektedir. AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın (Treaty on the Functioning of the European Union) göre ise “genel ekonomik yarar” hizmetleri AB'nin ortak değeri olarak ifade edilmekte ve bunların Avrupa'nın sosyal ve ülkesel yakınlaşmasındaki öneminden söz edilmektedir. Bu çalışmada ilk olarak kamu hizmetinin klasik anlamdaki tanımına değinilecek ve ardından bu kavrama yönelik yeni yaklaşımlar ele alınacaktır. İkinci kısımda ise, Avrupa Birliği hukukunda kamu hizmetinin özellikleri incelenecektir.

* Dr. Ferhad MEHDİYEV, Qafqaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, BAKÜ/
AZERBAYCAN. fmehdiyev@qafqaz.edu.az

** Yrd. Doç. Dr. Engin SAYGIN, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
ERZURUM/ TÜRKİYE. enginsaygin@atauni.edu.tr

ANAHTAR KELİMELEER: Hizmet Ticareti Genel Anlaşması, GATS, Dünya Ticaret Örgütü, Avrupa Birliği, kamu hizmeti.

GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES (GATS), EU LAW AND PUBLIC SERVICES REGIME

ABSTRACT

One of the main objectives of two key actors in international trade, World Trade Organization and European Union, undoubtedly, is to provide facilities in trading activities such as countries' mutual privatization of services, opening of investments, exemption or reduction of custom tax and charges. It can be seen that the concept of service is quite broad under the General Agreement on Trade in Services- as the Agreement states that "services" includes any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority". According to the Treaty on the Functioning of the European Union, services of general economic interest are the shared values of the Union and they have an important role in promoting social and territorial cohesion of the Union and the Member States. In this article, firstly, the definition of public service is dealt with in the classical approach. Afterwards, new approaches to this concept are considered. In the second of the article, the features of public service in the European Union Law are scrutinized.

KEYWORDS: General Agreement on Trade in Services, GATS, World Trade Organization, European Union, the public service.

GİRİŞ

Dünya Ticaret Örgütü'nün (DTÖ) hedeflerinden birisi de, hiç kuşkusuz devletlerin karşılıklı olarak hizmetlerin özelleştirilmesi, yatırımların açılması, gümrük vergi ve harçlarının kaldırılması ya da indirilmesi gibi ticari alandaki kolaylıklarının sağlanmasıdır¹. Bu amaçla, Uruguay Round'un en önemli başarılarından birisi olan ve yabancı sermaye ile yatırımcıların önündeki engelleri kaldırmayı amaçlayan anlaşma -*The General Agreement on Trade in Services*- "Hizmet Ticareti

¹ http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm

Genel Anlaşması” (GATS) 1995 yılında yürürlüğe girmiştir. Ancak, sözü edilen anlaşmada yer alan “*hizmetler, hükümet otoritesinin uygulanması olan hizmetler dışında kalan her sektördeki hizmetleri kapsar*”² ifadesi ile hizmetlerin oldukça geniş tutulduğu görülmektedir. Telekom, posta hizmetleri, görsel ve işitsel iletişim hizmetleri de dahil olmak üzere iletişim; inşaat ve bağlantılı mühendislik hizmetleri; eğitim; su iletim sistemleri, enerji ve atık su işleme gibi klasik kamu hizmetleri dahil olmakla, 160’a yakın üretim ve hizmet sektörü bunların arasında yer almaktadır³.

GATS’le beraber Avrupa Birliği (AB) hukukunda da hizmetlerin daha kaliteli ve çeşitli hale getirilmesi amacıyla, kamu hizmetlerinin devlet tekeline çıkarılarak özelleştirilmesi ya da en azından rekabete açılması eğilimi dikkati çekmektedir. Bu aşamada, AB hukuku rekabet kurallarının, sermaye ve hizmetlerin engelsiz serbest dolaşım prensibi ile birlikte kamu hizmetlerinin kamusal usullerle verilmesi noktasında özel hukuk erozyonuna sebep olduğu iddia edilebilir. Şöyle ki; kamu hizmetleri ile ilgili belirsizlik 1992 Maastricht Anlaşması, sonra da 1995 tarihli GATS ile hız kazanmıştır⁴. Buna neden olarak, Avrupa’da hizmet ve üretim sektörünün gittikçe kuvvetlenmekte ve yayılmakta olması gösterilebilir. Çünkü, sonuç olarak kamu hizmeti niteliğinde olan bir çok yeni faaliyet ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, ortak ve tek pazar oluşturmayı, gittikçe artan entegrasyonu amaçlayan AB üyesi devletlerde kamu hizmetlerinin statüsünde bir benzerliğin oluşması kaçınılmaz görünmektedir. Fakat, genişleme sürecinde Birliğe katılan Doğu Avrupa ülkelerinin kamu hukuklarında “kamu hizmeti” kurumu mevcut değildir. Oysaki, Birliğin amaçladığı “sosyal ve ülkesel yakınlaşmaya”, belli bir

² Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS) 1.3 (b) maddeye göre "services" includes any service in any sector except services supplied in the exercise of governmental authority."

³ GATS hakkında daha geniş bilgi için bakınız: Raj Bhala, **International Trade Law: Interdisciplinary Theory and Practice**, Third Edition, LexisNexis, NJ 2008.

⁴ AT Anlaşması'nın (EC Treaty) 86(2). maddesine göre, genel yarar (kamu) hizmetleri, rekabet kurallarına göre yürütülmelidir. Bunun istisnası, rekabet kurallarının hizmetin amacını hukuken ya da fiilen önlemesidir.

kamu hizmeti standardını tüm Avrupa’da oluşturmakla ulaşılabilir. Nitekim, AB’nin İşleyişine İlişkin Anlaşma’nın (*Treaty on the Functioning of the European Union*) 16. maddesine göre, “genel ekonomik yarar” hizmetleri AB’nin ortak değeri olarak ifade edilmekte ve bunların Avrupa’nın sosyal ve ülkesel yakınlaşmasındaki öneminden söz edilmektedir.

Bununla birlikte, ortak bir kamu hizmeti anlayışının oluşmasında farklı yaklaşımlar da yok değildir. Bir taraftan, kamu hizmetlerinin devlet tekelden çıkarılarak liberalleşmesini, devlet yardımları olmadan yürütülmesini ve rekabete açılmasını isteyen bir yaklaşım, diğer taraftan ise kamu hizmetlerini devletin patronluğu ve sorumluluğu altında yürütülmesini isteyen ayrı bir yaklaşım bulunmaktadır. Birinci gruba İskandinav devletleri ile İngiltere’yi, ikincisine ise Fransa, Belçika, İtalya, Yunanistan, İspanya ve Portekizi dahil edebiliriz⁵. Aslında AB genelinde bu iki düşünce arasında sürtüşme hala devam etmektedir⁶.

Hiç kuşkusuz Türkiye ve Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip devletler için AB hukuku çok önemlidir. Birlik hukukunu incelediğimizde ise, serbest pazar ilkesinin benimsenmesi ve kamu hizmetlerinin rekabete açılması ile birlikte bu hizmetlerin statüsünün artık klasik ölçütlere tam uymadığını görebiliriz. Bununla beraber, Avrupa genelinde ciddi itirazların yükselmesi sebebi ile⁷, şimdilik kamu hizmetlerinin statüsü köklü değişikliğe uğramamış olsa da, Avrupa

⁵ Anne-Marie van den Bossche and Sandra Coppieters, *Services of general interest: A Challenge for European Economic Integration*, in **Economic Policy of the European Union**, edited by Wim Meeusen, Edward Elgar Publishing Limited, 1999 UK, s.227.

⁶ Ali D. Ulusoy “*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*”, İlhan Özay (der.), **Günlük Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 200, s. 266-290.

⁷ Bu konu ile ilgili olarak çeşitli konferanslar düzenlenmiş, raporlar hazırlanmış ve AB Komisyonu’na gönderilmiştir. Örneğin Avrupa HDÖ Konseyi (*European Council of Non-profit Organisations*), Avrupa Belediyeler ve Bölgeler Konseyi (*European Council of Municipalities and Regions*), Dünya Gelişim Harekatı (*World Development Movement*), Uluslararası Çevre Hukuku Merkezi (*Center for International Environmental Law*) gibi kurumlar geniş itiraz kampanyaları başlatmıştır.

genelinde giderek ortak bir anlayışın ortaya çıkmakta olduğu da gözlenmektedir⁸. Lizbon Anlaşması da, 1957 Roma Anlaşması'nın 90.3. madde hükmünü iptal ederek (yeni versiyonda bu madde 106. madde olarak geçmektedir), kamu hizmetlerinin belirlenmesinde üye devletleri öne çıkararak AB Komisyonu'nun ilgili yetkilerini bertaraf etmiştir. AB'de kamu hizmetlerinin hukuki rejiminin belirlenmesinde neo-liberaller ile sosyal devlet savunucuları arasında mücadele hala sürmektedir⁹.

Hizmetlerin liberalleşmesini ve serbest ticaret engellerini kaldırmayı amaçlayan GATS ve rekabet ortamını artırmayı amaçlayan AB hukuku karşısında, idare hukuku ve özellikle kamu hizmetleri ile ilgili olarak şu sorunlar gündeme gelmektedir: Hangi hizmetler kamu hizmeti olarak verilebilir? Bu hizmetler kim tarafından ve nasıl yürütülecektir? Hizmetin bedeli nasıl belirlenecek ve o nasıl karşılanacaktır? Hizmet hangi kalite ve özelliklerde verilecektir? Başka bir ifade ile, burada kamu hizmetlerinin özel hukuk ve rekabet hukuku kurallarına göre mi, yoksa sosyal devlet ve kamu hukuku kurallarına göre mi yürütüleceği mevzu bahistir. Bu sorular karşısında öncelikle amacımız, kamu hizmeti ile ilgili eğilimleri ve mevcut durumu ortaya koymaktır. Ancak bu tür bir durum tespiti ile kamu hizmetleri konusunda izlenecek prensibi ve politikayı önerebileceğimizi düşünmekteyiz. Bu amaçla, iki kısımdan oluşan bu çalışmada ilk olarak kamu hizmetinin klasik anlamdaki tanımına değinilecek ve ardından bu kavrama yönelik yeni yaklaşımlar ele alınacaktır. İkinci kısımda ise, Avrupa Birliği

⁸ Avrupa Parlamentosu'nun 13.01.2004 tarihli ilke kararına göre, sağlık, eğitim ve konut temini ekonomik olmayan hizmetler olarak gösterilmiş ve haksız rekabet kuralları gözönüne alınmadan yürütülebileceği öngörülmüştür. 2004 yılında sosyal hizmetler olarak görülen bu kategori, AB Komisyonu'nun sonraki kararlarında ise ekonomik nitelikli olarak empoze edilmeye çalışılmıştır. Komisyon ile karşılaştırıldığında, sendikaların ve sosyalistlerin daha çok temsil edildiği AB Parlamentosu her zaman kamu hizmetlerinin daha çok kamusal rejimini savunduğu görülmektedir.

⁹ The European Parliament, Motion for Resolution, 4 March 2010, para.17, available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B7-2010-0165&language=EN>

hukukunda kamu hizmetinin özellikleri incelenecektir.

1. KAMU HİZMETİ TANIMI

1.1. Tanım Sorunu

İngilizce’de, *public services* veya *services of general interest*, Almanca’da *die öffentliche Daseinsvorsorge* ve Fransızca’da *les services publics* olarak ifade edilen “kamu hizmetleri” kavramı, idare hukukunda çok kullanılmakla beraber, pozitif hukuk tarafından tanımı yapılmamıştır. Bu boşluğu öğretiyi doldurmaya çalışmıştır.

Daha önce değinildiği üzere, AET’yi oluşturan Roma Anlaşması açık olarak kamu hizmeti kavramına yer vermemekle birlikte, Anlaşma’nın özellikle 77. ve 90/2. maddeleri kamu hizmetine ilişkin hükümler içermektedir. Bu bağlamda, 77. maddeye göre “*Taşımacılığın koordinasyonu için duyulan ihtiyaçlara cevap veren, ya da kamu hizmeti kavramı içinde yer alan bazı yükümlülükleri karşılamaya yarayan yardımlar işbu Antlaşmaya uygundur.*” Diğer bir anlatımla, kamu hizmetinin gerekli kıldığı durumlarda devletlerin taşımacılık sektöründe sübvansiyonlar yapabileceği belirtilmektedir. Benzer şekilde, 90/2. maddeye göre ise, bu tür hizmetleri yerine getiren kuruluşların rekabet kurallarından ayırık tutulabileceği düzenlenmektedir. AT Adalet Divanı ise, vermiş olduğu iki önemli kararında¹⁰, üye devletlerin kamu hizmeti niteliğindeki bazı hizmetleri serbest rekabet kuralları dışında tutulabileceğine karar vermiştir. Bu düzenlemeler ve kararlar sayesinde ki, AB bakımından Fransız usulü ve Duguit kökenli, sosyal yapının vazgeçilmez unsurlarını oluşturan faaliyetler arasında ayrı bir rejime kavuşturulabilecekleri belirlemekle kamu hizmeti anlayışının başladığı iddia edilmektedir¹¹.

¹⁰ Posta hizmetlerine ilişkin ilk kararında AT Adalet Divanı, bir üye devletin asıl kamu hizmetinden ayırt edilebilen bir takım yan hizmetlere asıl hizmetin genel ekonomik dengesine zarar vermedikleri sürece rekabeti yasaklayan düzenlemeyi 90. maddeye aykırı bulmuştur. AT Adalet Divanı elektrik enerjisi dağıtım hizmetlerine ilişkin olarak ise, kamu hizmeti niteliği taşıyan hizmetin rekabet kurallarından istisna tutulabileceğine karar vermiştir. Ali D. Ulusoy “*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*”, İl Han Özay, **Günüşğında Yönetim**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002, s. 266-290.

¹¹ Aydın GÜLAN, “*Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi*”, İÜHFM, C.

Kamu hizmeti kavramı daha açık bir biçimde AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'da yer almaktadır. Anlaşma'nın 16. maddesinde "kamu hizmetleri" *services of general economic interest* olarak ifade edilmektedir¹². Tanıma "ekonomik" sözünün koyulması, GATS'in etkisi ile kamu hizmetlerinin devletin vesayetinden çıkarılması tehlikesinin ortaya çıkması nedeniyle bir çok tartışmaya sebep olmuştur¹³. Bu tartışmayı artıran GATS'in 1.3. maddesi idi. Bu maddeye ancak "hükümet tasarrufu icrasına yönelik hizmetler" GATS'de öngörülen hizmetler dışında tutulabilirdi. Ancak, hangi hizmetlerin, "hükümet tasarrufunun icrasına yönelik hizmetlere" dahil olup olmadığı da tartışmalıydı. Örneğin, AB Komisyonu Ticaret Genel Müdürlüğü'nün toplantısında John Clark, sözleşme/imtiyaz usulü ile görülen hizmetlerin devletlerin GATS yükümlülükleri altına gireceğini açıkça bildirmişti¹⁴. Bu durumda, bu hizmetler devlet yardımı (vergi indirimi, sair imtiyazlar) olmadan, hizmet karşılığında üst tarifler ve herhangi bir sınırlama konulmadan tamamen özel hukuk ve rekabet kurallarına göre yürütülmeli idi, bu da hizmetin fiyatını, hatta sunulup sunulmamasını doğrudan etkileyecekti.

Bu durum bazı kurumlarda ciddi rahatsızlığa neden olmuştu¹⁵. 2003 ve 2004 yıllarında yayınlanan yeşil ve beyaz kitaplar (*Green and*

LVI, S.1-4. , s. 106.

¹² Bu mesele ayrıca AB Anlaşması'na Ek 26. Protokol tarafından düzenlenmektedir.

¹³ Response to the European Commission's Green Paper on Services of General Interest, The Chartered Society of Physiotherapy, September 2003, available at

http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/undertakings_partners/glover.pdf; Global Unions - ETUC - WCL: Statement On The GATS Negotiations, available at http://www.wto.org/english/forums_e/ngo_e/icftugats_e.doc

¹⁴ Report of Local Governments International Bureau, June 2004, available at: www.lgib.gov.uk

¹⁵ The European Regional Executive Committee of Public Services International, EUREC, Resolution on Trade in Services, 12 June 2001, available at: <http://www.epsu.org/a/1237>

White Paper) AB’de bu tartışmaları bir ölçüde azaltsa da, kaygılar devam ettiği için 2007 yılında çıkarılan AB Komisyonu tebliği (*Communication*) konuya belli bir açıklık getirmiştir. Yine de tartışmaların tamamen yatıştığını söylemek zordur¹⁶. Görüldüğü üzere, kamu hizmetleri tanımı, AB’de evrim geçirmektedir. 1996 yılından bu yana çıkarılan AB kurumlarının kararlarında bu evrimi gözlemlemek mümkündür.

“Kamu hizmeti” kavramını tanımlamaya geçmeden önce, AB’nin İşleyişine İlişkin Anlaşma’da neden “genel ekonomik yarar hizmetlerinden” bahsedildiğine değinmek faydalı olacaktır. İlk olarak not edilmesi gereken husus, AET ekonomik bir kurum olarak tasarlandığında, idari kamu hizmetlerinin Topluluğun rekabet kuralları dışında tutulacağı meselesi zaten belli idi. Bu nedenle, Roma Anlaşması’nda “ekonomik” olanlar ele alınmış, bunların da 86.2. (şimdiki 106.) maddeye göre, zorunluluk halinde rekabet kuralları dışında ayırık (kamu hukuku) kurallarına göre yürütülebileceği öngörülmüştü.

Ayrıca, AB senetlerinde “kamu hizmeti” yerine “genel yarar hizmetleri” kavramının kullanılmasının kavram karmaşasına neden olduğu ileri sürülmektedir. Şöyle ki; İngilizce ifadede “*public service*” bazen “*civil service*” yani devlet memurluğu ile karıştırılmaktadır¹⁷. Diğer taraftan, “kamu hizmeti”nin organik anlamı da bulunmaktadır ve hizmeti yürüten idari makamı ifade etmektedir¹⁸. Bu nedenle, Birlik kurucu senetlerine kamu hizmeti olarak “*public service*” kavramı

¹⁶ Bakınız: http://www.cedag-eu.org/index.php?page=services-of-general-interest&hl=en_US

¹⁷ Maletić Iskra Akimovska, *European Legal Framework for Public Services*, in **FACTA UNIVERSITATIS**, Series: **Law and Politics** Vol. 4, No1, 2006, *UDC 351 (4-672EU)*, s.37. Kuzey Amerika’da da “public service” devlet memurluğu yerine kullanılmaktadır. Bakınız: Kenneth Kernaghan, *Encouraging “Rightdoing” and Discouraging Wrongdoing: A Public Service Charter and Disclosure Legislation*, Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities. *Restoring Accountability Research Studies Volume 2: The Public Service and Transparency*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006, s.73-111.

¹⁸ Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998, s.222.

alınmamıştır¹⁹. Yine de AB kurumlararası tebliğlerinde “kamu hizmeti” ya da “kamu hizmeti yükümlülükleri” kavramına rastlamak mümkündür.

“Genel ekonomik yarar” hizmetlerinden daha geniş bir kavram olan “genel yarar hizmetleri” anlayışı ancak 2007 yılında Lizbon Anlaşması’ndan hemen sonra, AB Anlaşması’na Ek 26. Protokol ile getirilmiştir. Bu Protokol Avrupa’da artan kamu hizmetlerinin geleceği ile ilgili kaygıları yatıştırmaya yöneldiği için tesadüfi bir gelişme olarak değerlendirmemek gerekir. Bununla beraber, Protokol kamu hizmetlerin özelliklerine dair bazı kriterler getirirse de, rekabet ve finansman sorunları ile ilgili hiç bir hüküm getirmemiştir. “Genel yarar hizmetleri” daha 1996 tarihli AB Komisyonu kararında ele alınmıştır. Bu kararda, genel yarar (kamu) hizmetleri anlayışı, “herkese her yerde makul fiyat karşılığında kaliteli hizmetin temin edilmesi kaygısına dayanmaktadır”²⁰. Bu tebliğ 2001 yılında değiştirildiğinde, “genel ekonomik yarar” ile “genel yarar” aynı anlamlarda kullanılması ilginç bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çeşitli kurumlar, AB Parlamentosu üyeleri, sendikalar ve yerel yönetimler konseyleri AB Komisyonu ile AB Konseyi’ne başvuruda bulunarak, kamu hizmetlerine dair bir açıklığın getirilmesini, mümkünse çerçeve direktifin alınmasını istemekteydiler. Şöyle ki; AT Adalet Divanına göre, pazarda herhangi bir malın yada hizmetin sunulması ekonomik faaliyet sayılırdı²¹. Bu tanım da tüm hizmetleri kapsadığı için makul olamazdı. AB Komisyonu’ndan ekonomik olmayan hizmetlerin listesi bile istenmişti²². AB Komisyonu, çeşitli kararlarında teknolojik ve diğer sosyal gelişmelere bağlı olarak kamu hizmetlerinin de değişeceğini

¹⁹ White Paper on Services of General Interest, COM (2004) 374 final of 12.05.2004, Annex 1.

²⁰ Commission Communication - Services of General Interest in Europe [Official Journal C 281 of 26.09.1996].

²¹ Joint cases C- 180 to C- 184/98, Judgment of the Court of Justice of 12 September 2000, *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* [2000] ECR I-6451.

²² Maletić Iskra Akimovska, *European Legal Framework for Public Services, in FACTA UNIVERSITATIS*, Series: **Law and Politics** Vol. 4, No1, 2006, *UDC 351 (4-672EU)*, s.32.

öne sürerek, böyle bir *a priori* tanımlamaya yanaşmamıştır. Kamu hizmetleri ile ilgili bu kaygılar boşuna değildi. Örneğin eğitim hizmetlerinin belli bir kısmı (yüksek öğrenim) ekonomik hizmetlere dahil edilmiş²³, sağlık hizmetlerinin de ekonomik mahiyetli olduğu varsayılmıştır. Bu anlamda, 2007 tarihli tebliğde Komisyon, eğitim ve sağlık hizmetlerinin devlet yardımı ile yürütülebileceğini de kabul etmiştir.

Neo-liberal yaklaşımdan yana olan AB Komisyonu, gelen baskılar sonucunda daha önce bahsettiğimiz 2007 tarihli tebliğ ile ilk defa olmak üzere kamu hizmetleri ile ilgili bir tanıma yer vermiş, örnekleme yolu ile ekonomik kamu hizmetleri ile ekonomik olmayan kamu hizmetlerini açıklamaya çalışmış ve diğer hallerde her olaya göre ayrıca değerlendirme yapma gerekliliğini savunmuştur²⁴. Komisyonun 2007 tarihli kararının kendi içinde tutarlı, sistematik ve bilimsel olmaktan hayli uzak olduğu belirtilmelidir. Bu nedenle, bu karara dayanarak kesin sonuçlar çıkarmak pek mümkün olamamaktadır.

2010 tarihi itibarıyla, AB'de kamu hizmetleri ile ilgili buna benzer tanımların yapıldığını görebiliriz. Burada altı çizilmesi gereken husus, AB kurumlarının, detaylı düzenlemeyi bazen hizmetin türüne göre değil de, sektöre göre yapmakta olduğudur. Hatta sektörel yaklaşımın daha ağır bastığını ifade etmek de mümkündür²⁵. Çünkü aşağıda da görüleceği üzere, hizmetlerin tanımında bir karışıklık olabilmektedir. Bu durumda, hizmetin ekonomik ve fakat idari olması zorunlu değildir, onun hangi sektöre ait olduğuna bakmak gerekir. Örneğin, ulaşım hizmetleri genel ekonomik yarar hizmeti olduğu halde, sektörel direktifle düzenlenmiştir²⁶. Elektrik ve gaz dağıtımı da ayrıca direktiflerle

²³ AB üyesi devletler bununla ilgili direktifi 28 Aralık 2009 tarih itibarıyla iç mevzuatına geçirmekle yükümlüdür.

²⁴ Communication on "A Single Market for 21st century Europe" - Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment [COM(2007) 725 final], para 2.1.

²⁵ Ali D. Ulusoy "Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri", İl Han Özay, **Günüşünde Yönetim**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002, s. 282.

²⁶ Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on public passenger transport services by rail

düzenlenmiştir.

1.2. AB Terminolojisinde Hizmeti Tanımları ve Türleri

AB uygulaması ve terminolojisinde kamu hizmeti ile ilgili olarak dördü kamu hizmeti tanımı dördü de kamu hizmeti türü olmak üzere toplam sekiz ayrı kavram karşımıza çıkmaktadır. Bu kavramlar şu şekilde sıralanmaktadır.

1) Kamu hizmeti (*public service*): Organik açıdan idari örgütü, maddi açıdan ise genel yarar hizmetlerini ifade etmektedir²⁷. Bunların da artık genel yarar hizmetleri ile aynı şey olduğu kabul edilmiştir.

2) Genel yarar hizmetleri (*services of general interest*): Bu kavram ise kendi içinde ekonomik olmayan hizmetler (zorunlu eğitim, sosyal güvenlik), kolluk hizmetleri (polis, adliye) ve genel ekonomik yarar hizmetlerini (enerji ve iletişim) kapsamaktadır.

3) Genel ekonomik yarar hizmetleri (*services of general economic interest*): Bu hizmetlere kesin olarak enerji, ulaşım, iletişim, gaz, posta dahil edilmiştir. Bu hizmetler rekabet ve serbest pazar kurallarına göre yürütülmelidir. Ancak AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın 106.2. maddesine göre, bu kurallar hizmetin amacının engellenmesine sebep olacaksa, uygulanmaz.

4) Ekonomik olmayan hizmetler (*non-market, non economic services*): Bu hizmetlere kolluk, adliye, sosyal güvenlik dahil edilmiş ve bunlar rekabet kurallarına ve iç pazar düzenlemelerine tabi tutulmamıştır²⁸. Birlik hukuku bunları düzenlememektedir.

and by road, and repealing Council Regulations (EEC) No 1191/69 and (EEC) No 1107/70.

²⁷ Charter of Public services, bakınız http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/public_service_charter_en.htm Örneğin AB Komisyonu'nun 2003 tarihli Yeşil Bildirisi'nde de kamu hizmeti ile genel yarar hizmeti aynı anlamda kullanılmıştır.

²⁸ Accompanying document of the European Commission SEC (2007)1515 to COM(2007) 725. Accompanying Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 20 November 2007, accompanying the Communication on "A single market for 21st century

5) Sosyal hizmetler (*social services of general interest*): 2007 tarihli Komisyon kararı bu hizmetleri faaliyet türüne göre hem ekonomik, hem de ekonomik olmayan hizmetler olarak belirlemiştir. Oysa 2006 yılında çıkarılan sosyal genel yarar hizmetleri hakkında AB Komisyonu kararında, sosyal hizmetler sağlık hizmetlerinden ayrı statüde ele alınmış, sosyal hizmetlerin kuruluşu ve işleyişinde üye devletlere daha geniş serbestlik tanınmıştı. Aslında 2006 tarihli kararında, sosyal hizmetler sayılmamış; ancak bazı özelliklerine değinilmiş, örneğin onların çıkar amacı gütmeyen, dayanışma prensibine dayalı hizmetler olduğu belirtilmiştir. Bunların ekonomik türde olabileceği kabul edildiği halde, bu hizmetlerin düzenlenmesinde rekabete açık bir politika izlenmesi gerektiği vurgulanmış ve devlet yardımları kabul edilmiştir²⁹. Ayrıca bu kararlar, sosyal hizmetlerin ya sözleşme ile idare-dışı tarafa gördürülmesi ya da bu hizmetlerin kamu-özel sektör işbirliği şeklinde görülmesi istenilmektedir.

6) Sağlık hizmetlerini de AB Komisyonu 2007 tarihli kararıyla ekonomik nitelikte hizmet olarak görmüş, fakat bununla ilgili ayrıca sektörel düzenlemeye gideceğini beyan etmiştir. Şimdilik sağlık hizmetleri genel anlamda AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın 106.2. maddesi ve Ek 26 Protokol ile düzenlenmektedir. "İç Pazarda Hizmetlere Dair Direktif" (*Directive on Services in Internal Market*) ise sağlık hizmetlerini kapsamamaktadır³⁰. Anlaşma'nın kamu sağlığına ait 168. maddesi ve AB Temel Haklar Şartı'nın (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*) 35. maddesi, insan sağlığının yüksek derecede korunmasını Birlik için bir yükümlülük olarak öngörmekten başka, sağlık hizmetlerinin rejimi ile ilgili başka bir ölçüt içermemektedir. Gerçi bir Komisyon kararında, üye devletlerin sağlık hizmetlerinin oluşturulması, finansmanı ve ulaştırılması ile ilgili yükümlülüklerine Birliğin saygı ile

Europe" - Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment [COM(2007) 725 final].

²⁹ Communication from the Commission of 26 April 2006, Implementing the Community Lisbon Programme: Social services of general interest in the European Union [COM(2006) 177 final].

³⁰ Directive 2006/123/EC of 12 December 2006 on services in the internal market.

yaklaştığı da iddia edilmiştir³¹.

7) Eğitim hizmetlerinin statüsü ise tam olarak belirli değildir. Şöyle ki; eğitim hizmetleri artık sosyal hizmetler kategorisinde değil, ekonomik hizmetler kategorisinde görülmektedir. Eğitim hizmetleri 28 Aralık 2006 tarihli “İç Pazardaki Hizmetlere Dair Direktif”e tabidir. Bu Direktif’in 2. maddesi eğitim hizmetlerini Direktif’in uygulanmadığı hizmetler arasında göstermemiştir³². Bununla beraber, Direktif’in açıklayıcı 34. ve 40. maddelerinde AT Adalet Divanı’nın kararlarına atfen, üye devletlerin bazı eğitim hizmetlerini karşılıksız vermesi durumunda, bu hizmetlerin AB’nin İşleyişine İlişkin Anlaşma’nın 57. (eski 50.) maddesinde öngörülen hizmet sayılmayacağı ve Direktif kapsamına da dahil olmayacağı belirtilmektedir. Yine AT Adalet Divanı’nın 2007 tarihli bir kararında, devlet bütçesi hesabına finanse edilen kamusal eğitim alanları ekonomik olmayan hizmet olarak sayılmıştır³³. Bu sebeple, eğitim hizmetlerini kamu hukuku kurallarına göre yürütmenin hala mümkün olduğu söylenebilir. Bu şekilde düzenlenmede şimdilik üye devletler yetki sahibidir. Önemli olan devletlerin eğitim hizmetlerini özel sektöre kapalı tutmaması, hizmetlerin kurulma özgürlüğünü temin etmesidir. Özel sektörün işlettiği eğitim hizmetleri ise “İç Pazardaki Hizmetlere Dair Direktif”e tabi olacaktır³⁴.

8) Evrensel hizmetler (*universal services*): Bu kavramı Birlik kurumları posta ve iletişim hizmetlerini düzenlerken getirmiştir. Fakat bu hizmetlerin sayısının artması da pekala mümkündür. Aslında AB kurumları burada bir tanım oluşturmaktan ziyade, posta ve iletişim sektöründe herkese makul fiyata kaliteli hizmetin verilmesini

³¹ Communication of European Commission on "A Single Market for 21st century Europe" - Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment [COM(2007) 725 final], para 2.4.

³² Bakınız: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006L0123:EN> Kumar oyunlarının bu direktifin kapsamı dışında tutulması dikkat çekici bir husustur.

³³ AAD C-318/05 Commission v. Germany, [2007], paragraphs 74 -75.

³⁴ Bakınız: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/guides_en.htm

amaçlamıştır³⁵. 2007 tarihli tebliğinde ise, AB Komisyonu evrensel hizmeti bir kavram olarak ele almıştır. Buna göre evrensel hizmetin şu özellikleri bulunmaktadır: Bu hizmetler temel hizmetler olarak algılanan hizmetlerdir. Dolayısıyla, tüm ülkede temin edilmeli, belli bir kalitede, karşılanabilir fiyatta, herkes için ulaşılabilir olmalıdır³⁶. Evrensel hizmetler sunulması gereken asgari hizmetlerdir³⁷. Komisyon bu kararında, kavramın dinamik (değişken) olduğunu, sektörel olarak zaman zaman güncelleşmesi gerektiğini beyan etmiştir.

Bütün bu tartışmaların ardından, kamu hizmetlerinin tanımının önemli bir mesele olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce bu kavramın “efradını cami ağyarını mani” bir tanımını vermek önemlidir. Çünkü kabul edilen tanım, kavramın unsurlarını yansıttığı oranda onun hukuki rejimini etkileyecektir. Bu husus da hizmetin hangi kurallara göre yürütüleceğini, onun hangi özelliklere sahip olması gerektiğini ve yargısal denetimde kullanılacak ölçütlerin neler olacağını belirleyecektir.

Kamu hizmetinin tanımı konusunda Türk idare hukukunda başlıca iki kaynağa başvurulmaktadır. Bu kaynaklardan ilki, kamu hizmetinin hukuki bir kavram olarak ortaya çıkış noktasının Fransa olması ve Türk idare hukuku ve yargısının Fransız idare hukukundan yoğun bir şekilde etkilenecek gelişmiş olması nedeniyle, bu kavrama yönelik Fransız anlayışdır³⁸. İkinci kaynak ise Türk akademisyenlerinin ve yargısının bu konudaki çalışmaları ve kararlarıdır. Türk idare hukuku literatüründe kamu hizmeti kavramı AB hukuku literatüründe olduğu gibi çeşitli açılardan tanımlanmaktadır. Organik açıdan kamu hizmeti, belli bir görevi ya da hizmeti yürütmek için bir kamu tüzelkişisi tarafından

³⁵ Maletić Iskra Akimovska, *European Legal Framework for Public Services*, in **FACTA UNIVERSITATIS**, Series: **Law and Politics** Vol. 4, No1, 2006, *UDC 351 (4-672EU)*, s.36.

³⁶ Communication of European Commission [COM(2007) 725 final], para. 3.

³⁷ Anne-Marie van den Bossche and Sandra Coppieters, *Services of General Interest: A Challenge for European Economic Integration*, in **Economic Policy of the European Union**, edited by Wim Meeusen, Edward Elgar Publishing Limited, 1999 UK, s.230.

³⁸ Ali D. Ulusoy, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi” AÜ HF.Der, Y.1999, C.48, S.1-4, s.165

tahsis edilmiş olan kamu mallarını, görevlendirilen kamu görevlileri ve vasıtaları ile ayrılan mali imkânların bütünü olarak tanımlanmıştır. Fakat AB düzenlemelerinin etkisiyle oluşan yeni hukuksal durumda kamu hizmetinin klasik tanımdaki organik ölçütün bu “indirgenmiş” ve “hafifletilmiş” halinin anlamsız hale geldiğine değinen hukukçular bulunmaktadır³⁹. Maddi açıdan kamu hizmeti ise, faaliyeti yürüten örgütün niteliklerinden bağımsız olarak, yalnızca faaliyetin niteliğine bakılarak tanımlanmaktadır. Buna göre kamu hizmeti, tatmininde kamu yararı olan toplumsal bir ihtiyacı karşılayan, yani kamu yararına yürütülen faaliyettir⁴⁰. Son olarak, şekli açıdan kamu hizmeti ise, belli bir usulü, belli bir hukuki rejimi ifade etmektedir. Buna göre bir faaliyetin kamu hizmeti sayılabilmesi için kamu hizmetleri hukuki rejimine, yani kamusal yönetim usullerine tabi tutulmuş olması gerekir.

İdare hukuku açısından, idari birimler tarafından toplumun temel ihtiyaçlarını karşılamak amacı ile sunulan “kamu hizmetleri” için klasik tanım ve ölçütler görmek mümkündür⁴¹. Gerek başta Sıddık Sami ONAR⁴² olmak üzere Türk hukukçularının gerekse de Türk Anayasa

³⁹ Ali D. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004, s. 18.

⁴⁰ İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Alfa Yayınları, [Dördüncü Baskı], 2002, s.239.

⁴¹ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, Ekin, Bursa, 2009, s. 252 vd.; İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2008, s. 953 vd.; A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Yedinci Baskı, 2010, s. 676 vd.; Bahtiyar **Akyılmaz** Murat **Sezginer** Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 457 vd.; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Ankara 2009, s. 581 vd.; Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998, s.282, Lûtfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s. 302 vd.; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, İkinci Baskı, 1990, s. 60 vd.

⁴² Sıddık Sami Onar’a göre kamu hizmetleri, “devlet veya diğer amme hükmi şahısları (kamu tüzel kişileri) tarafından veya bunların nezaret ve murakabaları, kontrolleri altında umumi ve kolektif ihtiyaçları karşılamak ve tatmin etmek, amme menfaatini sağlamak için icra edilen ve umuma

Mahkemesi'nin⁴³ kamu hizmetlerini “toplumsal gereksinim” ölçütü temelinde tanımlamasını kabul etmek artık pek kolay görünmemektedir. Çünkü hangi gereksinimlerin “toplumsal” olduğunu tespit etmek her zaman kolay değildir. Bu yüzden, bazı yazarlar, kamu hizmetleri anlayış ve özelliklerinde bir takım değişimlerin olduğundan bahsetmektedirler⁴⁴. Kamu hizmetlerinin klasik tanımı, onu bireyler için hak, idare için bir yükümlülük haline getirmekteydi. Oysa günümüzde, devlet önemli sayılacak bazı kamu hizmetini özelleştirerek bu yükümlülüğünden tek tarafı olarak vazgeçmiş görünmektedir. Buna karşılık, toplumsal gereksinimi karşıladığı kabul edilebilecek tartışmalı hizmetlerin de idare tarafından sağlandığı görülebilmektedir. Bununla beraber, toplumsal gereksinimin asgari bir derecesinin olduğunu kabul etmek mümkündür (örneğin su temini). Fakat bu tür yaklaşım, toplumsal gereksinimden ziyade insan hakları alanına kaymaktadır ve klasik idare hukuku

arzedilmiş bulunan devamlı ve muntazam faaliyetler”dir. Sıddık Sami ONAR; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952, s. 13.

⁴³ Anayasa Mahkemesi bir kararında da kamu hizmetinin unsurlarını ve tanımını şu şekilde ortaya koymuştur: “Görevsel bakımdan bir girişim ve etkinliğin kamu hizmeti sayılması veya sayılmaması, değişik koşullar dikkate alınarak yasa koyucunun görüşleri doğrultusundaki belirlemelerine göre şekillenen değişken ve göreceli bir konudur. Kamu hizmetinin yönetsel ögesi, genelde kamusal yönetim biçimi ise de, idarenin özel hukuk hükümlerine göre yürüttüğü kimi etkinliklerin de bu nitelikte olduğu görülmektedir. Fakat bir hizmetin amacı kamu yararı ise kamu hukuku esaslarına bağlı kalacağı açıktır. Bu nedenle idarenin, toplumun yararına olarak genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak için giriştiği etkinlikler hangi yol ve usulle yapılırsa yapılsın kamu hizmeti sayılacağından “kamu hizmeti” kavramının en önemli ögesi yönetim biçimi değil, hizmetin amacı ve bunun sorumluluğunu üstlenen organın niteliğidir. Böyle olunca, kamu hizmetleri, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin toplumun genel ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla yürüttüğü veya buyruğu ve sorumluluğu altında başkalarına yaptırdığı etkinlikler olarak tanımlanabilir.”

⁴⁴ Ali D. Ulusoy “*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*”, İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2002, s. 268-270.

yaklaşımlarından bir hayli uzaktır⁴⁵. Çünkü sırf konusuna göre mutlak olarak toplumsal gereksinim sayılacak faaliyet az sayıda bulunmaktadır (örneğin içme suyunun sağlanması). İletişimin bir çok türünün ise, böyle mahiyeti olduğu tartışmalıdır. Aslında faaliyetin özelliğine göre değil, belli bir zamanda, yerde, somut toplumda ortaya çıkan değişik faktörler gözönüne alınarak karar verilmesi daha uygun olacaktır. Böylece, bir çok insani faaliyet, içeriğine bakılmaksızın, kamu hizmetleri olarak sunulabilir. Yeter ki, idare o faaliyeti kamu hizmeti olarak kabul etsin⁴⁶. AB Komisyonu bir hizmetin kamu hizmeti (genel yarar hizmeti) sayılıp sayılmayacağına dair yetkiyi tamamen üye devletlere bırakmıştır⁴⁷. AB Anlaşması'na Ek 26. Protokol de, genel yarar (kamu) hizmetlerinin belirlenmesi, kurulması ve yürütülmesinde üye devletlerin geniş takdir yetkisini tanımaktadır. Oysa AT Adalet Divanı'nın yaklaşımı biraz farklıdır. Hizmetin ekonomik olup olmadığının belirlenmesinde, belli bir hizmet alanı ile ilgili pazarın varlığı, devletin öncelikleri, belli toplumsal gereksinimler ve toplumsal dayanışma yükümlülükleri dikkate alınmaktadır⁴⁸.

Toplumun temel ihtiyacı olan ve devletin birinci dereceli yükümlülüğü olan kamu hizmetlerinin hukuki statüsün bazı değişikliklere uğradığı da bir gerçektir. AB Komisyonu'nun 21 Mayıs 2003 tarihli

⁴⁵ 1966 tarihli BM Ekonomik, Sosyal ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin hükümlerinin gerçekleştirilmesine denetlemek için kurulan Ekonomik, Sosyal ve Medeni Haklar Komitesi, 15 Sayılı Genel Yorumunda "su hakkının" Sözleşme ile korunan hak olduğunu açıkça vurgulamış, bu hakkın sağlık ve asgari gıda hakkı gibi birçok diğer hakkı da etkilediğinin altını çizmiştir.

⁴⁶ Bu idari birimler, bazen seçimle göreve gelmekte böylece "siyasi" organ olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamu hizmetlerinin kurulması, sunulması ve hacminde, siyasi programlar etki göstere bilmektedir.

⁴⁷ Maletić Iskra Akimovska, *European Legal Framework for Public Services*, in **FACTA UNIVERSITATIS**, Series: **Law and Politics** Vol. 4, No1, 2006, *UDC 351 (4-672EU)*, s.39.

⁴⁸ AAD C-82/01 Aéroports de Paris [2002], AAD C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze [2006].

Yeşil Kitabı'nda (Green Paper), şu sorular açıkça tartışmaya açılmıştır⁴⁹: “Genel yarar hizmeti” (services of general interest) nedir? Hangi amaca yönelmiştir? Finansmanı nasıl sağlanmalıdır? AB Komisyonu 2001 tarihli bir başka bildirisinde de, AB Anlaşması'ndaki “genel ekonomik yarar hizmetlerinin” klasik kamu hizmetlerinden farklı olduğunu beyan etmiştir⁵⁰. Kısacası, Avrupa'da 1996-2006 yılları arasında kamu hizmetleri ile bağlı ciddi bir tartışma ve belirsizlik yaşanmıştır.

Bütün bu karmaşık hususları ele alarak, AB hukuku bakımından kamu hizmet kavramını şu şekilde tanımlamak mümkündür: **Kamu yararına yönelik, bireylere ve ticari teşebbüslere hizmet sunmak amacı ile idare tarafından, yahut onların denetimi altında özel sektör temsilcisi tarafından sözleşme veya imtiyaz⁵¹ esasında ya da “kamu-özel ortaklığı” (public-private partnership) şeklinde yürütülen faaliyetler** kamu hizmetleridir. Kanaatimizce, bu tanım klasik tanımdan iki noktada ayrılmaktadır: Ortak toplumsal gereksinimden söz edilmemekte ve kamu hizmetinin yürütülme usulü mutlak olarak kamusal (ayrıcılık) usul, metod ve araçlara da bağlı tutulmamaktadır. Şöyle ki; hizmetin icrasında idare üstün ve ayrıcalıklı yetkileri kullanmasa bile, faaliyet kamu hizmeti sayılacak, bu durumda serbest pazar, rekabet kuralları dışında ve kamu finansmanı ile yürütülebilecektir. Ortak gereksinimin karşılanmasına yönelik olmayan hizmetin varlığı halinde bile, idare adına bir yükümlülük olmamakla beraber, hizmetin objektifliği, bireylerin idari uygulamaya güven, idarenin sorumluluğu

⁴⁹ Commission Green Paper of 21 May 2003 on services of general interest [COM(2003) 270 final -Official Journal C 76 of 25.03.2004].

⁵⁰ Commission Communication - Services of general interest in Europe [Official Journal C 17 of 19.01.2001]. Bu gün itibarıyla maddi anlamda kamu hizmeti ile “genel yarar hizmetinin” aynı şey olduğu resmi olarak kabul edilmektedir. Bakınız: http://europa.eu/scadplus/glossary/public_service_en.htm

⁵¹ “Kamu sözleşmesi” (public contracts) olarak adlandırılan usulde, hizmet özel sektör temsilcisi tarafından yürütülür ve zarar olduğunda bunu idare tazmin etmektedir. “İmtiyaz” usulüne benzeyen metod ise, “concession” olarak adlandırılmaktadır ve AB'de çok daha az kullanılmaktadır. Çünkü burada tüm riski özel girişimci üstlenmektedir. Her ikisi kamu ihalesi (state procurement) ile verilmelidir.

gibi meselelerde yine kamu hukuku kuralları uygulanacağını da söylemek mümkündür.

2. KAMU HİZMETİ İLE İLGİLİ TEMEL MESELELERE YENİ YAKLAŞIMLAR

2.1. Kamu hizmetlerinin kurulması ile ilgili sorunlar

Kamu hizmetlerinin kurulması ile ilgili olarak aslında karşımıza iki sorun çıkmaktadır: Kamu hizmetinin kurulması idare için bir yükümlülük müdür? Kamu hizmetinin yasama işlemi ile kurulması zorunluluğu var mıdır?

Yukarıda da değinildiği üzere, AB kurucu anlaşmalarında kamu hizmetlerinin Avrupa'nın ortak değeri olduğu ve bunların sosyal ve bölgesel yakınlaşmada önemli rolü olduğu vurgulanmaktadır. Ayrıca 2000 tarihli AB Temel Haklar Şartı'nın 36. maddesi kamu hizmetleri temel haklar arasında saymıştır. Gerçi bu madde hükmü, kamu hizmetlerine erişim hakkını Birlik Anlaşması'na uygun olarak kullanılacağını öngördüğü için, somut bir yükümlülük ortaya koymamaktadır.

AB kurumlarının çeşitli kararlarında "kamu hizmeti yükümlülükleri" ifadesini de görmek mümkündür⁵². Ayrıca kamu hizmetlerinin önemi sık sık vurgulanmaktadır⁵³. Fakat hangi hizmetlerin sunulmasının idare için bir ödev veya zorunluluk olduğuna dair açıklık bulmak mümkün değildir. Gerçi kara ulaşımı hizmetlerinin bir çok türünün kar elde ederek gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması halinde bile, Komisyon'un bu hizmetlerin üye devletler için yükümlülük olduğuna karar verdiğini görüyoruz⁵⁴. Ayrıca yukarıda açıkladığımız "evrensel hizmetler", sunulması asgari olan hizmetler olarak belirtilmiş yani bu konuda devletin (idarenin) yükümlülüğü kabul edilmiş, fakat

⁵² Regulation (EC) No 1370/2007 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2007 on public passenger transport services by rail and by road, and repealing Council Regulations (EEC) No 1191/69 and (EEC) No 1107/70

⁵³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 12 May 2004 entitled "White Paper on Services of General Interest" [COM(2004) 374 final].

⁵⁴ Regulation (EC) No 1370/2007.

posta ve iletişim dışında şimdilik asgari hizmetlere neler dahil olacağına dair bir uzlaşma bulunmamaktadır.

“Evrensel hizmetler” grubu saklı kalmakla beraber, diğer hizmetler bakımından idarenin temin etmekle yükümlü olduğu hizmetlerin genel kriterlerine dair bir karar da bulunmamaktadır. AB Komisyonu’nun 2003 tarihli tebliğinde, üye devletlerde kamu hizmetlerinin sayısının, kapsamının, yürütülmesi usulünün ve farklı unsurlarının çeşitliliğinden söz edildiği ve kesin ortak kriterlerin ortaya konulmasının zorluğu dile getirildiği için, Birlik hukuku hizmetlerin kurulmasında herhangi bir zorunluluğu öngörmemektedir ve sorunu ulusal makamlara tevdi etmektedir denilebilir. Bunu kanıtlayan AB’nin İşleyişine İlişkin Anlaşma’nın Revize Edilmiş Hali’nin 14. maddesinin son cümlesidir: *AB Parlamentosu ve Konseyi, kamu hizmeti ile ilgili prensipler belirleyebilir; fakat bu prensipler üye devletlerin Anlaşmalara uygun olarak kamu hizmetlerinin kurulması, yürütülmesi ve finansmanı ile ilgili yetkilerini sınırlayamaz*⁵⁵.

Birlik hukukunun hizmetlerin kurulmasını idare için bir zorunluluk olarak öngörmemesinin bir nedeni daha bulunmaktadır. Bu neden ise, AB’nin kamu hizmetlerinin temininde de gittikçe tekelleşmeyi ortadan kaldırmayı, çeşitliliği ve rekabeti artırmayı hedeflemesidir. Böyle bir politika ışığında, kamu hizmetini devlet için bir zorunluluk olarak öngörmek, olası tekelleşmeyi davet etmek gibi anlaşılabilir.

Kamu hizmetlerine dair AB politikasının, bunların kim tarafından yürütüleceği değil de, nasıl sağlanacağı kaygısını taşıdığı bir gerçektir. Kaliteli, ulaşılabilir hizmetin verilmesi AB’nin bütünleşmesi için fevkalade önemlidir. Bu nedenle, AB hukukuna göre devletin (idarenin) yükümlülüğü, kim tarafından olursa olsun sonuçta kaliteli hizmetin birey ve kurumlara verilmesini sağlamaktır denilebilir. Bununla birlikte, üye devletler mümkün olduğu kadar hizmetlerin verilmesinde çeşitliliği

⁵⁵ AB’nin İşleyişine İlişkin Anlaşma’nın Revize Edilmiş Hali (*Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union*): “*The European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall establish these principles and set these conditions without prejudice to the competence of Member States, in compliance with the Treaties, to provide, to commission and to fund such services.*”

sağlamalıdır⁵⁶. Aksi halde, bu zorunluğun hizmetin sırf idare tarafından verilmesi gerektiği anlamına geldiği sonucuna ulaşılabilir. AB politikası hizmetlerin özelleştirmesini şart koşmamakta; fakat bu hizmetlerin liberalleşmesine de önem vermektedir⁵⁷.

Kamu hizmetlerin kurulmasında yasama işlemine gerek duyulup duyulmadığı meselesi de AB hukuku tarafından düzenlenmemiştir. Kamu hizmetlerinin “milli mevzuatla” kurulması gerektiğine işaret edilmiş ise de, “mevzuat” anlayışına idari genel düzenleyici işlemler de dahil olduğu için, böyle düzenlemenin yasallık ilkesini getirdiğini iddia etmek güçtür.

AB'nin kamu hizmetlerinin kurulmasında böyle bir yaklaşımın izlenmesinin nedeni, üye devletlerde bu meselede farklı yolların izlenmesidir. Ayrıca İngiliz yerel yönetimler hukukunun da etkisiyle kamu hizmetlerinin kurulmasında yasama organının kararının zorunluluğu tartışılabilir. “*Home rule*” prensibi, kamu hizmetlerinin kurulmasında da yerel yönetimlere serbestlik tanımaktadır⁵⁸. Ayrıca federal devletlerde bu mesele eyaletlere bırakıldığı için, kamu hizmetlerinin kurulmasında merkezi yasama organının işlemini beklemek olası değildir. Diğer taraftan, günümüzde idareye yasal olarak verilen yetkilerin bir hayli geniş olması, kamu hizmetlerinin kurulmasında da dolaylı da olsa imkan sağlamaktadır denilebilir.

2.2. Kamu hizmetlerinin finansman meselesi

Kamu hizmetlerinin finansmanı meselesi, ülkelere göre değişmektedir. ABD’de kamu hizmetleri karşılığında hizmetten yararlananlardan ücret alınır. Devletin *sosyal devlet* olma özelliği arttıkça, kamu hizmetlerinin finansmanı daha çok devlet hesabına gerçekleştirilir. Avrupa ülkelerinde, kamu hizmetlerinin devlet yardımı

⁵⁶ Communication from the Commission of 26 April 2006, Implementing the Community Lisbon programme: Social services of general interest in the European Union [COM(2006) 177 final].

⁵⁷ Anne-Marie van den Bossche and Sandra Coppieters, *Services of general interest: A Challenge for European Economic Integration*, in **Economic Policy of the European Union**, edited by Wim Meeusen, Edward Elgar Publishing Limited, 1999 UK, s.230.

⁵⁸ “Home rule” için bakınız, Osborne M.Reynolds, **Local Governments Law**, West Group, Hornbook Series, St.Paul, MI 2001, s.76-78.

ile yürütülmesi inancının ve uygulamasının aktüel olsa da, bazı sektörlerde azaldığını vurgulamalıyız. AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'ya göre (yeni metinde madde 106), eğer devlet yardımı olmadan, belli bir hizmet amacına ulaşamayacaksa, o faaliyet devlet yardımları ile ve rekabet kuralları dışında yürütülebilir. Aynı anlaşmanın Ek 26. Protokolü, AB devletlerine ekonomik sayılmayan her tür kamu hizmetini kurma ve işletme yetkisini de vermektedir. Bu amaçla, AB'de çeşitli finansman yolları kullanılmaktadır. Bunların başlıcaları; devlet bütçesinden finansman, hizmetten yararlananlardan alınan hizmet bedeli, tarife konulması, hizmetin icrası özel hukuk kişisine verilmişse imtiyaz sahibine sağlanan ayrıcalıklar, ödemeler (tazminat) ve vergi indirimleri gibi metotlardır⁵⁹.

Genellikle, kamu hizmetlerinin devlet hesabına finansmanı ise üç kaynaktan yapılmaktadır: Bunlardan birincisi sosyal sigorta, ikincisi genel vergiler ve üçüncüsü de devletin ayırdığı diğer fonlardır. Bunların payı ülkeden ülkeye değişmektedir. Örneğin, Almanya'da sağlık hizmetlerinin finansmanının %69'u sosyal güvenlik sisteminden ve %6'sı genel vergilerden ödendiği halde, İngiltere'de bu oranlar sosyal güvenlik sistemi için %10 ve genel vergiler için %74'tür⁶⁰.

Hizmet sözleşme esasında özel sektöre gördürülmekte ise, devlet tarafından ödenecek tazminatın sınırı ve ölçüleri bulunmaktadır. Buna dair AB Komisyonunun 29.11.2005 tarihli ve "Genel Ekonomik Yarar Hizmetleri" (*Services of General Economic Interest (SGEI Package)*) adlı kararına göre, şeffaf ihale sonucunda seçilecek şirkete ödenecek tazminat, hizmetin maliyetinin ve makul gelirin toplamını geçmemelidir. Ekonomik nitelikli hizmetlerin sunumunda, devlet tarafından hizmeti sunan işletmeye 3 yıl içinde sağlanan yardım 200.000 €'yu geçmiyorsa, bu yardım AB'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın 107. maddesi

⁵⁹ European Commission, Green Paper on Services of General Interest, Punkt 62. 2003/0270 Final. Ayrıca bu yaklaşım AT Adalet Divanı'nın şu kararlarında tekrarlanmaktadır: C-320/91, Corbeau [1993], ECR p. I-2533, para. 14-16, C-67/96, Albany, [1999], ECR I-5751, para. 107.

⁶⁰ Catherine Needham, Allasdair Murrey, **The Future of Public Service in Europe**, Catalyst Publications, 2002, p.7.

kapsamında öngörölmüş devlet yardımı kapsamına girmez⁶¹. Bununla beraber, kamu ihaleleri ile ilgili şartlar yine saklıdır.

Yukarıdaki paragrafta gösterilen miktarı geçen yardım (tazminat ve ödemeler dahil) normalde AB Komisyonu'na devlet tarafından bildirilmelidir. 107. maddede bazı durumlar gösterilmiş ki, bu durumların varlığı halinde gösterilen devlet yardımı iç (ortak) pazara uygun yardım olarak kabul edilebilmektedir. Hastane ve toplu konut hizmetlerinde tazminatın üst sınırı olmadığı halde, diğer hizmet alanlarında bu sınır yıllık 30 milyon €'yu geçmesi halinde Komisyon bununla ilgili ayrıca bilgilendirilmelidir⁶².

Bir devlet kamu hizmetini tüketiciye ücretsiz verebilir mi? Başka bir ifade ile aynı faaliyetin özel girişimcilere açık olması durumunda, devletin bu tür bir hizmeti ücretsiz sağlaması haksız rekabete neden olur mu? AT Adalet Divanı bu durumlarda *a priori* kesin cevap vermemekte, her somut olayda ayrı bir araştırma yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Özellikle sosyal genel yarar hizmetlerinde devletin kamu hizmetini kendisinin yürütmesinin, Birlik hukukuna aykırı bir durum oluşturmadığını vurgulamak gerekir. Devlet, sözü edilen hizmeti üçüncü taraf aracılığıyla yürütmekte ise, *Altmark* davası ile konulan kriterler gözönünde bulundurularak ihale yöntemi, tazminatın miktarı, hizmetin maliyeti gibi çeşitli unsurlara göre karar verilmektedir⁶³.

AB Komisyonu'nun kamu hizmetleri hakkındaki 2007 tarihli kararında, ekonomik genel yarar hizmetlerinin bedel karşılığında verilmesi gerektiğini ifade etmiş; fakat bu bedelin mutlaka hizmetten yararlananlar tarafından karşılanması gerekmediğini de vurgulamıştır. Aslında bu tutarsız yaklaşımı şu şekilde yorumlamak mümkündür: Komisyon kararı masraftan değil de karşılıktan (renumeration) bahsettiği için, Komisyonun yaklaşımı hizmetin özel sektör tarafından verilmesidir. Bu da sırasıyla rekabet kurallarının uygulanmasına sebep olacaktır.

Avrupa'da mevcut eğilim, hizmetlerin mümkün olduğu kadar

⁶¹ Commission Regulation (EC) No **1998/2006** of 15 December 2006 on the application of Articles 87 and 88 of the Treaty to de minimis aid.

⁶² SEC(2007) 1515.

⁶³ AT Adalet Divanı 24.07.2003 C-280/00 *Altmark Trans GmbH* davası.

tekelden çıkarılarak liberalleşmesi ve rekabete açılması yönündedir. Fakat bu eğilim mutlaka “hizmet ücretsiz verilemez” şeklinde yorumlanamaz. Örneğin, ilk öğretim ücretsiz olarak verildiği halde, paralı özel ilk öğretim okullarının da kurulması elbette ki mümkündür.

2.3. Kamu hizmetlerin özelleştirilmesi sorunu

Kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi eğilimi, DTÖ'nün çalışmaları sonucu ve özellikle GATS ile hız kazanmıştı. Şöyle ki; gerek GATS kapsamında yapılan toplantılarda gerekse de Uluslararası Para Fonu ve Dünya Bankası kapsamında yapılan toplantılarda kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi için neo-liberalci yaklaşımla hükümetlere baskı yapılmaktadır⁶⁴. Her ne kadar DTÖ'nün resmi web sayfasında üye devletlerin hiç bir sektörünü özelleştirme hatta ihaleye çıkarma zorunluluğunun olmadığı beyan edilse de⁶⁵, uygulamada ABD ve AB lobilerinin gelişmekte olan devletlere özelleştirme konusunda ciddi baskı yaptıkları bilinmektedir.

AB kurumlarının ise, kamu hizmetlerinin özelleştirilmesi için resmi olarak hiç bir ısrarı ya da yönlendirilmesi mevcut değildir. Bununla birlikte, ilgili sektörün rekabete açılması ve mümkün olduğunda kamu hizmetlerinin “*public-private partnership*” (PPP) şeklinde verilmesi tavsiye edilmektedir; dolayısıyla hizmetin emanet şeklinde yürütülüp yürütülmemesi tamamen üye devletlerin takdirine bırakılmaktadır⁶⁶. Bununla beraber, AB Komisyonu'nun uluslararası şirketlerin çıkarlarını savunduğunu, bu sebeple de dolaylı şekilde özelleştirmeyi teşvik ettiği de ileri sürülmektedir. Örneğin, GATS çerçevesinde yapılan Doha toplantılarında, Komisyon gelişmekte olan ülkelerin içme suyu sisteminin özelleştirmeye açılmasını istemekte ise de başarılı olamamıştır⁶⁷. AB Komisyonu günümüzde Avrupa'da da su hizmetlerinin

⁶⁴ Maarten Keune, Janine Leschke and Andrew Watt, **Privatisation and Liberalisation of Public Services in Europe**, ETUI, Brussels, 2008, s. 16.

⁶⁵ http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsfacts1004_e.pdf

⁶⁶ MEMO/09/509, 19.11.2009, Commission Communication on Public Private Partnerships.

⁶⁷ McGiffen Steve, *Poisoned Spring: EU Promotes Privatisation of Water in Developing Countries*, 9 December 2008, bakınız: <http://www.spectrezine.org/europe/water2.htm>

özelleştirilmesinden yana görünmektedir. Komisyon'un bu yöndeki 2003 yılındaki girişimi AB Parlamentosu tarafından Ocak 2004 tarihli kararı ile geri çevrilmiştir. 15 Ocak 2010 tarihinde Komisyon sözcüsü Michel Barnier'in, su ihaleleri ile ilgili yeni bir direktifin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmesi, olası yeni bir özelleştirme baskısı için teşebbüs olarak değerlendirilebilir⁶⁸.

AB'de yürütülen iç pazarı bütünleştirme politikası, dolaylı araçlar kullanarak özellikle iktisadi kamu hizmetlerinin özelleştirilmesine sebep olmaktadır. Örneğin, 1992 Maastricht Anlaşması öncesinde, üye devletlerin bütçe açıklarının ve kamu borçlarının azaltılması gerekiyordu. Bu da kamu hizmeti veren bir çok kurum ve kuruluşun özelleştirilmesine sebep olmuştu. Ayrıca, ekonomik faaliyetlere devlet yardımları çeşitli mekanizmalarla engellendiği için, bu husus ticari ve sınai hizmetlerin imtiyaz ya da müşterek emanet usulü ile yürütülmesini zorlaştırmakta ve dolayısıyla özelleştirmeye sebep olmuştu⁶⁹. Sonuç olarak da, Avrupa genelinde iletişim ve enerji sektörü giderek kamu mülkiyetinden çıkmıştır. Örneğin, Fransa enerji hizmetlerinin boru hatları gibi altyapısını kamu mülkiyetinde tutarken, Almanya'da altyapı da satılmaktadır⁷⁰. Çeşitli sektörlerin özelleştirmeye açıldığı da gözlenmektedir. Örneğin, yangın söndürme hizmeti Danimarka, Finlanda, İspanya ve Slovakya'da özelleştirmeye açılmıştır⁷¹.

Daha önce tekel şeklinde sunulan bir hizmetin doğrudan özelleştirilmesinin, hizmetin kalitesi ve fiyatı bakımından olumsuz sonuçlar doğurabileceğini vurgulamak gerekir. Çünkü altyapısı ile

⁶⁸ *Will the New Commission Push for Water Privatisation in Europe?*, Spectrezine, 2.02.2010, bakınız: <http://www.spectrezine.org/will-new-commission-push-water-privatisation-europe>

⁶⁹ Maarten Keune, Janine Leschke and Andrew Watt, **Privatisation and Liberalisation of Public Services in Europe**, ETUI, Brussels, 2008, s. 17.

⁷⁰ Paolo Andruccioli, *Privatisation in Europe*, Red Pepper, November 2007, s.17.

⁷¹ Jane Lethbridge, **Privatisation of Ambulance, Emergency and Firefighting Services in Europe – A Growing Threat?**, Public Services International Research Unit, University of Greenwich Publications, June 2009, s.5

beraber hizmeti de ele geçiren özel girişimci, büyük olasılıkla kamu yararını göz önünde tutmadan hareket edeceği ve esasen bir rekabet ortamı olmayacağı için hizmetten yararlananlar karlı çıkmayacaklardır. AB Komisyonu, altyapı (dağıtım şebekesi) özelleştirilmesinde hizmeti veren şirketten başka bir şirketin tercih edilmesini istemektedir⁷². Böylece tekelleşmenin önüne geçilmesi istenmektedir. Aslında yasal olarak da dağıtıcı kurum ile hizmeti veren kurum farklı olmalıdır⁷³, fakat uygulamada bu durum her iki şirketin aynı gruba ait olmasına engel değildir.

Son ekonomik kriz, kamu hizmetlerinde özelleştirmeyi frenlemiştir. Örneğin, İsveç satışlardaki genel azalma sebebiyle özelleştirme programını şu an tamamen askıya almış durumdadır. Fransa'da *La Poste*'un özelleştirilmesi de askıya alınmıştır. İngiltere daha önce tüm postayı özelleştirmek isterken, şu an kısmi özelleştirmeden yanadır. Diğer taraftan, bankalar krediyi devlete az, özel sektöre daha yüksek faizle verdikleri için, hizmetlerin icrasında PPP sistemi bile şu an için cazibesini kaybetmiş görünmektedir⁷⁴.

3. AB MEVZUATINDA KAMU HİZMETLERİNİN ÖZELLİKLERİ

Yukarıda da vurguladığımız gibi, kamu hizmetlerine olan yaklaşım, 1996 yılından bu yana AB'de değişim süreci yaşamıştır. Kamu hizmetlerinin tanımında, hangi hizmetlerin ekonomik, hangilerinin idari ve sosyal hizmetler olduğu ve üye devletlerin bunların temininde izleyeceği politikanın nasıl olması gerektiği noktasında önemli gelişmeler yaşanmıştır. Ciddi değişimler ekonomik kamu hizmetlerinde göze çarpmaktadır. Bunların hukuki rejimi gittikçe pazar ekonomisi, rekabet ve özel hukuk kurallarına yaklaşmıştır.

Kamu hizmetlerinin kendine has bir takım özellikleri elbette ki

⁷² Paolo Andruccioli, *Privatisation in Europe*, Red Pepper, November 2007, s.19.

⁷³ The EU Directives on Electricity of 1996 (96/92/EC) and Gas from 1998 (98/30/EC).

⁷⁴ Hall David, **Economic Crisis and Public Services**, Public Services International Research Unit, University of Greenwich Publications, December 2008, s.5.

olmalıdır. Bu özellikleri, kamu hizmetlerinin yürütülmesinin sebep ve amaçları belirlemektedirler. Kamu hizmetinin özellikleri konusunda bir takım farklı fikirler olmakla beraber, herkesin üzerinde mutabık kalacağı bir takım özelliklerin olduğu da bir gerçektir. Örneğin, Avrupa Komisyonu 2003 tarihli senedinde⁷⁵ bunları görmek mümkündür. AB'nin liberalizm anlayışına dayalı ekonomik birlik olması, “tek pazar”, hizmetlerin engelsiz dolaşımı ve serbest rekabetin sağlanması hedefleri, kamu hizmetlerinin özelliklerini de belli ölçüde etkilemiştir. AB Konseyi'nin 2000 yılındaki Lizbon Özel Toplantısı'nda kabul edilen stratejiye göre, Avrupa'nın daha rekabetçi hale getirilebilmesi ve dünyadaki süreçlere uyum sağlayabilmesi için gaz, elektrik, posta, ulaşım gibi belli sektörlerin tamamen rekabete açık hale getirilmesi amaçlanmıştır⁷⁶.

Bu noktada, AB'de kamu hizmetlerinin mevcut özelliklerinin neler olduğuna kısaca göz atmak gerekmektedir. Genel olarak bu özellikleri hizmetin sürekliliği, kalitesi ve etkililiği, hizmet temininin güvenliliği, hizmete eşit şekilde ulaşım, karşılanabilir fiyat, sosyal, medeni ve çevresel kabuledilebilirlik, tüketici haklarının korunması, az gelirliler ve özürsüz tüketicilerin dikkate alınması, hizmetin temininde şeffaflık, bireylerin katılımı oluşturur⁷⁷. Türk hukukçularının da üzerinde uzlaştığı bu özellikler arasında hizmetin sürekliliği ve güvenliliği, hizmetin kalitesi, kamu hizmetlerinden yararlanmada eşitlik ve bedel sorunu ön plana çıkmaktadır.

3.1. Hizmetin sürekliliği ve güvenliliği

Kamu hizmetlerinin sürekli ve düzenli olması şartı, yeni yaklaşımda da varlığını korumuştur. Bunlara bir de hizmetin güvenliliği de eklenmiştir ki, bu da hizmetin sunulma metoduna aittir. Şöyle ki; hizmetin sunum şekli, çevre temizliği ile tüketicilerin bedensel ve ruhsal

⁷⁵ “Green Paper on Services of General Interest”.

⁷⁶ http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/general_framework/c10241_en.htm

⁷⁷ Public Service Charter, bakınız: http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/public_service_charter_en.htm

sağlığını tehlikeye atmamalıdır⁷⁸. Aslında hizmet kusuruna sebep olan bu durum (hizmetin kötü işlemesi), dolaylı olarak kamu hizmetlerinin özellikleri arasında zaten yer almaktaydı. AB hukukunda bu şartın altının çizilmesi, daha çok çevre politikası ve tüketici haklarının korunması kaygısından kaynaklanmaktadır.

Girişimciler ayrı ayrı kamu hizmetlerini ruhsat ya da sözleşme esasına göre yürütüyorlarsa, onlar da hizmette süreklilik ve güvenlik prensiplerine uymalı, yetkili idari otorite ise bu prensiplere uyulup uyulmadığının denetimini yapmalıdır⁷⁹.

3.2. Kamu hizmetlerinin kalitesi

Literatürde “değişkenlik” ve “uyarlama” gibi kavramlarla tanımlanan kamu hizmetinin bu özelliği, AB hukukunda “kalite” olarak yer almakta ve hizmetin belli (iyi, tatminkar) kalitede verilmesini öngörmektedir⁸⁰. Hizmetin iyi bir kalitede olması şartını, AB kurumlarının bununla ilgili tüm senetlerinde görmek mümkündür.

Peki kamu hizmetlerinin kalitesi bağlamında, hizmeti sürekli bir biçimde yenilemek ve iyileştirmek idare için bir yükümlülük sayılmalı mıdır? Fransız literatüründe bunu destekleyen fikirler bir hayli fazladır⁸¹. Bununla birlikte, genel yaklaşımda bu fikir tartışmalıdır. ABD’de kamu hizmetleri idare için genellikle bir yükümlülük olarak kabul edilmemektedir. Alman hukukunda ise kamu hizmeti anayasal bir kurum olmakla beraber, devletin böyle bir yükümlülüğünün olduğu kabul edilmemiştir. Diğer taraftan, bu mesele devletin mali gücü ve kaynakları ile yakından ilgilidir. Ayrıca konu idari takdir yetkisine dahil olduğundan, pozitif ve ölçülebilir somut bir yükümlülüğün olduğunu iddia etmek zor görünmektedir.

AB’de ise durum farklıdır. Kamu hizmetlerinin tartışılmayan tek

⁷⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0374:FIN:EN:DOC>

⁷⁹ Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Yedinci Baskı, 2010, s. 694.

⁸⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52004DC0374:EN:HTML>

⁸¹ Chevallier, *Service Public*, Paris, 1987, s.43. Nakleden: Gözübüyük, Tan, I Cild, s.447.

özelliği kalite talebidir. Kaliteli hizmetin sunulması gereği, AB kurumlarının çeşitli kararlarında ve gerekçelerinde görmek mümkündür⁸². Bunların yanısıra “iyi yönetim” prensibi gereğince, hizmetin zaman zaman iyileştirilmesi gereğini inkar etmek mümkün olmasa gerekir. Bu noktada, AB Komisyonu’nun 19.01.2001 tarihli tebliğine değinmek gerekmektedir. Nitekim, bir faaliyet kamu hizmeti olarak sunuluyorsa, idare onun tüm ülkede makul fiyat ve kalitede olmasını temin etmelidir. Tüketicilere ve ticari teşebbüslere yüksek kalitede kamu hizmetleri sunulmasının Birliğin önemli görevleri arasında olduğu, AB Parlamentosu’nun ve Komisyon’unun ortak görüşü olduğu söylenebilir⁸³. Sadece, bu görevin kesin olarak hangi hizmetlere ait olduğu tam olarak belirlenmemiştir.

3.3. Eşitlik

AB hukukunda bu şart daha çok “*universality and equality of access*” olarak ifade edilmektedir⁸⁴. AB Komisyonu’nun da diğer kararlarını gözönüne alacak olursak, bu şartı bir AB üye devletinin sınırlarının ötesinde herkesin hizmetten faydalanabilmesi, herkesin hizmete ulaşabilmesi olarak ifade etmek mümkündür.

Bununla beraber, kamu hizmetlerinin sunulmasında vurgulanan bu özellik, idare hukukunun “objektif eşitlik” prensibinden daha çok ortak/tek pazar, tüketici haklarının korunması ve serbest rekabet imkanının temin edilmesi isteğinden kaynaklanmaktadır⁸⁵.

3.4. Kamu hizmetlerinden yararlanmada bedel sorunu

AB hukukunda bedelsizlik, kamu hizmetinin bir özelliği olmaktan çıkmış görünmektedir. AB hukuki senetlerinde “*affordable*

⁸² Communication of European Commission on "A Single Market for 21st century Europe" - Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment [COM(2007) 725 final], para. 3.

⁸³ "White Paper on Services of General Interest" [[COM\(2004\) 374](#) final].

⁸⁴ European Parliament Resolution of 13 January 2004 on the Green Paper on Services of General Interest [A5-0484/2003].

⁸⁵ Maletić Iskra Akimovska, *European Legal Framework for Public Services, in FACTA UNIVERSITATIS*, Series: **Law and Politics** Vol. 4, No1, 2006, *UDC 351 (4-672EU)*, s.39.

prices” koşulu öngörülmektedir ki, bu terim makul ve karşılanabilir fiyat olarak ifade edilebilir⁸⁶. Aslında ekonomik olmayan (idari ve sosyal) hizmetlerden önemli bir kısmı güvenlik⁸⁷, park ve bulvar gibi kamuya açık yerlerin kullanımı Avrupa’da hala bedelsiz olarak verilmektedir. “Karşılanabilir fiyatın” belirlenmesinde, dar gelirli bireyler ayrıca gözönüne alınmalıdır⁸⁸. Bununla beraber, günümüzde özellikle ulaşım ve doğal gaz temini gibi hizmetlerin fiyatlarının belirlenmesinde, tamamen pazar ekonomisi ve rekabet kurallarının dikkate alındığını söylemek yanlış olmayacaktır.

3.5. Diğer prensipler

Birlik hukukunda kamu hizmetlerine günümüzde hakim olan özellikler arasında, hizmetin bireylere mümkün olduğu kadar yakın (yerel) idari birimler tarafından sağlanması, kamu ihalelerinde şeffaflık, bireylerin kamu hizmetlerinin icrasına katılımı, aynı kamu hizmetinin çeşitliliği, her kesimden insan için ulaşılabilir olması, tüketici hakların korunması, kamu hizmetlerinin çevreci olması gibi özellikler sayılmaktadır. Bütün bu özelliklere ek olarak son zamanlarda kamu hizmetlerinin halkın sosyal ve medeni geleneklerine uyum sağlaması gerektiği gibi yeni bir özelliğin de ortaya atıldığından bahsetmemiz gerekmektedir⁸⁹.

SONUÇ

Dünya ticaretinin en önemli aktörlerinden birisi olan DTÖ, ticaretin ve ticaret yöntemiyle sunulan sınır ötesi hizmetlerin önündeki engellerin çok taraflı müzakereler yoluyla kaldırılmasını amaçlamaktadır. Aynı şekilde, genişleyen ve entegrasyonu gittikçe derinleşen AB, kamu hizmetlerinin tüm Avrupa’da belli bir kalitede sunulmasını hedeflemektedir. AB, bu hedefe ise, liberal ekonomi politikaları ile ulaşmak arzusundadır. Fakat nasıl ki, zaman içerisinde

⁸⁶ Communication [COM(2007) 725 final], para. 3.

⁸⁷ Güvenlik ve adliye kolluk hizmeti olduğu halde, AB senetlerinde kamu hizmetleri türü (non-market, non-ekonomik) olarak öngörülmemektedir.

⁸⁸ 12.05.2004 "White Paper on Services of General Interest" [COM(2004) 374 final].

⁸⁹ Public Service Charter, bakınız: http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/public_service_charter_en.htm

liberal devlet kendini sosyal hukuk devletine terk ediyor ise, Avrupa’da kamu hizmetlerinin yürütülmesi rejimi sorununda, klasik liberal ekonomik politikalardan yavaş yavaş vazgeçildiği gözlemlenmektedir. Özellikle 1996 yılında dile getirilen kaygıların Birlik uygulaması ve AT Adalet Divanı kararlarına nasıl yansıdığına analizi bu savı doğrular niteliktedir.

Her ne kadar, klasik liberal ekonomi politikarından yavaş yavaş vazgeçildiği gözlemlenmekte ise de, kamu hizmetleri bağlamında hizmet alanlarının rekabete açılması, çeşitliliğinin ve kalitenin artırılması, aslında yine liberal ekonomik politikalar ışığında açıklanmaya çalışılmıştır. Şöyle ki; hizmet alanlarının rekabete açılması, çeşitliliğinin ve kalitenin artırılması gibi bütün bu gelişmeler tüketici (birey) haklarını korumaya yönelik olarak değerlendirilmektedir. Nitekim, serbest pazar aktörlerinin kamu hizmetlerini rekabet kuralları çerçevesinde görmelerinin sağlanmadığı bir ortamda, Birliğin ve üye devletlerin bu kamu hizmetlerinin teminini bizzat kendileri sağlamak durumunda kalacakları iddia edilmektedir. Oysa, son ekonomik krizde, özel sektörün hizmetleri iyileştirmek ve devam ettirmek yerine, kurumsal varlıklarını devam ettirmeye çalıştığı, kamu hizmetleri zarar görmesin diye devletlerin özel girişimcilere mali yardımda bulunmak zorunda kaldığı gözlemlenmiştir. Bu da göstermektedir ki, serbest pazar ve rekabetin kamu hizmetlerini daha üst düzeye çıkaracağına dair iddia henüz kanıtlanamamıştır. Bu sebeple, devletin temel hizmetlerin sunumunda tekel uygulamamakla beraber, hakim tutumunu devam ettirmesi gerektiğine inanmaktayız⁹⁰.

KAYNAKÇA

A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Ankara, Turhan Kitabevi, Yedinci Baskı, 2010.

Ali D. Ulusoy “*Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri*”, İlhan Özay (der.), **Günışığında Yönetim**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

⁹⁰ Hall David, **Economic Crisis and Public Services**, Public Services International Research Unit, University of Greenwich Publications, December 2008, s.7

Ali D. Ulusoy, “Fransız ve Avrupa Birliği Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi” AÜ HF.Der, Y.1999, C.48, S.1-4.

Ali D. Ulusoy, *Kamu Hizmeti İncelemeleri*, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004.

Anne-Marie van den Bossche and Sandra Coppieters, *Services of general interest: A Challenge for European Economic Integration*, in **Economic Policy of the European Union**, edited by Wim Meusen, Edward Elgar Publishing Limited, 1999 UK.

Anne-Marie van den Bossche and Sandra Coppieters, *Services of General Interest: A Challenge for European Economic Integration*, in **Economic Policy of the European Union**, edited by Wim Meusen, Edward Elgar Publishing Limited, 1999 UK.

Anne-Marie van den Bossche and Sandra Coppieters, *Services of general interest: A Challenge for European Economic Integration*, in **Economic Policy of the European Union**, edited by Wim Meusen, Edward Elgar Publishing Limited, 1999 UK.

Aydın GÜLAN, “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İÜHFİM, C. LVI, S.1-4.

Bahtiyar *Akyılmaz* Murat *Sezginer* Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Catherine Needham, Allasdair Murrey, **The Future of Public Service in Europe**, Catalyst Publications, 2002.

Commission Communication - Services of General Interest in Europe [Official Journal C 281 of 26.09.1996].

Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, Ankara 2009.

European Parliament, Motion for Resolution, 4 March 2010, para.17, available at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=MOTION&reference=B7-2010-0165&language=EN>

Hall David, **Economic Crisis and Public Services**, Public Services International Research Unit, University of Greenwich Publications, December 2008.

http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/guides_en.htm

http://ec.europa.eu/services_general_interest/docs/undertakings_partners/glover.pdf; Global Unions - ETUC – WCL: Statement On The GATS Negotiations, available at http://www.wto.org/english/forums_e/ngo_e/icftugats_e.doc

http://www.cedag-eu.org/index.php?page=services-of-general-interest&hl=en_US

http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact1_e.htm

http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsfacts1004_e.pdf

İl Han Özay, **Günışığında Yönetim**, İstanbul, Alfa Yayınları, [Dördüncü Baskı], 2002.

İsmet Giritli, Pertev Bilgen ve Tayfun Akgüner, *İdare Hukuku*, İstanbul, Der Yayınları, 2008.

Jane Lethbridge, **Privatisation of Ambulance, Emergency and Firefighting Services in Europe – A Growing Threat?**, Public Services International Research Unit, University of Greenwich Publications, June 2009.

Joint cases C- 180 to C- 184/98, Judgment of the Court of Justice of 12 September 2000, *Pavel Pavlov and Others v Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* [2000] ECR I-6451.

Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, Ekin, Bursa, 2009.

Kenneth Kernaghan, *Encouraging “Rightdoing” and Discouraging Wrongdoing: A Public Service Charter and Disclosure Legislation*, Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities. *Restoring Accountability Research Studies Volume 2: The Public Service and Transparency*. Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2006.

Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

Maarten Keune, Janine Leschke and Andrew Watt, **Privatisation and Liberalisation of Public Services in Europe**, ETUI, Brussels, 2008.

Maarten Keune, Janine Leschke and Andrew Watt, **Privatisation and Liberalisation of Public Services in Europe**, ETUI, Brussels, 2008.

Maletić Iskra Akimovska, *European Legal Framework for Public Services*, in **FACTA UNIVERSITATIS**, Series: **Law and Politics** Vol. 4, No1, 2006, *UDC 351 (4-672EU)*.

McGiffen Steve, *Poisoned Spring: EU Promotes Privatisation of Water in Developing Countries*, 9 December 2008, bakınız: <http://www.spectrezine.org/europe/water2.htm>

Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara 1998.

Osborne M.Reynolds, **Local Governments Law**, West Group, Hornbook Series, St.Paul, MI 2001.

Paolo Andruccioli, *Privatisation in Europe*, Red Pepper, November 2007.

Raj Bhala, **International Trade Law: Interdisciplinary Theory and Practice**, Third Edition, LexisNexis, NJ 2008.

Report of Local Governments International Bureau, June 2004, available at: www.lgib.gov.uk

Sıddık Sami ONAR; *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Marifet Basımevi, İstanbul, 1952.

The European Regional Executive Committee of Public Services International, EUREC, Resolution on Trade in Services, 12 June 2001, available at: <http://www.epsu.org/a/1237>

White Paper on Services of General Interest, COM (2004) 374 final of 12.05.2004, Annex 1.

Will the New Commission Push for Water Privatisation in Europe?, Spectrezine, 2.02.2010, <http://www.spectrezine.org/will-new-commission-push-water-privatisation-europe>

Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, İkinci Baskı, 1990.

AIHM'NİN HASAN VE EYLEM ZENGİN - TÜRKİYE KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Mehmet Ali ZENGİN*

ÖZET

Din eğitimi son on yılda yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanmıştır. Buna göre din eğitimi çok boyuta sahiptir ve bununla ilgili problemlerden birisi din eğitiminin müfredatıdır. Bununla birlikte bu müfredatın içeriğiyle ilgili sıkıntılarla karşı karşıya bulunmaktayız. Örneğin, din eğitimi müfredatı genel müfredat içerisinde mi düşünülmelidir yoksa farklı din ve mezheplere uyumlu özel kurallara mı ihtiyaç vardır. Buna göre ele alınan karar din eğitimi bakımından konuyu aydınlatacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Din Eğitimi Hakkı, Din Özgürlüğü, AIHS.*

ASSESSMENT OF ECtHR DECISION ABOUT EYLEM ZENGİN - TURKEY

ABSTRACT

Religious education intensively starts to be discussed last decate. According to this, religious education has many dimensions and one of the problems about it is cirriculum of religious education. Nevertheless, we face a dilemma about context of this cirriculum. To illustrate, should religious education be considered in the context of general education's cirriculum or it need to has specific rules that complied with different

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi, mehmetalizengin@selcuk.edu.tr

kind of religions or sects. According to this, the case is handled will enlight the subject in terms of religious education.

Keywords: *Right to Religious Education, Freedom of Religion, ECHR.*

I. GİRİŞ

Hazırlanan bu çalışmada AİHM'nin din hürriyetiyle ilgili vermiş olduğu bir karar esas alınarak zorunlu din dersi uygulaması din hürriyeti açısından değerlendirilecektir. Bununla birlikte ülkemizdeki yasal çerçeveye bir yana AB üyesi diğer ülkelerdeki durum ve AİHM'nin konuyla ilgili diğer kararları da çalışma kapsamına alınmıştır. Buna göre incelemeye çalıştığımız karara konu olan olay İstanbul'da yaşayan ve yine İstanbul Avcılar'da bir devlet okulunun 7. sınıfında okuyan Eylem ZENGİN'in zorunlu din dersinin Sünni İslam öğretilerine göre işlendiği ve din dersinin zorunlu olmasının laiklik ilkesine aykırı olduğu iddialarının babası Hasan Zengin'in kendisine asaleten, kızı Eylem'e de vekâleten AİHS'nin 34. maddesinin kendilerine tanıdığı hakkı kullanmak suretiyle AİHM önüne taşınmasından ibarettir.¹ Davacılar zorunlu din dersinin haklarını ihlal ettiğini AİHS'nin 9. maddesi ile 1 No'lu Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesinin ihlal edildiğini iddia etmektedirler.

II. DAVA DOSYASININ KABUL ŞARTLARI BAKIMINDAN İNCELENMESİ

A. Kişisel Başvuru Hakkı

AİHS Madde 34' e göre "İşbu Sözleşme ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek Sözleşmeciler Tarafından biri tarafından ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeciler Tarafından bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt ederler." Kararda da belirtildiği üzere kişisel başvuru hakkı dayanağını Sözleşmenin 34. maddesinden almaktadır. Türkiye Sözleşme'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde de onaylamıştır.

¹ Hasan ve Eylem Zengin – Türkiye, BN.1448/04, T.09.10.2007.

11 No'lu Protokolden Önce; 11 No'lu protokolden önce AİHS kişisel başvuruyu devletlerin isteğine bırakmıştı². Yani 11 No'lu protokolle değiştirilmeden önceki AİHS sisteminde bireysel başvuru usulünün çalışması, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminin tersine, AİHS'ne taraf olmakla otomatik olarak işlemeye başlamıyordu. Buna göre taraf devletlerin komisyonun kişisel şikâyet başvurularını inceleme yetkisini tanıdığına ilişkin özel bir beyanda bulunması gerekiyordu. Ülkemiz 1954'ten beri ilk kez 28.01.1987 yılında Komisyonun üç yıllığına bireysel başvuru incelemesi yapabilme yetkisini tanımış daha sonra bu süreler uzatılmıştır.³

11 No'lu Protokolden Sonra; 11 No'lu protokolden sonra artık tanıma beyanına ihtiyaç kalmamıştır. Yani 11 No'lu protokol kişisel başvuru yolunun işletilmesini taraf devletlerin kabul iradesine bırakmamış, kişisel başvuru yolu Sözleşmenin otomatik bir sonucu olarak görülmüştür.⁴ Ülkemiz 11 No'lu Protokolü 14.05.1997 tarih ve 4225 sayılı yasayla onaylamıştır. Bireysel başvuru hakkı ve AİHM'nin başvuruyu inceleme yetkisi 11'No'lu protokolden sonra taraf devletler açısından Sözleşmenin gereği olarak kabul edileceğinden ve karara konu olan olayında 11 No'lu protokolden sonra yakın zamanda meydana gelmiş olmasından dolayı davacıların kişisel başvuru haklarının olduğu ortadadır.

B. Davanın Kabul Şartları

1. Davacıların Niteliği Bakımından Aranılan Şartlar

a. Ehliyet

AİHS'nin 34. maddesi başvuruda bulunabilecekler arasında geçek kişileri de belirtmiştir. Buna göre davacıların dava açma hakları vardır. Bununla birlikte davacıların dava açma ehliyetlerinin olup olmamasının AİHM açısından önemi yoktur. Buna göre yaş küçüklüğü, kısıtlılık gibi ehliyet eksiklikleri ulusal hukukların aksine AİHM bakımından dava

² ANAYURT, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara, 2004, s.80.

³ GEMALMAZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, İstanbul, 2001, s.372.

⁴ ANAYURT, 2004, s.80.

açma engeli olmamaktadır.⁵ Sözleşme ehliyet konusunda özel bir düzenleme getirmediği için kişinin ehliyet durumu ne olursa olsun başvuru hakkına sahiptir. Öte yandan yakın akrabalar ölen kişinin yerine şikâyette bulunabilecekleri gibi dava sürmekteyken ölen kişinin yerine de davayı sürdürebilirler. Ayrıca kişiler kendilerini velileri, vasileri veya avukatları aracılığıyla da temsil ettirebilirler.⁶ Kararda belirtildiği üzere Hasan Zengin kendisi ve kızı adına mahkemeye başvurmuştur.⁷

b. Mağduriyet

Devletler kendi ülkelerinde meydana gelen ve kendi kurumlarının neden olduğu Sözleşmeye aykırı eylem ve işlemlerinden dolayı sorumludurlar.⁸ Sözleşmenin 34.maddesinde “mağdur olduğunu iddia eden kişiler” deyimini kullanılmaktadır. Buna göre kişisel başvuru bakımından sadece Sözleşmenin (ve Protokollerin) ihlal edilmesi yeterli olmayıp söz konusu bu ihlalin mağduriyete sebep olması gerekmektedir. Zaten mahkemede yalnızca Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklere ilişkin şikâyetleri incelemektedir. AIHM bir kararında davacının üvey kardeşi ve babasıyla vardığı 12.10.1982 tarihli yargısal çözümle (sulh) annesinin malvarlığı üzerindeki talebinden vazgeçmesinde Sözleşmeye aykırılıktan doğan bir mağduriyetin oluşmayacağına karar vermiştir.⁹ Davacı özellikle zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin öğretilme usulünün Sözleşmenin 9. maddesiyle, 1 No'lu protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesinde belirtilen haklarını ihlal ettiğini¹⁰ bu nedenle “mağdur” olduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte Mahkeme mağdur kavramına özerk yorum yoluyla çok geniş anlamlar vermek suretiyle bireysel başvuru hakkının kapsamı genişletmiştir.¹¹

⁵ ANAYURT, 2004, s.173.

⁶ ANAYURT, 2004, s.173.

⁷ Bkz. 6.prg.

⁸ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2005, s.53.

⁹ INZE/AVUSTURYA Kararı, BN.8695, KT. 28.10.1987. Prg.30.

¹⁰ Bkz. Karar 3.prg.

¹¹ KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul, 2005, 266.

c. Yetki Alanı

Bu başlık altında ihlalin nerede ve ne zaman gerçekleştiği incelenmektedir. Buna göre her ülke kendi egemenlik alanında meydana gelen ihlallerden sorumlu olabilir. Sözleşmenin birinci maddesinde bu durum “yetki alanında bulunan herkes” ifadesiyle belirtilmektedir. Ancak Mahkeme Loizidou/Türkiye davasında yetki alanı kavramı konusunda hukuksal yönü oldukça tartışmalı olan bir karar vermiştir. Buna göre Türk Silahlı Kuvvetlerinin Kıbrıs müdahalesiyle birlikte adanın kuzeyinde bir egemenlik alanı oluşturduğu, bu yerin Kuzey Kıbrıs Türk Devleti olarak adlandırılmasının burayı bir devlet haline getirmeyeceği, Türkiye’nin ulusal sınırlarının dışında da olsa, egemenlik alanı içerisinde bulundurduğu yerlerdeki Sözleşme ihlallerinden sorumlu olacağı belirtilmiştir.¹² Ayrıca 11 No’lu protokolle artık taraf devletlerin mahkemenin zorunlu yargılama yetkisini tanıyıp tanımamalarının bir öneminin kalmadığına belirtmek gerekir. Zira 11 No’lu protokolle birlikte Mahkemenin zorunlu yargılama yetkisi Sözleşmenin bir gereği haline geldi. 11 No’lu protokolden önce bu yetkinin taraf devletlerce tanınması gerekiyordu. Bu nedenle 11 No’lu protokol öncesi düzenlemeler bakımından ülkemizin bu yetkiyi tanıdığı tarih olan 22.01.1990 tarihinden sonraki olaylar dikkate alınmıyordu. Dava konusu olay ülkemiz sınırları içerisinde gerçekleşmiştir. Olay 11 No’lu protokol sonrasında gerçekleştiğinden Mahkemenin zorunlu yargılama yetkisi Sözleşmenin bir gereği olarak devreye girmektedir.¹³

2. Başvuruya İlişkin Genel Şartlar

- İç Hukuk Yollarının Tüketilmiş Olması,
- Süre Koşulu.

3. Başvuruya İlişkin Özel Şartlar

- Başvurunun Anonim Olmaması,
- Uluslar arası Bir Yargı Merciiine Aynı Konuda Başvuruda Bulunulmamış Olması,

¹² LOIZIDOU/TÜRKİYE Kararı, BN.15318, KT. 23.03.1995, Prg.62.

¹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargılama Yetkisi, Seçkin, Ankara, 2011.

- Başvuru Yolunun Kötüye Kullanılmamış Olması,
- Başvurunun Açıkça Temelden Yoksun Olmaması,
- Başvurunun Sözleşme Hükümleriyle Bağdaşır Olması.

Bunlarla birlikte başvurunun kabul edilebilirliği başvuru dilekçesinde bulunması gereken kayıtların tam olmasına da bağlıdır. Dairenin 6 Haziran 2004 tarihli kararıyla başvuru yukarıda sayılan kriterlere uygun bulunmuştur.

III. ADLİ YARDIM

Başvurucuların çoğunun avukat tutabilecek maddi koşullarının olmaması ve Türkiye'deki adli yardım sisteminin AIHM'ni kapsamaması nedeniyle Avrupa Konseyi tarafından gerekli şartları taşıyanlara adli yardım da bulunmaktadır. Davacıların adli yardım aldıkları kararın 2. paragrafında, alınan yardımın miktarında 850 Euro olduğu son kısmın 2. paragrafında belirtilmektedir. Adli yardım AIHS'nin 6.maddesinde ifadesini bulan adil yargılanma hakkının bir gereği olarak düşünülmekte ve garanti altına alınmaktadır. Buna göre adli yardım konusu taraflar arasında silahların eşitliği düşüncesine dayanmakta, adil yargılanmanın faydası ve adli yardım arasındaki önemli bağlantıya dikkat çekilmektedir.¹⁴ Adli yardımın kapsamı ve şartları AIHM İç Tüzüğü'nün 92 ve 93. maddelerinde düzenlenmektedir. Buna göre madde 92. "Adli yardım sadece, Daire Başkanının aşağıdaki noktalarda ikna olması halinde verilir: Daire önünde davanın gereği gibi görülmesi için adli yardım verilmesinin gerekli olması; yüklenilen masrafların tamamını veya bir kısmını karşılamak için başvurucunun yeterli mali imkânının bulunmaması" şeklindedir. Yine 93.maddeye göre "1. Yüklenilen masrafların tamamının veya bir kısmının karşılanması için başvurucuların yeterli mali imkanının bulunup bulunmadığını belirlemek için, başvuruculardan gelirlerini, malvarlıklarını ve bakmakla yükümlü oldukları kimseler adına yüklendikleri mali taahhütleri veya diğer mali yükümlülüklerini beyan edecekleri bir form doldurmaları istenir. Bu beyan yetkili ulusal makam veya merciler tarafından tasdik edilir. 2. İlgili Sözleşmeci Devletten bu konuda yazılı görüş bildirmesi istenir. 3.

¹⁴ European Court of Human Rights Jurisprudence on the Right to Legal Aid, Open Society Justice Initiative and the Public Interest Law Institute, 2006, s.2.

Yukarıdaki birinci ve ikinci fıkralardaki bilgiler alındıktan sonra, Daire Başkanı adli yardım sağlanıp sağlanamaması konusunda karar verir. Yazı İşleri Müdürü tarafları durumdan haberdar eder.”

IV. KARARA KONU OLAN OLAYLARIN, TARAF İDDİALARININ, OLAYA İLİŞKİN ULUSAL VE ULUSLARARASI YASAL DÜZENLEMELERİN İNCELENMESİ

A. Dava Konusu Olayın Geçmişi

Davacı Hasan Zengin 23.02.2001 tarihinde İstanbul İl Milli Eğitim Müdürlüğü'ne başvurarak ailesinin Alevi inancına mensup olduğu ve İHEB'nde belirtildiği gibi ailelerin çocuklarının alacağı eğitimin şeklini seçme hakları bulunduğu gerekçesiyle kızı Eylem'in din kültürü ve ahlak bilgisi dersinden muaf tutulmasını talep etmiştir. Davacılar iç hukuk yollarının tüketilmesi adına yargılama yoluna gitmeden önce idari başvuruda bulunmuşlardır.¹⁵ Bu durum İYUK'nun 11. maddesinde “İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma suresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma suresini durdurur.” şeklinde ifade edilmektedir. Maddeden de anlaşıldığı üzere bu mecburi bir başvuru yolu olmayıp ilgililerin isteğine bırakılmıştır. İlgililer isterlerse bu yola gidebilecekleri gibi doğrudanda dava açabilirler.¹⁶ Yani kural olarak tüketilmesi gereken iç hukuk yolları yargısal yollar olmakla birlikte, eğer bir idari makam yasada itiraz mercii olarak görülmüşse¹⁷, belirtilen bu idari yolların da tüketilmesi

¹⁵ İdari başvuru “kişilerin menfaatleri bulunan ve idari işlev kapsamına giren konularda kamusal makamlara yaptıkları başvurularının tümü ile; kamu yararını korumak amacıyla yetki verilen kamu görevlilerinin veya kamu tüzel kişilerinin diğer idari makamların yaptığı idari işlemlerin iptali değiştirilmesi veya geri alınması gibi nedenlerle yine yasaların gösterdiği idari işleve sahip makamlara yaptıkları idare hukukuna ilişkin başvurulardır.” şeklinde tanımlanmaktadır. YILDIRIM, Ramazan, İdari Başvurular, 2006, s.30.

¹⁶ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, TAN, Turgut, İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, C.2, 2003, s.330.

¹⁷ 111 Sayılı Askerlik Kanununun 103. maddesi askerlikle ilgili işlemlere karşı idari dava açabilmesinde Milli Savunma Bakanlığına başvuruyu zorunlu tutmuştur. Madde:103: “İş bu kanuna göre askerlik meclisleri veya kaza ve vilayet idare

gerekmektedir.¹⁸ Olayımızda böyle bir durum söz konusu değildir. Milli Eğitim Müdürlüğü 02.05.2001'de muafiyetin Anayasanın 24. ve 1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 12. maddesi gereğince yerine getirilemeyeceği cevabını vermiştir. Ardından davacı İstanbul İdare Mahkemesi'ne iptal davası açmıştır. Bu davada zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin asıl olarak Hanefî İslam'ın temel kuralları üzerine inşa edildiğini, kendi inancına ilişkin hiçbir şeyin öğretilmediğini iddia etmiştir. Davacı dersin zorunlu niteliğindedir ayrıca itiraz etmiştir. İdare Mahkemesi 28.12.2001 tarihli kararında davacının talebini Anayasanın 24. ve 1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 12. maddesine aykırı bularak reddetmiş, bu bağlamda davacının Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından talebinin reddinin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir. Davacı bu kararı temyiz etmiştir. Danıştay 14.05.2003 tarihli kararıyla temyiz başvurusunu reddetmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

B. Davaya İlişkin İç Hukuk Kuralları

Anayasa madde 24: “Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.

Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.

Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır.

heyetleri hakkındaki şikâyetler dahiliye ve müdafaa-i milliye vekaletlerince müştereken ve askerlik daire ve şube reisleri ile hekimler hakkında şikâyetler müdafaa-i milliye vekaletince tahkik ettirilir.”

¹⁸ ÇAVUŞOĞLU, Naz, “Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi”, İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000.

Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”

1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu¹⁹ madde 12: “Türk milli eğitiminde laiklik esastır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilköğretim okulları ile lise ve dengi okullarda okutulan zorunlu dersler arasında yer alır.”

Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu’nun 09.08.1990 tarihli 1 Sayılı Kararı: “Milli Eğitimi Bakanlığı’nın teklifi üzerine azınlık okulları dışında kalan ilk ve orta öğretim okullarımızda öğrenim gören T.C. uyruklu Hıristiyanlık ve Musevilik dinlerine mensup öğrencilerin bu dinlerden birine mensup olduklarını belgelendirmeleri kaydıyla din kültürü ve ahlak bilgisi dersine girmelerinin zorunlu olmadığı, ancak bu derse girmek istedikleri takdirde velilerden yazılı dilekçe getirmelerinin gerekli olduğuna karar verilmiştir.” Ayrıca hükümetin duruşma esnasında ateizm gibi diğer dini ve felsefi inançların da muafiyet kapsamı içinde değerlendirilebileceği kararda ifade edilmektedir.²⁰

Milli Eğitimi Bakanlığı’nın 19.09.2000 Sayılı Kararı: Bu kararlarla bakanlık din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin temel ilkelerini belirlemiştir. Bu ilkelere bazıları şunlardır;

- Günümüzde kültürlerarası etkileşim artarken barış kültürü ve hoşgörü ortamının sağlanması dinler hakkında bilgi sahibi olunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle ders müfredatı tüm dinlerce amaçlanan dürüst bireyler yetiştirme sonucuna yönelik olmalıdır.
- Laiklik ilkesi daima göz önünde bulundurulacaktır.
- Öğrencilerin sosyalleşmeleri iyi vatandaş olarak yetiştirmeleri için dini ve ahlaki bilgi ile onların duygu ve davranışlarına yer verilecektir.
- Milli birlik ve beraberliği güçlendirici sevgi, saygı, kardeşlik, arkadaşlık, dostluk bağlarını pekiştirici; vatan millet bayrak

¹⁹ RG: Tarih 24.06.1973, Sayı: 14574.

²⁰ Bkz. Karar prg.44.

şehitlik gazilik gibi milli ve kutsal değerlerin öğrencilere benimsetilmesine çalışılacaktır.

- İbadet kavramı geniş anlamıyla öğretilmeli çalışmanın, temizliğin ve güzel ahlakın ibadet olduğu benimsetilmelidir.
- İbadetlerin insanı erdeme ve mutluluğa götüren kazanımlarının bulunduğu işlenmelidir.
- Hz. Muhammed ile ilgili konular işlenirken O'nun ahlaki kişiliğiyle ilgili örnekler verilecektir.
- Konular ilgili ayet ve hadis mealleriyle desteklenecek açık ve anlaşılır hale gelmesi sağlanacaktır.
- İslam'ın hurafeden uzak akılcı ve evrensel bir din olduğu kavratılacaktır.

Görüldüğü üzere belirlenen bu ilkeler İslam'ın evrensel ilkelerini yansıtmaktadır. Bu ilkeler vasıtasıyla İslam'ın özellikle ahlaki öğretilerinin kullanılması suretiyle toplumsal barışın vatandaşlık bilincinin, dürüstlüğü, millet sevgisinin vs. aşılmasının amaçlandığı söylenebilir. Bu nedenle İslam'ın kendine özgü, ayırt edici yanlarının değilde diğer dinler açısından da ortak sayılabilecek unsurlarının kullanılması dersi alan öğrenciler arasındaki mezhepsel farklılıklara ters düşmeyecektir.

C. Davaya İlişkin Uluslararası Hukuk Kuralları

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi madde 18: “Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, anne-babalar ile mümkünse vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermeyi taahhüt ederler.”

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 1396 Sayılı 27.08.1999 tarihli Kararı: Alınan kararlar din eğitiminde öğrencilerin muhakeme yeteneklerini kullanmalarına yönelik olması dinlerin karşılaştırmalı olarak tarihi kökenlerine değinilmesi gibi hususlar belirtilmektedir. Ancak Zengin kararı açısından önemli olan nokta “...ailelerin özgür iradesine saygı için-çocuklarla ilgili olarak- ailelerin dini inançlarıyla devletin teşvik ettiği din eğitimi arasında ihtilaf çıkarmaktan kaçınılması”dır. Zira davacının iddiası böyle bir ihtilafın

çıktığı yönündedir.²¹ Ayrıca davacıya göre ahlak bilgisinin öğretilmesi daha çok bu derslerin gizli amacının belli edilmemesi için bir yöntemdir.²²

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 1720 Sayılı 04.10.2005 tarihli Kararı: Herkes kendi dininin 'doğru inanç' olduğuna inanmak hususunda aynı hakka sahip olduğu ve diğer insanların farklı dinden olmalarının veya hiçbir dine mensup olmamalarının farklılık meydana getirmeyeceğinin öğrencilere kavratılması için kendi devletlerindeki ve komşu devletlerdeki dinlerin uygulamasının anlatılması amaç olmalıdır. Devletin resmi dine sahip olduğu ülkelerde dahi kültür ve ibadet alanları arasındaki sınır aşılmamalıdır. Mesele bir inancın anlaşılması değil, dinlerin neden milyonlarca insanın inancına kaynak olduğu anlatılmalıdır. Din öğretmenlerinin özel bir eğitime ihtiyacı vardır. Bu anlamda öğretmenler kültür veya edebiyat bilim dalı öğretmeni olmalıdırlar.

İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu(IHKAK)'nun 5 Sayılı 27.05.2000 tarihli Kararı: Komisyon üye devletlerin hükümetlerine "Okullarda din öğretiminde kültürel çoğulculuğa saygının ve bu sonuca yönelik öğretmen eğitimi için düzenlemelerin sağlanmasını" tavsiye etmektedir.

İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nun 2005 tarihli Türkiye Raporu: IHKAK azınlık mensubu farklı dinlerdeki öğrencilerin muafiyeti söz konusu iken sadece Müslüman öğrencilerin bu dersleri takip etmesinin zorunlu olduğunu not etmiştir. IHKAK bu durumu belirsiz bulmaktadır. Eğer gerçekten bu ders farklı dini kültürler hakkında ise bunu sadece Müslüman çocuklar için zorunlu tutmanın bir nedeni yoktur. Bilakis eğer ders esasen Müslümanlık öğretimi için tasarlanmışsa sadece bir dine özgü demektir ve çocuklar ile onların anne babalarının dini özgürlüğünün korunması bakımından zorunlu olmamalıdır. Bu noktada IHKAK'ın Türk makamlarına tavsiyesi" Ya bu eğitimi seçmeli ders haline getirmeli ya da içeriğini gerçekten bütün dinlerin kültürlerini öğretecek şekilde düzeltmeli ve bundan böyle eğitimin (sadece) İslam dini öğretisi olarak algılanmaması için adımlar

²¹ Bkz. Karar prg.36,37.

²² Bkz. Karar prg.38.

atılmasıdır.” IHKAK'ın raporunda Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu'nun 09.08.1990 tarihli 1 Sayılı Kararı ele alınmakta ve azınlıkların din eğitiminden muafiyeti din eğitiminin içeriğinin bir gereği olarak görülmektedir. Raporda bu durum belirsizlik olarak ifade edilse de raporun tavsiye kısmına baktığımızda IHKAK aslında ülkemizde din öğretiminde kültürel çoğulculuğun bulunmadığını ifade etmektedir.

D. Olayın Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Değerlendirilmesi

Kararda Avrupa'daki din eğitimin laik eğitim ile sıkı bağları bulunduğu belirtilmektedir.²³ Buna göre 46 Avrupa ülkesinden 43'ünde devlet okullarında din eğitimi verilmektedir.²⁴ Bununla birlikte 46 ülkeden 25'inde din eğitimi zorunludur. Ancak bu dersin kapsamı ve yükümlülüğü her devlete göre farklılık arz etmektedir. Buna göre bazı ülkeler açısından din dersine girmek zorunlu iken²⁵, bazılarında muafiyetler tanınmakta²⁶, bazılarında ise öğrencilere zorunlu din dersi yerine geçen dersleri seçme fırsatı verilmektedir.²⁷ Avrupa'daki din eğitimine ilişkin bu genel yaklaşım göstermektedir ki çeşitli öğretim yöntemlerine rağmen hemen tüm üye devletler muafiyet mekanizması veya muadili dersi seçme imkânı tanıyarak öğrencilere din eğitimi derslerine katılmamayı sağlayacak en az bir yol sunmaktadır.

E. Tarafların İddiaları

1.Davacı

Davacılar din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin tarafsız, eleştirel ve çoğulcu bir anlayışla verilmediğini ileri sürmektedirler. Müfredatın bu eğitimi tamamen dini bakış açısıyla vermesi ve İslam inancı ve geleneklerinin Sünni yorumunu övmesi, Sünni İslam'ın geleneksel

²³ Bkz. Karar prg 30.

²⁴ Devlet okullarında din eğitimi verilmeyen ülkeler ise Arnavutluk, Makedonya ve Fransa'dır. (Alsas ve Moselle bölgeleri hariç). Karar prg 30.

²⁵ Bu ülkeler Türkiye, Finlandiya, Yunanistan, Norveç, İsveç'tir. Bkz. Karar prg.31.

²⁶ Bu ülkeler Avusturya, Kıbrıs, Danimarka, İrlanda, İzlanda, Liechtenstein, Malta, Monako, San Marino ve İngiltere'dir. Bkz. Karar prg.31.

²⁷ Bu ülkeler Almanya, Belçika, Bosna Hersek, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, Sırbistan, Slovakya ve İsviçre'dir. Karar prg.32.

ayinlerini açıklayan ders kitaplarıyla birlikte ele alındığında bu eğitimin objektiflikten yoksun olduğu iddia edilmektedir. Davacılara göre sadece İslam inancının kuralları, ayinleri her zaman Sünni biçimi ile öğretilmekte ve diğer dinler hakkında ayrıntılı hiçbir bilgi yer almamaktadır. Yine din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin müfredatının ve içeriğinin düzenleniş şekliyle davacının inancının varlığı Sünni bakış açılı İslam düşüncesinde inkâr edilmekte ve İslam Sünni bakış açısıyla öğretilmektedir. Davacılara göre laiklik ilkesiyle yönetilen bir devlet dini eğitim alanında geniş bir takdir marjına sahip olamaz. Devlet, devlet okulunda eğitim alan çocuklara bir dini öğretmemelidir. Davacılar dini inançların veya bunların ifade araçlarının meşruluğunu takdir yönünde, devlete tanınan her türlü yetkinin devletin tarafsızlık görevine aykırı olduğunu ileri sürmektedirler.

2.Hükümet

Hükümet din ve ahlak öğretiminin istismarını engellemek için bu eğitimin devletin denetimi altında yürütüldüğünü belirterek söz konusu derslerin farklı alt yapılardan gelen öğrenciler arasında anlayışı, hoşgörüyü ve saygıyı geliştirmek amacıyla ve her bir bireyin kimliğine, Türkiye'nin ulusal ve tarihi değerlerine ve diğer dinlere ve hayat felsefelerine yönelik saygı ve anlayışı geliştirmek için hazırlandığını vurgulamıştır. Yine dersin içeriğinin kesinlikle mezhepsel bir eğitimi içermediği vurgulanmıştır. Din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinde belirli bir dinin öğretisi ve ayinleri hakkında hiçbir özel bilgi verilmediği; çeşitli dinler hakkında genel bilgiler verildiği belirtilmiştir. Çağdaş Türk toplumunda İslami çalışmalara diğer dinler ve hayat felsefelerinden daha fazla zaman ayrılmasının meşru olduğu ifade edilirken laik sistemde din eğitimi verilebilecek en uygun kurumların devlet okulları olduğu iddia edilmiştir. Hükümete göre din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin içeriğinde İslam'ın ülkede temsil edilen bir mezhebinin veya bir tarikatının mensuplarının görüşleri dikkate alınmamıştır. Hükümet bu dersin zorunlu niteliğinin çocukları fanatizme yol açan hurafeler ve yanlış bilgilerden koruma zorunluluğundan kaynaklandığını belirtmektedir. Hükümete göre okul müfredatının hazırlanışı ve içeriğinin devletin takdir yetkisi içerisinde bulunması Mahkemenin yerleşik içtihatları gereğidir.

3.Mahkemenin Değerlendirmesi

a. Genel ilkeler

- Birinci Protokol'ün 2. maddesinin birinci ve ikinci cümlelerinin, sadece birbirinin değil, fakat aynı zamanda ve özellikle Sözleşme'nin 8, 9 ve 10. maddelerinin ışığında yorumlanmaları gerekir.

- Müfredatın oluşturulması ve planlanması, ilke olarak Sözleşmeciler Devletlerin yetkisi içindedir. Bu iş esasen, çözümü Mahkeme'nin görevi olmayan ve haklı olarak ülkeye ve zamana göre değişen amaca uygunluk meselelerini içerir. Ayrıca Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesi, devletlerin devlet okullarında verilen öğretim aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak dini veya felsefi türde objektif bilgiler yaymasını engellemektedir. Bu hüküm, ana ve babanın bu tür öğretim veya eğitimin okul müfredatına eklenmesine karşı çıkmasına da izin vermemektedir; zira aksi takdirde tüm kurumsallaşmış öğretimin işleyişi tehlikeye girer.

- 2. maddenin ikinci cümlesine göre Devlet, eğitim ve öğretim konusunda üstlendiği işlevleri yerine getirirken, müfredatta yer alan bilgilerin bir dinin telkininden uzak sakin bir ortamda²⁸ öğrencilerin din hakkında eleştirel düşünce geliştirmelerine imkân verecek şekilde²⁹ objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda iletilmesine özen göstermelidir. Devletin, ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygısızlık olarak değerlendirilebilir nitelikte belli bir fikrin aşılması amacıyla gütmeye çalışması yasaktır. İşte aşılmaması gereken sınır budur.³⁰

- Sözleşme organları, geçmişte dinler hakkında bilgi veren eğitimi Sözleşme'ye aykırı bulmalarına rağmen, öğrencilerin bir şekilde dini ibadete katılmaya zorlanıp zorlanmadıklarını veya herhangi bir şekilde dinsel aşılama maruz kalıp kalmadıklarını dikkatle tetkik etmişlerdir. Bu bağlamda, dersten muafiyet için yapılan düzenlemeler de dikkate alınması gereken bir unsurdur.³¹

²⁸ Bkz. Şefika Köse ve diğerleri - Türkiye kabuledilebilirlik kararı. BN: 26625/02, KT: 24.01.2006.

²⁹ Bkz. Karar prg. 27, özellikle Recommendation 1720 (2005) prg. 14.

³⁰ Bkz. Kararda geçen Kjellden, Busk Madsen ve Pedersen kararı, parag. 53.

³¹ Bkz. Anna-Nina Angeleni – İsveç Komisyon kabuledilebilirlik kararı. BN: 10491/83, KT: 03.12.1986; Zenon Bernard – Lüksemburg Komisyon

• Mahkeme, çoğulcu bir demokratik toplumda dini inançların meşruluğuna veya bu inançların açıklanma şekillerine ilişkin devlet tarafından yapılacak her tür değerlendirmenin, devletin çeşitli dinler ve inançlar karşısında tarafsızlık görevine aykırı bulunduğunu vurguladığını hatırlatır.³²

• Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesinin bu tür bir yorumu, aynı hükmün birinci cümlesine uygun olmasının yanı sıra, Sözleşme'nin 8 ile 10. maddeleriyle ve demokratik bir toplumun amaçları ve değerlerini korumak ve geliştirmek için tasarlanmış bir belge olan Sözleşme'nin genel ruhuyla da tutarlıdır.³³

b.Bu İlkelerin Uygulanması

Yukarıda ortaya konulan ilkeler ışığında Mahkeme, bu dersin içeriğinin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde öğretilip öğretilmediğini ilk olarak Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesiyle ilgili içtihatlarda ortaya çıkan ilkelere uygunluğunu ikinci olarakda Türk eğitim sisteminde ana ve babaların inançlarına saygıyı öngören hükümlerin getirilmiş olup olmadığını incelemiştir. Bu noktada mahkeme konuyu dersin içeriği ve anne-babanın inançlarına saygının sağlanması için uygun vasıtaların bulunup bulunmadığı şeklinde iki kısma ayırarak incelemiştir.

aa. Derslerin İçeriği

Bununla birlikte Mahkeme, her ne kadar ders yukarıda belirtilen ilkeler üzerine kurulu olsa da, öğretim programının öğrencilerde “ibadetlerin Allah’a karşı sevgi, saygı ve şükran duygularının ifadesi olmasının yanında, kişinin sağlığına, toplum fertlerinin birbirine sevgi ve saygı ile bağlanmalarına, yardımlaşmalarına, dayanışmalarına imkân verdiği konusunda” farkındalığı artırmayı ve “İslam’ın hurafeden uzak, akılcı ve evrensel bir din olduğunu farklı örneklerle açıklamayı” amaçladığını da gözlemlemektedir. Müfredat ayrıca, Kuran’ın ve

kabuledilebilirlik kararı. BN: 17187/90, KT: 08.09.1993; C.J., J.J. ve E.J. – Polonya Komisyon kabuledilebilirlik kararı. BN: 23380/94, KT: 16.01.1996.

³² Bkz. Manoussakis ve Diğerleri – Yunanistan kararı, BN:18748/91. KT: 26.09.1996 prg. 47; Hasan ve Chaush – Bulgaristan Büyük Daire kararı. BN: 30985/96, KT: 26.10.2000, prg. 78.

³³ Bkz. Pedersen-Danimarka kararı. BN: 68693/01, KT: 14.10.2004, prg. 53.

Muhammed Peygamberin davranışları üzerinde çalışmaları da içermektedir. Aynı şekilde 7. sınıfların müfredatı, örneğin “hac ve kurban”, “melekler ve diğer görünmeyen varlıklar” ve “ahirette iman” gibi, İslam dininin temel yönlerinin öğretimini içermektedir. Bu derslerde kullanılan ders kitapları üzerinde yapılan inceleme,³⁴ bu kitapların genel olarak dinler konusunda bilgi aktarmakla sınırlı kalmayıp, ayrıca Müslümanlık inancının başlıca ilkeleri hakkında eğitim verdiği ve örneğin iman, beş vakit namaz, Ramazan, hac, melekler ve diğer görünmeyen varlıklar kavramı, ahirete iman gibi, bu inancın kültürel ayinleri hakkında genel bilgi verdikleri görülmektedir.³⁵ Aynı şekilde, öğrenciler Kuran'dan pek çok sure ezberlemek ve görüntüler yardımıyla namaz kılmayı öğrenmek³⁶ ve değerlendirme için de bunlardan yazılı sınav olmak zorundadırlar³⁷ Milli Eğitim Bakanlığı'nın 373 sayılı ve 19 Eylül 2000 tarihli kararı uyarınca hazırlanan ilk ve ortaokullardaki müfredat ve tüm ders kitapları, diğer dinlere ve felsefelere göre İslam bilgisine büyük öncelik vermektedir. Devletin laik yapısına rağmen, İslam'ın Türkiye'de çoğunluğun benimsediği bir din olduğu göz önünde tutulduğunda, Mahkeme'ye göre bu durum kendi başına, belli bir fikrin aşılması olarak görülecek şekilde çoğulculuk ve objektiflik ilkelerinden uzaklaşıldığı anlamına gelmemektedir.³⁸ Ayrıca İslam öğretimine verilen önceliğin, Birinci Protokol'ün 2. maddesi bakımından kabul edilebilir sınırlar içerisinde kalmış olarak görülüp görülemeyeceği de bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de söz konusu müfredat ve ders kitapları ele alındığında, bu derslere devam eden çocukların zihinlerinin etkilenebileceğinin düşünülmesi makuldür. Bundan dolayı müfredatta yer alan bilgilerin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda verilip

³⁴ Davacılar 4., 5., 6., 7., ve 8. sınıflara ait, din kültürü ve ahlak bilgisi üzerine beş ders kitabı sunmuşlardır. Bunlar okullarda okutulmakta olup, MEB onaylıdır. 2007–2008 Öğretim Yılı için bu yıla mahsus olmak üzere ders kitabı yerine Din Öğretimi Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanacak öğretim materyallerinin kullanılması kararlaştırılmıştır. Bkz. Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı'nın 410 sayılı ve 28.12.2006 tarihli kararı.

³⁵ Bkz. Karar parag. 21.

³⁶ Bkz. Karar parag. 22.

³⁷ Bkz. Karar parag. 24.

³⁸ Bkz. Folgero ve Diğerleri Karar, parag. 89.

verilmediğinin incelenmesi gerekir. Bu noktada davacı, Alevi inancının okulda öğretilen din anlayışından birçok alanda farklı olmasına rağmen, zorunlu “din kültürü ve ahlak bilgisi” derslerinde bu inanç veya bu inanca ait dinsel uygulamalar hakkında hiçbir şey öğretilmediğini iddia etmiştir. Hükümete göre ise bu durumun nedeni, bu müfredatta İslam’ın ülkede temsil edilen bir mezhebinin veya bir tarikatın mensuplarının görüşlerinin dikkate alınmamış olmasıdır. Alevi inancına gelince, bunun Türk toplumunda ve tarihinde derin kökleri ve kendisine özgü özellikleri bulunan bir dini inanç olduğu taraflar arasında tartışmalı değildir.³⁹ Dolayısıyla bu inanç, okullarda öğretilen İslam’ın Sünni anlayışından farklıdır. Sonuç olarak “dini inançlar” ifadesinin, Birinci Protokol’ün 2. maddesinin ikinci cümlesi anlamında, bu inanca uygulanabilir olduğu şüphesizdir. Tabii ki ana ve babalar, çocuklarının doğal eğitimcileri olarak, onları kendi dini veya felsefi inançları konusunda aydınlatabilir, onları eğitebilir veya onlara rehberlik edebilirler.⁴⁰ Bununla birlikte, Sözleşmeciler Devletlerin din olgusunun öğretilmesini okul müfredatına eklemeleri durumunda, öğrencilerin ana ve babaları haklı olarak, muafiyet koşullarından bağımsız bir biçimde, konunun objektiflik ve çoğulculuk kriterlerine uygun olarak ve kendi dini ve felsefi inançlarına saygılı bir şekilde öğretilmesini bekleyeceklerdir. Dolayısıyla Mahkeme, demokratik bir toplumda, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü bağlamında, sadece eğitimde çoğulculuğun öğrencilerin dini konular bakımından eleştirel bir zihin geliştirmesine imkân verebileceği kanaatindedir.⁴¹ Bu hususta da şu belirtilmelidir ki, Mahkeme’nin birçok kez dediği gibi bu özgürlük, dini boyutu bakımından inananların kimliği ve hayat görüşlerine dair en önemli unsurlardan biri olmasının yanı sıra, ateistler, agnostikler, şüpheçiler ya da kayıtsızlar için de değerli bir kazanımdır.⁴² Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkeme, “din kültürü ve ahlak bilgisi” dersinde verilen öğretimin objektiflik ve çoğulculuk kriterlerini ve ayrıca başvuruçunun kendi özel durumunda, Eylem Zengin’in Alevi inancına

³⁹ Bkz. Karar parag. 8–9.

⁴⁰ Bkz. Kararda belirtilen Valsamis kararı, prg. 31.

⁴¹ Bkz. Parlamenterler Meclisi Tavsiye Kararı, prg. 13 (ii) no. 1396; Tavsiye Kararı prg. 14 no.1720; yukarıda prg. 26 ve 27.

⁴² Bkz. Buscarini ve Diğerleri - San Marino Büyük Daire kararı. KT:18.02.1999, prg. 34.

sahip babasının, ki ders içeriğinde bu konu açıkça eksiktir, dini ve felsefi inançlarına saygılı olma gereğini karşılar nitelikte görülemeyeceği sonucuna varmaktadır.

bb. Ana ve Babanın İnançlarına Saygının Sağlanması İçin Uygun Vasıtaların Bulunup Bulunmadığı

Mahkeme, Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesine göre Sözleşmeciler Devletlerin pozitif yükümlülüğü bulunduğunu ve bunun ana ve babaya devletin din öğretiminde kendi dini ve felsefi inançlarına saygı göstermesini isteme hakkı verdiğini yinelemektedir. Bir Sözleşmeciler Devletinin okul müfredatına din öğretimini dâhil etmesi durumunda, öğrencilerin okulda verilen dini eğitimle, ana ve babalarının dini veya felsefi inançları arasında bir çelişkiyle karşılaşmalarını mümkün olduğunca bertaraf etmesi gerekmektedir. Buna ilaveten, Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu Başkanlığının kararı sadece iki kategori Türk vatandaşı öğrenci için muafiyet imkânı sağlamaktadır; bunlar da ana ve babaları Hıristiyanlık veya Musevilik inancına mensup olan öğrencilerdir. Mahkeme'ye göre bu durum, bu konuda verilen eğitimin bu kategorideki öğrencilerin, okulda verilen dini eğitim ile ana ve babalarının dini veya felsefi inançları arasında çelişkilerle karşılaşmalarına yol açabileceğini göstermektedir. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu gibi Mahkeme de, bu durumun eleştiriye açık olduğunu değerlendirmektedir; zira “eğer bu ders gerçekten farklı dini kültürler hakkında ise, bunu yalnız Müslüman çocuklar için zorunlu tutmaya bir sebep bulunmamaktadır. Bilakis, eğer ders esas olarak İslam dinini öğretmek için hazırlanmış ise, bu takdirde ders belirli bir din hakkında olduğundan, çocukların ve onların ana ve babalarının din özgürlüklerinin korunması için zorunlu tutulmamalıdır”.⁴³ Mahkeme, Hükümete göre talep edildiği takdirde muafiyet imkânının diğer inançları da kapsayabileceğini kaydeder.⁴⁴ Bununla birlikte, bu muafiyetin kapsamı ne olursa olsun, ana ve babaların okul yetkililerine kendi dini veya felsefi inançları hakkında bilgi vermek zorunda tutulmaları, muafiyet yöntemini, kendilerinin inanç hürriyetine saygının temininde elverişsiz bir araç haline getirmektedir. Ayrıca Eylem Zengin'in durumunda olduğu gibi, açık bir metin bulunmadığı sürece,

⁴³ Bkz. Karar prg. 29.

⁴⁴ Bkz. Karar prg. 19.

okul yetkilileri her zaman bu tür bir talebi reddetme imkânına sahiptirler.⁴⁵ Sonuç olarak Mahkeme, muafiyet usulünün uygun bir yöntem olmadığı ve bu usulün öğretilen konunun okul ile ana ve babanın değerleri arasında bunlara bağlılık yönünden çocuklarda çelişkiye yol açabileceğini haklı olarak düşünen ana ve babalara yeterli bir koruma sağlamadığı görüşündedir. Bu özellikle de Sünni İslam dışında bir dini veya felsefi inanca sahip ana ve babaların çocukları için uygun bir seçenek bulunmayan durumlarda böyledir; bu durumda muafiyet prosedürü, ana ve babayı ağır bir yük altına sokabilir ve çocuklarının din derslerinden muaf tutulması için kendi dini veya felsefi inançlarını ifşa etmek zorunda bırakabilir.

cc. Mahkemenin Vardığı Sonuç

Yukarıdaki bilgileri göz önünde tutarak Mahkeme, başvuruçunun, 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesinde korunan hakkının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

Başvuruçular maddi ve manevi zararları için tazminat talebinde bulunmamışlardır. Başvuruçuların konumunu göz önünde tutan Mahkeme, Birinci Protokol'ün 2. maddesi bakımından ihlal tespit edilmiş olmasının, uğranılan zarar açısından tek başına yeterli bir adil karşılık oluşturduğu görüşündedir. Mahkeme ayrıca bu davada din öğretimi bakımından objektiflik ve çoğulculuk koşullarını karşılamayan, ana ve babanın inançlarına saygının temini için uygun bir yöntem sunmayan Türk eğitim sisteminin yetersizliği dolayısıyla Sözleşme'nin ihlalini tespit etmektedir. Bu sonuçlar bizzat göstermektedir ki, Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ikinci cümlesinde korunan başvuruçuların haklarının ihlali, bu dersin müfredatının uygulaması ve ana ve babanın inançlarına saygıyı temin için uygun yöntemlerin bulunmayışıyla bağlantılı bir sorundan kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, Türk eğitim sisteminin ve ulusal mevzuatın yukarıda anılan Sözleşme hükmüne uygun hale getirilmesinin, tespit edilen ihlalin sona ermesini mümkün kılacak uygun bir giderim şekli oluşturacağını dikkate almaktadır. Mahkeme ihlal tespit edilmiş olmasının, başvuruçuların

⁴⁵ Bkz. Karar prg. 11.

uğradığı manevi zarar için tek başına yeterli bir adil karşılık oluşturduğuna oybirliğiyle karar vermiştir.

V. KARARDA YER ALAN ÇELİŞKİLER

Paragraf (Prg) 22: Mahkeme öğrencilerin dersin kitaplarını okurken, “ayrıca Kuran’dan bazı sureleri de ezberlemeleri gerektiği anlaşılmaktadır” ifadesini kullanmakta bunun somut bir delilini ortaya koyamamaktadır. Mahkemenin bu hususu somut olarak ortaya koyması gerekmektedir. Kararın verilmiş tarihinde yürürlükte olan din eğitimi programı incelenmemiştir. Her ne kadar mahkeme bunu yapmamışsa da o tarihteki ilköğretim din kültürü ve ahlak bilgisi dersi (4, 5, 6, 7 ve 8. sınıflar) öğretim programında “Bu programı başarı ile tamamlayan her öğrenci; Fil suresini ezberden okur ve anlamını söyler” ifadesi yer almaktadır.⁴⁶ Öte yandan yeni uygulamaya konan program bakımından da surelerin ezberletilerek okutulması bir kazanım olarak ifade edilmektedir.⁴⁷ Aslında bu bilgiler din eğitimi bakımından Müslüman öğrencilerin öğrenmesi gereken bilgilerdir. Eğer din eğitimi eğitimin bir parçasıysa din eğitiminin kapsamı gereği bu surelerin öğretilmesinin gerekli olacağı ileri sürülebilir.

Prg. 8-9: Mahkeme Alevilik konusunda yeterli araştırma yapmamıştır. Aleviliği davacının beyanına göre değerlendirmektedir. Öncelikle Aleviliğin net olarak belirlenmesi gerekir. Alevilik Türk Dil Kurumu Sözlüğünde “Hz. Ali yanlısı olma durumu” şeklinde ifade edilmektedir.⁴⁸ Aleviliğin ne olduğu tam olarak ortaya konulmuş değildir. Davacıya göre Alevilik, diğer kültürlerden, dinlerden ve felsefelerden

⁴⁶ Karar tarihinde uygulanmakta olan program 19.09.2000 tarih ve 373 sayılı Kararı ile kabul edilerek uygulamaya konulmuş olup Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı'nın 410 sayılı ve 28.12.2006 tarihli kararıyla uygulamadan kaldırılmıştır. Eski program için bkz. www.imbkilis.com/din_kult.htm (28.11.2007)

⁴⁷ Bkz. İlköğretim Din Kültürü Ve Ahlak Bilgisi Dersi (4, 5, 6, 7 Ve 8. Sınıflar) Öğretim Programı Kılavuzu, MEB, Ankara, 2006. Bu program Millî Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı'nın 410 sayılı ve 28.12.2006 tarihli kararıyla uygulamaya konmuştur.

⁴⁸ www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAA
F6AA849816B2EF05A79F75456518CA E.t.29.11.2007.

etkilenen bir inanç ya da felsefedir. Öte yandan başvurucunun Aleviliği, İslami inanç içerisinde doğa ile yakın ilişkiyi, hoşgörüyü, tevazuu ve komşuluk sevgisini, din özgürlüğünü, insan haklarını, kadın haklarını, hümanizmi, demokrasiyi, akılcılığı, çağdaşlığı, evrenselliği, hoşgörüyü ve laikliği savunan bir inanç olarak belirtmesi aslında bir farklılığı ortaya koymamaktadır. Bu nedenle Alevilik sadece başvurucunun beyanlarına dayalı olarak değil bundan bağımsız bir şekilde ele alınmalıdır. Aslında toplumda yaygın olan kanaate göre başvurucu tarafından bunun aksi söylemler bulunsa da Alevilik inancı İslam'dan ayrı, bağımsız bir inanç olmayıp İslam içerisinde yer alan bir inanç ya da mezheptir.

Prg. 59: Kararda “Mahkeme, laiklik ilkesinin, Türk Anayasasının güvence altına aldığı gibi, Devleti tarafsız hakem rolüne yöneltmek suretiyle Devletin belli bir din veya inanç için tercih ortaya koymasını engellediğini ve din ve vicdan özgürlüğünü gerekli kıldığını belirtmektedir.⁴⁹ Bu bağlamda Mahkeme, ilk olarak dinin okullarda öğretilmesinin fanatizm ile mücadelede uygun bir yöntem olduğu ve ikinci olarak da idare mahkemelerinin ders müfredatının hazırlanmasını ve uygulanmasını laiklik ilkesine uygunluk bakımından denetlemekle görevli olduklarına dair Hükümetin görüşlerini ilgiyle kaydeder.”Denilmek suretiyle fanatizm kaygılarına yer veriliyor. Bu noktada din eğitiminin 1. Protokolün 2. maddesinin ihlaline karar veren mahkeme dinin okullarda öğretilmesinin fanatizm ile mücadelede uygun bir yöntem olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme, Avrupa’da din eğitimi ve öğretim yaklaşımlarının çeşitliliğine rağmen, hemen tüm Üye Devletlerin, muafiyet mekanizması öngörerek veya başka bir konuda ders seçme imkânı vererek veya din eğitimi derslerini tamamen seçmeli hale getirerek⁵⁰, öğrencilere din eğitimi dersleri dışında en az bir seçenek sunduklarını belirtmektedir.⁵¹ Bu noktada ülkemizin muafiyet mekanizmasını benimsemesi uygun olabilir. Zira seçimlik ders uygulaması halinde din eğitiminin okullarda alınması mecburi

⁴⁹ Bkz. Leyla ŞAHİN-TÜRKİYE kararı. BN:44774/98, KT:10.11.2005, prg. 113.

⁵⁰ Ülkemiz haricinde Yunanistan, Finlandiya, Norveç ve İsveç'tede bu mekanizmalar ulunmamakta olup bu ülkelerde de din eğitimi belirli bir inancın öğretimine yönelik olup derse devam zorunludur. Bkz. Karar prg. 31.

⁵¹ Bkz. Karar prg. 34.

olmayacağından bu eğitimin fanatik gruplara kayması muhtemeldir. Böyle bir durumun gerçekleşmesi de mahkemenin belirlemiş olduğu “fanatizm ile mücadelede” anlayışına uygun düşmemektedir. Ancak mahkeme “...muafiyetin kapsamı ne olursa olsun, ana ve babaların okul yetkililerine kendi dini veya felsefi inançları hakkında bilgi vermek zorunda tutulmaları, muafiyet yöntemini, kendilerinin inanç hürriyetine saygının temininde elverişsiz bir araç haline getirmektedir.” Demek suretiyle bir yandan da muafiyet çözümünü uygun bulmadığını belirtmektedir. Bu durumun varlığı konuya alternatif çözümlerin bulunmasını gerekli kılmaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 1720 Sayılı 04.10.2005 tarihli kararında da belirtildiği üzere devlet yetkilileri her ülkenin kendi özelliklerine ve öğrencilerin yaşlarına göre ders içeriklerini uyarlamalıdır.⁵² Bununla birlikte kararda konuya ilişkin yol gösterici somut öneriler bulunmadığından bundan sonra bulunacak çözümlerin mahkeme tarafından benimsenmeyeceği şüphesini bünyesinde barındırmaktadır.

Prg. 71-73: Mahkeme Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu'nun 09.08.1990 tarihli 1 Sayılı Kararı gereğince muaf tutulacak öğrenciler hakkında ana ve babanın kendi çocuğunun söz konusu derslerden muaf tutulması için okullara kendilerinin Hıristiyanlık veya Musevilik dinine mensup buldukları hakkında bir ön bildirimde bulunmaları zorunluluğunun, Sözleşme'nin 9.maddesine göre de bir sorun ortaya çıkarabileceği görüşündedir.⁵³ Bu bağlamda Mahkeme, Türk Anayasasının 24. maddesinde, “kimse ... dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz...” hükmünün bulunduğunu kaydeder.⁵⁴ Bundan başka Mahkeme, dini inançların bireysel vicdan meselesi olduğunu her zaman vurguladığını hatırlatmaktadır.⁵⁵ Kanaatimizce gerek Sözleşmenin gerekse Anayasamızın 24. maddesi bakımından bir ihlal söz konusu olmamaktadır. Çünkü burada talepte bulunanlar sahip oldukları farklılıklardan ötürü talepte bulunmaktadırlar. Söz konusu talepler bu kişiler hakkında düzenleme yapılabilmesinin gereğidir. Buna göre

⁵² Bkz. Karar prg. 27.

⁵³ Bkz. Karar prg.73.

⁵⁴ Bkz. prg. 16.

⁵⁵ Bkz. diğerlerinin yanında, Sofianopoulos ve Diğerleri - Yunanistan kabuledilebilirlik kararı, no. 1977/02, 1988/02 ve 1997/02.

devletin gerekli düzenlemeleri yapabilmesi bireylerin inançlarını bilmesine bağlıdır. İnançlarını bilmediği kişiler hakkında devletin eğitimde çoğulculuğu sağlayabilmesi imkânsızdır. Zaten burada kişilerin inançlarını durduk yere veya bir baskı sonucunda açıklamaları gibi bir durumda söz konusu değildir. Bu noktada inançların belirtilmesi bir açıklama değil belli bir amaca yönelik taleplerdir. Bu kişilerin inanmadıkları değerlere ilişkin bilgileri öğrenmek zorunda olmaları, bu durumdan kurtulmalarını sağlayacak yol olan inanç farklılıklarını beyan etmelerinden daha mı değerlidir. Ayrıca kararda “...Avrupa’da din eğitimi ve öğretim yaklaşımlarının çeşitliliğine rağmen, hemen tüm Üye Devletlerin, muafiyet mekanizması öngörerek veya başka bir konuda ders seçme imkanı vererek veya din eğitimi derslerini tamamen seçmeli hale getirerek, öğrencilere din eğitimi dersleri dışında en az bir seçenek sundukları” belirtilmek suretiyle muafiyet mekanizmasını tanıyan ülkeler örnek olarak gösterilmekte ve ülkemiz eleştirilmektedir. Bu noktada muafiyetin öngörüldüğü ülkelerde din dersinden muaf tutulacak öğrenciler neye göre belirlenmektedir. Elbette ki bu ülkelerde de muafiyet bireylerin beyanlarına göre belirlenecektir. Bu bakımdan Mahkeme muafiyeti hem bir çözüm olarak göstermekte hem de bunun Sözleşmenin ve Anayasamızın ihlali olacağını belirtmektedir. Ayrıca mahkemenin kararına bakılacak olursa davacıların Mahkemeye başvurmuş olmaları bile bu yolla inançlarını açıklamak zorunda kaldıklarından Sözleşmenin 9. ve Anayasamızın 24. maddelerinin ihlali anlamına gelecektir.

Prg. 67: Mahkeme kararda “Hükümetin de kabul ettiği gibi, ‘din kültürü ve ahlak bilgisi’ derslerinde Türk toplumuna hâkim olan dinsel çeşitlilik dikkate alınmamaktadır. Özellikle Alevi inancına mensup Türk nüfusunun oranı çok yüksek olmasına rağmen, öğrenciler bu inancın temel öğretilerine ve dinsel uygulamalarına ilişkin özellikler hakkında herhangi bir bilgi almamaktadırlar. *Hükümetin Aleviler hakkında bazı bilgilerin 9’uncu sınıfta öğretildiğiyle ilgili savı hakkında Mahkeme, başvurucular gibi*⁵⁶, *ilk ve ortaokulda bu inancın temel unsurları üzerine eğitim bulunmazken, bu inancın doğmasında başlıca etkisi olan iki kişinin hayatı ve felsefesinin 9’uncu sınıfta öğretilmesinin, bu öğretimin*

⁵⁶ Bkz. Karar prg. 43.

boşluklarının telafisi için yeterli olmadığı görüşündedir.” Denmektedir. Oysa ki mahkeme devletin çeşitli dinler ve inançlar karşısında tarafsızlık görevi bulunduğu ve objektif olması, din eğitiminde belli bir mezhebin esas alınmaması gerektiği görüşündedir.⁵⁷ Bu durumda Alevilik inancın temel unsurlarının üzerinde durulması devletin bu alandaki objektifliğini zedeler mahiyette olacaktır.

VI. DEĞERLENDİRME

Hükümetinde savunmasında yer verdiği gibi din eğitiminin devlet tarafından okullarda verilemesi bu eğitimin fanatik grupların eline geçmesinin önlenmesi kaygılarını taşımaktadır. Mahkemede bu kaygıyı makul bulmaktadır. Davacı din dersinin zorunlu tutulduğunu ve müfredatın Alevilik inancına uygun düşmediğini ileri sürmektedir. Mahkeme ise asıl sorunu din dersinin zorunlu olup olmamasından ziyade dersin içeriğinde görmektedir. Çünkü mahkeme din dersinin içeriğinin Sünni mezhebine göre hazırlandığını düşünmektedir. Bu noktada gerek eski müfredat gerekse 2007–2008 öğretim yılı için hazırlanan yeni müfredatın mezheplere göre değil de İslam dinin temel esaslarına göre hazırlandığı görülecektir.⁵⁸ Burada mesele mezhep ayırımı yapmaksızın genel olarak İslam dini bakımından temel olan iman ve ibadet konularına yer verilip verilmediğidir. Zira İslam'ın şartlarından birisi olan Hacca gitmek veya namaz kılmak gibi ana unsurlar uygulama farklılıkları bir yana bırakılacak olursa mezheplerin büyük bir kısmı bakımından kabul gören unsurlardır. Buna göre gerek eski gerekse yeni müfredatın İslam dininin temel unsurlarıyla, yani bir Müslüman'ın bilmesi gereken asgari bilgilerle donatıldığı ortadadır. Ayrıca müfredat farklı mezheplerin görüşlerinin yer alabileceği şekilde özel ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu'nun 09.08.1990 tarihli 1 Sayılı Kararıyla zaten T.C. uyruklu Hıristiyan ve Musevi öğrenciler bu dersten muaf tutulmuşlardır. Öte yandan hükümetin din eğitimini fanatizme kayış kaygılarıyla tekelinde

⁵⁷ Bkz. Karar prg.52–54.

⁵⁸ Özellikle yeni müfredatta dinin temel bilgi kaynakları dikkate alınarak İslam'ın kök değerleri çerçevesinde mezhepler üstü, herhangi bir mezhebi esas almayan, mezhebî tartışmalara girmeyen ve dinler açılımlı bir anlayışın benimsendiği belirtilmiştir. Bkz. İlköğretim Din Kültürü Ve Ahlak Bilgisi Dersi (4, 5, 6, 7 Ve 8. Sınıflar) Öğretim Programı Kılavuzu, s.2.

bulundurma isteği haklı bir gerekçe olarak düşünülebilir. Buna göre din eğitiminin okullarda verilmesi mahkemenin de kayda değer bulduğu bazı kaygıların gereğidir. Ancak okullarda verilen din kültürü ve buna ilave ahlak bilgisi dersinin ihtiyacı karşılamadığı ileri sürülebilir. Buna göre din eğitiminin toplumun ihtiyacını karşılayacak seviyede olması gerekir. Bu noktada bir Müslüman müfredattaki bilgilerin yetersiz olduğunu da iddia edebilir. Yine kararın genel ilkeler kısmında “**Birinci Protokol’ün 2. maddesi, eğitimde dini konular ile diğer konular arasında bir ayırım yapılmasına izin vermemektedir. Bu madde devlete, ister dini ister felsefi olsun, eğitim programının tamamında ana ve babanın inançlarına saygı göstermesini emretmektedir. Bu görev, sadece eğitimin içeriğine ve bunun hazırlanma şekline değil, fakat devlet tarafından üstlenilen tüm eğitsel işlevler’in yerine getirilmesine uygulanması nedeniyle geniş kapsamlıdır. ‘Saygı gösterme’ fiili, ‘kabul etme’ veya ‘dikkate alma’dan daha fazla bir anlam taşımaktadır. Devletin esas olarak negatif yükümlülüğüne ilaveten bazı pozitif yükümlülüklerini de ima etmektedir.**”⁵⁹ İfadeleri yer almaktadır. Mahkemeye göre; “2. maddenin ikinci cümlesi, **eğitimde çoğulculuğu** güvence altına almayı amaçlamakta olup, bu imkân Sözleşme’nin tasarladığı şekliyle ‘demokratik toplum’un korunması için asıldır. Modern devletin gücü göz önüne alındığında, devlet eğitimi vasıtasıyla bu amacın gerçekleştirilmesinin gerekliliği her şeyin üstündedir.” ve “**Çocuklarının ‘eğitim ve öğretimi’nden öncelikle sorumlu olan ana babaların çocuklarına karşı doğal görevleri olduğundan, ana babalar devletten kendilerinin dini ve felsefi inançlarına saygı göstermesini isteyebilirler. Böylece ana ve babanın bu hakkı, eğitim hakkından yararlanma ve bu hakkı kullanmayla sıkı sıkıya bağlantılı bir sorumluluğa karşılık gelmektedir.**”⁶⁰ Kararda belirtilen ilkeler göz önüne alındığında kararın sadece din eğitimi değil bütün eğitim sistemini hatta devletin tüm eğitsel işlevlerini kapsadığı söylenebilir. Öte yandan mahkemenin verdiği bu karar Şahin-Türkiye kararının gerekçeleriyle çelişmektedir. Genellikle “diğerleri” kavramı üzerinden sonuca ulaşan mahkeme davacıyı haklı bulurken “diğer” Musevi ve Hıristiyanları konunun çerçevesi içerisine dâhil etmekte ancak Alevi

⁵⁹ Bkz. Karar prg. 49.

⁶⁰ Bkz. Karar prg. 50.

olmayan bireyler bakımından her hangi bir açıklamaya yer vermemektedir. Alevilik mezhebinin gereklerinin yerine getirilmesinin yanı sıra mezhep öğretilerinin eğitimi konusunda konuya bu derece hassas yaklaşan mahkeme aynı tutumu Şahin kararında sergilememiştir. Buna göre Şahin kararında mahkeme Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesini davaya uygulanabilir bulmuştur.⁶¹ Mahkemeye göre üniversite yetkilileri, başörtüsü takan öğrencileri üniversiteye almaktan kaçınma ve aynı zamanda diğerlerinin haklarını ve eğitim sisteminin çıkarlarını koruma yükümlülüklerini yerine getirebilecekleri makul bir yol aramışlardır.⁶² Yani din dersi müfredatını 2. maddenin ikinci cümlesi gereğince eğitimde çoğulculuğu güvence altına almaktan uzak gören, anne babaların dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmediğini düşünen mahkeme Şahin davasında konuya aynı şekilde yaklaşmamıştır. Gerekçe olarak ise “Herkesin eğitim görme temel hakkı, devlet okullarında ve özel okullarda öğrenciler arasında fark gözetmeksizin güvence altına alınmış bir haktır. Önemine rağmen bu hak mutlak değildir; ‘niteliği gereği Devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden’, bazı zımni kısıtlamalara tabi tutulabilir. Şüphesiz eğitim kurumlarını düzenleyen kurallar, başka şeylerin yanı sıra, toplumun ihtiyaç ve kaynakları ile eğitimin farklı düzeylerine has özelliklere göre, zaman ve mekân içinde değişiklik gösterebilir. Dolayısıyla ulusal makamlar bu konuda belli bir takdir alanından yararlanmaktadırlar.”⁶³ İfadeleri kullanılmıştır.

KAYNAKÇA

ANAYURT, Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu,

Ankara, 2004.

BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargılama Yetkisi, Seçkin, Ankara, 2011.

ÇAVUŞOĞLU, Naz, “Avrupa Konseyi: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Denetim Sistemi”, İnsan Hakları, YKY, İstanbul 2000.

ERDEMİR, Aykan, “Alevi 'Önce hak' diyor”,

⁶¹ Bkz. Leyla ŞAHİN-Türkiye kararı. BN:44774/98, KT:10.11.2005. Prg.142.

⁶² Bkz. Leyla ŞAHİN-Türkiye kararı. Prg.159.

⁶³ Bkz. Leyla ŞAHİN-Türkiye kararı. Prg.154.

www.milliyet.com.tr/2007/12/03/siyaset/axsiy02.html.
(10.06.2011)

European Court of Human Rights Jurisprudence on the Right to Legal Aid, Open Society Justice Initiative and the Public Interest Law Institute, 2006.

GEMALMZ, Mehmet Semih, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, İstanbul, 2001.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2005.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, TAN, Turgut, İdare Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, C.2,2003.

İlköğretim Din Kültürü Ve Ahlak Bilgisi Dersi (4, 5, 6, 7 ve 8. Sınıflar) Öğretim Programı Kılavuzu.

KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul, 2005.

YILDIRIM, Ramazan, İdari Başvurular, 2006.

ÇOCUK DÜŞÜRTME FİİLLERİ VE CEZA SORUMLULUĞU

Arş. Gör. Dr. Murat AYDIN*

ÖZET

Kişilik doğumla başlayacaktır. Ancak doğmadan önce ceninin korunmasına yönelik bazı düzenlemeler yapılması zorunluluğu vardır. Bu çerçevede ceza kanunumuz çocuk düşürtmeye ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Hukuki düzenlemelere aykırı olarak gerçekleştirilen çocuk düşürtme fiilleri cezalandırılacaktır. Burada suçun konusu cenin olacaktır. Fail ise herkes olabilecektir. Kanunumuz belli şartların varlığı halinde çocuk düşürtme fiiline yönelik rızayı kabul etmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: *Cenin, çocuk, doğum, ceza, rıza.*

PROCURE ABORTION ACTIONS AND CRIMINAL RESPONSIBILITY

SUMMARY: Personality begins at birth. However, making some arrangements are necessary for protect the fetus before birth. Our criminal code have some arrangements about procure abortion. If there is some illegality about the abortions it will be punished by the criminal law. The subject of this crime is fetus. But this fetus should be life. The perpetrator can be everybody. Consent is adopted in some cases.

KEY WORDS: *Fetus, child, birth, punishment, consent.*

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

I- GENEL OLARAK

Hukuki manada kişilik¹ tam ve sağ doğumla başlar. Ancak ceninler açısından gelecekte kişilik kazanacakları düşünüldüğünden gerek ceza hukuku açısından gerekse medeni hukuk açısından belirli koruma hükümleri ihdas edilmiştir. Ceza hukuku boyutuyla özellikle gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin hükümler önem arz etmektedir. Gebeliğin sona erdirilmesi dış etkenler kaynaklı olabileceği gibi bazı hallerde tıbbi gereklerle bazı hallerde de hamile kadının rızası çerçevesinde gerçekleşebilmektedir. Ancak burada gebeliği sonlandırma fiili açısından mutlak bir serbestinin varlığından söz etmek mümkün değildir². Bu konuda Nüfus Planlaması Hakkında Kanun sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamaların ihlali halinde gerçekleştirilen fiiller suç teşkil edecektir.

Çocuk düşürtme bu fiile maruz kalan hamile kadın dışında birisi tarafından doğum yapılmadan önce gerçekleştirilen ve gebeliği sona erdirmeye yönelik olan her türlü hareketi ifade etmektedir³. Bu hareket gebe kadının rızasıyla olabileceği gibi rızası dışında da gerçekleştirilebilir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 468 ve 470. maddelerinde yerini bulan çocuk düşürme fiili Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 99. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

“(1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda,

¹ Kişilik kavramı, “kişiye bağlı ve hukukça korunan bedeni, manevi, hukuki nitelikteki varlıkların tümünü ifade eder. ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 8. Bası, Ankara 2002, s.207.

² KANBUR, Mehmet Nihat, “Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara, s.1230.

³ TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007, s.256.

çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması halinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir”.

Eski ve yeni TCK’da konuya ilişkin yer alan hükümler arasında benzerlikler olmakla beraber arada önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Yeni kanunda bulunmayan, 765 sayılı TCK’nın 472. maddesinde çocuk düşürtme fiilinin kişinin kendisinin veya akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş olması halinde cezanın indirilmesine ilişkin düzenleme yer almaktaydı. Bunun dışında yeni TCK’nın 99/6. maddesinde 765 sayılı kanunda yer almayan bir düzenleme yapılmıştır. 99/6. madde çerçevesinde suç mağduru kadının bu suçtan kaynaklanan gebeliğinin sonlandırılması için daha uzun bir süre öngörülmüştür⁴.

⁴ ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C.2, Özel Hükümler, Ankara 2008, s.578.

Ancak bu düzenleme suiistimale açık olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁵.

TCK m. 99'un gerekçesinde çocuk düşürtme suçları açısından 24.05.1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunda yer alan hükümlerin dikkate alındığı ifade edilmiştir. Çocuk düşürtme konusuna ilişkin olarak TCK ve Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun dışında Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te de düzenlemeler yer almaktadır.

II- KORUNAN HUKUKSAL YARAR

Çocuk düşürtme suçu TCK'da kişilere karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu çerçevede korunan hukuksal yararı ilk olarak insan hayatı olarak ifade etmek mümkündür⁶. Burada gelecekteki yaşam koruma altına alınmaktadır⁷. Burada ceninin ana karnında normal gelişimini tamamlayarak, bağımsız bir varlık olması hususu koruma altına alınmak istenilmektedir. Cenin ilkah anından itibaren korunmalıdır⁸.

Burada yaşayan birisinin korunmasını öngören hükümlerde düzenlenen ceza ile çocuk düşürtme suçu arasında fark olmasının nedeni, ceninin daha değersiz görülmesinden değil, objektif yararlar çatışmasından kaynaklanmaktadır. Burada cenin ve anne bir bütün olarak görülebilir. Bunun yanında annenin yararlarının çatışması ile ceninin yararlarının çatışması da karşımıza çıkabilir⁹.

Çocuk düşürtme suçunun düzenlenmesi ile ayrıca rızasının olup olmadığına bakılmaksızın vücudu üzerinde müdahalede bulunan

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Yener, "Hekimin Cezai Sorumluluğu", Roche Sağlık Hukuku Günleri, C.1 Tebliğler, İstanbul 2007, s.132.

⁶ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007, s. 443; ÖZBEK, s. 578-579.

⁷ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.255; PARLAR, Ali-HATİPOĞLU, Muzaffer, Ağır Ceza Davaları, Ankara 2007, s.164.

⁸ YURTCAN, Erdener, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, İstanbul 1990, s.43.

⁹ HAKERİ, s.443.

annenin sağlığı da korunmak istenmektedir¹⁰. Bu koruma ilk olarak çocuk dūřürtme fiilinin hekim dışında birisi tarafından yapılmasının cezalandırılması açısından, ikinci olarak çocuğun alınmasına ilişkin olarak getirilen süre açısından kendisini gōstermektedir¹¹. Annenin vūcut bütünlüğü ve sağlığının yanında gebe kadının anne olup olmama hususundaki kişisel hakkı olarak ifade edilmiřtir¹².

Doktrinde ayrıca, “ulusun, ırkın, ya da toplumun varlığını sürdürme hakkı, aileye ait bir varlığın var olma hakkı, ceninin gelecekteki yaşamı, genel ahlak ve devletin nüfus politikasının da korunduğu” belirtilmektedir¹³. Ancak, kanundaki madde başlığı olarak çocuk dūřürtme ve çocuk dūřürme ibareleri dikkate alındığında ulusun çoğalma gücünün korunan hukuksal yararlar çerçevesinde değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁴.

III- SUÇUN KONUSU

TCK’da suç ifade edilirken çocuk dūřürtme ifadesi kullanılmıştır. Ancak, TCK m.6/1-b’de “ocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kiři anlaşılır” denilmektedir. Bu erevede TCK m.6/1-b ile TCK m.99’un birlikte değerlendirilmesinden hatalı sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Nitekim Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 5. maddesinde “gebeliğin sona erdirilmesi” ibaresi kullanılmaktadır. Bu nedenle TCK m.99’un değerlendirilmesinde TCK m.6/1-b dikkate alınmamalıdır. Bu kapsamda suçun konusunu cenin olarak ifade

¹⁰ HAKERİ, s. 443; DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998, s.169(DÖNMEZER, Kişilere); ÖNDER, Ayhan, şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s.174; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.255; ÖZBEK, s.579.

¹¹ HAKERİ, s. 443-444.

¹² YENERER, ÇAKMUT, “Türk Ceza Hukukunda ocuk Dūřürme Suçu”, Ord.Prof.Dr. Sulhi DÖNMEZER Armađanı, C.I, Ankara 2008, s.589.

¹³ BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, s.246; ÖZBEK, s.579; DÖNMEZER de doğumların azalmasına neden olması dolayısıyla, suçun milli açıdan tehlike oluşturacağını ifade ediyor. DÖNMEZER, Kişilere, s.169.

¹⁴ YURTCAN, s.45.

edebiliriz¹⁵. Burada gerçekleştirilen fiil ceninin gelişimine son vermektedir¹⁶.

Suçun konusunun canlı bir kişi olması durumunda fiil TCK m.99 kapsamında ele alınmayacak kasten veya taksirle öldürme suçları kapsamında bir değerlendirme yapılacaktır¹⁷. Burada ceninin hangi andan itibaren insan olarak kabul edileceğinin tespiti önem arz etmektedir¹⁸. Bu kapsamda Türk hukukunda ceninin insan niteliğine kavuşabilmesi doğumun bitmesi şartına bağlı kabul edilmiştir¹⁹. Alman hukukunda ise ceninin insan sıfatını kazanma anı olarak doğum sancılarının başlaması kabul edilmiştir. Ancak bu durum sezaryenle doğumlar açısından netlik taşımaması nedeniyle eleştirilmiştir²⁰.

İnsan olma anının tespitinin önemini açıklamak açısından şu örnek verilmektedir: “Hekim, acil bir olayda nöbetçi hekim olarak bir bayan hastaya gider. Hasta karnının alt kısmındaki kramplardan şikâyetçidir ve hamile olmadığını söylemektedir. Hekim ise kadının hamile olabileceğini düşünür. Ancak buna rağmen, bu düşüncesini hastaya aktarmadığı gibi, jinekolojik bir muayene yapmaksızın sadece ilaç yazar. İki gün sonra kadın ölü bir çocuk doğurur. Alman Hukuku’nda doğum sancılarıyla yaşam başlamış bulunduğundan, hekim çocuğu taksirle öldürmeden dolayı sorumlu tutulacaktır. Ancak Türk Hukuku’na göre, henüz yaşam söz konusu olmadığından çocuğun öldürülmesi de söz konusu olamaz. Fakat TCK 89 gereğince hekim çocuğun düşmesine neden olduğundan taksirle yaralamadan dolayı sorumlu tutulacaktır”²¹.

Çoklu gebelik durumlarında ana rahminde bulunan ceninlerden birinin alınması halinde çocuk düşürtme suçunun oluşacağı ifade edilmektedir. Ancak konuya ilişkin net kanuni düzenlemeler yapılması

¹⁵ HAKERİ, s.444.

¹⁶ KANBUR, s.1232.

¹⁷ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.256.

¹⁸ HAKERİ, s.444.

¹⁹ HAKERİ, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006, s.19.(HAKERİ, Kasten); HAKERİ, s.445.

²⁰ HAKERİ, s.445.

²¹ HAKERİ, s.445.

gerektiği belirtilmektedir²². Yine çoklu gebeliğe ilişkin bir problem de çocukların tamamının düşürülmesi durumunda failin sorumluluğunun neye göre belirleneceğidir. Konuya ilişkin açıklamalar ve çözüm önerilerimiz içtima kısmında açıklanacaktır.

Burada fiile maruz kalan ceninin sağlığı bakımından bir etki olmamakta, anne ile ceninin ilişkisini sona erdirilmektedir. Sağlık açısından etkilenen kişi kadındır. Bu nedenle kadının da suçun konusu olduğu ifade edilmektedir²³.

IV- FAİL VE MAĞDUR

TCK m.99 kapsamında suçun failinin cenini taşıyan kadın dışında herkesin olabileceğini ifade edebiliriz²⁴. Gebe kadının kendisine yönelik olarak gerçekleştireceği bu yönde bir hareket çocuk düşürme olarak nitelendirilecek ve sorumluluk TCK m.100 kapsamında olacaktır. Bu hal dışında suçun oluşabilmesi için fail açısından herhangi bir özellik aranmamıştır. Failin sağlık mesleği mensubu olması gibi bir zorunluluk da yoktur. Yetkili olmayan kişiler bakımından suçun işlenmesi durumu sadece bir nitelikli hal teşkil etmektedir²⁵. Rahim tahliyesine yetkili olan kişiler 1983 tarihli Rahim Tahliyesi ve Sterizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m. 3 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede rahim tahliyesi, kadın doğum uzmanları tarafından yapılmalıdır. Bunun yanında bakanlık tarafından açılan eğitim merkezlerinde kurs göyerek yeterlilik belgesi alan pratisyen hekimler de kadın doğum uzmanlarının gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemiyle²⁶ rahim tahliyesi yapabilirler.

²² KANBUR, s.1233.

²³ KANBUR, s.1232. Aksi görüşte, TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.256.

²⁴ ERMAN, Sahir, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, s.191(ERMAN-ÖZEK).TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.255; ÖZBEK, s.580; YENERER ÇAKMUT, s.589.

²⁵ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.255; ÖZBEK, s.580.

²⁶ Menstrüel regülasyon deyimi, vakum aspirasyon yönteminin kullanıldığı küçük cerrahi müdahaleyi ifade eder. Rahim Tahliyesi ve Sterizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük m.2.

Suçun mağdurunu öncelikle gebe kadın olarak ifade edebiliriz. Çünkü korunan hukuksal yararın başında onun sağlığı ve vücut bütünlüğü gelmektedir. Burada ceninin mağdur olmasından söz edilemez. Mağdur sıfatının kazanılması ancak hayatta olan bir insan için mümkün olacaktır²⁷. Bunun için de tamamlanmış bir doğum olması gerekmektedir.

Yine doğumların azalmasının milli gelişimi olumsuz etkileyeceği kabul edilecek olursa, toplumu da suçun mağduru olarak ifade edebiliriz.

V- SUÇUN UNSURLARI

A- Suçun Maddi Unsuru

Çocuk düşürtme fiili yukarıda da tanımladığımız gibi gebe kadına yönelik olarak, onun cenini düşürmesini sağlayıcı nitelikte, kadının kendisi dışında birisi tarafından gerçekleştirilen her türlü hareketi ifade etmektedir²⁸. Burada düşürtme unsurunun neyi kapsadığı konusunda bir belirleme yapmak gerekmektedir. Öncelikle ifade etmek gereklidir ki, ceninin oluşmasını önleyici hareketler çocuk düşürtme suçunu oluşturmayacaktır. Bunun yanında daha önce de ifade ettiğimiz gibi çocuk doğduktan sonra da bu suçun işlenmesi mümkün değildir²⁹.

Çocuk düşürtme suçu serbest hareketli bir suçtur. Kanun hükmünde hareketin işleniş şekli ve araçlar açısından bir sınırlandırma söz konusu değildir³⁰. Bu çerçevede bir kadının çocuğunun düşürülmesine yönelmiş olan her türlü hareket suçun maddi unsurunu oluşturan hareket olarak ifade edilebilecektir³¹. Önemli olan yapılan hareketin çocuğun düşmesine elverişli olmasıdır³². Ceninin gebe kadınla olan ilişkisi tıbbi müdahale teşkil eden bir hareketle sona erdirilebileceği gibi, yaralama niteliği taşıyan hareketlerle de sona erdirilebilir³³. Yani

²⁷ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008, s.209.

²⁸ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.256,

²⁹ HAKERİ, s.447; ERMAN-ÖZEK, s.196; ÖZBEK, s.582.

³⁰ ERMAN-ÖZEK, s.196.

³¹ DÖNMEZER, s.184; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.256; ÖZBEK, s.581.

³² YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.137 (YENERER ÇAKMUT, Rıza).

³³ KANBUR, s.1237.

burada mutlaka cerrahi bir operasyon gerekmemektedir. Kadının çocuğunun düşürülmesi amacıyla tekmelenmesi, yumruklanması vasıtasıyla da bu suç işlenebilir³⁴. Yine suç, kürtajda olduğu gibi doğrudan ceninin alınması şeklinde işlenebileceği gibi, hamile kadına yönelik olarak gerçekleştirilen fiillerle de işlenebilecektir (Uyuşturucu madde vererek çocuğun düşürülmesinde olduğu gibi)³⁵.

Çocuk düşürtmeye yönelik hareketin yapılması neticesinde anne karnında ölmesi ya da kürtaj neticesinde doğduktan sonra ölmesi suçun oluşması açısından önem arz etmemektedir. Burada rahim içinde öldürülen cenin mutlaka düşecektir. Ceninin anne karnında ölmesinin ardından rahim tahliye edilmemiş olsa bile yani cenin anne karnında kalmış olsa bile suç işlenmiş olacaktır³⁶. Bu çerçevede doktrinde şu şekilde bir ayırım yapılmaktadır: Çocuk canlı doğmuş olsa bile çocuk düşürtme eylemi dolayısıyla ölmüşse bu fiil çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır. Çocuğun ölümü rahim tahliyesi niteliğindeki eylemin sonucu olarak gerçekleşmişse bu durumda araya giren zaman aralığı önem taşımamaktadır. Fiil yine çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır³⁷.

Çocuk düşürtme suçundan bahsedilebilmesi için çocuğun anne karnında yaşamsal fonksiyonlarını devam ettiriyor olması gerekmektedir. Aksi halde çocuk düşürtme suçundan bahsetmek mümkün olmayacaktır³⁸. Çünkü suçun oluşabilmesi için hareketin ceninin ölümüne yol açması şartı aranmaktadır³⁹.

Çocuk düşürtme suçu icrai hareketle işlenebilen bir suç niteliği taşımaktadır⁴⁰. Ancak doktrinde beyin ölümü gerçekleşmiş annenin bağlı bulunduğu aletlerin kapatılması neticesinde çocuğun ölümü durumunda ihmali hareketle suçun işlendiği ifade edilmektedir⁴¹.

³⁴ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.256; ÖZBEK, s.582.

³⁵ HAKERİ, s.447.

³⁶ HAKERİ, s.447; ERMAN-ÖZEK, s.197; ÖNDER, s.184.

³⁷ HAKERİ, s.447.

³⁸ ÖZBEK, s.582.

³⁹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.256.

⁴⁰ YENERER ÇAKMUT, Rıza, s.137,

⁴¹ HAKERİ, s.450.

Burada problem teşkil eden bir konu da çocuk düşürtme eylemi neticesinde sağ olarak dünyaya gelen çocuğa hekimin müdahale etmemesi neticesinde çocuğun ölmesi halinde sorumluluğun nasıl olacağıdır. Kural olarak her icrai hareketin içinde ihmali hareketi de barındırdığı ve bunun da ayrıca cezalandırılmadığı ifade edilmektedir⁴². Ancak doktrinde burada rahim tahliyesinin anne karnındaki cenine müdahale olduğunu, ceninin canlı olarak dünyaya gelmesinin ardından ortaya çıkacak ihmali hareketlerin ayrı suç oluşturacağı ifade edilmektedir. Buna gerekçe olarak da artık suçun konusunun bir insan olmasını gösterilmektedir⁴³. Kanaatimizce burada hekimin çocuk düşürtmeye yönelik olarak gerçekleştirilen hareketlere iştirak etmemiş olması halinde bu yönde düşünülebilecektir. Yani hekim kendi müdahalesi olmaksızın dünyaya gelen çocuğa müdahale etmez, bunun neticesinde çocuk ölürse ihmali hareketinden sorumlu tutulacaktır. Hekimin suça iştiraki durumunda artık ihmalden dolayı ayrıca sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu durum öldürme kastıyla hareket edip hasmını yaralayan kişiden yaraladığı kişiye yardım etmesini beklemekten farklı olmayacaktır. Böyle bir durumun varlığı halinde hekimin gerçekleştirmek istediği netice meydana geldiği için hekim tamamlanmış çocuk düşürtme fiilinden sorumlu tutulacak ayrıca kasten öldürmeden sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Bu çerçevede Yargıtay bir kararında çocuğunu düşüren anneye ilişkin olarak, “Gayri meşru olarak gebe kaldığı yedi aylık çocuğunu, namusunu kurtarmak için rızasıyla düşüren ve düştükten sonra da yaşayabilecek bulunan bu çocuğu öldüren suçlunun hareketini bir fiil saymak icap ederken suçluya hem çocuk düşürmekten ve hem de öldürmekten ayrı ayrı ceza verilmesi yolsuzdur” şeklinde bir karar vermiştir⁴⁴. Ancak bu karara katılmak mümkün değildir. Çünkü bu

⁴² HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s.305-306,

⁴³ HAKERİ, s.448

⁴⁴ GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, “İrkın Tümlüğüne ve Sağlığına Karşı Cürümler, A. Recai Seçkin’e Armağan, AÜHF Yayınları , Ankara 1974, s. 343. <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/armaganlar/recai-seckin-armagani/gozubuyuk.pdf>. Erişim tarihi:10.11.2008.

olayda annenin icrai bir hareketi söz konusudur. Bu nedenle fiil çocuk düşürme açısından teşebbüs aşamasında kalmıştır. Ayrıca bir de kasten öldürmeden sorumluluk söz konusu olacaktır.

Bu duruma benzer olarak çocuk düşürtmeye yönelik fiilini gerçekleştiren hekim dışında birisi çocuğun sağ olarak dünyaya gelmesi ancak bir süre sonra ölmesi halinde yine çocuk düşürtme suçundan sorumlu tutulacaktır. Burada yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden (TCK m. 98) sorumlu tutulmayacaktır.

Konuya ilişkin dikkate değer bir başka konu da gebe kadının öldürülmek istenmesi neticesinde kadının ölümüyle birlikte cenin de ölürse faile ayrıca ceza verilmeyeceğidir. Ancak, çocuk düşürtmeye yönelmiş olan fiil neticesinde anne de ölürse bu durumda her iki fiilden de sorumluluk doğacaktır. Kanunumuzda gebe olduğu bilinen kadına karşı öldürme fiilinin gerçekleştirilmesi cezayı arttıran nitelikli hal olarak öngörülmüştür (TCK m.82/1-f). Yine çocuk düşürtme eylemi neticesinde annenin de ölmesi cezayı arttıran nitelikli hal olarak belirlenmiştir (TCK m.99/3-4)⁴⁵.

Beyin ölümü gerçekleşmiş bir kadının, çocuğunun yaşatılabilmesi açısından, hayatta tutulup tutulmayacağı konusu da bu kapsamda değerlendirilmesi gereken önemli bir husustur. Burada çocuğu gelişimini tamamlama ihtimalinin bulunması durumunda annenin hayatta tutulması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁶.

Çocuk düşürtme suçunun oluşabilmesi açısından kural olarak kadının hamileliğinin kaçınıcı ayında bulunduğu önemli değildir⁴⁷. Ancak kadının rızasının bulunması halinde on haftayı aşmayan gebeliklerde yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen çocuk düşürtme niteliğindeki fiiller cezalandırılmayacaktır. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama hukuka aykırılık unsuru başlığı altında yapılacaktır.

Suç ceninin doğumdan önce öldürülmesi ile tamamlanmış olacaktır. Burada ceninin veya plasentanın rahimden çıkarılması

⁴⁵ HAKERİ, s.448.

⁴⁶ HAKERİ, s.448-449.

⁴⁷ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.257; ÖZEN, Mustafa, “Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S.5, Ocak 2005, s.98,

aranmamaktadır⁴⁸. Ancak müdahale neticesinde çocuk sağ olarak dünyaya gelir ve bunun ardından çocuk ölürse, ölüme düşürtmeye yönelik hareket neden olmuşsa yine netice gerçekleşmiş olacaktır⁴⁹.

Suçun oluşabilmesi açısından gerçekleştirilen hareketle meydana gelen netice arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Hareketle netice arasında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda, netice faile yüklenemeyecektir⁵⁰. Burada aranacak olan nedensellik hukuki manada olmayacak, doğa bilimleri çerçevesinde belirlenecektir⁵¹. Çocuk düşürtme suçu açısından cenin zaten ölmüş ise nedensellik bağından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Ancak burada anneye karşı yaralama suçu oluşabilecektir⁵².

TCK m. 99/1’de on haftaya kadar olan gebeliklerde annenin rızasını yeterli görmüş ayrıca annenin sağlığı açısından gebeliğin sona erdirilmesinin tıbbi bir sakınca oluşturmaması gibi bir koşul aranmamıştır. Ancak Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 5. maddesinde “Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir” denilmektedir. Burada annenin sağlığı açısından tıbbi bir sakınca bulunsa bile, onun rızası bulunması koşulu ile on haftaya kadar olan gebeliklerde bu suçun oluşmayacağı ifade edilmektedir. Ancak kadının sağlığının bozulması veya ölümüne yol açılmış ise (taksirle) yaralama veya öldürme suçlarının oluşabileceği belirtilmektedir⁵³. Bize göre de burada çocuk düşürtme suçu oluşmayacaktır. Ancak bir tıbbi müdahale söz konusu olması dolayısıyla gerçekleştirilen hareketten dolayı hekimin sorumluluğu doğacaktır. Çünkü burada hasta aydınlatılmasına rağmen, hekimden kendisi üzerinde kalıcı zararlara neden olabilecek bir ameliyeyi

⁴⁸ HAKERİ, s.451.

⁴⁹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.257.

⁵⁰ ARTUK, Mehmet Emin-GÖKCEN, Ahmet-YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007, s.412.

⁵¹ HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2011, s.169 (HAKERİ, Ceza Genel).

⁵² HAKERİ, s.451.

⁵³ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.258.

talep etmekte ve hekim de bu ameliyeyi tıbbi endikasyon olmaksızın uygulamaktadır. Bu durumda hekim sorumlu olacaktır⁵⁴.

B- Suçun Manevi Unsuru

Çocuk düşürme suçunun manevi unsurunu kast olarak belirleyebiliriz⁵⁵. Failin iradesinin çocuk düşürmeye yönelik olması gereklidir. Yani failin bu konuda hareketini bilerek ve isteyerek yapması gerekmektedir⁵⁶.

Taksirden dolayı sorumluluğun doğabilmesi için kanunda açık bir hükmün bulunması gerekmektedir⁵⁷. Bu kapsamda suçun taksirle işlenmesi durumunda cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Mesela hekimin çocuğun düşmesine neden olabilecek bir ilacı yanlışlıkla kadına vermesi durumunda taksirle çocuk düşürme fiili gerçekleşmiş olur. Ancak hekim bundan dolayı sorumlu tutulamaz. Burada anneye karşı taksirle yaralama suçunun oluşacağı ifade edilmektedir⁵⁸. Ancak kanaatimizce bu kesin hüküm her zaman doğru neticeler vermeyebilecektir. Mesela kadın hamile olduğunu henüz bilmeyebilir ve hekimde kadının başka bir hastalığına yönelik olarak bir ilaç vermiş olabilir. Burada hekimin anneye karşı taksirle hareket ettiğinden söz etmek mümkün değildir. Kaldı ki yaralamaya dönük olarak bir fiilin varlığından da bahsetmek mümkün değildir.

Ancak fiilin olası kastla işlenebilmesi mümkündür⁵⁹. Mesela yukarıda vermiş olduğumuz örneğe paralel olarak bir kadının hamile olabileceğini tahmin eden bir hekimin kadının bir başka hastalığına yönelik olarak vermiş olduğu ilacın çocuğun düşmesine yol açması durumunda, hekim eğer neticeyi öngörüyor ve kabulleniyorsa olası kastından dolayı sorumlu tutulacaktır. Fakat burada kadına yönelik olarak

⁵⁴ Tıbbi müdahalenin rızaya rağmen hukuka aykırılık teşkil etmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, s.164.

⁵⁵ HAKERİ, s.451; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.258; YENERER ÇAKMUT, Rıza, s.137.

⁵⁶ YURTCAN, s.76, KANBUR, s.1251.

⁵⁷ HAKERİ, Ceza Genel, s.224; ÖZGENÇ, s.248.

⁵⁸ HAKERİ, s.451.

⁵⁹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.258.

yaralama fiilini gerçekleştirecek olan failin kadının hamile olabileceğini öngörmesi durumunda çocuk düşürtmeden dolayı sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Failin sorumluluğu kasten yaralama çerçevesinde belirlenecektir⁶⁰.

Burada yanılığdan da bahsedilmesi yerinde olacaktır. Fail, kadının gebe olduğunu düşünerek çocuk düşürtmeye elverişli bir şekilde fiilini gerçekleştirirse kadının hamile olmaması durumunda çocuk düşürtmeden değil kasten yaralamadan sorumlu tutulacaktır⁶¹.

C- Hukuka Aykırılık Unsuru

1- Rıza

a- Genel Olarak Rıza

Burada tıbbi nitelikte bir müdahale söz konusu olduğu için hukuka uygunluk nedenlerinden rızanın özellikle dikkate alınması gerekmektedir. Ancak bu kapsamda geçerli bir rızadan bahsedilebilmesi için usulüne uygun olarak yapılacak bir aydınlatma gereklidir.

Rıza konusu TCK'nın 26/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez". Mağdurun rızasının kendisine yapılan hareketi hukuka uygun hale getirebilmesi için rızaya ehliyet, rıza açıklaması ve rızanın konusu şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir⁶².

"Volenti non fit iniura: Rıza gösterene karşı haksızlık söz konusu olmaz. Hekim-hasta ilişkilerinin temel ilkesi bu hukuksal olduğu gibi etik temel kurala dayanmaktadır. Öncede yeterince aydınlatılmış hastanın rızası tıbbi tedavinin temeli [sebebi] ama aynı zamanda sınırdır"⁶³

Anayasa m. 17'de tıbbi müdahaleler açısından rızanın önemine dikkat çekmektedir. Buna göre: "tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı

⁶⁰ ÖZBEK, s.589.

⁶¹ ÖZBEK, s.589.

⁶² HAKERİ, Ceza Genel, s.298.

⁶³ ROSENAU, Henning, "Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza", Çev: Ali Kemal YILDIZ, YÜHFD, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, C.III, S.2, Yıl:2006, s.49.

haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”.

Bu konuda kanuni bazda düzenlemelerde vardır. Nitekim 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı sanatlarının Tazı İcrasına Dair Kanun 70. maddesinde, “tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar” denilmektedir. Bunun yanında Medeni Kanun’un 23/3 ve 24. maddelerinde de rızaya dikkat çekilmiştir.

b- Hukuka Uygun Bir Rızanın Şartları

Rızaya ehliyet kapsamında rıza gösteren kişinin rızaya ilişkin hakkın sahibi olması ve rıza beyan etme yetkisi olmalıdır. Mesela akıl hastası olan birisinin göstereceği rıza bu anlamda geçerli olmayacaktır⁶⁴.

Rızanın açıklanması açık veya örtülü şekilde gerçekleşmelidir. Ayrıca rıza açıklaması sakat olmamalı ve rıza suç işlenmeden önce açıklanmış olmalıdır⁶⁵.

Rızanın hukuka uygun olabilmesi için suçun rızanın ilişkin olduğu konuda işlenmiş olması gerekmektedir. Bunun yanında rıza gösteren kişinin rızanın konusu üzerinde tasarruf hakkının bulunması gerekmektedir. Mesela kişi malvarlığına, şerefine, hürriyetine, cinsel özgürlüğüne ilişkin müdahalelere rıza gösterebilir. Ancak kendisine ait olmayan haklara ilişkin, yaşama hakkına ilişkin müdahalelere rıza gösterilmesi geçerli olarak kabul edilmemektedir. Tıbbi müdahaleleri ve buna bağlı olarak da çocuk düşürtmeye yönelik fiilleri kapsayan vücut bütünlüğünü ihlale yönelik müdahalelere yönelik verilecek olan rıza ise belli şartlar altında hukuka uygunluğu sağlayabilecektir⁶⁶.

c- Çocuk Düşürtme Suçunda Rıza

Doktrinde çocuk düşürtme suçuna ilişkin olarak TCK m.99/1-6’da belirtilen rızanın bir hukuka uygunluk nedeni değil suçta tipikliğe

⁶⁴ HAKERİ, Ceza Genel, s.299.

⁶⁵ HAKERİ, Ceza Genel, s.300.

⁶⁶ HAKERİ, Ceza Genel, s.301 vd.

ilişkin bir unsur olduğu ifade edilmiştir⁶⁷. Ancak kanaatimizce burada gösterilecek olan rıza bir hukuka uygunluk nedeni olacaktır. Ancak kanunda bu fiil açısından gösterilecek rızanın sınırı çizilmiştir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve Türk Ceza Kanunu on haftaya kadar olan gebeliklerde gebeliğe son verilmesine müsaade etmiştir⁶⁸. Bu çerçevede kadının rızası da bu dönem içerisinde hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun annenin yanı sıra evli ise eşinin de rızasının alınması gerektiğini ifade etmekteyse de TCK'da bu şart aranmadığı için yapılan fiil suç teşkil etmeyecektir. Ancak bu durumda hekime yönelik olarak idari yaptırım söz konusu olabilecektir⁶⁹.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi rıza hukuka uygunluk nedeninden yararlanılabilmesi açısından yapılan müdahalenin annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca doğurmaması şartı da aranacaktır⁷⁰.

Rızanın varlığı durumunda on haftalık gebelik şartı arandığından bunun belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu belirlenememiş ve cenin alınmışsa bu durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince hekim sorumlu tutulmayacaktır⁷¹.

Çocuk düşürtme suçu açısından rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için gerekli bir diğer şart da Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da bu fiili gerçekleştirmeye yetkili kılınmış kişiler tarafından hareket edilmesidir.

⁶⁷ ÖZBEK, s.585.

⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 17004/90 numaralı H v. Norway başvurusunda 14 haftalık gebeliğin sosyal nedenlerle sona erdirilmesini sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Komisyon, sözleşmeye üye olan devletlerin gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin iç mevzuat düzenlemelerini istedikleri gibi şekillendirme yetkilerinin olduğunu belirtmiştir. Konuya ilişkin olarak bkz. DÖNMEZ, Burcu, "TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AIHM'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması" DEÜHFD, C.9, S.2, 2007, s.136.

⁶⁹ HAKERİ, s.452

⁷⁰ HAKERİ, s.453.

⁷¹ HAKERİ, s.453.

Burada rıza gösterme yetkisi gebe kadına aittir. Çünkü burada şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak ve ehliyet söz konusudur. Yine burada kadının vücut bütünlüğü ve rahminde taşıdığı ceninin geleceği hakkında karar verme hakkı söz konusudur⁷².

d- Varsayılan Rıza

Çocuk düşürtme suçları açısından varsayılan rızanın geçerli olup olmayacağı hususu da önem taşımaktadır. Örneğin bilinci kapalı olan gebe bir kadının hastaneye getirilmesinde kendi hayatının kurtulması için çocuğun alınması durumunda sorumluluk nasıl belirlenecektir.

Varsayılan rıza ceza hukuku manasında suç tipine uyan bir eylemi yapan kişinin hak sahibinin rızası olmadığı halde objektif ölçülere göre rızasının varsayıldığı halleri ifade etmektedir⁷³. Varsayılan rızada hak sahibinin rızasının tersine olması muhtemel bulunan ve fail tarafından kabul edilen bir rıza söz konusudur⁷⁴.

Varsayılan rıza, “Rıza kuramı ile bir ilgisi bulunmayan ve bu kurama dayalı olarak açıklanması olanaksız bir biçimde üçüncü kişilerin yaptığı değerlendirmeye bir müdahale yapılması durumu” olarak da ifade edilmektedir⁷⁵.

Varsayılan rızadan söz edilebilmesi için hastadan ya da kanuni temsilcisinden açık bir irade beyanı alınmamış olması gereklidir⁷⁶. Bu nedenle varsayılan rıza ikincil nitelik taşımaktadır⁷⁷.

Konuyla ilgili olarak 1994 tarihli Amsterdam Bildirgesi’nin 3.3. maddesine göre, “Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişimin yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir”.

⁷² ÖZBEK, s.585.

⁷³ HAKERİ, s.165; ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s.139.

⁷⁴ ERMAN, s.139.

⁷⁵ ÜNVER, Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, YÜHFD, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, C.III, S.2, Yıl:2006, s.251 (ÜNVER, Rıza).

⁷⁶ ERMAN, s.139;ROSENAU, s.55.

⁷⁷ ROSENAU, s.55.

Aynı bildirgenin 3.7. maddesine göre, “Hastanın onay vermesinin mümkün olmadığı ve yasal temsilcisinin bulunmadığı veya bu amaçla seçilmediği bütün diğer durumlarda hastanın istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak alternatif karar alma biçimi için uygun değerlendirmeler yapılmalıdır”.

Burada dikkat edilmesi gereken ilk durum, hastanın bilincinin yerinde olmaması halinde rızanın kimin tarafından verileceğidir. Bu durumda hastanın uzun süreli bir bilinçsizliği söz konusuysa kendisine, Medeni Kanun’un 404. maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılarak, vasi atanması gerekmektedir. Ancak, bilinçsizlik durumunun geçici bir hal niteliğinde bulunması söz konusu ise, doktrinde acil hallerde temsilcilik müessesesinin öngörülmediği hallerin varlığı söz konusuysa, varsayılan rıza kurumuna başvurulabileceği ifade edilmektedir⁷⁸.

Varsayılan rıza, hukuka uygunluk nedenleri arasında değerlendirilmektedir⁷⁹. Hastanın rızası alınamıyor, ancak rızasının olabileceği kabul edilebiliyorsa hekimin hukuka uygunluk nedeni içinde hareket ettiği ifade edilebilir⁸⁰. Varsayılan rızada “hasta iradesini açıklayacak olsaydı ne yönde irade beyanında bulunurdu?” sorusunun cevabı aranacaktır⁸¹.

Varsayılan rızanın belirlenmesinde, makul üçüncü kişinin bakış açısından bir değerlendirme yapılmayacaktır. Somut olaydaki hastanın kişisel durumu, menfaatleri, istekleri, ihtiyaçları ve değer yargıları esas alınacaktır⁸². Hasta eğer kendisi karar verseydi ve bu kararını bildirseydi, bu kapsamda onun objektif olarak her durumda açıklayacağı rıza olarak değerlendirmek gerekmektedir⁸³. Varsayılan rızanın belirlenmesinde

⁷⁸ Deutsch-Spickhoff, kn.574,575; nakleden: HAKERİ, s.166.

⁷⁹ HAKERİ, Ceza Genel, s. 305 vd. Ancak doktrinde ağır yaralama niteliği taşıyan tıbbi müdahaleler açısından izin verilen risk öğretisinden yararlanmanın daha yerinde olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda görüşler için bkz. ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998, s.355; YENERER ÇAKMUT, Rıza, s.212

⁸⁰ HAKERİ, s.166.

⁸¹ HAKERİ, s.166.

⁸² HAKERİ, s.166.

⁸³ ROSENAU, s.55.

hastanın yakınlarının veya diğer ilgili kişilerin iradesi yardımcı olabilecekse de belirleyici değildir. Bu sadece hekime tanınmış bir yetkidir. Hekimin müdahalesi ne ölçüde kapsamlı ve ağır ise, hastanın muhtemel rızasının belirlenmesinde de objektif ölçüler aynı kapsamda değerlendirilmelidir. Hekim, hastanın muhtemel rızasının belirlenmesine yönelik dayanakları değerlendirmek ve bunlardan sonuca ulaşmak zorundadır. Ancak burada hekim açısından yüksek riziko söz konusu olması nedeniyle, öncelikle hekim hastanın rızasını almaya çalışmalı, bunu yapamıyorsa yeterli zamanının bulunması durumunda mahkemeden karar almalıdır⁸⁴. Bu yolların hiçbirine başvurma olanağı yoksa hekim yaşam lehine karar vermelidir⁸⁵.

e- Reşit veya Mümeyyiz Olmayan Kişilerin Rızası

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesine göre gebeliğin sona erdirilmesi gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un aksine doktrinde fiil bakımından mümeyyiz olması halinde kişinin küçük veya vesayet altında olmasının rıza gösterme konusunda yetkisinin kısıtlamayacağı ifade edilmektedir. Buna gerekçe olarak da burada şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması dolayısıyla bu yetkinin başkalarıyla paylaşılacağı belirtilmektedir. Ancak kadının temyiz kudretinin yerinde olmaması halinde veli ya da vasisi rıza gösterebileceği savunulmaktadır⁸⁶.

f- Rızayı Sakatlayan Haller

“Hukuken geçerli rızadan kasıt, yapılacak müdahaleye ilişkin kanuni düzenlemelerin ve koşulların elverdiği ölçüde müdahalenin niteliği, araç ve metodlar, yan tesirleri, olası riskleri, sonuçları, süresi,

⁸⁴ HAKERİ, s.167.

⁸⁵ L/U-ULSENHEİMER, § 139, kn 46a; nakleden: HAKERİ, ;s.167; Bu konuda ayrıca bkz. HAKERİ, İhmal, s.156, dn.412.

⁸⁶ ÖZBEK, s.586.

kimin tarafından, nerede, nasıl yapılacağı v.s. hususunda yeterince yerine getirilmiş aydınlatma yükümlülüğü sonrası özgür irade ile açıklanan rızadır⁸⁷. Aksi halde tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır.

Kişinin göstermiş olduğu rıza gerçek iradeyi yansıtmalıdır. Tıbbi müdahalelerde bakımından hastanın rızası, tehdit, cebir, hata, hile gibi nedenlerle saptırılırsa artık bu rıza geçerli olarak kabul edilemez. Mesela sakinleştirici iğnenin etkisi altında hastadan alınan rıza geçerli olmayacaktır⁸⁸. Bunun yanı sıra mesela önemsiz bir tıbbi müdahalede bulunmak için ya da tıbbi deneylerde bulunmak için hastanın rızasını elde etmek için hekimin, hastaya çok önemli hastalıklarının bulunduğunu söylemesi ve bu şekilde rıza alması halinde verilen rıza geçerli olmayacaktır⁸⁹.

Hastaya uygulanacak tıbbi müdahalenin, hastanın ruhsal sağlığı düşünülerek farklı şekilde anlatılması, basit olmadığı halde müdahalenin basit gösterilmesi suretiyle alınacak rıza geçersiz olmayacaktır. Burada hekim hastanın iyiliğini düşünerek bu şekilde davranmaktadır⁹⁰.

Burada dikkate değer bir konu da hastanın hastalıktan kurtulamama veya ölüm korkusu nedeniyle rızasının ne ölçüde geçerli olduğudur. Bu durumda kural olarak verilen rıza geçerli olacaktır. Kişideki anlama ve bilme yeteneği kanunda belirtilen ölçüde ortadan kalkmamış veya zayıflamamışsa verilen rıza geçerli olacaktır. Hastanın ölüm korkusu nedeniyle irade serbestisinin yokluğu kabul edilecek olursa

⁸⁷ ÜNVER, Rıza, s.239.

⁸⁸ HAKERİ, s.174; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s.259; CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.Baskı, İstanbul 2006, s.320; ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s.979-980, (ÜNVER, Hukuksal Değer); HANCI, İ. Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2005, s.92; YENERER ÇAKMUT, s.213; Yargıtay 4. HD. 7.3.1977, 6297/2541, YKD 1978, s.907.

⁸⁹ BAYRAKTAR, s.139; YENERER ÇAKMUT, s.214; HANCI, Malpraktis, s.92.

⁹⁰ HAKERİ, s.174; BAYRAKTAR, s.139; YENERER ÇAKMUT, s.214; aksi görüşte, HANCI, Malpraktis, s.92.

hayatın çeşitli olayları karşısında baskı altında bulunan kişilerde de bu serbestinin olmadığını savunmak gerekecektir ki bu da çok tutarlı olmayacaktır. Bu nedenle de kanunda kişinin anlama ve isteme yeteneklerine etki eden haller gösterilmiş ve bu durumlarda verilen rızaların geçerli olmadığı ifade edilmiştir⁹¹.

Hastanın başlangıçta verdiği rızası geçersiz olmakla birlikte daha sonra bu rızasını onaylarsa artık geçerli bir rızanın varlığından söz edilebilecektir⁹². Mesela başlangıçta hasta aydınlatılmaz ya da yanılıdır ve bunun neticesinde rızası alınırsa bu rıza geçersizdir. Ancak daha sonrada durumu öğrendiği halde rızasını onaylarsa geçerli bir rızadan söz edilebilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken konu rızanın onaylanmasının tıbbi müdahaleden önce gerçekleşmesidir. Tıbbi müdahalenin gerçekleşmesinden sonra verilen onay artık geçerli olarak kabul edilemeyecektir⁹³.

g- Aydınlatma ve Rıza Konusunda Yanılgı ve Bu Yanılgının Sonuçları

Hekimin yanılarak aydınlatma ve rızanın şartlarının gerçekleştiğini zannetmesi halinde hukuka uygunluk sebebinin şartlarında; aydınlatma ve rıza alma gibi bir yükümlülüğünün bulunmadığını zannetmesi halinde hukuksal yanılgı söz konusu olacaktır⁹⁴.

Hekimin hukuka uygunluk sebeplerinin varlığında yanılması halinde, ceza sorumluluğunu kaldıran bir nedene ait koşulların gerçekleştiği konusunda bir hataya düşmesi söz konusudur⁹⁵. Burada hekimin hatasından yararlanarak ceza sorumluluğundan kurtulabilmesi için hatasının kaçınılmaz olması gerekmektedir (TCK m.30/3).

Hekimin rızanın hukuksal şartlarında yanılgısının söz konusu olduğu hallerde hukuksal yanılgıdan bahsedilebilir⁹⁶. Mesela, hekimin

⁹¹ BAYRAKTAR, s.138

⁹² Deutsch-Spickhoff, kn.198; nakleden: HAKERİ, s.175.

⁹³ HAKERİ, s.175.

⁹⁴ HAKERİ, s.175.

⁹⁵ HAKERİ, s.175.

⁹⁶ HAKERİ, s.177.

endikasyon mevcut bulunduğu ve tıbbi standarda uygun hareket ettiği için hastanın rızasını aramaya gerek duymaması halinde hukuksal yanılığ söz konusudur⁹⁷. Hekim bu durumda işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüşse cezalandırılmaz (TCK m.30/4).

2- Zorunluluk Hali

Konuya ilişkin olarak özellikle üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da zorunluluk halidir. Genel nitelikli zorunluluk hali TCK m.25/2 de düzenlenmiştir. Buna göre: “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”.

Çocuk düşürtme suçuna yönelik olarak da TCK m.99/2’de zorunluluk hali düzenlenmiştir. “Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Bu kapsamda tıbbi bir zorunluluğun bulunması durumunda gebelik süresi dikkate alınmadan rızanın bulunması halinde çocuk düşürtme fiili gerçekleştirilebilecektir. Bu tip bir zorunluluğun bulunup bulunmadığı somut olay çerçevesinde tıp bilimine göre yapılacak bir değerlendirmeyle belirlenir⁹⁸.

Hangi halde tıbbi zorunluluk bulunduğu konusunda Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 5. maddesi yol gösterici niteliktedir. Bu kapsamda on haftadan fazla süreli gebelikler açısından annenin hayatını tehdit eden bir durumun varlığı söz konusu ise gebelik sona erdirilebilir.

Doktrinde zorunluluk hali çerçevesinde yapılacak olan bu tip bir müdahalenin kadının rızası olmasa bile cezalandırılmayacağı ifade edilmektedir. Buna dayanak olarak da Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 6/son maddesi gösterilmektedir⁹⁹. Buna göre: “Veli veya sulh

⁹⁷ Ulsenheimer, I § 1, kn.137; nakleden: HAKERİ, s.177.

⁹⁸ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.258.

⁹⁹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.258.

mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir". Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, burada herhangi bir nedenden dolayı irade yeteneği olmayan kişiler açısından tıbbi zorunluluğun bulunması halinde rızaları olmaksızın bu fiil gerçekleştirilebilecektir. Bu durumda da rıza olmadığından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Çünkü burada yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi varsayılan rıza söz konusu olacaktır. Bu anlamda eğer kadının irade yeteneği varsa ve rıza göstermiyorsa bu durumda yapılacak olan eylem çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır. Çünkü burada tıbbi müdahale niteliği taşıyan bir eylem söz konusudur ve bu müdahalenin de rıza olmaksızın yapılması düşünülemez. Sorumluluk TCK m.99/1 çerçevesinde belirlenecektir¹⁰⁰.

Kanunda zorunluluk hali açısından sadece annenin hayatının tehlikede olmasının göz önünde bulundurulup da vücut veya ruh sağlığının dikkate alınmamış olması doktrinde eleştirilere yol açmıştır¹⁰¹. Ancak, genel nitelikteki zorunluluk hali ile bu eksikliğin giderilebileceği ifade edilmiştir¹⁰².

3- Doğacak Çocuk ve Onu Takip Eden Nesiller Açısından Ağır Maluliyete Neden Olacak Bir Halin Varlığı

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5/2. maddesinde özel nitelikli bir hukuka uygunluk nedeni olarak doğacak çocuk ve onu takip eden nesiller açısından ağır maluliyete neden olacak bir halin varlığı düzenlenmiştir. Ülkemizde bu hükme dayanılarak on haftadan fazla gebeliklerde özürlü çocukların alındığı görülmektedir¹⁰³.

Burada maluliyetin ne zaman ağır sayılacağı ve bu maluliyetin ağırlığını kimin belirleyeceği sorusuna cevap bulunmalıdır. Doktrinde ağır maluliyet olarak tedavisi ve telafisi mümkün olmayan özrün anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Özellikle bir organın yokluğu

¹⁰⁰ HAKERİ, s.458

¹⁰¹ ERMAN-ÖZEK, s.199.

¹⁰² HAKERİ, s.458.

¹⁰³ HAKERİ, 453.

bu şekilde değerlendirilmektedir¹⁰⁴. Konuya ilişkin olarak Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'e ek 2 sayılı listede kadının hayatın hayatını ya da hayati organlarından birini tehdit eden durumlar ve çocuk için tehlikeli hastalıklar ve durumlar belirlenmiştir. Bu hallerin varlığı durumunda müdahale hukuka uygun olarak nitelendirilebilecektir¹⁰⁵.

Bu kapsamda çoğul gebelik halinde nasıl davranılacağı konusunda da bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Kadının ikiz veya daha fazla çocuğa hamile kalması başlı başına bunlardan birini ya da bir kaçını aldırma hususunda haklı bir neden oluşturmayacaktır. Aksi halde yine çocuk düşürtme suçu gerçekleşmiş olacaktır¹⁰⁶.

İkiz hamileliklerde çocuklardan birisinin özürlü olması durumunda bunların ikisinin de alınabileceği kural olarak onaylanmaktadır. Ancak burada sadece özürlü çocuğun alınması durumunda aranan tehlikeden daha ağır nitelikte annenin fiziki veya psikolojik olarak etkilenmesi şartı aranmaktadır¹⁰⁷.

VI- NİTELİKLİ HALLER

Çocuk düşürtme suçu açısından cezayı artıran nitelikli haller TCK m.99/3 ila 5. fıkralarında düzenlenmiştir. Bu çerçevede cezayı arttıran nitelikli halleri şu şekilde ifade edebiliriz.

Rızası olmaksızın çocuğu düşürülen kadın bu fiilden kaynaklı olarak beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarar görmesi veya hayatını kaybetmesi (TCK m.99/3).

Tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde on haftadan fazla süreli bir gebelikte çocuğun düşürtülmesi halinde kadının beden veya ruh sağlığı bir zarar görmesi ya da kadının ölmesi(TCK m.99/4).

Yetkili olmayan kişinin gebeliği sona erdirmesi (TCK m.99/5).

¹⁰⁴ HAKERİ, s.454; ERMAN-ÖZEK, s.199.

¹⁰⁵ HAKERİ, s.456; DÖNMEZER, s.194; YURTCAN, s.83.

¹⁰⁶ HAKERİ, s.456.

¹⁰⁷ HAKERİ, s.456.

VII- SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A- Teşebbüs

Çocuk düşürtme suçu teşebbüse müsait bir yapı arz etmektedir¹⁰⁸. Gebeliği sona erdirmeye yönelik hareketin yapılması ancak istenen neticenin yani çocuğun düşmesi neticesinin gerçekleşmemesi durumunda hareketin teşebbüs aşamasında kaldığını ifade edebiliriz¹⁰⁹.

Kadının çocuğunun düşürülmesine rıza göstermesi, bu amaçla kliniğe yatması hazırlık hareketleri olarak nitelendirilecektir¹¹⁰. Failin çocuğu düşürtmeye yönelik elverişli hareketleri yapmaya başlaması ile birlikte suç yoluna girdiği kabul edilir ve bu andan itibaren de teşebbüsten bahsedilebilir¹¹¹. Mesela kadına ilaç verilmesi ancak çocuğun düşmemesi durumunda teşebbüs söz konusu olacaktır. Aynı şekilde kadının çocuğunu düşürmesi için tekmelenmesi halinde çocuk düşmezse yine bu fiil açısından teşebbüsten söz edilebilecektir. Ancak burada tamamlanmış bir kasten yaralama fiili söz konusu olacaktır.

Elverişli hareketler yapılır ancak çocuk dünyaya canlı olarak gelirse yine teşebbüsün varlığından bahsedilebilir¹¹².

Gebe olduğu düşünülerek bir kadının çocuğu düşürülmeye çalışılsa fakat kadın hamile olmasa bu durumda işlenemez suç söz konusu olacaktır¹¹³. Ancak burada yaralama teşkil eden hareketler söz konusu ise failin kasten yaralamadan sorumluluğu doğacaktır.

Çocuk düşürtme suçu açısından gönüllü vazgeçme söz konusu ise buna ilişkin hükümlerin uygulanması da mümkündür. Bu çerçevede mesela hekimin kadına acıyarak eyleminden vazgeçmesi durumunda artık bu suça teşebbüsten cezalandırılması söz konusu olmayacaktır¹¹⁴. Ancak o ana kadar suç teşkil eden eylemlerinden sorumluluğu devam edecektir.

¹⁰⁸ HAKERİ, s.459; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.259; KANBUR, s.1252.

¹⁰⁹ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.259.

¹¹⁰ HAKERİ, s.459.

¹¹¹ ÖZBEK, s.590.

¹¹² HAKERİ, s.560; ERMAN-ÖZEK s.206.

¹¹³ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.259.

¹¹⁴ ÖZBEK, s.590.

B- İştirak

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi bu suçun faili anne dışındaki herkes olabilir. Bu bakımdan suç iştirak açısından özellik göstermez. Suça her türlü iştirak mümkündür¹¹⁵. Mesela failin bu suçu işlemeye yönelik bir düşüncesi yokken böyle bir düşüncesinin oluşmasının sağlanması durumunda azmettirme, fiili işlemesine yardımcı olacak aletleri temin etmesi durumunda yardım etme, kadının bayıltılması için narkoz verilmesi veya direncinin kırılmasının sağlanması durumunda müşterek faillik söz konusu olacaktır. Burada önemle ifade edilmesi gereken bir diğer konu dolaylı faillik müessesesinin bu suç açısından uygulanabilip uygulanamayacağıdır. Dolaylı faillik mümkündür. Mesela hekime kadının çocuğunun düşmesini sağlamak amacı ile bir akıl hastasına kadını dövdüren kişi dolaylı fail olarak cezalandırılacaktır.

TCK m.99/2 çerçevesinde annenin rızası ile tıbbi bir zorunluluk bulunmadan on haftadan uzun süreli gebeliklerde çocuğun alınması durumunda anne de fiili gerçekleştirilen kişi ya da kişilerin yanında sorumlu olacaktır. Ancak, burada bizim de katıldığımız görüşe göre annenin sorumluluğunun iştiraktan kaynaklanmamaktadır. Bu durum bağımsız bir sorumluluk türü olarak düzenlenmiştir¹¹⁶.

C- İçtima

Çoğul gebeliklerde çocukların düşürtülmesi durumunda bunların her birinin ayrı ayrı çocuk düşürtme suçunu oluşturacağı ifade edilmektedir. Ancak burada failin iki çocuğun düşürtülmesine yönelik kastının varlığı aranmaktadır¹¹⁷. Mesela, annenin birden fazla çocuğa hamile olduğunu bilmeden çocuğunu düşürtmeye yönelik hareketi gerçekleştiren kişi ikiz çocukların düşürmesine neden olursa bu durumda bir çocuk açısından kasten, diğeri açısından taksirle düşürtme suçu gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda taksirle işlenen suç açısından ceza verilmeyeceği için bir çocuk düşürtme suçundan dolayı sorumluluk doğacaktır. Ancak failin ikiz gebeliğin olabileceğini öngörmesine rağmen

¹¹⁵ HAKERİ, s.460; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.259; ÖZBEK, s.590.

¹¹⁶ HAKERİ, s.460-461; ERMAN-ÖZEK, s.206.

¹¹⁷ HAKERİ, s.461.

bu durumu göze alıp kabullenerek hareket etmesi halinde olası kastla çocuk düşürmeden de sorumlu olacaktır¹¹⁸.

Doktrinde konuya ilişkin farklı yaklaşımlar da söz konusudur. Bir görüşe göre cenin sayısı birden fazla olsa da burada mağdur sayısı tek olduğu için tek bir çocuk düşürtme suçunun oluşacaktır¹¹⁹. Konuya ilişkin diğer bir görüş ise burada tek fiille birden fazla kişiye karşı suç işlendiğinden bahisle TCK m.43/2 çerçevesinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını savunmaktadır¹²⁰. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü burada cenin söz konusudur ve cenini kişi olarak değerlendirmemiz mümkün değildir. Hal böyle olunca da bu kapsamda zincirleme suçun varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır¹²¹.

Çocuk düşürtme suçu açısından TCK m.43/1¹²² çerçevesinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı da tartışılması gereken bir konudur. Burada aynı kişiye bir suç işleme kararının varlığı çerçevesinde aynı fiillerin gerçekleştirilmesi söz konusu olduğuna göre

¹¹⁸ Benzer örnek için bkz. HAKERİ, s.461.

¹¹⁹ ÖZBEK, s.591. ERMAN-ÖZEK'e göre "Kadının birden fazla çocuğa gebe olup da, aynı ameliye sonucunda hepsinin düşürülmesi halinde, çocuk adedince suç işlenmiş olmayıp tek suç işlenmiş olur, çünkü çocuklardan birinin düşürtülüp diğerinin düşürtülmemesi tıbben imkânsızdır. Bir suç işlerken diğer suçun işlenmesinin zorunlu olduğu hallerde muhtelit suçun bulunduğu ve bu durumda failin tek suç işlemiş sayılacağı bilinmektedir. Bu zorunluluk, failin müteselsil suç sayılmasını da engeller, çünkü suç işleme kararındaki birlik sebebiyle müteselsil suç teşkil edip tek suç muamelesi gören çeşitli suçlardan birini işleyen kimsenin diğerini de işlemesinde herhangi bir zorunluluk bulunmamaktadır". ERMAN-ÖZEK, s.205.

¹²⁰ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.259.

¹²¹ HAKERİ, s.462.

¹²² TCK m.43/1'e göre; "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. **(Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/6 m.)** Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır".

bir kadına her gebeliğinde bu suçun işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanacak mıdır? Kanaatimizce burada çocuk düşürtme suçunun niteliği gereği bir suç işleme kararı çerçevesinde birden fazla kere işlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle de çocuk düşürtme suçu açısından TCK m.43/1 hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır¹²³.

Çocuk düşürtme suçu açısından TCK m.43/2¹²⁴ kapsamında zincirleme suçun varlığından bahsetmek ise mümkündür. Mesela, birden fazla kadının çocuklarını düşürmeleri amacıyla korkutulmaları durumunda tek bir cezaya hükmedilecektir.

Çocuk düşürtmeye yönelik hareketlerin yapılmasının ardından çocuk dünyaya sağ olarak gelir fakat bu fiilden kaynaklanan nedenlerle dünyaya gelişinin ardından ölürse sadece çocuk düşürtme fiilinden dolayı sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak, çocuk sağ olarak dünyaya geldikten sonra çocuğun ölümüne neden olacak hareketlerin yapılması durumunda hem çocuk düşürtme fiilinden hem de öldürme suçundan ayrı ayrı ceza verme yoluna başvurulması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁵. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü burada tamamlanmış bir çocuk düşürtme suçu yoktur. Suç teşebbüs aşamasında kalmıştır. Bu nedenle de failin sorumluluğu çocuk düşürtmeye teşebbüs ve öldürme fiillerinden kaynaklanacaktır.

VIII- CEZASIZLIK NEDENİ

TCK m.99/6'ya göre; "Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir".

¹²³ TEZCAN-ERDEM-ÖNOK bu duruma gerekçe olarak suçun kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenmiş olduğu için zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını ifade etmektedirler. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.259; aksi yöndeki görüş için bkz. ÖZBEK, s.591.

¹²⁴ TCK m.43/2'ye göre; "Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır".

¹²⁵ HAKERİ, s.462; ÖNDER, s.187.

IX- YAPTIRIM

TCK m.99/1'e göre rızası olmadan kadının çocuğunun alınması durumunda faile beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilecektir.

TCK m.99/2'de tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde on haftadan fazla gebeliğin sona erdirilmesi düzenlenmiştir. Burada fail ile fiile rıza gösteren anneye verilecek cezalar açısından bir farklılık söz konusudur. Faile iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verileceği düzenlenmişken, fiile rıza gösteren anneye bir yıla kadar hapis öngörülmüştür. Bu durum doktrinde eleştirilmekte ve anneye de faile verilecek ceza ile orantılı bir ceza verilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹²⁶. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü burada annenin çocuk düşürtme suçuna iştiraki söz konusu değildir¹²⁷. İştirakin varlığından söz edilecekse de burada olsa olsa yardım eden olarak nitelendirilebiliriz. Ayrıca burada rıza gösteren anneyi fail gibi cezalandırmak haksız ve adaletsiz sonuçlara neden olacaktır. Çünkü TCK m.100'e bakılacak olursa annenin çocuğunu düşürmesi halinde verilecek ceza bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.

SONUÇ

Tam ve sağ doğumla başlayan kişilik kazanılmadan önce hukuk düzeni insan olarak dünyaya gelmeye aday olan varlığa bazı haklar tanımıştır. Yine ceza hukuku manasında bir koruma sağlanmıştır. Bu kapsamda gebeliğin usule aykırı olarak sonlandırılması cezalandırılmaktadır. Konunun sınırları ise Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'da belirlenmiştir.

Çocuk düşürtme bu fiile maruz kalan hamile kadın dışında birisi tarafından doğum yapılmadan önce gerçekleştirilen ve gebeliği sona erdirmeye yönelik olan her türlü hareketi ifade etmektedir. Bu hareket gebe kadının rızasıyla olabileceği gibi rızası dışında da gerçekleştirilebilir.

Çocuk düşürtme suçu ile özellikle gelecekte karşımıza çıkması muhtemel ceninin yaşama hakkı ve annenin vücut bütünlüğü ve sağlığı korunmak istenmektedir.

¹²⁶ ÖZEN, s.99.

¹²⁷ ERMAN-ÖZEK, s.206.

Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu

Her ne kadar çocuk düşürtme suçunda çocuk ifadesi geçiyor olsa da burada suçun konusunu cenin oluşturmaktadır. Bu kapsamda canlı olarak doğmuş çocuğa karşı yapılacak olan hareketler kasten öldürme suçunu oluşturacaktır.

Çoklu gebelik durumunda ceninlerden birinin düşürülmesi halinde yine çocuk düşürtme suçu oluşacaktır.

Suçun faili çocuğu taşıyan anne dışında herkes olabilecektir. Bu kapsamda hekim dışında üçüncü kişiler de bu suçun faili olabilecektir.

Çocuk düşürtme suçu serbest hareketli bir suçtur, bu kapsamda her türlü hareketle bu suç işlenebilecektir. Çocuk düşürtmeye yönelik hareketin yapılması neticesinde anne karnında ölmesi ya da kürtaj neticesinde doğduktan sonra ölmesi suçun oluşması açısından önem arz etmemektedir.

Çocuk canlı doğmuş olsa bile çocuk düşürtme eylemi dolayısıyla ölmüşse bu fiil çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır. Çocuğun ölümü rahim tahliyesi niteliğindeki eylemin sonucu olarak gerçekleşmişse bu durumda araya giren zaman aralığı önem taşımamaktadır. Fiil yine çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır. Burada fiil neticesinde canlı olarak dünyaya gelmiş çocuk açısından düşürtme fiilini gerçekleştiren hekimin müdahale etmemesi halinde çocuğun ölmesi durumunda hekime hareket etme yükümlülüğü yükleyemeyeceğimiz için sorumluluk sadece çocuk düşürtme suçundan kaynaklanacaktır. Hekim ayrıca garantörlüğü dolayısıyla ihmali surette kasten öldürmeden sorumlu tutulmayacaktır.

Çocuk düşürtme suçunun oluşabilmesi açısından kural olarak kadının hamileliğinin kaçınıcı ayında bulunduğu önemli değıldir. Ancak kadının rızasının bulunması halinde on haftayı aşmayan gebeliklerde yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen çocuk düşürtme niteliğindeki fiiller cezalandırılmayacaktır. Burada gösterilecek olan rıza hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilecektir. Bunun yanında zorunluluk hali varsa on haftadan fazla süreli gebelikler de sona erdirilebilecektir.

Çocuk düşürtme suçu kasten işlendiğinde cezalandırılabilen bir suçtur. Taksirle işlenmesi halinde fail cezalandırılmayacaktır.

KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin-GÖKCEN, Ahmet-YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007.
- BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.Baskı, İstanbul 2006.
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005.
- DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bası, İstanbul 1998 (Dönmezer, Kişilere).
- DÖNMEZ, Burcu, “TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması” DEÜHFD, C.9, S.2, 2007, s.136.
- ERMAN, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003.
- ERMAN, Sahir, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994 (Erman-Özek).
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, “İrkin Tümlüğüne ve Sağlığına Karşı Cürümler, A. Recai Seçkin’e Armağan, AÜHF Yayınları, Ankara 1974. <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/armaganlar/recai-seckin-armagani/gozubuyuk.pdf>. Erişim tarihi:10.11.2008.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2011 (HAKERİ, Ceza Genel).
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.
- HAKERİ, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006 (Hakeri, Kasten).
- HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007.
- HANCI, İ. Hamit, Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2005.
- KANBUR, Mehmet Nihat, “Rahim Tahliyesine Yönelik Fiiller Bakımından Hekimin ve Diğer Sağlık Personelinin Çocuk Düşürtme Suçu Çerçevesinde Cezai Sorumluluğu”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel

- Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat- 1 Mart 2008 Ankara.
- ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.
- ÖZBEK, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 2, Özel Hükümler, Ankara 2008.
- ÖZEN, Mustafa, “Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları”, Terazî Aylık Hukuk Dergisi, S.5, Ocak 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2008.
- ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, 8. Bası, Ankara 2002, s.207.
- PARLAR, Ali-HATİPOĞLU, Muzaffer, Ağır Ceza Davaları, Ankara 2007.
- ROSENAU, Henning, “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, Çev: Ali Kemal YILDIZ, YÜHFD, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, C.III, S.2, Yıl:2006.
- TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007.
- ÜNVER, Yener, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, C.1 Tebliğler, İstanbul 2007.
- ÜNVER, Yener, “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, YÜHFD, 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, C.III, S.2, Yıl:2006.
- ÜNVER, Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1998.
- ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, (Ünver, Hukuksal Değer).
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003 (Yenerer Çakmut, Rıza).
- YENERER, ÇAKMUT, Özlem“Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürme Suçu”, Ord.Prof.Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.I, Ankara 2008.
- YURTCAN, Erdener, Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması, İstanbul 1990.

**GÜVENLİK KONSEYİ'NİN YASAMA YETKİSİ:
GÜVENLİK KONSEYİ YASA YAPABİLİR Mİ? ***

**LE POUVOIR NORMATIF DU CONSEIL DE
SÉCURITÉ: LE CONSEIL DE SÉCURITÉ PEUT-IL
LÉGIFÉRER?**

Josiane TERCINET

Çevirenler: Doç. Dr. Mehmet Akif KÜTÜKCÜ**

Yrd. Doç. Dr. Yasin POYRAZ***

Arş. Gör. Yasin SÖNMEZ**

ÖZET

Uluslararası toplumun özelliklerinden biri de bir yasa koyucunun yokluğudur. Halbuki, artık geniş ölçüde veto tehdidinden kurtulmuş olan Güvenlik Konseyi, potansiyelini geliştirmiş ve VII. Bölüme dayanarak kabul etmiş olduğu 1373(2001), 1540(2004) ve 1566(2004) Sayılı kararlarıyla, 3 defa, belirli bir krizin ele alınması ile ilgisi olmayan, genel ve kişilik dışı kurallar koymuştur. Bu uygulamanın meşruiyeti kadar geçerliliği de tartışma konusu yapılabilir. Güvenlik Konseyi'nin, buna birçok kereler başvurmuş olduğu doğrudur ancak bunu, belli bir

* JOSIANE TERCINET, LE POUVOIR NORMATIF DU CONSEIL DE SÉCURITÉ: LE CONSEIL DE SÉCURITÉ PEUT-IL LÉGIFÉRER? **Défense et Sécurité de la France Sécurité européenne et internationale Course aux armements et Désarmement Economie de la Défense**, No 55, Bölüm XXI, Fasikül 3, Mayıs 2005, Sayfa 69-87.

** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ölçüde, mevcut yükümlülükleri tamamlamak amacıyla, özellikle terörizme karşı mücadele kapsamında, Genel Kurul'un ilgili düzenlemeleri kabul etmemesi hallerinde kullanmıştır. Söz konusu kararlar, bazı devletlerin itirazlarına rağmen büyük bir zorluk yaşanmadan kabul edilmiştir. Bu uygulama yine de bir kez daha, Güvenlik Konseyi kararlarının kontrolü sorununu gündeme getirmiştir.

ABSTRACT

The absence of a legislator is one of the features of international society. Now, freed from the veto threat, the Security Council has spread out its capabilities and recently adopted general and impersonal rules disconnected from any special crisis, on the basis of three resolutions 1373(2001), 1540(2004), and 1566(2004), rooted in Chapter VII. The legitimacy as well as the validity of this practice may be disputed. The Security Council used it several times in fact, yet moderately, when seeking to complement obligations linked to the fight against terrorism, as the General Assembly would not adopt the relevant rules and conventions. Although some States may have objected, resolutions have been adopted with no great problem. This practice has nevertheless led to raise once more the issue of control over Security Council resolutions

*

Kendisine uluslararası toplumun ve uluslararası hukukun özelliklerinden birinin de bir uluslararası yasa koyucunun olmadığı öğretilmiş olan bir geleneksel hukukçu bu konuyu kışkırtıcı bulabilir. Yoksa Güvenlik Konseyi'ni bir çılgınlık rüzgarı mı sarmıştır? Ya da, SIEYES'in üçüncü halk katmanı (asıl metinde Tiers-Etat olarak geçer ve Fransız Eski Rejim Döneminde soylular ile din adamları dışındaki halk anlamına geliyordu, çevirenin notu) hakkındaki formüllerini aktaracak olursak: bloklar sistemi döneminde Güvenlik Konseyi neyi ifade etmekteydi? Hiçbir şeyi ya da çok az şeyi. Peki, günümüzde ne olmayı arzulamaktadır? Herşey ya da hemen hemen herşey. Bir veto tehdidinden büyük ölçüde kurtulmuş olarak Konsey, kendi potansiyelini uygulamaya koymakta ve hatta çok ileri giderek, genel ve kişilik dışı kurallar koyarak bir yasa koyucu gibi davranmaktadır.

Konsey bunu, bugüne kadar üç defa ve her üçü de VII. Bölüme dayanılarak oybirliği ile alınmış olan şu kararlar aracılığıyla

gerçekleştirmiştir: “Uluslararası barış ve güvenliğe terörist eylemlerden kaynaklanan tehditler” hakkındaki 28 Eylül 2001 tarih ve 1373 Sayılı karar; “Kitle imha silahlarının yayılmasını önleme” (bundan sonra KİS olarak anılacaktır) hakkındaki 28 Nisan 2004 tarih ve 1540 Sayılı karar ve; “Uluslararası barış ve güvenliğe terörist eylemlerden kaynaklanan tehditler” hakkındaki 8 Ekim 2004 tarih ve 1566 Sayılı karar.

Kuşkusuz, uluslararası bir yasa koyucunun gelişi “uluslararası hukukun halihazırdaki ‘kaynaklarının’ sefaleti karşısında” memnuniyetle karşılanacak bir durumdur¹. Ancak formülün yazarı hemen ardından şunu da eklemektedir: “Böyle bir reform mutlaka, kendisine etkin ve demokratik koşullarda olması umuduyla hukuk yaratma görevinin verileceği ve tüm devletler için ortak olan kurumsal bir aracın uygulamaya konulmasıyla mümkündür (...)”

Burada derhal, Güvenlik Konseyi’nin uygun organ olamama riskini taşıdığı kanısına varmaktayız. Dahası, Serge SUR, 1994 yılında SFDI (Fransız Uluslararası Hukuk Derneği) tarafından düzenlenen kolokyumda VII. Bölüm hakkında vardığı sonuçları şöyle yazmıştır: “Konsey [...] tercihini beyan edici kurallar koymaktan ziyade, her zaman eylemlerden ve olay bazında kararlardan yana kullanmıştır”².

On yıl sonra, Güvenlik Konseyi olay temelli ve hatta beyan edici yaklaşımının çok ötesine gitmektedir. Bunda konjonktürel nedenler olduğu gibi, daha yapısal ve kurumsal nedenler de vardır.

Konjonktürel nedenler, bir hiper-terörizm patlaması doğurmakta, bu da Güvenlik Konseyi’nin kendisini, uluslararası barışa yönelik bir tehdit olarak tanımladığı³ bu unsur karşısında birçok yönden

¹ Joe VERHOEVEN, “Les activités normatives et quasi-normatives des organisations internationales”, in: René-Jean DUPUY (Yön.), *Manuel sur les organisations internationales*, Académie de droit international (Uluslararası Hukuk Akademisi), 2. Basım, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1978, sayfa 414-415.

² Serge SUR, Conclusions générales, in: SFDI, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, 1994 tarihli Kollokyum, Rennes, Pédone, Paris, 1995, sayfa 314.

³ Olivier CORTEN, “Vers un renforcement des pouvoirs du Conseil de sécurité dans la lutte contre le terrorisme?”, in: Karine BANNELIER,

uyarlamasına yol açmaktadır ve bu nedenle, yukarıda belirtilen üç Konsey kararı da terörizm ile mücadeleye yöneliktir.

Daha yapısal, kurumsal nitelikteki nedenler, Güvenlik Konseyi'nin bir yandan barışın korunması ile ilgili olarak her açıdan başlattığı fikir yürütme girişimi sonucunda son on yılda aldığı, bağlayıcı ya da bir yaptırım gücüne sahip olmamakla birlikte genel kapsamlı ve kişilik dışı⁴, tematik ya da beyan edici diye adlandırılan çok sayıda karar ve bildirimleri, diğer yandan da onaylamış olduğu ve uluslararası sözleşmelerin yerini gerçek anlamda alabilen kararlar kapsamında geçirdiği evrim ile ilgilidir.

Tematik nitelikteki karar ve bildirimler özel bir dikkat gerektirmektedir, çünkü Güvenlik Konseyi'nin yetkilerini kullanmasında önemli bir dönüm noktası oluşturmuşlardır. Sorunlar daha sıcak iken değerlendirmek amaçlı bir güvenlik eylemi organı iken, barışın sağlanması bakımından “güvenlik” boyutu ile sorumlu olması gereken Konsey bir dönüşüm geçirerek, barışın “yapısal” boyutundan sorumlu olduğu kabul edilen Genel Kurul'a ayrılmış gibi görünen bir rol olan uzun vadeli bir hesaplama, fikir tartışması ve öngörü merkezi organı haline gelmiştir⁵. Güvenlik Konseyi böylece, aşamalı olarak, genel sorunları her türlü anlaşmazlık ve özel durumdan soyutlayarak ele alma alışkanlığı edinmiştir.

Théodore CHRISTAKIS, Olivier CORTEN, Barbara DELCOURT (Yön.), *Le droit international face au terrorisme*, CEDIN Paris I, Cahiers internationaux, no 17, Pédone, Paris, 2002, sayfa. 259; Josiane TERCINET, “Le Conseil de sécurité et le terrorisme”, in:Stanislav KIRSCHBAUM (Yön.), *Terrorisme et sécurité internationale*, Bruylant, Bruxelles, Kolleksiyon “Etudes stratégiques internationales”, no 2, 2004, sayfa 49 ve devamı.

⁴ Josiane TERCINET, “Le Conseil de sécurité et la sécurité humaine”, in:Jean-François RIOUX (Yön.), *La sécurité humaine*, L'Harmattan, Paris, 2002, sayfa 159 ve devamı.

⁵ Pierre-Marie DUPUY, “Sécurité collective et organisation de la paix”, *RGDIP* 1993, sayfa 617; ya da Charles CHAUMONT'un formülüne göre: à l'Assemblée générale la fonction d'étude, au Conseil de sécurité la fonction d'action, in:*L'équilibre des organes politiques des Nations Unies et la crise de l'Organisation*, *AFDI* 1965, sayfa 431.

Bu kategori bağlamındaki en eski kararlar yeterince ayrıntılı olmamakla birlikte terörizm ile ilgilidir: Uçak kaçırma⁶, rehin alma⁷, uluslararası sivil havacılığa karşı eylemler⁸. Hızlı bir biçimde yeterince açıklayıcı olmayan bildirimler çıkarılmıştır: 1985 yılında “Daha iyi bir Dünya için Birleşmiş Milletler ve Güvenlik Konseyi’nin uluslararası barış ve güvenlik hakkındaki sorumluluğu”na ilişkin bildiri, 1986 yılında “Uluslararası barış yılı ilanı”, 1990 yılında “Birleşmiş Milletler’in barışı sağlama operasyonları”na ilişkin bildiri. Doğal olarak, 31 Ocak 1992 tarihinde, Güvenlik Konseyi’nin birinci zirve toplantısı sırasında çıkarılan önemli bildiri ile öncelikle barış gündeminin ele alınmasını konu alan ve Birleşmiş Milletler personelinin güvenliğini ve operasyonları hakkındaki tüm bildiri ve karar dizisini de belirtmek gerekmektedir⁹.

Birçok bildiri zayıf kişi veya toplulukları hedeflemektedir: Mülteciler, göçe maruz bırakılan kişiler¹⁰, silahlı çatışmalardan etkilenen çocuklar¹¹, kadınlar¹², silahlı çatışmalarda sivillerin korunması¹³, Afrika¹⁴, Afrika’da mültecilere insani yardım ve aynı zamanda AIDS ile ilgili olanlar¹⁵, yaptırımların insani dayanışma bağlamında sonuçları¹⁶.

⁶ 286(1970), 618(1988) Sayılı kararlar.

⁷ 579(1985), 638(1989) Sayılı kararlar.

⁸ 635 Sayılı karar (1989).

⁹ Bildiri S/25493, 31 Mart 1993; 868 Sayılı karar (29 Eylül 1993); S/PRST/1997/13, 12 Mart; S/PRST/2000/4, 9 Şubat; S/PRST/2000/7, 9 Mart.

¹⁰ S/PRST/1997/34, 19 Haziran; S/PRST/1998/30, 29 Eylül.

¹¹ S/PRST/1998/18, 19 Haziran.

¹² S/PRST/2001/31, 31 Ekim; S/PRST/2002/32, 31 Ekim; S/PRST/2004/40, 28 Ekim.

¹³ S/PRST/2002/6, 15 Mart (Genel Sekreter tarafından hazırlanmış olan uzun bir yapılacaklar listesini içerir); S/PRST/2002/ 41, 20 Aralık; S/PRST/2003/27, 15 Aralık.

¹⁴ S/PRST/1998/18, 19 Haziran; S/PRST/1998/29, 24 Eylül.

¹⁵ S/PRST/2000/1, 14 Ocak.

¹⁶ S/PRST/1999/34, 30 Kasım.

Güvenlik Konseyi'nin Yasama Yetkisi: Güvenlik Konseyi Yasa Yapabilir mi?

Diğer bildirimler ise barışın korunması ve silahlı çatışmalar ile ilgilidir: silahlı çatışmaların önlenmesi¹⁷, barışın korunması ve sağlamlaştırılması¹⁸, hafif silahlar¹⁹, mayından arındırma²⁰, AIDS başta olmak üzere barışın korunmasının insancıl yönleri²¹, barışın korunması operasyonları açısından sivil polis²², bir çatışma dönemini takiben ulusal uzlaşma²³, çatışmaların idaresinin ve barışın sağlamlaştırılmasının sivil yönleri²⁴, BM'nin adalet ve hukuk devleti konularındaki rolünden doğanlar²⁵.

Bildirinin oluşturduğu az resmi nitelikteki desteğin yanı sıra Güvenlik Konseyi bağlayıcı olmayan, genel nitelikte kararlar almakta da tereddüt etmemektedir. Bunlardan bazıları, burada yine, savunmasız kişi veya grupların korunmasını artırmaya çalışmaktadır: silahlı çatışmalardan etkilenen çocuklar²⁶, Afrika'daki mülteciler²⁷, silahlı çatışmalarda sivillerin korunması²⁸, kadınlar, barış ve güvenlik²⁹. Diğerleri ise, insani konuları dışlamayan, barışın korunması ve güvenlik ile ilgili olanlardır:

¹⁷ S/PRST/1993/34, 30 Kasım; S/PRST/2000/25, 24 Temmuz.

¹⁸ S/PRST/1998/38, 29 Aralık; S/PRST/1999/21, 8 Temmuz; S/PRST/2000/10, 23 Mart.

¹⁹ S/PRST/1997/28, 24 Eylül; S/PRST/2001/21, 31 Ağustos; S/PRST/2002/30, 31 Ekim; S/PRST/2004/1, 19 Ocak.

²⁰ S/PRST/1996/37, 30 Ağustos; S/PRST/2003/22, 19 Kasım.

²¹ S/PRST/2001/16, 17 Haziran.

²² S/PRST/1997/38, 14 Temmuz.

²³ S/PRST/2004/2, 26 Ocak.

²⁴ S/PRST/2004/33, 22 Eylül.

²⁵ S/PRST/2003/15, 24 Eylül; S/PRST/2004/34, 6 Ekim.

²⁶ 1261 Sayılı karar, 25 Ağustos 1999; 1314 Sayılı karar, 11 Ağustos 2000 (25 Mayıs 2000 tarihli Protokol'den sonra çıkmıştır); 1379 Sayılı karar, 20 Kasım 2001; 1460 Sayılı karar, 30 Ocak 2003; 1539 Sayılı karar, 22 Nisan 2004.

²⁷ 1208 Sayılı karar, 19 Kasım 1998.

²⁸ 1265 Sayılı karar, 17 Eylül 1999; 1296 Sayılı karar, 19 Nisan 2000 (özellikle AIDS hastalığını konu edinen çok uzun karar).

²⁹ 1325 Sayılı karar, 31 Ekim 2000.

AIDS ve barışın korunması operasyonları³⁰, BM personelinin ve çatışma bölgelerinde yer alan ortak çalışanların korunması³¹, Afrika’da yasadışı silah akışının denetimi³², hafif silahların ve paralı askerlerin yayılması³³, silahlı çatışmaların önlenmesinde Güvenlik Konseyi’nin rolü³⁴, barışın korunmasında Güvenlik Konseyi’ne etkin bir rol tanınması gereği³⁵, terörizm³⁶. Bu konuda 20 Ocak 2003 tarihli ve 1456 Sayılı karar dikkati çekmektedir: Bu karar, Dışişleri Bakanları düzeyindeki bir Güvenlik Konseyi toplantısının ürünü ve terörizm ile mücadeleyi konu alan uzun bir bildirin kabulüne ilişkindir ve gerçek bir “yasama” nitelikli karar provasıdır.

Bu genel nitelikli metinlerin kabulü özellikle 1998–2000 yılları arasında artış göstermektedir. Tabii, ne kararlar ne de, *a fortiori*, bildiriler, VII. Bölüm temelinde hazırlanmışlardır ya da bağlayıcı bir terminoloji kullanmaktadırlar. Güvenlik Konseyi mevcut kurallara uymaya ve sözleşmeleri onaylamaya çağırılmaktadır; ayrıca tavsiyeler belirlemek yönünde çaba sarf etmektedir, devletleri ve örgütleri gelişim göstermeye teşvik etmektedir ki bu aynı zamanda, kendisi için de geçerlidir. Bu metinlerin çoğu insan güvenliği alanına girmektedir; hepsi barış ve güvenlik sorunlarının çözümü konuları ile bağlantılıdır. Konsey sıklıkla, barışın korunması konusundaki temel sorumluluğunu hatırlatmaktadır ve bunun kendi yetki alanı içine girdiğini, kendisi tarafından şimdiye kadar alışılmadık olan ancak artık olgunlaşmış bu davranışı ortaya koyarak göstermektedir. Konsey böylece, sadece özel,

³⁰ 1308 Sayılı karar, 17 Temmuz 2000.

³¹ 1502 Sayılı karar, 26 Ağustos 2003.

³² 1209 Sayılı karar, 19 Kasım 1998.

³³ 1467 Sayılı karar, 18 Mart 2003, (konu hakkında çok uzun bir bildiri yayınlamaktadır).

³⁴ 1366 Sayılı karar, 30 Ağustos 2001.

³⁵ 1318 Sayılı karar, 7 Eylül 2000, (Binyıl zirvesinden sonra kabul edilmiştir); 1327 Sayılı karar, 13 Kasım 2000 (Brahimi Raporu’ndan sonra kabul edilmiştir).

³⁶ 1269 Sayılı karar, 19 Ekim 1999; 1377 Sayılı karar, 12 Kasım 2001 (1373 Sayılı karar’ın uygulanmasının iyileştirilmesi amaçlıdır); 1456 Sayılı karar, 20 Ocak 2003.

münferit nitelikli krizlerden doğan durumları değil, uluslararası barış ve güvenliğe ilişkin genel nitelikli sorunların çözümü için de belirgin bir biçimde yeni ve güçlü bir istek ortaya koymaktadır. Bazı üye devletler, yakın bir tarihte, tematik konulardaki tartışmaların çoğalmasından duydukları endişelerini dile getirmişlerdir. Bu rahatsızlığın göstergesi, 2004 yılında Güvenlik Konseyi raporunun Genel Kurul'da görüşülmesi esnasında Jamaika temsilcisinin ifadeleridir: “Bize göre bu tür tartışmalar, Konsey'in çalışmalarına gereksiz bir iş yükü getirmektedir. Diğer yandan, bu uygulama bizi gittikçe daha da kaygılandırmaktadır. Çünkü burada artık bir çifte görevin varlığından korkmaktayız ve Konsey, daha çok Genel Kurul'un ilgilenmesi gereken konular bakımından yetkisini aşmamalıdır.” Temsilci bunlara ek olarak, uygulamanın terk edilmesini önermektedir³⁷.

Güvenlik Konseyi, bu bildirimlerin yanı sıra, tam anlamıyla uluslararası sözleşmelerin yerine geçen kararlar almıştır: Bunlar, Irak-Kuveyt Savaşı sonunda barış andlaşması yerine geçen 3 Nisan 1991 tarih ve 687 Sayılı karar³⁸ ile Konsey'in alt organı vasfıyla iki uluslararası ceza mahkemesini kuran, uluslararası örgütlerin kurucu andlaşmalarına eşdeğer 827(5 Mayıs 1993) ve 935(1 Temmuz 1994) Sayılı kararlardır. Her üç durumda da kararlar, VII. Bölüm temelinde alınmıştır ve düzenleyici bazı nitelikler taşımakla birlikte, belirli bir durumun çözümü ile ilgilidir; her defasında, barışın sağlanması veya kurulması aşamalarında söz konusu olan şey, çatışmadan sonra sürekli bir barış durumuna geri dönüşü sağlamaktır. Bu kararlar, teknik olarak, isimleri belirtilen bir ya da birçok kişinin yerine belirli bir durumu öngördüklerinden Fransız iç hukukundaki münferit işlemlere benzemektedir.

³⁷ A/58/PV.28, 13 Ekim 2004; sayfa 13; benzer şekilde, Malezya temsilcisi işlemin temkinli kullanılmasını ve diğer kuruluşların yetkilerine tecavüz etmemesini talep etmektedir (sayfa 22).

³⁸ Serge SUR, 687 Sayılı kararı bir barış andlaşmasının yedeği biçiminde tanımlamaktadır: “Sécurité collective et rétablissement de la paix”, in: René-Jean DUPUY (yön.), *Le développement du rôle du Conseil de sécurité, peace-keeping et peace-building*, Académie de droit international Kolokyumu, 1992, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, sayfa 24.

1373(2001), 1540(2004) ve 1566(2004) Sayılı kararlar ile adeta bir yasama girişimi yağmuruna tanık olmaktadır (ayrıca çabukluk bakımından da dikkati çekmektedir, çünkü son iki karar altı aydan daha kısa bir sürede kabul edilmiştir), bu da kendini metinlerin amacı ile açıklamaktadır: “Hiper” hale gelen terörizm ile mücadele. Kavranılması oldukça güç barışa yönelik tehdit bağlamında hiper terörizmin karşılığı hiper tepkidir, hatta “olağandışı” bir tepkidir.

Aslını söylemek gerekirse burada “olağandışı”, yüksek bir normatiflik seviyesine sıçrama anlamına gelmektedir, çünkü bu üç karar genel ve kişilik dışı ve VII. Bölüme dayanan objektif nitelikte hukuki rejimler kurmaktadır ve bağlayıcı nitelikte, yaptırım içeren zorunlu işlemler, kısacası kararlar tahsis etmeyi amaçlamaktadırlar. İki niteliğin ilavesi söz konusudur: genellik ve belirleyici karakter, böylelikle kurumsallaşmış bir organ tarafından gerçek normlar ortaya konulmaktadır: yasa koyucu kendini göstermektedir.

Bu yasa koyucu kavramı ve “düzenleme” olgusu üzerinde de anlaşmaya varmak gerekmektedir. Sözlükler tarafından verilen tanımlar kombinasyonu³⁹, dar ve geniş olmak üzere iki farklı anlayışı ortaya koyar. Dar anlamda yasa koyucu, yazılı, genel ve kalıcı kurallardan oluşan yasaları yapan parlamentodur. Geniş anlamda ise, genel ve kişilik dışı hukuk kuralı koyan bir organdır (parlamento, hükümet ya da “normatif işleve sahip uluslararası kurum”)⁴⁰.

Bu anlamda, Güvenlik Konseyi’nin yasama faaliyetinde bulunabilmesi, belli bir kriz ya da çözülmesi gereken bir çatışma durumu ile ilgili olmayan genel nitelikli bir kural koyması düşünülemez bir şey değildir. Bu yine de bazı sorulara olumlu bir yanıtı gerektirmektedir: Güvenlik Konseyi’nin anayasal anlamda genel kurallar koyma yetkisi var mıdır? Organ anlamında böyle bir faaliyette bulunma yetkisi var mıdır? Burada, yetki kavramının ikincil anlamının doğurduğu kafa karıştıran bir başka konu ortaya çıkmaktadır: Konsey’in böyle bir faaliyette bulunma becerisi var mıdır yani fiziksel ve işlevsel olarak bunu yapabilme

³⁹ Bakınız: Rémy CABRILLAC (Yön.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LITEC, Paris, 2002; “Termes juridiques”, Dalloz, Paris, 11. Basım, 1998.

⁴⁰ Yukarı bahsettiğimiz hukuk terimleri sözlüğünde yer alan ifade.

kapasitesine sahip midir? Bu, Konsey'in yasa koyma yeteneği sorunsalıdır(I).

Yetkisi olup olmaması meselesini bir tarafa bırakırsak, bu eşiği aşmaya kadar gidebilecek midir, evet dersek -ki zaten aşmıştır-, bu cüreti nereye kadar gösterecektir?(II).

I. Güvenlik Konseyi'nin yasama yeteneği

Uzun bir süre boyunca, bu muhtemel yetenek düşüncesi gündeme gelmemiştir; Bunu en çok Genel Kurul hakkında kendimize sormaktayız⁴¹. Ayrıca yakın bir tarihte, *Fransız Uluslararası İlişkiler Yıllığı* (AFRI) 2000'de yayımlanan "Güvenlik Konseyi'nin geleceği: Bir yöntem sorunu" başlıklı bir makalede yazar, girişilen yarı-yasama nitelikli çalışmalar hakkında bir tek kelime etmeden Güvenlik Konseyi'nin normatif bir mantıktan operasyonel bir mantığa geçtiği fikrini ileri sürmektedir⁴².

Güvenlik Konseyi, 2004 yılında ilgili kararların kabulü sırasında gündeme getirilmiş olsa bile yetenek konusundaki bu soruyu bir daha kendisine sormamıştır. Güvenlik Konseyi burada, farkında olmadan yasa çıkaran bir Mösyö Jourdain ([Moliere'in Kibarlık Budalası adlı eserinin başkarakteri, çevirenin notu](#)) değildir ve amacı araçlardan daha üstün tutmaktadır: barışın korunması her şeyden önce gelmektedir, kurumsal "alet-edevat" veya Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın araçsallaştırılması bakımından yapılacak bir şey bulunmamaktadır.

Duyarlı bir hukukçu yine de kendisine, uluslararası hukukun ve Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın, olası ihlallerin sansürünün denetlenmesi sorununu tekrar gündeme getiren bu yeni uygulamaya *ex post* uyabilip uyamayacakları sorusunu soracaktır. Burada bu hukukçunun kafası daha da karışacaktır, çünkü lehte olan unsurların yanı sıra bir o kadar aleyhte olan unsurların da varlığını gözlemleyecektir.

⁴¹ Paul de VISSCHER, "Valeur et autorité des actes des organisations internationales", in:René-Jean DUPUY, yukarıda bahsedilen, *Manuel sur les organisations internationales*, 1. Basım, 1988, sayfa 324; diğer yandan, Genel Kurul'da "Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın hazırlık çalışmaları sırasında kural koyma yetkisinin açık bir biçimde reddedilmiş olduğunu" ve bu nedenle Güvenlik Konseyi'ni tartışmadığını dikkatimize sunmaktadır.

⁴² Hervé CASSAN, "L'avenir du Conseil de sécurité", *AFRI* 2000, sayfa 807.

A. Güvenlik Konseyi'nin kendisini bir “normlandırıcı”, yasa koyucu olarak görebilme yeteneğini destekleyen argümanlar.

Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, işlevsel bir organ, bir eylem organıdır, ancak, oluşturduğu yetki kuralları kendisine, tehditlerin değerlendirilmesi ve bunlara verilecek karşılıklar konusunda büyük bir hareket sahası bırakmaktadır. Serge SUR'un de belirttiği üzere: “İstemek ve nasıl kullanılacağını bilmek kaydıyla, Örgüt ile her şey yapılabilir”⁴³, SUR sonra da “Güvenlik Konseyi'nin sorumluluklarının gerçekleştirilmesi sırasında uygulamaya koyabileceği hukuki tekniklerin büyük orandaki uyarlanabilirliğinin” altını çizmektedir ve (sahip olduğu işlevsel araçlarının hassasiyetine karşılık) “büyük eylem ve normatif yapı kurma özgürlüğü” imkanından söz etmektedir⁴⁴. Bu yazara göre, Güvenlik Konseyi'nin hukuku bir istisna hukukudur çünkü öngörülme, olağan dışı durumlara ilişkindir –bu bakımdan terörizm çarpıcı örnekler sunmaktadır–, ve bu hukuk “uyarlanabilir, esnek olması gereken yanıtlar içermektedir”⁴⁵.

Güvenlik Konseyi ile ilgili olarak, Kelsen'e göre siyasi yaklaşımın hukuki yaklaşımdan daha üstün olduğunu biliyoruz⁴⁶. Tabii ki, Konsey'in büyük ölçüde siyasi olan barışın sürdürülmesi gibi asli bir görevi olsa bile, kullandığı tekniklerin seçiminde sahip olduğu takdir hakkını abartmamak ve Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın hukukuna ve Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 1§1 maddesinin belirttiği üzere

⁴³ Serge SUR, “La résolution 687(13 avril 1991) du Conseil de sécurité dans l'affaire du Golfe: problèmes de rétablissement et de garantie de la paix”, *AFDI* 1997, sayfa 37.

⁴⁴ Serge SUR, yukarıda geçen, “Sécurité collective et rétablissement de la paix.”, sayfa 23 ve 33.

⁴⁵ Serge SUR, yukarıda geçen, SFDI Kolokyumu'nun sonucu hakkındaki düşünceleri (VII. Bölüm), sayfa 313.

⁴⁶ Alain PELLET tarafından hatırlatılan bakış açısı, “Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de sécurité?”, in, yukarıda geçen SFDI Kolokyumu, sayfa 228 ve Mohammed BEDJAOUİ, “Un contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité est-il possible?”, *ibid*, sayfa 269.

uluslararası hukuka uygun davranma gereğini de küçümsemek daha uygun düşer⁴⁷.

Halbuki Birleşmiş Milletler Andlaşması, Güvenlik Konseyi'nin başvurabileceği yöntemler konusuna gelince sınırlayıcı olmaktan çıkmaktadır. 24. maddenin, barışın sürdürülmesi konusundaki temel sorumluluklarına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmesi kapsamında **özel yetkilerden**⁴⁸ söz ettiği doğrudur ve söz konusu madde özellikle VII. Bölümü hedeflemektedir. Ancak, pek açıklayıcı değildir. Halbuki 39. madde, barışın sürdürülmesi amacıyla 41. ve 42. maddeler uyarınca Konsey'in önlemler almayı "kararlaştıracağını" öngörmektedir. 41. madde Konsey'e, silahlı güç kullanımı gerektirmeyen önlemler için "karar alma" yetkisini verir: dolayısıyla, gerektiği takdirde silahsız (madde 41) ya da silahlı (madde 42) önlemleri öngören zorlayıcı yöntemleri aracılığı ile alınacak temel "kararlar" mevcuttur; bunun, metinde daha açık bir şekilde ifade edilmesi gerekmektedir. Her halükarda, 41. maddeye dayalı önlemlerin listesi sınırlı sayıda değildir. Genel anlamda, "önlemler" ve "kararlar" özel nitelikli olmak zorunda mıdır yoksa genel nitelikli olmaları da mümkün müdür? Bu konuda bir ifade bulunmamaktadır ve bu nedenle, bu konuda bir yasak da yoktur. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi nezdindeki İstinaf Dairesi kendini, Konsey'in Mahkeme'yi⁴⁹ kurmasının mümkün olduğunu kabul konusunda VII. Bölüm bakımından sınırlayıcı bir yorumlama ile kısıtlamamıştır, bu da "bireysel" ile "genel" olan arasında yer alan bir ara durum olarak doğrudur.

24. madde diğer yandan, Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine, özellikle 1.1. maddeye atıfta bulunur: "barışa yönelik tehditlerin önüne geçmek ve bunları bertaraf etmek amacıyla etkin ortak

⁴⁷ Alain PELLET, yukarıda geçen SFDI Kolokyumu, sayfa 232.

⁴⁸ Bununla birlikte 1945 yılında San Francisco kentinde düzenlenen konferans sırasında, Güvenlik Konseyi'nin yetkilerinin sadece bu "özel yetkiler" ile sınırlı olmadığı, ancak Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkeleri ile kendilerini sınırlandırmaları gerektiği kabul edilmiştir; bakınız: Frederic L. KIRGIS Jr, "The Security council's first fifty years", *AJIL*, no 89, 1995, sayfa 526.

⁴⁹ TADIC davası (IT 94.1. AR 72) ile ilgili 2 Ekim 1995 tarihli karar, §§ 26 ile 48.

tedbirler almak”; yasama tedbiri dışarıda bırakılmamıştır; önemli olan şey etkinliktir. Halbuki terörizmle mücadele konusunda “eylem” zor bir konudur; çünkü terörist ile maddi ve her tür konudaki destekçilerinin izini sürmek gerekir. Güvenlik Konseyi böyle bir şey için oluşturulmamıştır ve El Kaide ile mücadeleyi üstlenmek gibi bir arayış içine de girişmemiştir.

Terörizme karşı en iyi mücadele, önlem ve koordinasyondur ve sonra da devletlerarası polis örgütü ve hukuki işbirliğidir. Güvenlik Konseyi’nin alabileceği en etkin önlem belki de, tüm devletlerin uymakla yükümlü olacakları terörizmle mücadele kurallarının oluşturulması olacaktır.

Konsey’in yetkilerini sadece belirtilen bölümler (VI, VII, VIII, XII) ile sınırlayan 24. maddenin 2. paragrafı rahatsız edici olabilse de, 25. maddeye (çünkü 48. madde daha çok VII. Bölüm’ün diğer hükümlerini destekleyici nitelik taşımaktadır) yönelmek yeterli olacaktır. Doktrin, barışın sağlanması amacının güdülmesi kaydıyla, bu maddenin VII. Bölüm’ün aşılması suretiyle zorlayıcı önlemler alma yetkisi vermesi gerektiği hakkında, Uluslararası Adalet Divanı’nın (UAD) Namibya hakkındaki 1971 tarihli görüşünde⁵⁰ de belirttiği üzere, hem fikirdir⁵¹.

Burada ayrıca, bir örgütün organlarının tümünün yalnızca işlevlerini yerine getirmek amacıyla her türlü yetkilerinin olduğunu varsayan zimni yetkiler teorisine de başvurabiliriz⁵². UAD’nin Birleşmiş Milletler’in hizmetindeyken uğranılan zararların tazmini hakkındaki 1949 tarihli ve Birleşmiş Milletler İdare Mahkemesi’nin kararlarının etkisi hakkındaki 1954 tarihli görüşlerine göre zimni yetkiler, “Birleşmiş Milletler Andlaşması’nda açık bir biçimde ifade edilmemiş olsa bile, **işlevlerini yerine getirmesinin gereği olduğu için Örgüt’e tanınmıştır**”.

⁵⁰ Lockerbie hava kazası olayı ile ilgili olarak 1992 yılında almış olduğu kararlarda bu konu tekrar ele alınmıştır, sayfa 15.

⁵¹ Joe VERHOEVEN, *Droit international public*, Larcier, Brüksel, 2000, sayfa 792; Luigi CONDORELLI, “Les attentats du 11 septembre et leurs suites: où va le Conseil de sécurité?”, *RGDIP* 2001, sayfa 835.

⁵² Joe VERHOEVEN, yukarıda adı geçen eser, “Activités normatives”, sayfa 415; Alain PELLET, yukarıda adı geçen, SFDI Kolokyumu, VII. Bölüm, sayfa 233.

Bir devlet tarafından silahlı bir çatışma sırasında nükleer silahların kullanımının hukuka uygunluğu hakkındaki 1996 tarihli görüşün 25. paragrafında başvurulan ifade çok sınırlayıcı bir nitelik taşır: “uluslararası örgütlerin faaliyetlerini düzenleyen kurucu metinlerde açık bir şekilde öngörülmemiş olan ancak **amaçlarına ulaşmaları için** gerekli ek yetkilere duyulan ihtiyaç”. Zımnî yetkiler teorisi, sınırlayıcı bir yorumlamayla bile özellikle terörizmle mücadeleye uygun görünmektedir: bu tehdit önceden var olsa ve 1937’de bir sözleşme projesine konu olsa bile, 1945’te, bugün olduğu gibi ve kesinlikle ve maalesef gelecekte de olacağı gibi bir güven tehdidi oluşturuyordu. Bu tehdit ile mücadele amacıyla devletler bakımından uyulması zorunlu genel kurulların kabulü etkin bir araç oluştursa bile, zorunlu nitelik taşıyan kuralın konulması işlemi, yasama türü işlem usulü, zımnî yetki kavramına girer.

Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın 103. maddesi uyarınca, bir Güvenlik Konseyi kararı sonraki andlaşmaları bile geçersiz kılma gücüne sahiptir, bu nedenle, andlaşma genel nitelikli olsun veya olmasın, andlaşma üstü değerde⁵³ ya da yalnızca andlaşmanın uygulanmasını saf dışı bırakma gücünde olduğu kabul edilir⁵⁴ ve kararın genel içerikli olup bu etkiyi doğurması bakımından herhangi bir yasaklama da bulunmamaktadır.

Dolayısıyla Güvenlik Konseyi’nin normatif yetkisinin tanınmasına engel oluşturabilecek açık bir engel yoktur hatta tam tersine, bunun kabulünü gerektiren bir takım avantajlar mevcuttur.

Konsey kararlarının etkisi hakkındaki bu geniş yorumlama, bugün mevcut olan barış ve barışa yönelik tehdit hakkındaki geniş kapsamlı anlayışla uyum içindedir⁵⁵ ve 31 Ocak 1992 tarihindeki ilk

⁵³ Alain PELLET, yukarıda adı geçen, SFDI Kolokiyumu, VII. Bölüm, sayfa 227.

⁵⁴ Alix TOUBLANC, “L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies”, *RGDIP* 2004, sayfa 439.

⁵⁵ 39. madde uyarınca yeterlilik bakımından geniş takdir hakkı yaygın olarak kabul görmektedir; bakınız: Benedetto CONFORTI, “Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité en matière de constatation d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression”,

zirvenin sonucunda beyan edilen barış kavramıyla başlamıştır⁵⁶. Barışa yönelik tehdit için ise, Konsey'in "insani hukuka yönelik ciddi ihlallerin uluslararası barış ve güvenlik için bir tehdit oluşturabileceği" yönündeki 1296(2000) Sayılı kararı ile "her tür uluslararası terörist eylemin uluslararası barış ve güvenlik için bir tehdit oluşturduğu" yönündeki 1368(2001) Sayılı karar.

Yasama yeteneğinin tanınması, bir kararın ne olabileceği konusunda bazen geniş bir yaklaşımları olan Amerikalı yazarları hiç rahatsız etmemektedir⁵⁷. Paul C. Szaz, *American Journal Of International Law (AJIL)* 2002'de, 1373(2001) Sayılı kararında bunu desteklediği üzere, Güvenlik Konseyi'nin son on yılda VII. Bölüm bağlamında başvurduğu yöntemlerin türünü artırdığını ve yasama kapasitesinin artmasının, uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması amacıyla yönelik olduğu sürece, ayrıca bir gelişim göstergesi ve hukuken yerinde olduğunu belirtmektedir⁵⁸.

Bununla birlikte, Güvenlik Konseyi'nin yarı-yasama faaliyeti türü ya da yasama türü müdahalelerde bulunmasının her zaman ikna edici olduğu söylenemez.

adı geçen eser, in:René-Jean DUPUY (Yön.), *Le développement du rôle du Conseil de sécurité...*, sayfa 54. Ancak, birtakım isteksizliklerle de karşılaşabiliriz: Michael BOTHE, "Les limites du pouvoir du Conseil de sécurité" *ibid*, sayfa 72.

⁵⁶ 11. paragrafta şöyle bir ifade yer almaktadır: "Uluslararası barış ve güvenlik sadece savaş ve silahlı çatışmaların yokluğuna bağlı değildir. Barışa ve güvenliğe yönelik ve askeri nitelikli olmayan diğer başka tehditler ise kaynaklarını ekonomik, sosyal, insanî ve ekolojik alanlarda mevcut istikrarsızlıklardan alabilir".

⁵⁷ Böylece, Paul C. SZAZ, yukarıda bahsedilen (sivillerin, çocukların vs. korunmasına ilişkin olan) Güvenlik Konseyi'nin genel nitelikli tematik kararlarını, tanımlamalarının (istilahi anlamlarının-terminolojilerinin) bağlayıcı olmadığını da gözlemleyerek, "karar(decision)" olarak nitelendirmektedir. "The Security Council starts legislating", *AJIL*, vol 96, 2002, sayfa 901.

⁵⁸ Paul C. SZAZ, yukarıda geçen eser, sayfa 904.

B. Güvenlik Konseyi'nin Yasama Yeteneği Hakkındaki Şüpheler

Geleneksel anlamda uluslararası hukuk, devletler tarafından oluşturulmuştur. Uluslararası örgütlerin genel kapsamlı hükümler kabul etmeleri çok nadiren gerçekleşen bir şeydir; bölgesel ölçekte değil, küresel ölçekte söz konusu olan bu yetki sadece bazı özel kurumlara tanınmıştır⁵⁹. İlke olarak da, örgütü kuran andlaşma normatif yetki icrasını düzenler⁶⁰. Güvenlik Konseyi'ne bakılırsa, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın bu bakımdan sessiz kaldığı görülür ve Joe VERHOEVEN'in 1998 tarihli bir eserde de altını çizdiği üzere: “Hiç kimse asla, ciddi bir şekilde, 25. maddenin Güvenlik Konseyi'ne karar alma yoluyla açık bir şekilde normatif faaliyetlerde bulunma imkanı vermesini savunmamıştır”⁶¹. Böyle bir yetkilendirme, Genel Kurul'daki ön hazırlık çalışmaları sırasında açık bir şekilde reddedilmiştir(bakınız, 41 numaralı dipnot), halbuki burada söz konusu olan organ, temsil gücü en yüksek olan ve bunu görevi gereği tartışmaya sunması gereken ve dolayısıyla bir yasama organına (her halükarda Güvenlik Konseyi'nden daha çok olmak üzere) en yakın olan organdır.

Dolayısıyla Birleşmiş Milletler Andlaşması, Güvenlik Konseyi'nin yasama yetkisini kurmaktan uzaktır ve Birleşmiş Milletler Andlaşması'nı bir anayasa gibi kabul edersek yasama, yürütme ve yargı güçlerinin dağılımını yapan ulusal ölçekteki anayasalardan ciddi biçimde ayrıldığını görürüz⁶². Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın kendisine tanıdığından daha fazla yetki sahibi olamaz⁶³. SFDI'nin 1994 yılında VII. Bölüm üzerine düzenlediği kolokyum sırasında, A. PELLET, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın Güvenlik

⁵⁹ Patrick DAILLER ve Alain PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 7. Basım, sayfa 373.

⁶⁰ Joe VERHOEVEN, yukarıda geçen eser, “Activités normatives.”, sayfa 420.

⁶¹ Joe VERHOEVEN, yukarıda geçen eser, “Activités normatives.”, sayfa 423, not 24.

⁶² Patrick DAILLER ve Alain PELLET, op cit, sayfa 581 ve devamı.

⁶³ TADIC davası ile ilgili olarak Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İstinaf Dairesi'nin aldığı karar, (IT 94.1.AR72)§ 28.

Konseyi'ne "Sadece somut durumlar hakkında karar vermeyi dayattığını"⁶⁴ vurgulamış ve Konsey'in, hangi anlamda ele alınırsa alınsın, hiçbir şekilde "bir uluslararası yasa koyucu" olmasından söz edilemeyeceğini belirtmiştir⁶⁵. Aynı bilimsel toplantıda, Başkan BEDJAUI, Birleşmiş Milletler organları hakkında şu gözlemlerde bulunmaktadır: "Örgüt'ü kuran devletler, uluslararası yasa koyucu ve yeni norm yaratıcıları rolünü üstlenmemişlerdir"⁶⁶. Serge SUR, bu toplantının sonuç kısmında aynı yönde ifadelerde bulunmaktadır: "Güvenlik Konseyi genel kapsamlı kural koymaz. Sadece olay bazında kararlar alır ve zaten Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın da kendisine böyle bir yetki tanıdığını düşünmüyorum. Konsey'in bir icra yetkisi vardır, bireysel kararlar alır ancak, genel nitelikli kararlar alamaz"⁶⁷. Buna benzer bir bakış açısı, 1971'de, UAD'nin Namibya hakkındaki görüşünde kendi kişisel görüşünü açıklayan Hakim DILLARD tarafından formüle edilmiştir: "İlgili görüşte Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 24. ve 25. maddelerine değiniliyor diye, bu maddelerin Birleşmiş Milletler'e yasama veya yarı-yasama türünden geniş yetkiler verdikleri yönünde bir yorumlamada bulunulmamalıdır"⁶⁸. Bu nedenle, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda, Güvenlik Konseyi'nin bir yasama yetkisinin olduğunu destekleyen nitelikte hiçbir yasal dayanak bulunmamaktadır.

Profesör BOTHE, 1992'de, Uluslararası Hukuk Akademisi tarafından düzenlenen kolokyumda Güvenlik Konseyi'nin rolünün gelişimi üzerine yaptığı konuşmada, 24. maddenin ve zımnî yetki kavramının, tıpkı barışa yönelik tehdit konusunda olduğu gibi geniş

⁶⁴ Alain PELLET, yukarıda geçen, SFDI Kolokyumu, VII. Bölüm, sayfa 237.

⁶⁵ Alain PELLET, yukarıda geçen, SFDI Kolokyumu, VII. Bölüm, sayfa 236.

⁶⁶ Mohammed BEDJAUI, yukarıda geçen, SFDI Kolokyumu, VII. Bölüm, sayfa 269.

⁶⁷ Serge SUR, yukarıda geçen, SFDI Kolokyumu, VII. Bölüm, sayfa 318.

⁶⁸ Hakim DILLARD'ın "Güvenlik Konseyi'nin 276(1970) Sayılı kararına rağmen Güney Afrika'nın Namibya'daki (SOA) sürekli varlığının Devletler bakımından sonuçları" ile ilgili görüş hakkındaki bireysel kanaati, CIJ, 21 Haziran 1971, Rec sayfa 138.

yorumlanmalarını reddetmektedir⁶⁹. Diğer yandan, Rennes'de, M.BEDJAOUİ, Belçika, Hollanda ve Güney Amerika Devletleri gibi devletlerin San Fransisko'da, Güvenlik Konseyi'nin gücünün tiran gibi bir boyut alabileceğinden, kendisine bir "sınırsız yetki" tahsis edilmesinden ne kadar da endişelendiklerinin altını çizmiştir⁷⁰. Tüm bu yazarlar, Güvenlik Konseyi tarafından Birleşmiş Milletler Andlaşması'na ve uluslararası hukuka uyulması gereğini ön plana koymaktadır.

Uluslararası hukuka saygının içine doğal olarak devlet egemenliği kavramı da girer. Christian DOMINICIE, uluslararası örgütler hakkındaki ders kitabında, bazen heteronormlandırıcı eylem* olarak adlandırılan (yazara göre, zımnî yetki teorisinin geçerli olabileceği içsel eylemlerden farklı olarak) harici eylemler bakımından şu noktayı vurgulamaktadır: "Yasal bir dayanak olması zorunludur. Uluslararası bir örgüte üye olan bir devlet, kendisine örgütün kurucu metninde yer almayan yeni ödevlerin dayatılması ile karşı karşıya kalmamalıdır"⁷¹.

Hiç şüphesiz, Güvenlik Konseyi'nin karar alma yetkisinin yasama türü bir yetkiye doğru aşırı bir biçimde gelişmesi, üye devletler ve Örgüt arasındaki ve ayrıca organlar arası, özellikle Konsey ve Genel Kurul arasındaki ilişkiler kapsamında Birleşmiş Milletler Andlaşması tarafından kurulan dengeyi göz ardı etmektedir.

Sözleşme yapma bakımından devletlerin hala hukuki anlamda bir karar alma özerkliği vardır. Bugüne kadar Birleşmiş Milletler Andlaşması'nda yapılan hiçbir değişiklik, terörizm ile mücadele konusu

⁶⁹ Michael BOTHE, *op cit*, sırayla: 71, 74 ve 72. sayfalar. Ayrıca bakınız, Luigi CONDORELLI'nin barışa yönelik tehdit ifadesinin aşırı anlamlandırıldığı yönündeki düşünceleri, yukarıda geçen eser, "Les attentats du 11 septembre...", sayfa 835.

⁷⁰ Mohammed BEDJAOUİ, *loc cit*, sayfa 262.

* (bir devletin sadece kendini sınırlayıcı kural koyması demek olan ononormlandırıcı kavramının tersine, diğer devletler bakımından yükümlülükler getirmek anlamına gelir, çevirenin notu).

⁷¹ Christian DOMINICIE, "Valeur et autorité des actes des organisations internationales", *Manuel sur les organisations internationales*, 2. Basım, yukarıda geçen eser, sayfa 452.

da dahil olmak üzere, Birleşmiş Milletler’i ortak bir politika geliştirme yeteneğine sahip bir bütünleşme örgütüne çevirememiştir.

Devletler bazen, Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen bu “yeni tarz” kararlara karşı çok eleştirel olabilirler. Japonya, Konsey’in herkesi kapsayan düzenlemeler yaparak “uluslararası yasal çerçevenin istikrarını sarsabileceği” konusundaki endişesini dile getirmektedir⁷². Hindistan’a göre ise, “Konsey, 191 üye adına yasa çıkarma yetkisine sahip değildir ve VII. Bölüm bu konuda bir sınırlama içermektedir”⁷³. Pakistan temsilcisi, Güvenlik Konseyi’nin “Tüm Dünyayı bağlayan yasalar koyamayacağını [ve] temsili bir organ olmadığını” belirtmektedir⁷⁴. 1566 (2004) Sayılı kararın kabulü sırasında, Brezilya temsilcisi “Konsey’in halihazırda benimsemiş olduğu VII. Bölüm aşırı bir biçimde başvurma yönündeki uygulamanın (...). Bizim görüşümüze göre, hiçbir yaptırım, devletlerin uluslararası sözleşmelerin şartlarını müzakere etme özgürlüğüne bir kısıtlama getiremez” diyerek memnuniyetsizliğini ifade etmektedir⁷⁵. Dahası, bazı daimi üyelerin kendi aralarında “anahtar teslimi” projeler hazırlama eğilimleri, Jamaika’ya göre “kendi kararlarının meşruiyetini baltalamaktadır”⁷⁶. Bu nedenle bazı devletler, Konsey’in bu çok emredici tutumundan endişe duymaktadırlar⁷⁷. Fransa bu bağlamda, “etkin çok taraflılığı”⁷⁸ hatırlatsa da, yasa gücü taşıyan bu kararların devletlerin ve ayrıca Genel Kurul’un aleyhinde bir biçimde, yolundan sapmış, tek taraflılaştırılmış birçok taraflılık görüntüsü verdiği de bir gerçektir.

Genel Kurul gerçekten demokratik bir organ değildir; milletleri değil devletleri temsil etmektedir. En azından devletler toplumu

⁷² S/PV.4950, 22 Nisan 2004; Le Monde Gazetesi, 2.3 Mayıs 2004.

⁷³ Corine LESNES, “Le Conseil de sécurité, législateur mondial?”, *Le Monde Gazetesi*, 10 Nisan 2004; S/PV. 4950, 22 Nisan 2004.

⁷⁴ S/PV.4956, 28 Nisan 2004.

⁷⁵ S/PV.5053, 8 Ekim 2004.

⁷⁶ A/58.PV.28, 13 Ekim 2004, sayfa 14.

⁷⁷ Bu sözde yasa koyucunun az demokratik vasfı hakkında: Alain PELLET, “Malaise dans la guerre: à quoi sert l'ONU ?”, *Le Monde Gazetesi*, 15 Kasım 2001.

⁷⁸ S/PV.4956, 28 Nisan 2004.

nazarında, Güvenlik Konseyi'nden daha temsili bir organ olarak algılanmaktadır. Halbuki Birleşmiş Milletler Andlaşması'na göre bu organ, bir tartışma, fikir üretme yeri, uluslararası düzenlemelerin üretildiği bir yerdir, devletin bağlılık taahhüdünün tezahürünü sağlar, ayrıca uzun hazırlık çalışmaları sonunda kurulan uzlaşma devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini ve düzenlemelere uyulmasını kolaylaştırır. Güvenlik Konseyi, kendisi ile Genel Kurul arasında bu anlamda kurulan dengeyi bozmaktadır. Genel Kurul ise bu durumdan hiç hoşnut değildir. 1373(2001) Sayılı karar konusundaki tepkisi çekincelidir: “Uluslararası terörizmi ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler” (12 Aralık 2001 tarihli A/56/88) başlıklı bir sonraki kararında bundan, ilgili metnin bağlayıcı olmayan paragraflarından birine atıfta bulunarak sadece bir kez söz eder ve Altıncı Komite, 1373 Sayılı karar hükümlerini terörizme karşı genel anlaşma taslağına dahil etmeyi düşünmemiştir⁷⁹. Konsey'den rahatsız olduğunu hissedebiliyoruz, Kurul, “Tedbirler..” hakkındaki bu ritüel kararda her yıl önsöz olarak kullandığı “bu konudaki **yetkili organ** olarak, uluslararası terörizmi bertaraf etmeye yönelik tedbirleri incelemek zorundadır” ifadesini kullanmaktadır⁸⁰.

Diğer yandan Genel Kurul, terörizmle mücadele konusundaki sözleşmelerin hazırlanmasında yeterince performans sahibi olarak görünmemektedir. Kuşkusuz, evrensel anlamda terörizmle mücadele ile ilgili olarak 1963'ten bu yana kabul edilen on iki sözleşmeden dördünün arkasında Genel Kurul vardır ve 1998 yılında sunulup 1999'da kabul edilen Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Sözleşme'nin kabulünde de etkili olmuştur. Ancak diğer yandan, Hindistan tarafından 1996'da sunulan terörizm hakkında genel sözleşme taslağı 2000 yılından bu yana inceleme safhasındadır ve 2002-2003 yıllarında “iyi bir biçimde ilerleme” kaydettiği⁸¹ gözlemlense bile hala sonuçlanmamıştır. Nükleer terörist eylemlerin önlenmesine yönelik sözleşme taslağına gelince: özel bir Komite bu konu üzerinde 1998 yılından bu yana çalışmaktadır ve pek

⁷⁹ Paul C. SZAZ, loc cit, sayfa 903.

⁸⁰ A/56/88, 12 Aralık 2001; A/58/81, 8 Aralık 2003.

⁸¹ A/58/81, 9 Aralık 2003, § 14.

çok sorun çözülmeyi beklemektedir⁸². Temsil kabiliyeti en yüksek organın soluğu kesilmiş görünmektedir.

Bununla birlikte, meşruiyeti şüpheli ve itiraz konusu bir yasa koyucu olarak Güvenlik Konseyi, şüphesiz nitelik bakımından “iyi” bir yasa koyucu değildir, çünkü her bir normatif kararını aceleyle, biraz iş bitirici bir biçimde almıştır. Tabii, bu metinlerin taraftarlarının terörizm ile mücadelenin getirdiği aciliyeti ön plana koydukları da doğrudur. Kararlar, her defasında, “Konsey’in –az ya da çok genişletilmiş– ön istişareleri” sırasında her hangi bir kamuoyu tartışması olmaksızın görüşülmektedir.

1373 Sayılı karar, Amerikan girişimiyle, 28 Eylül 2001 tarihinde kabul edilmiştir: Bir yasama metni hazırlamak için 17 gün yeterli olmuştur ve söz konusu metin Güvenlik Konseyi’nden de yıldırım hızıyla geçmiştir: Oturum 21:55’te açılmış ve 22:00’de kapanmıştır; acelecilik ve kaçakçılık gayet açık bir biçimde ortadadır⁸³.

1540 Sayılı kararın kabulü (28 Nisan 2004) ise bu eleştirilerden kısmen de olsa kurtulmaktadır. Bu karar bakımından en önemli girişim, Fransız Cumhurbaşkanı’nın kitle imha silahlarının yayılmasına karşı bir güç birliği oluşturulmasına yönelik bir Güvenlik Konseyi zirvesi dileğini ifade ettiği Eylül 2003 tarihindeki Genel Kurul’da “Kitle imha silahlarının yayılmasının suç sayılması”⁸⁴ çağrısında bulunan Amerikan Başkanı’na aittir. Metnin ilk taslağı, Rusya ile istişare edildikten sonra 16 Aralık tarihinde sunulmuştur; metin daha sonra daimi üyeler ile tartışılmış, Fransa ve İngiltere düzenlemeyi desteklerken, Çin bazı itirazlarda bulunmuştur. Bunun ardından, 19 Ocak 2004 tarihinde taslağın yeni bir versiyonu sunulmuştur. 22 Nisan’dan itibaren (Madrid saldırısından kısa bir süre sonra), Örgüt’ün tüm üyeleri ile müzakere yolu açılmıştır; Güvenlik Konseyi’nin 15 üyesine ek olarak 35 devlet de tartışmalardaki yerlerini almışlardır. Sonuç itibarıyla, Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve İngiltere tarafından başlatılan taslak Konsey’e 7

⁸² A/58/81, 9 Aralık 2003, §16.

⁸³ 12 Eylül 2001 tarihindeki 1368 Sayılı kararın kabulü amaçlı oturum, saat 12:00’de başlamış ve 12:45’te sona ermiştir.

⁸⁴ Anne-Sophie MILLET-DEVALLE, *Chronique des faits internationaux, RGDIP* 2004, 486 ve 709. sayfalar.

devlet tarafından (İspanya, Amerika Birleşik Devletleri, Rusya Federasyonu, Fransa, Filipinler, Romanya ve Birleşik Krallık) sunulmuştur. Altı ay süren müzakerelerin sonunda metin 28 Nisan tarihinde, saat 12:45'te ilan edilmiş ve hemen oylamaya sunulmuştur; yani, sonuç aşamasında hiçbir kamuoyu tartışması olmamış, sadece oylara ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur.

8 Ekim 2004'te oylamaya sunulan 1566 Sayılı “mantar gibi türemiş” karara geri dönelim. Teşebbüs, 1 Eylül'de Beslan'daki rehin alma olayından sonra Rusya'dan gelmiştir. Daha sonra, Almanya, Çin, İspanya, Amerika Birleşik Devletleri, Rusya Federasyonu, Fransa, Romanya ve Birleşik Krallık tarafından desteklenen taslak, “ön istişareler” aşamasında iki hafta boyunca müzakere edilmiştir. Güvenlik Konseyi'ndeki görüşme safhası, İslam Konferansı Örgütü (İKÖ) adına fikir beyan eden Türkiye temsilcisinin söz alması dahil olmak üzere saat 12:00 den 13:00'e bir saat sürmüştür.

“Tüm devletleri” (Bu ifade, bahsi geçen üç kararda başvuru ifadedir. Halbuki “Üye Devletler” ifadesi sınırlı biçimde sadece yan organları ifade etmek ya da işbirliği yapmaya teşvik amacıyla kullanılmaktadır) hiçbir onay yükümlülüğü bulunmadığından, istisnasız, çekincesiz ve süre tanınmaksızın bağlayan bu metinlerin kabulünün sunduğu avantaja olumlu bakmak da tabii ki mümkündür. İhtiyatlı bir şekilde kullanılması koşuluyla, uluslararası hukukun gelişiminde bir ilerleme oluşturduğunu söyleyebiliriz⁸⁵. Bununla birlikte, alışılmadık ve kavranılması zor bir tehdit ile etkin bir şekilde mücadele etmek amacını güden ancak açık bir biçimde yasama yetkisiyle donatılmamış bir organdan çıkan “mantar gibi çabuk türemiş kurallar” söz konusu organ bakımından belli bir gözü pekliğin göstergesidir (İş “Eyleme” gelince bu gözü peklikten eser kalmamaktadır).

II. Güvenlik Konseyi'nin Kural Koyma Konusundaki Cüreti

Bu kural koyma faaliyetinin 2001 yılındaki ilk göstergesi hemen dikkati çekmektedir. Bu o kadar şaşırtıcıdır ki, Luigi CONDORELLI özellikle “her tür terörist eylem”e atfedilebilecek barış için tehdit nitelemesinden dolayı belki de yasal bir dayanağının olması zor görünen kararın sadece 11 Eylül olayları ile ilgili faaliyetler bakımından

⁸⁵ Luigi CONDORELLI, op cit, sayfa 834; Paul C. SZAZ, op cit, sayfa 904.

uygulanacağını düşünmektedir⁸⁶. Paul C. SZAZ, Güvenlik Konseyi üyelerinin belki de bu kararın öncü niteliğinin farkına varmadıkları kanısındadır, ancak bu kapı bir kere açıldıktan sonra, örneğin silahsızlandırma konusunda, diğer yasama faaliyetleri için de bir temel oluşmuş demektir; dolayısıyla bu aracı yararsız bulmamaktadır⁸⁷. Daha sonrasında yaşanan gelişmeler ise ne kadar haklı olduğunu göstermiştir, çünkü Güvenlik Konseyi “tekrar” aynı eylemde bulunarak cüretini belli bir mütevazılıkla göstermiştir; burada söz konusu olan cüret ılımlı bir cürettir⁸⁸.

A. Kabul Gören Bir Cüret

1373 Sayılı kararın onaylanması ani bir tepki oluşturabilirdi; ancak Güvenlik Konseyi “ısrarcı davrandı ve imzaladı”. Öncelikle, Konsey hiçbir zaman bu kararın etkisini küçümseme girişiminde bulunmadı; aksine, bombalı saldırılara karşı ve terörizm ile mücadele kapsamında çıkardığı tüm kararlarda ve bildirimlerde bu karara düzenli olarak atıfta bulunmaktadır. Konsey buna ek olarak, terörist eylemler ile ilgili tüm karar ve bildirimlerinde, tüm terörizm eylemlerinin barışa yönelik bir tehdit oluşturduğu şeklindeki formüle başvurmaya devam etmekte ve buna daha önceden bunu giriş kısmında yer verirken, Bogota saldırıları hakkındaki 1465 Sayılı karardan (13 Şubat 2003) itibaren bu nitelimeye asıl metin kısmında yer vermeye başlamıştır; daha genel nitelikli kararlarda ise, giriş kısmında ya da 1566 Sayılı karar bakımından 1. paragrafta, terörizm eylemlerinin “barışa yönelik en ciddi tehditlerden birini oluşturduğunu” belirtir. İfadenin, kararın giriş kısmına değil de asıl metne konulması, bu tür bir sorunun gündemde olmadığı bir dönemde düzenlenmiş olan Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın kendisi zayıf bir destekte bulunduğundan, Güvenlik Konseyi açısından terörizmin gerçekten de bir yöntem tespiti için özenle ele alınması gereken ortak bir küresel güvenlik sorunu haline geldiğini göstermektedir.

Aynı şekilde, Dışişleri Bakanları düzeyinde yapılan bir toplantının sonucunda kabul edilen bir bildiriye temel alan 1456(20 Ocak

⁸⁶ Luigi CONDORELLI, op cit, sayfa 835.

⁸⁷ Paul C. SZAZ, op cit, sayfa 904.

⁸⁸ Paul C. SZAZ, op cit, sayfa 903.

2003) Sayılı kararın 11. paragrafında “terörizme karşı verdiği mücadeleyi sıkı bir biçimde yoğunlaştırmaya kararlı olarak” ifadesi kullanılmak suretiyle devletler, uluslararası terörizmi ve nükleer terörizm eylemlerinin önlenmesini konu alan genel bir sözleşme taslağının kabulüne teşvik edilmiştir. Söz konusu karar özet olarak, bu metinlerin hazırlanması bakımından Devletlerin Genel Kurul’daki riayetsizliklerine karşı 2004 yılına ait kural gücünde iki kararın kabulünü bildirmektedir. Konsey ayrıca, Terörle Mücadele Komitesi’nin önemini yani, 1540 ve 1566 Sayılı kararlarda geliştireceği kurumsal yöntemleri vurgulamaktadır. Konsey’in “Yasama” faaliyetinin iki ana çizgisini: terörizm ile mücadeleyi hedefleyen kuralların kabulü ve uygun kurumsal araçların geliştirilmesi oluşturur.

1373(2001) Sayılı kararın içeriği iyi bilinmektedir. Bu, terörizmin finansmanı, aktif ya da pasif destek, sığınma hakkı tanınması ile ilgili olarak devletlerin yükümlülüklerini içeren, terörist eylemlerin ağır suçlar olarak tanımlanmalarını ve bunun sonucunda da cezalandırılmalarını talep eden, devletleri terörist eylemlerin finansmanı ve desteklenmesi konularında gerçekleştirilen soruşturmalara yardımcı olmaya zorlayıcı nitelikte ve önemli denetim önlemlerinin kurulmasını içeren uzun bir listedir. 1. paragraf, o dönem itibarıyla onaylanmış ancak henüz yürürlüğe girmemiş olan Sözleşme’nin finansman konusundaki bazı noktalarını tekrarlamaktadır. Karar, Sözleşme’nin tüm hükümlerini, mesela özellikle Sözleşme’nin 10. maddesinde yer alan “*aut dedere aut judicare*”^{*} kuralını içermemektedir ama Devletlerden onaylamalarını talep etmektedir ki, bunun belki de bir etkisi olmuştur çünkü karar onaylandıktan kısa süre sonra 10 Nisan 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Diğer yandan, Güvenlik Konseyi’nin Devletleri, bu kararı kabul etmeye zorlayabileceği hatırlatılmıştır. Ancak o dönemde, sonradan 26 Haziran 2002 tarihinde kabul eden Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı devletler yeterince istekli davranmamıştır. Her halükarda, kararın yalnızca terörizmin finansmanı ile mücadeleden daha geniş bir etki alanı vardır ve oldukça geniş bir yükümlülükler yelpazesi yaratmaktadır.

Kitle imha silahlarının (KİS) – bu tabir nükleer, biyolojik ve kimyasal silahları (NBK) ve taşıyıcılarını ifade eder – yayılmasının

* “*İade et ya da yargıla*”, çevirenin notu.

önlenmesi hakkındaki 1540 Sayılı karar, giriş kısmının iki paragrafına (8 ve 14) göre terörizmle mücadeleyi konu almaktadır. Bu karar ayrıca, silahlanmanın kontrolü, silahsızlanma ve KİS'lerin yayılmasının önlenmesi konularında tüm devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerinin gerekliliğinin altını çizen 31 Ocak 1992 tarihli Başkanlık bildirisine atıfta bulunmaktadır. Bu konu, Genel Kurul'un da üzerinde çalıştığı konulardan biridir: Genel Kurul, "Teröristlerin kitle imha silahlarını edinmelerini önlemeyi hedefleyen" birçok karar çıkarmıştır⁸⁹.

Silahsızlanma ifadesine, metnin başta silahsızlanma konusunda tam ilgisizlik sergilediğini halbu ki metni kabul edecek olan Konsey'in daimi beş üyesinin aynı zamanda nükleer güçler olduğunu ve bunun da metnin meşruiyetini her bakımdan şüpheli hale getirdiğini belirten Bağlantısızlar Hareketi üyelerinin ve diğer devletlerin endişelerini yatıştırmak amacıyla yer verilmiştir. Nihai metin ise silahlanmanın kontrolü ve silahsızlanma ifadelerine giriş kısmında yer vermiştir (§2). Öte yandan, batılı üç daimi üye (Amerika Birleşik Devletleri, Fransa, Birleşik Krallık) öncelikle, bu karar aracılığıyla (ilk karar taslağı tüm devletleri ihtilaf konusu "yükümlülüklerin engellenmesi veya gerekirse denetlenmesi konusunda işbirliğine" çağırılmaktadır) 2003 yılının ilkbaharında başlatılan ve önce on bir sonra da on altı devletin dahil olduğu ve denizde veya havayolu ile taşınan şüpheli yüklere el konulmasına imkan veren "Nükleer silahlanmanın yayılmasına karşı güvenlik Girişimi" (PSI) kapsamında tüm devletlere yükümlülük getirmenin yolunu aramışlardır. Ancak Çin, kararın VII. Bölüm temelinde kabul edilmesi halinde bunu reddedeceğini bildirmiştir ayrıca, uluslararası hukukun mevcut durumu itibarıyla sadece köle ticareti veya korsan faaliyetlere karşı açık denizlerde denetleme yapılabileceğinden "denetleme" teriminin taslakta yer almasına karşı çıkacağını belirtmiştir. Bu hükümlere, Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa bakımından yeterli olduğu görülen daha muğlak bir tanımlama lehine nihai metinde yer verilmemektedir: 10. paragraf "Tüm devletleri uluslararası hukuka uygun olarak nükleer, biyolojik ya da kimyasal silahların, bunları fırlatma

⁸⁹ Özellikle bakınız: A/58/48, 8 Aralık 2003, "Teröristlerin kitle imha silahı edinmelerini engellemeye yönelik önlemler".

vasıtalarının ve yan malzemelerinin trafiğinin önlenmesi amacıyla ortak eylemde bulunmaya çağırır” ifadesini içermektedir.

NBK silahların ve bunları fırlatma vasıtalarının yayılımının barış için bir tehdit oluşturduğunu belirten ve **devlet dışı terörist aktörlerin** bu tür unsurlara sahip olmaları ve bunları kullanmaları riski arasında bir bağ kuran Güvenlik Konseyi, VII. Bölüm hükümlerine dayanarak, Devletlerin bu nesnelere sahip olmak, üretmek ya da kullanmak isteyen devlet dışı aktörlere her türlü yardımdan kaçınmaları (§1), bu tür faaliyetleri yasaklayan ve cezalandıran kurallar koymaları (§2), özellikle sınırlarda uygulanacak iç denetim vasıtaları kurmaları (§3) gerektiğini **kararlaştırmaktadır**. Bunların tamamı tüm devletleri bağlayıcı hükümlerdir ve çoğu mevcut sözleşmeler ile karşılaştırıldıklarında yenilikçidirler. Burada söz konusu olan gerçekten de yasama türü bir faaliyettir.

Terörizmle mücadeleyi genel bir şekilde artırmayı amaçlayan 1566 Sayılı kararın kapsamı biraz daha farklıdır. Bu kararın temel amacı, devletlere yükümlülükler getirmekten çok terörist eylemin tanımlanması sorunu ile ilgilidir. Bu kararın temelindeki devlet olan Rusya, Çeçen ayrılıkçılığını da kapsayacak şekilde terörist eylemin anlamı bakımından daha geniş bir yaklaşımın kabulünden yanadır. Tartışmalar sırasında Cezayir, Pakistan ve Türkiye halkların meşru bir hakkı olan yabancı işgaline karşı savaşa hakkı adına karşı çıkmışlardır. Bu karar direniş eylemlerini suç saymamakta ancak farklı türden yorumlamalara da açık bulunmaktadır.

Uluslararası düzeyde halledilememiş olan “Tanımlama” sorunu 3. paragrafın konusunu oluşturur ve Amerikalı temsilcinin de haklı olarak belirttiği üzere metnin en önemli paragrafidir. Söz konusu metin, “terörizme dair uluslararası sözleşme ve protokoller” (Finansman Sözleşmesi'nin 2 a) maddesi) tarafından oluşturulan suç tariflerini de göz önüne alan ve ihlalleri tanımlamayı amaçlayan Terörizmin Finansmanının Önlenmesine Dair Sözleşme'nin izlediği yolun aynısını izlemektedir. İlgili paragraf daha sonra, “sivillere karşı girişilen ve ölüm ya da ciddi yaralamalara sebebiyet vermek kastıyla ... halk arasında terör estirmek için” örneğinde olduğu gibi suç eylemlerini bu bağlamda açıklamaya girişmektedir. Finansman Sözleşmesi'nin 2 b) maddesi de “sivil” ile ilgilidir ve buna göre “**hiçbir koşul altında** politik, felsefi,

ideolojik, ırksal, etnik, dinsel ya da benzeri nedenlerden dolayı haklı olarak gösterilemez” (Finansman Sözleşmesi’nin 6. maddesi) denmektedir. Aslında bunların hiç biri bir yenilik getirmemekle birlikte ilk kez uluslararası bir metinde bu üç unsur bir maddede bir arada kullanıldığından onlara yadsınamaz bir güç vermektedir. Bununla birlikte karar metni, terörist eylem ile halkların yabancı işgaline karşı meşru savaşıma hakkı arasında herhangi bir ima içermeyecek kadar muğlak olduğundan, Cezayirli ya da Filipinli temsilcileri de tatmin etmiştir. Amerikalı temsilci de şöyle bir beyanda bulunmuştur: “Her defasında, teröristler bunu bir davaya hizmet için yaptıklarını düşünmüşlerdir...[§3] açık bir biçimde öldürmek ya da ciddi bir şekilde yaralamak kastıyla sivillere karşı girişilen eylemlerin suç olduğunu belirtmektedir, bu tür eylemler hiçbir biçimde haklı bir gerekçeye dayandırılmaz”⁹⁰. “Hiçbir bir şekilde” ifadesi her şeyi zorlaştırır da, bir tanımlamada, gerekçelendirme baskıya karşı direniş fikri ile değiştirilmedikçe kimileri için direnişçi olanın başkalarının gözünde terörist olmaya devam edeceğini görmekteyiz; bu ikilemi çözenin yolu belki de amaçtan geçmektedir, çünkü direnişçinin terör yaymak gibi bir amacı yoktur; terörist eylemin terör yaymayı amaçlayan **ya da** bu etkiyi doğuran bir eylem olduğunu kabul ettiğimiz zaman ileri sürülen gerekçeler ne olursa olsun eylem terörist bir eylem olarak kalmaya devam edecektir; ancak kullandığımız “ya da” ifadesi yakın zamanda gerçekleşecek gibi görünmemektedir ve karar burada net bir politik mesajda bulunmakla birlikte bu bir terörizmi tanımlama girişimi -en azından tamamlanmış- değildir diyen Brezilya temsilcisine katılıyoruz.

1566 Sayılı karar aslında, yetersiz bir tanımlama ve çok az yükümlülük demek! “Karar vermek” formülünün geçtiği tek yer, El Kaide’ye bağlı olanlar dışındaki teröristlere karşı alınacak önlemleri belirleyecek olan ve Güvenlik Konseyi’nin tüm üyelerinden oluşan bir çalışma grubunun yaratılmasına ilişkin 9. paragraftır. Yani, terörist hareketin son dönemlerde patlamasından dolayı haklı olarak çıkarılmış olan 1267(1999) Sayılı karar ile kurulan ve El Kaide ile Talibani konu

⁹⁰ S/PV.5053.

alan “Disiplin Komitesi” listesinin dışında yer almaktadır. Burada söz konusu olan, Konsey’in kurumsal araçlarında bir ayarlama yapılmasıdır.

Sözü edilen her üç kararda da Güvenlik Konseyi'nin, bu kararların en iyi şekilde uygulanmaları amacıyla kurulan yan organlara başvuracağı belirtilmektedir.

1373 Sayılı karar (2001) (6. madde), uygulanmasını izlemek üzere tüm üyelere oluşan bir Komite kurmaktadır; **tüm devletler**, 90 gün içerisinde alınan önlemler hakkında rapor hazırlayıp, Komite tarafından belirlenen takvim çerçevesinde bu komiteye sunmaya çağılmaktadır. Adı hemen konulan “Terörizmle Mücadele Komitesi”(TMK), Disiplin Komitesi ile işbirliği içinde çalışmaktadır. Her iki organda birçok defa iyileştirmeye gidilmiştir ve TMK 2004 yılında tam anlamıyla bir yeniden canlandırmaya konu olmuştur. Bu yeniden canlandırma 26 Mart 2004 tarihli 1535 Sayılı karar sayesinde yapılmıştır; bunun nedeni ise Komite tarafından yürütülen önemli boyuttaki faaliyet ile açıklanabilir. Hatta daha önceden, 1456(2003) Sayılı karar aracılığıyla, Dışişleri Bakanları, Devletleri, Komite'ye hızlı ve eksiksiz bir şekilde yanıt vermeye, Komite'yi şeffaf ve etkin bir biçimde çalışmaya devam etmeye, özellikle alınacak önlemler hakkında her bir devletle diyaloga girişmeye çağırarak “çabaların iki katına çıkarılması”(§4) yönünde bir çağrıda bulunmaktadır. Başkanının raporlarından da anlaşılacağı üzere Komite'nin faaliyeti çok çarpıcıdır⁹¹. Komite, Disiplin Komitesi, uluslararası, bölgesel ve alt-bölgesel örgütler ve özellikle Mart 2003'ten bu yana ortaklaşa birçok toplantının gerçekleştirildiği Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) ve Avrupa Birliği (AB) ile aktif bir şekilde işbirliğinde bulunmaktadır. Devletler B safhasına (kabul edilen önlemlerin uygulamaya konulması) geçmeden önce, Komite'ye öncelikle A aşamasının (terörizm ile mücadele mevzuatının halihazırdaki durumu) raporlarını sunmuşlardır ve tüm devletler ilk raporu sunmuştur. Ancak, izleyen raporların sunulması bakımından 30 Haziran 2004 tarihi itibarıyla 71 devlet gecikmeli durumdadır. Görünen o ki bazı devletler imkansızlıklardan muzdariptir:

⁹¹ S/PRST/2002/10, 15 Nisan; S/PRST/2002/26, 8 Ekim; S/PRST/2003/3, 4 Nisan; S/PRST/ 2003/17, 16 Ekim; S/PRST/2004/8, 30 Mart; S/PRST/2004/26, 19 Temmuz; S/PV.4845, 16 Ekim 2003.

örneğin, sınırlarını gözlemleyebilmek için helikopterleri yoktur. Diğer bazıları ise, gerekli siyasi iradeye sahip değildir: Arap devletleri, Güvenlik Konseyi'ni taraf tutmakla suçlamaktadır, çünkü onlara göre büyük güçler kendilerinden terörizm ile mücadele etmelerini talep etmekle birlikte Orta Doğu ile İsrail'deki Kitle imha silahı sorunu için az çaba sarf etmektedirler⁹². Terörizmle Mücadele Komitesi Başkanı tarafından hazırlanan raporların görüşüldüğü oturumlar sırasında ve özellikle 16 Ekim 2003 tarihli oturumda, birçok temsilci Devletlere teknik yardımda bulunulması ve bu doğrultuda terörizmle mücadele amaçlı bir Birleşmiş Milletler Koordinatörünün oluşturulması gereğini ön plana çıkarmışlardır. Söz konusu oturumun sonucunda kabul edilen karara göre Güvenlik Konseyi yapılanmayı ve Komite'nin işleyişini gözden geçirmeyi kararlaştırmıştır. Buradan hareketle de TMK için, 1535(2004) Sayılı karar vasıtasıyla, elde edilen sonuçlar temelinde bir bütçe oluşturmakla görevli ve Değerlendirme ve Teknik Yardım Bürosu ile Bilgi ve İdare Bürosunu kapsayan bir İcra Direktörlüğü (Genel Sekreter tarafından 14 Mayıs 2004 tarihinde atanmıştır) kurulmuştur.

1540(2004) Sayılı karar ise, metnin uygulamaya konulması hakkında iki yıl süreyle rapor düzenlemekle görevli, gerektiği takdirde "diğer yetkilere" başvurabilen ve tüm üyelerin katılımı ile oluşan bir Komite yaratmaktadır (§4). Son olarak 1566 Sayılı karar, tüm üyelerin katılımıyla oluşan hem El Kaide ve Talibanı hedefleyen kararların uygulanmasına yönelik listeden ayrı olarak terörist faaliyetlerle bağlantılı kişi veya unsurların listesini genişletmek hem de terörist eylemlerden zarar görmüş kişiler için özellikle teröristler ve işbirlikçilerinin hacedilmiş kaynaklarına dayalı bir uluslararası tazminat fonu kurulmasını incelemek için somut tekliflerde bulunmak amacıyla bir Çalışma Grubu yaratmaktadır (§ 9). Dolayısıyla Güvenlik Konseyi kurumsal anlamda çok hırslı hale gelmektedir. Konsey, devletlerin uygulayacakları önlemlere ilişkin sundukları raporların kontrolünü sağlayan bir sistem kurmak suretiyle kararlarının etkinliğini artırmak amacına yönelik olarak yan organlarını çoğaltmaktadır.

⁹² Corine LESNES, yukarıda belirtilen makale, *Le Monde Gazetesi*, 10 Nisan 2004.

Diğer yandan, bu yan organlar Birleşmiş Milletler'in diğer organlarıyla biraz çakışmaktadırlar, mesela, Sekreterliğe ait Terörizmi önleme Servisi, terörizmi önlemek ve terörizmle mücadele etme yetkisine sahip Birleşmiş Milletler uyuşturucu ve suç ile mücadele Ofisi (Viyana, Avusturya) bünyesindeki Suç Önleme Merkezi; Genel Kurul bu kuruluşun “talep üzerine TMK'nın faaliyetlerini tamamlayıcı nitelikte teknik bir yardım sağlayabileceğini” hatırlatmaktadır⁹³. Genel Kurul'un Güvenlik Konseyi'nin organı bakımından duyduğu rahatsızlığı hissedebiliyoruz. Kurul aynı kararda, terörizm de dâhil olmak üzere tüm suç türleri ile mücadele bakımından toplu bir yaklaşım oluşturmak amacıyla Viyana Ofisi Direktörü'nün çabalarına destek vermektedir(giriş, §6), ve devletler, uluslararası örgütler, TMK ve ayrıca Viyana Merkezi arasında bir işbirliğinin önemini altını çizmektedir(giriş, §7). Diğer yandan, İran temsilcisi Genel Kurul'da, Güvenlik Konseyi'nin karar çıkarma sürecinin kapsamını “artıran” ve karmaşıklaştıran organlarının çoğalmasından duyduğu endişelerini dile getirmektedir; ayrıca bir şeffaflık yoksunluğundan da çekinmektedir ve Örgüt üyelerinin tümünün rolleri ve işlevleri konusunda bilgilenmelerini dilemektedir⁹⁴.

Eski kökenli “klasik” organlar olan Disiplin Komiteleri göreceli olarak çok sayıda iken, TMK dışında yasama türü kararlar ile bağlantılı organlar ise bu metinlerin genel kapsamı göz önüne alındığında şimdilik oldukça mütevazı durumdadırlar.

C. İlmli Bir Cüret

Güvenlik Konseyi'nin bu atılgan nitelikli yaklaşımı göreceli olarak ele alınmalıdır; bu yaklaşım büyük ölçüde Genel Kurul'un eksiklikleri ve gecikmeleri ile bağlantılıdır. İlgili karar metinlerinden anlaşıldığına göre, Güvenlik Konseyi, uluslararası hukukun uygulanmasının bir parçası olmak niyetinde görünmektedir. Söz konusu kararların devletlerin sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerinin

⁹³ A/58/136, 22 Aralık 2003, giriş kısmı, §3 ve §4; Karar, Viyana Merkezi'nin faaliyetleri kapsamında sözleşmelerin ve evrensel protokollerin uygulanmasının sağlanması amacıyla işbirliğinin sıkılaştırılması ile ilgilidir; bununla birlikte, söz konusu karar, 1373 Sayılı karara ve ayrıca 1377 ve 1456 sayılı kararlara giriş kısmının birinci paragrafında yer vermektedir.

⁹⁴ A/58/PV. 28, 13 Ekim 2003, sayfa 16.

tersini söyleme gibi bir amaçları yoktur, aksine bunları tamamlamak isterler ve bazen çok az yükümlülük doğururlar.

Hiç şüphe yok ki, Güvenlik Konseyi tepkiyi azaltmak amaçlı olarak uluslararası hukuka saygı konusundaki duyarlılığını çok hızlı bir biçimde ön plana koymaktadır. Aslında, 12 Kasım 2001 tarihinde bakanlar düzeyindeki bir toplantı sonucunda devletleri 1373 Sayılı kararı uygulamaya teşvik etmek amacıyla kabul edilen 1377 Sayılı kararın 6. paragrafında “terörizm sorunuyla mücadele etmek için **Birleşmiş Milletler Andlaşması ve uluslararası hukuka** uygun olarak, Birleşmiş Milletler Örgütü’nün tüm üyelerini aktif işbirliğine ve katılıma çağırarak genel ve kararlı bir yaklaşımın esas olduğu” onaylanmaktadır; bu ifade 2002 yılında 11 Eylül’ün yıldönümü münasebetiyle Başkanlık bildirisinde de aynen tekrarlanmıştır⁹⁵. Aynı şekilde, 1566 Sayılı kararın giriş kısmında (§6), terörizmle mücadele konusunda alınacak önlemlerin insan haklarına ve insani hukuka uygun olması gerektiği devletlere hatırlatılmaktadır⁹⁶. 1540 Sayılı kararın 5. Paragrafı, bu kararda belirtilen yükümlülüklerin açıkça çelişecek şekilde yorumlanmaması ya da devletlerin nükleer silahlanmanın yayılması veya KİS’ler konusundaki akdi yükümlülüklerini değiştirmesi gerektiğini öngörmektedir. Burada söz konusu olan sadece mevcut sözleşmeleri tamamlamaktır ve asıl metin, 7. ve 8. paragraflara uygun olarak imkanı olan devletleri ilgili hükümleri uygulamaya koymak için yardıma ihtiyacı olan devletlere yardım etmeye çağırmakta ve devletlerden nükleer silahlanmanın yayılmasının önlenmesi amaçlı sözleşmeleri kabul etmelerini ve sağlamlaştırılmasını sağlamalarını talep etmekteyken, giriş kısmı (§12) “ek” önlemler alınması gereğini vurgulamaktadır. Kararın görüşüldüğü sırada, Fransa temsilcisi KİS’lerin yayılmasının barış için bir tehdit oluşturduğunun ve devlet dışı aktörlerin katılımı ile ilgili “bir boşluğu doldurmayı” amaçlayan mevcut sistemin bir parçası olduğunun altını

⁹⁵ S/PRST/2002/25, 11 Eylül.

⁹⁶ Bu kararın 9. paragrafının dinler ve kültürlerin kötülenmesini önlemek, bölgesel çatışmaların çözüme kavuşturulması ve kalkınma sorununun çözülmesi amacıyla medeniyetler arası diyalogun gerekliliğine vurgu yapması ve bunların terörizmle mücadele için başta gelen alanlar olduğunu belirtmesi dikkat çekicidir.

çizmektedir⁹⁷. 1566 Sayılı karardan sonra yer alan kısa süreli oylama açıklaması oturumu sırasında, Rus delegesi bu kabul edilen kararın terörizmle mücadeleyle yönelik “ek önlemler” ile ilgili bir karar olduğunu belirtmektedir⁹⁸. Bu çerçevede, 1373 Sayılı karar ile Devletlerin yasama ve denetim önlemleri konularındaki yükümlülüklerini genişleten 1540 Sayılı karar bakımından genel kural niteliği ihmal edilemeyecek kadar yüksek olsa da, kararların normatiflik dereceleri de çok yüksek olamayacaktır. Bu derece 1566 Sayılı karar bakımından çok düşüktür. Halbuki bu karar çok hırslı bir karardır çünkü tıpkı 1373 Sayılı karar gibi terörizmle mücadeleyi genel olarak kapsamayı hedeflemektedir; belki de Güvenlik Konseyi için 2001 yılında ortaya koyduğu eserinin ötesine gitmek zordur ve bu nedenle de Devletleri özellikle “*aut dedere aut judicare*” ilkesine uygun olarak terör eylemlerine yapılan her tür yardım fiilini ya da bunlara katılımı (§2) yargı önüne çıkarabilmek amacıyla işbirliği yapmaya ve genel sözleşme taslağını ve nükleer terörizm eylemlerinin önlenmesi hakkındaki taslağı (§5) kabul etmeye çağırarakla yetinmektedir.

*

Güvenlik Konseyi, hukukun ilerlemesini görmek için sabırsızlandığını gösteren enternasyonalist dileklerinde belirttiği üzere “O” uluslararası yasa koyucuya dönüşmüş müdür? Kesinlikle hayır. Öncelikle, bir tek kırlangıçla bahar olmayacağı gibi*, üç karar ile uluslararası toplumun durumunda bir devrim yaratılmaz. Ellerinde kalan egemenlik gücü bakımından cimri Devletler bunu kabul etmeyeceklerdir ve gösterdikleri tepkiler bu konudaki düşüncelerini gayet güzel göstermektedir. İlgili kararların Birleşmiş Milletler Andlaşması ile uyumluluğu net değildir ancak bunun tersinden de söz edemeyiz ve bu da sürekli tekrarlayan ve gittikçe de sıkıntılı hale gelen denetlenmeleri sorununu önümüze koymaktadır.

⁹⁷ S/PV.4956.

⁹⁸ S/PV.5053.

* “*Une hirondelle ne fait le printemps*”, bir tek deneyimin, bir tek olgunun sonuç çıkarmak için yeterli olamayacağı anlamına gelen Fransız deyiimi.

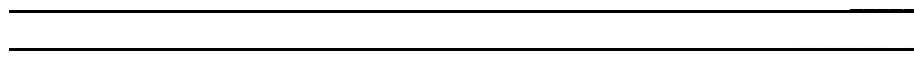
Bununla birlikte, bu metinler büyük bir zorluk yaşanmaksızın kabul edilmiş ve önemli bir zıtlasmaya konu olmamışlardır. Bunu uygulama alanlarıyla açıklamak mümkündür: Terörizmle mücadele; şu an için bu konuda yol gösterici uygun bir el kitabı bulunmamaktadır, bununla birlikte burada aciliyet arz eden bir durum söz konusudur. Müdahale ve aciliyet, Güvenlik Konseyi'ni ilgilendiren başlıca konulardır ama bu kez başvurulacak işlevsel faaliyet, Konsey'in olağan yetkileri kapsamına girmemektedir; her şey sanki, yasa koyma faaliyeti, Devletler tarafından hem kabul edilen, hem istenilen, hem de korkulan gerekli bir rıza eşiğine dayanıyormuş gibi gerçekleşmektedir. Genel Kurul artık gerekli kuralların düzenlenmesini için mücadele ettiğinden Konsey bu faaliyeti kısmen istemeye istemeye yapmaktadır.

Terörizmle mücadele konusu, Güvenlik Konseyi'ni her defasında tartışma yaratan meşru savunmanın değerlendirilmesi, barışa yönelik tehdit kavramı konularında çeşitli icatlarda bulunmaya yöneltmiştir.

Birleşmiş Milletler Andlaşması tarafından kurulan hukuku ve dengeleri tehlikeye düşürmemesi koşuluyla, Konsey'i bu alanda hakimiyet kurmaya çalışmakla suçlamak zordur. Konsey'in çok fazla cüretkar davranması öfke doğurabilir ve Devletleri aykırı ve/veya gayri meşru görünebilecek kararlar uygulamaya itebilir.

“Bu konudaki zorluğun anlaşıldığı söylenebilir ve uygulama belki de kendi sınırlarını bilmekle başlamaktadır: 1566 Sayılı karar bunun bir göstergesidir. Diğer yandan, Güvenlik Konseyi'nin yasa koyma alanına girmesi gördüğümüz üzere, bir bakıma kademe kademe ilerleyerek ve sadece terörizmle mücadele konusu ile sınırlı kalmayarak vuku bulmuştur. Dolayısıyla, kendisi de bunu gerekli görüyorsa, yükümlülükler doğurma bakımından şüphesiz çok uzağa gidemeyeceğine göre neden en azından alarm vermek için de olsa tekrar aynı faaliyette bulunmasını diye düşünüyoruz.”

Makaleler



Özel Hukuk

İNTERNET BANKACILIĞI VE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ*

ÖZET

İnternet günlük hayatımızın vazgeçilmezleri arasında yer almaktadır. Pek çok diğer işlem gibi internet bankacılığı da çoğu kimse için önemlidir. Ev ve ofis bankacılığı, telefon bankacılığı, mobil bankacılık ve internet bankacılığı elektronik bankacılık uygulamalarının en önemlilerindedir. İnternet bankacılığı bankacılık işlemlerinin internet üzerinden yapılmasıdır. İnternet bankacılığı, hem bankalar hem de müşteriler açısından avantajlara sahip olduğu kadar sakıncalar da barındırmaktadır. Güvenlik internet bankacılığının en önemli problemidir.

ANAHTAR KELİMELER: *Elektronik Bankacılık, İnternet Bankacılığı, Güvenlik, Şifre, Kötü Amaçlı Yazılımlar*

INTERNET BANKING AND OBLIGATIONS OF PARTIES ABSTRACT

The Internet is an integral part of our daily lives. Like other transactions, internet banking is very important for many people. Home and Office banking, telephone banking, mobile banking and internet banking are some of the electronic banking kinds. Internet banking is making banking transactions via internet. Internet banking has some advantages and disadvantages both of banks and consumers. Security is the leading problem in internet banking.

KEYWORDS: *Electronic Banking, İnternet Banking, Security, Password, Malwares*

GİRİŞ

Son yıllarda teknoloji baş döndürücü bir hızla gelişmektedir. Şüphesiz bu gelişmelerin de en başında internet ve buna bağlı teknoloji gelmektedir. 1960'lerden itibaren ABD'de sadece askeri alanda kullanılmaya başlanan bilgisayarlar arasındaki iletişim, 1990'lerden itibaren sivil hayatta da kullanılmaya başlanmıştır. Birbirine bağlı bilgisayarlardan oluşan ağların (network) yine birbirlerine bağlanması ile oluşan global bir ağ ortaya çıkmış ve buna da internet adı verilmiştir.

İnternetin ortaya çıkışı ile birlikte pek çok işletme pek çok farklı şekilde faaliyetlerini internet ortamına taşımaya başlamıştır¹. Bunun da bir sonucu olarak ticari faaliyetlerin de önemli bir kısmı internet ortamında icra edilmeye başlanmıştır. Pazarlama, reklam, bilgilendirme gibi aşamalardan başlayan bu faaliyetler bir süre sonra hukuki işlemlerin ve hatta tarafların borçlarını ifasının da internet ortamında yapıldığı bir düzeye çıkmıştır. Bununla beraber bankacılık uygulamaları da internet ortamından yapılmaya başlanmıştır.

Bankacılık uygulamalarının internet ortamında yapılmaya başlanmasından önce pek çok bankacılık uygulaması, çeşitli isimler altında, müşterilerin bankaya gitmeden hizmet alabilmelerini ve işlemlerini halledebilmelerini sağlamaya çalışmaktaydı. Elektronik bankacılık adı verilen bu uygulamalar çeşitli görünümler ve isimler altında uygulanmaya gelmekteydi. İnternet bankacılığı ise bu yöndeki son nokta olmuştur. Gerçi internet teknolojisinin de temelinde elektronik altyapı olduğu için aslında internet bankacılığı da elektronik bankacılık başlığı altında incelenebilir. Ancak hem işlem hacmi, hem kendisine özgü yapısı ve işleyişi hem de tarafların yükümlülükleri ve sorumlulukları açısından arz ettiği önem ve farklılık, ayrı bir başlık altında incelenmesini gerektirmektedir.

Bu çalışmada öncelikle elektronik bankacılık uygulamaları ile internet bankacılığı uygulamaları ayrı ayrı başlıklar halinde incelenmiştir. Daha sonra da internet bankacılığında tarafların yükümlülüklerine

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Adel M. Aladwani, Online banking a field study of drivers, development challenges, and expectations, International Journal of Information Management 21 (2001), s. 213.

değ inilmiştir. En son da bu yükümlülüklerin ihlali durumunda doğ abilecek sorumluluklar üzerinde durulmuştur

I- ELEKTRONİK BANKACILIK

A- Genel Olarak

Bankalar geliş en iletişim teknolojisinin bir sonucu olarak pek çok hizmeti, müşterilerinin bankaya gitmelerine gerek bırakmadan onların ayağı na götürmeyi ve bu şekilde ticari faaliyetlerini artırmayı hedeflemişlerdir. Bunun sonucunda pek çok farklı uygulama ortaya çı kmıştır. Bütün bu faaliyetleri kapsayacak şekilde elektronik bankacılık şu şekilde tanımlanabilir. Bankacılık maliyetlerinin düşürülmesi, hizmet ağ ının genişletilmesi, rekabet üstünlüğ ünün kazanılması amacıyla bankacılık faaliyetlerinin elektronik iletişim araçları vasıtası ile yapılmasıdır². Uygulamada elektronik bankacılık denilince belki akla ilk önce ATM bankacılığı gelmektedir. Ancak Elektronik bankacılık bu kadarla sınırlı değildir. Ev ya da ofis bankacılığı, telefon bankacılığı, televizyon bankacılığı, mobil bankacılık ve nihayet internet bankacılığı elektronik bankacılık türleri arasında sayılabilir³. Konunun daha iyi

2 Gup, Benton E., *Elektronik Banking, The Future of Banking*, (editor: Gup, Benton E.) Londra 2003, 131; Yıldırım, Kadir, *Elektronik Bankacılık-Avrupa Birliği Ve Türkiye Uygulamaları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, S. 44; Biçer, Murat, *İnternet Bankacılığı Ve İnternet Bankacılığ ında Müşteri Eğitimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, S. 47; Özcan; Zeynep Özge, *Türkiye’de Elektronik Bankacılık: İnternet Bankacılığı Üzerine Bir Çalışma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2007, 54; Wu, Jun, *Factors that influence the adoption of internet banking by South Africans in the Ethekweni metropolitan region*, Durban Güney Afrika, Tarih yok, s, 20.

3 Gup, 131; Shah, Mahmood/Clarke, Steve, *E-banking management issues, solutions, and strategies*, Newyork 2009, s. 2; Aktan, Bora/Teker, Edip/Ersoy, Pervin, *Changing Face of Banks and the Evaluation of Internet Banking in Turkey*, *Journal of Internet Banking and Commerce*, April 2009, vol. 14, no.1, s, 2-3; Durer, Salih/Özsözgün çalışkan, Arzu/Akbaş, Halil Emre, Gündoğ du, Ceren Erdin, *İnternet Bankacılığ ını Kullanma Kararını Etkileyen Faktörler. Türk Banka Müşterileri Üzerine Bir Araştırma*, MÜİİBFD, Yıl: 2009, C. XXVI, Sayı :1, s. 135; Wu, 20; Schaechter, Andra, *Issues in Electronic Banking: An Overwiev*, *International Money Fund*, 2002, s. 3..

anlaşılması için elektronik bankacılık uygulamalarına kısaca göz atmakta fayda vardır⁴.

B- Ev ya da Ofis Bankacılığı

Ev ve ofis bankacılığı; özellikle gerçek kişilerin kişisel bilgisayar, kablolu ve dijital televizyon, özel görüntü ekranı (videotex) ya da telefon kullanarak, haberleşme ortamları üzerinden bankaların veri bankası tabanlarına erişmeleri, kendi hesapları üzerinde istedikleri işlemleri yapmaları ve bankaların sunduğu açık bilgi kaynaklarını ücretli veya ücretsiz kullanmaları uygulamalarının tümüdür⁵. Diğer bir ifade ile ev (veya ofis) bankacılığı müşterilerin bankaya gitmeden buldukları yer ile banka arasında doğrudan bir elektronik iletişim hattının olmasına bağlı olarak bankacılık işlemlerini yapabilmelerini ifade etmektedir⁶. Kişilerin ev ya da ofislerinden bankanın bilgisayarına, bilgisayar, videotext, televizyon veya başka bir elektronik araç ile bağlanmaları önemli değildir. Bu açıdan bakıldığında ev bankacılığının müşterinin kullandığı elektronik araç, bu aracın bankaya bağlanmasını sağlayan iletişim hattı ve bankanın bilgisayar sistemi olarak üç ana temel üzerine kurulduğunu söyleyebiliriz⁷.

C- Telefon Bankacılığı

Telefon bankacılığı, banka müşterilerinin; fatura ödeme, fon transferi, hesap kontrolü, bilgi alma ve kredi başvurusu yapabilme gibi çeşitli bankacılık işlemlerini banka şubelerine gitmeden, sabit veya mobil

⁴ Aslında elektronik bankacılık uygulaması 1870 li yıllara kadar uzanmaktadır. Western Union Telegraph Company 1871 yılında ülke çapında uygulanmak üzere talimatla para transfer uygulaması başlatmıştır. 1918 yılında telgraf kullanılmaya başlanmış, 1960'larda üzerine veri kaydedilebilen plastik kart teknolojisi keşfedilmiş ve bankalar da bu teknolojiyi ilk önce kullanan sektör olmuşlardır. 1970'lerde ise çipli ödeme sistemleri geliştirilmiştir. 2000'lerde de internet bankacılığı başlamıştır. Kz. Gup, 132; Shah/Clarke, 10. Genel olarak e-banking olarak ifade edilen diğer elektronik bankacılık uygulamaları için bkz. Shah/Clarke, 30-52

⁵ Yıldırım, 97.

⁶ Yılmaz, Süleyman, Hukukî Açıdan İnternet Bankacılığı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2007, S. 19.

⁷ Yıldırım, 97.

bir telefon kullanarak, herhangi bir yerden günün yirmi dört saati yapabilmelerini sağlayan bankacılık türüdür⁸. Bu sistemde müşteri bir telefon hattından bankayı aramakta ve tuşları⁹ kullanmak suretiyle bankacılık işlemlerini gerçekleştirmektedir¹⁰. Telefon bankacılığını diğer geleneksel kanallardan ayıran en önemli özellik, tamamen mekanik bir sisteme dayalı olması ve müşterilerin karşı taraftan canlı bir müşteri temsilcisiyle irtibat kurmadan telefonun tuşlarıyla işlem gerçekleştirebilmesidir¹¹. Bazı telefon bankacılığı sistemlerinde telefon tuşları yerine doğrudan müşterinin sesini ve verdiği cevapları tanıyabilen bilgisayarlar kullanılmaktadır. Ancak ses tanıma sistemi ile çalışan bu bilgisayarların hata oranları oldukça yüksektir¹². Telefon bankacılığı ile hesap işlemleri, transferler, yatırımlar, döviz işlemleri, kredi kartı işlemleri, hisse senedi ve bilgi güncelleme işlemleri yapılabilmektedir¹³.

D- Televizyon Bankacılığı

Televizyon bankacılığı, bankalar tarafından hazırlanmış olan bir kanala, dijital televizyon hattı aracılığı ile bağlanılarak ve televizyonun tuşları ile komut vererek bankacılık işlemlerinin gerçekleştirilmesidir. Bu işlemde komutlar bankaya telefon hattı aracılığı ile ulaştırılmaktadır. Tüm bunları televizyona bağlanan ve adına STB bağlayıcı üst kutu denen dijital sinyalleri analog haline dönüştüren bir elektronik alet sağlamaktadır¹⁴. Bu işlemler banka ile müşteri arasındaki sözleşme

⁸ Yıldırım, 94.

⁹ Bu aramanın tuşlu telefon kullanılmak suretiyle yapılması gerekmektedir. Daha doğru bir ifade ile ton göndermeli olarak bu işlemin yapılması gerekmektedir. Bilindiği gibi telefon tuşlarına her basılda farklı bir ton sesi duyulmaktadır. Bu farklı tonlar, farklı elektronik komutlara ayarlanmakta ve bankanın bilgisayarına bu surette talimat verilmektedir. Eski teknolojiye çevirmeli telefon olarak bilinen ve tuşlu telefonlarla da gerçekleştirilebilen pulse olarak da ifade edilen gönderme şekli ise vuruşlu olarak çalışır. Bu sistem ile bilgisayar kontrol etmek mümkün değildir.

¹⁰ Yılmaz, 21.

¹¹ Biçer, 91.

¹² Özcan, 69.

¹³ Özcan, 70.

¹⁴ Biçer, 90.

hükümlerine göre yapılmaktadır¹⁵. Buna göre müşteriye bir kullanıcı (müşteri) numarası ve bir de şifre verilmektedir. Bu yönüyle dijital TV, alternatif elektronik bankacılığın yeni bir kolu haline gelmektedir. Bu bankaların internet şubelerini kullanan müşterileri herhangi bir ek işlem yapmadan internet şubesi hesap bilgilerini ve şifrelerini kullanarak dijital TV bankacılığı hizmetlerini kullanabilmektedirler¹⁶.

E- Mobil Bankacılık

Cep telefonu teknolojisi kullanılmak suretiyle global erişim imkanı sağlayan wap protokolünün ve GSM operatörlerinin sunmuş olduğu diğer hizmetlerin kullanılması ile bankacılık işlemlerinin gerçekleştirilmesidir¹⁷. Mobil bankacılık üç değişik şekilde gerçekleştirilmektedir. Bunlardan ilki kısa mesaj servisi (SMS) yoluyla müşterilerin bilgilendirilmesi, ikinci yol WAP destekleyen cep telefonları yoluyla internet üzerinden işlemlerin yapılması, üçüncü ve son yol ise palmtop (avuç içi) adı verilen bilgisayarlar ile internet üzerinden işlemlerin yapılmasıdır¹⁸.

SMS bankacılığı, bazı bankacılık hizmetlerinin kısa mesaj uygulamaları ile gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu hizmetler genel olarak bakiye bildirimini, kur bildirimini, hesap hareketlerinde uyarı, kredi kartı son ödeme tarihi, hesap kesim tarihi, borç tutarı, kredi kartı limit azalması durumunda uyarı, kredi kartı borç ödeme günü geciktiğinde uyarı vadeye bağlı tüm ürünlerin hesaba dönüşünde uyarı, verilmiş emirlerin gerçekleşmemesi durumunda uyarı, banka kartı ile para çekildiğinde uyarı kredi kartı ile nakit avans çekildiğinde uyarı şeklinde ifade edilebilir¹⁹.

Diğer bir tür olan wap bankacılığı ise wap teknolojisi temeline dayalı olarak internet üzerinden bankacılık işlemlerinin yapılmasıdır. Kablosuz Uygulama Protokolü (Wireless Application Protocol) ifadesinin İngilizce kısaltması olan WAP ile günlük döviz kuru, repo oranları, yatırım fonu fiyatları, altın fiyatları, mevduat faiz oranları,

¹⁵ Yılmaz, 21;

¹⁶ Biçer, 91.

¹⁷ Biçer, 88; Yılmaz, 22; Yıldırım, 96-97, Özcan, 72.

¹⁸ Shah/Clarke, 33; Özcan, 72.

¹⁹ Biçer, 89; Özcan, 72, Yıldırım, 96.

hazine bonusu faiz oranları, hesap bakiyeleri ve kredi karı borcu görüntüleme şeklinde bankacılık hizmetleri yapılabilmektedir²⁰.

Diğer mobil bankacılık türü olan PDA bankacılığı, cep bilgisayarlarından bankanın internet bankacılığı servisine ulaşarak bankacılık işlemlerinin yapılmasını sağlayan teknolojidir²¹. PDA ile doğrudan internete bağlanılabilmesi ve bu sistemlerin WAP teknolojisine sahip cep telefonlarından daha gelişmiş özelliklere sahip olması, WAP bankacılığına kıyasla bankacılık konusunda daha fazla hizmetin sunulabilmesine olanak tanımaktadır²². Avuç içi bilgisayarların pahalı oluşu sebebiyle, avuç içi bilgisayar bankacılığı çok gelişmemiştir²³.

F- Kabin (Kiosk) Bankacılığı

Kiosk bankacılığı ATM bankacılığının biraz daha gelişmiş türünü oluşturmaktadır. ATM bankacılığı 1939 da Amerika'da nakit para verme makinası ile başlamış, altı ay sonra hizmetten kalkmış ve 1967 de bu günkü anlamda ANM bankacılığı hizmet vermeye başlamıştır²⁴.

Kiosk, müşteri ilişkilerinin interaktif bir şekilde yürütülmesini sağlayan bir bilgi merkezi şeklindeki bilgisayarlara verilen genel sistemdir²⁵. Kabinler, bankaların ATM makineleri görünümünde tasarlanmış olup, alışveriş merkezlerinde, açık hava ortamlarda, sinemalarda ve her türlü genel ortamda kabin içinde veya serbest olarak kurulabilmektedir. Bankalar kabin aracılığıyla, alternatif bankacılık, online işlemler, her türlü kart bazlı hizmetler ve bilgilendirme amaçlı hizmetleri vermektedir²⁶. Kiosk aracılığıyla, kamusal internet erişimi, alternatif bankacılık, online işlemler, bilet, rezervasyon işlemleri, hizmet tanıtımları, bilgi görüntüleme, şehir ve bina rehberleri, turistik bilgiler,

²⁰ Shah/Clarke, 37; Özcan, 73.Yılmaz, 23.

²¹ Biçer, 90; Özcan, 73-74.

²² Biçer, 90.

²³ Yılmaz, 23.

²⁴ King, Brett, Bank 2.0, Singapore 2010, s. 231.

²⁵ Özcan, 74; Yılmaz, 24.

²⁶ Yılmaz, 24.

insan kaynakları, promosyon, kredi izleme ve her tür kart bazlı hizmetler verilebilmektedir²⁷.

II- İNTERNET BANKACILIĞI

A) Genel Olarak

İnternet, birden fazla haberleşme ağının birlikte meydana getirdikleri, metin, resim, müzik, grafik ve buna benzer dosyalar ile bilgisayar programlarının ve dijital ortamda depolanabilen her türlü verinin paylaşıldığı ve bilgisayarlar aracılığı ile karşılıklı olarak iletildiği, bilgisayarlar arasında kurulmuş bir ağlar ağıdır. Bu ağlar arasındaki ilişkiler IP (internet protokolü) kullanılmak suretiyle bilgisayarlar arasında gerçekleşir. Bilgisayarlar arasında sağlanan bu hızlı ve sonsuz olarak nitelenebilen ilişki sayesinde bilgiye kolay, hızlı ve aynı zamanda da çok ucuz bir şekilde ulaşılabilir.

İnternet bankacılığı da internetin tanımına paralel olarak müşterilerin bankaya gitmesine gerek olmaksızın her türlü bankacılık işlemlerini buldukları yerden internet ortamından bankaya bağlanarak yapmalarını ifade eden sistemin genel adıdır²⁸. İnternet bankacılığında para çekme dışında tüm bankacılık uygulamaları yapılabilir²⁹.

İnternet bankacılığı, elektronik ticaret faaliyetlerinin belki de en yaygın olanıdır. İnternet bankacılığının kolay ve ucuz olması yaygınlaşması sonucunu doğurmuş, bu yaygınlaşma da pek çok problemi beraberinde getirmiştir. Bu problemlerin hukuki görünümü ve sorumluluğun tespiti de internet bankacılığındaki en önemli konular arasında yer almaktadır. Bu sebeple öncelikle internet bankacılığının yaygınlaşmasına sebep olan yararları üzerinde kısaca durmak gerekir. Bununla beraber bu yaygınlaşmanın getirdiği sakıncalara da kısaca değinilmelidir.

²⁷ Özcan, 74; Ayrıca bkz. King, 240 vd..

²⁸ Aladwani, 214, Yılmaz, 30; Durer/Çalışkan/Akbaş/Gündoğdu, 136; Wu, 21.

²⁹ Durer/Çalışkan/Akbaş/Gündoğdu, 136.

B) İnternet Bankacılığının Yarar ve Sakıncaları**1- İnternet Bankacılığının Yararları**

İnternet bankacılığı her şeyden önce kullanıcılara zaman kazandırmaktadır³⁰. Hem banka şubesine ulaşmada hem de banka şubesinde işlemlerin yapılması için beklenen zaman açısından müşterilerce tercih edilmektedir. Mesai saati kavramının olmaması ve 365 gün 24 saat işlem yapılabilmesi de zaman açısından sağladığı diğer bir yarardır³¹.

İnternet bankacılığının sağlamış olduğu diğer bir yarar da komisyon ücretlerinin neredeyse sıfır veya sıfıra yakın olmasıdır³².

Müşterilerin çok sık aralıklarla bilgilendirilmesi de internet bankacılığının yararları arasında sayılabilir³³.

Müşterilerin hesaplarına bizzat kendilerinin girmesi, işlemlerin bizzat kendilerince yapılması ve her aşamada onaylarla kontrolünün sağlanmasının yanı sıra işlem yapmadan da durum kontrolleri ile hesap hareketleri izlenebilmektedir³⁴. Böylece istenmeyen bir hareketliliğin en kısa sürede farkına varılabilmekte ve müdahale edilebilmektedir³⁵.

İnternet bankacılığının müşteriler kadar bankalar açısından da sağladığı yararlar bulunmaktadır. Kuruluş sebebi para kazanmak olan bankalar açısından en başta düşük maliyetli işlemler sağlamasıdır³⁶. Banka şubesinden yapılan işlemlere göre, internet bankacılığı % 99

³⁰ Yılmaz, 37; Shah/Clarke, 259; Biçer, 66; Yıldırım, 23; Özcan, 119; Wu, 24, Azouzi, Dhekra, The Adoption of Electronic Banking in Tunisia: An Exploratory Study, Journal of Internet Banking and Commerce, December 2009, vol. 14, no.3, s. 5 vd.

³¹ Shah/Clarke, 259; Yılmaz, 37; Özcan, 121; Durer/Çalışkan/Akbaş/Gündoğdu, 137; Azouzi 5.

³² Wu, 26; Yılmaz, 37-38.

³³ Yılmaz, 38.

³⁴ Shah/Clarke, 260; Azouzi, 5.

³⁵ Yılmaz, 39; Yıldırım, 22.

³⁶ Wu, 25; Durer/Çalışkan/Akbaş/Gündoğdu, 136.

tasarruf sağlamaktadır³⁷. Bankanın kendi müşterilerine karşı sunmuş olduğu hizmetin kalitesi ve diğer imkanlar artarak müşterileri ile arasındaki bağlantılar daha da pekişmektedir. İnternet bankacılığının yaygınlaşması da bankalara müşteri sayısı açısından avantaj sağlamaktadır. Her yerden ve her zaman bankacılık işlemlerinin yapılabilmesi, bu işlemlerin sürekliliği ve kolaylığı müşteri sayısının artması sonucunu doğurmaktadır³⁸.

İnternet bankacılığının IP temelli olması ve bu işlemlerin bankaların log kayıtlarında tutulması, müşterilerin işlem zamanı, işlem türü, işlem sıklığı, işlem hataları ve bir çok konudaki eğilim ve beklentilerinin tespit edilmesine imkan tanımaktadır. Bu da bankaların kendilerini geliştirmeleri konusunda yarar sağlamaktadır. İnternet bankacılığı belli bir mali ve kültürel birikim temeline bağlı olarak kullanılmaktadır. Bunun sonucu olarak da internet bankacılığı hizmeti sunan bankalar yüksek gelirli müşterilerin yanında kültür ve eğitim seviyesi yüksek olan ve daha problemsiz müşteriler elde etmektedirler³⁹. Ayrıca internet bankacılığı, bankaya müşterilerine karşı teknolojiyi kullanmanın getirdiği yüksek bir imaj sağlamaktadır⁴⁰. Müşteri kitlesi artan bankaların gelirleri de buna bağlı olarak artmaktadır⁴¹. İnternet bankacılığı sayesinde iş yükü azalan bankalar daha başka alanlarda efor sarf etmekte ve müşterileri ile daha fazla ilgilenebilmektedirler⁴².

³⁷ Yuan, Xina/Lee, Hyung Seok/ Kim, Sang Yong, Present and Future of Internet Banking in China, Journal of Internet Banking and Commerce, April 2010, vol. 15, no.1, s. 3; Özcan, 119; Yılmaz, 39;

³⁸ Durer/Çalışkan/Akbaş/Gündoğdu , 137; Shah/Clarke, 257; Yılmaz, 40; Özcan, 119.

³⁹ Shah/Clarke, 260; Karş. Yuan/Lee/Kim, 6, 8, Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Riquelme, Hernan E., Internet Banking Customer Satisfaction and Online Service Attributes, Journal of Internet Banking and Commerce, August 2009, vol. 14, no.2, s. 2 vd.

⁴⁰ Durer/Çalışkan/Akbaş/Gündoğdu , 137; Shah/Clarke, 261.

⁴¹ Shah/Clarke, 261; Durer/Çalışkan/Akbaş/Gündoğdu, 137.

⁴² Shah/Clarke, 262; Durer/Çalışkan/Akbaş/Gündoğdu, 137.

2- İnternet Bankacılığının Sakıncaları

İnternet bankacılığının yaygınlaşması ile birlikte çok farklı sebeplere dayanan sakıncalar da ortaya çıkmıştır. Bu sakıncalar müşteriler için olduğu kadar bankalar için de söz konusu olmaktadır. Bu sakıncalardan ilki işlem yapan kişinin kimliğinin tespitindeki zorluklardır.

Müşteriler açısından ilk sakınca, bir bilgisayar ve internet bağlantısına ihtiyaç göstermesidir⁴³. Bilgisayar fiyatlarının yüksekliği, bağlantı ücretlerinin ve/veya şartlarının ağırlığı internet bankacılığının önündeki ilk engeldir⁴⁴. Bu sebeple toplumda kendilerini teknoloji özürü olarak tanıtan kimseler internet bankacılığında yararlanamamaktadırlar.

Güvenlik problemi hem bankalar hem de müşteriler açısından önemli riskler oluşturmaktadır. Bu da internet bankacılığının belki de en önemli sakıncalarından birisini oluşturmaktadır⁴⁵.

Müşteriler açısından oluşan ve son zamanlarda oldukça sık rastlanan diğer bir sakınca da girilen web adresinin gerçekte girilen bankaya ait olup olmadığının tespitidir⁴⁶. Özellikle elektronik posta adresine gelen ve sanki müşterisi olunan bankadan gelmiş gibi bir görüntü arz eden maillerdeki linklere tıklanması ile aslında gerçek olmayan banka sitesine yönlendirme yapılmaktadır. Gerek dizayn ve gerekse alan adı benzerliği gibi sebeplerle müşteri giriş bilgilerini girmekte ve bu bilgiler sistem tarafından elde edilmiş olmaktadır. Gerçek banka sitesi olmadığı için hesabına ulaşamayan müşteri sayfadan ayrılmakta, problemi anlayıncaya kadar veya tekrar giriş yapıncaya kadar hesaplar boşaltılmaktadır. Müşteriler, bilgisayarlarını her türlü internet erişimi için kullanmaktadırlar. Bunun sonucu olarak mail, usb bellek, hatta ziyaret edilen bir siteden dahi bilgisayarlarına Truva atı adı verilen ve çok küçük boyutlardaki yazılımlar bulaşabilmektedir. Bu sayede de

⁴³ Wu, 24; Durer/Çalışkan/Akbaş/Gündoğdu, 138.

⁴⁴ Yılmaz, 42; Shah/Clarke, 264.

⁴⁵ Azouzi, 5 vd.

⁴⁶ Turan, Mehmet, <http://www.olympus.net/belgeler/guvenlik/alternatif-bankacilik-yontemleri-ve-karsi-karsiya-kaldiklari-sorunlar-5336.html>; Yılmaz, 42.

üçüncü kişiler yapılan her türlü işlemi uzaktan takip edebilmekte, bu kişilerin hesap bilgilerine ulaşabilmektedirler.⁴⁷

Bankaların işlemlerini internet ortamına taşımaları ve müşterilerin de bankaya gitmeden işlemlerini online yapmaları, banka ile müşterilerin arasındaki ilişkileri azaltmaktadır⁴⁸.

İnternet bankacılığındaki en önemli problemlerden birisi de işlem yapan kişinin kimliğini tespit etmekte yaşanan sıkıntıdır⁴⁹. Bunun aşılması için bankalar müşterilerine kullanıcı adı, müşteri numarası, parola, şifre, güvenlik kodu gibi isimlerde kendilerini tanıtmalarına yarayacak bilgiler vermektedirler. Müşteriler de kimseyle paylaşmamaları gereken bu bilgileri sisteme girerek kendilerini tanıtmaktadırlar. Bu parolaların kolay tahmin edilebilir olması, bir yere yazılması, birisine söylenmesi gibi sebeplerle müşteriler mağduriyet yaşamaktadırlar. Pek çok zaman da bilgisayardaki casus yazılımlar sebebiyle bu bilgiler kötü niyetli kişilerce öğrenilmekte ve hesaplar boşaltılmaktadır⁵⁰.

Müşterilerin işlem yapabilmelerinin ön şartı internet bağlantısının mevcut olmasıdır. Bazen ne banka ne de müşterilerin kusuru olmaksızın kesintiler ve yavaşlamalar oluşabilmektedir. Bu da internet bankacılığı kullanan kişiyi mağdur edebilmektedir.

A- İNTERNET BANKACILIĞINDA TARAFLARIN GÖREV VE SORUMLULUKLARI

1- GENEL OLARAK

İnternet bankacılığının sorunsuz işleyebilmesi için hem bankalara hem de müşterilere düşen görevler bulunmaktadır. Bu görevlerin yerine getirilmesi konusunda gösterilecek en küçük bir duyarsızlık ya da ihmal telafisi zor zararların ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Bu görevler

⁴⁷ Yılmaz, 43; Shah/Clarke , 111; Turan, <http://www.olympus.net/belgeler/guvenlik/alternatif-bankacilik-yontemleri-ve-karsi-karsiya-kaldiklari-sorunlar-5336.html>, Schaechter, 23; Bu konuda geniş bilgi için bkz. Canbek, Gürol/Sağiroğlu, Şeref, Casusu Yazılımlar ve Korunma Yöntemleri, Ankara 2006, 171 vd.

⁴⁸ Shah/Clarke, 114.

⁴⁹ Yılmaz, 45.

⁵⁰ Lininger, Rachael/ Vines, Russell Dean, Phishing Cutting the Identity Theft Line, 106 vd.

çoğunlukla taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanmaktadır⁵¹. Bu sözleşmeler içerisinde yer alan ve ortaya çıkan uyuşmazlıklarda bankaların dayanak noktalarından birini oluşturan genel işlem şartı niteliğindeki maddeler ve bunların geçerliliği konusundaki tartışmalar konumuz dışında kalmaktadır. Ancak gerek sözleşme serbestisi ve gerekse internet ortamının yapısından kaynaklanan bazı yükümlülükler taraflara dağıtılmaktadır. Bu yükümlülüklerin bir kısmına ait olan en önemli özellik de zamanla değişebilir nitelikte olmasıdır. Bu sebeple internet ortamının ve özelliklerinin taraflarca yakından takip edilmesi ve üzerlerine düşen yeni yükümlülükleri buralardan tespit edip yerine getirmeleri beklenmelidir.

Bu başlık altında tarafların yerine getirmekle yükümlü oldukları ve pek çoğu sözleşmeden kaynaklan görevlerin neler olduğuna kısaca göz atılmıştır.

2- TARAFLARIN GÖREVLERİ

a) BANKANIN GÖREVLERİ

Banka, anonim şirket şeklinde örgütlenmiş tüzel kişi tacirdir. İnternet bankacılığı hizmeti sunan bankalar bu hizmeti müşterilerine kolaylık olması için yapmalarının yanında kendi işlem hacimlerini artırmak ve daha fazla gelir elde etmek için yapmaktadırlar. Bunun için de sadece bu hizmeti uygulamaya koymak yeterli olmayıp bunun gerektiği gibi işlemesi ve hedeflediği amaca ulaşması için gerekli diğer tüm görevlerin de yerine getirilmesi gerekmektedir.

Bankalar güven kurumu olarak faaliyet göstermektedirler. Bu sebeple her şeyden önce internet bankacılığı işlemlerinin güvenilir bir şekilde yapılabilmesi için tüm altyapının güvenliğinin sağlanması gerekir.

Bu güvenlik hem dijital ve hem de matbu diğer evrak açısından sağlanmalıdır. İnternet ortamında yapılan bankacılık işlemlerinde bankalar sistemlerini SSL adı verilen bir güvenlik sistemi ile

⁵¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, 51 vd; <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=116>

korumaktadırlar⁵². Bu SSL protokolü kriptolu bir güvenlik protokolüdür⁵³. Bu protokol son zamanlarda SSL/TLS olarak uygulanmakta ve elektronik ticaret yapan web siteleri ile özellikle internet bankacılığında kullanılmaktadır⁵⁴. Bankalar bu güvenlik sistemini kurmalı, devamlı işler bir durumda bulundurmalı ve gerektiğinde daha üst versiyonları ile değiştirmelidir.

Bankaların, özellikle müşterilerine ait dijital ve matbu dokümanları saklamak şeklinde beliren ilk görevlerinin ardından ikinci görevleri, internet bankacılığı kullanmak suretiyle bu saklanan verilere ulaşmaya çalışan kişinin, gerçekten hesap sahibi ya da yetkili erişimci olup olmadığının tespitidir. Bu amaçla bankalar kullanıcılara password, kullanıcı adı, giriş kodu, parola, şifre gibi isimlerle, kendilerini sisteme tanıtmalarına yarayacak bilgiler vermektedirler. Bu bilgiler başkaları ile paylaşılması gereken veriler olup sadece kişiye özeldir. Bu bilgilerin sisteme girilmesi durumunda banka başka kişide olmaması gereken bu bilgileri doğru giren kişinin kimliğini tespit etmiş olmaktadır. Bankalar özellikle kişilere ait olan ve sisteme giriş izni veren bu verileri de farklı katmanlarda ve ayrı ayrı saklamalıdır. Banka personelinin dahi bu verilere ulaşması mümkün olmamalıdır.

Bu amaçla bankaların müşterilerine tanımladıkları kullanıcı adları ile şifreler, işlem parolaları, tek kullanımlık şifreler, smart kartlar, mobil imzalar zaman, IP veya ISS kısıtlamalarına yönelik ek önlemler bu amaçla getirilmiş önlemlerden bazılarıdır. Bankalar bu önlemlerin kullanıcı adı ve şifresi olarak bilinenlerden başka bir ya da birkaç tanesinin aynı anda kullanılmasına imkan tanıyarak sistemi daha güvenli hale getirmeye çalışmaktadırlar. Ancak şunu unutmamak gerekir ki dijital teknoloji ve dolayısıyla internet baş döndürücü bir hızla gelişmekte, takip etmek neredeyse imkansız hale gelmektedir. Buna bağlı olarak da

⁵² Mannan, Muhammad, Security and Usability: The Gap in Real-World Online Banking, <http://www.ccsf.carleton.ca/paper-archive/mannan-nspw07.pdf>, s.3.

⁵³ Oppliger, Rolf, SSL and TLS: Theory and Practice, Narwood, USA 2009, 82.

⁵⁴ Alain Hiltgen/ Thorsten Kramp/ Thomas Weigold, Secure Internet Banking Authentication, IEEE Security and Privacy, vol. 4, no. 2, s. 24, Oppliger, 227.

internet dolandırıcılığı veya sahtekarlığı olarak isimlendirilebilecek uygulamalar da hızla artmaktadır. Bir güven kurumu olan bankaların da aynı zamanda bir tüzel kişi tacir olarak basiretli bir şekilde hareket etmesi, bu gelişmeleri takip etmesi, ortaya çıkan dolandırıcılık yöntemlerinden etkilenmemek için gerekli her türlü önlemi almaları gerekmektedir. İşlemlerini internet ortamına taşıyarak daha fazla müşteri kitlesine ulaşmak ve dolayısıyla daha fazla kar elde etmek isteyen bankaların buna paralel olarak gerekli teknolojik ve yazılımsal önlemleri almaları da gerekmektedir. Bu konuda internet bankacılığı ile ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamakla beraber aynı mantık içerisinde geliştirilen ve çoğunlukla aynı sistem üzerinden çalışan kredi kartlarında da benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun kartı çıkaran kuruluşların yükümlülüklerini düzenleyen 8. maddesinde “*Kart çıkaran kuruluşlar, kartların kullanılması bir kod numarası, şifre ya da kimliği belirleyici başka bir yöntemin kullanılmasını gerektiriyorsa, bu tür bilgilerin gizli kalması amacıyla gerekli önlemleri almak ve harcama ve alacak belgesinin müşteri nüshası üzerinde ve yazışmalarda kart numarasının açıkça yer almasını engellemekle yükümlüdür.*” denmektedir. Bu hükmün kıyasen uygulanması da bankaların görevlerini açıklamak açısından önemlidir.

Bankaların açıklanan konuları gereği belirtilen güvenlik tedbirlerini re’sen almaları ve bu konuda gerekli internet güvenliği bilgisi ve tecrübesi olmayan kişilerin bir talebinin olmasını beklememeleri gerektiğini düşünmekteyiz⁵⁵. Müşteriden herhangi bir talep gelmemesine rağmen müşterilerine yeni faiz kampanyaları hakkında bilgi veren bankaların güvenlik sistemlerindeki değişiklik veya gelişmeleri doğrudan müşteriye ulaştırmaları gerekir. Bankaların bu bilgilendirme servisini doğrudan devreye sokması, müşteri açıkça bu güvenlik tedbirini

⁵⁵ Nitekim banka ile her hangi bir şekilde müşteri olarak bağlantısı olan kişilerin cep telefonlarına her gün en az birkaç kere bankaların yeni kampanyalarının, faiz oranlarının, anlaşmalı firmalarla olan uygulamalarının duyurulmasına yönelik kısa mesajların geldiği bilinen bir gerçektir. Bu mesajların gelmesinde müşterilerin herhangi bir talebi ve isteğinin olmamasına rağmen mesajların yollanmasında titizlik gösteren bankanın, sistem güvenliğine yönelik tedbirleri almada daha dikkatli davranması gerekir.

kullanmak istemediğini ifade etmişse o takdirde kullanımdan kaldırması gerektiğini düşünmekteyiz.

Bankaların üzerine düşen diğer önemli bir görev de müşterilerin bilgilendirilmesidir. Küçük tasarruf hesapları açıp bankaların yaygın para çekme ağından yararlanmak isteyen kişiler tüketici sıfatı ile bankalarla işlemler yapmaktadırlar. Bu sebeple her şeyden önce tüketicilerin aydınlatılmasına yönelik yükümlülük ilk planda karşımıza çıkmaktadır⁵⁶.

Banka ile müşteriler arasındaki hukuki ilişki bir sözleşme ilişkisidir. Dolayısıyla taraflara sözleşmeden bazı yükümlülükler doğmaktadır. Tüketicinin aydınlatılmasına yönelik yükümlülük esasında sözleşmeden doğan genel bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük en etkin bir şekilde yerine getirilmelidir.

Bankalar, sayfalarına giren müşterilerine hizmetleri hakkında bilgiler vermekte ve genel anlamda reklam yapmaktadırlar. Bu işlevi kusursuz bir şekilde yerine getiren bankalar, internet bankacılığı kullanan müşterilerini aydınlatma konusunda da aynı hassasiyeti göstermelidirler. Bu da hem internet bankacılığının yapılmasına ve işleyişine hem de taşıdığı risklere yönelik olmalıdır. Ayrıca bu bilgilendirme bir kereye mahsus olmamalı ve müşterinin sayfayı her ziyaretinde, gerektiğinde güncellenerek ve bunun da müşteriler tarafından fark edilmesi sağlanarak yapılmalıdır⁵⁷.

Daha önce de ifade edildiği gibi internet bankacılığı IP temeline dayanmaktadır. IP, kişilerin internete çıkış yapabilmeleri için kendilerine bu hizmeti sunan İSS tarafından atanan nümerik bir adrestir⁵⁸. Bu adres (numara) sabit olabileceği gibi değişken de olabilir⁵⁹. Statik ve dinamik

⁵⁶ Memiş, <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=116>.

⁵⁷ Memiş, <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=116>

⁵⁸ Yatlı, Binnur, Elektronik Ticarete Vergilendirme, İstanbul 2003, s. 48.

⁵⁹ Statik ve dinamik IP olarak isimlendirilen bu sabit ve değişken IP numaraları İSS sağlayıcı tarafından alınan hizmetin şartlarına göre atanabilmektedir. İSS ile yapılan sözleşme gereği sabit bir IP tahsis edilmesi gerekiyorsa internete her bağlantı yapıldığında İSS, kendisinden IP numarası isteyen bilgisayar (kullanıcısına) aynı IP numarasını verecektir. Eğer her seferinde aynı IP adresi verilmesine ilişkin bir sözleşme yoksa bu sefer İSS, o anda IP havuzunda boş olan bir IP numarasını kullanıcıya tahsis eder. Bunu da tarih, saat ve saniye olarak kaydeder. Eğer IP havuzu o

IP numaralarından herhangi birisi ile devamlı sisteme giriş yapan kullanıcının giriş yaptığı bu numaralar log kayıtları olarak kaydedilir. Bu da bankaların önemli görevleri arasında yer alır. Bankaların log kayıtları incelendiğinde hangi IP adresinden ne zaman sisteme log on olunduğu (giriş yapıldığı), hangi işlemlerin gerçekleştirildiğinin kaydedildiği görülecektir. Bankalar bu numaraları devamlı takip etmeli eğer devamlı aynı numaralı IP adrsinden sisteme giriş gerçekleştirilmesine rağmen bu sefer başka bir (havuza ait) IP adresinden giriş gerçekleştirilmişse banka bu durumu hemen tetkik etmelidir. Her seferinde baka başka IP numaralarından sisteme giriş yapan tabiri caiz ise gezgin bir müşteri söz konusu ise banka, IP değişikliğine bağlı herhangi bir kilitleme yapmamalıdır⁶⁰.

Son zamanlarda bankaların bankacılık işlemlerinin yapılabilmesi için tek kullanımlık şifre uygulamasına geçtiği bilinmektedir. Bu yöntem kötü niyetli kişilerin hesaplara sızmalarını büyük ölçüde engellemiştir. Ancak tamamen yok edememiştir. Çünkü yaşanan bazı olaylarda kötü niyetli kişiler, müşterilerin bankadaki kayıtlı telefon numaralarına ait GSM operatörlerine müracaat ederek, kendilerini kart sahibiymiş gibi tanıtmakta ve kart/telefonlarını kaybettiklerini söyleyerek yenisini çıkartmaktadırlar. Maalesef bunu da sahte belgelere dayanarak, nüfus idaresinden aldıkları soğuk damgalı nüfus cüzdanları ile yapmaktadırlar. Yeni Sim kartını alan kişiler hesabı boşaltmakta ve bu işlemi de bankanın bu yeni karta yolladığı tek kullanımlık şifreyi girerek yapmaktadırlar. Dolayısıyla bankalar tek kullanımlık şifre uygulaması ile rehavete kapılmamalı, bunun yanında başka sistemleri de devreye sokmalıdırlar.

Yine müşterilerin hesap hareketleri belli istatistikler dahilinde takip edilmeli ve müşterinin o zamana kadar yaptığı işlemlerden farklı ve olağan dışı bir işlemi olduğunda banka bu durumu fark etmelidir. Örneğin hiç gece işlem yapmayan veya hafta sonlarından başka zaman sisteme girmeyen, ya da hiç havale yapmamış olmasına rağmen bu sefer

bölgedeki kullanıcılardan daha fazla IP numarasına sahipse, aboneye karşı herhangi bir taahhüdü olmamasına rağmen aynı IP numarasını atayabilir. Ancak ister aynı IP olsun isterse her seferinde farklı IP numarası olsun bütün numaralar belli bir aralığın içerisinde olan ve baş kısmı tamamen aynı olan IP numaraları olacaktır.

⁶⁰ Memiş, <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=116>.

yüklü miktarda havale yapan veya çok kısa aralıklarla ve çok sayıda havale işlemi gerçekleştiren bir müşteri işlemi hemen algılanmalı ve gerekli güvenlik tedbiri hemen uygulamaya konulmalıdır. Burada sayılan hususlar, sınırlı sayıda değildir. Bankaların ekonomik gücü ve İnternet bankacılığını başlatan ve idare eden taraf olmaları sebebiyle dikkat edilmesi gereken hususlar ve alınması gereken önlemler bankaca tespit edilmelidir. Teknolojik şartlardaki değişmelere paralel olarak bankalar da bu tedbirleri geliştirmeli ve değiştirmelidir. Bu konuda hem bilgi hem ekonomik bakımdan hem de tecrübe bakımından daha zayıf olan müşterilerden bunu beklemek hakkaniyete uygun düşmez.

Bankaların müşteriler ile yaptıkları sözleşmelerin şartlarında sonradan değişiklik yapma hakkını saklı tuttıkları görülmektedir. Bu hakkın müşteri aleyhine ve haksız olarak kullanılması, konumuzu aşan bir problemdir. Ancak gerek işleyiş ve gerekse teknolojik gelişmeler müşteriler ile sözleşme yapan bankaların, bu sözleşme şartlarındaki değişiklikleri, online olarak yapacakları yeni ek sözleşmelerle değiştirmeleri veya boşlukları doldurmaları da mümkündür. Bankalar clickwrap veya browswrap sözleşme olarak isimlendirilen ve kabul ediyorum (ya da bu anlama gelen başka bir ibare) butonunun tıklanması suretiyle kurulan elektronik sözleşmeler de akdedebilmektedirler.

Bu anlamda internetten gerçekleşen mesafeli sözleşmelerdeki aydınlatma yükümlülüğünün teyidi işleminin de internetten yapılabilmesine imkan tanıyan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 9/A maddesi bu konuya açıklık getirmektedir. Yapılması şekil şartına bağlı olmayan sözleşmelerin internet ortamında yapılması ve bankacılık işlemleri gibi B2C olarak isimlendirilen İşletmeden Tüketicisy elektronik ticaret kapsamındaki uygulamalar kapsamında Click-Wrap sözleşme veya Web-Wrap sözleşme olarak isimlendirilen bu sözleşmelerin de genel hükümler çerçevesinde kuruluş ve geçerlilik şartları ile genel işlem şartlarına ilişkin istisnalar saklı olmak üzere geçerliliğinden kuşku duymamak gerekir⁶¹.

⁶¹ Grossman, Mark, Technology law : what every business (and business-minded person) needs to know, Maryland ABD 2009, 57 vd.; Landy, Gene K., The IT Digital Legal Companion A Comprehe Business Guide to Software, IT, Internet, Media and IP Law, Boston ABD, 419 vd.

b) MÜŞTERİLERİN GÖREVLERİ

Sadece bankalar değil aynı zamanda bankaların müşterileri de İnternet ortamının nimetlerinden yararlanmak amacıyla internet bankacılığını tercih etmektedirler. Çünkü bu sayede hem bankaya giderek zaman kaybına engel olmakta hem de daha hızlı, kolay ve ucuz bir şekilde işlemlerini yapabilmektedirler. Bankaların internet bankacılığında çok az masraf alması veya hiç almaması, fatura ödeme, harç ödeme, cep telefonlarına kontör yükleme gibi hizmetleri de sunmaları müşterilerin internet bankacılığına olan rağbetini artırmaktadır. Bununla beraber kullanıcı bilgisayarlarının güvenliği de sistem güvenliğinin yanında önemli bir problem olarak ortaya çıkmaktadır.

Hizmetlerini elektronik ortama taşıyarak daha fazla gelir elde etmeyi amaçlayan bankaların görevlerinin ve sorumluluklarının artmasına paralel olarak internet bankacılığı kullanıcılarının da ek yükümlülükler altına girmesi hakkaniyet gereğidir. Öncelikle kullanıcılar, bilgisayarlarının güvenliğini sağlamak zorundadırlar⁶². Bu yükümlülüklerin başında zararlı yazılımlardan korunmak gelmektedir.

aa) Zararlı Yazılımlardan Korunmak

aaa) Genel Olarak

Bilgisayarlara dışarıdan gönderilen, değişik program ve uygulama dosyalarına gizlenmiş virüs ve trojanlar (Truva atı, zararlı program barındıran veya yükleyen programdır) gibi zararlı yazılımların kullanıcı adı ve şifresi gibi bilgileri tespit ederek kendilerini üreten/kullanan kişilere yolladıkları, buldukları bilgisayarları dışarıdan müdahalelere açık hale getirdikleri, dolayısıyla kişisel bilgilerin üçüncü kişilerce öğrenilmesine sebep oldukları bilinmektedir⁶³. Müşterilerin internet bankacılığı işlemlerini yaparken gizli kalması gereken bilgilerinin kötüniyetli üçüncü kişilerce öğrenilmesine hizmet eden bu yöntemler çok çeşitlidir. Bunların ilk akla geleni ve en yaygını zararlı yazılımlardır.

bbb) Trojan (Truva atı)

Truva atları meşru yazılım görüntüsündeki zararlı yazılımlardır⁶⁴. Bu yazılım bilgisayarın içerisine yararlı bir programa bohçalanarak

⁶² Yılmaz, 152.

⁶³ Canbek/Sağiroğlu, 172.

⁶⁴ Packard, Ashley, Digital Media Law, ABD 2010, s. 72.

sokulabileceği gibi, bu yazılımların yararlı olduklarına kullanıcıların ikna edilmeleri ile de çalıştırılabilir⁶⁵. Diğer bir yol da bilgisayarlar için yararlı yazılımları oluşturup bunlara trojanları gömerek çok ucuz fiyatlarla (veya bedava) bunları dağıtmaktır⁶⁶. Bu yazılımlar, bilgisayarların başkalarının erişimine açılması, bilgilerin doğrudan gönderilmesi, tarayıcının bir siteye yönlendirilmesi, ekran hareketlerinin okunarak bir merkeze yollanması, başka bir yazılımın bilgisayara yüklenmesinin ön basamağını oluşturması gibi pek çok farklı amaçla kullanılabilir⁶⁷.

ccc) Casus Yazılımlar (Spyware)

Casus yazılım, kullanıcılara ait önemli bilgilerin ve kullanıcıların bilgisayarda yaptıkları işlemlerin, kullanıcıların bilgisi olmadan toplanması ve bunların kötü niyetli kişilere gönderilmesini sağlayan yazılım olarak tanımlanır⁶⁸. Bu yazılımlar virüsler gibi kopyalanarak kendilerini çoğaltmazlar. Sadece bilgisayara yerleşerek buradaki gizli bilgilerin dışarıya çıkarılmasına hizmet ederler.

ddd) Klavye Dinleme Sistemleri (Koylogger)

1980'lerden beri kullanılan bu programlar, klavye hareketlerini takip ederek okumakta ve böylece tuşlanan, yazılan kullanıcı adı ve şifre gibi bilgileri çözerek dışarı çıkarmaktadırlar⁶⁹.

eee) Phishing

1995'lerde America Online kullanıcılarının hesaplarının ele geçirilmesi ile Amerika'da başlayan⁷⁰ Phishing, internet bankacılığı hizmeti alan müşteriye bilinen sembol ve formatlar içerisinde yanıltıcı bir elektronik posta gönderilerek burada verilen linkler aracılığı ile banka müşterilerinden, kullanıcı adı, şifre, kart bilgileri, kart şifreleri, internet şubesi şifreleri ve diğer kişisel bilgilerinin alındığı bir hırsızlık

⁶⁵ Canbek/Sağiroğlu, 181.

⁶⁶ Salomon, David, Foundations of Computer Security, ABD 2006, 116.

⁶⁷ Salomon, 114-124; Canbek/Sağiroğlu, 180- 182.

⁶⁸ Salomon, 211; Canbek/Sağiroğlu, 182.

⁶⁹ Canbek/Sağiroğlu, 185-186, Salomon, 220.

⁷⁰ James, Lance, Phishing Exposed, ABD 2006, s. 10

yöntemidir⁷¹. Kullanıcı bu elektronik postanın bankasından geldiği inancı ile verilen linkleri tıklayarak bankanın web sayfasına benzer sayfalara yönlendirilmekte ve orada şifre ve diğer kişisel bilgilerini girerek sisteme girmeye çalışmaktadır. Böylece bu işlemler sonucu, kullanıcının şifre ve diğer bilgileri üçüncü kişilerin eline geçebilmektedir⁷². 2006 yılında 109 milyon Amerikalıya bu amaçlı mail gönderilmiştir⁷³.

fff) Zararlı Yazılımlardan Korunma Yöntemleri

Yukarıda kısaca ve belirgin örneklerle bahsedilen zararlı yazılımlardan korunmanın en temel yöntemi bilgisayara ve bilgisayardaki bilgilere zarar veren zararlı yazılımlara karşı üretilen antivirüs anti spyware türü programların kullanılmasıdır. Ancak uygulamada bilgisayarın çalışmasını yavaşlattığı için, küçük de olsa bir lisans ücreti ödeme zorunluluğu içerdiği için çoğunlukla tercih edilmemektedir. Bunun yerine kullanıcılar antivirüs yazılımlarını internetten ücretsiz olarak indirme yolunu daha çok tercih etmektedirler. Ayrıca arkadaşlar arasında paylaşım yöntemi ile de bu yazılımlar elde edilmeye çalışılmaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi kişilerin bilgisayarlarını koruyacaklarına inanarak elde ettikleri bu yazılımlar içerisinde de zararlı yazılımlar gömülü olabilmektedir. Kullanıcıların, bilgisayarlarına yapılan saldırının kaynağının korumak için kurdukları programlar olabileceği akıllarının ucundan bile geçmemektedir.

Bu tür programların internetten indirilmek suretiyle elde edilmesi, güncel olmamaları, güncellenememeleri bilgisayarın korunmasını zorlaştırmaktadır. Bu sebeple kullanıcılar öncelikle bu yazılımları lisanslı olarak edinerek bilgisayarlarının güvenliğini sağlamalıdır.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir husus da bu yazılımların her zaman işe yaramaması ve bunun sorumluluğunun da her zaman kullanıcıya ait olmamasıdır. Bilindiği gibi insan sağlığını tehdit eden en önemli etkenlerden birisi de virüslerdir. Neredeyse her yıl dünyanın bir köşesinde bir virüs ortaya çıkmakta ve yayılarak dünyayı

⁷¹ James, 10, Memiş, <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=116>; Lininger/Vines, 1 vd; OECD, Online Identity Theft, OECD 2009, s, 23; Packard, 73; Alain/Thorsten/Thomas, 24.

⁷² Canbek/Sağiroğlu, 198; Memiş, <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=116>, ; OECD, 23.

⁷³ Packard, 73.

tehdit etmektedir. Buna karşı da hemen dünyadaki gelişmiş ülkeler antivirüs ilaçlar hazırlamakta, bir süre sonra başarıya ulaşılarak etkin ilaç bulunmakta ve üretilerek dağıtılmaktadır. Bu arada virüsün ortaya çıkıp antivirüs ilacın üretilmesine kadar pek çok kişi bu virüsten etkilenmektedir. Yukarıda bahsedilen zararlı yazılımlar ve bunlardan korunmak için üretilen antivirüs veya antispyware ya da antitrojan türü yazılımların tam ve etkin koruma sağlayabilmesi için saldırıyı tanınması gerekir. Bu da o koruyucu programın veritabanında daha önceden kendisine tanıtılan zararlı programlar arasında adının veya türünün olmasına bağlıdır. O güne kadar hiç bilinmeyen, duyulmayan, karşılaşmamış bir zararlı yazılıma karşı en güncel antivirüs yazılımlar bile etki etmemektedir çünkü tanımamaktadır. Dolayısıyla müşterilerin kendilerine düşen, antivirüs yazılımlarını resmi yollardan elde etmeleri, sürekli güncel tutmaları yükümlülüklerini yerine getirmeleri de her zaman işe yaramamaktadır.

Zararlı yazılımların bilgisayara yüklenmesinin en basit yollarından birisi internet siteleridir. Bu yazılımların en çok pornografik içerikli sitelerle çocuklar için hazırlanan oyun içerikli sitelere yerleştirildikleri bilinmektedir. Bu sebeple internet bankacılığı yapılan bilgisayarın, sadece kullanan kişiye özgü olması ve başkalarının erişimine açık olmaması gerekmektedir. Başkalarına ait olan ve farklı sunucular (serverler) üzerinden internete giren bilgisayarlardan banka hesaplarına erişim yapmaya çalışmaları, bu bilgisayarlarda bulunan ve kişinin klavyeden girdiği bilgileri kişiden habersiz bilgisayarda saklayan zararlı yazılımlar ile kullanıcı adı ve şifrelerinin ele geçirilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Bu sebeple üniversite, kütüphane, kafe, işyeri gibi çok kullanıcı bilgisayarlardan internet bankacılığı yapmak büyük riskler taşımaktadır.

bb) Kullanıcı Adı ve Şifrelerini Doğru Oluşturmak ve Korumak

Şifreli ve kriptolu bir kilidin aşılabilmesi için bir password'e ihtiyaç vardır. Antik çağlardan beri kullanıla gelen ve kişilerin teşhis edilmesinde kullanılan password yöntemi bilgisayar teknolojisinde

sadece oluşturan kişinin bilmesi gereken bir bilgiyi ifade etmektedir⁷⁴. Bu sebeple internet bankacılığı kullanıcılarının sisteme giriş yapmaları ve işlem yapabilmeleri için, kendilerinin tanıtılmasına yarayacak, kendileri tarafından oluşturulmuş ve sadece kendilerinin bilmesi gereken kullanıcı adı ve şifre gibi belirleyici anahtar kelimeler verilmektedir⁷⁵.

Bu kelimeler oluşturulurken kullanıcılar karmaşık passwordlerin çekiciliği karşısında bunların hatırlanması ve yazılmasındaki zorluk arasındaki ikilemde kalmaktadırlar. Bunun sonucu olarak da kullanılan şifre kelimeler, kısaltmakta, bir yere yazılmakta daha hatırlanabilir olanlara dönüşmektedir⁷⁶.

Bu sebeple kullanıcıların şifre oluştururken bunların başkaları tarafından tahmin edilebilir şifreler olmamalarına özen göstermeleri gerekir. Bu sebeple doğum yeri, doğum tarihi, telefon numarası, araç plakası, hayvan adı, kardeş veya eş ya da çocuk adı gibi kelimeler şifre olarak oluşturulmamalıdır⁷⁷.

Şifrelerin kırılmaması için zor olmaları çok önemlidir. Bunun sağlanması için ilk akla gelen unsur uzunluktur. Bunun yanında farklı karakter türlerinden oluşan bir dizin de seçilebilir. Yani “\$1fre” gibi harf, rakam, özel işaret ve şekillerden oluşan bir kombinasyon kullanılabilir. Büyük harf küçük harf duyarlılığı da önemli bir faktördür. Ancak ilk tahmin edilecek büyük harf denemesinin ilk harf olacağı unutulmamalı ve “şiFRE” oluştururken buna dikkat edilmelidir⁷⁸. Bilinen ve hatırlaması kolay bir bilginin de zorlaştırılarak şifre yapılması bir çözüm olabilir. “doğum günüm bir ocaktır” veya “adım @bdurr@hm@andır” gibi bir ifade de zor bir şifre oluşturabilir⁷⁹.

⁷⁴ Dube, Roger, Hardware-based Computer Security Techniques to Defeat Hackers From Biometrics to Quantum Cryptography, New Jersey 2008, 5-6.

⁷⁵ Şifre ile yapılan işlemin aşamaları için bkz. Alain/Thorsten/Thomas, 27 vd.

⁷⁶ Dube, 6.

⁷⁷ Bradley, Tony/ Carvey, Harlan, Essential Computer Security, Rockland ABD 2006, s. 33.

⁷⁸ Bradley/Carvey, 33.

⁷⁹ Bradley/Carvey, 34-35.

Şifrelerin oluşturulması kadar korunması da oldukça önemli bir faktördür. Bu sebeple şifreler başkaları ile paylaşılmamalı ve bir yere özellikle de işlemin yapıldığı bilgisayara yazılmamalıdır⁸⁰.

İnternet bankacılığının nimetlerinden istifade eden banka müşterilerinin de basiretli bir internet kullanıcısı gibi hareket etmeleri ve yukarıda belirtilen güvenlik tedbirlerini almaları gerekmektedir.

3- TARAFLARIN SORUMLULUKLARI

a) BANKANIN SORUMLULUĞU

Bankalar bir güven kurumudur⁸¹. Bu özellikleri pek çok Yargıtay kararında vurgulanmaktadır⁸². Bankaların müşterilerinin kullandığı internet bankacılığı hizmetinin gerektiği gibi işleyebilmesi için gerekli olan altyapıyı kurmaları ve çalışır vaziyette bulundurmaları her şeyden önce aralarındaki sözleşme hükümlerine dayanmaktadır⁸³. Bankalar yukarıda kısaca açıkladığımız ve zamanla gelişip değişebilen yükümlülüklerini yerine getirmezlere BK. m. 96 ve devamına göre sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle sorumlu olacaklardır.

Bir güven kurumu olan bankaların aynı zamanda tüzel kişi tacir olmaları sebebiyle basiretli bir tacir gibi davranmaları ve bundan doğan objektif özen yükümlülüğü çerçevesinde hareket etmeleri de gerekmektedir. Müşterileri ile girişmiş oldukları sözleşme ilişkisi çerçevesinde objektif özen yükümünün bir sonucu olarak kast ve ağır ihmallerinin yanı sıra hafif ihmallerinden dahi sorumlu olmaları gerekmektedir. Bankaların yürütmüş oldukları faaliyetler de göz önünde bulundurulduğunda bankaların sorumluluklarını daraltan veya kaldıran sözleşme şartlarının BK. m. 99 ve TKHK'nun Sözleşmedeki Haksız Şartlar başlığını taşıyan 6. maddesi gereği geçersiz sayılması gerektiği

⁸⁰ Yılmaz, 151-152.

⁸¹ Bu konuda bakınız Battal, Ahmet, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001; s. 1.vd.

⁸² Yargıtay 11. HD. E. 2005/4748 ve K. 2006/7341; Yargıtay 11. HD E:2007/12559 K:2009/1362.

⁸³ Yılmaz, 126.

kanaatindeyiz⁸⁴. Bunların banka ile başlangıçta yapılan müşteri sözleşmesi içerisinde olması ile daha sonra internette web-wrap sözleşme şeklinde ekrana çıkan ve evet, kabul ediyorum gibi butonları tıklamadığınız sürece işleme devam etmenize imkân tanımayan sözleşmelerde olması arasında fark bulunmamaktadır.

Bankaların sorumluluklarının temeline baktığımızda bunun objektif özen yükümüne dayandığını görmekteyiz. Bunun sonucu olarak da hafif kusurlarından dahi sorumludurlar⁸⁵. Ancak uygulamada, bazı bankalar aleyhine açılan davalarda bu sorumluluk sanki objektif sorumlulukmuş gibi ifadeler kullanılmaktadır. Objektif sorumluluk ile objektif özen yükümlülüğüne dayanan sorumluluk karıştırılmamalıdır. Bankaların sorumluluğu objektif sorumluluk değildir. Ağırlaştırılmış bir kusur sorumluluğudur. Objektif sorumluluk ise kusura dayanmayan sorumluluk olup sebep sorumluluğu olarak da anılır. Dolayısıyla bankalar hafif ihmalleri dahi olmayan bir internet bankacılığı dolandırıcılığından sorumlu değildirler.

Bankalar tüzel kişi tacir olarak personel çalıştırmaktadırlar. Bu personelin bankaya ait bir işlem yaparken müşterilerine zarar vermesi durumunda banka müşterisine karşı BK. m. 100 hükmüne göre sorumlu olacaktır. Bankanın sözleşme ilişkisi içerisinde olduğu müşterilerine karşı personelinin vermiş olduğu zararın kusura dayanıp dayanmaması ise önemli değildir. Banka bu durumda kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk türünde ise kurtuluş beyyinesi getirme imkanı tanınmamıştır⁸⁶.

b) MÜŞTERİLERİN SORUMLULUĞU

Müşteriler internet bankacılığının nimetlerinden yararlanmak amacıyla bankalarla sözleşmeler imzalamakta veya imzalanan sözleşmelere eklenen madde veya hükümlerle internet bankacılığını kullanmak istediklerini beyan etmektedirler. Bu sözleşme hükümlerine de yukarıda müşterilerin görevleri kısmında açıklanan hususlar yazılmakta

⁸⁴ Memiş, <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=116>, ; Yılmaz, 144-145.

⁸⁵ Yılmaz, 140.

⁸⁶ Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2005, s. 380.

ve müşteri bunları okuduğunu beyan ederek imzalamaktadır. Ancak uygulamada çok uzun olan ve küçük harflerle yazılmış olan bu sözleşme hükümlerinin çoğunlukla okunmadan imzalandığı görülmektedir. Böyle bile olsa bu hükümler müşteriye bilgilendirmeye ve ona yükümlülüklerini açıklamaya yönelik bir karakter de taşımaktadır. Bu sebeple belirtilen hükümlerin çok uzun olduğu ve okunmadan imzalandığı gerekçesiyle haksız şart olarak kabul edilerek geçersiz sayılması mümkün değildir. Buna benzer düzenlemelerin internet bankacılığı işlemi sırasında tıklama ile yapılmasında da aynı sonuç benimsenmelidir. Buna göre müşteriler kendi rızaları ve istekleri ile imzaladıkları bu sözleşmeler ile kullanmaya başladıkları internet bankacılığının gereklerine uygun davranmak zorundadırlar. Bu amaçla kendilerinden beklenen her türlü tedbiri almaları hakkaniyet gereğidir ve kendilerinden beklenen her türlü dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar. Bu sebeple bilgisayarlarına başkalarının ulaşmasına imkan tanıyan her türlü gerçek ve sanal saldırıyı önleyici tedbirleri almaları, bunu sağlayamamaları durumunda ise bunun sonuçlarına katlanmaları gerekmektedir. Bu sebeple kullanıcılar da kast ve ağır ihmâl gibi hafif ihmâllerinden de sorumludurlar. Bilgilerini kötü niyetli olmadıklarını düşündükleri kişilere vermeleri veya bir yerlere yazmaları ve bu suretle üçüncü kişilere bilginin geçmesi ağır ihmâle, bilgisayarlarına istekleri dışında gelen virüs, trojan gibi zararlı yazılımlar sebebiyle bilgilerinin üçüncü kişilerin eline geçmesi hafif ihmâle örnek verilebilir. Ancak hangi ihmâl türü olursa olsun kullanıcının sorumluluğunun doğacağı açıktır.

Bununla beraber bilgisayarlarda kullanılan sanal klavye gibi uygulamaların da yeterli olmadığı ve girilen şifreleri gizlemeye yetmediği bilinmektedir. Buna paralel olarak antivirüs sektörü de öncelikli olarak virüsün ortaya çıkmasından sonra devreye girmektedir. Önce virüs veya trojan olarak ifade edilen zararlı yazılımlar üretilmekte, daha sonra bunların ve zararlarının farkına varan antivirüs yazılım firmaları antivirüs üretmektedirler. Tabiidir ki bu arada güncel ve lisanslı yazılım kullansalar bile bazı kişilerin bilgisayarları veya verileri zarar görebilmektedir. Böyle bir durumda ise kullanıcının bir kusuru olduğundan bahsedilemez.

Almanya’da, Alman Yüksek Mahkemesinin “dialer” kararı olarak bilinen bir kararında, müşterilerin bilgisayarlarının internete bağlanmalarını sağlayan çevirmeli ağ bağlantısı gerçekleştirme

programlarının, istem dışı olarak bilgisayarlarına girmiş olan dialer adlı programlarla sağlanması durumunda, bunların temizlenmesi için müşterilerin ek yazılım bulundurmalarının kendilerinden beklenemeyeceğini belirtmiştir. Hem kararın verildiği ve olayın gerçekleştiği zamanın internet kullanıcı profili, hem de şimdiki anti-malware yazılımların daha etkin olması sebebiyle müşterilerin daha dikkatli olması gerektiği kanaatindeyiz. Yani kanaatimizce ortalama internet kullanıcısı ölçütü kararın verildiği zamana göre daha ileridir. E-Devlet uygulamalarının başladığı ve anti-malware yazılımların 15-20 TL fiyatla satıldığı bir dönemde müşterilerin bu yazılımları elde ederek internet bankacılığı işlemlerini yapmaları beklenmelidir.

SONUÇ

İnternet hayatımızın her aşamasına girmiştir. İnsan hayatını büyük ölçüde kolaylaştıran internet sayesinde pek çok ticari faaliyet de internet ortamına taşınmıştır. Bankacılık işlemleri de bu değişimden nasibini almış ve internet bankacılığı ortaya çıkmıştır. İnternet bankacılığı online bankacılık ve elektronik bankacılık kavramları ile eş anlamlı olarak da kullanılabilir. Ancak İnternet bankacılığı, Ev ve ofis bankacılığı, ATM bankacılığı gibi elektronik bankacılık türlerinden birisidir.

İnternet bankacılığının hem bankalar hem de müşteriler açısından yararları ve sakıncaları mevcuttur. Yer ve zaman sınırlaması ile karışmaksızın işlem yapabilmek, işlem maliyetlerinin çok düşük olması, bankaya gitmek zorunda olmamak müşteriler açısından sayılabilecek başlıca yararlardır. Bankalar da işlem maliyetlerinin azalması ve başka alanlara yatırım yapmaları, daha kültürlü ve problemsiz müşterilerle muhatap olmamaları, ve kolay işlem sebebiyle müşteri sayılarının artması gibi açılardan internet bankacılığından yararlanmaktadırlar.

Kimlik tespiti, kimlik hırsızlığı, bilgisayar ve internet erişimin zorunluluğu, bankalarla müşteriler arasındaki yüz yüze iletişim eksikliği ve kötü amaçlı yazılımlarla banka hesaplarının boşaltılması ve faillelere ulaşılamaması, internet bankacılığının başlıca sakıncaları arasında yer almaktadır.

İnternet bankacılığında bankalar tecrübeli elemanlar çalıştırarak, internet güvenliğini artırarak, tek kullanımlık şifre uygulamasına geçerek internet bankacılığının risklerini minimuma indirmeye çalışmalıdırlar.

Müşteriler de anti malware yazılımlar kullanmak suretiyle virüs, trojan, spyware gibi kötü amaçlı yazılımlara karşı tedbir almalıdırlar. Umuma açık yerlerden hesaplarına girmemeli, hesap hareketlerini sık sık kontrol etmeli ve kendilerine tahsis edilen kullanıcı adı ve şifreleri başkaları ile paylaşmamalıdırlar.

Tarafların üzerlerine düşen yükümlülükleri yerine getirmeleri durumunda internet bankacılığı hem daha kolay ve yaygın hem de daha güvenli hale gelecektir.

KAYNAKÇA

Adel M. Aladwani, Online banking A Field Study of Drivers, Development Challenges, And Expectations, International Journal of Information Management 21 (2001).

Aktan, Bora/Teker, Edip/Ersoy, Pervin, Changing Face of Banks and the Evaluation of Internet Banking in Turkey, Journal of Internet Banking and Commerce, April 2009, vol. 14, no.1,

Alain Hiltgen/ Thorsten Kramp/ Thomas Weigold, Secure Internet Banking Authentication, IEEE Security and Privacy, vol. 4, no. 2, s. 24-32.

Azouzi, Dhekra, The Adoption of Electronic Banking in Tunisia: An Exploratory Study, Journal of Internet Banking and Commerce, December 2009, vol. 14, no.3

Battal, Ahmet, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001.

Biçer, Murat, İnternet Bankacılığı Ve İnternet Bankacılığında Müşteri Eğitimi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006,

Bradley, Tony/ Carvey, Harlan, Essential Computer Security, Rockland ABD 2006

Canbek, Gürol/Sağiroğlu, Şeref, Casusu Yazılımlar ve Korunma Yöntemleri, Ankara 2006

Dube, Roger, Hardware-based Computer Security Techniques to Defeat Hackers From Biometrics to Quantum Cryptography, New Jersey 2008.

Durer, Salih/Özsözgün çalışkan, Arzu/Akbaş, Halil Emre, Gündoğdu, Ceren Erdin, İnternet Bankacılığını Kullanma Kararını

Etkileyen Faktörler. Türk Banka Müşterileri Üzerine Bir Araştırma, MÜİİBFD, Yıl: 2009, C. XXVI, Sayı :1.

Grossman, Mark, Technology law : What Every Business (and business-minded person) Needs To Know, Maryland ABD 2009.

Gup, Benton E., Elektronik Banking, The Future of Banking, (editor: Gup, Benton E.) Londra 2003.

James, Lance, Phishing Exposed, ABD 2006.

King, Brett, Bank 2.0, Singapore 2010.

Landy, Gene K., The IT Digital Legal Companion A Comprehe Business Guide to Software, IT, Internet, Media and IP Law, Boston ABD.

Lininger, Rachael/ Vines, Russell Dean, Phishing Cutting the Identity Theft Line.

Mannan, Muhammad, Security and Usability: The Gap in Real-World Online Banking, <http://www.ccsf.carleton.ca/paper-archive/mannan-nspw07.pdf>.

Memiş, Tekin, Elektronik Bankacılıkta Bankanın Yükümlülük Ve Sorumlulukları <http://hukukcu.com/modules/smartsection/item.php?itemid=116>.

OECD, Online Identity Theft, OECD 2009.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2005.

Oppliger, Rolf, SSL and TLS: Theory and Practice, Narwood, USA 2009.

Özcan, Zeynep Özge, Türkiye’de Elektronik Bankacılık: İnternet Bankacılığı Üzerine Bir Çalışma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2007.

Packard, Ashley, Digital Media Law, ABD 2010.

Riquelme, Hernan E., Internet Banking Customer Satisfaction and Online Service Attributes, Journal of Internet Banking and Commerce, August 2009, vol. 14, no.2.

Salomon, David, Foundations of Computer Security, ABD 2006.

Schaechter, Andra, Issues in Electronic Banking: An Overwiev, International Money Fund, 2002.

Shah, Mahmood/Clarke, Steve, E-banking Management Issues,Solutions, and Strategies, Newyork 2009.

Turan, Mehmet, <http://www.olympus.net/belgeler/guvenlik/alternatif-bankacilik-yontemleri-ve-karsi-karsiya-kaldiklari-sorunlar-5336.html>.

Wu, Jun, Factors That Influence The Adoption of Internet Banking By South Africans In The Ethekweni Metropolitan Region, Durban Güney Afrika, Tarih yok,

Yaltı, Binnur, Elektronik Ticarete Vergilendirme, İstanbul 2003.

Yıldırım, Kadir, Elektronik Bankacılık-Avrupa Birliği Ve Türkiye Uygulamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

Yılmaz, Süleyman, Hukukî Açıdan İnternet Bankacılığı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2007.

Yuan, Xina/Lee, Hyung Seok/ Kim, Sang Yong, Present and Future of Internet Banking in China, Journal of Internet Banking and Commerce, April 2010, vol. 15, no.1.

**ANONİM ORTAKLIKLARIN GENEL YAPISI VE 6762 SAYILI
TİCARET KANUNU İLE 6102 SAYILI TÜRK TİCARET
KANUNUNDA YER ALAN DÜZENLEMELER
ÇERÇEVESİNDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN
KİŞİSEL HAKLARI**

Olcay IŞIK*

ÖZET

Ticari hayatta önemli bir yere sahip olan anonim ortaklık yapılanmaları bir takım organlardan oluşur. Bu organlardan biri de yönetim kuruludur. Çalışmamızda genel ve karşılaştırmalı olarak (6762 sayılı Ticaret Kanunu ile 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan düzenlemeler bakımından) anonim ortaklıkların yapısı, işleyişi ve bilhassa anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin hakları üzerinde durulmuştur. Yönetim kurulu üyelerini hakları iki başlık altında incelenebilir. Bunlardan biri mali haklar olup, çalışmamızda bu hakların sadece türlerini saymak ile yetinilmiştir. Asıl konumuz olan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin kişisel hakları hususiyeti ise ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

ANAHTAR KELİMELELER: *Anonim ortaklıklar, 6762 sayılı Ticaret Kanunu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, genel kurul, yönetim kurulu, mali haklar, yönetim kurulu üyelerinin kişisel hakları*

**GENERAL STRUCTURE OF JOINT STOCK COMPANIES
WITH THE 6102 ACT NUMBERED 6762, the Turkish Commercial
Code TRADING ARRANGEMENTS IN THE FRAMEWORK OF
PERSONAL RIGHTS OF MEMBERS OF THE BOARD OF
DIRECTORS**

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

ABSTRACT

In business, which has an important place in the organs of the Corporation consists of a number of structures. This is one of the organs of the board. General and comparative study (6102 to 6762 of the Commercial Code in the arrangements for the new Turkish Commercial Code), the structure of joint stock companies, joint-stock partnerships and in particular the functioning focused on the rights of board members. Rights of members of the board of directors studied under two headings. One of them is financial rights, these rights, not only the types of study, with the cartoonists did not count. Personal rights, which is the main peculiarity of the members of the board of directors of the joint partnership is discussed in detail.

KEYWORDS: *Corporate Companies, Commercial Law No. 6762, No. 6102 of the Turkish Commercial Code, the general assembly, board of directors, financial rights, personal rights of board members.*

Giriş

Anonim ortaklıklar, kapitalist ve karma ekonomilerde vazgeçilmez üretim araçlarıdır¹. Tüzel kişiliği ve sınırlı sorumluluk ilkesi neticesinde anonim ortaklıkların sağladığı imkânlar, bu ortaklıkları ilk olarak ortaya çıktıkları dönemlerden beri ekonomik ve sosyal hayatı etkileyen, sebep olduğu başarıların yanında son derece büyük yıkıntılara da yol açabilmesi nedeniyle diğer ortaklıklardan ayrılan kuruluşlar haline getirmiştir².

Anonim ortaklık, eski Türk Ticaret Kanunu'nun 269. maddesinde "bir unvana sahip, esas sermayesi muayyen ve paylara bölünmüş olan ve borçlarından dolayı yalnız mamelekiyle mesul bulunan şirkettir" şeklinde tanımlanmıştır. Şirket ortaklarının mesuliyeti de taahhüt etmiş oldukları

¹ Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul 2010, s.71, Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, İstanbul 2010 (12. Bası), s.215, Turgut S. Erem, *Anonim Şirketler Hukuku*, İstanbul 1965, s.3, Orhan Nuri Çevik, *Anonim Şirketler*, Ankara 1988, s.49, Oğuz İmregün, *Anonim Ortaklıklar*, İstanbul 1970, s.1, Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku*, Kasım 2009, s.181.

² Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, s.214, Bahtiyar, s.70–71.

sermaye payları ile sınırlıdır. Bu keyfiyet Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 329. maddesinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; “anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığı ile sorumlu bulunan şirkettir.

Pay sahipleri, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile ve şirkete karşı sorumludur.”

Bu tanımdan hareketle bir ortaklığın, Ticaret Kanunu ile tasvir edilen manada anonim ortaklık olarak vasıflandırılabilmesi için ortaklık sözleşmesinin bazı unsurları ihtiva etmesi gerekmektedir³. Bunlardan ilki, bir ticaret unvanına sahip olmaktır. Bu unvan, bulunması zorunlu olan çekirdek kısmı ve buna yapılacak mecburi ve ihtiyari eklerden oluşur. İkinci unsur ise, anonim ortaklığın kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi maksat ve mevzuu için faaliyette bulunabilmesidir⁴. Bu çerçevede iktisadi alanın dışında olmamak şartıyla, ticari olmayan işlerin yürütülmesi için de anonim ortaklık kurmak mümkündür⁵. Bir ortaklığın anonim ortaklık şeklinde tekabül etmesinin bir diğer şartı, muayyen/kayıtlı, nakit ile ifade edilmiş, paylara bölünmüş ve tamamen taahhüt edilmiş bir esas sermayenin varlığıdır⁶. Dördüncü unsur gereği anonim ortaklıklarda hem ortaklık hem de pay sahipleri sınırlı olarak sorumludur. Bu doğrultuda anonim ortaklık üçüncü kişilere karşı ancak kendi malvarlığı ile sorumludur⁷. Tüm pay sahipleri de, ortaklık alacaklılarına karşı dolaylı şekilde ve koydukları muayyen sermaye miktarı ile sınırlı surette sorumludurlar⁸. Anonim ortaklıklarda beşinci unsur, tüzel kişiliktir. Diğer ticaret ortaklıklarında olduğu gibi anonim

³ Ernest Hirsh, *Ticaret Hukuku Dersleri*, İstanbul 1948, s.247.

⁴ İmregün, s.17, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, s.212–213, Pulaşlı, s.184.

⁵ Erem, s.6.

⁶ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, s.209–210, Bahtiyar, s.73, Pulaşlı, s.185 vd., İmregün, s.20, Erem, s.7 vd., Fahiman Tekil, *Anonim Şirketler Hukuku*, İstanbul 1993, s.60 vd.

⁷ Pulaşlı, s.192–193, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, s.211 vd.

⁸ Hirsh, s.247, İmregün, s.21.

ortaklıklar da tüzel kişiliğe haiz olmalıdır⁹. Ortaklık tüzel kişiliği, ticaret siciline tescil ile kazanılmakta ve sicilden terkin ile de sona ermektedir¹⁰. Diğer bir unsur olan asgari pay sahibi sayısı eski Türk Ticaret Kanunu'nun 277. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre anonim ortaklıktan bahsedebilmek için en az beş kurucu üyeye ihtiyaç vardır. Her ne kadar eski TTK.'nın 435. maddesinde istisnası düzenlenmiş olsa da ana kural gereği, ortaklıkta pay sahibi sayısının beşten aşağı düşmesi, fesih sebebidir (TTK.434, b/4. m)¹¹.

Eski TTK.'daki bu düzenlemeye karşılık, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 338. maddesinde “asgari sayı” alt başlığı ile üç fıkra halinde düzenlenen husus gereği, “*anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır. 330. madde hükmü saklıdır.*

Pay sahibi sayısı bire düşerse, durum, bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazılı olarak bildirilir. Yönetim kurulu bildirim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde, şirketin tek pay sahipli bir anonim şirket olduğunu tescil ve ilân ettirir. Ayrıca, hem şirketin tek pay sahipli olarak kurulması hem de payların tek kişide toplanması hâlinde tek pay sahibinin adı, yerleşim yeri ve vatandaşlığı da tescil ve ilan edilir. Aksi hâlde doğacak zarardan, bildirimde bulunmayan pay sahibi ve tescil ile ilânı yaptırmayan yönetim kurulu sorumludur.

Şirket, tek pay sahibi olacak şekilde kendi payını iktisap edemez; ettiremez.”

Anonim ortaklıklarda son unsur ise esas sermayeli ve kayıtlı sermayeli anonim ortaklıklarda farklı olmak üzere asgari sermaye oranıdır¹². Eski Türk Ticaret Kanunu gereği, özel kanunlarda aksine hüküm olmadıkça anonim ortaklık esas sermayesi 50.000 TL.'den aşağı olamaz (TTK. 272.m)¹³. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda “en az sermaye

⁹ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, s.213, Pulaşlı, s.195, İmregün, s.23 vd.

¹⁰ Pulaşlı, s.195.

¹¹ Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, s.213.

¹² Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, s.213–214.

¹³ Pulaşlı, s.187, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, s.213–214.

tutarı” alt başlıklı 332. maddeye tekabül eden bu husus, dört fıkra halinde düzenlenmiştir. 332. maddeye göre; “*tamamı esas sözleşmede taahhüt edilmiş bulunan sermayeyi ifade eden esas sermaye, 50.000 TL.’den ve sermayenin artırılmasında yönetim kuruluna tanınmış yetki tavanını gösteren kayıtlı sermaye sistemini kabul etmiş bulunan halka açık olmayan anonim şirketlerde başlangıç sermayesi, 100.000 TL.’den aşağı olamaz. Bu en az sermaye tutarı Bakanlar Kurulunca artırılabilir.*

Bu Kanun anlamında kayıtlı sermayeli anonim şirketlerde başlangıç sermayesi, kuruluşta ve sisteme ilk geçildiğinde haiz olunması zorunlu sermayedir. Çıkarılmış sermaye ise; çıkarılmış payların tümünün itibarî değerlerinin toplamını temsil eder.

Halka açık olmayan anonim şirketler gerekli şartları artık haiz olmadıkları takdirde, Sanayi ve Ticaret Bakanlığından izin alarak kayıtlı sermaye sisteminden çıkabilecekleri gibi, bu sisteme alınırken aranan nitelikleri kaybettiklerinde, istemleri bulunmasa bile aynı Bakanlık tarafından sistemden çıkartılırlar.

28.7.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 12. maddesi hükmü saklıdır.”

Bu madde kapsamında yeni Türk Ticaret Kanunu ile asgari esas sermaye ile asgari başlangıç sermayesinin yükseltilmesi hususunda Bakanlar Kurulu’na verilen yetkini sınırının belirlenmemiş olması (sınırsız yetki verilmesi) doğru bir yaklaşım değildir. Bu yetkinin sınırı eski Türk Ticaret Kanunu’nun 272. maddesinde düzenlendiği üzere asgari esas ve çıkarılmış sermaye rakamlarının on katına kadar olmalıdır. Anonim şirketlerde asgari esas sermayenin miktarı da düşük tutulmuştur. Bir kere limited şirketlerde asgari sermaye 25.000 TL. olarak kabul ediliyorsa, anonim şirketlerde bu miktarın 500.000 TL. yahut böyle bir tutar olması daha uygun olacaktır. Üstelik bu maddede yer alan “*tamamı taahhüt edilmiş sermayeyi ifade eden...*” ibaresi, sanki tamamı taahhüt edilmemiş esas sermaye var da sermayenin tamamı taahhüt edilmeden kuruluş ve sermaye artırımını yapılabilmemiş gibi bir anlam çıkarılmasına sebep olmaktadır. Böyle bir yanlış anlamının önüne geçmek maksadıyla “*esas sermayenin tamamının pay sahiplerince taahhüdü zorunludur*” demek daha uygun olacaktır¹⁴.

¹⁴ Moroğlu, (Tasarıları), s.131.

I. Anonim Ortaklıkların Organları

Anonim ortaklıklarda üç tür organ vardır. Bu organlar; genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kuruludur. Bunlar kanunen zorunlu kılınmış organlardır. Zira eski Ticaret Kanunu'nun 435. maddesine göre bu organlardan biri var olmadığı yahut genel kurul toplanamadığı takdirde pay sahiplerinden veya ortaklık alacaklılarından birinin ya da Ticaret Bakanlığı'nın talebi üzerine mahkeme, ortaklığın durumunun kanuna uygun bir hale getirilmesi için yasal süre tanır ve fakat bu süre sonunda durum düzeltilmezse ortaklığın feshine karar verir¹⁵.

Genel kurul, anonim ortaklıklarda üst organ niteliğindedir. Ortaklık genel kurul kararları ile iradesini açıklar. Ayrıca bu kararlar hem genel kurul toplantısında hazır bulunan, hem de hazır bulunmayan tüm pay sahipleri için geçerlidir¹⁶. Üst organ olması nedeniyle genel kurul, anonim şirketin faaliyetlerine vasıtalı yahut vasıtasız olarak hâkimdir. Genel kurul ya bizzat pay sahiplerinin ya da temsilcilerinin katılımı ile gerekli görüldüğünde ve yılda en az bir kere toplanmaktadır. Görüldüğü üzere devamlı çalışan bir organ niteliğinde de değildir. Bununla beraber genel kurulun anonim şirketi temsil etmek gibi bir yetkisi yoktur¹⁷. Genel kurulun yetkilerine; ortaklık organlarını seçmek ve azletmek, ortaklık sözleşmesini değiştirmek ve ortaklığı feshetmek örnek olarak gösterilebilir¹⁸. Şunu da belirtmek gerekir ki genel kurulun kanunen yetkili kılındığı bazı mevzularda bu yetki, devri kabil olmayan nitelik arz eder¹⁹.

Yönetim kurulu ise ortaklığın yönetim ve temsil organıdır (eski TTK. 435.m, yeni TTK. 530.m) ve yönetim kurulunun mevcut olmaması

¹⁵ Bahtiyar, s.96, Tekil, s.100.

¹⁶ İmregün, s.80, Bahtiyar, s.97, Tekil, s.101, Poroy (Tekinalp/ Çamoğlu), *Ortaklıklar*, s.260, Pulaşlı, s.229.

¹⁷ Pulaşlı, s.229, Bahtiyar, s.97.

¹⁸ Tekil, s.101, İmregün, s.81.

¹⁹ Erem, s.44–46, Örneğin; sermaye arttırılması ve azaltılmasına karar vermek, organların seçimi, yönetim ve denetim organlarının ibrası, tahvil çıkarılması ve şirketin feshi gibi yetkiler bizzat genel kurul tarafından kullanılması gereken yetkilerden bir kaçıdır.

başlı başına bir fesih nedenidir²⁰. Yönetim kurulu bu görevi kurul halinde yerine getirir²¹. Anonim şirket yönetim kurulu en az üç kişiden oluşur ve fakat bu sayı ortaklık ana sözleşmesi ile arttırılabilir²². Ayrıca yönetim kurulu üyeleri en çok üç yıl için seçilirler²³.

Yönetim kurulu üye sayısı için uygulamada çoğunlukla 3, 5 ve 7 gibi ikiye tam bölünemeyen sayılar tercih edilse de, 4 ve 6 gibi ikiye bölünebilen sayıların da kullanıldığı görülür (eski TTK.312.m)²⁴. Yönetim kurulu üyeleri yetkilerini özenli bir biçimde kullanmadıkları takdirde ortaklığı ciddi zararlara uğratabilirler. Bu sebeple oluşabilecek zararların önlenmesi ve giderilmesi maksadıyla yönetim kurulu üyeleri için hem hukuki (eski TTK. 336, 321. m vb.) hem de cezai nitelikte sorumluluk öngörülmüştür.

Eski Ticaret Kanunu zamanında öğretiden tarafından tespit olunmuş ve fakat kanun ile düzenlenmemiş olan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üye sayısı hususu, Yeni Türk Ticaret Kanunu ile hükme bağlanmıştır. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun "üyelerin sayısı ve nitelikleri" alt başlığı ile düzenlenen 359. maddesi dört fıkradan ibarettir. Buna göre; "*anonim şirketin esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur. Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşme yerinin Türkiye'de bulunması ve Türk vatandaşı olması şarttır.*

Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilân olunur; ayrıca tescil ve ilânın yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir.

²⁰ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar*, s.262, Bahtiyar, s.118, Pulaşlı, s.270.

²¹ İmregün, s.145, Bahtiyar, s.118.

²² Bahtiyar, s.118, Tekil, s.103, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar*, s.Erem, s.80, bazı özel hukuki düzenlemeler ile çeşitli anonim ortaklıklar için yönetim kurulu üye sayısı için ayrı hükümler de getirildiği görülür. Örneğin bazı özel finans kurumları için durum böyledir.

²³ Hirş, s.309, Tekil, s.104.

²⁴ Bahtiyar, s.118.

Yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olmaları şarttır. Yönetim kurulu üyelerinin en az dörtte birinin yüksek öğrenim görmüş olması zorunludur. Tek üyeli yönetim kurulunda bu zorunluluk aranmaz.

Üyeliği sona erdiren sebepler seçilmeye de engeldir.”

Yeni düzenleme çerçevesinde söylenebilir ki, 359. maddenin birinci fıkrasında yer alan yönetimin bir üyeden oluşması halinde dahi kurul sayılacağı hususu ve yine birinci fıkrada yer alan “*temsile yetkili en az bir üyenin yerleşme yerinin Türkiye’de bulunması ve Türk vatandaşı olması şarttır*” hükmünün, söz konusu temsilci tek başına ve genel nitelikte bir temsil yetkisine sahip olmaksızın pek bir anlam ifade etmeyeceği, üstelik yeni kanun ile tüzel kişilerin de yönetici ve yönetim kurulu üyesi olabilmelerinin kabul edilmesine karşın, bu kimselerin atanması ihtimali göz ardı edilerek sadece seçilmelerinden bahsedilmesi gibi hususlar itibarıyla bu madde eleştirilebilir. Üstelik bu maddede yönetim kurulunun tek kişiden oluşabileceği kabul edilmekle birlikte, yeni kanunun diğer bazı hükümleri ile uyum sağlanamadığı ortadadır. Ayrıca tüzel kişi yönetim kurulu üyesinin ve temsilcisinin tek üye olarak görev yapıp, yapamayacağı hususu da açıklığa kavuşturulması gereken bir husus olduğu halde, yeni kanunda bu konuda herhangi bir izahat yapılmamıştır. Oysaki yönetimin yabancılaşması tehlikesi açısından son derece önemli olan bu hususta, şirket tarafından atanmayan tüzel kişi temsilcisinin tek kişi olarak görev yapması engellenmeliydi²⁵.

Yönetim kurulu üyelerinin seçimi farklı şekillerde söz konusu olabilmektedir. Bunlardan biri genel kurul tarafından seçilmeleridir (TTK. 312/1.m). Yönetim kurulu üyeleri genellikle böyle seçilir²⁶. Eğer yönetim kurulu seçimi ile ilgili genel kurul kararında, kurulun görev süresi hakkında herhangi bir bilgi verilmemiş ise, görev süresi “bir faaliyet yılı” olarak kabul edilmeli, yani bir dahaki olağan genel kurul toplantısında yeni yönetim kurulu üyeleri seçilinceye kadar geçecek olan süre için seçildiği kabul edilmelidir²⁷.

²⁵ Erdoğan Moroğlu, *Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları*, İstanbul 2009, s.159–160.

²⁶ Erem, s.81, Tekil, s.104, İmregün, s.147, Bahtiyar, s.129.

²⁷ Pulaşlı, s.282.

Yönetim kurulu üyeleri ayrıca kuruluşta ana sözleşme ile de atanabilir (eski TTK. 292.m). Ani kuruluşta ilk yönetim kurulu üyelerinin ana sözleşme ile atanması zorunludur. Tedrici kuruluşta ise yönetim kurulu üyeleri iştirak taahhütnamesinde gösterilmemişse, bunlar kuruluş genel kurulu tarafından seçilirler²⁸.

Kamu tüzel kişilerinin yönetim kuruluna üye seçmesi bu hususta inceleyeceğimiz diğer bir ihtimaldir. Eski Türk Ticaret Kanunu'nun 275. maddesi gereği ana sözleşmede bu yönde izahat bulunması ve konusunun da kamu hizmeti ile alakalı olması durumunda devlet, vilayet ve belediye gibi kamu tüzel kişileri de pay sahibi olmasalar bile yönetim kuruluna üye atayabilirler²⁹. Bu husus yeni Türk Ticaret Kanunu'nda 334. maddede üç fıkra halinde düzenlenmiştir. Ancak bu maddenin “Yönetim Kurulu” nun düzenlendiği II. BÖLÜM'de yer alması daha uygun olurdu³⁰.

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyeleri istisnai, olmak üzere bir de yönetim kurulu tarafından seçilebilirler. Eğer görevini yürütmekte olan yönetim kurulu üyelerinden biri istifa eder, ölür, temyiz kudretini yitirir yahut benzer nedenlerle üyelik sıfatını kaybederse, yönetim kurulu kanun ve sözleşme ile öngörülen niteliklere haiz bir kimseyi seçer ve toplanacak olan ilk genel kurulun onayına sunar (eski TTK. 315/1). Bu surette göreve başlayan yönetim kurulu üyesi bir dahaki ilk genel kurul toplantısına kadar görevini yürütür³¹. Eski Türk Ticaret Kanunu'nda “azalığın açılması” alt başlığı ile düzenlenen keyfiyet, yeni Türk Ticaret Kanunu'nda “üyeliğin boşalması” alt başlığı ile 363. maddeyle ve iki fıkra halinde düzenlenmiştir.

Ancak bu maddenin ikinci fıkra hükmü yer bakımından sistematik olarak hatalıdır. Zira bu fıkra yönetim kurulu üyeliğinin sona erme nedenleri anlatılmakta ve bu sebeple sona erme nedenlerinin de bu başlık altında II. BÖLÜM'ün sonunda ayrı bir madde şeklinde düzenlenmesi daha uygun olacaktı. Üstelik ikinci fıkra anılan suçlar bakımından eksik olup, kaçakçılık, kara para aklama, uyuşturucu ticareti

²⁸ İmregün, s.145–146, Erem, s.81, Bahtiyar, s.129, Pulaşlı, s.283.

²⁹ Bahtiyar, s.129–130, Pulaşlı, s.283, İmregün, s.146.

³⁰ Moroğlu, (Tasarıları), s.134.

³¹ İmregün, s.147, Pulaşlı, s.283.

veya kullanılması gibi suçlarında bu kısma eklenmesi gerekmektedir. Bu yapılmadıysa bile “... gibi yüz kızartıcı suçlardan mahkumiyet halinde de hüküm aynıdır” ifadesine madde metninde yer verilmesi, hukuki güvenliğin sağlanması ve yaşanması muhtemel tereddütlerin de engellenmesi açısından son derece önemlidir³².

Yönetim kurulu üyeleri farklı şekillerde seçilebilirken yönetim kurulu üyelerinde aranacak asgari nitelikler hukuki düzenlemeler ile tespit olunmuştur. Elbette bunlara ilave olarak ana sözleşme ile bir takım nitelikler³³ öngörülebilir. Eski Türk Ticaret Kanun ve yönetmelikler ile öngörülmüş ve yönetim kurulu üyelerinde aranan başlıca dört nitelik vardır. Bunlar; gerçek kişi olmak, pay sahibi olmak, fiil ehliyetine sahip olmak ve seçilmeye ilişkin herhangi bir engeli bulunmamaktır³⁴. Bu şartlar genel olarak eski TTK.’nun 312. maddesiyle düzenlenmiştir. Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda 359. maddeyle düzenlenen bu şartlar kısmen değiştirilmiştir.

Anonim ortaklıklarda sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de pay sahibi olabilirler. Eski kanuna göre yönetim kurulu üyeleri sadece gerçek kişi olabilirdi. Bununla birlikte, anonim ortaklıkta pay sahibi olan tüzel kişiliğin temsilcisi gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesine de bir mani yoktu³⁵. Fakat yeni düzenleme ile tüzel kişilerin de anonim ortaklıklarda yönetici ve yönetim kurulu üyesi olabilecekleri hükme bağlanmıştır. (yeni TTK.359/2.m)

³² Moroğlu, (Tasarıları), s.164–165.

³³ İmregün, s.151, örneğin ilaç üretimi ile uğraşacak olan bir anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin eczacı olması gerektiği ana sözleşme ile öngörülebilir şartlardandır. Ayrıca yönetim kurulu üyesi olabilmek için belli bir oranda pay sahibi olmak gerekliliği de ana sözleşme ile öngörülebilir.

³⁴ Tekil, s.107, Bahtiyar, s.128, Erem, s.81 vd., İmregün, s.148 vd., Pulaşlı, s.279.

³⁵ Bahtiyar, s.128, Pulaşlı, s.279, Danıştay uygulamalarına göre anonim şirketlerde pay sahibi olan tüzel kişiler yönetim kurulunda birden fazla üye bulunduramaz. Ancak yabancı sermayeli ortaklıklarda bu uygulama geçerli değildir, Bu husus yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 359/2. maddesinde düzenlenmektedir.

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyesi olabilmek için TTK. 312/2 uyarınca aynı zamanda pay sahibi olmak gerekmektedir. Pay sahibi olmayan kişilerin de yönetim kurulu üyesi seçilebilmesine imkân tanıyan kanun, bu kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak göreve başlayabilmeleri için pay sahibi sıfatını kazanmaları şartını getirmiştir³⁶. Eski Ticaret Kanunu tarafından aranan ve anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyesi olabilme şartlarından biri olan “pay sahibi olma yahut en azından göreve başlamadan önce pay sahibi sıfatını kazanma” hususu, yeni Türk Ticaret Kanunu’nun (eski TTK. 321’e tekabül eden maddesi) 359. maddesi ile öngörülmemiştir.

Yönetim kurulu üyelerinin fiil ehliyetine sahip olması hususu eski TTK.’da aranan bir şart değildi. Ancak yönetim kurulunun etkin bir yürütme organı olması ve anonim ortaklıkların da ekonomik hayatta son derece etkili ve önemli bazı roller oynamaları açısından üyelerin medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmaları gerekliliği öğreti tarafından kabul edilmekteydi³⁷. Netice itibarıyla yeni TTK.’nun 359. maddesinin üçüncü fıkrasıyla yönetim kurulu üyelerinin ve tüzel kişi adına tescil edilecek gerçek kişinin tam ehliyetli olması bir şart olarak öngörülmüştür.

Üyeliğe seçilmeye ilişkin herhangi bir engelin bulunmaması, eski Ticaret Kanunu ile anonim ortaklık yönetim kurulu üyeliği için getirilmiş son şarttır (eski TTK.347/4). Buna göre, eski Ticaret Kanunu’nun 315/2. maddesinde belirtilen iflasa tabi kimselerden olan yönetim kurulu üyelerinin iflasına karar verilmesi veya hacir altına alınmaları, yüz kızartıcı bazı suçlardan dolayı ağır hapis cezasına mahkûm edilmiş olmaları sebebiyle üyeliği sona eren bir yönetim kurulu üyesi, bu hallerin daha başta, yönetim kurulu üyesi seçilme aşamasında söz konusu olması durumunda zaten seçilmeye engel durumların varlığı nedeniyle seçilememelidir³⁸. Hal böyle olunca dolaylı da olsa, bizzat kanunun

³⁶ Bahtiyar, s.128, Hirş, s.308, Tekil, s.107, Erem, s.82, Pulaşlı, s.280.

³⁷ Erem, s.83, Pulaşlı, s.280–281, Tekil, s.107, Bahtiyar, s.128, “hacir altına alınma” yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren hallerden biri olarak Ticaret Kanunu ile öngörülmüş olsa bile Yargıtay ve öğretideki bazı yazarların (Çamoğlu, Poroy, Tekinalp, İmregün, Hirş, karş. Erem, Arslanlı) ortak görüşü, tam ehliyet şartı aranması gerektiği yönündedir.

³⁸ Bahtiyar, s.129, Erem, s.83, Pulaşlı, s.281,

öngördüğü emredici bir hüküm olması itibarıyla hacir altına alınma, yönetim kurulu üyeliğini sona erdiren bir hal ise, evleviyetle başlangıçta üyeliğin kazanılmasına da engel teşkil etmelidir. Kanun koyucu, Yeni TTK ise 359. maddesinin son fıkrasında “*üyeliği sona erdiren sebepler seçilmeye de engeldir*” hükmüne yer vermiştir.

Ayrıca anonim ortaklıklarda denetçilik görevinin yürütülmesi de yönetim kurulu üyeliği ile bağdaşmayan bir durumdur. Bu sebeple bir kişinin aynı anda hem yönetim kurulu üyesi hem de denetçi olarak görev yapması mümkün değildir. Anonim ortaklık denetçileri bu görevlerinden ayrılıp ibra edilmiş olmadıkça yönetim kurulu üyesi olarak tayin olunamazlar³⁹.

Anonim ortaklıklarda bir diğer zorunlu organ denetim organıdır. Bizim burada bahsettiğimiz denetim organı, anonim ortaklıklarda dar anlamda denetim kavramını karşılamakta ve denetime yetkili olan kuruluşlar tarafından yapılan denetimi ifade etmektedir. Bilindiği üzere denetim geniş bir kavram olup, sadece dar anlamda değil, geniş anlamda denetimi de kapsamaktadır⁴⁰.

Anonim ortaklıklarda denetim organı deyince akla denetçiler gelir. Dar anlamda denetimin organ niteliği ise birden fazla denetçinin varlığı halinde, bunların bir kurul teşkil etmesinden kaynaklanır⁴¹. Denetçiler göreve başlamaları ya atama şeklinde yahut seçilmek suretiyle gerçekleşir. Atanabilmeleri veya seçilebilmeleri için bir takım niteliklere haiz olmaları gerekmektedir. Bu niteliklerin bir kısmı kanun ile öngörülmüştür. Buna göre öncelikle denetçiler gerçek kişi olmalıdır⁴². Tek denetçinin varlığı halinde bu kişinin, birden fazla denetçinin söz konusu olduğu durumlarda bunların yarından bir fazlasının T.C vatandaşı

³⁹ Pulaşlı, s.281, Bahtiyar, s.129, Erem, s.83,

⁴⁰ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar*, s.339, Bahtiyar, s.141, geniş manada denetim; azınlık hakları ve bireysel haklar dâhil olmak üzere ortaklık iradesini ve hareket alanını sınırlandıran tüm hususları kapsamaktadır.

⁴¹ İmregün, s.196, Pulaşlı, s.348, Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), *Ortaklıklar*, s.341, TK. 347/1. maddesi gereği anonim şirketlerde denetçi sayısı beşten fazla olamaz.

⁴² Poroy (Tekinalp/ Çamoğlu), *Ortaklıklar*, s.343.

olması gerekmektedir. Atanacak veya seçilecek olan denetçi, yönetim kurulu üyesi yahut ortaklık memuru olamaz. Hatta yönetim kurulu üyeliği sona ermiş bir kimsenin denetçi olarak seçilebilmesi için, sadece görev süresinin sona ermiş olması yetmez, ayrıca genel kurul tarafından ibrası da gerekmektedir. Aynı zamanda denetçi atanacak veya seçilecek kişi yönetim kurulu üyelerinden biri ile belirli dereceye kadar akraba olan kişilerden biri olamaz. Bu hususlar denetçiler için eski Türk Ticaret Kanunu ile öngörülen niteliklerdir. Bunların yanın da bir de Komiserler Yönetmeliği'nin 15. maddesinde yer alan, (ayrıca eski Türk Ticaret Kanunu'nun 351. maddesinde düzenlenen) ve denetçiliği sona erdiren haller de denetçi seçilmeye engel haller olarak belirtilmiştir⁴³.

Yeni Türk Ticaret Kanunu ise “denetçi olabilecekler” alt başlığı ile 400. maddesinde kimlerin denetçi olarak anonim ortaklıklarda görev yapabileceklerini hükme bağlamıştır. Buna göre “denetçi, ancak ortakları, yeminli malî müşavir veya serbest muhasebeci malî müşavir unvanını taşıyan bir bağımsız denetleme kuruluşu olabilir. Orta ve küçük ölçekli anonim şirketler, bir veya birden fazla yeminli mali müşaviri veya serbest muhasebeci malî müşaviri denetçi olarak seçebilirler. Bağımsız denetleme kuruluşlarının kuruluş ve çalışma esasları ile denetleme elemanlarının nitelikleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenir. Aşağıdaki hâllerden birinin varlığında, yeminli malî müşavir, serbest muhasebeci malî müşavir, bağımsız denetleme kuruluşu ve bunun ortaklarından biri ve bunların ortaklarının yanında çalışan veya bu cümlede anılan kişilerin mesleği birlikte yaptıkları kişi veya kişiler, ilgili şirkette denetçi olamaz.”

Aslında söz konusu hüküm sistematik açıdan yer itibariyle yeni TTK.'nin 399. maddesinde düzenlenen hususlardan önce düzenlenmesi gereken bir konudur. Zira denetçinin kim olduğu, denetim görevinin kimler tarafından yerine getirileceği belirtilmeden, bunların ne şekilde seçileceği ve ne şekilde görevden alınacaklarının açıklanması genel olarak sistematik anlayışa uymamaktadır. Ayrıca yeni TTK ile sık sık adı geçen ve bu madde metninde de anılan meslek mensuplarının yerli yersiz görevlendirilmeleri, hiç de yerinde bir düzenleme değildir. Üstelik

⁴³ Bahtiyar, s.142–143, Tekil, s.168, İmregün, s.199 vd.

anonim ortaklıkların denetimi için yine bu meslek mensuplarından en az iki denetçi görevlendirilmesi de oldukça gereksizdir⁴⁴.

Denetçilerin haiz olması gereken niteliklere ilişkin olarak kanun ile öngörülmüş bu hususların yanında ana sözleşme ile de bir takım şartlar öngörülebilir⁴⁵.

Eski Türk Ticaret Kanunu ile denetçilerin genel görevi tespit edilmiştir. Buna göre denetçiler; ortaklığın iş ve işlemlerini denetlemekle mesuldürler. Eski Ticaret Kanunu'nun 353. ve 357. maddeleri arasında denetçilerin bazı görev ve yetkileri sayma usulüyle belirtilmiştir. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda denetçilerin görevleri genel olarak 398, 401 ve 403. maddeler ile düzenlenmiştir.

II. Eski Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakları

Yönetim Kurulu üyelerinin sahip oldukları haklar kişisel⁴⁶ ve mali haklar olmak üzere ikiye ayrılır⁴⁷. Yönetim kurulu üyelerinin mali hakları; huzur hakkı, ücret, kazanç payı ve ikramiyeden ibarettir. Kişisel haklar ise üyelere yüklenen yönetim görevi ve müşterek sorumluluğun doğal bir sonucu olarak ortaya çıkan haklardır. Başlıca kişisel haklar; yönetim kurulu toplantılarına katılmak ve gündeme madde eklenmesini talep etmek, yapılan toplantılarda görüşlerini açıklamak, oy kullanmak, önerilerde bulunmak, yönetim kurulunun olağanüstü toplantıya çağrılmasını başkandan talep etmek, icra edilmesi yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluğuna yol açacak genel kurul kararlarının iptali için dava açma hakkı ve temsil hakkı ile bilgi alma hakkıdır⁴⁸.

⁴⁴ Moroğlu, (Tasarıları), s.201.

⁴⁵ İmregün, s.199, Bahtiyar, s.142, Tekil, s.186, örneğin pay sahibi olmak, denetçi olabilmek için gerekli bir unsur değildir. Ancak ana sözleşme ile böyle bir şart getirilebilir.

⁴⁶ Bu haklar, İmregün ve Pulaşlı gibi bazı yazarlar tarafından "idari haklar" olarak adlandırılmaktadır.

⁴⁷ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar*, s.287, Bahtiyar, s.132, İmregün, s.181.

⁴⁸ Pulaşlı, s.313, Bahtiyar, s.132, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar*, s.287–288, Tekil, s.131, İmregün, s.181, Erem, s.96.

III. Eski Ticaret Kanununda Yer Alan Düzenlemelere Göre Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Kişisel Hakları

Kişisel hakların her biri genel olarak, mali nitelik taşımayan ve yönetim kurulu üyeleri için aynı zamanda birer borç niteliği arz eden, hem nimet hem külfet ilişkisi içinde değerlendirilmesi gereken haklardır⁴⁹. Bu özelliklerinden dolayı yukarıda genel olarak bahsettiğimiz anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin kişisel haklarını, ayrı ayrı başlıklar halinde incelemek gerekmektedir.

1. Yönetim Kurulu Toplantılarına Katılma, Görüş Bildirme, Oy Kullanma ve Gündeme Madde Eklenmesini Talep Etme Hakkı

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri toplantılara iştirak etmek ve yapılan toplantılarda görüşlerini bildirip⁵⁰, oy kullanmak yetkisini haizdirler. Ayrıca istedikleri hususun görüşülmesi için gündeme eklenmesini talep etme hakları da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Her yönetim kurulu üyesi toplantıya davet edilmeyi yönetim kurulu başkanından yazılı olarak istemek hakkına sahiptir (eski TTK. 331/2.m). Yönetim kurulu üyelerinin bu haklarından mahrum edilmeleri de mümkün değildir. Söz konusu hakların dayanağı, eski Türk Ticaret Kanunu'nun 317. maddesidir. Zira bu ve diğer kişisel hakların kullanılması yönetim ve temsil olgusunun oluşması ve icrası açısından da kaçınılmazdır⁵¹.

2. Yönetim Kurulunun Toplantıya Çağrılmasını Başkandan Talep Etme Hakkı

Yönetim kurulu üyeleri toplantıya katılma hakkını haiz oldukları gibi, yönetim kurulu başkanından yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını da talep etme hakkına sahiptir (eski TTK. 331/2.m)⁵². Bu toplantı olağan toplantı olabileceği gibi olağanüstü toplantı da olabilir.

⁴⁹ Bahtiyar, s.132, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar*, s.287.

⁵⁰ Ticaret Kanunu 331/1 gereğince müzakerelere katılmalarına engel bir hal bulunmadıkça üyeler yönetim kurulu toplantılarında fikirlerini açıklama hakkına sahiptirler.

⁵¹ Erem, s.96, Tekil, s.131, İmregün, s.181, Pulaşlı, s.313, Bahtiyar, s.133,

⁵² İmregün, s.181, Çamoğlu (Poroy, Tekinalp), *Ortaklıklar*, s.287,

3. Bazı Genel Kurul Kararlarının İptal Edilmesi İçin Dava Açma Hakkı

Anonim ortaklık genel kurulunda kanun ve/veyahut ana sözleşme ile düzenlenmiş oyçokluğu ile alınan kararlar, toplantıya katılan ve katılmayan ve hatta toplantıya katılıp, olumsuz oy kullananlar da dâhil olmak üzere tüm pay sahiplerini bağlar (eski TTK. 379.m) Elbette bu kararlar sadece pay sahiplerini değil, ortaklığın diğer organlarını da bağlar. Ancak bu tarz kararların genel niteliğinden, her ne olursa olsun çoğunluğun isteği doğrultusunda karar alabileceği ve böylece azınlığın bu kararlara uymaya mecbur edileceği gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Her ne kadar öyle anlaşılması gerekse bile gerçekleşmesi muhtemel bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu, çoğunluk pay sahiplerinin karar alma yetkilerini kanun, ana sözleşme hükümleri ve afakî iyiniyet kuralları ile sınırlandırmış ve ayrıca pay sahipleri ile ortaklık organlarının bu sınırı aşmaları halinde karşı tarafa dava açma hakkı tanımıştır⁵³.

Genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü, bu kararların hukuk kurallarına aykırı olmasının doğal bir sonucudur. Böylece aslında hukuken mevcut olmayan yahut mevcut olsa dahi geçerli olmayan kararlardan söz edilebilecektir. Sakatlık halleri; iptal edilebilirlik, askıda hükümsüzlük, butlan ve yokluktur.

İptal edilebilir nitelikteki bir karar sınırlı süreli infisahi şarta bağlı geçerli bir hukuki işlemdir. Zira iptal talebi özel nitelikte bir takım menfaatlerin korunmasını sağladığından, bu haktan ve fakat hakkın doğumundan sonra feragat edebilirler. Eski TTK.'nun 381. maddesine göre; kanuna, ana sözleşmeye ve özellikle afakî iyiniyet kaidelerine aykırı nitelikteki genel kurul kararları hakkında kabul tarihlerinden itibaren 3 ay içerisinde iptal davası açılabilir. Bir genel kurul kararının iptal edilebilmesi için şekil yahut esas bakımından o kararın sakat olması gerekmektedir. Ancak başlangıçtan beri sakat olan bu kararın iptaline dair hüküm kesinleşinceye kadar geçerli bir karar gibi değerlendirildiğini de söylemek mümkündür. Eğer usulüne uygun ve süresinde açılmış bir iptal davası var ise ve bu dava genel kurul kararının iptaline ilişkin kesin

⁵³ Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, İstanbul 2009, s.161.

hüküm ile sonuçlanırsa, bu kez iptal kararı geçmişe etkili olarak hüküm doğuracaktır. Bununla birlikte genel kurul kararının alınmasından itibaren üç ay içinde iptal davası açılmaz yahut dava süresinde açılır fakat kesin hükümle reddi söz konusu olursa, 3 aylık sürenin dolmasıyla veya davanın reddine ilişkin kesin hükme binaen söz konusu aykırılık ileri sürülemez⁵⁴.

Kanunu, ana sözleşmeye veya afakî iyiniyet kurallarına aykırı nitelikteki genel kurul kararlarının iptali için dava açılabilmesi ve bu davanın başarısı üç şarta bağlıdır. Bu şartlar, iptal davasının maddi hukuka ilişkin şartlarıdır. Genel kurul kararları aleyhine iptal davası açılabilmesi için öncelikle ortada bir genel kurul kararının olması gerekmektedir. İkinci şart, söz konusu kararın kanuna, ana sözleşmeye ve afakî iyiniyet kurallarına aykırı olmasının gerekmesidir. Aslına bakılırsa genel hükümler gereği bir hususun geçerli olabilmesi için emredici kurallar ile öngörülmüş olan şekle ilişkin şartları tam olarak ihtiva etmesi gerekmektedir. Eğer bu açıdan emredici kuralara aykırılık söz konusu ise, bunun yaptırımı yokluktur. Zaten yokluğa sebep olan haller ile iptal edilebilirlik hallerini birbirinden ayırmak son derece zor bir meseledir. Zira bir hususun ne zaman kanuna aykırılık gerekçesiyle yok yahut batıl sayılacağı veya ne zaman aynı gerekçeyle iptal edilebilir kabul edileceği hususu ne kanun tarafından izah edilmiş ne de öğreti tarafından ihtilafsız olarak ortaya konulabilmiştir⁵⁵.

Öğretide çoğunluk tarafından kabul gören görüş, aykırılığı sorun yaratan emredici hükümlerin tasnif edilmesi gerektiği yönündedir. Böylece emredici hükümler; üçüncü kişileri ve ortaklık alacaklılarını korumaya yönelik (mutlak) emredici hükümler ve ortakları korumaya yönelik (nisbi) emredici hükümler olarak ikiye ayrılır. Mutlak emredici hükümlere aykırılığın neticesi, genel kurul kararının yokluk yahut butlan ile malul olmasıdır. Buna karşın, nisbi nitelikteki emredici kurallara aykırı genel kurul kararlarının iptal edilebilirliği söz konusudur. Eğer hükmün mutlaklığı veya nisbiliği hususunun tespitinde sorun yaşanırsa, hâkim yorum yapmak suretiyle hükmün niteliğini belirleyecektir. Kural

⁵⁴ Moroğlu, (Hükümsüzlüğü), s.20.

⁵⁵ Bahtiyar, s. 111-112.

olarak kurucu/şekli nitelikteki hükümler dışındaki hükümler, nisbi nitelikteki emredici hükümlerdir⁵⁶.

Kanuna, ana sözleşmeye veya afakî iyiniyet kurallarına aykırılık nedeniyle bir genel kurul kararının iptali söz konusu olduğunda, iptal davası açılabilmesi için aranan son şart; genel kurul kararı ile aykırılık arasında illiyet bağının mevcut olmasıdır. Bu husus her ne kadar eski TTK.'nun 381. maddesi ile açıkça hükme bağlanmamış olsa da, kanun koyucunun iptal edilebilir nitelikteki bir karar ile kanuna, ana sözleşmeye veya afakî iyiniyet kurallarına aykırılık arasında uygun illiyet bağının varlığını kural olarak kabul ettiği ortadadır⁵⁷.

Bahsi geçen bu üç şartın varlığı halinde ve kanun ile ana sözleşme hükümleri ve bilhassa afakî iyiniyet kurallarına aykırı nitelikteki genel kurul kararlarının uygulanması yönetim kurulu üyelerinin şahsi sorumluluklarına yol açacak ise, bu kararlar aleyhine (yönetim kurulu üyeleri) alındıkları tarihten itibaren 3 ay içinde anonim ortaklık merkezini bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesine müracaat ederek, iptal davası açabilirler⁵⁸. Açılan davada 3 aylık hak düşürücü sürenin sona ermesinden önce duruşmaya başlanamaz ve birden fazla iptal davası açıldı ise, tüm davalar birleştirilerek görülür. Mahkeme şirketin talebi üzerine uğraması muhtemel zararlara karşı, davacılardan teminat göstermelerini isteyebilir. Teminatın mahiyet ve miktarını mahkeme tayin edecektir (eski TTK. 381.m).

Bununla beraber sözü geçen kimselerin iptal davası açma hakları da sınırsız değildir. Bu şekilde dava açma hakkı ancak, Türk Ticaret Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun ilkeleri çerçevesinde ve kuralları doğrultusunda kullanılabilir⁵⁹.

⁵⁶ Bahtiyar, s.113, Moroğlu, s.131 vd.

⁵⁷ Moroğlu, (Hükümsüzlüğü), s.198 vd, Bahtiyar, s.114–115.

⁵⁸ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar*, s.287, Bahtiyar, s.132, İmregün, s.181.

⁵⁹ Moroğlu, (Hükümsüzlüğü), s.161–162, özel denetçi seçilmesi önerisinin reddine ilişkin genel kurul kararının iptali ise dava edilememelidir. Zira özel denetçi atanmasına ilişkin ret kararının varlığı, onda bir azınlığın özel denetçi atanması için mahkemeye başvurabilmesinin ön koşuludur. Bu koşulu genel kurul kararları için iptal nedeni saymak, azınlık hakları içinde

Her ne kadar eski Türk Ticaret Kanunu'nun 385. maddesinde genel kurul kararlarına karşı iptal davası açma hakkı "müktesep hak" olarak nitelendirilmiş ise de, bu hakkın müktesep hak olarak kabul ve izah edilmesi mümkün değildir⁶⁰.

4. Temsil Hakkı

Anonim ortaklıklar yönetim kurulu tarafından temsil olunur (eski TTK. 317.m). Ayrıca anonim ortaklıklarda ana sözleşme ile yönetim ve temsil işlerinin yönetim kurulu üyeleri arasında taksim edilip, edilmeyeceği, taksim edilecek ise bunun ne şekilde yapılacağı tespit olunabilir. Bu şekilde yönetim kurulu üyelerinden en az birine ortaklığı temsil yetkisi verilir (eski TTK. 319/1.m). Temsile yetkili olan kişiler, şirketin amacı ve konusuna dâhil olan her türlü işi ve hukuki muameleyi ortaklık adına gerçekleştirmek ve ortaklık unvanını kullanmak hakkına sahiptirler (eski TTK. 321/1.m)⁶¹.

5. Bilgi Alma Hakkı

Yönetim kurulu üyelerine tanınan en önemli kişisel haklardan biri de bilgi alma hakkıdır⁶². Eski Türk Ticaret Kanunu'nun 331/1. maddesi ile düzenlenen bilgi alma hakkı; yönetim kurulu toplantılarında üyelerin şirket işlerini görmeye ve temsil etmeye salahiyyətli temsilci üyeler, müdür yahut murahhaslardan, genel veya belirli işler hakkında bilgi edinebilmelerini kapsar. Hatta yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulu toplantılarında defter ve dosyaların kendilerine ibrazını dahi isteyebilirler⁶³. Ancak ortaklık defter ve evrakını inceleyebilmeleri için, bu talebin yönetim kurulu tarafından onaylanması gerekmektedir⁶⁴.

önemli bir yere sahip olan bu hakkın kullanımı engellemek anlamına gelecektir ki, bizzat kanunun tanıdığı bu yetkinin kullanılmasının bu şekilde engellenmesi düşünülemez.

⁶⁰ Bahtiyar, s.111.

⁶¹ Pulaşlı, s.313, İmregün, s.181.

⁶² Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklık*, s.288.

⁶³ Bahtiyar, s.132, Tekil, s.131, Pulaşlı, s.313, Erem, s.96, İmregün, s.181, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar*, s.288.

⁶⁴ Pulaşlı, s.313, Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), *Ortaklıklar*, s.288.

IV. Yeni Türk Ticaret Kanununda Yer Alan Düzenlemeler Bakımından Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Kişisel Hakları

Son yirmi yıldan beri, özellikle pay senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklarda, pay sahipleri başta olmak üzere, tüm ilgililerin menfaatlerini ideal düzeyde korumaya yönelmiş yeni bir kurallar sistemi kendisini kabul ettirmeye çalışmaktadır. Bu kurallar organların doğru kararı doğru zamanda alabilme yeteneklerini artırmayı hedeflemekte ve bunun için şirketleri yeni bir ortaksal yapıya kavuşturmaya öncelik tanımaktadır. Anılan kuralların temelini; şeffaflık, iyi ve hesabı verilebilir bir yönetim ile etkili bir iç ve dış denetim oluşturmaktadır. Söz konusu ilkeler kurumsal yönetim ilkeleri olarak adlandırılır. Uluslararası alanda "corporate governance" terimi ile anılan bu ilkeler, öncelikle hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklar için öngörülmüştür. Ancak zamanla diğer anonim ortaklıklara ve tüm işletmelere, hatta yönetim ve denetimin olduğu her kuruma ve kuruluşa, nihayet devlet kuruluşlarına da tavsiye edilebilecek nitelikte bir kapsam ve yaygınlık kazanmıştır. Hukuk ve işletme politikalarını ve öğretilerini doğrudan etkileyen bu dinamik, İngiltere'de 1992 yılında "Cadbury Raporu" ile harekete geçmiştir. Başlangıçta, 1990'lı yılların ekonomik durgunluğunun ve iz bırakan krizlerinin çökerttiği borsa ticaretinde yatırımcıyı tutmaya yönelik olan çaba, daha sonraları anonim ortaklığın işleyişini, yönetimini, denetimini, pay sahiplerini ve diğer ilgilileri koruyucu sistemleri kuran geniş kapsamlı bir yapılanmaya dönüşmüştür⁶⁵. Bu yapılanmanın etkisi altında oluşturulan, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun kapsamında yer alan, yönetim kurulu üyelerinin kişisel hakları hususunda yapılan bir takım değişiklikler de kurumsal yönetim ilkelerinin genel olarak anonim ortaklıklarda da uygulanabilirliğini ortaya koymasından arz etmektedir. Ancak elbette çıkarılan bu kanun da diğer kanunlar gibi mükemmel olmayıp, eleştirel bir yaklaşımla ele alındığında pozitif hukuk ile ideal hukuka yaklaşma açısından son derece etkili olabilecek bir kaynaktır.

⁶⁵ Bu kısım Yeni Türk Ticaret Kanunu genel gerekçesi ve madde gerekçeleri kullanılarak oluşturulmuştur.

1. Yönetim Kurulu Toplantılarına Katılma, Görüş Bildirme, Oy Kullanma ve Gündeme Madde Eklenmesini Talep Etme Hakkı

Yönetim kurulunda toplantılara katılma, görüş bildirme, oy kullanma ve gündeme madde eklenmesini talep etme haklarının dayanağını oluşturan eski Ticaret Kanunu 317. maddenin yeni Türk Ticaret Kanunu'ndaki karşılığı 365. maddedir. Ancak bu madde metninde herhangi bir değişiklik söz konusu değildir.

2. Genel Kurul Kararlarının İptalini İsteme Hakkı

Genel kurul kararlarının iptalini isteme hakkı yeni Türk Ticaret Kanunu'nda 445 ila 451. maddeler arasında düzenlenmektedir. Bu bölümün “genel kurul kararlarının hükümsüzlüğü (veya geçersizliği) üst başlığı ile düzenlenmesi gerekirken, sadece “genel kurul kararlarının iptali” üst başlığı ile düzenlenmesi sakıncalıdır. Böyle bir düzenleme yapıldığında hiç olmazsa “butlan” hükümlerinin de bu kısımdan önce yahut sona ayrı bir başlık ile verilmesi şarttır. Ancak yeni TTK'da böyle yapılmamış, farklı nitelikteki sakatlıkların hepsi bir arada tek başlık altında ele alınmıştır. Ayrıca iptal davasına özgü olan hükümler “İ.Çeşitli Hükümler” başlığı altında verilmiştir. Oysa genel kurul kararlarının iptali için açılan davaya özgü olan hükümlerin hepsinin butlan davası için de geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir. Eğer geçerlidir diyebilseydik, bu şekilde “çeşitli hükümlerin” bir arada ele alınması bir anlam ifade edebilirdi. Bu tarz karışık bir düzenleme yerine, butlan ve yokluk davası ile ilgili olan hükümlere yer yer yollamalar yapılsaydı düzenleme daha yerinde olurdu. Üstelik bu maddelerin sistematigindeki yanlışlık; genel kurul kararlarının yokluğunun tespiti davası açılması durumunda davanın açıldığının ilan edilmesine, dava nedeniyle şirketin uğraması muhtemel zararlara teminat gösterilmesine, kararların yürütülmesinin geri bırakılmasına, kararın etkisine ve kötüniyetle dava açanların sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen de olsa uygulanabilme ihtimalini de ortadan kaldırmıştır⁶⁶.

⁶⁶ Moroğlu, (Tasarıları), s.243, pay sahiplerinin iptal davalarını dinlenebilmesi için “somut kişisel çıkarlarının ihlal edilmiş olması” şartına madde metninde yer verilmiş olsaydı iptal davası açma hakkının rastgele ve tehdit amaçlı kullanılmasının önüne geçilmiş olurdu. Nitekim İsviçre Borçlar Kanunu 706/No.1'e bu yönde bir madde eklenmiştir. Üstelik 446. maddede dava açabilecek olan pay sahipleri sayılırken “haksız surette genel kurul

3. Temsil Hakkı

Yönetim kurulu üyeleri arasında görev taksimi hususunu düzenleyen eski Ticaret Kanunu'nun 319. maddesi, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 367. maddeye tekabül etmektedir. 319. maddede “*esas mukavelede idare ve temsil işlerinin idare meclisi azaları arasında taksim edilip, edilmeyeceği ve taksim edilecekse bunun nasıl yapılacağı tespit olunur. İdare meclisinin en az bir azasına şirketi temsil salahiyeti verilir.*

Esas mukavele ile temsil salahiyetinin ve idare işlerinin hepsini veya bazılarını idare meclisi azası olan murahhaslara veya pay sahibi olmaları zaruri bulunmayan müdürlere bırakabilmek için umumi heyete veya idare meclisine salahiyet verilebilir. Bu gibi kayıtlar bulunmadığı takdirde 317. madde hükmü tatbik olunur ” denilmektedir. Buna karşın, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 367. maddesinde; “*yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle, düzenleyeceği bir iç yönetmeliğe göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu yönetmelik şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu yönetmelik hakkında, yazılı olarak bilgilendirir.*

Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir ” hükmü yer almaktadır.

Eski Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi, yeni Türk Ticaret

toplantılarına alınmamış veya haksız olarak toplantıdan çıkarılmış bulunan pay sahiplerinden” söz edilmemiş olması da önemli bir eksikliktir. Yine 446. maddeye “oy hakkı bulunmayan kimselerin oylamaya katılmış olmaları, kararların sonucunu etkilemediği sürece iptal nedeni oluşturmaz” ifadesinin eklenmemesi de bir eksikliktir. İptal davası için öngörülen 3 aylık hak düşürücü zamanaşımı süresi de çok uzundur. Bu sürenin Almanya'da olduğu gibi 1 aya indirilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda genel kurul kararlarının iptaline dair olan kesin hükmün iyiniyetli üçüncü kişilerin doğmuş olan haklarını etkilemeyeceği yönünde bir ifadeye yer verilmemesi de ilk bakışta bir eksiklik olarak göze çarpan hususlardan biridir.

Kanunu'na göre de yönetim kurulunun, yönetim haklarıyla temsil yetkilerini mutlaka kendisinin kullanması zorunluluğu yoktur. Yönetim kurulu, gerektiğinde gözetim organı olarak çalışabilen bir organdır. Kanunun genel gerekçe ve madde gerekçesinde belirtildiği üzere Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda belirtildiği üzere yönetim kurulu üyelerinin hemen hemen hepsinin, yürütme yetkisini haiz olmayan (non-executive) üye konumuna geçebildiği, esnek bir rejim benimsenmiştir. 365. maddedeki karineye uygun olarak, 367. madde (eski kanunun 319. maddesinin ikinci fıkrası hükmü gibi), yönetimin, bazı yönetim kurulu üyelerine ve/veya üçüncü kişilere devir (delege) edilmesini düzenlemektedir. Yönetimin bu surette devri, organsal işlevin devridir. Ancak, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 367. maddesi, 319. maddenin ikinci fıkrasından bazı noktalarda ayrılır. Şöyle ki; yeni Türk Ticaret Kanunu, yönetim hakkı ile temsil yetkisini birbirinden ayırmıştır. Bu hem 367. hem de 370. maddenin ikinci fıkrası hükmünden anlaşılmaktadır. Ayrıca yeni TTK.'a göre devir, ancak esas sözleşme dayanağı ile mümkündür ve mutlaka yönetim kurulu tarafından kabul edilen bir teşkilat yönetmeliği ile gerçekleşir. Korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir şekilde ortaya koyan alacaklılar bu yönetmelik hakkında bilgilendirilir. Nihayet yeni TTK ile "yönetim kurulu" yanında ondan tamamen bağımsız, "yönetim" diye adlandırılan bir organ yaratılmamış, yönetim kurulu ile "yönetim" arasında kesin bir ayrım bulunduğu anlayışı reddedilmiş, sadece şirketin işletme konusunun elde edilebilmesi için gerekli tüm kararların alınması hakkının, yani bir iç ilişki hakkı olan yönetimin (gestion, Geschäftsführung, management) kısmen veya tamamen devrine imkân verilmiştir. Devir, kural olarak temsil yetkisinin devrini içermez. Bunun için temsil yetkisinin 370. maddeye göre ayrıca veya aynı işlemde açıkça belirtilmek suretiyle devri gerekir.

Böylece yeni TTK.'nın 367. ve 370. maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinde yer alan düzen, yönetimin tek kurullu (monist) rejime göre şekillenmesine veya Almanya'da uygulanan iki organlı (dualist) anlayış uyarınca oluşturulmasına olanak vermektedir. Yeni kanunun benimsediği sistem; yönetim kurulu üyelerini, Amerika Birleşik Devletleri'nde uygulanan, yönetim hakkını haiz olan (intern, executive) ve olmayan (exter, non-executive) üyeler ayrımına tâbi tutmaya da elverişlidir. Hatta bu sistem, Fransa'da geçerli olan "Président Directeur Général" sisteminin uygulanmasına da müsaittir. Böylelikle ortaklıklar

topluluğunun gereksinim duyduğu yönetim şekli için esneklik de sağlanmış olacaktır.

Hakeza eski Ticaret Kanunu'nun temsil salahiyetini düzenleyen 321. maddesinde “*temsile salahiyetli olanlar şirketin maksat ve mevzuuna dâhil olan her nevi işleri ve hukuki muameleleri şirket adına yapmak ve şirket unvanını kullanmak hakkını haizdirler.*

Temsil salahiyetinin tahdidi, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez. Ancak temsil salahiyetinin sadece merkezin veya bir şubenin işlerine hasrolduğuna veya müştereken kullanılmasına dair tescil ve ilan edilen tahditler muteberdir.

Anonim şirket adına tanzim edilecek evrakın muteber olması için, aksine esas mukavelede hüküm olmadıkça temsile salahiyetli olanlardan ikisinin imzası kâfidir.

Temsile salahiyetli olanlar tarafından yapılan muamelenin esas mukaveleye veya umumi heyet kararına aykırı olması, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahısların o muameleden dolayı şirkete müracaatına mani olamaz.

*Temsile veya idareye salahiyetli olanların vazifelerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden anonim şirket mesul olur. Şirketin rücu hakkı mahfuzdur”*denilmektedir. Eski Ticaret Kanunu'nun bu maddesine tekabül eden yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 370. maddesinde ise; “*esas sözleşmede aksi öngörülmemişse, temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir.*

Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır” denilmektedir.

Yeni TTK.'nin 370. maddesinin birinci fıkrası, 365. maddede yer alan şirketin temsili yetkisinin, aksi şartedilmemişse (yani tek imza sistemi kabul olunmamışsa) çift imza ile ve yönetim kurulunca kullanılabileceğini öngörmektedir. 373. maddenin birinci fıkrası hükmü gereğince yönetim kurulu, şirketi temsile yetkili kişileri de belirleyecektir.

Ancak yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 359. maddesinde “anonim şirketin bir veya daha fazla kişiden oluşan bir yönetim kurulu bulunur” denildikten sonra, 370. maddede “...temsile yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir” denilmesi çelişkiye sebep olmaktadır. Halbuki madde metni “ana sözleşmede aksi öngörülmemiş

ve/veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyor ise, temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir” şeklinde olsa, herhangi bir yanlış anlamaya mahal verilmeyecektir⁶⁷.

370. maddenin ikinci fıkrası ise mevcut Ticaret Kanunu’nun 319. maddesinin ikinci fıkrası hükmünü tekrarlamak suretiyle, 370. madde dolayısıyla devredilebilen yönetim hakkını temsil yetkisi ile tamamlamak gayesiyle öngörülmüştür.

4. Bilgi Alma Hakkı

Bilgi alma hakkı hususunu düzenleyen eski Ticaret Kanunu’nun 331. maddesi, yeni TTK.’da 392. maddeye tekabül etmektedir.

“Azaların hakları” üst başlığını taşıyan 331. madde hükmü şöyledir; “*idare meclisi toplantılarında azalar, şirketi temsile ve şirket işlerini görmeye memur olan kimselerden işlerin gidişi veya muayyen bazı işler hakkında izahat istemek hakkını haizdirler. İdare meclisi, defter ve dosyaların kendisine ibrazına dahi karar verebilir.*

Her aza, idare meclisinin toplantıya davet edilmesini reisten yazılı olarak isteyebilir.” Tasarıda bu maddeye tekabül eden ve bilgi alma ve inceleme hakkı üst başlığı ile düzenlenen 392. maddede ise; “*her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir. Bir üyenin istediği, herhangi bir defter, defter kaydı, sözleşme, yazışma veya belgenin yönetim kuruluna getirtilmesi, kurulca veya üyeler tarafından incelenmesi ve tartışılması ya da herhangi bir konu ile ilgili yöneticiden veya çalışandan bilgi alınması reddedilemez. Reddedilmişse dördüncü fıkra hükmü uygulanır.*

Yönetim kurulu toplantılarında, yönetim kurulunun bütün üyeleri gibi, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişiler ve komiteler de bilgi vermekle yükümlüdür. Bir üyenin bu konudaki istemi de reddedilemez; soruları cevapsız bırakılamaz.

Her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu toplantıları dışında, yönetim kurulu başkanının izniyle, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerden, işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında bilgi alabilir ve görevinin yerine getirilebilmesi için gerekliyse, yönetim kurulu

⁶⁷ Moroğlu, (Tasarıları), s.168.

başkanından, şirket defterlerinin ve dosyalarının incelemesine sunulmasını isteyebilir.

Başkan bir üyenin, üçüncü fıkrada öngörülen bilgi alma, soru sorma ve inceleme yapma istemini reddederse, konu iki gün içinde yönetim kuruluna getirilir. Kurulun toplanmaması veya bu istemi reddetmesi hâlinde üye şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Mahkeme istemi dosya üzerinden inceleyip karara bağlayabilir, mahkemenin kararı kesindir.

Yönetim kurulu başkanı, kurulun izni olmaksızın, yönetim kurulu toplantıları dışında bilgi alamaz, şirket defter ve dosyalarını inceleyemez. Yönetim kurulu başkanının bu isteminin reddedilmesi hâlinde başkan, dördüncü fıkraya göre mahkemeye başvurabilir.

Yönetim kurulu üyesinin bu maddeden doğan hakları kısıtlanamaz, kaldırılamaz. Esas sözleşme ve yönetim kurulu, üyelerin bilgi alma ve inceleme haklarını genişletebilir.

Her yönetim kurulu üyesi başkandan, yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebilir” denilmektedir.

Yeni TTK.’nın “bilgi alma ve inceleme hakkı” alt başlığını taşıyan 392. maddeye göre ise, “her yönetim kurulu üyesi şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir. Bir üyenin istediği, herhangi bir defter, defter kaydı, sözleşme, yazışma veya belgenin yönetim kuruluna getirtilmesi, kurulca veya üyeler tarafından incelenmesi ve tartışılması ya da herhangi bir konu ile ilgili yöneticiden veya çalışandan bilgi alınması reddedilemez. Reddedilmişse dördüncü fıkra hükmü uygulanır.

Yönetim kurulu toplantılarında, yönetim kurulunun bütün üyeleri gibi, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişiler ve komiteler de bilgi vermekle yükümlüdür. Bir üyenin bu konudaki istemi de reddedilemez; soruları cevapsız bırakılamaz.

Her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu toplantıları dışında, yönetim kurulu başkanının izniyle, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerden, işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında bilgi alabilir ve görevinin yerine getirilebilmesi için gerekliyse, yönetim kurulu başkanından, şirket defterlerinin ve dosyalarının incelemesine sunulmasını isteyebilir.

Başkan bir üyenin, üçüncü fıkrada öngörülen bilgi alma, soru sorma ve inceleme yapma istemini reddederse, konu iki gün içinde yönetim kuruluna getirilir. Kurulun toplanmaması veya bu istemi reddetmesi hâlinde üye şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Mahkeme istemi dosya üzerinden inceleyip karara bağlayabilir, mahkemenin kararı kesindir.

Yönetim kurulu başkanı, kurulun izni olmaksızın, yönetim kurulu toplantıları dışında bilgi alamaz, şirket defter ve dosyalarını inceleyemez. Yönetim kurulu başkanının bu isteminin reddedilmesi hâlinde başkan, dördüncü fıkraya göre mahkemeye başvurabilir.

Yönetim kurulu üyesinin bu maddeden doğan hakları kısıtlanamaz, kaldırılamaz. Esas sözleşme ve yönetim kurulu, üyelerin bilgi alma ve inceleme haklarını genişletebilir.

Her yönetim kurulu üyesi başkandan, yönetim kurulunu toplantıya çağırmasını yazılı olarak isteyebilir.

Yeni Türk Ticaret Kanunu'ndaki bu hüküm ile, uygulamadaki bazı sorunlar dikkate alınarak eski Türk Ticaret Kanunu metninde değişiklikler yapılmış ve bu şekilde yeni kurallar konulmuştur. Görüldüğü üzere 392. maddeyle aynı zamanda, yönetim kurulu başkanının yetkileri de düzenlenmiştir. Bununla beraber bu hüküm sadece ana şirket iş ve işlemleri hakkında olup, yavru şirketlere ilişkin bilgi alma hakkı 200. maddede düzenlenmiştir.

Yeni TTK ile bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılabilmesi için yönetim kurulu başkanının izni veya yönetim kurulu kararı alınması şartı kaldırılmış ve ayrıca bilgi alma ve inceleme istemlerini redi halinde mahkemeye başvurma imkanı sağlamak suretiyle bu hakkın kullanımı güvence altına alınmıştır. Mahkemeye başvurma halinde işin sürüncemede kalmaması için hızlı muhakeme ve hüküm prosedürünün öngörülmemiş olması ise önemli bir eksiklik⁶⁸.

Hükmün birinci fıkrasında, ağır ve kapsamlı sorumluluğun bir gereği olarak her yönetim kurulu üyesinin şirketin bütün iş ve işlemleri hakkında bilgi almak hakkı olduğu, bu hakkın aynı zamanda üyenin güvenilirliğine ve özenine bırakılmış bulunan yönetim görevinin ve şirket ile üye arasındaki ilişkinin bir gereği olduğu belirtilmiştir. Zira ancak

⁶⁸ Moroğlu, (Tasarıları), s.190.

bilgilendirilen üye yönetebilir ve doğru zamanda, doğru kararı alabilir. Bu açıdan üyeler arasında hiçbir fark yoktur. Bilgi vermek, verecek olan kişi yönünden bir yükümlülüktür. Bilgilendirilme hakkı, dördüncü fıkra da açıkça belirtildiği üzere ne kaldırılabilir ne de sınırlandırılabilir. Üyelere verilecek bilgi; ayrıntılı, amaca uygun ve istenileni karşılar nitelikte olmalıdır. Bu fıkra aynı zamanda yönetim kurulu üyelerinin kurula defter ve bilgi getirtebilmesi hususundaki yetkisini açık bir şekilde hükme bağlamıştır. Bu yetkinin, yönetim kurulunda oylama yapmak suretiyle yahut yapmaksızın reddi mümkün değildir.

Bilgi alma hakkı şirket iş ve işlemleri ile sınırlı olup, özel işleri kapsamaz. Eğer, özel işler şirket iş ve işlemleriyle ilgili veya bağlantılı ise, üyenin bu işler hakkında da bilgi isteme hakkı vardır. Bilgi alma hakkı üyenin kişiliğine tanınmış bir haktır. Yönetim kurulu, bilgi alma hakkını “kurul” olarak kullanamaz ve bu hak nihayetinde üyelikten ayrılmak ile son bulur.

Yeni TTK ile alınacak bilginin niteliği (gizli olması veya şirket sırrı olması) ile ilgili açık bir sınır getirilmemiştir. Bunun iki sebebi vardır. Birinci sebep; güvenilmeyen bir kişinin üye seçilebilmesi, seçilmişse uzaklaştırılmasıdır. İkincisi ise, yeni TTK.’nın 369. maddesinde “ortaklığın menfaatlerinin” gözetilmesi de vurgulanarak ağır bir özen yükümünün getirilmiş olması ve özen yükümünün sorumlulukla doğrudan ilgili bulunması ile ayrıca bilgi sızdırmanın cezaî yaptırıma bağlanmasıdır. Öngörülecek hukukî ve cezaî yaptırımlar yeterince caydırıcı olmalıdır. Ayrıca somut olayın özelliği, istenilen bilginin verilmemesini gerekli kılıyorsa yönetim kurulu başkanı tedbir talebiyle mahkemeye başvurabilir.

Yönetim kurulu üyesinin görevinin güvene dayalı olduğuna ilişkin temel düşünce, yaptığı işin nitelik ile önemi ve nihayet yüklendiği sorumluluk ve sorumluluğa bağlı hukukî ve cezaî yaptırımlar, ondan bir bilginin saklanması ve esirgenmesini haklı gösteremez.

Başkan, üyeler, tüm yöneticiler, ticarî mümessiller, vekiller, seyyar tacir yardımcıları tasarının 378. maddesinde öngörülen de dahil olmak üzere, komite, komisyon ve alt kurullara bilgi vermekle yükümlüdür. Aksine hareket, iş sözleşmesinin feshini gerektirir. Şirkete bağlı olmayan komisyoncuların, tellalların, aracı kurumların, rapor yazmakla görevlendirilen kişilerin kural olarak böyle bir yükümlülükleri yoktur. Aynı sonuç, acentalar için de söz konusudur. Onların durumlarını

ve bilgi vermemelerinin sonuçlarını sözleşmeleri belirler. Hükmün doğrudan görevi dışında kalan bu sorunda, mahkemelere ve doktrine yorum yolu açık bırakılmıştır.

Üçüncü fıkra yönetim kurulu üyesinin yönetim kurulu dışında bilgi alma hakkını ve defter ve belgeleri incelemesi hakkını düzenlemektedir. Bu çerçevede üyenin (kural olarak) kurul dışında bilgi alma hakkı bulunmadığı gibi, kurul dışında defterleri ve/veya belgeleri inceleme hakkı da yoktur. Üye, bu hakkı yönetim kurulu başkanının izni ile kullanabilir. Üye, şirketin defter ve belgelerini incelemeyi ancak görevini (hesap verilebilirlik ilkesine uygun olarak) yapması bakımından gerekliyse talep edebilir. Başkandan talep bir şekle tâbi değildir.

Ancak bu madde ile düzenlenen ve yönetim kurulu üyelerine tanınan; inceleme talebinin iki gün içinde veya hiç yerine gitirilmemesi durumunda mahkemeye başvurma hakkının kullanılmasında, mahkemenin kurul halinde ve kurulda incelenmesine mi karar vereceği, yoksa başvuran üyenin kurul dışında ve münferit olarak mı incelemeye yetkili kılınacağı anlaşılacaktır. Eğer üye kurul dışında defter ve dosyaları inceleme yetkisini kurul başkanının izniyle kullanabiliyorsa (ki kullanabilmektedir) o halde mahkemenin yetkilendirmesiyle de kurul dışında inceleme yapabilmelidir. Sonuç olarak buradaki sınırlama “kurul toplantısında” şeklinde değil, “şirket çatısı altında” şeklinde olmalıydı⁶⁹.

Dördüncü fıkraya göre yönetim kurulu üyesinin talebinin başkan tarafından reddi halinde üye, isteğini yönetim kuruluna sunabilir. Kurulun kararı ile üye bu hakkını kullanabilir. Talepte bulunan üyenin müzakereye ve oylamaya katılmasına 393. madde engel değildir. Çünkü sorun “şirket dışı kişisel bir menfaatle” ilgili değildir. Kurulun da bu talebi reddetmesi halinde mahkemeye başvurma yolu açıktır.

Beşinci fıkrada yönetim kurulu başkanının kurulda “primus enter pares” konumunda olduğu düzenlenmiştir. Başkan, kurul dışında inceleme ve bilgi edinme hakkını ancak diğer üyeler gibi kullanabilir. Ancak bilhassa bu husus açısından maddenin son hali dahi yeterli kabul edilemez. Zira, yönetim kurulu başkanının da kurul toplantıları dışında şirket yöneticilerinden bilgi alması ve şirket defterleri ile dosyaları inceleyebilmesi için yönetim kurulu kararı alınması zorunluluğu hem

⁶⁹ Moroğlu, (Tasarıları), s.191.

gereksiz hem de “dolanılmaya” müsait bir düzenleme olmuştur. Çünkü böyle bir durumda yönetim kurulundan izin alamayan yahut izin almayı dahi göze alamayan yönetim kurulu başkanı, bir üyeye izin vererek sınırı zorlayabilecektir⁷⁰.

Sondan bir önceki altıncı fıkrada üyelerin bu maddenin çeşitli hükümleriyle öngörülmüş haklarının kısıtlanıp, kaldırılamayacağı öngörülmüştür. Ancak bu haklar ana sözleşme ile genişletilebilir.

SONUÇ

Anonim ortaklıklarda kişisel haklar, üyelere yüklenen yönetim görevi ve müşterek sorumluluğun doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Yönetim kurulu toplantılarına katılmak ve gündeme madde eklenmesini talep etmek, yapılan toplantılarda görüşlerini açıklamak, oy kullanmak, önerilerde bulunmak, yönetim kurulunun olağanüstü toplantıya çağrılmasını başkandan talep etmek, icra edilmesi yönetim kurulu üyelerinin kişisel sorumluluğuna yol açacak genel kurul kararlarının iptali için dava açma hakkı ve temsil hakkı ile bilgi alma hakkı üyelerin hukuki düzenlemeler ile öngörülmüş kişisel haklardır. Kişisel haklar mali nitelik taşımayan ve yönetim kurulu üyeleri için aynı zamanda birer borç niteliği arz eden haklardır.

Kişisel haklar hususundaki düzenlemeler açısından eski Türk Ticaret Kanunu ve yeni Türk Ticaret Kanunu’nu incelenip, karşılaştırıldığında; yeni kanun ile “kurumsal yönetim” olarak adlandırılan sistemin benimsenmesi, anonim şirketlerde şeffaf ve hesabı verilebilir bir yönetim anlayışının oluşturulabilmesi açısından son derece önemlidir. Böyle bir yönetim ise ancak yönetim kurulu üyelerinin kişisel haklarının desteklendiği ve yasal düzenlemeler ile kuvvetlendirildiği durumlarda söz konusu olabilir. Gerçekten de yönetime katılma, görüş bildirme, temsil ve bilhassa bilgi alma haklarının desteklenmesi son derece önemlidir. Zira tüm bu haklar, yönetim kurulu üyelerinin güvenilirliğine ve özenine bırakılmış bulunan yönetim görevinin ve anonim ortaklık ile üye arasındaki ilişkinin bir gereğidir.

⁷⁰ Moroğlu, (Tasarıları), s.190.

KAYNAKLAR

Bahtiyar Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul 2010.

Çevik Orhan Nuri, *Anonim Şirketler*, Ankara 1988.

Erem Turgut S, *Anonim Şirketler Hukuku*, İstanbul 1965.

Hirsh Ernest, *Ticaret Hukuku Dersleri*, İstanbul 1948.

İmregün Oğuz, *Anonim Ortaklıklar*, İstanbul 1970.

Moroğlu Erdoğan, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, İstanbul 2009.

Moroğlu Erdoğan, *Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük ve Uygulama Kanunu Tasarıları*, İstanbul 2009.

Poroy Reha, Tekinalp Ünal, Çamoğlu Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, İstanbul 2010 (12. Bası).

Pulaşlı Hasan, *Şirketler Hukuku*, Kasım 2009.

Tekil Fahiman, *Anonim Şirketler Hukuku*, İstanbul 1993.

**ÇALIŞMA SÜRELERİNİN DENKLEŞTİRİLMESİ ESNEKLİK
Mİ, YOKSA KEYFİLİK MİDİR? İŞ HUKUKU
UYGULAMASINDA ÇALIŞMA SÜRELERİNİN
DENKLEŞTİRİLMESİ VE FAZLA ÇALIŞMA KONUSUNDA
BİR DEĞERLENDİRME**

Yrd. Doç.Dr. Mehmet Nusret BEDÜK*

ÖZET

Çalışma süresinin denkleştirilmesi, çalışma sürelerinin haftanın günlerine farklı şekilde bölünerek, bazı haftalar normal çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapıldığı halde, fazla çalışma ücreti ödenmesine gerek kalmaksızın işçinin çalıştırılabildiği esnek bir çalışma yöntemidir. Çalışma düzeninde yapılan böyle bir esnek uygulama, ancak ihtiyaç sınırlarını aşmamak ve aynı zamanda işçiyi koruma ilkesini ihlal etmemek koşuluyla kabul edilebilir. O nedenle, kanun koyucu esnekliğin keyfilik boyutuna taşınmaması için, bu konuda bazı yasal sınırlamalar getirmiştir. Fakat, uygulamada esnekliğin kuralsızlaştırıldığı, denkleştirme esasına dayanılarak işçinin sürekli yoğun ve fazla çalıştırıldığı görülmektedir. İşçilerin bir gün çalışıp, ertesi gün dinlenmek gibi nöbet usulüyle çalışma olarak nitelenebilecek çalışma düzenlerinin denkleştirme uygulaması ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: *İşin düzenlenmesi, çalışma süresi, fazla çalışma, fazla çalışma ücreti, haftalık ortalama çalışma süresi.*

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

IS EQUALIZATION OF WORKING HOURS FLEXIBLE OR ARBITRARY IMPLEMENTATIONS? A REVIEW ABOUT THE BALANCING (EQUALISING) OF WORKING HOURS AND THE OVERTIME WORKING IN LABOUR LAW PRACTICES

ABSTRACT

Balancing (equalizing) of working hours is a flexible working system which workers could be employed without paying the overtime wages in some weeks even they work beyond the regular working hours. This kind of flexible working system could be only accepted with the condition of the principles that workers should never misuse and their rights should not be impinged upon. Therefore the legislators put some legal restrictions on this subject not to transform from flexibility to arbitrary. But, in practice it is always observed that workers are employed on overtime basis and that the flexibility on the working system has not functioned properly. One day work and another day off working schedule are not related with the implementation of balancing (equalizing) of working hours.

KEYWORDS: *Organization of work, working hours, overtime work, overtime wage, the average weekly working hours.*

GİRİŞ

İşletme ekonomisi bakımından, mal ve hizmet üretiminde daima dikkate alınması gereken en önemli faktörlerden birisi şüphesiz zaman(lama)dır. Dönemsel veya mevsimsel olarak mal ve hizmet piyasasında oluşan yoğun talep karşısında işveren, üretim kapasitesini ve/veya hizmetlerini arttırma ihtiyacından dolayı işyerindeki çalışmaları yoğunlaştırmak zorunda kalabilmektedir. Belli aralıklarla yapılan yoğunlaştırılmış çalışma nedeniyle işletmenin duyduğu işgücü ihtiyacının mevcut işçilerle ve fazla çalışma sözkonusu olmadan aşılabilmesi ancak çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi halinde mümkündür. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nda, haftalık normal çalışma süresinin haftanın çalışılan

günlerine farklı şekilde dağıtılabileceği öngörülerek, çalışma sürelerinde denkleştirme yapılmak suretiyle esneklik tanınmıştır¹.

Özellikle, iş yoğunluğunda değişiklik yaşanan işyerlerinde; fazla çalışma koşullarına ve hükümlerine bağlı olmaksızın, artan talep dolayısıyla işgücüne duyulan ihtiyaç, çalışma süreleri denkleştirilerek giderilebilmektedir. Sürekli iş yoğunluğu olan işyerlerinde ise bu ihtiyaç, mevcut çalışanlarla değil, genelde dışarıdan işçi temin edilerek, diğer bir ifadeyle işçi sayısı artırılarak sağlanmaktadır². Zira denkleştirme, aralıksız yapılan sürekli bir uygulama olmayıp, zaman zaman başvuru alan esnek uygulamalardan biridir.

Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesinin çalışanlar ve dolayısıyla da toplum üzerinde çeşitli sosyal ve ekonomik bakımdan olumlu yönleri bulunduğu yadsınmaz³. Ancak, daha çok işletme menfaatinin ön planda olduğu butür esnek uygulama ile iş gücünden azami ölçüde yararlanılırken, yoğun çalışma döneminde işçinin sağlığı ve sosyal yaşamındaki dengeleri olumsuz yönde etkilenmemesi de mümkün değildir. Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi, sadece işletmenin varlığının devamını temin eden ve işverene daha fazla menfaat sağlayan bir uygulama olarak kabul edilemez. O nedenle, kanun koyucu esnekliğin keyfilik boyutuna taşınmaması için, çalışma sürelerine ilişkin bir takım

¹ **ÇELİK** Nuri, İş Hukuku, İstanbul 2008, s.319-320; **SÜZEK** Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010, s.727; **EYRENCİ** Öner/**TAŞKENT** Savaş/**ULUCAN** Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s.211; **EKONOMİ** Münir, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı” Yargıç Resul ASLANKÖYLÜ’ye Armağan, Kamu-İş C.7, S.3, 2004, s.165-167; **MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008, s.856; **ALPAGUT** Gülsevil, “Ücret ve İşin Düzenlenmesi”, İş Hukuku Uygulama Sorunları Ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul Barosu Seminer Notları, İstanbul 2006, s.19; **SUBAŞI** İbrahim, “İş Hukukunda Çalışma Süreleri”, A. Can TUNCAY’a Armağan, İstanbul 2005, s.323-324; **GÜNAY** Cevdet İlhan, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Ankara 2007, s.33; **ASTARLI** Muhittin, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008, s.287.

² **ALPAGUT**, s.19; **ASTARLI**, s.275.

³ Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesinde elbette işçi ve kamunun menfaatine olduğu yadsınmaz. Bkz. **ASTARLI**, s.276.

yasal sınırlamalar getirmiştir. İş Kanununda yapılan yeni düzenleme ile çalışma sürelerinin denkleştirilirken bu dönem içerisinde; yoğun çalışma sonrası, işçiye ücretli serbest zaman verilerek, işçinin aile ve sosyal yaşamında bir düzen kurmasına imkânın sağlanmasıyla, taraf menfaatleri arasında denge sağlanmaya çalışılmıştır.

Esnek çalışma süreleri konusunda 4857 sayılı İş Kanunu'nda yapılan yeni düzenlemeler ile Avrupa Birliği normlarına uyum sağlanmaya çalışılırken, uygulamada esnekliğin kural dışılaştırıldığı, denkleştirme esasına dayanılarak işçinin sürekli yoğun ve fazla çalıştırıldığı görülmektedir. Özellikle az işçinin istihdam edildiği nöbet sistemi uygulanan işlerde/işyerlerinde, iş mevzuatına aykırı bir şekilde, işçi bazen 24 saate kadar çalıştırılabilmektedir.

Bu şekilde yapılan yoğun çalışmalar dolayısıyla uygulamada yaşanan fazla çalışma konusuna ilişkin uyuşmazlıklar, Yargıtay'ın öğretide çokça eleştirilen "örtülü denkleştirme" içtihadı ile giderilmeye çalışılmaktadır. Çalışma sürelerinin denkleştirilmesi ve fazla çalışma konusu öğreti ve uygulamanın sürekli üzerinde tartıştığı konulardandır. Asıl sorun çalışma sürelerine ilişkin mevzuat hükümlerinin farklı değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. O nedenle, çalışma sürelerinin denkleştirilmesinin amacı, koşulları ve hukuki sonuçları üzerinde durulmasında yarar görüyoruz.

I. İŞ HUKUKUNDA ÇALIŞMA SÜRELERİ ve BU SÜRELERİN ESNEKLEŞTİRİLMESİ

A) Genel Olarak Çalışma Süreleri

Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği (fiilen çalıştığı) süredir (Çalışma Süreleri Yönetmeliği⁴ md.3/I). Fiili çalışma süresi dışında İş K.md.66/I'de yazılı (farazi çalışma) süreler(i) de işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılır. Bir başka ifadeyle, işçinin işverenin emir ve talimatı altında girdiği andan çıktığı ana kadar geçen iş süresidir. İşçinin bu süre içinde fiilen çalışıp çalışmamasının bir önemi yoktur. Ancak ara dinlenmeleri, çalışma süresinden sayılmaz (md.68/son)⁵.

⁴ İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği, 06.04.2004 tarih ve 25425 sayılı RG.

⁵ Bkz., SÜZEK, s.725 vd.; ÇELİK, s.319; ARICI Kadir: Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi Ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş

İş K.md.63 göre, genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok 45 saattir. Bu hüküm nispi emredici bir hükümdür. Haftalık çalışma süresi sözleşme ile işçi lehine 45 saatin altında kararlaştırılabilir. Taraflar sözleşme ile yasal azami sürenin üzerinde çalışma süresi belirleyemez. Aksi halde, sözleşmenin bu hükmü geçersiz olur. Böyle bir durumda, yasal haftalık çalışma süresi olan 45 saat üzerinde anlaşılmış kabul edilir⁶.

Günlük çalışma süresi, haftalık çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine bölünmesi suretiyle hesap edilir. Cumartesi günü iş hukuku uygulamasında işgünü olarak kabul edilmektedir. Önceki (1475 sayılı) İş Kanunu'na göre, Cumartesi günü kısmen çalışılması halinde, bu süre haftalık çalışma süresinden düşüldükten sonra geri kalan çalışma süreleri haftanın diğer günlerine bölünerek hesaplanmakta idi. Çalışma sürelerinde esneklik esasını benimseyen 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise, Cumartesi gününe ilişkin özel bir düzenleme yer almamakla birlikte, aksi

Kanunu'nda Çalışma Süreleri, Ankara 1992, s.97 vd.; **CENTEL** Tankut, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s.225; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.207 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.854 vd.; **NARMANLIOĞLU** Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s.466 vd.; **AKTAY** Nizamettin/**ARICI** Kadir/**KAPLAN-SENYEN** E. Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2009, s.235; **AKYİĞİT** Ercan, İş Hukuku, Ankara 2008, s.270 vd.; **TUNÇOMAĞ** Kenan/**CENTEL** Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2005, s. 143; **SÜMER**, Halûk Hâdi, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2010, s.304; **SUBAŞI**, s.317 vd.; **ASTARLI**, s.35 vd.; **KARACAN** Hatice, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Ankara 2007, s.23 vd.; **KÖSEOĞLU** Ali Cengiz/ **KABÜL** Sibel, "Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri", Prof.Dr.Sarper SÜZEK'e Armağan I, İstanbul 2011, s. 971-972; "Çalışma süresi, işçinin iş akdi uyarınca mükellef bulunduğu işi ifa için işverenin emrine girdiği andan çıktığı ana kadar devam eden süredir" (Yarg.HGK., 14.07.1971, E.1970/9-993, K.1971/477, <http://www.kazanci.com.tr> (ET.03.12.2011)).

⁶ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.862; **ÇELİK**, s.320; **NARMANLIOĞLU**, 468-470; **CANIKLIOĞLU** Nurşen, "4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu sürenin Günlere Bölünmesi", Toprak İşveren Dergisi, S:66, 2005, <http://www.toprakisveren.org.tr/2005-66-nursencaniklioglu.pdf> (ET.23.11.2011), s.4-5; **SÜMER**, s.299; **ASTARLI**, s.114; **KÖSEOĞLU/KABÜL**, s.983; **KARACAN**, s.37.

kararlaştırılmamışsa genel olarak haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünmesi esası kabul edilmiştir⁷. Fakat yinede Cumartesi günü kısmi çalışma yapılması yerleşik uygulama olduğu için bu konuda Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde (md.4/11), özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Şu halde, haftada 6 işgünü çalışılan bir işyerinde günlük çalışma süresi 7,5 saattir. Haftada 5 gün çalışılan, Cumartesi günü tamamen tatil olan işyerinde bu süre 9 saattir. Cumartesi kısmen tatil edilen işyerinde ise, Cumartesi günü çalışılan sürenin haftalık 45 saatlik iş süresinden çıkarılarak bulunacak sürenin 5 güne eşit bir şekilde bölünerek günlük çalışma süresi bulunacaktır. Örneğin Cumartesi 4 saat olmak üzere haftalık 44 saat çalışılan bir işyerinde, günde (44 saat - 4 saat = 40 saat / 5 gün) 8 saat çalışıldığı hesap edilir⁸.

Yasal olarak taraflar anlaşarak haftalık normal çalışma süresini, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtabilirler (İş K.md.63/I; ÇSY.md.4/I). Görüldüğü üzere, haftalık çalışma süresi en çok 45 saat olup, işçi fazla çalışmalarda dâhil bir günde en çok 11 saat çalıştırılabilir⁹. Taraflar dilerlerse yasal sınırlamaları dikkate almak koşuluyla çalışma sürelerinin denkleştirilmesi konusunda anlaşabilirler (İş K.md.63/II)¹⁰.

Çalışma sürelerinin denkleştirebilme imkânı sadece 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında olan işçi ve işverenler bakımından sözkonusudur. 5953 sayılı Basın İş Kanunu (Ek.md.1) ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu (md.26,28) kapsamında çalışma sürelerinin bir iş haftasına farklı bir şekilde dağıtılması mümkün olmadığı için denkleştirme uygulanması

⁷ ÇELİK, s.320-321; KARACAN, s.36.

⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.209-210; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.870; SÜZEK, s.727; CANIKLIOĞLU, s.5-6; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s.144; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN, s.236; SUBAŞI, 322-323; KARACAN, s.37-38; KÖSEOĞLU/KABÜL, s.984.

⁹ EYRENCİ Öner, “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme” (Yeni Düzenlemeler), Legal İHSGHD., 2004/1, s.40-41; ÇELİK, s.332-333; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.869; KARACAN, s.4; KÖSEOĞLU/KABÜL, s.985.

¹⁰ SÜZEK, s.726.

mümkün değildir. Zira her iki Kanun da çalışma sürelerinin iş günlerine eşit bölünerek uygulanmasını öngörülmekte, günlük çalışma süresini aşan çalışmaları fazla çalışma olarak değerlendirmektedir¹¹.

B) Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi

Esnek çalışma, küreselleşmeyle oluşan piyasa koşullarına uyum sağlamak amacıyla uygulanması zorunlu hale gelen yeni üretim ve iş organizasyon modelleri gereği olarak ortaya çıkmıştır¹². Bu sayede, işveren işçinin çalışma süresini yasal sınırlar içerisinde geçici olarak arttırıp azaltabilmekte, işletmenin gerekleri sonucunda artan veya azalan iş gücü ihtiyacını mevcut duruma uydurabilmektedir¹³.

Günlük çalışmanın başlangıç ve bitiş saatleri önceden sabit bir şekilde belirlenmiş, haftalık çalışma süresi iş günlerine eşit olarak bölünmüşse ve bu sabit uygulama her hafta ve her ay için aynı olup değişmiyorsa, katı çalışma süreleri sisteminin uygulandığı sonucuna varılır. İşçi veya işveren çalışılacak zamanı (dönemi) ve çalışma sürelerini kendi ihtiyaç ve şartlarına göre serbestçe belirleyebiliyorlar (değiştirebiliyorlar) ise çalışma sürelerinin esnekleştirilebilmesinden söz edilir¹⁴. Bu esneklik sayesinde taraflar günlük çalışmanın başlangıç ve bitiş saatlerini değiştirebilecekleri gibi haftalık çalışma süresini de çalışılan günlere farklı şekilde dağıtabilirler¹⁵.

4857 sayılı İş Kanunu'nda çalışma sürelerinin esnek şekilde kullanılmasını sağlayan birçok hükme yer verilmiştir. Bunların başında çalışma sürelerinin denkleştirmesine ilişkin hükümler gelmektedir. Çalışma süreleri haftanın günlerine farklı şekilde bölünerek, bazı haftalar normal çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapıldığı halde, fazla çalışma ücreti ödenmesine gerek kalmadan belli bir dönem içerisinde yapılan çalışmalar denkleştirilebilmektedir. Telafi çalışması, kısa

¹¹ **ASTARLI**, s.287.

¹² **ULUCAN** Devrim, "Günümüzdeki Mal ve Hizmet Üretim Modellerinin İş Süreleri Üzerindeki Etkisi, Esnek Çalışma Süreleri İle İlgili Bazı Düşünceler, Sicil İHD., S.7, Eylül 2007, s.5-7.

¹³ **ASTARLI**, s.280.

¹⁴ **ASTARLI**, s.271-273.

¹⁵ **ASTARLI**, s.281.

çalışma, fazla çalışma karşılığında zamlı ücret yerine serbest zaman kullanılması Kanunun öngördüğü diğer esnek uygulamalardır¹⁶.

C) Normal İş Süreleri Üzerinde Yapılan Çalışmalar (Fazla-Fazla Sürelerle Çalışma)

4857 sayılı İş Kanunu'nda çalışma sürelerine ilişkin esnek hükümler öngörülerek, normal iş sürelerinin üzerinde yapılan fazla çalışmaların taraf menfaatlerine uygun bir şekilde değerlendirilmesine imkân sağlanmış, 1475 sayılı İş Kanunu'nun fazla çalışmaya ilişkin düzenlemelerinden farklı olarak, iş sürelerinin denkleştirilmesi, fazla sürelerle çalışma gibi bir takım esnek uygulamalara yer verilmiştir. İşçinin belirli bir dönem haftalık normal çalışma süresinin üzerinde çalıştırılabilmesinin yanı sıra, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücreti yerine boş zaman kullanma tercihinde bulunabilmesi bu yenilikler arasındadır.

Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok 45 saattir (İş K.md.63). Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır¹⁷. 63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşuluyla, bazı haftalarda toplam 45 saati aşıya dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz (İş K.md.41/1). Şu halde, haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşıyorsa, fazla çalışma hükümleri uygulanır¹⁸.

Görüldüğü üzere, İş Kanunu'nda fazla çalışma konusunda haftalık çalışma süresinin aşılması esas alınmıştır. Fakat İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde, yasal esasla bağdaşmayan bir

¹⁶ **SOYER** Polat, “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İşçi Sağlığı Ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler” (4857 Sayılı Yeni İş Kanunu), 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş Yay., Bolu 2003, s.24; **SÜZEK**, s.726; **CANIKLIOĞLU**, s.1.

¹⁷ Yarg.9.HD., 21.2.2008, E.2007/41872, K.2008/1390; Yarg.9.HD., 1.5.2008, E.2007/18345, K.2008/10955; Yarg.9.HD., 9.5.2008, E.2007/18396, K.2008/11909.

¹⁸ **GÜNAY**, s.84.Zorunlu olarak fazla çalışma yapılan dönemler için denkleştirme esasının uygulanamayacağı görüşü için bkz.,**ÇİL**, s.63.

düzenlemeye yer verilerek günlük ve haftalık azami çalışma süreleri belirlenmiştir. Yönetmeliğe göre, genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok 45 saat olup (Yönt.md.4/1), günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz (Yönt.md.4/3). Bir işçinin bu sınırları aşan sürelerle çalıştırılması halinde, İş Kanunu'nun 41, 42 ve 43 üncü madde hükümleri uygulanır (Yönt.md.4/4-a). Kanundan farklı olarak, Yönetmelik ile günlük azami çalışma süresi olan 11 saatin üzerindeki çalışmaların fazla çalışma hükümlerine tabi tutulması, adeta fazla çalışma kavramı içinde değerlendirilmiş olması doğru değildir¹⁹. Çünkü günlük 11 saati aşan çalışmalar, Kanuna aykırı çalışmalardır, idari para cezası yaptırımını gerektirir (md.104).

İşçi günlük 11 saatin üzerinde çalışmayı kabul etmek zorunda değildir. Ancak bilfiil 11 saatin üzerinde çalışmış ise, yasal olarak fazla çalışmış kabul edildiği için değil, Kanuna aykırı olarak fazla çalıştırıldığı için kendisine fazla çalışma ücreti ödenecektir²⁰. Günlük azami çalışma sınırını aşan süreler karşılığında zamlı ücret ödenebilmesi için, haftalık çalışma süresinin üzerinde çalışılması gerekmez²¹. Aşağıda açıklanacağı üzere, 11 saati aşan süreler, denkleştirme uygulamasında değerlendirilmemektedir.

¹⁹ **SOYER** Polat, “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler” (Fazla Saatlerle Çalışma), Legal İHSGHD., 2004/3, s.798-799; **ALPAGUT**, s.25.

²⁰ ... iki ya da dört aylık dönemlerde haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşmamak koşulu ile günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla mesai olarak değerlendirilmelidir. ... nöbet günlerine tekabül eden günlerde 11 saati aşan kısmı fazla mesai kabul edilmelidir. 11 saatlik nöbet süresi ise, haftanın diğer günleri ile birlikte değerlendirilmeli, 45 saati geçen süre olduğu takdirde aşan süreler ayrıca fazla mesai sayılmalıdır.” (Yarg.9.HD., 15.12.2008,E.2007/30201, K.2008/33618, Çalışma ve Toplum, 2009/3 (22), s.443-445).

²¹ **EKONOMİ**, s.162-163; **SÜZEK**, 750; **SOYER** “Fazla Saatlerle Çalışma”, s.799; **ALPAGUT**, s.26; **KARACAN**, s.52; **YENİSEY** Kübra Doğan, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2006 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009, s.73.

Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi Esneklik mi Yoksa Keyfilik midir?

İş Kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışma, “fazla çalışma” olup, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %50 arttırılarak ödenir (İş K.md.41/2, Fazla Çalışma Yönetmeliği²² md.3/(a), md.4/1).Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda, Kanunda belirtilen esaslar dâhilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalar “fazla sürelerle çalışmalardır”. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %25 arttırılarak ödenir (İş K.md.41/3; Fazla Çalışma Yönt.md.3/b, md.4/2). Denkleştirme uygulaması söz konusu ise, denkleştirme döneminde haftalık ortalama çalışma süresi belirlenerek, kararlaştırılmış süreyi aşan ancak 45 saatin altında kalan çalışmalar fazla sürelerle çalışma, 45 saatin üzerindeki çalışmalar da fazla çalışma hükümlerine göre değerlendirilir²³.

Günlük azami çalışma süresi 11 saat ile sınırlandırılmıştır (İş K.md.63/2; Çalışma Süreleri Yönt.md.5/1). Haftanın 6 günü çalışan işçi

²² İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği, 06.04.2004 tarih ve 25425 sayılı RG.

²³ **ÇELİK**, s.333; **EKONOMİ**, s.170; **ALPAGUT**, s.27; **ÇİL**, s.60. “Fazla çalışmanın belirlenmesinde 4857 sayılı İş Kanununun 68. maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin dikkate alınması gerekir. Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda indirim yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay, 9. HD 18.7.2008 gün 2007/25857 E, 2008/20636 K., Yargıtay 9. HD 28.4.2005 gün 2004/24398 E, 2005/14779 K. ve Yargıtay 9. HD 9.12.2004 gün 2004/11620 E, 2004/27020 K.). Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, bir işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerine sürekli olarak fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına aykırıdır. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle belirtilen şekilde çalışılmayan günlerin olması kaçınılmazdır. Böyle olunca fazla çalışma ücretinden bir indirim yapılması gerçek duruma uygun düşer.. fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil alacağı üzerinden Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre %30 oranında hakkaniyet indirimi yapılması gerekirken ıslah dilekçesinde belirtilen miktarlara hükmedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” (Yarg.9.HD., 21.09.2010E.2010/28788 K.2010/25224, Çalışma ve Toplum; [2011/1 \(28\)](#), s.573).

günde 7,5 saatin üzerindeki 11 saate kadar olan 3,5 saatlik çalışması fazla çalışmadır. Haftalık fazla çalışma süresine ilişkin yasal bir sınırlama bulunmamasıyla birlikte, fazla çalışma süresi, yasal olarak bir yılda toplam 270 saatten fazla olamaz (İş K.md.41/8, Fazla Çalışma Yönt.md.5/1).Şu halde, işveren tarafından yaptırılan haftalık toplam 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılır, ancak işçi her halükarda günde 11 saatten fazla çalıştırılmaz²⁴. Yıllık 270 saatin üzerinde yapılan fazla çalışma, çalışma mevzuatına aykırıdır, ancak yine de işçiye zamlı ücret ödenmelidir²⁵.

İşçinin yoğun çalışılan haftalardan sonra daha az çalıştırılması veya kendisine serbest zaman tanınması gerekirken, kalan dönemde de aynı şekilde çalıştırılması durumunda fazla çalışma söz konusu olacaktır. Örneğin, haftada 45 saat çalışan bir işçi, toplu iş sözleşmesi ile 4 aylık denkleştirme süresi kararlaştırılmış ise, bu dönemde 720 saate (45 saat x 4 hafta x 4 ay) ilave olarak 270 saat daha çalıştırılarak en fazla 990 saat çalıştırılabilir. Tabii bu durumda bir yıl için tanınmış olan fazla çalışma süresi 4 aylık denkleştirme döneminde tüketilmiş olacaktır. Oysa AB Yönergesinde fazla çalışma süresi haftalık 3 saatle sınırlandırılmış, işçi haftada en fazla 48 saat çalıştırılabilmektedir. Denkleştirme uygulanması halinde işçi en fazla 768 saat (48 saat x 4 hafta x 4 ay) çalıştırılabilir. Bu tabloda görüldüğü üzere, işçi 4 aylık denkleştirme döneminde 222 saat daha fazla çalıştırılacaktır. Yoğun iş haftası devamında işçi, üst üste yapılan fazla çalışmalar ile gerçekten yıpranmış olacaktır. Böyle bir uygulamanın denkleştirme amacına aykırı olduğu ve işçi sağlığı ve iş güvenliği bakımından olumsuz sonuçlar doğurabileceği çok açıktır²⁶. O

²⁴ ÇELİK, s.336; SÜZEK, s.750;EKONOMİ, s.167.

²⁵ Yarg.9.HD., 18.11.2008, E.2007/32717, K.2008/31210; Yarg.9.HD., 21.09.2010, E.2010/28788 K.2010/25224, Çalışma ve Toplum; [2011/1 \(28\)](#), s.573; Yarg.9.HD., 05.02.2010,E.2008/14590, K.2010/2297, Çalışma ve Toplum, [2010/4 \(27\)](#), s.343; Yarg.9.HD., 28.01.2010,E.2008/14699, K.2010/1530, Çalışma ve Toplum, [2010/3 \(26\)](#), s.382; EKONOMİ, s.162; SÜZEK, 751;ALPAGUT, s.29.

²⁶ Bilim komisyonu tarafından hazırlanan tasarıda ortalama çalışma süresinin, fazla çalışmalar da dahil olmak üzere haftada 48 saati aşmayacağı öngörüldüğü halde, bu hüküm TBMM Genel Kurulunda kabul edilmemiştir. “48 saat sınırlaması kaldırılarak, sadece yılda 270 saat fazla

nedenle, denkleştirme uygulaması bakımından günlük 11 saat sınırı yanı sıra, haftalık 48 saat yasal sınır getirilerek işçinin aşırı fazla çalıştırılmasının önlenebileceği kanaatindeyiz²⁷.

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi, isterse işverene yazılı olarak başvurmak koşuluyla, zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir (İş K.md.41/4, Fazla Çalışma Yönt.md.6/1). İşçi hak ettiği serbest zamanı, 6 ay içinde işverene önceden yazılı olarak bildirmesi koşuluyla ve işverenin, işin veya işyerinin gereklerine uygun olarak belirlediği tarihten itibaren iş günleri içerisinde aralıksız ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır (İş K.md.41/5, Fazla Çalışma Yönt.md.6/2). İşveren işçinin serbest zaman talebini reddedemez²⁸. İşçi, 6 ay içinde serbest zaman hakkını kullanmamışsa, bunun yerine zamlı ücret talebinde bulunabilir²⁹. Serbest zaman tanınmasının anlamı, işçinin daha önce yaptığı fazla saatlerle çalışma karşılığı olarak sonraki çalışması gereken sürelerde çalışmamasıdır³⁰. O nedenle işçinin İşKanunu'ndan ve

çalışma kuralının getirilmesi işçi yararına olmadığı gibi, esnek çalışma kuralları ve uygulamasını tartışmalı hale getirir” (ULUCAN, s.7; ayrıca bkz.,**SOYER**, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, s.28; **aynı yazar**, “Fazla Saatlerle Çalışma”, s.805).

²⁷ Aynı görüşte, **EKONOMİ**, s.167; **SOYER**, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, s.28; **aynı yazar**, “Fazla Saatlerle Çalışma”, s.805; **ALPAGUT**, s.30; **ÇİL**, s.61.

²⁸ **EYRENCİ**, “Yeni Düzenlemeler”, s.45; **ÇELİK**, s.340; **SOYER**, “Fazla Saatlerle Çalışma”, s.802-803; **aynı yazar**, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, s.29; **SÜZEK**, s.757; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.896-897; **ALPAGUT**, s.32; **GÜNAY**, s.113; **ÇİL**, s.73-75. ÇİL'e göre, serbest zamanın süresi içinde ve Yönetmelikte öngörüldüğü esaslar dahilinde verilmemesi, iş sözleşmesini haklı olarak feshetme imkanı tanır. Zira fazla çalışma ile fazla sürelerle çalışma ücretinin ödenmemesi ile serbest zaman kullanma isteğinin karşılanmaması arasında fark yoktur (ÇİL, s.75).

²⁹ **SÜZEK**, s.758; **SOYER**, “Fazla Saatlerle Çalışma”, s.802-803; **aynı yazar**, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, s.29; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.896-897; **ALPAGUT**, s.33; **ASTARLI**, s.222; **ÇİL**, s.74.

³⁰ **ALPAGUT**, s.33.

sözleşmelerden kaynaklanan tatil ve izin günlerinde serbest zaman kullandırılmaz (Fazla Çalışma Yönt.md.6/3).

İş Kanunu'nun 63 üncü maddesinin son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde ve 69 uncu maddede belirtilen gece çalışmalarında fazla çalışma yapılamaz (İş K.md.41/6). Gece çalışmaları yönünden haftalık 45 saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde 7,5 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir³¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayı alınmalıdır (İş K.md.41/7)³².

II. ESNEKLİK SAĞLAYAN BİR DÜZENLEME OLARAK ÇALIŞMA SÜRELERİNİN DENKLEŞTİRİLMESİ

A) Genel Olarak Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi

Çalışma süresinin denkleştirilmesi, birden fazla haftadan oluşan bir çalışma dönemi içerisinde, ortalama haftalık çalışma süresinin, normal haftalık çalışma süresini aşmayacak şekilde işçinin çalıştırılabildiği esnek bir çalışma yöntemidir³³. Diğer bir ifadeyle, yasal azami süreleri aşmamak kaydıyla, denkleştirme süresi olarak belirlenen dönem içerisinde, işçinin bazı haftalarda normal çalışma süresinin üzerinde çalıştırılarak ve diğer haftalarda ise daha az çalıştırılarak veya serbest zaman kullandırılmak suretiyle, çalışma sürelerinin dengelenmesidir³⁴.

İşyerinde çalışmaların yoğunlaştırılması, şüphesiz işçinin sağlığı ve sosyal yaşamı üzerinde olumsuz etkilere yol açacaktır. O nedenle

³¹ Yarg.9.HD., 23.6.2009, E.2007/40862, K.2009/17766, <http://www.kazanci.com.tr> (ET.20.11.2011).

³² Kanunun bu hükmü, hem fazla çalışmayı hem de fazla sürelerle çalışmayı kapsayan bir düzenlemedir (SOYER, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, s.28-29); ayrıca bkz., ÇİL Şahin, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Çalışma ve Toplum, 2007/3 (14), s.58-59; GÜNAY, s.62 vd.; ASTARLI, s.183 vd.; KARACAN, s.79 vd.

³³ AKYİĞİT, s.275; SONGU Sezgi Öktem, “Çalışma Süresinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? Yargıtay’ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler”, DEÜHFD., C.8, S.2, 2006, s.179; KÖSEOĞLU/KABÜL, s.985.

³⁴ ASTARLI, s.289-290.

çalışma süresinin sınırlandırılması gerekir. Denkleştirme esası da böyle bir uygulama bakımından büyük bir esneklik sağlamaktadır. Denkleştirme döneminde, hem işçinin işgücünden azami derecede yararlanılmakta, hem de kalan zaman içerisinde işçiye ücretli serbest zaman tanınmaktadır.

Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı Kanundan farklı olarak haftalık normal çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit şekilde dağıtılmasının yanında, denkleştirme süresi içinde haftalık ortalama çalışma süresini aşmadan bazı haftalarda normal çalışma süresinin üzerinde çalışmayabilmesi konusunda esneklik tanımıştır³⁵.

Yasal olarak haftalık en fazla 45 saat olan çalışma süresi, aksi kararlaştırılmamışsa, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır (İş K.md.63/1). Buna karşın tarafların anlaşması halinde haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabılır³⁶. Bu halde³⁷, 2 aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi,

³⁵ **ÇELİK**, s.319-320; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.211; **EKONOMİ**, s.165-166; **ASTARLI**, s.287.

³⁶ **SOYER**, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, s.24; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.863-864; **KARACAN**, s.38.

³⁷ Öğretide bir görüşe göre, denkleştirme ancak haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtıldığı işyerlerinde söz konusu olabilir (bkz.**EKONOMİ**, s.165-166; **SÜZEK**, s.727). Aksi bir görüşe göre, bu halde ifadesi bir sınırlama yapmak ve denkleştirme imkanını sadece bu duruma hasretmek amacını taşımamakta, sadece farklı bir şekilde dağıtma halinde de ortalama haftalık çalışma süresinin aşlamayacağı açıklığa kavuşturulması amaçlanmaktadır (**CANIKLIOĞLU** “Çalışma Süresinin Günlere Bölünmesi”, s.6-7). Bir başka görüşe göre, bu halde ifadesi, 45 saatlik haftalık çalışma süresinin aşılması durumunda yapılması gereken denkleştirme uygulaması ile ilgili sayılması gerektiğini, haftalık 45 saatlik çalışma süresini aşmamak üzere, bu sürelerin iş günlerine eşit olmayan şekilde bölünmesi durumunda artık denkleştirme kuralının uygulanmasına gerek olmadığını belirtmektedir (**ÇELİK**, s.321-322; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.869; **ASTARLI**, s.287-288; **KARACAN**, s.39-40).

normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile 4 aya kadar artırılabilir (md.63/2).

Çalışma sürelerinin denkleştirilmesi bir sözleşme tipi değildir. Sadece, iş sözleşmesinde işin düzenlenmesi bakımından değerlendirilen esnek bir uygulamadır. Dolayısıyla, sözleşme ilişkisi boyunca aralıksız olarak çalışma sürelerinin denkleştirilmek suretiyle işin düzenlenmesi, esnek çalışmayı, amacını aşan bir uygulama haline getirir. Kısacası, denkleştirme esasına göre çalışma, geçici bir durumdur. Taraflara çalışma süreleri bakımından esneklik sağlamakla birlikte, işçinin sürekli olarak bu şekilde çalıştırılması düşünülemez³⁸.

Çalışma sürelerinin denkleştirilmesini gerektiren sebep konusunda yasal bir sınırlama bulunmamaktadır. Herhangi bir nedenle denkleştirme uygulamasına gidilebilir. Ancak, MK.md.2 hükmü gereğince, işveren bu yasal imkanı kullanırken objektif iyiniyet kurallarına uygun davranmak zorundadır³⁹.

Denkleştirme esasının işyerinin bütününde ve işçilerin tümüne uygulanması zorunluluğu bulunmamaktadır. İşveren işyerinin tamamında denkleştirme uygulayabileceği gibi, bir grup işçiyi, hatta tek bir işçiyi kapsayacak şekilde çalışma sürelerini denkleştirmesi mümkündür⁴⁰. Böyle bir uygulamanın her bir işçi veya işçi grubu için yeknesak bir şekilde olması zorunlu değildir. Her biri bakımından farklı denkleştirme süreleri ve şekilleri belirlenebilir⁴¹.

³⁸ Aynı görüşte bkz. **ASTARLI**, s.303; **ÇİL**, s.59-60.

³⁹ **ASTARLI**, s.293.

⁴⁰ **SOYER** Polat, “İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzenlemeler” (Çalışma Süresinde Esneklik), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı:2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s.188; **aynı yazar**, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, s.25; **SÜZEK**, s.730; **CELİK**, s.321; **EKONOMİ**, s.166; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.865; **CANIKLIOĞLU**, s.7; **EYRENCİ**, “Yeni Düzenlemeler”, s.42; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.212; **AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENEN**, s.238; **GÜNAY**, s.92.

⁴¹ **ASTARLI**, s.292-293.

Çalışma sürelerine ilişkin esaslar tam süreli çalışan işçinin yanı sıra birden fazla işverene bağlı olarak kısmi süreli çalışan işçi bakımından da geçerlidir. İşverenlerden biri tarafından denkleştirme uygulamasına tabi tutulan işçinin çalışma süresi; her ne şekilde olursa olsun, diğer işlerdeki çalışma süreleri ile birlikte değerlendirildiğinde yasal günlük ve haftalık azami süreleri aşmaması gerekir. Şu halde bir işçi, günde 4 saat bir işverene, 3 saat de diğer bir işverene bağlı olarak çalışıyorsa, birinci işveren denkleştirme uygulamasına gidecekse, bu işçi günlük en fazla 4 saat daha çalıştırılabilecek ancak işçinin tüm (işverenlere bağlı olan) çalışmaları haftada 66 saati aşamayacaktır. Bununla birlikte, denkleştirme döneminin diğer günlerinde işçiye serbest zaman verilerek, ortalama haftalık çalışma süresi 45 saati aşmaması sağlanacaktır⁴².

Çalışma sürelerinin denkleştirilmesi, ücret ödeme zamanı ve ödenecek ücret tutarında herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Normal çalışma süreleri için nasıl öngörülmüşse, işçinin ücreti, her zaman olduğu gibi tam ve zamanında ödenir. Denkleştirme uygulandığı dönem içerisinde haftalık normal çalışma süresi aşılmayacağı için, yoğunlaştırılmış iş haftalarında işçilerin ücretleri, o haftaki fiili çalışma sürelerine göre değil normal çalışma sürelerine göre ödenir⁴³. Parça başına, akort veya götürü gibi yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde de Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin denkleştirmeye ilişkin hükümleri uygulanır (Yönt.md.5/3).

B) Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesinin Koşulları

1. İşçinin Belirli Bir Dönem Yoğun Çalıştırılması(nı Gerektiren Bir İşin Olması)

İş Kanununda öngörülen denkleştirme esası işvereni işletmenin ihtiyaçlarına uygun olarak belirlenen çalışma süreleri rejimine göre işçileri çalıştırabilme ve bu kapsamda da yoğunlaştırılmış iş haftası uygulama imkânı sağlamaktadır. Her ne kadar yoğunlaştırılmış iş haftası

⁴² **ASTARLI**, s.127, 293-294; ayrıca bkz.,**NARMANLIOĞLU**, s.469-470, 481-482; **ARICI**, s.113 vd.

⁴³ **ULUCAN**, s.6; **EYRENCİ**, “Yeni Düzenlemeler”, s.43; **CANIKLIOĞLU**, s.10; **ASTARLI**, s.294; **UŞAN M. Fatih**, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İş Hukuku C.I, Ankara 2006, s.142; **KARACAN**, s.45-46.

kavramı Kanunda yer almasa da Çalışma Süreleri Yönt.md.5’de denkleştirme esasına göre çalışmada yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından sonraki dönemde işçi daha az sürelerle çalıştırılmak suretiyle, toplam çalışma süresi, çalışması gereken toplam normal süreyi geçmeyecek şekilde denkleştirileceği ifade edilmiştir⁴⁴. Denkleştirme esası, ancak yoğunlaştırılmış iş haftası uygulandığında söz konusu olur⁴⁵.

Çalışma sürelerine getirilen yasal sınırlamalar karşısında yoğunlaştırılmış çalışmalar ancak bu sınırlar dâhilinde gerçekleştirilebilir. Bu durumda haftalık çalışma süresi iş günlerine ister eşit, ister ise farklı bölünmüş olsun, Kanun haftalık 45 saat, günlük de en fazla 11 saat öngördüğü için, işçi haftada ancak 5 işgünü çalıştırılabilir⁴⁶. Tabii, 45 saatten az olarak kararlaştırılan haftalık çalışma sürelerinin, haftada 5 günden daha az iş günlerine toplanarak yoğunlaştırılması da mümkündür⁴⁷.

Yoğunlaştırılmış çalışmanın denkleştirme süresinin hangi döneminde yapılması gerektiğine ilişkin Kanunda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. İşçinin yoğunlaştırılmış çalışma haftasının öncesinde veya sonrasında daha az çalıştırılması veya hiç çalıştırılmayarak serbest zaman kullanılması her zaman mümkündür⁴⁸. Ancak Çalışma Süreleri Yönetmeliği’nde, denkleştirme uygulamasında yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından *sonraki dönemde* işçinin daha az sürelerle çalıştırılması öngörülmektedir (md.5). Buna karşın, denkleştirme döneminin başında işçiye serbest zaman tanınması ve daha sonra yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanması da mümkündür. Bazı günler normal günlük çalışma süresinin üzerinde, bazı günlerde altında çalışma yapılarak değişik bir çalışma düzeni oluşturulabilir⁴⁹.

⁴⁴ **ASTARLI**, s.292.

⁴⁵ **ÇELİK**, s.321; **ASTARLI**, s.125.

⁴⁶ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.870.

⁴⁷ **ASTARLI**, s.292.

⁴⁸ **SÜZEK**, s.729;**SOYER**, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, s.27;**ASTARLI**, s.312.

⁴⁹ **ALPAGUT**, s.21-22; **SÜZEK**, s.729;**GÜNAY**, s.85.

Daha önce ifade edildiği üzere, çalışma sürelerinin denkleştirilmesi iş sözleşmesinde işin düzenlenmesi bakımından değerlendirilen esnek bir uygulamadır. Taraflar dilerse bir biri ardına denkleştirme uygulayabilir. Fakat sözleşme ilişkisi boyunca aralıksız olarak çalışma sürelerinin denkleştirilmek suretiyle işin düzenlenmesi, bu tür esnek çalışmanın amacını aşan bir uygulama haline getirir. Böyle bir kabul halinde sanki “denkleştirme süreli iş sözleşmesi” adı altında atipik bir sözleşme benimsenmiş olur. Oysakidenkleştirme esasına göre çalışma, geçici bir dönem içindir. Taraflara çalışma süreleri bakımından esneklik sağlamakla birlikte, işçinin sürekli olarak bu şekilde çalıştırılması düşünülemez. Her ne kadar yasal olarak aksi kararlaştırılabileceği öngörülmüş ise de, bu hüküm işçi aleyhine değerlendirilemez. Denkleştirmenin genel bir uygulama haline gelmesi, işletmenin menfaatine olabilir, ancak işçiyi koruma ilkesinin göz ardı edilmesi düşünülemez. Kısacası, çalışma koşullarında geçici bir dönem için yapılan değişikliğin genelleştirilerek sürekli bir uygulama haline getirilmesi, esnek çalışmanın temel amacına aykırıdır.

2. Tarafların Bu Konuda Anlaşmış Olması

Haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine nasıl dağıtılacağı konusunda taraflar herhangi bir anlaşma yapmamış olabilir. Bu durumda işçinin çalışmaya başlaması ile o işyerindeki mevcut çalışma düzenini kabul ettiği sonucuna varmak gerçeği yansıtmayabilir. Doğrusu İş K.md.63’de “aksi kararlaştırılmamışsa bu süre işyerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde uygulanır” ifadesi dolayısıyla, tarafların günlük çalışma süresi ve düzeni üzerinde anlaşmadıkları takdirde, sözleşmenin yasal esaslar çerçevesinde kurulduğu kabul edilmelidir⁵⁰. O nedendendir ki, işyerinde yerleşik uygulama bu şekilde olduğu gerekçesiyle işveren, yönetim hakkına dayanarak tek taraflı olarak çoğunlaştırılmış iş haftasını uygulayamaz, tarafların bu konuda anlaşmış olması şarttır⁵¹. Nitekim, Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde,

⁵⁰ CANIKLIOĞLU, s.9; KARACAN, s.38-39.

⁵¹ EYRENCİ, “Yeni Düzenlemeler”, s.41; SÜZEK, s.728, CANIKLIOĞLU, s.9; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.211; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.864; GÜNAY, s.92-94; ASTARLI, s.299; SONGU, s.180; KARACAN, s.40-41; KÖSEOĞLU/KABÜL, s.987.

tarafının yazılı anlaşması ile denkleştirme uygulanabileceği öngörülmektedir (md.5/1). Bu konu,iş sözleşmesinin başında kararlaştırılabileceği gibi, sözleşmeye konulacak bir hüküm veya sözleşmenin eki niteliğinde olan iç yönetmelik veya personel yönetmeliği ile de işverene bu konuda yetki verilebilir⁵². Çalışma sürelerinin işveren tarafından denkleştirilebilme yetkisinin kaynağı işyeri uygulaması da olabileceği ileri sürülmektedir⁵³.

Bununla birlikte, denkleştirme uygulaması ile yoğunlaştırılmış iş haftasına gidilebileceği konusunda işverene toplu iş sözleşmesiyle de yetki verilebilir. Öğretide bir görüşe göre, toplu iş sözleşmesinin normatif nitelikteki bu hükmü işyerinin çalışma düzenine ilişkin olduğundan, Sen.K.md.31/3 ve 4 hükümleri uyarınca o işyerinde çalışan ancak toplu iş sözleşmesi ile bağlı olmayan işçiler de işverenin toplu iş sözleşmesi hükmüne dayanarak yoğunlaştırılmış iş haftası uygulaması yönündeki talimatına uymakla yükümlüdür⁵⁴. Kanaatimizce bu görüş İş K.md.63/2 hükmü ile bağdaşmamaktadır. Zira madde hükmüne göre denkleştirme uygulanabilmesi tarafların anlaşması şartına bağlıdır. İşverenin çalışma süresinde denkleştirme yapabilmesine ilişkin işçi onayı toplu iş sözleşmesiyle alınmış olsa da bu onay sadece toplu iş sözleşmesinden yararlananlar bakımından geçerlidir, kapsam dışındaki işçilerin bu konudaki serbest iradelerine karışamaz. Kaldı ki, işçi sendikaya üye olmadığı ve toplu iş sözleşmesinden yararlanmadığı halde, yoğunlaştırılmış iş haftasındaki çalışmaları dolayısıyla fazla çalışmadan doğan haklarını talep edemeyecektir. O nedenle, işyerinde çalışan tüm işçiler için denkleştirme uygulaması söz konusu ise, işverenin sendikasız işçinin onayını alması veya yoğunlaştırılmış iş haftasındaki çalışmalarından dolayı işçiye fazla çalışma ücreti ya da isterse arttırılmış sürelerle serbest zaman vermesi gerekir⁵⁵.

⁵² ÇELİK, s.322; ALPAGUT, s.19.

⁵³ ASTARLI, s.300.

⁵⁴ ÇELİK, s.322; SÜZEK, s.728;EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.211;EYRENCİ, “Yeni Düzenlemeler, s.41; AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENEN, s.238; CANIKLIOĞLU, s.9;ALPAGUT, s.19-20.

⁵⁵ ALPAGUT, s.20; ASTARLI, s.300-301; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.864.

İş sözleşmesi yapıldıktan sonra da denkleştirme uygulamasına karar verilebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'na göre, taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir (md.22/2). Yalnız, işverenin tek taraflı bir değişiklik yaparak, normal çalışma düzeninden denkleştirme uygulamasına geçmesi, iş koşullarında esaslı bir değişiklik olarak değerlendirilir⁵⁶. Kanuna göre işveren, "İş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve *işçi tarafından 6 işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen* değişiklikler işçiyi bağlamaz(md.22/1).İşçinin denkleştirme uygulamasına açık bir şekilde itiraz etmemesi de örtülü bir kabul olarak değerlendirilemez⁵⁷. İşçinin böyle bir uygulamaya yazılı onay vermesi gerekir.

Şu halde, işveren, yoğunlaştırılmış iş haftasını; yönetim hakkına dayanarak, tek taraflı olarak uygulayamaz, tarafların bu konuda anlaşmış (işçinin onayının alınmış) olması şarttır⁵⁸. İşçi böyle bir esnek çalışmayı kabul etmek zorunda değildir⁵⁹. O nedenle, yoğunlaştırılmış iş haftasında çalışmamak sadakat borcuna aykırılık oluşturmaz. İşveren, denkleştirme uygulamasını kabul etmeyen işçinin sözleşmesini haklı nedenle değil, ancak geçerli nedenle feshedebilir.

⁵⁶ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.865; **ENGİN** Murat, "Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler" (Karar İncelemesi), Sicil İHD., S.5, Mart 2007, s.73; **ŞEN** Murat, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005, s.230; **ALP** Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s.198; **SONGU**, s.184; **ASTARLI**, s.301.

⁵⁷ Farklı görüş için bkz. **GÜNAY**, s.93-94. Yazara göre, bu konuda yapılan değişikliği kabul ettiğini İş K.md.22'ye uygun olarak bildirmeyen ancak yoğunlaştırılmış iş haftasından sonra daha az çalışan işçi yazılı onay vermese de dinlenmeden yararlanması halinde örtülü olarak denkleştirmeye rıza göstermiş sayılmalıdır, aksinin kabulü MK.md.2'deki objektif iyi niyet kurallarına aykırıdır. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **ASTARLI**, s.302.

⁵⁸ **SÜZEK**, s.728; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.211; **ASTARLI**, s.299; **ENGİN**, s.72.

⁵⁹ **ULUCAN**, s.6.

İşverenin tek taraflı olarak çalışma sürelerini denkleştirme girişimi iş koşullarında esaslı bir değişiklik oluşturduğundan, işverenin denkleştirme uygulama isteğini 6 iş günü içinde yazılı olarak kabul etmemiş olan işçi, işverenin fesih tehdidi altında çalışmaya zorlanabilir. Yazılı rızası bulunmadığı halde, yoğunlaştırılmış iş haftasında işçi çalıştırılıp daha sonra serbest zaman kullanılmak suretiyle çalışma süreleri denkleştirilse dahi, Kanuna aykırı böyle bir uygulamanın geçersiz olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle, işveren fazla çalıştırdığı sürelerin karşılığı işçiye zamlı ücret ödemelidir. İşveren daha sonra işçiye kullandığı serbest zamanları dolayısıyla normal ücretinde kesinti yapması veya telafi çalışması yaptırması kabul edilemez⁶⁰.

Yalnız, normal çalışma düzeninden denkleştirme uygulamasına geçilmesi halinde, işçinin onayının nasıl alınacağı konusunda yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. İşçi sonradan yazılı onay verirse, yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanması mümkündür. Öğretide bir görüşe göre, yazılılık şartı sözleşme özgürlüğünü kısıtladığı için Kanunda yer almayan bir sınırlamanın Yönetmelikle öngörülmesi doğru değildir. Alınacak onayın açık olması şart olmayıp, zımni (örtülü) onayın da geçerli olduğu kabul edilmelidir⁶¹. Örtülü denkleştirme konusunda 4857 sayılı Kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte Yargıtay bu konuda içtihat geliştirmiştir⁶².

Kanaatimizce denkleştirmenin örtülü kararlaştırılabileceğinin kabulü yerinde değildir⁶³. Zira Kanuna uygun bir denkleştirmeden söz edilebilmesi için, birincisi tarafların bu konuda anlaşması (işçinin onayı), ikincisi yasal sınırlamalara uygun şekilde denkleştirme esasına göre bir çalışmanın olması gerekir⁶⁴. Denkleştirme esasına göre çalışmada işçi

⁶⁰ **ASTARLI**, s.303.

⁶¹ **CANIKLIOĞLU**, s.9; **ENGİN**, s.73; aynı görüşte **GÜNAY**, s.85, 93.

⁶² Bkz., Yarg.9.HD., 16.06.2005, E.2004/31721, K.2005/26173, **KIZILOĞLU** Hakkı, “ Örtülü Denkleştirme Süresine Yönelik Karar İncelemesi, Sicil İHD., S.1, Mart 2006, s.84 vd.; Yarg.HGK., 14.06.2006, E.2006/9-374, K.2006/382, **ENGİN**, s.69 vd.

⁶³ Aynı görüşte, **YENİSEY**, “Yargıtayın 2006 Yılı Kararları”, s.72.

⁶⁴ “Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararındaki, anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmadığından, 4857 sayılı İş Kanunu

fazla çalışma ücreti (İş K.md.41/2) veya bunun yerine serbest zaman tercih hakkından (İş K.md.41/7) vazgeçmiş olacağından böyle bir uygulamada yazılı onayının alınması gerekir görüşüdeyiz⁶⁵. Kaldı ki, yasal olarak işçinin onayıyla ya da tarafların anlaşması ile böyle bir düzenlemenin yapılabileceği öngörüldüğüne göre, yasanın uygulanmasını sağlamak için çıkarılan Yönetmeliğin 5. maddesindeki “tarafların yazılı anlaşması ile denkleştirir” ifadesi, zımni (örtülü) onayın geçerli olamayacağı kanaati vermektedir⁶⁶. Her ne kadar, işçinin yazılı onayının uygulama bakımından geçerlilik şartı olup olmadığı konusu öğretide ve uygulamada tartışmalı da olsa, bu konuda taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde; Yönetmelik gereği, işveren bunu yazılı olarak ispat etmek durumundadır⁶⁷.

3. Denkleştirme Yapılacak Çalışma Dönemi ve Sürelerinin Sınırlı Olması

a) Genel Olarak

İş mevzuatında çalışma sürelerine ilişkin getirilen sınırlamalar işçiyi korumak amacını taşımaktadır. İşyeri bakımından çalışma sürelerine ilişkin herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Çalışma düzenine göre, işçiler postalar halinde çalıştırılarak günün 24 saati işyerindeki faaliyet aralıksız devam edebilir⁶⁸. Ancak bazen insan kaynaklarının işin düzenlenmesinde yeterli gelmediği zamanlar da olabilmektedir. Bu nedenle uygulamada çoğu zaman yoğun iş haftalarında işgücü ihtiyacı mevcut çalışanların çalışma süreleri arttırılarak karşılanmaya çalışılmaktadır.

dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirmenin söz konusu olduğu yönündeki gerekçe, bu kriter tek başına denkleştirme esasına göre çalışmanın söz konusu olması için yeterli olmadığından yerinde değildir” (SONGU, s.181).

⁶⁵ Aynı görüşte, SONGU, s.182.

⁶⁶ Bkz., SONGU, s.182-183 ve dn.17.

⁶⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.211; CANIKLIOĞLU, s.9; KARACAN, s.41.

⁶⁸ SÜZEK, s.726; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.861; SÜMER, s.299; UŞAN, s.141.

Uzun çalışma süreleri ve yoğun çalışma temposu, şüphesiz işçiyi bedensel ve zihinsel açıdan yoran bir durumdur. O nedenle, çalışma sürelerinin denkleştirilmesi gibi esnek çalışma düzeni düşünülürken, yapılan yoğun çalışma karşısında işçi sağlığı ve iş güvenliği de dikkate alınmak zorundadır. Çalışma sürelerindeki esnek uygulama ancak ihtiyaç sınırlarını aşmamak ve aynı zamanda işçiyi koruma ilkesini ihlal etmemek koşuluyla kabul edilebilir⁶⁹. Nitekim bu hassas denge gözetilerek, İş K.md.63’de denkleştirme dönemi ve süreleri konusunda önemli bazı sınırlamalar öngörülmüştür.

b) Denkleştirme Yapılacak Çalışma Dönem ve Süreleri

aa) Genel Olarak

Gerek Yabancı hukukta, gerekse Türk hukukunda denkleştirme süresi, azami sürelerle sınırlandırılmıştır. Çalışma sürelerinin düzenlenmesine ilişkin Avrupa Birliği’nin 2003/88 sayılı Yönergesine⁷⁰ göre, fazla çalışma da dâhil olmak üzere haftalık ortalama çalışma süresi en fazla 48 saattir (md.6/b) ve haftalık azami çalışma süresi uygulamasında 4 ayı geçmeyen bir denkleştirme süresi belirlenebilir (md.16/b). Ayrıca, işçi, 24 saatlik bir dönemde 11 saat asgari sürekli dinlenme süresine sahiptir (md.3). Ancak, Yönergede görülen işin özelliği ya da sosyal taraflar arasında yapılan sözleşmelerle denkleştirme süresi 6 aya kadar uzatılabilir. Alman Hukukunda günlük çalışma süresi en fazla 8 saat olup, belirli koşullarda 10 saate çıkarılabilir. Buna göre 6 takvim ayı içinde veya 24 haftada bazı günler 10 saatlik günlük çalışma süresi uygulanabilir, ancak bu durumda ortalama olarak günlük 8 saatlik çalışma süresi aşılmaması gerekir (ArbZG § 3). Toplu iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesiyle öngörülmesi koşuluyla işletme sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinde en fazla 12 ay olmak üzere farklı bir denkleştirme süresi kararlaştırılabilir (ArbZG § 7)⁷¹.

⁶⁹ **SOYER**, “Çalışma Süresinde Esneklik”, s.198; **ARICI**, s.11; **ASTARLI**, s.294-295.

⁷⁰ 4 Kasım 2003 Tarih ve 2003/88/EC Sayılı AP ve Konsey Direktifi, bkz. <http://ab.calisma.gov.tr/direktif/2003-88tr.doc>

⁷¹ **ALPAGUT**, s.21; **CANIKLIOĞLU**, s.9; **ASTARLI**, s.296; **GÜNAY**, s.82-83.

Türk İş Hukukunda ise çalışma sürelerinin denkleştirilmesine ilişkin İş K.md.63 ve Çalışma Süreleri Yönt.md.5’de yer alan düzenlemede işçinin günlük çalışma süresi ile işyerinde denkleştirme yapılacak süreler de, azami sürelerle sınırlandırılmıştır. Avrupa Birliğinin 2003/88 sayılı Yönergesine uygun olarak, 24 saat içinde kesintisiz 12 saatlik bir dinlenme imkanı sağlamak koşuluyla, ara dinlenmeleri dışında günlük çalışma süresi her bir işçi için en fazla 11 saat olarak kararlaştırılabilir. Şu halde, işçinin haftalık normal çalışma süresi; işyerinde haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılması durumunda, günde 11 saatten fazla olamaz. Bu süre mutlak azami süre olduğundan, 11 saatin üzerine ayrıca fazla çalışma yaptırılamaz. Çalışma mevzuatına aykırı olarak, işçinin denkleştirme dönemi içinde günlük 11 saatin üzerinde çalıştırılması halinde, 11 saati aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulamaz (İş K.md.63/2, Yönt.md.4/3)⁷². Denkleştirme süresi 2 ay ile sınırlı olup, bu süre ancak toplu iş sözleşmeleri ile 4 aya kadar arttırılabilir⁷³. Şu halde, taraflar iş sözleşmesiyle 2 aydan daha az denkleştirme süresi öngörebilir⁷⁴. Kanunda belirlenen süreler azami sürelerdir. Taraflar toplu iş sözleşmesi ile arttırsalar da, 4 aydan fazla kararlaştırılmaz, kararlaştırılmış olsa bile, bu durumda denkleştirme süresinin 4 ay için kararlaştırıldığı kabul edilir. Kısacası, yasal sürelerin üzerinde denkleştirme döneminin kararlaştırılması mümkün olmamakla birlikte, bu sürelerin altında denkleştirme süresinin belirlenmesine de herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır⁷⁵.

⁷² EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.211-212; SOYER “Fazla Saatlerle Çalışma”, s.799; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.866; KARACAN, s.36, 42-43; ASTARLI, s.305-306.

⁷³ 2 ve 4 aylık denkleştirme döneminin başka takvim yılına sarkmasının bir önemi yoktur. Örneğin, Kasım-Şubat ayları arasında uygulanmak üzere denkleştirme süresi belirlenebilir. Önemli olan bu ayların bir birini takip etmesidir (MOLLAMAHMUTOĞLU, s.866; SOYER, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, s.25; ASTARLI, s.297; KARACAN, s.43).

⁷⁴ Taraflar iş sözleşmesi yanı sıra sözleşme eki niteliğindeki akdi kaynaklarla da 2 aylık denkleştirme süresi öngörebilir (ASTARLI, s.296).

⁷⁵ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.211-212; SOYER, “Çalışma Süresinde Esneklik”, s.187; aynı yazar, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”,

Denkleştirme uygulamasının çalışma süreleri konusunda doğurabileceği belirsizliği ortadan kaldırmak için, bu sürelerin başlangıç ve bitişinin belirlenmesi gerekir. Taraflar denkleştirme süresinin uzunluğunu belirlememişler ise, bunu belirleme yetkisi işverene aittir⁷⁶. Nitekim Çalışma Süreleri Yönetmeliği'ne göre, denkleştirme dönemi içinde günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının başlangıç ve bitiş tarihleri işverence belirlenir (md.5/son)⁷⁷. Eğer işveren denkleştirme uygulanacak dönemin uzunluğunu belirlememiş ise 2 aylık yasal azami süre esas alınır. Ancak taraflar denkleştirmenin uygulanacağı dönem ve süreyi belirlemiş iseler, bu durumda artık işverenin yukarıdaki yetkiyi kullanabilmesi mümkün değildir⁷⁸.

Denkleştirme süresi içinde fazla ve az çalışılan haftaların öncelik sırası önemli değildir⁷⁹. İşveren denkleştirme dönemi içerisinde çalışılacak süreyi bir plan dâhilinde, işletmenin ihtiyaçlarına uygun olarak belirler. İşyerinin özelliklerine göre önce boş zaman verilmesi ve ardından da yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanması veya tersi bir uygulama da mümkündür⁸⁰. Çalışma sürelerinin denkleştirilmesi konusunda işçinin onayını alan işveren işyerindeki çalışma düzenini istediği şekilde belirlemeyebilme, yapılan işlerin niteliğine göre, işin başlama ve bitiş saatleri her işçi için farklı şekilde düzenleyebilme yetkisine sahiptir (Çalışma Süreleri Yönt.md.8/2)⁸¹. Bu yetkisini

s.25; **SÜZEK**, s.728;**EYRENCİ**, “Yeni Düzenlemeler”, s.42;**CANIKLIOĞLU**, s.7; **GÜNAY**, s.88-89;**AKYİĞİT**, s.276; **ASTARLI**, s.295-296; **KARACAN**, s.43.

⁷⁶ **KÖSEOĞLU/KABÜL**, s.976; **ASTARLI**'ya göre, çalışma süreleri işçi tarafından da denkleştirilebilir (bkz. **ASTARLI**, s.310-312).

⁷⁷ Belirlenen başlangıç ve bitiş sürelerinin işyerinde ilan edilmesine ilişkin bir hükmün de Yönetmelikte yer alması yararlı olurdu (**CANIKLIOĞLU**, s.7); Bu yetkinin tarafların anlaşması suretiyle işçiye devredilebileceği görüşü için bkz. **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.866;**ASTARLI**, s.289.

⁷⁸ **ASTARLI**, s.296-297.

⁷⁹ **SÜZEK**, s.729; **ALPAGUT**, s.21-22.

⁸⁰ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.867; **ASTARLI**, s.312-313.

⁸¹ **SÜZEK**, s.729; **CANIKLIOĞLU**, s.8.

kullanırken, günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatlerini işçilere uygun araçlarla duyurmalıdır (Çalışma Süreleri Yönt.md.8/1).

Denkleştirme dönemi bölünemez, 2 ve 4 aylıkyasal süre içinde aralıksız olarak uygulanmalıdır⁸². Yoğunlaştırılmış iş haftaları parça parça uygulanmak suretiyle, azami süreler içinde denkleştirme yapılmaması hakkın kötüye kullanılmasına yol açacağı gibi, hükmün amacına da aykırı olacaktır.

Denkleştirme uygulamasının yılda kaç kez yapılacağı konusunda yasal bir sınırlama bulunmamaktadır. İşveren, işçilerin onaylarını almak ve Kanunda yer alan süre sınırlamalarına uymak koşuluyla, yılda dilediği kadar denkleştirme dönemi uygulayabilir.Öyle ki, denkleştirme uygulanan bir işyerinde işveren dönem bitiminin hemen ardından, işçilerle anlaşarak yeni bir denkleştirme dönemi uygulayabilir⁸³. Hattaiki denkleştirme dönemi birbirini takip eder şekilde ardı arda uygulayarak daha uzun bir yoğun çalışma dönemi oluşturması pratik olarak mümkündür. İşveren bir denkleştirme döneminde işçiye ilk başta serbest zaman tanıyarak yoğunlaştırılmış çalışmayı denkleştirme dönemi sonunda yaptırması ve hemen ardından ikinci bir denkleştirme uygulamasına giderek bu sefer ilk önce yoğunlaştırılmış çalışmayı uygulayıp daha sonra işçiye serbest zaman tanıyabilir. Bu şekilde iki denkleştirme dönemini birleştirerek uzun bir yoğunlaştırılmış çalışma dönemi oluşturabilir⁸⁴. Fakat böyle bir uygulamanın Kanunu dolanma anlamına geleceği kanaatindeyiz⁸⁵. Çünkü kanun koyucu çalışma sürelerinin denkleştirilmesini azami 2 aylık (TİS ile 4 aylık) birdönemi ve günlük 11 saati aşmamak kaydıyla sınırlandırmıştır. Denkleştirme imkânının azami bir süre ile sınırlandırılmasındaki temel amaç, yoğun çalışma döneminin belirli bir uzunluğuaşmaması ve işçi sağlığı ve iş güvenliğini tehlikeye düşürmemesidir⁸⁶.

⁸² **SOYER**, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, s.25;**ASTARLI**, s.297.

⁸³ **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.866; **CANİKLİOĞLU**, s.8; **KARACAN**, s.45.

⁸⁴ **ASTARLI**, s.313-314.

⁸⁵ Aksi görüşte,**ALPAGUT**, s.22.

⁸⁶ **ASTARLI**, s.315-316.

İşçinin raporlu veya izinli olduğu askı süreleri, denkleştirme yapılsürelelere dâhil edilmemelidir⁸⁷. Yoğunlaştırılmış iş haftası işletmenin işgücüne ihtiyaç duyduğu bir dönem olduğu için, bunun için telafi çalışması yaptırılmasının bir anlamı kalmayabilir. O nedenle, her somut olayı kendi içinde değerlendirmek gerekir. Fakat yine de belirtmek gerekir ki, denkleştirme süresinin işçinin raporlu veya izinli olduğu çalışılmayan süreler kadar uzatılması hukuka uygundur. Binaenaleyh, yoğunlaştırılmış iş haftasında işçinin raporlu veya izinli olduğu günlerin çalışılmış gibi değerlendirilmesi, işverenin işçiye fazla ücret ödemek zorunda bırakacağı ve kalan dönemde daha az çalıştırılması veya kendisine serbest zaman tanınmasını gerektireceği için hakkaniyete uygun değildir⁸⁸.

Yukarıda açıklandığı üzere, haftalık çalışma süresi, iş günlerine ister eşit, ister ise farklı olarak dağıtılmış olsun, haftalık işgünü 5 işgününden az olamaz. Bu durumda, haftanın belirli günlerinde yoğun çalışılması yasal olarak mümkün değildir. Ancak 45 saatten az belirlenmiş ise haftalık çalışma sürelerinin haftada 4 veya daha az işgününe toplanarak yoğunlaştırılabilecektir⁸⁹.

Gece çalışmalarında denkleştirme yapılması mümkün değildir. Çünkü işçilerin gece çalışmaları günlük 7,5 saati geçemez (İş K.md.63/2). Bir işyerinde günde 7,5 saat, haftada 6 gün sadece gece çalışan bir işçinin toplam haftalık çalışma süresi zaten 45 saattir. Bu durumda, işçinin günlük çalışma süresini yasal olarak arttırılması mümkün olmadığından, yoğunlaştırılmış bir çalışmanın yapılarak bunun denkleştirilmesi de mümkün değildir⁹⁰. Ancak işçinin gece çalışma süresi 7,5 saatin altında kararlaştırılmış ise haftalık çalışma süresi 45 saati geçmemek kaydıyla denkleştirme yapılabilir⁹¹.

⁸⁷ **EKONOMİ**, s.167; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.213; **SOYER**, “Esneklik Sağlayan Düzenlemeler”, s.187; **aynı yazar**, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, s.25; **CANIKLIOĞLU**, s.7; **ÇİL**, s.60.

⁸⁸ **ASTARLI**, s.297-299.

⁸⁹ **ASTARLI**, s.292.

⁹⁰ AB ve Alman Hukukunda bunun mümkün olduğu belirtilmektedir bkz. **ASTARLI**, s.290-291.

⁹¹ **ASTARLI**, s.291.

Öte yandan gece ve gündüz işletilen ve nöbetleşe işçi postaları kullanılan işlerde, çalışma sürelerinin (kısmen) denkleştirilmesi mümkündür. Gece postasında çalıştığı haftada işçiye yoğunlaştırılmış şekilde çalışma yaptırmak mümkün olamasa da, gündüz postasında çalıştığı haftalarda günde 11 saate kadar çalışma yaptırılabilir⁹².

bb) Denkleştirme Usulü

Yasal haftalık çalışma süresi 45 saat olup, çalışma süreleri denkleştirilen bir işçi, 2 aylık (TİS ile 4 aylık) dönem içerisinde, günlük en fazla 11 saate kadar çalıştırılabilir. Yalnız, işçilere tatil gününden önce İş K.md.63'e göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile 7 günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) izni verilmesi gerekir (İş K.md.46). Bu durumda işçi yoğunlaştırılmış iş haftasında, haftalık en fazla 66 saat (6 gün x 11 saat) çalıştırılabilir. İşçi 2 aylık (8 haftalık) dönem içerisinde de en fazla 360 saat (8 hafta x 45 saat) ve hafta tatili dışında her gün 11 saat çalıştırılması durumunda, ardı ardına denkleştirme döneminde en fazla 32,5 gün (360 saat-dönem/11 saat-gün) çalıştırılabilir. Şu halde, 8 haftalık denkleştirme süresi içerisindeki ortalama haftalık çalışma süresinin, normal haftalık çalışma süresini aşmaması için çalışma süreleri denkleştirilerek işçiye 15,5 gün (8 hafta x 6 gün = 48 gün - 32,5 gün =) serbest zaman tanınması gerekir⁹³.

⁹² **ASTARLI**, s.292.

⁹³ **SOYER**, "4857 Sayılı Yeni İş Kanunu", s.25-26;**ULUCAN**, s.6; **EYRENCİ**, "Yeni Düzenlemeler", s.42-43; **SÜZEK**, s.729;**ALPAGUT**, s.20; **ASTARLI**, s.307. Çalışma sürelerinin düzenlenmesine ilişkin Avrupa Birliği'nin 2003/88 sayılı Direktifi'ne göre, işçinin 24 saatlik bir dönemde 11 saat asgari sürekli dinlenme süresi bulunmaktadır (md.3). Dolayısıyla, işçi günlük azami 13 saat çalışabilir. Fakat, fazla çalışma da dâhil olmak üzere haftalık ortalama çalışma süresi en fazla 48 saattir (md.6/b) ve haftalık azami çalışma süresi uygulamasında 4 ayı geçmeyen bir denkleştirme süresi belirlenebilir (md.16/b). Alman Hukukunda ise, çalışma süresinin günlük en fazla 8 saattir (Çalışma Süreleri Yasası md.3). Bu süre, 6 takvim aylık veya 24 haftalık bir dönem içerisindeki günlük çalışma süresi ortalamasının 8 saati aşmamak kaydıyla 10 saate kadar arttırılabilir (**ASTARLI**, s.308-309).

Bir buçuk aylık denkleştirme dönemi (45 saat x 6 hafta= 270 saat) uygulanan, haftanın 6 günü çalışılan bir işyerinde, ilk bir ay, günde 10 saat (10 saat x 6 gün x 4 hafta = 240 saat), 5. hafta 30 saat çalışıldığında işveren işçiye 5. ve 6. haftalarda serbest zaman tanınmalıdır. İşçinin yoğunlaştırılmış iş haftasındaki çalışmaları denkleştirme uygulandığında ortalama olarak (240 saat + 30 saat / 6 hafta) 45 saati aşmamaktadır. Geri kalan süre içinde, işçi serbest zamanda çalış(tırıl)ması halinde, çalışma süresi haftalık 45 saati aşacağı için fazla çalışma ücretine hak kazanmış olur. İşçi yoğunlaştırılmış iş haftasında günlük 11 saatin üzerinde çalıştırılması halinde, 11 saati aşan çalışmalar denkleştirme hesabına dahil edilmez. Bu şekilde yasaya aykırı olarak yapılan fazla çalışma karşılığında, işçi yine de fazla çalışma ücretine hak kazanır. İşveren işçiye her hafta 45 saati aşan çalışmaları karşılığında %50 zamlı ücret ödemeli veya işçi talep ederse, her 1 saatlik fazla çalışma için 1 saat 30 dakika serbest zaman vermelidir.

Haftanın 6 günü 42 saat çalışılan bir işyerinde 2 aylık (8 hafta x 45 saat = 360 saat) bir denkleştirme uygulamasında, ilk 4 hafta için her gün 11 saat, geri kalan 4 hafta için her gün 4 saat çalışma süresi belirlenmesi ihtimalinde, ilk 4 hafta 264 saat (11 saat x 6 gün x 4 hafta), diğer 4 hafta 96 saat (4 saat x 6 gün x 4 hafta) olmak üzere toplam 360 saat çalışılarak haftalık ortalama çalışma süresi 45 saat olduğu için fazla çalışma ücreti değil, ancak fazla sürelerle çalışma ücreti ödenmesi gerekir. İşveren işçiye her hafta 3 saatlik (45 saat- 42 saat) çalışması karşılığında %25 zamlı ücret ödenmeli veya işçi talep ederse, her 1 saatlik fazla sürelerle çalışma için 1 saat 15 dakika serbest zaman vermelidir.

c) Çalışılmayan Tatil Günlerinde Denkleştirme Uygulaması

Yoğunlaştırılmış çalışmanın normalde çalışılmayan Cumartesi gününü de kapsamı mümkündür. Cumartesi günleri tamamen veya kısmen tatil edilen bir işyerinde yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamasına geçildiğinde, taraflar sözleşme ile kararlaştırmış veya işçi İş K.m.d.22'ye uygun olarak sonradan onay vermiş ise, işçi Cumartesi günü 11 saate kadar çalıştırılabilir. Aksi halde, haftada 5 işgünü çalışan işçiye çalışılmayan Cumartesi gününü de kapsayacak şekilde yoğunlaştırılmış çalışma yaptırılamaz. Yaptırıldığı takdirde, o günkü çalışma denkleştirme

kapsamı dışında kaldığı için, işçi fazla çalışma karşılığını talep edebilecektir⁹⁴.

Öte yandan, işçinin Cumartesi günü çalışmayacağı kararlaştırılmışsa, akdi tatil günü denkleştirme uygulamasında, işverence tanınan serbest zaman içinde değerlendirilemez. Serbest zaman, haftanın çalışan günleri içinde tanınması gerekir⁹⁵.

İş Kanunu kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile 7 günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) izni verilir (md.46).Oysa,1475 sayılı eski İş Kanunu'nun 41. maddesine göre, hafta tatilinden önceki 6 iş günü çalışmış olmak kaydıyla işçiye ücretli hafta tatili izni verilmekteydi.4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesine göre, tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği öngörüldüğünden, yoğunlaştırılmış çalışma haftasının öncesinde veya sonrasında daha az çalışılması veya hiç çalışılmayarak serbest zaman olarak kullanılması halinde de işçi ücretli hafta tatili hakkına sahiptir. Kısacası, denkleştirme döneminde de işçilere ücretli hafta tatili kullandırılması yasal bir zorunluluktur. İşçinin çalışma süreleri denkleştirilirken yasal hafta tatil günü dikkate alınmalıdır. İşçiye hafta tatili izni verilmeyerek Kanuna aykırı olarak, tatil gününde çalıştırılması durumunda, bu süre denkleştirme hesabında dikkate alınmaz, işçinin fazla çalışma karşılığı ücret talep hakkı doğar⁹⁶.

⁹⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.212; ASTARLI, s.304.

⁹⁵ ASTARLI, s.304-305.

⁹⁶ SÜZEK, s.768; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.866; GÜNAY, s.89-90; ENGİN, s.74; ASTARLI, s.306-307; SONGU, s.183. Aksi yönde verilmiş Yargıtay kararları için bkz.,Yarg.9.HD., 16.06.2005, E.2004/31721, K.2005/26173, Çalışma ve Toplum, 2005/4 (7),s.200-2002; Yarg.HGK., 14.06.2006, E.2006/9-374, K.2006/382, Çalışma ve Toplum, [2006/4 \(11\)](#), s.131-135.

d) Nitelikleri Bakımından Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen İşlerde Denkleştirme Uygulaması

Nitelikleri gereği günlük ve haftalık çalışma sürelerinin 63 üncü maddede öngörüldüğü şekilde uygulanması mümkün olmayan iş ve işyerlerinde çalışma sürelerinin günlük yasal çalışma süresini aşmayacak şekilde ve en çok 6 aya kadar denkleştirme süresi tanınmıştır (İş K.md.76/1).

Karayollarında, demiryollarında ve deniz, gölveakarsulardahareket halindeki taşıtlarda yapılan ve 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olmayantaşıma işlerinde olduğu gibi iş süresinin bir haftanın çalışma günlerine bölünmek suretiyle yürütülmesi nitelikleri bakımından mümkün olmayan işlerde Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği⁹⁷,nde öngörülen usul ve esaslar uygulanır (Yönt.md.1). Yönetmelik kapsamına giren işlerin yürütüleceği çalışma dönemi, işin niteliğine göre, en çok 6 ayı geçmemek üzere, işveren tarafından belirlenir (Yönt.md.4). Normalde denkleştirme uygulamasında, işçinin onayı aranır iken, bu gibi işlerde denkleştirme uygulaması işin niteliğinden kaynaklandığı için işçinin rızasının alınması gerekmemektedir⁹⁸.

Bir çalışma dönemindeki çalışma süresi, bu dönemde bulunan haftasayısının, haftalık çalışma süresi çarpımı sonunda bulunan miktarı aşamaz. Çalışma süresinin haftalara tam bölünemediği hallerde, çalışma süresi iş günü üzerinden ve her iş günü 7,5 saatlik iş süresi kabul olunmak suretiyle hesaplanır. Bu Yönetmelik kapsamına giren işlerde bir çalışma dönemi içindeki haftalık iş süresi 45 saatten az ya da çok olarak belirlenebilir. Ancak karşılaştırılan çalışma dönemindeki çalışma süresinin bir iş haftasına düşen ortalaması 45 saati aşamaz. Yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından sonraki dönemde işçinin daha az sürelerle çalıştırılması suretiyle, toplam çalışma süresi, çalışması gereken toplam normal süreyi geçmeyecek şekilde denkleştirilir (Yönt.md.5).

Günlük iş süresi 11 saati, gece çalışma süresi 7,5 saati, profesyonel ve ağır vasıta ehliyeti ile taşıt kullananların

⁹⁷ 06.04.2004 tarih ve 25425 sayılı RG.

⁹⁸ CANIKLIOĞLU, s.11-12; KARACAN, s.46-47.

günlük çalışması süresinde 9 saati geçemez (Yönt.md.6/a). Ayrıca Çalışma Süreleri Yönetmeliği'ningünlük çalışma sürelerine ilişkin hükümlerine de uyulması zorunludur (Yönt.md.6/b).

Çalışma süresinin haftalık iş günlerine bölünemeyen işlerde fazla çalışma, bir çalışma dönemindeki çalışma süresinin dışında yapılan çalışmadır (Yönt.md.11). Yönetmelikte yer alan fazla çalışmalarla ilgili bu düzenleme, denkleştirme uygulamasında yapılan fazla çalışmalarla ilgili diğer mevzuat hükümleri ile aynı paralelliktedir⁹⁹.

4. Çalışma Sürelerinin Azaltılması veya İşçiye Serbest Zaman Tanınması (İzin Verilmesi)

Haftalık normal çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışmaların ortalama haftalık çalışma süresini aşmaması için, yoğunlaştırılmış iş haftası ile birlikte işçiye denkleştirme dönemi içerisinde serbest zaman kullanılması gerekir. Serbest zaman uygulaması bazen işçinin kalan süre içinde daha az çalıştırılması veya hiç çalıştırmayarak kendisine izin verilmesi şeklinde gerçekleşir¹⁰⁰.

Denkleştirme esasına bağlı olarak işçiye tanınan serbest zamanı, İş K.md.41/4 hükmünde öngörülen işçinin insiyatifine bırakılan serbest zaman kullanma hakkı ile karıştırılmamalıdır. Zira bu hükümde, işçi, fazla çalışma karşılığında zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında arttırılmış serbest zaman kullanma hakkına sahiptir ve bu hakkını 6 ay içinde kullanması gerekir (İş K.md.41/5)¹⁰¹. Oysa denkleştirme esas gereğince, işçiye tanınan serbest zaman, daha önce yapmış olduğu çalışmalar ve bu çalışmalarla ilgili saatlerin karşılığıdır ve bu hak ancak denkleştirme dönemi içerisinde işçiye kullanılmalıdır¹⁰². İşçiye tanınan serbest zaman, çalışılmış sayılan değil, daha önce çalışılmış günler ve saatlerdir. Söz konusu günlerde işçi çalışıyor sayılacağından, o günlerde herhangi bir nedenle çalıştırılmaz¹⁰³. İşverenin

⁹⁹ Bkz. **KARACAN**, s.56-57.

¹⁰⁰ **ASTARLI**, s.317.

¹⁰¹ **KARACAN**, s.43-44.

¹⁰² **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.212; **EYRENCİ**, “Yeni Düzenlemeler”, s.42; **CANİKLİOĞLU**, s.8.

¹⁰³ **ULUCAN**, s.8; **ASTARLI**, s.317.

yoğunlaştırılmış çalışmalar karşılığı kullandırması gereken serbest zamanlarda da mevcut iş gücünü kullanması yasaya aykırıdır¹⁰⁴.

Denkleştirme uygulaması en fazla 2 ay (TİS ile 4 ay) için kararlaştırılabilir. Bu süre hiçbir şekilde aşılamaz. İş sözleşmesi veya TİS ile belirlenen her bir dönem ancak kendi içinde değerlendirilir. Denkleştirme dönemi içerisinde yoğunlaştırılmış iş haftasında çalışılması halinde, denkleştirmeye tabi olacak süre, işçinin normalde çalışması gereken günlerdir. Yıllık ücretli izin, ulusal bayram ve genel tatil günleri ve hatta sözleşmeden kaynaklanan mazeret izinleri, grev ve lokavtta geçen sürelerde işçinin iş görme borcu bulunmadığından, bu süreler denkleştirmeye tabi tutulamaz. Kısacası, çalışma sürelerinin denkleştirilmesi esasında işçiye kullandırılan serbest zaman ile diğer izin süreleri çakışamaz. Bu süreler önceki haftalarda yoğun çalışma karşılığı serbest zaman tanınması şeklinde değerlendirilemez. İşçinin zaten yasa ve sözleşme gereği çalışma yükümlülüğünün olmadığı günlerin denkleştirmeye tabi tutulmaması, bu bağlamda anılan süreler çıktıktan sonra kendi içerisinde denkleştirilmesi gerekir¹⁰⁵.

C) Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesinin Sonuçları

1. Genel Olarak

Çalışma sürelerinin denkleştirme uygulamasında, işçinin yoğunlaştırılmış iş haftasında veya dışında çalıştırılıp çalıştırılmayacağı, bu çalışmalarından dolayı alacağı ücretin ne kadar olacağı, denkleştirme yapılan dönem içinde iş sözleşmesinin sona ermesi halinde bu durumun nasıl değerlendirileceği konuları üzerinde durulması ve bunlara bağlanan hukuki sonuçların açıklanmasında yarar görüyoruz.

¹⁰⁴ ULUCAN, s.8; ASTARLI, s.320.

¹⁰⁵ SOYER, “4857 Sayılı Yeni İş Kanunu”, s.25-26; CANIKLIOĞLU, s.8; ALPAGUT, s.24-25; GÜNAY, s.87; KÖSEOĞLU/KABÜL, s.989; KARACAN, s.44; ASTARLI’ya göre, işçi hastalık veya kaza gibi objektif haklı bir nedenle serbest zamanını kullanamıyorsa, bu askı döneminden sonra işçi bu hakkını kullanabilmelidir. Bununla birlikte, yıl içinde işçiye verilmiş olan doğum, hastalık, mazeret izni gibi ücretli veya ücretsiz izinler, bu süreden mahsup edilmez. Kanundan ve/veya sözleşmeden doğan izin ve tatillerin de, işçiye verilmesi gereken boş zamana eklenmesi gerekir (ASTARLI, s.318).

2. İşçinin Yoğunlaştırılmış İş Haftası Dışında Daha Az Çalıştırılması veya Hiç Çalıştırılmaması

İşin yoğun olduğu dönemde denkleştirme uygulaması ile işçi günde 11 saati aşmadan haftalık 45 saatin üzerinde çalıştırılabilmektedir. İki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşmaması için yoğun çalışma döneminden sonra işçi ya daha az çalıştırılmalı veya hiç çalıştırılmadan kendisine serbest zaman tanınmalıdır.

Yoğunlaştırılmış çalışma sonunda çalışma süreleri denkleştirilmemesi, diğer bir ifadeyle işçiye yoğunlaştırılmış çalışmalar karşılığında kullandırılması gerekli serbest zamanın kullandırılmaması ve işçinin bu dönemlerde de çalıştırılması Kanuna aykırıdır¹⁰⁶. Zira işçi serbest zaman olarak kullanacağı sürelerin karşılığında zaten çalışmış olduğu ve bu sürelerde yapılacak çalışma normal haftalık çalışma süresini aşacağı için fazla çalışma olarak değerlendirilerek kendisine fazla çalışma ücreti ödenmelidir.

İş Kanunu'nun 63. maddesine ve Yönetmelikte belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçi çalıştıran işveren veya işveren vekiline idari para cezası verilir (İş K.md.104).

3. İşçinin Denkleştirme Sürelerini Aşan Süreler İçin Fazla Çalışma Ücreti Talep Etmesi

Esnek çalışma yönteminin uygulandığı bir işyerinde fazla çalışma yasal olarak günlük 11 saati aşmamak kaydıyla haftalık 45 saatin üzerinde çalışılması halinde söz konusu olur. İşK.md.63 hükmüne göre, denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz (İş K.md.41). Çalışma mevzuatına aykırı olarak, işçinin denkleştirme dönemi içinde günlük 11 saatin üzerinde çalıştırılması halinde, 11 saati aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulamaz (İş K.md.63/2, Yönt.md.4/3). Bu süre mutlak azami süre olduğundan, 11 saatin üzerinde fazla çalışma yaptırılmaz¹⁰⁷. Bununla birlikte, denkleştirme süresinde

¹⁰⁶ ULUCAN, s.8; ASTARLI, s.320.

¹⁰⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.211-212; SOYER “Fazla Saatlerle Çalışma”, s.799; ASTARLI, s.305-306.

fazla çalışma yapılmayacağına ilişkin yasal bir sınırlama öngörülmediği için, bu çalışma döneminde işçinin fazla çalışmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁰⁸.

Yoğunlaştırılmış iş haftaları dışında kalan haftalarda işveren işçiyi daha az sürelerle çalıştırması veya işçiye serbest zaman kullanmasına izin vermesi halinde, yapılan çalışma ortalama olarak haftalık 45 saatin altında veya 45 saate eşitse, fazla çalışma olmamış demektir. Haftalık çalışma süresi sözleşme ile 45 saatin altında belirlenmişse, Kanunda belirtilen esaslar dâhilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar olan çalışmalar fazla sürelerle çalışma olarak değerlendirilir. Yapılan çalışma 45 saatin üzerinde ise, aradaki fark, denkleştirme dönemi içindeki her bir hafta için fazla çalışma sayılır¹⁰⁹.

Denkleştirme uygulamasında fazla çalışmanın olup olmadığı, diğer bir ifadeyle işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşıp aşmadığı, ancak denkleştirme dönemi sonunda belli olur¹¹⁰. Örneğin denkleştirme döneminin ilk ayında her gün 11 saat (4 hafta x 6 gün x 11 saat), diğer ayda 5 saat (4 hafta x 6 gün x 5 saat) çalışan işçi toplam 384 saat (264 saat + 120 saat), haftalık ortalama 48 saat (384 saat / 8 hafta) çalışarak toplam 24 saat (her bir hafta için 3 saat x 8 hafta) fazla çalışma ücretine hak edecektir¹¹¹.

Günlük 11 saati aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulamaz (İş K.md.63/2, Yönt.md.4/3) ise de, Kanuna aykırı olarak işçi günde 11 saatin üzerinde çalıştırılacak olursa, şüphesiz emeği karşılıksız kalmayacak, günlük kazami süreyi aşan her çalışma karşılığında kendisine fazla çalışma ücreti ödenecektir (Yönt.md.4/4-a)¹¹². Fakat hatırlatmak

¹⁰⁸ **ALPAGUT**, s.30.

¹⁰⁹ **GÜNAY**, s.85, 106-107; **KARACAN**, s.52-54.

¹¹⁰ **KARACAN**, s.40, 54.

¹¹¹ **ULUCAN**, s.8-9.

¹¹² Yarg.9.HD., 21.10.2008,E.2008/25716, K.2008/28014, Çalışma ve Toplum, [2009/2 \(21\)](#), s.243-244; Kararın değerlendirilmesi için bkz. **SOYER** Polat, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2008 Yılı

gerekir ki, 11 saatlik azami sürenin aşılması halinde işçiye fazla çalışma ücreti ödenmesinin asıl nedeni, bu sürenin aşılmış olması değil, 11 saati aşan çalışmaların yasa gereği denkleştirmeye tabi tutulamayacak olmasıdır¹¹³.

4. Denkleştirme Yapılan Dönem İçinde İş Sözleşmesinin Sona Ermesinin Sonuçları

Denkleştirme periyodik bir uygulama olup, denkleştirme dönemi tamamlanmadan önce iş sözleşmesi herhangi bir nedenle sona ermesi halinde, sözleşmenin sona erdiği tarih denkleştirmenin de sona erdiği tarih olacaktır. Bu kabul ile işçinin çalıştığı günler dikkate alınarak fazla çalışma yapıp yapmadığı belirlenecektir. İşçi yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarında normal yasal sürenin üzerinde çalışmış, ancak denkleştirme yapılmadan iş sözleşmesi sona ermişse, işçiye veya yasal mirasçılara fiilen çalışılan süreler için fazla çalışma ücreti ve/veya fazla sürelerle çalışma ücreti ödenmesi gerekir¹¹⁴. Bu şekilde yarım kalan denkleştirme uygulamasında, o zamana kadar çalışılan süreler kendi içinde denkleştirilmek suretiyle sonuca varılması hakkaniyete uygun olacaktır¹¹⁵. Bu konuda sözleşmenin nasıl veya neden sona erdiğinin bir önemi yoktur¹¹⁶.

Buna karşın, işçiye denkleştirme döneminden önce serbest zaman tanınmış, ancak iş ilişkisi sonra erdiği için yoğunlaştırılmış iş haftasında çalışmadığından çalışma sürelerinin denkleştirme imkanı ortadan kalkmış olabilir. İşçi kullandığı serbest zamanın karşılığını denkleştirme dönemi içerisinde çalışmadığından ve serbest zaman olarak

Kararları), Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Ankara 2010, s.61-62.

¹¹³ **ULUCAN**, s.9-10; **SOYER**, “Fazla Saatlerle Çalışma”, s.799; ayrıca bkz. **ENGİN**, s.74-75.

¹¹⁴ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.212-213; **EYRENCİ**, “Yeni Düzenlemeler”,s.43; **AKTAY/ARICI/KAPLAN-SENYEN**, s.238-239; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, s.868; **ASTARLI**, s.318-319; **KARACAN**, s.55.

¹¹⁵ **CANIKLIOĞLU**, s.10-11; **KARACAN**, s.55-56.

¹¹⁶ **CANIKLIOĞLU**, s.11.

kullanılan bu dönem çalışma süreleri içerisinde değerlendirilemeyeceğinden işçi ücrete hak kazanamaz. Diğer bir ifade ile kendisine ücret ödenemez, ödenmişse de bunun işçi alacağından mahsup edilmesi gerekir veya sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında işverene iadesi sağlanır¹¹⁷

D) Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesine İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Son yıllarda denkleştirme konusunda Yargıtay'ın eleştirilen çoğu kararı örtülü denkleştirme ve fazla çalışma sürelerine ilişkindir. Oysa birçok somut olayda gerçekten Kanunun öngördüğü şekilde denkleştirme uygulama koşullarının mevcut olup olmadığı hususu üzerinde pek durulmamaktadır. Bu çalışmamızda asıl eleştirimiz, çalışma sürelerinin denkleştirilmesine ilişkin mevzuat hükümlerinin farklı olarak değerlendirilmesidir. Karar incelemesine konu olan yargı kararlarında görüldüğü üzere, çoğu uyuşmazlığın çözümünde çalışma süreleri denkleştirilerek işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanmadığı üzerinde durulmuştur. Oysaki her somut olayda denkleştirmenin koşullarının varlığı araştırılması gerekirdi.

Yargıtay, çalışma sürelerinin denkleştirilmesi ve fazla çalışma konusunda 2005 yılında itibaren son derece tartışmalı kararlar vermiş ve halen bu konudaki içtihadını sürdürmektedir. Öğretide tartışıldığı üzere¹¹⁸, Yüksek Mahkeme örtülü denkleştirme olgusundan hareketle işyerinde 24 saat çalıştığı iddia edilen işçinin 14 saat çalışmış olabileceği varsayımı ile sonuca ulaşması diğer kararlara emsal olmuştur. Yargıtay, radyolink istasyonlarında çalışan işçilerin fazla çalışmalarına ilişkin örnek bir kararında “davacının...bazı haftalarda 3 gün, bazı haftalarda ise 4 gün iş yerinde kalarak çalıştığı, haftanın diğer günlerinde ise evinde istirahat ettiği anlaşılmaktadır. Radyolink istasyonlarında yapılan çalışmanın niteliği, yapılan işin ve işyerinin özelliğine göre bu tür çalışanların uyku vesair zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak için geçen zaman dışında günde 14 saat çalışabileceği Hukuk Genel Kurulu'nun 05.04.2006 gün 2006/9-107 Esas, 2006/144 Karar

¹¹⁷ **ASTARLI**, s.319.

¹¹⁸ Bkz. **SOYER**, “Yargıtayın 2008 Yılı Kararları”, s.60 vd.; **SONGU**, s.169 vd.; **YENİSEY**, “Yargıtayın 2006 Yılı Kararları”, s.70-71.

Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi Esneklik mi Yoksa Keyfilik midir?

sayılı bozma kararında olduğu gibi somut olayda da benimsenmiştir...4857sayılıYasadönemindeise;günlük 11 saati aşan çalışmaları ile haftalık 45saatten fazla çalışmalar fazlaçalışmaolarak kabul edildiğinden, haftada 3 gün çalışılan haftalarda 11 saati aşan günlük 3 saat, haftalık 9saat çalışmanın; haftada 4 gün çalışıldığında günlük 3, haftalık 12 saat çalışmanın fazlasaati olarak kabulü gerekir. Bu durumda fazla mesai sayılan çalışmalar dışındaki çalışma süresi; haftada 3 gün çalışıldığında günlük 11 saatten haftada 33 saati bulacağı; haftada 4 gün çalışıldığında ise günlük 11 saatten haftada 44 saate ulaşacağından ve haftalık 45 saati aşmadığından denkleştirmeden sözedilemez”¹¹⁹ diye hükmetmiştir.

İkinci örnek kararında,“... Davacının davalıya ait akaryakıt istasyonunda çalıştığı sürede 24 saat çalışıp 24 saat dinlendiği... Somut olayda da davacının akaryakıt istasyonundaki görevinde 24 saatlik zaman diliminde birkaç saatlik ara dinlenmesi düşülerek kalan sürenin tamamı için hesaplama yapılması doğru değildir. Dairemizin Hukuk Genel Kurulu tarafından da benimsenen görüşlerine uygun olarak somut olay yönünden de günde 14 saat çalışma kabul edilmelidir. Buna göre davacının akaryakıt istasyonunda çalıştığı süre içinde, ilk hafta 56 saat, ikinci hafta 42 saat çalışması ortaya çıkmaktadır... 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girdiği 10.6.2003 tarihinden sonraki çalışmalar bakımından ise, aynı yasanın 63. maddesi hükmü uyarınca denkleştirmeye gidilmelidir. Bununla birlikte belirtilen yasanın 63. maddesinde, haftalık normal iş süresinin haftanın çalışılan günlerine günde 11 saati aşmamak üzere farklı şekilde dağıtılabileceği öngörülmüş olmakla, Dairemizin uygulaması gereği günde 11 saati aşan çalışmalar

¹¹⁹ Yarg.HGK., 14.06.2006, E.2006/9-374, K.2006/382, Çalışma ve Toplum, [2006/4 \(11\)](#), s.131-135; ayrıca bkz. Yarg.HGK., 03.06.2009, E.2009/9-190, K.2009/233; Yarg.HGK., 05.11.2008, E.2008/9-673, K.2008/674; Yarg.9.HD., 26.09.2008, E.2008/36540, K.2008/25113, <http://www.kazanci.com.tr> ([ET.20.11.2011](#)); Yarg.9.HD., 14.3.2008, E.2007/11667, K.2008/4850, **SOYER**, “Yargıtayın 2008 Yılı Kararları”, s.61.

denkleştirmeye tabi tutulmayıp, karşılığının fazla çalışma ücreti olarak ödenmesi gerekir”¹²⁰ denilmiştir.

Üçüncü örnek kararında, “4857 sayılı Yasa döneminde günlük 11 saate kadarki çalışmalar yönünden örtülü bir denkleştirmenin varlığı kabul edileceğinden, denkleştirmeye esas günlük 11 saati aşan süreler yönünden fazla çalışmanın varlığı kabul edilerek hesaplama yapılmalıdır. Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetilerek, davacının fazla çalışma alacağına saptanması gerekirken, yazılı düşüncelerle aksinin kabulü isabetli olmayıp, bozma nedenidir” denilmiştir¹²¹.

Dördüncü örnek kararında, “Davacının ikili vardiyada çalıştığı dönemde birinci gün 9, izleyen gün 15 saat çalışıp, 24 saat dinlendiği ve çalışmasının bu şekilde sürdüğü ... 4857 Sayılı Yasa döneminde ise yasanın 41. ve 63. maddelerine göre örtülü denkleştirme olduğu kabul edilerek sadece günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla mesai olarak kabul edilebilir” denilmiştir¹²².

Yargıtay’ın nöbet usulü çalışan işçilerle ilgili söz konusu kararlarında İş K.md.41 ve 63 hükümlerine göre örtülü denkleştirmenin olduğu, günlük 11 saat sınırının aşılabileceği ve 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay’ın bu görüşlerinin iş mevzuatına ve denkleştirme esasına aykırı bulduğumuzu daha önceki açıklamalarımızda belirttiğimiz için tekrar üzerinde durmayacağız.

Aslında işçilerin bir gün (24 saat) çalışıp, ertesi gün(24 saat veya 48 saat) dinlenmek gibi nöbet usulüyle çalışma olarak nitelenebilecek çalışma düzenlerinin denkleştirme uygulaması ile bir ilgisi yoktur. Çünkü her ne kadar denkleştirme bir defa uygulanmakla tüketilmeyip birden fazla uygulanabilecek olsa da, böyle bir uygulama çalışma düzeninde geçici bir dönem için geçerlidir¹²³. Denkleştirme uygulaması sona ermesi

¹²⁰ Yarg.9.HD., 21.10.2008,E. 2008/25716, K. 2008/28014, Çalışma ve Toplum, [2009/2 \(21\)](#), s.243-244

¹²¹ Yarg.HGK., 5.11.2008, E.2008/9-673, K.2008/674, <http://www.kazanci.com.tr> ([ET.30.01.2012](#)).

¹²² Yarg.9.HD.,03.05.2007, E.2006/17647, K.2006/14046, Çimento İşveren, S.4, C.21, Temmuz 2007, s.32.

¹²³ **ASTARLI**, s.44-45.

halinde normal çalışma düzenine geri dönülür. Oysa anılan Yargıtay kararlarında işçi 24 saat çalışıp, 48 (veya 24) saat dinlenmektedir. Bu çalışma tarzı geçici bir döneme mahsus olmayıp, bizzat işçinin sözleşmeden doğan çalışma düzenini oluşturmaktadır¹²⁴. Bilindiği üzere, nöbet usulüyle çalışmada, iş görme borcunun bizatihi kendisi bu tür bir çalışma düzenini öngörmektedir. İşçinin bir gün tam çalışıp, diğer gün(ler) dinlenmesi şeklinde bir uygulamada “kanunun çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi anlamında işverene tanıdığı bir imkânın kullanılması söz konusu olmayıp, iş sözleşmesinin içeriğinin bu tür bir çalışma düzeni esasında oluşmaktadır”¹²⁵

Yukarıda anılan tüm açıklamalar denkleştirme esasına göre yapılan değerlendirmelerdir. Buna karşın, örneğin günde 24 saat sefer yapan feribotun büfesinde çalışan bir işçinin 24 saat çalışıp, 24 saat dinlendiği, resmi ve dini bayramlarda hafta tatillerinde de devamlı aynı şekilde çalıştığı bir durumu nasıl değerlendirmek gerekir? Bilindiği üzere, bu gibi işyerlerinde ve işlerde işçi 24 saat işverenin emir ve talimatı altında, periyodik olarak, ulusal ve dini bayramlarda ve hafta tatillerinde dahil olmak üzere çalıştırılmaktadır. Aslında bu çalışma, iş mevzuatına aykırıdır. Böyle bir uygulamada çalışma sürelerinin denkleştirilmesinden söz edilemez. Zira denkleştirme, birçok haftadan oluşan bir zaman diliminde işçinin ortalama haftalık çalışma süresinin normal haftalık çalışma süresini aşmayacak biçimde uygulanan bir esnek çalışma yöntemidir¹²⁶. Somut örnekte işyerinde İş K.md.63/2 uyarınca denkleştirme uygulanmamaktadır. Ancak Yargıtay yukarıda anılan kararında, taraflar arasında örtülü denkleştirme olduğuna hükmederek, işçinin günde ortalama 6 saatlik bir uyku ihtiyacı için ve 4 saatlik bir süre de özel ihtiyaçları için gerekli olduğunu belirtmektedir. Örnek olayda, işçi 24 saat bilfiil feribotun büfesinde çalışmaktadır. Gemi sürekli sefer halinde olduğu için istirahati sadece geminin yolcu ve araç indirip bindirdiği süreler içinde mümkün olabilecektir. Gemi bağlama limanında iken dahi işçinin hazırlama tamamlama ve temizleme işleriyle meşgul olması dikkate alındığında, işçi uyumaya pek zaman bulamayacaktır.

¹²⁴ Aynı görüşte, **ASTARLI**, s.39.

¹²⁵ **ASTARLI**, s.45.

¹²⁶ **AKYİĞİT**, s.275.

Uyku dışında özel ihtiyaçları için işçinin 4 saatlik bir süre ayrılmasının gerekli olduğu Yargıtayca öngörülmektedir. Tabiatıyla işçinin dinlenmeden sürekli çalıştığını söylemek de hayatın gerçeği ile bağdaşmasa da, periyodik olarak 24 saat işverenin emir ve talimatı altında çalışan ve 24 saat dinlenen işçi aleyhine çalışma sürelerinin denkleştirilmesihaksız bir uygulama olur. Bu örneğimizde, yoğunlaştırılmış iş haftası veya denkleştirme yapılmasını gerektiren günlük ve haftalık iş sürelerine bölünemeyen bir işten bahsedilemeyeceğine göre, bu çalışma düzeninde işçi her gün ve her hafta yasaya aykırı olarak fazla çalıştırılmış olacaktır. Kanaatimizce, günlük 4 saat dinlenme süresi dikkate alındığında, bu işçinin 2 hafta - 4 gün, 2 hafta da - 3 gün boyunca 20 saat çalıştığına hükmetmek gerekecektir.

Şu halde, Yargıtay günlük ve/veya haftalık çalışma sürelerinin aşıldığı, işçinin yoğun bir şekilde çalıştırdıktan sonra bir süre dinlendirildiği ve yine aynı şekilde çalışmasını sürdürdüğü işlerde, taraflar arasında örtülü denkleştirme uygulandığı yolundaki görüşü tüm eleştiriler bir tarafa her somut olay için tekrar gözden geçirmelidir. Sırf çalışma sürelerinin düzenlenmesinden böyle bir sonuca ulaşamaz. Örtülü denkleştirme anlayışının yanlışlığı bir yana, dava konusu olayda çalışma sürelerinin denkleştirilebilmesi için aranan koşulların mevcut olup olmadığı araştırılmadan sonuca gidilmesiyanlış oluşu görüşündeyiz.

SONUÇ

Çalışma süresinin denkleştirilmesi, çalışma sürelerinin haftanın günlerine farklı şekilde bölünerek, bazı haftalar normal çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapıldığı halde, fazla çalışma ücretiödenmesine gerek kalmaksızın işçinin çalıştırılabildiği esnek bir çalışma yöntemidir. Çalışma düzeninde yapılan böyle bir esnek uygulama, ancak ihtiyaç sınırlarını aşmamak ve aynı zamanda işçiyi koruma ilkesini ihlal etmemek koşuluyla kabul edilebilir. O nedenle, kanun koyucu esnekliğin keyfilik boyutuna taşınmaması için, bu konuda bazı yasal sınırlamalar getirmiştir.

Yasal olarak haftalık çalışma süresi en çok 45 saat olup, işçi fazla çalışmalarda dâhil bir günde en çok 11 saat çalıştırılabilir. Taraflar anlaşarak haftalık normal çalışma süresini, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtabilir.

Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi Esneklik mi Yoksa Keyfilik midir?

Denkleştirme süresi 2 ay ile sınırlı olup, bu süre ancak toplu iş sözleşmeleri ile 4 aya kadar arttırılabilir. Denkleştirme dönemi bölünemez, yasal süre içinde aralıksız olarak uygulanmalıdır. Yoğunlaştırılmış iş haftaları parça parça uygulanmak suretiyle azami süreler içinde denkleştirme yapılmaması, hakkın kötüye kullanılması kabul edileceği gibi, hükmün amacına da aykırı olacaktır.

İşçi günlük 11 saatin üzerinde çalışmayı kabul etmek zorunda değildir. Ancak bilfiil 11 saatin üzerinde çalışmış ise, yasal olarak fazla çalışmış kabul edildiği için değil, Kanuna aykırı olarak fazla çalıştırıldığı için kendisine fazla çalışma ücreti ödenir. 11 saati aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulamaz. Kanaatimizce, yasal süre sınırının günlük, 11 saat ve haftalık; fazla çalışma dahil, 48 saat olarak kabul edilmesi halinde işçinin aşırı fazla çalıştırılması önenebilecektir.

Sözleşme ilişkisi boyunca aralıksız olarak çalışma sürelerinin denkleştirilmek suretiyle işin düzenlenmesi, esnek çalışmayı, amacını aşan bir uygulama halinde getirir. Denkleştirme esasına göre çalışma, geçici bir dönem içindir. Çalışma sürelerinin denkleştirilmesini gerektiren sebep konusunda yasal bir sınırlama bulunmamaktadır. Herhangi bir nedenle denkleştirme uygulamasına gidilebilir. Ancak, MK.md.2 hükmü gereğince, işveren bu yasal imkanı kullanırken objektif iyiniyet kurallarına uygun davranmak zorundadır. Çalışma sürelerinin denkleştirilebilmesi için, işçinin belirli bir dönem yoğun çalıştırılması(nı gerektiren bir işin olması), tarafların bu konuda anlaşmış olması denkleştirme uygulamasının Kanunda öngörülen çalışma dönemine süreler ile sınırlı olması gerekir.

Haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine nasıl dağıtılacağı konusunda taraflar anlaşmadıkları takdirde, sözleşmenin yasal esaslar çerçevesinde kurulduğu kabul edilmelidir. İşveren, yönetim hakkına dayanarak tek taraflı olarak yoğunlaştırılmış iş haftasını uygulayamaz, tarafların bu konuda anlaşmış olması şarttır. İşverenin tek taraflı bir değişiklik yaparak, normal çalışma düzeninden denkleştirme uygulamasına geçmesi, iş koşullarında esaslı bir değişiklik olarak değerlendirilir. İşçi sonradan yazılı onay verirse, yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanması mümkündür. Ancak, işçi böyle bir esnek çalışmayı kabul etmek zorunda değildir. O nedenle, yoğunlaştırılmış iş haftasında çalışmamak sadakat borcuna aykırılık oluşturmaz. İşveren, denkleştirme

uygulamasını kabul etmeyen işçinin sözleşmesini haklı nedenle değil, ancak geçerli nedenle feshedebilir.

Uygulamada esnekliğin kural dışılaştırıldığı, denkleştirme esasına dayanılarak işçinin sürekli yoğun ve fazla çalıştırıldığı görülmektedir. Özellikle az işçinin istihdam edildiği nöbet sistemi uygulanan işlerde/işyerlerinde, iş mevzuatına aykırı olduğu halde, işçi 24 saate kadar çalıştırılabilmektedir. Yargıtay kararları incelendiğinde, Yüksek Mahkemenin, çalışma sürelerinin denkleştirilmesi ve fazla çalışma konusunda 2005 yılından itibaren son derece tartışmalı kararlar vermiş olduğu ve halen bu konudaki içtihadını sürdürdüğü görülmektedir. Karar incelemelerine de konu olan uyuşmazlığın çözümünde çalışma süreleri denkleştirilerek işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanmadığı üzerinde durulmuş, ancak somut olayda denkleştirme koşullarının mevcut olup olmadığı hususunda değerlendirme yapılmamıştır. Yüksek Mahkeme örtülü denkleştirme olgusundan hareketle işyerinde 24 saat çalıştığı iddia edilen işçinin 14 saat çalışmış olabileceği varsayımı ile sonuca ulaşması diğer kararlara emsal olmuştur. Yargıtay, nöbet usulü çalışan işçilerle ilgili söz konusu kararlarında, İş K.md.41 ve 63 hükümlerine göre örtülü denkleştirmenin olduğunu, günlük 11 saat sınırının aşılabileceğini ve 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay'ın bu görüşlerinin iş mevzuatına ve denkleştirme esasına (amacına) aykırı olduğu bu çalışmamızda ayrıntılı olarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Aslında işçilerin bir gün çalışıp, ertesi gün dinlenmek gibi nöbet usulüyle çalışma olarak nitelenebilecek çalışma düzenlerinin denkleştirme uygulaması ile bir ilgisi olmadığı görüşündeyiz. Çünkü her ne kadar yıl içinde birden fazla denkleştirme uygulanmasına imkân bulunsa da, böyle bir uygulama, çalışma düzeninde geçici bir dönem için geçerlidir. Oysa anılan Yargıtay kararlarında belirtilen çalışma tarzı geçici bir döneme mahsus olmayıp, bizzat işçinin sözleşmeden doğan çalışma düzenini oluşturmaktadır. Nöbet usulüyle çalışmada, iş görme borcunun bizatihi kendisi böyle bir çalışma düzenini öngörmektedir. İşçinin bir gün tam çalışıp, diğer gün(ler) dinlenmesi şeklinde bir uygulama, kanunun çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi bakımından taraflara sağladığı bir imkanın kullanılması değil, çoğu zaman işverenin hakkı kötüye kullandığı, Kanuna aykırı keyfi bir uygulama haline gelmiştir.

Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi Esneklik mi Yoksa Keyfilik midir?

Günlük ve/veya haftalık çalışma sürelerinin aşıldığı, işçinin yoğun bir şekilde çalıştırıldıktan sonra bir süre dinlendirildiği ve yine aynı şekilde çalışmasını sürdürdüğü işlerde, çalışma sürelerinin denkleştirilebilmesi için aranan koşulların mevcut olup olmadığı araştırılmadan, sırf çalışma sürelerinin düzenlenmesine bakılarak örtülü denkleştirme uygulanabileceği sonuca ulaşılmasının yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AKTAY Nizamettin/ARICI Kadir/KAPLAN-SENYEN E.Tuncay, İş Hukuku, Ankara 2009.

AKYİĞİT Ercan, İş Hukuku, Ankara 2008.

ALP Mustafa, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.

ALPAGUTGülsevil, “Ücret ve İşin Düzenlenmesi”, İş Hukuku Uygulama Sorunları Ve Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma, İstanbul Barosu Seminer Notları, İstanbul 2006.

ARICI Kadir: Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi Ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu’nda Çalışma Süreleri, Ankara 1992.

ASTARLI Muhittin, İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008.

CANIKLIOĞLU Nurşen, “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu sürenin Günlere Bölünmesi”, Toprak İşveren Dergisi, S:66, 2005, <http://www.toprakisveren.org.tr/2005-66-nursencaniklioglu.pdf> (ET.23.11.2011).

CENTEL Tankut, İş Hukuku, C.I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994.

ÇELİK Nuri, İş Hukuku, İstanbul 2008.

ÇİL Şahin, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Çalışma ve Toplum, 2007/3 (14).

EKONOMİ Münir, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı” Yargıç Resul ASLANKÖYLÜ’ye Armağan, Kamu-İş C.7, S.3, 2004.

ENGİN Murat, “Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler” (Karar İncelemesi), Sicil İHD., S.5, Mart 2007.

EYRENCİ Öner/TAŞKENT Savaş/**ULUCAN** Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.

EYRENCİ Öner, “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme” (Yeni Düzenlemeler), Legal İHSGHD., 2004/1.

GÜNAY Cevdet İlhan, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Ankara 2007.

KARACAN Hatice, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Ankara 2007.

KIZILOĞLU Hakkı, “ Örtülü Denkleştirme Süresine Yönelik Karar İncelemesi, Sicil İHD., S.1, Mart 2006.

KÖSEOĞLU Ali Cengiz/ **KABÜL** Sibel, “Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri”, Prof.Dr.SarperSÜZEK’e Armağan I, İstanbul 2011.

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2008.

NARMANLIOĞLU Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998.

SONGU Sezgi Öktem, “Çalışma Süresinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? Yargıtay’ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler”, DEÜHFD., C.8, S.2, 2006.

SOYER Polat, “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Ücret, İşin Düzenlenmesi, İşçi Sağlığı Ve Güvenliğine İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler” (4857 Sayılı Yeni İş Kanunu), 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konferans Notları, Türk-İş Yay., Bolu 2003.

SOYER Polat, “İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzenlemeler” (Çalışma Süresinde Esneklik), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı:2, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003.

SOYER Polat, “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler” (Fazla Saatlerle Çalışma), Legal İHSGHD., 2004/3.

Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi Esneklik mi Yoksa Keyfilik midir?

SOYER Polat, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2008 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2008 Yılı Kararları), Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2008, Ankara 2010.

SÜMER Halûk Hâdi, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2010.

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2010.

ŞEN Murat, İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005.

TUNÇOMAĞ Kenan/**CENTEL** Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2005.

ULUCAN Devrim, “Günümüzdeki Mal ve Hizmet Üretim Modellerinin İş Süreleri Üzerindeki Etkisi, Esnek Çalışma Süreleri İle İlgili Bazı Düşünceler, Sicil İHD., S.7, Eylül 2007.

UŞAN M.Fatih, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, İş Hukuku C.I, Ankara 2006.

YENİSEY Kübra Doğan, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” (Yargıtayın 2006 Yılı Kararları), Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara 2009.

**YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA BASİRET
İŞADAMI GİBİ HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN
SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASINA
ETKİSİ**

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KIZIR*

ÖZET

Bu çalışmada, tacirlerin ticarî faaliyetlerine ilişkin ağır sorumluluk hallerinden birisi olan basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü yanında, gerek ticaret hukuku gerekse borçlar hukuku bakımından büyük önem arz eden emprevizyon teorisi de ele alınıp incelenmiştir.

Emprevizyon teorisinin basiretli tacire ve ticarî faaliyetine etkileri göz önünde tutulursa, önemine binaen her iki konunun kıyas yapılmak suretiyle çeşitli şekillerde incelenmesi daha uygundur. Bu inceleme esnasında ilgili Yargıtay kararlarına sıkça başvurulmuştur. Bu kararların ele alınıp incelenmesi ve çalışmamıza esaslı dayanak teşkil etmesi, bize konunun daha iyi anlaşılması bakımından ışık tutmaktadır.

ANAHTAR KELİMELEER: *Medenî hukuk, ticaret hukuku, tacir, basiretli tacir, emprevizyon.*

**DIE WIRKUNG DER BENEHMENSVERPFLICHTUNG
ALS ORDENTLICHER KAUFMANN ZUM
IMPREVISIONSPRINZIP IM LICHT DER
KASSATIONSGERICHTSBESCHLÜSSE**

* Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

ZUSAMMENFASSUNG

Bei dieser Arbeit behandeln und untersuchen wir die schwere Benehmensverpflichtung eines ordentlichen Kaufmanns, die beim Handeln er erfüllen muss, auch die Theorie für die Erschütterung der Geschäftsgrundlage, die sowohl hinsichtlich des Handelsrechts als auch des Schuldrechts von grosser Bedeutung ist.

Wenn die Wirkungen der Theorie für die Erschütterung der Geschäftsgrundlage auf einen ordentlichen Kaufmann und seine Handelstätigkeit vor Auge gehalten werden, wird es dann angemessen sein, dass die beiden Themen durch einen Vergleich miteinander untersucht werden. Bei der vergleichenden Untersuchung der beiden Themen werden die bestehenden Beschlüsse des Kassationsgerichts öfter bedient. Dass diese Beschlüsse untersucht und behandelt werden und auch sie der Stützpunkt unserer Arbeit sind, wird es uns den Weg leuchten, damit dieses Thema noch beser verstanden wird.

SCHLAGWÖRTER: *das Bürgerlichesrecht, das Handelsrecht, der Kaufmann, ordentlicher Kaufmann, Imprevision.*

GİRİŞ

Tacir Türk Ticaret Kanununun temel kavramlarından birisidir. Türk Ticaret Kanununa göre tacir, bir ticarî işletmeyi, kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimsedir. Bunun dışında, bir ticarî işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo ve sair ilan vasıtaları ile halka bildirmiş ve işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır (TTK. m. 14/II; 6102 sayılı YTTK. m. 12/II**).

** 13.01.2011 tarihinde kabul edilen, 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu 01.07.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu çalışmada 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu TTK. 6102 sayılı yeni tarihli Türk Ticaret Kanunu ise YTTK şeklinde kısaltılmıştır. Ayrıca, bu çalışmada ele alınan madde hükümlerinde “esasa ilişkin” getirilen yenilik veya değişiklikler de ifade edilmiştir. Ancak, hüküm değişikliği teşkil etmeyen, dilde sadeleştirme faaliyetlerinden, aynı anlama gelen değişik ifadelerle yazılmış madde hükümlerinden, birden fazla fıkrada yer alan

Bir ticarî işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına (ortak sıfatıyla) muamelelerde bulunan kimse, iyiniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı tacir gibi mesul olur (TTK. m. 14/III; YTTK. m. 12/III). Türk Ticaret Kanununda yapılan düzenleme, genel itibariyle ticarî işletmeyi esas almaktadır. Ancak Türk Ticaret Kanununun sistemi içinde tacir kavramının da büyük önemi bulunmaktadır. Gerçekten TTK. m. 21/I (YTTK. m. 19/I)'deki ticarî iş karinesi hükme bağlanırken tacirin yaptığı işler esas alınmıştır. Bu sebeple, her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi lazımdır (TTK. m. 20/II; YTTK. m. 18/II). Bu itibarla tacir, ticaret hukukumuz bakımından üzerinde önemle durulması gereken bir kavramdır.

Tacir sıfatı, belli bir ticarî faaliyet icrasını ve toplum içinde ekonomik bir güç ve önemi ifade eder. Bu bakımdan Türk Ticaret Kanunumuz bu sığata, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü haricinde, diğer bazı sonuçlar, nimet ve külfetler bağlamıştır. Tacirler bu sıfatı haiz olmayan kişilerden farklı olarak faaliyetlerinde daha ağır bir sorumluluk taşıdıkları gibi bazı hallerde de lehlerine olarak karşı tarafa bazı talepler ileri sürebilirler. Tacir sıfatına yüklenen diğer hüküm ve sonuçları ise şöyle sıralamak mümkündür: İflasa tabi olma, bazı ihbar ve ihtarların şekle tabi olması, itiraz görmemiş fatura ve teyit mektubunun yazılı delil niteliği, ücret ve faiz isteme hakkı ile ücret ve cezanın aşırı olduğu iddiası ile indirilmesini isteme hakkından yoksunluk ve hapis hakkı gibi hükümler ile, ticaret unvanı seçme ve kullanma, ticaret siciline ve odalara kaydolma, ticarî defter tutma ve fatura düzenleme şeklinde yükümlülüklerdir.

I. BASİRETLİ TACİR KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Basiret, sağduyu, ilim, tecrübe ve feraset ışığıyla görüp sezmeye ve bilip değerlendirmeye esas teşkil eden konuları etraflıca ve tam olarak

hükümlerin bir fıkrada birleştirilmesi veya bir fıkrada yer alan hükümlerin birden fazla fıkraya bölünerek ifade edilmesi şeklindeki sistematik değişikliklerden ise bahsedilmemiştir. Bunların sadece 6762 sayılı kanunun hangi maddesini karşıladığı parantez içinde yazılmak suretiyle belirtilmiştir.

kavrayabilmedir¹. Her tacir, tüm ticarî faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek, sağduyu sahibi olmak, ileriye düşünmek ve işlemlerini ona göre organize etmek zorundadır². Buna göre tacir, memleketin siyasi atmosferini düşünmek, ithal ve ihraç yasağını takip etmek yani piyasa durumunu ve ekonomik çalkantıları hesaba katmak zorundadır. Yapacağı sözleşmelerin yerine getirilip getirilmeyeceğini hesaba katıp “basiretli bir iş adamı” gibi davranıp borcun yerine getirilmesini engelleyebilecek hareketleri önceden nazara alması gerekmektedir³.

Türk Ticaret Kanunu, tacire, bütün ticarî faaliyetlerinde, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü getirmiştir⁴. Bu yükümlülük, sübjektif değil, objektif bir özen ölçüsünün gerçekleştirilmesi demektir⁵.

¹ **KARAHAN**, Sami, Ticarî İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK. ile 6098 Sayılı TBK. ve 6100 Sayılı HMK’ya Göre Güncellenmiş 20 Baskı, Konya 2011, s. 86; **AYHAN**, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2007, s. 203; **ÜNAL**, Oğuz Kürşat, Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (I), Maliye Postası, 1 Mart 1988, S. 180, s. 56.

² **BAUMBACH**, Adolf/ **DUDEN**, Konrad/ **HOPT**, Klaus J., Handlungsbuch, München 1987, § 347, s. 821 vd.; **ARKAN**, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Hazırlanmış 15. Baskı, Ankara 2011, s. 138; **AYHAN**, Rıza/ **ÖZDAMAR**, Mehmet/ **ÇAĞLAR**, Hayrettin, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2011, s. 93; **AYHAN**, s. 203; **ÜNAL** (I), s. 56; **KARAHAN**, s. 86.

³ Y. 13. HD. 16.4.1996 tarih, 1996/3653 E. ve 1996/3920 sayılı kararına göre, “...ilke olarak basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan davalı tacir, fiyatların yükselmesini aşırı güçlük kabul ederek ifadan kaçınmaz...” (YKD. C. 22, S. 7, Temmuz 1996, s. 1086).

⁴ Basiretli iş adamı gibi davranma, tacirin faaliyet gösterdiği alan için geçerlidir. Dolayısıyla hazır giyim üretiminde bulunan tacirin, demir çelik ticaretine ilişkin detayları bilmesi gerekmez. **DOMANIÇ**, Hayri/ **ULUSOY**, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007, s. 210; **BAŞBUĞOĞLU**, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Açıklamalar, İçtihatlar, Ankara 1988, s. 46; **KARAHAN**, s. 86; **AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR**, s. 93; **ARKAN**, s. 137.

⁵ **TEKİL**, Fahiman, Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s. 135; **KARAHAN**, s. 86; **ARKAN**, s. 137 vd.; **AYHAN/ ÖZDAMAR/**

Yargıtay'a göre, basiretli iş adamı gibi hareket etmek, "bugünün ve istikbalin piyasa durumunu tacirin işlemi yaptığı sırada göz önünde tutması" demektir. Benzer başka bir tarife göre de, basiretli hareket etmek, "bugünün ve geleceğin koşullarını gerçek ve ölçülü bir şekilde değerlendirebilmektir"⁶. Buna göre, basiret, tacirin ticarî işletmesiyle ilgili olarak, fiilî ve hukukî işlemlerde göstermesi gereken dikkat, tedbir ve objektif özen yükümlülüğü demektir. Tacir, tüm bu hukukî ve fiilî işlemlerini yaparken, ticarî hayatın gerektirdiği tüm tedbirleri almalı ve meydana gelebilecek değişimleri önceden tahmin etmeye çalışarak yükümlülük altına girmesi gereklidir. Tacirden beklenen basiretin ne olduğu kanundan değil ticarî hayattan, özellikle ticarî teamüllerden çıkartılabilir. Buna göre, ihaleden önce kömür tedarikinin mümkün olup olmadığını tahkik etmemek, normal olarak tahmin edilebilecek hususları tahmin edememek, devalüasyon ve ekonomik krizleri önceden tahmin edememek, müteahhidin inşaat için lüzumlu malzemeyi zamanında tedarik etmemesi, ticarî sözleşmenin ifa edileceği tarihi tespit ederken her türlü ihtimali nazara almadan hareket etmek, ithal edilmesi gereken bir malın ithalat işlemleri için zamanında müracaatta bulunmamak, kendisine güven duyulmayan bir kimsenin gece bekçisi olarak otele kabul edilmesi gibi davranış şekilleri gerekli dikkat ve özenin gösterilmemiş olmasından dolayı basiretsiz hareketler olarak kabul edilmiştir⁷.

Tacir için, basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, Türk Ticaret Kanununun diğer bazı maddelerinde, Kooperatif Kanununda ve 3167 sayılı Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanunun (ÇHKHK) da da özel olarak ayrıca düzenlenmiştir⁸. Koop. K. 62/I'e göre; "*Yönetim kurulu, kooperatif işlerinin yönetimi için gereken titizliği gösterir ve kooperatifin başarısı gelişmesi yolunda bütün gayretini sarf eder*". 3167 sayılı ÇHKHK. m. 2'ye göre; "*Bankalar, çek hesabı açmak maksadıyla bu Kanunla kendilerine verilen görev ve yükümlülükleri yerine getirirken, çek hesabı açtırmak isteyen yasa dışılık ve engel*

ÇAĞLAR, s. 93; DOMANIÇ/ ULUSOY, s. 210; BAUMBACH/ DUDEN/ HOPT, § 347, s. 822.

⁶ ÖZDEMİR, Nejdet/ KINACIOĞLU, Naci, Türk Ticaret Hukuku, Ankara 1984, s. 62- 63.

⁷ KARAHAN, s. 87; ARKAN, s. 139 vd; ÜNAL (I), s. 56.

⁸ TEKİL, s. 135.

durumu bulunup bulunmadığını Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca 9. maddeye göre bankalara yapılan duyurular çerçevesinde her birinin kendi nezdinde oluşturduğu kayıtlardan araştırırlar; ayrıca bu kişinin ekonomik ve sosyal durumu gibi hususların belirlenmesinde gerekli basiret ve özeni gösterirler”⁹.

⁹ Y. 11. HD. 3.7.2000 Tarih ve 2000/5272 E. ve 2000/ 6281 sayılı kararına göre; “ 3167 sayılı Çek Kanununun 2. maddesi hükmüne aykırı davranan banka ile çek keşidecisinin durumunu araştırmayan lehdar eşit oranda kusurludur. Davacı vekili, davalı bankanın Şirinyer Şubesinin 32002890 nolu çek hesabına ticaret ünvanı basılı olarak verdiği çeklerden birinin keşide edilerek müvekkile verildiğini 20.000.000.000 lira bedelli çeki alan müvekkilin çek bedelinin yüksek olması nedeniyle davalı bankaya bu çek hesabının iyi işleyip işlemediğini sorduğunu, hesabın iyi işlediğinin bildirildiğini çekin tahsili için bankaya ibrazında karşılığının olmadığı ve keşideci şirketin hayali bir şirket olduğunu öğrendiğini 3167 sayılı kanunun 2. maddesi uyarınca bankaların çek hesabı açarken dikkat ve özen göstermesi gerektiğini davalının bu özeni yerine getirmediğini ileri sürerek 20.000.000.000 liranın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müşteriye verilmiş çek koçanının yenilenmesi üzerine yanlışlığın fark edildiğini, yüksek meblağlı çek alan davacının keşidecinin durumunu araştırması gerektiğini ve asıl kusurun davacıda olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve toplanan kanıtlara göre, yaptırılan bilirkişi incelemesinde, davalı bankanın 3167 sayılı Çek Kanununun 2. maddesi hükmüne aykırı davranmak suretiyle çek karnesi verip çek hesabı açtığından dolayı davacının zarara uğradığı ve bu kusurlu davranışı nedeniyle, davacının 20.000.000.000 liralık zararının olduğu, bu olaydan dolayı davacının da çek keşidecisinin durumunu araştırmadığından eşit oranda kusurlu olduğunun saptandığı, raporun hüküm kurmaya yeterli olduğu gerekçesiyle, davanın 10.000.000.000 liralık kısmının kabulüne, fazla istemin reddine karar verilmiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA 3.7.2000 tarihinde oybirliğiyle karar verildi” (BATIDER, Aralık 2000, C. XX, S. 4, s. 254).

Y. 11. HD., 22.09.1998 Tarih ve 1998/3999 E. ve 1998/5855 sayılı kararına göre; “Çekin karşılıksız olmasında; çek hamili davacının, keşideci hakkında gerekli tahkikatı yapmamış olması, basiretli iş adamı gibi davranmaması karşısında onun sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılamaz. Kaldı

Türk Ticaret Kanunu, Kooperatif Kanunu ve 3167 sayılı ÇHKHK. dışında pek çok maddesinde, tacirler için basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü getirmiştir (TTK. m. 124/II, 225, 959, 972, 1019/II ve 1061; YTTK. m. 110/II, 286, 1073, 1088, 1141/II ve 1178/I).

Türk Ticaret Kanununun bazı maddelerinde “basiretli tacir” kavramı aynı anlamda olmak üzere “tedbirli tacir” şeklinde kullanılmıştır (TTK. m. 959, 972, 1019/II ve 1061; YTTK. m. 1073, 1088, 1141/II ve 1178/I). Basiret ve tedbir kavramlarının birbiriyle birebir örtüşmediği aşikârdır. Bu sebeple, gerek kanundaki kavram birliğinin sağlanması gerekse de, konuya uygun düşmesi bakımından “basiret” kavramının kullanılması tercih edilir.

Türk Ticaret Kanunu, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün diğer bir özel halini de cezai şart için hükme bağlamıştır. Sözleşmelere konan cezai şartların fahiş olması halinde tacir olmayan şahıslar, hâkimden bunun indirilmesini isteyebildikleri halde, eğer borçlu tacir ise, böyle bir talepte bulunamaz¹⁰. Çünkü, tacir

ki, başlatılmış bulunan icra takipleri de henüz adres tahkiki aşamasında olmakla takibin semeresiz kaldığından da söz edilemez” (YAHD, C. 19, S. 218, Ocak 2000/1, Y. 23, s. 93).

Bankaların özen yükümüne ilişkin olarak Y. 11. HD.’nin 08.03.1996 Tarih ve 1996/853 E. ve 1996/1552 sayılı kararına göre; “Bankalar, çekle işleyecek hesap açarken, çek karnesi verirken yasanın öngördüğü görev ve yükümlülükleri yerine getirirken basiret ve özen göstermek zorundadırlar. Hayali kişi adına çek hesabı açan banka bu eylem nedeniyle sorumludur. Bunun gibi ticarî ilişkide bulunan ve çek alan kimsede özenli davranmak zorundadır” (YAHD, C. 15, S. 172, Y. 19, Nisan 1996/3, s. 520).

Basiretli bir davranış sergilemeyen bankanın sorumluluğuna ilişkin olarak Y. 11. HD. 23.3.1978 tarih, 78/526 E. 78/1283 sayılı kararında “Davalı bankanın kendisinde olan nüfus kaydı, köy ve iş adresi ve adı ile tam olarak uymayan bir vekâletnameye dayanan bir üçüncü kişiye asıl hesap sahibinin hesabını kapatıp ödemede bulunması, basiretli iş adamı gibi davranma sayılamaz. Bu nedenle, banka sorumludur” (TEKİL, s. 139).

¹⁰ Y. 15. HD. 28.3.2002 tarih 2002/1188 E. ve 2002/1472 sayılı kararına göre; “Davacının, mahkemece hüküm altına alınan eksik ve kusurlu imalatlar karşılığı alacağı, bozma kapsamı dışında bırakılarak kesinleştiğinden, usuli kazanılmış hak göz önünde bulundurulmalıdır. Taraflar arasında sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart, davalı tacir olup, yasaya göre ticaretine ait

sözleşmeyi yaparken basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. Bu zorunluluk onun her türlü ihtimali düşünmesini, bu arada cezai şartın neticelerini takdir etmesini gerektirir¹¹.

B. KAPSAMI VE SINIRLARI

1. Objektif Özen Yükümlülüğü

Basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğünün gerektirdiği özen derecesi, objektif ölçülere göre tespit ve tayin olunur¹². Tacir, yaptığı işlerle ilgili mevzuatı ve ne yapması gerektiğini tacir olmayan şahıslardan daha iyi bilir ve bilmek zorundadır. Tacirin bilmek zorunda olduğu şeylerin başında ticarî hayatı için gerekli olan kanun hükümleri, ticarî hayatın gerekleri ve teamüller ile ticarî örf ve adet gelir. Çünkü tacir ticarî hayatı ile ilgili olarak yapacağı tüm işlemlerde bunları dikkate almak zorundadır. Bu nedenle tacirden beklenen özen tacir olmayanlara kıyasla vasatın üstünde olacaktır¹³. Tacirler arasındaki objektif özen ölçüsü, vasat bir tacirden beklenen kadardır. Yani, tacir yalnızca dürüst, namuslu, makul ve orta zekâlı bir insanın benzer hadiselerde takip edeceği şekilde hareket etmekle kalmayıp, kendisiyle aynı sınıfa dâhil tedbirli, sağduyulu ve becerikli bir tacirin benzer hadiselerde takip edeceği şekilde hareket etmek zorundadır¹⁴. Bu ölçüler

bütün faaliyetlerinde basiretli bir işadamı gibi hareket mükellefiyeti bulunduğundan, borçlunun iktisaden mahvını mucip olacak derecede ağır ve yüksek değilse tenkis edilmez. Bu hususlar üzerinde durmaksızın hâkimin, genel nitelikteki MK.'nun 4. maddesine göre takdir hakkını kullanarak indirim yapması usul ve yasaya aykırıdır” (YKD. C. 28, S. 9, Eylül 2002, s. 1362); ARKAN, s. 143; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 96.

¹¹ ARSLANLI, Halil /KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, C. I, Ticarî İşletme, Ankara 1960, s. 146; AYHAN, s. 203.

¹² DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1981, s. 131; BAUMBACH/ DUDEN/ HOPT, § 347, s. 822; ARKAN, s. 137 vd.; KARAHAN, s. 86; AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 93.

¹³ BAUMBACH/ DUDEN/ HOPT, § 347, s. 822; ARKAN, s. 138; AYHAN, s. 203; ÜNAL (I), s. 56.

¹⁴ YHGK, 7.5.2003 tarih, 2003/13- 332 E. ve 2003/340 sayılı kararına göre, “Yasanın 20/II maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi

kesin olmayıp her olaya göre ayrı ayrı tayin edilmelidir¹⁵. Böylece, TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) gereğince, objektif özen borcu tacirler için söz konusu olunca bunun ölçüsü tacir aleyhine değişmektedir¹⁶.

2. Ticarî Faaliyet

TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II), tacirin basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğünü, ticaretine ait bütün faaliyetlerine hasretmiştir. Yani tacir, ticarî hayatıyla ilgili olmayan faaliyetlerinde basiretli işadamı gibi hareket etmek zorunda değildir¹⁷. Ancak burada bahsedilen “ticaretine ait bütün faaliyetler” sözünden yalnızca kendi uğraş konusuna ait faaliyetler anlaşılmalıdır. Ticarî işletmesinin konusu ile ilgili olmayan bir ticarî iş yapan tacir için de basiretli işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü vardır¹⁸.

davranma yükümü altında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticarî işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir” (İKİD. Y. 43, S.515, 2003, s. 2197); ÜNAL (II), s. 57.

¹⁵ **AYHAN**, s. 209; **ÜNAL (I)**, s. 56.

¹⁶ **AYHAN**, s. 209; **ÜNAL (I)**; s. 57.

¹⁷ YHGK. 11.10.2000 tarih, 2000/19- 125 E. ve 2000/1249 sayılı kararına göre, “*Tacir olmanın nimetine göre külfeti de mevcuttur. TTK. 20- 25 inci maddelerinde tacir sıfatına bağlanan yerine göre "hak" yerine göre külfet" niteliği arz eden hukukî sonuçlar düzenlenmiştir. Bunların en önemlilerinden biri basiretli iş adamı gibi davranma zorunluluğudur (TTK. 20/II). Tacirin, ticarî işletmesiyle ilgili tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekir. Bu cümleden olarak ticarî işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorundadır. O nedenle tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınmazlar.*

Somut olayda davacı Ltd. Şirketi, tüzel kişilik adına ticarî işletmesinde kullanmak üzere ticarî vasıfta kamyonet almıştır. Özel amaçlı satın almalar için uygulanan 4077 sayılı yasanın, davacı şirkete ait araç yönünden uygulanması söz konusu değildir. Bu itibarla, taraflar arasındaki, uyumsuzluğun çözümünde 4077 sayılı yasanın uygulanması söz konusu olmayacaktır. Mahkemece, ticarî nitelik taşıyan uyumsuzluğun tüketici mahkemesi sıfatıyla incelemesi ve karara bağlanması yasaya aykırıdır”.

¹⁸ **ARSLANLI/ KARAYALÇIN**, s. 145.

TTK. m. 21. c. 1 (YTTK. m. 19 c. 1) hükmü gereğince, “Bir tacirin borçlarının ticarî olması asıldır”. Ancak aynı maddenin ikinci cümlesinde gerçek kişi tacirler için ticaret karinesine bazı istisnalar getirilmiştir. “Hakiki şahıs olan bir tacir, muameleyi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele, fiil veya işin ticarî sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde borç adı sayılır”. Bu sebeple, tacirin, ticarî sayılmayan faaliyetlerinde, basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü aranmaz. Yani, tacirin basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü, onun sadece ticarî mahiyetteki bütün faaliyetleri için söz konusu olabilir. Yoksa, tacirin özel hayatında ve özel ilişkilerinde böyle bir sorumluluk altına girmesi söz konusu değildir. Tacirin kendi faaliyet konusu haricinde başka bir ticarî faaliyetle ilgilenmesi, bu faaliyetinin onun için ticarî olmaması demek değildir. Çünkü, basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü, ticarî işletmenin hangi alanda faaliyette bulunduğu ile ilgili değil, doğrudan doğruya tacir sıfatıyla ilgilidir¹⁹. Buradan hareketle, basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacirin ticarî işletme konusu ile sınırlandırılmamış olup, yaptığı tüm ticarî işleri içine almaktadır²⁰.

Tacirler arasında yapılan muamelelerde gabin hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmayacağı konusu ayrı bir önem arz etmektedir. Türk Ticaret Kanununun 2. ve 3. maddeleri (YTTK. m. 2, 3) uyarınca gabin hükümlerinin ticari sözleşmelere uygulanabilmesi mümkündür. Bununla birlikte bir tacirin ticari işlerinde tecrübe ve bilgi sahibi olduğu asıl olduğundan, tecrübesizliğinden istifade edildiği yönündeki bir iddia karşısında temkinli olmakta fayda vardır. Bir tacirin müzayaka halinden (darda kalma) istifade edilmesi ihtimali daha fazladır. Bu nedenle, tacirin ticarî işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde tecrübesizliği söz konusu olamaz. Dolayısıyla, tacir, böyle bir sebebe dayanarak gabinle ilgili hükümlerden

¹⁹ HGB. de düzenlenen ticarî iş karinesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BAUMBACH/ DUDEN/ HOPT**, § 344, s. 803; **ARSLANLI/KARAYALÇIN**, s. 145; **AYHAN/ÖZDAMAR/ÇAĞLAR**, s. 95.

²⁰ **ARSLANLI/KARAYALÇIN**, s. 145; **ÜNAL (I)**, s. 59.

(BK. m. 21; TBK. m. 28^{***}) yararlanamaz²¹. Ancak, muzayaka²² halinde olan tacirin gabin hükümlerinden yararlanması mümkün olabilir²³.

C. İYİNİYET VE DÜRÜSTLÜK KURALLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. İyiniyet ve Basiretli Tacir

TMK. m. 3 hükmüne göre; “Kanunun iyiniyete hukukî sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz”. Madde hükmüne göre, kişiler bir hakkı kazanırken sağduyulu, namuslu ve dürüst davranmak zorundadırlar²⁴. Medenî Kanunda iyiniyetin tanımı yapılmamış, bu iş doktrine

*** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 11.01.2011 tarihli TBMM. oturumunda kabul edilerek 04.02.2011 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır. Bu Kanun 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Ancak her ne kadar bu çalışmanın hazırlandığı tarihlerde 818 sayılı Borçlar Kanunu yürürlükte olsa da yakın bir gelecekte 818 sayılı Kanun yürürlükten kalkacağı için 6098 sayılı Kanun hükümleri de çalışma konusu ile ilgili olduğu ölçüde incelenmiş ve ilgili yerlere işlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu TBK. şeklinde kısaltılmıştır.

²¹ **ÖZKAYA**, Eraslan, Gabin Davaları, Ankara 2000, s. 31; **KALKAN**, Burcu, Türk hukukunda Gabin, İstanbul 2004; **ARKAN**, s. 139; **KARAHAN**, s. 88.

²² Y.1.HD. 22.11.1974 tarih, 74/10284 E ve 74/8745 Sayılı Kararına göre muzayakayı şöyle tanımlamıştır; “Muzayaka, zaruret içinde bulunan ya da mevcut veya iktisadi bir zarar veya sıkıntıyı karşılamak için ölçüsüz bir fedakarlıkta bulunma halidir” (**ÖZKAYA**, s. 28);

²³ Y. 14. HD. 8.5.1986 tarih, 1985/7787 E. ve 1986/3066 sayılı kararına göre; “Tacir olan davalının ticarethane olarak kullandığı taşınmazını, karşılığını sağlamaksızın satmak istemesi, darda kaldığını müzayaka halini gösterir. Ayrıca, gerçek değer ile satış değeri arasındaki açık oransızlık nispetisizlik, aşırı yararlanmanın gabinin varlığını doğrular niteliktedir (<http://www.hukukturk.com>); **ARKAN**, s. 139; **KARAHAN**, s. 88.

²⁴ **AKİPEK**, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut, Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, İstanbul 2002, s. 156.

bırakılmıştır²⁵. Aynı şekilde Ticaret Kanununda belirtilen “basiretli tacir” kavramının da tarifi yapılmamış olup, bunun tarifi de doktrine bırakılmıştır. Doktrinde iyiniyet, “bir hak kazanılırken olayda hakkın kazanımını önleyen bir durumun varlığı veya kazanım için gerekli bir unsurun yokluğu hakkında kişide mevcut olan ve hoş görülebilen bir bilgisizlik veya yanlış bilgidir” şeklinde tanımlanmıştır²⁶.

Türk Medenî Kanununun 3. maddesinde düzenlenen iyiniyet kuralları “Başlangıç Hükümleri” dediğimiz ilk yedi madde içinde yer alır. Başlangıç hükümleri ise, Medenî hukukun her alanında hatta tüm özel hukuk alanında uygulanabilen temel kurallardır²⁷. Bu sebeple, iyiniyet kurallarına uygun hareket etmek hukukun tüm alanlarını içine almaktadır. Bu bakımdan Ticaret hukuku alanında da bu kurallara uygun hareket etme yükümlülüğü söz konusudur. Dolayısıyla, tacirlerin de hakları kazanırken iyiniyet kurallarına riayet etme yükümlülükleri vardır. Zira, TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) hükmü, TMK. m. 3 hükmündeki iyiniyet kavramını da içine alan bir hükümdür. Ancak, tacirlerin göstermesi gereken özen borcu ile Medenî Kanunda belirtilen özen borcu arasında fark bulunmaktadır²⁸. Her ikisinde de özen gösterme borcunun objektif ölçülerle ve her olayda ayrı ayrı tespit edilmesi gerekiyorsa da, TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II)’ de belirtilen “basiretli bir işadamı gibi hareket etme” yükümlülüğünde tacir, tacir olmayanlara kıyasla vasatın üstünde bir özen göstermek zorundadır. Diğer bir deyimle, tacir olmayanlardan hakları kazanırken vasat bir şahsın göstermesi gereken özen yükümlülüğü beklenirken, tacirden kendisiyle aynı konuda ticarî faaliyette bulunan, tedbirli ve iş bilen bir tacirin benzer durumlarda göstereceği özen objektif ölçü olarak nazara alınacaktır. Yani, basiretli işadamı kavramı iyiniyeti de içine alan, hatta iyiniyetten daha öte tedbirli bir hareketi, vasat bir

²⁵ EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, s. 28; İMRE, Zahit, Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1980 (İMRE, Giriş), s. 331; AYAN, Mehmet, Medenî Hukuka Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Konya 2009, s. 142 (AYAN, Medenî).

²⁶ OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami, Medenî Hukuka Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2002, s. 155; ZEVKLİLER, Aydın, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1995, 121.

²⁷ OĞUZMAN/BARLAS, s. 39.

²⁸ AYHAN, s. 204; ÜNAL (II), s. 55.

şahıstan daha fazla özen gösterme gereğini, ticarî hayatın gereklerini iyi bilmeyi ve gelecekteki şartları tahmin etmeyi de ifade etmektedir²⁹.

İyiniyetin varlığı için gereken ilk şart, hakkın geçerli olarak kazanımına ve sonuçlarını meydana getirmesine engel olan bir durumun varlığını bilmeme veya yanlış bilmedir³⁰. Bir kişinin hakkı kazanırken kazanımına engel durumu bilmemesi veya yanlış bilmesi mazur görülebilen bir bilgisizlik hali ise onun iyiniyeti korunur. Fakat tacir, hakları kazanırken ve borç altına girerken tacir olmayan kimselere nazaran çok daha fazla tedbirli olmak ve ticarî hayatın gereklerini bilmek ve araştırmak zorundadır. Ticarî hayatına ilişkin bir hususu bilmediği gerekçesiyle iyiniyetli olduğunu iddia etmesine TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) hükmü engel teşkil etmektedir. Buna karşılık, tacir olmayanların ticarî hayatın gereklerini bilmesi ve araştırmaları beklenemez. Ticarî hayata ilişkin bir hususu yanlış bilmesi veya bilmemesi onun iyiniyetinin korunmasına engel değildir³¹. İkinci şart, iyiniyetin korunabilmesi için bilmeme veya yanlış bilme kişinin kendi kusurundan ileri gelmemelidir. Bunun yanında bilmeme veya yanlış bilme kanundan doğan bilme yükümlülüğüne (kanunen ilanı zorunlu olan konular ve aleniyet ilkesine bağlı olarak tutulan siciller) ilişkin olmamalıdır. Bu durumlarda, kişinin bilgisizliği veya yanlış bilmesi mazur görülemez³².

İyiniyet kurallarının, basiretli bir işadamı gibi hareket etmek zorunda olan tacirlere uygulanmasında en önemli fark, bilmeme veya yanlış bilmenin mazur görülebilir olmasında ortaya çıkmaktadır. Tacir olmayan kişilerin bilgisizliğinin veya yanlış bilmelerinin mazur görülebileceği birçok durumlarda, tacirlerin bilgisizliği ya da yanlış bilmeleri TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) kapsamında mazur görülemez³³. Örneğin, müteahhit yapımını üstlendiği bir inşaatta kullanacağı kum ve çakıl gibi malzemelerin nerelerde bulunduğunu,

²⁹ **TANDOĞAN**, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, İstanbul 2010, s. 419; **AYHAN**, s. 204; **ÜNAL (II)**, s. 55.

³⁰ **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 158- 159; **EDİS**, s. 264; **AYAN (Medenî)**, s. 142.

³¹ **ÜNAL (II)**, s.55.

³² **EDİS**, s. 265; **ZEVKLİLER**, s. 123; **AYAN (Medenî)**, s. 143.

³³ **ÜNAL (II)**, s. 56.

bunları nasıl temin etmesi gerektiğini araştırmadan sözleşmeyi yapar ve bu malzemeyi uzak yerlerden getirmek zorunda kalırsa, burada meydana gelen zarar ve masrafları isteyemez. Çünkü bu malzemelerin bulunduğu yerin uzak olduğunu veya fiyatlarını sözleşmeyi yaparken bilmediğini ileri sürerek iyiniyet iddiasında bulunamaz. Müteahhit sözleşmenin kurulduğu sırada basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olup, sözleşmeyi yapmadan önce bu hususları araştırmak ve buna göre yükümlülük altına girmek zorundadır.

2. Dürüstlük Kuralı ve Basiretli Tacir

TMK. m. 2/I'de "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır". Madde hükmüne göre dürüstlük kuralı, "dürüst, namuslu bir insandan beklenen hareket tarzı"nı ifade eder. Dürüstlük kuralı, hakların ve borçların nasıl ve hangi kurallara riayet edilerek kullanılacağını ve nasıl yerine getirileceğini gösterir. Yani, "haklarını kullanan" ve "borçlarını yerine getiren" herkesin dürüst, namuslu bir insan gibi davranması gerektiğini belirtmektedir. Hakların ve borçların içeriğini belirleyen bu kural, herkese yöneliktir. Bu nedenle hem alacaklıya hem de borçluya hitap etmektedir³⁴. Uyulması zorunluluk arz eden bu kurallar, kişilerin şahsi inanç ve ahlaki durumlarından bağımsız olarak onlara dıştan, toplum tarafından kabul ettirilmiştir. Bu kurallar orta zekâlı, normal, makul kimselerin toplum içinde karşılıklı güvene, ahlaka, doğruluğa ve dürüstlüğü dayalı davranışları sonucunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren, herkesçe benimsenmiş kurallar bütünüdür³⁵.

³⁴ **BARLAS**, Nami, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi, İÜHFİM, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, C. LV, Y. 1997, S. 3, s. 192; **OĞUZMAN**, Kemal, Dürüstlük Kuralına Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 407; **UYAR**, Talih, Yargıtay Kararlarında "Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralı" (MK. m. 2/I) ve "Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı" (MK. m. 2/II), Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000, s. 440.

³⁵ **EDİS**, s. 291; **ÜNAL** (II), s. 56; **AYAN** (Medenî), s. 167.

Türk Medenî Kanununda “başlangıç hükümleri” arasında yer alan TMK. m. 2 tıpkı diğer başlangıç hükümleri gibi bir “genel kural”dır. Bu sebeple medenî hukuk dışındaki hukuk dallarında da uygulama alanı bulur³⁶. Bu kurallara uyma zorunluluğu hakları kullanan ve borçları ifa eden herkes için vardır. Tacirler de TMK. m. 2 hükmünde belirtilen “herkes” kavramına dahildir. Tacirler gerek özel gerekse ticarî hayatlarında bu kurallara uymak zorundadırlar. Tacirler aynı zamanda TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) anlamında basiretli bir işadamı gibi hareket etmek zorundadırlar. Burada, tıpkı iyiniyet kurallarında olduğu gibi, tacire, ayrıca bir yük binmekte ve tacir olmayanlara göre vasatın üstünde bir özen gösterme yükümlülüğü getirilmektedir. Yani tacir, ticarî hayatında bir hakkı kullanırken veya bir borcu ifa ederken, yalnızca dürüst, namuslu, makul ve fiilinin neticelerini bilen orta zekâlı bir insanın benzer hadiselerde hareket edeceği şekilde hareket etmekle kalmayıp aynı zamanda kendi ticarî sınıfına dâhil, tedbirli bir tacirin benzer olaylarda takip edeceği şekilde hareket etmek zorundadır³⁷. Dürüstlük kuralının önemi daha Roma hukukundan beri bilinmektedir³⁸. Birçok yabancı kanunlarda, başta Alman Medenî Kanununda (BGB. Art. 226 ve 242) “Treu und Glauben” terimi ile, Fransız Medenî Kanununda ise (CCFr. m. 1382) “bone foi” terimi kullanılarak dürüstlük kuralına maddeleri arasında yer vermişlerdir³⁹. Fakat hiçbir kanun dürüstlük kuralına TMK. m. 2 kadar kapsamlı bir uygulama alanı tanımamıştır. Türk hukukunda dürüstlük kuralı, tüm hakların kullanılmasının sınırını

³⁶ EDİS, s. 294; UYAR, s. 440; AYAN (Medenî), s. 168.

³⁷ ÜNAL (II), s. 57.

³⁸ Bizim hukukumuzda hüsünüyet tabiriyle ifade etmek istediğimiz bu mefhum Roma hukukunda sadakat, emniyet itimat manasında kullanılan “fides” ten gelmektedir. Romada “fides” kelimesine “bona” sıfatının ilavesi ile içeriğinde hiçbir değişiklik yapılmış olmamaktadır. (UMUR, Ziya, Roma Hukukunda İktisabî Müruruzamanda Hüsünüyet, İstanbul 1956, s. 7-8). Ahlaki manası ile “bona fides” dürüst ve namuslu bir kimsenin hareket tarzı ile hareket etmek demektir (UMUR, s. 54).

³⁹ Alman Medenî Kanunu § 242 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FIKENTSCHER, Wolfgang/ HEINEMANN, Andreas, Schuldrecht, 10. Aufl. Berlin 2006, s. 114 vd.; EDİS, s. 324; BARLAS, s. 193; ZEVLİLER, s. 133.

çizmek suretiyle hakların kapsamını belirler. Bu hakların sözleşmeden ya da kanundan doğmuş olması bakımından bir fark yoktur⁴⁰.

Türk hukukunda, dürüstlük kuralı, ilk uygulama alanını “hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesi”nde bulur. Burada kanun koyucu, kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken kişisel eğilimlerle, kişisel duygu ve düşüncelerle ve kişisel menfaatlerle hareket etmelerini önlemek istemiştir. Örneğin uygun olmayan zamanda (gece yarısı) ve uygun olmayan bir biçimde edimi yerine getirme (alacaklıya fırlatma) durumunda olduğu gibi. Kişiler haklarını iyi kullanacak, kanunen korunmayan menfaatlerin gerçekleştirilmesine hizmet ettirilmeyecektir⁴¹. Dürüstlük kuralının kanunları yorumlarken ve tamamlarken hâkimlere yol gösterici bir özelliği de mevcuttur⁴². Diğer bir uygulama alanı da irade açıklamalarının ve hukukî işlemlerin yorumlanmasında, tamamlanmasında ve değişen şartlara uyarlanmasında söz konusudur. Sözleşmelerin yeni şartlara uyarlanmasına emprevizyon teorisi de denilmektedir.

II. EMPREVİZYON TEORİSİ

A. GENEL OLARAK

Hukukî işlemlerde, özellikle sözleşmelerde tarafların iradelerini açıklamak üzere kullandıkları ifadeler her zaman açık seçik olmayabilir. Her iki taraf bu ifadelere aynı anlamı vermeyebilir. İrade açıklamalarının çok genel veya elastiki bir surette ifade edilmiş olmaları dolayısıyla hukukî işlemlerden tarafların hak ve borçlarının içerik ve kapsamı açık olarak anlaşılabilir⁴³. Böyle bir durumda hâkimin yoruma başvuracağı ve tarafların asıl amaçlarının ne olduğunun hâkim tarafından araştırılacağı, BK. m. 18 (TBK. m. 19)’da düzenlenmiştir. İşte hâkim tarafların iradelerinin yöneldiği ortak amacı araştırırken ona yol

⁴⁰ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 177.

⁴¹ EDİS, s. 314; AYAN (Medenî), s. 168-169; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 178.

⁴² OĞUZMAN/BARLAS, s. 177; AYAN (Medenî), s. 169; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 178.

⁴³ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008; s. 423; ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s. 33; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 179; ZEVKLİLER, s. 137.

gösterecek ana ilkelerin başında dürüstlük kuralı gelir⁴⁴. Dürüstlük kuralı gereğince herkesin verdiği sözde durması, özellikle bir hukukî işlem ya da bir sözleşmede üstlendiği yükümlülüklerine uygun davranması ve onları yerine getirmesi gerekir. Bu prensibe “Ahde Vefa (Pacta Sunt Servanda) prensibi denir. Herkes sözleşme ile verdiği sözde durmalı ve sözleşme yapıldıktan, bir takım haklar ve yükümlülükler doğduktan sonra, tarafların özel durumlarında ortaya çıkan değişikliklere bakılmamalıdır. Yani taraflar değişikliklere rağmen, kendileri için zor da olsa verdikleri sözü yerine getirmelidirler⁴⁵.

Sözleşmenin yapılmasından sonra, yapıldığı zamana göre durumunda herhangi bir değişiklik olmadığı veya değişikliğin pek önemli bulunmadığı hallerde, ahde vefa prensibinin uygulanması, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaz. Ancak hal ve şartlar, dürüst, namuslu kimselerin dahi önceden öngöremeyecekleri şekilde olağanüstü ve objektif bazı sebepler dolayısıyla önemli derecede değişirse, borçludan hala sözleşme hükümlerine uygun olarak edimini yerine getirmesini istemek, dürüstlük kurallarına aykırı olur⁴⁶. Bu sebeple bizzat kanun koyucu sözleşmenin yapılması sırasında öngörülemeyen sebepler nedeniyle şartlardaki değişimlerin tarafların edimlerini kısmen ya da

⁴⁴ **KAPLAN**, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, s. 59; **EREN**, s. 426.

⁴⁵ **GÜRSOY**, Kemal Tahir, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950, s. 7; **GÖNENSAY**, A. Samim, Mukavelelerin Hâkim Tarafından Tadil veya Feshi, Cemil Birsel Armağanı, 1939, s. 163; **ZEVKLİLER**, s. 137; **ARAT**, s. 51.

⁴⁶ YHGK. 19.2.1997 tarih, 1996/11- 762 E. ve 1997/ 77 sayılı kararına göre, “ahde vefa ilkesine göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlere riayet olunmalıdır. Sözleşmeye bağlılık ilkesi hukukî güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden birisidir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde, edimler arasında mevcut olan denge şartların olağanüstü değişimiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. Buna göre, akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse, artık taraflar sözleşme ile bağlı olmamalıdır” (YKD. C. 23, S. 5, Mayıs 1997, s. 681- 682); **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 181; **EDİS**, s. 312-313.

tamamen etkilediğini kabul edip, sözleşmenin bu öngörülemez yeni şartlara uyarlanmasını öngörmüştür⁴⁷.

Tarafların yapmış oldukları sözleşmede önceden görülmesi mümkün olmayan önemli değişikliklerin meydana gelmesi durumunda, borçludan sözleşmeye uygun olarak borcunu aynen yerine getirmesini istemek, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Hâkim, dürüstlük kuralları gereğince sözleşmeyi yeni şartlara uydurmak için değiştirebilmeli ya da gerekiyorsa feshedebilmelidir. Bu ilkeye “Clausula Rebus Sic Stantibus” denir⁴⁸. Bu ilke uzun süreli sözleşmelerde, sözleşmenin yapılmasından sonra hal ve şartlarda meydana gelen ve taraflarca önceden öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü değişiklikler yüzünden taraflar arasındaki dengenin bozulması durumunda uygulanır⁴⁹. Borçlunun kişiliğinde meydana gelen değişiklikler, örneğin borçlunun iflas etmesi, işyerinin yanması hatta ölmesi bu ilkenin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Yani meydana gelen değişiklik hem objektif genel nitelikte hem de dürüst ve namuslu bir kimse için edimini yerine getirmeyi imkânsız kılacak derecede önemli olmalıdır⁵⁰. İşte böylesi durumlarda hâkimin sözleşmeyi yeniden gözden

⁴⁷ EDİS, s. 313; AYAN (Medenî), s. 173- 174.

⁴⁸ AYAN (Medenî), s. 174; YHGK. 7.5.2003 tarih, 2003/13-332 E. ve 2003/340 sayılı kararına göre, beklenmeyen hal (Emprevizyon) kuramının açıklanması şöyle yapılmaktadır. “*Akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmişse taraflar akide bağlı olmamalıdır. Buna "Clausula Rebus Sic Stantibus" (Beklenmeyen Hal Şartı) denmektedir. Bu görüş öğretide "Emprevizyon Teorisi" adıyla anılmaktadır. Öğreti de, sözleşmenin yapıldığı zamandaki durumların değişmemesi, sözleşmenin örtülü (zımni) şartıyla yapıldığı varsayılır*” (İKİD. Y. 43, S. 515, 2003, s. 2197).

⁴⁹ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 182; ÜNAL (II), s. 59; GÖNENSAY, s. 163; ARAT, s. 53.

⁵⁰ YHGK. 7.5.2003 tarih, 2003/13- 332 E. ve 2003/ 340 sayılı kararına göre, “*Uyarlamanın anlatılan hukuku tanımından sonra şimdi, sözleşmeye müdahale için, gerekli olan esaslara değinelim; Sözleşme kurulduktan sonra ifası sırasında ortaya çıkan olaylar olağan üstü ve objektif nitelikte olmalıdır. Yine değişen hal ve şartlar nedeni ile tarafların yüklendikleri edimler arasındaki denge aşırı ölçüde ve açık biçimde bozulmuş olması şarttır. Uyarlama isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasına kendi*

geçirerek sözleşmeden doğan yükümlülükleri yeni hal ve şartlara uydurmasını kabul eden teoriye “Emprevizyon (öngörülmezlik) Teorisi” denir⁵¹. Gerek ahde vefa ilkesi gerekse emprevizyon teorisi tacirler için de geçerlidir. Ancak TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) hükmü tacirlere bu prensiplere ek olarak “basiretli işadamı gibi hareket” prensibini de getirmektedir. Bu prensibin getirdiği yükümlülük yalnızca bir özen ölçüsü olmamaktadır. Yani bu hükmün kapsamına, kanunun belirttiği borç ve yükümlülükler yanında basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğünün getirdiği borçlar da girer. Örneğin, tacirler piyasanın hal ve gelecekteki durumunu göz önünde tutmak, tedbirli davranmak zorundadırlar. Basiretli bir tacirin akdi yaparken fiyat yükselmelerini tahmin etmesi ve ona göre akdi yapması ya da borç altına girmesi lazımdır. Tacir olmayanlara ise, dürüstlük kuralları gereğince böyle bir mükellefiyet yüklenemez. Tacir olmayanların sadece namuslu, dürüst hareket etmeleri yeterlidir. Bir tacir gibi piyasanın hal ve şartlarını ve geleceği tahmin etmeleri beklenemez⁵².

B. ŞARTLARI

Önceden öngörülemeyen, beklenmeyen haller nedeniyle sözleşme şartlarının değişmesi ve edimler arasındaki dengenin bozulması üzerine, taraflar hâkimden sözleşmeye müdahale etmesini isteyebilirler. Bu durumda hâkim takdir yetkisine dayanarak iki şekilde karar verebilir. Birincisi, şartlar müsait olduğu takdirde, sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanması, ikincisi ise, şartların uyarlamaya elverişli olmaması halinde sözleşmenin feshedilmesidir. Türk hukukunda sözleşmeleri ayakta tutmak kural olup, feshetmek istisnadır. Bu nedenle, hâkimin önce

kusuru ile sebebiyet vermemelidir. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden öngörülebilir; beklenebilir; olağan ve hesaba katılabilen nitelikte olmamalı veya olaylar, öngörülebilir olmakla beraber bunların sözleşmeye etkileri kapsam ve biçim bakımından bu derece tahmin edilmelidir” (İKİD. Y. 43, S. 515, 2003, s. 2197).

⁵¹ AKİPEK/AKINTÜRK, s. 182; ZEVKLİLER, s. 138.

⁵² ÜNAL (II), s. 59.

sözleşmeyi değişen şartlara uyarlaması yönünde takdir hakkını kullanması daha yerinde olur⁵³.

Sözleşmenin niteliği ve somut olayın özellikleri sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına imkân veriyorsa ve taraflar arasında adil bir risk dağılımının sağlanması mümkün olacaksa taraflardan birinin istemi üzerine hâkim sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uyarlamalıdır. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ise, borçlunun ediminde bir indirime gidilmesi ya da alacaklının ediminin artırılması şeklinde olabileceği gibi, bu iki durumun birlikte uygulanması da söz konusu olabilir. Ayrıca hâkim, sözleşmede kararlaştırılan edimden başka bir şeyin verilmesine veya yapılmasına da karar verebilir⁵⁴. Hâkimin sözleşmeye müdahale ederek sözleşmeyi yeni şartlara uyarlaması, özel ve istisnaî bir durumdur. Bu nedenle hâkimin sözleşmeye müdahalesi ancak belirli şartların bir arada bulunmasına bağlıdır.

1. Şartların Sözleşme Kurulduktan Sonra Değişmiş Olması

Sözleşmenin uyarlanmasından söz edilebilmesi için bir arada bulunması gereken şartlardan ilki, sözleşmenin kurulması anında mevcut olmayan ancak, sözleşme kurulduktan sonra onun ifası sırasında ortaya çıkan ve sözleşmenin devamlılığı bakımından belirli bir öneme sahip olan hal ve şartlarda önemli değişikliklerin söz konusu olmasıdır⁵⁵. Sadece şartların sonradan değişmesi yeterli değildir, meydana gelen bu değişikliklerin “olağanüstü” ve “objektif” nitelikte olması da gereklidir.

2. Değişiklik Genel, Objektif ve Olağanüstü Nitelikte Olmalıdır

Burada “olağanüstü” terimi ile kastedilen, hayatın olağan akışına göre karşı konulamayan, beklenmedik ve önceden sezilemeyen durumlar ifade edilmektedir. Örneğin, savaş, ambargo, ekonomik kriz, ani ve aşırı enflasyon, para değerinin aşırı derecede düşmesi (devalüasyon), su

⁵³ **BAYKAL**, Murat, Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Sorunu ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, **BATIDER**, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, s. 235.

⁵⁴ **EREN**, s. 441; **BAYKAL**, s. 236.

⁵⁵ **AKINCI**, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 5. Baskı, Konya 2011, s. 114; **ARAT**, s. 95; **BAYKAL**, s. 237.

baskını ve deprem gibi durumlar. Bir olayın “objektif” nitelik taşıdığından bahsetmek içinse bu olayın dış etkenlerle ve tarafların iradeleri dışında meydana gelip genel nitelikte olması, etkilerini taraflar üzerinde göstermesi ve herhangi bir kimse tarafından alınacak tedbirle de önüne geçilmesinin mümkün olamaması gereklidir. Doktrinde hâkim olan görüşün aksine değişikliğin olağanüstü nitelikte olmasının gerekli olmadığını savunan yazarlarda vardır. Bu görüşe göre, olağanüstü nitelikte olmayan değişiklikler de diğer şartların bir arada bulunması şartıyla uyarlamaya imkân verebilmektedir⁵⁶. Taraflardan sadece birisini etkileyen değişiklikler ise genel ve objektif nitelikte kabul edilemez. Örneğin, taraflardan sadece birinin işyerinin yanması ya da sağlık durumunun bozulması gibi. Bu durumda sözleşmenin yeni baştan gözden geçirilmesi gerekmez⁵⁷.

3. Taraflar Arasındaki Denge Aşırı Biçimde Bozulmuş Olmalıdır

Taraflar, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karşılıklı menfaatlerini ve edimler arasındaki dengeyi göz önünde tutarak sözleşmeyi meydana getirirler. Sözleşmenin kurulduğu sırada tarafların edimleri arasında mevcut olan ekonomik denge, daha sonra meydana gelen objektif ve genel nitelikteki değişiklikler nedeniyle, aşırı biçimde bozulmuşsa, sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanması gerekir. Uyarlama istenebilmesi için, edimler arasında bozulan dengenin “aşırı” ve “açık” olması gerekir⁵⁸. Değişen hal ve şartlar nedeniyle edimler arasında oluşan bu aşırı ve olumsuz dengesizliğin, mutlaka borçlunun yıkımına sebep olması veya onun sömürülmesine yol açması artık aranmamakta, sadece edimler arasında açık ve büyük dengesizliğin varlığı yeterli görülmektedir. Değişikliğe karşın borçlu borcunu sıkıntıya düşmeden yerine getirebilecekse artık sözleşmenin yeni baştan gözden geçirilmesi gerekmez⁵⁹.

Karşılıklı sözleşmelerde, önceden kestirilemeyecek gelişmeler yüzünden sözleşmenin temelini oluşturan olguların esaslı bir şekilde

⁵⁶ SEROZAN, s. 225; ARAT, s. 96 vd.

⁵⁷ KAPLAN, s. 148; ZEVLİLER, s. 138.

⁵⁸ GÜRİSOY, s. 91; AKINCI, s. 115; ARAT, s. 114- 115; KAPLAN, s. 149.

⁵⁹ KAPLAN, s. 149; ZEVLİLER, s. 139; ARAT, s. 114.

değişmesi, edimler arasındaki dengenin şartlardaki olağanüstü değişiklik nedeniyle altüst olması, borcun ifasının güçleşmesi durumunda “işlem temelini çökmesi” hali gündeme gelmektedir⁶⁰.

Almanya’da 2002 yılı başında yürürlüğe giren ve BGB. § 313’de benimsenen görüşe göre, eğer sözleşmenin temelini oluşturan olgular esaslı olarak değişmişse ve taraflar gelişmeleri baştan öngörebilselerdi sözleşmeyi değişik koşullarda kuracakları söylenebilir, ayrıca beklenmedik gelişme yüzünden sözleşmeye olduğu gibi katlanmak taraflardan biri için artık çekilmez bir hâle gelmişse ve taraflardan sözleşmeye aynen bağlı kalmaları beklenemiyorsa bu halde “uyarlama”, olmazsa son çare olarak dönme veya fesih yoluna gidilebilir⁶¹. Örneğin, sürekli bir sözleşmede, kararlaştırılan bedelin önemli bir kısmını oluşturan petrol fiyatı bir savaş krizi yüzünden üç-beş kat artarsa, borçlunun borcunu ifa etmesinin aşırı derecede güçleştiği ve edimin olduğu gibi yerine getirilmesinin borçludan beklenemez olduğu durumlarda, dürüstlük kuralı göz önünde tutularak, işlem temelini çöktüğünden bahisle, sözleşmelerin değişen duruma uyarlanması gerektiği söylenebilir⁶².

4. Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uydurulmasını Gerektiren Durumlar

a. Sözleşmede veya Kanunda Değişen Hal ve Şartlara Uyarlamaya İlişkin Bir Kayıt veya Hüküm Bulunmamalıdır

Sözleşmelerde, tarafların ilerde meydana gelebilecek değişiklikleri önceden tahmin ederek, edimler arasındaki dengeyi bu durumda dahi koruyacak bir takım tedbirler almaları ve bu amaçla sözleşmeye bazı kayıtlar koymaları mümkündür. Taraflarca konulan kayıtlar sayesinde, ilerde şartlar değiştiği takdirde ne şekilde hareket

⁶⁰ SEROZAN, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, s. 259; ZEVKLİLER, s. 138.

⁶¹ BGB. § 313 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SCHMIDT- RÄNTSCH, Jürgen/ MAIFELD, Jan/ MEIER- GORING, Anne/ ROCKEN, Matthias, Das Neue Schuldrecht, Recht und Praxis im Zivilrecht, Einführung- Texte- Materialien, Köln 2002, s. 328 vd.; FIKENTSCHER/ HEINEMANN, s. 126 vd.; SEROZAN, s. 265; ARAT, s. 86 vd.

⁶² SEROZAN, s. 260; BAYKAL, s. 240.

edileceği ve sözleşme ilişkisinin hangi koşullarla devam edeceği konusuna da bir açıklık getirilmiş olmaktadır. Örneğin, altın, döviz ve toptan eşya değer kayıtları, kredi sözleşmelerinde yer alan ve bankaların sözleşmelerdeki faiz oranlarını tek taraflı olarak artırıp azaltabileceklerini hükme bağlayan kayıtlar, uyarlama kayıtları olarak nitelendirilmektedir⁶³. Taraflar, sözleşmeye olumlu uyarlama kayıtları koyabilecekleri gibi, olumsuz uyarlama kayıtları da koyabilirler. Taraflar olumlu uyarlama kayıtları ile şartların değişmesi halinde sözleşmenin bu şartlara nasıl uydurulacağını, olumsuz uyarlama kayıtları ile de şartlar sonradan değişse bile artık sözleşmenin değişen şartlara uyarlanamayacağını kararlaştırabilirler⁶⁴. Tarafların koydukları uyarlamaya ilişkin bu kayıtlar hâkimi bağlar. Hâkim sözleşmedeki uyarlama kayıtlarını uygulamakla yükümlüdür. Ancak tarafların sözleşmeye koydukları kayıtlar kesin değildir. Eğer bu kayıtların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağı (TMK.m.2/II) kapsamında değerlendirilebilirse hâkim düzeltme yapabilir⁶⁵.

Sözleşmeye konan bir kayıtla değişen hal ve şartların sorumluluğunu üstlenen kimse, doğruluk ve dürüstlük kurallarına dayanarak sonradan bu sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin, para değerinin düşme riskine karşı sözleşmeye konan altın veya diğer

⁶³ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 237- 238; BAYKAL, s. 246.

⁶⁴ EREN, s. 439; ARAT, s. 126.

⁶⁵ Y. 13. HD. 12.2.1981 Tarih ve 1981/147- 932 Sayılı Kararında “Çözme ve uyarlama konusu, yanlarca sözleşmede öngörülmüş ya da yasa özel bir kuralla düzenlenmiş ise, bu olasılıkta hâkim sözleşmede ya da yasa hükmünü gözetir ve uygular” (KAPLAN, s. 150).

Yine MK. m. 2/II anlamında YHGK’ nun 17.5.2003 Tarih, 2003/13- 332 E. ve 2003/340 Sayılı Kararına göre, “Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK. m. 2/II hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılmasını manasına gelebilir” (İKİD, Y. 43, S. 515, s. 2197)

kayıtlarının geçersiz olduğu ileri sürülemez⁶⁶. Taraflar, sözleşmeye koyacakları böyle bir kayıtla, para borcunu muayyen bir miktar olarak değil, bir miktar altın veya döviz karşılığının tutarı olarak tayin ederler. Mesela, para borcu, 100 dolar karşılığı olarak kararlaştırılmış ise, vade tarihinde 100 doların karşılığı kaç lira tutuyorsa, o miktar para ödenecektir⁶⁷.

b. Değişen Hal ve Şartların Ortaya Çıkmasında İlgili Tarafın Kusuru Bulunmamalıdır

Burada söz konusu olan kusur, somut olayda borçlunun iyi ve dürüst biri gibi hareket edip etmediğinin değerlendirilmesi neticesinde varılacak bir yargıyı ifade eder⁶⁸. Bu değerlendirmede, özellikle TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II)' de ele alınan “basiretli bir iş adamı gibi hareket etme” ilkesi göz önüne alınmaktadır. Burada, hâkimden sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanmasını isteyen tarafın, değişen hal ve şartların ortaya çıkmasında kendi kusurunun olmaması gerekir⁶⁹. Başka bir deyimle, değişen hal ve şartların ortaya çıkmasında kusurlu olan taraf, değişen durumlar nedeniyle kendi ediminin güçleştiğini ileri sürerek sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep edemez⁷⁰. Yine şartlardaki değişikliğe kendisi sebep olmasa bile, bu değişiklikten etkilenmemek için gerekli tedbirleri almayan kişi de kusurlu sayılır. Örneğin, durumun daha fazla ağırlaşmasını önlemek için gereken tedbirler alınmamışsa, başka sözleşmeler nedeniyle ifa hazırlıkları ihmal edilmişse, alacaklı borçlunun vaktinde ifasına imkân vermemişse veya istisna sözleşmesinde borçlu durumunun ağırlaştığını alacaklıya haber

⁶⁶ Y. 13. HD. 26.11.1982 Tarih ve 1982/ 6168- 7189 Sayılı Kararında, “Kira sözleşmesindeki, her ay 30 gram 24 ayar altın kaydının, altın fiyatlarında artış nedeniyle yeni duruma uyarlanıp uyarlanmaması gerektiğini hükme bağlamıştır” (YKD. Y. 1983, C. 9, S. 4, s. 563).

⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 239.

⁶⁸ AKINCI, s. 115; GÜRSOY, s. 153; ARAT, s. 135.

⁶⁹ YHGK, 17.5.2003 Tarih, 2003/13- 332 E. ve 2003/340 Sayılı Kararına göre “uyarlama isteyen davacı fevkalade hal ve şartların çıkmasında kendi kusuru ile sebebiyet vermemelidir” (İKİD, Y.43, S. 515, s. 2197); GÜRSOY, s. 153; BAYKAL, s. 250.

⁷⁰ GÜRSOY, s. 153; KAPLAN, s. 152.

vermemişse kusurlu olduğu söylenebilir⁷¹. Söz konusu şart, kredi sözleşmeleri ve kira sözleşmeleri bakımından incelendiğinde, kredi borçlularının ve kiracıların uyarılma talep etmeleri durumunda bu şartın gerçekleşmiş olduğunu ileri sürmeleri mümkün olabilecektir. Ülke ekonomisindeki kriz ve 1994 yılı başlarından itibaren gerçekleştirilen bir dizi devalüasyon neticesinde değişen hal ve şartlardan sözleşme taraflarının etkilenmeleri doğal olmakla birlikte, söz konusu hal ve şartlar ile gerek kredi borçlularının gerekse de kiracıların bir ilgisi bulunmadığı, bu durumun meydana gelmesinde bunlara bir kusur yüklenemeyeceği ortadadır. Müşterilerine kredi kullandıran bankalar ve kredi borçluları, başlangıçta sözleşme kurulurken enflasyon riskini göz önüne almak ve TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) uyarınca hareket etmek durumundadırlar.⁷²

c. Edimler Henüz İfa Edilmemiş Olmalıdır

Beklenmeyen hallerin varlığı nedeniyle, sonradan meydana gelen olağanüstü değişiklikler sonucu edimin ifasının büyük ölçüde ağırlaşması durumunda, edimler arasındaki denge aşırı ölçüde bozulmuş olmakla beraber, borç halen ifa edilebilir niteliktedir. Ancak, değişikliklerden etkilenen tarafın, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını talep edebilmesi için kural olarak, edimini ifa etmemiş olması gerekir. Şayet borçlu, edimin ifasından sonra uyarılma istemişse bu halde ifada bulunmakla, onu yerine getirme gücünde olduğunu dolaylı olarak kabul etmiş demektir⁷³. Yine, hal ve şartlardaki değişiklikten önce ifa edilmiş ve böylece ortadan kalkmış sözleşmelerde uyarılma talep edilemez. Ancak, edimin bir bölümü ifa edilmişse, ifa edilmeyen kısım için uyarılma talep edilebilir. Edimin ihtirazî kayıtla ifa edilmesi durumunda da uyarılma talep edilmektedir⁷⁴.

⁷¹ GÜRSOY, s. 154; ARAT, s. 136.

⁷² BAYKAL, s. 251.

⁷³ GÜRSOY, s. 149; AKINCI, s. 115; KAPLAN, s. 155; ARAT, s. 123.

⁷⁴ KAPLAN, s. 155; BAYKAL, s. 257; ARAT, s. 123.

III. EMPREVİZYON TEORİSİNİN BASİRETLİ TACİRE ETKİLERİ

A. BERCUN İFASINDA BASİRET

İfa, sözleşmede borçlanılan edimin tam ve doğru olarak yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesi şeklinde tarif edilebilir⁷⁵. Tam ve gereği gibi bir ifa ile borçlu borcundan kurtulmaktadır. Sözleşmenin ifa edilmemesi ise, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesini ifade eder⁷⁶. Borcun hiç yerine getirilmemiş olması halinde ya borcun ifası imkânsızlaşmıştır ya da borcun ifası mümkün olduğu halde ifa edilmemiştir (borçlunun temerrüdü). Borcun ifası mümkün olduğu sürece, borçlu, borcunu ifaya ve alacaklı da kendisi için külfet olan ifaya iştirak eylemini yerine getirmeye zorludur⁷⁷. Burada, basiretli tacir açısından önem arz eden husus, borcun ifasının mümkün olduğu haller ile, BK. m. 20 (TBK. m. 27) hükmünde belirtilen “başlangıçtaki imkansızlık” değil, BK. m. 96 (TBK. m. 112) hükmünde belirtilen “kusurlu imkansızlık” ve BK. m. 117 (TBK. m. 136) hükmünde belirtilen “kusursuz imkansızlık” halleridir.

İmkânsızlık, edimin maddi ya da hukukî sebepten dolayı yerine getirilmesinin mümkün olamamasıdır⁷⁸. Edimin yerine getirilmesi imkânsızlaşmış ise, artık borçlunun borcunu aynen ifa etmesi beklenilemez⁷⁹. BK. m.117/I (TBK. m. 136/I) hükmüne göre, “*Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur*”. Burada, borçlunun sorumlu tutulmasını gerektirmeyen ve sonradan ortaya çıkan bir imkânsızlık sebebiyle ifanın yapılamaması

⁷⁵ **AYAN**, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2010, s. 279 (AYAN, Borçlar); **AKINCI**, s. 201; **EREN**, s. 867; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 196.

⁷⁶ **YALMAN**, Süleyman, Türk- İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 32; **AKINCI**, s. 225; **EREN**, s. 1003.

⁷⁷ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 293; **AKINCI**, s. 215.

⁷⁸ **ALTUNKAYA**, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s. 88; **AKINCI**, s. 226; **YALMAN**, s. 29.

⁷⁹ **DURAL**, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s. 124; **AYAN** (Borçlar), s. 299; **AKINCI**, s. 226.

hükme bağlanmıştır⁸⁰. Bu hükme göre, eğer borçlu kusursuz ise, borçlunun borcu sona erer⁸¹. Diğer taraftan BK. m. 96 (TBK. m. 112) hükmü de sonraki imkânsızlığı düzenlemiştir. Fakat bu imkânsızlık borçlunun sorumlu bulunduğu bir imkânsızlıktır. Borcun ifa edilmemesinden borçlunun sorumlu tutulabilmesi için BK. m. 96 (TBK.

⁸⁰ YHGK, 18.04.1984 tarih, 1984/139 E. ve 1984/426 sayılı kararına göre, “BK.nun 117. maddesi anlamında bir imkânsızlığın mevcudiyetinin kabul edilebilmesi için üç koşulun birlikte var olması gerekmektedir. Bunlar da: imkânsızlığı doğuran olay veya durumun sonradan meydana çıkması; bunun önceden tahmin edilemez ve önlemez olması; bu imkânsızlığının doğumuna borçlunun kendi fiilî (kusuru) ile sebebiyet vermemiş bulunması koşullarıdır. Davalının savunduğu gibi olay tarihinde, Türk İthalat Rejimi gereği, Maliye Bakanlığı tahsis yapmadıkça döviz transfer edilmemektedir. Nitekim, olayda da sözleşmedeki hükme rağmen, Maliye Bakanlığı sonradan ve borcun ifası gerektiği sırada döviz transferine müsaade etmemiştir. Ancak, maliye Bakanlığı'nun bu yetkisi sözleşmenin yapıldığı tarihte de vardı, ifa zamanında da mevcuttu; ne Maliye Bakanlığı'nun yetkilerinden sonradan bir değişiklik yapılmış, ne de herhangi bir yeni mevzuat buğday ithalatını yasaklamıştır. O halde, olayda, sonradan çıkmış bir imkânsızlıktan söz etmek olanaksızdır.

Maliye Bakanlığı'nun döviz tahsis etmemesi bir imkânsızlık olarak kabul edilse dahi, bu imkânsızlığın doğumuna davalı TMO. kendi fiilîyle (kusuruyla) sebebiyet vermiştir. Şöyle ki, yukarıda değinildiği, gibi, Türk ithalat rejimini ve Maliye Bakanlığı'nun döviz tahsis edip etmeme hususundaki yetkilerini bilen davalı TMO, buna karşı gerekli tedbirleri alabilir, daha önceki sözleşmelerde olduğu gibi döviz tahsisini daha önceden yaptırabilir veya hiç olmazsa, daha sonraki sözleşmede yaptığı gibi, ithalatı yetkili merciin döviz tahsisi şartına bağlayabilirdi. Gerekli tedbirleri almadan borç altına giren kimsenin, alabileceği tedbirlerin önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması, kabul edilebilecek bir durum değildir. O halde, olayda, BK. nun 117. maddesi anlamında bir imkânsızlıktan veya kusursuz bir imkânsızlıktan söz etmek olanaksızdır” (YKD, Y. 1985, C. 11, S. 3, s. 326).

⁸¹ Y. 13. HD. 16.4.1996 Tarih, 1996/3653 E. ve 1996/3920 sayılı kararına göre, “borç ilişkisinin kurulmasından sonra borçlunun kusuru olmaksızın borç imkânsızlaşmışsa, bu durumda borç sona erer. Bu halde BK. m. 117/I de anlamını bulan imkânsızlık söz konusu olur” (YKD. C. 22, S. 7, Temmuz 1996); AKINCI, s. 227; OĞUZMAN/ÖZ, s. 445; YALMAN, s. 30; DURAL, s. 124; ALTUNKAYA, s. 107.

m. 112) hükmüne göre “borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmelidir”. Yani borçlu, kusursuz olduğunu ispat etmelidir⁸². Her iki imkânsızlık da mücbir sebebe veya umulmayan hale bağlanabilir. Ancak imkânsızlığı sadece bu hususlara bağlamak da doğru değildir. Bu prensiplere göre, önemli olan bir taraftan kusur kavramı, diğer taraftan da kusursuzluğun nasıl ispat edileceğidir.

Borçlu, borca aykırı sonucu bilerek isteyerek veya bu sonucu dikkate alarak hareket ettiği ya da borca aykırı sonucu önlemek için gerekli özeni göstermediği takdirde kusurludur⁸³. Borca aykırı sonucu bilerek ve isteyerek ya da sonucunu göze alarak hareket ettiği zaman kast, gerekli özeni göstermediği zaman ihmal söz konusu olur⁸⁴.

Borçlunun sorumluluğu için kusurun derecesi önemli değildir. Her nevi kusur borçlunun sorumlu tutulmasına yeter (BK. m. 98/I; TBK. m. 114/I). BK. m. 98/I (TBK. m. 114/I)’de ifade edildiği üzere, “...iş borçlu için bir faideyi mucip olmadığı surette, mesuliyet daha az şiddette takdir olunur”. Kaldı ki, kanun, sorumluluk için istisnaen bazı hallerde borçlunun kastını veya ağır kusurunu şart kılmıştır (mesela BK. m. 243; TBK. m. 294). Bunun dışında, kusur derecesi, tazminat miktarının tayini ve sorumluluğu daraltan anlaşmaların geçerliliği açısından önem taşır⁸⁵. Borçlunun gerekli özeni göstermiş olup olmadığı kanun, sözleşme hükümleri ve dürüstlük kuralı göz önünde tutularak her olayın özelliklerine göre fakat objektif olarak tayin edilir⁸⁶.

Kanun, bazı hallerde borçlunun, göstermesi gereken bu özeni, kendi işlerinde göstermesi gereken özen olarak sübjektif esasa tabi tutmuştur. Çoğu zaman bu ölçü, borçlunun objektif olarak kusurlu sayılmasını gerektirirken, sübjektif olarak kusurlu sayılmamasına neden

⁸² OĞUZMAN/ÖZ, s.354; YALMAN, s. 30; DURAL, s. 133.

⁸³ DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre, Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, s. 49; İMRE, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949 (İMRE, Kusursuz Mesuliyet), s. 24; ÜNAL (IV), s. 47; OĞUZMAN/ÖZ, s.355.

⁸⁴ AYAN (Borçlar), s. 210; OĞUZMAN/ÖZ, s. 343.

⁸⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 356; YALMAN, s. 30; ALTUNKAYA, s. 139.

⁸⁶ AYAN (Borçlar), s. 210; OĞUZMAN/ÖZ, s. 356.

olmaktadır⁸⁷. Buna rağmen tacir için durum farklıdır. Çünkü basiretli bir iş adamı gibi hareket etme mükellefiyeti, tacirin göstermesi gereken özen ölçüsünü ağırlaştırmaktadır. Yani, BK. m. 96 (TBK. m. 112) hükmünde belirtilen kusur kavramı, tacir için daha geniş bir kavramdır. Tacir sıfatını haiz olmayanların kusursuz sayılabileceği birçok durumda tacir kusurlu sayılabilir⁸⁸.

Borçlu, borcun ifa edilmemesinin umulmayan halden, mücbir sebepten veya alacaklı yüzünden (alacaklı temerrüdü) ileri geldiğini ispat ederse kusuru bulunmadığını ispat etmiş olur ve borcun ifa edilmemesinden sorumlu olmaz⁸⁹. Umulmayan hal ve mücbir sebep farklı kavramlar olmakla beraber, kusursuzluğun ispatı bakımından farkın önemi yoktur⁹⁰. Tacirde, sorumluluktan kurtulmak için, ifa imkânsızlığını doğuran olayın, umulmayan hal veya mücbir sebepten meydana geldiğini ispat etmelidir. Bunun yanında tacir, BK. m. 99 (TBK. m. 115) hükmüne göre, sorumluluktan kurtulabilmek için, bu şartı sözleşmede öne sürmüş ise, sorumluluktan kurtulabilir⁹¹. İşte, gerek BK. m. 96 (TBK. m. 112)

⁸⁷ Sübjektif kusur teorisi kusuru failin psikolojik durumuna göre değerlendirilir. Bir davranışın faile kusur olarak yükletilebilmesi için onun fiili işlerken içinde bulunduğu psikolojik ve fikri şartlarını, kişisel yeteneklerini, yetiştirme, eğitim ve öğrenim durumunu, fiziki güçlerini, mesleki becerilerini göz önünde tutmak gerekir. Bu teoriye göre, fail, davranışının zararlı sonucunu önceden görebilip, bundan kaçınma ve başka türlü davranma imkânına sahipken, gerekli iradi çabayı gösterip bunu yapmadığı için kusurludur. Objektif kusur teorisinde ise, davranışın kusurlu olup olmadığı değerlendirilirken, fail değil, objektif bir tip ele alınmaktadır. Bu tip, aynı sosyal grup içinde, aynı şartlar altında yaşayan normal ve makul bir insan tipidir. Bu tipin davranışı, örnek davranış olarak ele alınmakta ve bununla failin davranışı kıyaslanmaktadır. Eğer failin davranışı bu örnek davranıştan sapıyor, ona uymuyorsa, bu sapma kusur olarak nitelendirilmektedir. Buna göre, bireyin kişisel durumu, yetenekleri ve mesleki becerileri yerine, benzer şartlar altında, aynı sosyal grup içinde yaşayan objektif (makûl) bir insan tipinin yetenek, durum ve mesleki becerileri esas alınmaktadır (EREN, s. 552- 553).

⁸⁸ TANDOĞAN, s. 419; OĞUZMAN/ÖZ, s. 356.

⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 357.

⁹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 357.

⁹¹ AKMAN, Galip Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976, s. 100.

gerekse BK. m. 117 (TBK. m. 136) hükmünde belirtilen kusurlu ve kusursuz imkânsızlığın sebebi olan mücbir sebep ve umulmayan halin tacirler için mevcut olup olmadığının belirlenmesinde basiretli iş adamı ölçüsü önem arz etmektedir. Bir tacirin ihmal, kusur veya tedbirsizlikle hareket edip etmediğini tespit için faaliyette bulunan kimsenin üzerine düşen özen derecesini objektif olarak tespit etmek gerekir. Buna rağmen sorumluluk takdir edilirken işin tipik ve özel mahiyeti de göz önünde tutulmalıdır. Basiretli bir tacirin özen derecesi bütün hallerde aynı olmayıp hususi hallere göre değişmektedir. Bir fabrikatörün bilmesi lazım gelen hususlarla bir ithalatçının bilmesi lazım gelen hususlar birbirinden farklılık arz eder. Basiretli bir tacirin özen yükümlülüğü aynı alanda iş yapan bir tacirden ortalama bir ölçünün tatbikinde beklenen özen yükümlülüğüdür⁹². Bundan başka bir olayın mücbir sebep veya umulmayan hâl olabilmesi için, sözleşmenin kurulduğu sırada, öngörülmesi mümkün olmayan bir halin sonradan ortaya çıkmış olması lâzımdır ve bu olay borcun ödenmesini imkânsızlaştırmalıdır. Bu imkânsızlık sonradan meydana gelen bir imkânsızlık olmalıdır. Borçlu imkânsızlığı meydana getiren sebepleri değil, imkânsızlığın meydana gelmesinde kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Başka bir ifade ile BK. m. 96 (TBK. m. 112) hükmüne göre, tacirin kusursuzluğunu ispat için ileri süreceği mücbir sebep veya umulmayan halin tespiti için basiretli iş adamı ölçüsü esas alınmaktadır⁹³.

B. MÜCBİR SEBEP VE UMULMAYAN HALLERDE BASİRET

Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen genel bir davranış normunun ve borcun ihlaline kaçınılmaz bir şekilde yol açan, karşı konulması ve öngörülmesi mümkün olmayan, olağanüstü bir olaydır. Bu elden gelen bütün çarelere başvurulsa bile borçlu tarafından önüne geçilemeyen bir hadiseyi ifade eder. Yani, borçlunun, borcu, ihlal etmesine mutlak olarak kaçınılmaz

⁹² **SUNGUR**, Hasan Halis/ **BORAN**, M. Kamil, Türk Ticaret Kanunu Şerhi ve Tatbikatı ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1957, s. 330.

⁹³ **ÜNAL (IV)**, s. 48; **SUNGUR/BORAN**, s. 332.

şekilde sebep olan, harici, sezilemeyen ve karşı konulamayan olaylardır⁹⁴.

Umulmayan hal ise, borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcu ihlal etmesine sebep olan olaylar olarak ifade edilebildiği gibi⁹⁵, borcun ihlaline kaçınılmaz bir tarzda sebebiyet veren ve akit yapılırken görülmeyen bir olay olarak da tarif edilmektedir⁹⁶. Mesela, bir fabrikada kazan patlanması sonucu çıkan yangın ancak umulmayan hal sayılıp, mücbir sebep teşkil etmezken, yıldırım düşmesi sonucu çıkan yangın mücbir sebep teşkil eder. Görüldüğü gibi, mücbir sebep harici bir olay iken umulmayan hal için böyle bir şart aranmamaktadır⁹⁷. Görülüyor ki, mücbir sebep ve umulmayan hal, bir kusur mevcut olmaksızın tesadüfe bağlı olarak meydana gelen olaylardır. Bunların meydana gelmesinde insan iradesinin ya hiçbir rolü yoktur ya da çok az bir rolü vardır. Bu hadiseler, tabii olaylar ve insan fiilleridir. Bunlar çok çeşitlidir. Örneğin, yıldırım, deprem, sel, fırtına, deniz kazası, yangın, harp, düşman istilası, seferberlik, isyan, ihtilal, grev, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi, kamu hukukunun koyduğu sınırlandırmalar ve idari makamların kararları gibi⁹⁸. Bütün bu olayların mücbir sebep olarak

⁹⁴ **GÖZÜBÜYÜK**, A. Pulat, Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1957, s. 12; **İMRE** (Kusursuz Mesuliyet), s. 201; **AYAN** (Borçlar), s. 219; **AKINCI**, s. 139- 140.

⁹⁵ **AYAN** (Borçlar), s. 219; **OĞUZMAN/ÖZ** s. 357.

⁹⁶ YHGK. 18.4.1984 tarih, 1984/ 139 E. ve 1984/426 sayılı kararına göre, *"Türk Hukuk Lügatinde beklenilmeyen vaziyet, "Borcun ifası, mukavelenin akdi zamanında göz önüne getirilmesi mümkün olmayan siyasi, iktisadi, içtimai hadiselerden dolayı akit için tahammülü çok güç bir külfet teşkil ettiği takdirde, akide mukavelenin tadil veya feshini talep veya dava edebilmek hakkını veren sebeptir" şeklinde tarif edilmiş bulunmaktadır. Bu tanımlamayı genişletecek olursak, mücbir sebep, borcun ifasına engel olan ve herhangi bir kimse tarafından alınacak tedbirlere rağmen önüne geçilmesine imkan olmayan beklenmedik, harici ve borçlunun iradesi dışında meydana gelen bir olaydır. Başka bir deyimle, seçilemeyen ve karşı konulamayan bir hadiseyi ifade eder"* (**YKD**. C.11, S. 3, 1985, s. 326); **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 35.

⁹⁷ **GÖZÜBÜYÜK**, s. 12; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 357.

⁹⁸ **ÜNAL (IV)**, s. 49; **KAPLAN**, s. 113.

nitelendirilebilmesi için borçlunun, bu olaylara karşı koyamayacak durumda bulunması gereklidir. Aynı zamanda da olaylar borçlunun kusurundan ileri gelmemelidir. Eğer bu olaylar sözleşmenin kurulduğu sırada bilinebilecek durumda ise, mücbir sebep veya umulmayan halden bahsedemeyiz. Başka bir ifade ile, bir hadisenin mücbir sebep veya umulmayan hal olarak kabul edilebilmesi için, bu hususların sözleşmenin kurulduğu sırada ya da müzakere aşamasında tahmin edilememiş ve düşünülmemiş olması ve böylece hadisenin sonradan ortaya çıkarak akdin ifasını imkânsız hale getirmiş olması gereklidir⁹⁹. Ayrıca, hukuk sistemimizde, hangi hadiselerin mücbir sebep veya umulmayan hal teşkil edeceği hâkimin takdirine bırakılmıştır¹⁰⁰. Bu bakımdan da mücbir sebep veya umulmayan bir halin tacir için mevcut olup olmadığını takdir ederken de “basiretli iş adamı ölçüsünün” büyük bir önemi vardır. Çünkü aynı hadise, belirli şartlar altında mücbir sebep teşkil edebildiği halde, başka şartlar altında bu nitelikte olmayabilir. Bir takım hadiseler, sözleşmenin kurulduğu sırada taahhütlerin yerine getirilmemesine doğrudan doğruya sebep olduğu takdirde mücbir sebep sayılabilir. Fakat, aynı hadiseler, basiretli bir tacire isnadı mümkün olan tecrübe, dikkat ve itina neticesinde önceden tahmin edilebilir bir mahiyette ise veya akdin ifasına doğrudan doğruya engel olmuyorsa, mücbir sebep olmaz¹⁰¹. Görülüyor ki, mücbir sebep ve umulmayan halin mevcudiyeti, sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülememesi şartına bağlanmaktadır. Bu da objektif ölçülerle tespit edilecektir. Tacir sıfatını haiz olmayanlar için objektif ölçü hadisenin “hayatın olağan akışına göre ortaya çıkması

⁹⁹ ÜNAL (IV), s. 49.

¹⁰⁰ KAPLAN, s. 119.

¹⁰¹ Y. 13. HD. 16.4.1996 tarih, 1996/3653 E. ve 1996/3920 sayılı kararına göre, “Davalı tacirdir. TTK. m. 20’ye göre, her tacirin ticarethanesine ait bir takım faaliyetlerde “basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi” açıkça vurgulanmıştır. O nedenle, daha çok 1980 yılından sonra egemenliğini sürdüren ve her yıl artan olgu olarak ekonomiye etkisini koyan enflasyonist olayların, hükümetçe alınacak ekonomik tedbirlerin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olduğunun tacir olan davalı yönünden kabulü gerekir. Hal böyle olunca, davalının fiyat önerisinde bunları düşünerek hareket ettiği benimsenmelidir. Bu durumda, davalının savunmalarının hukukî dayanaktan yoksun kaldığı açıktır” (YKD, C. 11, S. 3, 1985, s. 326); ÜNAL (IV), s. 49.

öngörülebilir tesadüfî hadiseler sınırını” aşmasıdır. Tacir için ise, “söz konusu tacirin ticarî işletmesinin özelliği göz önünde tutularak, tedbirli ve ileriye makul bir oranda gören bir tacirin” davranışı objektif ölçü olarak alınır. Bundan da anlaşılacağı gibi tacir olmayanlar için mücbir sebep veya umulmayan hal teşkil edebilecek birçok hadise, tacir için aynı mahiyette olmayabilir. Örneğin, ekonomik kriz, yüksek enflasyon, şok devalüasyon, para değerindeki ani düşüşler ve dövize endeksli banka kredilerindeki değişiklikler vasat bir kimse için mücbir sebep kabul edilebilecek ve bu halde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması istenebilecekken, basiretli tacir için bunu söyleyemeyiz¹⁰².

Tacir, bütün ticarî faaliyetlerinde bir hadisenin meydana gelmemesi için hal ve şartların gerektirdiği bütün dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Ticarî hayatın olağan akışında elde edilebilir tecrübeler neticesinde hal ve şartlara göre bir hadisenin meydana gelebileceğini önceden kestirmenin mümkün olduğu hallerde, tacir bunun önüne geçmekle yükümlü olup, gerekli tedbirleri almazsa kusurlu olur. Taahhüdün yerine getirilmemesi keyfîyeti borçluya isnadı mümkün olan bir kusurdan ileri gelmediği ve taahhüdün ifasını imkansız kılan

¹⁰² YHGK. 7.5.2003 tarih, 2003/113- 332 E. ve 2003/340 sayılı kararına göre, “*Dava, yabancı para olarak kararlaştırılan kira parasının günün ekonomik koşulları altında çekilmez hal alması ve böylece işlem temelini çökmesi olgusuna dayalı kira parasının uyarlanması isteğine ilişkindir. Davacı tacirin ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde, Kasım 2000 krizinden 20 gün önce yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapması basiretli bir tacir olarak davranmadığı sonucuna varılmalıdır.*

TTK. 18/1. maddesinde AŞ'nin tacir oldukları açıklanmıştır. Aynı yasanın 20/II maddesinde de her tacirin ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümü aslında objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin ticarî işletmesiyle ilgili faaliyetlerinde, kendi yetenek ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek özeni değil aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması kabul edilebilecek bir durum değildir. Somut olayda uyarılmanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır” (İKİD, Y. 43, S. 515, 2003, s. 2197); ÜNAL (IV), s. 49.

hadisenin önüne geçilmesi tacirin imkan ve iktidarının dışında olduğu takdirde mücbir sebep dolayısıyla sorumluluktan kurtulur¹⁰³.

SONUÇ

Basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacirin tüm ticarî faaliyetlerinde göstermesi gereken dikkat, özen, sağduyu ve ölçülü hareket etme yükümlülüğü demektir. Bu yükümlülük subjektif değil objektif bir özen ölçüsünün gerçekleştirilmesi demektir. Yani, ortalama bir tacirin benzer durumlarda ticarî faaliyetinin niteliğine göre göstereceği özendir.

Tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü onun aynı zamanda iyiniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde davranmasını da gerektirir. İyiniyet ve dürüstlük kurallarının tacirlerin tüm muamelelerinde uygulanması TMK. m. 2/I ve m. 3 gereğidir. Ancak tacirlerin özel ilişkilerinde dürüstlük kurallarına riayet etmeleri yeterli olduğu halde, ticarî işlerinde bu kurallara uymanın yanında basiretli bir iş adamı gibi hareket etme zorunlulukları da vardır. Yani, basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğü, tacire, dürüstlük kurallarına riayet etmekten daha da fazla bir dikkat, ihtimam ve özen gösterme borcu yanında tedbirli olma borcunu da yüklemektedir.

Tarafların yapmış oldukları sözleşmede önceden görülmesi mümkün olmayan önemli değişikliklerin meydana gelmesi durumunda, borçludan sözleşmeye uygun olarak borcunu aynen yerine getirmesini istemek, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Hâkim, dürüstlük kuralları gereğince sözleşmeyi yeni şartlara uydurmak için değiştirebilmeli ya da gerekiyorsa feshedebilmelidir. İşte böylesi durumlarda hâkimin sözleşmeyi yeniden gözden geçirerek sözleşmeden doğan yükümlülükleri yeni hal ve şartlara uydurmasını kabul eden teoriye “Emprevizyon (öngörülmezlik) Teorisi” denir. Bu teori tacirler için de geçerlidir. Ancak TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) hükmü tacirlere bu prensiplere ek olarak “basiretli işadamı gibi hareket” prensibini de getirmektedir. Bu prensibin getirdiği yükümlülük yalnızca bir özen ölçüsü olmamaktadır. Yani bu hükmün kapsamına, kanunun belirttiği borç ve yükümlülükler yanında basiretli bir işadamı gibi hareket etme yükümlülüğünün getirdiği borçlar da girer.

¹⁰³ ÜNAL (IV), s. 48.

BK. m. 96 (TBK. m. 112) hükmünde belirtilen “kusur” kavramı da tacir için daha geniş yorumlanmalıdır. Çünkü, TTK. m. 20/II (YTTK. m. 18/II) hükmüne göre, basiretli iş adamı gibi hareket etmekle yükümlü olan tacirin göstermesi gereken özen ölçüsü, tacir sıfatını haiz olmayanlara nazaran daha da ağırlaştırılmıştır. Yani, tacir sıfatını haiz olmayanların kusursuz sayılabileceği birçok durumda tacir kusurlu sayılabilecektir. BK. m. 96 (TBK. m. 112) ve BK. m. 117 (TBK. m. 136) hükmünde belirtilen kusurlu ve kusursuz imkânsızlığın sebebi olan “mücbir sebep veya umulmayan hal”in tacirler için mevcut olup olmadığını tayin ederken “basiretli tacir” ölçüsünün büyük önemi vardır. Yani tacir olmayanlar için mücbir sebep veya umulmayan hal teşkil edebilecek birçok hadise, tacir için aynı mahiyette olmayabilir. Bir mücbir sebebin veya umulmayan halin basiretli tacir açısından söz konusu olması için, ifaya engel teşkil eden olayın daha sözleşmenin kuruluşu aşamasında öngörülememesi gerekli ve şarttır.

BİBLİYOGRAFYA

AKINCI, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Hazırlanmış 5. Baskı, Konya 2011.

AKİPEK, Jale/**AKINTÜRK**, Turgut, Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, İstanbul 2002.

AKMAN, Sermet, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.

ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.

ARAT, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.

ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Hazırlanmış 15. Baskı, Ankara 2011.

ARSLANLI, Halil /**KARAYALÇIN**, Yaşar, Ticaret Hukuku, C. I, Ticarî İşletme, Ankara 1960.

AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya 2010 (AYAN, Borçlar).

AYAN, Mehmet, Medenî Hukuka Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Konya 2009 (AYAN, Medenî).

AYHAN, Rıza/ **ÖZDAMAR**, Mehmet/ **ÇAĞLAR**, Hayrettin, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre, Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2011.

AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2007.

BAŞBUĞOĞLU, Tarık, Uygulamalı Türk Ticaret Kanunu, Açıklamalar, İçtihatlar, Ankara 1988.

BARLAS, Nami, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medenî Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi, İÜHFİM, Prof. Dr. Türkan Rado' ya Armağan, C. LV, Y. 1997, S. 3, s. 191- 208.

BAUMBACH, Adolf/ **DUDEN**, Konrad/ **HOPT**, Klaus J., Handlungsbuch, München 1987.

BAYKAL, Murat, Yabancı Para Üzerinden Yapılan Banka Kredi Sözleşmelerinde Uyarılma Sorunu ve Yargıtay'ın Yaklaşımı, BATIDER, C. XIX, S. 4, Aralık 1998, s. 231- 265.

DESCHENAUX, Henri/ **TERCIER**, Pierre, Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983.

DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 1981.

DOMANIÇ, Hayri/ **ULUSOY**, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007.

EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2008.

FIKENTSCHER, Wolfgang/ **HEINEMANN**, Andreas, Schuldrecht, 10. Aufl. Berlin 2006.

GÖNENSAY, A. Samim, Mukavelelerin Hâkim Tarafından Tadil veya Feshi, Cemil Birsnel Armağanı, 1939, s. 160- 171.

GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1957.

GÜRSOY, Kemal Tahir, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara 1950.

İMRE, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949 (İMRE, Kusursuz Mesuliyet).

İMRE, Zahit, Medenî Hukuka Giriş, İstanbul 1980 (İMRE, Giriş).

KALKAN, Burcu, Türk hukukunda Gabin, İstanbul 2004.

KAPLAN, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987.

KARAHAN, Sami, Ticarî İşletme Hukuku, 6102 Sayılı TTK. ile 6098 Sayılı TBK. ve 6100 Sayılı HMK'ya Göre Güncellenmiş 20 Baskı, Konya 2011.

DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.

OĞUZMAN, Kemal, Dürüstlük Kuralına Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988.

OĞUZMAN, Kemal/ **BARLAS**, Nami, Medenî Hukuka Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2002.

OĞUZMAN, M. Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2010.

ÖZDEMİR, Nejdet/**KINACIOĞLU**, Naci, Türk Ticaret Hukuku, Ankara 1984.

ÖZKAYA, Eraslan, Gabin Davaları, Ankara 2000.

SCHMIDT- RÄNTSCH, Jürgen/ **MAIFELD**, Jan/ **MEIER-GORING**, Anne/ **ROCKEN**, Matthias, Das Neue Schuldrecht, Recht und Praxis im Zivilrecht, Einführung- Texte-Materialien, Köln 2002.

SEROZAN, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006.

SUNGUR, Hasan Halis/ **BORAN**, M. Kamil, Türk Ticaret Kanunu Şerhi ve Tatbikatı ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1957.

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, İstanbul 2010.

TEKİL, Fehiman, Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1997.

UMUR, Ziya, Roma Hukukunda İktisabî Müruruzamanda Hüsnüniyet, İstanbul 1956.

UYAR, Talih, Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralı” (MK. m. 2/I) ve “Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” (MK. m. 2/II), Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000.

ÜNAL, Oğuz Kürşat (I), Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (I), Maliye Postası, 1 Mart 1988, S. 180 (ÜNAL, I).

ÜNAL, Oğuz Kürşat (II), Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (II), Maliye Postası, 15 Mart 1988, S. 181 (ÜNAL, II).

ÜNAL, Oğuz Kürşat (IV), Tacirin Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Mükellefiyeti (IV), Maliye Postası, 15 Nisan 1988, S. 183 (ÜNAL, IV).

YALMAN, Süleyman, Türk- İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

ZEVKLİLER, Aydın, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1995.

**SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNE MÜDAHALENİN
SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİNE AYKIRILIK
OLUŞTURUP OLUŞTURMADIĞI SORUNU***

Yrd. Doç. Dr. Seçkin TOPUZ**

ÖZET

Sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar, sonradan öngörülemez surette değişebilir. Bu tür durumlar, taraflardan birinin maddi edim borcunun ifasının güçleşmesine veya sözleşme kurulurken başlangıçta mevcut olan edimler arasındaki denge ilişkisinin önemli ölçüde bozulmasına sebep olabilir. Bu hallerde sözleşmenin içeriğine müdahale edilirse, bu müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesine bir aykırılık oluşturup oluşturmadığı bir sorun olarak ortadadır. Çalışmamızda sözleşmeye yapılan müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesi temelinde hukuk düzenine aykırılık teşkil edip etmediği incelenmektedir.

ANAHTAR KELİMELELER: Sözleşme, Sözleşmenin İçeriği, Sözleşmeye Bağlılık İlkesi, Sözleşmeye Müdahale.

**WHETHER THE INTERVENTION IN THE CONTENT OF
THE CONTRACT CONTRADICTS WITH THE PRINCIPLE OF
PACTA SUNT SERVANDA**

ABSTRACT

The conditions in the course of drawing up a contract may later change unpredictably. Such emerging developments may cause a

* Bu çalışma, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde savunularak başarılı bulunan doktora tezimizden üretilmiştir. Bkz., TOPUZ Seçkin, Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Doktora Tezi, Ankara 2009, § 1.

** Kırıkkale Üniversitesi Medeni Hukuk ABD. Öğretim Üyesi.

difficulty in one party's fulfillment of material performance or a substantial distortion of the balance between the fulfillments set out at the beginning. It is then a problem whether the content of the contract is intervened is contrary to the principle of pactasunderservanda. In this study, it is assessed whether an above-mentioned intervention in the contract contadicts with the legal system in the light of the principle of pactasunderservanda.

KEYWORDS: *Contract, The content of contract, pactasunderservanda, the intervention in the contract.*

I. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİ

Sözleşmenin içeriği, somut bir sözleşme için “geçerli normlar” ın tümünü ifade eder. Daha açık bir ifadeyle, taraflar arasında hukuken geçerli olan her türlü hak ve yükümlülükler sözleşme içeriğidir. Bu anlamda olmak üzere, tarafların birbirlerine nasıl davranmaları gerektiği, hangi edimleri yerine getirmek zorunda oldukları, birbirlerine karşı hangi taleplerinin oldukları şeklindeki sorulara verilecek cevaplar, sözleşmenin içeriğini oluşturur.¹

Sözleşmenin içeriğini oluşturan geçerli normlar, öncelikle tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarına göre belirlenir. Bu tür normlar, tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince yaptıkları somut olaya ilişkin düzenlemelerdir. Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında sözleşmenin içeriğini istedikleri şekilde düzenleyebilirler. Ancak, sözleşmenin tarafları, sözleşmedeki mevcut veya muhtemel sorunların tümünü nadir durumlarda düzenlerler. Bunun içindir ki genel ve soyut nitelikteki amir veya tamamlayıcı nitelikte kanuni düzenlemeler, somut sözleşmeye uygulandığı ölçüde yine sözleşmenin içeriğini

¹ **JÄGGI** Peter/**GAUCH** Peter, (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Teilband V 1b: Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980, Art. 18 OR, Nr. 269-287; **BISCHOFF** Jacques, Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich Univ., Diss., Zürich 1983, s. 15; **BUCHER** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 177; **SULZER** Stefan Robert, Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 2002, s. 47.

oluşturur. Bundan başka yine somut sözleşmedeki uyuşmazlığa ilişkin olarak tamamlayıcı nitelikteki örf ve adet hukuku ve hukuk boşluğunun bulunması durumunda hâkimin hukuk yaratmak suretiyle yaptığı düzenlemeler de sözleşmenin içeriğidir.²

II. SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİ

Sözleşmeye bağlılık ilkesi (pacta sunt servanda), sözleşme hukukuna hâkim olan bir ilkedir. Bu ilkenin gereği olarak, sözleşmenin içeriğine her türlü hal ve şartta uyulması gerekir.³ Yine bu ilkeye göre,

² ZürcherKomm-JÄGGI/ GAUCH, Art. 18 OR, Nr. 275 vd.; **BISCHOFF**, s. 15; **BUCHER**, s. 177; **SULZER**, s. 47; **TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO**, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Nachdruck 2006, s. 54.

³ Bkz., **BYDLINSKI** Franz, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien/New York 1967, s. 136; **ESSER** Josef/**SCHMIDT** Eike, Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000., § 24 III; **TEICHMANN** Arndt, Soergel, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht I, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 242 BGB), 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/ Köln 1990, Nr. 199; **HAARMANN** Wilhelm, Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen, Münster Univ., Diss., Berlin 1979, s. 43; **NICKLISCH**, Fritz, “Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre - ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenausfüllung?”, BB 1980, (s. 949 vd.) s. 950; **LEMBKE** Gerd, Vorhersehbarkeit und Geschäftsgrundlage, Köln 1991., s. 104; **FLUME** Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979, s. 605; **LANGE**, Heinrich, Ausgangspunkte, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage, Festschrift zum 70. Geburtstag von Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, (s. 21 vd.), s. 24 vd.; **LITTBARSKI**, Sigurd, “Neue Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der GG”, JZ 1981, (s. 8 vd.), s. 13; **SORGEL-TEICHMANN**, § 242 BGB, Nr. 199 vd.; **BELLING** Detlev/**HARTMANN** Christian, “Die Unzumutbarkeit als Begrenzung der Bindung an den Tarifvertrag”, ZfA 1997, (s. 87 vd.), s. 91; **WEBER** Hans, Das richterliche Änderungsrecht bei Dauerverträgen, Zürich Univ., Diss., Zürich 1924, s. 16; **MERZ** Hans, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Kommentar zu Art. 2 ZGB, Bern 1962 (BernerKomm-MERZ), Nr. 20; **BISCHOFF**, s. 7 vd.; **DESCHENAUX** Henri, Der Einleitungstitel, Schweizerisches Privatrecht Bd. II, Basel/Stuttgart 1967, Nachdruck 1986, s. 196 vd.; **BAUMANN** Max, (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Bd.: Einleitung

kanundan ve sözleşmeden kaynaklanan istisnalar haricinde, sözleşme tek taraflı olarak sona erdirilemez.⁴

Sözleşmeye bağlılık ilkesi, pozitif hukukta düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesinin (Anayasa m. 48/I) bir gereğidir. Çünkü sözleşme özgürlüğü ilkesi, kendisinden beklenen fonksiyonu, sadece sözleşmeye bağlılık ilkesinin işletilmesiyle yerine getirebilir.⁵ Sözleşmeye bağlılık

– Personenrecht, 1. Teilband.: Art. 1 - 7 ZGB, (Kommentierung zu Art. 2 und 3 ZGB), Zürich 1998, Art. 2 ZGB, Nr. 453; **KOLLER** Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen des Obligationenrechts Entstehung der Obligationen, Bd. I, Bern 2006., § 29, Nr. 2; **GAUCH** Peter, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996 (Werkvertrag), Nr. 561; **SCHLAGETER** Max, Die Vertragsänderung durch den Richter auf Grund veränderter Umstände, Basel 1945, s. 5; **ERDIN** Reto, Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis, Zur Tragweite von Art. 373 Abs. 2 OR, St. Gallen Univ., Diss., Bern/Stuttgart/Wien 1997, s. 32; **RAMPINI** Corrado, Die nachträgliche Leistungerschwerung, St. Gallen Univ., Diss., 2002, s. 15; **SULZER**, s. 10 vd.; **WIEGAND** Wolfgang, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, (Kommentierung zu Art. 18 OR und 119 OR), 2. Aufl., Basel 1996, Art. 18 OR, Nr. 97 vd.; **SCHWENZER** Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, Nr. 35.02; **İMRE** Zahit, Medeni Hukuka Giriş, Temel Kavramlar, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1976, s. 277; **EDİS**, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993, s. 312; **EREN** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 437 vd.; **OĞUZMAN** Kemal/ **ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 156; **KAPLAN**, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hâl ve Şartlara Uydurulması, Ankara 1987, s. 113; **AKYOL** Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s. 77; **BURCUOĞLU** Haluk, Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma (Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde ve Döviz Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarılma Uygulaması), İstanbul 1995, s. 6; **KILIÇOĞLU** M. Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2007, s. 180.

⁴ **FLUME**, s. 605; **LANGE**, s. 24; **SORGEL-TEICHMANN**, § 242 BGB, Nr. 199; **LEMBKE**, s. 101; **LITTBARSKI**, JZ 1981, s. 13.

⁵ **HAARMANN**, s. 43 vd., 46 vd.; **BELLING/ HARTMANN**, ZfA 1997, 91; **LEMBKE**, s. 150; **BENDER**, Wolfgang, Der Wegfall der Geschäftsgrundlage bei arbeitsrechtlichen Kollektivverträgen am Beispiel des Tarifvertrages und des Sozialplans, Köln Univ., Diss., Köln 2004, s. 74; **WEBER**, s. 16;

ilkesi, aynı zamanda hukuki güvenlik ve işlem güvenliğini de sağlar. Tüm bu nedenlerle, sözleşmeye bağlılık ilkesi, sadece ahlaki bir ilke değil, aynı zamanda hukuki bir emir olarak nitelendirilir.⁶

III. SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİ VE ŞARTLARIN DEĞİŞMESİ

Sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar, politik, toplumsal, ekonomik vs. faktörlere bağlı olarak değişebilir. Bu ise, edim ve karşı edim arasındaki denge ilişkisinin bozulmasına neden olabilir. Böyle bir durumda, edimlerin aynen ifa edilmesi talep edilirse, sözleşmeye bağlılık ilkesi ve onun fonksiyonu olan işlem güvenliği ilkesi, işlem güvenliğini sağlamak yerine, deyim yerinde ise, haksız bir durumun güvenliğini sağlama fonksiyonu icra eder. Bu tür durumlarda, yani, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların sonradan değiştiği bazı durumlarda⁷ sözleşmeye müdahale edilmesine imkânı veren çok sayıda kanuni düzenleme vardır. Bunun dışında, -kanunda her hangi bir düzenleme olmasa bile- denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında da -farklı dogmatik temellerde olsa da- sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir.⁸ Ancak, sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesinin dogmatik nedenini açıklayan görüşler, sözleşmenin içeriğine yapılan bu müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesiyle bir çatışma içerisinde olmamasına da gayret etmişlerdir.⁹ Çünkü sözleşmeye bağlılık ilkesi, sözleşme hukukunun temel ilkesidir. Burada sözleşmeye bağlılık ilkesiyle olan bir çatışma, sadece sözleşmeye bağlılık ilkesi ile değil, tüm

BISCHOFF, s. 8; **SCHLAGETER**, s. 7; **OFTINGER**, Karl, “Die kriesenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge (Von der sog. clausula rebus sic stantibus)”, SJZ 36 (1939/40), (s. 229 vd.und 245 vd.), s. 230; **SULZER**, s. 12.

⁶ **HAARMANN**, s. 48 vd.; **BISCHOFF**, s. 8; **BYDLINSKI**, s. 136; **SULZER**, s. 14; **ERDİN**, s. 33; **BURCUOĞLU**, s. 6.

⁷ Alman hukuku için bkz., **TOPUZ**, § 3, I, 3, B, c, ab. Özel Nitelikteki Tamamlayıcı Hükümlere Göre Taraflara Yüklenen Sözleşme Rizikoları. Türk-İsviçre hukuku için bkz., **TOPUZ**, § 4, IV, 2, B. Sözleşmedeki Riziko Boşluğunun Tamamlayıcı Nitelikteki Kanun Hükümleriyle Doldurulması, a. Genel Olarak.

⁸ Bkz., **TOPUZ**, Birinci Bölüm. Denge İlişkisinin Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumunda Sözleşmenin İçeriğine Yapılacak Müdahalenin Dogmatik Temeli.

⁹ **LEMBKE**, s. 105.

sözleşme hukukuyla bir çatışmanın yaşanmasına neden olur. Bu nedenle, sözleşmeye yapılan müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesi ile olan ilişkisinin dogmatik bakımdan açıklanması gerekir.¹⁰ Özetlemek gerekirse, buradaki h u k u k i s o r u n , böyle durumlarda sözleşmeye müdahale edilmesinin gerekip gerekmediği değil; sözleşmeye yapılacak bir müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesi temelinde hukuk düzeni ile uyumlaştırılmasıdır.¹¹ Bu konuda iki temel görüş vardır. Bunlardan ilki, sözleşmeye müdahalenin, sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluştursa da hukuk düzenine aykırılık oluşturmadığı görüşüdür. İkincisi ise, sözleşmeye müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmadığı görüşüdür. Biz aşağıda bu iki görüşe kısaca değineceğiz.

1. Sözleşmeye Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturduğu Görüşü

Doktrindeki bir görüşe göre¹², şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi, temelde sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturur. Ancak bu durum, şartların değişmesi durumunda kaynağını “sosyal devlet” anlayışından alan bir istisnadır. Çünkü sosyal devlette, taraflardan biri aleyhine güç dengesinin bozuk olduğu durumlarda, devletin sözleşme özgürlüğünü sınırlandırdığı sayısız

¹⁰ **BISCHOFF**, s. 26; **SULZER**, s. 129.

¹¹ **SULZER**, s. 129.

¹² Özellikle **HAARMANN**, s. 35, 46 vd. 49 vd. Aynı yönde: **LEHMANN**, Heinrich, “Mißbrauch der Geschäftsgrundlage”, JZ 1952, s. 10 vd.; **KÖHLER** Helmut, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971, s. 141 vd.; **LITTBARSKI**, JZ 1981, s. 8 vd., 13; **ROTH** Herbert, Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 Schuldrecht-Allgemeiner Teil, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 242 BGB), 3. Aufl. München 1994 (MünchKomm-ROTH, (1994)), Nr. 509, 540; **BELLING**, Detlev, “Die außerordentliche Anpassung von Tarifverträgen an veränderte Umstände”, NZA 1996, (s. 906 vd.), s. 907; **HOHLOCH** Gerhard, Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bd. I, (Kommentierung zu §§ 242, 313 und 314 BGB), 11. Aufl., Münster/Köln 2004, § 313 BGB, Nr. 16, 22; **KREBS**, Peter, Anwaltkommentar, DeutscherAnwaltVerein, BGB, Band 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§ 241 bis 610 BGB, (Kommentierung zu §§ 313 und 314 BGB), Bonn 2005, § 313 BGB, Nr. 2; **SCHULZE** Reiner, NomosKommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2005, § 275 BGB, Nr. 6.

düzenleme vardır. Bu bağlamda, sözleşme kurulduğu sırada sözleşmenin zayıf tarafının “işlemin genel şartları” temelinde korunması, buna ilişkin önemli bir örnektir. Edimler arasındaki denge ilişkisinin sonradan sözleşmenin bir tarafı aleyhine bozulmasında da benzer bir durum vardır. Çünkü edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu durumlarda, borcun cebri icra organları tarafından devlet eliyle gereğinde yerine getirilmesi söz konusudur. Böyle bir durumda, aynen ifade ısrar eden taraf, diğer taraf üzerinde devlet eliyle nispi olarak güçlü konuma getirilmektedir. Oysa sosyal devlette bir tarafın güçlü pozisyonunu kullanarak diğer tarafı sömürmesi korunamaz. Bu durumda, sözleşmeye bağlılık ilkesi daha üst düzeyde önceliği olan “adalet düşüncesi” ile çatışma içine girer. Böyle bir durumda, adalet düşüncesi temelinde hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi gerekir. Hâkimin bu müdahalesi, sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluştursa da, sosyal devlet ilkesi gereğince yapıldığı için, hukuken geçerli bir istisnadır.¹³

Kanaatimize göre, bu görüş isabetli değildir. Çünkü sözleşmeye bağlılık ilkesinin istisnaları, kanundan veya sözleşmeden kaynaklanmalıdır.¹⁴ Yukarıdaki görüş ise, bu ilkeye, hukuki temelini kanundan ve sözleşmeden almayan bir istisna getirmektedir.¹⁵ Dolayısıyla, söz konusu görüş, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesini genel nitelikte bir düzenlemeyle kanunlaştırmayan hukuk sistemleri bakımından ikna edici değildir. Öte yandan, sözleşme hukukunda “adalet düşüncesi” “sözleşmeye bağlılık ilkesi”nden ve bu arada da işlem güvenliğinden daha üstün bir ilke değildir. Her ikisi birlikte hukuk düzeninin vazgeçilemez nitelikte ve aynı değerde iki temel unsurdur.¹⁶ Nitekim bir borç ilişkisinde “eşitlik ilkesi” gereğince, “borçluyu koruma veya borçlu lehine yorum ilkesi” şeklinde bir ilke önermek mümkün değildir.¹⁷ Bu nedenle “adalet düşüncesi”

¹³ Şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesinin sözleşmeye bağlılık ilkesiyle çatıştığı ve ancak onun geçerli bir istisnası olduğu Türk doktrininde de kabul edilmektedir. Örneğin bkz., **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 450; **EREN**, s. 437 vd.; **KILIÇOĞLU**, s. 180.

¹⁴ Bkz., yuk., § 1, II. Sözleşmeye Bağlılık İlkesi.

¹⁵ **LEMBKE**, s. 106 vd.; **BISCHOFF**, s. 27; **SULZER**, s. 130.

¹⁶ **BISCHOFF**, s. 25.

¹⁷ Bkz., **EREN**, s. 19 vd.

temelinde sözleşmeye bağlılık ilkesine bir istisna getirilmesi isabetli değildir. Kaldı ki, “adalet düşüncesi”nin sözleşmeye bağlılık ilkesinden daha üstün bir ilke olduğu kabul edilse dahi, yine bu görüş isabetli değildir. Çünkü şartlar değişse bile sözleşmeye bağlılık ilkesine bağlı kalınması, adalet düşüncesine aykırılık oluşturmaz. Aksine, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye bağlılık ilkesinin ihlal edilmesi, adalet düşüncesini zedeler. Çünkü hukuki güvenlik ve işlem güvenliği temelinde hareket edildiği zaman, sözleşmeye bağlılık ilkesine kaynağını sözleşmeden veya kanundan almayan bir istisna getirilerek sözleşmeye müdahale edilmesi ve böylelikle sözleşmenin ifa edileceğine duyulan güvenin boşa çıkarılması, bizzatihi adalet düşüncesini zedeler. Dolayısıyla, denge bozulması ve ifa gücüğü durumlarında sözleşmeye müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturduğu görüşü, şartların değişmesi karşısında sözleşmeye bağlılık ilkesine rağmen sözleşmeye müdahale edilmesinin gerekçesini açıklama konusunda yetersizdir.

2. Sözleşmeye Müdahalenin Sözleşmeye Bağlılık İlkesine Aykırılık Oluşturmadığı Görüşü

Doktrindeki daha isabetli olan bir başka görüşe göre ise¹⁸, denge bozulması ve ifa gücüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi, hiçbir şekilde sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmaz. Böyle bir müdahale, sözleşmeye bağlılık ilkesinin kapsamı ve geçerlilik alanının dışındadır. Çünkü sözleşmeye bağlılık ilkesi, sözleşmenin içeriğine her türlü hal ve şartta uyulmasını gerektirir. Yani, sözleşmeye bağlılık ilkesinin geçerlilik ve uygulama alanı, sözleşmenin içeriği ile sınırlıdır. Sözleşmenin içeriği ise, yukarıda ifade edildiği gibi¹⁹, ilk planda tarafların iradelerine ve tamamlayıcı nitelikteki kanuni düzenlemelere

¹⁸ Özellikle: **MEDICUS**, Dieter, “Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage”, Festschrift für Werner FLUME zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Köln 1978, s. 629 vd. (FS FLUME I), s. 631; **HAAS** Lothar/**MEDICUS** Dieter /**ROLLAND** Walter/Schäfer Carsten /**WENDTLAND** Holger, Das neue Schuldrecht, München 2002, Kap. 3, Nr. 183; **ULMER**, Peter, “Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung - Zur Bedeutung staatlicher Lenkungsmaßnahmen für die vertragliche Geschäftsgrundlage-”, AcP 174, (s. 167 vd.) s. 179; **SORGEL-TEICHMANN**, § 242 BGB, Nr. 200; Bischof, s. 27; **SULZER**, s. 130.

¹⁹ Bkz., yuk, § 1, I, Sözleşmenin İçeriği.

göre belirlenir. Şartların değişmesi durumunda ortaya çıkan yeni duruma ilişkin olarak sözleşmede her hangi bir düzenleme yok ise ve aynı zamanda tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler de somut olaya uygulanamıyorsa, bu durumda ortada hâkim tarafından doldurulması gerekli olan bir sözleşme boşluğu vardır.²⁰ Çünkü böyle bir durumda, denge bozulması ve ifa güçlüğü hakkında sözleşmede, “ tarafların birbirlerine nasıl davranmaları gerektiği”, “hangi edimleri yerine getirmek zorunda oldukları”, “birbirlerine karşı hangi taleplerinin olduğu” şeklindeki sorulara, verilecek bir cevap bulunmamaktadır. Bu nedenle, boşluklu olan bir sözleşmede, boşluklu olan alan bakımından sözleşmeye bağlılık ilkesinin uygulanmasından bahsedilemez. Böyle bir durumda sözleşmeye müdahale edilmesi, sözleşmeye bağlılık ilkesinin uygulama ve geçerlilik alanı dışında kalır. Dolayısıyla, sözleşmeye yapılan müdahale, sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmadığı gibi; buna bağlı olarak, hukuk düzeni ile de her hangi bir çatışma yaşanmasına neden olmaz.

Sonuç: Sözleşmenin içeriği, somut bir sözleşme için “geçerli normlar”ın tümünü ifade eder. Sözleşmeye bağlılık ilkesi (pacta sunt servanda) ise, sözleşme hukukuna hâkim olan bir ilkedir. Bu ilkenin gereği olarak, sözleşmenin içeriğine her türlü hal ve şartta uyulması gerekir.

Sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar, politik, toplumsal, ekonomik vs. faktörlere bağlı olarak değişebilir. Bu tür durumların sebep olduğu denge bozulması ve ifa güçlükleri karşısında farklı dogmatik temellerde olsa da sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Ancak denge bozulması ve ifa güçlüğü durumlarında sözleşmeye müdahale edilmesi, hiçbir şekilde sözleşmeye bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmaz. Böyle bir müdahale, sözleşmeye bağlılık ilkesinin kapsamı ve geçerlilik alanının dışındadır.

²⁰ Bkz., TOPUZ, § 2, III, 5. Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması Görüşü.

KAYNAKÇA

AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul 1995.

KREBS, Peter: Anwaltkommentar, DeutscherAnwaltVerein, BGB, Band 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§ 241 bis 610 BGB, (Kommentierung zu §§ 313 und 314 BGB), Bonn 2005.

WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, (Kommentierung zu Art. 18 OR und 119 OR), 2. Aufl., Basel 1996.

BELLING, Detlev : Die außerordentliche Anpassung von Tarifverträgen an veränderte Umstände, NZA 1996, s. 906 ff.

BELLING, Detlev/HARTMANN, Christian: Die Unzumutbarkeit als Begrenzung der Bindung an den Tarifvertrag, ZfA 1997, s. 87 ff.

BENDER, Wolfgang: Der Wegfall der Geschäftsgrundlage bei arbeitsrechtlichen Kollektivverträgen am Beispiel des Tarifvertrages und des Sozialplans, Köln Univ., Diss., Köln 2004.

MERZ, Hans: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Kommentar zu Art. 2 ZGB, Bern 1962 (BernerKomm-MERZ).

BISCHOFF, Jacques: Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich Univ., Diss., Zürich 1983.

BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.

BURCUOĞLU, Haluk: Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama (Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde ve Döviz Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Uygulaması), İstanbul 1995.

BYDLINSKI, Franz: Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien/New York 1967.

DESCHENAUX, Henri: Der Einleitungstitel, Schweizerisches Privatrecht Bd. II, Basel/Stuttgart 1967, Nachdruck 1986.

EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993.

ERDIN, Reto: Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis, Zur Tragweite von Art. 373 Abs. 2 OR, St. Galen Univ., Diss., Bern/Stuttgart/Wien 1997.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

HOHLOCH, Gerhard: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bd. I, (Kommentierung zu §§ 242, 313 und 314 BGB), 11. Aufl., Münster/Köln 2004.

ESSER, Josef/**SCHMIDT**, Eike: Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000.

FLUME, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979.

GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996 (Werkvertrag).

HAARMANN, Wilhelm: Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen, Münster Univ., Diss., Berlin 1979.

HAAS, Lothar/**MEDICUS**, Dieter /**ROLLAND**, Walter/Schäfer, Carsten /**WENDTLAND**, Holger: Das neue Schuldrecht, München 2002.

SCHULZE, Reiner: NomosKommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2005.

İMRE, Zahit: Medeni Hukuka Giriş, Temel Kavramlar, Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1976.

KAPLAN, İbrahim: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hâl ve Şartlara Uydurulması, Ankara 1987.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2007.

KÖHLER, Helmut: Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971.

KOLLER, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen des Obligationenrechts Entstehung der Obligationen, Bd. I, Bern 2006.

LANGE, Heinrich: Ausgangspunkte, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage, Festschrift zum 70. Geburtstag von Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, s. 21 ff.

LEHMANN, Heinrich: Mißbrauch der Geschäftsgrundlage, JZ 1952, s. 10 ff.

LEMBKE, Gerd: Vorhersehbarkeit und Geschäftsgrundlage, Köln 1991.

LITTBARSKI, Sigurd: Neue Tendenzen zum Anwendungsbereich der Lehre von der GG, JZ 1981, s. 8 ff.

MEDICUS, Dieter: Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, Festschrift für Werner FLUME zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Köln 1978, s. 629 ff. (FS FLUME I).

ROTH, Herbert: Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 Schuldrecht-Allgemeiner Teil, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 242 BGB), 3. Aufl. München 1994 (MünchKomm-ROTH, (1994)).

NICKLISCH, Fritz: Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre - ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenausfüllung? BB 1980, s. 949 ff.

OFTINGER, Karl: Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge (Von der sog. clausula rebus sic stantibus), SJZ 36 (1939/40), s. 229 ff. und 245 ff.

OĞUZMAN, Kemal/ **ÖZ**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.

RAMPINI, Corrado: Die nachträgliche Leistungserschwerung, St. Gallen Univ., Diss., 2002.

SCHLAGETER, Max: Die Vertragsänderung durch den Richter auf Grund veränderter Umstände, Basel 1945.

SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006.

TEICHMANN, Arndt: Soergel, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht I, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 242 BGB), 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/ Köln 1990.

SULZER, Stefan Robert: Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich 2002.

TOPUZ, Seçkin: Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale, Doktora Tezi, Ankara 2009.

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Nachdruck 2006.

ULMER, Peter: Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung - Zur Bedeutung staatlicher Lenkungsmaßnahmen für die vertragliche Geschäftsgrundlage -, AcP 174, s. 167 ff.

WEBER, Hans: Das richterliche Änderungsrecht bei Dauerverträgen, Zürich Univ., Diss., Zürich 1924.

BAUMANN, Max: (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Bd.: Einleitung – Personenrecht, 1. Teilband.: Art. 1 - 7 ZGB, (Kommentierung zu Art. 2 und 3 ZGB), Zürich 1998.

JÄGGI, Peter/**GAUCH**, Peter: (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Teilband V 1b: Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich 1980.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) olarak hazırlanmış **bir disket/cd.si** ile ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4 kâğıt çıktısı** gönderilmelidir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adet **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

3. **Sayfa yapısı:** Üst ve alttan 6’şar cm; yanlardan 4,5’ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** Times New Roman karakteri ile **11,5 punto tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “adı SOYADI” biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Times New Roman yazı karakteri, **10,5 punto, Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), “Makale Adı” (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEMEYECİKTİR.

Haberleşme Adresi: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

İnternet adresi: <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

e-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr