

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



30. YIL ARMAĞANI

**(SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ'NİN
KURULUŞUNUN 30. YILI: 1983-2013)**

Cilt: 21

Sayı: 1

Yıl: 2013



ISSN: 1306-8075

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt (Volume): 21 – Sayı (Number): 1 – Yıl (Year): 2013

Sahibi :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI (Dekan)

Editörler (Editors) :

Prof. Dr. İbrahim ERCAN

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. İbrahim ERCAN

Prof. Dr. Faruk BİLİR

Doç. Dr. İbrahim ARSLAN

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

Yrd. Doç. Dr. Mustafa ARIKAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. İlyas DOĞAN (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)

Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Fahrettin KORKMAZ (Atatürk Ü.)

Prof. Dr. Abdurrahim KARSLI (İstanbul Ü.)

Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Mevlana Ü.)

Prof. Dr. Hakan HAKERİ (İ. Medeniyet Ü.)

Prof. Dr. Faruk ACAR (Marmara Ü.)

Prof. Dr. Gökhan ANTALYA (Marmara 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 **e-posta:** hukukdergi @ selcuk.edu.tr

İnternet: <http://www.selcuk.edu.tr/Sayfa.aspx?birim=004&dt=1>

© 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.

DEKAN'DAN

30. YIL GURURU

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ülkemizdeki en köklü Fakültelerden birisidir. “Gelişen ve Geliştiren Üniversite” sloganının hukuk alanındaki temsilcisi olan Fakültemiz gerek eğitim-öğretim gerekse bilimsel, sosyal ve kültürel alanlarda gösterdiği üstün başarılarla bunu kanıtlamıştır.

Kuruluşunun ilk yıllarında çok badireler atlatan ve hatta o dönemin sözde bazı ileri gelen hukukçu ve siyasetçileri tarafından pek de iyi niyetli olmayan bir üslupla haksız ve mesnetsiz olarak eleştirilere maruz kalan Fakültemiz, yıllar içinde kendisini kanıtlamıştır. Türkiye’de bugün için 70’in üzerinde Hukuk Fakültesinin açıldığı gerçeği karşısında, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak bir marka Fakülte haline gelmiş bulunmaktayız. Bu başarıda bütün hocalarımızın, çalışanlarımızın ve en az diğerleri kadar mezun arkadaşlarımızın, kardeşlerimizin de payı büyüktür.

1983 yılında Selçuk Üniversitesi Eğitim Fakültesi'ne ait barakalarda kısıtlı imkânlarla öğretime başlayan Fakültemiz, 1984 öğretim yılının ikinci yarısında Konya Çocuk Yetiştirme Yurdu'ndan kiralanan ek binada altı yıl öğretime devam etmiştir. Bu süreç içerisinde Selçuk Üniversitesi Rektörlüğü ve Fakülte

Dekanlığının çabalarıyla Fakülte kütüphanesi kurulmuş ve kitap, süreli yayınlar, artırılmaya çalışılmıştır. Fakültemiz hâlihazırda 30 öğretim üyesi ve 45 araştırma görevlisinin yer aldığı güçlü bir akademik yapıya sahiptir. Bu güçlü kadro, eğitim ve öğretim faaliyetleri yanında bilimsel çalışma çeşitli komisyon ve çalışma gruplarında da görev alarak hukukun gelişmesine katkı sağlamıştır.

Fiziki alt yapı ve yetkin akademik personeli ile Türkiye'de bir marka haline gelen Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, öğrencilerini günümüz koşullarına uygun çok yönlü gelişmelerine teşvik etmekte, teorik dersler yanında kurgusal duruşmalarla pratik çalışmalara da ağırlık verilmektedir. Bu güne kadar Adalet Bakanlığının açtığı hukuk alanında tek ve objektif sınav niteliğinde olan Hâkimlik ve Savcılık sınavlarında mezunlarımızın başarısı her zaman üst düzeyde olmuştur. Tabiri caizse başarı geleneğini devam ettirmiştir. Adalet Bakanlığının açmış olduğu bu gerek adli gerek idari yargı giriş sınavlarında daima ilk üç dereceyi paylaşmıştır. Başka bir ifadeyle, söz konusu sınavlarda başarılı olan adaylardan her beş kişiden biri Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur.

Yine kuruluşundan bu yana 7619 mezun veren Fakültemizden bu gün için güzel Türkiye'mizin dört bir yanında 1063 Hakim ve Savcının mesleklerini icra ettiklerini, bunun da Türkiye'de mevcut Hakim ve Savcı sayısının onda birine tekabül ettiğini gururla belirtmek isterim. Bunun yanında Avukat, Noter gibi mesleklerini icra eden mezunlarımızın mesleklerinde kariyer edindikleri gerçeği de göz önüne alınmalıdır. Bu

parlak başarı bize, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültelilerine mutluluk ve övünç veriyor.

Fakültemiz hukuk ve hukukun üstünlüğü ile insan haklarına saygıyı kendisine şiar edinen hukukçular yetiştirme adına faaliyet göstermektedir. Öte yandan, dünya ölçeğinde çağdaş bir hukuk fakültesi bilinciyle “sosyal olunmadan bilimsel olunmaz” düşüncesinden hareketle, Fakültemiz her yıl ulusal alanda saygınlık ve kabul gören birçok konferans, panel ve sosyal etkinliklere de ev sahipliği yapmaktadır. Hiç şüphesiz bunda en büyük desteği başta Üniversitemiz Rektörü Prof. Dr. Hakkı GÖKBEL olmak üzere öğretim üyesi sayın meslektaşlarımla sevgili öğrencilerimden görmüş bulunuyorum.

30. yılını kutladığımız Fakültemizi bir marka Fakülte haline getiren ve bu uğurda gece gündüz çalışan kuruluşundan bu yana her aşamada görev yapmış olan Hocalarımıza, akademisyenlerimize hazırlamış olduğumuz bu Armağan vesilesiyle şükran ve minnet duygularımı ifade ediyorum. Ebediyete intikal etmiş olan hocalarımızı rahmetle anıyorum.

Nice 30.yıllara...

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

İÇİNDEKİLER

Cilt (Volume): 21 – Sayı (Number): 1 – Yıl (Year): 2013

MAKALELER

KAMU HUKUK

İDARE HUKUKUNDA KAZANILMIŞ HAK İLKESİ 11

Dr. Ayşegül ÇOBAN ATİK

LİBYA OPERASYONU ÖRNEĞİNDE “UÇUŞA YASAK BÖLGE”
UYGULAMASI VE HUKUKİ DAYANAĞI..... 55

Yrd. Doç. Dr. Selcen ERDAL

İŞLENEMEZ SUÇ (ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS) 77

Yrd. Doç. Dr. Murat AYDIN

İDARÎ YARGIDA KANUN YARARINA BOZMA 105

Arş. Gör. Mehmet Fatih GÜRKAN

Arş. Gör. Yusuf DENİZ

Arş. Gör. Selman Sacit BOZ

DİNK/TÜRKİYE KARARI ÇERÇEVESİNDE İFADE HÜRRİYETİ 129

Yrd. Doç. Dr. A. Tarık GÜMÜŞ

THE ANALYSE OF NATURE AND IMPLEMENTATION OF
ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS AND CIVIL
AND POLITICAL RIGHTS IN INTERNATIONAL HUMAN
RIGHTS LAW..... 165

Yrd. Doç. Dr. Murat TUMAY

PARLAMENTER SİSTEM İLE BAŞKANLIK SİSTEMİNİN ANALİZİ
VE BAŞKANLIK SİSTEMİNİN TÜRKİYE'DE
UYGULANABİLİRLİĞİ 183

Arş. Gör. Zehra CANER

ÖZEL HUKUK

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA NOTERLERİN HUKUKİ
SORUMLULUĞU 209

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ESER SAHİBİNİN
ÖLÜMÜNDEN SONRA TELİF HAKLARI: SANATÇI
SALVADOR DALÍ İLE İLGİLİ TOKYO YÜKSEK
MAHKEMESİ'NİN VE FRANSIZ MAHKEMESİ'NİN
KARARLARI..... 243

Yrd. Doç. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM

EINIGE ÜBERLEGUNGEN HINSICHTLICH DER
KOSTENENTSCHEIDUNG IM SCHEIDUNGSVERFAHREN.. 265

Prof. Dr. İbrahim ERCAN

HAVAYOLU TAŞIMACILIĞINDA YOLCU BİLETİ VE BAGAJ
KUPONU 277

Arş. Gör. Sinan Sami AKKURT

BORÇLAR KANUNUNUN KİRA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL
HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 297

Arş. Gör. Mehmet AKÇAAL

Yrd. Doç. Dr. Alper UYUMAZ

Makaleler



Kamu Hukuku

İDARE HUKUKUNDA KAZANILMIŞ HAK İLKESİ*

Dr. Ayşegül ÇOBAN ATİK*

ÖZET

Kazanılmış hak, yürürlükte bulunan hukuka göre bireyler lehine oluşan haklar ya da hukukî durumlardır. Genel olarak idare hukukunda kazanılmış hakkın var olmadığı savunulur. Buna karşılık yargısal içtihatlar ve kanun ve diğer düzenleyici işlemlerdeki koruyucu hükümler dikkate alındığında, kazanılmış hakların idare hukuku alanında da var olduğu görülmektedir.

ANAHTAR KELİMELELER: *kazanılmış hak, idare hukuku, hukuk devleti, içtihat hukuku*

PRINCIPLE OF VESTED RIGHT IN ADMINISTRATIVE LAW

ABSTRACT

Vested right is a right or legal situation come into being according to the law in force to the benefit of individuals. Generally is accepted that vested rights do not exist in administrative law. However, protective articles of the law and jurisprudence taking into account, there seems to vested rights exist in the branch of administrative law.

KEYWORDS: *vested rights, administrative law, rule of law, case law.*

GİRİŞ

İdare hukuku alanında kazanılmış hakların varlığı sürekli tartışılan bir konudur. Kazanılmış hakların özel hukuk kaynaklı bir ilke olduğu kamu hukukunda uygulanamayacağı hatta statü hukuku olan idare

* Bu çalışma, S.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsünde yapılan ve 2005 yılında savunularak kabûl edilen yüksek lisans tezinin özetidir.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

hukukunda kazanılmış haklara yer olmadığı ileri sürülmüştür. Ancak idare hukukunun yargısal içtihatlarla geliştiği herkesçe bilinen bir gerçektir. Yargısal içtihatlar içinde de Danıştay kararlarının idare hukuku açısından önemi yadsınamaz. Bu çalışma için taranan Danıştay kararlarında, kazanılmış hak ilkesinin idare ile bireyler arası ilişkilerde de uygulanabileceği göze çarpmaktadır. Yüksek mahkeme birçok kararında kazanılmış hak ilkesinden bahsetmekte ve bu ilkeyi kararlarında dayanak olarak kullanmaktadır. Bunun yanında diğer yüksek yargı organlarının da kazanılmış hak ilkesine dayanarak karar verdiği gözlenmiştir. Yargısal içtihatlarla gelişen idare hukukunda, kazanılmış hak ilkesinin yeri olmadığını savunmak şu halde mümkün görünmemektedir.

I. KAZANILMIŞ HAK KAVRAMI

Kazanılmış hak, yürürlükte bulunan hukuka göre bireyler lehine oluşan haklar ya da hukukî durumlardır. Bu haklar kazanıldıktan sonra herhangi bir kanun ya da idarî işlemle ortadan kaldırılamaz. Hukuk düzeni hakları ve menfaatleri koruduğu gibi kazanılmış hakları da korumaktadır.

Kazanılmış hak kavramı ile genel olarak objektif ve genel hukukî durumun, kişisel bir işlemle özel hukukî duruma dönüşmesi anlaşılmalıdır. Kazanılmış hak, karşılanmadıkça, boşluğu doldurulmadıkça, tek taraflı bir işlem ve eylemle geri alınamayan hukuksal bir olanak ve yetki olarak da ifade edilebilir¹.

Danıştay'ın bir kararında kazanılmış hak, hukuka uygun olarak alınan ve bir işlem sonucu elde edilen bir hak olarak tanımlanmaktadır. Her ne sebeple olursa olsun, işlemin kaldırılması, geri alınması ve değiştirilmesi durumlarında bile bu hakkın ilerisi için geçerli olmaya

¹ AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, Konya 2004, s. 17-18; ALPAR, Erol: “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak Kavramı ve Uygulaması”, AYİMD, S. 15, 2001, s. 6; ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. I, İstanbul 1966, s. 494; ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. II, İstanbul 1966, s. 1239; ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul 2002, s. 353; TAN, Turgut: İdarî İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970, s. 69-70; TOLON, Kemal Doğu: “İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak”, İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III, Ankara 1980, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 29, s. 170.

devam edeceği belirtilmiştir². Ancak Danıştay kazanılmış hakkı daha çok, “objektif hukuk kuralının kişisel bir işlemle bireye uygulanması ya da kendiliğinden uygulanabilir hale gelmesi sonucunda özel hukukî duruma dönüşmesi” şeklinde tanımlamaktadır³.

Kazanılmış hakkın söz konusu olabilmesi için korunmaya değer ve meşrû bir durumun olması gerekir. Çünkü hukuken korunması gereken bir hakkın, hukuka uygun olarak kazanılması gerekir⁴.

Kazanılmış hak doğuran işlem, idare ile idare edilenlerin ilişkilerinde denge kurmaya yarayan bir kavram haline gelmiştir⁵. Kazanılmış hak kavramından, idarî işlemin geri alınmasında, yaratılmış hukukî durumların nereye kadar korunacağı konusunda genel bir sınırlandırma aracı olarak yararlanılmaktadır. Danıştay da bir kararında “İdarî organlar kendi iktidarlarının hüküm sürdüğü süreler içinde kanunî sebeplerle ve müktesep hak düşüncelerine tâbi olmak şartıyla kendi yetkileri dâhilindeki her türlü kararları alabilirler.” şeklindeki ifadesiyle, kazanılmış hak kavramını idarenin faaliyetlerinde çok genel bir sınırlama nedeni olarak kabûl etmektedir⁶.

² D.8.D., E. 74/4918, K. 76/376, KT. 03.02.1976, DD, S. 24-25, 1977, s. 343-347. Aynı yönde bkz. D.10.D., E. 96/4639, K. 98/5838, KT. 17.11.1998, DD, S. 100, 1999, s. 469-472; D.8.D., E. 2002/2675, K. 2003/3329, KT. 16.09.2003, DKD, S. 3, 2004, s. 245-246.

³ DİDDGK, E. 2003/56, K. 2003/154, KT. 28.03.2003, DKD, S. 2, 2003, s. 94-97. Aynı yönde bkz. D.10.D., E. 96/9616, K. 98/4741, KT. 06.10.1998, DD, S. 99, 1999, s. 469-473; D.4.D., E. 88/4876, K. 91/604, KT. 15.02.1991, DD, S. 82-83, 1992, s. 306-308; DİDDGK, E. 84/79, K. 85/64, KT. 29.03.1985, DD, S. 60-61, 1986, s. 115-118; D.12.D., E. 78/374, K. 80/4181, KT. 03.12.1980, DD, S. 42-43, 1982, s. 318-320; DDDK, E. 70/563, K. 71/643, KT. 11.06.1971, DD, S. 5, 1972, s. 156-157.

⁴ OĞURLU, Yücel: İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003, s. 20; TOLON, s. 172.

⁵ TAN, s. 64.

⁶ D.6.D., E. 46/1350, K. 47/2196, KT. 16.12.1947, DKD, 38-39, 1948, s. 235-237. TAN, s. 64.

A. KAZANILMIŞ HAKKIN UNSURLARI

Kazanılmış haktan söz edebilmek için belli unsurların varlığı gerekir. Bunlar:

1- Hakkın elde edilmiş olması ve objektif bir düzenlemenin, bireysel bir işlemle somutlaşarak sübjektif hukukî duruma dönüşmesi gerekir. Düzenleyici işlemler soyuttan somuta geçerek uygulanmadıkça doğrudan kazanılmış hak yaratmazlar. Ancak bir düzenleyici işlemin ilgilileri bakımından haklı beklentiler doğurabilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür⁷.

2- Objektif bir hukukî düzenlemenin kendiliğinden uygulanabilir başka bir ifadeyle elde edilebilir duruma gelmiş olması, tamamlanmış olması gerekir. Hukukî durum tamamlanmadıkça buna dayanılarak kazanılmış hak ileri sürülemez. Hukuka uygun biçimde bir statüye girmek, işlemin tamamlanmış olduğunu gösterir⁸.

3- Anayasa ve diğer kanunlarla korunmaya lâyık hale gelmiş olması gerekir. Bu unsur tamamlanmış olma unsuruna bağlıdır. Kazanılmış hak, tamamlandığı zaman anayasa ve diğer kanunlarla korunmaya değer hale gelir. Bir hukukî durum tamamen kazanıldıktan sonra ilgililer lehine hak doğurabilir⁹.

4- Hak sahibinin üçüncü kişilerden bir şey isteyebilmek ve onları bir şey yapmaya zorlamak şeklinde aktif bir davranışının olması gerekir. Kazanılmış haktan söz edebilmek için, idare tarafından hukuka uygun olarak yapılmış ve tamamlanmış, aynı zamanda üçüncü kişilerden bir şeyi yapma ya da isteme yetkisinin yani sübjektif bir hakkı içeren bireysel bir işlemin varlığı gerekir. Konuya idare hukuku açısından

⁷ ALPAR, s. 10; GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Bursa 2002, s. 213; OĞURLU, s. 89-90, 93; TOLON, s. 172.

⁸ ALPAR, s. 10; EDİS, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993, s. 178; ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Ankara 1999, s. 97; OĞURLU, s. 96, 100; SÖZER, Ali Nazım: “Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme” (Süper Emeklilikte Son Durum), İBD, Yıl: 63, S. 10-12, 1989, s. 544; TOLON, s. 172.

⁹ ALPAR, s. 10; ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Konya 2002, s. 99; OĞURLU, s. 96; TOLON, s. 172.

bakıldığında üçüncü kişiler yerine idare kavramını koymak daha anlamlıdır. Burada sürülecek olan kazanılmış hak iddiası da, idareye karşı ileri sürülmelidir. Kazanılmış hak iddiasının ileri sürülebilmesi için, bu hakka yönelen tehdidin ciddi olması, idarî bir kararla zedelenmesi gerekir¹⁰.

5- Kazanılmış haktan söz edebilmek için sayılan unsurlardan biri de, idare tarafından tek yanlı bir hukukî tasarrufla geri alınmayacak bir durumun söz konusu olması gerektiğidir¹¹.

6- Kazanılmış hak, ancak hukuka uygun durumlardan doğar. Bu anlamda hukuka uygunluk da kazanılmış hakkın unsurlarındandır. Kazanılmış hakkın doğabilmesi için, öncelikle hakkın doğumu tarihinde yürürlükte olan mevzuatın hakkın doğumuna imkân vermesi gerekir. Kazanılmış hakkın doğumu için gereken hukuka uygunluk şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini yalnız kanun değil idarenin düzenleyici işlemleri de belirler. Bazı durumlarda yürütmeyi durdurma kararının varlığı bile kazanılmış hak doğurabilir¹².

7- Kazanılmış hakkın doğumunda iyiniyet başlı başına bir unsur olarak değil, hukuka uygunluk unsuruna destek ölçüt olarak kabûl edilmektedir¹³.

8- Kazanılmış hakkın doğumu için belirli bir süre haktan yararlanılmış olma, hukuka uygun işlemler için gerekli değildir. Ancak hukuka aykırı işlemlerin korunabilmesi için idarî istikrar ilkesi gereği haktan belirli bir süre yararlanılmış olma şartı aranmaktadır¹⁴.

B. KAZANILMIŞ HAKKIN NİTELİKLERİ

1- Kazanılmış hakkın tanımının belirsiz oluşu, kazanılmış hak için sayılan niteliklerden biridir. Kazanılmış hakla ilgili kesin ve sınırları

¹⁰ ALPAR, s. 11; OĞURLU, s. 93-95; TOLON, s. 172.

¹¹ ALPAR, s. 11; TOLON, s. 172.

¹² ALPAR, s. 9; DURAN, Lütfi: “İdarî Kazada Dava Açma Müddeti”, İHFM, C. XI, 1945, s. 242; OĞURLU, s. 100-106; TAN, s. 71.

¹³ OĞURLU, s. 106-107.

¹⁴ OĞURLU, s. 107-109; TAN, s. 70; TOLON, s. 197-198.

çizilebilen bir tanım doktrinde yapılamamıştır. Kazanılmış hak kavramı, bu niteliği ile içtihadı zorlayan ve belirsiz bir kavramdır¹⁵.

2- Fonksiyonellik ve esneklik, kazanılmış hak kavramının temel niteliklerinden biri hatta varlık nedenidir. Kamu hizmeti ve kamu yararı kadar anlam ve kapsamı geniş olan kazanılmış hak kavramı, her olaya göre değişebilir ve her olaya özgü biçimde incelenebilir niteliktedir. Kazanılmış hak kavramına fonksiyonellik kazandıran asıl durum, yargının verdiği kararlarda, belirli bir tanımla kendisini bağlamaktan kaçınarak, her olayın somut özelliklerini dikkate alarak, kazanılmış hakkın varlığını tespit etmesidir¹⁶. Kazanılmış hak kavramının fonksiyonelliğinden dolayı idarî yargı hâkimine bu konuda takdir yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte, fonksiyonelliğin, idarenin elinde her zaman dayanılan bir bahaneye dönüşmemesi için, bu takdir yetkisinin sınırsız bir yetki olmadığı belirtilmiştir¹⁷.

3- Kazanılmış hak kavramının yazılı hukukî belgeden veya durumdan bağımsız oluşu, onun bir diğer niteliğidir. İdarî yargı hakimi kazanılmış hak kavramını hukukî belgeden ve hukukî durumdan bağımsız olarak, kamu yararı çerçevesinde yorumlar¹⁸.

4- Kazanılmış hak, kişiye bağlı bir haktır. Kazanılmış hak, sadece söz konusu hakkı elde eden kişi tarafından kullanılabilir. Hakkı elde eden kişi dışındakiler için kazanılmış hak, özellikle ruhsat ve izin gibi belli tür konularda söz konusu değildir. Kazanılmış hakkın başka bir kişiye devredilmesi mümkün olmamalıdır¹⁹.

5- Hakkın kamu yararı gerekçesiyle ihlâli söz konusu olduğunda giderilmesinin istenebilmesi yetkisi de kazanılmış hakkın niteliklerindedir. Kamu yararı ile kazanılmış hak çatıştığı takdirde kamu

¹⁵ ALPAR, s. 7; OĞURLU, s. 109-110; TAN, s. 64-65; TOLON, s. 171. D.1.D., E. 91/211, K. 91/289, KT. 04.10.1991, DD, S. 84-85, 1992, s. 24-27.

¹⁶ AKSOYLU, Özge: “Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda ‘Kazanılmış Hak’ Kavramı”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, İstanbul 2003, s. 66; ALPAR, s. 11; OĞURLU, s. 110-111; TOLON, s. 171, 172.

¹⁷ OĞURLU, s. 112.

¹⁸ OĞURLU, s. 109.

¹⁹ OĞURLU, s. 114-115.

yararı kişisel yarara tercih edilir. Kişisel yarar telâfi edilerek ortadan kaldırılır²⁰.

C. KAZANILMIŞ HAKKI ORTAYA ÇIKARAN HUKUKÎ İLİŞKİ YA DA SEBEP

Kazanılmış hakkı ortaya çıkararak iki tür hukukî ilişki ya da sebepten söz edilir. Bunlardan birincisi kanunların zaman içinde uygulanması, ikincisi ise statü değişikliğidir.

İlk olarak kazanılmış hak, kanunların zaman içinde uygulanmasından doğar. Kanunların ve düzenleyici idarî işlemlerin zaman içinde değiştirilmesi, kaldırılması veya iptal edilmesi sonucunda, eski ve yeni hukuk kurallarının uygulama alanının belirlenmesi nedeniyle doğar. Kanunların zaman içinde değişmesiyle eski hukuka göre kazanılmış olan hakların tanınması gerekir²¹. Kanunların ve idarî işlemlerin geçmişe yürümeyeceğine ilişkin hukukun genel ilkesi, kazanılmış hakların korunmasına hizmet eder.

Kanunların ve idarî işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, kanunun veya idarî işlemin; yürürlüğe girdiği tarihten öncesi için sonuç doğurmayacağını ifade eder. Kanun koyucu ya da idare daha önceden yürürlüğe koyduğu hükümleri sonradan yürürlüğe koyduğu hükümlerle ortadan kaldıracak ya da değiştirebilir ancak kazanılmış haklara dokunamaz²².

²⁰ TOLON, s. 172.

²¹ ÇELİKEL, Aysel: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1997, s. 138; SÖZER, s. 543.

²² AKILLIOĞLU, Tekin: “Ekonomik Alanda Yönetmelik İşlemlerin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları”, Prof. Aziz Köklü’nün Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 535, Ankara 1984, s. 33; AKILLIOĞLU, Tekin: “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, AİD, C. 17, S. 3, Eylül 1984, s. 37; BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş, Ankara 1970, s. 183; KUNTMAN, Osman: “Kazanılmış Hak Kavramı, Yasal Dayanağı, Uygulanmasıyla İlgili Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Kararları Hakkında Bir İnceleme”, İBD, C. 63, S. 10-11-12, Ekim-Kasım-Aralık, 1989, s. 586; OYTAN, Muammer: “İdarî Yargıda Hukukun Genel İlkeleri”, Atatürk ve Hukuk, Anayasa Mahkemesi ile A.Ü. Hukuk Fakültesinin

İkinci olarak kazanılmış hak sorunu, statü değişikliğinden dolayı da ortaya çıkabilir²³. Buna göre bireyin bulunduğu statü içinde statüyü düzenleyen genel normların bireylere özel normlarla uygulanarak bireysel hukukî durumlara dönüşmesi sonucu kazanılmış hak doğabilir²⁴. Ancak bu kazanılmış hakkın tartışma konusu olabilmesi bireyin içinde bulunduğu statünün değişmesiyle mümkün olur. Yeni statüsünde bu hak tanınmamışsa birey kazanılmış hakkının ihlâl edildiği iddiasında bulunur. Bu şekilde de kazanılmış hakkın var olup olmadığı tartışma konusu haline gelir. Örneğin bir üniversite öğrencisinin üniversiteye girdiği sırada, kanunla düzenlenmiş giriş koşulları arasında bulunmayan bir koşulun, daha sonra yapılan bir düzenleme ile koşul haline getirilmesi sonucu, bireyin giriş koşullarını yitirdiği gerekçesi ile öğrencilikten çıkarılması olayında, Danıştay, bireyin kazanılmış hakkının bulunduğunu kabûl etmiştir²⁵.

Aynı örnek kanunların ve idarî işlemlerin geçmişe etkili olmaması için de verilebilir. Çünkü sonradan yapılan bir değişikliğin önceki olaya uygulanması yani geriye yürütülmesi söz konusu olduğu için kazanılmış hak iddia edilmiştir.

Bunların dışında kazanılmış hakkı ortaya çıkaran diğer bir sebep de, kanımca, idarenin ya da özel hukuk ilişkilerinde hak sahibi dışındaki bireylerin kurulu düzene müdahaleleri, düzeni değiştirmek istemeleridir. Daha açık bir ifade ile hukuk ve toplumsal düzen kuralları ile sağlanmış istikrarın, birilerinin dışarıdan müdahalesiyle bozulmasıdır. Bu durumda da bireylerin, kazanılmış hak iddiasında bulunduğu gözlenmiştir. Ancak böyle bir durumda kazanılmış hakların korunabilmesi için kurulu düzenin kanunlara ya da en azından hukuka uygun olması gerekir.

ATATÜRK'ün 100. Doğum Yıldönümü Nedeniyle Birlikte Düzenledikleri Bilimsel Toplantı Bildirileri ve Yazılar, Ankara 1982, s. 219; TAN, s. 58.

²³ ÇELİKEL, s. 141.

²⁴ AKYILMAZ, s. 17-18.

²⁵ D.8.D., E. 86/427, K. 87/38, KT. 02.02.1987, DD, S. 68-69, 1988, s. 546-548.

D. İDARE HUKUKUNDA KAZANILMIŞ HAKKIN HUKUKÎ DAYANAĞI

İdare hukuku, doktrindeki genel kabule göre statüler hukukudur. Buna dayanarak statüler hukukunda kazanılmış haklara yer olmadığı savunulmuştur²⁶. Ancak Danıştay'ın çeşitli kararlarında bu kavrama dayandığı görülmektedir. İdare hukukunun bir başka niteliği de içtihadî bir hukuk dalı olmasıdır²⁷. Bu nedenle, Danıştay içtihatlarıyla kabûl edilerek uygulanan kazanılmış hak kavramının idare hukukundaki varlığı da kabûl edilmelidir.

Bu bölümde, statü ve kazanılmış haklar arasındaki ilişkiden kısaca söz etmek yerinde olacaktır.

Genel olarak idarenin bireysel işlemlerinin hak doğurucu oldukları kabûl edilmektedir. Bireysel işlemler, bireylerin lehine olan hukukî durumlar doğururlar ve bireyleri yararlandırıcı statüye sokarlar. Sadece sübjektif işlemler değil şart işlemler de bu kapsama girerler. Danıştay'ın ilgili kararlarında bu hakların ilerisi için de geçerli olacağı belirtilmiştir. Buna göre birey girdiği yararlandırıcı statünün etkilerinden sürekli olarak yararlanacaktır. Bu yararlanma idarece sınırlandırılmaz ve sona erdirilemez²⁸.

Kazanılmış hakların, hangi andan itibaren yeni işlemlerle ortadan kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz niteliğini kazandığı hakkında iki teori vardır. Duguit-Jeze ve Bonnard teorisi²⁹, genel hukukî durumlarla (statülerle) bireysel hukukî durumları birbirinden ayırmaktadır. Yeni bir

²⁶ ONAR, C. I, s. 480-483; ÖZAY, s. 353.

²⁷ AKYILMAZ, s. 16; EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku, Ankara 1985, s. 29; GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER, İdare Hukuku, İstanbul 2001, s. 16; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, Ankara 2004, s. 151; KARATEPE, Şükrü: İdare Hukuku, İzmir 1988, s. 14; ÖZYÖRÜK, İdare Hukuku Ders Notları, (Çoğaltma), Ankara 1977, s. 142.

²⁸ AKILLIOĞLU, Ekonomik Alanda, s. 39-40.

²⁹ AKILLIOĞLU, "Ekonomik Alanda Yönetmelik İşlemlerinin Geriye yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları" adlı makalesinde HAURIOU'nun da bir bakıma bu teoriyi savunanlardan biri olduğunu ifade etmiştir. AKILLIOĞLU, Ekonomik Alanda, s. 41.

idarî işlem veya kanun bireysel hukukî durumları değiştiremez. Çünkü bireysel hukukî durumlar belli kişiye bağlı ve belli zamanla kayıtlı durumlardır. Fakat kanun veya objektif bir idarî işlem, yürürlüğe girdiği andan itibaren genel hukukî durumları değiştirebilir³⁰.

Bu durum sahip olma kavramına dayanılarak da açıklanmıştır. Buna göre hak doğduğu ya da elde edildiği andan itibaren ortadan kaldırılamaz. Aksine hakkın hak sahibinin rızası dışında değiştirilebileceğini veya kaldırılabilirliğini kabul etmek sahip olma kavramının anlamını ortadan kaldıracaktır. Bunun yanında, bir kanun veya idarî işlemin haklara ilişmesi, hukuk mantığı yönünden olanaksızdır. Çünkü haklar dayandıkları işlemde ayrı ve bağımsız bir varlığa sahiptirler³¹.

İkinci teori ise, Roubier teorisidir. Bu teori, hukukî durumlarda (statülerde) dinamik aşama - statik aşama ayrımı yapar. Buna göre hukukî durumlar ya oluş halindedirler ya da durağan haldedirler. Oluşum içindeki hukukî durumlara yeni çıkan kurallar derhal uygulanabilir. Oluşumunu tamamlamış ve etkisini sürdürmekte olan hukukî durumlarda ise, söz konusu etkilerin korunması gerekir³².

Danıştay'ın inşaat ruhsatı ile ilgili olarak verdiği kararlarda da statüsel durum göze çarpmaktadır. İnşaat ruhsatı, söz verme niteliğinde bir işlem olmasından dolayı geri alınmaz. Ruhsat kazanılmış hak niteliğindedir. Ancak ruhsattan itibaren girilen faaliyetler yönünden ilgililerin kazanılmış hakkı söz konusu olamaz. Bu durumda değişiklikler derhal uygulanır. Çünkü ruhsatın kendisi ile alınması sonucunda girilen sürekli yararlanma durumu farklı hukukî rejimlere tâbidir. Ruhsat, hukuka uygun olarak verilmişse, sonradan koşulların değiştiği öne

³⁰ DUGUÏT, L.: "Traité de Droit Constitutionnel", 1923, tome, I, 3. éd. s. 227 vd, II. tome, s. 229 vd.; JEZE, G.: "Les Principes Généraux du Droit Administratif", 3. éd., 1925, I. Tome, s. 10 vd.; BONNARD, "Precis Élémentaire du Droit Administratif", 1926, s. 6, BIYIKLI, Hasan İsmet: "Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdarî İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi", DD, S. 11, 1973, s. 99'dan naklen.

³¹ DUGUÏT, s. 231, BIYIKLI, s. 100'den naklen.

³² ROUBIER, P.: "Le conflits de lois dans le temps", Paris, Sirey, 1929, II. tome, s. 471-482, BIYIKLI, s. 100-101'den ve AKILLIOĞLU, Ekonomik Alanda, s. 41'den naklen.

sürülerek geri alınamaz. Buna karşılık ruhsatla birlikte girilen hukukî rejim daha sonra ruhsata dokunulmaksızın değiştirilmişse, ilgilinin ilk rejimin sürdürülmesi noktasında bir istem hakkı söz konusu olmayacaktır³³. Düzenleyici işlemlerin belli kişiler tarafından sürdürülmesi istenemez. Düzenleyici işlemlerin kaldırılması veya ileriye yönelik olarak değiştirilmesi tamamen serbesttir. Düzenleyici işlemle ilgililerin buldukları hukukî durumların değiştirilmesi halinde, bireyler yeni duruma tâbi olacaklar ve yeni işleme karşı kazanılmış hak iddiasında bulunamayacaklardır. Ancak bu değişikliklerin geri alma sonucunu doğurması gerekir. Yani önceki düzenlemeye göre kazanılan haklara dokunulması gerekir³⁴.

İdare hukuku açısından kazanılmış hakların aslı dayanağı Danıştay içtihatlarıdır. Ancak Danıştay içtihatlarının yanında idare hukukunu ilgilendiren çeşitli kanunlar ve düzenlemelerde de kazanılmış hak kavramına yer verildiği gözlenmiştir.

Memur hukukunu düzenleyen Devlet Memurları Kanunu'nun çeşitli maddelerinde “kazanılmış hak”, “kazanılmış hak aylığı”, “kazanılmış hak aylık derecesi” ifadeleri kullanılmıştır. Kazanılmış hak kavramının ne olduğu yukarıda açıklanmıştı. Burada, “kazanılmış hak aylık derecesi” ve “kazanılmış hak derecesi” kavramlarının neyi ifade ettiği konusunda kısa bir açıklama yapmanın yerinde olduğu kanısındayım. Bilindiği gibi memurlara tanınan haklardan birisi de aylık (maaş) hakkıdır³⁵. Memurlar göreve girdikleri andan itibaren öğrenim durumlarına göre belirli derecelerde ve kademelerde bulunurlar. Bu derece ve kademeler görev yaptıkları süreye göre memurların lehine yükselir. Kural olarak her yılda bir kademe her üç yılda bir derece yükselirler. Bazen hükümetlerin çıkardıkları kanunlarla da (örneğin 2182 sayılı Kanun) derece ve kademeleri yükselebilir. Bu yükselmeye bağlı olarak aylıkları da yükselir. Çünkü memurların alacakları aylıklar, bu

³³ AKSOYLU, s. 77; AKILLIOĞLU, Ekonomik Alanda, s. 45-46.

³⁴ AKILLIOĞLU, Ekonomik Alanda, s. 50, 51. Ayrıca bkz. DDDGK, E. 78/947, K. 79/410, KT. 23.11.1979, DD, S. 38-39, 1980, s. 139-145.

³⁵ AKYILMAZ, İdare Hukuku, s. 381; GİRİTLİ-BİLGİN-AKGÜNER, s. 501; GÖZLER, s. 534; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C. I, s. 914-915; KARATEPE, s. 151; ÖZYÖRÜK, İdare Hukuku, s. 259.

derece ve kademelere göre belirlenir. İşte kazanılmış hak aylığı ya da kazanılmış hak aylık derecesi memurların buldukları, aylıklarına, emekliliklerine esas olan dereceler ve kademelerdir. Memurlar bu dereceler ve kademelerin altında bir göreve kural olarak atanamazlar. Bunun gibi bu derece ve kademelerin altında ücretle de çalıştırılmazlar. Başka bir deyişle buldukları kademe ve dereceler memurlar için kazanılmış haktır. Bu yüzden aylığa, emekliliğe ve diğer özlük haklarına esas olan bu derece ve kademeler “kazanılmış hak derecesi”, “kazanılmış hak aylığı”, “kazanılmış hak aylık derecesi” olarak ifade edilmektedir³⁶. Memurların kazanılmış hak aylık dereceleri gerek 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu gerekse Danıştay kararları ile korunmaktadır.

Kazanılmış haklara, başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu olmak üzere, 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu gibi kamu görevlilerinin görev ve yetkileri ile özlük haklarının düzenlendiği kanunlarda yer verilmiş ve yasal olarak korunmuştur.

Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun³⁷ 36. maddesi “Ortak Hükümler” bölümü C/1, 2, 3, 4 ve 5. bentleri özel kurumlarda çalışan ve daha sonra memurluğa geçenlerin derece ve kademelerinin nasıl belirleneceği konusunda açıklama getirmiş ve daha sonra şu hükmü getirmiştir:

“Yukarıdaki fıkralara göre, değerlendirilecek hizmet süresinden sadece özel sektörde geçen süre 12 yılı geçemez.

Ancak T.C. Emekli Sandığı ve Sosyal Sigortalar kanunlarına tâbi görevlerde bulunmuş olanların kazanılmış hakları saklıdır.”

Aynı kanunun “Yükselinebilecek derecenin üstünde bir dereceye yükselme” başlığını taşıyan 37. maddesi hükmüne göre;

“Bu kanun hükümlerine göre öğrenim durumları, hizmet sınıfları ve görev unvanları itibarıyla azami yükselebilecekleri derecelerinin dördüncü kademesinden aylık almaya hak kazanan ve son sekiz yıllık

³⁶ Memurların kademe ve derece ilerlemeleri konusunda bkz. GİRİTLİ-BİLGİN-AGÜNER, s. 540-542; GÖZLER, s. 525-526; GÖZÜBÜYÜKTAN, C. I, s. 922-924.

³⁷ RG. Tarihi: 23.07.1965, Sayısı: 12056.

süre içinde herhangi bir disiplin cezası almayanların kazanılmış hak aylıkları kadro şartı aranmaksızın bir üst dereceye yükseltilir.”

Burada kanunla getirilen bir kazanılmış hak söz konusudur. Bu hükümde yer alan şartlarda kazanılmış hak aylığı kadro şartı aranmadan bir üst dereceye yükseltilecektir. Bu durum memurlar için kazanılmış hak sayılır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun³⁸ geçici 8. maddesi³⁹ hükmü ile eski mevzuata göre kazanılmış olan haklar korumuştur. Bu maddeye göre;

“Bu Kanunun yayımı tarihine kadar, eski mevzuat hükümlerine göre doçentlik ve profesörlük unvanını almak üzere başvurmuş ve başvurusu kabûl edilmiş olanlar ile 30 Haziran 1982 tarihine kadar önceki mevzuata göre doçentlik ve profesörlük için öngörülen çalışma süresini tamamlayacakların başvuruları ve başvurularının kabulü halinde kadroya atama dışındaki işlemleri önceki mevzuata göre yürütülür.

...Üniversiteler ve Akademilerle ilgili kanunların hükümlerine göre gerekli yabancı dil sınavlarını da vermiş olmaları kaydıyla doçentlik sınavlarını tamamlamış bulunanların profesörlüğe yükseltilmeleri de istedikleri takdirde önceki mevzuatlarına göre yürütülür.

Bu Kanunun yayımı tarihinden önce yukarıdaki hükümlere göre profesörlüğe yükseltilmiş olanlar ve bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 31.12. 1989 tarihine kadar, kadro şartı aranmaksızın profesörlüğe yükseltilecek olanlar ile doçent unvanını kazanmış olanlar buldukları kadrolarda doçent ve profesör unvanlarının sağladığı bütün hak ve yetkilerden yararlanırlar. Bu kişiler, ilgili birimlerdeki doçent ve profesör kadrolarına öncelikle atanırlar.”

3201 sayılı Emniyet Teşkilâtı Kanunu'nun Polis Koleji mezunlarının Polis Akademisinde memur statüsünde öğrenim

³⁸ RG. Tarihi: 06.11.1981, Sayısı: 17506.

³⁹ Bu madde 3455 sayılı kanunla değiştirilmiştir. RG. Tarihi: 07.06.1988, Sayısı: 19835.

görmelerine olanak veren hükümlerini yürürlükten kaldıran, 4652 sayılı Polis Yüksek Öğretim Kanunu'nun⁴⁰ geçici 5. maddesi hükmüne göre;

“Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce polis enstitüsünün yüksek öğrenim kısmı ile Polis Akademisinden mezun olanların kazanılmış hakları saklıdır.”

Bunun yanında idare çıkardığı çeşitli yönetmeliklerde de kazanılmış hak kavramına ve kazanılmış hakların korunmasına yer vermiştir⁴¹.

II. KAZANILMIŞ HAK KURAMI

A. KURAMIN ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞİMİ

İki bin yıllık hukuk tarihinde hiç ele alınmamış olduğu ileri sürülen⁴² kazanılmış haklar kuramı Fransız İhtilâlini izleyen dönemde ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Kazanılmış hak kuramı, 19. yüzyıl boyunca Fransız öğretisinin sıkıca bağlandığı bir kuram olmuştur. Bu kavramın pozitif hukuktaki ifadesi, Fransız Medenî Kanununun 2. maddesinden kaynaklanmaktadır. Bu maddede doğrudan doğruya kazanılmış hak tanımı yoktur. Buna göre “kanun ancak geleceği düzenler, geçmişe etkili olmaz”. Fakat, bu maddede geçmişe etkili olmama yorumlanırken ortaya kazanılmış hak fikri çıkmıştır. Böylece doktrin 19. yüzyıl boyunca kazanılmış hakla geriye yürüme yasağı arasında mantıksal sıkı bir bağ bulunduğunu varsaymış ve kazanılmış hak kavramını tartışmıştır⁴³.

Doktrinde kazanılmış hakkın tanımı konusunda bir birlik olmadığı ileri sürülür. Roubier'a göre, herkes kazanılmış hakkın ne olduğu konusunda az çok bir fikir sahibidir. Hukuk bilimi de kazanılmış hakkın ne olduğu değil ne zaman bu niteliği aldığı sorununa çözüm getirmekle görevlidir. Nitekim bu tür çözümler her hukuk dalında mevcuttur. Kazanılmış hak kendine özgü güçlük arzeden bir kavram değildir. Eğer çeşitli yazarlar bu kavramın tanım güçlüğünden söz

⁴⁰ RG. Tarihi: 09.05.2001, Sayısı: 24397.

⁴¹ Örnek olarak bkz. 17.07.2008 tarihli ve 26939 sayılı RG.'de yayımlanmış yürürlükteki Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği (Geçici 2., Geçici 3. ve Geçici 4. maddesi).

⁴² TOLON, s. 171.

⁴³ ROUBIER, C. 1, s. 321-327, AKILLIOĞLU, Yasalar, s. 43'den naklen; OĞURLU, s. 18.

ediyorlarsa, bunun nedeni kazanılmış hakka olduğundan fazla anlam yüklemek istemeleridir. Kazanılmış hak diyerek her şey, bu arada en uygun olmayanı da bu kapsam içine alınmak istenmiştir. Roubier'e göre doğru olan, yeni kanunun tamamlanmış hukukî işlemleri değiştirici etki yapmamasıdır⁴⁴.

Kazanılmış hak ağırlıklı olarak özel hukuk merkezli ele alınmış ve idare hukukunda yakın zamana gelinceye kadar incelenmemiş bir konudur. Kazanılmış haklar Avrupa Hukukunda farklı boyutlar kazanarak gelişimini sürdürmektedir. Anglo Sakson hukukunun geçerli olduğu ülkelerde mülkiyet hakkı konusu dışında bu kavramdan yararlanılmadığı dile getirilmiştir. Özel hukuk kaynaklı bu ilkenin kamu hukukunda da gün geçtikçe daha çok benimsendiği görülmektedir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi, Batıda hızla gelişen tabii haklar öğretisi içerisinde ortaya konulmuş ve hukuk devletinin olmazsa olmaz gereklerinden biri haline gelmiştir. Kazanılmış haklar, hukukumuzda yargısal kararlarla gelişmektedir⁴⁵.

B. KURAMIN UYGULANMA ALANI

1. İdarî İşlemler

a. Kazanılmış Hak Doğuran İşlemler

Genel kabule göre hukuka uygun işlemler kazanılmış hak doğurmaya elverişlidirler⁴⁶. Ancak hukuka aykırı işlemlerin de kazanılmış hak doğurabileceği doktrinde ileri sürülmüştür⁴⁷. Danıştay, kural olarak hukuka aykırı işlemin kazanılmış hak doğurmadığını belirtse de bir takım sübjektif sonuçların ve kişisel kazanımların doğabileceğini ve bunların korunması gerektiği görüşündedir⁴⁸. Kanımca hukuka uygun

⁴⁴ ROUBIER, C. 1, s. 321-327, AKILLIOĞLU, Yasalar, s. 43-44'ten naklen.

⁴⁵ OĞURLU, s. 18-20.

⁴⁶ DURAN, İdarî Kazada, s. 242.

⁴⁷ TOLON, s. 181.

⁴⁸ D.10.D., E. 78/3904, K. 80/326, KT. 19.02.1980, DD, S. 40-41, 1981, s. 311-313; D.10.D., E. 75/1451, K. 76/1216, KT. 17.05.1976, DD, S. 24-25, 1977, s. 454-455.

olmayan işlemler kazanılmış hak doğurmazlar. Ancak kazanılmış hukukî durum doğurabilirler. Bu hukukî durumların da korunması gerekir⁴⁹.

Bireysel idarî işlemler kazanılmış hak doğururlar. Objektif hukuk kurallarındaki değişiklik, bireysel idarî işlemde doğan kazanılmış hak ya da hukukî durumu etkilemez. Bu hukukî durumlar ilgililerin iradesi dışında kalan objektif bir işlemle değiştirilemez⁵⁰.

Kazanılmış hak hem subjektif işlemde hem de şart işlemde yani genel bir durumun bir kişiye uygulanmasından doğar⁵¹.

Düzenleyici işlemlerin de hak doğurucu nitelikte olduklarını kabûl etmek gerekir. Ancak, bireyler lehlerine olan düzenleyici işlemin korunması, değiştirilmemesi veya kaldırılmaması konusunda bir karşı koyma hakkına ya da kazanılmış hakka sahip değildirlir⁵². Örneğin 4 yıllık bir fakülte idaresinin düzenleyici işlemi ile 5 yıla çıkarılırsa, bu değişiklik sırasında öğrenci olanlar kazanılmış hak iddiasında bulunamazlar.

İlgililerin lehine olan hak kazandırıcı işlemlerin, bir kimseye hukukça korunan bir avantaj sağlayan ve aynı zamanda tek taraflı olan bireysel nitelikteki işlemler olduğu ve kazanılmış hak iddiasına dayanak olabileceği ileri sürülmüştür. Bu işlemlere örnek olarak inşaat ruhsatı verilmesi, bir adayın sınavdan geçmesine ilişkin işlemler verilmiştir⁵³.

⁴⁹ WALINE (M), Note., 3 février 1956 Fotbonne, R.D.P., 1956, s. 860, TAN, s. 71'den naklen.

⁵⁰ GÖZLER, s. 213; TOLON, s. 176-177, 181.

⁵¹ TAN, s. 68.

⁵² TOLON, s. 181. Düzenleyici işlemlerin kazanılmış hak doğurmaları ile ilgili daha geniş bilgi ve bu konudaki tartışmalar için bkz. OĞURLU, s. 145-164.

⁵³ GÖZLER, s. 344; OĞURLU, s. 118. GÖZLER, "kazanılmış hak" kavramı yerine "hak yaratıcı işlem" kavramını kullanmanın uygun olacağı görüşündedir. Kanımca bu iki kavram farklı durumları ifade eder. Bir defa kazanılmış haklar sadece işlemlerden doğmaz. Sözleşmelerden de doğabilir. Hatta eylemlerden bile doğabileceği söylenebilir. Bunun yanında kazanılmış hak bir hukukî durumu ifade eder. Hak yaratıcı işlem ise, idarî işlemi niteleyen bir kavramdır.

Kazanılmış hak hukuken tamam ve kesin işlemlerden doğar⁵⁴. Bunun yanında yürütmeyi durdurma ve iptal kararı ile de kazanılmış hak doğabilir.

Kanımca, hukuka uygun ve ilgisinin iyiniyetiyle yararlanılmış olan idarî işlemler, düzenleyici, bireysel, sübjektif ya da şart hangi türde olursa olsun kazanılmış hak doğurmaya müsaittirler. Kazanılmış hak doğuran işlemler yerine, kazanılmış hak doğurmayan işlemlerin belirlenmesi ve bunlar dışında kalan işlemlerin kazanılmış hak doğuracağı kabûl edilmelidir.

b. Kazanılmış Hak Doğurmayan İşlemler

Öncelikle hak doğurmayan işlemlerin kazanılmış hak da doğurmayacaklarını belirtmek gerekir. Bu anlamda hak doğurmayan işlemler belirlenerek, kapsamın daraltılması, kazanılmış hakkın içeriği kadar zor olan, kazanılmış hak doğurmayan işlemlerin belirlenmesini de kolaylaştıracaktır. Hak doğuran her işlem kazanılmış hak doğurmaz. Bunun gibi kişilere avantaj sağlayan her işlem de kazanılmış hak doğurmaz. Lehe olmayan, kolluk işlemleri, yok hükmünde veya hile ile elde edilmiş işlemler gibi hukuka aykırı işlemler, herhangi bir hak doğurmayacaklarından kazanılmış hakka da dayanak olamazlar⁵⁵.

Hak kazandıran işlemler bir kişiye hukukun koruduğu bir avantaj sağlayan, tek taraflı ve bireysel işlemlerdir. Atama, terfi, sürücü belgesi verilmesi, ruhsat verilmesi gibi işlemler hukuken korunan avantajlar sağlayan işlemler olup hak doğururlar. Bu işlemler kazanılmış hak iddiasına da konu olabilirler. Bir hak doğurması olanağı olmayan işlemler, kazanılmış hak da doğuramazlar. Gerçek bir hak doğurması mümkün olmayan işlemler arasında hukuka aykırı olmaları nedeniyle yok hükmünde olan ve irade sakatlığı taşıyan işlemler yanında, hukuka uygun olmalarına rağmen nitelikleri bakımından hak doğurmaya elverişli olmayan, kolluk işlemleri, olumsuz işlemler, belirtici-açıklayıcı işlemler, akçalı işlemler, idarî yaptırımlar, geçici işlemler, bir kayıt ya da şarta

⁵⁴ BIYIKLI, s. 99.

⁵⁵ OĞURLU, s. 117.

bağlı işlemler sayılmıştır⁵⁶. Bu tür işlemleri konu edinen düzenleyici veya bireysel işlemlerin geri alınmaları ya da değiştirilmeleri kazanılmış haklara etki etmeyecektir⁵⁷.

Bu işlemler dışında ilgisine bildirilmemiş olan işlemler de bir hak doğurmadıklarından kazanılmış hakka da sebebiyet vermezler. Çünkü idare bildirilmemiş işlemi geri alabilir, ortadan kaldırabilir⁵⁸.

2. İdarî Eylemler

Doktrin ve yargısal kararlardan çıkardığım sonuca göre kazanılmış hak kuramı, çoğunlukla ya da genel olarak idarî işlemlerde söz konusu olur. Kuramın idarî eylemler açısından çok da fazla uygulama alanının olmadığı söylenebilir. Ancak kazanılmış hak kuramının idarî eylemlerde uygulanmayacağına dair kesin bir yargı olmadığından, bu konuya kısa da olsa değinmek yerinde olacaktır. Kazanılmış hak kuramının idarî eylemlerde de söz konusu edilebileceği fikrini ortaya atmak amacıyla, bu duruma ilişkin çok sınırlı birkaç örneğe burada yer verilecektir.

Danıştay bir kararında idarî işlemlerin geriye yürümezliği ilkesini, kazanılmış hakların korunması amacını güden ve idarenin faaliyetlerini genel plânda sınırlayan bir ilke olarak nitelendirmiştir⁵⁹. “İdarenin faaliyetleri” kavramı, idarî işlemlerin yanında idarî eylemleri de kapsamına alır. Buna göre kazanılmış hakların korunması amacını güden idarî işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi, idarî eylemleri de genel plânda sınırlayan bir ilkedir. İdare, işlemi uygularken gerçekleştireceği

⁵⁶ SCHWARTZENBERG, (R. G): L'autorité de la chose décidée, These, Paris 1967, TAN, s. 74'den naklen; TAN, s. 74, 82-83; TOLON, s. 182, 185.

⁵⁷ OĞURLU, s. 117-118.

⁵⁸ AKILLIOĞLU, Tekin: “Yönetmelik İşlemlerinde Yürürlüğe Giriş Sorunu”, AİD, C. 12, S. 2, 1979, s. 40; OĞURLU, s. 46. Bu yönde Danıştay kararı için bkz. D.5.D., E. 70/2422, K. 71/5878, 12.10.1971, DD, S. 6-7, 1972, s. 226-227.

⁵⁹ D.1.D., E. 91/211, K. 91/289, 04.10.1991, DD, S. 84-85, 1992, s. 24-27. Aynı yönde bkz. D.1.D., E. 88/336, K. 88/355, KT. 19.12.1988, DD, S. 74-75, 1989, s. 74-79; D.9.D., E. 78/1298, K. 79/2812, KT. 25.09.1979, DD, S. 38-39, 1980, s. 285-286.

eylemlerin de, idarî işlemlerin geriye yürümezliği ilkesini ve bu ilkenin koruduğu kazanılmış hakları ihlâl etmemesine özen göstermelidir. Başka bir deyişle idare eylemleriyle bireylerin kazanılmış haklarına dokunmamalıdır.

Danıştay'ın da ifade ettiği gibi Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümeyeceğini düzenleyen Anayasa hükmünün amacı, “iptal kararlarından önce yapılan işlem ve uygulamalarla üçüncü şahısların elde ettiği kazanılmış hakların ve kamu düzeninin korunmasıdır.”⁶⁰ Danıştay bu kararında “işlem ve uygulamalar” ifadesini kullanmıştır. Bu ifadede geçen “uygulama” kavramının, “eylem” yerine kullanıldığı düşünülebilir. Bu çıkarıma göre, kazanılmış hak işlemler yanında eylemlerden de elde edilebilir.

Danıştay'ın bir kararına göre, “Herhangi bir nedenle kaldırılan hukuka uygun işlemler, kişi yararına kazanılmış hak doğurdıklarından, işlemi yapan idareye ya da yetkili idare ajanına bazı sorumluluklar yüklemektedirler. ... hakları çiğnenen ilgililer ... iptal davası ve uğradıkları zararın giderilmesi için de (maddî ve manevî tazminat) ... davası açabilirler. Ayrıca; olumsuz işlem ya da eylem yapan idare yetkilisinin ...kişisel kusuru bulunması halinde, “hukukî”, “malî” ve “cezaî” yönden sorumlu tutulması, Devlet Memurları Yasasının 139. maddesi gereğidir.”⁶¹ Buna göre, idare bireylerin kazanılmış haklarını ihlâl eden bir davranışta bulunduğu takdirde, ortaya çıkan zararı tazmin eder. Ancak zarara sebep olan ajanına rücu edebilir. Kararda, idare ajanının yaptığı “olumsuz işlem ya da eylem”den söz edilmektedir. Kazanılmış hakları ihlâl ederek zarara sebebiyet veren ajan, bu zararı işlemiyle gerçekleştireceği gibi, eylemiyle de gerçekleştirebilir.

Bu sınırlı örneklerden ve açıklamadan sonra dahî, kazanılmış hakların idarî eylemlerde de uygulanabileceğini, idarenin eylemlerinin kazanılmış haklara dayanak olabileceğini söylemek çok iddialı olacaktır.

⁶⁰ D.1.D., E. 88/196, K. 88/189, KT. 16.09.1988, DD, 74-75, 1989, s. 62-64. Aynı yönde bkz. D.5.D., E. 99/3664, K. 2003/3509, KT. 17.09.2003, DKD, S. 3, 2003, s. 185-187; DDDK, E. 74/199, K. 75/41, KT. 14.02.1975, DD, S. 20-21, 1976, s. 198-202.

⁶¹ OĞAN, Mehmet Ali: “Kazanılmış Hak Sorunu”, ABD, Yıl: 1976, S. 4, s. 636-637.

C. DANIŞTAY'IN KAZANILMIŞ HAK KURAMINA YAKLAŞIMI

Her ne kadar idare hukukunun statüler hukuku olması ve dolayısıyla idare hukukunda kazanılmış haklardan söz edilemeyeceği iddia edilse de, Danıştay verdiği kararlarda kazanılmış hak ilkesini tanımış, bu ilkedен sıkça yararlanmış ve bireylerin kazanılmış haklarını çeşitli yollarla, bazen bir ilkeye dayanarak bazen de gerekçe göstermeksizin hukuka uygunluğun bu yönde olduğunu belirterek koruma yoluna gitmiştir. Danıştay'ın dayandığı ilkeler arasında idarî istikrar, geçmişe yürümezlik, hukuk devleti gibi ilkeler yer almıştır.

Ayrıca Danıştay bazı kararlarında kazanılmış hakkın tarifini yapmış hangi durumlarda kazanılmış hak doğacağını, hangi durumlarda doğmayacağını belirtmiştir. Bu şekilde son zamanlara gelinceye kadar doktrin tarafından incelenmemiş hattâ kabûl dahî edilmemiş olan kazanılmış hak ilkesine bir çerçeve çizmeye çalışmıştır.

Danıştay, kazanılmış hak kavramını çok sayıda kararında kullanmıştır. Bunların tümüne burada yer vermek mümkün olmadığından, çeşitli konulara ilişkin verdiği kararlarından örnekler aktararak, yüksek mahkemenin kazanılmış hak kuramına yaklaşımı ortaya konulacaktır.

Danıştay'a göre, "Kişiler yönünden düzenleyici işlemlerin kendilerine uygulanması veya kendiliğinden uygulanacak hale gelmesiyle kazandıkları sübjektif hakların korunması, kazanılmış hak ilkesinin zorunlu sonucudur. Kendilerine imar ve ihya etmek üzere yabani zeytinlik dağıtılan kişilerin yasada öngörülen yükümleri yerine getirmeleri ve koşulların gerçekleşmesi halinde, o taşınmazın mülkiyetini isteyebilmeleri konusunda kazanılmış hakları bulunmaktadır. ... bu hakkı doğuran yasanın yürürlükten kalkmış olması ya da uygulanmasının durdurulmuş bulunması sonucu etkilemez."⁶² Buna göre düzenleyici işlemin ya da kanunun bireylere uygulanması ya da kendiliğinden uygulanacak hale gelmesi kazanılmış hak doğurur, denilebilir.

⁶² D.1.D., E. 82/211, K. 82/209, KT. 27.10.1982, DD, S. 50-51, 1983, s. 104-106.

Danıştay haktan yararlanılmış olmasını kazanılmış hakkın ortaya çıkması için önemli saymaktadır. Ancak bu konuda bir tutarlılık yoktur⁶³. Bir kararında, eski mevzuat hükümlerine göre sigorta müfettişliği sıfatını kazanmış, hatta teftiş görevi yaptırılmış olan kişi için bu sıfatın kazanılmış hak olduğunu, daha sonra yürürlüğe giren yönetmeliğin, hakkın devamını yeni şartların gerçekleşmesine bağlı kılmasının kazanılmış hakları ihlâl ettiğini ifade ederek yönetmeliğin ilgili hükmünü iptal etmiştir⁶⁴. Buna göre kazanılmış hak, eski mevzuatın öngördüğü ve bireylerin bundan yararlanarak elde ettikleri ve belirli bir süre de kullandıkları haktır. Bu hak daha sonra yürürlüğe giren mevzuatla ortadan kaldırılamaz. Burada kanımca, kazanılmış bir hakkın korunması amacıyla idarî işlemlerin geriye yürümezliği ilkesi kullanılmış ve kazanılmış hakkı ihlâl eden hüküm iptal edilmiştir.

Ancak bir başka kararında, Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptal edilmiş bir kanun hükmüne dayanarak, iptalden önce belirli bir süre haktan yararlanmış olmanın, iptal hükmünü etkisiz bırakacak şekilde kazanılmış hak oluşturmayacağını ve iptal kararından sonra uygulanmasını gerektirmeyeceğini ifade etmiştir⁶⁵. Bu kararlardan yola çıkarak, Danıştay'ın 'belirli bir süre haktan yararlanmış olma'nın kazanılmış hakka olan etkisi konusundaki tavrında tutarlılığın bulunmadığı sonucuna ulaşılabilir.

Danıştay'a göre, kamu düzenini sağlamak amacına yönelik düzenlemelerde, kazanılmış hak iddiaları idareyi etkilemeyecektir⁶⁶.

⁶³ TAN, s. 69-70.

⁶⁴ D.5.D., E. 75/5791, K. 76/91, KT. 21.01.1976, DD, S, 24-25, s. 236-238. Aynı yönde bkz. D.10.D., E. 76/163, K. 76/895, KT. 19.04.1976, DD, S, 24-25, 1977, s. 447-449; D.10.D., E. 76/688, K. 76/2498, KT. 23.11.1976, DD, S, 26-27, 1977, s. 407-409; D.10.D., E. 74/107, K. 75/1074, KT. 28.04.1975, DD, S, 20-21, 1976, s. 520-521; D.10.D., E. 73/2531, K. 74/1426, KT. 13.05.1974, DD, S, 16-17, 1975, s. 358-360; DDDK, E. 76/427, K. 78/90, KT. 13.01.1978, DD, S, 32-33, 1979, s. 290-297.

⁶⁵ D.3.D., E. 73/462, K. 73/451, KT. 09.10.1973, DD, S, 14-15, 1974, s. 163-164. Aynı yönde bkz. D.10.D., E. 70/2308, K. 71/2526, KT. 17.11.1971, DD, S, 6-7, 1972, s. 367-368.

⁶⁶ D.12.D., E. 74/1046, K. 75/88, KT. 20.01.1975, DD, S, 20-21, 1976, s. 656-659.

Buna göre kamu düzeni söz konusu ise kazanılmış hak iddia edilemez ya da bu iddia dikkate alınmaz. Bu karardan, kazanılmış hakların kamu düzenine feda edilebileceği sonucu çıkarılabilir.

Üniversiteye girmeden önce işlenen ve kesinleşen bir suçtan dolayı yükseköğretim kurumlarına giriş koşullarını yitirdikleri öne sürülerek, öğrencilerin kayıtlarının silinmesi olayında Danıştay, “bu yasa kuralının yürürlükte bulunmadığı dönemlerde bu türde suç işlemiş olarak Yükseköğretim Kurumlarına girmiş olanların girdikleri dönemde böyle bir kural olmadığı için kayıtlarının silinemeyeceği ... ve kazanılmış haklarının ellerinden alınmayacağına doğal olduğuna” karar vermiştir. Ayrıca, “(kanunda) bu durumda olanların Yükseköğretim kurumlarından kayıtlarının silineceğine ilişkin bir kural da bulunmadığından Yükseköğretim kurumlarına giriş koşullarını yitirdikleri öne sürülerek öğrencilerin kayıtlarının silinmesini yasa ve hukuka” aykırı bulmuştur⁶⁷. Bu durumda, yeni kanunda bu hükmün geçmişte yükseköğretim kurumlarına girmiş olanlara uygulanacağına dair bir hüküm bulunsaydı, Danıştay’a göre idarenin işlemi hukuka uygun olacaktı. Yani Danıştay, eski mevzuata göre kazanılmış haklara dokunulabilmesinin hukuka uygun sayılabilmesi için, kanun koyucunun aynı zamanda bu konuda da bir düzenleme yapmış olması şartını aramaktadır. Buna göre, yeni kanunun geçmişe etkili olarak uygulanmaması –dolayısıyla kazanılmış haklara ilişmemesi- kural; kanun koyucunun yaptığı düzenleme ile kanunun geçmişe etkili olarak uygulanabilmesi ise bu kuralın istisnasıdır.

Yüksek mahkeme bir başka kararında ise bu içtihadına tamamen zıt bir şekilde karar vermiştir. Bu kararında Danıştay, “Yasa koyucu bu hükümle rektörlük süresinin en çok iki dönemle sınırlayan genel bir kural getirmekte olup; bu dönemlerini yasanın yürürlüğünden önce tamamlamış olanların genel kural kapsamı dışında kalmaları, ancak geçici madde ile getirilecek ayrık bir düzenleme ile mümkündür. Yasanın TBMM’ndeki görüşmelerinde 1. maddede yer alan ‘Ancak iki dönemden fazla rektörlük yapılamaz.’ hükmünün bu yasadan önceki dönemde görev

⁶⁷ D.8.D., E. 86/427, K. 87/38, KT. 02.02.1987, DD, S. 68-69, 1988, s. 546-548. Aynı yönde bkz. D.10.D., E. 96/2459, K. 98/5882, KT. 19.11.1998, DD, S. 100, 1999, s. 474-477; D.3.D., E. 73/461, K. 73/450, KT. 09.10.1973, DD, S. 14-15, 1974, s. 158-159; D.10.D., E. 96/7759, K. 97/360, KT. 17.02.1997, DD, S. 94, 1998, s. 662-664.

yapanları da kapsamak üzere getirildiği önerge sahipleri tarafından açıkça ifade edilmiş olduğu gibi, 3826 sayılı Yasanın geçici maddelerinde de, bu yasanın yürürlüğünden önce iki veya daha fazla dönem görev yapmış olanların, bu durumlarının dikkate alınmayacağına ve bunların yeniden yapılacak rektörlük seçimlerine katılma haklarının saklı bulunduğu ilişkin ayrı bir kurala yer verilmemiştir. Oysa yasa koyucunun benzeri durumlarda, gerekli gördüğü takdirde, bu görüşe uygun olarak, geçici maddelerle genel kurala ayırık düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Nitekim mülga 1750 sayılı Üniversiteler Kanununun geçici 3. maddesinin son fıkrasında yer alan ‘Bu madde gereğince süresi biten rektör ve dekanlar, eski hizmet dönemleri hesaba katılmadan yeniden iki dönem için aday olabilirler.’ yolundaki hükümlerle, madde kapsamındakilerin aynı yasanın 13/2. maddesindeki sınırlamanın dışına çıkarılmış olmaları buna örnek oluşturmaktadır.” ifadeleriyle kanunun iki dönemden fazla rektörlük yapılamayacağı yolundaki hükmünün geçmişe etkili olarak uygulanacağını belirtmiştir⁶⁸. Yukarıdaki kararda kanunun geçmişe etkili olarak uygulanabilmesi için kanun koyucunun açık düzenlemesini şart koşan Danıştay, bu kararda kendisiyle çelişir biçimde kanunun kural olarak geçmişe etkili uygulanacağını, bu genel kurala ters uygulamanın yani kanunun geçmişe etkili değil de derhal uygulanmasının söz konusu olabilmesi içinse, kanun koyucunun bu konuda açık bir düzenleme yapması gerektiğini ifade etmiştir. Danıştay’ın bu tavrı yukarıda verilen karardaki tavrına aykırı olduğu gibi, hukukun bütün alanlarında kabul edilmiş ve bütün mahkemelerce ve idarece uygulanmış, hukukun genel ilkesi olarak bilinen ve kabûl edilen kanunların geriye yürümezliği ilkesine de aykırıdır.

Aynı konuda Danıştay Birinci Dairesi ise, görüşünü “Kanun açık seçik daha önce üst üste iki dönem rektörlük yapmış olanların bu yeni sistem içinde rektör seçilemeyeceklerine ilişkin bir hüküm içermemektedir. İlke olarak her Kanun ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki hukukî durumları düzenleyebileceğine göre, açık hükümler olmaksızın, gerek aday yönünden, gerekse oy verecek öğretim üyelerinin istedikleri adaylara oy verebilmeleri yönünden kısıtlama taşıyan bu hükmün, yorum yoluyla Yasanın yürürlüğünden önce iki dönem

⁶⁸ D.5.D., E. 92/4035, K. 93/3177, KT. 16.09.1993, DD, S. 89, 1995, s. 277-287.

rektörlük yapmış olanlara da uygulanması mümkün görülmemiştir.” ifadeleriyle açıklayarak, söz konusu kanunun yürürlüğünden önce, iki dönem rektörlük yapanların rektör adayı olarak seçilip atanmalarına engel olmadığı sonucuna varmıştır⁶⁹. Yukarıdaki karara göre daha eski tarihli olan bu karar, kazanılmış hakları korur nitelikte ve kanımızca daha isabetlidir.

Danıştay, öğrencilerle ilgili verdiği bir kararında yürütmenin durdurulması kararının uygulanması ile bir üst sınıfa geçerek başarılı olmuş bir öğrencinin, yeniden 2. sınıftan belgeli duruma düşürülmesi olayında, doğmuş bir hakkın bertaraf edilerek okulu bitirme durumuna gelmiş öğrencinin 2. sınıftan belgeli duruma düşürülmesi işlemi hak ve nesafet esaslarına ve hukukun genel ilkelerine aykırı bularak iptal etmiştir⁷⁰. Bu kararda kazanılmış hakların korunmasında hukukun genel ilkelerinden de yararlandığı görülmektedir.

Yine aynı konudaki bir başka kararında daha önce genelge ile tanınan Anadolu Liselerinde parasız yatılı öğrenci olarak okuma hakkının genelgede yapılan bir değişiklikle ortadan kaldırılmasını kazanılmış hak ilkesine aykırı bulmuştur⁷¹.

Bir başka kararında ise, lisansüstü Eğitim Yönetmeliğinde yapılan yabancı dil sınavı (KPYDS) ile ilgili değişikliğin, doktora yeterlilik sınavına girmemiş eski öğrencilere uygulanması konusunda, “objektif hukuk dünyasında meydana gelen ve hukukî statüde değişiklik yapan bu düzenlemelerin eski düzenleme uyarınca statü kazanmış ve statüsü devam eden bireyleri de kapsayacağı”nın açık olduğunu, eski yönetmelik uyarınca kayıt yaptıran ve öğrenciliği devam eden doktora yeterlilik sınavını vermemiş öğrencilerin kazanılmış haklarından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir⁷². Buna göre statü içinde kazanılmış haktan söz edilemez.

⁶⁹ D.1.D., E. 92/224, K. 92/238, KT. 13.07.1992, DD, S. 87, 1993, s. 62-66.

⁷⁰ D.8.D., E. 71/1678, K. 72/2522, KT. 04.07.1972, DD, S. 9-10, 1973, s. 329-331.

⁷¹ D.8.D., E. 84/193, K. 84/1519, KT. 05.12.1984, DD, S. 58-59, 1985, s. 293-295.

⁷² D.8.D., E. 96/3847, K. 97/2153, KT. 17.06.1997, DD, S. 95, 1998, s. 506-510.

Danıştay memurlarla ilgili verdiği birçok kararında “kazanılmış hak”, “kazanılmış hak aylığı” ifadelerini kullanmıştır. Bu kararlardan önemli bir bölümü 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun uygulanması ile ilgilidir. 657 sayılı kanunun 36. maddesi memurların derece ve kademelerinin neye göre belirleneceği ve nasıl değerlendirileceği, hizmet sınıfları gibi konularda genel bilgi veren ve oldukça geniş kapsamlı bir düzenlemedir. Bu maddenin A/12-d fıkrasında memuriyet sırasında üst öğrenimlerini bitirenlerin derecelerinin, memuriyete başlamadan önce yüksek öğrenimi bitirmiş olan emsallerini aşmamak kaydıyla, üst öğrenimin başlangıç derecesi üzerine daha önce memuriyette geçen sürelerini de ekleyerek derece ve kademelerinin değerlendirileceği düzenlenmektedir. Danıştay’a göre bu düzenleme aynı tahsili aynı anda bitirenler arasında maaş ve ücret yönünden herhangi bir farklılık doğmamasını amaçlamaktadır. Bu gerekçeyle bitirdiği yükseköğrenim başlangıç derecesi yükseltmek suretiyle değerlendirilen davacının yüksek öğrenimde geçen 3 yıllık süre için kıdem verilmesi ve bu kıdemin intibakında değerlendirilmesi yolundaki istemini reddetmiştir⁷³.

Danıştay’ın memurların bir görevden diğerine atanması konusunda en çok önemseydiği ve asıl ilke olarak kabûl ettiği ilke, kazanılmış hakların korunmasıdır⁷⁴.

Memurların naklen atanmaları ile ilgili konularda 657 sayılı kanunun 76. maddesi uygulanır. Bu maddeye göre idare, memurları kazanılmış hak aylık derecelerine uygun olarak başka görevlere atayabilir. Danıştay, idarenin, memurları sözü geçen madde hükmüne uygun olarak, kazanılmış haklarını korumak suretiyle yaptığı atama işlemini hukuka uygun addetmiştir⁷⁵. Aksine atama sırasında bu maddede

⁷³ D.5.D., E. 89/1622, K. 89/1953, KT. 16.11.1989, DD, S. 78-79, 1990, s. 252-255.

⁷⁴ D.5.D., E. 96/1272, K. 97/1118, KT. 27.05.1997, DD, S. 94, 1998, s. 350-356; D.5.D., E. 91/4040, K. 95/1374, KT. 10.04.1995, DD, S. 91, 1996, s. 461-465.

⁷⁵ D.5.D., E. 94/6864, K. 95/428, KT. 25.01.1995, DD, S. 91, 1996, s. 511-515. Aynı yönde bkz. D.5.D., E. 96/976, K. 99/1655, KT. 21.05.1999, DD, S. 103, 2001, s. 427-430; D.5.D., E. 98/1619, K. 99/1756, KT. 26.05.1999, DD, S. 103, 2001, s. 424-427; D.5.D., E. 92/700, K. 95/1461, KT.

öngörülen kazanılmış hak aylık derecesi gözetilmeden yapılan atama işlemini hukuka aykırı bulmuştur⁷⁶. Ancak Danıştay, atama işlemini hukuka uygun olarak nitelendirebilmek için, kanunun sözü geçen maddesine uygun olmasını her zaman yeterli bulmamıştır. Aynı zamanda bu madde ile idareye tanınan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak ve hukuken geçerli nedenlere dayanılarak kullanılması gerektiğini birçok kararında vurgulamıştır⁷⁷.

Danıştay hatalı idarî işlemin geri alınması ile ilgili bir kararında, kanuna aykırı olarak göreve aldığı memurlardan adaylık süresini doldurmayanların görevine her zaman son verilebileceğini, adaylık süresini doldurmuş, asaleti tasdik olunmuş ve üzerinden uzun bir süre geçmiş olanların görevlerine son verilemeyeceğini, sahte sınav belgeleri ile göreve başlayan memurların ise, hile ve gerçek dışı beyan sonucu işlem tesis edildiği için görevlerine her zaman son verilebileceğini, ancak bunun için belgelerin sahteliğinin sabit olması gerektiğini, sınav belgelerinin doğruluğu konusunda kesin kanıt elde edilemeyen memurların görevine son verilemeyeceğini çünkü, idarî işlemlerdeki doğruluk karinesinin burada uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁸. Buna göre diğer idarî işlemlerde olduğu gibi memurun göreve alınmasında da iyiniyet asıl olup, kazanılmış hak ancak iyiniyetin varlığı halinde korunacaktır.

Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 1952 yılında aldığı bir içtihadı birleştirme kararına göre kanunsuz yapılan bir terfi kazanılmış

18.04.1995, DD, S. 91, 1996, s. 518-521; D.5.D., E. 91/3960, K. 92/2707, KT. 21.10.1992, DD, S. 87, 1993, s. 314-317.

⁷⁶ D.5.D., E. 92/1792, K. 95/1181, KT. 28.03.1995, DD, S. 91, 1996, s. 536-538.

⁷⁷ DİDDGK, E. 93/297, K. 93/231, KT. 09.07.1993, DD, S. 89, 1995, s. 99-102. Aynı yönde bkz. DİDDGK, E. 97/699, K. 98/708, KT. 25.12.1998, DD, S. 100, 1999, s. 48-53; D.5.D., E. 97/2136, K. 97/2986, KT. 11.12.1997, DD, S. 96, 1998, s. 191-194; D.5.D., E. 96/1345, K. 96/2819, KT. 25.09.1996, DD, S. 93, 1997, s. 303-307; D.5.D., E. 95/1960, K. 96/3949, KT. 19.12.1996, DD, S. 93, 1997, s. 289-293; D.5.D., E. 94/6864, K. 95/428, KT. 25.01.1995, DD, S. 90, 1996, s. 567-571; D.5.D., E. 98/2342, K. 99/853, KT. 07.04.1999, DD, S. 103, 2001, s. 430-433.

⁷⁸ D.3.D., E. 81/83, K. 81/100, KT. 28.05.1981, DD, S. 44-45, 1982, s. 72-75.

hak doğurmaz. Ancak bu işlemin bir çok tesir ve neticeler doğurabileceği ve idarece kanunsuz bir terfi işleminin her zaman geri alınabileceğini kabul etmenin istikrar ilkesiyle bağdaştırılmasının mümkün olamayacağı, memur hakkında kanuna uygun müteaddit terfiler cereyan ettiği takdirde idare tarafından kanunsuz terfiin geri alınmasının kabûl edilemeyeceği açıklanmıştır⁷⁹. Danıştay yeni tarihli bir kararında, bu içtihadı birleştirme kararındaki “müteaddit terfiler” ifadesinden en az iki derece terfiinin yapılmış olmasının anlaşılması gerektiğini bunun da 6 yıla tekabül ettiğini ifade etmiştir⁸⁰.

Danıştay’ın 1973 yılında aldığı bir başka içtihadı birleştirme kararına göre idare, kanunsuz terfi ve intibaka dayanarak ödediği meblağı, yokluk, açık hata, memurun gerçek dışı beyanı veya hilesi hallerinde süre aranmaksızın, her zaman geri alabilir. Belirtilen bu istisnalar dışında kalan hatalı ödemelerin istirdatı ise, hatalı ödemenin ilk yapıldığı tarihten itibaren başlamak üzere 90 gün içinde mümkündür⁸¹. Bu kararda belirtilen 90 gün, o dönemde yürürlükte olan Danıştay Kanunu’nun⁸² belirlediği idarî dava açma süresidir. Bu sürenin, günümüzde yürürlükte bulunan İdarî Yargılama Usulü Kanunu’nda düzenlenmiş genel dava açma süresi olan 60 gün olarak uygulanması gerekir.

Bir başka Danıştay kararında, bu içtihadı birleştirme kararıyla 90 gün geçtikten sonra hatalı ödemenin istirdat edilemeyeceğine karar

⁷⁹ DDDGK, E. 52/15, K. 52/244, KT. 26.09.1952, DŞKD, S. 58, 1953, s. 39-40. Aynı yönde bkz. DDDK, E. 74/61, K. 74/455, KT. 12.04.1974, DD, S. 16-17, 1975, s. 127-128. Benzer bir başka kararında davacı hakkında kanunsuz terfi işleminin tesisinden sonra kanuna uygun müteaddit terfiler de yapılmış olmadığından olayda, kazanılmış bir haktan ve idarî istikrar prensibinden söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. D.5.D., E. 69/2436, K. 70/5147, KT. 14.11.1970, DD, S. 3, 1971, s. 367-368.

⁸⁰ D.5.D., E. 99/1909, K. 2002/3361, KT. 24.09.2002, DKD, S. 1, 2003, s. 194-196.

⁸¹ DİBK, E. 68/8, K. 73/14, KT. 22.12.1973, DD, S. 14-15, 1974, s. 182-198. Aynı yönde bkz. DİDDGK, E. 92/14, K. 93/38, KT. 19.02.1993, DD, S. 88, 1994, s. 71-74.

⁸² 521 sayılı mülga Danıştay Kanunu için bkz. RG. Tarihi: 31.12.1964, Sayısı: 11896.

verilerek, sakat bir işlemin, bundan yararlanan lehine kazanılmış bir hak doğurmasa da bunun kişiler için doğurduğu sübjektif etki ve sonuçların korunması gerektiği sonucuna varılmıştır. Ancak bu korumanın kamu yararı ve kamu düzeni ile sınırlı olduğunu, bu korumanın kamu düzenini ve kamu yararını ihlâl eden ve bozan bir sonuca ulaştığında sürdürülmesinin mümkün olmadığını, korumanın hukuka aykırı işlemin düzeltildiği tarihe kadar ilgili kişi için doğurduğu kişisel kazanımlarla sınırlı kalacağı kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁸³.

Bu Danıştay kararı yukarıda verilen içtihadı birleştirme kararlarının sadece kanunsuz terfi ve hatalı ödemenin geri alınmasında değil, tüm geri alma işlemlerinde uygulanacak birer ilke olduklarını ortaya koymaktadır.

Danıştay imar ile ilgili konularda verdiği kararlarda da kazanılmış hak ilkesine sıkça başvurmuştur. Bu kararlardan inşaat ruhsatı ile ilgili olanların özel bir yeri vardır. Bir kararında imar plânındaki değişikliği iptalinin inşaat ruhsatının kendiliğinden iptali sonucunu doğurmayacağı, hukuken geçerli inşaat ruhsatına dayalı olarak yapılan 4. katın yıkımına ilişkin işlemin mevzuata aykırı bulunduğunu ifade etmiştir⁸⁴. Bu kararda kazanılmış hak ilkesinden açık bir şekilde söz edilmemiş olsa da (ilk derece mahkemesinin kararında söz edilmiş), plân değişikliğinin iptalinden önce hukuka uygun olarak verilmiş olan ruhsatla yapılmış inşaatın ve ilgililerin haklarının korunması söz konusudur. Nitekim benzer bir başka kararında inşaatını ruhsata uygun olarak tamamlayan ve yapı kullanma izin belgesi alan davacının hatası, hilesi veya kusuru söz konusu olmadığı, inşaatın da kullanılabilir hale geldiği, bu durumda davacının kazanılmış hakkının doğduğu, imar plân değişikliğinin iptal edilmesinin inşaat ruhsatını etkilemeyeceğine karar vermiştir⁸⁵.

⁸³ D.5.D., E. 94/7834, K. 97/2030, KT. 09.10.1997, DD, S. 95, 1998, s. 308-313. Aynı yönde bkz. D.5.D., E. 96/1234, K. 98/239, KT. 05.02.1998, DD, S. 97, 1999, s. 329-336.

⁸⁴ D.6.D., E. 2001/4142, K. 2002/5462, KT. 21.11.2002, DKD, S. 1, 2003, s. 252-254.

⁸⁵ D.6.D., E. 97/6294, K. 98/5931, KT. 03.12.1998, DD, S. 100, 1999, s. 265-266.

Bir başka kararında İmar Hukuku'nda ruhsat alınmak suretiyle yapımına başlanılan inşaatın, ulaştığı seviye esas alınarak kazanılmış hakların değerlendirilmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir⁸⁶. Bir başka kararında bu seviyenin subasman seviyesi olduğunu, davacının subasman seviyesinde inşaatı bulunmadığından kazanılmış hakkının bulunmadığına hükmetmiştir⁸⁷.

Bir diğer kararında “kazanılmış hak ancak yasal koşullara uygun olarak tesis edilmiş ve iyi niyetle elde edilmiş olmasına bağlıdır. Anayasa Mahkemesi kararıyla, iptal edildiği bilinen bir kanun hükmüne dayanılarak idarece verilmiş olan yapı ruhsatlarının mevzuata uygun olmadığı, dolayısıyla bu işlemde yararlanan yapı sahibi lehine kazanılmış hak sağlamayacağı tartışmasızdır.... idarenin mahkeme kararının kamuoyuna duyurulması tarihinden itibaren Anayasa'ya aykırı bulunan bir yasa hükmüne dayanarak hak doğurucu bir işlem tesis etmemesi gerekirken, aksine bir davranışla inşaat ruhsatı düzenlemiş olması nedeniyle işlemde açık hata olduğu kuşkusuzdur.” diyerek, iptal edilen bir kanuna dayanılarak verilen yapı ruhsatının kazanılmış hak doğurmayacağını ve idarece geri alınabileceğini ifade etmiştir⁸⁸.

Bir diğer kararında kazanılmış hak kavramını, “... bir hak sağlamaya elverişli nesnel kuralların bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamında kabûl edilebileceği...” şeklinde tanımlamış, kazanılmış bir haktan söz edebilmek için bu hakkın yeni düzenlemeden önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerektiğini ifade etmiştir. Olayda kahvehane ruhsatlarının gerekli inceleme ve araştırma yapıldıktan sonra belli kişi ve yer için verildiğinden, işletmenin devri halinde ruhsatın hukukî

⁸⁶ D.6.D., E. 98/5103, K. 99/4284, KT. 05.10.1999, DD, S. 103, 2001, s. 588-589.

⁸⁷ D.6.D., E. 94/1291, K. 94/3810, KT. 26.10.1994, DD, S. 90, 1996, s. 676-677. Aynı yönde bkz. D.6.D., E. 93/54, K. 93/5183, KT. 08.12.1993, DD, S. 89, 1995, s. 309-315; D.6.D., E. 80/34, K. 83/438, KT. 27.01.1983, DD, S. 52-53, 1984, s. 314-315; D.6.D., E. 88/2768, K. 90/484, KT. 28.03.1990, DD, S. 80, 1991, s. 236-238; D.6.D., E. 80/932, K. 82/4283, KT. 16.12.1982, DD, S. 50-51, 1983, s. 236-239.

⁸⁸ D.6.D., E. 91/749, K. 91/2306, KT. 06.11.1991, DD, S. 84-85, 1992, s. 416-420.

geçerliliğini yitireceği ve işletmeyi devralan kişinin kazanılmış hakkından söz edilemeyeceğine karar vermiştir⁸⁹.

Danıştay davacının TRT genel müdürlüğü görevinden alınmasına ilişkin işlemine gerekçe olarak gösterdiği sebeplerin davacı göreve atanırken de idarece bilinmekte olduğu, bu sebeplerin davacının göreve getirilmesinde engel teşkil edip etmediğinin atama sırasında göz önüne alınması gerektiği, bir yıl üç ay süreyle görev yaptıktan sonra bu sebeplerin davacının görevde tutulmasına engel olduğu yolundaki iddiasını idarenin bütünlüğü, devamlılığı ve kazanılmış hakların korunması ilkesine aykırı bularak dava konusu işlemi iptal etmiştir⁹⁰. Buna göre idare bir yıl üç ay önce verdiği atama kararı sırasında göreve engel olacak bazı sebepleri (bildiği halde) göz önüne almayarak atama işlemini gerçekleştirdiyse, bu kararının arkasında durmalıdır. Aradan belli bir zaman geçtikten sonra atama kararını kaldırmak istemesi kazanılmış hakların ihlâline yol açacaktır.

III. KAZANILMIŞ HAKKIN KORUNMASI

A. KAZANILMIŞ HAKKI KORUYAN İLKELER

Kazanılmış hakkı koruyan ilkeler, hukuk devleti, geriye yürümezlik, idarî istikrar ve idarî işlemlerin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı ilkeleridir.

1. Hukuk Devleti

Hukuk devleti ilkesi, idarenin hukuka bağlılığını ifade eder. Hukuk devleti keyfî kurallara göre değil, hukuk kurallarına göre idare edilen bir devlet rejimidir. Hukuk devletinde devlet kuralları koymakla yetinmez. Bunun yanında koyduğu kurala bağlı kalır. Hukuk devleti anlayışında devletin tüm faaliyetleri hukuka uygun olmalıdır⁹¹.

⁸⁹ D.10.D., E. 2000/2114, K. 2002/3458, KT. 01.10.2002, DKD, S. 1, 2003, s. 402-406.

⁹⁰ DDDK, E. 75/101, K. 76/1, KT. 09.01.1976, DD, S. 22-23, 1976, s. 133-166.

⁹¹ AKYILMAZ, s. 53; ERDOĞAN, s. 83; EROĞLU, s. 34; GİRİTLİ-BİLGEN-AKGÜNER, s. 43; GÖZLER, s. 53, 56; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C. I, s. 36, 38; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2004, s. 36, 38; OĞURLU, s. 40; ONAR, C. I, s. 139; ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1995, s. 89; ÖZYÖRÜK, İdare Hukuku, s. 34; ÖZYÖRÜK,

Öte yandan hukuk devleti kavramı, idare edilenlere hukukî güvenceler sağlayan devlet düzeni için kullanılır. Hukuk devletinde ülkede egemen olan hukuk düzeni, devlete ve özellikle de idareye karşı idare edilenlere hukuk güvenliği sağlamalıdır. Hukuk devleti, kişiye en geniş güvenliği sağlayan insan onuru, adalet eşitlik ve hukukî güvenliği sağlamayı ve âdil bir hukuk sistemine dayanan devlet düzeni kurmayı kendisine amaç edinir⁹².

Hukuk devletinden söz edebilmek için birtakım olmazsa olmaz unsurlar vardır. Bunlardan biri de kazanılmış haklara saygıdır⁹³. Kazanılmış haklara saygı, hukukî güvenliği ve adaleti sağlayacak bir ilkedir. Hukuk güvenliği, kazanılmış hukukî durumların da korunmasını gerektirir⁹⁴. Kazanılmış hakların korunması ve saygı gösterilmesi hukuk devletinde bulunması gereken mutlak bir zorunluluk, idare ve idareciler içinse bir yükümlülüktür⁹⁵.

Mukbil: İdare Hukuku –İdari Yargı- Ders Notları, (Çoğaltma), Ankara 1977, s. 3.

⁹² AKYILMAZ, s. 53; ERDOĞAN, s. 84; EROĞLU, s. 34; GİRİTLİ-BİLGİN-AGÜNER, s. 44; GÖZLER, s. 53; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C. I, s. 38; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-Turgut TAN, İdare Hukuku, C. II, İdarî Yargılama Hukuku, Ankara 2003, s. 3; GÜNDAY, s. 38; OĞURLU, s. 39; ÖZBUDUN, s. 89; SÖZER, s. 553; TOLON, s. 174.

⁹³ AYM, E. 63/138, K. 64/71, KT. 11.12.1964, AYMKD, S. 2, 1991, s. 256-277; AYM, E. 69/60, K. 70/8, KT. 10.02.1970, AYMKD, S. 8, 1991, s. 202-210; D.1.D., E. 91/211, K. 91/289, KT. 04.10.1991, DD, S. 84-85, 1992, s. 24-27; YHGK, E. 87/2-860, K. 88/232, KT. 09.03.1988, KUNTMAN s. 589'dan naklen.

⁹⁴ AZRAK, Ülkü: “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 4, s. 166; OĞURLU, s. 37.

⁹⁵ KUNTMAN, s. 587; OĞURLU, s. 39; TOLON, s. 174.

2. Geriye Yürümezlik İlkesi

Geriye yürümezlik ilkesi, idare hukukunda doğrudan doğruya kazanılmış haklarla ilgili olup, kazanılmış hakların korunması ihtiyacı bu ilkeyi ortaya çıkarmıştır⁹⁶.

Türk hukukunda da geriye yürümezlik ilkesi dört farklı tasarruf için uygulanmaktadır. Bunlar idarî işlemler, kanunlar, Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararları ve Danıştay İçtihadı Birleştirme kararlarıdır.

Geriye yürümezlik ilkesi, doktrinde, kimseden gelecekte yürürlüğe girecek, bugünden bilinmeyen kurallara uygun davranış beklenemeyeceği, dolayısıyla olaylara, meydana geldikleri andaki kuralların uygulanacağı temeline dayandırılmıştır. Geriye yürümezlik kuralının söz konusu olduğu durumlarda pek çok hukukî değer çatışma halinde olduğu ileri sürülmüştür. Bunlar kamu yararı, kamu düzeni, istikrar, kazanılmış hak ve kişinin öteki güvenceleri şeklinde sayılmıştır⁹⁷.

Yeni idarî işlemlerin veya kanunların sübjektif hukukî durumları değiştirememesi, sahip olma kavramına dayanarak açıklanmıştır: “Hakkın doğduğu yani kişi tarafından elde edildiği andan itibaren ortadan kaldırılamayacağını kabul etmek kaçınılmaz bir zorunluluktur. Yoksa hakkın, o hakka sahip olan kişilerin rızası dışında her an değiştirilebileceği veya ortadan kaldırılabileceğinin kabûl edilmesi **sahip olma** kavramının anlamını ortadan kaldırır. Öte yandan, bir yasama veya idare işleminin, hukuk mantığı yönünden, haklara ilişmesi olanaksızdır. Çünkü haklar doğdukları andan itibaren, dayandıkları işlemde ayrı ve bağımsız bir varlığa sahip olurlar. Bunların daha sonra gelen bir işlemle etkilenebileceğini kabûl etmek, bu gerçeğe aykırı düşer.”⁹⁸

Bu açıklama gerçekten de kazanılmış hakların korunması açısından tatmin edicidir. Çünkü ‘kazanılmış hak neden korunmalı?’ sorusuna da burada mantıksal dayanaklarla cevap verilmektedir. Sahip

⁹⁶ OĞURLU, s. 43; RICCI, Jean-Claude: Les Fondamentaux Mémento de la Jurisprudence Administrative, Paris, 1995, s. 35, OĞURLU, s. 43-44’den naklen.

⁹⁷ AKILLIOĞLU, Ekonomik Alanda, s. 42.

⁹⁸ DUGUÏT, s. 231, BIYIKLI, s. 100’den naklen.

olma kavramının ve hukuka güven ilkesinin, kazanılmış hakkın korunmasında önemli rol oynadığı görülmektedir.

3. İdarî İstikrar İlkesi

İdarî istikrar ilkesi, hukuka aykırı işlemlerin iptali, geri alınması gibi durumlarda bu işlemlerden doğan hakların korunması amacıyla yargısal kararlarla geliştirilmiş bir kavramdır⁹⁹. İdarî istikrar, hukuk güvenliğinin gereklerinden biridir. İdarî istikrar, düzenlemelerin sıkça ve keyfî olarak değiştirilmemesi, böylece bireylerin bu düzenlemelere güvenerek geleceklerini plânlayabilmeleri ve öngörebilmeleri anlamında kullanılabilir. Bir başka anlamda idarî istikrar, tamamlanmış hukukî durumların korunması açısından önemli olan, kazanılmış haklara saygı gösterilmesi, düzenleyici işlemlerin geriye yürümemesi, hukuk devleti ile çelişmeme gibi beklentilerin göz önünde tutulmasıdır¹⁰⁰.

İstikrar ilkesi, devletin güvenilirliği ile yakından ilgili bir kavramdır. Danıştay'a göre ilgilinin gerçek dışı beyanı ve hilesi olmaksızın aradan uzunca bir zaman geçtikten sonra elde edilen hakların ortadan kaldırılması idarî istikrar ilkesini zedeler¹⁰¹. Burada kazanılmış hak kavramından açıkça söz edilmemiş de olsa elde edilen hak kavramı ile kazanılmış hakkın kastedildiği açıktır. Kazanılmış hak ilkesi idarî istikrar ilkesi ile korunmaktadır.

⁹⁹ OĞURLU, s. 190.

¹⁰⁰ ATAR, s. 99; AZRAK, A. Ülkü: Umumî İdarî Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1964, s. 227-228; ERDOĞAN, s. 97; OĞURLU, s. 189.

¹⁰¹ D.8.D., E. 81/1063, K. 82/922, KT. 24.06.1982, DD, S. 48-49, 1983, s. 276-277. Aynı yönde bkz. D.8.D., E. 78/1755, K. 79/3029, KT. 22.10.1979, DD, S. 38-39, 1980, s. 271-272. Danıştay benzer bir başka kararında, idarenin kanuna aykırı bir işlemini bile üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra yarattığı hukukî sonuçların korunmasının idarede istikrar prensibinin gereği olduğunu, idarenin kanuna aykırılığında bahisle işlemlerini ilgililerin hileli davranışına dayalı olmadığı takdirde her zaman geri alabileceğinin kabûl edilemeyeceğini ifade etmiştir. D.10.D., E. 84/2208, K. 85/204, KT. 13.02.1985, DD, S. 60-61, 1986, s. 440-442. Buna karşılık ilgisinin hilesine dayalı işlemlerin, idarece her zaman geri alınabilmesinin idarede istikrar ilkesini zedelemeyeceğine karar vermiştir. D.8.D., E. 84/515, K. 85/18, KT. 15.01.1985, DD, S. 60-61, 1986, s. 375-378.

Aynı yönde bir diğer kararında Danıştay, “İdare hukuku ilkelerine göre, idare, ilgili kişilerin kazanılmış haklarını korumakla yükümlü ve işlemlerinde çelişkiden uzak ve tutarlı olmak zorundadır. İdarî istikrar ilkesi olarak tanımlanabilecek bu ilkeye aykırı olan idarî işlemler hukukî yönden isabetsiz olur.”¹⁰² diyerek idarî istikrar ilkesinin tanımını yapmıştır. Buna göre idarî istikrar ilkesi, idarenin, bireylerin kazanılmış haklarını korumakla yükümlü ve işlemlerinde tutarlı davranmak zorunda olmasıdır. Bu tanımda açıkça belirtildiği üzere idare, idarî istikrar ilkesi gereğince kazanılmış hakları korumakla yükümlüdür. İdarî istikrar ilkesi ile kazanılmış hak ilkesi arasındaki bağ o kadar güçlüdür ki, kazanılmış hak kavramı, Danıştay’ın yaptığı idarî istikrar tanımının içinde bile geçmektedir.

4. İdarî İşlemlerin Kişisel Sonuçlarının Dokunulmazlığı İlkesi

Hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabûl edilen bu ilke, hukuka uygun işlemlerin kaldırılmalarında ve yalan, hile, açık hata halleri söz konusu olmaksızın oluşan hukuka aykırı işlemlerin değiştirilmelerinde uygulanmaktadır. İdarî işlemleri ortadan kaldıran işlem, aynı zamanda kazanılmış hakları ortadan kaldırıyor veya sınırlıyorsa, idarî işlemlerin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı ilkesi gereğince sakat sayılacaktır. Bu ilke kazanılmış hakların dokunulmazlığı ilkesi olarak da aynı anlamda kullanılmaktadır¹⁰³.

Hukuka aykırı bir işlemin kazanılmış hak doğurmasa da, ilgili lehine yarattığı hukukî durumların ilelebet tartışma konusu yapılması da mümkün değildir. Dolayısıyla belirli bir sürenin geçmesi sonucu bu hukukî durumların korunmasında meşrû yararları olan ilgililerin korunması, yani bu hukukî durumların dokunulmazlığını kabûl etmek gerekir. Bu durumda da idarî işlemlerin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı ilkesinden yararlanılır¹⁰⁴.

Danıştay bir kararında, yokluk, açık hata, hile ve gerçeğe aykırı beyan olmaksızın yapılmış olan hukuka aykırı işlemlerin, ilgilileri lehine yarattıkları hukukî durumların belli bir süreden sonra değiştirilmesinin

¹⁰² D.8.D., E. 79/1871, K. 80/2683, KT. 18.09.1980, DD, S. 42-43, 1982, s. 204-205.

¹⁰³ BIYIKLI, s. 105; OĞURLU, s. 62; TAN, s. 59-60; TOLON, s. 180.

¹⁰⁴ OĞURLU, s. 195, 62; TAN, s. 60-61; TOLON, s. 180.

idarî istikrar ilkesine aykırı düşeceğini belirttikten sonra, “Bu işlemler hukuka aykırı olsalar bile yargısal başvurma süresi geçirildikten sonra hukukî sonuçlarının korunması gerekir. Bu durum idarî işlemin kişisel sonuçlarının dokunulmazlığı ilkesinin doğal bir sonucudur.” diyerek, bu ilkedan açıkça söz etmiştir¹⁰⁵.

B. İDARÎ İŞLEMLERİN GERİ ALINMASININ, KALDIRILMASININ VE DEĞİŞTİRİLMESİNİN KAZANILMIŞ HAKLARA ETKİSİ

Hukuka uygun bir işlemin idarece geri alınması, kaldırılması değiştirilmesi ya da düzeltilmesi, esas itibarıyla bu işlemin geleceğe ait hükümlerine son vermek demektir. Hukuka aykırı işlemler ise bünyelerinde bir sakatlık barındırdıklarından, hukuk düzenine uymayan ve ortadan kaldırılması gereken işlemlerdir. Fakat bu işlemler hukuken tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş bir takım hukukî durumlar ortaya çıkarmış olabilirler. İşlem ortadan kaldırılırken bu hukukî durumların tanınması gerekir¹⁰⁶.

Bir Danıştay kararına göre, kazanılmış hak hukuka uygun bir işlem sonucu elde edilen bir hak olup, işlem geri alınsa, değiştirilse, kaldırılrsa bile bu hakkın ilerisi için geçerli olacağı ifade edilmiştir. Bunun yanında idarenin hukuka açıkça aykırı işlemini, özellikle ilgilinin iyiniyetinden söz edilemeyen hallerde süre şartına bağlı olmaksızın geri alabileceği bu durumda kazanılmış bir¹⁰⁷ haktan söz edilemeyeceği de belirtilmiştir.

Danıştay, kural olarak idarî işlemlerin geri alınabileceği ancak kazanılmış hakların korunması veya ihlâli söz konusu olan hallerde idarî işlemlerin geri alınmasının hukuka ve istikrar ilkesine aykırı

¹⁰⁵ D.1.D., E. 88/336, K. 88/355, KT. 19.12.1988, DD, S. 74-75, 1989, s. 74-79.

¹⁰⁶ TOLON, s. 178.

¹⁰⁷ D.8.D., E. 74/4918, K. 76/376, KT. 03.02.1976, DD, S. 24-25, 1977, s. 343-347.

düşeceğinden idarî işlemin geri alınmasının kabûl olunamayacağı yolunda kararlar vermiştir¹⁰⁸.

Hukuka aykırı işlemler ise her zaman geri alınabilir¹⁰⁹, hattâ bu işlemlerin geri alınması idarenin görevidir. Ancak sakat idarî işlem geri alınmaya kadar geçerli bir işlem sayıldığından, kazanılmış hak doğurmasa da, kazanılmış hak niteliğinde olmayan birtakım hukukî sonuçlar doğurmuş ve bu işleme dayanılarak birtakım hukukî ilişkiler kurulmuş olabilir. İdare hem sakat işlemini geri almalı hem de işlemin geri alınmasına kadar doğurduğu hukukî sonuçları korumalıdır. İşte bu nedenle istikrarı sağlamak amacıyla, geri almanın belirli bir süre ile sınırlandırılması gerektiği doktrinde kabûl edilmiştir. Bu süre genel kabule göre dava süresidir¹¹⁰.

İdarî işlemin kaldırılması, idarî işlemin bir başka idarî işlemle geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırılmasıdır. Kaldırma işlemi, idarî işlemin hukuk düzenine kattığı normu geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırır, geçmişe dokunamaz. Dolayısıyla bu norma uygun olarak oluşmuş hukukî durum ve ilişkiler, kaldırmadan etkilenmez¹¹¹.

Değiştirme ise, bir idarî işlemin hem geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırılmasını hem de bu işlem yerine yeni bir işlem tesis edilmesini kapsar. Bu yüzden değiştirme işlemi, bir taraftan kaldırma hükümlerine bir taraftan da yeni bir idarî işlemin yapılış usûllerine tâbi

¹⁰⁸ D.9.D., E. 72/244, K. 73/880, KT. 19.04.1973, DD, S. 12-13, 1974, s. 441-442; D.3.D., E. 73/565, K. 73/562, KT. 18.12.1973, DD, S. 14-15, 1974, s. 139.

¹⁰⁹ D.11.D., E. 73/2994, K. 75/1851, KT. 11.03.1975, DD, S. 20-21, 1976, s. 589-591; D.12.D., E. 70/3129, K. 72/793, KT. 14.03.1972, DD, S. 8, 1973, s. 333-334; D.6.D., E. 69/8, K. 70/228, KT. 28.01.1970, DD, S. 1, 1971, s. 214-215.

¹¹⁰ AKSOYLU, s. 68; BIYIKLI, s. 106-107, 124; DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964, s. 371-372; GİRİTLİ-BİLGEN-AKGÜNER, s. 824; GÖZLER, s. 342; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara 2004, s. 305-306; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C. I, s. 497-499, GÜNDAY, s. 158-162; KARATEPE, s. 64; OĞAN, s. 637; OĞURLU, 198; ÖZYÖRÜK, Yargı, s. 191-196; TAN, s. 123; TOLON, s. 180, 181.

¹¹¹ ÖZYÖRÜK, Yargı, s. 191.

olacaktır. Değişirme de kaldırma gibi, kanuna uygun ve geleceğe yönelik olarak yapılabilir¹¹².

Düzenleyici idarî işlemlerin değiştirilmesi halinde yeni düzenleyici işlemin, eski düzenleyici işlemle ortaya çıkan kazanılmış haklara dokunamayacağı, genel olarak kabûl edilmektedir¹¹³. Bu konuda Danıştay da düzenleyici idarî işlemlerde değişiklik yapılması durumunda önceki duruma göre kazanılmış hakların saklı tutulması gerektiğini vurgulamıştır¹¹⁴.

C. İDARÎ İŞLEMİN YÜRÜTÜLMESİNİN DURDURULMASININ VE İPTALİNİN KAZANILMIŞ HAKLARA ETKİSİ

1. Yürütmenin Durdurulması¹¹⁵

Bilindiği üzere, idarî işlemlere karşı iptal davası açılmış olması idarî işlemin yürütülmesini durdurmaz. Bunun sağlanabilmesi için mahkemece bir karar verilmesi gerekir. Mahkemece iptali istenen işlemin icrasının durdurulması için verilen karara yürütmenin durdurulması kararı denilir. Bu karar ara karar niteliğindedir¹¹⁶.

¹¹² DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 421; GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 307; GÜNDAY, s. 165; OĞURLU, s. 187; ÖZAY, s. 479; TAN, s. 11-12.

¹¹³ OĞAN, s. 637.

¹¹⁴ DİDDGK, E. 87/12, K. 88/20, KT. 18.03.1988, DD, S. 72-73, 1989, s. 100-103. Aynı yönde bkz. D.10.D., E. 82/664, K. 84/882, KT. 30.04.1984, DD, S. 56-57, 1985, s. 379-380; D.3.D., E. 81/103, K. 81/107, KT. 26.06.1981, DD, S. 44-45, 1982, s. 76-77; DDDGK, E. 78/947, K. 79/410, KT. 23.11.1979, DD, S.38-39, 1980, s. 139-145; DDDGK, E. 74/49, K. 75/543, KT. 20.06.1975, DD, S. 20-21, 1976, s. 192-197.

¹¹⁵ Bu konuda bkz. ASLAN, Zehreddin: İdarî Yargıda Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994.

¹¹⁶ ASLAN, s. 16-24, 40-41; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Yargısı, Ankara 2003, s. 450-451; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C. II, s. 963-966; ODYAKMAZ, Zehra: “Yürürlüğü Durdurma”, Anayasa Yargısı 12, Anayasa Mahkemesi’nin 33. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 27-28 Nisan 1995, Ankara 1995, s. 145; ÖZYÖRÜK, Yargı, s. 227.

İdarî yargı tarafından verilen yürütmeyi durdurma kararları, “iptal kararları gibi geriye yürüyen, hukuka aykırılığı saptanan dava konusu işlemleri tesis edildiği tarih itibarıyla işlemez hale getiren, askıya alan yargısal işlemler olup, dava konusu işlemlerden önceki hukukî durumların yürürlüğünü sağlarlar.”¹¹⁷

Doktrinde yürütmenin durdurulması kararının kazanılmış hak sağlamayacağı, iptal davasının reddi veya reddeden önce yürütmenin durdurulması kararının kaldırılması halinde kazanılmış hak iddiasında bulunulamayacağı ileri sürülmüştür¹¹⁸.

Buna karşılık Danıştay, bir kararında yürütmeyi durdurma kararı ile bir üst sınıfa geçirilen öğrenci hakkında görülen davanın reddedilmesi karşısında, yürütmenin durdurulması kararının uygulanması sonucunda oluşan bu yeni fiilî ve hukukî durumun kendisi davacı için kazanılmış hak sayılmasının adalet kurallarına uygun olacağını belirtmiştir¹¹⁹. Buna göre her ne kadar davacının davasını haklı kılacak bir kazanılmış hakkı bulunmasa da bu davada verilmiş olan yürütmeyi durdurma kararının uygulanması sonucu davacının kazanılmış hakkının söz konusu olacağı açıktır. Bu karardan yürütmenin durdurulması sonucu ortaya çıkan bir kazanılmış hakkın var olabileceği ve tanınabileceği sonucu çıkarılabilir¹²⁰.

¹¹⁷ D.10.D., E. 89/2490, K. 90/270, KT. 15.02.1990, DD, S. 80, 1991, s. 432-436. Aynı yönde bkz. D.1.D., E. 83/116, K. 83/144, KT. 21.06.1983, DD, S. 52-53, 1984, s. 41-43; D.5.D., E. 76/360, K. 78/1432, KT. 24.04.1978, DD, S. 32-33, 1979, s. 422-423; D.8.D., E. 76/1942, K. 78/658, KT. 09.02.1978, DD, S. 32-33, 1979, s. 585-587. ASLAN, s. 110-112; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 452; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C. II, s. 977.

¹¹⁸ ÖZYÖRÜK, Yargı, s. 230, TOLON, s. 188.

¹¹⁹ D.8.D., E. 97/4157, K. 98/4127, KT. 08.12.1998, DD, S. 100, 1999, s. 388-390.

¹²⁰ ASLAN, s. 117.

2. İptali

İptal kararları idarî işlemi tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kaldıran, objektif, genel, geriye yürür nitelikteki kararlardır¹²¹.

İptal kararı, karar tarihine kadar geriye doğru etki eder ve bu arada yapılmış işlemleri de kendiliğinden geçersiz kılar. İptal kararı sonucunda işlem hiç yapılmamış gibi olur. İptal kararlarının geçmişi etkilemesi, hukuk mantığının kaçınılmaz bir sonucudur. Çünkü iptal edilen işlem hukuk alanında doğduğu andaki durumuna göre hukuken denetlenir¹²².

İptal kararına konu olan işlemin, geçmişte uygulamaya konulmuş ve birtakım sonuçlar doğurmuş olması durumunda, bu sonuçların ne şekilde ortadan kaldırılacağı, iptal kararının zaman içinde uygulanmasına ilişkin bir sorundur. Söz konusu işlem olumsuz işlemse yani bir istemin reddine ilişkin ise kural olarak idarenin herhangi bir şey yapmasına gerek kalmadan işlem ortadan kalkar. Ancak iptal kararı haksız olarak reddedilmiş bulunan istemin yerine geçmeyeceğinden, idare iptal kararına uyararak istenen şeyi (meselâ izin veya ruhsat) vermek zorundadır. İdare ilgilinin istediği bu şeyi vermek için yeni işlemler yapmak zorunda kalacaktır. Bu yeni işlemler de geriye yürür nitelikte olacaktır¹²³. Çünkü iptal kararı, ilgilinin istemde bulunduğu anda, o şeyi almaya hak kazanmış durumda olduğu anlamına gelir¹²⁴.

İptal kararlarının geriye yürür niteliği, olayların gelişimi, kanun koyucunun veya Danıştay'ın müdahalesi sonucunda, zaman zaman hukuken ve fiilen uygulanamaz duruma gelebilir. Bazı durumlarda ise, iptal kararının geriye yürütülmesi hukuken mümkün olmakla birlikte,

¹²¹ D.7.D., E. 81/3153, K. 83/3354, KT. 29.11.1983, DD, S. 54-55, 1984, s. 263-267.

¹²² AKSOYLU, s. 67, 79; BIYIKLI, s. 120; DURAN, Meseleler, s. 396; GÖZLER, s. 330; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 246-248; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C. II, s. 556; KARATEPE, s. 257.

¹²³ BIYIKLI, s. 121; GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 246; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C. II, s. 556; KARATEPE, s. 257-258.

¹²⁴ WEİL, P.: "Les conséquences d'un acte administratif pour exécutés de pouvoir", Jou et Cie Ed., 1952, s. 211, BIYIKLI s. 121-122'den naklen.

kamu yararına aykırı bulunabilir veya çok büyük adaletsizliklere yol açabilir¹²⁵.

Danıştay bir kararında, iptal kararının yerine getirilmesi gerekli ise de, davacının kendi isteği ile idareye birtakım yeni işlemler (emekliye ayrılmak veya başka bir göreve atanmak gibi) tesis ettirmesi durumunda iptal kararının gereğinin yerine getirilmesinin mümkün olmadığını, ancak ilgilinin yeni işlem tesis edilene kadarki müktesep ve sübjektif haklarına ilişkin kısımların uygulanmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir¹²⁶. Buna göre iptal kararının geçmişe dönük olarak kazanılmış hak tesis edebileceği düşünülebilir.

Danıştay bir kararında “Her ne kadar Fakülte Yönetim Kurulunca tesis edilmiş olan işlemin iptali için açılan dava 13/5/1980 tarihinde reddedilmiş ise de; kararın idareye tebliğ edildiği güne kadar geçen zaman içinde, idare tarafından öğrenci için kazanılmış haklar doğuran bir takım işlemler tesis edilmiştir. İptal davalarında verilen red kararlarının mutlak kazıye teşkil edemeyeceği ve idarenin yeni işlemler tesis etmekte serbest olduğu yolundaki idare hukuku kuralları karşısında, bahis konusu öğrencinin Siyasal Bilgiler Fakültesini bitirme sınavlarını kazanmak suretiyle elde etmiş olduğu belgelerin ve diğer kazanılmış hakların, Danıştay Sekizinci Dairesince, açılan iptal davasının reddedilmiş olduğu gerekçesine dayanılarak geri alınmasının hukuken mümkün olmadığı” yönünde karar vermiştir¹²⁷. Buna göre yargının verdiği bir iptal kararı ile dahî kazanılmış hak geri alınmaz.

SONUÇ

İdare hukukunun en çok tartışılan konularından birisi olan kazanılmış hak kavramı bu özelliği ile açıklanmaya muhtaç bir konudur. Kavram olarak kazanılmış hak, yürürlükte bulunan objektif hukuk kurallarının kişisel bir işlemlerle özel hukukî duruma dönüşmesidir. Kazanılmış hak ancak hukuka uygun işlemlerden doğar. Kazanılmış haklar doğrudan kanunlardan da doğabilir. Doktrin ve yargısal

¹²⁵ BIYIKLI, s. 123 GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargı, s. 253-254; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C. II, s. 580-583.

¹²⁶ D.3.D., E. 78/151, K. 78/199, KT. 09.03.1978, DD, S. 32-33, 1979, s. 207-211.

¹²⁷ D.3.D., E. 81/84, K. 81/87, KT. 14.05.1981, DD, S. 44-45, 1982, s. 77-79.

kararlardan çıkardığım sonuca göre, kazanılmış hakkın söz konusu edilebilmesi için hukuka uygun bir işlemin ve iyiniyetin varlığı çok önemlidir. Gerçekten de hukuk tarafından korunması istenen ve beklenen kazanılmış hakkın, hukuka uygun işlemlerden ya da faaliyetlerden doğması gerekir. Bu konuda iyiniyet de çok önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Sonuç olarak, kazanılmış hak ilkesinin idare hukuku alanında var olduğu ve uygulandığı kabûl edilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin: “Ekonomik Alanda Yönetmelik İşlemlerin Geriye Yürümezlik Kuralı Karşısında Çeşitli Durumları”, Prof. Aziz Köklü’nün Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 535, Ankara 1984, s. 33-51. (Ekonomik Alanda)
- AKILLIOĞLU, Tekin: “Yasaların Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, AİD, C. 17, S. 3, Eylül 1984, s. 36-45. (Yasalar)
- AKILLIOĞLU, Tekin: “Yönetmelik İşlemlerde Yürürlüğe Giriş Sorunu”, AİD, C. 12, S. 2, 1979, s. 33-44. (Yönetmelik İşlemlerde)
- AKSOYLU, Özge: “Yargıcın Bakış Açısıyla İdare Hukukunda ‘Kazanılmış Hak’ Kavramı”, Yıldızhan Yayla’ya Armağan, İstanbul 2003, s. 65-82.
- AKYILMAZ, Bahtiyar: İdare Hukuku, Konya 2004.
- ALPAR, Erol: “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak Kavramı ve Uygulaması”, AYİMD, S. 15, 2001, s. 3-55.
- ASLAN, Zehreddin: İdarî Yargıda Yürütmenin Durdurulması, İstanbul 1994.
- ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Konya 2002.
- AZRAK, A. Ülkü: Umumî İdarî Usulün Teorik Esasları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Gelişimi, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1964. (İdarî Usul)
- AZRAK, Ülkü: “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 4, s. 151-168. (Anayasa Mahkemesi).
- BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş, Ankara 1970.
- BIYIKLI, Hasan İsmet: “Fransız ve Türk Hukuk Sistemlerinde İdarî İşlemlerin Geriye Yürümezliği İlkesi”, DD, S. 11, 1973, s. 82-132.
- BONNARD, Roger: “Precis Élémentaire du Droit Administratif”, 1926.
- ÇELİKEL, Aysel: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 1997.

- DUGUÏT, L.: “Traité de Droit Constitutionnel”, 1923, tome, I, 3. éd. s. 227 vd, II. tome.
- DURAN, Lütfi: “İdarî Kazada Dava Açma Müddeti”, İHFM, C. XI, 1945, s. 238-263. (İdarî Kazada).
- DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.
- DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul 1964.
- EDİS, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993.
- ERDOĞAN, Mustafa: Anayasal Demokrasi, Ankara 1999.
- EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku, Ankara 1985.
- GİRİTLİ, İsmet-Pertev BİLGİN-Tayfun AKGÜNER, İdare Hukuku, İstanbul 2001.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Bursa 2002.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-Turgut TAN, İdare Hukuku, C. II, İdarî Yargılama Hukuku, Ankara 2003.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-Turgut TAN: İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, Ankara 2004.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, Ankara 2004.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetimsel Yargı, Ankara 2003.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara 2004.
- JEZE, G.: “Les Principes Généraux du Droit Administratif”, 3. éd., 1925, I. Tome.
- KARATEPE, Şükrü: İdare Hukuku, İzmir 1988.
- KUNTMAN, Osman: “Kazanılmış Hak Kavramı, Yasal Dayanağı, Uygulamasıyla İlgili Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Kararları Hakkında Bir İnceleme”, İBD, C. 63, S. 10-11-12, Ekim-Kasım-Aralık, 1989, s. 581-593.
- ODYAKMAZ, Zehra: “Yürürlüğü Durdurma”, Anayasa Yargısı 12, Anayasa Mahkemesi’nin 33. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler 27-28 Nisan 1995, Ankara 1995, s. 143-170.
- OĞAN, Mehmet Ali: “Kazanılmış Hak Sorunu”, ABD, Yıl: 1976, S. 4, s. 636-638.
- OĞURLU, Yücel: İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003.

- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. I, İstanbul 1966.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. II, İstanbul 1966.
- OYTAN, Muammer: “İdarî Yargıda Hukukun Genel İlkeleri”, Atatürk ve Hukuk, Anayasa Mahkemesi ile A.Ü. Hukuk Fakültesinin ATATÜRK’ün 100. Doğum Yıldönümü Nedeniyle Birlikte Düzenledikleri Bilimsel Toplantı Bildirileri ve Yazılar, Ankara 1982, s. 193-264.
- ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, İstanbul 2002.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1995.
- ÖZYÖRÜK, İdare Hukuku Ders Notları, (Çoğaltma), Ankara 1977. (İdare Hukuku)
- ÖZYÖRÜK, Mukbil: İdare Hukuku –İdari Yargı- Ders Notları, (Çoğaltma), Ankara 1977.
- RICCI, Jean-Claude: Les Fondamentaux Mémento de la Jurisprudence Administrative, Paris, 1995.
- ROUBIER, P.: “Le conflits de lois dans le temps”, Paris, Sirey, 1929, II. tome.
- SCHWARTZENBERG, (R. G): L’autorité de la chose décidée, These, Paris 1967.
- SÖZER, Ali Nazım: “Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme” (Süper Emeklilikte Son Durum), İBD, Yıl: 63, S. 10-12, 1989, s. 541-579.
- TAN, Turgut: İdarî İşlemin Geri Alınması, Ankara 1970.
- TOLON, Kemal Doğu: “İptal ve Tam Yargı Davalarında Kazanılmış Hak”, İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile İlgili İncelemeler III, Ankara 1980, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları No: 29, s. 163-209.
- WALINE (M), Note., 3 février 1956 Fotbonne, R.D.P., 1956.
- WEİL, P.: “Les conséquence d’un acte administratif pour exeés de pouvoir”, Jou et Cie Ed., 1952.

LİBYA OPERASYONU ÖRNEĞİNDE “UÇUŞA YASAK BÖLGE” UYGULAMASI VE HUKUKİ DAYANAĞI

Yrd. Doç. Dr. Selcen ERDAL*

ÖZET

“Arap Baharı” adıyla bir anda Ortadoğu’yu etkisi altına alan halk hareketlerinin en önemli örneklerinden biri Libya’da yaşanmıştır. Libya’da gözler önüne serilen kanlı süreç, uluslararası toplumun müdahalesine gerekçe oluşturmuş ve “uçuşa yasak bölge” uygulamasına başvurulmasına neden olmuştur.

Söz konusu müdahale ve uçuşa yasak bölge uygulaması, barışa yönelik bir tehdit algılamasının ve kuvvet kullanma içermeyen önlemlerin uluslararası barışı sağlamaya yeterli olmadığına görülmesinin ardından Güvenlik Konseyi tarafından alınan 1973 sayılı karara dayanmaktadır.

Uçuşa yasak bölge uygulamasının hayata geçirilmesi, pasif bir eylem gibi görünmekle birlikte, askeri bir müdahaleye dönüşmesi kuvvetle muhtemel bir görünüm arz etmektedir. Dolayısıyla, bu uygulamanın dayanağının Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın 42. maddesi olması gerektiğini tespit etmek mümkündür.

ANAHTAR KELİMELEER: Libya Arap Cumhuriyeti, Uçuşa Yasak Bölge, Libya Operasyonu, 1970 Sayılı Karar, 1973 Sayılı Karar.

THE APPLICATION OF “NO-FLY ZONE” AND ITS LEGAL THEORY IN THE EXAMPLE OF LIBYA OPERATION

ABSTRACT

One of the most significant public acts named "Arabian Spring" which has an immediate effects in Middle East has arisen in Libya. The

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

bloody period in Libya has caused a legal ground for international public interference and led to a consultation for “No-Fly Zone”.

After it has been perceived as a threat for peace and recognized that the cautions without force has not been sufficient for international peace, the interference and the application of no-fly zone in question has led upon the resolution no. 1973 which was taken by the Security Council.

Although the application of no-fly zone can be perceived as a passive action, it is a highly probable case that can be turn into a military action. Accordingly it is possible to state that the resource for this application must be the 42th. article of the Charter of United Nations.

KEYWORDS: *Libyan Arab Jamahiriya, No-Fly Zone, Libya Operation, Resolution No. 1970, Resolution No. 1973.*

I. GİRİŞ

Ortadoğu, tarihin bütün dönemlerinde, doğal kaynakları, stratejik özellikleri ve bölgede yaşayan insanların köken, kültür ve inanç yönünden gösterdikleri farklılıklar dolayısıyla, bitip tükenmez krizlere maruz kalan ve istikrar arayışları sürüp giden bir bölge olmuştur¹.

Ortadoğu'nun değişmeyen kaderi, bu kez de kötü yaşam koşulları, demokrasi ve insan haklarından yoksunluk temelinde baş gösteren ve “Arap Baharı” adıyla nitelendirilen isyan hareketlerinde kendini göstermiştir. 17 Aralık 2010 tarihinde, Tunus'ta, zabitanın mallarına el koyması nedeniyle, Muhammed Bin Buazizi adlı bir seyyar satıcı kendini ateşe vermiş; bu bireysel eylem, tüm Arap dünyasını etkisi altına alan söz konusu halk hareketlerinin ilk adımını oluşturmuştur².

¹ **KÜTÜK Dilek**, “Libya'daki Gelişmelerin Ortadoğu ve Dünya Politikasına Etkileri”, <http://www.tuicakademi.org/index.php/kategoriler/ortadogu/1832-libyadaki-gelismelerin-ortadogu-ve-dunya-politikasina-etkileri>, (14.02.2012).

² Arap dünyasında yaşanan en büyük değişime neden olan bu halk ayaklanmaları, Tunus, Mısır, Libya, Suriye, Bahreyn, Cezayir, Ürdün ve

Yaşanan bu kitlesel gerilim, kanlı çatışmaları ve toplu katliamları beraberinde getirmiş; devlet güçlerinin isyancılara verdiği sert yanıtlar her gün binlerce sivilin yaşamını yitirmesine neden olmuştur. Böyle bir sürecin yaşandığı en önemli örneklerden birini de Libya oluşturmaktadır. Zira, Libya hükümetinin iç karışıklık çerçevesinde özellikle ülkenin doğusunda ortaya çıkan ayaklanmayı kanlı şekilde bastırma çabası, uluslararası toplumun kuvvet kullanmasına kadar giden yolun başlangıcı olmuştur³.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından 1973 sayılı kararın alınması neticesinde Libya'ya müdahalede bulunulmuş; bu müdahale kapsamında, daha önceki tarihlerde de başvuru bir uygulama ile tekrar karşı karşıya kalınmıştır. “Uçuşa Yasak Bölge” (no-fly zone) olarak adlandırılan bu uygulama, hukuki dayanağı bakımından netleştirilmeye, nitelendirilmeye muhtaç görünmektedir.

Bu amaçla çalışmada, Libya'nın iç savaş sürecine kadar geçirdiği tarihsel evreler kısaca ortaya konulacak; iç savaş ve uluslararası operasyon süreci genel hatlarıyla aktarılacak ve uçuşa yasak bölge kavramının hukuki dayanağı netleştirilmeye çalışılacaktır.

II. TARİHSEL SÜREÇ

Libya, Afrika kıtasında yer alan ülkeler içinde Sudan, Cezayir ve Kongo'dan sonra, 1.759.540 kilometrekare ile en büyük yüzölçümüne sahip ülkedir⁴. Kuzeybatısında Tunus, batısında Cezayir, güneyinde Nijer ve Çad, güneydoğusunda Sudan, doğusunda ise Mısır ile komşudur. Bu topraklar, yedinci yüzyılın başında Müslüman Araplar tarafından fethedilmiş ve 900 yıl süren Arap egemenliği sırasında, yerli halkı oluşturan Berberilerin çoğunluğu Müslüman olmuştur. 1551 yılında Osmanlı hâkimiyetine giren Libya toprakları, 1911 yılına kadar Osmanlı

Yemen'de büyük çaplı; Moritanya, Suudi Arabistan, Umman, Lübnan ve Fas'ta küçük çaplı olarak baş göstermiştir.

³ **AKSAR Yusuf**, “Uluslararası Hukukta Devletin Sorumluluğu: Libya Örneği”, Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi, (Ed.: M. Macit Kenanoğlu/Ali Yeşilirmak), s. 47.

⁴ **CEVİZ Nurettin**, “Libya Tarihine Kısa Bir Bakış”, Ortadoğu Analiz, C. 3, S. 27, Mart 2011, s. 81; **EL-KİHYA Mansur Ömer (Çev: Saadet Yıldız İnal)**, Libya'nın Kaddafi'si, İstanbul 2001, s. 33.

Devleti'nin görevlendirdiği valiler tarafından yönetilmiştir⁵. 1912 yılında, Osmanlı Devleti ile İtalya arasında, Trablusgarp Savaşı sonrasında imzalanan Uşi Andlaşması uyarınca Libya'nın yönetimi İtalya'ya devredilmiş; İtalya'nın Libya topraklarındaki hâkimiyeti, İkinci Dünya Savaşı'nın sonlarına kadar sürmüştür⁶.

İkinci Dünya Savaşı sonunda İtalya'nın ülkeden tamamen çekilmesi ve Birleşmiş Milletler Örgütü tarafından yapılan çalışmalar neticesinde, 7 Ekim 1951 tarihinde Libya Birleşik Krallığı Anayasası kabul edilmiş ve 27 Kasım 1951'de Libya'nın bağımsızlığı ilan edilmiştir⁷.

Bağımsızlığını kazanan Libya, ekonomik gücünün yetersizliği sebebiyle, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri ile bazı andlaşmalar yapmıştır. Yapılan bu andlaşmalar çerçevesinde, 1950'li yıllar boyunca ülkenin en önemli gelir kaynağı, Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'nin sağladığı dış yardımlar ve ülkede askeri üsler oluşturma karşılığında verilen kiralar olmuştur⁸. 1959 yılında zengin petrol rezervleri bulunmuş olmasına rağmen, yönetimin bu kaynakları da iyi kullanamaması üzerine iç muhalefet gelişmiştir.

Gelişen bu muhalefet hareketinin sonucunda, 1 Eylül 1969 tarihinde, 27 yaşında genç bir subay olan Muammer Kaddafi liderliğindeki bir grup asker yönetime el koymuş ve Krallığa son vererek Cumhuriyeti kurmuşlardır.

Sosyal adalet odaklı söylemlerle iktidara gelen Kaddafi, devrimci bir dış politika ve Batı karşıtlığı temelinde bir siyasi anlayış sürdürmüştür⁹. İlk yıllarda, Kaddafi tarafından yürütülen bu politikaya karşı uluslararası kamuoyu sessiz kalmış ve fakat 1980'li yıllardan itibaren Amerika Birleşik Devletleri Libya'ya karşı baskıcı bir politika uygulamaya başlamıştır. 1988 yılında terörizme destek verdiği

⁵ **CEVİZ**, s. 82-83.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **CEVİZ**, s. 83-86.

⁷ **CEVİZ**, s. 86; **EL-KİHYA**, s. 121.

⁸ **CEVİZ**, s. 87; **ÖZŞİMŞİR Şafak**, “Tarihsel Süreçte Libya ve Bugünkü İsyenlar”, <http://www.politikakademi.org/2011/04/tarihsel-surecte-libya-ve-bugunku-isyenlar/>, (14.02.2012).

⁹ **EL-KİHYA**, s. 197.

gerekçesiyle¹⁰ başlayan Libya üzerindeki Amerika Birleşik Devletleri ambargosunu; 1992 yılında Birleşmiş Milletler ve 1994 yılında da Avrupa Birliği ambargoları takip etmiştir. Uygulanan ambargolar sonucunda yaklaşık 20 milyar dolar zarar eden Libya ekonomisi çökme noktasına gelmiş; ülkedeki işsizlik %30'lara, enflasyon ise %50'lere çıkmış, maaş artışları dondurulmuştur¹¹. Bu gelişmeler üzerine Kaddafi karşıtı kabilelerin tepkisi artmış; bu süreçte, Kaddafi politikalarını eleştiren kabileler karar alma sürecinden dışlanmış ve sindirilmiş, bu da güçlü bir toplumsal muhalefetin oluşmasına zemin hazırlamıştır¹².

III. LİBYA İÇ SAVAŞI VE OPERASYON SÜRECİ

A. İÇ SAVAŞIN ORTAYA ÇIKIŞI

Devlet başkanlarının uzun süren hâkimiyeti, işsizlik, demokrasi ve insan haklarından yoksunluk gibi nedenlerle ortaya çıkan ve Tunus ile başlayıp Ortadoğu'yu etkisi altına alan isyanlar arasında en dikkat çeken örneklerden biri kuşkusuz ki Libya'da yaşanmıştır. Hükümete yönelik olarak başlamasına rağmen, Kaddafi'nin sert tutumları neticesinde hedef değiştiren bu isyan, ülkenin "Kaddafi yanlıları" ve "muhafifler" şeklinde bölünmesine neden olmuş ve 17 Şubat 2011 tarihi itibarıyla bir iç savaşa dönüşmüştür.

Libya'daki isyanların görünürdeki nedeni, avukat ve rejim karşıtı Fethi Terbil'in 15 Şubat 2011 tarihinde tutuklanması olmuştur. Terbil'in serbest bırakılması için Bingazi'de yapılan protesto gösterilerini, polis

¹⁰ Libya, gerçek anlamda ilk defa 1988 yılında, 103 sefer sayılı PanAm yolcu uçağının İskoçya'nın Lockerbie kasabası üzerinde düşürülmesi ve 270 kişinin ölmesi olayı ile uluslararası toplumun gündemine gelmiştir. Gelişen süreçte, Lockerbie faciası nedeniyle uzun süre Libya'ya ambargolar uygulanmış ve Libya adeta uluslararası ilişkilerden izole edilmiştir. 1999 yılına gelindiğinde, iki vatandaşının Hollanda'nın Lahey kasabasında İskoç hukukuna uygun olarak yargılanması kaydıyla, bu ülkeye teslim edilmesine rıza gösteren Libya, 2003'te devlet olarak Lockerbie faciasında sorumluluğunu ve mağdurların ailelerine tazminat ödemeyi kabul etmiştir. Bkz. AKSAR, s. 47-48-49.

¹¹ CEVİZ, s. 89.

¹² ÖZŞİMŞİR Şafak, "Tarihsel Süreçte Libya ve Bugünkü İsyandar", <http://www.politikakademi.org/2011/04/tarihsel-surecte-libya-ve-bugunku-isyandar/>, (14.02.2012).

şiddet kullanarak bastırmaya çalışmış; yaralananların birçoğunun Libya'daki çeşitli kabilelere¹³ mensup kişiler olması, isyanları Kaddafi ile rejim karşıtı olan kabilelerin savaşı haline getirmiştir¹⁴. Kaddafi, iktidarı bırakmayacağını ve isyancı kabilelere savaş açtığını ilan ederken, yıllarca iktidardan dışlanan Kaddafi karşıtı kabileler ise bunu bir kan davası olarak gördüklerini ve Kaddafi istifa edene kadar protestolara devam edeceklerini duyurmuşlardır. Dolayısıyla, Bingazi'de başlayan ve kısa sürede başkent Trablus'a sığrayan Kaddafi karşıtı muhalefet hareketinin temelinde, iktidardan dışlanan ve sistematik olarak baskı ve sindirme politikalarına maruz kalan kabilelerin kendi iktidarlarını kurma hedefinin yattığını söylemek mümkündür¹⁵.

B. OPERASYON SÜRECİ

Yukarıda da belirtildiği gibi, Libya'da, kırk yılı aşkın süredir devam eden Kaddafi yönetimine son verilmesi amacıyla düzenlenen protestolar, kısa sürede ülke geneline yayılmış ve bir iç savaşa dönüşmüştür. Bu süreçte, muhalif gruplara uygulanan şiddet, Kaddafi'nin “Direnene acımayacağız!”, “Nereye saklanırsanız saklanın sizi bulacağız!” şeklindeki açıklamaları¹⁶ ve ortaya çıktığı iddia edilen ağır sivil kayıp bilançosu¹⁷, durumun vahametini gözler önüne sermiştir.

¹³ Libya'nın sosyal yapısı için bkz. **AYHAN Veysel**, “Libya İç Savaşı: Kaddafi Rejiminin Sonu”, <http://www.orsam.org.tr/tr/yazigoster.aspx?ID=1547>, (14.02.2012).

¹⁴ **ÖZŞİMŞİR Şafak**, “Tarihsel Süreçte Libya ve Bugünkü İsyanlar”, <http://www.politikakademi.org/2011/04/tarihsel-surecte-libya-ve-bugunku-isyenlar/>, (14.02.2012).

¹⁵ **AYHAN Veysel**, “Libya İç Savaşı: Kaddafi Rejiminin Sonu”, <http://www.orsam.org.tr/tr/yazigoster.aspx?ID=1547>, (14.02.2012).

¹⁶ **USA Today**, 17.03.2011.

¹⁷ Bilgi edinmenin oldukça güç olduğu Libya'ya ait haberler, çoğu kez siyasi çıkarları olan ve doğruluğu denetlenemeyen görgü tanıklarının ifadelerine dayandırılmış; Güvenlik Konseyi de bu bilgilere göre hareket etmiştir. Bkz. **ARSAVA Füsün**, “Uluslararası Hukuka Uygunluk ve Meşruiyet Tartışmasında Bir Örnek Olarak Libya Askeri Operasyonu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 4, S. 13, Nisan 2013, s. 54.

Bunun üzerine, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 26 Şubat 2011 tarihinde 1970 sayılı kararı¹⁸ oybirliğiyle almıştır. Söz konusu kararda Konsey, Libya Arap Cumhuriyeti'nde insan haklarının bütünsel ve sistematik şekilde ihlal edilmesini kınamış ve sivil ölümlerden duyulan derin endişeyi dile getirmiştir. Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın VII. Bölümüne dayanarak, şiddet eylemlerine derhal son verilmesini ve halkın meşru taleplerinin yerine getirilmesi için adımlar atılmasını istediği söz konusu kararda Konsey, durumu Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne sevk ettiğinin de altını çizmiştir.

1970 sayılı bu kararda, Libya Arap Cumhuriyeti'ne silah ambargosu uygulanması, Kaddafi'nin ve yakın çevresinin malvarlıklarının dondurulması ve bu kişilere seyahat yasağı uygulanması hükme bağlanmıştır. Bu kararın, Kaddafi'nin sivillere uyguladığı şiddeti sonlandırmak konusunda yetersiz kalabileceği inancı ile, ilerleyen günlerde daha sert yaptırım kararlarının alınabileceği de duyurulmuştur.

1970 sayılı kararın alınmasını takip eden süreçte sivillere karşı girişilen silahlı saldırıların şiddetini artırdığı gerekçesiyle, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 17 Mart 2011 tarihinde, Libya'daki gelişmelerin uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettiği tespitiyle 10 üye ülkenin 'kabul' ve 5 üye ülkenin 'çekimser' (Rusya, Almanya, Çin, Brezilya, Hindistan) oyuyla 1973 sayılı kararı almıştır¹⁹. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi söz konusu kararın alındığı toplantıyı sürdürürken, Kaddafi de kendisine bağlı güçlere "isyancılara merhamet göstermemelerini" emretmiştir²⁰.

1973 sayılı kararda Konsey, Libya'daki durumun kötüleşmesi, şiddetin tırmanması ve ağır sivil kayıplar hakkında duyduğu ciddi endişeyi ifade etmiştir. Söz konusu kararda, keyfi gözaltılar, hâlihazırda

¹⁸ **UN Security Council, S/RES/1970(2011)**, adopted by the Security Council at its 6491st meeting, on 26 February 2011.

¹⁹ **UN Security Council, S/RES/1973(2011)**, adopted by the Security Council at its 6498th meeting, on 17 March 2011.

²⁰ **KOÇ Şanlı Bahadır**, "Amerika-Sonrası Dünyanın İlk Krizi", <http://www.21yyte.org/arastirma/amerika-arastirmalari-merkezi/2011/03/23/6135/amerika-sonrasi-dunyanin-ilk-krizi-libya>, (12.09.2013).

gerçekleşen kayıp kişi vakaları, işkence ve yargısız infazlar dâhil olmak üzere, geniş çaplı ve sistematik insan hakları ihlalleri kınanarak, Libyalı yetkililerin 1970 sayılı kararın gereklerini yerine getirmedeği tespiti yapılmıştır.

Libya'nın egemenlik, bağımsızlık, toprak bütünlüğü ve ulusal birliğine olan güçlü bağlılığın teyit edildiği 1973 sayılı kararda, Libya Arap Cumhuriyeti'ndeki durumun uluslararası barış ve güvenlik için bir tehdit oluşturmaya devam ettiği tespiti yapılmış ve Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın VII. Bölümü çerçevesinde hareket etmek suretiyle, derhal ateşkes sağlanması ve sivillere karşı devam eden saldırı ve istismara son verilmesi istenmiştir.

Bu noktadan hareketle, ambargoların ekonomik ve askeri alanda özellikle Libya'yı yönetenleri etkileyecek şekilde gerçekleştirilmesi de kararda önemle belirtilmiştir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, bu kararla Libya hava sahasını uçuşa yasak bölge ilan etmiş; sivillere yönelik şiddeti engellemek için “gerekli görülen bütün önlemler”in alınacağı ifadesiyle geniş bir müdahale kapısı açmıştır.

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Libya'ya müdahaleye yeşil ışık yakan bu kararının ardından dünya liderleri Paris'te bir araya gelmiş; 22 ülkenin katıldığı bu zirveden Libya'ya müdahale edilmesi yönünde karar çıkmıştır.

19 Mart 2011 günü Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve İngiltere'nin öncülüğündeki uluslararası askeri koalisyon, Libya'ya yönelik hava operasyonu başlatmış; Kaddafi düzenlenen bu operasyonu “İslam'a karşı yapılmış bir terör eylemi” olarak nitelendirerek, “ölmeye hazır olduğunu ve Libya'nın Libyalıların olduğunu” ifade etmiştir²¹. Bundan sonraki süreç ise kanlı ama çoğu zaman muhaliflerin lehine işleyen bir görüntü çizmiştir.

Koalisyon güçleri tarafından başlatılan bu operasyon, 24 Mart 2011 tarihi itibarıyla NATO'nun kontrolüne devredilmiş; NATO'nun hem uçuşa yasak bölge uygulamasından hem de silah ambargosunun denetlenmesinden sorumlu olması kararlaştırılmıştır. NATO tarafından yürütülecek bu operasyonun amacı, saldırı tehdidi altında bulunan sivil yerleşim bölgelerini ve sivilleri korumak olarak belirlenmiştir. Bu suretle

²¹ <http://www.mansethaber.com/abd-dunya-haber-1258.html>, (9.9.2013).

NATO tarafından, Birleşmiş Milletler kararındaki bütün askeri yükümlülükler üstlenilmiş ve uçuşa yasak bölge uygulaması çerçevesinde, Libya hava sahasındaki hareketler gözlem altına alınmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, uçuşa yasak bölge ilanının açıklanan amacı sivil halkın korunmasıdır. Dolayısıyla, 1973 sayılı karara bakıldığında, sivil halkın risk altında olduğu kabul edilebilir olduğu sürece, elbette katılan devletlerin siyasi iradeleri ve askeri kapasiteleri de göz önünde bulundurularak, uçuşa yasak bölge uygulamasının süresiz olarak devam ettirilmesi mümkün görünmektedir.

Karar doğrultusunda Libya'ya hava ağırlıklı bir operasyon düzenleyen NATO, 7 ay süre ile Kaddafi güçlerine ağır hasar vermiş, bir anlamda, devrim sürecinin katalizörlüğünü üstlenmiştir²². 20 Ekim 2011 tarihinde Kaddafi'nin öldürülmesiyle birlikte iç savaş süreci sona ermiş; Güvenlik Konseyi 27 Ekim 2011'de uçuşa yasak bölge uygulamasını ve 31 Ekim 2011 tarihi itibarıyla de askeri operasyonlara ilişkin yetkilendirmeyi kaldırmıştır.

IV. "UÇUŞA YASAK BÖLGE" KAVRAMI VE HUKUKİ DAYANAĞI

Hava sahası, ulusal hava sahası ve uluslararası hava sahası olmak üzere ikiye ayrılır. Ulusal hava sahası, bir devletin ülkesi üzerindeki hava sahasını belirtmektedir. Uygulanan uluslararası hukuka göre, devletlerin hava sahası, bu devletlerin egemenliği altında bulunan kara ülkesi ile buna bitişik olarak yer alan içsuların ve karasularının üzerinde bulunan hava sahasıdır. Ulusal hava sahasında geçerli olan hukuki rejim ise, ülke devletin tam ve münhasır egemenliğidir²³.

Dolayısıyla, basit ve genel bir ifadeyle "uçuşa yasak bölge"yi, bir başka devletin kara ülkesi ile buna bitişik olarak yer alan içsuların ve karasularının üzerinde bulunan ve uçuşların yasaklandığı hava sahası olarak tanımlamak mümkündür.

²² ALPTEKİN Gökhan, "Arap Baharı'nda NATO Etkisi ve Libya Operasyonu", <http://www.turksam.org/gencbakis/a2781.html>, (26.03.2013).

²³ PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 298.

Genellikle hem ülke devletinin askeri operasyonlarını engellemek hem de sivilleri korumak amacıyla başvurulabilen bu uygulama kapsamında, kural olarak, belirlenen bölgeye bir hava aracının sadece giriş yapması dahi yasağın ihlali anlamına gelir. Uçuş yasağı ihlal edildiği takdirde, uygulamayı etkin kılmak için, söz konusu hava araçlarının etkisiz hale getirilmesi ve/veya kara unsurlarının imha veya tahrip edilmesi mümkündür.

Genel olarak bakıldığında, söz konusu devletin ulusal hava sahasında ve yine aynı devletin hava araçlarına yönelik böyle bir uygulama, egemenliğe gerçek bir müdahale ve hatta ulusal hava sahasının de facto işgali anlamına gelir. Bu noktada, uçuşa yasak bölge uygulamasının hukuki dayanağına da değinmek gerekir.

Uçuşa yasak bölge uygulamasının hukuki dayanağını Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın VII. Bölümünde bulmak mümkündür. Zira, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın VII. Bölümünde yer alan hükümler, uluslararası barış ve güvenliğin korunması için Örgütün alabileceği önlemleri ve bunların uygulanmalarını düzenlemektedir ve bu alanda başlıca sorumlu organ Güvenlik Konseyi'dir²⁴.

Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın VII. Bölümünde yer alan 39. maddesinde, Güvenlik Konseyi'ne, uluslararası barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu veya bir saldırı fiilinin vuku bulduğunu tespit edip, uluslararası barış ve güvenliğin muhafazası veya yeniden tesisi için tavsiyelerde bulunma veya 41. ve 42. maddeler gereğince hangi tedbirler alınacağını kararlaştırma yetkisi verilmektedir²⁵. Başka bir ifadeyle, 39.

²⁴ **BOZKURT Enver**, Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı, Ankara 2003, s. 30; **CHINKIN Christine**, “The Legality of NATO's Action in the Former Republic of Yugoslavia (FRY) Under International Law”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 49, No. 4, October 2000, s. 911; **KELSEN Hans**, “Collective Security and Collective Self-Defence Under the Charter of the United Nations”, The Use of Force in International Law (Ed.: Tarcisio GAZZINI/Nicholas TSAGOURIAS), Burlington 2012, s. 789.

²⁵ **Madde 39-** “Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu veya bir saldırı fiilinin vuku bulduğunu tespit eder ve uluslararası barış ve güvenliğin muhafazası veya yeniden tesisi için tavsiyelerde bulunur veya 41 ve 42. maddeler gereğince hangi tedbirler alınacağını kararlaştırır.”

maddede bir müeyyide mekanizması öngörülmekte ve öngörülen müeyyide mekanizmasının harekete geçirilmesi için gereken temel şart, “barışın tehdit edilmesi”, “barışın bozulması” veya “saldırı durumu”nun varlığının Güvenlik Konseyi tarafından tespit edilmesi olarak belirlenmektedir²⁶.

Anlaşılabacağı üzere, 39. maddede Güvenlik Konseyi’ne iki fonksiyon yüklenmektedir. Güvenlik Konseyi ilk olarak barışa veya barışın bozulmasına yönelik tehditleri²⁷ veya saldırganlığı belirleyecek, ikinci olarak da bu konuda tavsiyelerde bulunacak veya çözüm için hangi önlemlere başvurulacağına karar verecektir²⁸. Barışın tehdit edilmesine, bozulmasına veya saldırı durumuna ilişkin Güvenlik Konseyi tarafından yapılan tespitin ardından, uygulanacak müeyyide veya alınacak tedbirler, Andlaşmanın 40., 41. veya 42. maddelerine göre belirlenecektir.

Andlaşmanın 40. maddesinde geçici tedbirler düzenlenmiştir²⁹. Burada amaç, durumun daha da kötüye gitmesini 41. ve 42. maddelere başvurmaksızın önlemek ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden tesisi amacına bir an önce ulaşılmasını sağlamaktır. Bu tedbirler çatışma durumunun ağırlaşmasını önleyici, dondurucu tedbirlerdir³⁰. Zira 39. madde, böyle bir durumda Güvenlik Konseyi’nin

²⁶ **BOZKURT**, s. 26.

²⁷ Barışın hangi durumlarda tehdit edildiğinin veya bozulduğunun tespiti oldukça güçtür. Bu durumu kesin kural ve şekillere bağlamak imkânsızdır. Değerlendirmenin yapılmasında Güvenlik Konseyi’nin takdir yetkisi oldukça geniştir.

²⁸ **AREND Antony Clark/BECK Robert J.**, *International Law and the Use of Force*, New York 1995, s. 48; **BOZKURT**, s. 26; **KELSEN**, s. 788.

²⁹ **Madde 40-** “Durumun vahimleşmesine mani olmak üzere, Güvenlik Konseyi, 39. madde gereğince tavsiyelerde bulunmazdan veya alınacak tedbirleri kararlaştırmazdan evvel, ilgili tarafları, gerekli veya temenniye değer gördüğü geçici tedbirlere riayete davet edebilir. Bu geçici tedbirler herhangi bir şekilde, ilgili tarafların haklarına, iddialarına veya durumlarına hâlel getirmez. İşbu geçici tedbirlerin yerine getirilmemesi halinde, Güvenlik Konseyi bu noksanı gereği gibi nazara alacaktır.”

³⁰ **CİVELEK Jale**, “Birleşmiş Milletler Teşkilatı Tarafından Uluslararası Barış ve Güvenliğin Korunmasında Zorlama Tedbirlerinin Alınması, Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Kurulması ve Bu Kuvvetlerin Hukuki

barışın yeniden tesisi için tavsiyelerde bulunabileceğini belirtmiştir. Bu konudaki tavsiyeleri arasında, VI. Bölümdeki barışçı çözüm yollarına başvurulması da bulunabilir³¹. Madde metninde, bu tedbirlerin kapsamı belirtilmemiş ve tamamen Konsey’in inisiyatifine bırakılmıştır³².

Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın 41. ve 42. maddelerinde zorlayıcı tedbirler düzenlenmiştir. Zorlayıcı tedbirlerle ilgili 41. ve 42. maddeler uyarınca alınacak kararların bağlayıcılığı genellikle kabul edilmektedir. Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın 41. maddesine göre³³, Güvenlik Konseyi, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanılmasını gerektirmeyen ne gibi tedbirlerin alınması gerekeceğine karar verecektir. Madde metninde, ekonomik ve siyasi ilişkilerin kesilmesi, demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer ulaştırma araçlarının tamamen veya kısmen kesilmesi bu tedbirler arasında sayılmıştır. Dolayısıyla, bu maddeye dayanarak alınacak tedbirler silahlı kuvvet kullanılmasını gerektirmeyecek, ekonomik veya diplomatik nitelikte olabilecektir.

42. madde ise, silahlı kuvvet kullanılmasını gerektiren tedbirlere ilişkindir. Düzenlemeye göre³⁴, Güvenlik Konseyi 41. maddedeki

Dayanağı”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y. 10, S. 1-2, 1990, s. 21; **SCHACTER Oscar**, “United Nations Law in the Gulf Conflict”, The American Journal of International Law, Vol. 85, No. 3 (July 1991), s. 454.

³¹ **CİVELEK**, s. 19-20; **KÜTÜKÇÜ Mehmet Akif/ERDAL Selcen**, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları (1946-1965), C. 1, Konya 2011, s. 22.

³² **AREND/BECK**, s. 48; **BOZKURT**, s. 32.

³³ **Madde 41-** “Güvenlik Konseyi, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanılmasını gerektirmeyen ne gibi tedbirlerin alınması lazım geleceğini tespit ve Birleşmiş Milletler üyelerini bu tedbirleri uygulamaya davet edebilir. Bu tedbirlere, ekonomik münasebetlerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer ulaştırma vasıtalarının tamamen veya kısmen kesilmesi ile siyasi münasebetlerin kat’ı da dahil olabilir.”

³⁴ **Madde 42-** “Güvenlik Konseyi, 41. maddede tespit olunan tedbirlerin uygun olmayacaklarına veya uygun olmadıklarının sabit olduğuna hükmederse, uluslararası barış ve güvenliğin muhafazası veya yeniden tesisi için, hava, deniz veya kara kuvvetleri vasıtasıyla gerekli addettiği her türlü teşebbüse geçebilir. Bu teşebbüse, nümayişler, abluka tedbirleri ve Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz veya kara kuvvetleri tarafından yapılacak başka hareketler dahil olabilir.”

tedbirlerin uygun olmadığına veya olmayacağına hükmederse, uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden tesisi için hava, deniz veya kara kuvvetleri vasıtasıyla gerekli gördüğü her türlü teşebbüse geçebilecektir.

Yukarıda kısaca tanımı yapılan uçuşa yasak bölge uygulamasının hayata geçirilmesi, pasif bir eylem gibi görünmekle birlikte, aslında askeri bir müdahaledir. Zira, uçuşa yasak bölge uygulamasını etkin kılmak, ancak yasağı ihlal eden hava araçlarının etkisiz hale getirilmesi ile mümkündür. Dolayısıyla, yetki tanınan kuvvetler tarafından, uçuş yasağı getirilen ülkenin uçaksavar, radar, pist gibi kara unsurları imha edileceği gibi, yasağa uymayan hava araçları da vurularak düşürülebilirler.

Sonuç olarak, uçuşa yasak bölge uygulamasının bir askeri müdahale olduğu kabul edildiğinde, bu uygulamanın dayanağının Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 42. maddesi olması gerektiğini tespit etmek mümkündür³⁵. Zira uçuşa yasak bölge uygulaması, silahlı kuvvet kullanılmasını gerektiren bir tedbir görünümündedir ve bu tedbirin alınabilmesi için kabul edilebilecek yegane yasal temel, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın VII. Bölümüne uygun şekilde alınmış bir Güvenlik Konseyi kararının varlığıdır. Böyle bir yetkilendirmenin yokluğu halinde uçuşa yasak bölge, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 2/4. maddesini ihlal ve hedef ülkeye karşı hukuka aykırı bir "kuvvet kullanımı" anlamına gelecektir.

V. LİBYA HAVA SAHASINDA UÇUŞA YASAK BÖLGE UYGULAMASI

"Uçuşa Yasak Bölge", her ne kadar uluslararası hukuk bakımından muğlâk bir kavram olsa da, özellikle yakın tarihlerde sıklıkla başvurulan bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Saddam Hüseyin yönetiminin Körfez Savaşı sonrasında başkaldıran azınlıklara özellikle helikopter saldırılarıyla verdiği cevap ve dolayısıyla uyguladığı şiddet, ilk kez insancıl gerekçelerle bir devlete

³⁵ Aksi yönde görüş için bkz. **GÖÇER Mahmut**, İnsan Haklarının Korunması ve Birleşmiş Milletler (Güvenlik Konseyinin İnsan Hakları Alanındaki Faaliyetinin Uluslararası Hukuk Açısından İncelenmesi), Ankara 2009, s. 66-67.

müdahale kararı alınmasına neden olmuştur; Irak bu bağlamda özgün ve önemli bir örnektir³⁶. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi’nin 5 Nisan 1991 tarihinde almış olduğu 688 sayılı karara³⁷ dayanılarak, Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve İngiltere öncülüğünde Irak’a müdahalede bulunulmuş; bu müdahale kapsamında Irak’ın kuzeyi emniyet altına alınmış ve Saddam güçlerinin bölge halkını hedef alacak muhtemel hava saldırılarına karşı uçuşa yasak bölge uygulamasına başvurulmuştur³⁸. Irak’ın güneyinde de aynı yasak, bölgenin Şii nüfusunu korumak üzere, 1992 yılında başlatılmış; önce 32. ve daha sonra 33. paraleli kapsayacak şekilde geçerli bir alanda uygulanmıştır³⁹.

Yakın tarihte karşılaştığımız bir diğer uçuşa yasak bölge uygulamasına, Bosna-Hersek hava sahası üzerinde, 1993-1995 yılları arasında başvurulduğu görülmektedir. II. Dünya Savaşı’ndan sonra karşılaşılan en büyük felaket olarak tanımlanan Bosna-Hersek çatışması, Sırp, Boşnaklar ve Hırvatlar arasında yaşanmış; kanlı çatışmalar sonucunda binlerce sivil yaşamını yitirmiştir⁴⁰. Slovenya ve Hırvatistan’dan sonra bağımsızlığını ilan eden Bosna-Hersek, ‘Büyük

³⁶ **ERKMEN Serhat**, “ABD Ve İngiltere’nin Irak Karşısındaki Kuvvet Kullanımlarının Değerlendirilmesi”, Avrasya Dosyası, BM Özel, İlkbahar 2002, C. 8, S. 1, s. 311; **GRAY Christine**, “From Unity to Polarization: International Law and the Use of Force against Iraq”, European Journal of International Law, Vol. 13, No. 1, 2002, s. 5; **MUTUŞ Ceren**, “Libya Operasyonu ve Uluslararası Hukuk”, <http://www.usak.org.tr/makale.asp?id=2014>, (25.02.2013); Ayrıntılı bilgi için bkz. **SCHACTER**, s. 452-473.

³⁷ **UN Security Council, S/RES/688(2011)**, adopted by the Security Council at its 2982nd meeting, on 5 April 1991.

³⁸ **ALSTON Philip**, “The Security Council and Human Rights: Lessons to be Learned from the Iraq-Kuwait Crisis and its Aftermath”, Australian Year Book of International Law, Vol. 13 (1990-1991), s. 125; **MUTUŞ Ceren**, “Libya Operasyonu ve Uluslararası Hukuk”, <http://www.usak.org.tr/makale.asp?id=2014>, (25.02.2013).

³⁹ **ERKMEN**, s. 324; **YOO John**, “International Law and the War in Iraq”, The American Journal of International Law, Vol. 97, No. 3 (July 2003), s. 564, 570.

⁴⁰ **ERDAL Selcen**, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Ankara 2010, s. 72.

Sırbistan'ın hayalini gerçekleştirme arzusunda olan Sırp'ların saldırısına uğramış ve bölgede büyük bir soykırım yaşanmıştır. Bu süreçte, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 9 Ekim 1992 tarihinde aldığı 781 sayılı karar⁴¹ ile Bosna-Hersek hava sahasında uçan Sırp uçaklarına uçuş yasağı getirmiş; Birleşmiş Milletler uçuşları ile diğer insanî amaçlara yönelik uçuşlar bu uygulamadan muaf tutulmuştur⁴². 31 Mart 1993 tarihine gelindiğinde Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, bu uçuş yasağını ihlâl eden Sırp uçaklarının belirli şartlarda düşürülmesini öngören 816 sayılı kararı kabul etmiştir⁴³.

Yukarıdaki başlıklarda bahsedilen iç savaş sürecinde, muhalif halk hareketinin bastırılması için hava araçlarının kullanılması ve bu hava saldırıları sonucu önemli miktarda sivil kayıpların yaşanması gerekçesiyle Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından alınan 1973 sayılı kararda, Libya hava sahası uçuşa yasak bölge ilan edilmiş; böylelikle, Libya'nın ulusal hava sahası üzerindeki egemenliği, deyiş yerindeyse, askıya alınmıştır. Başka bir ifadeyle, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1973 sayılı kararlar, sivillerin korunmasına yardımcı olmak amacıyla, Libya Arap Cumhuriyeti hava sahasındaki tüm uçuşlara yasak koymaya karar vermiştir.

Getirilen bu yasağın tıbbi malzeme, gıda ve yardım çalışanları da dâhil olmak üzere insani yardımın teslimatı veya teslimatının kolaylaştırılması ya da Libya'dan gelen yabancı uyruklu vatandaşların tahliyesi olan uçuşları kapsamayacağı kararda özellikle vurgulanmıştır.

Söz konusu kararın 4. paragrafında Güvenlik Konseyi, üye devletleri, Genel Sekreteri bilgilendirerek, ulusal veya bölgesel kuruluşlar veya düzenlemeler aracılığıyla ve Genel Sekreter ile işbirliği içinde hareket ederek, Bingazi de dâhil olmak üzere Libya topraklarında saldırı tehdidi altında bulunan sivilleri ve sivil yerleşim alanlarını korumak için

⁴¹ **UN Security Council, S/RES/781(1992)**, adopted by the Security Council at its 3122nd meeting, on 9 October 1992.

⁴² **CHINKIN**, s. 914; **YAPICI Merve İrem**, "Bosna Hersek'te gerçekleştirilen Askeri Müdahalenin Uluslararası Hukuktaki Yeri", *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 2, No: 8, 2007, s. 12.

⁴³ **UN Security Council, S/RES/816(1993)**, adopted by the Security Council at its 3191st meeting, on 31 March 1993.

1970 sayılı kararın 9. paragrafına bağlı kalınmaksızın gerekli önlemleri almak konusunda yetkilendirmiştir. 8. paragrafta ise, tek başına veya bölgesel kuruluşlar ya da düzenlemeler aracılığıyla hareket eden üye devletler, Genel Sekreteri ve Arap Devletleri Birliği Genel Sekreterini de bilgilendirerek, gerektiğinde, uçuş yasağına uyulmasını sağlamak için gerekli tüm önlemleri almak üzere yetkilendirilmiştir. 4. ve 8. paragraflardaki yetkiye dayanılarak yapılan uçuşlar için bu yasağın geçerli olmayacağı da düzenlenmiş; başka bir ifadeyle, 4. ve 8. paragraflarda verilen yetkiler çerçevesinde hareket eden üye devletlerin uçuşları, bu yasağın kapsamı dışında tutulmuştur.

Libya örneğinde Güvenlik Konseyi kararları incelendiğinde, 39. maddeye uygun olarak, öncelikle Libya’daki durumun uluslararası barış ve güvenlik için bir tehdit oluşturduğu tespitinin yapıldığı; ardından da alınacak tedbirlerin belirlendiği görülmektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi, Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın VII. Bölümüne göre Güvenlik Konseyi öncelikle “barış için tehdit, barışın bozulması veya saldırı eylemi” sayılacak özel durumları saptamak zorundadır. Güvenlik Konseyi, Libya krizine ilişkin 1970 sayılı kararında Andlaşma’nın VII. Bölümüne göre hareket ettiğini açıklayarak, bu belirlemeyi üstü kapalı olarak yapmış; Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın VII. Bölümünde yer alan 41. madde hükmüne dayanarak, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin temel sorumluluğu gereği, birtakım tedbirler alınmasını karara bağlamıştır. Bu tedbirler arasında, Libya Arap Cumhuriyeti’ne silah ambargosu uygulanması, Kaddafi’nin ve yakın çevresinin malvarlıklarının dondurulması ve bu kişilere seyahat yasağı uygulanması bulunmaktadır.

1970 sayılı kararın gereklerinin yerine getirilmemesi gerekçesiyle alınan 17 Mart 2011 tarihli ve 1973 sayılı kararda da, Libya Arap Cumhuriyeti’ndeki durumun uluslararası barış ve güvenlik için bir tehdit oluşturmaya devam ettiği tespiti yapılmış ve Birleşmiş Milletler Andlaşması’nın VII. Bölümü çerçevesinde hareket etmek suretiyle, derhal ateşkes sağlanması ve sivillere karşı devam eden saldırı ve istismara son verilmesi istenmiştir. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, bu kararla Libya hava sahasını uçuşa yasak bölge ilan etmiş; sivillere yönelik şiddeti engellemek için “gerekli görülen bütün önlemler”in alınacağı ifadesiyle de müdahaleye açıkça izin vermiştir.

1973 sayılı karar, 41. maddeye dayanan 1970 sayılı kararı özellikle hatırlatmakta ve durumun “kötüye gittiğini” bildirmekte, buradan hareketle de 41. madde uyarınca alınan tedbirlerin yetersiz kaldığını açıkça belirtmektedir. Her ne kadar 1973 sayılı kararda açıkça 42. madde zikredilmese de, ülkede olayların durumunun kötüye gittiğinin belirtilmesi ve VII. Bölümün çatısı altında meselelerin çözümünde kuvvete başvurulması kararı göz önünde bulundurulduğunda, varılan tek sonuç Libya uçuşa-yasak bölge operasyonunun yasal dayanağının 42. madde olduğudur⁴⁴.

1973 sayılı karar metninden de açıkça anlaşılacağı gibi, Libya hava sahası üzerinde başlatılan uçuşa yasak bölge uygulamasının temel sebebi, muhalif halk hareketinin bastırılması için Libya Arap Cumhuriyeti’ne ait hava araçlarının doğrudan doğruya sivillere yönelik olarak kullanılması ve bunun ortaya çıkardığı kayıplardır. Bununla birlikte, 1973 sayılı kararla getirilen bu yasak, temelde Libya Arap Cumhuriyeti’ne yönelik bir görüntü çizse de, direnişçiler için de bağlayıcı niteliktedir⁴⁵. Dolayısıyla, kararda belirtilen istisnalar dışında, bu yasağa aykırı davranılması halinde, her türlü tedbirin alınması mümkün kılınmıştır.

Nitekim, 1973 sayılı kararın 8. paragrafında, tek başına veya bölgesel kuruluşlar ya da düzenlemeler aracılığıyla hareket eden üye devletlerin, Genel Sekreteri ve Arap Devletleri Birliği Genel Sekreterini de bilgilendirerek, gerektiğinde, uçuş yasağına uyulmasını sağlamak için gerekli tüm önlemleri almak üzere yetkilendirildiği görülmektedir. “Tek başına veya bölgesel kuruluşlar ya da düzenlemeler aracılığıyla hareket eden” ifadesi sebebiyle Libya’daki uçuş yasağı, bütün devlet ve güvenlik organizasyonlarının uçakları ve diğer askeri kuvvetleri tarafından da icra edilebilir kılınmıştır.

⁴⁴ Aynı yönde görüş için bkz. **SCHMITT Michael N.**, “Wings Over Libya: The No-Fly Zone in Legal Perspective”, *The Yale Journal of International Law Online*, Vol. 36, Spring 2011, s. 48; Aksi yönde görüş için bkz. **GÖÇER**, s. 66-67.

⁴⁵ Örneğin NATO, direnişçilere ait bir savaş uçağını, uçuşa yasaklı bölgeyi ihlal etmesi nedeniyle inişe zorlamıştır. Bkz. **ARSAVA**, s. 50.

Bu doğrultuda, amacı, Libya ordusunun isyancılara ve diğer sivillere yönelik saldırılarını önlemek ve Kaddafi güçlerinin uçuş yasağını delme potansiyelini en aza indirmek olarak belirlenen operasyonda, Libya'nın hava savunma sistemi ciddi şekilde etkisiz hale getirilmiş, Libya hava kuvvetleri bir savaş gücü olarak varlığını devam ettiremez hale getirilmiştir.

VI. SONUÇ

Libya, “Arap Baharı”nın en çok etkilediği iklimlerden biridir kuşkusuz. Ülkede 42 yıldır süren Kaddafi yönetimine son vermek amacıyla düzenlenen protestolar ve devamında yaşanan silahlı çatışmaların büyük kayıplara neden olduğu belirlenmiş ve bu durum uluslararası toplumun müdahalesinin temel gerekçesini oluşturmuştur.

Kaddafi'ye bağlı güçlerin direniş gösterenlere uyguladığı ileri sürülen şiddet ve hatta Libya Arap Cumhuriyeti'ne ait savaş uçaklarının sivillere yönelik olarak kullanılması, 1973 sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi kararıyla Libya hava sahasının “uçuşa yasak bölge” ilan edilmesine neden olmuş; Libya hava sahası, kararda belirtilen istisnalar dışında bütün uçuşlara kapatılmış ve bu yasağın uygulanmasına yönelik tedbirler alınmıştır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, temelde sivillerin korunmasına yönelik olarak başvurulmuş bu pasif görünümü uygulama, uçuş yasağını delen, delme potansiyeli olan ve/veya bu potansiyeli artırıcı bütün hava ve kara unsurlarına yönelik olarak aktif bir müdahaleye dönüşebilecektir. Bir başka açıdan bakılarak belirtilebilir ki, sivillerin korunmasına yönelik olsa da, uygulamanın açık bir bombardımana dönüşmesi ve sivillerin hedef haline gelmesi de ihtimal dâhilindedir.

Dolayısıyla, aktif yönü düşünüldüğünde silahlı kuvvet kullanılmasını gerektirecek bu tedbirin, Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın 42. maddesine dayandırılması ve bu madde doğrultusunda uygulanması gerektiği tespitinin yapılması mümkündür.

KAYNAKLAR

AKSAR Yusuf, “Uluslararası Hukukta Devletin Sorumluluğu: Libya Örneği”, Uluslararası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi, (Ed.: M. Macit Kenanoğlu/Ali Yeşilirmak), İstanbul 2011, ss. 47-58.

ALPTEKİN Gökhan, “Arap Baharı’nda NATO Etkisi ve Libya Operasyonu”, <http://www.turksam.org/gencbakis/a2781.html>, (26.03.2013).

ALSTON Philip, “The Security Council and Human Rights: Lessons to be Learned from the Iraq-Kuwait Crisis and its Aftermath”, Australian Year Book of International Law, Vol. 13 (1990-1991), ss. 107-176.

AREND Antony Clark/BECK Robert J., International Law and the Use of Force, New York 1995.

ARSAVA Füsün, “Uluslararası Hukuka Uygunluk ve Meşruiyet Tartışmasında Bir Örnek Olarak Libya Askeri Operasyonu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 4, S. 13, Nisan 2013, ss. 41-63.

AYHAN Veysel, “Libya İç Savaşı: Kaddafi Rejiminin Sonu”, <http://www.orsam.org.tr/tr/yazigoster.aspx?ID=1547>, (14.02.2012).

BOZKURT Enver, Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı, Ankara 2003.

CEVİZ Nurettin, “Libya Tarihine Kısa Bir Bakış”, Ortadoğu Analiz, C. 3, S. 27, Mart 2011, ss. 80-90.

CHINKIN Christine, “The Legality of NATO’s Action in the Former Republic of Yugoslavia (FRY) Under International Law”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 49, No. 4, October 2000, ss. 910-925.

CİVELEK Jale, “Birleşmiş Milletler Teşkilatı Tarafından Uluslararası Barış ve Güvenliğin Korunmasında Zorlama Tedbirlerinin Alınması, Birleşmiş Milletler Kuvvetlerinin Kurulması ve Bu Kuvvetlerin Hukuki Dayanağı”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Y. 10, S. 1-2, 1990, ss. 13-47.

EL-KİHYA Mansur Ömer (Çev: Saadet Yıldız İnal), Libya’nın Kaddafi’si, İstanbul 2001.

ERDAL Selcen, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi, Ankara 2010.

ERKMEN Serhat, “ABD Ve İngiltere’nin Irak Karşısındaki Kuvvet Kullanımlarının Değerlendirilmesi”, Avrasya Dosyası, BM Özel, İlkbahar 2002, C. 8, S. 1, ss. 310-339.

GÖÇER Mahmut, İnsan Haklarının Korunması ve Birleşmiş Milletler (Güvenlik Konseyinin İnsan Hakları Alanındaki Faaliyetinin Uluslararası Hukuk Açısından İncelenmesi), Ankara 2009.

GRAY Christine, “From Unity to Polarization: International Law and the Use of Force against Iraq”, European Journal of International Law, Vol. 13, No. 1, 2002, ss. 1-18.

<http://www.mansethaber.com/abd-dunya-haber-1258.html>, (9.9.2013).

KELSEN Hans, “Collective Security and Collective Self-Defence Under the Charter of the United Nations”, The Use of Force in International Law (Ed.: Tarcisio GAZZINI/Nicholas TSAGOURIAS), Burlington 2012, ss. 97-110.

KOÇ Şanlı Bahadır, “Amerika-Sonrası Dünyanın İlk Krizi”, <http://www.21yyte.org/arastirma/amerika-arastirmalari-merkezi/2011/03/23/6135/amerika-sonrasi-dunyanin-ilk-krizi-libya>, (12.09.2013).

KÜTÜK Dilek, “Libya’daki Gelişmelerin Ortadoğu ve Dünya Politikasına Etkileri”, <http://www.tuicakademi.org/index.php/kategoriler/ortadogu/1832-libyadaki-gelismelerin-ortadogu-ve-dunya-politikasina-etkileri>, (14.02.2012).

KÜTÜKÇÜ Mehmet Akif/ERDAL Selcen, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararları (1946-1965), C. 1, Konya 2011.

MUTUŞ Ceren, “Libya Operasyonu ve Uluslararası Hukuk”, <http://www.usak.org.tr/makale.asp?id=2014>, (25.02.2013).

ÖZŞİMSİR Şafak, “Tarihsel Süreçte Libya ve Bugünkü İsyancılar”, <http://www.politikakademi.org/2011/04/tarihsel-surecte-libya-ve-bugunku-isyancilar/>, (14.02.2012).

PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 10. Baskı, Ankara 2011.

SCHACTER Oscar, “United Nations Law in the Gulf Conflict”, The American Journal of International Law, Vol. 85, No. 3 (July 1991), ss. 452-473.

SCHMITT Michael N., “Wings Over Libya: The No-Fly Zone in Legal Perspective”, The Yale Journal of International Law Online, Vol. 36, Spring 2011, ss. 45-58.

YAPICI Merve İrem, “Bosna Hersek’te gerçekleştirilen Askeri Müdahalenin Uluslararası Hukuktaki Yeri”, Uluslararası Hukuk ve Politika, C. 2, No: 8, 2007, ss. 1-24.

YOO John, “International Law and the War in Iraq”, The American Journal of International Law, Vol. 97, No. 3 (July 2003), ss. 563-576.

İŞLENEMEZ SUÇ (ELVERİŞSİZ TEŞEBBÜS)

Yrd. Doç. Dr. Murat AYDIN*

ÖZET

İşlenemez suçun özünde failin suç teşkil eden neticeyi elde etmek amacıyla hareket etmesi ancak bu suçun konusunun üzerinde gerçekleştirilme istenilen neticenin gerçekleşme imkânının olmaması veya failin elverişsiz hareketleri nedeniyle konu üzerinde elde etmek istediği neticeyi elde edememesi bulunmaktadır. Failin suç teşkil eden neticeyi istemesi ve bu yönde iradesinin bulunmasına rağmen suç tipinde gösterilen neticenin gerçekleşmesi imkânı bulunmamakta ise işlenemez suçun varlığından bahsedilebilecektir. Bu çalışmada hukukumuz açısından işlenemez suçun unsurları değerlendirmeye tabi tutulacak, Amerikan uygulaması ve doktrini açısından da belirlemelerde bulunulacaktır. Ayrıca hukukumuz açısından işlenemez suç ile karşılıklı olarak değerlendirilmesi gereken bazı kavramlar incelenecek ve işlenemez suçtan farklılıkları ortaya konmaya çalışılacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: Suç, teşebbüs, elverişsizlik, konu, yokluk

IMPOSSIBLE ATTEMPTS

SUMMARY

In substance of the impossible attempts the perpetrator is unsuccessful to get event. It can be two reasons of this failure: Firstly there is no subject of crime, secondly impracticability of the act. In this study I will discuss about the whether we can punish the impossible attempts in Turkish Law. At the same time I will compare the Turkish Criminal Law System and American Criminal Law System about impossible attempts.

KEY WORDS: Crime, attempt, impracticability, subject, absence

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I- GENEL OLARAK

A- GİRİŞ

Kanunilik ilkesinin gerçekleşebilmesi için insanların hangi hareketlerinin suç teşkil ettiğini bilmesi ve bunun cezasının önceden kanunda düzenlenmiş olması önem arz etmektedir. Öyle bazı durumlar söz konusu olmaktadır ki suçun neticesi meydana gelmese bile hareketi gerçekleştiren kişiler cezalandırılmaktadır. Kişi suç işleme hususunda bir karar alır bu kararı gerçekleştirmeye yönelik hazırlık hareketlerini tamamlar ve icra hareketlerine başlar ancak hedeflediği neticeyi elde edemezse bu durumda suça teşebbüs karşımıza çıkar¹.

Teşebbüsten bahsedilebilmesi için işlenmek istenen suçun kasten işlenen bir suç olması, failin neticeyi elde etmeye yönelik elverişli hareketleri gerçekleştirmesi, icra hareketlerine başlanılmış olması, failin elinde olmayan nedenlerle neticenin meydana gelmemiş olması şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir². Ancak teşebbüsün şartlarından olan elverişli hareketin söz konusu olmaması durumunun yanında suçun konusunun bulunmaması halinde hareketi gerçekleştiren kişinin sorumluluğu tartışma konusu olacaktır. Bu durumda ise işlenemez suç (elverişsiz teşebbüs) karşımıza çıkacaktır.

Bu açıdan cezalandırılabilir hareketlerle cezalandırılmayanlar arasındaki farkın belirlenmesi açısından “İşlenemez Suç” kavramının çözümlenmesi önem arz etmektedir. İşlenemez suç probleminin çözümünde kişilerin hürriyet alanı ve kanunilik ilkesi de göz ardı edilmemesi gereken hususlardır³.

İşlenemez suçun suç genel teorisindeki yeri tartışılmaktadır. Bazı yazarlar işlenemez suçu isnat kabiliyeti ve kusurluluk kapsamında ele

¹ HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s.407

² HAKERİ, s.410 vd.; ARTUK, Mehmet Emin-GÖKCEN, Ahmet-YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2012, s.603 vd.; CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, s.441 vd.;DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007, s.402 vd. KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012, s.363 vd.

³ ALACAKAPTAN, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara (tarihsiz), s.V

alınması gerektiğini belirtirken bazı yazarlar suçu ve cezalandırmayı ortadan kaldıran sebepler arasında değerlendirmektedirler. Genel kabule göre ise işlenemez suç teşebbüs konusu içinde ele alınıp değerlendirilmelidir. Yeni bir görüş olarak işlenemez suçun, teşebbüs içerisinde değil tipikliğe olan etkisi bakımından ele alınmalıdır⁴. İşlenemez suçun niteliğine ilişkin bir diğer görüş ise işlenemez suçun teşebbüsün olumsuz şekli olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. İşlenemez suçun özünde yer alan elverişsiz hareket ve maddi konunun bulunmaması dikkate alındığında işlenemez suçun maddi unsur ve teşebbüs bahisleri kapsamında değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği ifade edilmiştir⁵. TCK m.35 kapsamında teşebbüsün varlığı için elverişli hareket şartından yola çıkılarak işlenemez suç konusunun tartışılacağı dikkate alınacak olursa burada işlenemez suç teşebbüs bahsi altında değerlendiren görüşün daha yerinde olduğu kanaatindeyiz.

B-KAVRAM

İşlenemez suç olarak incelemeye tabi tuttuğumuz kavram doktrinde “Muhâl Suç”, “İşlenmez Suç”, “İmkansız Suç”, “İmkansız Teşebbüs”, “Elverişsiz Teşebbüs” başlıkları altında da incelenmektedir⁶. Bir yandan suçun işlenmesinin mümkün olmadığını ifadesi, diğer yandan da teşebbüs kurumundan bağımsızlığını ifade etmek açısından işlenemez suç deyiminin tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷.

Kanunumuzda işlenemez suç kavramı tanımlanmamıştır ve konuyla ilgili ayrıntılı düzenleme yoktur. Ancak TCK m. 35’te kanunumuz teşebbüsü düzenlerken elverişsiz hareketler ifadesini kullanarak işlenemez suç kavramının hukukumuz açısından geçerliliğini kabul etmiş durumdadır⁸.

⁴ ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1970, s.31; AKSOY, Pervin, “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2007, s.132

⁵ ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.19; AKSOY,s.133.

⁶ ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.1.

⁷ ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.1; BAYRAKTAR, Köksal, “İşlenemez Suç”, İÜHF, C.34, S.1-4, 1968, s.716.

⁸ HAKERİ, s.445; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.465.

İşlenemez suç, ceza kanunu tarafından işlendiği zaman ceza öngörölmüş bir hareketin yapılması amacıyla yola çıkılmış ancak yapılan hareketin veya kullanılan aracın suçun oluşması için gerekli zarar veya tehlikeyi meydana getirmek için elverişli olmaması ya da suç konusunun bulunmaması nedeniyle başarısız kalmak zorunda kalan davranışlar şeklinde tanımlanmaktadır⁹. İşlenemez suçun özünde failin suç teşkil eden neticeyi elde etmek amacıyla hareket etmesi ancak bu suçun konusunun üzerinde gerçekleştirilme istenilen neticenin gerçekleşme imkânının olmaması veya failin elverişsiz hareketleri nedeniyle konu üzerinde elde etmek istediği neticeyi elde edememesi bulunmaktadır¹⁰. Failin suç teşkil eden neticeyi istemesi ve bu yönde iradesinin bulunmasına rağmen suç tipinde gösterilen neticenin gerçekleşmesi imkânı bulunmamakta ise işlenemez suçun varlığından bahsedilebilecektir¹¹. Bu durumlarda icra hareketlerine başlayan fail yanılmakta ve bu yanılığdan meydana gelen engel dolayısıyla sonuç meydana gelmemektedir¹².

II-İŞLENEMEZ SUÇUN UNSURLARI

İşlenemez suçtan bahsedilebilmesi için daha önce de ifade ettiğimiz gibi hareketin elverişsizliği veya suç konusunun yokluğu şartlarının gerçekleşmesi gereklidir. Bu açıdan hangi hallerde hareketin elverişsiz olduğu hangi hallerde suç konusunun mevcut bulunmadığının tespiti önem arz etmektedir.

A-HAREKETİN ELVERİŞSİZLİĞİ

Yukarıda da ifade edildiği gibi kanunumuzun 35. maddesinde teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlaması şartı aranmaktadır. Bu kapsamda yapılan hareketin elverişli olmaması failin

⁹ ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.1.; Aynı yönde, DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I, 11. Bası, İstanbul 1994, s.459(DÖNMEZER-ERMAN 1994), HAKERİ, s.444; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.616; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.465; DEMİRBAŞ, s.422.

¹⁰ ALACAKAPTAN, s.31

¹¹ HAKERİ, s.444.

¹² ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.617.

teşebbüs sorumluluğunun da ortadan kalkmasına neden olacaktır. Yeni kanunumuzun bu düzenlemesi 765 sayılı kanun döneminde aranan elverişli vasıta kavramına göre daha yerinde bir tercih olmuştur¹³. Nitekim yeni kanun anlayışı uygulamanın da elverişlilikten anladığı çerçevede sadece araç bakımından değil suçun konusu da dahil olmak üzere bütün fiil yönünden bir elverişlilik şartı aranmaktadır¹⁴.

Kavram olarak elverişlilik doktrinde failin yapmış olduğu hareketin istemiş olduğu neticeyi meydana getirme kudretine sahip olması şeklinde ifade edilmektedir¹⁵. Ancak hareketin neticeyi sağlama kudreti her olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Örneğin suçun işlenmesinde kullanılan aracın hangi şekilde, kime karşı, hangi şartlarda hangi amaçla kullanıldığının bilinmesi onun elverişliliğinin değerlendirilmesinde önem arz etmektedir¹⁶. Kavramın nispi oluşunun tespiti sadece araç açısından da sınırlandırılmamalıdır. Bu kapsamda harekete ilişkin olarak da elverişliliği somut olay açısından değerlendirmemiz mümkündür. Örneğin ileride de tartışma konusu yapacağımız cankurtaranın bulunduğu kalabalık bir plajda babanın çocuğunu denizde boğulurken görmesine rağmen müdahalede bulunmaması durumunda baba açısından ihmal suretiyle öldürme suçuna teşebbüs söz konusu olmayacak ve işlenemez suçun varlığından bahsedilebilecektir. Her ne kadar burada ihmal olsa da ihmal de ceza hukuku anlamında bir hareket olarak değerlendirilecek¹⁷ ve burada ihmal suretiyle gerçekleştirdiği bu hareketin neticeyi meydana getirmeye elverişli olmadığı söylenebilecektir. Konuya ilişkin bir başka örnek 12

¹³ 765 sayılı kanun dönemi açısından konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. ALACAKAPTAN, s.61 vd.; SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s.191.

¹⁴ 35. Madde gerekçesi. ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2012, s.439; KOCA-ÜZÜLMEZ, s.370.

¹⁵ ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.61; HAKERİ, s.410; ÖZGENÇ, s.439; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.602; AKBULUT, Berrin, Türk Ceza Kanunu İle Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Ankara 2010, s.398.

¹⁶ ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.61; HAKERİ, s.410; ÖZGENÇ, s.439; TOZMAN, Önder, "Suça Teşebbüs", Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.59.

¹⁷ Konuya ilişkin olarak bkz. HAKERİ, s.138 vd.

yaşındaki oğlunun yüzme bilmediğini düşünen babanın oğlunun boğulmasını istediği için düştüğü havuzdan çıkarmaması verilmektedir¹⁸. Bu örnek açısından da kanaatimizce garantör olan babanın ihmali nitelikteki hareketi neticeyi meydana getirmek açısından elverişli olmadığı için işlenemez suçun varlığından bahsedilecek ve bu nedenle de baba cezalandırılmayacaktır. Bu açıdan garantörsel ihmali suçlarda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılacağı görüşüne katılmamaktayız¹⁹.

Hareketin elverişliliğinin tespitine ilişkin olarak öğretide çeşitli görüşler ortaya konulmuştur. Bu kapsamda ileri sürülen subjektif görüşe göre, failin aracı kullanmasına ilişkin becerisi esas alınmaktadır. İnsan öldürmeye objektif açıdan elverişli dolu bir tabanca failin daha önce eline hiç silah almamış olması dolayısıyla subjektif bakımdan elverişsiz olabilir²⁰. Bu görüşün kabul edilmesinin mümkün olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir. Burada subjektif görüşün kabulü failin eylemini gerçekleştirmek için yaptığı hareketin yetersiz olduğunu düşünmesi durumunda zaten bu hareketleri yapmayacağı gerekçesiyle bütün araçların elverişli olduğu sonucuna ulaşılmasına neden olabilecektir²¹. Subjektif görüşün özünde olayın teşebbüs aşamasında kalmış olması dolayısıyla hareket elverişli olmayacak bu nedenle de sadece elverişsiz teşebbüsün varlığından söz edilebilecektir. Yani bütün teşebbüs durumları açısından bir elverişsizliğin varlığından bahsedilecektir²². Netice yoksa yapılan hareket de elverişli değildir anlayışı söz konusu olduğundan failin tamamlanması için yapılan hareketin etkisinin çokluğu dikkate alınmayarak failin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir²³.

Konuyla ilgili ileri sürülen bir diğer görüş de klasik objektif görüştür. Bu kapsamda elverişliliği tespit edebilmek için mutlak ve nispi elverişsizlik ve elverişlilik kategorilerine ayrılması söz konusudur. Hareket mutlak olarak neticeyi meydana getirmeye elverişli değilse

¹⁸ İlgili örneğe ilişkin olarak bkz.HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s.275.(HAKERİ, İhmal)

¹⁹ Konuya ilişkin görüşler için bkz. HAKERİ, İhmal, s.276.

²⁰ HAKERİ, s.411; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.469.

²¹ SÖZÜER, s.186.

²² SÖZÜER, s.186; TOZMAN, s.60.

²³ TOZMAN, s.60.

mutlak elverişsizlik dolayısıyla işlenemez suç, hareketin neticeyi meydana getirmemesinin sebebi aracın kullanılış biçimi ya da suç konusundan doğan bir nedense nispi elverişlilik dolayısıyla teşebbüs, hareket neticeyi mutlak manada meydana getirme kudretine sahipse elverişlilik söz konusu olacaktır. Konuya örnek olarak arsenik zannedilerek verilen şekerin ölüme neden olmaması dolayısıyla mutlak elverişsizlik söz konusu olacakken, menzili dışından ateş edilen bir silahın kullanılması durumunda nispi elverişsizlik söz konusu olacaktır²⁴. Yine zehir verilen birisine verilen zehrin miktar olarak yeterli olmaması durumunda da nispi imkansızlığın varlığından bahsedilmektedir. Bu gibi durumlarda araç neticeyi meydana getirme açısından elverişli olmasına rağmen somut olay açısından başarısızlığa uğramaktadır²⁵. Yargıtay'ın da bir çok kararında mutlak ve nispi imkansızlık ayrımını yaptığını görmekteyiz²⁶. Bu görüş imkansızlığı derecelendirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Hareketin soyut olarak değerlendirilip bunun elverişliliği değerlendirilmesi yapılmasının yerinde olmadığı, somut olay açısından elverişli olmayacak bir hareket soyut olarak elverişli kabul edilebileceği gibi, soyut olarak elverişli kabul edilmeyen bir hareket somut olayda neticeyi meydana getirmeye elverişli olabilecektir. Örneğin yukarıda verilen şeker örneği soyut değerlendirmede elverişli olarak nitelendirilmeyebilecekken, somut olay açısından bir şeker hastasını öldürmeye elverişli nitelik taşıyabilecektir²⁷. Burada hareketin elverişsizliği ile yetersizliği ayrımının yapılması gerekmektedir.

²⁴ ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.67-68; SÖZÜER, s.186-187; TOZMAN, s.60.

²⁵ TOZMAN, s.60.

²⁶ “Olay sanığın öldürmek amacıyla mağdurun içeceği suya koyduğu zehir miktarının azlığı ve mağdurun zehirli suyu az miktarda içmesi sebebiyle ölümün sanığın iradesi dışında meydana gelmemek suretiyle zehirleyerek öldürme cürmünün eksik teşebbüs derecesinde kalmasından ibarettir. Kullanılan zehir öldürmeye elverişli olup ancak miktarın azlığından dolayı ölüm meydana gelmemiş ve böylece vasıtada nispi imkansızlık dolayısıyla cürmün 61. maddede yazılı eksik teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü gerekli görülmüştür” YCGK, 18.4.1938, 169/388, SÖZÜER, s.188. Konuya ilişkin benzer yönde kararlar için bkz. TOZMAN, s.61, dn. 197.

²⁷ ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.68 vd; SÖZÜER, s.187; TOZMAN, s.61. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. ÖZGENÇ, s.440.

Belirtilen örnekler kapsamında menzili dışında bir silahın kullanılması durumunda ya da yetersiz miktarda zehrin kullanılmasında hareket elverişli olmakla birlikte yetersiz nitelik taşımaktadır²⁸. Ancak bu yetersizlik meselesinin de somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Gerçek mermi atabilen dolu bir silah yakın mesafeler açısından elverişli olarak değerlendirilebilecek ve fail bu açıdan teşebbüsten sorumlu tutulabilecekken çok uzak mesafeler açısından elverişli olarak değerlendirilemeyecektir. Örneğin Konya'dan İstanbul'da bulunan hasmını öldürmek üzere ateş eden birisinin teşebbüs sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda elverişsiz hareketin varlığı nedeniyle işlenemez suç gündeme gelecektir.

Sübjektif ve objektif görüşlerin elverişlilik bahsine ilişkin çözüm getirmemesi neticesinde yeni objektif teori ya da somut tehlike teorisi denilen görüş ortaya konmuştur. Bu görüş çerçevesinde bir fiil mutlak ve soyut olarak elverişli veya elverişsiz olarak değerlendirilemeyecektir. Somut olayın şartlarına göre elverişlilik değerlendirmesi yapılması gerektiği ifade edilmektedir²⁹. Yukarıda ifade ettiğimiz eleştiriler dikkate alınacak olursa somut tehlike teorisi bu açıdan kanaatimizce çözüme en yakın teori olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu teoride önemli olan husus failin düşüncesi ile gerçekleştirmek istediği neticenin birbirine uygunluğunun tespitidir. "Failin hareketi sonucunda netice meydana gelmese bile, tasavvuru ile gerçekleştirilmek istenen netice birbirine uyabildiği hallerde işlenebilen teşebbüs; buna karşın failin tasavvuru ile gerçekleştirilmek istenen neticenin birbirine uygun olabilmesi düşünülememekte ise işlenemez suça teşebbüsten söz edilmelidir"³⁰. Kısaca ifade etmek gerekirse failin hareketi suç konusuna yönelik bir tehlike meydana getiriyorsa araç elverişli; hiç tehlike yaratmıyor veya etkisi yok denecek kadar az bir tehlike oluştuyorsa elverişsiz olduğundan söz edilebilir³¹. Somut tehlike teorisine paralel olarak Yargıtay, "Fail tarafından kullanılan vasıtanın, (neticeyi

²⁸ Yetersizlik bahsine ilişkin olarak bkz. ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.70 vd.

²⁹ ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.75; SOYASLAN, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara 1994, s.98; TOZMAN, s.63. Benzer yönde SÖZÜER, s.187.

³⁰ HAKERİ, s.445.

³¹ CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s.469-470.

gerçekleştirmeye) kesin olarak elverişli bulunması gerekir. Vasıtanın elverişli olup olmadığını tespit için işlenmek istenen suç, suçun işlendiği yer ve zaman, mağdurun durumu ve tüm koşullar nazara alınmalıdır” şeklinde karar vermiştir³².

B-SUÇ KONUSUNUN YOKLUĞU

Yukarıda da ifade edildiği gibi TCK m.35 kapsamında teşebbüsün varlığından bahsedilebilmesi için elverişli hareketlerin yapılması şartı aranması dolayısıyla elverişli olmayan hareketler açısından işlenemez suçun varlığı tespit edilebilmekteyse de suç konusunun yokluğuna ilişkin olarak herhangi bir hukuksal düzenlemenin varlığından söz edilmesi mümkün olmamaktadır. Ancak suç konusunun yokluğu doğası gereği işlenemez suça temel oluşturacaktır.

Failin gerçekleştirdiği hareketin yöneldiği kişi veya nesne suçun maddi konusunu teşkil eder. Yani fiilin, üzerinde yapıldığı şey suç konusu olarak adlandırılır³³. Temel itibariyle konu suçtan zarar görenden ayrılırsa da bazı hallerde bu iki kavram bir kişi üzerinde toplanabilir. Öldürme suçu bu hale örnek verilebilir. Şöyle ki; bir insanı öldürmeye yönelik bir hareket yapıldığında o kişi hem yapılan hareketin mağduru hem de konusunu oluşturacaktır. Bazı suçlar açısından ise hareketin birden fazla konusu olabilmektedir. Örneğin yağma suçunda suçun konusu hem cebir ve tehdide maruz kalan insan hem de bu kişiden zorla alınan para veya eşyadır. Öyle bazı hallerde vardır ki suçun maddi konusu ile faili aynı kişi olabilir. Buna örnek olarak gebe kadının çocuğunu düşürmesi verilebilir³⁴.

Suçu meydana getirmeye yönelik olarak yapılan hareket ile suçun konusu arasında her ne kadar çok sıkı bağlar bulunmaktaysa da bunların ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir³⁵.

³² YCGK, 4.6.1990, 5-101/156, YKD, Kasım 1990, s.1701

³³ HAKERİ, s.121; ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.309; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005, s.304 (SOYASLAN, Ceza Genel); SOYASLAN, s.159; Suçun konusu kavramına ilişkin olarak ayrıca bkz. TOZMAN, s.134 vd.

³⁴ ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.113

³⁵ ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.113; TOZMAN, s.136.

Doktrinde suçun konusuna ilişkin imkansızlık (elverişsizlik) değerlendirmesi yapılmakta olduğunu ve bu imkansızlığın da mutlak ve nispi imkansızlık kategorilerine ayrıldığını görmekteyiz³⁶. Bu çerçevede öldürülmek istenen kişinin daha önce ölmüş olması durumunda mutlak bir imkansızlığın, öldürmek istediği kişinin olay anında yatağında bulunmaması ise nispi imkansızlığın örneği olarak ortaya konulmaktadır³⁷. Bu kapsamda mutlak yokluğun varlığı halinde işlenemez suçtan bahsedilebilecekken nispi yokluğun bulunduğu tespit edilirse failin sorumluluğunun teşebbüs hükümlerinden belirleneceği ifade edilmektedir³⁸. Suçun konusuna ilişkin olarak yapılan mutlak-nispi elverişsizlik ayrımı doktrinde konu açısından elverişsizlikten değil yokluktan söz edilebileceği³⁹ yokluğun da varsa mutlak nitelik arz edeceği nispi yokluktan söz edilemeyeceği⁴⁰ gerekçeleriyle eleştiriye tabi tutulmuştur. Bu çerçevede somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalı suçun konusu bulunuyorsa teşebbüsten bulunmuyorsa işlenemez suçun varlığından bahsedilmelidir. Fail hırsızlık amacıyla eve girer fakat evde çalınacak bir şey bulamazsa bu durumda hırsızlık suçu açısından konunun bulunmaması dolayısıyla işlenemez suçtan bahsedilmelidir. Bu gibi durumlarda o ana kadar suç teşkil eden bir başka suç varsa fail o suç tipinden sorumlu tutulmalı ayrıca işlemek istediği asıl fiilden kaynaklı bir teşebbüs sorumluluğu olmamalıdır. Yani hırsızlık örneğinde kişi konut dokunulmazlığını ihlalden sorumlu tutulmalı, hırsızlığa teşebbüsten ise sorumluluğu olmamalıdır⁴¹.

Konuya ilişkin olarak verilen bir başka örnek ise içinde para olduğu düşüncesiyle açılan mektup zarfında mektuptan başka bir şeyin olmaması durumu verilmekte ve bu durumda failin hırsızlığa teşebbüsten değil haberleşmenin gizliliğini ihlalden sorumluluğun belirlenmesi

³⁶ EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.I, Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 1984, s.336 vd.

³⁷ DÖNMEZER-ERMAN 1994, s.460; SOYASLAN, s.160.

³⁸ TOZMAN, s.137.

³⁹ ÖZGENÇ, s.441.

⁴⁰ Konuya ilişkin eleştirilerin ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER-ERMAN 1994, s.464; ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s. 117-118, SOYASLAN, s.162 vd; TOZMAN, s.137 vd.

⁴¹ ÖZGENÇ, s.442.

gerektiği ifade edilmektedir⁴². Ancak burada haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu açısından bağımsız bir değerlendirme yapılmalıdır. Burada suçun maddi unsurunu oluşturan hareket haberleşmenin taraflarının iradesine aykırı olarak haberleşme içeriğinin görülmesi, duyulması ya da dinlenilmesi olduğuna göre⁴³ somut olay açısından mektubun okunmaması durumunda bu suçun varlığından da bahsedilemeyecektir. Yine hırsızlık kastıyla zarfı açan kişinin sorumluluğu haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturmayacağı için, bu amaçla zarfın açılması ancak içinden hırsızlık suçunun konusunu oluşturan bir şeyin çıkmaması durumunda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu da oluşmayacaktır. Nitekim burada suçun manevi unsurunu⁴⁴ oluşturan kastın varlığından bahsedilmesi mümkün olmayacaktır.

Uygulamada Yargıtay'ın mutlak imkânsızlık ve nispi imkânsızlık ayrımını benimsediği kararlar söz konusudur. Buradan yola çıkıldığında Yargıtay'ın da kanundaki düzenlemelere paralel olarak objektif teoriyi benimsediği ifade edilebilir. Nitekim Yargıtay bir kararında:

“ Olay günü geceleyin bir lokantaya para çalmak amacıyla giren ve boş çekmecede para bulamayan fail şikâyet üzerine yakalanmıştır. Gerçekten failin cürmi hareketlerinin yöneldiği nesneye suçun maddi konusu denilmekte ve bu konu suç kastının kapsamı içinde kalmaktadır. Hırsızlıkta maddi konu taşınır mal olup, suç anında varlığı veya yokluğu eylem sırasında değil eylem öncesi bir değerlendirmeyle her olayın özelliklerine, normal insanın deneyimlerine ve benzer olaylarda çoğunlukla görülen durum ve koşullara göre saptanılmak gerekir. Bu saptamada varılan olumsuz sonuç, yani maddi konunun kesin olarak yokluğu, işlenemez suç; olumlu sonuç yani maddi konunun nispi yokluğu ise eksik kalkışma aşamasında kalmış suç uygulamasına götürecektir. Olayımızda sanık ve arkadaşının girdiği lokantadaki çekmecede para bulunması, yukarıdaki deneyimlere göre doğal ve olağandır. O yüzden paranın suç anında çekmecede bulunmaması, maddi

⁴² ÖZGENÇ, s.442

⁴³ TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010, s.498.

⁴⁴ Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun manevi unsuruna ilişkin ilişkin bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.501.

konunun niteliğine göre, mutlak değil nispi anlamda bir yokluğu ortaya çıkarttığından, olayda işlenemez suç bulunduğu ileri sürülemez ve hırsızlığa eksik kalkışma suçunu oluşturur”⁴⁵.

Benzer şekilde Yargıtay bir başka kararında yine nispi imkânsızlığa değinmiştir:

“Sanığın, mağdur kocasını öldürmek maksadıyla mahiyeti zehir olan “sudkostik” maddesini içeceği suyun içine koyduğu ve fakat zehir miktarının azlığı ve zehirli su da az miktarda yutulmuş olmasından dolayı kastedilen netice olan ölümün meydana gelmediği, toplanılan delillerden anlaşılmaktadır... Ölümün sanığın iradesi dışında meydana gelmemek suretiyle zehirleyerek öldürme cürümünün eksik teşebbüs derecesinde kalmasından ibarettir. Kullanılan zehir, öldürmeye elverişli olup, ancak miktarının azlığından dolayı ölüm meydana gelmemiş ve böylece vasıtada nispi imkânsızlık dolayısıyla cürümün TCK. 61. maddesinde yazılı eksik teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü gerekli görülmüştür”⁴⁶.

⁴⁵ Yargıtay 6. C.D., 14.6.1983, 4019/5260. YKD, Ekim 1983, s.1543, ÖZGENÇ, s.441.

⁴⁶ Yargıtay 1. C.D., 26.05.1963, 320/1134, ARTUK-GÖKCEN-YENİDÜNYA, s.618, dn.156. Amerikan mahkeme kararlarında nispi yokluğa ilişkin kararların verildiğini görmekteyiz. Dava konusu olayda polis memuru Lee Kong isimli kişinin kumarhanesini gözlemek için kumarhanenin çatısına bir delik açar. Kong deliği fark eder ve orada olduğunu düşündüğü polis memurunu vurmak için açılmış olan deliğe ateş eder. Ancak polis memuru o noktadan başka bir noktada bulunmakta olduğundan polis memurunu vuramamıştır. Kong burada fiilde hataya düştüğünü bu nedenle suçu işlemesinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Ancak Kong suçlu bulunmuş ve dosyayı Kaliforniya Temyiz Mahkemesine temyize götürmüştür. Kaliforniya temyiz mahkemesi polisin gerçekte bulunduğu yeri belirlemiş ve failin atış alanında olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme failin niyetinin bulunduğunu ve mevcut durumda yeteneğinin fiili gerçekleştirme yeteneğinin olduğu tespit etmiştir. Bu kapsamda failin mağdurun bulunduğu yer konusundaki hatasının hareketi açısından bir savunma teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Belirtilen nedenler dolayısıyla da Kong’a ilişkin olarak ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararı onanmıştır.

http://en.wikipedia.org/wiki/People_v._Lee_Kong ziyaret tarihi: 21.10.2012

III-AMERİKÂN HUKUKUNDA İŞLENEMEZ SUÇA BAKIŞ

Amerikan doktrininde failin suça teşebbüse ilişkin olarak suçun maddi unsurlarını, manevi unsurlarını yerine getirmesine, suçun gerçekleşmesine ilişkin insana özgü yapılması gereken tüm bu davranışları yapmasına rağmen neticeyi elde etme imkânının bulunmamasını, bu durumun gerekçesinin de suça ilişkin hukuki düzenlemenin ya da olguların yanlış kavranmasını imkânsızlık olarak nitelendirildiğini görmekteyiz. Konuya örnek olarak öldürülmek amacıyla birisine ateş ettiğini düşünen failin aslında ateş ettiği kişinin bir kukla olması verilmektedir. Yine bir başka örnek olarak da uyuşturucu madde kaçakçılığı yaptığını düşünen kişinin aslında getirdiği ilaçların yasadışı nitelik taşıması verilmektedir⁴⁷. Bu durum işlenemez suça işaret etmektedir. Konuya ilişkin bir başka tanımda ise işlenemez suç failin bağımsız bir suçu oluşturmak için gerekli olan şartlarda yanılması olarak ifade edilmektedir⁴⁸.

Amerikan hukukunda doktrinde ve mahkeme uygulamalarında imkânsızlığın iki kategorisi arasında bir ayrım yapılmaktadır: Gerçek(olgusal) imkânsızlık ve hukuki imkânsızlık⁴⁹. Hukuki imkânsızlıkta⁵⁰ failin gerçekleştirmiş olduğu fiil hukuki düzeninde suç olarak düzenlenmemiştir. Gerçek(olgusal) imkânsızlık ise fiziksel imkânsızlığı ifade etmektedir ve bazı fiziksel veya olgusal faktörlerin veya bilinmeyen durumların varlığı nedeniyle fail tarafından suç

⁴⁷ CRUMP, David-COHEN, Neil P.-LEVENSON, Laurie L.-PARRY, John T.-PETHER, Penelope, *Criminal Law: Cases, Statutes, and Lawyering Strategies*, Second Edition, s.658.

⁴⁸ ROBBİNS, Ira P., “Attempting the Impossible: The Emerging Consensus”, *Harvard Journal Legislation*, Volume 23, 1986, s.377.

⁴⁹ Konuya ilişkin ayrıma yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. CRUMP-COHEN-LEVENSON-PARRY-PETHER, s.658-659; WESTEN, Peter, “Impossibility Attempts: A Speculative Thesis” *Ohio State Journal Of Criminal Law* Vol 5:523, 2008, s.532 vd.

⁵⁰ Konuya ilişkin Türk Hukukundaki değerlendirmeler için bkz. Aşağıda İşlenemez Suç-Sözde Suç ilişkisi.

teşebbüsü tamamlanamamaktadır⁵¹. Mahkemeler genel olarak gerçek imkansızlık-hukuki imkansızlık ayırımından memnuniyetsizliklerini ifade ediyor olsalar da bu yöntemin kalmasının değerlendirme açısından yararlı olacağı ifade edilmektedir⁵².

Hukuki imkânsızlık teşebbüs suçlaması için bir savunma niteliğindeki gerçek imkânsızlık bir savunma gerekçesi olmayacaktır⁵³. Mahkemeler de gerçek imkansızlığın bulunması durumunda genellikle mahkumiyet yönünde kararlar verdiği ifade edilmektedir⁵⁴. Gerçek imkansızlık savunması failin neticeyi harici nedenlerden dolayı elde edememesi durumlarında karşımıza çıkacaktır. Bu savunma neredeyse istisnasız olarak ispatlanması hususunda başarısızlıkla sonuçlanmıştır⁵⁵. Örneğin birini öldürmek için boş yatağa ateş edilmesi, failin boş cebe elini sokması dolayısıyla hırsızlık suçunu gerçekleştirememesi gibi hususlar gerçek (olgusal) imkansızlık olarak nitelendirilerek fail hakkında mahkumiyet kararı verirken, failin çalıntı olduğunu düşünerek aldığı malın çalıntı olmaması, jüriye rüşvet verdiğini düşünmesine rağmen parayı verdiği kişinin jüri olmaması hukuki imkansızlık olarak nitelendirilerek fail cezalandırılmamıştır. Konuya ilişkin en çok rastlanılan ve mahkemeler tarafından reddedilen dört örnek şu şekildedir: Hamile olmayan kadının çocuğunun düşürülmesine teşebbüs edilmesi, iktidarsız bir erkeğin cinsel saldırı teşebbüsü, boş cepten para çalma teşebbüsü, öldürülmek istenilen mağdurun failin öldürmeyi planladığı yerde bulunmaması. Bu örneklerin ortak yönünü sanığın hareketinin bulunması içermektedir, ancak olgusal bazı nedenlerden dolayı kanunun yasakladığı zararlar meydana gelmemiştir⁵⁶. Mahkemeler bu konuya ilişkin savunmaları reddetmelerini üç nedene dayandırmaktadırlar. Bunlar:

- Failin tehlikelilik halini göstermiş olması,

⁵¹ GARDNER, Thomas J., *Criminal Law Principles and Cases*, 3rd. Edition, s.61.

⁵² ROBBINS, s.379.

⁵³ DRESSLER, Joshua, *Cases and Materials on Criminal Law*, Fourth Edition, s.785.

⁵⁴ ROBBINS, s.379.

⁵⁵ ROBBINS, s.380-383.

⁵⁶ ROBBINS, s.379, dn. 10-11.

- Failin mağdurun çıkarlarını ihlal etmiş olması,
- Failin kamunun menfaatlerini ihlal etmiş olması⁵⁷.

Mahkemeler en yoğun olarak mağdurun tehlikelilik halini ortaya koymuş olması nedeniyle cezalandırılması gerektiği neticesine ulaşmaktadırlar. Mahkemeler burada suçun işlenmemiş olmasının failin suç niyetinden vazgeçmiş olmasından kaynaklanmadığını, dahası önleyici dışsal faktörlerin bulunmaması durumunda failin suçu işleyebileceğini ifade etmektedirler⁵⁸.

Hukuki imkansızlığa ilişkin ise mahkemeler, fail tarafından gerçekleştirilmek istenilen eylemlerin tamamlanmış olmasına rağmen suç şeklinde neticelenmemesi olarak değerlendirmektedirler⁵⁹.

Amerikan Model Ceza Kanunu kapsamında imkânsızlık fiili imkânsızlık, doğal fiili imkânsızlık, saf yasal imkânsızlık ve karma yasal imkânsızlık ayrımını benimsemiştir⁶⁰. Bu kapsamda ilgili kanunun § 20.04 maddesinde imkânsızlık savunması düzenlenmiştir⁶¹.

Fiili imkânsızlık bir kişinin istediği neticenin suç teşkil etmesi durumunda, bu neticenin failin elinde olmayan bir nedenden dolayı veya fail tarafından bilinmeyen bir nedenden dolayı neticeyi elde edememesi durumunda söz konusu olacaktır. Bu duruma örnek niteliği taşıyan durumlar mağdurun boş cebine failin elini sokması, mağdurun alışıl gelmiş yatağına ateş edilmesine rağmen yatağın boş olması, boş tabancayla birisinin öldürülmeye çalışılması verilmektedir.

Doğal fiili imkânsızlık konusu büyük ölçüde akademik olarak değerlendirilmesine rağmen, doğal fiili imkânsızlık Minnesota eyaletinde yasal savunma aracı olarak kabul edilmiştir. Eğer suçu gerçekleştirmek için kullanılan yöntem makul bir kişinin bakış açısından ceza hukuku

⁵⁷ ROBBINS, s.383.

⁵⁸ ROBBINS, s.383.

⁵⁹ ROBBINS, s.388.

⁶⁰ Olgusal, hukuksal ve karma imkansızlık ayrımına ilişkin bkz. ROBBINS, s.377.

⁶¹ İlgili hükmün İngilizce metnine ulaşmak için bkz. <http://www.lexisnexis.com/lawschool/study/outlines/html/crim/crim20.htm> ziyaret tarihi: 22.10.2012.

açısından sorumluluk gerektirecek davranış açısından yetersiz görülüyorsa doğal fiili imkânsızlığa ilişkin savunmanın kabul edilebileceği ifade edilmiştir.

Yasanın failin gerçekleştirmek istediği davranışı cezalandırmadığı durumlarda saf yasal imkânsızlık hususu karşımıza çıkacaktır. Karma yasal imkânsızlıkta ise failin amacının yasadışı olması halinde failin yasal durumunu etkileyen bazı faktörlerden dolayı cezalandırılması söz konusu olmayacaktır.

Amerikan yargısında hiçbir zaman teşebbüs suçlamasına karşı savunma niteliği olarak kabul görmeyen gerçek imkânsızlıkta failin ulaşmayı amaçladığı netice söz konusu olabilir ancak fail tarafından bilinmeyen bir olgusal durum nedeniyle veya onun kontrolünün ötesinde bir nedenden dolayı neticenin gerçekleşmemektedir. Buna örnek olarak sanığın dolu olduğunu düşündüğü bir silahın tetiğini çekerek birisine doğrultmuş olması, ancak silahın boş olması durumu verilebilir. Bu durumda gerçek imkânsızlık söz konusudur ve bundan dolayı fail yargılanacaktır⁶².

Yasal imkânsızlık ise kendi içinde iki kategoride ele alınacaktır. Bunlar saf yasal imkânsızlık ve karma yasal imkânsızlık şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Saf yasal imkânsızlık teşebbüs kaynaklı mahkumiyeti engelleyecektir. Karma yasal imkânsızlıkta ise sorun bulunmaktadır⁶³.

Ceza hukuku failin ulaşmak istediği amacı yasaklamamışsa saf imkânsızlık söz konusu olacaktır. Kısaca ifade etmek gerekirse saf yasal imkânsızlıkta fail yaptığı hareketin cezai neticeler içerdiğini düşünmekte ancak bu hareketler veya netice ceza hukuku tarafından yasaklanmamaktadır. Buna örnek olarak Amerikan doktrininde kişi yasal rıza yaşının on altı olduğunu düşünmesine rağmen cinsel ilişki için yasal rıza yaşının on beş olması hususu verilmektedir. Yasanın rızayla cinsel ilişkiye müsaade ettiği yaşın on beş olması durumunda fail yasanın kendi davranışını cezalandıracağı inancına rağmen, cinsel ilişkiye teşebbüsten sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır⁶⁴. Konuya ilişkin bir başka

⁶² DRESSLER, s.785.

⁶³ DRESSLER, s.785; Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. ROBBINS, s.389 vd.

⁶⁴ DRESSLER, s.785-786.

örnekte fail likör satmanın suç olduğunu düşünerek hareket etmekte ancak kanun likör satılmasını yasaklamamaktadır. Bu durumda fail likör satmaktan dolayı suçlu bulunamayacaktır⁶⁵.

Mahkemelerin yasal imkânsızlıkla kastettiği ise çoğunlukla karma yasal imkânsızlık şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Hukuki imkânsızlığa ilişkin iddiaların birçoğu karma nitelik taşımaktadır.

Failin amacının yasadışı olmasına rağmen failin yasal durumunu etkileyen hareketlerine ilişkin bazı faktörlerden dolayı suçun oluşması imkânsızsa bu durumda karma yasal imkânsızlıktan bahsedilecektir. İmkânsızlığın bu çeşidi karma niteliklidir çünkü adından da anlaşılacağı gibi failin imkânsızlık iddiası yasal ve gerçek hususların bütününe içermektedir. Yani kendi içinde ikili bir yapıya sahiptir⁶⁶. Karma yasal imkansızlıkta failin amacı kural olarak yasaklanmıştır ancak sanığı hukuki durumuna ilişkin bir hata nedeniyle gerçekleştirilen fiil cezalandırılabilir olmayacaktır⁶⁷. Örnek olarak canlı sandığı bir geyiği öldürmek amacıyla ateş edilmesi ancak ateş edilenin doldurulmuş bir geyik olması verilebilecektir⁶⁸. Bu yönüyle karma yasal imkansızlık içinde olgusal imkansızlığı bulundursa bile mahkemeler tarafından savunma aracı olarak kabul edilmektedir⁶⁹.

Eğer fail çalıntı olduğunu düşünerek bir malı kabul ederse ancak bu malın çalıntı olmamasını; failin jüri olduğunu düşündüğü ancak jüri olmayan kişilere rüşvet teklif etmesini; sezon dışında geyik avlamayı deneyen kişinin doldurulmuş bir hayvanı vurmasını; yaşadığını düşündüğü birisine ateş etmesi ancak ateş ettiğinin ceset olmasını; insan olduğunu düşündüğü kişiye ateş etmesi ancak ateş ettiğinin ateş kütüğü olmasını mahkemeler yasal imkânsızlıkla ilgili savunma olarak kabul etmektedirler. Dikkat edilmelidir ki bütün bu hatalar sanığın fiillerinin bazı yönleriyle yasal durumu etkilemektedir. Örneğin malın çalıntı olması çalıntı malın kabulü suçun oluşması için bir gerekliliktir. Yine

⁶⁵ ROBBINS, s.390.

⁶⁶ DRESSLER, s.786.

⁶⁷ ROBBINS, s.389.

⁶⁸ ROBBINS, s.395.

⁶⁹ ROBBINS, s.396

jüriye verilecek rüşvet suçunda, rüşvet verilecek olanın jüri olması gereklidir⁷⁰.

Diğer yönden karma yasal imkânsızlığa ilişkin bütün örneklerde fail olgulara ilişkin de hataya düşmektedir. Eğer mal çalıntı olsaydı, eğer rüşvet verilen kişi jüri olsaydı, mağdur insan olsaydı, avlanan gerçek bir geyik olsaydı suç oluşacaktır. Bu kapsamda failin olgular üzerinde de bir yanılığısı olduğu açıktır.

IV-İŞLENEMEZ SUÇUN DİĞER BAZI CEZA HUKUKU KURUMLARIYLA İLİŞKİSİ

A-İHMALİ SUÇLAR-İŞLENEMEZ SUÇ İLİŞKİSİ

İhmali suçlara teşebbüs bahsi doktrinde önemli tartışma konularından birisini teşkil etmektedir⁷¹. Ancak biz burada konuyu sadece ihmali suçlar bakımından değerlendirmeye tabi tutacağız. Bu değerlendirme için öncelikle ihmali suçların çeşitleri kapsamında bir yaklaşım oluşturmak gerektiği kanaatindeyiz.

Saf ihmali suçlar olarak adlandırılan ve kanunun kişiden icrai bir hareket beklediği yerde bu hareketi yapmamak suretiyle işlenen ve sırf hareketin yapılmamasının suçun oluşması bakımından yeterli olduğu, ayrıca garantörlük şartının aranmadığı suçlar⁷² açısından işlenemez suç değerlendirmesi yapılabilecektir. Her ne kadar bu suçlar açısından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değilse de⁷³ bu suçlar açısından işlenemez suç tartışma konusu olabilecektir. Nitekim Alman hukukunda da saf ihmali suçlara elverişsiz teşebbüsün mümkün olduğu ifade edilmektedir⁷⁴. Konuya örnek olarak failin trafik kazası olduğunu düşündüğü bir olayda yaralıların olduğunu düşünmesi ve bu nedenle müdahale etmemesi verilmektedir⁷⁵. Bu örnek açısından suç konusunun

⁷⁰ DRESSLER, s.786; Konuya ilişkin benzer örnekler için bkz. ROBBINS, s.378.

⁷¹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, İhmal, s.263 vd; TOZMAN, Önder, “İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”, TBB, S.84, 2009; s.160 vd.(TOZMAN, TBB)

⁷² HAKERİ, s.142.

⁷³ Konuya ilişkin bkz. HAKERİ, İhmal, s.263; TOZMAN, TBB, s.175

⁷⁴ HAKERİ, İhmal, s.264-265; TOZMAN, TBB, s.176.

⁷⁵ HAKERİ, İhmal, s.265.

bulunmaması dolayısıyla işlenemez suçun varlığından bahsedilebilecektir. Yine suç konusunun bulunmamasına ilişkin bir başka örnek olarak TCK m.257/2 hükmü verilebilecektir. Bu kapsamda bir memur örneğin imzalaması gereken bir evrağı imzalamıyorsa böyle bir durumda görevini ihmal ettiği için TCK m.257/2 kapsamında sorumlu tutulmalıdır. Ancak görevli memura imzalaması için uzatılan evrak aslında sahte nitelik taşıyorsa ancak memur bu durumu bilmeden TCK m.257/2 kapsamında kastını oluşturarak evrağı imzalamaktan imtina ediyorsa suç konusunun bulunmaması dolayısıyla işlenemez suçun varlığından bahsetmek mümkün olacak ve ilgili memurun herhangi bir cezai sorumluluğu bulunmayacaktır.

Ceza kanununda düzenlenmiş olan ve kural olarak icrai şekilde işlenmesi mümkün olan bir suç tipinin ihmali bir hareketle işlenmesini ifade eden garantörsel ihmali suçlar açısından da işlenemez suç hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır. Doktrinde garantörsel ihmali suçlarda (ihmal suretiyle icra suçlarında) ihmali bir hareketle suça teşebbüs mümkün iken; aracın elverişsizliği nedeniyle işlenemez suç açısından ihmal söz konusu olamayacağı ifade edilmektedir. Bu görüşe gerekçe olarak da ihmali suçların özünde bir hareketsizlik söz konusu olması, elverişlilik denildiğinde ise aktif bir hareket söz konusu olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşteki yazarlar ancak suç konusunun yokluğundan kaynaklanan işlenemez suçlarda ihmali hareket söz konusu olabileceğini ileri sürmektedirler. Konuya örnek olarak ölü doğmuş bir çocuğu canlı zannederek onu öldürmek maksadıyla süt vermeyen anne açısından işlenemez suçun söz konusu olacağı ifade edilmektedir⁷⁶. Bu görüşe suç konusunun yokluğu kısmı açısından katılmakla birlikte, hareketin elverişsizliği boyutuyla katılmamaktayız. Kanaatimizce garantörsel ihmali suçlar açısından hem suç konusunun bulunmaması dolayısıyla hem de ihmali hareketlerin elverişsiz olması dolayısıyla işlenemez suç değerlendirmesi yapılması mümkün olabilecektir.

Garantörsel ihmali suçlar açısından hareketin elverişsizliği nedeniyle işlenemez suçun varlığı konusunda yukarıda da bahsetmiş olduğumuz cankurtaranın bulunduğu kalabalık bir plajda boğulmakta olan oğlunu gördüğü halde onu kurtarma teşebbüsünde bulunmayan

⁷⁶ Konuya ilişkin bkz.ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.25.

babanın hareketi verilebilecektir. Bu durumda baba yardım yükümlülüğünü yerine getirmemiştir ancak kanaatimizce bu sorumluluğun varlığından bahsedilebilmesi için başlı başına yeterli bir şart olmayacaktır. Çünkü olay açısından babanın ihmali çocuğunun ölümünü sağlamaya elverişli nitelikte bir ihmal değildir. Belirtilen örnek açısından baba örneğin cankurtaranın da oğlunu kurtarmasını engellemesi durumunda hareketi neticeyi meydana getirmeye elverişli olarak değerlendirilmesi mümkün olacak ve hareketi netice gerçekleşmişse ihmal suretiyle kasten öldürmeden, bir başkası tarafından kurtarılmışsa ihmal suretiyle kasten öldürmeye teşebbüsten belirlenecektir.

Benzer şekilde yüzme bilmediğini düşündüğü oğluna, boğulması kastıyla yardım etmeyen babanın oğlunun yüzme bilmesi dolayısıyla kurtulmasından kaynaklı olarak teşebbüs sorumluluğundan bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Burada babanın ihmal hareketi neticeyi getirme açısından elverişli olmadığı için işlenemez suçun varlığından bahsedilebilecektir⁷⁷.

Garantörsel ihmali suçlar açısından suç konusunun bulunmaması dolayısıyla da işlenemez suç tartışmasının yapılması mümkün olabilecektir. Ancak burada ileride ele alacağımız kuruntu suç-ışlenemez suç ayırımına dikkat edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda örneğin bir baba denize giren oğlunun boğulduğu zanıyla yardım etmemeyi düşünse ancak bu sırada oğlu denizden çıkmış ve kafeteryada çay içmekte olsa bu durumda babanın ihmali açısından suçun konusu bulunmadığı için işlenemez suçun varlığı tartışma konusu olacaktır. Ancak kişi boğulan bir başkasını oğlu zannettiği halde yardım etmese bu durumda ihmal suretiyle öldürme suçu açısından işlenemez suç değil kuruntu suç değerlendirilmesi yapılmalıdır⁷⁸. Bu örnek açısından yardım eden kimsenin bulunmaması durumunda ilgili kişinin TCK m.98 kapsamında sorumluluğunun doğabileceği hususunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

Doktrinde garantörsel ihmali suçlar açısından elverişsiz teşebbüsün varlığı durumunda (ışlenemez suçlar) bu hareketin cezalandırılacağı ifade edilmektedir⁷⁹. Bu görüşün aksine bazı yazarlar

⁷⁷ Konuya ilişkin bkz. HAKERİ, İhmal, s.276; TOZMAN, TBB, s.167.

⁷⁸ Örnek olayda işlenemez suçun oluştuğuna ilişkin bkz. HAKERİ, İhmal, s.275.

⁷⁹ Bkz. HAKERİ, İhmal, s.276.

ise garantörsel ihmali suçlar için elverişsiz teşebbüsün ihmali hareketin cezaya layıklığının azlığı ve elverişsiz teşebbüste bunun iyice azalmış olması dolayısıyla cezalandırılmayacağını savunmaktadırlar⁸⁰. Kanaatimizce hukukumuz açısından garantörsel ihmali suç da söz konusu olsa işlenemez suç kategorisine dahil edilen fiiller açısından cezalandırma mümkün olmayacaktır.

B-İŞLENEMEZ SUÇ-SÖZDE SUÇ İLİŞKİSİ

Mefruz suç ya da hayali suç olarak da ifade edilen sözde suç ile ifade edilen durum hareketi suç olarak nitelendiren herhangi bir kaynağın olmaması, yani kanunda failin düşündüğü nitelikte bir suç tipinin bulunmamasıdır⁸¹. Bu durum hukuki yanılmanın başka bir şekli olarak nitelendirilebilir; aralarındaki fark “hukuki bilmeme ve yanılmada, bilinmeyen veya yanlış yorumlanan bir ceza kuralının varlığına karşılık, mefruz suçta esasen böyle bir kuralın olmaması ve fakat failce, var olduğu sanısına kapılmasıdır”⁸².

Mesela Yeni Türk Ceza Kanununda zina suç olarak düzenlenmemiştir. Evli bir erkek reşit bir kadınla cinsel ilişkiye girmekte ve bunun kanunda suç olarak düzenlendiğini sanmaktadır. Ancak kanunda buna ilişkin ceza hukuku manasında bir düzenleme yer almamaktadır. Burada tipiklik olmadığı halde fiili işleyen kişi hareketinin tipik olduğunu düşünse bile cezalandırılmaz. Bu gibi hallerde mefruz suçtan bahsedilir. “Failin suç olduğuna inandığı şey, fail ve toplum açısından ne kadar kötü olursa olsun, kanunilik ilkesi gereği ortada norm olmadığı müddetçe suç değildir”⁸³.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi işlenemez suçta suçun işlenmesine engel olan husus hareketin veya vasıtanın elverişsizliği ya da suç konusunun yokluğu idi. Mefruz suçta ise hareketin elverişsizliğini veya suç konusunun yokluğunu tartışmaya gerek kalmaksızın işlenilmek istenilen suç tipinin kanunda düzenlenmemesi hususu karşımıza çıkmaktadır.

⁸⁰ Bkz. HAKERİ, İhmal, s.276.

⁸¹ HAKERİ, s.117.

⁸² DÖNMEZER, Sulhi-Sahir, Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt 1, 7. Bası, İstanbul 1979, s.412

⁸³ SOYASLAN, Ceza Genel, s.301

İşlenemez suçun hukuki niteliğine ilişkin olarak bazı yazarlar işlenemez suçun bağımsız bir kurum olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmekteyken bazı yazarlar işlenemez suçun sözde suç niteliği taşıdığını ifade etmektedirler⁸⁴. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi sözde suçtan bahsedilebilmesi için ceza kanunlarında failin tasavvur ettiği nitelikte bir suç tipinin bulunmaması gerekmektedir. İşlenemez suçta ise aslında failin tasavvur ettiği suç tipi kanunda bulunmakla birlikte failin hareketlerinin elverişsizliği ya da suç konusunun yokluğu nedeniyle netice gerçekleşmemektedir. Yani aslında failin kastettiği nitelikte bir suç tipi kanunda yer almaktadır.

C-İŞLENEMEZ SUÇ-KURUNTU SUÇ İLİŞKİSİ

Kuruntu suçta failin işlemeyi düşündüğü suç aslında kanunda da suç olarak tanımlanmıştır. Ancak fail hukuk düzeninde yer alan bu suçu işlediğini sanmakla beraber aslında kanunda belirtilen suçun tipikliği somut olay açısından gerçekleşmemiştir. Mesela kanunumuzda hırsızlık suçu düzenlenmiştir. Kişi terekeden kendisine miras kalan eşyayı alması durumunda yaptığı hareketin suç olduğunu düşünse bile cezalandırılmaz. Burada bir hukuki yanılma vardır. Benzer şekilde 18 yaşından küçük birisiyle rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini ve bu nedenle suç işlediğini düşünen kişi aslında 18 yaşından büyük birisiyle ilişkiye girmiş ve bunu bilmiyor olsa bile sorumlu tutulmaz. Bu durumda da fiili yanılma vardır⁸⁵.

Kuruntu suçta failin hareketi suç tipini ihlal etmediği halde fail suç işlediğini sanmaktadır. Bu açıdan işlenemez suçla kuruntu suç cezalandırılmama açısından benzerlik gösterse de aynı şeyi ifade etmezler. Çünkü işlenemez suçta failin hareketi hiçbir şekilde neticeye ulaşmamakta; ancak kuruntu suçlarda hareketin neticesi meydana gelmekte fakat tipikliği sağlayamamaktadır. Kanaatimizce işlenemez suçun gerçekten işlenebilirliği mümkün olmamalıdır. Ayrıca burada ifade edilmelidir ki işlenemez suç ile kuruntu suçun belirli durumlarda çakıştığı düşüncesini oluşturan husus suç konusunun yokluğudur. Ancak kuruntu suç niteliği taşıyan durumlarda suçun konusu bulunmaktayken

⁸⁴ Konuya ilişkin görüşler için bkz. AKSOY, s.131; İşlenemez suç-Mefruz Suç ayırımına ilişkin Alman hukukundaki bakış açısı için bkz. AKBULUT, s.399.

⁸⁵ HAKERİ, s.87

işlenemez suçta suç konusu hiçbir şekilde bulunmamalıdır. Bu konuya bir örnek vermek gerekirse yukarıda verilen 18 yaşından küçük olduğu zannıyla 18 yaşından büyük birisiyle cinsel ilişkiye girilmesi durumunda kuruntu suçun varlığından söz edilebilecekken işlenemez suç söz konusu olmayacaktır. Çünkü burada suçun konusu bulunmaktadır. Belirtilen örnek açısından failin karanlıkta şişme bir kadını 18 yaşından küçük olduğunu düşünerek taciz etmesi durumunda ise işlenemez suçun varlığından bahsedilebilecektir⁸⁶. Ancak öğretide suç konusunun hiç bulunmaması ile suçun konusunun bulunmasına rağmen kanunen aranan şartlardan yoksun bulunması arasında fark olmadığı ifade edilmektedir⁸⁷.

Öğretide tersine unsur yanılığında da işlenemez suçun varlığından bahsedileceği ifade edilmektedir. Konuya ilişkin örnek olarak bir vestiyerden bir başkasının paltosunu almak isteyen kişinin kendi paltosunu alması durumunda tersine unsur yanılığının ve bu vesileyle de işlenemez suçun söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bu durumda kişinin kastı hırsızlık suçunu işlemek yönünde olsa da somut olay açısından hırsızlık suçunun konusunun bir başkasına ait olması koşulu gerçekleşmemiştir. Bu durumda da işlenemez suçun varlığından bahsedilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁸. Belirtilen örnek açısından da aslında suçun konusu bulunmaktadır. Yine burada ifade edilmelidir ki işlenemez suçun varlığından bahsedilebilmesi için neticeye ulaşma imkânının bulunmaması gerekmektedir. Kuruntu suçlarda ise failin gerçekleştirmiş olduğu hareket bir neticeye ulaşmakta ancak elde edilen netice tipik olmadığı için fail cezalandırılmamaktadır. Bu kapsamda tersine unsur yanılığının söz konusu olduğu hallerde kuruntu suçun varlığı söz konusu olacaktır ve fail tipiklikte yer alan neticeyi elde edemediği için cezalandırılmayacaktır⁸⁹.

⁸⁶ Aksi görüş için bkz. ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.12; Bayraktar, s.717.

⁸⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ALACAKAPTAN, İşlenemez Suç, s.16; Bayraktar, s.717.

⁸⁸ İÇEL, Kayıhan-SOKULLU AKINCI, Füsun-ÖZGENÇ, İzzet-SÖZÜER, Adem-MAHMUTOĞLU, Fatih S.-ÜNVER, Yener, İÇEL Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Baskı, İstanbul, 2000, s.277; ÖZGENÇ, s.416; KOCA-ÜZÜLMEZ, s.207.

⁸⁹ Tersine unsur yanılığında tipikliğin gerçekleşmediğine ilişkin olarak bkz. HAKERİ, s.385. Bu gibi durumlarda olayı işlenemez suç

Burada ihmali suçlar açısından da bir değerlendirme yapılması mümkün olabilecektir. Garantörsel ihmali suçlarda suç konusunun bulunmaması tartışmasına paralel olarak eşinin boğulduğunu düşünen kişinin aslında boğulananın bir başkası olması durumu bu kapsamda değerlendirilmelidir. Eğer gerçekten boğulan birisi bulunuyorsa bu durumda konunun varlığından bahsedilmesi mümkün olabilecektir ve fail açısından kuruntu suç tartışması yapılabilecektir. Ancak eşinin boğulduğunu düşündüğü halde denizde aslında görmüş olduğu bir tahta parçasıysa bu durumda konunun yokluğu dolayısıyla işlenemez suçun varlığından bahsedilmesi mümkün olabilecektir.

SONUÇ

İşlenemez suçun suç genel teorisindeki yerine ilişkin tartışmalar bulunmakla birlikte TCK m.35 hükmü kapsamında teşebbüs bahsi altında konunun değerlendirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu kesin bir sınır olarak da belirlenemeyecektir. İşlenemez suçun, suçun unsurlarından bağımsız ele alınması da mümkün olmayacaktır. Örneğin birisini öldürmek için portakal suyu içmesini sağlayan kişinin hareketi elverişli bir hareket olmadığı için işlenemez suç olarak değerlendirilebilecektir. Burada hareketin elverişli olmadığı hususu tek başına dikkate alınacak olunursa burada konunun teşebbüs bahsi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak burada suçun maddi unsuru kapsamında cezalandırılabilir bir hareketin olmadığı bakış açısı ise doğrudan suçun unsurları açısından bir değerlendirmeye neden olabilecektir. Ancak sistematik bir yapının sağlanması ve failin neticeyi elde edememesi açısından değerlendirildiğinde konunun teşebbüs bahsi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatini tekrar vurgulamak isteriz.

İşlenemez suçun kaynaklarından birini teşkil eden hareketin elverişli olmaması meselesinde hareketin elverişli olup olmadığı, elverişli ise somut olay açısından failin cezalandırılabilir olup olmadığı ayrı ayrı ele alınmalıdır. Bu kapsamda yine hareketin elverişliliği değerlendirmesi ile yeterliliği değerlendirmesinin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Bazı durumlarda yetersizlik elverişsizliğe de neden olabileceken bazı durumlarda elverişli hareket somut olay açısından yetersiz nitelik

kapsamında değil kanunilik (tipiklik) unsuru kapsamında ele alınması gerektiğine ilişkin olarak bkz. BAYRAKTAR, s.726.

taşıyabilecektir. Bu açıdan çok uzak mesafelerden bir tüfekle birisinin öldürülmesi amacıyla ateş edilmesi durumunda esasında elverişli bir araç söz konusu olmakla birlikte yetersizlik ortaya çıkmaktadır. Ancak bu yetersizlik somut olay açısından hareketin elverişsizliğini de sağlayacaktır.

Suç konusunun yokluğu meselesi açık olarak kanunda öngörülmesi olmasa da doğası gereği işlenemez suçun bir parçası niteliğinde karşımıza çıkacaktır. Suçun konusuna ilişkin doktrinde yapılan mutlak imkansızlık nispi imkansızlık ayırımına ise katılmamaktayız. Bu kapsamda bir olayda suçun konusunun bulunmaması durumunda işlenemez suç söz konusu olacak ve işlenmek istenen suçtan sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak hareket bir başka suçun oluşumuna neden oluyorsa fail bundan dolayı ayrıca sorumlu tutulabilecektir.

Amerikan hukukunda işlenemez suça ilişkin ikili bir ayrıma gidilmiş ve gerçek imkansızlık ve hukuksal imkansızlık başlıkları altında konu değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Gerçek imkansızlığın bulunması durumunda ağırlıklı olarak kişinin kusurlu düşüncesini dış dünyaya yansıtması söz konusu olduğu için mahkumiyet kararları verildiği görülmektedir.

İhmali suçlar açısından saf ihmali suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiş olsa da işlenemez suç saf ihmali suçlar için de söz konusu olabilecektir. Garantörsel ihmali suçlar açısından da gerek suç konusunun yokluğu gerekse hareketin elverişsizliği nedeniyle işlenemez suç değerlendirmesi yapılabilecektir.

İşlenemez suçta suçun işlenmesine engel olan husus hareketin veya vasıtanın elverişsizliği ya da suç konusunun yokluğu iken mefruz suçta ise hareketin elverişsizliğini veya suç konusunun yokluğunu tartışmaya gerek kalmaksızın işlenilmek istenilen suç tipinin kanunda düzenlenmemesi hususu karşımıza çıkmaktadır.

Kuruntu suçta failin hareketi suç tipini ihlal etmediği halde fail suç işlediğini sanmaktadır. Bu açıdan işlenemez suçla kuruntu suç cezalandırılmama açısından benzerlik gösterse de aynı şeyi ifade etmezler. Çünkü işlenemez suçta failin hareketi hiçbir şekilde neticeye ulaşmamakta; ancak kuruntu suçlarda hareketin neticesi meydana gelmekte fakat tipikliği sağlayamamaktadır. Kanaatimizce işlenemez

suçun gerçekten işlenebilirliği mümkün olmamalıdır. Kuruntu suç niteliği taşıyan durumlarda suçun konusu bulunmaktayken işlenemez suçta suç konusu hiçbir şekilde bulunmamalıdır.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin, Türk Ceza Kanunu İle Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi, Ankara 2010.

AKSOY, Pervin, “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2007.

ALACAKAPTAN, Uğur, İşlenemez Suç, Ankara (tarihsiz), (Alacakaptan, İşlenemez Suç).

ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1970 .

ARTUK, Mehmet Emin-GÖKCEN, Ahmet- YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2012.

BAYRAKTAR, Köksal, “İşlenemez Suç”, İÜHFM, C.34, S.1-4, 1968.

CENDEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011.

CRUMP, David-COHEN, Neil P.-LEVENSON, Laurie L.-PARRY, John T.-PETHER, Penelope, Criminal Law: Cases, Statutes, and Lawyering Strategies, Second Edition.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007.

DÖNMEZER, Sulhi-Sahir, Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt 1, 7. Bası, İstanbul 1979.

DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I, 11. Bası, İstanbul 1994, s.459(DÖNMEZER-ERMAN 1994)

DRESSLER, Jashua, Cases and Materials on Criminal Law, Fourth Edition.

GARDNER, Thomas J., Criminal Law Principles and Cases, 3rd. Edition.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.

Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.(Hakeri, İhmal)

http://en.wikipedia.org/wiki/People_v._Lee_Kong ziyaret tarihi: 21.10.2012.

<http://www.lexisnexis.com/lawschool/study/outlines/html/crim/crim20.htm> ziyaret tarihi: 22.10.2012

İÇEL, Kayıhan-SOKULLU AKINCI, Füsun-ÖZGENÇ, İzzet-SÖZÜER, Adem-MAHMUTOĞLU, Fatih S.-ÜNVER, Yener, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Baskı, İstanbul 2000.

KAYANÇİÇEK, Murat, “Suça Teşebbüs”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/157.doc> ziyaret tarihi: 22.10.2012.

KOCA, Mahmut-ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2012.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2012.

ROBBİNS, Ira P., “Attempting the Impossible: The Emerging Consensus”,Harward Journal Legislation, Volume 23, 1986.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2005 (Soyaslan, Ceza Genel).

SOYASLAN, Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara 1994 .

SÖZÜER, Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.

TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2010.

TOZMAN, Önder, “Suça Teşebbüs”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2008.

TOZMAN, Önder, “İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”, TBBĐ, S.84, 2009(TOZMAN, TBBĐ).

WESTEN, Peter, “ Impossibility Attempts: A Speculative Thesis” Ohio State Journal Of Criminal Law Vol 5:523, 2008.

İDARÎ YARGIDA KANUN YARARINA BOZMA

Arş. Gör. Mehmet Fatih GÜRKAN*

Arş.Gör. Yusuf DENİZ**

Arş. Gör. Selman Sacit BOZ***

ÖZET

İdari yargıda kanun yolu; ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlara karşı bir üst denetim olarak bölge idare mahkemelerince veya Danıştay dava dairesi veya konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları'nca yapılan denetimdir. Çalışmamızda olağanüstü kanun yollarından kanun yararına bozma kurumu üzerinde detaylı bir şekilde durulacaktır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenen kanun yararına bozma kurumu öncelikle, kavramsal açıdan incelenecektir. Daha sonra kanun yararına bozma kurumunun hukuki niteliği, hizmet ettiği amaç, şartları ve kanun yararına bozma usulü diğer kanun yolları ile karşılaştırılarak incelenecektir.

Türk idari yargı sisteminde olağanüstü kanun yolu olarak kanun yararına bozma kurumunun aksayan yönleri ve bu aksayan yönler bakımından çözüm önerileri ele alınacaktır. Ayrıca hukuk devletinin gerekleri bağlamında idari yargıda kanun yararına bozma kurumunun hukuka ve hakkaniyete daha iyi hizmet verebilmesi için ne tür düzenlemeler yapılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

* Selçuk Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (mehmetfatihgurkan@gmail.com)

** Selçuk Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (yusufdeniz58@hotmail.com)

*** Selçuk Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi (selmansacitboz@gmail.com)

ANAHTAR KELİMELER: *Kanun Yararına Bozma, İdari Yargı, Olağanüstü Kanun Yolu, Kanun Yararına Bozmanın Şartları.*

APPEAL FOR THE SAKE OF LAW IN ADMINISTRATIVE JUSTICE

ABSTRACT

Remedies in administrative law are ways of control conducted by the regional administrative courts or Council of State or Tax Lawsuit Offices against the decisions taken by the first degree courts. Our study shall analyze extensively the scope of reversal of court decisions for lawful benefits which is among the extraordinary remedies.

The scope of reversing a decision for lawful benefits arranged in accordance with Code of Administrative Procedure, Article 51 shall first be analyzed in conceptual terms. Later, the legal qualities of the reversing for lawful benefits, its objectives, conditions and the reversal for lawful benefits shall be compared and studied.

In Turkish judicial system, the defective aspects of reversing a judgment for lawful benefits and the remedies in terms of these defective aspects shall be considered and studied. Moreover, in terms of the requirements of a law of state, what arrangements should be made for the frame of reversing a judgment to provide more benefits and services to the law and equity shall be considered.

KEY WORDS: *Appeal For The Sake Of Law, Administrative Justice, Extraordinary Remedy, Conditions of Appeal For The Sake Of Law.*

GİRİŞ

Hak, kişilere hukuken tanınan bir yetki, kanunlar tarafından tanınan bir ayrıcalıktır. Kişi kendisine hukukun tanıdığı yetkinin ihlal edilmesi durumunda devletin yargı mercilerine başvurabilir. Devletin yargı mercileri kişilerin başvuruları üzerine, kişilerin haklarının ihlallerini engeller. Ancak bazı durumlarda hukukun bahsettiği hakkı ihlal edilenler, söz konusu yargı mercilerinin verdiği kararlardan memnun olmayıp kanun yollarına başvurabilirler.

İdari yargıda kanun yolu; ilk derece mahkemelerinin verdiği kararlara karşı bir üst denetim olarak bölge idare mahkemelerince veya Danıştay dava dairesi veya konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurulları'nca yapılan denetimdir. Çalışmamızda olağanüstü kanun yollarından kanun yararına bozma kurumu üzerinde detaylı bir şekilde durulacaktır.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenen kanun yararına bozma kurumu öncelikle, kavramsal açıdan incelenecektir. Daha sonra kanun yararına bozma kurumunun hukuki niteliği, hizmet ettiği amaç, şartları incelenecek ve son olarak kanun yararına bozma usulü diğer kanun yolları ile karşılaştırılacaktır.

Sonuç bölümünde, Türk idari yargı sisteminde olağanüstü kanun yolu olarak kanun yararına bozma kurumunun aksayan yönleri ve çözüm önerileri ele alınacaktır. Ayrıca hukuk devletinin gerekleri bağlamında idari yargıda kanun yararına bozma kurumunun hukuka ve hakkaniyete daha iyi hizmet verebilmesi için ne tür düzenlemeler yapılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

I. KANUN YARARINA BOZMANIN TANIMI

Hukuk ve ceza yargılamasında düzenlenen kanun yararına bozma idari yargıda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metninin başlığı "Kanun Yararına Bozma" şeklindedir. Bozma temyiz işleminin sonunda gerçekleşen bir hukuki yaptırım olduğu için bazı yazarlar bu konuyu temyiz konusu içinde incelemişlerdir. Bazı koşullar altında Danıştay Başsavcısı'nın temyiz hakkının var olduğu düşünüldüğünde özel bir temyiz türü olduğu anlaşılmaktadır¹. Bu nedenle madde metnindeki bozma ifadesinin temyiz olarak değiştirilmesi yerinde bir değişiklik olacaktır².

¹ ESEN, Mehmet, "İdari Yargı Sisteminde Sair Kanun Yolları ve Kanun Yararına Bozma Usulü", **Vergi Dünyası**, S. 19, Mart 1983, s. 54; YAMLI, Mehmet Sadık, "Kızılay Derneği'ne İlişkin Danıştay'ın Kanun Yararına Bozma Kararı", **E-Yaklaşım**, Kasım 2009, S. 203, s. 1; YILDIZ, Müzeyyen, "Kanun Yararına Bozma", **Ankara Barosu Dergisi**, 1995/4, s. 59; ODYAKMAZ, Zehra, **Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları**, İstanbul, 1993, s. 92; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, B. 32, Ankara, 2012, s. 520; NOHUTÇU, Ahmet, **İdari Yargı**, B. 5, Ankara, 2012, s. 400; CANDAN, Turgut, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, B. 5,

Kanun yararına bozma kesinleşmiş bir karara karşı öngörülen bir kanun yolu olduğu için olağanüstü bir kanun yoludur³.

İYUK'un 51. maddesi kapsamında, kanun yararına bozma, "*bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemelerince ve Danıştay'ca ilk derece mahkemesi olarak verilip temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir*".

Kanun yararına bozma kanunda temyiz kadar geniş düzenlenmemiştir. Kanunda kanun yararına bozma işlemi için bir süre öngörülmemiştir⁴. Bu durum, kanun yararına bozma kurumunun o gün için yürürlükte olan pozitif hukuka ters düşen durumları açığa kavuşturma işlev ve görevinden kaynaklanmaktadır.

Kanun yararına bozma için kanunda iki şart öngörülmüştür. Bu şartlar; ilk olarak, belirtilen mahkemelerin kararlarının temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmesi ve ikinci olarak, temyiz incelemesinden geçmeyen yargı kararının mevcut hukuk düzenine aykırı olmasıdır⁵. Ancak söz konusu yargı kararındaki hukuka aykırılık sonucu etkilemeyen, yalnız usule ilişkin bir hata olması kanun yararına bozma için geçerli bir şart oluşturmaz.

Kanun yararına bozma yetkisi sadece Danıştay Başsavcısı'na tanınmış bir haktır. Bu nedenle kanun yararına bozma başvuru dilekçesini başsavcı veya yokluğunda, başsavcıya vekalet eden Danıştay üyesi imzalar.

Ankara, 2012, s. 1049; GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, **İdare Hukuku Dersleri**, B. 13, Bursa, Ocak 2013, s. 850; KALABALIK, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, B. 4, Konya, 2011, s. 343; DERDİMAN, R. Cengiz, **İdari Yargının Genel Esasları**, Bursa, 2012, s. 380; COŞKUN, Sabri / KARYAĞDI, Müjgan, **İdari Yargılama Usulü (Örnek İçtihatlar-Yorumlar)**, Ankara, 2001, s. 555.

² YILDIRIM ÖLMEZ, Başak, **İdari Yargıda Kanun Yolları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010, s. 123.

³ ESEN, s. 54.

⁴ NOHUTÇU, s. 401; KALABALIK, s. 343; GÖZÜBÜYÜK, s. 520.

⁵ ODYAKMAZ, s. 93; GÖZÜBÜYÜK, s. 521.

İYUK'un 51. maddesinin 2. fıkrasına göre; "*Temyiz isteği yerinde görüldüğü takdirde karar, kanun yararına bozulur. Bu bozma kararı, daha önce kesinleşmiş olan mahkeme veya Danıştay kararının hukuki sonuçlarını kaldırmaz.*" Bozma kararı ilgili maddede belirtildiği üzere esas karar üzerinde bir değişiklik oluşturmaz. Bozulan karar üzerine, davanın esası hakkında karar veren mahkeme bir duruşma yapmaz. Bu nedenle kanun yararına bozma kararı davanın tarafları arasında her hangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Kanun yararına bozma ile, esas hakkında karar veren mahkeme uyarılmış, dikkati çekilmiştir⁶.

Bozma kararı sonuçlandıktan sonra bozma kararı ilgili bakanlığa gönderilerek Resmi Gazete'de yayınlanır (İYUK md 51/3).

Yukarıda yaptığımız açıklamalar sonrasında kanun yararına bozma: "*Bölge idare mahkemesi kararları ile vergi mahkemesince verilen ve Danıştay'ın ilk derece yargı yeri olarak baktığı davalarda verdiği son kararlardan, Danıştay'ın temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararların niteliği itibariyle yürürlükteki hukuka aykırı olması ve ilgili bakanlığın göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Danıştay Başsavcısı tarafından temyiz edilmesi*" şeklinde tanımlanabilir⁷.

II. KANUN YARARINA BOZMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kanun yararına bozma yolu, ancak olağan kanun yolu denetiminden geçmeksizin kesinleşen hakim veya mahkeme kararlarına karşı gidilebilen bir kanun yolu olduğu göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü kanun yolu olduğu söylenebilir⁸.

Kanun yararına bozma kararı verilebilmesi için söz konusu mahkeme kararının kesinleşmiş olması gerektiği gibi, ayrıca temyiz incelemesinden geçmeden kesin hüküm niteliği kazanması da gerekmektedir.

⁶ ODYAKMAZ, s. 93.

⁷ AYDIN, Hüseyin, **İdari Yargıda Kanun Yolu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2010, s. 83.

⁸ TOPUZ, Necip, **Ceza Muhakemesinde Olağanüstü Kanun Yolları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2010, s. 75; CANDAN, s. 1050; DİRDİMAN, s. 384.

Kanun yararına bozma Danıştay'ın kanunları yorumlama ve içtihat birliğini sağlama görevini tamamlayan bir olağanüstü kanun yoludur. Kanun yararına bozma ile mevcut hukuka aykırı karar veren mahkemenin dikkati çekilmekte ve esas hükmü veren mahkeme kararının diğer mahkemeler için emsal karar olma niteliğine son verilmektedir⁹.

Kanun yararına bozma yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade eden mahkeme kararlarına karşı yürütülebilen bir olağanüstü kanun yoludur. Yürürlükteki hukuka aykırılıktan kasıt, pozitif hukuk olan ve devlet organlarını bağlayıcı nitelikteki kurallar olup; Anayasa, kanun, tüzük, kararname, yönetmelik ve içtihadı birleştirme gibi genel kuralları kapsar¹⁰.

III. KANUN YARARINA BOZMANIN AMACI

Olağanüstü kanun yolu olarak kanun yararına bozmanın temel amacı, yargı mercilerinin verdiği kararlarda içtihat birliğinin sağlanması, yani yürürlükteki hukukun ülke genelinde birlik içinde uygulanmasını sağlanmasıdır.

Kanun yararına bozma ile kesinleşen hükümler bir kere daha temyiz mercii tarafından görüşülmekte, böylece verilen kararların emsal teşkil etmesi sağlamakta ve ülke genelinde uygulama birliği sağlanmaktadır. Dolayısıyla, kanunların her yerde ve herkese karşı aynı şekilde uygulanma imkanı sağlanmaktadır¹¹.

Bir Danıştay kararında kanun yararına bozmanın amacı "*...yürürlükteki hukukun ülke düzeyinde birlik içinde uygulanmasını sağlamaktır. Nitekim, amacın bu olduğu, kanun yararına temyiz olunmakla birlikte bu istemde bulunulduğu tarihte esasen kesinleşmiş bulunan yada kendiliğinden kesin olduğu kanunda yazılı olan kararın, yürürlükteki hukuka aykırı sonuç ifade etmesi nedeniyle, hukuki sonuçları kaldırmamak üzere kanun yararına bozulabileceğinin öngörülmüş olmasından da açıkça anlaşılmaktadır.*"¹² şeklinde

⁹ ÖZDEMİR, Serap, **Türk Vergi Yargısında Kanun Yolları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010, s. 144.

¹⁰ KARAVELİOĞLU, Celal, **Açıklama ve Son İctihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu**, C. II, Trabzon, 1993, s. 923.

¹¹ TOPUZ, s. 83; GÖZÜBÜYÜK, s. 521.

¹² Danıştay 4. Dairesi, E: 1984/1396, K: 1984/2870, T: 15.06.1984.

belirtilmiştir¹³. Bir başka Danıştay kararında kanun yararına bozmanın amacı "...yürürlükteki hukukun ülke genelinde birlik içinde uygulanmasını sağlamak..." olarak belirtilmiştir¹⁴.

VI. KANUN YARARINA BOZMANIN DİĞER KANUN YOLLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. OLAĞAN KANUN YOLLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. Temyiz İle Karşılaştırma

Kanun yararına bozma her ne kadar bir olağanüstü kanun yolu olsa da, olağan kanun yolu olan temyizi yapacak olan yargı makamı ile kanun yararını bozma kararını verecek olan yargı kurumu aynıdır. Ayrıca her iki kanun yolunda da yapılan denetim hukuki denetimdir. Söz konusu denetim kanun yararına bozma kanun yolunda sadece şekil bakımından yapılamaz iken temyizde şekil bakımından hukuka aykırılıklar temyiz konusu olabilmektedir¹⁵.

Temyiz üzerine Danıştay'ın verdiği karara karşı esas hükmü veren mahkemelerin direnme kararı verebilmelerine rağmen, kanun yararına bozma kararına karşı esas hükmü veren mahkemelerin direnme hakkı yoktur.

İdari yargıda temyiz için kanunda aksi öngörülmedikçe idari mahkemelerinin kararları için ve vergi mahkemelerinin kararları için aksi öngörülmedikçe 30 günlük temyiz süresi öngörülmesine rağmen, kanunda kanun yararına bozma için herhangi bir süre öngörülmemiştir.

2. İtiraz İle Karşılaştırma

Bir olağan kanun yolu olan itiraz İtiraz ile kanun yararına bozma yolunun en temel farkı itirazın olağan bir kanun yolu olması, kanun yararına bozmanın ise olağanüstü bir kanun yolu olmasıdır.

¹³ GÖZÜBÜYÜK, Şeref / DİNÇER, Güven, **İdari Yargılama Usulü (Kanun-Açıklama-İçtihat)**, 2. B, Ankara, 1999, s. 931.

¹⁴ Danıştay 4. Dairesi, E: 2000/1067, K: 2000/1632, T: 20.04.2000. www.kazanci.com (e.t. 10.05.2013).

¹⁵ ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, B. 5, Ankara, 2012, s. 899.

İtiraz idare ve vergi mahkemelerinin tek hakimle baktığı davalarda ve İYUK madde 45/1 de sayılan bu mahkemelerin kurul halinde verdiği beş durum için geçerli bir olağan kanun yoludur. Kanun yararına bozma ise hakim veya mahkemeler tarafından verilmiş ve temyiz denetiminden geçmeksizin kesin hüküm hâline gelmiş kararlara karşı yapılabilen olağan üstü bir kanun yoludur.

İtiraz mercii esas kararı veren idare veya vergi mahkemelerinin bulunduğu yargı çevresinde bulunan bölge idare mahkemeleridir. Kanun yararına bozma görevi ise ancak Danıştay tarafından yerine getirilir.

İtiraz için kanunda öngörülen 30 günlük bir süre vardır. Bu süre geçtikten sonra yapılacak itirazlar esasa girmeden reddedilir. Kanun yararına bozmada ise kanunda herhangi bir süre öngörülmemiştir.

İtiraz temyiz kurumunun şekil ve usullerine tabidir. Kanun yararına bozma ileride daha ayrıntılı açıklanacağı üzere farklı usul ve şekil kuralları çerçevesinde yerine getirilen bir olağanüstü kanun yoludur.

İtiraz sonucunda bölge idare mahkemesinin kararı esas hükmün taraflarının menfaatlerini etkilerken, kanun yararına bozma kararı esas hükmün tarafları üzerinde herhangi bir netice doğurmamaktadır.

3. Karar Düzeltme İle Karşılaştırma

Karar düzeltme, temyiz veya bir olağanüstü kanun yolu olan itiraz makamlarının temyiz veya itiraz başvuruları üzerine verdikleri kararın, kanunda belirtilen nedenler çerçevesinde, aynı merciler tarafından yeniden gözden geçirilerek düzeltilmesini sağlayan bir kanun yoludur.

Karar düzeltme kanun yararına bozmadan farklı olarak olağan bir kanun yoludur. Ancak diğer olağan kanun yollarından farklı olarak temyiz ve itiraz mercilerinin verdiği kararlara karşı başvurulabilen bir kanun yoludur.

Kanun yararına bozma yoluna kanunda herhangi bir kısıtlayıcı nedene yer verilmemişken, karar düzeltme yoluna ancak şu hallerde başvurulabilir: (İYUK md. 54)

- a.Kararın esasına etkisi olan iddia ve itirazların, kararda karşılanmamış olması,
- b.Bir kararda birbirine aykırı hükümler bulunması,
- c.Kararın usul ve kanuna aykırı bulunması,

d.Hükmün esasını etkileyen belgelerde hile ve sahtekarlığın ortaya çıkmış olması.

Karar düzeltme yolu için kanunda 15 günlük bir süre belirlenmiş ve bu kanun yoluna ancak davanın taraflarının başvurabileceği belirtilmiştir. Kanun yararına bozma yolunda herhangi bir süre öngörülmemiş ve bu kanun yoluna ancak, Danıştay Başsavcısı'nın başvurabileceği düzenlenmiştir.

Karar düzeltme sonucunda temyiz veya itiraz makamının verdiği karar, davanın esasında bir değişiklik meydana getirecek ve esas hükmü teşkil eden davanın taraflarını etkileyecektir. Kanun yararına bozma ise sadece içtihat birliğini sağlamak ve esas kararı veren mahkemenin dikkatini çekme amacını taşıdığı için esas hükmün tarafları üzerinde herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır.

B. YARGILANMANIN YENİLENMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Yargılanmanın yenilenmesi; Danıştay ile bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin verilen kararlar hakkında, kanunda belirtilen sebepler dolayısıyla esas kararı vermiş olan mahkemenin gidebileceği olağanüstü bir kanun yoludur¹⁶. Yargılanmanın yenilenmesi de kanun yararına bozmada olduğu gibi kesin hüküm niteliği kazanmış mahkeme kararlarına karşı başvurulabilen bir kanun yoludur.

Yargılanmanın yenilenmesinde İYUK'un 53. maddesinde dokuz farklı sebep belirlenmiştir. Bu sebepler dışında kural olarak yargılanmanın yenilenmesi yoluna gidilememektedir. Kanun yararına bozmada ise, kanunda herhangi bir sebep belirlenmemiştir.

Yargılanmanın yenilenmesi isteğini karara bağlayacak idari yargı makamı esas hükmü vermiş olan makamdır. Kanun yararına bozma ise sadece Danıştay'ın başvurabileceği bir kanun yoludur.

Yargılanmanın yenilenmesi sonucunda mahkemenin verdiği esas hüküm değişmekte ve davanın taraflarının hukuki durumu verilen

¹⁶ YILDIRIM, Ramazan, "Türk İdari Yargısında Yargılanmanın Yenilenmesi", Nuri Çelik'e Armağan, C. I, İstanbul, 2001, s. 420; ÇAĞLAYAN, Ramazan, "İdari Yargıda Yargılanmanın Yenilenmesi Sebepleri ve Sınırları", EÜHFİD, C. 6, S. 1-4, 2002, s. 61.

karardan etkilenmektedir. Kanun yararına bozma ise, esas hükmün tarafları üzerinde herhangi bir hukuki sonuç doğurmamaktadır.

Yargılamanın yenilenmesi için kanunda öngörülen süre kural olarak 60 gündür. Ancak kanunun¹⁷ bir numaralı fıkranın (h) bendinde bahsedilen sebepten dolayı yargılanmanın yenilenmesi 10 yıllık, (ı) bendinde bahsedilen sebepten dolayı yargılanmanın yenilenmesi talebi ise 1 yıllık süre şartına bağlanmıştır. Kanun yararına bozma yolu için ise, kanunda herhangi bir süre öngörülmemiştir.

V. KANUN YARARINA BOZMANIN ŞARTLARI

İYUK'un 51. maddesi idari yargıda kanun yararına bozma yoluna gidebilmek için bir takım şartlar öngörmüştür. Kanunda belirtilen şartlar şu şekilde sıralanabilir:

a. Bölge idare mahkemesi, idare mahkemesi, vergi mahkemesi ve Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği bir karar olmalıdır.

b. Kararların olağan kanun denetiminden geçmeden kesinleşmiş olmalıdır.

c. Niteliği bakımından hukuka aykırı bir sonucu ifade etmelidir.

A. İDARE MAHKEMESİ, VERGİ MAHKEMESİ VE DANIŞTAY'IN İLK DERECE MAHKEMESİ OLARAK VERDİĞİ KARARLAR

1. İdare Mahkemesinin Verdiği Kararlar

İdare mahkemeleri idari yargıda genel görevli mahkemedir. Yani idare mahkemeleri, vergi mahkemelerinin görev alanına giren davalar ile Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalar dışındaki davalara bakmakla görevlidir. İdare mahkemelerinin baktığı davalar iptal davaları, tam yargı davaları, tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaları ve diğer kanunlarla verilen işleri, çözümler¹⁸.

Uyuşmazlık miktarı belli bir meblağı aşmayan idari işlemlere karşı açılan iptal davaları idare mahkemesi tarafından tek hakimle

¹⁷ İYUK, m. 53/ 1.

¹⁸ AYDIN, s. 87; CANDAN, s. 1054; DİRDİMAN, s. 380.

görülür. Söz konusu tek hakimle verilen kararlar taraflarca 30 gün içinde itiraz yoluna götürülmezse kesinleşir yada itiraz üzerine bölge idare mahkemesinin verdiği kararla da kesinleşebilir. Bu iki karar için de, kanun yararına bozma yoluna gidilebilir. Ancak bir idare mahkemesi kararının temyiz edilmesi halinde kanun yararına bozma yoluna gidilemez¹⁹.

2. Vergi Mahkemesinin Verdiği Kararlar

Vergi mahkemeleri, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları; 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulanmasına ilişkin davaları ve diğer kanunlarla verilen işleri çözümler.

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarına karşı, kanunda aksi öngörülmedikçe Danıştay'da temyiz yoluna gidilebilir. Ancak idare ve vergi mahkemelerinin itiraz yolu açık olan uyuşmazlıklarda temyiz yoluna gidilemez.

Vergi mahkemelerinin kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilen hallerde veya vergi mahkemelerinin tek hakimle verdiği kararlarda itiraz yoluna 30 gün içinde gidilmezse karar kesinleşir. 30 gün içinde itiraz yoluna gidilmesi halinde ise bölge idare mahkemesinin bozma kararları haricindeki tüm kararlarına karşı kanun yararına bozma yoluna gidilebilir. Çünkü itiraz İYUK 51. madde kapsamında bir temyiz yolu değildir.

3. Danıştay'ın İlk Derece Mahkemesi Olarak Verdiği Kararlar

Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalara karşı temyiz yolu açıktır ve temyiz incelemesi Danıştay tarafından yapılır. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararların taraflara tebliğinden itibaren 30 gün içinde temyize başvurulmaması, Danıştay'ın verdiği nihai kararın kesinleşmesine neden olur. Söz konusu kesin karara karşı kanun yararına bozma yoluna gidilebilir²⁰. Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı yine Danıştay'a temyize

¹⁹ Danıştay 4. Dairesi, E: 2006/4099, K: 2008/3006, T: 14.05.2008; Danıştay 4. Dairesi, 15, E: 2011/270, K: 2011/3442, T: 02.11.2011.

²⁰ AYDIN, s. 88; CANDAN, s. 1053, 1054; DERDİMAN, s. 380.

gidilmesi halinde ise, kanun yararına bozma yoluna gidilemez. Öğretide kanaatimizce uygun olmasa da, Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak verdiği kararlara karşı kanun yararına bozma yoluna gidilemeyeceğini öne süren düşünceler vardır²¹.

Danıştay bir kararında "...bölge idare mahkemesi kararları ile idare ve vergi mahkemesince ve Danıştay'ca ilk derece mahkemesi olarak verilip temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş olan..." kararlara karşı olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozma yoluna gidilebileceğini belirtmiştir²².

B. KARARLARIN TEMYİZ DENETİMİNDEN GEÇMEDEN KESİNLEŞMESİ

Diğer olağanüstü kanun yollarında olduğu gibi, kanun yararına bozma yoluna gidilebilmesi için de kararların kesinleşmiş olması gerekmektedir. Ancak, kanun yararına bozma yoluna başvurulabilmesi için bu kararların temyiz denetiminden geçmemiş olması şarttır.

Danıştay kararlarında kanun yararına bozma yoluna gidilebilmesi için kararların kesin nitelikte olması "*kanun yararına bozmanın amaç ve işlevi göz önünde bulundurulduğunda mahkeme kararlarının kesin nitelikte olması gerekmektedir*" şeklinde belirtilmiştir²³.

Kanun yararına temyiz Danıştay kararlarında da açıkça belirtildiği üzere temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş kararlara karşı gidilebilen bir olağanüstü kanun yoludur.

Taraflar hükmü temyiz etmişler, fakat gerekli posta giderlerini vermemiş veya süresi içinde gerekli posta giderlerini tamamlamamış ise, hüküm temyiz edilmemiş sayılacaktır. Dolayısıyla söz konusu hüküm hakkında kanun yararına bozma yoluna gidilebilecektir.

İYUK'un 51. maddesinde BİM kararları arasında herhangi bir ayrıma gidilmediğinden dolayı, BİM'lerin karar düzeltme başvuruları üzerine de kanun yararına bozma yoluna gidilebilir.

²¹ YENİCE, Kazım / ESİN, Yüksel, **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Ankara, 1983, s. 735.

²² Danıştay 5. Dairesi, E: 2006/1462, K: 2006/2095, T: 17.04.2006.

²³ Danıştay 10. Dairesi, E: 2002/5427, K: 2002/3682, T: 09.10.2002; Danıştay 1. Dairesi, E: 2005/5991, K: 2008/3378, T: 16.05.2008; Danıştay 9. Dairesi, E: 2005/5991, K: 2008/3378, T: 16.058.2008.

C. NİTELİĞİ BAKIMINDAN HUKUKA AYKIRI BİR SONUCU İFADE ETME

Bir mahkeme hükmünün kanun yararına bozulabilmesi için gerekli bir diğer şart, söz konusu kararın yürürlükteki hukuka aykırı olmasıdır. Yürürlükteki hukuktan kasıt, pozitif hukuk olan, devlet organlarını bağlayıcı nitelikteki hukuk kuralları olup; Anayasa, kanun, tüzük, kararname, yönetmelik ve içtihadı birleştirme kararları gibi genel kurallardır²⁴.

2577 sayılı İYUK'un 51. maddesinde kanun yararına temyiz yoluna "*niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonuç ifade eden*" kararlara karşı başvurulabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun yararına bozma istemi için esas hükmün yürürlükteki hukuka aykırı olması gerekmektedir.

Danıştay kararlarında söz konusu durumu "*kanun yararına bozma yolu, niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonuç ifade eden kararlara karşı başvurulabilecek bir yoldur*" şeklinde belirtmiştir²⁵.

Kanun yararına bozma için esas hükmün yürürlükteki hukuka aykırı olması gerekmektedir. Yürürlükteki hukuka aykırılık İYUK'un md. 49/1 maddesinde düzenlenen temyiz sebepleri ile aynıdır. Başka bir deyişle, kararların yürürlükteki hukuka aykırı olması için²⁶;

- a.Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,
- b.Hukuka aykırı karar verilmesi,
- c.Usul hükümlerine uyulmamış olması gerekmektedir.

Ancak, belirtmek gerekir ki, salt usul hükümlerine uyulmamış olması kanun yararına bozma için bir sebep oluşturmaz. Usul hükümlerine aykırı olarak verilen mahkeme kararı, ancak hukuka aykırı

²⁴ KARAVELİOĞLU, s. 923; DİRDİMAN, s. 383.

²⁵ Danıştay 5. Dairesi, E: 2006/1462, K: 2006/2095, T: 14.04.2006; Danıştay 11. Dairesi, E: 2009/5353, K: 2010/2671, T: 02.04.2010; Danıştay 3. Dairesi, E: 2011/3445, K: 2011/5067, T: 22.09.2011; Danıştay 15. Dairesi, E: 2011/156, K: 2011/3298, T: 02.11.2011.

²⁶ YILDIRIM ÖLMEZ, s. 126; CANDAN, s. 1056, 1057; YENİCE / ESİN, s. 735.

hale gelmiş ise, yani usul hükümlerinde yapılan hata davanın esasına etki etmiş ise, kanun yararına bozma yoluna gidilebilir.

VI. KANUN YARARINA BOZMA USULÜ

A. KANUN YARARINA BOZMA YOLUNA BAŞVURU USULÜ

Kanun yararına bozma yolu Danıştay'ın kendiliğinden harekete geçip karar verdiği bir olağanüstü kanun yolu değildir. Kanun yararına bozma için kanunda belirtilenlerce Danıştay'a bir başvuruda bulunulması gerekmektedir

İYUK'un 51. maddesi gereğince kanun yararına bozma, Danıştay Başsavcısı tarafından yapılan bir talep üzerine gidilen olağanüstü kanun yoludur. Danıştay başsavcısı söz konusu başvuruyu ilgili bakanlığın talebi üzerine veya kendiliğinden de yapabilir.

Danıştay bu durumu kararlarında "*ilgili bakanlığın göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilecektir*" şeklinde belirtmiştir²⁷.

İYUK'un 51. maddesinde belirtilen ilgili bakanlık, davada taraf olan idarenin hiyerarşisi içinde bulunduğu bakanlık veya vesayet makamı olan bakanlıktır. Ayrıca doktrinde Adalet Bakanlığı'nın da niteliği ve işlevi gereği bütün davalarda ilgili bakanlık olarak kabul edilmesi gerekir²⁸. Ayrıca mahalli idareler ile ilgili davalarda İçişleri Bakanlığı, mali gelir ve giderler bakımından da Maliye Bakanlığı, ilgili bakanlık olarak değerlendirilmelidir²⁹.

İYUK'un 51. maddesi kapsamında esas hükmün taraflarının davalarının kanun yararına bozulmasını isteme hakkı yoktur. Ancak davanın taraflarının Danıştay Başsavcısı'na veya ilgili bakanlığa

²⁷ Danıştay 4. Dairesi, E: 2000/1067, K: 2000/1632, T: 20.04.2000; Danıştay 2. Dairesi, E: 2007/2327, K: 2007/3967, T: 23.10.2007; Danıştay 7. Dairesi, E: 2009/172, K: 2009/2442, T: 20.05.2009, Danıştay 7. Dairesi, E: 2009/3087, K: 2010/638, T: 10.02.2010; Danıştay 11. Dairesi, E: 2009/5353, K: 2010/2671, T: 02.04.2010; Danıştay 15. Dairesi, E: 2011/12959, K: 2011/3314, T: 02.11.2011.

²⁸ ODYAKMAZ, s. 93; GÖZÜBÜYÜK / DİNÇER, s. 926.

²⁹ AYDIN, s. 91; CANDAN, s. 1057, 1058; KARAVELİOĞLU, s. 923, 924, DİRDİMAN, s. 382.

başvurarak esas hükmün kanun yararına bozulmasını isteme hakkı olduğu doktrinde bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir³⁰.

B. KANUN YARARINA BOZMAYA YETKİLİ MAKAMLAR

İYUK'un 51. maddesi kapsamında Danıştay Başsavcısı ilgili bakanlığın veya gerekli görmesi halinde kendiliğinden dava dosyasını getirir ve resen yapacağı inceleme sonucunda, kanun yararına bozma yoluna başvurabilir. Bu tamamen Danıştay Başsavcısı'nın kendi takdirine bağlı bir durumdur. Çünkü İYUK'un 51. maddesindeki ifade "*temyiz olunabilir*" şeklindedir. Kanunun ifadesinden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu tamamen Danıştay Başsavcısı'na takdir yetkisi vermiştir.

İlgili bakanlığın veya davanın taraflarının ileri sürdüğü kanun yararına bozma sebepleri Danıştay Başsavcısı'nı bağlamaz. Kanun yararına bozma başvurusu Danıştay Başsavcısı tarafından bir dilekçe ile yapılır. Söz konusu başvuru harca tabi değildir ve başvuru dilekçesi davanın tarafları için bir hüküm doğurmadığı için taraflara tebliğ edilmez³¹.

Kanun yararına bozmaya konu olan davanın esasa ilişkin hükmü kesin niteliğe haiz olduğu için, kanun yararına bozmada yürütmenin durdurulması talep edilemez. Kanun yararına bozma talebi kabul edilse dahi, kabul hükmünün taraflar üzerinde herhangi bir hukuki etkisi olmaz.

C. DANIŞTAY'IN KANUN YARARINA BOZMA İNCELEMESİ

Kanun yararına bozma talebi, Danıştay'ın ilgili dairesi tarafından veya Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak gördüğü davalarda Danıştay'ın ilgili kurulu tarafından incelenir. Talep Danıştay'ın ilgili dairesi veya kurulu tarafından uygun görülmez ise reddedilir. Talebin kabul edilmesi halinde ise, kesin hüküm kanun yararına bozulur. Kanun yararına bozma kararına karşı, kararın düzeltilmesi yoluna başvurulamaz.

Danıştay'ın verdiği kanun yararına bozma kararından sonra, dava dosyası esas hükmü veren mahkemeye gönderilir. Esas hükmü veren mahkemenin karara uyması veya direnmesi söz konusu değildir. Bu

³⁰ AYDIN, s. 91.

³¹ AYDIN, s. 91; CANDAN, s. 1058; DERDİMAN, s. 383, 384.

nedenle esas hükmü veren mahkemenin, söz konusu yargılamayı tekrardan görmesi mümkün değildir. Danıştay'ın kanun yararına bozma kararının bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir³².

Danıştay verdiği kararlarda kanun yararına bozma talebinin kabul edildiği takdirde, bu kararın daha önce kesinleşmiş olan mahkeme veya Danıştay kararının hukuki sonuçlarını etkilemeyeceğine hükmetmiştir³³.

Kanun yararına bozma kararı Resmi Gazete'de yayınlanır. Kanun yararına bozma kararının resmi gazetede yayınlanması yargı mercileri arasında içtihat birliğini sağlama amacındandır. Kararın resmi gazetede yayınlanması diğer yargı organlarının karara daha iyi vakıf olması ve söz konusu karar ışığında kendi kararlarını inşa etmesi anlamına gelir.

D. SÜRE

Kanun yararına bozma yolunda, olağanüstü niteliği ve kesinleşmiş kararlar aleyhine başvurulması göz önünde bulundurulduğunda bir süre kısıtlaması olmaması gerektiği açıktır. Nitekim İYUK'un 51. maddesinde de kanun yararına bozma yoluna ilişkin bir süre öngörülmemiştir. Buna göre, kanun yararına bozma yoluna başvuru yetkisi bulunan kurumlar veya kişiler yürürlükteki hukuka aykırılığı öğrendiği anda, kanun yararına bozma yoluna başvurabilirler³⁴.

VII. KANUN YARARINA BOZMANIN HUKUKİ ETKİLERİ

Kanun yararına bozma kararları kesin kararı vermiş olan mahkemenin kararı üzerinde herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Kesin kararı vermiş ilgili mahkemenin kanun yararına bozma kararına karşı gidebileceği herhangi bir yol yoktur. Kanun yararına bozma kararı

³² AYDIN, s. 92; CANDAN, s. 1058, 1059.

³³ Danıştay 2. Dairesi, E: 2007/2327, K: 2007/3967, T: 23.10.2007; Danıştay 3. Dairesi, E: 2010/5016, K: 2011/566, T: 17.02.2011; Danıştay 15. Dairesi, E: 2011/156, K: 2011/3298, T: 02.11.2011, Danıştay 15. Dairesi, E: 2011/11279, K: 2011/5725, T: 19.12.2011.

³⁴ TOPUZ, s. 99; YENİCE / ESİN, s. 735, 736; DİRDİMAN, s. 383.

sonucunda esas hüküm, ilgili mahkemece tekrar gündeme alınıp görüşülmez³⁵.

Kanun yararına bozma kararı sonucunda Danıştay'ın verdiği bozma kararına ilişkin esas karar, ayrıca İYUK'un 53. maddesinde belirtilen yargılanmanın yenilenmesi sebeplerinden biri ile aynı ise, Danıştay'ın kararı esas hükme etki edip etmeyeceği tartışmalıdır³⁶. Danıştay yargılanmanın yenilenmesi sebepleri olsa dahi, kanun yararına bozma kararının esas hükmü etkilemeyeceği düşüncesindedir³⁷.

İYUK'un 53. maddesinde Danıştay'ın, bölge idare mahkemelerinin ve vergi ve idare mahkemelerinin kararlarına karşı kanunda belirtilen sebeplere dayanılarak yargılanmanın yenilenmesi istenebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükümlerine göre yargılanmanın yenilenmesi talebini esas hükmü veren mahkeme inceleyecektir.

Kanun yararına bozma kararı yargılanmanın yenilenmesi sebeplerinden birini de oluşturuyorsa, Danıştay'ın verdiği karar yargılanmanın yenilenmesi talebini inceleyecek olan esas hükmü vermiş mahkeme kararları için kesin bir delil niteliği taşıması gerekir³⁸. Dolayısıyla yargılanmanın yenilenmesi kararını inceleyecek esas kararı veren mahkeme, yargılanmanın yenilenmesi talebinin ancak şekil bağlamında inceleyecek, yargılanmanın yenilenmesi sebeplerinin olup olmadığının incelenmesi kesin delil niteliğindeki Danıştay kararı nedeniyle mümkün olmayacaktır. Yargılanmanın yenilenmesi talebini inceleyecek esas mahkemenin yaptığı şekli inceleme, söz konusu yargılanmanın yenilenmesi talebinin kanunda belirtilen süre içerisinde yapılıp yapılmadığı ile sınırlı olacaktır. Eğer yargılanmanın yenilenmesi talebi İYUK'un 53. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen sürelerde yapılmış ise yargılanmanın yenilenmesine geçilecek ve dava tekrardan görülecektir.

³⁵ ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, **İdare Hukuku**, Ankara, 2012, C. 2, s. 744; GÖZÜBÜYÜK / DİNÇER, s. 927.

³⁶ DİRDİMAN, s. 384.

³⁷ DD. 5, E: 2007/5618, K: 2008/2284, T: 21.04.2008.

³⁸ DİRDİMAN, s. 384. Kanun yararına bozma kararının "ispat edici belge" niteliğinde olacağı belirtilmiştir.

Kanun yararına bozma isteminin yanında yürütmeyi durdurma talebi istenemez. Çünkü kanun yararına bozma kararının davanın esasına ve taraflarına ilişkin herhangi bir hukuki değişikliğe yol açmaması yürütmeyi durdurma talebinin işlevine aykırıdır.

Danıştay tarafından kanun yararına bozma kararı verildikten sonra kararın bir örneği ilgili bakanlığa gönderilir. İlgili bakanlık Danıştay Başsavcılığı'na başvuran bakanlık olabileceği gibi Başsavcılık tarafından uygun görülen başka bir bakanlık da olabilir.

Son olarak kanun yararına bozma kararı Resmi Gazete'de yayınlanır. Resmi Gazete'de yayınlanması kanun yararına bozma kararının güttüğü amaca daha iyi hizmet vermesi için son derece yerinde bir düzenlemedir.

VIII. KANUN YARARINA BOZMANIN BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ ARASINDAKİ İÇTİHAT BİRLİĞİNİ SAĞLAMAKTAKİ ROLÜ

Türkiye genelinde idari yargı sisteminde 25 bölge idare mahkemesi bulunmakta ve bu mahkemelerin itiraz üzerine verdiği kararlar kesin hüküm niteliğindedir. Ülke genelindeki bütün bölge idare mahkemelerinin aynı konuyla ilgili olarak aynı kararı vermesi, yani bölge idare mahkemeleri arasında içtihat birliğinin sağlanması çok güçtür. Bu ciddi bir sorun olarak vatandaşların yargı sistemi üzerindeki güvenlerini etkilemektedir³⁹.

Bölge idare mahkemeleri arasında içtihat birliğinin sağlanması için bir takım öneriler ileri sürülmektedir; Sorunun çözümü için öncelikle 25 adet olan Bölge İdare Mahkemesi sayısı en fazla kademeli olarak azaltılmalı; iş yoğunluğuna, coğrafi duruma ve iş sayısına bakılarak 10 - 12 arasında bir sayıya düşürülmelidir⁴⁰.

Bölge idare mahkemeleri arasındaki içtihat birliğinin sağlanması için bir diğer öneri de kanun yararına bozma kurumunun daha aktif bir şekilde uygulamaya sokmaktır. Özellikle bölge idare mahkemeleri arasındaki var olan içtihat aykırılıkları Danıştay'ın bölge idare

³⁹ BİLGİN, Hüseyin, "Üçüncü Yargı Paketinde İdari Yargıda Yargılamanın Hızlandırılmasına İlişkin Getirilen Yenilikler", **TBB Dergisi**, 2012, S. 103, s. 342.

⁴⁰ BİLGİN, s. 342.

mahkemesi kararlarını kanun yararına bozması ve söz konusu bozma kararını Resmi Gazetede yayımlayarak diğer bölge idare mahkemeleri kararlarında emsal niteliği kazanması ile mümkün olabilir⁴¹.

SONUÇ

Bir yargı kararı için, kanun yararına bozma yoluna başvurulabilmesi, yargı kararının ancak kesin hüküm niteliğine sahip olmasına bağlıdır. Kesin hüküm, bir yargı kararının yasalarda belirtilen usullere uygun olarak verilmesinden sonra, itiraz veya diğer olağan kanun yollarından geçerek veya kanunda olağan kanun yolları için öngörülen sürelerin geçirilmesiyle oluşur.

Kanun koyucu kanun yararına başvuru için bir takım şartlar aramaktadır. Bu şartlardan ilki kanun yararına başvuracak olan kişinin hukuki yararının bulunması gerekir. İkinci olarak kanun yollarına başvurmadan feragat eden, kanun yoluna başvuramaz.

Kanun yolları Türk hukukundaki baskın görüş dikkate alındığında olağan kanun yolu ve olağanüstü kanun yolu olmak üzere ikiye ayrılır. Olağan kanun yolu ilk derece mahkemelerinin verdiği kararların kesin hüküm niteliği kazanmasına engel olan kararlardır. İYUK olağan kanun yolu olarak itiraz (İYUK md. 45), temyiz (İYUK md. 46) ve karar düzeltme (İYUK md. 54) yollarını düzenlemiştir. Olağanüstü kanun yolu ise, ilk derece mahkemelerinin verdiği kararların kesin hüküm niteliği kazanmasından sonra gidilebilen kanun yollarıdır. İYUK olağanüstü kanun yolları olarak yargılamanın yenilenmesi (İYUK md. 53) ile kanun yararına temyiz (İYUK md. 5) kurumlarını düzenlemiştir.

Kanun yararına bozma İYUK'un 51. maddesinde kanun yararına bozma adı altında düzenlenmiş olağanüstü niteliğe sahip bir kanun yoludur. İdari yargıda bazı koşullar altında Danıştay Başsavcısı'nın temyiz yetkisinin olduğu düşünüldüğünde bozma ifadesi yerine temyiz ifadesinin kullanılması daha yerinde bir düzenleme olacaktır.

Kanun yararına bozma "*Bölge idare mahkemesi kararları ile vergi mahkemesince verilen ve Danıştay'ın ilk derece yargı yeri olarak*

⁴¹ Danıştay 12. Dairesi, E: 2012/4577, K: 2012/5649, RG. T: 16.04.2013 " ...bölge idare mahkemelerinin kararlarına karşı da kanun yararına temyiz yolunun açılmış bulunması..."; Danıştay 15. Dairesi, 15, E: 2011/156, K: 2011/3298, T: 18.12.2008.

baktığı davalarda verdiği son kararlardan, Danıştay'ın temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen kararların niteliği itibarıyla yürürlükteki hukuka aykırı olması ve ilgili bakanlığın göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Danıştay Başsavcısı tarafından temyiz edilmesi" şeklinde tanımlanabilir.

Olağanüstü kanun yolu olarak kanun yararına bozmanın temel amacı, yargı mercilerinin verdiği kararlarda içtihat birliğinin sağlanması, yani yürürlükteki hukukun ülke genelinde birlik içinde uygulanmasını sağlanmasıdır. Kanun yararına bozmanın amacı ve söz konusu davanın taraflarının hukuki niteliklerini etkilemediği dikkate alındığında, kanun koyucu tarafından süre öngörülmemesi son derece yerinde bir düzenlemedir.

Kanun yararına bozma için kanunda iki önemli şart öngörülmüştür. Bu şartlardan ilki, belirtilen mahkeme kararlarının temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş olmasıdır. İkinci olarak, temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşen yargı kararının mevcut hukuk düzenine aykırı olmasıdır. Kanun yararına bozmanın ikinci şartı olan mevcut hukuk düzenine aykırılıktan kasıt;

- a. Görev ve yetki dışında bir işe bakılmış olması,
- b. Hukuka aykırı karar verilmesi,
- c. Usul hükümlerine uyulmamış olmasıdır.

Kanun yararına bozmanın ilk şartı olan yargı kararının temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmesi hukuk devleti bağlamında değerlendirilemez niteliktedir. Çünkü temyiz makamlarının bazı kararlarında bir takım hatalar yapmaları mümkün olmakla beraber, karar incelemelerinde doktrinin pek de az rastlamadığı durumlardan değildir. Yani temyiz makamları da karar verirken yanlış hüküm verebilmekte, bu da ilk derece mahkemelerine emsal gösterilebilmektedir. Kanun yararına bozmanın genel amacı dikkate alındığında söz konusu durumların temyiz makamlarının verdiği kararları da kapsamı gerekmektedir. Bu durum hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Kamuoyunda 4. yargı paketi olarak bilinen 6459 sayılı Kanun kapsamında idari yargı alanında özellikle yargılamanın yenilenmesi bakımından bir takım değişikliklere gidilerek, söz konusu kurumun demokratik hukuk devleti bağlamında daha aktif kullanılmasını ve bunun neticesinde AİHM'de Türkiye aleyhine açılan davaların azalması

amaçlanmıştır. Bu bağlamda kanun yararına bozma kurumunun da çağdaş hukuk düzeni bakımından tekrardan gözden geçirilerek, yargı makamlarının kararlarında içtihat birliği daha iyi sağlanmalıdır. Öncelikle, kanun yararına bozma yolu için temyiz incelemesinden geçirilmeden kesinleşen mahkeme kararları şartı tekrardan gözden geçirilmelidir. Çünkü temyiz makamı da yanlış karar verebilmekte ve temyiz makamının kararı diğer mahkeme kararlarından daha güçlü bir emsal niteliği taşımaktadır. Ayrıca kanun yararına bozma kararının davanın tarafları bakımından hukuki sonuç doğurmaması bazı durumlarda adalete aykırı sonuçlar doğurabilir. Örneğin çok yakın bir zamanda kararı kesinleşen bir davanın kanun yararına bozulması sonucunda, davanın taraflarına etki etmemesi hukuk vicdanı açısından sakıncalı bir durumdur. Belirttiğimiz zamanı takdir etmesi gereken kanun koyucudur.

Kanun yararına bozma işlemi esas hükme tesir etmemesi sonucunda hakkaniyete ve hukuk devleti ilkesine aykırı sonuçlar ortaya çıkabilir. Kanun yararına bozma hükmü esas karara tesir etmese dahi, kanun yararına bozma kararına ilişkin esas davanın hükmü nedeniyle zarara uğrayanların zararının tazmin edilmesi gerekir. Tazmin edecek idari makam ise; esas davada idari işlem veya eylemde bulunmuş olan idari makamdır.

Kanun yararına bozma kararı daha etkin kullanılarak bölge idare mahkemeleri arasındaki içtihat ayrılığının önüne geçilebilir. Bölge idare mahkemeleri arasındaki var olan içtihat aykırılıkları Danıştay'ın bölge idare mahkemesi kararlarını kanun yararına bozması ve söz konusu bozma kararını Resmi Gazetede yayınlayarak diğer bölge idare mahkemeleri kararlarında emsal niteliği kazanması ile mümkün olabilir.

KAYNAKLAR

AKYILMAZ, Bahtiyar /SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, İdari Yargı Mevzuatı, 4.B, Ankara, 2011.

AYDIN, Hüseyin, İdari Yargıda Kanun Yolu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2010.

BİLGİN, Hüseyin, "Üçüncü Yargı Paketinde İdari Yargıda Yargılamanın Hızlandırılmasına İlişkin Getirilen Yenilikler", TBB Dergisi, 2012, S. 103, s. 307-350.

COŞKUN, Sabri / KARYAĞDI, Müjgan, İdari Yargılama Usulü (Örnek İçtihatlar-Yorumlar), Ankara, 2001.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, "İdari Yargıda Yargılanmanın Yenilenmesi Sebepleri ve Sınırları", EÜHFD, C. 6, S. 1-4, 2002, s. 61-76.

DERDİMAN, Cengiz, İdari Yargının Genel Esasları, 2. B, Bursa, 2012.

ESEN, Mehmet, "İdari Yargı Sisteminde Sair Kanun Yolları ve Kanun Yararına Bozma Usulü", Vergi Dünyası, S. 19, Mart 1983, s. 49-55.

GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, B. 13, Bursa, Ocak 2013.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetmelik Yargı, 29. B, Ankara, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / DİNÇER, Güven, İdari Yargılama Usulü (Kanun-Açıklama-İçtihat), 2. B, Ankara, 1999.

KARAVELİOĞLU, Celal, Açıklama ve Son İçtihatlarla İdari Yargılama Usulü Kanunu, C. II, Trabzon, 1993.

NOHUTÇU, Ahmet, İdari Yargı, 5.B, Ankara, 2012.

ODYAKMAZ, Zehra, Türk İdari Yargılama Usulünde Kararlara Karşı Başvuru Yolları, İstanbul, 1993.

ODYAKMAZ, Zehra / KAYMAK, Ümit / ERCAN, İsmail, İdari Yargı, 7. B, İstanbul, Kasım 2011.

ÖZDEMİR, Serap, Türk Vergi Yargısında Kanun Yolları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010.

TOPUZ, Necip, Ceza Muhakemesinde Olağanüstü Kanun Yolları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, 2010.

ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 5, Ankara, 2012.

YENİCE, Kazım / ESİN, Yüksel, Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü, Ankara, 19

YAMLI, Mehmet Sadık, "Kızılay Derneği'ne İlişkin Danıştay'ın Kanun Yararına Bozma Kararı", E-Yaklaşım, Kasım 2009, S. 203.

YILDIRIM, Ramazan, "Türk İdari Yargısında Yargılanmanın Yenilenmesi", Nuri Çelik'e Armağan, C. I, İstanbul, 2001, s. 418-447.

YILDIRIM ÖLMEZ, Başak, İdari Yargıda Kanun Yolları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2010.

YILDIZ, Müzeyyen, "Kanun Yararına Bozma", ABD, 1995/4, s. 52-65.

ZABUNOĞLU, Y. Kazım, İdare Hukuku, Ankara, 2012.

DINK/TÜRKİYE KARARI ÇERÇEVESİNDE İFADE HÜRRIYETİ

Yrd. Doç. Dr. A. Tarık GÜMÜŞ*

ÖZET

Hem birey, hem de toplum açısından oldukça önem arz eden ifade hürriyeti, bir taraftan bireyin kendisini geliştirmesini, diğer taraftan da toplum hayatının huzurlu ve güvenli bir biçimde işlenmesini temin etmektedir. Ayrıca ifade hürriyeti, günümüz siyasal rejimlerinin demokratik olup olmadığının belirlenmesinde en temel göstergedir. Ancak demokratik bir toplumda, ifade özgürlüğü, sadece yöneticilerin ve kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri değil; her türlü düşüncüyü serbestçe açıklama özgürlüğünü kapsamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da sıklıkla vurguladığı gibi ifade hürriyeti, sadece olağan fikirler için değil, aynı zamanda şaşırtıcı ya da şok edici fikirler için de geçerli bir hürriyettir. Dink/Türkiye kararında da bu tavrını sürdüren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Dink'in "Ermenistan'la Tanışmak" başlıklı yazısında ifade ettiği; "'Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan ise, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur. Yeter ki bu mevcudiyetin farkında olunsun". şeklindeki düşünce açıklamalarını ifade hürriyeti kapsamında değerlendirmiştir.

Anahtar Kelimeler: 1-Dink/Türkiye Davası, 2-İfade Hürriyeti, 3-Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi, 4-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 5-Türklük

FREEDOM OF EXPRESSION WITHIN THE FRAMEWORK OF DINK V. TURKEY CASE

ABSTRACT

Both individually and socially most important term of freedom of expression provides both oneself development for individual and safe and peaceful process for the society life. In addition, freedom of expression is

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

the most basic indicator in order to determine the nowadays political regimes whether it is democratic. However, freedom of expression in a democratic society includes not only things that attract the managers and public authorities, but also freedom to explain all kind of thought. As is often emphasizes to the decisions of the ECHR about freedom of expression applies not just the usual ideas, but also surprising and shocking ideas. The court of ECHR that mentions its behaviour against Turkey, interprets within the scope of freedom of expression related to the article of Dink on the "Meet with Armenia," that includes "the purified blood that will replace the blood poisoned by the 'Turk' can be found in the noble vein linking Armenians to Armenia. All we need to be aware that this existence."

Key Words: 1-Dink/Turkey Case, 2- Freedom of Expression, 3- Article 301 of Turkish Penal Code, 4-The European Court of Human Rights, 5-Turkishness

I. Giriş

Anayasada ve pek çok insan hakları belgesinde, düşünce ve düşüncüyü açıklama hürriyeti olmak üzere iki ayrı maddede ele alınan ifade hürriyeti, aslında bir üst kavram olarak kendini göstermektedir. Diğer hürriyetlerle iç içe geçmiş bir kavram olan ifade hürriyeti, bu özelliği nedeniyle düşünce hürriyetinden, düşüncüyü açıklama hürriyetine uzanan geniş bir perspektifte ele alınmalıdır¹.

İfade hürriyetinin ilk boyutunu, herhangi bir düşüncenin meydana gelebilmesi için gereken hürriyetler oluşturmaktadır. Bunlar; bilgi ve fikirleri inceleme, araştırma, elde etme, serbestçe öğrenme ve haberleşme hürriyetleridir. İkinci boyut ise, kanaat hürriyetidir. Buna göre, insanlar düşüncelerinden dolayı kaygı duymamalı ve fikir ve inançlarını açıklamaya zorlanmamalıdır. Nihayet, ifade hürriyetinin üçüncü ve son boyutunda, fikirlerin açıklanması ve yayılması hürriyeti yer almaktadır.

¹ SUNAY, Reyhan, **İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001, s.7; VERPEAUX, Michel, **Freedom of Expression: In Constitutional and International Case Law**, Council of Europe, Strasbourg 2010, s.11.

Kısaca ifade hürriyeti; insanın serbestçe bilgiye ulaşabilmesi, sahip olduğu kanaatlerinden dolayı kaygı duymaması ve bu kanaatleri açıkça dışa vurabilmesi imkânıdır². Bu bağlamda ifade hürriyetinin seviyesi ve muhtevası, demokratik ve hürriyetçi bir siyasi düzenin varlığının başlıca göstergesidir³.

İfade hürriyetinin gerçek anlamı ve önemi, düşüncelerin yasaklanması durumunda ortaya çıkmaktadır. Çünkü bir düşünce yasaklandığı zaman, o düşüncenin yanlışlığını ispatlama imkânı büyük ölçüde ortadan kalkmakta, bu durum yasaklanan görüşe bir avantaj sağlamak ve o düşüncenin doğru ve güçlü bir fikir olarak algılanmasına neden olmaktadır. Dolayısıyla, düşüncelerin serbestçe ifade edilmediği bir toplumda kamusal meseleler hakkında sağlıklı bir fikir edinmek ve “ortak iyi”yi bulmaya yönelik bir tartışma ve müzakere ortamı oluşturmak mümkün değildir⁴.

² ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Bir Temel İnsan Hakkı: Düşünce Özgürlüğü, **Yeni Türkiye**, y.4, sy.22, 1998, s.805; KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, Ankara 2002, s.334; TANÖR, Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul 1994, s.59; SUNAY, s.8.

³ KABOĞLU, İbrahim, Düşünce Özgürlüğü, **İnsan Hakları (Cogito)**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s.107; SUNAY, s.10; ALİEFENDİOĞLU, s.813; KABOĞLU, s.335; KUZU, Burhan, Türkiye’de Anayasal Planda ve Uygulamada İnsan Hak ve Hürriyetlerine Genel Bir Bakış, **İnsan Hakları**, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayınları, İstanbul 1995, s.234; BRAUN, [Stefan](#), **Democracy off Balance: Freedom of Expression and Hate Propaganda Law in Canada**, University of Toronto Press, Toronto 2004, s.3-11; VERPEAUX, s.30; NICOL Andrew, MILLAR Gavin and SHARLAND Andrew, **Media Law and Human Rights**, Oxford University Press, Oxford 2009, s.60-61.

⁴ ERDOĞAN, Mustafa, İfade Özgürlüğü Özgür Toplumun Temelidir, <http://www.liberal.org.tr/incele.php?kategori=MTg=&id=NDIx>, 17.2.2012; VOORHOOF Dirk, CANNIE Hannes, Freedom of Expression and Information in a Democratic Society The Added but Fragile Value of the European Convention on Human Rights, **The International Communication Gazette**, 1748-0485, Vol. 72(4-5), s.412-414. İfade hürriyetiyle toplumda temin edilecek olan açık tartışma ortamı, toplum huzuru ve güvenliği için vazgeçilmez niteliktedir. SUNAY, s.12-18. Benzer

Bu çerçevede kamusal organların alenen eleştirilebilmesi, demokratik tartışma ve müzakere ortamı oluşturulabilmesinin temel şartıdır. Demokratik tartışma ve müzakere ise, ancak özgür eleştiri sayesinde mümkün kılınabilmektedir. Zira demokratik bir toplumda haklı ve doğru gibi nitelendirmelerin yapılabilmesi, ancak eleştirme ve sorgulama aracılığıyla gerçekleştirilecek, açık uçlu kamusal tartışmaya bağlıdır. Bu bağlamda, her türlü ifadenin serbest olmadığı yerde gerçek anlamda bir eleştiriden bahsedilmez. Düşüncelerin serbestçe ifade edilemediği, dolayısıyla özgür eleştirinin olmadığı bir yerde ise, “ortak iyi”yi bulmak imkânsızdır⁵.

İfade hürriyeti ile ilgili belirtilmesi gereken önemli bir husus da, her söylenen düşüncenin ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği gerçeğidir. Bu bağlamda müstehcen, saldırgan, nefret söylemi ve şiddet içeren, şeref kırıcı, hakaret, küfür ve iftira niteliğindeki beyanlar ifade hürriyeti kapsamında yer almamaktadır⁶.

yönde bkz. SCHAUER, Frederick, **İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002, s.104-124.

⁵ ERDOĞAN, Mustafa, Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif, <http://www.liberal.org.tr/incele.php?kategori=MTg=&id=MzU2>, 17.2.2012; TEMPERMAN, Jeroen, Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech, **Brigham Young University Law Review**, 2011, s.731-733, 757; ROSTBØLL, Christian F., Freedom of Expression, Deliberation, Autonomy and Respect, **European Journal of Political Theory**, Vol. 10 (5), 2011, s.6-8, 14-17; VOORHOOF/CANNIE, s.412-414; VERPEAUX, s.30-32, 47-48, 89-98. Benzer yönde bkz. WEINSTEIN, James, Extreme Speech, Public Order, and Democracy: Lessons from The Masses, **Extreme Speech and Democracy**, Eds.Ivan Hare and James Weinstein, Oxford University Press, Oxford 2011, s.25-30; BIÇAK, Vahit, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002, s.19.

⁶ ÖZGENÇ, İzzet, Düşünceyi Açıklama Hürriyeti ve Ceza Hukuku, **75 Yılında Cumhuriyet ve Hukuk Sempozyumu**, Dicle Üniversitesi Yayınları, Diyarbakır 2000, s.182; SUNAY, s.10-11; HAFIZOĞULLARI, Zeki, Liberal Demokratik Bir Hukuk Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı, **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, c. 2, sy. 2, Ekim 1994, s.22; Bu hususta

Bununla birlikte, müstehcen ile sanat yapıtının, hakaret ile mizahın ya da eleştirinin ayırt edilmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Özellikle bazı ülkelerin ceza kanunlarında yer alan muğlâk düzenlemeler nedeniyle bir takım düşünce açıklamalarının suç kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Ayırt edici ölçütler getirilmemesi nedeniyle, sadece fikir açıklamalarının dahi kolaylıkla suç kapsamında değerlendirildiği bu ülkelerde, ciddi ifade hürriyeti ihlalleri yaşanmaktadır. Hâlbuki, eleştiri sınırlarını aşmayan düşünce açıklamaları ya da görüşlerin sistemli bir biçimde başkalarına benimsetilmeye çalışılması anlamına gelen propaganda faaliyetleri de ifade hürriyetine dâhildir. Ancak ırkçılık, savaş kışkırtıcılığı ve suça teşvik içeren beyanların, ifade hürriyetinin sağladığı korumadan yararlanması söz konusu değildir⁷.

Bununla birlikte düşüncelerin yasaklanması, yasaklanan düşünceleri ortadan kaldırmamakta, aksine bu görüş sahiplerinin hak etmedikleri bir itibar görmelerine neden olmaktadır. Ayrıca, yasaklanan düşüncelerin genellikle tehlikeli bir biçimde barışçı olmayan ifade tarzlarına yönelmeleri de demokratik ve hürriyetçi rejimin işleyişine önemli bir tehdit niteliğindedir. Dolayısıyla demokratik bir toplum açısından yasakçılık, son derece zararlı sonuçlar doğurmaktadır⁸.

İfade hürriyetinin, belirtilen niteliklere ilaveten taşınması gereken bir başka husus da, ifade hürriyetinin sadece sıradan, olağan, genel geçer fikirler için değil, aynı zamanda aykırı, şaşırtıcı, şok edici fikirler için de geçerli olduğudur. Nitekim hukuk sistemimizdeki bazı ilk derece mahkeme kararları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları bu hususu doğrulamaktadır⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından sunulan örnekler için bkz. VOORHOOF/CANNIE, s.417-419.

⁷ TANÖR, s.78-79; SUNAY, s.10-11; BRAUN, s.3-11; HAFIZOĞULLARI, s.14.

⁸ ERDOĞAN, İfade Özgürlüğü, www.liberal.org.tr

⁹ SUNAY, s.10-11; SUNAY, Reyhan, Anayasanın İfade Hürriyeti Anlayışı ve Uygulamaya Yansıyan Sorunlar, <http://www.liberal-dt.org.tr/idd/m16/DDsunay.htm>, 04.07.200; KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.345; VERPEAUX, s.47; NICOL/MILLAR/SHARLAND, s.60.

Bu çerçevede, özgür ve demokratik toplumlarda son derece geniş olarak ele alınması gereken ifade hürriyetinin, özellikle devlet karşısındaki konumu son derece önemlidir. Bu bağlamda ülkemizde, son on yıllarda yaygın biçimde tartışılan ve hatta “kronikleşmiş bir sorun” olarak görülen “kamusal ya da anayasal organları aşağılama suçu”nu düzenleyen Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 301. maddesinin ön plana çıktığı görülmektedir. Bu hususta yaşanan tartışmaların son yıllarda daha da artmasının temel nedeni, gazeteci Hrant Dink’in bu maddeyi ihlalden dolayı ceza alması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu konuda Türkiye’yi mahkûm etmesidir.

Agos Gazetesi Genel Yayın Yönetmeni, Ermeni kökenli Türk vatandaşı Hrant(Fırat) Dink, Ermeni kimliğinin sorunlarına ve 1915 olaylarının soykırım olarak değerlendirilmesine ilişkin düşüncelerini bir yazı dizisiyle dile getirmiş ve bu yazılarda yer alan bazı ifadeler nedeniyle Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından TCK’nın 301. maddesini ihlal etmekten dolayı mahkûm edilmiştir. İlk derece mahkemesinin bu kararı, Yargıtay 9. Ceza Dairesi tarafından onanmıştır. Yargıtay Savcısı ise, onama kararına karşı olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozmaya başvurmuştur. Başvuruyu inceleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu talebi oy çokluğuyla reddetmiştir. Dink’in Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu kararına karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuştur. Dosya ilk derece mahkemesine geri geldiği sırada Dink, bir suikasta kurban gitmiş, bunun ardından yakınları da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne müracaat etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu olayda Türkiye’yi, Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan ifade hürriyetini ihlal ettiği gerekçesiyle mahkûm etmiştir.

II. Ulusal Yargılama Makamları ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Tarafından Dink’in Düşüncelerinin Değerlendirilmesi

Dink’in TCK’nın 301. maddesinden ceza almasına neden olan “Ermenistan’la Tanışmak” başlıklı yazısında ifade ettiği; *“Türk”ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan ise, Ermeni’nin Ermenistan’la kuracağı asil damarında mevcuttur. Yeter ki bu mevcudiyetin farkında olunsun*” şeklindeki düşünce açıklamaları, ulusal yargılama makamları tarafından suç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ise, ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmiştir. Her iki yaklaşımın da kendisine dayanak yaptığı belli esaslar bulunmakla birlikte, söz konusu yaklaşım farkının ifade hürriyetine yansıyan

yönleriyle ortaya konulması önemli bir gerekliliktir. Bu çerçevede Dink'in ifade hürriyetinin ihlal edilmesiyle sonuçlanan süreç, hem ulusal yargılama makamları, hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımları perspektifinde ele alınmalıdır.

A. Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi, Dink'in İfadeleri ve Ulusal Yargı Makamlarının Yaklaşımı

1. Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesi

İlk olarak 1926 yılında çıkarılan 765 sayılı TCK'nın 159. maddesiyle birlikte hukukumuzda giren ve 1936, 1938, 1946, 1961, 2002 (iki kez), 2003 yıllarında değiştirilen¹⁰, "devletin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif suçu", 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yeni TCK'nın 301. maddesinde "Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama" başlığıyla yeniden düzenlemiştir.

Yeni TCK'nın 301. maddesine göre, "(1)Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2)Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3)Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır. (4)Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz."

Öteden beri tartışılan hususlar yeni ceza kanunda yapılan düzenlemeden sonra da son bulmamıştır. En çok üzerinde durulan

¹⁰ Maddenin yaşadığı değişim sürecinin ayrıntılı analizi için bkz. ARTUK, Mehmet E. Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu, (5237 sayılı TCK m. 301), **TBB Dergisi**, Sy. 70, 2007, s.215-221; KORKUT, Levent, İfade Özgürlüğü Çerçevesinde TCK'nın 301. Maddesi, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.65, Sy. 1, Kış 2007, s.27-30. Madde metninin ilk haliyle, eleştiri özgürlüğünü sürekli olarak tehdit ettiği, TANÖR, s.71. düşüncelerin ifade edilmesini engelleyerek bir "fikir suçu" yarattığı, DAĞI, İhsan, 312, 159, Avrupa Birliği, http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Dagi/id_ab.htm, 1.12.2004. ve Anayasaya aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. ERDOĞAN, Mustafa, TCK'nın 159. Maddesi Anayasaya Aykırıdır, http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Erdogan/me_tck.htm, 7.10.2004.

hususlar; maddenin anayasaya aykırı olduğu¹¹, korunan değer açısından böyle bir suç olamayacağı¹², maddede yer alan “Türklük” kavramının muğlâk nitelikte olduğu¹³ ve eleştiri ile suç arasındaki ince çizginin tespitinin uygulamada güçlükler doğurduğu¹⁴ olmuştur.

Maddenin çok tartışılır hale gelmesinde, AB ilerleme raporları önemli ölçüde etkili olmuştur¹⁵. 301. maddenin AB ilerleme raporlarına

¹¹ ERDOĞAN, TCK'nın 159. Maddesi, <http://www.liberal-dt.org.tr>

¹² Bu düşünceye göre, genel olarak "tahkir ve tezyif" ya da “aşağılama”nın cezalandırmasının temel nedeni, doğrudan doğruya insan onurunu ihlal etmesidir. Hâlbuki soyut varlıklar veya kurumlar bu türden bir incinme ve yaralanmanın konusu olamazlar. ERDOĞAN, TCK'nın 159. Maddesi, <http://www.liberal-dt.org.tr> Karşı yönde ileri sürülen görüşlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KOCA, Mahmut, Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi Üzerine Bir İnceleme, **Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, DEÜ Yayınları, İzmir 2001, s.443; Aynı yöndeki Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. E. 1977/130, K. 1978/13, KT. 14.2.1978, <http://www.Anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1978/K1978-13.htm>, 1.4.2005.

¹³ SELÇUK, Sami, Avrupa Birliği ve Türk Ceza Yasası'nın 301. Maddesi, <http://www.abhaber.com/haber.php?id=19869> (26.11.2007), 3.1.2012; . Yargıtay Ceza Genel Kurulu da Hrant Dink'i mahkûm ettiği kararında, “Türk'lük” kavramına bu yönde bir anlam yüklemiş ve söz konusu yaklaşım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından eleştirilmiştir. Dink/Türkiye, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, KT. 14.10.2010, Çev. Oya Boyar, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihm/goster.asp?id=13160>, 13.1.2012, par. 111, 116. (Aynı kararın diğer çevirileri için bkz. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> ve <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/aihmktliste.asp?start=301>, 13.1.2012.

¹⁴ SANCAR, Türkan Yalçın, Türk Ceza Kanunu'nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı, **AÜHFD**, c. 52, sy. 1, Ankara 2003, s.93-94; KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.358; SENKERİ, Tarık, **Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996, s.34; KOCA, s.44, 469.

¹⁵ SELÇUK, 301. Madde, <http://www.abhaber.com>; Avrupa Birliği Türkiye 2006 İlerleme Raporu'nda (8.11.2006), TCK'nın 301. maddesinin kovuşturma amacıyla sıklıkla kullanıldığına, bu hususta Yargıtay'ın kısıtlayıcı bir içtihat geliştirdiğine ve gazeteci Dink'in sözü edilen madde nedeniyle cezalandırıldığına vurgu yapılmıştır. Ayrıca Rapor'da 301.

girmesinin temel nedeni ise, Hrant Dink, Orhan Pamuk ve Elif Şafak gibi isimlerin maddeden dolayı takibata uğramasıdır. Avrupa Birliği İlerleme Raporları, kamuoyunda süren tartışmalar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruların (özellikle de Dink'in başvurusunun) etkisiyle 301. madde hükmü bütünüyle kaldırılmamış olsa da 2008 yılında yeniden düzenlenmiştir¹⁶.

Madde başlığının “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama” olarak değiştirildiği, TCK'nın 30.04.2008 tarih ve 5759 sayılı kanun ile yeniden düzenlenen 301. maddesine göre; “(1)Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2)Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3)Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz. (4)Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.”

Yapılan değişiklikle madde metninde yer alan “Türklük” ifadesi yerini “Türk milleti”ne, “Cumhuriyet” ifadesi yerini “Türkiye

maddenin Avrupa standartlarıyla uyumlu hale getirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

http://www.abgs.gov.tr/files/Duyurular/Turkiye_Ilerleme_Rap_2006.pdf, 3.1.2012; 6.11.2007 tarihli AB ilerleme Raporu'nda da, Yargıtay tarafından 301. maddeyle ilişkin kısıtlayıcı yaklaşımın devam ettirildiğine ve 301. maddenin AB standartlarına uyumlu hale getirilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Raporun tam metni için bkz. http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2007.pdf 3.1.2012 Ancak 9.11.2010 tarihli AB ilerleme Raporu'nda Türk milletine hakaretin, TCK'nın 301. maddesine göre hâlâ suç olduğundan bahsedilmektedir. http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf, 3.1.2012

¹⁶ ALGAN, Bülent, The Brand New Version of Article 301 of Turkish Penal Code and the Future of Freedom of Expression Cases in Turkey, **German Law Journal**, Vol. 9, No. 12, s.2237-2239.

Cumhuriyeti Devleti”ne bırakmış¹⁷; aşağılanan kuruma göre farklı cezalar belirlenmesinden vazgeçilerek, tek bir ceza öngörülmüştür. Ayrıca, Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde cezanın arttırılmasından vazgeçilmiştir. Adli makamların, Adalet Bakanının iznine sahip olmadan 301. madde gereğince ceza soruşturması başlatamayacakları da hükme bağlanmıştır¹⁸.

¹⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “Türklük” teriminin yerine “Türk milleti” teriminin getirilmesinin Yargıtay’ın bu husustaki değerlendirmesinin değişmemesi nedeniyle herhangi bir farklılık oluşturmayacağı kanaatindedir. Akçam/Türkiye, 27520/07, KT. 25.10.2011, <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/viewhbkm.asp?sessionId=80955183&skin=hudocen&action=html&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=93689>, 20.2.2012, par. 79, 92.

¹⁸ Doktrinde soruşturma izninin Adalet Bakanı yerine, tarafsız olan Cumhurbaşkanıya verilmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı ileri sürülmektedir. SELÇUK, 301. Madde, <http://www.abhaber.com> 5.11.2008 tarihli AB İlerleme Raporu’nda da izin uygulamasının Adalet Bakanı tarafından siyasi gerekçelerle kullanılabilmesi hususuna dikkat çekilmiştir. http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2008.pdf, 1.1.2012. Ancak bundan sonraki Cumhurbaşkanlarının halk tarafından seçileceği düşünülürse, bu çözümünde yeterli olmadığı söylenebilir. Soruşturma izninin, aynı zamanda siyasi bir partiye mensup olan Adalet Bakanı’na verilmesi yönündeki düzenleme itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne götürülmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi, ceza kanunlarının ceza politikasına göre belirleneceğini, hukuk devletinde Anayasa kurallarına bağlı olmak şartıyla yasama organının ihtiyaç duyduğu düzenlemeleri yapabileceğini, itiraz konusu hükümlerle ülkenin politik çıkarlarının hedeflendiğini ve Adalet Bakanı’na tanınan bu yetkinin, yargısal nitelik taşımaktan çok devlet ve toplum yararı amacıyla getirildiğini öne sürerek bu talebi reddetmiştir. E. 2009/38, K. 2009/70, KT. 3.6.2009. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2777&content=, 15.3.2012. İzin mekanizmasına ilişkin görüşlerini Akçam/Türkiye kararında dile getiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Anayasa Mahkemesi’nden farklı bir yaklaşıma sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, TCK’nın 301. maddesine ilişkin olarak Adalet Bakanlığı’nın iznine dayanan sistemin kalıcı bir çözüm sunmamaktadır. Akçam/Türkiye, 27520/07, KT. 25.10.2011, par. 77-78, 94.

Genel olarak bakıldığında, 2000’li yıllardan itibaren çok tartışılan ve çeşitli değişiklikler yapılan anayasal organları aşağılama suçunun, 2005 yılında yeni TCK’yla birlikte yeniden düzenlenmesinin sorunları çözmediği, hatta daha da ağırlaştırdığı dikkat çekmektedir¹⁹. Bu çerçevede 301. maddenin 2008 yılında tekrar değiştirilerek son halini almasına yol açan en önemli etken, Dink’in bu maddeden dolayı ceza alması ve ilgilinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmasının ardından öldürülmüş olmasıdır. İfade hürriyeti bakımından önemli bir tehdit olarak görülen 301. maddenin tartışılmasında ve çok kapsamlı olmasa da değiştirilmesinde büyük etkisi bulunan, Dink’in hangi ifadelerinden dolayı madde kapsamında cezalandırıldığı ve bu düşüncelerin ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur.

2. Dink’in Cezalandırılmasına Neden Olan İfadeler

Agos Gazetesi Genel Yayın Yönetmeni Hrant Dink’in, gazetesinde yayınlanan sekiz makalelik yazı dizisinde dile getirdiği düşüncelerden dolayı cezalandırıldığı görülmektedir. Dink, ermeni kökenli Türk vatandaşlarının kimlik sorunlarına dikkat çektiği yazılarında; 1915 olaylarının soykırım olarak tanınması gerektiğini, ancak soykırımın tanınması isteğinin bir saplantıya dönüşerek Ermenilerin varlık nedenini oluşturduğunu, soykırımın Türkler tarafından tanınmadığı sürece Ermenilerdeki bu travmanın süreceğini ifade etmektedir. Dink’e göre, Ermeni kimliğindeki Türk unsuru hem zehir, hem de panzehirdir. Önemli olan husus Ermeni’nin kimliğindeki bu Türk’ten kurtulup kurtulamayacağıdır²⁰. Ermeni kimliği, bünyesindeki Türk bileşeninden iki yolla kurtulabilecektir. Bunlardan birincisi ve zor görünen yol Türklerin empati kurarak soykırımı tanınmasıdır. İkinci ve olası görünen yol ise, Ermenilerin 1915 olaylarına ilişkin nitelendirmelerini dünya ve Türklerden bağımsız bir biçimde Türk unsurundan kurtararak, *"Türk"ün etkisini kendi kimliklerinden atmasıdır*²¹. Bu süreçte Ermeni dünyasının yapması gereken, Türklere

¹⁹ SELÇUK, 301. Madde, <http://www.abhaber.com>

²⁰ DİNK, Hrant, Ermeni'nin 'Türk'ü, **Agos**, 23.1.2004.

²¹ “Ermeni kimliğinin sağlığını Fransız’ın, Alman’ın, Amerikalı’nın ve ille de Türk’ün soykırımı kabul edip etmemesine endeksli bir durumda bırakmak,

soykırımı tanınmaları için baskı yapmak yerine, yeni Ermenistan devletinin hayatta kalması ve refahı için çaba göstermektir. Ermeni kimliğinin “*“Türk”ten kurtuluşunun yolu ise, gayet basittir: “Türk”le uğraşmamak... Ermeni kimliğinin yeni cümlelerini arayacağı yeni alan ise artık hazırdır: Gayrı Ermenistan’la uğraşmak.*”²² “*“Türk”ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan ise, Ermeni’nin Ermenistan’la kuracağı asil damarında mevcuttur. Yeter ki bu mevcudiyetin farkında olunsun*”²³. Bu süreçte Ermenistan hükümetine düşen görev, diaspora ile arasındaki bağlantıyı güçlendirmektir.

3. İlk Derece Mahkemesinin Yaklaşımı

Hrant Dink hakkında “*Ermenistan’la Tanışmak*” başlıklı yazısında yer verdiği; “*Türk”ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni’nin Ermenistan’la kuracağı asil damarda mevcuttur*” cümlesi nedeniyle Şişli Cumhuriyet Savcılığı tarafından soruşturma başlatılmış ve 16 Nisan 2004 tarihinde, Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesi’nde, TCK’nın 159/1 maddesini ihlalden dolayı ceza davası açılmıştır. Mahkeme, 7 Ekim 2005’te verdiği kararlar, Dink’in “*Ermenistan’la Tanışmak*” makalesindeki ifadelerini Türklüğe hakaret olarak değerlendirmiş ve cezalandırmıştır. Mahkeme kararında, okuyucuların Dink tarafından kullanılan ifadelerin gerçek anlamını anlamak için bütün yazı dizisini okumalarının gerektiğini ileri sürmüştür. Ayrıca Mahkeme, ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığını, kanunla veya ahlaken sınırlandırılabilirliğini ve hiçbir zaman hakaret ve aşağılayıcı ifadeleri korumadığını ifade etmiştir. İlk derece mahkemesine göre, Türkiye’de “kan”dan bahsedildiğinde, şehitlerin kanı

Ermeni dünyasının artık terk etmesi gereken bir hatadır. Gayrı bu hatadan uzaklaşmanın ve “Türk”ü Ermeni kimliğindeki bu etkin rolünden ötelemenin zamanı gelip de geçmiştir.” DİNK, Hrant, “Türk’ten Kurtulmak, **Agos**, 30.1.2004.

²² DİNK, Hrant, “Türk’ten Kurtulmak, **Agos**, 30.1.2004.

²³ DİNK, Hrant, “Ermenistan’la Tanışmak, **Agos**, 13.2.2004. Dink, TCK’nın 301. maddesinden ceza almasına yol açan bu ifadelerine, “Bu farkındalığın asıl sorumlusu ise, Diaspora’ya yayılmış Ermenilerden ziyade Ermenistan yönetimleridir. Ermenistan hükümetlerinin sorumluluklarının bilincinde olmaları ve gereğini yerine getirmeleri aslolanıdır.” şeklinde devam etmektedir.

anlaşılmaktadır. Dink, Türk kanını “zehir” olarak nitelendirerek, onu kirli bir şey olarak göstermiş ve ona hakaret etmiştir²⁴. Bu karar karşısında Hrant Dink ve müdahiller Yargıtay’a başvurmuşlardır.

4. Yargıtay’ın Yaklaşımı

Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 1 Mayıs 2006 tarihli kararında, Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesi’nin Hrant Dink’in suçluluğunu belirttiği kısmını onamış; müdahillik taleplerinin kabulü hakkındaki kısmını ise bozmuştur. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, ilgilinin konumunu, yayının amacını ve yayının hitap ettiği okuyucuların algılayışını göz önünde bulundurmasına rağmen, Dink’in ifadelerini Türklüğe hakaret olarak değerlendirmiştir. Ayrıca Daire, bir toplumu överken diğerini aşağılamanın ifade özgürlüğü kapsamında korunmayacağı belirtmiştir²⁵.

Yargıtay Savcısı, Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin Dink’in suçluluğuna ilişkin kararına karşı, olağanüstü kanun yolu olan kanun yararına bozma talebiyle Ceza Genel Kuruluna başvurmuş ve kararın tüm yönlerden bozulmasını talep etmiştir. 11 Temmuz 2006’da Yargıtay Ceza Genel Kurulu oyçokluğuyla Yargıtay Savcısı tarafından yapılan başvuruyu reddetmiştir. Kurul, “Türk’ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni’nin Ermenistan’la kuracağı asil damarında mevcuttur” cümlesinin Türklüğü aşağıladığına karar vermiştir. Kurul kararında; Sanığın, Mustafa Kemal Atatürk’ün "Muhtaç olduğun kudret, damarlarındaki asil kanda mevcuttur" sözünden de çıkarım yaparak Türklüğü aşağıladığına hükmetmiştir. Kurul değerlendirmesinde, tek başına suça konu ifadeyi dikkate almadığını, bütün yazıları birlikte değerlendirdiğini ifade etmiştir. Ayrıca Kurul, Ermeni kökenli bir Türk vatandaşı olan sanığın, tarihi olaylara bakış açısına katılmamakla birlikte, fikirlerini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirdiğini, yani sanığın soykırımı savunduğu için cezalandırılmadığını ifade etmiştir. Ayrıca kararda, sanığın Ermeni kökenli bir Türk vatandaşı olması nedeniyle bir ayrımcılığa tabi tutulmadığı da vurgulanmıştır. Bunların yanı sıra Kurul,

²⁴ İlk derece mahkemesinin bu yöndeki kararına ulaşamamış olup, bu hususta Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından yararlanılmıştır.

²⁵ Y9.CD. Kararı, E. 2006/711 K. 2006/2497 KT. 1.5.2006. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>) 1.2.2012.

savunma, bilirkişi beyanı, hukuki mütalaa ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca itirazın ileri sürülen; "zehirli kan" sözcüğü ile amaçlananın, Ermeni kimliğindeki sağlıklı yapıyı bozan "saplantı" olduğu, Türk sözcüğü ile de Ermenilerdeki "Türk olgusunun" kastedildiği görüşlerine katılmamıştır²⁶.

Kurula göre, sanık, Türk-Ermeni ilişkilerini ve tarihsel süreci kendi bakış açısıyla yorumlarken, Türk'ler için "paranoya", Ermeniler için "travma" sözcüklerini kullanmıştır. Ayrıca Kurul sanığın, 1915 olaylarının soykırım olarak tanınmasına ilişkin "Gayrı herkesi kendi vicdansızlığıyla baş başa bırakma zamanı gelip de geçmiştir. ... gerçeği kabul edenler asıl olarak kendi insanlıklarını arındırırlar." yönündeki ifadelerini, "zehirli kan" sözcüğüyle birlikte değerlendirmiş ve sanığın eleştiri sınırlarını aşarak²⁷ Ermeni toplumunu yüceltirken, Türk toplumunu aşağıladığına ve böylelikle Türklüğü tahkir ve tezyif ettiğine hükmetmiştir. Bütün bu nedenlerle de, 11 Ocak 2007 tarihinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddine karar vermiştir²⁸. Dosya ilk

²⁶ Yargıtay Genel Kurulu, bu sonuca varmak için, TCK'nın 159. maddesinde korunan "Türklük" kavramının tanımını yapmıştır: Kurula göre Türklük, "Türk milletini oluşturan insani, dini, tarihi değerleri ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan milli, manevi değerler bütünü"dür. Türklüğün aşağılanması, hor görülmesi, küçük düşürülmesi, onurunun zedelenmesi suçun maddi unsuru oluşturmaktadır. Hangi fiil ya da sıfatların aşağılama niteliğinde olduğunun ise, toplumda hâkim olan ortalama anlayış ve örf ve adetlere göre belirlenmesi gerekmektedir. İlgili maddenin kurumlara sağlamak istediği saygıyla çelişen, bu kurumları alçaltmayı hedefleyen amaçla hareket edilmesi suçun manevi unsurunu oluşturmaktadır. YCGK Kararı, E. 2006/9-169 K. 2006/184 KT. 11.7.2006 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>)

²⁷ Ceza Genel Kurulu kararında, hukuka uygunluk nedeni olarak düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün vasıtalarından olan eleştiri hakkı üzerinde durmuş ancak Dink'in ifadelerinin bu çerçevede değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Kurula göre, "Eleştirinin doğasından kaynaklanan sertlik suç oluşturmaz, eleştiri övgü olmadığına göre, sert, kırıcı ve incitici olması da doğaldır. Ancak kurumlar eleştirilirken görüş açıklama niteliğinde bulunmayan, küçültücü, aşağılayıcı ifadeler kullanılmamalı, düşüncüyü açıklama sınırları içinde kalınmalıdır." YCGK Kararı, E. 2006/9-169 K. 2006/184 KT. 11.7.2006.

²⁸ YCGK Kararı, E. 2006/9-169 K. 2006/184 KT. 11.7.2006.

derece mahkemesine gönderilmiş, bu esnada Hrant Dink öldürülmüş ve Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından 12 Mart 2007 tarihinde davanın ölüm nedeniyle düştüğüne karar verilmiştir. Hrant Dink ise, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından verilen kararın ardından 11 Ocak 2007 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuş, ölümünün ardından ise mirasçuları sürece dâhil olmuştur.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dink'in Düşüncelerine Yönelik Değerlendirmeleri

Dink tarafından dile getirilen düşüncelerin, ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, başta Dink'in cezalandırılmasına yol açan "Türk"ü, "zehirli kan" olarak nitelendiren ifadesi olmak üzere, yargılama makamları tarafından ciddi bir biçimde tartışılmıştır.

Bu bağlamda Dink'in cezalandırılmasına neden olan; "*Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarda mevcuttur.*" ifadesidir. İç hukuktaki yargılama makamları tarafından suç oluşturduğu kanısına varılan bu ifadenin, yazı dizisi ve makalenin bütünü incelendiğinde eleştiri sınırları içerisinde kaldığı söylenebilir. Nitekim bu yöndeki düşüncenin iç hukuktaki yargılama sürecinde; ilk derece mahkemesinin görevlendirdiği öğretim üyesi bilirkişi, sanık avukatları tarafından düşüncesine başvurulmuş aynı zamanda öğretim üyesi olan Yargıtay eski başkanının hukuki mütalaası, Yargıtay Savcısı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına karşı çıkan altı yüksek mahkeme üyesi tarafından da dile getirildiği görülmektedir. Bütün bu yargılama sürecine dâhil olan kimselerin üzerinde durduğu husus, yazı dizisi ve makalenin bütünü incelendiğinde²⁹ Dink'in ifadelerinde yer alan "zehir" kelimesi ile Türk

²⁹ Savcı, yazar tarafından kaleme alınan yazı dizisi incelendiğinde, bütün makalelerin birbirine bağlı olduğunun açıkça görüldüğünü ve her bir makalenin bir öncekinde ifade edilen fikirleri tekrar ile başladığını ifade etmiştir. Hiçbir şekilde Türklüğe hakaret etmediğini belirtmiştir. Karşı oy yazısı kaleme alan Yüksek Mahkeme üyeleri de, savcı tarafından dile getirilen düşüncelere paralel bir yaklaşım benimsemiştir. Karara karşı olan ve bu husustaki düşüncelerini ifade eden Yargıtay üyeleri, "zehirli kan" tanımlamasının önünde yer alan "O" ibaresinin gözetilmediğini, bu nedenle yazarın asıl kastının ne olduğunu sorgulanmadığını öne sürmüşlerdir.

kanının değil; Ermenilerin 1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilmesi yolundaki saplantılarının kastedildiğidir. Bu saplantı, Ermenilerin “kanını”, diğer bir deyimle dünya ve kimlik anlayışlarını zehirlemekte ve Ermeniler üzerinde bir zayıflık oluşturmaktadır. Bu çerçevede Dink’in ifadeleri Türk’lere değil; Ermeni kimliğini eleştirmeye yöneliktir. Dolayısıyla uyuşmazlık konusu ifadeler, yazarın niyeti bağlamında değerlendirilmeli ve bu konudaki şüpheden sanık yararlanmalıdır³⁰.

İlk derece mahkemesi, Yargıtay 9. Ceza Dairesi ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından kabul edilmeyen bu gerekçeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da kabul görmüştür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukukta ileri sürülen yukarıdaki gerekçelere ilaveten, Dink’in “Türkleri” hedeflemeyen bu sözlerinin nefret söylemi olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır³¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Dink kararında üzerinde durduğu hususlar, belli esaslar etrafında şekillenmiştir. Bunlar Türklük kavramına yüklenen anlam, eleştiri ile aşağılama arasındaki sınırın belirlenmesi, Dink’in ifadelerinin şiddete teşvik ya da hakaret içerip içermediği, devletin tarihsel gerçekleri de kapsar biçimde serbest tartışma ortamı sağlayıp sağlamadığı ve devletin ifade hürriyetini gerçekleştirme konusunda üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirip getirmediğidir.

Yargıtay üyelerine göre, cümlede yer alan üçüncü tekil 'O' sıfatı, 1915 olaylarının Türkiye tarafından soykırım olarak tanınmamasının Ermenilerin kimliğini aşındıran bir saplantıya dönüşmesini ifade etmektedir. Söz konusu saplantı, Türk kavramının algılanış biçiminden kaynaklanması nedeniyle zehirli kana dönüşmektedir. YCGK Kararı, E. 2006/9-169 K. 2006/184 KT. 11.7.2006.

³⁰ YCGK Kararı, E. 2006/9-169 K. 2006/184 KT. 11.7.2006. Çifte anlamlı ya da belirsiz nitelikteki bu gibi açıklamalar hususundaki şüphenin düşünce hürriyeti lehinde yorumlanması gerekmektedir. AYDIN, Öykü D., Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1, sy. 2, 2011, s.55.

³¹ Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 128, Karşıoy Yazısı.

1. Türklük Kavramına Yüklenen Anlam

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Yargıtay Dink'in belli ifadelerinden yola çıkarak “zehir” kelimesini “Türk kanına” yönelik yorumlamıştır. Bu ifadeler; Türk-Ermeni ilişkilerinin “paranoya” ve “travma” gibi kelimelerle nitelendirilmesi, “herkesi kendi vicdanıyla baş başa bırakma zamanının gelip geçtiği”, “bu gerçekliği (soykırım) kabul edip etmemenin, esasen herkesin kendi vicdani sorunu olduğu, bu vicdanın da temelini bizatihi insanlık kimliğinden ve tüm insanlığın ortak değerlerinden aldığı” ve “gerçeği kabul edenlerin asıl olarak kendi insanlıklarını arındırdıkları”dır³². Esasında Türklüğe yönelik bir aşağılama ya da hakaret kapsamında değerlendirilemeyecek bu ifadelerin, Yargıtay tarafından dikkate alınmasında, “Türklük” kavramına yüklenen anlam etkili olmuştur. Yargıtay'a göre, “Türk milletine” gönderme yapan Türklük kavramı, “insani, dini ve tarihsel değerler yanında, ulusal dil, ulusal duygular ve ulusal geleneklerden oluşan ulusal ve ahlaki değerlerin bütünü” anlamına gelmektedir³³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Yargıtay'ın Türklük anlayışı, dini, tarihi, dilsel ve geleneksel olarak Türklerle sınırlı bir biçimde anlaşılacak azınlıkları dışlaması ve devletin kendisiyle eşanlam taşıması nedeniyle sağlıklı bir yaklaşım değildir³⁴.

³² Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 129.

³³ YCGK Kararı, E. 2006/9-169 K. 2006/184 KT. 11.7.2006.

³⁴ Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 130-131. Dink/Türkiye kararında karşı oy yazısı kaleme alan hâkim András Sajó da “Türklük” kavramının devletin kurucu unsurlarından olan insan unsuruna yani “Türk Milleti”ne gönderme yaptığını böyle bir yaklaşımın sıkıntılı olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca Sajó'nun bu yöndeki görüşlerine hâkim Nona Tsotsoria da katılmaktadır. Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, Karşıoy Yazısı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Akçam/Türkiye kararında, “Türklük” teriminin yerine “Türk Milleti” teriminin getirilmesinin Yargıtay'ın bu husustaki değerlendirmesinin değişmemesi nedeniyle herhangi bir farklılık oluşturmayacağı kanaatindedir. Akçam/Türkiye, 27520/07, KT. 25.10.2011, par. 79, 92; Yargıtay başta olmak üzere hukuk uygulayıcılarının her iki kavramı özdeş görme eğilimlerinin ve genel olarak milliyetçilik anlayışının değişmediği sürece, söz konusu değişikliğin herhangi bir anlam ifade etmeyeceği yönünde bkz. SANCAR, Türkan Y., Siyasal Yaraya Hukuki Pansuman, **Radikal**, 13.4.2008 (İnternet erişimi için bkz.

Gerçekten de 301. maddenin kronikleşmiş bir problem olarak süregelmesinde “Türklük” kavramına yüklenen anlam önemli bir etkidir. maddede yer alan ibarenin, “Türk Milleti” biçiminde değiştirilmesi de sorunları çözecek nitelikte değildir. Çünkü Yargıtay’a göre, maddede yer alan “Türklük” kavramıyla devletin kurucu unsurlarından biri olan “Türk Milleti”ne atıf yapılmaktadır. Dolayısıyla aslında devletin bizatihi kendisiyle özdeşleştirilen “Türk Milleti” kavramına ilişkin herhangi bir değişiklik getirilmemesi nedeniyle madde belirsizliğini korumaktadır³⁵.

<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalEklerDetayV3&ArticleID=876129&Date=28.10.2011&CategoryID=42>; SANCAR, Türkan Y., “İfade Özgürlüğü Bağlamında Türk Ceza Kanunu 301. Madde” **23.2.2007 Tarihli Ankara Barosu- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Etkinliği**,

<http://www.ankarabarusu.org.tr/Arkasayfa.aspx?S=/paneller/panel2009>, 20.2.2012; UYGUN, Oktay, TCK 301: “Türklük” ve “Türk Milleti” Kavramları, http://old.boell-tr.org/images/cust_files/080704160813.pdf, 17.2.2012, s.2-3; ARTUK, s.227; Türklük, Türk Milleti ve Millet gibi kavramların ortak karakteri muğlak nitelik taşımalarıdır. SANCAR, Türkan Y., **Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyesi, Bakanlıkları, Devletin Askeri Ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini” Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski Tck M. 159/1 – Yeni Tck M. 301/1-2)**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, 70-86; ARTUK, 227; KORKUT, s.32-33.

³⁵ ALGAN, s.2242-2244. Yargıtay’a göre, “Türklük” devletin kurucu unsurlarından biri olan insan unsuruna, daha açık bir ifadeyle “Türk milletine” atıf yapmaktadır. Dolayısıyla devletin kurucu unsurlarından biri olarak değerlendirilen “Türk milletine”ne yapılan atıf, devletin bizatihi kendisiyle somutlaşmaktadır. YCGK Kararı, E. 2006/9-169 K. 2006/184 KT. 11.7.2006. Bu noktada esas problemin, farklı etnik kökene mensup kimselerin yaşadığı bir toplumda, hâkim unsur olan “Türk”e ya da “Türk milletine” yapılan vurgu olduğu görülmektedir. Bu bağlamda doğabilecek sorunların önlenmesi amacıyla “Türkiye cumhuriyeti vatandaşlarının bütününe” yapılan hakaretlerin yaptırım altına alınması düşünülebilir. KABOĞLU, İbrahim, 301 Bildiğiniz Gibi, **Yeni Aktüel**, Sy. 167, s.27-28. Uygun’a göre, sorun anayasaya aykırı milliyetçilik anlayışından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle çözüm, şoven yaklaşımdaki zihinsel kodların değişmesine bağlıdır. UYGUN, TCK 301: “Türklük” ve “Türk Milleti” Kavramları, <http://old.boell-tr.org>, s.5.

2. Eleştiri ile Aşağılama Arasındaki Sınırın Belirlenmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, somut olayda Yargıtay tarafından yukarıdaki şekilde anlamlandırılan Türklük ya da Türk milleti kavramları, Ermeni azınlığın kimliği konusunda yürütülen somut siyasetin sembolü haline gelmiş resmi teze yönelik her türlü eleştirinin, Türklüğü ya da Türk Milletini aşağılama, hor görme ve küçük düşürme olarak yorumlanmasına neden olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Dink'in esasında 1915 olaylarına ilişkin soykırım tezini inkâr eden devlet organlarını eleştirdiği için cezalandırıldığını ve bu durumun ifade hürriyetini ihlal ettiği kanaatindedir³⁶. Mahkeme, hükümete karşı yapılacak eleştiri sınırlarının sıradan vatandaşlara göre daha geniş olduğunu, hükümetin baskın konumu ve muhaliflerden gelen haklı olmayan eleştirilere cevap vermek için başkaca imkânlarla sahip olması nedeniyle cezai yöntemlere başvurma hususunda daha ölçülü davranması gerektiğini öne sürmektedir³⁷.

³⁶ Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 132. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yöndeki değerlendirmelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SADEGHI Sarira, TANSEY Christopher, BECKER Michael, JOHNS EmilyRose, OSBERG Carson, Updates from the Regional Human Rights Systems, **Human Rights Brief**, Vol. 18, Iss.1 , 2010, s.2-3. Benzer yönde bkz. Akçam/Türkiye, 27520/07, KT. 25.10.2011, par. 79.

³⁷ Mahkeme başka bazı kararlarına dikkat çekerek bu düşüncesini desteklemektedir. İncal/Türkiye, 41/1997/825/1031, KT. 9.6.1998, par. 54; Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 133. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da Dink ile ilgili vermiş olduğu kararda eleştiri hakkı üzerinde durmuştur. Kurul, eleştiriyle ilgili teorik çerçeveyi çizerken bir taraftan eleştirinin sert ve incitici olabileceğine değinmiş; diğer taraftan ise, kurumların saygınlığının zedelenmemesi gerektiğine hükmetmiştir. Kurul'a göre, kurumlar eleştirilirken onların saygınlığını zedeleyici, küçültücü ve aşağılayıcı ifadeler kullanılmamalı, bu kurumların varlık nedeni tartışılır hale getirilmemelidir. Bu kapsamda düşünce açıklaması olarak değerlendirilemeyecek beyanlar, ifade hürriyeti dışında kalacağından "eleştiri hakkı" olarak değerlendirilemeyecektir. YCGK Kararı, E. 2006/9-169 K. 2006/184 KT. 11.7.2006 Kurul'un kendi içerisinde çelişen bu yaklaşım tarzı, uygulamada devlet kurumları söz konusu olduğunda tanınan ayrıcalığı da gözler önüne sermektedir. Esasen yargı organları tarafından

Görüldüğü gibi, 301. maddeyle ilgili “kronikleşmiş problem” olarak adlandırabileceğimiz, eleştiri ile anayasal organları aşağılama arasındaki sınırın çizilememesi sorunu, Dink kararında da karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada düşünce hürriyetinin dikkatsiz ve dar yorumlanmasından kaynaklanan bu problem, genellikle ifade hürriyetinin haksız biçimde sınırlandırılmasına neden olmaktadır. Özellikle bu sorun devletin, kendisini ve asli kurumlarını her türlü karşıt görüşe karşı koruma psikolojisi ve hâkimlerin devleti korumaya dönük yaklaşımlarıyla daha da ağırlaşmaktadır³⁸.

Yorumlama problemlerinden dolayı 2002 yılında ilgili madde metnine “eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının cezayı gerektirmeyeceği” hükmü eklenmesine ve bu hükmün günümüze kadar varlığını sürdürmesine karşın, uygulamadaki sorunların bir türlü çözülemediği görülmektedir. Esasında ifade hürriyetinin uzantısı niteliğinde olan eleştiri hakkının kullanılması durumunda bir suçtan söz edilemeyecek iken³⁹, böyle bir hükmün maddeye eklenmesi, uygulamada eleştiri hakkı içerisinde yer alan hususların dahi suç kapsamında değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Maalesef eleştiri ve aşağılama arasındaki ince çizgi uygulamada bir türlü doğru bir biçimde tespit edilememektedir⁴⁰.

Uygulamada eleştiri ile aşağılama arasındaki sınırın tespit edilmesine ilişkin çeşitli öneriler bulunmaktadır. Bunlardan ilki, maddenin bütünüyle kaldırılmasını savunmaktadır⁴¹. Diğerleri ise,

sergilenen bu yaklaşım tarzı, eleştiri ve aşağılama arasındaki sınırın belirlenmesinde en büyük güçlüğü oluşturmaktadır.

³⁸ SANCAR, Hukuki Pansuman, <http://www.radikal.com.tr>

³⁹ WRAGG, Paul, A Freedom to Criticise? Evaluating the Public Interest in Celebrity Gossip after Mosley and Terry, **Journal of Media Law**, Vol. 2, No. 2, 2010, s.316-317.

⁴⁰ SANCAR, Değişikliklerin Anlamı, s.93-94; KABOĞLU, Özgürlükler Hukuku, s.358; SENKERİ, s.34; KOCA, s.444. İfade özgürlüğünün, sistemi yıkmaya yönelmediği sürece anayasal değerlerin eleştirisini de kapsamına aldığına dair bkz. Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, Karşıoy Yazısı.

⁴¹ KABOĞLU, 301 Bildiğiniz Gibi, s.24-28; SANCAR, Hukuki Pansuman, <http://www.radikal.com.tr> KARAKAŞ, Eser, AIHM’in Yeni 301 Kararı ve

maddenin benzer şekillerinin pek çok Avrupa ülkesinde bulunduğunu ve ciddi bir problem yaşanmadığını, maddenin ve uygulamanın revize edilerek varlığını sürdürmesi gerektiğini öne sürmektedir⁴². Bu düşünceye göre, demokratik rejimleri yaşatmaya çalışan siyasal iktidarın maddi ve manevi varlığının saldırılardan korunması, o toplumda yaşayan bireylere hizmet etmesi nedeniyle kabul edilebilir niteliktedir⁴³. Dolayısıyla madde varlığını sürdürebilir. Ancak bu durumda; eleştiri ile aşağılama arasındaki farkın somut ölçütlerle ortaya konulması ve ikisi arasındaki sınırın net olarak çizilmesi gerekmektedir⁴⁴.

- Bir Şans, Zaman,
<http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=1195306&title=yorum-eser-karakas-aihmnin-yeni-301-karari-ve-bir-sans>, 27.10.2011; ERDOĞAN, Mustafa, TCK 301'e Dair, <http://www.stargazete.com/mobil/guncel/yazar/mustafa-erdogan/tck-301-e-dair-haber-137602.mob> (13.11.2006), 15.3.2012; ERDOĞAN, Mustafa, AİHM, TCK'nın 301. Maddesini Mahkûm Etti, <http://www.hurfikirler.com/yazi2047/aihm-tcknin-301-maddesini-mahkum-etti.php>, 5.1.2012; SELÇUK, 301. Madde, <http://www.abhaber.com> soyut bir nitelik taşıyan "değerlerin korunması"nın ceza hukukunda yeri olamamalıdır. Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, Karşıoy Yazısı.
- ⁴² YURTCAN, Erdener, 301, **İstanbul Barosu Dergisi Ceza Özel Sayısı**, İstanbul 2006, s.11-12; ÖZCAN, Mehmet, Türk Ceza Kanunu 301. Madde ve Avrupa Birliği'nin 301'leri, <http://www.usakgundem.com/makale/52/t%C3%BCrk-ceza-kanunu-301-madde-ve-avrupa-birli%C4%9Fi%E2%80%99nin-301%E2%80%99leri.html>, 2.1.2012. Almanya, Avusturya, Danimarka, Fransa, İtalya, İspanya, Polonya, Portekiz, Hollanda gibi ülkelerdeki benzer maddelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAR, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, s.41-46; ARTUK, s.222-225.
- ⁴³ Demokratik rejimler, esasında, eleştiriden beslenerek güçlenirler ve varlıklarını sağlamlaştırırlar. Böyle olunca, eleştiri hakkını kullanan bir kişinin anayasal kuruluşları aşağılama suçunu işlemesi mümkün değildir. KOCA, s.469. İnsan haklarına ilişkin önemli uluslararası sözleşmelerin ifade özgürlüğünü sınırlandırıcı hükümlerinde, aşağılama suçlarına temel sağlayıcı bir nedenin bulunmadığı gerekçesiyle, bu tip suçların kaldırılması önerilmektedir. KORKUT, s.25-27.
- ⁴⁴ SENKERİ, s.192; FENDOĞLU, Hasan T., "Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesinin Analizi ve Değişiklik Teklifi (2006),

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, 25.10.2011 tarihinde verdiği Akçam/Türkiye kararında bu hususa değinmekte ve 301. maddenin yeterli kesinlik içerecek biçimde yeniden düzenlenmesi gerektiği görüşünü dile getirmektedir⁴⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, kanun koyucunun devlet kurumlarını ve belirli değerleri aşagılanmadan koruma isteği, belli bir yere kadar kabul edilse de, yargı organları tarafından yorumlandığı şekliyle madde çok muğlaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 301. maddenin bu haliyle, bireylerin ifade hürriyetini sürekli olarak tehdit ettiğine ve kişilere kendi

<http://www.hasantahsinfendoglu.com>, 10.2.2012. Maddede yer alan muğlak kavramların çıkarılarak, bunların yerine devlet kurumları, kamu çalışanları, bayrak, milli marş ve semboller gibi somut kişi, kurum ya da olguların hareket noktası haline getirilmelidir. ÖZCAN, <http://www.usakgundem.com>.

⁴⁵ Yazar Taner Akçam, Agos gazetesinde Dink'in mahkûmiyetini eleştiren ve 1915 olaylarını soykırım olarak niteleyen bir yazı yayınlamış, bunun üzerine hakkında 301. maddeyi ihlal gerekçesiyle suç duyurusunda bulunulmuştur. Savcı, Akçam'ın düşüncelerini ifade hürriyeti kapsamında değerlendirerek dava açmamıştır. Ancak Akçam, 301. maddenin varlığının kendisi başta olmak üzere yazar, tarihçi ve düşünürler üzerinde baskı oluşturduğunu, dava açılma tehdidinin kendisini rahatsız ettiğini öne sürerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Akçam'ın tazminat talebini reddetmiş ancak 301. maddeye ilişkin düşüncelerini onaylamıştır. Akçam/Türkiye, 27520/07, KT. 25.10.2011, par 75-82, 87-93. Bu kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Akçam'ın "potansiyel mağdur" olduğu düşüncesinden yola çıkmıştır. "Potansiyel mağdur" kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ANAYURT, Ömer, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.177-178; BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi Çerçevesinde, "Ermeni Soykırımını" İnkarı Suç Sayan Düzenleme, <http://www.ankarstrateji.org/print/yazar/doc-dr-faruk-bilir/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-nin-yargilama-yetkisi-cercevesinde-ermeni-soykirimini-inkari-suc-sayan-duzenleme/>, 30.1.2012. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne eklenen 14 no'lu protokolün mağdur kavramına ilişkin getirdiği yenilikler için bkz. BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol, **AÜHFD**, C. 55, Sy. 1, Y. 2006, s.145-146.

fiillerinin sonuçlarını öngörme imkânı tanımadığına hükmetmiş bulunmaktadır⁴⁶.

İfade hürriyetinin doğal uzantısı olan eleştiri hakkının ve özellikle siyasal eleştirinin, demokratik rejimlerin temel göstergesi olduğu düşünüldüğünde, maddeye ilişkin problemlerin ortadan kaldırılması amacıyla benimsenecek en iyi yöntem maddeyi bütünüyle yürürlükten kaldırmaktır. Nitekim doktrinde pek çok yazar tarafından da dile getirildiği gibi, uygulayıcıların subjektif değerlendirmelerinden kaynaklanan bu sorunun çözümü, maddeye ilişkin yapılacak revizyonlarla aşılabilecek gibi görünmemektedir. Bu çerçevede madde, tercihen kaldırılmalıdır. Ancak, maddenin yürürlükten kaldırılmaması durumunda, daha net biçimde düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁷. Bu bağlamda aşağılama yerine sınırları somut bir biçimde tespit edilebilecek olan tercihen “ağır ve değersizleştirici hakaret” ya da “hakaret” kavramının getirilmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu noktada uygulayıcıların tutumu oldukça önem arz etmektedir. Uygulayıcıların tutumu, ifade özgürlüğünü içselleştirir biçimde, hoş gitmeyen ifadeleri de özgür kılma yönünde değişmedikçe, madde nasıl kaleme alınırsa alınsın sorunlar çözülemeyecektir. Hatta madde kaldırılrsa bile, başka 301. maddeler devreye girecek ve ifade hürriyeti bu durumdan zarar görecektir⁴⁸. Dolayısıyla 301. maddeye

⁴⁶ Akçam/Türkiye, 27520/07, KT. 25.10.2011, par 93. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Akçam/Türkiye kararına ilişkin daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ERDOĞAN, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, TCK'nın 301. Maddesini Mahkûm Etti, <http://www.hurфикirler.com>; KARAKAŞ, www.zaman.com.tr

⁴⁷ Korkut ve Erdoğan 301. maddenin kaldırılmadan uluslararası standartlarda yorumlanarak varlığını sürdürebileceğini, ancak çağdaş ve doğru olan yolun maddenin kaldırılması olduğunu ileri sürmektedir. KORKUT, s.34; ERDOĞAN, TCK'nın 301. Maddesi, <http://www.hurфикirler.com>; Selçuk, maddeye ilişkin yeni bir öneri koymakla birlikte, suç tanımında bugüne kadar 'açıklık, kesinlik ve belirginlik ilkeleri'nin gerçekleştirilemediğini, bundan sonra da bunu gerçekleştirmenin güç olduğunu öne sürmektedir. SELÇUK, 301. Madde, <http://www.abhaber.com>

⁴⁸ SANCAR, Hukuki Pansuman, <http://www.radikal.com.tr> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Akçam/Türkiye kararında, Yargı tarafından 301. maddenin keyfi biçimde uygulandığına dikkat çekmiştir. Akçam/Türkiye,

ilişkin esas problemin, uygulayıcıların ifade hürriyetine ilişkin mantalite sorunundan kaynaklandığını söylemek mümkündür⁴⁹.

3. İfade Hürriyetinin Şiddete Teşvik ya da Hakareti Korumaması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dink kararında üzerinde durduğu bir diğer husus ise, ifade hürriyetinin şiddet kullanımını teşvik niteliğindeki beyanları koruma kapsamına almadığı ve bu ölçütün mahkeme için temel unsur olduğudur. Bu çerçevede Mahkeme, Dink'in ifadelerinin bütünü incelendiğinde; şiddet kullanımına, isyana ya da başkaldırıya teşvik içermediğini ve başvuru Dink'in ifade hürriyetinin ihlal edildiğini tespit etmektedir⁵⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Dink'in ifadeleri şiddet kullanımına teşvik içermediği gibi hakaret ya da saygısızlık da içermemektedir. Dolayısıyla Dink'in "haksız bir saldırı" niteliği taşımayan beyanlarının Türklüğe hakaret olarak değerlendirilerek cezalandırılması, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün sınırlandırılması anlamına gelmektedir⁵¹.

4. Serbest Tartışma Ortamı Sağlanmasının Gerekliliği

Mahkeme, bütün bu hususların yanı sıra belirleyici olmamakla birlikte, Dink'in 1915 olaylarının soykırım olarak tanınmamasıyla ilgili acısını dile getirirken, demokratik bir toplumda kamu yararı taşıyan bir konuda düşüncelerini yayımladığına dikkat çekmektedir. Mahkemeye göre, demokratik bir toplumda tarihi olaylara yönelik tartışmanın serbestçe cereyan edebilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mahkeme daha önce vermiş olduğu kararlara da atıfta bulunarak "tarihi gerçeğin araştırılmasının ifade özgürlüğünün bütünleyici bir parçası olduğunu" ve "kendisinin sürekli kamuoyu tartışmasına konu olan temel tarihsel bir

27520/07, KT. 25.10.2011, par. 79. Aynı yönde bkz. Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT.14.10.2010, Karşıoy Yazısı

⁴⁹ SÖZÜER, Adem, 301. ve 305. Madde Tartışması, **Yakın Plan NTV**, <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/355594.asp?cp1=1> 3.1.2012.

⁵⁰ Mahkeme başka bazı kararlarına dikkat çekerek bu düşüncesini desteklemektedir. Bkz. Ceylan/Türkiye, 23556/94, par. 32; Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 133-134.

⁵¹ Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 135-136; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yöndeki değerlendirmelerine dikkat çeken bir çalışma için bkz. SADEGHI/TANSEY/BECKER/JOHNS/OSBERG, s.2-3.

sorun hakkında “hakemlik etme yetkisinin bulunmadığını” ifade etmektedir⁵². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından isabetli bir biçimde dile getirilen bu yaklaşıma aykırı olarak, Fransız Senatosu tarafından 23 Ocak 2012 yılında “Soykırımı İnkâr Kanunu”⁵³ kabul edilmiş, ancak söz konusu kanun, 28 Şubat 2012 tarihinde Fransız Anayasa Konseyi tarafından ifade hürriyetine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Böylelikle ifade hürriyeti bakımından demokratik bir toplumda olması gereken standartlara uygun bir yaklaşım benimsenmiştir.

5. İfade Hürriyeti Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri

AHİM’in, Dink kararında üzerinde durduğu bir diğer önemli husus, ifade hürriyeti kapsamında devlete düşen pozitif yükümlükler meselesidir. Uluslararası insan hakları belgeleri ve anayasalarda kişisel ve siyasal hak kategorisinde yer alan ifade hürriyeti, genellikle bu hak kategorisine karşı oluşmuş yanlış algı nedeniyle, sadece negatif nitelikli olarak anlaşılmaktadır. Hâlbuki diğer kişisel ve siyasal haklar gibi ifade hürriyetinin de ideal manada sağlanabilmesi için sadece ihlallerden korunması yeterli olmamakta, devlet tarafından olumlu edimlerle desteklenmesi gerekmektedir⁵⁴.

⁵² Mahkemenin atıfta bulunduğu daha vermiş olduğu kararlar hakkında bkz. Mutatis Mutandis, Giniewski/Fransa, 64016/00, par. 51; Mutatis Mutandis, Chauvy ve diğerleri/Fransa, 64915/01, par. 69; Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 135.

⁵³ Bu düzenlemeye göre, basın kanununda sayılan yollardan biriyle ermeni soykırımının inkâr edilmesi suç sayılmakta ve suçu işleyenlere 1 yıl hapis ve 45.000 Euro’ya kadar para cezası öngörülmekteydi.

⁵⁴ DONNELLY, s.43-47, 109-110; DIMOVA-COOKSON, Maria, A New Scheme of Positive and Negative Freedom : Reconstructing T. H. Green on Freedom, **Political Theory**, Vol. 31, 2003, s.517; KABOĞLU, İbrahim, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar, **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı**, TBB Yayını, Ankara 2001, s.112; ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s.31-32, 92-93. Esasında bütün temel hak ve hürriyetler gibi ifade hürriyetinin de negatif ve pozitif gibi bir ayrıma tabi tutulması, söz konusu hürriyetin anlamlandırılmasında ve korunmasında ciddi problemlere yol

Bu düşünceden yola çıkan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmede düzenlenen hak ve hürriyetler karşısında devletin negatif bir tutum takınmasını yeterli kabul etmemekte, bu hakları korumak için gerekli pozitif tedbirleri alma yükümlülüğüne vurgu yapmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sözleşmeciler devletlere böyle bir yükümlülük yüklenmesinin temel nedeni, sözleşmede yer alan hakları etkili bir biçimde koruma isteği ve kamu makamları yanında özel şahıslar tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerini önleme düşüncesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, taraf devletlere pozitif yükümlülükler yüklerken, bunu, sözleşmenin 1. maddesinde yer alan “insan haklarına saygı yükümlülüğü”, 13. maddesinde düzenlenen “etkili başvuru hakkı” ve “sözleşmedeki hakların pratik ve etkili önlemlerle korunması ilkesi”yle temellendirmektedir. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından devletlere yüklenen pozitif yükümlülükler, hukuki dayanaktan yoksun bulunmamaktadır. Ancak devletlerin söz konusu yükümlülüklerinin kapsamı (hangi haklarda ve ne tür müdahalelere karşı) ve sonuçları (yani devletlerin yerine getirmesi gereken ödevleri) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarıyla şekillenmektedir⁵⁵.

açmaktadır. DONNELLY, s.44-47, 109; ANAYURT, Ömer, “Hakların Bütünlüğü İlkesi Açısından İnsan Haklarına İlişkin Sınıflandırmaların Değerlendirilmesi”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, TODAİE Yayınları, Ankara 2000, s.51-52; BULUT, Nihat, **Sanayi Devrimi’nden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2009, s.24; KARAN, Ulaş, Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkân “Bütüncül Yaklaşım”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 40, Sy. 3, Eylül 2007, s.38-39; 14-25 Haziran 1993 tarihleri arasında Viyana’da 171 devletin temsilcisinin katılımıyla gerçekleşen “İnsan Hakları Dünya Konferansı”nda kabul edilen 100 maddeden oluşan “Viyana Bildirisi”nin 5. maddesinde de belirtildiği gibi, bütün insan hakları “evrensel, bölünmez, karşılıklı olarak bağımlı ve birbirine bağlı”dır. GEMALMAZ Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s.752-753. Viyana Bildirisi’nin tam metni için bkz. [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.conf.157.23.en](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.conf.157.23.en) 2.2.2012.

⁵⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, devletlerin pozitif yükümlülükler bağlamında üzerine düşen sorumluluğu yerine getirebilmesi için hukuki ve pratik tedbirleri alması gerekmektedir. Hukuki tedbirlerle kastedilen, sözleşmeyle güvence altına alınan ifade hürriyetinin ihlaline

Dink kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, ifade hürriyeti bağlamında devlete düşen pozitif yükümlülüklerle yaklaşımı, daha çok başvuruçuların talepleri çerçevesinde şekillenmiştir. Başvuruçular, uyuşmazlık konusu olayda Dink'in saldırılara karşı korunamadığını, bu nedenle devletin ifade hürriyetine ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğini ileri sürmüşlerdir⁵⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, başvuruçuların bu iddialarını yerinde görerek, devletin ifade hürriyeti hususundaki pozitif yükümlülüklerini ihlal

karşı hukuki ve cezai yaptırımların yasal düzenlemelerle öngörülmesi ve bunun yanı sıra, iç hukuktaki düzenlemelerin yargı organları tarafından etkili koruma sağlayacak biçimde yorumlanmasıdır. Pratik tedbirler ise, hukuki tedbirlerin yeterli olmaması durumunda karşımıza çıkmaktadır. DOĞRU, Osman, Devletin Sorumluluğu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler, 2007 **İdari Yargı Sempozyumu**, <http://www.danistay.gov.tr/index.html>, 3.1.2012. Bu yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları için bkz. Verein Gegen Tierfabriken/İsviçre, 32772/02, KT. 30.6.2009; Melnychuk/Ukrayna, 28743/03, KT. 5.6.2005; Palomo Sánchez Diğerleri/İspanya, 28955/06, 28957/06, 28959/06, par. 58-62, KT. 12.9.2011; Akçam/Türkiye, 27520/07, KT. 25.10.2011, par 87-95; Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, Karşıoy Yazısı; Özgür Gündem/Türkiye, 23144/93, KT. 16.3.2000, par. 71. Yukarıda yer verilen kararların tam metnine ulaşmak için bkz. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>, 3.3.2012 Ayrıca bu kararların önemli bir kısmının devlete düşen pozitif yükümlülükler bağlamında değerlendirildiği çalışmalar için bkz. ECHR Research Report, **Positive Obligations on Member States Under Article 10 to Protect Journalists and Prevent Impunity**, Council of Europe/European Court of Human Rights, Strasbourg 2011 http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/16237F92-BCB9-4F12-9B1C-0EF6E3B2CB27/0/RAPPORT_RECHERCHE_Positive_obligations_under_Article_10_EN.pdf 5.2.2012. FRANÇOIS Jean, AKANDJI Kombe, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi No: 7, Belçika, 2008, s. 51.

⁵⁶ Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 103.

ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme, bu yöndeki kararında, öncelikle genel bir çerçeve çizmiş, ardından tek tek gerekçelerini sıralamıştır⁵⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından çizilen genel çerçevede, ifade hürriyetinin etkili bir şekilde kullanımı için devlete sorumluluklar düştüğünün, sözü edilen sorumluluğun sadece negatif bir tutum takınmak suretiyle müdahalelerden kaçınarak yerine getirilemeyeceğinin, devletin bireyler arasındaki ilişkilerde dâhil olmak üzere pozitif koruma önlemlerini alması gerekliliğinin üzerinde durulmuştur. Ayrıca Mahkeme, ifade hürriyetinin korunması hususunda devletin özel kişilerin saldırılarına karşı da pozitif yükümlülükleri bulunduğuna vurgu yapmıştır⁵⁸. Mahkeme'ye göre, ifade hürriyeti hususunda devlete düşen pozitif yükümlülükler, diğer kimseler gibi gazetecilerin de etkili bir şekilde korunacağı bir sistemin kurulmasını, kamusal tartışmalara herkesin katılımı için elverişli bir ortamın oluşturulmasını, resmi tezlere ve kamuoyunun geneline aykırı, şaşırtıcı, şoke edici ve rahatsızlık doğuran düşüncelerin korkusuzca dile getirilmesini kapsamalıdır⁵⁹.

⁵⁷ Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 75, 107-108, 136-139, 149. Fakat karşı görüşteki hakimler, Mahkeme'nin bu hususta benimsediği yaklaşıma, Dink'in ifade hürriyetinin ihlal edilmesi boyutuyla katılmış, ancak kararın gerekçesine hâkim olan devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin kısmına katılmamışlardır. Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, Karşı oy yazısı.

⁵⁸ Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 106. Karara yönelik karşı oy yazısı kaleme alan hâkimlere göre, kararda Dink'in öldürülmesinin, ifade hürriyetinin getirdiği yükümlülüklerin ihlaline bağlanması yanlış bir yaklaşımdır. Bu bağlamda gazetecilerin yaşama hakları tehdide maruz kaldığında yaşama hakkı ile ifade hürriyetine ilişkin pozitif yükümlülüklerin birbirine karışmaktadır. Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, Karşı oy yazısı.

⁵⁹ Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 137. Karara bazı yönleriyle karşı olan hâkimlere göre, devlet, ifade hürriyetinin etkili biçimde korunması için sağlıklı bir sistem kurmak ve basına yönelik üçüncü kişilerden gelen yıldırma eylemlerine karşı özel koruma önlemlerini almak yükümlülüğü altındadır. (bkz. Özgür Gündem/Türkiye). Fakat ifade hürriyetine ilişkin pozitif yükümlülükler gündeme geldiği zaman genellikle paternalizm tuzağına düşülmektedir. Bu gerekçeyle alınacak pozitif tedbirler, suiistimal edilerek başkalarının ifade hürriyeti ihlal

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade hürriyeti hususunda devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediğine ilişkin kararının genel çerçevesini bu şekilde ortaya koyduktan sonra, bu yargısını çeşitli hususlardan yola çıkarak tek tek gerekçelendirmiştir. Buna göre ilk olarak, ulusal yargılama makamları aşırı milliyetçi bir gruba mensup kişilerin şikâyeti üzerine soruşturmayı başlatmış ve bu kişilerin davaya müdahil olmalarına izin vermiştir⁶⁰. İkinci olarak, Dink'in ulusal mahkeme kararıyla 301. maddeyi ihlalden dolayı hiçbir üstün toplumsal gereksinime dayanmayan ve haksız bir biçimde mahkûm edilmesi, O'nun, toplum ve özellikle de aşırı milliyetçi kesimler tarafından Türkleri aşağılayan biri olarak algılanmasına yol açmıştır. Mahkeme, Dink'in öldürülmesini, ifade hürriyetine aykırılık teşkil eden 301. maddeden kaynaklanan mahkûmiyet kararının oluşturduğu söz konusu algıya bağlamıştır⁶¹. Üçüncü ve son olarak ise, güvenlik güçleri, Dink'in aşırı milliyetçi gruplara mensup kişilerce öldürülmeye çalışılacağından açıkça haberdar olmasına rağmen, herhangi bir önlem almamıştır⁶². Avrupa

edilebilmektedir. Örneğin uygulamada hükümete yakın yayın organlarının eleştirilmesi halinde, bu basın kuruluşlarının kayırılması amacına dönük koruma önlemlerinin alınması sık karşılaşılan bir durumdur. Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, Karşı oy yazısı.

⁶⁰ Dink/Türkiye, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, KT. 14.10.2010, par. 75, 107-108. Karşıt görüşteki hâkimlere göre, aşırı milliyetçi grupların sergilediği tutum ve davranışlarla, devletin pozitif yükümlülükleri arasında herhangi bir bağlantı bulunmamaktadır. Buna göre, aşırı milliyetçilerin gösterilerinin ya da suç duyurusunda bulunmalarının yasadışı bir yönü olmadığı gibi, gösterilere katılan kimselerin öldürmeyi kışkırttığına dair bir bulguya rastlanmamıştır. Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, Karşı oy yazısı.

⁶¹ Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 136-139. Karşıt görüşteki hâkimlere göre, Mahkeme Dink'i mağdur addetmek amacıyla pozitif yükümlülüklerden yola çıkmaktadır. Hâlbuki Dink'in öldürülmesiyle devletin ifade hürriyeti bağlamındaki pozitif yükümlülükleri arasında bir bağ kurulması doğru değildir. Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, Karşı oy yazısı.

⁶² Özellikle ikinci ve üçüncü gerekçelerin birleşmesi, Devletin ifade hürriyeti hususundaki pozitif yükümlülüğünü ihmal etmesiyle sonuçlanmıştır. Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, par. 136-139, 149. Karşı

İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, her üç unsur birlikte değerlendirildiğinde, ifade hürriyetinin devlete yüklediği pozitif yükümlülükler ihlal edilmiştir.

III. SONUÇ

İfade hürriyeti, demokratik çoğulcu bir toplum açısından son derece önem arz eden eksen bir hürriyet niteliğindedir. TCK'nın 301. maddesi ise, bu haliyle ifade hürriyeti önündeki en önemli engellerden birini teşkil etmektedir. Dolayısıyla maddenin tercihen kaldırılması isabetli bir yaklaşım olacaktır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de Akçam/Türkiye kararında belirttiği gibi, 301. madde varlığını devam ettirecekse ciddi bir revizyona tabi tutulmalıdır. "Türklük" ya da "Türk Milleti" gibi kavramların yerine, "Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının bütünü"; "aşağılama" yerine, "ağırlaştırıcı veya dengesizleştirici hakaret"; "Adalet Bakanı" izni yerine, "Cumhurbaşkanı"nın izni getirilebilir. Ancak maddeye ilişkin sorunların ortadan kaldırılması için gereken en ciddi revizyon, uygulayıcıların mantalitesinde yapılmalıdır. Çünkü maddeye ilişkin uygulayıcıların yaklaşımı değişmediği sürece, başka maddeler devreye girecek ve ifade hürriyeti bundan ciddi anlamda zarar görecektir.

Dink'in ifade hürriyetinin ihlal edilmesinde de, 301. maddeden kaynaklanan sorunlara, uygulayıcıların sözü edilen maddeye ilişkin yaklaşımlarının eklenmesi son derece etkilidir. Türk yargı organları tarafından Dink'in, Ceza Kanunu'nun 301. maddesini ihlalden dolayı mahkûm edilmesi, hem Dink olayının AB ilerleme raporlarında yer almasına, hem de uyuşmazlığın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınmasının da etkisiyle 301. maddeye yönelik kamuoyundaki

yönde düşünen hâkimler, devletin, basına yönelik üçüncü kişilerden gelen yıldırma eylemlerine karşı özel koruma önlemleri alması gerektiğini Özgür Gündem/Türkiye kararına atıf yaparak kabul etmişlerdir. Ancak hâkimler, gazetecilerin yaşamları tehdit altında olduğu zaman koruma ödevine ilişkin pozitif yükümlülüklerin, yaşama hakkından mı? Yoksa ifade hürriyetinden mi? kaynaklandığı hususunda tereddütte kaldıklarını ifade etmişlerdir. Her iki hakka ilişkin yükümlülüklerin birbirine karıştığını düşünen hâkimler, bu hususta alınacak koruyucu önlemlerin; gazetecilerin fiziki bütünlüğüne yönelik her türlü tehdidin gerçek olduğunun karine olarak kabul edilmesini gerektirdiğini ileri sürmüşlerdir. Dink/Türkiye, 2668/07 vd., KT. 14.10.2010, Karşı oy yazısı.

tartışmaların ciddi biçimde artmasına neden olduğu görülmektedir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararıyla, devlet tarafından Dink'in ifade hürriyetinin ihlal edildiğinin tescillenmesi, 301. maddeye ilişkin tartışmaları daha da alevlendirmiş bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Dink kararında ifade hürriyetine ilişkin üç hususa vurgu yapmaktadır. Bunlardan birincisi, Dink'in düşüncelerinin ifade hürriyeti bağlamında değerlendirilmesi gerekliliğidir. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Dink'in soykırım tezini inkâr eden devlet organlarını eleştirdiği için cezalandırıldığı ve bu durumun ifade hürriyetini ihlal ettiği kanaatindedir. Mahkeme, hükümete karşı yapılacak eleştiri sınırlarının sıradan vatandaşlara göre çok daha geniş olduğunu, hükümetin baskın konumu ve muhaliflerden gelen haklı olmayan eleştirilere cevap vermek için başkaca imkânlarla sahip olması nedeniyle cezai yöntemlere başvurma hususunda daha ölçülü davranması gerektiğini öne sürmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dink kararında üzerinde durduğu ikinci husus, ifade hürriyetinin şiddet kullanımını ya da isyanı teşvik veya "haksız bir saldırı" niteliğindeki beyanları koruma kapsamına almadığı ve bu ölçütün mahkeme için temel unsur olduğudur. Bu çerçevede Mahkeme, Dink'in ifadelerinin bütünü incelendiğinde; şiddet kullanımına, isyana ya da başkaldırıya teşvik içermediğini ve başvuru Dink'in ifade hürriyetinin ihlal edildiğini tespit etmektedir. Ayrıca Mahkeme, Dink'in 1915 olaylarının soykırım olarak tanınmamasıyla ilgili acısını dile getirirken, demokratik bir toplumda kamu yararı taşıyan bir konuda düşüncelerini yayımladığına dikkat çekmektedir. Mahkemeye göre, demokratik bir toplumda tarihi olaylara yönelik tartışmanın serbestçe cereyan edebilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mahkeme daha önce vermiş olduğu kararlara da atıfta bulunarak "tarihi gerçeğin araştırılmasının ifade özgürlüğünün bütünleyici bir parçası olduğunu" ifade etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Dink kararında ifade hürriyetine ilişkin vurguladığı son husus ise, devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkindir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, devletin ifade hürriyeti bağlamındaki sorumluluğu sadece bu hürriyeti ihlal etmemekle sınırlı değildir. Dolayısıyla ifade hürriyeti söz konusu olduğunda, devletin pasif bir tutumu yeterli kabul edilmemekte, bunun yanında pozitif yükümlülükler yüklenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede

devletin bireyler arasındaki ilişkilerde dâhil olmak üzere her türlü pozitif koruma önlemini alması temel bir gerekliliktir.

SEÇİLMİŞ KAYNAKÇA

ALGAN, Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

ALGAN, Bülent, The Brand New Version of Article 301 of Turkish Penal Code and the Future of Freedom of Expression Cases in Turkey, **German Law Journal**, Vol. 9, No. 12.

ANAYURT, Ömer, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2004.

ARTUK, Mehmet E. Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu, (5237 sayılı TCK m. 301), **TBB Dergisi**, Sy. 70, 2007.

BIÇAK, Vahit, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararında İfade Özgürlüğü**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002.

BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yapısı ve 14 Nolu Protokol, **AÜHFD**, C. 55, Sy. 1, Y. 2006.

BİLİR, Faruk, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi Çerçevesinde, "Ermeni Soykırımını" İnkârı Suç Sayan Düzenleme, <http://www.ankarastrateji.org>, 30.1.2012.

BULUT, Nihat, **Sanayi Devrimi'nden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2009.

DAĞI, İhsan, 312, 159, Avrupa Birliği, http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Dagi/id_ab.htm, 1.12.2004.

DIMOVA-COOKSON, Maria, A New Scheme of Positive and Negative Freedom: Reconstructing T. H. Green on Freedom, **Political Theory**, Vol. 31, 2003.

DİNK, Hrant, Ermeni'nin 'Türk'ü, **Agos**, 23.1.2004.

DİNK, Hrant, Ermenistan'la Tanışmak, **Agos**, 13.2.2004.

DİNK, Hrant, 'Türk'ten Kurtulmak, **Agos**, 30.1.2004.

DOĞRU, Osman, Devletin Sorumluluğu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler, **2007 İdari Yargı Sempozyumu**, <http://www.danistay.gov.tr>, 3.1.2012.

ERDOĞAN, Mustafa, AİHM, TCK'nın 301. Maddesini Mahkûm Etti, <http://www.hurfikirler.com>, 5.1.2012.

ERDOĞAN, Mustafa, Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif, <http://www.liberal.org.tr>, 17.2.2012.

ERDOĞAN, Mustafa, İfade Özgürlüğü Özgür Toplumun Temelidir, <http://www.liberal.org.tr>, 17.2.2012.

ERDOĞAN, Mustafa, TCK 301'e Dair, <http://www.stargazete.com>, 15.3.2012

ERDOĞAN, Mustafa, TCK'nın 159. Maddesi Anayasaya Aykırıdır, http://www.liberal-dt.org.tr/guncel/Erdogan/me_tck.htm, 7.10.2004.

FRANÇOIS Jean, AKANDJI Kombe, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa Konseyi Yayınları, İnsan Hakları El Kitapları Serisi No: 7, Belçika, 2008.

GEMALMAZ Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta Yayınları, İstanbul 2003.

KABOĞLU, İbrahim, 301 Bildiğiniz Gibi, **Yeni Aktüel**, Sy. 167.

KABOĞLU, İbrahim, Düşünce Özgürlüğü, **İnsan Hakları (Cogito)**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.

KABOĞLU, İbrahim, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar, **Uluslar arası Anayasa Hukuku Kurultayı**, TBB Yayını, Ankara 2001.

KABOĞLU, İbrahim, **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, Ankara 2002.

KARAKAŞ, Eser, AİHM'in Yeni 301 Kararı ve Bir Şans, **Zaman**, <http://www.zaman.com.tr>, 27.10.2011.

KARAN, Ulaş, Sosyal Hakların Güçlendirilmesi Açısından Bir İmkân "Bütüncül Yaklaşım", Amme İdaresi Dergisi, C. 40, Sy. 3, Eylül 2007.

KOCA, Mahmut, Türk Ceza Kanununun 159. Maddesi Üzerine Bir İnceleme, **Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir 2001.

KORKUT, Levent, İfade Özgürlüğü Çerçevesinde TCK'nın 301. Maddesi, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.65, Sy. 1, Kış 2007.

NICOL Andrew, MILLAR Gavin and SHARLAND Andrew, **Media Law and Human Rights**, Oxford University Press, Oxford 2009.

ÖZTÜRK, Bahri, <http://www.abchukuk.com>, 15.01.2012.

ROSTBØLL, Christian F., Freedom of Expression, Deliberation, Autonomy and Respect, **European Journal of Political Theory**, Vol. 10 (5), 2011, s.6-8.

SADEGHI Sarira, TANSEY Christopher, BECKER Michael, JOHNS EmilyRose, OSBERG Carson, Updates from the Regional Human Rights Systems, **Human Rights Brief**, Vol. 18, Iss.1, 2010.

SANCAR, Türkan Y., "İfade Özgürlüğü Bağlamında Türk Ceza Kanunu 301. Madde" **23.02.2007 Tarihli Ankara Barosu- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Etkinliği**, <http://www.ankarabarusu.org.tr>, 20.2.2012.

SANCAR, Türkan Y., Siyasal Yaraya Hukuki Pansuman, **Radikal**, 13.4.2008.

SANCAR, Türkan Y., **Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri Ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini" Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski Tck M. 159/1 – Yeni Tck M. 301/1-2)**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

SANCAR, Türkan Y., Türk Ceza Kanunu'nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı, **AÜHFD**, c. 52, sy. 1, Ankara 2003.

SCHAUER, Frederick, **İfade Özgürlüğü Felsefi Bir İnceleme**, Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2002.

SELÇUK, Sami, Avrupa Birliği ve Türk Ceza Yasası'nın 301. Maddesi, <http://www.abhaber.com>, 3.1.2012.

SENKERİ, Tarık, **Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996.

SÖZÜER, Âdem, 301. ve 305. madde Tartışması, **Yakın Plan NTV**, <http://arsiv.ntvmsnbc.com>, 3.1.2012.

SUNAY, Reyhan, Anayasanın Ğfade Hürriyeti AnlayıĞı ve Uygulamaya Yansıyan Sorunlar, <http://www.liberal-dt.org.tr/idd/m16/DDsunay.htm>, 04.07.2002.

SUNAY, Reyhan, **İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları**, Liberal Düşünce TopluluĞu, Ankara 2001.

TANÖR, Bülent, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, İstanbul 1994.

TEMPERMAN, Jeroen, Freedom of Expression and Religious Sensitivities in Pluralist Societies: Facing the Challenge of Extreme Speech, **Brigham Young University Law Review**, 2011.

UYGUN, Oktay, TCK 301: "Türklük" ve "Türk Milleti" Kavramları, <http://old.boell-tr.org>, 17.2.2012.

VERPEAUX, Michel, **Freedom of Expression: In Constitutional and International Case Law**, Council of Europe, Strasbourg 2010.

WEINSTEIN, James, Extreme Speech, Public Order, and Democracy: Lessons from The Masses, **Extreme Speech and Democracy**, Eds.Ivan Hare and James Weinstein, Oxford University Press, Oxford 2011.

WRAGG, Paul, A Freedom to Criticise? Evaluating the Public Interest in Celebrity Gossip after Mosley and Terry, **Journal of Media Law**, Vol. 2, No. 2, 2010.

YURTCAN, Erdener, 301, **İstanbul Barosu Dergisi Ceza Özel Sayısı**, İstanbul 2006.

**THE ANALYSE OF NATURE AND
IMPLEMENTATION OF ECONOMIC, SOCIAL AND
CULTURAL RIGHTS AND CIVIL AND POLITICAL RIGHTS
IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW**

Yrd. Doç.Dr Murat TUMAY¹

ABSTRACT

After World War II The International Society established United Nations for promoting peace and Human Rights in the World. It has declared Universal declaration of Human Rights which was a standard setting document and was not legally binding on signatory states. In 1966 two legally binding treaties International Civil and Political Rights and International Convention on Economic, social and cultural rights came into force. However, economic, social and cultural rights have been neglected comparing the efforts spent for the civil and political rights. This was mainly a result of struggle between two ideological blocs during the Cold War.

Although they have been regulated under two different covenants, whether there is a core distinction between the two groups of rights or not is a question in the International Human Rights academic world.

KEY WORDS: *Economic, Social and Cultural Rights, Positive Responsibility, Cold War, Civil and Political Rights.*

**ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA
ECONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR İLE
MEDENİ VE SİYASAL HAKLARIN DOĞASI VE
GERÇEKLEŞTİRİLMELERİNİN ANALIZI**

ÖZET

Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun gelişimi 2. Dünya savaşından sonra Birleşmiş Milletlerin kurulması ile birlikte çok hızlı olmuş ve derinleşmiştir. Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi Kabul edilmiş ancak bu belgenin imzacı devletler açısından hukuki bağlayıcılığa sahip olmamasından kaynaklanan problem 1966 yılında BM tarafından ikiz

¹ Assistant Prof, Selçuk Univesity Law Faculty

sözleşmeler olarak adlandırılan hukuki bağlayıcılığa sahip Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Sözleşmesinin imzalanması ile giderilmeye çalışılmıştır. Özellikle soğuk savaş dönemindeki ideolojik kamplaşmaların bir sonucu olarak medeni ve siyasi haklara nazaran ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ihmal edilmişlerdir. Literatürde doğası gereği medeni ve siyasal haklar ile ekonomik sosyal ve kültürel haklar arasında bir fark olup olmadığı tartışılmıştır. Bu makalade bu iki insan hakları kategorisinin tabiatı ve gerçekleştirilmelerine ilişkin analizi ile bir fark olup olmadığı sorusuna cevap aranacaktır.

ANAHTAR KELİMELEER: *Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, pozitif yükümlülük, soğuk savaş, Medeni ve siyasal haklar*

I. Introduction

The human beings received his/her human rights related to their nature after long struggles and philosophical debates. After World War Two the General Assembly of the newly established United Nations declared these rights on 10 December 1948 with the Universal Declaration of Human Rights. This declaration is not legally binding which contains both civil and political rights and economic, social and cultural rights. To comply with the need of legally binding convention on ratifying states, by the effect of two different ideological perspectives, two separate covenants were prepared. The covenant on civil and political rights on the one hand and the covenant on the economic, social and cultural rights on the other signed in 1966 and came into force in 1976.

Generally spoken economic, social and cultural rights have been neglected comparing the efforts spent for the civil and political rights. This was mainly a result of struggle between two ideological blocs during the Cold War.

Although they have been regulated under two different covenants, whether there is a core distinction between the two groups of rights or not is a question in the International Human Rights academic world.

For analysis of this question I will examine the problem under several headings which captures historical, conceptual, technical and ideological perspectives.

II. The Historical Perspective

All articles and books, which start with history of Human rights say that after World War 2 and experiment of Nazi and other dictatorships mainly western states wanted to establish an international machinery, which would protect the human rights also.²

The United Nations was established in 1945 by the Charter of UN. United Nations adopted the Universal Declaration of Human rights on 10 December 1948, which is not binding on adopting states. This was an important step for protecting fundamental Human Rights. This declaration contained both sets of Human Rights, which we call today as civil and political rights on the one hand, and economic, social and cultural rights on the other. It was understood from the UDHR that there wasn't a distinction between two sets of rights.

UN commission on Human Rights completed its works on UDHR and then began to prepare convention, which would be binding on state parties ratifying. At that time, the commission confronted by a question whether it should be one convention or two conventions. Mostly socialist countries suggested that it should be one covenant, which also include economic, social and cultural rights besides civil and political rights.³ UN General Assembly in its resolution adopted in 1950 stated that all human rights are independent and asked the commission to draft a single convention.⁴ However the next year, western states affected the draft proceedings and were able to adopt a new GA resolution⁵, which

² Harris, O'Boyle, Warbrick; *Law of the European Convention on Human rights*, (London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995) p.1; Robertson and Merrills, *Human Rights in the World*, (Glasgow, Bell & Bain Ltd, 1996) p,1 and so on.

³ Foreign Policy Document, No: 127, *The balance between civil and political rights and economic, social and cultural rights*. International Research Department , Commonwealth Secretariat, December 1978.

⁴ GA Res.421(V) 4 December 1950

⁵ GA Res.543 (VI) 5 February 1952

required the commission to divide the rights into two different international covenants. These covenants were the international covenant on civil and political rights and the international covenant on economic, social and cultural rights. There were disputes about real reason of two covenants being to make possible at least ratifying one covenant by states which weren't fond of economic, social and cultural rights. Deciding two sets of rights reflected certain ideological and political differences between two major groups of negotiating states.⁶ However, it should be bear in mind that, at the same time General Assembly adopted resolution and expressed that all human rights are interrelated and indivisible. UN repeated this concept several times. GA resolution in 1977 (32/130) stated that all human rights were indivisible and interdependent and that equal attention should be given to the implementation, promotion and protection of both civil and political and economic, social and cultural rights. Furthermore it noted that full realisation of civil and political rights without enjoyment of economic, social and cultural rights was impossible. Most recently 171 states took part at the World Conference on Human Rights in 1993, in Vienna and unanimously adopted Vienna Declaration and Programme of Action. In this declaration again it was stated that 'all human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated'.⁷

There is a broadly accepted belief that economic, social and cultural rights were created by Soviet states after World War II. David Weissbrodt argue that in the 19th century by the developing of socialism the scope of human rights expanded. This progress led to realising economic, social and cultural rights. So-called economic, social rights first took part in the constitutions of Mexico (1917) and Russia (1918).⁸ As opponent of this view Craven says that although the soviet states championed economic, social and cultural rights, these rights

⁶ Sieghart, Paul; *The International law of Human rights*, (Clarendon Press, Oxford, 1983) p.25

⁷ The world Conference on Human rights: Vienna Declaration and Programme of Action, UN doc.A/CONF.157/23, part 1, para.5.

⁸ Weissbrodt, David; "Human Rights: an historical perspective" in Davies, Peter (ed.) *Human rights* (Routledge, Great Britain, 1991) p.6

certainly were not created by socialist block.⁹ On the contrary these rights originated from American Law Institutes draft International Bill of rights, President Roosevelt's proposal for an 'Economic Bill of rights', the works of the International Labour Organisation founded in 1919 and such western human rights movements.¹⁰ It is the fact that western states predominantly spent efforts to promote rights, yet after socialist revolutions they didn't emphasise on economic, social and cultural rights. The Cold war deepened these different approaches to the rights. During that time, Soviet bloc emphasised on economic, social and cultural rights.¹¹ These different approaches of ideologies caused the negligence of economic, social and cultural rights. The states, which are entirely in favour of free market ideology, have difficulties with implementing economic, social and cultural rights.¹²

III. Classifying the Rights

The notion of dividing the rights into the generations was firstly used by Karel Vasak in 1977.¹³ This classification broadly accepted and used by authors who write about these issues. In this respect, the rights are divided into three generations. Civil and political rights are made up of first generation rights and economic, social and cultural rights of second-generation rights. Recently a third generation rights group was added to this agenda. The third generation rights include so-called solidarity rights which are environment and development rights. Edith Brown Weiss called these third generation rights as planetary

⁹ Craven, M, *The international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its development*(1959) quoted from Hunt, Paul; *Reclaiming Social Rights: International and Comparative perspective*, (Dartmouth, Aldershot, 1996) p.4

¹⁰ Hunt, Paul; *Reclaiming social Rights: International and Comparative Perspectives* (Dartmouth, Aldershot, 1996) p.4

¹¹ *ibid* p.7

¹² Alston, Philip; "Making economic, social and cultural rights count: A strategy for future" *.political studies* , p.188-190

¹³ Eide, A; Krause, C; Rosas, A; *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook* (Dordrecht/Boston/London, 1995) p.16

rights.¹⁴ At this point I would like to say that it is not possible to make clear and certain distinctions between that sets of rights. To illustrate, it is difficult to truly classify the right to trade union and the right to property in one group of rights. The right to education and cultural rights classified among the civil and political rights but not among the economic, social and cultural rights by the ECHR.¹⁵ On the contrary, The UN system gave place to the right to education among the economic, social and cultural rights.¹⁶

Convention of civil and political rights called generally on individuals rights; e.g. “ Every human being has the inherent right to life”; “ No one shall be held in slavery”; “All persons shall be equal before the courts and tribunals” and so on. On the other hand, the covenant on economic, social and cultural rights speaks to the states; “The State Parties to the present covenant recognise the right to work”; “The State Parties...undertake to ensure...the right of everyone to form trade unions”; “The States Parties recognise...the right to everyone to education” and so on. Having opinion that there is not clear distinction between two sets of rights I also have opinion that such classification is beneficial for educational purposes.

IV. The nature of human rights

To understand argument about distinctions between two sets of rights we should examine whether there is a difference between the human rights and legal rights. Human rights are sometimes confused with legal rights. Human rights are inherent in every human being. Human being receives these rights solely by his or her birth and human dignity. There is no need to any authority or government for providing these rights. Albie Sach says:

“No one gives us rights. We win them in struggle. They exist in our hearts before they exist on paper. Yet intellectual struggle is one of

¹⁴ Edith Brown Weiss, “Planetary Rights” in Claude, R. P; Weston B.H (eds.) ;*Human rights in the world community*,(UPP,Philadelphia,1992) p.187-197

¹⁵ ECHR,protocol 1,Article 2;Brownlie,Ian;*Basic documents on Human Rights*

¹⁶ ICESCR Article 13,ibid

the most important areas of the battle for rights. It is through concepts that we link our dreams to the acts of daily life.¹⁷

Firstly the authors in theories and writings on natural law have sought that all human rights are inalienable and equal because of human being. Locke's *Second treatise on Government* (1968) is often regarded the first major work on natural law theory.¹⁸

Positive law is not source of these rights, the only source is the nature of human being. The purpose of human rights is to prevent abuses of power. Hence the main targets of any and every litigation are abuses of power which can be defined as human rights violations, such as deaths by starvation.¹⁹ As a result, these rights are not only the civil and political rights but also economic, social and cultural rights.²⁰

V. Implementation

It has been argued that two sets of rights have different natures so they should have different instruments of implementation.²¹ Civil and political rights were considered to be 'absolute' and 'immediate' whereas

¹⁷ Sach, A. *Protecting Human Rights in a New South Africa*, (Capetown, Oxford University Press, 1990) quoted from Tomasewski, K. "The justiciability of economic, social and cultural rights" in *The Review, International Commission of Jurists Vol.55/December 1995, special Issue* "A careful and tedious analysis of what is –and what is not – a human rights is an inherent part of this intellectual struggle.

¹⁸ Arambulo, K. *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, (Antwerpen-Groningen-Oxford, Intersentia-Hart, 1999) p.10

¹⁹ The 1982 UN report on the world social situation included in its section on civil and political rights deaths by starvation, alongside executions and forced resettlement, amongst political killings. E/CN.5/1983/3 and St/ESA/125 p.202 cited from Tomasevski ibid

²⁰ Hausermann, Julia, "The realisation and implementation of economic, social and cultural rights" in Ralph Beppard and M. Hill Dilys (eds.) *Economic, Social and Cultural Rights Progress and Achievement (Hong Kong, 1992)* p.47

²¹ Dudziak, Mary, L, *Cold war Civil Rights: Race and image of American Democracy*, (Princeton University Press, 2011), Benyishay, Ariel and Betancourt, Roger R. 'Civil liberties and economic development' in *Journal of Institutional Economics*, (2010). Vol. 6, pp 281-304.

economic, social and cultural rights were assessed to be 'programmatic', to be realised gradually and therefore not a matter of rights.²² Vierdag in his article²³ argued that economic, social and cultural rights are not legally enforceable considering the implementation of these provisions as a political matter but not a matter of law. The machinery of implementation of two covenants supports this argument to some extent. At the time of drafting two covenants, an optional protocol which provide individual complaints about civil and political rights was prepared and adopted, whereas for economic, social and cultural rights such a machinery was not prepared. I will examine this argument under the heading of the justiciability.

The obligations of states for human rights are generally classified in three levels. These levels are the obligation to respect the right, the obligation to protect and the obligation to fulfil. At the first stage, that is, the obligation to respect required the state to be negative actor. It should avoid doing anything, which violates the rights of the individual. For its obligation to protect, state should take positive measures and protect the individual from the actions of others. And at the last stage, the obligation to fulfil, state should be absolutely active and take necessary measures to ensure each person's rights.²⁴ Article 2(1) of ICESCR reads as follow:

"Each state party to the present covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, *to the maximum of its available resources*, with a view to achieving progressively the full realisation of the rights recognised in the present covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures."

It is understood from this provision that states may not be able to full and immediate realisation of economic, social and cultural rights.

²² Vierdag, E.W "The legal nature of the rights granted by the international covenant on economic, social and cultural rights" *Netherlands Yearbook of the International Law*, Vol.9 91987) p.103

²³ supra note 17

²⁴ Eide, Asbjorn; "Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach" in *Human Rights in the world community* (UPP, Philadelphia, 1992) p.158-166

Therefore the state parties have obligation to take steps using maximum of their available resources to get progressive achievement of the full realisation of these rights.²⁵

The economic, social and cultural rights are broadly formulated as obligations of result rather than specific obligations of conduct. This has advantages and disadvantages. Allowing for flexibility so possibility for states to comply with their obligations in ways which suitable to their situation is a major advantage of them. The disadvantages are that they can be neglected and it is difficult to complete obligations for states. An obligation of conduct (active or passive) emphasises on behaviour, which the state should follow or abstain from. An obligation of result is concerned with the being active, but more concerned with the results the state should achieve or avoid. State agents are obliged not to torture that is an obligation of conduct. States and its agents should take measures to avoid from hunger, that is an obligation of result.²⁶

VI. Justiciability

Generally spoken, if a right is justiciable, that is, if violation of those rights can be brought before a court or tribunal, that right also can be implemented properly. Therefore, justiciability is a most important aspect of any legal system. Justiciability means not only bringing social-matter characteristic cases before judicial tribunal, but also it covers the right to bring communications concerning violations before quasi-judicial organs, such as, UN Human Rights Committee and ombudsman etc.²⁷ It

²⁵ Hausarmenn, Julia. "A human rights approach to development " in *Rights and Humanity* (London,1998) p.29

²⁶ Eide, A."Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach" in Claude, R..P. and Weston, B.H. *Human Rights in the World* (Philadelphia,UPP,1992) p.158-159; Craven, M. *The International Convention on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its Development*, (Oxford, Clarendon Press, 1995) p.107

²⁷ Reclaiming Social Rights, supra note 9 p.24-25 Leary, A. V. "Justiciability and beyond; Complaint Procedures and the right to Health" in *International Commission of Jurists The Review*, Vol.55 Special Issue, December 1995

²⁷ supra note 12 p.41

has been argued and generally accepted that implementation of civil and political rights has the justiciability of that rights. On the other hand, some authors have the idea that economic, social and cultural rights are not in the scope of justiciability. Among them, Vierdag argues that implementation of economic, social and cultural rights is a political matter but not a legal matter.²⁸ Leary argues the common arguments raised against the justiciability of the social rights. These arguments are that, these rights are promotional requiring positive measures and government programmes and such measures and programmes are not susceptible to implement these rights by means of courts or similar formal procedures. They must be handled legislatively or administratively. One other argument, inter alia, is that social rights are vague and undefined so can not be implemented through justiciable procedures.²⁹ Authors argue to be two main reasons for undevelopment of justiciability of international economic, social and cultural rights treaties; a) the wording of these provisions b) Weak-monitoring mechanisms when compared with the that of civil and political rights.³⁰ In this regard, committee on economic, social and cultural rights in 1992 argued for an individual right of complaint and expressed in that year's report that complaint procedures would contribute to the development of the law in the field of economic, social and cultural rights.³¹ Economic, social and cultural rights are an important part of International Human Rights agenda. These rights took part in the UDHR, other general universal conventions, regional conventions and in the other treaties, which aimed to eradicate discrimination. Those treaties are legally binding, so the state parties have legal obligations.³²

Limburg principles created an important approach regarding justiciability of economic, social and cultural rights. Paragraph 8 of Limburg principles reads as follow:

²⁸ supra note 19

²⁹ supra note 22

³⁰ supra 12, p.42

³¹ Leary, A. Virginia, "Justiciability and beyond; Complaint Procedures and the right to Health" in *International Commission of Jurists The Review*, Vol.55 Special Issue, December 1995

³² supra note 12 p.41

“Although the full realisation of the rights recognised in the covenant is to be attained progressively, the application of some rights can be made justiciable immediately while other rights can become justiciable overtime.”³³ Furthermore 17 paragraph of that principles required the states parties at national level to use all appropriate means; legislative, administrative, judicial, economic, social and educational measures to fulfil their obligations under the covenant. According to the Limburg Principles it is clearly understood that economic, social and cultural rights are justiciable. In addition, the concept of indivisibility and interrelating of human rights necessitated the justiciability of economic, social and cultural rights. Current intergovernmental environment is hostile towards efforts to institutionalise the justiciability of economic, social and cultural rights as a category.³⁴

The Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights through treaties on Civil and Political Rights Treaties

The justiciability of economic, social and cultural rights, at least for some elements of them, has provided by means of civil and political rights mechanisms in the international area.

2. Non-discrimination (Article 26 of the ICCPR)

In international human rights arena justiciability of economic, social and cultural rights has been conducted under non-discrimination provision. The Human Rights Committee with regard to the three Dutch cases; *Danning v. Netherlands*, *Zwaan de-Vries v. Netherlands* and *Broeks v. Netherlands* which are related social security, after long discussions reached its final decisions on 9 April 1987 and made a major progress for justiciability of economic, social and cultural rights. Human Rights Committee in that decisions for the first time, settle that the non-discrimination provision in Article 26 of the ICCPR is also applicable in relation to the enjoyment of economic, social and cultural rights.³⁵

³³ The Limburg Principles, UN Doc.E/CN.4/1987/17

³⁴ Tomaszewski, K. ”Justiciability of economic, social and cultural rights” in *International commission of jurists The Review*, Vol.55 Special issue, December 1995

³⁵ supra note 12, p.44

3. The approach of European Court of Human Rights

European Court of Human Rights in its some judgements extended the protection of Article 6(1) the right to a fair trial to the social characteristic rights. In Airey case³⁶ European Court emphasised the social dimension of free legal assistance, the element of the right to a fair trial. Strasbourg in that case also argued the relationship between civil and political rights and economic, social and cultural rights.

“Whilst the convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature...[T]he mere fact that an interpretation of the convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the convention.”³⁷

In the *Feldbrugge v. Netherlands*³⁸ and *Deumeland v. Germany*³⁹ the Strasbourg took its first major step in extending the protection Article 6(1) to social security benefits.⁴⁰ Article 6(1) provides a protection in ‘individuals determination of his civil and political rights and obligations’. In *Feldbrugge* case, the applicant was refused to given health insurance allowances. Because of the restrictive terms of relevant appeal boards, applicant had not been able to a procedure fulfilling the requirements of the Article 6(1) to European Convention on Human Rights. Court first of all, dealt with the concept of the civil rights. Although health insurance was regulated under Dutch Public Law, Strasbourg found out that this insurance scheme receives premiums as a requirement of applicant’s employment contract, so predominantly it has civil law character, which was covered by Article 6(1). The European Court had reached the same conclusion in the same arguments in *Deumeland* case. It is worth to note at this point that, in these case since court found civil character of element of cases it had reached such a judgement. However, The Strasbourg in the cases *Salesi v. Italy*⁴¹ and

³⁶ Judgement of 9 October 1979, Series A, No: 32

³⁷ *ibid.* Para.26

³⁸ 29 May 1986 Series a No:99

³⁹ 29 may 1986 Series A No:100

⁴⁰ *supra* note 12 p.46-47

⁴¹ Judgement of 26 February 1993 series A No; 257.E

Schuler-Zgraggen v. Switzerland⁴² in 1993 extended the protection of Article 6(1) to statute-based social security benefits with a public law character. This was the further step to the earlier judgements.⁴³

Under the European systems and other regional and universal systems the protection of economic, social and cultural rights can be provided under the other similar field of civil and political rights treaties .For instance, the right to health can be protected under the right to life. General comment 6 on the right to life gives us such an approach. General Comment 6 para.16 (d) reads as follow:

“The committee has noted that the right to life has been too often narrowly interpreted. The expression “inherent right to life” can not properly be understood in a restrictive manner, and the protection of this right requires that states adopt positive measures. In this connection, the committee considers that it would be desirable for states parties to take all possible measures to reduce infant mortality and to increase life expectancy, especially in adopting measures to eliminate malnutrition and epidemics.”⁴⁴

4. The Approach of The Indian Supreme Court

The development of the Indian Supreme Court in the area of justiciability of social rights is widely recorded in the literature. Directive principles of Indian Constitution contain economic, social and cultural rights and it was expressly stated that these rights are non-justiciable. However, The Indian Supreme Court used the explicitly non-justiciable directive principles to justify its broad interpretation of the right to life.⁴⁵

Indian Supreme Court has constructed creative remedies and means of assisting the promotion of economic, social and cultural rights.

Considering the improving of justiciability for economic, social and cultural rights in the international and national arena we can

⁴² Judgement of 26 June 1993 Series A No: 263

⁴³ supra note 12 p.48-49

⁴⁴ Official records of the General assembly, thirty seventh session supplement, No:40, (A/37/40) (1982)

⁴⁵ Scott, Craig; “The Interdependence and permeability of Human Rights: Towards a partial fusion of the International Covenants on Human Rights.” In *27 Osgoode Hall Law Journal*, 767(1980) quoted from Leary supra note 22

come across that at least some elements of economic, social and cultural rights are justiciable.

VII. Funding

The realisation of two groups of rights is brought about in different ways due to the differences in character and substance of these rights. Bossuyt consider that civil and political rights are absolute, fundamental and have an invariable content because they are inherent to the human dignity. As a result they basically required negative obligations of on States. In this regard the realisation of civil and political rights do not vary from one state to another and minimum of obligations of state is sufficient.⁴⁶ Bossuyt on the other hand, argues that economic, social and cultural rights are relative rights, the realisation of which can solely be conducted progressively. As being subject to the differences in socio-economic and political systems of the different states they are vary to one state to another. These rights impose positive obligations on a state and to realise them and it required financial expenditures of state. Whereas, the civil and political rights do not require financial effort of the state. This argument one of the most mentioned by authors to make differences between two groups of rights. This argumentation was criticised. Eide stated that this view results from a very narrow understanding of the nature of these rights and of the corresponding state obligations.⁴⁷

As stated in the Declaration on the right to Development⁴⁸ the individual is the active subject of all economic and social development. The individual is expected through his or her own efforts and by use of his/her own resources to satisfy his or her own needs. As we mentioned before the, the state has three level of obligations for human rights. These are the obligation of respect, the obligation of protect and the obligation of fulfil. On the ground of the economic and social rights State's obligation of respect required that State must respect the resources owned by individual and his or her freedom of taking the necessary actions and

⁴⁶ Arambulo, K. *Strengthening the supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*(Antwerpen-groningen-Oxford,intersentia-hart,1999) p.71

⁴⁷ supra note 12 p.36

⁴⁸ GA Resolution 41/128 4 December 1986 Article 2

use the necessary resources to satisfy his/her own needs, and this level doesn't make any cost for State. The obligation of States to protect is the most important aspect of state obligations also with regard to economic, social and cultural rights alike the role of the State for civil and political rights. At the final level, the State's obligation is to assist and to fulfil the rights of everyone as being active. The argument that economic, social and cultural rights required more funding results from assumption that economic, social and cultural rights are observed at final level (the obligation to fulfil) while civil and political rights are observed on the primary level (the obligation of respect). However this assumption is arbitrary, because some civil and political rights require state at all levels. On the other hand, in many circumstances the economic, social and cultural rights can be protected at state's first level obligation the obligation of respect. The non-interference of the state in those cases is sufficient.⁴⁹

VIII. The Human Nature and Human Rights

Under the heading of nature of Human Rights concept I examined the nature of human rights. Here I would like to state my opinion on the relation between nature of human being and human rights. As we know the human is made up of two structure. One is physical body the other is spiritual, psychological structure. Both these structures of man have different needs. Although there is no a clear distinction, I think that we can see a rough distinction. I have opinion that civil and political rights (for example liberty) comply with the needs of spiritual body whereas the economic, social and cultural rights (food, housing, clothing etc) comply with the needs of physical body.

I also would like to mention that as a whole human nature is indivisible although has two different structure physical and spiritual. In this regard I have opinion that similarly, the human rights are indivisible and because of their nature they have different character.

IX. Conclusion

Economic, social, and cultural (ESC) rights are those that enable people to meet basic human subsistence and socioeconomic needs. The ESC rights in the ICESCR include the rights to work, to

⁴⁹ supra note 12 p.36-37

favorable working conditions, to form and join trade unions, to social security, to protection and assistance for family, to adequate standards of living and health, to education, and to participation in cultural life. Civil and Political Rights (CP) rights, in contrast, relate to the protection of individual liberties. The ICCPR establishes basic CP rights like the rights to life and to freedom from slavery and compulsory labor, but also establishes protections for individual participation in political and civil matters, including freedom of movement, thought, and expression, freedom from arbitrary arrest, the right to equal protection before the law, and the right to peaceful assembly and association.

Examined different approaches of authors, historical, ideological and technical perspectives and comments made by UN bodies I came across that all human rights are indivisible, interdependent and interrelated. Solely because of human nature and nature of human rights they may be divided into two groups. This doesn't effect their indivisibility and being human rights.

I have opinion that having two separate conventions is useful to understand the concept of human rights. There is not a superiority of one group to other. Both sets of rights result from nature of human rights and each group responds one aspect of human being.

From the wording of two covenants and arguments of authors we mentioned we see that civil and political rights are easier to define and subsequently to implement than economic, social and cultural rights. However, many of the economic, social and cultural rights can be claimed before national and international judiciary tribunals as we mentioned in the case before the Indian Supreme Court and the UN-Committee on Human Rights concerning three Dutch cases.

Even though economic, social and cultural rights have been neglected due to ideological approach shaped by Cold War, it must be kept in mind that these are rights as equal as civil and political rights.

BIBLIOGRAPHY

Alston, Philip; "Making economic, social and cultural rights count: A strategy for future" *political studies*

Arambulo, K. *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, (Antwerpen-Groningen-Oxford, Intersentia-Hart,1999)

Brownlie, Ian; *Basic documents on Human Rights*, (Oxford University Press, London)

Craven, M, *The international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on its development*(1959)

Dudziak, Mary, L, *Cold war Civil Rights: Race and image of American Democracy*, (Princeton University Press, 2011),

Eide, A; Krause, C; Rosas, A; *Economic, Social and Cultural Rights: a textbook* (Dordrecht/Boston/London, 1995)

Eide, Asbjorn; "Realization of social and economic rights and the minimum threshold approach" in *Human Rights in the world community* (UPP, Philadelphia, 1992)

GA Resolution 41/128, 4 December 1986

Hunt, Paul; *Reclaiming Social Rights: International and Comparative perspective*, (Dartmouth, Aldershot, 1996)

Harris, O'Boyle, Warbrick; *Law of the European Convention on Human rights*, (London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995)

Leary, A. V. "Justiciability and beyond; Complaint Procedures and the right to Health" in *International Commission of Jurists The Review*, Vol.55 Special Issue, December 1995

Robertson and Merrills, *Human Rights in the World*, (Glasgow, Bell & Bain Ltd, 1996)

Sach, A. *Protecting Human Rights in a New South Africa*, (Capetown, Oxford University Press, 1990)

Scott, Craig; "The Interdependence and permeability of Human Rights: Towards a partial fusion of the International Covenants on Human Rights." In *27 Osgoode Hall Law Journal*, 767(1980)

Sieghart, Paul; *The International law of Human rights*, (Clarendon Press, Oxford, 1983)

The world Conference on Human rights: Vienna Declaration and Programme of Action , UN doc.A/CONF.157/23

The Limburg Principles, UN Doc.E/CN.4/1987/17

The 1982 UN report on the world social situation included in its section on civil and political rights deaths by starvation, alongside

executions and forced resettlement, amongst political killings.E/CN.5/1983/3 and St/ESA/125

Tomasewski,K.”The justiciability of economic,social and cultural rights”in *The Review, International Commission of Jurists Vol.55/December 1995, special Issue*

Vierdag, E.W “The legal nature of the rights granted by the international covenant on economic, social and cultural rights”*Netherlands Yearbook of the International Law*,Vol.9, 1987

Weissbrodt, David; ”Human Rights: an historical perspective” in Davies ,Peter (ed.)*Human rights* (Routledge, Great Britain,1991.

PARLAMENTER SİSTEM İLE BAŞKANLIK SİSTEMİNİN ANALİZİ VE BAŞKANLIK SİSTEMİNİN TÜRKİYE'DE UYGULANABİLİRLİĞİ

Arş. Gör. Zehra CANER*

ÖZET

Günümüzde siyasal istikrarsızlıkları ve rejim bunalımlarını önlemek için hükümet sistemi tartışmaları yapılmaktadır. İnsanlar parlamenter sistemin hükümet krizlerine yol açtığını düşündükleri için Türkiye'de başkanlık sisteminin tercih edilmesi gerektiği fikri artmıştır. Bu çalışmada parlamenter sistem ile başkanlık sisteminin tarihsel gelişimi, avantaj ve dezavantajları, ülke uygulamaları incelenmekte ve son olarak iki sistemin Türkiye'de uygulanabilirliği karşılaştırmalı olarak anlatılmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: Başkanlık sistemi, parlamenter sistem, hükümet krizi, siyasal istikrarsızlık, rejim bunalımı

THE ANALYSIS OF PARLIAMENTARISM WITH PRESIDENTIAL SYSTEM AND THE APPLICABILITY OF PRESIDENTIAL SYSTEM IN TURKEY

ABSTRACT

Today regime debates are made to prevent political instability and regime crises. The idea of presidential system should be preferred in Turkey has increased because people think that parliamentarism causes government crises. The historical developments of parliamentarism with presidential system, their advantages and disadvantages, country practices are analyzed in this study and finally the applicability of two systems in Turkey is explained in comparative.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

KEYWORDS: *Presidential system, parliamentarism, government crisis, political instability, regime crisis*

GİRİŞ

Ülkemizde hükümet sistemi tartışmaları uzun yıllardan beri üzerinde durulan ve özellikle de bunalım dönemlerinde yoğun şekilde işlenen bir konudur. Ekonomik veya siyasi buhranların rejim değişikliği ile giderilmesinin mümkün olup olmayacağına ilişkin yapılan çalışmalar özellikle başkanlık sistemine geçilmesine gerektiği yönünde olmuştur. Şu anki hükümet sistemimiz parlamenter sistemden biraz sapmış olmasına rağmen temelde bu rejimin özelliklerini bünyesinde taşıdığından parlamenter sistem olarak adlandırılmaktadır ve mazisi de oldukça eskidir.

İlk olarak başkanlık sistemi tartışmaları, 1982 Anayasası'nın hazırlanması sırasında ileri sürülmüş ancak bu öneri danışma meclisi tarafından kabul görmemiştir.¹ Daha sonra Turgut Özal, başbakanlığı döneminde (1983-1989) başkanlık sistemi lehinde tekrar bir tartışma başlatmış bu konuya ilişkin düşüncelerini TÜSİAD tarafından yayımlanan Görüş Dergisi'nde dile getirmiştir. Özellikle koalisyon dönemlerinde hükümetlerin başarılı olamayıp ülkeyi her alanda kötüye götürdüğünü vurguladıktan sonra dünyada gelişmiş 10-15 ülke arasına girmenin başkanlık sisteminden geçtiğini savunmuştur. Özal'ın ölümünden sonra cumhurbaşkanı olan Süleyman Demirel, 1993 yılında yeni yasama yılı açılış konuşmasında cumhurbaşkanının iki turlu olarak halk tarafından seçilmesi gerektiğinin üzerinde durmuştur. Son olarak 2002 seçimlerinden sonra iktidar partisi olarak siyasi hayatına devam eden Adalet ve Kalkınma Partisi başkanlık hükümeti önerisini zaman zaman gündeme getirmekte ve yeni anayasa yapım sürecine girilen bugünlerde bu sisteme dair çeşitli varsayımlar altında ülke uygulamaları ve ülkemizde hangi oranda ve nasıl uygulanacağına ilişkin teoriler gündemi oldukça meşgul etmektedir.²

¹ TUNÇ, Hasan / YAVUZ Bülent, "Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi", TBB Dergisi S. 81, Ankara 2009, s. 27.

² GÖNENÇ, Levent, "Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmalarına Kısa Bir Bakış ve Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği"

Türkiye’de hükümet sistemi değişikliğine gerçekten ihtiyaç var mıdır? Başkanlık sistemi tercihi ülkemizin siyasi ve ekonomik istikrarsızlıklarına çare olacak mıdır? Şeklindeki sorulara cevap vermek amacıyla hazırlanan bu çalışmada öncelikle her iki sistemin tarihsel gelişimi, avantaj ve dezavantajları üzerinde durulacak ülke uygulamalarından örnekler verilerek sistemlerin analizleri yapılacak ve son olarak iki sistemin Türkiye’de uygulanabilirliği karşılaştırmalı olarak anlatılacaktır.

I.PARLAMENTER SİSTEMİN ÖZELLİKLERİ

Parlamente sistemin özellikleri asli ve tali olmak üzere iki kısımda incelenmektedir. Bu yöntem Lijphart tarafından ortaya konulmuştur.³ Asli unsurlar rejime temel karakterini kazandıran olmazsa olmaz özelliklerdir. Tali unsurlar bakımından rejimdeki sapmalar ise sistemi ‘parlamente’ olmaktan çıkarmamakla birlikte saf halinden uzaklaşmasına yol açmaktadır.

Parlamente hükümet modeline ilişkin yapılan tanımların en ünlüsü yürütme iktidarının yasama iktidarından kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu şeklindedir.⁴ Bu tanım aynı zamanda sistemin asli unsurlarının kısa bir özetidir. Leon D.Epstein tarafından yapılan bu ünlü tanımın analizinde sistemin iki temel ayırt edici özelliği karşımıza çıkmaktadır:

1)Hükümet yasama organından çıkar; yasama organı hükümeti seçmektedir.

2)Hükümet yasama organına karşı sorumludur.

Doktrinde bu iki özelliğe üçüncüsünün eklendiği bilinmektedir: Yürütme iki başlıdır.⁵

<http://www.tepav.org.tr/turkiyede-hukümet-sistemi-tartismalarına-kisa-bir-bakis-mevcut-hükümet-sisteminin-niteliği.pdf> s. 4. (25.05.2013)

³ **GÖZLER**, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, Bursa 2009, s. 150.

⁴ **ATAR**, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Konya 2007, s. 142.

⁵ **GÖZLER**, s. 150.

Epstein'in yaptığı kısa tanımdan anlaşıldığı gibi parlamenteer sistemde kuvvetler arasında tam bir ayrışma bulunmamaktadır. Yasama ve yürütme organları arasında işlevsel ve organik açıdan işbirliğinin olması bu iddiayı destekler niteliktedir.⁶

A) ASLİ ÖZELLİKLER

1) İki Başlı Yürütme

Bazı kaynaklarda dualizm olarak ifade edilen bu yapıda yürütmenin sorumsuz kanadını devlet başkanı sorumlu kanadı ise başbakanın da içinde bulunduğu bakanlar kurulu temsil eder.⁷ Devlet başkanlığı makamını monarşik yapıya sahip parlamenteer sistemlerde kral, cumhuriyet tipi ülkelerde ise cumhurbaşkanı işgal eder. Devlet başkanı yasama organına karşı sorumlu değildir. Bu sebeple yetkilerini başbakan veya ilgi bakanın karşı imzasıyla kullanabilir.⁸ Parlamenteer sistemde yürütme yetkisi başbakan ve diğer bakanlar tarafından kullanılır. Hükümet politikalarının temel ilkeleri başbakan tarafından belirlenir. Yürütmenin icrai nitelikteki yetkileri başbakan ve kabinesine aittir. Sorumsuz devlet başkanın icrai yetkileri yoktur buna karşılık bazı sembolik yetkilere sahiptir.

2) Yürütmenin Yasamadan Doğması

Parlamenteer hükümet sisteminin uygulandığı ülkelerde yürütme organı doğrudan halk tarafından seçilmemektedir. Yürütmenin birinci kanadı olarak adlandırılan devlet başkanı meşruti monarşiye sahip olan ülkelerde irsi olarak belirlenirken cumhuri parlamenteer sistemlerde ise yasama organı tarafından göreve getirilmektedir. Yürütmenin ikinci kanadını teşkil eden kabine parlamentodan doğmaktadır. Almanya ve Japonya'da başbakan yasama organı tarafından seçilirken, parlamenteer sistemi benimseyen diğer ülkelerde ise devlet başkanı parlamentodan güvenoyu alabilecek bir kişiyi başbakan olarak atamaktadır. Bu konudaki

⁶ **BAL**, Bülent, İstikrarsız Parlamentarizme Karşı Başkanlık Sistemi, İstanbul 2001, s. 23.

⁷ **ODYAKMAZ**, Zehra / **KAYMAK**, Ümit / **ERCAN**, İsmail, Anayasa Hukuku İdare Hukuku, Ankara 2006, s. 259.

⁸ **GÖZLER**, s. 151.

anayasal teamül çoğunluk partisi liderinin başbakan olarak atanması şeklindedir.⁹

Bakanlar ise başbakanın önerisi üzerine devlet başkanı tarafından atanırlar.¹⁰

Bakanlar kurulu üyelerinin parlamento dışından seçilmesi mümkündür ancak çoğunlukla bunların da yasama organı içinden seçildiği görülmektedir.¹¹ Buna karşılık bakanlar kurulunun başkanı olan başbakanın parlamenter olması zorunludur.¹²

3) Yürütmenin Yasamaya Karşı Sorumlu Olması

Yukarıda yürütmenin ilk kanadı olan devlet başkanının herhangi bir organa karşı siyasi sorumluluğunun olmadığından bahsedildi. Fakat yürütmenin ikinci kanadını oluşturan kabine yasama organına karşı siyasi olarak sorumludur.¹³ Bu siyasi sorumluluk ilkesi gereğince bakanlar kurulu parlamentonun güvenine sahip olduğu sürece görevde kalır.¹⁴

Parlamenter sistemde yasama organı güvensizlik oyu vererek kabineyi görevinden alabilir. Bakanlar kurulunun parlamentoya karşı bu sorumluluğu kolektif ve bireysel olmak üzere iki çeşittir. Kolektif sorumluluk hükümetin genel siyasetinin yürütülmesinden doğan ve bakanlar kurulunun tamamen düşmesine sebep olan sorumluluk çeşididir. Bireysel sorumluluk ise her bakanın kendi işlerinden ve emri altındakilerin fiillerinden dolayı parlamentoya karşı sorumlu olması anlamına gelir. Bireysel sorumluluk yolu işletilerek sadece ilgili bakanın görevine son verilebilir.¹⁵

B) TALİ ÖZELLİKLER

1) Yürütme Organının Fesih Yetkisi

⁹ **GÖZLER**, s. 153.

¹⁰ **YÜZBAŞIOĞLU**, Necmi, Anayasa Hukuku, İstanbul 2008, s. 19.

¹¹ **ATAR**, s. 142.

¹² **ERDOĞAN**, s. 29.

¹³ **GÖZLER**, s. 153.

¹⁴ **ERDOĞAN**, s. 29.

¹⁵ **DİKİCİ**, M. Fatih, Anayasa Hukuku, Ankara 2005, s. 35.

Fesih yetkisi yasama ve yürütme arasındaki dengeyin sağlanmasında önemli araçlardan birisidir. İngiliz anayasası uygulamaları arasında yer almaktadır.¹⁶ Hükümet ve parlamento arasındaki olası bir uyuşmazlığı gidermek için getirilen bu mekanizmada söz konusu ihtilafın halk tarafından çözülmesi istenmektedir.¹⁷

Bu yetkinin devlet başkanı veya hükümet başkanı tarafından kullanılması ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte asıl önemli olan belli bir süre için seçilmiş olan meclisin, görev süresi dolmadan varlığına yürütme tarafından son verilmesi ve meclis seçimlerinin yenilenmesi sonucunu doğurmasıdır.¹⁸

2) Aynı Kişinin Yasama ve Yürütme Organında Aynı Anda Görev Alabilmesi

Başkanlık sisteminden farklı olarak parlamenter sistemde aynı kişi hem yasama hem de yürütme organında görev alabilir.¹⁹ Bu durumda parlamenter sistemde bir kişinin aynı anda milletvekili, bakan veya başbakan olabilmesi mümkündür.²⁰

Bu nedenle ünlü İtalyan siyaset adamı Giovanni Sartori parlamenter sistemden bahsederken kuvvetler ayrılığı yerine kuvvetler paylaşımı kavramını kullanmaktadır.²¹ Ayrıca parlamenter sistemdeki kuvvetlerin ayrımının yumuşak olarak nitelendirilmesinin sebebi de budur.

3) Bakanlar Kurulunun Parlamentonun Çalışmalarına Katılabilmesi

Parlamerter sistemlerde bakanlar kurulu, kanun tasarısı sunarak yasa yapım sürecine katılma hakkına sahiptir.²² Ancak bunun

¹⁶ **TEZİÇ**, s. 432.

¹⁷ **KABOĞLU**, s. 122.

¹⁸ **TEZİÇ**, s. 432.

¹⁹ **ATAR**, s. 142.

²⁰ **GÖZLER**, s. 155.

²¹ **BAL**, s. 23.

²² **GÖZLER**, s. 155.

için kuruldaki bütün bakanların imzası gereklidir. Çünkü bakanlar kurulu işlemleri, kollektif niteliktedir yani iradelerin belli bir alanda toplanması gereken karar biçiminde ortaya çıkan hukuksal işlemlerdir.

II. AVANTAJ VE DEZAVANTAJLARIYLA PARLAMENTER SİSTEM

A) PARLAMENTER SİSTEMİN AVANTAJLARI

1) Parlamenter sistem siyasi tikanıklıklara çözüm getiren mekanizmalara sahiptir: Parlamenter rejimde olası hükümet krizleri daha kolay ve demokratik yollarla çözüme kavuşturulabilmektedir.²³ Yasama organı ile yürütme organı arasında bir siyasi krizin ortaya çıkması durumunda, güvensizlik oyu ve fesih gibi araçlar devreye girebilmekte böylece askeri darbe veya diktatörlük rejimiyle sistemin zarar görmesi engellenmektedir.

2) Parlamenter sistem esnek bir yapıya sahiptir: Parlamenter sistemi savunanlar hükümet ile parlamento arasındaki siyasi sürecin donuk nitelikte olmadığını sürekli gelişmeye açık olduğunu dile getirmektedirler. Başkanlık sisteminin aksine iş göremeyen hükümetlerin değişmesini uzun süre beklemek gerekmeyeceğini güvenoyu mekanizması iletilerek hükümetlerin düşürülebileceğini ifade ederler.²⁴

3) Parlamenter sistemde siyasi kutuplaşmalar yumuşak bir niteliğe sahiptir: Parlamenter sistemde başkanlık sisteminde olduğu gibi seçimi kazanan partinin herşeyi kazandığı görüşü geçerli değildir. Seçimi kaybeden partiler muhalefet partisi olarak adlandırılırlar ve kısıtlı da olsa bazı anayasal hakları kullanabilirler yani sistemden tam olarak dışlanmazlar. Bu yönüyle başkanlık sistemindeki kaybedenin herşeyi kaybetmesi durumu parlamenter sistemlerde görülmemektedir.²⁵

4) Parlamenter sistemlerde devlet başkanı ılımlaştırıcı ve uzlaştırıcı bir özelliğe sahiptir: Devlet başkanının tarafsız ve siyasi açıdan sorumsuz olması arzulucu bir nitelikte olmasına imkan tanır.²⁶

²³ **DİKİCİ**, s. 36.

²⁴ **GÖZLER**, s. 158.

²⁵ **GÖZLER**, s. 158.

²⁶ **DİKİCİ**, s. 36.

B) PARLAMENTEER SİSTEMİN DEZAVANTAJLARI

1) Parlamenteer sistemlerde daha az istikrarlı ya da istikrarsız hükümetler ortaya çıkar: Parlamenteer sistemlerde hükümetin görevde kalabilmesi için sürekli olarak parlamentonun güvenine sahip olması gerektiğinden sistemin mantığı gereği her zaman için potansiyel bir hükümet istikrarsızlığı mevcuttur. Özellikle Üçüncü ve Dördüncü Fransız Cumhuriyetleri ile Alman Weimar Cumhuriyetinde, İkinci Dünya Savaşı sonrası İtalya'da 60 ve 90'lı yıllarda Türkiye Cumhuriyeti'nde ciddi hükümet istikrarsızlıkları yaşanmıştır.²⁷ 90 yıllık cumhuriyet tarihimizde bugün 61 tane hükümet kurulmuştur. Anayasamıza göre seçimlerin normal şartlarda 4 yılda 1 yapılması gerekmektedir. Şu an 23. hükümetin kurulması gerekirken 61. hükümetin görevde olması ülkemizde önemli derecede hükümet istikrarsızlığı yaşandığının bir göstergesidir.²⁸

2) Parlamenteer sistemlerde zayıf hükümetlerin ortaya çıkma ihtimali daha yüksektir: Bu durumun asıl sebebi parlamenteer sistemlerde sıkça karşılaşılan koalisyon hükümetleridir. Parlamenteer sistemdeki hükümetin tek bir partinin çoğunluğuna dayanması durumu Westminster olarak adlandırılmaktadır. Hükümet tek bir parti yerine birden çok partinin kombinasyonundan meydana geliyorsa bu takdirde koalisyon hükümeti söz konusu olur.²⁹ Koalisyon hükümetlerinde iktidarda birden fazla parti olması sebebiyle parti liderleri arasında uyuşma sağlanamadığı için karar mekanizması oldukça yavaş bir şekilde işlemektedir.³⁰ Koalisyon hükümetleri döneminde parlamento başta güvenoyu olmak üzere yürütmeye karşı sahip olduğu hukuki araçları oldukça etkin bir şekilde kullanabildiğinden yürütme karşısında daha güçlü hale gelmektedir.³¹

²⁷ GÖZLER, s. 159.

²⁸ KUZU, Burhan, Her Yönü İle Başkanlık Sistemi, İstanbul 2011, s. 93.

²⁹ BAL, s. 24.

³⁰ GÖZLER, s. 159.

³¹ KAHRAMAN, Mehmet, "Hükümet Sistemi Tartışmaları Bağlamında Başkanlık ya da Yarı Başkanlık Sistemlerinin Türkiye'de Uygulanabilirliği" MKÜSBED c.9, s.436 <http://www.mku.edu.tr/files/25-dosya-1355414446.pdf> (25.05.2013)

3) Parlamenter sistemlerde düşük nitelikte bir demokrasi gözlemlenmektedir: Bunun ilk sebebi halkın hükümet üyelerini doğrudan belirlememesidir. İkinci sebep olarak ise hesap sorulabilirlik mekanizmasının özellikle koalisyon hükümetleri döneminde sağlıklı bir şekilde işletilememesidir. Ayrıca başbakanın da suçu kabinedeki diğer üyelerin üstüne yıkarak sorumluluktan kurtulması olasıdır. Bunun yanı sıra parlamenter sistemde önceden bilinebilirlik mekanizması işlemez. Şöyle ki seçmen oy kullanırken oy verdiği adayın kazanması durumunda bu kişinin hükümette yer alıp almayacağını bilmemektedir.³²

III. TÜRKİYE'DE PARLAMENTER SİSTEM

Ülkemizde anayasal tarihi gelişim sürecine bakıldığında anayasalı dönemde 1876 Anayasası'nın kısa uygulaması ile 1921 Anayasası dönemi dışında esas olarak parlamenter hükümet sisteminin tercih edildiği bilinmektedir.³³

1982 Anayasası'nın yürütme yetkisi ve görevini düzenleyen 8. maddesinin gerekçesinde yürütmenin 1961 Anayasası'nda yasamaya tabi bir kuvvet olarak düzenlendiğini oysa yürütme gücünün modern hayatta devletin beyni vazifesi gördüğünü 1961-1980 arası dönemde karar alma gücünden yoksun bir durumda bulunan yürütme gücünün bu durumdan kurtulması ve parlamenter sistemin gereği olan eşitlik ve denklik içinde işbirliğiyle faaliyetlerini yürütebilecek şekilde gerekli yetkilere sahip bir kuvvet olarak düzenlenmesi gerektiği biçimindeki ifadeler yer verilmiştir.³⁴

2007 yılında cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi hükmünün anayasada yer almasının ardından Türk hükümet sisteminin niteliği konusunda yeni tartışmalar başlamıştır. Bu sebeple Türkiye'deki

³² **GÖZLER**, s. 160.

³³ **BİLİR**, Faruk / **TUNÇ**, Hasan / **YAVUZ**, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2012, s. 261.

³⁴ **AKGÜL**, Mehmet Emin, “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokratik Rejimlerindeki Anlamı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, S. 2010/4, s. 95.

parlamerter sistem 2007 anayasa değişikliği öncesi ve sonrası olmak üzere iki kısımda incelenecektir.

A)2007 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİ

1982 Anayasası 1961 Anayasası'nın öngördüğü saf parlamerter yapıdan uzaklaşmış ve parlamento tarafından seçilen cumhurbaşkanına güçlü yürütme yetkileri tanımıştır. Cumhurbaşkanına bu şekilde yetkilerin tanınmasında o dönem hükümet darbesiyle göreve gelen Kenan Evren ve Milli Güvenlik Konseyi'nin diğer subaylarının görüşleri etkili olmuştur.³⁵

1982 Anayasası'nın otoriteye ağırlık tanıyarak yürütmeyi güçlendiren hatta parlamerter sistemin mantığını zorlayacak düzeyde cumhurbaşkanını aşırı vesayetçi bir duruma sokan bu tutumuna rağmen bu anayasanın parlamerter sistemin temel unsurlarını taşıması münasebetiyle getirdiği hükümet sistemini farklı bir hükümet sistemi olarak tanımlamak mümkün değildir. Çünkü Anayasa'nın Yürütme Yetkisi ve Görevi başlığını taşıyan 8. maddesinden ve gerekçesinden parlamerter sistemi öngördüğü açık bir şekilde anlaşılmaktadır.³⁶ Yürürlükte olan anayasal düzende yürütme parlamerter sistemin gereklerine uygun olarak iki başlı bir yapıya sahiptir. Yürütmenin ilk kanadında cumhurbaşkanı yer alırken diğer kanadı ise bakanlar kurulu tarafından temsil edilmektedir. Yürütme işlevinin yerine getirilmesinde esas görevi üstlenen ve yasamaya karşı sorumlu olan bakanlar kuruludur.³⁷

Aynı zamanda yürütme yasamadan doğmaktadır. Bakanlar kurulunun ve bu kurulun başı olma özelliğini taşıyan başbakanın parlamento tarafından güvenoyu alabilecek olma niteliği göz önünde bulundurularak cumhurbaşkanı tarafından hükümeti kurmakla

³⁵ ULUŞAHİN, Nur, "Türkiye'de Mevcut Hükümet Sistemi'nin Niteliği ve Rejimin Başkanlık Sistemine Kaymasının Getireceği Tehdit ve Tehlikeler", Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi c.3 n.1/2011<http://www.sobiad.org/eJOURNALS/dergiHIA/arsiv/2011/04nurusahin.pdf>, s. 32. (30.04.2013)

³⁶ BİLİR, Faruk / TUNÇ, Hasan / YAVUZ, Bülent, s. 262.

³⁷ BİLİR, Faruk, Yeni Anayasa Yeni Mutabakat, Ankara 2012, s. 191.

görevlendirilmesi hususunun ülkemizde bir anayasal teamül olarak kabul edilmesi Epstein'ın parlamenter sistem tanımına uygun düşmektedir. Bu nedenle 1982 Anayasası'nın getirdiği hükümet sisteminin parlamenter sistemin bütün asli unsurlarını taşıması dolayısıyla hala parlamenter sistem olup olmadığı konusundaki tartışmalar oldukça yersiz bir görünüm arz eder.

Bu açıdan bakıldığı zaman 1982 Anayasası yasamaya karşı yürütmeyi yürütme içerisinde de siyasal açıdan sorumsuz nitelikte olan cumhurbaşkanını güçlendirmekte bu nedenle aksak ya da bozuk olarak adlandırılabilir bir parlamenter sistem örneğini karşımıza çıkarmaktadır.³⁸

Bu aksaklığın sebebi ise klasik idare hukuku öğretisi içinde yer alan yetki ve usulde paralellik ilkesi veya ne kadar yetki varsa o kadar da sorumluluk vardır şeklinde özetlenen bir teoriye dayanmaktadır. 1982 Anayasası'na göre cumhurbaşkanının yasama, yürütme ve yargı alanındaki icrai yetkilerine karşılık hiçbir sorumluluğunun olmaması ancak 13. yüzyıl öncesinde İngiltere'deki kral hata yapmaz anlayışının bir ürünü olarak yorumlanabilir. 1961 Anayasası'nın iyi işlememesinin sebebi cumhurbaşkanının daha sembolik ve nicelik itibarıyla daha az yetkiye sahip olması değildi. Bir başka ifadeyle, günümüzde cumhurbaşkanının bu kadar fazla yetkiye sahip olması tek başına yaptığı icrai nitelikteki işlemlere karşı dava açılmaması sistemin demokratikliğini azalttığı gibi mevcut sorunların önüne de geçememiştir. Bu nedenle her geçen gün hükümet sistemi tartışmalarına bir yenisi daha eklenmektedir.

1982 Anayasası'nda yer alan parlamenter rejim unsurlarını şu şekilde özetlemek mümkündür: Parlamenter rejimin en önemli ve tanımlayıcı unsuru olan hükümetin parlamento karşısında sorumlu olduğu ilkesi (m.112) Cumhurbaşkanının siyasal sorumsuzluğu ve karşı

³⁸ **ULUŞAHİN**, Nur, “Türkiye’de Mevcut Hükümet Sistemi’nin Niteliği ve Rejimin Başkanlık Sistemine Kaymasının Getireceği Tehdit ve Tehlikeler”, Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi c.3 n.1/2011 <http://www.sobiad.org/eJOURNALS/dergiHIA/arsiv/2011/04nurusahin.pdf>, s. 32. (30.04.2013)

imza kuralı (m.105) Seçimlerin cumhurbaşkanı tarafından yenilenmesi (m.116) Yürütmenin ikili yapıda olması (m.8) gibi.³⁹

A)2007 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI

5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun'da cumhurbaşkanının halk tarafından seçimini öngören bir hükme yer verilmesiyle hükümet sistemi tartışmaları yeni bir boyuta girmiş, bazı akademisyenler artık anayasanın başkanlı parlamenter sistemi benimsediğini iddia ederken diğerleri yarı başkanlık sistemine geçildiğini savunmuş geri kalanlar ise parlamenter sistemin önemli derecede bozulduğunu ancak bu değişikliğin bir hükümet sistemi değişikliğine yol açmadığını ileri sürmüşlerdir. Yaptığım incelemeler 1982 Anayasası'nda 2007 yılında yapılan bu yeni düzenlemenin hükümet sisteminde herhangi bir değişikliğe yol açmadığını ortaya koymaktadır.

Öncelikle başkanlı parlamenter sisteme geçildiği iddiasıyla ilgili olarak bu sistemin kısa bir analizi yapılacak ve mevcut hükümet sistemimizin bu sistemle ne derece örtüştüğü incelenecektir.

Başkanlı parlamenter sistem sembolik yetkilere sahip ve halk tarafından seçilen devlet başkanının yanında parlamentoya karşı siyasi sorumluluğu bulunan kabinenin yer aldığı hükümet modeline verilen addır.⁴⁰ Kısaca parlamenter sistemin temel unsurlarını sabitleyip sisteme halk tarafından seçilen bir devlet başkanı eklendiği takdirde ortaya başkanlı parlamenter sistem çıkmaktadır.⁴¹

1982 Anayasası cumhurbaşkanına sembolik yetkileri aşan nitelikte icrai birtakım yetkiler tanıdığından cumhurbaşkanının sadece halk tarafından seçilme unsuruna binaen sistemin başkanlı parlamenter sisteme dönüştüğünü söylemek mümkün değildir. Böylece mevcut hükümet sistemimiz parlamenter sistemden gittikçe uzaklaşan bir özellik

³⁹ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara1995, s. 307.

⁴⁰ BİLİR, Faruk, s. 199.

⁴¹ GÖNENÇ, Levent, "Hükümet Sistemi Tartışmalarında Başkanlı Parlamenter Sistem Seçeneği"
<http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/docs/makaleler/hukumet-sistemi-tartismalari.pdf>, s. 3. (30.04.2013)

gösterirken aynı zamanda yarı başkanlık sistemine sistemine yaklaşmakta dolayısıyla melez bir görünüm sergilemektedir.⁴²

Yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere mevcut hükümet sistemimiz oldukça sorunludur. Bu sorunlara ve ne şekilde giderilebileceğine yönelik düşüncelere başkanlık sisteminin Türkiye’de uygulanabilirliği çerçevesinde değinilecektir.

IV.BAŞKANLIK SİSTEMİNİN ÖZELLİKLERİ

Başkanlık sisteminin özelliklerini incelerken parlamenter sistemde olduğu gibi Arend Lijphart’ın metodolojisinden yararlanılarak önce asli daha sonra ise tali özellikleri üzerinde durulacaktır.

A)ASLİ ÖZELLİKLER

1)Yürütme Organının Tek Kişiden Oluşması

Parlamenter sistemlerde başbakan ve diğer bakanlar kolektif bir yürütme organını meydana getirmektedir. Başkanlık sisteminde ise halk tarafından seçilen başkan sadece kendi atadığı hükümetin başkanı değildir aynı zamanda devlet başkanlığı görevini de üstlenmiştir. Parlamenter sistemde başbakan eşitler arasında birinci olarak ifade edilmektedir, oysa başkanlık sisteminde başkan yürütmenin motoru haline geldiğinden diğer kabine üyeleri başkanın sadece danışmanı ve yardımcıları olarak kabul edilmektedir. Başkan kabine üyelerini atama ve görevden alma insiyatifine sahiptir.⁴³ Bakanların kararı ne yönde olursa olsun başkanın kararı karşısında pek önem ifade etmez, son ve kesin söz başkana aittir.⁴⁴

Nitekim 1861-1865 yılları arasında ABD başkanı olan Abraham Lincoln sekreterleriyle yaptığı bir toplantıda kendi görüşüne karşı olan yedi sekreterine “yedi hayır, bir evet, evetler kazandı.” demiştir.⁴⁵

⁴² **BİLİR**, Faruk, s. 199.

⁴³ **ULUŞAHİN**, Nur, Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi, Ankara 1999, s. 41.

⁴⁴ **ÖZER**, s. 180.

⁴⁵ **TEZİÇ**, s. 445- 446

2) Başkanın Doğrudan veya Doğrudan-Benzeri Bir Biçimde Halk Tarafından Seçilmesi

Yürütmenin başı durumunda bulunan başkanın halk tarafından seçilmesi, yürütme organının da yasama organı gibi meşruluğunun kaynağını halktan alması sistemin zorunlu bir özelliğidir. Başkanın doğrudan halk tarafından seçilmesi durumunda araya başka bir kurum girmediği halde doğrudan- benzeri seçimde ise hiçbir adayın oyların mutlak çoğunluğunu alamaması halinde Arjantin, ABD ve Allende öncesi Şili'de olduğu gibi başkan seçme yetkisi parlamentoya ait olmaktadır.⁴⁶

3) Başkanın Yasama Organına Karşı Sorumlu Olmaması

Bu sistemde yürütmenin başı durumundaki başkan halk tarafından belli bir dönem için seçilmekte ve görev süresi boyunca parlamento tarafından görevine son verilememektedir. Bu durum başkanın güvensizlik oyu ile görevden alınamayacağı manasını taşımaktadır.

B) TALİ ÖZELLİKLER

1) Başkanın Yasama Organını Feshedememesi

Başkanlık sisteminde kuvvetler birbirine karşı sorumlu değildir kuvvetler arasındaki kesin ayırım bu durumu da beraberinde getirmiştir.

Kuvvetler bu sistemde birbirine eşit olarak kabul edildiğinden parlamento yürütme organını güvensizlik oyuyla düşüremediği için başkan da parlamentoyu feshetme yetkisine sahip değildir.⁴⁷

2) Aynı Kişinin Yasama ve Yürütme Organlarında Aynı Anda Görev Alamaması

Parlamerter sistemin aksine başkanlık sisteminde yürütme yasamadan kaynaklanmadığı için başkan ve sekreterleri parlamento üyesi olamazlar. Başkan seçilen kişi önceden Kongre üyesiye bu görevinden istifa etmek durumundadır. Başkan sekreterlerini kongre dışından seçmek zorundadır. Aynı zamanda yasama organı üyeleri yürütme organında yer alamamakla birlikte idari nitelikte görevler de üstlenemezler.⁴⁸

⁴⁶ ULUŞAHİN, s. 31- 35.

⁴⁷ GÖZLER, s. 139.

⁴⁸ GÖZLER, s. 140.

3) Başkanın Yasama Organının Çalışmalarına Katılamaması

Başkan ve sekreterlerinin parlamento çalışmalarına katılamaması durumunun değişik görünüm şekilleri bulunmaktadır. İlk olarak başkan ve sekreterleri yasama organlarının toplantılarına katılmak suretiyle görüş bildiremezler. Buna ek olarak başkanın kanun teklif etme yetkisi bulunmamaktadır. Son olarak başkan yasama organının toplanmasını engelleme veya parlamentoyu tatil etme gibi yetkilere de sahip değildir.⁴⁹

V. AVANTAJ VE DEZAVANTAJLARIYLA BAŞKANLIK SİSTEMİ

A) BAŞKANLIK SİSTEMİNİN AVANTAJLARI

1) Başkanlık sistemi istikrarlı bir yönetim sağlamaktadır: Başkanlık sisteminde başkanın yasama organından bağımsız olması, belli bir dönem için halk tarafından seçilmesi ve bu süre içinde parlamento tarafından görevden alınamaması rejime istikrar kazandıran unsurlardır.⁵⁰ Buradaki istikrar ifadesi dar anlamda kullanılmaktadır. Başkanın görevden alınamamasının tek istisnası impeachment olarak ifade edilen ağır cezai sorumluluk halidir. Dar anlamdaki yürütme içinde yer alan bu istikrar ve uyum geniş anlamdaki siyasal istikrar ile karıştırılmamalıdır.⁵¹ Kaliteli bir demokrasi için asıl önemli olan hükümet istikrarı yerine rejimin istikrarlı olmasının sağlanmasıdır. Çünkü istikrarlı bir hükümet her zaman etkili hükümet manasına gelmemektedir.⁵²

2) Başkanlık sistemi güçlü bir yönetim sağlamaktadır: Devletin tek kişi tarafından yönetilmesi yürütmenin gücünü arttıran bir unsurdur. Ayrıca başkan doğrudan doğruya halk tarafından seçildiği için prestiji ve meşruluğu da bu paralelde artacaktır.⁵³ Bu güç ve istikrarlı ortamın başkana sağladığı güven sayesinde başkanın politikasının kesintiye uğraması engellenmektedir.⁵⁴

⁴⁹ GÖZLER, s. 140.

⁵⁰ KUZU, s. 98.

⁵¹ ÖZBUDUN, s. 107.

⁵² ULUŞAHİN, s. 77.

⁵³ GÖZLER, s. 144.

⁵⁴ DİKİCİ, s. 36.

3) Başkanlık sistemi daha demokratik bir yönetim sağlamaktadır: Öncelikle başkanın doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesi sisteme bu şekilde bir nitelik kazandırmaktadır. Başkanlık sisteminde kuvvetlerin birbirinden kesin olarak ayrılması ve seçimlerinin ayrı olarak yapılması rejime demokratik bir özellik katmaktadır. Diğer taraftan başkanlık sisteminde hesap sorulabilirlik mekanizması parlamenter sisteme göre daha işlevsel niteliktedir. Şöyle ki başkan yürütmenin başı olduğundan ve kararlarını tek başına aldığından bu kararlardan dolayı tek sorumlu kişi de kendisidir. Bu yönüyle başkanlık sisteminde halk kimden hesap soracağını parlamenter sisteme göre daha net bilmektedir. Başkanlık sistemine demokratiklik niteliğini kazandıran diğer unsur temsilcilerin önceden bilinebilir oluşudur.

Bu durum seçmenin oy pusulasını atarken kim için oy verdiğini ve oy verdiği kişinin kazanması durumunda hükümet edecek şahsı bilmesi anlamına gelmektedir.⁵⁵

B) BAŞKANLIK SİSTEMİNİN DEZAVANTAJLARI

1) Başkanlık sisteminde rejim krizleri ortaya çıkabilir: Bu sistemin en önemli sakıncalarından biri yasama ve yürütme organları arasındaki görüş ayrılıkları sebebiyle siyasi tıkanıklıklara neden olabilmesidir.⁵⁶

Çünkü bu sistemde fesih ve güvensizlik oyu gibi araçlar kullanılarak yasama ve yürütme organları karşılıklı olarak birbirlerinin hukuki varlığına son veremezler. Bu durumda ortaya çıkan krizlerin hukuki açıdan meşru olmayan yollarla çözümü gündeme gelebilir. Başkanın ve yasama organının farklı partiden olması durumu gerginliklerin hızla tırmanarak siyasi çıkmazlara yol açması ve muhtemel uyuşmazlıkları giderecek mekanizmaların yeterli olmaması sistem açısından büyük bir siyasi yetersizlik ve güçlüğü neden olabilir.⁵⁷

Ancak parlamenter sistemlerde özellikle tek partinin iktidarda olduğu hükümetlerde yasama ve yürütme çoğunluğunun tek elde

⁵⁵ **ULUŞAHİN**, s. 156.

⁵⁶ **TUNÇ**, Hasan / **YAVUZ** Bülent, s. 31

⁵⁷ **KUZU**, s. 41.

toplandığı durumlarda güvensizlik oyu mekanizmasının işletilerek sürekli yanlış kararlar alan bir hükümetin düşürülmesi mümkün olmadığı gibi yönetim hukuku açısından da antidemokratik bir durumun gözlemlenmesine sebebiyet verecektir. Parlamenter hükümet sisteminin uygulandığı bir ülke düşünelim. Aynı zamanda bu ülkede temsilde adalet ve yönetimde istikrarın sağlanması adına nispi temsil seçim sistemi uygulansın. Böylece parlamentoda çok sesliliğin ve uzlaşmanın sağlanması için seçmen kasıtlı olarak farklı partilere oy versin. Bu durumda ortaya çıkan koalisyon hükümetleri öncelikle bakanlıkları paylaşma derdine düşeceğinden uzlaşamayacaklar, ikinci olarak paylaşıldığı takdirde her bakanlığın başındaki siyasi parti, kendi liderinin ve taraftarlarının yararına karar alma ve devletin gelirlerini her ihtimale karşı sömürme yarışına girecektir. Ayrıca böylesine çok sesli bir ortamda uzlaşarak icraat yapmak mümkün olmayacaktır. Çünkü siyasi partiler, özellikle ülkemizdeki gibi parti disiplinine yoğun olarak önem verildiği ülkelerde sırf muhalefetlik olsun diye seçmene birşeyler yaptığını göstermek adına oldukça makul düzenlemelere bile karşı çıkarak icraatların önünü kapatabilirler. Dahası bu durumlardan bıkan seçmenin bir partiyi tek başına iktidar haline getirmesi durumunda iktidar partisi hem yasamaya hem de yürütmeye hükmettiğinden keyfi kararların yolu açılabilir bu da antidemokratik uygulamaların katmerleşmesine neden olur. Türkiye'nin demokrasi ve cumhuriyet tarihi maalesef bu kısır döngü içinde devam etmektedir. Koalisyon, icraatsızlıktan tükenen halk; tek başına iktidar, antidemokratik uygulamalar ve darbe...Bu durumda meclisin feshi veya güvensizlik oyu mekanizması işletilebilir mi, işletilirse kime nasıl faydası olur? gibi soruların cevabı parlamenter sistemlerde maalesef bulunmamaktadır.

2) Başkanlık sistemi katı bir özellik gösterir: Başkanlık hükümetine mutlak bir şekilde iktidar sağlayan bu özellik aynı anda sistemi esneklikten yoksun ve katı hale dönüştürebilmektedir.⁵⁸ Şöyle ki yürütme ve yasamanın belirli sürelerde işbaşında olması ve çok istisnai haller dışında görevden alınamaması katılık sorunu olarak adlandırılmaktadır.⁵⁹

⁵⁸ YAZICI, Serap, “Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme”, TBB, Başkanlık Sistemi, s.128

⁵⁹ ULUŞAHİN, s. 92.

Böylesine katı görev süresinin yol açtığı sorunun iki boyutu bulunmaktadır. Birincisi popülaritesini veya meşruiyetini kaybeden bir başkan düşürülemezdir. İkinci olarak başarılı politikalar yürüten ve halkın güvenine sahip olan bir başkan tekrar seçilemezdir.⁶⁰ Başkanlık sistemindeki katılık sorunu sadece yürütmenin görev süresinin sabit olmasıyla alakalı değildir. Başkanlık sistemlerindeki meclislerin de sabit dönemler için seçilmiş olması durumu ve görev süresinin siyasal nedenlerle sınırlandırılmaması uzlaşmaz bir kongreye sebebiyet verecektir.⁶¹

3) Başkanlık sisteminde çift meşruluk sorunu ortaya çıkabilir: Hem yasama hem de yürütme organının halk tarafından seçilmesi sonucu her iki organ da ayrı ayrı meşruluk iddiasında bulunabilmektedir.⁶²

Çift meşruluk sorunu bölünmüş iktidarlarda ortaya çıktığı gibi bölünmemiş iktidarlar için de söz konusu olabilmektedir. Bölünmüş iktidar durumu başkanın yasama organına hakim olan partiden farklı bir partiye mensup olması halinde ortaya çıkar. Bu durumda üretilen politikalar ve temel işlevlerde siyasal çekişme ve kilitlenmeler gözlemlenmektedir. Bölünmemiş iktidarlarda başkan ve parlamento çoğunluğu aynı partiye mensuptur. Bölünmemiş iktidarlardaki sorun özellikle parti disiplininin olmadığı ülkelerde görülmektedir.⁶³

4) Başkanlık sisteminde siyasal kutuplaşmalar ortaya çıkabilir: Bu sistemde karşılaşılan kazananın herşeyi kazanması (winner takes all) kaybedenin ise herşeyi kaybetmesi (loser loses all) hali toplam sıfır oyunu (zero sum game) adı verilen bir durumu ortaya çıkarmaktadır. Çünkü bu sistemde seçimi kazanan aday yürütme yetkisi ve gücünün tamamını bir sonraki seçime kadar kullanma hakkını elde ederken kaybeden adaylar bir sonraki seçim dönemini beklemeye mahkum

⁶⁰ **YAZICI**, s. 129.

⁶¹ **ULUŞAHİN**, s. 96.

⁶² **GÖZLER**, s. 146.

⁶³ **ULUŞAHİN**, s. 109.

olmaktadırlar.⁶⁴ Böylece başkanlık sistemindeki demokratik siyaset ya hep ya hiç şeklinde bir oyuna dönüşmektedir.⁶⁵

Seçim yarışını kazananların kaybedenlerle ilişki kurmak istememesi ve siyasi mücadeleden dışlaması⁶⁶ demokratik bir durum olmasa da her sistemin kendi içinde birtakım dezavantajları olacağını kabul etmek ülkenin ne yönde eksiklik yaşadığını tespit edip o ihtiyacı gidermeye yönelik tercih yapmak daha mantıklı bir yaklaşım olacaktır.

5) Başkanlık sisteminde iktidarın kişiselleşmesi durumu ortaya çıkabilir.⁶⁷

VI. BAŞKANLIK SİSTEMİNİN TÜRKİYE'DE UYGULANABİLİRLİĞİ

Ülkemizde başkanlık sistemini savunanların dört temel dayanağı bulunmaktadır: Birincisi siyasi istikrar isteği, ikincisi hızlı gelişmenin sağlanabilmesi için güçlü icranın olması, üçüncüsü tarihsel geçmişimizin başkanlık sistemine yatkınlığı ve son olarak bu sistemin esasen diktatörlük ve askeri darbelere yol açmayacağı şeklindedir.⁶⁸

Başkanlık sistemine geçilebilmesi için mevcut anayasada değişiklik yapılarak yürütmeyi güçlendirmeye yönelik hükümler arttırılmalı, devlet ve hükümet başkanlığı kurumları birleştirilmeli, başbakanlık müessesesi kaldırılmalı, TBMM'nin hükümeti denetim yollarına ilişkin hükümlerinin anayasadan çıkarılmasına paralel olarak cumhurbaşkanının meclisi fesih yetkisine de son verilmesi gerekmektedir.⁶⁹

⁶⁴ **YAZICI**, s. 135.

⁶⁵ **TURHAN**, Mehmet, “Anayasa Hukukunda Hükümet Sistemi Tartışmaları”, Liberal Düşünce Dergisi, S. 66, s. 68. <http://www.liberal.org.tr/upresimler/liberal-dusunce-sayi66.pdf> (30.04.2013)

⁶⁶ **GÖZLER**, s. 146.

⁶⁷ **GÖZLER**, s. 147.

⁶⁸ **YILMAZ**, Sait, “Başkanlık Sistemi; ABD, Türkiye'ye Örnek Olabilir Mi?” s. 5, <http://www.usam.aydin.edu.tr/analiz/baskanlik-sistemi-abd-turkey.pdf> (30.04.2013)

⁶⁹ **YANIK**, s. 123.

SONUÇ

Türkiye’de parlamenteer sistemin en önemli sorunu olarak hükümet istikrarsızlıkları gösterilmektedir. Bu durumun önüne geçilmesi için de yürütmenin güçlendirilmeye ihtiyacı vardır. Ancak 1982 Anayasası’nın ilk halinden günümüze kadar olan süreçte yürütmenin sorumsuz kanadının güçlendirilmesi parlamenteer sistemin mantığına uymadığı gibi sistemin sorunlarına da çare olamamıştır. Ayrıca tekrar seçilme kaygısı güden siyasilere bu ümit ve kaygıyla hareket ettikleri için parlamento etkin ve verimli bir şekilde çalışmamaktadır. Seçim sistemimiz ise çıkmazlarla dolu düzenlemeleriyle bu verimin düşmesinin bir diğere nedenidir. Bu sorun istikrar tarafı ağır basan iki türlü bir seçim sisteminin öngörülmesiyle düzelebilir. Kısaca mevcut anayasa ve kanunlarımızdaki düzenlemeler oldukça yetersiz olmakla birlikte sistemdeki çözümsüzlüğü katmerleştirmektedir.⁷⁰ 1982 Anayasası’nda yer alan çoğulcu demokrasiyi ve demokratik hukuk devletini geçersizleştiren hükümler ayıklanarak bu türden hükümlere yeni anayasada yer vermemek oldukça isabetli bir düzenleme olacaktır.⁷¹

Başkanlık sisteminin bürokrasinin işleyişi açısından da oldukça avantajlı olduğu da gözden kaçırılmaması gereken bir gerçektir. Bürokrasilerin temel işlevi kamu hizmetlerinin görülmesinin sağlanmasıdır. Bu görevleri hizmet ifasıyla sınırlı kalmamakta çeşitli biçimlerde iktidarın kullanılmasına etki etme biçiminde kendini göstermektedir. Gelişmiş ülkeler arasında siyasi iktidarın bürokrasi üzerinde en fazla denetim yapan ülkenin ABD olduğu görülmektedir.⁷²

⁷⁰ AY, Şadiye, “Türkiye’de Parlamenteer Sistem ve Hükümet sistemi Tartışmaları”, Mevzuat Dergisi, Yıl:7, Sayı:77, Mayıs 2004, bkz. <http://www.mevzuatdersisi.com/2004/05a/01.htm>. (16.04.2013)

⁷¹ ESGÜN, İ.Uğur, “Demokratik Hukuk Devleti İdealine Uygun Bir Hükümet Sistemi İçin Radikal Öneriler”, Yeni Türkiye 5/2013 s.291 <http://www.yeniturkiye.com/PDF/51-283-285.pdf> (30.04.2013)

⁷² TATAROĞLU, Muhittin, “Parlamenteer ve Başkanlık Sistemlerinde Siyasi İktidar ve Bürokrasi İlişkileri ve Türkiye Açısından Bir Değerlendirme”, Yönetim ve Ekonomi Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl:2006, Cilt:13, Sayı:1 s.114 <http://www.2.bayar.edu.tr/yonetimekonomi/dergi/2006-1.htm> (30.04.2013)

Bürokrasi çıkmazları yaşayan ülkemiz açısından başkanlık rejiminin benimsenmesiyle bu sorun da çözüme kavuşmuş olacaktır.

Bugün Türkiye’de uygulanan parlamenter sistemde yasama ve yürütmenin ayrı olduğundan dolayısıyla tam olarak kuvvetler ayrılığının mevcudiyetinden söz etmek mümkün değildir. Çünkü parti başkanlarının milletvekilleri üzerinde sahip oldukları nüfuz ve otorite sonucunda yasama yürütmeye bağımlı hale gelmiştir. İktidar partisine mensup milletvekilleri partisinin kendisine sağladığı imkanlar sayesinde diğer partilerin üyesi bulunan milletvekillerine karşı her açıdan çok güçlü hale gelmekte ve kendi partisinin eksik ve yanlış uygulamalarına karşı çıkmak yerine parti disiplini nedeniyle körü körüne yapılan uygulamaları savunma anlayışı içine girmektedirler.⁷³ Bu durum ülkemizde parlamenter sistemin iyi işleyemediğinin açık bir göstergesidir.

Her alanda hızlı ve etkili karar mekanizmasının işleme gereken günümüz koşullarında başkanlık sistemine geçilmesi zaruri bir durum haline gelmiştir. İktidarın kişiselleşmesi olgusunu savunarak başkanlık sistemine karşı çıkanların maalesef günümüzdeki kişiselleşmiş iktidarlara görmezden gelmeleri ve bir önyargıya kendilerini hapsedmeleri mantık dışı ideolojilere bağlı olduklarına işaret etmektedir.

Son olarak başkanlık sistemi avantaj ve dezavantajları içinde barındıran bir sistem olmasına karşılık günümüz ihtiyaçlarına cevap verme olasılığı daha yüksek olan ve parlamenter sistemdeki kısır döngüden kurtulmak isteyen halkımızın isteklerine de daha uygun görünen bir hükümet modelidir.

Başkanlık sisteminin aksayan yönlerini düzeltmeye yönelik rasyonel ve dengeli bir başkanlık önerisi sunularak şu yöntemlerin kullanılması rejimi ülkemizin siyasi koşullarına daha elverişli bir hale getirecektir: Öncelikle bir hususun hangi organın yetki alanına girdiğine dair uyuşmazlıklara ilişkin olarak yetkili organı belirlemek amacıyla Yüksek Mahkeme ya da Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmalıdır. Kararların alınma sürecinde yasama organı ve başkan arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için sorun ülke açısından ciddi bir hal aldığı anda referanduma gidilmelidir. Referandumun gereksiz yere kullanılmasını

⁷³ KUZU, s. 59.

önlemek için bu sayıya belli bir sınır getirilmelidir. Başkan ve yasama organı seçimleri aynı tarihlerde ve aynı süre için yapılmalıdır. Buna rağmen iki organ arasında ciddi çatışmaların ortaya çıkması durumunda seçimlerin yenilenmesini öngören bir mekanizma getirilmelidir. Seçim sistemi olarak nispi temsile devam edilmesi başkanın mensup olduğu partinin ezici çoğunluk elde etmesini engelleyeceğinden sistemin demokratikliği açısından oldukça faydalı olacaktır.⁷⁴

KAYNAKLAR

- AKGÜL, M. Emin : Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Dönüşümü ve Günümüz Demokrasilerindeki Anlamı, Ankara 2010 (Ankara Barosu Dergisi Sayı:2010/4)
- ATAR, Yavuz : Türk Anayasa Hukuku, Konya 2007
- BAL, Bülent :İstikrarsız Parlamenta-rizme Karşı Başkanlık Sistemi İstanbul 2011
- BİLİR, Faruk, TUNÇ, Hasan, YAVUZ, Bülent: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2012
- BİLİR, Faruk : Yeni Anayasa Yeni Mutabakat, Ankara 2012
- DİKİCİ, M.Fatih : Anayasa Hukuku, Ankara 2005
- GÖZLER, Kemal : Anayasa Hukukunun Genel Esaslarına Giriş, Bursa 2009
- KABOĞLU, Ö.İbrahim: Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, İstanbul 2006
- KUZU, Burhan : Her Yönü İle Başkanlık Sistemi, İstanbul 2011
- ODYAKMAZ, Zehra, KAYMAK, Ümit, ERCAN, İsmail : Anayasa Hukuku, İdare Hukuku, Ankara 2006
- ÖZBUDUN, Ergun : Anayasa Hukuku, Ankara 1995
- ÖZER, Attila :Anayasa Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2005
- TEZİÇ, Erdoğan : Anayasa Hukuku, İstanbul 2009

⁷⁴ ATAR, s. 149.

TUNÇ, Hasan, YAVUZ, Bülent : Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi, Ankara 2009 (TBB Dergisi Cilt:81)

ULUŞAHİN, Nur : Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi

YANIK, Murat : Başkanlık Sistemi ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, İstanbul 1997

YAZICI, Serap: : Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme Ankara 2005 (TBB, Başkanlık Sistemi)

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi : Anayasa Hukuku El Kitabı, İstanbul 2008

İNTERNET KAYNAKLARI

AY, Şadiye : Türkiye’de Parlamenter Sistem ve Hükümet Sistemi Tartışmaları <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/05a/01.htm> (16.04.2013)

ESGÜN, İ.Uğur : Demokratik Hukuk Devleti İdealine Uygun Bir Hükümet Sistemi İçin Radikal Öneriler http://www.yeniturkiye.com/PDF/51_283_285.pdf (30.04.2013)

GÖNENÇ, Levent : Türkiye’de Hükümet Sistemi Tartışmalarına Kısa Bir Bakış ve Mevcut Hükümet Sisteminin Niteliği [http://www.tepav.org.tr/turkiyede-hukümet-sistemitartismalarina-kisa-bir-bakis-mevcut-hukümet-sisteminin -niteliği.pdf](http://www.tepav.org.tr/turkiyede-hukümet-sistemitartismalarina-kisa-bir-bakis-mevcut-hukümet-sisteminin-niteliği.pdf) (25.05.2013)

GÖNENÇ, Levent : Hükümet Sistemi Tartışmalarında Başkanlı Parlamenter Sistem Seçeneği <http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/docs/makaleler/hukümet-sistemi-tartismalari.pdf> (30.04.2013)

KAHRAMAN, Mehmet : Hükümet Sistemi Tartışmaları Bağlamında Başkanlık ya da Yarı Başkanlık Sistemlerinin Türkiye’de Uygulanabilirliği <http://www.mku.edu.tr/files/25-dosya-1355414446.pdf> (25.05.2013)

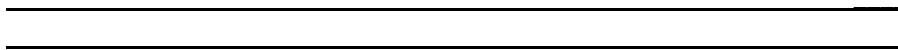
TATAROĞLU, Muhittin : Parlamenter ve Başkanlık Sistemleri İktidar ve Bürokrasi İlişkileri Açısından Bir Değerlendirme <http://www.2.bayar.edu.tr/yonetimekonom-dergi/2006-1.htm> (30.04.2013)

TURHAN, Mehmet : Anayasa Hukukunda Hükümet Sistemi Tartışmaları <http://www.liberal.org.tr/upresimler/liberal-dusunce-sayi66.pdf> (30.04.2013)

ULUŞAHİN, Nur : Türkiye’de Mevcut Hükümet Sistemi’nin Niteliği ve Rejimin Başkanlık Sistemi’ne Kaymasının Getireceği Tehdit ve Tehlikeler <http://www.sobiad.org/eJOURNAL/dergiHIA/arsiv/2011/04nur-ulusahin.pdf> (30.04.2013)

YILMAZ, Sait : Başkanlık Sistemi; ABD Türkiye’ye Örnek Olabilir Mi? <http://www.usam.aydin.edu.tr/analiz/baskanlik-sistemi-abd-turkey.pdf> (30.04.2013)

Makaleler



Özel Hukuk

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA NOTERLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Ömer ULUKAPI*

ÖZET

Hukukumuzda noterlik kurumu 1512 sayılı Noterlik Kanunu ile düzenlenmiştir. Noterliği bir kamu hizmeti olarak kabul eden bu Kanuna göre noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirirler.

Görevi çeşitli belge ve işlemlere resmîyet kazandırmak ve kanunların öngördüğü diğer görevleri yerine getirmek olan noterin, bu işlemler dolayısıyla oluşacak zararlardan sorumlu tutulması gerekecektir. Bu sorumluluğunun niteliği ve kapsamının belirlenmesi açısından kanun koyucunun borçlar hukukunun genel hükümleri ile yetinmeyip, noterlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin özel bir maddeye Noterlik Kanunu içerisinde (NK.m.162) yer verdiği görülmektedir. Noterlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen ilgili hüküm bir ayrıcalık getirmediği için, vekaletle idare edilen noterliklerde noter vekilleri (stajiyer, katip veya adalet memuru olabilir) ile dördüncü sınıf noterliklerdeki geçici yetkili noter yardımcıları hakkında da uygulanır. Noterlerin hukuki sorumluluğunun niteliğini belirlerken ikili bir ayırımın yapılmasının gereği vardır. Çünkü, Noterlik Kanununun 162 nci maddesinde yer alan "stajiyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludur" şeklindeki düzenleme iki çeşit sorumluluğa yer vermektedir. Bunlardan birincisi, noterin bizzat yaptığı işlemlerden doğan zararlardan sorumlu tutulması, ikincisi ise, stajiyer, katip ve katip adaylarının yaptıkları işlemlerden doğan zararlardan noterin sorumlu olmasıdır. Bunlardan, noterle iş sahibi arasındaki hukuki ilişkinin temelinde bir özel hukuk sözleşmesi yatmaktadır. Kanımızca noterlerin sorumluluğu, tapu sicilinin

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi .

tutulmasından devletin sorumluluğuna (TMK.m.1007) oldukça benzemektedir. Bu nedenle olan hukuk açısından benzer bir yorumun yapılması uygun olur.

Noterin hukuki sorumluluğunu düzenleyen madde, sorumluluğun bir şartı olarak kusura yer vermemiş, sadece rücu ilişkisi bakımından "sebepl olma" kavramını getirmiştir. Noterlerin hukuki sorumluluğunu tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğuna benzetildiğinden ve orada da (devlete) kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmadığından ağır bir sorumluluk yüküyle bu meslek mensupları karşılaşmaktadır. Ülkemizde, özellikle bu sorumluluk yükünü azaltıcı veya kolaylaştırıcı güvenceler dışında genel zorunlu sigorta sistemi ve sosyalle edici sigortacılık kurumlarının kurulmaması karşısında Türk Borçlar Kanununda yer alan kurtuluş kanıtının noterlere de tanınması gerektiği ileri sürülebilir.

ANAHTAR KELİMELER: noter, noterin hukuki sorumluluğu, kusursuz sorumluluk, kurtuluş kanıtı, noterin rücu hakkı

THE LEGAL RESPONSABILITY OF THE NOTARY PUBLICS IN THE LIGHT OF THE COURT OF CASSATION DECISIONS

ABSTRACT

Notary publics are regulated in the Notaries Act No. 1512 in Turkish law. Defining the notary publics as a public service, notary publics document operations for assuring security and preventing disagreements and execute other duties given by laws.

Notary publics, certifying various documents and transactions as well as doing other duties given by laws should be held responsible for the damage occurred during the fulfillment of these tasks. In order to ascertain the nature and scope of this responsibility, the law maker has established a special norm in the Notaries Act (Art.162) aside from the general principles in the law of obligations. The relevant provision regulating the responsibility of the notary publics is applicable to clerks and clerk candidates. In terms of determining the legal liability of notaries, a dual classification has to be made. Because the regulation saying that "the notary publics are responsible against those who suffered damage for undone, erroneous or deficient works; even if they

are executed by the interns, clerks and clerk candidates” include two types of separate responsibility. First of all, the notary publics are responsible against those who suffered damage for undone, erroneous or deficient works themselves. Furthermore the notary publics are held responsible for undone, erroneous or deficient works; even if they are executed by the interns, clerks and clerk candidates. The legal connection between the notary public and the person suffering from the erroneous and deficient work is a contractual relationship. In our opinion the liability of the notary public is similar to the liability of the State for the losses arising for the maintenance of the land register (TCC Art. 1007). For the this reason a similar interpretation should be made.

The article regulating the legal responsibility of the notary public does not include the concept of culpa as a condition of responsibility but has brought the concept of “cause” for the recourse possibility. The legal responsibility of the notary publics is very strict as it is similar to that of the State and does not include a liberation clause. Since we do not have an obligatory occupational insurance system in Turkey which will decrease the burden of the notary publics, a liberation clause just like the one in the Turkish Code of Obligations should be accepted in favor of the notaries.

Key words: notary public, the legal responsibility of the notary publics, strict liability, liberation clause, right of recourse of the notary public

A. GİRİŞ

Hukumumuzda noterlik kurumu 1512 sayılı Noterlik Kanunu ile düzenlenmiştir. Noterliği bir kamu hizmeti olarak kabul eden bu Kanuna göre noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirirler (NK m.1). Başka bir deyişle, Kanunda açık bir tanımlama getirilmemesine karşın bu madde doğrultusunda yapılacak tanımlamaya göre noter "hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek amacıyla çeşitli belge ve işlemlere resmiyet kazandıran ve kanunların öngördüğü diğer görevleri yerine getiren, belli nitelikleri ve kendine özgü bir hukuki statüsü bulunan kamu görevlisidir" (¹). Bu tanımdan anlaşılacağı üzere görevi çeşitli belge ve işlemlere resmiyet

¹ Ulukapı/Atalı, s.10.

kazandırmak ve kanunların öngördüğü diğer görevleri yerine getirmek olan noterin, bu işlemler dolayısıyla oluşacak zararlardan sorumlu tutulması da doğaldır. Nitekim, aşağıda ayrıntılarıyla inceleneceği şekilde NK. m.162 ile bu anlamda noterlerin sorumluluğu düzenlenmiştir.

Sözleşme dışı olaylardan meydana gelen zararın giderilmesini düzenleyen kurallar sorumluluk hukukunu oluşturur. Sorumluluk hukukunun amacı, zarar verenin, zarar görenin uğramış olduğu zararı gidermesi, diğer bir ifadeyle tazmin edilmesidir ki bu aynı zamanda hukuki sorumluluğun konusunu oluşturmaktadır⁽²⁾. Hukuki sorumluluğun sebepleri kusur (haksız fiil), sözleşme (akit) ve kanundur⁽³⁾. Bunlar esas itibarıyla borçlar hukukunun inceleme konuları arasında yer alır. Bu bağlamda noterlerin hukuki sorumluluğunun da bu hukuk dalında incelenebileceği söylenebilir. Bununla birlikte, kanun koyucu borçlar hukukunun genel hükümleri ile yetinmeyip, noterlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin özel bir maddeye Noterlik Kanunu içerisinde (NK. m.162) yer vermiştir. Bunun nedeninin noterlerin hukuki statüsü konusundaki tereddüt ve farklı görüşlerin bunların sorumluluğu gibi çok önemli bir konuda da tereddüt ve değişik algılamalara neden olabilmesi ihtimalini öngörmesi olduğu düşünülebilir. Gerçekten, kanun koyucu mülga (3456 sayılı) Noterlik Kanununun 64 üncü maddesinde de bu konuyu düzenlemiş, borçlar hukukunun genel ilkeleriyle yetinmemiştir. Anılan Kanundaki düzenleme, benzer bir şekilde 1512 sayılı Noterlik Kanununun 162 nci maddesinde de yer almıştır.

B. KAPSAM

Noterlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen Noterlik Kanunu 162 inci maddesinde bir ayrıcalık getirilmediği için, vekaletle idare edilen noterliklerde noter vekilleri (stajiyer, katip veya adalet memuru olabilir) ile dördüncü sınıf noterliklerdeki geçici yetkili noter yardımcıları (NK. m.32) hakkında da uygulanır (NK.m.197/1) ⁽⁴⁾.

² Eren, s. 7.

³ Eren, s. 4-5.

⁴ Ancak, yurt dışında noterlik hizmetlerini gerçekleştiren konsolosluklar devletin temsilcileri (ajanları) konumunda buldukları ve dolayısıyla Devlet Memurları Kanunu m.13 hükmüne tabidirler. Söz konusu hüküm çerçevesinde, kusura dayalı sorumluluk esası benimsenmiştir.

C. SORUMLULUĞUN NİTELİĞİ

Noterlik Kanununun, Borçlar Kanununun genel hükümleriyle yetinmeyen ayrı bir düzenleme getirmesi, noterlerin hukuki sorumluluğunun niteliğinin belirlenmesi zorunluluğunu doğurmaktadır. Ancak, bunu yaparken ikili bir ayırımın dikkate alınması gereği vardır. Çünkü, Noterlik Kanununun 162 nci maddesinde yer alan "Stajiyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludur" şeklindeki düzenleme iki çeşit sorumluluğa yer vermektedir. Bunlardan birincisi, noterin bizzat yaptığı işlemlerden doğan zararlardan sorumlu tutulması, ikincisi ise, stajiyer, katip ve katip adaylarının yaptıkları işlemlerden doğan zararlardan noterin sorumlu olmasıdır. Türk Noterlik Mevzuatında, Alman Noterler Kanununun aksine notere, hukuki konularda kendisine başvuran iş sahibine danışmanlık yapma ve bağlayıcılığı bulunan bilgileri aktarma hizmeti yüklememiştir. Bu sebeple danışmanlığa ilişkin konularda, Alman hukukunun ⁽⁵⁾ aksine Türk hukukunda noterin hukuki bir sorumluluğu doğmayacaktır ⁽⁶⁾. Noterin bizzat yaptığı işlemlerden sorumluluğunun niteliğinin belirlenmesinde, noter iş sahibi (ilgili) ve zarar gören diğer üçüncü kişiler arasındaki ilişkinin ortaya konması; noterin, stajiyer, katip ve katip adaylarının yaptığı işlemlerden doğan zararlardan sorumluluğunun niteliğinin saptanmasında ise noterle stajiyer, katip ve katip adayları arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekmektedir. Burada hemen şunu da belirtelim ki, yaptığımız bu ayırım biraz teorik bulunabilir. Çünkü, uygulamada hemen hemen bütün işlemler katipler tarafından hazırlanmakta, noter de imza ve mühürü ile işlemi tamamlamaktadır. Dolayısıyla burada işlemin kimin tarafından yapıldığını belirleyebilmek, daha doğrusu bunu sadece noterin ya da sadece katibin işlemi olarak mütalaa edebilmek oldukça zordur. Ancak, böyle bir işlem noterin imzası ve mühürü ile tamamlandığına göre bunu noterin işlemi olarak kabul etmek, alt ilişkide ise noterin katibe rücu imkanıyla sorunun vuzuha kavuşmasını benimsemek gerektiği kanısındayız. Nitekim, noter imza yetkisi verdiği katip veya stajiyer

⁵ Alman hukukunda noterlerin danışmanlık yapma ve bağlayıcı bilgileri aktarma yükümlülüğü konusunda bkz. Rinsche, s.253 vd.

⁶ Pulaşlı, s.10-16.

işlemi kendi imzasıyla (noter bizzat katılmaksızın) yapabilmektedir. İşte böyle bir durumda noterin, katip veya stajiyerinin yaptığı işlemden dolayı sorumluluğu ortaya çıkmaktadır, imza yetkisi bulunmayan katip, katip adayı ve stajiyerlerin yaptığı noterin imza ve mühürü ile tekemmül eden işlemleri, bunlardan sorumluluk bakımından noterin bizzat yaptığı işlem olarak kabul etmek yerinde olur. Noterle iş sahibi (ilgili) arasındaki ilişkinin ortaya konulması, tıpkı noterlerin hukuki statülerinin belirlenmesinde olduğu gibi, oldukça zordur. Daha doğrusu, buradaki zorluk, noterlerin hukuki statülerinin özel durumundan kaynaklanmaktadır. Konunun taşıdığı önem dolayısıyla noterle iş sahibi arasındaki ilişkinin haksız fiile mi, yoksa bir sözleşmeye mi dayandığı, sözleşmeye dayanıyorsa bu durumda bunun hangi sözleşme niteliğinde bulunduğu tespitini gerektirmektedir.

1. Konu İle İlgili Görüşler

a) Haksız Fiil Görüşü

Noterle iş sahibi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği konusunda, noterliğin aynı zamanda bir kamu hizmeti olması nedeniyle, bazı hukukçular, özellikle noterin sorumluluğunun resmi senede dayanması halinde, sözkonusu uyumsuzluğun sözleşme ilişkisinden kaynaklandığını söylemenin mümkün olamayacağını, bu taktirde haksız fiil sorumluluğundan bahsetmek gerekeceğini ileri sürmektedirler⁽⁷⁾. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü benimseyerek, sorumluluğun resmi bir senetten kaynaklanması durumunda uyumsuzluğun bir sözleşme ilişkisinden doğduğu söylenemeyeceği ve haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir⁽⁸⁾.

b) Özel Hukuk Sözleşmesi Görüşü

Öğretide genellikle noter ile iş sahibi arasındaki ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Zira, noter iş sahibinden aldığı ücret karşılığı talep etmiş olduğu işi yapar ve dolayısıyla da aralarında bir özel hukuk sözleşmesi kurulmuş olur. Bu şekilde, noter iş sahibi arasındaki ilişkinin bir özel hukuk sözleşmesi temeline oturtulması, bu sözleşmenin nev'inin belirlenmesini zorunlu kılar.

⁷ Alman hukukunda noterin yapmış olduğu işlemlerden dolayı hukuki sorumluluğunun niteliği konusunda haksız fiil sorumluluğu ilkesi getirilmiştir, bkz. Bohrer, s.151; Rinsche, s.243 vd.

⁸ Bkz. Atabek, s.17; Doğu, s.584.

Öğretide söz konusu sözleşmenin Borçlar Kanununun özel kısmında düzenlenmemiş bir nev'inden olması halinde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmuştur. Başka bir görüşe göre ise, iş sahibi ile noter arasındaki ilişkinin Borçlar Kanunundaki hiçbir sözleşme türüne girmediği ve bu nedenle kendine özgü (sui generis) bir sözleşme türü olduğu kabul edilmektedir. Bunun doğal sonucu olarak çıkacak uyuşmazlıklarda Borçlar Kanununun genel hükümlerinin uygulanması gerekeceği savunulmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi ise, yukarıda anılan kararında, iş sahibi ile noter arasındaki ilişkinin resmi senede dayandığı durumlar ayırık olmak üzere, özel hukuk sözleşmesinden kaynaklandığını ve oradaki bu sözleşmenin de bir vekalet sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir.

2.Görüşümüz

Öğretide de genel kabul gördüğü üzere noterle iş sahibi arasındaki hukuki ilişkinin temelinde bir özel hukuk sözleşmesi yatmaktadır. Asıl uyuşmazlık konusu olan noterle iş sahibi arasındaki işlemin resmi senede dayanması halinde ilişkinin niteliğinin tespiti ile söz konusu sözleşmenin türünün tayini noktasındadır. Öte yandan, bu ilişkinin niteliğinin saptanması, Noterlik Kanununun 162 nci maddesinde yer almayan zamanaşımı, yetkili mahkeme, zarar ve tazminatın hesaplanması gibi hususlar bakımından oldukça önemlidir. Kanımızca noterlerin sorumluluğu, genel olarak tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğuna (TMK.m.1007) oldukça benzemektedir. Bu nedenle benzer bir yorumun yapılması uygun olur. Tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu Medeni Kanunun 1007 nci maddesinde düzenlenmiş bir kusursuz sorumluluk halidir. Ancak bu sorumluluğun şartları bağlamında kusur unsuru dışında niteliği itibariyle haksız fiile ilişkin unsurların varlığı burada kabul edilmelidir⁹. Başka bir deyişle, haksız fiil sorumluluğunun önemli bir unsuru olan kusurun her iki sorumlulukta da kanun tarafından kaldırılmış olduğunu söylemek noter ile noterlik işleminden zarar gören üçüncü kişi arasında hiçbir ilişki bulunmadığından, söz konusu kişiye karşı noterin sorumluluğunun niteliği itibariyle (kusur unsuru dışında) haksız fiil sorumluluğuna ilişkin

⁹ Bkz. Akipek, s.345; Oğuzman/Seliçi, s.140; Ayan, s.187.

unsurları taşıdığını söylemek mümkündür¹⁰). Öte yandan, noterlerin hukuki sorumluluğunun niteliğini yaptıkları somut işlemin niteliğine göre belirlemek bir değişik metod olarak akla gelebilir. Şöyle ki, noterlerin yaptıkları işlemler çok çeşitlidir. Emanet saklamaktan tebligat işlerine, örnek vermekten sicil tutulmasına kadar birçok değişik genel ve özel işlemler söz konusudur. Bu işlemlerden yola çıkarak, zarar bir emanetin saklanmasından doğmuşsa vedia sözleşmesi hükümleri yardımıyla akdi sorumluluğu, buna karşılık zarar bir resmi senet düzenlenmesinden doğmuşsa haksız fiil sorumluluğunu kabul etmek düşünülebilir. Ancak, Noterlik Kanunu, noterlerin sorumluluğunu böyle bir ayırım yapılmasına imkân vermeyecek bir şekilde ve tek bir madde (NK.m.162) ile düzenlenmiştir. Kanun koyucunun, sorumluluğun niteliğine ışık tutan bir ifadeye açıkça yer vermemesine karşılık, bütün işlemler açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılması içinden çıkılmaz tartışmaları da beraberinde getirir. Çünkü, noterlerin yaptıkları işlemlerle ilgili olarak iş sahibiyle arasındaki ilişki de tartışmasız değildir. İşte bütün bu nedenlerle, noterlerin hukuki sorumluluğunu, kanımızca oldukça fazla benzerlikleri bulunan tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğuna paralel düşünmek uygun düşmektedir.

Noter ile stajiyer, katip ve katip adayları arasındaki ilişki ise, Türk Borçlar Kanununun 66 ıncı maddesi anlamında bir adam çalıştırma ilişkisidir. Bu ilişki nedeniyle (noterin) yardımcı kişilerin (stajiyer, katip ve katip adayının) hukuka aykırı davranışlarıyla vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumluluğu ise, niteliği itibariyle bir olağan sebep sorumluluğudur¹¹). Derhal ifade etmek gerekir ki, kanun koyucu, noterin, verdikleri zararlardan sorumlu tutacağı kişileri Noterlik Kanununun 162 nci maddesinin birinci fıkrasında stajiyer, katip ve katip adayı olarak belirtmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında rücu ilişkisinden söz ederken ise, "noterlik personeli" ifadesini kullanmıştır. Oysa ki noterlik personeli ifadesi daha geniş bir kavram olup, bekçi ve temizlikçi

¹⁰ Öğretide *Tandoğan*, noterlerin bu şekilde ağır bir sorumluluğa tabi tutulmalarını noterlerin yapacağı işlemlerin sağlamlığı hususunda iş sahiplerine garanti vermenin gerektiği... işlemlerin yapılmasından büyük zararlar doğacağı gerekçesine dayandırmaktadır ki, bu da kusursuz sorumluluk için kabul edilebilir gözükmektedir, bkz. *Tandoğan*, s.84.

¹¹ Bkz. *Eren*, s.162-163.

gibi hizmetlileri de kapsamaktadır. Bu durumda stajiyer, katip ve katip adaylarının ilgililere veya üçüncü kişilere verdikleri zararlardan noterin sorumluluğu NK.m.162 sınırları dâhilinde adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine tabi olacakken, hizmetlilerin (bekçi ve temizlik gibi) vermiş oldukları zararlar için tamamıyla Türk Borçlar Kanunundaki genel sorumluluk hükümleri uygulanacaktır⁽¹²⁾.

Noterin hukuki sorumluluğunu düzenleyen madde, sorumluluğun bir şartı olarak kusura yer vermemiş, sadece rücu ilişkisi bakımından "sebepl olma" kavramını getirmiştir. Bu durum karşısında, tıpkı tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğunda olduğu gibi, hem bizzat yaptığı hem de stajiyer, katip veya katip adayının yaptığı işlemlerden noterin sorumluluğunda kusur kurucu bir unsur olmamaktadır⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾.

Yargıtay'ın bu konuda çelişkili kararları bulunmaktadır. Hukuk Genel Kurulunun verdiği kararda⁽¹⁵⁾; *"...Uyuşmazlık, noterlerin kusursuz sorumluluğuna dayalı maddi tazminat istemine dair davada, tarafların şüpheli sıfatıyla ifadelerinin alındığı hazırlık soruşturmasının sonucunun beklenmesi gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Bilindiği üzere, 1512 Sayılı Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde noterlerin hukuki sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre: "Stajiyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. Noter, 1. fıkra gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajiyer veya noterlik personeline rücu edebilir." Görüldüğü üzere, anılan maddede kusurdan söz edilmemiş, dolayısıyla noterlerin bu göreve dair kişisel sorumlulukları, kusursuz sorumluluk esasına göre düzenlenmiş bulunmaktadır. 1512 Sayılı Kanunun 162. maddesi uyarınca noterlerin sorumluluğu için*

¹² Ulukapı/Atalı, s.160, dn. 14.

¹³ Doğu, s.586.

¹⁴ Bu durumun haksız olduğu yolundaki değerlendirmeler ile genel olarak Noterlik Kanununun 162 nci maddesi hakkındaki eleştiriler için bkz. Bilgin, s.43-44; İstanbul Noter Odası Hukuk Komisyonu, Noterlik Kanununun 162. Maddesi Hakkında İstanbul Noter Odası Hukuk Komisyonu Raporu, TNBHD., 1993/80, s.35-37.

¹⁵ YHGK., 6.3.2013, 2012/4-800, 2013/322.

noterin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin görevleriyle ilgili bir eylemleri olmalı; bir zarar bulunmalı; zarar doğuran eylem hukuka aykırı olmalı ve zararlar eylem arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Anılan madde noterin kusursuz sorumluluğunu düzenlemekte ise de, kusursuzluğun ispatı yerine zarar ile uygun nedensellik bağının kesildiğinin kanıtlanması durumunda sorumluluğun ortadan kalkacağı açıktır. Doktrinde de değinildiği üzere, kusursuz sorumlulukta da zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurunun veya mücbir sebep halleri gibi illiyet bağı kesen bir durumun varlığının kanıtlanması halinde sorumluluktan kurtulunabilecektir (Tekinay S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 1985 İst., Sayfa 764 vd; Kartal B., Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk, Yargıtay Dergisi, Cilt 24, Sayı 3, Sayfa 340 vd). Uygun illiyet bağı ile belirtilmek istenen noterin veya çalıştırdığı kişilerin yaptığı noterlik işlemlerinden dolayı zarar doğmuş olmasıdır. Noterin sorumluluktan kurtulması için zararlar eylem arasındaki illiyet bağının kesildiğini kanıtlaması gerekir. Bu da ancak mücbir sebebin varlığı veya üçüncü kişinin ağır kusuru yahut zarar görenin ağır kusurunun bulunması ile mümkün olacaktır, Yasa koyucu Noterlik Kanunu'nun 162. maddesiyle genel nitelikteki kusursuz sorumluluk ilkeleri dışında özel bir kurtuluş kanıtı getirmemiştir (Kartal B, a.g.e., s. 349 vd)", diğer bir kararında (16); "...1512 sayılı Noterlik Kanununun 162. maddesi hükmüne göre stajiyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. Görüldüğü gibi maddenin düzenleniş biçiminden noterin, kendi eylemlerinden şahsen sorumlu olduğu kadar emrinde çalışan kimselerin eylemlerinden doğan zararlardan da sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Maddede kusurdan söz edilmemiştir. O halde noterin sorumluluğunda kusur aranmayacaktır...", benzer bir kararda(17); "Dava, manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı, kendisine ait sürücü belgesi kullanılarak davalı Necati tarafından düzenlenen sahte belgeler ve A... Üçüncü Noterliği'nde tanzim edilen imza onayı ile davalı Y... K... Bankası A.Ş.'nin A... Şubesinde çek hesabı açtırıldığını, kullanılan

¹⁶ 4.HD., 16.11.1982,8932/10570 (YKD., 1983/3, s.349-350; TNBHD., 1983/38, s.55-56).

¹⁷ 4.HD., 25.06.2007, 6459/8597.

çeklerin karşılıksız çıkması üzerine hakkında Cumhuriyet Savcılığı tarafından kovuşturmalar yapıp, ceza davaları açıldığını, işyerine gönderilen bildirimler ve çevrede yapılan araştırmalar nedeniyle onurunun incindiğini belirterek manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Mahkemece, zararın davalı Necati'nin haksız ve hukuka aykırı eyleminden doğduğu, diğer davalıların olayda kusurları bulunmadığından sorumluluklarının söz konusu olamayacağı gerekçesiyle davalı banka ve noter M.Y. hakkındaki davanın reddine karar verilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelere göre; davacının kaybolan sürücü belgesi davalı Necati tarafından ele geçirilmiş, resmi değiştirilerek ve bu kimlik ile ikametgah ilmühaberi alınarak davalı notere imza onayı için başvurulmuştur. Noter tarafından üzerinde tahrifat yapılmış sürücü kimliği esas alınarak imza onayı düzenlenmiştir. Davalı bu imza onayı ile birlikte kimliğin fotokopisi, ikametgah ilmühaberi ve Nüfus Cüzdan Örneği fotokopisini ibraz ederek davalı banka şubesinden çek hesabı açılması talebinde bulunmuş ve talebi yerinde görülerek açılan çek hesabından 10.07.1998 tarihinde çek karnesi verilmiştir. Davalı Necati'nin imzaladığı çeklerden biri karşılıksız çıkmış ve davacı hakkında karşılıksız çek düzenlemek nedeniyle işlemler yapılmıştır. Davacının bu şekilde durumu öğrenip davalı banka şubesine başvurması üzerine, davalı banka tarafından bu konuda Merkez Bankası'na bildirimde bulunulmuştur. Davalılardan M.Y., A... Üçüncü Noteridir. 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 1. maddesine göre, noterlik bir kamu hizmeti olup, noterler hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar. Anılan Yasa'nın 90. maddesinde, hukuki işlemlerin altındaki imzanın onaylanmasının imzayı atan şahsa ait olduğunun bir şerhle belgelendirilmesi şeklinde yapılacağı, 92. maddesinde ise, onaylama şerhinin işlemin yapıldığı yer ve tarihi, ilgilinin kimliği, adresi ve vergi kimlik numarasını, noter ilgiliyi tanımıyorsa, kimliği hakkında gösterilen ispat belgesini ve işleme katılanların ve noterin imza ve mührünü taşıması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Sahte kimlik ile davalı tarafından imza onayı yapıldığı anlaşılmaktadır. İşlem yapılırken imza onayı yapılan kişinin kimliğini ispat için sunduğu belgenin incelenmesinde kamu hizmeti yapan noterlerin gerekli tüm dikkat ve özeni göstermeleri gerekir. Olayımızda kamu hizmetinin gerektirdiği özenin gösterilmemiş olması sonucu, davacı adına düzenlenen karşılıksız çekler nedeniyle davacı iş ve

sosyal çevresinde zor durumda kalmış, onuru incinmiştir... Dava konusu olayların meydana gelmesine eylemleriyle neden oldukları gözetilerek sorumluluklarına karar verilmesi gerekirken, sorumluluğu gerektirir eylemleri bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.”, başka bir kararında ⁽¹⁸⁾; “Noterlik Yasasının 162.maddesi uyarınca, noterlerin zarardan sorumlu tutulabilmeleri için kusurlu olmalarının gerekmediği tartışmasızdır. Diğer bir anlatımla, tüm kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu üzere, zarar gören, davalının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Kusursuz sorumluluğun, kusurlu sorumluluktan tek farkı bu noktada toplanmaktadır. Bu bağlamda, zarar gören kusurlu sorumlulukta olduğu üzere zararını, zararla eylem arasındaki uygun illiyet bağına kanıtlamak zorundadır. Kusursuz sorumluluğun tüm hallerinde, uygun illiyet bağının zarar görenin veya 3.kişinin ağır kusuru ile beklenmeyen bir halin varlığı durumunda kesileceği, teoride ve yargısal kararlarda kabul edilmiş bulunmaktadır. Aksi halde risk veya şart nazariyesi öne çıkacak ve zararın varolduğu her halde, kusursuz sorumlu olanın sorumluluğu yoluna gidilecektir ki, böyle bir sonuç hukukumuzda kabul edilmemiştir. Somut olayda; 07 HU 883 plakalı aracın sahibi Tunakan K.’in Antalya ilinde arac kiraya verdiği, aracı kiralayan kişinin aracı başka birisine kiraladığı, bu kişinin de teslim etmesi gerektiği tarihte aracı getirmedeği, bu şahsın Tunakan K.’in kimlik bilgilerini kullanarak aracı noter aracılığı ile davacıya sattığı, aracın sahibine teslim edildiği, aracı sahte kimlik kullanarak satan kişi hakkında dolandırıcılık suçundan soruşturma yapıldığı anlaşılmaktadır. Dosyada yeralan grafoloji, sahtecilik uzmanı bilirkişinin raporunda; bir belgenin aldatma yeteneği hakkında görüş bildirilebilmesi için sahteliklerin ve tahrifatların tespitinin gerektiği, fotokopi belgelerinin mikroskopik detay incelemelerine imkan vermediği, incelemelerin belge asılları üzerinden yapılması gerektiği belirtilmiştir. Mahkemece, araç satış sözleşmesinin dayanağını oluşturan belgenin aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşturulmadan hüküm kurulması doğru değildir; dolandırıcılık suçundan yapılan soruşturmanın dosyasından da yararlanılarak notere sunulan belgelerin aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Somut olayda, belgeleri

¹⁸ 3.HD., 3.12.2012, 20157/24792.

gören ve sahteliği farketmeyen davalı noterin teknolojinin gelişmesi ile; internette sorgulama, mernis sistemi gibi kolaylıklara kavuşmuş olmasına rağmen yapılan sahtekarlığı farketmemiş olması dikkat ve özen eksikliğini gösterse de; satış ve kasko değeri 15.000 TL olan aracı tanımadığı bir kişiden 7.000 TL'si peşin olmak üzere 8.000 TL'ye satın alan ve kuşkulananmıyan davacının da bölüşük kusuru bulunmaktadır. Ancak davacının kusuru davalının sorumluluğunu tamamen kaldırmaz. Resmi işlem yapma görevini üstlenmiş olan davalının daha fazla bilgi ve tecrübeye sahip olması nedeni ile daha üst düzeyde dikkat ve özen görevi vardır. Bu nedenle davacının kusuru, kamusal bir görev yapan davalı noterin sorumluluğu yönünden illiyet bağıni kesecek ağırlıkta değildir. Bu durum sadece zarardan uygun bir indirim yapma nedeni olabilirse de, davanın tümünden reddini gerektirmez. O halde mahkemece kusur ve zararın kapsamı belirlenerek davalının sorumluluğuna karar verilmelidir.” şeklinde verdiği kararlarla noterin sorumlu tutulabilmesi için kusurun aranmayacağını belirten Yargıtay, daha yeni tarihli bir kararında (19) ise, noterin kusurlu olduğunun iddia ve ispat edilmesini aramıştır.

Noterin, katip, katip adayı ve stajiyerin yapmış olduğu işlemlerden sorumlu tutulmasında Türk Borçlar Kanununun 66 ncı maddesindeki kurtuluş kanıtını getirebilme imkanının, Noterlik Kanununun 162 nci maddesinde öngörülmediği ve böylece özel hüküm niteliğindeki Noterlik Kanununun 162 nci maddesinin Borçlar Kanununun 66 ıncı maddesindeki sorumluluğu ağırlaştırdığı kabul edilmektedir (20). Bunu ağırlaştırılmış bir olağan sebep sorumluluğu olarak ifade etmek mümkündür. Bunun nedeni olarak da, noterin ifa ettiği kamu hizmetinin bir adalet hizmeti olarak, Borçlar Kanunu hükümlerine tabi herhangi bir işverenin gördüğü hizmetle önem ve kapsam bakımından mukayese edilmezliği ve adalet hizmeti ifa eden notere, istihdam ettiği kimselerin işlemlerinden doğan zararlardan kurtuluş imkânının tanınmasının hukuki güvenliği zedeleyeceği ileri sürülmektedir(21). Olan hukuk, hukuk açısından, noterlerin hukuki

¹⁹ 13.HD., 1.3.1993, 363/1676, (İstanbul Noter Odası Hukuk Komisyonu, s.35, dn.3).

²⁰ Pulaşlı, s.11-12; Doğu, s.589.

²¹ Pulaşlı, s.11-12.

sorumluluğunu tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğuna benzettiğimizden ve orada da (devlete) kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmadığından kanımızca, ileri sürülen bu görüşün kabul edilmesi gerekir. Buna karşın ülkemizde, özellikle bu sorumluluk yükünü azaltıcı veya kolaylaştırıcı aşağıda ifade edeceğimiz güvenceler dışında genel zorunlu sigorta sistemi ve sosyalize edici sigortacılık kurumlarının kurulmaması⁽²²⁾ karşısında Borçlar Kanununda yer alan kurtuluş kanıtının noterlere de tanınması gerektiği ileri sürülmüştür⁽²³⁾. Ancak noterin ifa ettiği kamu hizmetinin bir adalet hizmeti olarak Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi bir işverenin görmüş olduğu herhangi bir hizmetle önem ve kapsam bakımından karşılaştırılmayacağı ve adalet hizmeti ifa eden notere, istihdam ettiği kimselerin fiillerinden doğan zarardan kurtulmayı sağlayan bir kurtuluş kanıtı tanınmanın hukuki güvenliği zedeleyeceği de ileri sürülmektedir⁽²⁴⁾. Kanımızca, olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından, Borçlar Kanunu m.49 ve 66'da yer alan düzenlemeler açık ve yeterli bir şekilde bütün uyumsuzluklarda uygulanabilecek olan her türlü sorumluluğu kapsar mahiyet taşıdığından, NK. m.162 bu hükümlere göre noterler aleyhine daha fazla ve ağır bir sorumluluk getirmekte, bu da hakkaniyete aykırı bulunmaktadır. Yine bu ağır sorumluluğun zorunlu, gerekli ve yeterli bir sigorta sistemine bağlanmamış olması da eşitlik, adalet ve hakkaniyete aykırıdır. Bu bakımda noterlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen Noterlik Kanununun 162 inci maddesinde yapılacak değişikliklerle Borçlar Kanununda öngörülen kurtuluş kanıtı getirebilme imkanının noterlere de tanınması gerekmektedir.

D. SORUMLULUĞUN ŞARTLARI

Noterin hukuki sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için bazı şartların bulunması gerekir. Sorumluluğun unsurlarını teşkil eden bu şartlar NK.m.162 hükmüne göre; fiil, hukuka aykırılık, zarar ve illiyet bağıdır.

I. Fiil

Noterlik Kanununun 162 nci maddesinin birinci fıkrasında noterin, stajiyer, katip veya katip adayı tarafından yapılmış olsa bile bir

²² Bilgin, s.44.

²³ Meriç, s.41-42.

²⁴ Pulaşlı, s.11-12.

işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından doğan zarardan sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere zarara neden olan fiil olumsuz (işin yapılmaması veya eksik yapılması) veya olumlu (işin hatalı yapılması) olabilir. Fakat her halde sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, yapma veya yapmama şeklindeki bir fiilin bulunması sorumluluğun birinci şartıdır⁽²⁵⁾.

Noter işlemleri nazara alındığında aşağıdaki davranışların, sorumluluk doğurucu fiil şartını gerçekleştirdiğini söyleyebiliriz:

(1) İşlemin, geçerliliği için kanunen gerekli olan şekle uygun olarak yapılmaması (Örneğin, vasiyetnamenin veya tanıma senedinin düzenleme yoluyla senet şeklinde yapılmamış olması),

(2) Gerekli şeklin seçilmesine rağmen, bu şeklin gerektirdiği bütün unsurların bulunmaması (örneğin, düzenleme şeklinde yapılmasına rağmen vasiyetnameye iki tanığın katılmasının sağlanmaması),

(3) Noterlik Kanununun 53 üncü maddesi ihlal edilerek, kanunların emredici hükümlerine aykırı işlem yapılması,

(4) İşlemin yapılmasında ilgilinin kimliği ve gerçek iradesinin tespitinde gerekli titizliğin gösterilmemesi,

(5) Yetkinin geçerlik şartı olduğu durumlarda bunun gözetilmeyerek işlem yapılması (örneğin, TMK. m. 764 gereğince, ancak alıcının ikametgahındaki noter tarafından tasdik ve sicile tescille geçerli olabilecek olan mülkiyeti muhafaza kaydıyla menkul mal satım sözleşmesinin başka bir noter tarafından tasdik ve tescil edilmesi),

(6) Vasiyetname tanzim ve tasdiki ile gecikmesinde zarar umulan haller dışında, tatil gün ve saatlerinde işlem yapılmasını yasaklayan Noterlik Kanununun 52 nci maddesine aykırı hareket etmek,

(7) Kendisi veya işleme katılanlardan birisi açısından bir yasaklılık sebebi bulunduğu halde bunu gözetmeyerek işlemi yapması,

(8) Üçüncü kişilerin kanuna aykırı olarak zararına yol açacak işlemlerde bulunması,

(9) Mücbir sebepler dışında, kendisine emanet edilen eşya, belge veya parayı gerektiği şekilde saklanmaması.

Yukarıda sayılan sorumluluk doğurucu bu fiiller tahdidi olmayıp, örnek olarak sayılmıştır. Bunların yanında işin yapılmaması hatalı veya eksik yapılması olarak değerlendirilebilecek bütün durumlar noterin

²⁵ Ulukapı/Atalı, s.161.

sorumluluğunu gerektirecek fiil şartının yerine gelmiş sayılması açısından yeterlidir.

Şunu da tekrar belirtelim ki, işlemin noterin bizzat kendisi veya katip (başkatip dahil), katip adayı veya stajiyer tarafından yapılmış olmasının, noterin sorumlu tutulması bakımından bir önemi yoktur.

II. Hukuka Aykırılık

Sorumluluğa neden olan fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olması da sorumluluğun doğması bakımından diğer bir şarttır. Zira, noterin bir fiilinden (işleminde) ilgilinin veya üçüncü bir kişinin zarar görmesi ihtimali her zaman vardır. Örneğin, düzenlenen bir belgenin daha sonra ilgili aleyhine delil olarak kullanılmasında ilgilinin, bir ihtarnamenin zamanında ve usulüne uygun olarak çekilmesi sonucu muhatabın ihtarname konusu hususu yapmak zorunda bırakılması, onun (üçüncü kişinin) zarara uğramasına neden olabilir. Fakat, bütün bu işlemlerin yapılması kanunlara (hukuka) uygun olduğu taktirde noterin meydana gelen zarardan sorumlu tutulması söz konusu değildir⁽²⁶⁾.

Buradaki hukuka aykırılık, noterin, stajiyerin veya katibin görevine aykırı hareket etmesi gibi sübjektif değil, kişilerin çıkarlarını koruyan hukuk kurallarına aykırılık şeklinde ve tamamen objektif anlamdadır. Yani ihlal edilen kuralın genel veya katip yahut stajiyere verilmiş özel bir talimat olmasının bir önemi yoktur⁽²⁷⁾.

III. Zarar

Noterin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için üçüncü şart olarak hukuka aykırı fiille meydana gelmiş bulunan bir zararın olması gerekir. Bu, maddi veya manevi bir zarar olabilir. Hatta, yansıma zararı diyebileceğimiz 3. kişilerin uğrayabileceği maddi zararlar da buraya dahildir. Fakat her halde, zarar yoksa sorumluluk da yoktur.

Bu nedenle salt zarara uğrama tehlikesinin bulunması sorumluluğu doğurmaz. Zira, Noterlik Kanununun 162 nci maddesinin birinci fıkrasında açıkça "zarar görmüş" bulunmaktan söz edilmiştir.

Kanımızca burada, zarar doğmuş olmakla birlikte bunu başka bir yolla ortadan kaldırma imkânı mevcutsa noterin sorumluluğuna gidilememelidir. Örneğin, zarara yol açan işlemin dava yoluyla iptali

²⁶ Hukuka aykırılık kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.128-159.

²⁷ Doğu, s.588.

neticesinde zarar ortadan kalkıyorsa, bu takdirde, noter ancak dava masraflarından sorumlu tutulmalıdır⁽²⁸⁾.

IV. İlliyet Bağı

Noterin sorumluluğunun son şartı, meydana gelen zararla hukuka aykırı fiil arasında uygun illiyet (nedensellik) bağı (neden-sonuç ilişkisi) bulunması gerekliliğidir. Başka bir deyişle, zararın, noterin veya fiillerinden sorumlu bulunduğu kişilerin görevleri ile ilgili fiillerinden ileri gelmesi gerekir. İlliyet bağı sorumluluğun asli şartı, tazminat hukukunun temel ilkesi olarak görülmektedir. Dolayısıyla bu unsur olmaksızın noterin sorumluluğu hiçbir şekilde düşünülemez⁽²⁹⁾. Örneğin, noter tarafından bir sahte vekaletname düzenlenmiş ve bu vekaletname ile vekile bazı yetkiler sağlanmıştır. Fakat bu (sahte vekaletnamedeki) yetkiler arasında bulunmayan bir yetkiye dayanılarak bir işlem yapılması durumunda doğan zararlar sahte vekaletname arasında uygun illiyet bağı bulunmamaktadır⁽³⁰⁾. Yargıtay verdiği bir kararda⁽³¹⁾; “.. Gerçek malik veya tasarrufa ehil olmayanların sahte oldukları sonradan anlaşılan vekaletname veya nüfus hüviyet cüzdanı gibi belgelerle gerçek maliklerin haberi olmadan noterlerden araç satışı veya gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapmaları sonucu malı elinden çıkan iyi niyetli gerçek maliklerin veya gerçek maliklerden mal aldığını sanarak mal almış olan iyi niyetli kişilerin uğradıkları zararlardan dolayı noterler aleyhine açmış oldukları tazminat davasının reddi hukuka uygundur.”; başka bir kararda⁽³²⁾; “... dava, noterin kusursuz sorumluluğuna dayalı maddi ve manevi tazminat talebine ilişkindir. Davacılar, sahte kimlik kullanan ve kendilerini Hüseyin olarak tanıtan kişinin, kullandığı sahte kimlik ile kendilerinden A.Erdoğan adına araç satışı için B ... Yirmisekizinci Noterliği'nin 037186 yevmiye nolu vekaletnamesi ile yetki verdiğini, bu vekaletname istinaden S ... İkinci Noterliği'nin 10639 yevmiye nolu kati satış sözleşmesi ile A.Erdoğan'ın diğer davacı Ö.Deniz'e Hüseyin'in vekili sıfatı ile aracı sattığını, ancak aracın çalıntı çıktığını, ruhsatının da sahte olarak düzenlenmiş bulunduğunu, her iki noterin de araç ruhsatının sahte

²⁸ Zarar kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.37-55.

²⁹ Eren, İlliyet , s.1.

³⁰ Bkz. 4.HD., 3.3.1976,1975-5652/1876-22 (Doğu, s.588 ve orada dn.37).

³¹ 4.HD., 16.1.2012, 2011/15234, 2012/249.

³² 4.HD., 10.11.2008,, 2008/1699, 2008/13767.

olduğunu anlamamış olmaları nedeni ile ayrıca S ... İkinci Noter vekilinin İzmir Motorlu Taşıtlar Vergi Dairesi'nden gelen ilişik kesme yazısındaki şasi numarasının ruhsattaki ile aynı olmadığını da anlamaması nedeni ile doğan zararlarından sorumlu olduklarını ileri sürerek 25.000 YTL maddi, 5.000 YTL manevi tazminatın davalılardan alınarak kendilerine ödenmesini talep etmişlerdir. Davalı S ... İkinci Noter vekili, araç ruhsatlarının tek tip olmadığını, bu sebeple üzerinde silinti, kazıntı ya da sahtelik şüphesi uyandıracak bir durum bulunmayan, bilgileri B... Yirmisekizinci Noterliği tarafından çıkartılan araç satışına dair vekaletnamedeki bilgiler ile aynı olduğu anlaşıldığından ruhsattan şüphelenmediğini, şasi no'sunun ise çoğu ilişik kesme belgelerinde yer almadığını, diğer bilgiler tuttuğundan şasi no'su üzerinde durulmadığını, vekaleti teyit ettiğini, davacıların satış sözleşmesini yapmadan aracın sahteliğini fark ettiklerini, kötü niyetli olarak bu yola başvurdıklarını savunarak davanın reddini istemiştir. Davalı B ... Yirmisekizinci Noteri, araç satışı için vekalet çıkartırken ruhsat görme mecburiyetlerinin bulunmadığını, yalnız kimlik kontrolü yapıp fotokopisini evraka eklediklerini, davacıların vekalet aldıktan bir gün sonra noterliği arayarak baş katip ile görüştiklerini ve vekalet konu kimliğinin sahte olduğunu söylediklerini, buna karşın bilerek kati satış sözleşmesini yapmakta kötü niyetli olduklarını bildirerek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur. Mahkemece, noterlerin sorumluluğu kusursuz sorumluluk ise de sınırsız sorumluluk anlamına gelmeyeceği, üçüncü kişilerin ağır kusurları ile sebebiyet verdikleri zararlarda noterlerin sorumlulukları arasındaki illiyet bağının kesileceğini, noterlerin ibraz edilen belgeleri kaynaklarından denetleme yükümlülükleri bulunmadığını, sonradan işleme konu belgenin sahte olduğunun, aracın çalıntı olduğunun anlaşılmasının noterin sorumlu tutulmasını mümkün kılmadığını beyanla sübut bulmayan davanın reddine karar verilmiştir. Noterlerin, Noterlik Yasası'nın 162. maddesi uyarınca, sorumlu olmaları için kusurlu olmalarının gerekmediği tartışmasızdır. Diğer bir anlatımla, tüm kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu üzere, zarar gören, davalının kusurunu kanıtlamak zorunda değildir. Kusursuz sorumluluğun, kusurlu sorumluluktan tek farkı bu noktada toplanmaktadır. Bu bağlamda zarar gören, kusurlu sorumlulukta olduğu üzere zararını, zararla eylem arasındaki uygun illiyet bağına kanıtlamak zorundadır. Somut olayda, araç satışı için vekaletname

tanzim etmiş bulunan davalı B ... Yirmisekizinci Noteri'nin vekaletname tanziminden bir gün sonra kendisine evrak tanziminde kullanılan kimliğin sahte olduğu yolunda telefon açılmış bulunmasına rağmen durumu aynı gün Noterler Birliği'ne bildirmedeği, birkaç gün beklediği, bu süre zarfında da kati araç satış sözleşmesinin yapıldığı anlaşıldığından doğan zarar ile gelen ihbar telefonunu zamanında bildirmemesi nedeni ile eylemi arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır. Kati araç satış sözleşmesini tanzim eden S ... İkinci Noter vekilinin de işleme konu ruhsatta yer alan şasi no'su ile ibraz edilen ilişik kesme belgesindeki motor şasi no'sunun aynı olmadığını fark etmeyerek satış işlemi yaptığı anlaşıldığından zarar ile eylemi arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır. Kusursuz sorumluluğun tüm hallerinde, uygun illiyet bağının zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru ile beklenmeyen bir halin varlığı durumunda kesileceği, gerek teoride ve gerekse yargısal kararlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Aksi halde risk veya şart nazariyesi öne çıkacak ve zararın var olduğu her halde, kusursuz sorumlu olanın sorumluluğu yoluna gidilecektir ki böyle bir sonuç, hukukumuzda kabul edilmemiştir. Somut olayda, davacılarından A.Erdoğan'ın şikayetçi ifade tutanağındaki beyanından sahte kimlik kullanarak araç satışı için kendilerine vekalet veren şahsa aynı gün araç satış bedelini ödedikleri, ilişik kesme belgesi geldikten sonra işbu belge ile birlikte sahte ruhsat da kendilerinde olduğu halde sahteliği ve şasi no'ları arasındaki farkı görmedikleri gibi kati satış sözleşmesini yaptıktan sonra ruhsat kılıfı içinde bulunan sigorta poliçesinden aracın başkası adına sigortalı olduğunu görmeleri üzerine şüphelenerek gerçek Hüseyin'e, ondan sonra da aracın gerçek sahibine ulaştıkları ve aracın çalıntı olduğunu anladıkları anlaşılınca, zararın doğumuna vekalet tanziminden aracın kati satışının yapıldığı güne kadarki tutumlarıyla neden oldukları anlaşılınca birlikte, bu durum davalıların eylemleri ile zarar arasındaki uygun illiyet bağı kesmez, ancak zarardan indirim nedeni olarak kabul edilebilir. Bu nedenle davacı Ö.Denizin maddi tazminat talebine ilişkin davanın tümünden reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir." şeklinde bu hususu teyit etmiştir. Buna karşılık bir Hukuk Genel Kurulu Kararında bunun tam tersi bir görüş ileri sürülerek, benzer olayda noterin müteselsil sorumluluğuna karar verilmiştir. Söz konusu kararda şöyle denilmektedir: "Davacı banka vekili gerçeğe aykırı vekaletname düzenlemek suretiyle bankanın zararına sebebiyet veren davalı noterden zarar tutarının alınmasına

karar verilmesini istemiş mahkemece iddia sabit görülerek tazminata hükmedilmiştir. Karar özel dairece zarar doğuran işlemin yapılması konusunda vekaletnamede yetki bulunmadığı ve bunun sonucu olarak tapu memurunun gereken yetkiyi kapsamayan vekaletnameye dayanarak işlem yapmaması gerektiği ve şu suretle zararlı noterin yaptığı işlem arasında illiyet bağının gerçekleşmediği gerekçesiyle karar bozulmuş mahkemece direnilmiştir. Vekaletnamenin gerçeğe aykırı olduğu olayda gerçekleşmiştir; tapudaki işlem bu vekaletname dayanak yapılmak suretiyle yapılmıştır. O halde zarara sebebiyet verme durumu söz konusudur. Bu nedenlerle vekaletnameyi düzenleyen noterin sorumluluğunun kabulü gerekir"⁽³³⁾. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararını illiyet bağı açısından isabetsiz bulmaktayız. Zira, işleme dayanak yapılan vekaletname sahte değil de gerçek olsaydı bile, yapılan işleme ilişkin bir yetkiyi içermemesi karşısında tapu memurunun ilgili işlemi yapmaması gerekirdi. Çünkü gerekli yetkiyi taşımayan bir vekaletname ilgili işlemin yapılmasına yeterli değildir. Sırf sahte olması, aynı yetkiyi taşımayan bir vekaletnameye, ilgili işlemin yapılmasına yeterli olması vasfını kazandırmaz. Bu nedenle, gerçek olsaydı bile illiyet bağının kurulmasına engel olan bir hususun vekaletnamenin sahte olması durumunda illiyet bağının kurulmasına yeterli olacağını düşünmek bir çelişki teşkil eder. Gerçek de olsa sahte de olsa, gerekli yetkiyi taşımayan bir vekaletnameye dayanarak işlem yapılmaması gerekirdi. Aslında olayda değerlendirilmesi gereken husus sahtelik değil; vekaletnamenin gerekli yetkiyi kapsayıp kapsamadığıdır. Eğer sahte vekaletname ilgili işlem için gerekli yetkiyi içerseydi, meydana gelen zararlar vekaletnamenin düzenlenmesi arasında illiyet bağının bulunduğu söylenebilirdi. Dolayısıyla bundan noterin sorumluluğu da söz konusu edilemez. Meydana gelen zarara noterin hukuka aykırı bir işlemi değil de, noter gibi davranan başka bir kimsenin yaptığı işlem neden olmuşsa, bu durumda da noterin sorumlu tutulamayacağı açıktır.

Öte yandan, mücbir sebep ve zarar görenin ağır kusuru gibi illiyet bağını kesen bir sebebin bulunması durumunda da noterin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır ⁽³⁴⁾. Yargıtay verdiği bir kararda ⁽³⁵⁾; “*Davacı,*

³³ HGK., 8.11.1978, 1977-4/1268/1978-972 (YKD., 1979/4, s.465-466).

³⁴ Bkz. Ulukapı/Atalı, s.163.

³⁵ 4. HD., 09.02.2010, 2009/7021, 2010/1034.

davalılardan Noter'ün noterliğinde düzenlenen satış sözleşmesi ile satın aldığı araca çalıntı olduğu gerekçesiyle el konulduğunu, satış işlemi sırasında noterliğe sunulan satıcıya ait Araç Tescil Belgesi'nin ön yüzünde bulunması gereken su damgalı (filigranlı) mühür ile sahte kimlik belgesinin arka yüzünde bulunması gereken mühür bulunmadığından, aldatma yeteneği bulunmayan bu belgeler ile satış işlemi gerçekleştiren davalı Noter ile noterlik yazmanı (katibi) diğer davalının, uğradığı zarardan sorumlu olduklarını ileri sürerek, uğradığı zararın ödetilmesini istemiştir. Davalılar ise, istemin reddedilmesi gerektiğini savunmuşlardır. Yerel mahkemece, satışta kullanılan sahte belgelerin aldatma yeteneği bulunduğu, noterlik yazmanı olan davalının kusuru bulunmadığı, Noter olan diğer davalının ise kusursuz sorumlu olduğu gerekçesiyle, davalılardan Noter hakkındaki istem kabul edilmiş; diğer davalı hakkındaki istem ise reddedilmiş; karar, davalılardan tarafından temyiz olunmuştur. Noterlik Yasası'nın 162. maddesine göre noterlerin sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Kusursuz sorumlulukta, üçüncü kişinin ağır kusuru ile illiyet bağı kesileceğinden sorumluluk ortadan kalkar. Somut olayda, sahte motorlu araç tescil belgesi ve sahte nüfus kimlik belgesi kullanılarak noterde satış işlemi yapılmıştır. Bu belgelerin aldatma yeteneğinin bulunması durumunda, 3. kişinin suç oluşturan bu eylemi nedensellik bağına keseceğinden, işlemi yapan noter kusursuz olarak da sorumlu tutulamaz. Dosyadaki kanıtlardan Motorlu Araç Tescil Belgesi'nin aldatma yeteneği bulunduğu belirlenmiştir. Ne var ki, sahte nüfus kimlik belgesinin de aldatma yeteneği bulunup bulunmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. Yerel mahkemece yapılacak iş, nüfus kimlik belgesinin de aldatma yeteneği olup olmadığı belirlenerek, aldatma yeteneği varsa dava reddedilmeli, aksi halde nüfus kimlik belgesindeki mühür eksikliğinin davacı tarafından da görülüp anlaşılacağı ve davacının bu konudaki savsamasının onun bölüşük kusurunu oluşturacağı gözönüne alınarak, belirlenecek tazminat tutarından Borçlar Yasası'nın 44. maddesi gereğince uygun bir indirim yapılmalıdır. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeden, eksik inceleme ile karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir.“ şeklinde bu hususu açıkça teyit etmiştir.

E. NOTERİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

I. Genel Olarak

Noterin hukuki sorumluluğunun niteliği itibariyle bir haksız fiil sorumluluğu olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla hüküm ve sonuçları itibariyle de, Noterlik Kanununun 162 nci maddesinde belirtilen hususlar dışında haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin (TBK. m.49 vd.) uygulanması gerekir.

1. Zarar ve Tazminatın Hesaplanması

Hukuki sorumluluğun ilk amacı, bir kimsenin iradesi dışında uğradığı zararın giderilmesidir⁽³⁶⁾. Bunun sağlanabilmesi için de öncelikle zararın miktarının belirlenmesi gerekir. Buradaki ölçü, zarar verici olaydan (işlemden) önceki durumla zarar verici olayın (işlemin) yapılmasından sonraki durumun karşılaştırılmasıdır⁽³⁷⁾ ⁽³⁸⁾. İşlemin yaptırılmasındaki noter harç ve ücretleri ile vergi ve resimlerin yanında; (varsa) yargılama harç ve giderlerinin de bu kapsama dahil olduğu belirtilebilir.

Tazminatın hesaplanmasında zarar miktarı esas alınacaktır. Bununla birlikte, tazminat miktarı hesaplanırken, zarar görenin ortak kusuru veya zarara razı olması, zarar verici işlem sonucu elde edilen menfaatler ve hakkaniyet ölçüleri nazara alınarak zarardan bir miktarın indirilerek⁽³⁹⁾ tazminat miktarının belirlenmesi gerekir (TBK.m.51-52).

2. Zamanaşımı

Haksız fiilden doğan davalarda zamanaşımı, Borçlar Kanununun 72 inci maddesi gereğince, zarar görenin zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zarara neden olan fiilin vukuundan itibaren on yıldır⁽⁴⁰⁾.

³⁶ Eren, s.302.

³⁷ Eren, s.302 vd.

³⁸ Manevi zararın ekonomik bir değer olarak hesaplanması mümkün değildir. Bu nedenle, kişilik değerlerinden eksilmenin giderilmesini sağlayacak manevi tazminat miktarının belirlenmesinde hakim geniş bir takdir yetkisine sahiptir, Eren, s.389.

³⁹ Yargıtay'ın bu doğrultudaki emsal kararı için bkz. yuk. dn.35'deki karar metni.

⁴⁰ Eren, s.302 vd.

3. Taraflar

Noterin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davasında davacı zarar gören (ilgili veya üçüncü kişi) ⁽⁴¹⁾, davalı ise, Noterlik Kanununun 162 nci maddesi gereğince sorumlu olan noterin kendisidir. Dava, Adalet Bakanlığı veya Türkiye Noterler Birliği aleyhine açılmayacağı gibi, işlemin yapıldığı noterlik dairesine daha sonra atanan (başka bir) noter aleyhine de açılmaz ⁽⁴²⁾.

4. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Noterlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin tazminat davası genel (adli) mahkemelerde görülür. Yetkili mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 16 ncı maddesi gereğince haksız fiilin işlendiği yer olan noterlik dairesinin bulunduğu yer mahkemesi olduğu gibi zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir. Bu mahkemelerin yetkisi özel yetkidir. Haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin yetkisi kesin ve kamu düzenine ilişkin olmadığından⁽⁴³⁾, genel yetki kuralı (HMK.m.6) gereğince davalının (noterin) ikametgahı mahkemesi de yetkilidir. Görevli mahkemenin tesbitinde genel kural uygulanır.

II. Noterin Rücu Hakkı

Noterlik Kanununun 162 nci maddesinin ikinci fıkrası, notere, aynı maddenin birinci fıkrası gereğince ödemiş bulunduğu tazminat miktarı için, işin yapılmamış olmaması, hatalı veya eksik yapılmasına sebep olan stajiyer veya noterlik personeline rücu hakkı tanınmıştır.

Bu fıkra hükmünün başarılı bir şekilde kaleme alındığını söylemek zordur. Çünkü kanun koyucunun ifade şeklinden sanki yeni bir sebep sorumluluğu durumunu öngördüğü sonucu çıkmaktadır. Zira söz konusu fıkrada, işin yapılmaması, hatalı veya eksik yapılmasına "sebeplere" stajiyer veya noterlik personeline rücu imkânından bahsedilmektedir. Oysa, paralellik kurduğumuz Türk Medeni Kanununun

⁴¹ Davacının dava hakkından, bu hakkın (zararın) doğumundan önce vazgeçmesine ilişkin sözleşme ve tek taraflı irade beyanları geçersizdir. Buna karşılık, zararın doğmasından veya zarar görenin dava hakkının doğduğuna ilişkin bilgi edindikten sonra dava veya tazminat hakkından vazgeçmesinin geçerli sayılması gerekir, Atabek, s.18.

⁴² Atabek, s.18-19.

⁴³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.144.

1007 inci maddesi gereğince, tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğunda, devletin işlemi yapan memura rücu edebilmesinde kusur şartı açıkça belirtilmektedir (MK.m.1007/II). Keza, Borçlar Kanununun 66 ıncı maddesi gereğince, adam çalıştırmanın yardımcı kişiye rücunda da yardımcı kişinin kusurlu olması aranmaktadır⁽⁴⁴⁾. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, noterin, noterlik personelinin vermiş olduğu zararlardan sorumluluğu da niteliği itibariyle Türk Borçlar Kanununun 66 inci maddesi anlamında adam çalıştırmanın sorumluluğudur.

O halde, burada da söz konusu fıkradaki "sebepl olan" ifadesini "kusurlu davranışıyla sebepl olan" şeklinde anlamak gerekmektedir. Noterin, kusurlu davranışıyla tazminat ödemesine sebepl olan stajiyer veya noterlik personeline, ancak ödediği miktar için rücu edebilmesi her ne kadar söz konusu fıkroda belirtilmemişse de, bu hem işin niteliği hem de Borçlar Kanununun 66 ıncı maddesinin bir gereğidir. Noter stajiyer veya katibine yanlış talimat vermek gibi bir kusuru bulunmakta ise, rücu hakkı bu kusurun ağırlığı oranında tamamen veya kısmen ortadan kalkabilir⁽⁴⁵⁾.

Rücu hakkının kullanılmasında zamanaşımı ve kusurun ispatı konusunda bir ayırım yapmak gerekmektedir. Nitekim, Noterlik Kanununun 162 nci maddesinin ikinci fıkrasında da bu ayırıma işaretle stajiyer ve noterlik personeli ifadeleri kullanılmıştır.

Noterlik personeli ile noter arasındaki ilişki bir hizmet sözleşmesine dayandığından rücu davasında zamanaşımı süresi, tazminatın ödendiği tarihten itibaren on yıldır (TBK.m.112, 146). Çünkü, bu halde noterlik personeli, noterle kendi aralarındaki sözleşme ilişkisini ihlal etmek suretiyle üçüncü kişiye zarar vermiş bulunmaktadır⁽⁴⁶⁾. Bu durumda kusursuzluğunu ispat da personele düşer. Ancak, bu durumda kusurun ispatı notere düştüğü ve zamanaşımı süresi de iki (ve her halde on) yıl olduğu için; noterin sözleşme ilişkisine dayanması (TBK.m.112 vd.) kendi lehinedir⁽⁴⁷⁾.

⁴⁴ Ulukapı/Atalı, s.165.

⁴⁵ Eren, s.175.

⁴⁶ Eren, s.175.

⁴⁷ Bkz. Doğu, s.591.

Noter ile stajiyer arasında bir sözleşmeden söz edilemeyeceğine⁽⁴⁸⁾ göre, noterlik personeline olduğu gibi sözleşme ilişkisinin ihlali de söz konusu olmaz. Bu durum karşısında, stajiyerin kusurlu bir davranışı sonucu tazminat ödemek zorunda kalan noter, stajiyere Türk Borçlar Kanununun 66 ncı maddesinin ikinci fıkrası doğrultusunda ancak haksız fiil hükümlerine (TBK.m.49 vd.) göre rücu edebilir⁽⁴⁹⁾. Burada zamanaşımı süresi ise tazminatın ödenmesinden itibaren iki (ve her halde on) yıldır (TBK.m.72)⁽⁵⁰⁾.

F. SORUMLULUĞA KARŞI GÜVENCE

I. Genel Olarak

Yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere noterler, özellikle kusur şartının da aranmaması nedeniyle oldukça ağır bir hukuki sorumluluk altındadırlar. Bu sorumluluğun meblağ olarak varabileceği üst sınırın belirlenmesi de mümkün değildir. Çünkü sorumluluk yapılan işlemde kaynaklandığına göre, bu işlem nedeniyle meydana gelen zarar ne kadar büyükse noterlerin sorumluluğu da aynı oranda büyük olacaktır. Bu durum karşısında, hem noterlere hem de zararı görenlere güvence sağlanması gereği vardır. Noter açısından güvencenin önemi, ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarını şahsi malvarlığından karşılayamaması veya ekonomik yönden çok zor durumda kalmak suretiyle karşılayabilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, zarar görenler açısından güvencenin önemi ise, noterin şahsi malvarlığının, uğradığı zararı karşılamaya yetmemesi halinde arta kalan kısım için başvurabileceği başka bir imkanın bulunmaması ile dava ve icra gibi uzun zaman kaybına neden olan yollara başvurmak zorunda

⁴⁸ Zira, yukarıda da açıklamış bulunduğumuz gibi, stajiyerliğe müracaat ve kabul ile diğer işlemler tamamen Noter Odası tarafından yürütülmekte, stajiyer ile noter arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin kurulmasını öngören bir kanun hükmü bulunmamaktadır.

⁴⁹ *Berkin*'e göre, zarar gören doğrudan doğruya stajiyere de başvurabilir. Yazar, Noterlik Kanununun 1 inci maddesinden hareketle; işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajiyerin, noterle birlikte müteselsilen sorumlu olduğunu ileri sürmektedir, bkz. *Berkin*, *Usul*, s.208; *Berkin*, *Noterlik*, s.379.

⁵⁰ *Eren*, s.176.

bırakılmasının önlenmesidir (⁵¹), işte bu nedenlerle, noterin hukuki sorumluluğu nedeniyle ödemek zorunda kalacağı tazminatın noter dışında başka kişi, kurum veya kuruluşlardan da talep edilebilmesinin önemi oldukça büyüktür.

II. Güvence Çeşitleri

1. Noterlik Kanununun 38 inci Maddesi

Yukarıda da açıklamış bulunduğumuz gibi, Noterlik Kanununun 38 inci maddesi, noterlik mesleğine başlayanların, noterlerin yıllık gayrisafi gelirinin başlangıçta yüzde beşi ve müteakip yıllarda yüzde bir oranında teminat yatırmalarını öngörmektedir. Bu teminatın, noterlerin görevleri dolayısıyla sebep olabilecekleri zararlara ve bu yüzden haklarında verilebilecek para cezalarına karşılık teşkil ettiği aynı maddenin beşinci fıkrasında belirtilmiştir. Noterlerin, Noterlik Kanununun 162 inci maddesi gereğince ödemek zorunda kalacakları tazminatlar da bu kapsama dâhildir.

Uğranılan zararın bu teminattan karşılanmasında zarar görenin (tazminat alacaklısının) izlemesi gereken usul hakkında, ne Noterlik Kanununda ne de Yönetmeliklerde bir hüküm vardır. Kanımızca şöyle bir yolun izlenmesi gerekmektedir. Noterlik Kanunu Yönetmeliğinin 76 ıncı maddesinin üçüncü fıkrasında, teminatın Noterlik Kanununun 38 inci maddesi gereğince bankaya yatırılmasında noter tarafından kendi adına hesap açılırken, "Adalet Bakanlığı veya Cumhuriyet Başsavcılığından talimat verilmedikçe bu hesaptan para çekilemez" şerhinin de noterce

⁵¹ Noterlik Kanununun 38 inci maddesinin beşinci fıkrasında hacizden bahsedilerek, bunun ancak 51uncu madde gereğince devir işlemi sırasında alıkonulacak miktardan artakalanı için mümkün olduğu belirtilmiştir. Ancak bununla kastedilen, kanımızca, teminat hesabında toplanan paranın temin ettiği kalemler (noterin görevi sebebiyle verdiği zararlar ile bu yüzden hakkında verilecek para cezaları) dışındaki bir alacak nedeniyle yapılacak olan hacizdir. Zira, anılan 49 uncu maddede de "noterin bir ilişkisi çıkmadığı takdirde" teminat parasının notere veya mirasçısına ödeneceği belirtilmiştir. Buradaki ilişik de herhalde ödenmesi gereken tazminat ve para cezasıdır. Dolayısıyla, 38 inci maddede öngörülen haciz de bunlar dışındaki borçlara ilişkindir.

bankaya bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir (⁵²). Buna dayanarak, noter aleyhine Noterlik Kanununun 162 inci maddesi gereğince açtığı tazminat davasını kazanan kimsenin elindeki ilamla birlikte Adalet Bakanlığı veya Cumhuriyet Başsavcılığına başvurması ve bu mercilerin de teminatın yatırılmış bulunduğu bankaya talimat vermesiyle ilgili bankanın ödemeyi yapması gerekir. Eğer icra yoluna gidilmişse, bu müracaatın, alacaklı yerine, onun talebi üzerine icra müdürü tarafından yapılması ve bankanın parayı icra dairesine yatırması gerekir.

Görüldüğü üzere, bu güvence çeşidi noteri değil zarar göreni korumaya yöneliktir. Ancak, teminat miktarının düşük tutulmuş (NK.m.38/1-III) olması nedeniyle, çoğu zaman tazminat alacaklıları için de yeterli bir güvence olamamaktadır.

2. Hukuki Sorumluluk Fonu

Noterlik Kanununun 38 inci maddesinin zarar görenleri korumayı hedefleyen güvencesine karşılık Türkiye Noterler Birliği, tazminat ödemek zorunda kalan noterleri korumayı amaçlayan "Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu" adı altında bir fon kurulmuş bulunmaktadır. Buna ilişkin Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliğinin 1 inci maddesinde, fonun, Noterlik Kanununun 162 nci maddesinde yer alan, noterlerin hukuki sorumluluklarını karşılamak üzere kurulduğu açıkça belirtilmiştir. Aynı Yönetmeliğin 2 nci maddesi, geçici yetkili noter yardımcıları (NK.m.32) hariç, Türkiye Noterler Birliği'nin doğal (NK.m.165/1) üyesi bulunan bütün birinci, ikinci ve üçüncü sınıf noterler ile herhangi bir nedenle noterlik görevini yüklenen kişilerin, noterlik görevlerinin ifasından ötürü kendilerinin gayri kasdi ve ihmali fiillerinden, yanlarında bordroya bağlı olarak çalıştırdıkları stajiyer, katip, başkatip ve diğer personelin kasdi veya ihmali yahut gayri kasdi fiillerinden dolayı zarar görenlere karşı noterlerin, Noterlik Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve sair ilgili mevzuat gereğince ödemek

⁵² Uygulamada, teminat hesabı açılırken noterlerin bu şerhin yapılmasını bankaya bildirmediikleri, Yönetmeliğin bu hükmüne rağmen bankaların kendilerini bununla bağlı saymayarak, hesap onun adına bulunduğu için noterin istemesi halinde parayı kendisine ödedikleri, Yönetmeliğin anılan maddesi hükmünün bankaları bağlayıcılığının tartışılacağı, ancak, böyle davranan noter hakkında disiplin sorumluluğunun doğacağı yönünde, bkz. Tanju, s.67.

zorunda kalacakları tazminatların, her bir işlem için otuz milyon ve bir yıl içinde en çok altmış milyona liraya kadar olan kısmının adı geçen fondan ödenmesini öngörmektedir.

Bu Yönetmelik, noterin şahsi sorumluluğunu Türkiye Noterler Birliğine geçirmemektedir. Noterin, noterlik personelinin kıdem tazminatından sorumluluğunda olduğu gibi burada da asıl sorumlu noterin kendisidir⁽⁵³⁾. Bu nedenle, zarar görenin Türkiye Noterler Birliğinden bir talep hakkı bulunmamaktadır. Aleyhine açılan tazminat davasını kaybeden noterin ödemek zorunda kaldığı miktar, söz konusu Yönetmelikteki şartlar ve sınırlamalar dahilinde, Türkiye Noterler Birliği Yönetim Kurulunun kararıyla; fondan kendisine ödenir.

3. Mali Sorumluluk Sigortası

Hem noterlere hem de noterlik işleminden zarar gören kişilere en sağlıklı güvenceyi sağlayan yol şüphesiz mali sorumluluk sigortasıdır⁽⁵⁴⁾. 1512 sayılı Noterlik Kanununun 162 nci maddesiyle noterlere getirilmiş bulunan çok ağır hukuki sorumluluğun mali sorumluluk sigortası, yoluyla noter açısından hafifletilmesi, zarar görenler açısından da tazminat alacaklarının kolay ve emin bir yoldan güvenceye kavuşturulması öteden beri savunulmuştur⁽⁵⁵⁾. Nitekim, Türkiye Noterler Birliği de 1981 yılında yerli bir sigorta şirketi ile 1992 yılında ise yabancı bir özel sigorta şirketine, bütün birinci, ikinci ve üçüncü sınıf noterlerin işlemlerinden zarar gören üçüncü şahısların zararlarını, genel hükümler ve sigorta sözleşmesindeki şartlar çerçevesinde karşılamak üzere, bir, iki ve üç kademedede mali sorumluluk sigortası yaptırmıştır.

G. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Görevi çeşitli belge ve işlemlere resmiyet kazandırmak ve kanunların öngördüğü diğer görevleri yerine getirmek olan noterin, bu işlemler dolayısıyla oluşacak zararlardan sorumlu tutulması gerekecektir.

⁵³ Nitekim, noterlerin noterlik personelinin kıdem tazminatlarından sorumluluğunda da Türkiye Noterler Birliği'nin belli şartlar altında, bunu kurulan fondan karşılaması Türkiye Noterler Birliği Kıdem Tazminatı Yönetmeliği ile öngörülmüş, ancak, bu yönetmeliğin 5 inci maddesinde kıdem tazminatının asıl sorumlusunun noterin kendisi olduğu açıkça belirtilmiştir.

⁵⁴ Genel olarak mali sorumluluk sigortası hakkında bkz. Kender, s.149-150.

⁵⁵ Atabek, s.44-45; Doğu, s.603-604.

Bu sorumluluğunun niteliği ve kapsamının belirlenmesi açısından kanun koyucunun borçlar hukukunun genel hükümleri ile yetinmeyip, noterlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin özel bir maddeye Noterlik Kanunu içerisinde (NK.m.162) yer verdiği görülmektedir. Bunun nedeninin noterlerin hukuki statüsü konusundaki tereddüt ve farklı görüşlerin bunların sorumluluğu gibi çok önemli bir konuda da tereddüt ve değişik algılamalara neden olabilmesi ihtimalini öngörmesi olduğu düşünülebilir. Noterlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen 162 inci maddesi bir ayrıcalık getirmediği için, vekaletle idare edilen noterliklerde noter vekilleri (stajiyer, katip veya adalet memuru olabilir) ile dördüncü sınıf noterliklerdeki geçici yetkili noter yardımcıları (NK.m.32) hakkında da uygulanır (NK.m.197/1). Noterlerin hukuki sorumluluğunun niteliğini belirlerken ikili bir ayırımın yapılmasının gereği vardır. Çünkü, Noterlik Kanununun 162 nci maddesinde yer alan "stajiyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludur" şeklindeki düzenleme iki çeşit sorumluluğa yer vermektedir. Bunlardan birincisi, noterin bizzat yaptığı işlemlerden doğan zararlardan sorumlu tutulması, ikincisi ise, stajiyer, katip ve katip adaylarının yaptıkları işlemlerden doğan zararlardan noterin sorumlu olmasıdır. Bunlardan, noterle iş sahibi arasındaki hukuki ilişkinin temelinde bir özel hukuk sözleşmesi yatmaktadır. Öte yandan, bu ilişkinin niteliğinin saptanması, Noterlik Kanununun 162 nci maddesinde yer almayan zamanaşımı, yetkili mahkeme, zarar ve tazminatın hesaplanması gibi hususlar bakımından oldukça önemlidir. Kanımızca noterlerin sorumluluğu, tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğuna (TMK.m.1007) oldukça benzemektedir. Bu nedenle olan hukuk açısından benzer bir yorumun yapılması uygun olur. Tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğu Türk Medeni Kanununun 1007 inci maddesinde düzenlenmiş bir kusursuz sorumluluk halidir. Ancak bu sorumluluğun unsurları kusur unsuru dışında niteliği itibariyle haksız fiil sorumluluğundaki unsurlar kabul edilmektedir. Kusurun aranmaması, tapu sicili işlemlerinin noter işlemleriyle önem ve nitelik bakımından birbirine benzemesi karşısında, noterlerin hukuki sorumluluğunun unsurları bağlamında haksız fiil sorumluluğu unsurları kabulü kanımızca uygun olur. Ayrıca, noterlerin hukuki sorumluluğunun niteliğin somut işlemin niteliğine göre belirlemek bir değişik metod olarak belirlenebilir. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz şekilde Noterlik Kanunu, noterlerin sorumluluğunu böyle

bir ayırım yapılmasına imkân vermeyecek bir şekilde ve tek bir madde (NK.m.162) ile düzenlenmiştir. Kanun koyucunun, sorumluluğun niteliğine ışık tutan bir ifadeye açıkça yer vermemesine karşılık, bütün işlemler açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılması içinden çıkılmaz tartışmaları da beraberinde getirir. Bütün bu nedenlerle, noterlerin hukuki sorumluluğunu, kanımızca oldukça fazla benzerlikleri bulunan tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğuna paralel düşünmek uygun düşer. Öte yandan, noter ile stajiyer, katip ve katip adayları arasındaki ilişki bakımından ise, Türk Borçlar Kanununun 66 ıncı maddesi anlamında bir adam çalıştırma ilişkisidir. Bu ilişki nedeniyle (noterin) yardımcı kişilerin (stajiyer, katip ve katip adayının) hukuka aykırı davranışlarıyla vermiş oldukları zararlardan dolayı sorumluluğu ise, niteliği itibarıyla bir olağan sebep sorumluluğudur. Kanun koyucu, noterin, verdikleri zararlardan sorumlu tutulacağı kişileri Noterlik Kanununun 162 nci maddesinin birinci fıkrasında stajiyer, katip ve katip adayı olarak belirtmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında rücu ilişkisinden söz ederken ise, "noterlik personeli" ifadesini kullanmıştır. Oysa ki noterlik personeli ifadesi daha geniş bir kavram olup, bekçi ve temizlikçi gibi hizmetlileri de kapsamaktadır. Bu durumda stajiyer, katip ve katip adaylarının ilgililere veya üçüncü kişilere verdikleri zararlardan noterin sorumluluğu NK.m.162 sınırları dahilinde adam çalıştırmanın sorumluluğu hükümlerine tabi olacakken, hizmetlilerin (bekçi ve temizlikçi gibi) vermiş oldukları zararlar için tamamıyla Borçlar Kanunundaki genel sorumluluk hükümleri uygulanacaktır.

Noterin hukuki sorumluluğunu düzenleyen madde, sorumluluğun bir şartı olarak kusura yer vermemiş, sadece rücu ilişkisi bakımından "sebepe olma" kavramını getirmiştir. Bu durum karşısında, tıpkı tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğunda olduğu gibi, hem bizzat yaptığı hem de stajiyer, katip veya katip adayının yaptığı işlemlerden noterin sorumluluğunda kusur kurucu bir unsur olmamaktadır. Noterin, katip, katip adayı ve stajiyerin yapmış olduğu işlemlerden sorumlu tutulmasında Türk Borçlar Kanununun 66 ıncı maddesindeki kurtuluş kanıtını getirebilme imkanının, Noterlik Kanununun 162 nci maddesinde öngörülmediği ve böylece özel hüküm niteliğindeki Noterlik Kanununun 162 nci maddesinin Borçlar Kanununun 66 ıncı maddesindeki sorumluluğu ağırlaştırdığı kabul edilmektedir. Bunu ağırlaştırılmış bir olağan sebep sorumluluğu olarak ifade etmek mümkündür. Bunun nedeni

olarak da, noterin ifa ettiği kamu hizmetinin bir adalet hizmeti olarak, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi herhangi bir işverenin gördüğü hizmetle önem ve kapsam bakımından mukayese edilemezliği ve adalet hizmeti ifa eden notere, istihdam ettiği kimselerin işlemlerinden doğan zararlardan kurtuluş imkanının tanınmasının hukuki güvenliği zedeleyeceği ileri sürülmektedir. Olan hukuk açısından, noterlerin hukuki sorumluluğunu tapu sicilinin tutulmasından devletin sorumluluğuna benzettiğimizden ve orada da (devlete) kurtuluş kanıtı getirme imkanı tanınmadığından kanımızca, ileri sürülen bu görüşün kabul edilmesi gerekir. Buna karşın Ülkemizde, özellikle bu sorumluluk yükünü azaltıcı veya kolaylaştırıcı yukarıda ifade ettiğimiz güvenceler dışında genel zorunlu sigorta sistemi ve sosyalize edici sigortacılık kurumlarının kurulmaması karşısında Türk Borçlar Kanununda yer alan kurtuluş kanıtının noterlere de tanınması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak noterin ifa ettiği kamu hizmetlerinin bir adalet hizmeti olarak Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabi bir işverenin görmüş olduğu herhangi bir hizmetle önem ve kapsam bakımından karşılaştırılmayacağı ve adalet hizmeti ifa eden notere, istihdam ettiği kimselerin fiillerinden doğan zarardan kurtulmayı sağlayan bir kurtuluş kanıtı tanınmasının hukuki güvenliği zedeleyeceği de kabul edilmektedir. Kanımızca, olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından, Türk Borçlar Kanunu m.46 ve 66'da yer alan düzenlemeler açık ve yeterli bir şekilde bütün uyuşmazlıklarda uygulanabilecek olan her türlü sorumluluğu kapsar mahiyet taşıdığından, NK.m.162 bu hükümlere göre noterler aleyhine daha fazla ve ağır bir sorumluluk getirmekte, bu da hakkaniyete aykırı bulunmaktadır. Yine bu ağır sorumluluğun zorunlu, gerekli ve yeterli bir sigorta sistemine bağlanmamış olması da eşitlik, adalet ve hakkaniyete aykırıdır. Bu bakımdan Türk Borçlar Kanunundaki kurtuluş kanıtı getirebilme imkanının noterlere de tanınması gerekmektedir. Burada Türkiye Noterler Birliğinin 4.9.1996 tarihli yönetim kurulunca kabul edilen 1512 sayılı Noterlik Kanunu Değişiklik Taslağı'na ilişkin 162. maddede öngörülen, *"personeli tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından, hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı genel hukuk kuralları gereğince ve kusurları nisbetinde sorumludurlar"* taslak hükmündeki kusur sorumluluğunun yahut 2013 yılında Türkiye Noterler Birliği çalışma grubunca hazırlanan taslak metinde aynı maddeye ilişkin öngörülen *"Noterlik personeli veya stajyer tarafından yapılmış olsa dahi noterler, bir işin yapılmamasından veya*

hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar. Ancak böyle bir zararın doğmaması için durum ve koşulların gerektirdiği dikkat ve özenin gösterildiğini yahut gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı dahi zararın gerçekleşmesine engel olunamayacağı sabit olursa sorumlu olmaz.

Noter, birinci fıkra gereğince ödediği miktar için, işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olanlara rücu edebilir.” hükümlerinin kabul edilmesi bir seçenek olarak tercihe şayandır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Akipek, J. G.** : Türk Eşya Hukuku, C.1, Ankara 1972.
- Atabek, R.** : Noter Mali Sorumluluk Sigortası, TNBHD., 1974/4, s.44-45.
- Ayan, M.** : Eşya Hukuku, C.I, Konya 2010.
- Berkin, N. M.** :Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981. (Berkin, Usul)
- Berkin, N.M.** :Noterlik Mevzuatında ve Hukuk Yargılama Usulünde Değişiklik Yapan Yeni Kanunlar, İÜHFM., C.XXXVIII, S.1973/1-4, s.379. (Berkin, Noterlik)
- Bilgin, I.** : Noterlerin Hukuki Sorumlulukları, TNBHD., 1992/74 (Özel Sayı), s. 43-44.
- Bohrer, M.:** :Das Berufsrecht der Notare, München 1991.
- Doğu, E.** :Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence, YD., 1979/3, s. 577-611.
- Eren, F.** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, Ankara 1991.
- Eren, F.** :Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. (Eren, İlliyet)
- Kender, R.** :Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, C.I, İstanbul 1990.
- Kuru, B./Arslan, R./**
- Yılmaz, E.** : Medeni Usul Hukuku, B.23, Ankara 2012.
- Meriç, N.** :1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi İle İlgili Düşünceler, TNBHD., S.83, Y. 1994, s. 39-42.
- Oğuzman, M. K./Seliçi, O.** :Eşya Hukuku, İstanbul 1988, s.140.

Pulaşlı, H. :Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu, TNBHD., 1983/39, s.10-16.

Rinsche, F. J. :Die Haftung des Rechtsanwalts und Notars, 5, Aufl., Berlin.

Tandoğan, H. :Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara 1981.

Tanju, F. :Hukukumuzda Noterlik, 1983.

Ulukapı, O./Atalı, M. :Noterlik Hukuku, B.3, Konya 2013.

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ESER
SAHİBİNİN ÖLÜMÜNDEN SONRA TELİF HAKLARI:
SANATÇI SALVADOR DALİ İLE İLGİLİ TOKYO YÜKSEK
MAHKEMESİ'NİN VE FRANSIZ MAHKEMESİ'NİN
KARARLARI**

Yrd. Doç. Dr. Hatice Selin PÜRSELİM*

ÖZET

Çalışmamızın konusunu, Japon ve Fransız mahkemelerinin ünlü sanatçı Salvador Dali hakkında verdiği kararlar oluşturmaktadır. Dali'nin eserlerinin telif hakkının devri, her iki davanında da genel anlamdaki ihtilaf konusunu teşkil etmektedir. Mahkemeler, telif hakkının devrinden ve sona ermesinden kaynaklanan hukuki problemleri kendi hukukları uyarınca neticelendirmişlerdir. Tokyo Yüksek Mahkemesi, telif hakkının devrinin hangi hallerde sona ereceğine karar verirken, vakiayı borçlandırıcı işlem olarak değerlendirmiş; tasarruf işlemi kısmını borçlandırıcı işlemin içerisine sokarak uygulanacak hukuku borçlandırıcı sözleşmeye uygulancak hukuk çerçevesinde belirlemiştir. Fransız Mahkemesi ise, telif hakkının miras yoluyla devrini, mirasa dair kanunlar

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı hselipurselim@marmara.edu.tr, hs@purselim-arning.com

Makale ile ilgili araştırmalar Hamburg-Max Planck Milletlerarası Özel Hukuk ve Yabancılar Hukuku Enstitüsü'nde yapılmıştır. Bu konuda tartışma imkanı bulduğum Max Planck Milletlerarası Özel Hukuk ve Yabancılar Hukuku Enstitüsü Müdürü Sayın Prof. Dr. Jürgen BASEDOW'a ve Sayın Prof Dr. Tuğrul ANSAY'a teşekkür ederim.

ihtilaflı çerçevesinde değil, salt bir fikri hak problemi olarak değerlendirmiş ve bunun neticesinde davaya Fransız Hukuku uygulanmıştır. Dava görülürken Fransız Mahkemesi, bu konudaki Fransız düzenlemesinin 2001/84/AT sayılı Direktif'e uygunluğunun denetlenmesi amacıyla Avrupa Adalet Divanı'nın ön incelemesine başvurmuştur.

***Anahtar Kelimeler:** Salvador Dali, yeniden satış hakkı, telif hakkı, 2001/84 sayılı Direktif, fikri mülkiyet.*

URHEBERRECHTLICHE PROBLEME NACH DEM TOD DES URHEBERS UND DAS INTERNATIONALE PRIVATRECHT: DIE "SALVADOR DALI ENTSCHEIDUNGEN" DES OBERGERICHTS TOKIO UND DES TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS

ZUSAMMENFASSUNG

Der Maler Salvador Dali starb am 23.01.1989 in Spanien. Doch auch nach seinem Tod war der weltberühmte Maler Anlass zweier Gerichtsverfahren.

In diesem Beitrag werden die Entscheidungen des Obergerichts Tokio und des Tribunal de grande instance de Paris untersucht, in denen die Gerichte über urheberrechtliche Streitigkeiten im Hinblick auf von Salvador Dali geschaffene Werke zu befinden hatten.

Beide Gerichte hatten dabei große Schwierigkeiten, das jeweils anwendbare Recht zu ermitteln und mussten hierfür teilweise auf mehrere Sachverständigengutachten zurückgreifen.

Das Obergericht Tokio hatte über einen Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch eines Treuhänders, mit dem Salvador Dali einen Urheberrechtsvertrag geschlossen hatte, gegen den Organisator einer Ausstellung von Werken Salvador Dalis zu entscheiden. Das Tribunal de grande instance de Paris hatte hingegen darüber zu entscheiden, ob den gesetzlichen Erben von Salvador Dali die urheberrechtliche Folgerechtsvergütung zusteht.

***Schlüsselwörter:** Salvador Dali, Folgerecht, Urheberrecht, Richtlinie 2001/84 EG, Geistiges Eigentum.*

GİRİŞ

Fikri mülkiyetin konusunu, insanın düşünme ve tasarlama yeteneği sayesinde ortaya çıkardığı düşünsel ürünler oluşturmaktadır¹. Fikri eserlerin çeşitli yöntemlerle çoğaltılması ve kamuya sunulması neticesinde mali değer arz etmeleri sonucunda Fikri Hukuk doğmuştur². Fikir ve sanat eseri, eser sahibinin özelliğini taşıyan eserlerdir; doğada var olduğu kabul edilen bir kısım özellikler veya doğaya egemen olmayı sağlayacak nitelikli eserler ise sınaî mülkiyete dâhil olmaktadır³. Fikir ve sanat eserlerinden iktisaden yararlanma, eser üzerindeki mali hakların veya bu hakları kullanma yetkisinin devrini içeren sözleşme ve tasarruflar yoluyla sağlanmaktadır⁴. Telif eserleri üzerindeki haklar, fikri mülkiyete ilişkin haklara dâhildir ve bu haklar fikir ve sanat eserleri veya sınaî

¹ ERDEM, Bahadır; 1999, “Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın Nr. 7, İstanbul, s. 39; DOĞAN, Vahit; 2013, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, s. 338; ERDEM, Bahadır; 2003, “Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, İstanbul, s. 20 vd.; GÖKYAYLA, Emre; 2000, Telif Hakkı ve Telif Hakkı Devri Sözleşmeleri, Ankara, s. 28.

² SCHWAB, Dieter; 2008, “Das Geistige Eigentum Zwischen Naturrecht und Positivierung, Zuglich eine Anmerkungen zu Pütters Schrift gegen den Büchernachdruck”, Hrst., PAHLOW, Louis/EISENFELD, Jens; Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums, Tübingen, s. 35; ERDEM; 2003, s. 22; KAPLAN; Yavuz; 2004, İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Ankara, s. 59; DARDAĞAN, Esra; 2000; Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara, s. 12 vd.

ERDİL, Engin; 2003, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul, s. 3; YARSUVAT, Duygun; 1984, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 2. Baskı, İstanbul, s. 17.

³ DOĞAN, 2013, s. 338.

⁴ DARDAĞAN, 2000, s. 83.

mülkiyete konu olmaktadır⁵. Telif hakkı sözleşmesinin temel amacı, eser üzerindeki mali hakların veya bu hakları kullanma yetkisinin devridir; devrin konusu, mutlak bir haktır⁶.

Telif haklarının uluslararası alanda korunması, devletlerin bu alanda iç hukuk düzenlemeleri ve uluslararası sözleşmeler yapmasına rağmen güçlükler gösterebilir⁷. Fikri hakları devredilebilirliği konusunda milletlerarası düzenlemelerde birlik olmadığı için mali ve manevi hakların ihlali söz konusu olabilmektedir⁸.

I. TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK SİSTEMATIĞI

MÖHUK, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku düzenlemesine paralel olarak, fikri mülkiyet haklarından doğan sözleşmeleri ayrı bir maddede düzenlenmiştir⁹. Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler MÖHUK'un 28. maddesi kapsamındadır. Fikri haklara ilişkin

⁵ TEKİNALP, Gülören; 2009, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 10. Baskı, İstanbul, s. 320; NOMER, Ergin; 2013, Devletler Hususi Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, s. 302; ERDEM; 2003, s. 38.

⁶ DARDAĞAN, 2000, s. 258.

⁷ 1952 yılında Cenevre'de imzalanan Telif Hakları Evrensel Sözleşmesi ve 1887 yılında imzalanan Bern Sözleşmesi bu sözleşmelere örnek olarak gösterilebilir. Bu alandaki uluslararası sözleşmeler için bkz., AKİPEK, Şebnem/DARDAĞAN, Esra; 2001-2002, "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk", BATİDER cilt: 21, Ankara, s. 133; SEMİZ, Özgür; 2004, Batı'da ve Türkiye'de Fikri Hakların Gelişim Süreci ve Günümüzdeki Durumu, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, s. 50 vd.

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:k6_Z1ab8878J:aci-karsiv.ankara.edu.tr/browse/281/573.pdf+&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr (29.10.2013).

⁸ DARDAĞAN, 2000, s. 95-97.

⁹ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Kanunu md. 110 fikri mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuku; md. 122 fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeleri düzenlemektedir. .

sözleşmeler, fikri hakların kendisinin veya fikri hakları kullanma yetkisinin devri sonucunu doğuran ya da bu yönde devir borcu yükleyen sözleşmelerdir¹⁰; akitler hukuku alanında subjektif ve objektif bağlamaya dair genel kurallar telif hakkı sözleşmelerinde de uygulanacaktır; ancak bazı konular vardır ki, fikri hakkın özünü mü yoksa fikri haklara ilişkin sözleşmeleri mi ilgilendirdiği net bir şekilde tespit edilemeyebilir¹¹.

Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin konusunu hem fikri mal hem de kullanım hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, korunmadan doğan hak, imtiyaz hakkı gibi fikri mal üzerindeki haklar oluşturabilir¹². Sözleşme tipleri çoğunlukla, hakların devrine ilişkin sözleşmeler, lisans sözleşmeleri veyahut yararlanma hakkının verilmesine dair sözleşmelerdir¹³. Fikri ürünler üzerindeki aynî hakların devrinin, sona ermelerinin, meydana gelişlerinin ve muhtevalarının hangi hukuka tabi olduğunu düzenleyen özel bir kanunlar ihtilafı kuralımız mevcut değildir ve bu konuda birçok görüş savunulmaktadır. İnceleyeceğimiz mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere, telif hakkının devrine hangi hukukun uygulanacağı mukayeseli hukukta da tartışmalara neden olmaktadır. Telif hakkı sözleşmelerinde devrin sebebinin teşkil eden borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi olan devir işlemi arasında çok yakın bir bağ bulunmaktadır ve borçlandırıcı işlem ile devir hakkı işlemi telif hakkı sözleşmesinin parçasıdır¹⁴. Bu bağın etkilerinden sıyrılabilme için, sözleşmenin telif hakkının devrine ilişkin sonuçlarının ayrı bir şekilde değerlendirilerek (eşya hukukuna benzer bir şekilde *lex rei sitae*

¹⁰ DARDAĞAN, 2000, s. 211.

¹¹ Ayrıca bkz., TİRYAKİOĞLU, Bilgin; 1996, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 9 vd.; DARDAĞAN, 2000, s. 212.

¹² NOMER, 2013, s. 341.

¹³ Patent ve ticari marka lisansı sözleşmelerine uygulanacak hukuk hakkına ayrıntılı bilgi için bkz., SARGIN, Fügen; 2002, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, s. 21 vd.; NOMER; 2013, s. 341.

¹⁴ DARDAĞAN, 2000, s. 255.

uygulanarak veya MÖHUK md. 23 uyarınca koruma devleti hukukuna tabi tutularak) tasnif yapılması; yani tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlemin birbirinden ayrı tutularak sözleşmenin borçlar hukukuna ilişkin sonuçlarına sözleşme statüsünün uygulanması bir görüş olarak savunulmaktadır¹⁵. Doktrinde fikri mülkiyet hakkının ihlalinden kaynaklanan sorumluluğun, korunmanın yapıldığı yer hukukuna (lex loci protectionis), menşei ülke hukukuna (lex loci originis), haksız fiilin ika yeri (lex loci delicti), zarar yeri hukukuna, eser sahibinin veya failin milli hukukuna veyahut mutad mesken hukukuna tabi olacağı tartışılmıştır¹⁶. Bir fikri hakkın mevcudiyetinin hangi şartlar altında değerlendirileceği ile bu hakkın bir tecavüz ile ihlal edilmesi halinde hangi hukukun uygulanacağı meseleleri birbirinden farklıdır.

MÖHUK md. 23'ün ifadesinin açık olmaması beraberinde tartışmaları getirmiştir. Bir görüşe göre, fikri mülkiyet haklarının doğuşu, içeriği, devri ve sona ermesi meselelerine MÖHUK md. 21/I'den hareketle lex rei sitae kuralı uygulanarak ve genel prensibe bağlı kalınarak¹⁷, bu konudaki ihtilaflarda hakkın iktisap edildiği, devredildiği veya sona erdiği yer hukuku uygulanarak çözüme gidileceği savunulmaktadır¹⁸. MÖHUK madde 23'e göre, fikri mülkiyete ilişkin haklara hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa talep edilen hukuk uyarınca koruma sağlanacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrası

¹⁵ DARDAĞAN, 2000, s. 255-256.

¹⁶ ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci; 2013, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, s. 299; DOĞAN, 2013, s. 343; ERDEM; Bahadır, 2002, Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul, s. 92; SARGIN, Fügen; 2007, İnternet Aracılığı ile Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk, Ankara, s. 257 vd.; SARGIN, 2002, s. 21 vd; KAPLAN, 2004, s. 187 vd.; DARDAĞAN, 2000, s. 100 vd; TÖRE, Nazlı, 2007, "Sanal Ortamda Telif Haklarına Uygulanacak Hukuk", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı: 72, s. 307.

¹⁷ KAPLAN, 2004, s. 167 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 2013, s. 237.

¹⁸ TEKİNALP, 2009, s. 321.

uyarınca, taraflara, ihlalden sonra hakimin hukukunu seçme imkanı tanınmıştır. Telif hakkının korumanın yapıldığı yer hukuku prensibi çerçevesinde ele alınacağını savunan görüş uyarınca, telif hakkı her ülkede bu ülkenin hukuk düzeninin belirlediği sınır dahilinde ve telif hakkının doğduğu, kazanıldığı ülke hukukundan bağımsız olarak değerlendirilmelidir; tasarrufi işlemler yani hakların mevcudiyeti, ortaya çıkması, içeriği ve sona ermesi münhasıran fikri hak üzerindeki korumanın talep edildiği ülkenin yani koruma ülkesinin hukukuna (lex loci protectionis) tabi olarak kabul edilmelidir¹⁹. Menşei yeri prensibe göre ise, telif hakkının varlığı, devri, içeriği ve sona ermesi meselelerine menşei yer ülke hukukunun; yani hakkın tescil edildiği yer hukukunun uygulanmasının; özetle telif hakkının hukuki varlık kazandığı ülke hukukunun dikkate alınması savunulmaktadır²⁰.

Dünyaca tanınmış ressam Salvador Dali'nin ölümünden sonra eserlerine ait telif hakları problemi gündeme gelmiştir. Bu konuda birbirinden bağımsız iki dava açılmıştır. İlk dava Japonya Tokyo Bölge Mahkemesi ve Tokyo Yüksek Mahkemesinde görülerek karara bağlanmıştır. İlk davadan bağımsız olarak açılan ikinci dava ise Fransız mahkemesinde görülmüş; Fransa'nın Avrupa Birliği'ne üye olması sebebiyle dava Avrupa Adalet Divanı'na taşınmıştır. Her iki davanın konusunu Dali'nin telif haklarından doğan hukuki meseleler oluşturmaktadır. Mahkemelerin yabancılık unsuru ihtiva eden hukuki problemi vasıflandırmaları ve buna göre uygulanacak hukuku tespit etmeleri ilgi çekicidir.

¹⁹ ERDEM, 1999, s. 45 vd.; AKİPEK/DARDAĞAN, 2001-2002, s. 117; DARDAĞAN, 2000, s. 258.

²⁰ ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 2013, s. 237; AKİPEK/DARDAĞAN, 2001-2002, s. 117. Ayrıca bkz.; OKUTAN, Gül; 1999, "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın Nr. 7, İstanbul, s. 240.

II. SALVADOR DALİ'NİN TELİF HAKKININ DEVRİNE DAİR JAPON MAHKEMELERİ'NİN KARARLARI

A. TOKYO BÖLGE MAHKEMESİ'NİN 29.08.2000 TARİHLİ KARARINA KONU OLAN VAKIAVE MAHKEMENİN HÜKMÜ²¹

1986 yılında dünyaca meşhur İspanyol sanatçı Salvador Dali ve davacı arasında telif hakkının devrine dair bir sözleşme yapılmıştır. Salvador Dali, 1989 yılında ölmüştür. Davalı, Ekim 1998 ve Ekim 1999 tarihleri arasında Dali'nin eserlerinin bulunduğu bir sergi düzenlemiştir. Serginin satış bölümünde sunulan eserler, hediyelik kataloglar halinde satılmıştır. Satılan kataloglarda, Dali'nin eserleri de yer almıştır. Davacı, 1989 yılında Dali ile yapmış oldukları sözleşme uyarınca Dali'nin eserleri üzerinde telif hakkından doğan müktesep hak sahibi olduğunu iddia etmiştir. Dali'nin eserlerinin sergilenmesinden, çoğaltılmasından ve yayımından dolayı men'i müdahale ve tazminat davalarını açmıştır²².

Tokyo Bölge Mahkemesi, 29.08.2000 tarihli kararında, Dali ve davacı arasında 1986 yılında imzalanan sözleşmeyi, İspanyol sanatçı Dali'nin telif haklarının tamamının davacıya devrini kapsayan bir devir sözleşmesi şeklinde yorumlamış; lex rei sitae uyarınca davaya Japon Hukuku'nu uygulamıştır. Tokyo Bölge Mahkemesi, Japon Hukuku uyarınca davacının tazminat ve müdahalenin men'i taleplerini haklı bulmuştur.

²¹ Tokyo Bölge Mahkemesi kararının Almanca'ya çevrilmiş özeti Tokyo Yüksek Mahkemesi'nin kararının özeti içerisinde sunulmuştur ve iki kararın özeti toplam dört paragraftan oluşmaktadır. Tokyo Yüksek Mahkemesi'nin 28.5.2003 tarihli 1831 Hanrei Jiho 137 sayılı (De mart Pro Art WV v. Yamanashiken Mimuka Bijutsu Shinkozaidan et al., Dali) kararının Almancaya çevrilmiş özeti için bkz., TSUJITA, Y.; 2006, "Obergericht Tokio: Urheberrecht und Internationales Privatrecht", GRUR Int, s. 857.

²² Devralanın üçüncü kişilere karşı dava açabilme yetkisi için ayrıntılı olarak bkz., KAPLAN, 2004, s. 150 vd.; TÜYSÜZ; Mustafa, 2007, Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler-Devralanın Üçüncü Kişilere Karşı Dava Açabilme Yetkisi, Ankara, s. 94-95; GÖKYAYLA, 2000, s. 266.

B. TOKYO YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN 28.5.2003 TARİHLİ KARARI²³

Tokyo Yüksek Mahkemesi, uygulanacak hukuku belirlerken, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeyi vasıflandırmıştır. Mahkemeye göre, taraflar arasındaki sözleşme, Dali'nin telif haklarının, davacının mülkiyetine ve idaresine verilmesine dair devir sözleşmesidir²⁴. Mahkeme, sözleşmenin, borçlandırııcı bir işlemin veya aynî hakka dair bir muamelenin kapsamında olup olmadığını da araştırmış ve neticeye bağlamıştır. Japon kanunlar ihtilafı kurallarına göre, davaya konu olan vakıanın borçlandırııcı sözleşme olduğu kabul edilirse, sözleşmeye tarafların seçtiği hukukun uygulanması gerekmektedir; şayet vakıa aynî hakka dair bir işlem olarak kabul edilirse, lex rei sitae uyarınca dava konusu şeyin bulunduğu yer esas alınarak uygulanacak hukuk belirlenecektir.

Mahkeme, malvarlığını bir kişi yararına veya belirli bir amaç için bir davacının mülkiyetine ve idaresine verilmesine dair devir sözleşmesini, sözleşmeden doğan borç ilişkisi olarak kabul etmiş ve sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku Japon Hukuku uyarınca belirlenmiştir. Mahkemenin kararı, sunulan üç bilirkişi raporu ile aynı yöndedir. Japon Hukuku'na göre, sözleşmeden doğan borç ilişkisinde irade muhtariyeti esas alınmıştır ve tarafların seçtiği hukukun uygulanması gerekmektedir. Taraflar, akdi kurarken sözleşmeye İspanyol Hukuku'nun uygulanmasına karar vermiştir. İspanyol Medeni Hukuku §1730 ve §1733 uyarınca bu tür bir sözleşme, Salvador Dali'nin ölümüyle sona ermektedir. Bu durumda, İspanyol Hukuku'na göre, davacı ve Dali arasındaki sözleşme, 1989 yılında Dali'nin ölümü ile sona ermiştir. Japon Yüksek Mahkemesi, 28.5.2003 tarihli kararında davacının

²³ Tokyo Yüksek Mahkemesi'nin 28.5.2003 tarihli 1831 Hanrei Jiho 137 sayılı (De mart Pro Art WV v. Yamanashiken Mimuka Bijutsu Shinkozaidan et al., Dali) kararının Almanca özeti için bkz., TSUJITA, 2006, s. 857.

²⁴ Ayrıca bkz., NOMER, 2013, s. 290.

telif haklarına yönelik tüm taleplerine İspanyol Hukuku'nu uygulamış ve tüm talepleri reddetmiştir²⁵.

Mahkeme tarafından, vakıa sözleşmeden doğan borç ilişkisi olarak vasıflandırılrsa dahi, davalının İspanya'da kurulmuş olan Dali Vakfı'ndan²⁶ sergi ve diğer faaliyetleri için izin alması gerekmektedir. Zira Salvador Dali, ölümünden sonra tüm malvarlığını İspanyol Devleti'ne bağışlamıştır. Sergilenen ve satılan her eser, İspanyol Devleti'ne aittir. Davacı ise, telif hakkının kendisine devredildiği iddiasındadır; ancak Dali tüm bu hakları da sözleşme ile Dali Vakfı'na miras olarak bırakmıştır²⁷. Bu husus Fransız mahkemesi kararının incelendiği bölümde ayrıntılı olarak ele alındığından burada ayrıca açıklanmamıştır.

C. DEĞERLENDİRMELER

Japon Mahkemeleri tarafından verilen karar, Salvador Dali'nin mirasçıları tarafından telif haklarına dair Fransa'da bir dava açılıncaya kadar Avrupa Milletlerarası Özel Hukuk literatüründe geniş bir yer bulamamıştır. Japonya'da açılan davalarda, yabancılik unsurunun tespiti, vasıflandırma yapılması ve yabancı hukukun tatbiki meseleleri önem taşımaktadır.

İlk derece mahkemesi, telif hakkı sözleşmesini ikiye ayırmaktadır: Telif hakkı sözleşmesinin aynî hakka dair sonuçlarını eşya hukuku çerçevesinde, borçlar hukuku sonuçlarını sözleşme statüsü kapsamında incelemiştir. Bu nedenle, telif hakkının devrini borçlandırıcı işlem kapsamına sokmamıştır. Mahkeme, yabancı unsurlu telif hakkını devrini aynî hak çerçevesinde değerlendirerek, lex rei sitae uyarınca davaya Japon Hukuku'nu uygulamıştır. Japon Hukuku uyarınca, davacının tazminat ve müdahalenin men'i talepleri mahkeme tarafından

²⁵ Telif hakkının devri sözleşmesinin sona erme sebepleri için bkz., GÖKYAYLA, 2000, s. 300-306.

²⁶ Fransız mahkemesinde ve Avrupa Adalet Divanı'nda açılan davalar kısmında, Dali Vakfı ve İspanya'nın mirasçılığı üzerinde ayrıca durulacaktır.

²⁷ Aşağıda inceleyeceğimiz Fransız Mahkemesi kararı, Dali Vakfı'na telif hakkının devri ve mirasçılık meselesini içermektedir.

haklı bulunmuştur. Dava, yüksek yargıya taşınmıştır. Japon Yüksek Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin aksine, telif hakkının devri ve sona erme meselesinde tarafların irade muhtariyetine öncelik tanımıştır. Telif hakkının devrini, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin bir unsuru olarak değerlendirmiş; hakkın devrini, sözleşme statüsünde ve borçlandırıcı işlemin parçası olarak nitelendirmiştir. Yüksek Mahkeme, bir tarafa telif hakkının devri borcunun yüklenmesini, sözleşmesel statüye tabi tutarak, sözleşmeden doğan tüm uyumsuzluklara taraflarca seçilmiş hukukun (İspanyol Hukuku) uygulanacağına hükmetmiştir.

Davacı, devir sözleşmesinden doğan telif hakkı sahibi sıfatıyla hakkına tecavüz edildiğini iddia ederek Türk Mahkemeleri'nden tecavüzün önlenmesini talebinde bulunsaydı, MÖHUK madde 23/I uygulanacaktı. MÖHUK madde 23/I'e göre, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa, dava o hukuka tabi olacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, taraflar ihlalden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasına karar verebilirler. Vakıada, taraflar arasındaki telif sözleşmesine uygulanacak hukuk İspanyol Hukuku olarak belirlenmiştir. Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi arasındaki yakın bağ, uygulanacak hukukun tespitini güçleştirmiştir. Davacı, aralarındaki sözleşme uyarınca hâlihazırda telif hakkı sahibi olduğunu iddia etmektedir ve düzenlenen sergiye bağlı olarak dava açmıştır. Japon Yüksek Mahkemesi, telif hakkının devri ve sona erme meselesini borçlandırıcı işlem olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, vakıayı aynî hakka dair bir işlem olarak vasıflandırsaydı, dava konusu şeyin bulunduğu yer esas alınarak uygulanacak hukuk belirlenecekti. Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda fikri hakkın devri ve sona ermesini düzenleyen özel bir ihtilaf kuralının bulunmaması bu davayla ilgili birden çok görüşün savunulmasına neden olabilir: Vakıanın aynî bir mesele olarak değerlendirilmesi neticesinde, lex rei sitae uyarınca Aynî Haklar başlıklı MÖHUK md. 21 uygulanarak Japon Hukuku'na varılabilir. Veyahut vakıa doğrudan Fikrî mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk başlıklı MÖHUK md. 23 çerçevesinde değerlendirilerek koruma ülkesi hukuku (Japon Hukuku) davaya uygulanabilir. Son olarak, devir, sözleşmesel statü içerisinde değerlendirilerek davaya Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler başlıklı MÖHUK md. 28 uygulanır; bu şekilde tarafların kendi iradeleri ile seçmiş oldukları İspanyol Hukuku ihtilafın çözümüne hâkim olur.

Tokyo mahkemesi, davayı aynî hak itilafı olarak değerlendirmiştir. Tokyo Yüksek Mahkemesi, vakianın değerlendirilmesinde aynî haklar ve sözleşmesel statü arasında kalmış; uygulanacak hukukun tespiti için bilirkişilere başvurmuş ve nihayetinde sözleşmesel statünün (İspanyol Hukuku) uygulanmasına hükmetmiştir. Yüksek mahkeme, Dali ve davacı arasındaki devir sözleşmesinde, hakkın doğumu ve sona ermesine İspanyol Hukuku'nun uygulanacağına karar verilmesinden hareket etmiştir. Yani taraflar aynî hakkın devrine ve sona ermesine uygulanacak hukuku (İspanyol Hukuku) kendi iradeleriyle belirlemiştir. İspanyol Hukuku'na göre, bu tür sözleşmelerde taraflardan birinin ölmesi halinde sözleşmenin geçerliliğini yitirdiği anlaşılmaktadır. Buna göre, davacının iddiası mesnetsiz bulunmuş; hak sahibi sıfatıyla yaptığı tecavüzün sona ermesi talebi ve diğer talepleri reddedilmiştir.

III. PARİS MAHKEMESİ'NİN VE AVRUPA ADALET DİVANI'NIN KARARLARI²⁸

A. KARARA KONU OLAN VAKIANIN GELİŞİMİ

Salvador Dali, 20 Eylül 1982 tarihinde bir vasiyetname yaparak tüm gayri maddi malvarlığını İspanya Devleti'ne miras bırakmıştır. Vasiyetnameye uygulanacak hukuk, Fransız miras hukuku olarak belirlenmiştir. Dali'nin arzusuyla 1983 senesinde İspanya'da İspanyol Hukuku'na göre bir vakıf kurulmuştur. Dali Vakfı (Fundacion Gala-Salvador Dali) olarak adlandırılan bu vakıf, Dali'nin ölümüne kadar kendisi tarafından idare edilmiştir. Dali'nin devrettiği haklar, bu vakıf tarafından idare edilmektedir. Dali, 23 Ocak 1989 tarihinde doğduğu şehir olan Figueras'ta (İspanya) öldüğünde, beş kanuni mirasçısı bulunmaktadır. Dali tarafından 20 Eylül 1982 tarihinde hazırlanan vasiyetnamede bu beş kanunî mirasçılardan hiçbir şekilde bahsedilmemektedir.

Dali Vakfı, Salvador Dali'nin telif hakkından elde edilen gelirlerini toplamakta zorlandığı için bir zincir kurarak, değişik kurumlar vasıtasıyla dünya çapındaki bu gelirleri toplamaya karar vermiştir. Dali

²⁸ Karar metinleri için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbb017d7fc98ca45889533eda22c82dc90.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMah90?text=&docid=81364&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15013>, 30.10.2013.

Vakfi, 1997 yılında VEGAP (Visual Entidad de Gestion de Artistas Plasticos) isimli İspanyol kuruluşunu telif haklarının idaresi ve bu yöndeki menfaatlerin korunmasında ana kurum olarak yetkilendirmiştir. VEGAP, İspanyol Hukuku'na göre kurulmuştur ve Salvador Dali'nin tüm eserlerinin -dünya çapındaki- telif haklarından sorumludur. VEGAP'ın vazifesi, telif haklarının korunması, bu çerçevede hukuki kontrolün yapılması ve bu haklardan doğan tüm menfaatlerin idaresidir. VEGAP, telif hakları nedeniyle dünya çapında topladığı gelirleri Dali Vakfı'na ulaştırmakla yükümlüdür; yani gelirler VEGAP aracılığı ile ülkelerden toplanarak Dali Vakfı'na iletilecektir. Ancak işin mahiyetinin büyüklüğü nedeniyle, VEGAP bu işlemleri tek başına yerine getirememektedir. Bu nedenle bir zincir oluşturulmuştur. Oluşturulan zincire göre, Salvador Dali'nin telif hakkından kaynaklanan gelirleri, her ülkede belirli bir merkezde toplanmaktadır. Bu merkezlerin vazifesi, elde edilen gelirleri VEGAP'a ulaştırmaktır. Telif haklarının denetimi ve takibi konusunda Fransa'daki yetkili merkez ADAGP (Societe des auteurs dans les arts graphiques et plastiques)'dır. ADAGP, Dali'nin Fransız topraklarındaki telif haklarının idaresinden tek başına sorumludur. ADAGP'ın vazifesi, Fransa'da telif haklarından doğan gelirleri toplayarak, VEGAP aracılığı ile nihai olarak Dali Vakfı'na gönderilmesini sağlamaktır.

B. PARİS MAHKEMESİ'NE KONU OLAN DAVANIN İÇERİĞİ VE MAHKEMENİN KARARI²⁹

Oluşturulan zincire göre, ADAGP, 1997 yılından itibaren Fransa'da Dali'nin telif haklarından doğan maddi kazançların toplamasında ve VEGAP'a iletilmesinde tek yetkili kurumdur. VEGAP, ADAGP'dan aldığı gelirleri Dali Vakfı'na iletmekle yükümlüdür. Dali'nin eserlerinin Fransa'da yeniden satışı³⁰ söz konusu olmuştur.

²⁹ Karar, Avrupa Adalet Divanı kararının içerisinde yer almaktadır. Bkz., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbb017d7fc98ca45889533eda22c82dc90.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMah90?text=&docid=81364&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15013>, 30.10.2013.

³⁰ Kavramın Almancası Folgerecht olup, eserin ilk satışından sonra yapılan satışlarda sanatçının telif hakkı ücreti almasını ifade etmektedir (Alman

ADAGP'ın, eserlerin yeniden satışından elde edilen bedeli VEGAP yerine Dali'nin beş kanuni mirasçısına göndermesi taraflar arasında husumet doğmasına neden olmuştur.

ADAGP, eserlerin yeniden satışından elde edilen bedeli, Salvador Dali'nin beş kanuni mirasçısına ödemiş ve bu ödemeyi Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu madde L 123-7'ye göre yaptığını iddia etmiştir. Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu madde L 123-7 uyarınca, eser sahibinin ölümünden sonra madde L 122-8'e göre yeniden satış hakkı doğrudan ölenin mirasçılara geçmektedir; sanat eserinin ilk satışı ve onu takip eden yeniden satışlarından sanatçı hayatı boyunca, mirasçılara ise sanatçının ölümünden sonraki 70 yıl boyunca yararlanabilmektedir. Maddenin devamında, kanuni mirasçılar dışındaki kişilerin vasiyetname yoluyla yeniden satış hakkına sahip olamayacakları düzenlenmiştir. ADAGP, yukarıda bahsedilen Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu'un ilgili maddelerine dayanmış; fikri haklar konusunda yapılan vasiyetname uyarınca topladığı tüm geliri VEGAP aracılığı ile Dali Vakfı'na göndermesi gerekirken, yeniden satıştan elde edilen tüm geliri Dali'nin beş mirasçısına göndermiştir.

Dali Vakfı ve VEGAP, Salvador Dali'nin Fransa'daki eserlerinin yeniden satışından doğan telif hakkı gelirinin VEGAP'a -netice olarak Dali Vakfı'na- ödenmesi talebiyle 28.12.2005 tarihinde ADAGP ile Dali'nin beş kanuni mirasçısına karşı Paris Mahkemesi'nde dava açmıştır. Davada uygulanacak hukukun tespiti ve vakıanın vasıflandırılması sorunu doğmuştur. Davacılar, davaya İspanyol Hukuku'nun uygulanması gerektiğini savunmuşlardır. Mahkemenin, Fransız Fikri Mülkiyet Hukuku düzenlemesinin ilgili maddelerini ve İspanyol Hukuku'na göre yapılmış miras akdini dikkate alarak bir neticeye varması düşünülürken, mahkeme önceliği başka bir hususun tespitine vermiştir. Paris Mahkemesi, bu konuda düzenlenmiş Avrupa Konseyi ve Parlamentosu Direktifi olmasından bahisle, Fransız Fikri Mülkiyet Hukuku'nun kanuni mirasçılara ödeme yapmayı düzenleyen

Telif Hakkı Kanunu § 26). Direktif'in Türkçe metninde kavram "yeniden satış" olarak kullanılmıştır. Avrupa Birliği Müktesebat'ının Türkçe'ye çevrilmiş haliyle uyumlu olmak amacıyla çalışmamızda da aynı şekilde kullanılmıştır.

hükmünün Direktif'e aykırı olup olmadığını tespit etmek için Avrupa Adalet Divanı'na başvurmuştur.

C. AVRUPA ADALET DİVANI'NIN C-518/08 SAYILI 15.04.2010 TARİHLİ KARARI

ADAGP, yeniden satıştan elde edilen gelirleri kanuni mirasçılara iletmesine gerekçe olarak Fransız Fikri Mülkiyet Hukuku'nun 123-7 maddesini göstermiştir. Paris Mahkemesi, bu alanda düzenlenmiş olan 2001/84/AT sayılı Özgün Sanat Eseri Sahibinin Yeniden Satış Hakkına Dair 27 Eylül 2001 tarihli Konsey ve Avrupa Parlamentosu Direktifi'ni³¹ dikkate alarak, Fransız düzenlemesinin Direktif'e aykırı olup olmadığı hususunu ve Dali'nin sadece beş mirasçısına yeniden satış hakkı tanıyabilmenin mümkün olup olmadığı hususunu Avrupa Adalet Divanı'na göndermiştir.

Eserin sahibine ve mirasçılara, Dali'nin eserlerinden herhangi birinin, eserin ilk el değiştirmesinden sonra yeniden satışı üzerinden telif hakkı ödenmesine imkân veren Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu'nun L 123-7 maddesi ile Direktif'in ilgili maddelerinin paralel olup olmadığının tespiti Avrupa Adalet Divanı tarafından incelenecektir. Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu'nun L 123-7 maddesine göre, sanat eserinin ilk satışı ve yeniden satışlardan sanatçı hayatı boyunca, sanatçının mirasçıları ise sanatçının ölümünden itibaren 70 yıl boyunca telif hakkı alabilmektedir. 2001/84 sayılı Direktif'in 6. ve 8. maddelerinde de aynı konu düzenlenmiştir. Direktif madde 6'da yeniden satış hakkından elde edilen telif hakkı ücretini kimlerin alabileceği düzenlenmektedir. Direktif madde 6'ya göre, telif hakkı ücreti, eser sahibine ödenir ve Direktif'in 8. maddesinin II. fıkrasına uygun olarak, bu ücret, eser sahibinin ölümünden sonra eserleri üzerinde hak kazananlara ödenmektedir. Direktif'in 6. maddesinin II. fıkrası uyarınca, üye devletler, Direktif madde 1 kapsamında sağlanan ve yeniden satış hakkından doğan telif ücretinin zorunlu veya ihtiyari şekilde bir kurum tarafından idare edilmesine karar verebilirler. Direktif madde 8/I'e göre, yeniden satış hakkının korunması ile ilgili süre, 93/98/AT sayılı Direktifin 1. maddesinde verilen sürelerle (70 yıl) aynıdır. Direktif'in 8. maddesinin ikinci fıkrasında, birinci fıkranın istisnası olarak, yeniden satış hakkı uygulamayan üye devletler

³¹ Bkz., Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi L 272/32; 13.10.2001.

için en geç 1 Ocak 2010 tarihi esas alınmak üzere, sanatçının ölümünden sonra, eserleri üzerinde hak sahibi olanların lehine yeniden satış hakkının uygulanması talep edilmeyecektir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, madde 8/II'nin kapsamına dahil olan üye devlete -lüzum görülen hallerde iki yıla kadar- yeniden satışa kademeli geçiş imkanı sağlanmaktadır.

Avrupa Adalet Divanı Direktifin yukarıdaki hükümleri ile Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu'nun ilgili maddelerini karşılaştırarak bir sonuca varmıştır. Divan tarafından verilen karar, davayı neticelendirmeye yönelik bir karar değildir. Karar, Avrupa Birliği'ne üye olan ülkenin mahkemesinde (Paris Mahkemesi) görülen ve devam etmekte olan davaya dair ön inceleme yapılmasını ve inceleme sonucunda Paris Mahkemesi'nin çözülmesini talep ettiği konuya dair hüküm verilmesini kapsamaktadır³². Avrupa Adalet Divanı'nın davada uygulanacak hukuku tespit etme gibi bir vazifesi bulunmamaktadır. Divan, sadece Paris Mahkemesi'nin sorularına yanıt vererek ön incelemeyi tamamlamış ve ön kararı açıklamıştır. İncelemeye göre, Divan Fransız Fikri Mülkiyet Hukuku'nun 123-7 maddesi ile Direktif'in 6. ve 8. maddelerini karşılaştırmış ve eser sahibinin ölümünden sonra yapılan yeniden satışlarda bu haktan doğan telif hakkının devletler tarafından belirleneceğine hükmetmiştir. Yani Divan'a göre, yeniden satışlardan doğan telif hakkı sahiplerini devletler kendileri tespit edecektir. Fransız uygulamasına baktığımızda, yeniden satış hakkının vasiyetname ile mirasçılardan başkasına bırakılmasının kabul edilmediği görülmektedir; zira maddede sadece kanuni mirasçıların yeniden satış hakkı sahibi olacağı belirtilmiştir. ADAGP zaten bu nedenle Salvador Dali'nin eserleri Fransa'da yeniden satıldığında elde ettiği telif hakkı ücretini VEGAP vasıtasıyla Dali Vakfı'na değil, doğrudan Dali'nin beş mirasçısına göndermiştir. Neticede Divan, Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu L. 123-7 maddesinin Direktif ile uyumlu olduğuna karar vermiştir. Divanın bu kararı, davaya Fransız Hukuku'nun uygulanacağı anlamına gelmemektedir; zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, vakıya hangi hukukun uygulanması gerektiğinin tespiti Divan'ın uygulama alanına girmemektedir.

³² Fikri sınai hakların Avrupa Adalet Divanı huzurunda ön sorun olarak çözülmesindeki rolü için bkz.; GÖTTING, Horst Peter; 2010, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, München, s. 95.

D. PARİS MAHKEMESİNİN KARARI

Avrupa Adalet Divanı'nın, Direktif ile Fransız Fikri Mülkiyet Hukuku'nun ilgili maddesinin paralel olduğuna karar vermesi üzerine, Paris Mahkemesi davaya Fransız Hukuku'nu uygulamıştır. Mahkeme, yeniden satış nedeniyle elde edilenlerin haricindeki gelirlerin, lehine vasiyet yapılan kişi/kurumlara ödeneceği belirtilmiş³³; yeniden satış nedeniyle elde edilen gelirlerin Dali'nin beş mirasçısına verilmesini uygun görerek, Dali Vakfı ve VEGAP'ın taleplerini reddetmiştir. Paris mahkemesi, davaya neden Fransız Hukuku'nu uyguladığı yönünde bir gerekçe göstermemiş ve hangi kanunlar ihtilafı kuralına dayandığını belirtmemiştir.

E. DEĞERLENDİRMELER

Fikri hakların miras hukuku yönünden incelenmesini ele alan Milletlerarası Özel Hukuku çalışmalarına nadiren rastlanmaktadır; bunun nedeni şu şekilde açıklanabilir: fikri hakların devrinin mirasın intikali sebebiyle olması, konunun miras statüsü çerçevesinde değerlendirileceği düşüncesini doğurabilir³⁴. Bu hususa değinen ender incelemelerden birinde, fikri hakkın devren iktisabının, devrin temelini oluşturan miras ilişkisine tabi olması gerektiği ve bu durumda koruma ülkesi kuralından sapılacağı işaret edilmiştir; bu düşünceye göre, fikri hakların miras yoluyla intikali miras statüsüne göre değerlendirilecektir³⁵. Göger, gayri malların irsen intikalinin menşei ülkesi kanununa tabi olabileceğini; bu sayede yeknesaklık sağlanabileceğini belirtmiştir³⁶. Dardağan'a göre, sözleşme yoluyla devir gibi, miras yoluyla intikal de fikri hak statüsü

³³ SCHULZE, Gernot; 2010, "Anspruch auf Folgerechtsvergütungen bei Tod des Urhebers", GRUR Int. 2010, s. 529.

³⁴ SPOENDLIN; s. 24: DARDAĞAN, 2000, s. 212'den naklen.

³⁵ Ayrıca bkz., DOĞAN, Vahit; 1990, "Miras Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, sayı: 3, s. 182 vd.; SPOENDLIN, s. 24: DARDAĞAN, 2000, s. 212'den naklen.

³⁶ DARDAĞAN, 2000, s. 212; GÖĞER, Erdoğan; 1972, Devletler Hususi Hukuku, B.4, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s. 300.

dışında değerlendirilebilir³⁷. Okutan, fikri haklar bakımından miras statüsünün uygulanmasında bir sakınca görmemektedir³⁸. Yazar, terekenin sadece fikri haklardan oluşması halinde, mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine mirasın açıldığı mahkemenin hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır³⁹.

Alman ve Avusturya hukuklarına göre, fikri haklar sağlararası tasarrufla devredilemez; miras yoluyla intikal mümkündür⁴⁰. Yeniden satış hakkı bir istisnasıyla birlikte 1920'lerden itibaren Fransız Hukuku'nda düzenlenmektedir; bu istisna, vasiyetname yoluyla yeniden satış hakkı sahibi olunamamasıdır⁴¹. İspanyol Hukuku'nda ise böyle bir düzenleme yoktur⁴². Fransız Mahkemesi davaya Fransız Hukuku'nu uygulayarak yeniden satış hakkından elde edilen gelirlerin Dali'nin beş mirasçısına verilmesine karar vermiştir. Ancak yeniden satış sayesinde elde edilenlerin haricinde kalan gelirler lehine vasiyet yapılan kişi/kurumlara ödenecektir⁴³. Fransız mahkemesi, yabancılık unsuru içeren bu davaya Fransız Hukuku'nu uygulayarak neticeye varmıştır; ancak Fransız Hukuku'na hangi kanunlar ihtilafı kuralı vasıtasıyla ulaştığını açıklamamıştır, zira Fransa'daki mirasla ilgili kanunlar ihtilafı kuralına göre, Dali'nin son ikametgâh hukukunun vakiyaya uygulanması gerekmektedir ki, bu da atıf teorisi vasıtasıyla İspanyol Hukuku'nu işaret etmektedir⁴⁴. İspanyol Hukuku'na göre, mirasta ölenin milli hukuku uygulanmaktadır; Dali İspanyol vatandaşıdır ve İspanyol vatandaşı olarak ölmüştür; dolayısıyla vakiyada iade atıf söz konusu olmamaktadır⁴⁵. Fransız Mahkemesi'nin vakiyayı miras problemi olarak vasıflandırmadığı açıktır; mahkeme, vakiyayı telif hakkı meselesi olarak vasıflandırdığı

³⁷ DARDAĞAN, 2000, s. 212.

³⁸ OKUTAN, 1999, s. 230.

³⁹ OKUTAN, 1999, s. 230.

⁴⁰ DARDAĞAN, 2000, s. 83.

⁴¹ SCHULZE, 2010, s. 529.

⁴² SCHULZE, 2010, s. 529.

⁴³ SCHULZE, 2010, s. 529.

⁴⁴ SCHULZE, 2010, s. 529.

⁴⁵ SCHULZE, 2010, s. 529.

takdirde yasaya göre ülkesellik ilkesi çerçevesinde Fransız Hukuku'na ulaşılmaktadır⁴⁶. Zira telif hakları konusunda ülkesellik prensibi uyarınca Fransız Hukuku'nun uygulanabilmektedir⁴⁷. Fransız doktrininde de, ülkesellik ilkesi ve korumanın yapıldığı yer hukuku kuralı benimsenmiştir; buna göre kanunlar ihtilafı sorunlarının Fransız kanunları uyarınca çözülmesi savunulmaktadır⁴⁸.

Ancak dikkate alınması gereken diğer bir husus, Dali Vakfı ve VEGAP ile ADAGP arasındaki kurumsal ilişkidir. Günümüzde, fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların kollektif olarak korunması amacıyla meslek birlikleri kurulmuştur. Meslek birlikleri aralarında yaptıkları akit uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmektedirler. Konuyu düzenleyen tip sözleşmelerde, sözleşmenin içeriği temsil yetkisinin verilmesi şeklinde değerlendirilmektedir; iki hizmet birliği arasında kötü ifaya nedeniyle çıkan uyuşmazlığa, söz konusu hizmeti veren birliğin yerleşik olduğu devletin hukuku uygulanmaktadır⁴⁹. Paris mahkemesinin yargılamaya konu olan vakiayı kesinlikle bu açıdan ele almadığını kararın içeriğinden anlamaktayız. Mahkeme, en başından beri davayı salt bir fikri hukuk ihtilafı olarak değerlendirmiş; iki kurum arasındaki sözleşmesel ilişkiye değinmemiştir.

IV. SONUÇ

Fikri haklar, birtakım maddi olmayan eşya üzerinde kurulan mutlak haklardır⁵⁰. Eserden yararlanma imkânının devredilmesi, eserle eser sahibi arasındaki manevi bağın sona ermesi anlamına gelmemektedir⁵¹. Tasarruf hakkının yani hakkın devrinin hakkın özüne ilişkin olduğu ve hakkın devredilebilirliğinin üçüncü kişilere ileri sürülebilmesinin hakkın özünü yakından ilgilendirdiği açıktır⁵². Ancak

⁴⁶ SCHULZE, 2010, s. 529-530; TEKİNALP, 2009, ERDEM, 2003, s. 46; DARDAĞAN, 2000, s. 113; GÖTTING, 2010, s. 99.

⁴⁷ SCHULZE, 2010, s. 529-530; GÖTTING, 2010, s. 99.

⁴⁸ DARDAĞAN, 2000, s. 140.

⁴⁹ DARDAĞAN, 2000, s. 249.

⁵⁰ DARDAĞAN, 2000, s. 12.

⁵¹ DARDAĞAN, 2000, s. 13.

⁵² DARDAĞAN, 2000, s. 213.

teelif hakkı sözleşmelerinde taahhüt ve tasarruf aynı işlemle karşılanmakta veyahut sözleşme tasarruf işlemiyle fiilen birleşmektedir⁵³. Bu birleşme de, uygulanacak hukukun tespitinde güçlükler neden olmaktadır. Zira fikri mülkiyet alanında yapılan düzenlemelere rağmen, uluslararası uygulamada sorunlar ortaya çıkmaktadır⁵⁴.

Ünlü ressam Salvador Dali'nin telif hakları, eserlerin sergilenmesi, yeniden satışının yapılması Fransa'da hem de Japonya'da dava konusu olmuştur. Japon Mahkemelerinde görülen davalarda, telif hakkının kendisine sözleşme yapılarak devredildiğini iddia eden davacının talepleri görüşülmüş; Yüksek Mahkeme'nin vakıya İspanyol Hukuku'nu uygulamıştır. İspanyol Hukuku'na göre, devir hakkını sözleşmeyle devreden eser sahibinin ölümünden itibaren sözleşmenin sona ermiş sayılmaktadır. Bu nedenle davacının talepleri reddedilmiştir. Fransız Mahkemesi'nde görülen davada ise, İspanya Devleti adına Dali Vakfı ve VEGAP davacı sıfatını haizdir. Dava konusu, davalı ADAGP'ın Dali'nin eserlerinin yeniden satışından elde ettiği gelirleri Fransız Fikri Mülkiyet Hukuku uyarınca doğrudan kanuni mirasçılara ödemesidir. Dali Vakfı ve VEGAP, Salvador Dali tarafından yapılan vasiyetnamede, Dali'nin tüm telif hakkı gelirlerinin kendilerine ödenmesinin vasiyet edildiğini belirtmektedirler. Paris Mahkemesi, öncelikle Fransız düzenlemesinin 2001/84 sayılı Direktif'e aykırı olup olmadığını tespitini Avrupa Adalet Divanı'ndan talep etmiştir. Avrupa Adalet Divanı, ön sorunu inceleyerek Direktif ile Fransız Hukuku'nun paralel olduğuna karar vermiştir. Paris Mahkemesi yabancılık unsuru içeren davaya Fransız Fikri Mülkiyet Hukuku'nu uygulayarak sonuca varmıştır.

Her iki karar da, fikri hakların diğer hukuk dallarına olan sıkı ilişkisini gözler önüne sermektedir. Bu ilişki o kadar sıkı bir ilişkidir ki; her iki davada da uygulanacak hukukun tespitinde güçlükler yaşanmıştır. Türk Hukuku açısından bir değerlendirme yaptığımızda, MÖHUK'ta fikri hakların devrini düzenleyen özel bir düzenleme olmaması kanımızca bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Özel bir kuralın olması halinde doktrin ve uygulamada yeknesaklık sağlanacaktır.

⁵³ DARDAĞAN, 2000, s. 213.

⁵⁴ SCHWAB, 2008, s. 44.

KAYNAKLAR

AKİPEK, Şebnem/DARDAĞAN, Esra; 2001-2002, “Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk”, BATIDER Cilt: 21, Ankara.

DARDAĞAN, Esra; 2000; Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara.

DOĞAN; Vahit, 1990, “Miras Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı: 3, Konya.

DOĞAN, Vahit; 2013, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, Ankara.

ERDEM, Bahadır; 1999, “Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın Nr. 7, İstanbul.

ERDEM; Bahadır, 2002, Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul.

ERDEM, Bahadır; 2003; “Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, İstanbul.

ERDİL, Engin; 2003, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İşlenme Eserler, İstanbul.

GÖĞER, Erdoğan; 1972, Devletler Hususi Hukuku, B.4, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.

GÖKYAYLA, Emre; 2000, Telif Hakkı ve Telif Hakkı Devri Sözleşmeleri, Ankara.

GÖTTING, Horst Peter; 2010, Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Auflage, München.

KAPLAN; Yavuz; 2004, İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Ankara.

NOMER, Ergin; 2013, Devletler Hususi Hukuku, 20. Baskı, İstanbul.

OKUTAN, Gül; 1999, “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayın Nr. 7, İstanbul.

SARGIN, Fügen; 2002, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara.

SARGIN, Fügen; 2007, İnternet Aracılığı ile Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk, Ankara.

SCHWAB, Dieter; 2008, “Das Geistige Eigentum Zwischen Naturrecht und Positivierung, Zuglich eine Anmerkungen zu Pütters Schrift gegen den Büchernachdruck”, Hrst., PAHLOW, Louis/EISENFELD, Jens; Grundlagen und Grundfragen des Geistigen Eigentums, Tübingen.

SCHULZE, Gernot; 2010, “Anspruch auf Folgerechtsvergütungen bei Tod des Urhebers”, GRUR Int. 2010.

ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci; 2013, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul.

TEKİNALP, Gülören; 2009, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 10. Baskı, İstanbul.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; 1996, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.

TÖRE, Nazlı; 2007, “Sanal Ortamda Telif Haklarına Uygulanacak Hukuk”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 72, Ankara.

TSUJİTA, Y.; 2006, “Obergericht Tokio: Urheberrecht und Internationales Privatrecht”, GRUR Int, s. 857.

TÜYSÜZ; Mustafa, 2007, Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler-Devralanın Üçüncü Kişilere Karşı Dava Açabilme Yetkisi, Ankara.

YARSUVAT, Duygun; 1984, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, 2. Baskı, İstanbul.

İnternet Kaynakları:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dbb017d7fc98ca45889533eda22c82dc90.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuMah90?text=&docid=81364&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15013>, (30.10.2013).

SEMİZ, Özgür; 2004, Batı’da ve Türkiye’de Fikri Hakların Gelişim Süreci ve Günümüzdeki Durumu, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, s. 50 vd.

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:k6_Z1ab8878J:acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/281/573.pdf+&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=tr (29.10.2013).

EINIGE ÜBERLEGUNGEN HINSICHTLICH DER KOSTENENTSCHEIDUNG IM SCHEIDUNGSVERFAHREN

Prof. Dr. İbrahim ERCAN*

ZUSAMMENFASSUNG

Nach Art. 326/1 HMK (Türkische Zivilprozessordnung) sind die Prozesskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Aber gibt es wichtige Ausnahmen zu dieser Regel. Es gibt jedoch keine besondere Ausnahme hinsichtlich der Kostenentscheidung im Scheidungsverfahren. Dagegen sind im deutschen und schweizerischen Recht solche Ausnahmen im Gesetz ausdrücklich vorgesehen. Im deutschen und schweizerischen Recht werden als Grund für diese Ausnahmen die Besonderheiten des Scheidungsverfahrens gezeigt. In beiden Ländern wird betont, dass die Rollenverteilung der Parteien im Scheidungsverfahren zufällig ist, weil wie der Kläger auch der unterliegende Beklagte die Scheidung mit Erfolg hätte durchsetzen können. In diesem Aufsatz wird ein Vergleich zwischen dem deutschen, schweizerischen und türkischen Recht hinsichtlich der Kostentragung im Scheidungsverfahren durchgeführt und wird untersucht, ob wie im deutschen und schweizerischen Recht eine Ausnahme hinsichtlich der Kostenverteilung im Scheidungsverfahren auch aus Art. 326 ff. HMK hergeleitet werden kann.

Schlüsselwörter: *Kostenentscheidung- anderweitiges Verteilen der Kosten, Scheidungsverfahren.*

* Prof. Dr. im Lehrstuhl des Zivilprozess-, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrechts an der juristischen Fakultät der Universität Selçuk.

**BOŞANMA DAVASINDAKİ YARGILAMA
GİDERLERİNDEN SORUMLULUK KONUSUNDA BAZI
DÜŞÜNCELER**

ÖZET

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 326/1'e göre, yargılama giderleri kural olarak davada haksız çıkan tarafa yükletilir. Kanunda bu kuralın bazı istisnaları öngörülmele birlikte, boşanma davalarına özgü bir istisna düzenlenmiş değildir. Buna karşılık, Alman ve İsviçre Hukuklarında boşanma davalarında yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda genel kuraldan ayrılarak özel düzenlemeler öngörülmüştür. Bu istisnalara gerekçe olarak, boşanma davalarında tarafların rollerinin tesadüfî olduğu, davacı gibi davalının da bu davaları açabilecek durumda olması gösterilmiştir. Bu çalışmada boşanma davalarında yargılama giderlerinden sorumluluk konusu, Alman ve İsviçre Hukuklarıyla karşılaştırmalı olarak incelenmiş ve özellikle Alman ve İsviçre Hukuklarında kabul edilen istisnanın Türk Hukuk için de geçerli olup olmayacağı konusu irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Yargılama Giderlerinden Sorumluluk, boşanma davalarında yargılama giderlerinden sorumluluk-Yargılama giderlerinin mahkemenin takdirine göre her iki tarafa yükletilmesi.*

A. EINLEITUNG

Nach Art. 326/1 HMK (Türkische Zivilprozessordnung) sind die Prozesskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Die unterliegende Partei hat also die in Art. 323 HMK geregelten gesamten Prozesskosten, nämlich die Gerichtsgebühren und Auslagen, die gesamten Gerichtskosten sowie die Parteikosten zu tragen. Aber gibt es wichtige Ausnahmen zu dieser Regel. Zum Beispiel ist im Art. 327 HMK wegen der Verletzung der Regel von Treu und Glauben einige Ausnahmen geregelt. Es gibt jedoch keine besondere Ausnahme hinsichtlich der Kostenentscheidung im Scheidungsverfahren. Dagegen sind im deutschen und schweizerischen Recht solche Ausnahmen im Gesetz ausdrücklich vorgesehen. Im deutschen und schweizerischen Recht wird als Grund für diese Ausnahmen die Besonderheiten des Scheidungsverfahrens gezeigt. In beiden Länder wird

betont, dass die Rollenverteilung der Parteien im Scheidungsverfahren zufällig ist, weil wie der Kläger auch der unterliegende Beklagte die Scheidung mit Erfolg hätte durchsetzen können.

In diesem Aufsatz wird ein Vergleich zwischen dem deutschen, schweizerischen und türkischen Recht hinsichtlich der Kostentragung im Scheidungsverfahren durchgeführt und wird untersucht, ob wie im deutschen und schweizerischen Recht eine Ausnahme hinsichtlich der Kostenverteilung im Scheidungsverfahren auch aus Art. 326 ff. HMK hergeleitet werden kann.

B. IM DEUTSCHEN SCHEIDUNGSVERFAHRUNG

I. Nach § 93a ZPO a. F.

Bis das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) am 1. September 2009 in Kraft getreten ist¹, wurde die Kostenverteilung des Scheidungsverfahrens im deutschen Recht nach § 93a ZPO geordnet.

§ 93 a ZPO sah in erster Linie vor, dass die Kosten der Scheidungsklage gegeneinander aufzuheben sind. Außerdem ermöglicht er dem Richter in Sonderfällen, die Billigkeitsgesichtspunkte zu berücksichtigen.

Bei erfolgreichem Scheidungsantrag sah § 93 a I ZPO für die Verteilung der Kosten der Scheidung einschließlich der Folgesachen, die mit der Scheidung rechtshängig geworden sind, drei Möglichkeiten vor: Die Kosten sind grundsätzlich gegeneinander aufzuheben (§ 93 a I S. 1 ZPO); in Ausnahmefällen konnte das Gericht sie jedoch nach billigem Ermessen anderweitig verteilen (§ 93 a I S. 2 ZPO); schließlich konnte das Gericht eine Vereinbarung der Parteien über die Kosten ganz oder teilweise seiner Entscheidung zugrunde legen (§ 93 a I S. 3 ZPO).

Bei abgewiesenem Scheidungsantrag hatte der Antragsteller neben den Kosten der Folgesachen auch die Kosten des Scheidungsverfahrens zu tragen. Bei der Kostenverteilung galt hier nicht

¹ Dieses Gesetz wurde im Juni 2008 als Artikel 1 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) beschlossen und ist am 1. September 2009 in Kraft getreten.

§ 93 a ZPO, sondern § 91 ZPO, wonach die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hatte².

Beim vorbehaltlos zurückgenommenen Scheidungsantrag galt § 93 a I. S. 1 ZPO nicht³. Gemäß § 626 I ZPO a. F. richtete sich die Kostenentscheidung hinsichtlich des zurückgenommenen Scheidungsantrags nach § 269 III S. 2 ZPO, wonach der Kläger die Kosten des Rechtsstreits tragen musste, soweit nicht bereits rechtskräftig über sie erkannt wurde oder sie dem Beklagten aufzuerlegen war.

Wenn sich dagegen der Antragsteller bei der Rücknahme des Scheidungsantrags gemäß § 626 II S. 1 ZPO a. F. vorbehält, eine Folgesache als selbständige Familiensache fortzuführen, wurde über ihre Kosten gesondert entschieden⁴. In diesem Fall fand auf die Kosten der Scheidungssache nicht § 93 a ZPO, sondern § 269 I 2 S. 3 ZPO Anwendung. Außerdem war auch hier, wie bei der Abweisung der Scheidung, eine anderweitige Kostenverteilung möglich, wenn die Anwendung des § 269 III S. 2 ZPO als unbillig erscheint wurde (§ 626 I S. 2 ZPO a. F.).

II. Nach § 150 FamFG

Wie oben erwähnt wurde, ist § 93 a ZPO durch das FamFG aufgehoben worden. § 150 FamFG greift weitgehend den Regelungsinhalt von § 93 a ZPO auf⁵. Diese Regelung bestimmt auch, wer die Kosten von Scheidungs- und Folgesachen tragen muss. Im Gegensatz zu § 93 a ZPO regelt jedoch § 150 FamFG die Kostenverteilung hinsichtlich des Verfahrens auf Aufhebung der Ehe nicht. Für den Ausspruch der Aufhebung der Ehe nach § 1316 BGB gilt

² Siehe BORK in: Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, Band 1, Tübingen, 1993 § 93 a Nr. 7; BELZ, in Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 1992 § 93 a Nr. 13.

³ MÜNCHKOMMZPO-BELZ § 93 a Nr. 15.

⁴ MÜNCHKOMMZPO-BELZ § 93 a Nr. 15; HERGET, in: Zöller, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 21. Auflage, Köln 1999, § 93 a Nr. 7.

⁵ CASPARY, ESTHER, Die Kostengrundentscheidung nach § 150 FamFG, FPR 2009/6, s. 303; HELMS, TOBIAS, in: Prütting, Hanns/Helms, Tobias, FamFG Gesetz über den Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit Gesetz über Gerichtskosten im Familiensachen, Kommentar, 3. Auflage, Köln 2014, § 150 Nr. 1.

die Vorschrift des § 132 FamFG. Für den Feststellungsantrag im Sinne des § 121 Nr. 3 FamFG greifen die allgemeine Regelung der §§ 91 ff. ZPO ein⁶.

Wie § 93 a ZPO ist auch in dieser Vorschrift die Besonderheiten des Scheidungsverfahrens berücksichtigt. Das in den §§ 91 ff. ZPO verankerte Erfolgsprinzip in den allgemeinen zivilprozessualen Verfahren würde in Scheidungssachen immer zu nicht sachgerechten Ergebnissen führen. Außerdem ist die Rollenverteilung der Parteien im Scheidungsverfahren zufällig, weil ebenso gut wie der Antragsteller auch der unterliegende Antragsgegner die Scheidung mit Erfolg hätte durchsetzen können. Dies rechtfertigt den allgemeinen Grundsatz, die Kosten des Verfahrens im Gegensatz zu den §§ 91 ff. ZPO im Regelfall gegeneinander aufzuheben⁷.

Die Aufbau des § 150 FamFG ist wie folgende: In den Abs. 1 ist die Kostentragung beim Erfolg des Scheidungsantrags geregelt. Hierbei gilt der Grundsatz der Aufhebung der Kosten zwischen den Ehegatten. Der Abs. 2 regelt die Kostentragung bei der anderweitigen Beendigung des Scheidungsantrags und in den Abs. 2 ist geregelt, wer die Kosten von Drittbeteiligten tragen muss. In den Abs. 4 finden sich die Ausnahmen von den in den Abs. 1-3 geregelten Grundsätzen und in Abs. 5 ist geregelt, wer die Kosten zu tragen hat, wenn über die Folgesachen von der Scheidung gesondert zu entscheiden ist.

Wird einem Scheidungsantrag stattgegeben, sind nach § 150, I FamFG die Kosten der Scheidungssache und der Folgesachen grundsätzlich gegeneinander aufzuheben. § 150, I FamFG entspricht inhaltlich im Wesentlichen dem § 93 a Abs. I S. 1 ZPO. Nach dieser Vorschrift hat jeder Beteiligte seine außergerichtlichen Kosten und Hälfte der Gerichtskosten zu tragen. Eine Kostenfestsetzung findet also nur

⁶ MUSIELAK, HANS-JOACHIM (Hrsg.), bearbeitet von Borth, Helmut und Grandel, Mathias, Familiengerichtliches Verfahren, 1. und 2. Buch, 4., neubearbeitete Auflage, München 2013, § 150 Nr. 1.

⁷ BLANK, KLAUS-PETER, in: FamFG Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Kommentar, Bahrenfuss, Dird (Hrsg.), 2. Auflage, § 150 Nr. 2; MUSIELAK/BORTH/GRANDEL § 150 Nr. 1; HELMS, in: Prütting/Helms § 150 Nr. 1.

hinsichtlich der anteiligen Gerichtskosten statt, wenn diese von einem Beteiligten vollständig eingezahlt worden sind⁸.

Hierbei spielt keine Rolle, auf wessen Antrag die Scheidung erfolgt⁹, ob der Antragsgegner die Abweisung des Scheidungsantrags begehrt oder seinerseits ebenso die Scheidung beantragt hatte¹⁰.

§ 150 Abs. 2 S. 1 übernimmt in Bezug auf die Abweisung und Rücknahme des Scheidungsantrags den § 91 Abs. 1 ZPO enthaltenen Grundsatz. Nachdem trägt der Antragsstellers bei der Abweisung des Scheidungsantrags die Kosten der Scheidung und Folgesachen allein. Dies gilt auch, wenn der Antragsteller seines Scheidungsantrags zurücknimmt. Der Abweisungsgrund für den Scheidungsantrag ist unerheblich¹¹.

Hatten beide Ehegatten die Scheidung begehrt und das Gericht beide Scheidungsanträge abweist oder wenn die Rücknahme des einen und die Abweisung des anderen zusammentreffen, ist die Kosten der Scheidung und Folgesachen gegeneinander aufzuheben. Dies gilt auch, wenn das Verfahren in der Hauptsache erledigt ist. Die einseitige Rücknahme des Scheidungsantrags kann daher teuer werden. Deswegen sollte man in diesem Fall möglichst eine Vereinbarung treffen¹².

§ 150 III FamFG regelt, dass Drittbeteiligte ihre außergerichtlichen Kosten grundsätzlich selbst tragen müssen. Diese Vorschrift ist neu.

In den Abs. 1 bis 3 genannten Grundsätzen sind nicht ausnahmslos. § 150 Abs. 4 S. 1 ermöglicht es, von den in den Abs. 1-3 geregelten Grundsätzen abzuweichen, wenn auf Grund der besonderen Umstände des Einzelfalles es unbillig wäre, nach diesen Grundsätzen die Kostenentscheidung zu treffen. In diesen Fällen kann das Gericht die Kosten nach billigem Ermessen anderweitig verteilen. Hierbei handelt es

⁸ MÜNCHKOMMZPO, § 150 FamFG Nr. 1.

⁹ CASPARY s. 304.

¹⁰ Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 4 Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), Herausgegeben von Thomas Rauscher, München 2010, § 150 Nr. 5; CASPARY s. 304.

¹¹ MÜNCHKOMMZPO, § 150 FamFG Nr. 8.

¹² CASPARY s. 304.

sich im Unterschied zum früheren Recht nicht um eine abschließende Aufzählung¹³. Während die Härteklausele des § 93 a Abs. III S. 2 ZPO gestrichen wurde, ist in § 150 die Gesichtspunkt der Versöhnung neu aufgenommen worden.

Anders als § 93 a ZPO kann der Richter nach § 150 Abs. IV S. 2 bei seiner Ermessenentscheidung über die Kosten auch berücksichtigen, ob einer der Ehegatten der Anordnung, an einem Informationsgespräch nach § 135 I FamFG über eine Mediation oder eine andere außergerichtliche Streitbeilegung ohne genügende Entschuldigung nicht nachgekommen ist. Es handelt sich dabei um eine Sanktionsvorschrift gegenüber einem Ehegatten, der zur Einigung nicht kommt¹⁴.

Schließlich soll das Gericht eine Vereinbarung der Parteien über die Kosten ganz oder teilweise seiner Entscheidung zugrunde legen. Während in § 93 a ZPO eine Kann-Vorschrift vorgesehen war, handelt es sich dabei um eine Soll-Vorschrift. Die Vorschrift wurde also verschärft¹⁵. Grundsätzlich müssen also die Richter die Vereinbarungen der Parteien über die Kosten berücksichtigen. Da in Scheidungsverfahren und Folgesachen die Dispositionsfreiheit der Beteiligten eingeschränkt ist, besteht zwar keine harte Bindung des Gerichts, es kann aber nur in begründeten Ausnahmefällen von der Vereinbarung abweichen¹⁶.

¹³ CASPARY s. 304; MÜNCHKOMMFAMFG § 150 Nr. 16; SCHULTE-BUNERT, KAI/WEINREICH, Gerd (Hrsg.), Kommentar des FamFG, 3. Auflage, Luchterband 2012, § 150 Nr. 14; Helms, in: Prütting/Helms § 150 Nr. 9.

¹⁴ HELMS, in: Prütting/Helms § 150 Nr. 12; Caspary s. 304; MÜNCHKOMMFAMFG § 150 Nr. 19; SCHULTE-BUNERT/WEINREICH § 150 Nr.16 (Nach diesen Autoren sollte das Gericht von dieser Sanktionsmöglichkeit nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden).

¹⁵ CASPARY s. 304; MÜNCHKOMM-ZPO § 150 FamFG Nr. 14.

¹⁶ SCHULTE-BUNERT/WEINREICH § 150 Nr.17; HELMS, in: PRÜTTING/HELMS § 150 Nr. 13; MÜNCHKOMMFAMFG § 150 Nr. 19; Blank, § 150 Nr. 6; HERGET, KURT, in: Zöller Zivilprozessordnung mit FamFG und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkung, 30. Neubearbeitete Auflage, Köln 2014, § 150 FamFG Nr. 5; WEBER, ALBRECHT, in: Keidel, Theodor begründet, Engelhardt, Helmut/Sternal,

C. IM SCHWEIZERISCHEN SCHEIDUNGSVERFAHREN

I. Vor dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung

Bis die schweizerische Zivilprozessordnung am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, bestand in der Schweiz kein bundesrechtlich einheitliches Gesetz hinsichtlich der Zivilprozessordnung. Die zivilprozessrechtlichen Sachen und die Regelung der Prozesskosten, die mit dem Prozessrecht engen Zusammenhang haben, waren die Sache der kantonalen Gesetzgebung. Im schweizerischen Recht war aber im Gesetz eine Sonderregelung hinsichtlich der Kostenverteilung im Scheidungsverfahren, entsprechend § 93 a ZPO, nicht ausdrücklich vorgesehen. Demzufolge war zwar in den Zivilprozessordnungen von Zürich und Bern, anders als in § 93a ZPO, eine Sonderregelung in Bezug auf die Kostentragung im Scheidungsverfahren nicht vorgesehen, aber das Gericht hatte auch in der Schweiz nach gerichtlicher Praxis in Zürich und in Bern die Befugnis, vom Grundsatz abzuweichen und eine verhältnismäßige Kostenverteilung anzuordnen. In erster Linie ging es nicht um das formelle Obsiegen und Unterliegen, sondern um das Maß des Verschuldens, die finanzielle Leistungsfähigkeit und das Interesse der Parteien an der Scheidung¹⁷.

II. Nach dem Inkrafttreten Schweizerischen Zivilprozessordnung

Am 1. Januar 2011 ist in der Schweiz statt 26 kantonalen Zivilprozessordnungen die Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten.

Werner (Hrsg.), FamFG Kommentar zum Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 17., überarbeitete Auflage, München 2011, § 150 FamFG Nr. 9; LÖHNING, MARTIN, Das Scheidungsverbundverfahren in erster Instanz nach dem FamFG, FamRZ 2009/9 s. 741; BAUMBACH, ADOLF/LAUTERBACH, WOLFGANG/ALBERS, JAN/HARTMANN, PETER, Zivilprozessordnung mit FamFG, GVG und anderen Nebengesetzen, 72., völlig neubearbeitete Auflage, § 150 FamFG Nr. 19.

¹⁷ SCHMID, Hand, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, Oberhammer, Paul (Hrsg.), Basel 2010, § 107 Nr. 4; siehe ferner FRANK/STRÄULI/MESSMER § 64 Nr. 30, 35; LEUCH/MARBACH/KELLERHALS Art. 58 Nr. 2; ERCAN, s. 181 ff.

Die Verteilung der Prozesskosten ist in den Art. 104 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung geregelt. Nach Art. 106, I Schweizerischen Zivilprozessordnung (SZPO) sind die Kosten grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Bei Nichteintreten und bei Klagerückzug gilt der klagenden Partei, bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend.

Da dieser klassische Verteilungsgrundsatz im Einzelfall starr und nicht sachgerecht sein kann¹⁸, sind im Art. 107 SZPO einige Ausnahmen von diesem Grundsatz vorgesehen. Das Gericht kann also unter bestimmten Umständen von diesem Grundsatz abweichen und die Prozesskosten nach seinem Ermessen verteilen.

Art. 107, Abs. 1 c sieht auch die familienrechtlichen Verfahren als eine wichtige Ausnahme von diesem Grundsatz vor. Das Gericht kann also neben anderen familienrechtlichen Verfahren auch im Scheidungsverfahren die Prozesskosten nach seinem Ermessen verteilen. Hier gilt die Ermessenregel durchwegs¹⁹, Insbesondere bei Scheidungen auf gemeinsamen Begehren gilt diesen Regel, denn hier kann nicht von obsiegenden und unterliegenden Parteien gesprochen werden²⁰.

D. IM TÜRKISCHEN SCHEIDUNGSVERFAHREN

Auch in der Türkei gilt seit 1. Oktober die neue Zivilprozessordnung. Die Vorschriften der alten und neuen Zivilprozessordnungen hinsichtlich der Kostentragung sind fast gleich. Außerdem stimmt Art. 326 der türkischen Zivilprozessordnung (HMK), der die Kostenverteilung regelt, fast mit dem Art. 106 SZPO überein. Wie im deutschen und schweizerischen Recht gilt auch im türkischen Recht der Grundsatz, dass die Prozesskosten grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen sind (Art. 326 I HMK). Die unterliegende Partei hat somit die gesamten Gerichtskosten, nämlich die Gerichtsgebühren und Auslagen, die als Vorschuss geleistet wurden sowie die Parteikosten, wozu auch die gesetzlichen Anwaltskosten der Gegenpartei rechnen, zu tragen.

¹⁸ GASSER, DOMINIK/RICKLI, BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 107, Nr. 1.

¹⁹ GASSER/RICKLI ZPO Kurzkommentar Art. 107 Nr. 2.

²⁰ KUKO ZPO-SCHMID Art. 107 Nr. 4.

Nach dem Art. 326, II HMK hat das Gericht die Prozesskosten nach der Anrecht der Parteien anderweitig zu verteilen, wenn beide Parteien teilweise Obsiegen oder Unterliegen sind. Eine andere Ausnahme ist im Art. 327 HMK geregelt. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht wegen der Verletzung der Regel von Treu und Glauben anderweitige Kostenverteilung anordnen. Im Gegensatz zum deutschen und schweizerischen Recht besteht jedoch im türkischen Recht keine besondere Ausnahme hinsichtlich der Kostentenenentscheidung im Scheidungsverfahren. Im türkischen Scheidungsverfahren gilt also den allgemeinen Grundsatz, wonach die unterliegenden Partei die Kosten des Verfahrens tragen muss.

Erhebt ein Ehegatte die Scheidungsklage und wird dies stattgegeben, hat das Gericht nach dem in Art. 326, I geregelten Grundsatz sämtlichen Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Gemäß einer Entscheidung des Kassationsgerichts darf das Gericht nach der Zustimmung der Scheidungsklage die Prozesskosten nicht beiden Parteien verteilen, und zwar mit der Begründung, weil sie gleiche Schuld an der Scheidung haben²¹. Relevant ist also hier nur, wer den Prozess gewinnt und wer den verliert.

Besonders ist problematisch, wenn dieser Grundsatz ohne Ausnahme bei der einvernehmliche Scheidung angewendet ist. Art. 166 III Türkisches Zivilgesetzbuch (TMK) regelt allerdings, dass die Ehegatten gemeinsam die Scheidung beantragen können. In der Praxis ist jedoch dies nicht möglich, weil die Scheidung nicht eine Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist. Auch wenn die Ehegatten mit Scheidung einverstanden sind, muss ein von denen die Klage erheben und die andere sie zustimmen. In diesem Fall werden die Prozesskosten auf den beklagten Ehegatten auferlegt²², obwohl sie auch die Klage hätte erheben

²¹ 2. HD 27.12.2012 T. 2012/12079 E./2012/32071 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Nach einer anderen Entscheidung darf das Gericht die Prozesskosten nicht nach der Verschuldung der Parteien verteilen (2. HD 07.03.2007 T. 16648 E./3457 K (GENÇCAN, ÖMER UĞUR, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2008, s. 1566).

²² In diesem Fall können die Parteien auch über die Prozesskosten eine Vereinbarung treffen (TANRIVER, SÜHA, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, C. 46, S. 1-2 s. 342, 344, Fn. 42).

können. Das gleiche gilt, wenn ein Ehegatte die Klage erhebt und die andere zustimmt.

Klagt ein Ehegatte die Scheidung, der andere wiederklagt und entscheidet das Gericht für die Scheidung, sind die beiden Parteien auf die Kosten der Anderen zu entschädigen. Nach der Entscheidung des Kassationsgerichts darf das Gericht auch in diesem Fall nicht entscheiden, die Kosten zwischen den Parteien aufzuheben²³.

Außerdem wird im türkischen Recht die Anwendung von Art. 326, II HMK, wonach das Gericht die Prozesskosten anderweitig zu verteilen hat, wenn beide Parteien teilweise Obsiegen oder Unterliegen sind; im Scheidungsverfahren in der Regel mit dem Hinweis abgelehnt, dass im Scheidungsverfahren das Teilobsiegen- und unterliegen nicht möglich sei. Deshalb seien auch hier abhängig vom Ergebnis der Klage die Kosten vollständig entweder dem Kläger oder dem Beklagten aufzuerlegen²⁴.

Bei Abweisung und Zurücknahme der Scheidungsklage hat der Kläger sämtliche Kosten zu tragen.

Schließlich sind die Bestimmungen des HMK hinsichtlich der Prozesskosten nicht zwingend²⁵. Deshalb können die Parteien durch eine Vereinbarung von den gesetzlichen Regelungen abweichen.

E. FAZIT

Vielfach ist die Einreichung des Scheidungsantrags eines Ehegatten in der zeitlichen Reihenfolge oft von Zufällen abhängig. Besonders bei der einverständlichen Scheidung hätte wie der Kläger auch der unterliegende Beklagte die Scheidung mit Erfolg durchsetzen können. Es ist deshalb nicht sachgerecht den allgemeinen Grundsatz über die Kostenverteilung, nach dem die unterliegende Partei die Prozesskosten zu tragen hat, auch in den Scheidungssachen ohne weiteres anzuwenden.

²³ 2. HD 16.4.2013 T., E. 2012/25558 K. 2013/10762 (Kazancı İçtihat Bankası); Siehe auch, 2 HD 26.2.1971, in: RKD 1971/6-7, 203; KURU-USUL-V s. 5335 Fn. 141).

²⁴ HGK 1.4.1972, in: İKİD 1972/141, 1460; 2. HD 29.4.1971, in: RKD 1971/8, 326; KURU, BAKI, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, İstanbul 2001, Cilt V, s. 5334.

²⁵ ÜSTÜNDAĞ, SAİM, Medeni Yargılama Hukuku C. I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7 Baskı, İstanbul 2000, s. 774, 15 HD 12.9.1979, in: ÜSTÜNDAĞ s. 418, Fn. 4; TANRIVER s. 344 Fn. 32.

Aus diesen Gründen sind im deutschen und schweizerischen Recht die besonderen Ausnahmen hinsichtlich der Prozesskosten des Scheidungsverfahrens vorgesehen. Dagegen fehlt es im türkischen Recht, wie in der alten auch in der neuen Zivilprozessordnung. Als *lege feranda* soll jedoch im türkischen Recht, wie im deutschen und schweizerischen Recht, die Sonderregelungen über die Prozesskostentragung im Scheidungsverfahren und in den Folgesachen im Gesetz vorgesehen werden. Bis dahin bin ich in der Meinung gemäß Art. 326 II HMK kann der Richter besonders beim einverständlichen Scheidungsverfahren die Kosten aufheben oder anderweitig verteilen. Dabei hat das Gericht das Verschulden, die finanzielle Leistungsfähigkeit der Parteien sowie das Interesse an der Auflösung der Ehe zu berücksichtigen.

HAVAYOLU TAŞIMACILIĞINDA YOLCU BİLETİ VE BAGAJ KUPONU

Arş. Gör. Sinan Sami AKKURT*

ÖZET

Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK.).m.107/ f.1, sivil havayolu ile iç hat (ulusal) yolcu taşıma sözleşmesinde taşıyıcının, yolcuya belirli kayıtları içeren ve uluslararası standartlara uygun bir bilet vermekle yükümlü olduğunu öngörmekte; uluslararası taşımalar bağlamında ise 1929 tarihli Varşova Konvansiyonu (VK.), 1955 tarihli Lahey Protokolü (LP.) ve bunlara ilişkin Ek ve Tadil metinleri (Varşova/ Lahey Sistemi) ile 1999 tarihli Montreal Konvansiyonu (MK.), taşıyıcıya aynı yönde yükümlülükler ihdas etmektedir (VK.m.3/ f.1; MK.m.3/ f.1). Gerek ulusal gerekse uluslararası sivil havacılık mevzuatının ihdas etmiş olduğu bu düzenlemeler yolcu bakımından hak niteliğinde olup, yolcu bu hakkı talep etmese dahi, taşıyıcı tarafından anılan hakkın yerine getirilmesi onun açısından bir yükümlülük arz etmektedir. Bu çalışmada, öncelikle yolcu bileti ve bagaj kuponu kavramları, hukukî nitelikleri göz önünde bulundurularak incelenecek; anılan taşıma belgelerinin içermesi gereken kayıtlar belirtilecektir. Sonuç kısmında ise, taşıma belgelerinin hiç veya gereği gibi düzenlenmemesinin hava taşıyıcısının sorumluluğuna etkisi değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Havayolu taşımacılığı, yolcu bileti, bagaj kuponu, taşıma belgeleri, sorumluluk

PASSENGER TICKET AND LUGGAGE COUPON AT AIR TRANSPORTATION

ABSTRACT

For in-line flights, Turkish Civil Aviation Code (TSHK.).art.107; for outside-line flights, 1929 Warsaw Convention (VK.), it's amendments

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

and addendums (Warsaw/ The Hague System) and 1999 Montreal Convention (MK.) includes the rules relating to "documents of Carriage; luggage and passenger ticket" (VK.art.3; MK.art.3). The rules about luggage and passenger ticket develops rights for passengers and creates liability of air carriers. This article includes the legal rights of passengers and the liability of commercial air carriers relating to passenger ticket and luggage coupon.

Keywords: Aviation, passenger ticket, luggage ticket, documents of carriage, liability

I- HAVAYOLU TAŞIMACILIĞINDA YOLCU BİLETİ

A) GENEL OLARAK

Sivil havayolu ile ulusal (iç hat) yolcu taşımacılığı bakımından TSHK.'nda, uluslararası (dış hat) yolcu taşımacılığı bakımından ise Varşova/ Lahey metinlerinde ve 1999 Montreal Konvansiyonunda, taşıma konusu yolcu için taşıyıcı tarafından "yolcu bileti – passenger ticket" düzenlenmesi gerektiği öngörülmektedir (TSHK.m.107; VK.m.3; MK.m.3). Anılan düzenlemeler, yolcu biletinin belirli kayıtları ihtiva etme gerekliliğini düzenlemekte ¹ fakat birbirleri karşısında tümüyle yeknesaklık arz etmemektedirler. Bu nedenle yolcu biletinin, öncelikle hukukî niteliğine değindikten sonra, ulusal taşımalara ilişkin düzenlemeleri ile uluslararası taşımalara ilişkin düzenlemelerini ayrı ayrı incelemek yerinde olur.

¹ 1971 Guatemala City Protokolü ile 4 Numaralı Montreal Ek Protokolünde, yolcu bileti gibi hava taşıma belgelerinde bulunması gereken kayıtların bilgisayar ile tutulmasının mümkün olduğu hâllerde bu belgelerin tanzim edilmesine gerek görülmediği ifade edilmektedir. Konu hakkında bkz., **Kırman**, Ahmet, Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1990, s. 150. 1999 Montreal Konvansiyonunun 3. maddesinin 2. fıkrasında da anılan kayıtları içeren herhangi bir farklı yöntemin, yolcu biletinin teslimi yerine geçebileceği hükme bağlanmıştır. Fakat taşıyıcı bu tür farklı belgeler kullanılıyorsa taşıyıcı, dâhil edilen bilginin yazılı bir dökümünü yolcuya teslim etmek zorundadır.

B) HAVA YOLCU BİLETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Doktrindeki genel kabul uyarınca yolcu bileti, yolcu taşıma sözleşmesi hakkında bir ispat vasıtası olarak nitelendirilmekte olup, anılan belgenin kıymetli evrak niteliğinde değil fakat taşıyıcı vasıtasıyla taşınmak için mezuniyet sağlayan bir yetki belgesi olarak kabul edildiği görülmektedir².

Gerçekten de (ispat vasıtası olarak) yolcu biletinin tanzim edilmemiş olması, sivil havayolu ile yolcu taşıma sözleşmesinin varlığına ve geçerliliğine etki etmez³. Bu husus TSHK.m.107/ f.2, c.1’de, “*Taşıyıcı, yolcuyu biletsiz... kabul etmiş ise, taşıma sözleşmesinin varlığı veya geçerliliği etkilenmez...*” denilmek suretiyle açıkça ifade edilmiştir. Aynı husus 1955 tarihli Lahey Protokolü (LP.) ile değişik Varşova Konvansiyonu m.3/ f.2, c.2’de, “*Yolcu biletinin yokluğu, usulüne uygun olmaması veya kaybı, taşıma anlaşmasının varlığını veya geçerliliğini*

² Aynı yönde bkz., **Ülgen**, Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, İstanbul 1987, s. 133, 134; **Kaner**, İnci D., Hava Hukuku (Hususi Kısım), 2. Baskı, İstanbul 2004, s. 58; **Zeyneloğlu**, Ahmet, Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara 1980, s. 96; **Tüzün**, Necati, Kara ve Hava Taşıma Hukuku, Ankara 1981, s. 20; **Arkan**, Sabih, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 1982, s. 19; **Yeşilova**, Ecehan, CMR – Taşıma Senedinin İspat Kuvveti, DEÜHFD., C. 7, S. 1, 2005, s. 241, 242; **Tüzüner**, Özlem, Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi, TBBD., S. 101, 2012, s. 178, 179.

³ 11.HD. 09.06.1995, E. 1995/3835 K. 1995/4830, “Konunun yasal düzenlemesinin yapıldığı Türk Sivil Havacılık Kanununun (TSHK) 107. maddesi hükmü uyarınca, yolcu taşıma sözleşmesinde, taşıyıcının yolcuya aynı maddede belirtilen unsurları içeren bir bilet düzenleyerek vermekle yükümlü olduğu kabul edilmişse de, biletin verilmemiş olması halinde dahi taşıma sözleşmesinin geçerli olacağı aynı maddenin 2. fıkrasında hükme bağlanmıştır. Diğer bir deyişle, taşıma sözleşmesinin düzenlenmesi yasa da bir geçerlilik şekline tabi tutulmamıştır. Taşıma işinin fiilen gerçekleştiği sabit bulunduğu göre, davacı taşıyıcı tarafından düzenlenen taşıma sözleşmesinin davalı İdareyi temsil yetkisini haiz bir kimse tarafından imzalanmamış olması da sözleşmenin geçersizliğini gerektirmez. Kaldı ki davalı tarafın böyle bir davranışı MK.nun 2. maddesinde ifadesini bulan iyiniyet kuralları açısından da yasal dayanaktan yoksun bulunmaktadır.” (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

etkilemeyecektir...⁴ şeklinde ifade bulmuş, 1999 Montreal Konvansiyonu da aynı yöndeki düzenlemeyi, yolcu taşıma belgelerinin tanzimine ilişkin “*Yolcular ve Bagaj – Passengers and Baggage*” başlıklı 3.maddesinin 5.fikrasında, “*Yukarıda verilen paragraflardaki hükümlere riayet etmeme...taşıma kontratının varlığını ya da geçerliliğini etkilemeyecektir.*”⁵ diyerek muhafaza etmiştir. Bu yönüyle yolcu bileti, taşıma sözleşmesi bakımından kurucu bir unsur olmayıp, anılan sözleşmenin ispatına ilişkin bir vasıta olarak nitelendirilmekte fakat biletin ispat gücünün mutlak olmadığı, taşıma sözleşmesinin varlığı yönünde aksi ispat edilebilir (adi) bir karine meydana getirdiği ifade edilmektedir⁶. Nitekim 1955 Lahey Protokolü ile değişik Varşova Konvansiyonunun 3.maddesinin 2.fikrasının 1.cümlesinde yolcu biletinin ispat vasıtası niteliğinde bulunduğu, “*Yolcu bileti, taşıma anlaşmasının yapıldığı ve şartları hususunda, aksi sabit oluncaya kadar geçerli delil sayılacaktır.*” denilmek suretiyle açıklanmıştır⁷.

Öte yandan yolcu biletinin kaybolması yahut çalınması da, yolcunun taşınmaya ilişkin talebini taşıyıcıya karşı ileri sürmesine engel teşkil etmemelidir. Zira anılan talebin kaynağını yolcu bileti değil taşıma sözleşmesi oluşturduğundan, biletini kaybeden yahut çaldırılan yolcunun, anılan sözleşme ilişkisini başka suretle ispat etmesi hâlinde, taşıyıcı tarafından bu talebinin yerine getirilmesi gerekir. Ancak taşıyıcının,

⁴ Maddenin İngilizce metni, “The absence, irregularity or loss of the passenger ticket does not affect the existence or the validity of the contract of carriage...” şeklindedir.

⁵ Maddenin İngilizce metni, “Non – compliance with the provisions of the foregoing paragraphs shall not affect the existence or the validity of the contract of carriage,...” şeklindedir.

⁶ **Öztürk**, Yaşar, Hava Hukuku, I, Samsun 2010, s. 239; **Ülgen**, s. 133 – 134.

⁷ 1999 Montreal Konvansiyonunda her ne kadar yolcu biletinin ispat kuvvetine ilişkin özel bir hüküm ihdas edilmemişse de anılan Konvansiyonun, yine hava taşıma belgelerinden olan “hava sevk fişi veya kargo makbuzu”nun tanzimine ilişkin dokümantasyonun ispat kuvveti hakkında, “Hava sevk fişi ya da kargo makbuzu kontratın tamamlandığına, kargonun kabul edildiğine ve bu çerçevede belirlenen koşulların kabul edildiğine dair kesin olmayan karine teşkil eder.” denilmektedir (m.11/ f.1).

yolcu biletinin yarattığı karineyi çürüterek, hırsızın ileri sürdüğü ifa talebini yerine getirmekten kaçınması mümkündür ⁸.

Türk hukukunda kıymetli evrak tahdidî olarak (*numerus clausus*) sayıldığı ve bunlar arasında yolcu bileti yer almadığı için, anılan belgenin kıymetli evrak olarak kabul edilemeyeceği, aynı durumun, biletin tedavül fonksiyonu olmaması sebebiyle uluslararası metinler bağlamında da geçerli olduğu ve bu yönüyle yolcu biletinin bir yetki belgesi olarak nitelendirilmesi gerektiği de kabuller arasında yer almaktadır ⁹.

C) ULUSAL (İÇ HAT) YOLCU TAŞIMACILIĞINDA YOLCU BİLETİ

Ulusal (iç hat) yolcu taşımalarında taşıyıcı, belirli kayıtları içeren bir yolcu bileti tanzim ederek bunu yolcuya teslim etmekle yükümlü kılınmıştır. Bu yükümlülük TSHK.m.107/ f.1, c.1'de, “*Yolcu taşıma sözleşmesinde, taşıyıcı, yolcuya...uluslararası standartlara uygun olan bir bilet vermekle yükümlüdür...*” şeklinde ifade edilmektedir.

Taşıyıcı tarafından yolcu taşımacılığı hakkında tanzim edilecek olan bu bilete yer alması gereken kayıtlar ise;

- * *Taşıyıcının adı veya ticaret ünvanı ve adresi,*
- * *Yolcunun adı ve soyadı,*
- * *Biletin numarası ile düzenlendiği gün ve yer,*
- * *Taşıma ücreti veya bilet ücretsiz verilmişse buna dair kayıt,*
- * *Kalkış, varış ve varsa aktarma yerleri,*

* *Taşımanın, TSHK.'nda gösterilen sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere bağlı olduğu hususundan müteşekkildir (TSHK.m.107/ f.1, (a), (b), (c), (d), (e), (f)).*

Yolcu biletinde bu kayıtlardan biri yahut bir kaçının eksik olması, tıpkı biletin hiç düzenlenmemesi durumunda olduğu gibi, yolcu taşıma sözleşmesinin varlığına ve geçerliliğine etki etmemektedir. Zira TSHK.m.107/ f.2, c.1, “*Taşıyıcı, yolcuyu biletsiz veya yukarıda yazılı kayıtları içeren bir bilet vermeden kabul etmiş ise, taşıma sözleşmesinin*

⁸ Aynı yönde bkz., **Ruhwedel**, Der Luftbeförderungsvertrag, Frankfurt am Main 1985, s. 71; **Ülgen**, s. 136; **Öztürk**, s. 240.

⁹ **Ülgen**, s. 134.

varlığı veya geçerliliği etkilenmez...” diyerek keyfiyeti açıkça ifade etmiştir. Fakat biletin hiç tanzim edilmemiş olması veya tanzim edilmekle birlikte yukarıdaki kayıtları içermemesi durumunda taşıyıcının, TSHK.’nda düzenlenen sınırlı sorumluluk veya sorumsuzluk imkânlarından (sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran TSHK. hükümlerinden) yararlanması mümkün olmayacaktır (TSHK.m.107/ f.2, c.2) ¹⁰.

D) ULUSLARARASI (DIŞ HAT) YOLCU TAŞIMACILIĞINDA YOLCU BİLETİ

Uluslararası (dış hat) yolcu taşımacılığında yolcu bileti, “1955 Lahey Protokolü ile değişik Varşova Konvansiyonu” ve “1999 Montreal Konvansiyonu”nun 3.maddelerinde düzenlenmiştir.

1955 Lahey Protokolü ile değişik Varşova Konvansiyonu taşıyıcıya, uluslararası yolcu taşımalarında yolcu bileti tanzim ederek bunu yolcuya teslim etme yükümlülüğü getirmekte (m.3/ f.1, c.1), anılan bilete yer alması gereken hususları (kayıtları) ise şu şekilde tespit etmektedir:

* *Hareket ve varış yerlerini gösteren bir bilgi,*

* *Bir veya birden fazla kararlaştırılmış duraklama yeri başka bir devletin ülkesinde olmak üzere, hareket ve varış yerleri bir tek âkit (yüksek sözleşen) taraf ülkesi içinde ise, bu duraklama yerlerinden en az birini gösteren bir bilgi,*

* *Eğer yolcunun seyahatinin son varış yeri veya durak yeri, hareket ettiği ülkeden başka bir ülke içinde ise, Varşova Konvansiyonunun uygulanabileceğini ve Konvansiyonun, ölüm veya bedensel zarar ile bagajın kaybı veya hasarı bakımından taşıyıcının sorumluluğunu düzenlediğini ve birçok hâlde sınırladığını belirten bir not (m.3/ f.1, (a), (b), (c) ¹¹) ¹².*

¹⁰ Buna karşılık taşıyıcının TSHK.m.107/ f.1, c.1’de bahsi geçen “uluslararası standartlara uygun olan bilet verme yükümlülüğü”ne uymamış olması, başka bir deyişle tanzim edilen biletin uluslararası standartlara uygun olmaması, taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına yol açmaz. Aynı yönde bkz., **Ülgen**, s. 131.

¹¹ Maddenin İngilizce metni, “1. In respect of the carriage of passengers a ticket shall be delivered containing: (a) an indication of the places of departure and

04.11.2003 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye bakımından 26.03.2011 tarihinde yürürlük kazanarak âkit devletler bakımından Varşova Konvansiyonu ile tüm Ek ve Tadillerini ilga eden 1999 Montreal Konvansiyonunun 3.maddesinin 1.fikrasının 1.cümlesi de yolcuların taşınması açısından münferit yahut müşterek bir taşıma belgesi verileceğini hükme bağlamış ve anılan belgenin içermesi gereken kayıtları şu şekilde öngörmüştür:

* *Kalkış ve varış yerlerinin bildirimi,*

* *Eğer kalkış ve varış yerleri tek bir devletin sınırları dâhilinde ise, bir ya da daha fazla anlaşmalı duruş yeri başka bir devletin sınırları kapsamında olduğunda bu tür durulacak yerlerden en az birinin bildirimi (m.3/ f.1, (a), (b) ¹³).*

Konvansiyon, 3.maddenin 4.fikrasında ayrıca, “*Geçerli olduğu yerlerde, bu Sözleşmenin; ölüm ya da yaralanma bakımından ve bagajın tahrip olması ya da bagajın kaybı veya bagaja hasar gelmesi ve de gecikmeler açısından taşıyıcının sorumluluklarını hükme bağladığı ve bu sorumlulukları sınırlayabileceği hususunda yolcuya yazılı bir bildirim*

destination; (b) if the places of departure and destination are within the territory of a single High Contracting Party, one or more agreed stopping places being within the territory of another State, an indication of at least one such stopping place; (c) a notice to the effect that, if the passenger's journey involves an ultimate destination or stop in a country other than the country of departure, the Warsaw Convention may be applicable and that the Convention governs and in most cases limits the liability of carriers for death or personal injury and in respect of loss of or damage to baggage.” şeklindedir.

¹² 1999 Montreal Konvansiyonunun Türkiye bakımından yürürlük tarihi olan 26.03.2011'den önceki olaylar hakkında hâla uygulanma kabiliyetleri bulunduğu için, Varşova Konvansiyonu düzenlemelerine de değinilmiştir.

¹³ Maddenin İngilizce metni, “1. In respect of carriage of passengers, an individual or collective document of carriage shall be delivered containing: (a) an indication of the places of departure and destination; (b) if the places of departure and destination are within the territory of a single State Party, one or more agreed stopping places being within the territory of another State, an indication of at least one such stopping place.” şeklindedir.

verilmelidir ¹⁴” demekle, taşıyıcıya böyle bir yazılı kayıt tanzim ederek yolcuya teslim etme yükümlülüğü de getirmiş bulunmaktadır.

Gerek Varşova Konvansiyonu gerekse 1999 Montreal Konvansiyonu hükümleri uyarınca, yolcu biletinin şeklinin yahut dış görünüşünün önem arz etmediği, bu bakımdan yolcuya gönderilen bir mektup yahut yazıcıdan çıktısının alınması mümkün kılınan bir elektronik sayfanın dahi bilet niteliğinde olacağı kabul edilmektedir ¹⁵. Nitekim 1999 Montreal Konvansiyonu, öngörülen kayıtları içeren herhangi farklı bir yöntemin, yolcu biletinin teslimi yerine geçebileceğini fakat bu tür bir yöntem kullanılıyorsa bile kayıtların yazılı bir dökümünün yolcuya teslim edilmesi gerektiğini öngörmektedir (m.3/ f.2). Burada önem arz eden husus anılan belgenin, taşıma ilişkisinin varlığını yansıtmaması ve Konvansiyonların gerekli kıldığı kayıtları ihtiva etmesi olup ¹⁶, gerekli kılınan kayıtları ihtiva etmeyen bir belgenin, Konvansiyonlar anlamında bilet niteliğinde değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir ¹⁷.

II- HAVAYOLU TAŞIMACILIĞINDA BAGAJ KUPONU

A) HAVA BAGAJ KUPONU KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Sivil havayolu ile gerçekleştirilen yolcu taşımacılığı faaliyetleri anlamında “bagaj kuponu – *luggage ticket* ¹⁸”, taşıyıcının, yolcu

¹⁴ Maddenin İngilizce metni, “The passenger shall be given written notice to the effect that where this Convention is applicable it governs and may limit the liability of carriers in respect of death or injury and for destruction or loss of, or damage to, baggage, and for delay.” şeklindedir.

¹⁵ TSHK.’nin yolcu biletine ilişkin düzenlemesinin, Uluslararası Konvansiyonlardaki bu esnek yapıya göre oldukça katı olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz., **Ülgen**, s. 131; **Öztürk**, s. 239.

¹⁶ **Ruhwedel**, s. 70; **Öztürk**, s. 239; **Ülgen**, s. 131.

¹⁷ Bu yönde bkz., **Kırman**, s. 148.

¹⁸ Bagaj kuponu kavramı doktrinde, “bagaj senedi”, “bagaj bülteni”, “bagaj fişi”, “bagaj tanımlama etiketi” gibi tabirlerle de ifade edilmektedir. Çeşitli kullanımlar için bkz., **Göknil**, M. Nedim, Hava Hukuku, İstanbul 1951, s. 189; **Öztürk**, s. 240; **Ülgen**, s. 138. Öte yandan 1929 tarihli Varşova Konvansiyonunda “luggage ticket” tabiriyle ifade edilen bu kavram (m.4), 1955 tarihli Lahey Protokolünde “baggage check” (m.4), 1999 Montreal

tarafından kendisine teslim edilen her parça bagaj hakkında düzenleyerek yolcuya ibraz ettiği, kanun tarafından öngörülen belirli kayıtları içeren bir belgedir. Nitekim TSHK.m.109/ f.1, “*Taşıyıcıya teslim edilen her bir parça bagaj için, yolcuya...bir bagaj kuponu verilir.*” demekle, hem anılan kavramı tanımlamış hem de kabin (el) bagajlarını kapsam dışında tutarak, sadece taşıyıcıya teslim edilen, kayıtlı (tescil edilmiş – *registered*) bagajlar hakkında bagaj kuponu düzenlemesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Aynı esas, uluslararası yolcu taşımacılığında yararlanan yolcuların bagajları bakımından da geçerlidir. Nitekim 1955 tarihli Lahey Protokolüyle değişik Varşova Konvansiyonunun 4.maddesinin 1.fikrasının 1.cümlesinde, “*Kayıtlı bagajın taşınmasında bir bagaj senedi verilecektir...*”¹⁹ şeklinde, 1999 Montreal Konvansiyonunun 3.maddesinin 3.fikrasında ise, “*Taşıyıcı, kontrol edilmiş her parça bagaj için yolcuya bir bagaj tanımlama etiketi verecektir.*”²⁰ şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla uluslararası taşımalarda da bagaj kuponu, sadece kayıtlı bagajlar hakkında tanzim edilmektedir²¹.

TSHK.m.109/ f.3, “*Bagaj kuponu...bagajın ibraz edene teslim edileceği kaydını içerir.*” demektedir. Her ne kadar bu hüküm, bagaj kuponunun kıymetli evrak niteliğinde bulunup bulunmadığı yönünde tartışmalara yol açmaya açık olsa da doktrinde, anılan hükmün, hakkın ileri sürülmesini senedin ibrazına bağlı kılmadığını, bu hükmün, yolcu bakımından bagaj kuponunu teslim şartı, taşıyıcı bakımından ise yolcunun iade talebine mezuniyeti bulunup bulunmadığını araştırma

Konvansiyonunda ise “*baggage identification tag*” olarak adlandırılmıştır (m.3/ f.3).

¹⁹ Maddenin İngilizce metni, “*In respect of the carriage of registered baggage, a baggage check shall be delivered...*” şeklindedir.

²⁰ Maddenin İngilizce metni, “*The carrier shall deliver to the passenger a baggage identification tag for each piece of checked baggage.*” şeklindedir.

²¹ Uygulamada kabin (el) bagajı için tanzim edilen fiş veya kupon, TSHK. ve Konvansiyonlar anlamında bagaj kuponu olarak nitelendirilmemekte, bunun sadece yolcu beraberinde kabine alınacak eşyanın ağırlığının, hacminin, cinsinin ve sayısının taşıyıcı tarafından kontrolünün sağlanması amacına yönelik teknik bir belge niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Aynı yönde bkz., **Öztürk**, s. 243.

yetkisi getirdiğini ve dolayısıyla bagaj kuponunun, zaten tahdidî olarak sayılması gereken kıymetli evrak arasında nitelendirilemeyeceği kabul edilmekte ve böylece bagaj kuponu bir ispat vasıtası olarak değerlendirilmektedir²². Nitekim TSHK.m.109/ f.2, c.1, “*Taşıyıcı; bagajı kuponsuz veya yukarda yazılı kayıtları içeren bir kupon vermeden kabul etmiş ise; taşıma sözleşmesinin varlığı veya geçerliği etkilenmez...*” demekle, bagaj kuponunun, taşıma sözleşmesinin kurucu unsurları arasında yer almadığını açıkça öngörmüş bulunmaktadır. Aynı esas 1999 Montreal Konvansiyonu m.3/ f.5’te de yer almaktadır. Bu yönüyle bagaj kuponunun, aynı yolcu biletinde olduğu gibi, yetki belgesi işlevi olan bir ispat vasıtası olarak nitelendirilmesi mümkündür. TSHK.m.109/ f.2, c.1 hükmü ayrıca, taşıyıcının bagaj kuponu düzenleme yükümlülüğü altında olmadığını ifade etmektedir²³. Ancak taşıyıcının bagaj kuponu düzenlememesi hâlinde onun, TSHK.’nun sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran hükümlerinden yararlanması mümkün olmaz (TSHK.m.109/ f.2, c.2). Aynı esas 1955 Lahey Protokolüyle değişik Varşova Konvansiyonuna tabi olan uluslararası taşımalar bakımından da geçerlidir (LP.m.4/ f.4). 1999 Montreal Konvansiyonu ise, taşıyıcının bagaj kuponu düzenlememiş olduğu hâllerde dâhi sınırlı sorumluluktan yararlanabileceğini hükme bağlayarak (m.3/ f. 5), onun bagaj kuponu düzenleme yönündeki durumunu daha da esnek kılmıştır.

B) ULUSAL (İÇ HAT) YOLCU TAŞIMACILIĞINDA BAGAJ KUPONU

Sivil havayolu ile ulusal (iç hat) yolcu taşımacılığı bağlamında bagaj kuponu, TSHK.’nun 109.maddesinde düzenlenmektedir. Ulusal hava taşımaları hakkında, yolcular tarafından kendisine teslim edilen her bir parça için taşıyıcı tarafından düzenlenecek olan bagaj kuponunda (m.109/ f.1, c.1) bulunması gereken kayıtlar, anılan maddenin 1.fikrasının 2.cümlesinde şu şekilde sayılmıştır:

* *Taşıyıcının adı veya ticaret unvanı ve adresi,*

²² Aynı yönde bkz., **Ülgen**, s. 138 vd.; **Kaner**, s. 60; **Schleicher / Reymann / Abraham**, Das Recht der Luftfahrt, Kommentar und Quellensammlung, Erster Band: Allegemeine Einleitung und Internationales Luftrecht, Dritte Auflage, Kölne – Berlin, 1960, s. 307; **Ruhwedel**, s. 74.

²³ **Ülgen**, (Kitap), s. 138.

- * *Yolcunun adı ve soyadı veya yolcu biletinin tarih ve numarası,*
- * *Bagaj kuponunun tarih ve numarası,*
- * *Bagajın ağırlığı,*
- * *Teslim yeri,*
- * *Yolcu tarafından özel olarak beyan edildiği takdirde, bagajın içeriği ve değeri,*
- * *Taşımanın bu Kanunda (TSHK.'nda) gösterilen sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere bağlı olduğu (m.109/ f.1, c.2, (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g)).*

TSHK.m.109/ f.3'te, ulusal taşımalar bağlamında bagaj kuponunun, biri yolcuda kalmak diğeri bagaja takılmak üzere iki nüsha olarak düzenleneceği öngörülmüştür. Yukarıda anılan kayıtlar saklı kalmak şartı ile taşıyıcının, bagaj kuponunda bulunması gereken bilgilerden, yolcu biletinde zaten mevcut olanları bagaj kuponuna yazmaması veya biletle birleştirmek kaydıyla sadece bir "bagaj teşhis kuponu" verebilmesi mümkündür (TSHK.m.109/ f.4). "*Taşıyıcı; bagajı kuponsuz veya yukarda (f.1'de) yazılı kayıtları içeren bir kupon vermeden kabul etmiş ise; taşıma sözleşmesinin varlığı veya geçerliği etkilenmez; ancak taşıyıcı bu Kanunun sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan hükümlerinden yararlanamaz.*" (TSHK.m.109/ f.2).

TSHK.m.109/ f.3 ayrıca, "*Bagaj kuponu...bagajın ibraz edene teslim edileceği kaydını içerir.*" demekle, bagaj kuponunda bulunması gereken kayıtlara bir diğeri ve ayrıca taşıyıcı yönünden "ibraz edildiğinde teslim" yükümlülüğünü getirmektedir²⁴. Ancak taşıyıcıların, genellikle bagajı teslim etmek için bagaj kuponunun ibrazını talep veya tetkik etmedikleri görülmektedir. Bilindiği üzere bagaj çoğu zaman, yolcu tarafından havaalanının bagaj teslim salonundaki "hareketli bagaj bandı" üzerinden ve kendiliğinden, hiçbir kontrole tabi olunmaksızın teslim alınmaktadır²⁵. Bu suretle bagajın gerek iyi niyetli gerekse kötü niyetli diğeri kişiler tarafından alınması hâlinde taşıyıcının, bagaj

²⁴ Bu hükmün taşıyıcıya sadece yetki bahşettiği, onun bu hüküm gereğince, yolcunun bagajı talebe mezuniyetinin bulunup bulunmadığını araştırma hakkına sahip olacağı yönünde bkz., karş., **Ülgen**, s. 139.

²⁵ Konu hakkında ayrıca bkz., **Öztürk**, s. 242.

kuponunu ibraz eden yolcuya karşı, bagajın kaybindan ötürü sorumlu olmaya devam edeceği aşikârdır ²⁶. Anılan yollarla bagaj kaybının önüne geçilmesi bakımından taşıyıcıların, en azından bagaj bandı çevresinde TSHK.m.109/ f.3 hükmünün uygulanmasını sağlayan denetçiler bulundurması, sorumluluğa ilişkin taleplerin ve bagaj kayıplarının önüne geçilmesi bakımından isabetli olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki TSHK.m.109/ f.3'te öngörülen bu kaydın (ibraz kaydının) bagaj kuponunda yer almaması, m.109/ f.2 anlamında taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına yol açmaz (TSHK.m.109/ f.2, f.4).

C) ULUSLARARASI (DIŞ HAT) YOLCU TAŞIMACILIĞINDA BAGAJ KUPONU

Varşova/ Lahey sistemi uyarınca bagaj kuponu (*baggage check*), kayıtlı bagajın taşınmasında ayrı bir belge olarak tanzim edilebileceği gibi, yolcu biletinin içinde veya biletle birleştirilmiş şekilde düzenlenebilmektedir ²⁷ (LP.m.IV; VK.m.4). 1955 Lahey Protokolüyle değişik Varşova Konvansiyonunun 4.maddesi uyarınca bagaj kuponu, yolcu biletinin içinde veya onunla birleştirilmiş olmadıkça şu kayıtları içerecektir:

* *Hareket ve varış yerlerini gösteren bir bilgi,*

* *Bir veya birden fazla kararlaştırılmış duraklama yeri başka bir devletin ülkesinde olmak üzere, hareket ve varış yerleri bir tek âkit*

²⁶ 11.HD. 12.11.2001, E. 2001/5985 K. 2001/8861, "Davacı, davalı O... Air Taşımacılık A.Ş. tarafından taşınırken kaybolan bagaj nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın tazminini istemiştir. Davacının bagajı, Hac seyahatinden dönüşü sırasında kaybolmuştur. Seyahatin özelliği dikkate alındığında, bagaj kaybı nedeniyle davacı, getirdiği hediyeleri yakın akraba ve tanıdıklarına armağan edememiş olup, davalı taşıyıcının akde aykırı davranışı sonucu davacının koşulları oluşan BK.nun 49. maddesine göre manevi tazminata hak kazandığının kabulü gerekir. Bu itibarla mahkemece, davacı lehine makul miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, davacının bu isteminin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.", (Kazancı Bilişim – İçtihat Bilgi Bankası).

²⁷ Bagaj kuponunun yolcu bileti ile birleştirildiği hâllerde yolcuya bagaj fişi verilir. Bkz., **Ülgen**, s. 138.

(yüksek sözleşen) taraf ülkesi içinde ise, bu duraklama yerlerinden en az birini gösteren bir bilgi,

* Taşımanın bitiş yeri veya duraklama yeri, başladığı ülkeden başka bir ülke içinde ise, Varşova Sözleşmesinin uygulanabileceğini ve Sözleşmenin, bagajın kaybı veya hasarı bakımından taşıyıcının sorumluluğunu düzenlediğini ve birçok hallerde sınırladığını belirten bir not. (LP.m.IV; VK.m.4/ f.1, (a), (b), (c) ²⁸).

Varşova/ Lahey sistemi anlamında bagaj kuponu, bagajın kaydedildiği ve taşıma sözleşmesinin şartları hususunda aksi sabit oluncaya kadar geçerli delil sayılmaktadır. Bu yönüyle bagaj kuponu, taşıma sözleşmesinin varlığı hususunda adi bir karine meydana getirir (VK.m.4/ f.2, c.1 ²⁹).

Bagaj kuponunun yokluğu, usulüne uygun olmaması veya kaybı, taşıma sözleşmesinin varlığına veya geçerliliğine etki etmemektedir. Ancak taşıyıcı, sorumluluğu altına aldığı kayıtlı bagaj hakkında, bagaj kuponu yolcu biletinin içinde yer almaksızın yahut onunla birleştirilmeksizin, yukarıda anılan sınırlı sorumluluk kaydını (m.4/ f.1, (c) bendinde yer alan kaydı) ihtiva eden münferit bir taşıma kuponu tanzim etmedikçe, Konvansiyonun sınırlı sorumluluğa ilişkin hükümlerinden yararlanamaz (VK.m.4/ f.2, c.2 ³⁰).

²⁸ Maddenin İngilizce metni, “1. In respect of the carriage of registered baggage, a baggage check shall be delivered, which, unless combined with or incorporated in a passenger ticket which complies with the provisions of Article 3, paragraph 1, shall contain: (a) an indication of the places of departure and destination; (b) if the places of departure and destination are within the territory of a single High Contracting Party, one or more agreed stopping places being within the territory of another State, an indication of at least one such stopping place; (c) a notice to the effect that, if the carriage involves an ultimate destination or stop in a country other than the country of departure, the Warsaw Convention may be applicable and that the Convention governs and in most cases limits the liability of carriers in respect of loss of or damage to baggage.” şeklindedir.

²⁹ Maddenin İngilizce metni, “The baggage check shall constitute prima facie evidence of the registration of the baggage and of the conditions of the contract of carriage...” şeklindedir.

³⁰ Maddenin İngilizce metni, “...The absence, irregularity or loss of the baggage check does not affect the existence or the validity of the contract of carriage which shall, none the less, be subject to the rules of this Convention.

Belirtmek gerekir ki Varşova/ Lahey sisteminde, 4 Numaralı Montreal Ek Protokolünün, 1955 Lahey Protokolüyle Değişik Varşova Konvansiyonunun 34.maddesini tadil eden XIII sayılı hükmü gereğince, bagaj kuponu ve yolcu bileti gibi taşıma belgeleri hakkındaki Konvansiyon hükümleri, bir havacılık işletmesinin, normal (olağan) faaliyeti kapsamında gerçekleştirdiği, olağanüstü şartlarda yapılan taşımalar hakkında uygulama alanı bulmamaktadır³¹.

1999 Montreal Konvansiyonunun, “Yolcular ve Bagaj – *Passengers and Baggage*” başlıklı 3.maddesinin 3.fikrasında, taşıyıcının, kontrol edilmiş (kayıtlı) her parça bagaj için yolcuya bir bagaj tanımlama etiketi (*baggage identification tag*) vereceği düzenlenmiş fakat bu etiketin hangi kayıtları içereceği konusunda ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak Varşova/ Lahey sisteminden farklı olarak, 1999 Montreal Konvansiyonuna tabi olan taşımacılık faaliyetlerinde taşıyıcının, bagaj kuponu tanzim etmemiş olması halinde dahi sınırlı sorumluluğu düzenleyen Konvansiyon hükümlerinden yararlanma imkanı bulunduğundan (m.3/ f.5), herhangi bir kayıt şartının Konvansiyon ile ayrıca düzenlenmesine gerek bulunmadığı ifade edilebilir.

III- SONUÇ

Belirtildiği gibi, TSHK.m.107 uyarınca, “*Yolcu taşıma sözleşmesinde, taşıyıcı, yolcuya aşağıdaki kayıtları içeren ve uluslararası standartlara uygun olan bir bilet vermekle yükümlüdür; a) Taşıyıcının adı veya ticaret unvanı ve adresi, b) Yolcunun adı ve soyadı, c) Biletin numarası ile düzenlendiği gün ve yeri, d) Taşıma ücreti; bilet ücretsiz verilmişse buna dair kayıt, e) Kalkış, varış ve varsa aktarma yerleri, f)*

Nevertheless, if the carrier takes charge of the baggage without a baggage check having been delivered or if the baggage check (unless combined with or incorporated in the passenger ticket which complies with the provisions of Article 3, paragraph 1 (c)) does not include the notice required by paragraph 1 (c) of this Article, he shall not be entitled to avail himself of the provisions of Article 22, paragraph 2.” şeklindedir.

³¹ Varşova Konvansiyonu kapsamında bagaj kuponuna ilişkin düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Flener**, Gillian, Effects of the Amendments to the Baggage Check Provision of the Warsaw Convention - Clearing the Way for More Efficient Check-In Procedures, Transportation Law Journal, Vol.28, Nmb.2, 2000 – 2001, p.295 vd..

Taşımanın bu Kanunda gösterilen sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere bağlı olduğu (f.1). Taşıyıcı, yolcuyu biletsiz veya yukarıda yazılı kayıtları içeren bir bilet vermeden kabul etmiş ise, taşıma sözleşmesinin varlığı veya geçerliliği etkilenmez, ancak taşıyıcı bu Kanunun sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan hükümlerinden yararlanamaz (f.2).”. Dolayısıyla ulusal (TSHK.’na tabi) yolcu taşımalarında yolcuya, taşıyıcı tarafından yukarıdaki kayıtları içeren bir yolcu bileti verilmemesi yahut verilen bilette, anılan kayıtların bir ya da birkaçının eksik olması hâlinde taşıyıcı, meydana gelecek zararlar karşısında TSHK.’nda belirtilen sorumsuzluk veya sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanamayacak; başka bir deyişle yolcunun maruz kaldığı zararlar karşısında sınırsız sorumlu olacaktır. Yine ulusal taşımalarda her parça bagaj için taşıyıcı tarafından tanzim edilmesi zorunlu olan belge ise bagaj kuponu olup, bagajın uğradığı zararlar karşısında taşıyıcının sınırsız sorumlu olmasına (sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkını kaybetmesine) yol açacak durum TSHK.m.109’da düzenlenmiştir³². Buna göre, “*Taşıyıcıya teslim edilen her bir parça bagaj için, yolcuya aşağıdaki kayıtları içeren bir bagaj kuponu verilir; a) Taşıyıcının adı veya ticaret unvanı ve adresi, b) Yolcunun adı ve soyadı veya yolcu biletinin tarih ve numarası, c) Bagaj kuponunun tarih ve numarası, d) Bagajın ağırlığı, e) Teslim yeri, f) Yolcu tarafından özel olarak beyan edildiği takdirde, bagajın içeriği ve değeri, g) Taşımanın bu Kanunda gösterilen sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümlere bağlı olduğu (f.1). Taşıyıcı; bagajı kuponsuz veya yukarıda yazılı kayıtları içeren bir kupon vermeden kabul etmiş ise; taşıma sözleşmesinin varlığı veya geçerliliği etkilenmez; ancak taşıyıcı bu Kanunun sorumluluğu kaldıran veya sınırlayan hükümlerinden yararlanamaz (f.2).*”³³.

³² Uluslararası eşya taşımalarında taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybı konusunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., **Yetiş – Şamlı**, Kübra, Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Taşımalarında Taşıyıcının/ Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul 2008, s. 87 vd..

³³ TSHK.m.109, “Bagaj kuponu biri yolcuda kalmak ve diğeri bagaja takılmak üzere iki nüsha olarak düzenlenir ve bagajın ibraz edene teslim edileceği kaydını içerir (f.3). Birinci ve ikinci fıkraların hükmü saklı kalmak şartı ile, taşıyıcı bagaj kuponuna konulması gereken bilgilerden yolcu biletinde zaten mevcut bilgileri bagaj kuponuna yazmayabilir veya biletle birleştirmek kaydıyla sadece bir bagaj teşhis kuponu verebilir (f.4).”

1929 tarihli Varşova Konvansiyonuna tabi uluslararası taşımalarda, taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkının kaybına (dolayısıyla sınırsız sorumluluğuna) sebebiyet veren, taşıma belgelerine ilişkin düzenlemeler, anılan Konvansiyonun 2. Bölümünde yer almaktadır. Yolcu biletine ilişkin 3. madde uyarınca, “*Yolcuların taşınması için taşıyıcı, aşağıdaki hususların içinde bulunduğu bir yolcu bileti vermek zorunluluğundadır: a) Biletin kesildiği yer ve tarih; b) Hareket yeri ve varış yeri; c) Kararlaştırılan durak yerleri; şu şartla ki, taşıyıcı gerektiğinde, durak yerlerini değiştirmek hakkını saklı tutabilecek fakat bu hakkını kullanması halinde, değişikliğin taşımanın uluslararası niteliğini ortadan kaldırma etkisi olmayacaktır; d) Taşıyıcı veya taşıyıcıların isim ve adresleri; e) Taşıyıcının, bu Sözleşme ile konulan sorumluluğa ilişkin kurallara bağlı olduğuna dair bir bildirim (f.1). Yolcu biletinin yokluğu, usulüne uygun olmaması veya kaybı, taşıma anlaşmasının varlığını veya geçerliliğini etkilemeyecektir, taşıma anlaşması aynı ölçüde bu Sözleşmenin kurallarına bağlı olacaktır. Bununla birlikte taşıyıcı, yolcu bileti verilmemiş olan bir yolcuyla kabul ederse, bu Sözleşmenin sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan hükümlerinden yararlanmaya hak kazanamayacaktır (f.2).*”³⁴. Buna göre taşıyıcı, 1929 tarihli Varşova Konvansiyonuna tabi olan bir taşımada yolcu biletini hiç veya ilgili maddede öngörüldüğü usulde düzenlemediği takdirde sorumluluğu sınırsızdır³⁵. Bununla birlikte, 1955 tarihli Lahey

³⁴ Maddenin İngilizce metni, “1. For the carriage of passengers the carrier must deliver a passenger ticket which shall contain the following particulars: (a) the place and date of issue; (b) the place of departure and of destination; (c) the agreed stopping places, provided that the carrier may reserve the right to alter the stopping places in case of necessity, and that if he exercises that right, the alteration shall not have the effect of depriving the carriage of its international character; (d) the name and address of the carrier or carriers; (e) a statement that the carriage is subject to the rules relating to liability established by this Convention. 2. The absence, irregularity or loss of the passenger ticket does not affect the existence or the validity of the contract of carriage, which shall none the less be subject to the rules of this Convention. Nevertheless, if the carrier accepts a passenger without a passenger ticket having been delivered he shall not be entitled to avail himself of those provisions of this Convention which exclude or limit his liability.” şeklindedir.

³⁵ Amerikan Yüksek Mahkemesi (US. Supreme Court) 25 Mart 1968 tarihli **Lisi et al. v. Alitalia Linee Aeree Italiane** kararında, yolcu biletlerine konulacak uyarı

Protokolünün III.maddesi ile 1929 tarihli Varşova Konvansiyonunun yukarıda anılan 3.maddesi değiştirilerek 1.fıkranın (d) ve (e) bentleri çıkartılmış, (c) bendinin ifadesi değiştirilmiş, (e) bendi 2.fıkraya eklenmiş ve yolcu biletinde bulunması gereken kayıtlar oldukça sadeleştirilmiştir. Dolayısıyla 1955 tarihli Lahey protokolü ile değişik Varşova Konvansiyonuna tabi yolcu taşımalarında taşıyıcı, yolcuya “...a) Hareket ve varış yerlerini gösteren bir bilgi, b) Bir veya birden fazla kararlaştırılmış duraklama yeri başka bir Devletin ülkesinde olmak üzere, hareket ve varış yerleri bir tek Yüksek Sözleşen Taraf Ülkesi içinde ise, bu duraklama yerlerinden en az birini gösteren bir bilgi, c) Eğer yolcunun seyahatinin son varış yeri veya durak yeri, hareket ettiği ülkeden başka bir ülke içinde ise, Varşova Sözleşmesinin uygulanabileceğini ve Sözleşmenin ölüm veya bedensel zarar ile bagajın kaybı veya hasarı bakımından taşıyıcının sorumluluğunu düzenlediğini ve birçok hallerde sınırladığını belirten bir not (LP.m.III/ f.1 ile değişik VK.m.3/ f.1).” içeren yolcu bileti vermek zorundadır. Yolcu bileti verilmemiş bir yolcu taşıyıcının rızası ile hava aracına binerse veya bilete yukarıdaki kayıtlardan (c) bendinde yer alan hükmün gerektirdiği not bulunmazsa, taşıyıcı, VK.m.22’de düzenlenen sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkını kazanamayacaktır (LP.m.III ile değişik VK.m.3/ f.2). Varşova / Lahey sistemine tabi taşımalarda kayıtlı bagajın maruz kalacağı zararlar karşısında sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanabilmesi için ise taşıyıcının, yolcuya, “...a) Hareket ve varış yerlerini gösteren bir bilgi, b) Bir veya birden fazla kararlaştırılmış duraklama yeri başka bir

metinlerinin farkedilemeyecek (görülemez) ve okunamayacak puntolarla yazılmış olması halinde taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanamayacağına hükmetmiştir. Bkz., **Dempsey / Milde**, International Air Carrier Liability – The Montreal Convention of 1999, McGill University Centre for Research in Air & Space Law, Montreal 2005, p. 91 – 92; **Bozkurt – Bozabalı**, Banu, Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 174; **Kırman**, s. 174. Karşı yönde, taşıma belgelerindeki punto büyüklüğünün sorumluluğa etki etmeyeceği yönündeki, **Chan v. Korean Airlines** (US. Supreme Court, 25 April 1989) ve **Bianchi v. United Airlines** (State of Washington Court of Appeals, 4 December 1978) kararları için ayrıca bkz., **Dempsey / Milde**, p. 92; **Sözer**, Bülent, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu İle Yük Taşıma Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 129, dn. 3.

Devletin ülkesinde olmak üzere, hareket ve varış yerleri bir tek Yüksek Sözleşen Taraf Ülkesi içinde ise, bu duraklama yerlerinden en az birini gösteren bir bilgi, c) Taşımanın bitiş yeri veya duraklama yeri, başladığı ülkeden başka bir ülke içinde ise, Varşova Sözleşmesinin uygulanabileceğini ve Sözleşmenin, bagajın kaybı veya hasarı bakımından taşıyıcının sorumluluğunu düzenlediğini ve birçok hallerde sınırladığını belirten bir not.” ihtiva eden bir bagaj senedi vermesi zorunludur (LP. ile değişik VK.m.4/ f.1). Ancak bu bagaj senedinin, usulüne uygun olarak tanzim edilen bir yolcu biletinin içinde yahut onunla birleştirilmiş olması da mümkündür. Taşıyıcı, bagaj senedi vermeksizin bagajı sorumluluğuna kabul eder yahut usulüne uygun bir yolcu bileti ile birleştirmeksizin (c) bendinin gerektirdiği notu ihtiva etmeyen bir bagaj senedi tanzim ederse, Varşova Konvansiyonunun 22.maddesinin 2.fikrasında belirtilen sınırlı sorumluluk hükümlerinden yararlanamaz (LP. ile değişik VK.m.4/ f.2, son).

Türkiye'nin de tarafı olduğu 1999 Montreal Konvansiyonuna tabi uluslararası yolcu taşımalarında ise şu hususları ihtiva eden münferit ya da müşterek bir taşıma belgesi verilmesi zorunludur: “*a) Kalkış ve varış yerlerinin bildirim; b) Eğer kalkış ve varış yerleri tek bir Devletin sınırları dahilinde ise, bir ya da daha fazla anlaşmalı duruş yeribaşka bir Devletin sınırları kapsamında olduğunda bu tür durulacak yerlerden en az birinin bildirim. (m.3/f.1)*”. Ayrıca taşıyıcı, kontrol edilmiş her parça bagaj için yolcuya bir bagaj tanımlama etiketi vermekle yükümlüdür (m.3/ f.3). Geçerli olduğu yerlerde, 1999 Montreal Konvansiyonunun “*...ölüm ya da yaralanma bakımından ve bagajın tahrip olması ya da bagajın kaybı veya bagaja hasar gelmesi ve de gecikmeler açısından taşıyıcının sorumluluklarını hükme bağladığı ve bu sorumlulukları sınırlayabileceği hususunda yolcuya yazılı bir bildirim verilmelidir. (m.3/f.4)*”. 1999 Montreal Konvansiyonu bu bildirimlerin elektronik bilet verme yoluyla da gerçekleştirilebilmesine cevaz vermektedir (m.3/ f.2). Ancak bu hususlara riayet edilmemesi, TSHK. ve Varşova / Lahey hükümlerinin aksine, taşıyıcının sınırlı sorumluluktan yararlanma hakkını ortadan kaldırmaz (m.3/ f.5) ³⁶. 1999 Montreal Konvansiyonunun

³⁶ MK.m.3'ün İngilizce metni, “1. In respect of carriage of passengers, an individual or collective document of carriage shall be delivered containing: (a) an indication of the places of departure and destination; (b) if the places of

uygulanmadığı devletler açısından ise yolcu biletinin ve bagaj kuponunun hiç veya usulüne uygun olarak düzenlenmemesi durumu, halen taşıyıcıların sınırlı sorumluluktan yararlanma haklarını ortadan kaldıran sebepler arasında olmaya devam etmektedir.

KAYNAKÇA

Arkan, Sabih, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 1982.

Bozkurt – Bozabalı, Banu, Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zarardan Doğan Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2013.

Dempsey, P. Stephen / **Milde**, Michael, International Air Carrier Liability – The Montreal Convention of 1999, McGill University Centre for Research in Air & Space Law, Montreal 2005.

Flener, Gillian, Effects of the Amendments to the Baggage Check Provision of the Warsaw Convention - Clearing the Way for More Efficient Check-In Procedures, Transportation Law Journal, Vol.28, Nmb.2, 2000 – 2001, p.295 vd..

Göknil, M. Nedim, Hava Hukuku, İstanbul 1951.

Kaner, İnci D., Hava Hukuku (Hususi Kısım), 2. Baskı, İstanbul 2004.

departure and destination are within the territory of a single State Party, one or more agreed stopping places being within the territory of another State, an indication of at least one such stopping place. 2. Any other means which preserves the information indicated in paragraph 1 may be substituted for the delivery of the document referred to in that paragraph. If any such other means is used, the carrier shall offer to deliver to the passenger a written statement of the information so preserved. 3. The carrier shall deliver to the passenger a baggage identification tag for each piece of checked baggage. 4. The passenger shall be given written notice to the effect that where this Convention is applicable it governs and may limit the liability of carriers in respect of death or injury and for destruction or loss of, or damage to, baggage, and for delay. 5. Non-compliance with the provisions of the foregoing paragraphs shall not affect the existence or the validity of the contract of carriage, which shall, nonetheless, be subject to the rules of this Convention including those relating to limitation of liability.” şeklindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Dempsey / Milde**, p. 86 – 92; **Bozkurt – Bozabalı**, s. 76, 174 vd..

Kırman, Ahmet, Hava Yolu İle Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1990.

Öztürk, Yaşar, Hava Hukuku, I, Samsun 2010.

Ruhwedel, Edgar, Der Luftbeförderungsvertrag, Frankfurt am Main 1985.

Schleicher, R. / **Reymann**, F. / **Abraham**, H. C., Das Recht der Luftfahrt, Kommentar und Quellensammlung, Erster Band: Allegemeine Einleitung und Internationales Luftrecht, Dritte Auflage, Kölne – Berlin, 1960.

Sözer, Bülent, Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Hava Yolu İle Yük Taşıma Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2009.

Tüzün, Necati, Kara ve Hava Taşıma Hukuku, Ankara 1981.

Tüzüner, Özlem, Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukukî Niteliği ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi, TBBD., S. 101, 2012, s. 167 vd..

Ülgen, Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, İstanbul 1987.

Yeşilova, Ecehan, CMR – Taşıma Senedinin İspat Kuvveti, DEÜHFD., C. 7, S. 1, 2005 (İspat), s. 237 vd..

Yetiş – Şamlı, Kübra, Uluslararası Kara, Hava ve Deniz Taşımalarında Taşıyıcının/ Taşıyanın Sınırlı Sorumluluktan Yararlanma Hakkının Kaybı, İstanbul 2008.

Zeyneloğlu, Ahmet, Uygulamalı Taşıma Hukuku, Ankara 1980.

BORÇLAR KANUNUNUN KİRA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Mehmet AKÇAAL*
Yrd. Doç. Dr. Alper UYUMAZ**

ÖZET

Son dönemde, Türk Hukukunda temel kanunlara ilişkin olarak önemli değişiklikler gerçekleşmektedir. Bu kapsamda, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu ile 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun 1 Temmuz 2011 tarihinde yürürlükten kaldırılmış ve ortaya çıkacak boşluğu doldurmak üzere, 6098 sayılı Borçlar Kanunu yürürlüğe girmiştir. Böylece, kira sözleşmesi, Borçlar Kanununda “Genel Hükümler”, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları” ve “Ürün Kirası” olmak üzere üç ayırımında düzenlenmiştir. Bu sayede, her ne kadar bazı değişiklikler yapılmış olsa da, 6570 sayılı mülga Kanun hükümleri, Borçlar Kanununun bünyesine dâhil edilmiştir. Çalışma kapsamında, 6098 sayılı Borçlar Kanununda yer alan kira sözleşmesinin genel hükümlerine ilişkin yenilikler ve değişiklikler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: 6098 sayılı Borçlar Kanunu, 6570 sayılı Kanun, 6353 sayılı Kanun, kira sözleşmesi, kira sözleşmesinin genel hükümleri

ANALYSIS FOR THE PROVISIONS ABOUT THE RENTAL AGREEMENT OF THE CODE OF OBLIGATIONS

ABSTRACT

Significant amendments occur in Turkish Law relating to the basic codes latterly. In this context, the former Code of Obligations no 818 and the Code Relating to Renting immovable no 6570 are abolished in 1 July, 2011. And the Code of Obligation no 6098 came into force

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

alternatively. Thus, rental agreement is put in order in the Code of Obligation in three divisions as “General Provisions”, “Rent of the Domiciles and the Roofed Business Premises” and “Rent of Product”. Thanks to this, the provisions of the abrogated Code no 6570 are added to the code of Obligation with some amendments. The newness and the amendments related to the general provisions of rental agreement in the Code of Obligation no 6098 are analyzed in the scope of the study.

Keywords: *the Code of Obligation no 6098, the Code no 6570, the Code no 6353, rental agreement, general provisions of rental agreement*

GİRİŞ

Kira sözleşmesi, 6098 sayılı Borçlar Kanununun ikinci kısmının dördüncü bölümünde (BK. m. 299-378) düzenlenmiştir. Kira sözleşmesi, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda “*Adi Kira (EBK. m. 248-269)*” ve “*Hasılat Kirası (EBK. m. 270-298)*” olarak iki fasılda düzenlenmişti. Hâlbuki, 6098 sayılı Borçlar Kanununda kira sözleşmesine, “*Genel Hükümler (BK. m. 299-338)*”, “*Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları (BK. m. 339-356)*” ve “*Ürün Kirası (BK. m. 357-378)*” şeklinde üç ayırımda yer verilmiştir. Bu sayede, 6098 sayılı Borçlar Kanununda, kira sözleşmesi bakımından sistematik bir değişiklik gerçekleşmiştir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile birlikte yürürlük kazanan bu değişiklik, esasen ayırımların adlandırılması ve içeriğine ilişkindir. Sistematik bakımından bir diğer değişiklik ise, 818 sayılı eski Borçlar Kanunundaki “*Adi Kira*” faslının, 6098 sayılı Borçlar Kanununda “*Genel Hükümler*” ayırımı olarak değiştirilmesidir. Bu farklılık sayesinde, esasen adi kiraya ilişkin olan ilk ayırım hükümleri, konut ve çatılı işyeri kiraları ile ürün kirası bakımından da bu kira türlerinde özel bir düzenleme olmaması hâlinde, uygulanma imkânı kazanmıştır¹.

¹ Bu husus, ürün kirası bakımından “*Genel Hükümlerin Uygulanması*” başlığı altında açıkça şu şekilde ifade edilmiştir: “*Bu ayırımda ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümler uygulanır*”. Ayrıca, bkz., **Acar**, Faruk, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Dördüncü Oturum: Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Legal Hukuk Dergisi, 3:34, Ekim 2005, s. 3686; **Doğan**, Murat/ **Baygın**, Cem, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Kira Sözleşmesine İlişkin Hükümler, Hukukî Perspektifler Dergisi, S. 4, Ağustos 2005, s. 116; **Kuntalp**, Erden/ **Barlas**, Nami/ **Ayanoğlu Morali**, Ahu/

Sistematik bakımından, ikinci önemli değişiklikle birlikte, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda bulunmayan ve yeni bir ayırım olan “*Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları*” ayırımına Borçlar Kanununda yer verildiği görülmektedir. Bu ayırımla, kapsamı genişletilmiş ve bazı değişikliklere uğramış olmakla birlikte, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümleri, Borçlar Kanununa kapsamına dahil edilmiştir. Bu itibarla, Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 10 uncu ve 11 nci maddesinde de belirtildiği üzere, 6570 sayılı Kanun, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlükten kaldırılmış ve yerini 6098 sayılı Borçlar Kanunundaki hükümler almıştır.

I. TANIM (BK. m. 299)

Kira sözleşmesinin tanımında, 818 sayılı eski Borçlar Kanunundan farklı bir şekilde, kiraya verenin² bir şeyin kullanılmasıyla birlikte ondan yararlanılmasını da kiracıya bırakmayı üstlenebileceğine yer verilmiştir. Böylece, kanun koyucu, kira sözleşmesinin tüm türlerini kapsayan bir tanım yapmayı amaçlamıştır³. Ayrıca, söz konusu tanımda, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 248 inci maddesinde “*ücret*” olarak ifade edilmiş olan kiracının aslı edim borcunun, “*kira bedeli*” olarak ifade edilmiş olması da isabetlidir⁴.

II. KİRA SÜRESİ (BK. m. 300)

Yeni hükümlerden biri olan Borçlar Kanununun 300 üncü maddesinin ilk fıkrasında kira sözleşmesinin belirli veya belirli olmayan bir

Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/ İpek, Mehtap/ Yaşar, Mert/ Koç, Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, 2005, s. 157.

² Kırk maddelik “*Genel Hükümler*” kısmındaki dikkat çeken değişikliklerden biri de, kiralayan-kiracı kavramlarının birbirinden net ayırt edilememesi sebebiyle, “*kiralayan*” yerine “*kiraya veren*” ifadesinin tercih edilmiş olmasıdır.

³ Bir görüşe göre, tanıma bu kısmın dahil edilmesi olumlu bir değişiklik olarak kabul edilmekte iken (bkz., **Doğan/ Baygın**, s. 117); diğer bir görüşe göre, kullanma, doğası gereği yararlanmayı da kapsadığı için bu hususun tanımda ayrıca belirtilmesi gereksiz olmuştur (bkz., **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 158). Aynı yönde bkz., **Aral, Fahrettin/ Ayrancı**, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 210.

⁴ **Gümüş**, M. Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2012, s. 282; **Doğan/ Baygın**, s. 117; **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 158.

süre için yapılabileceği açıkça ifade edildikten sonra; ikinci fıkrasında, “*Kararlaştırılan sürenin geçmesiyle herhangi bir bildirim olmaksızın sona erecek kira sözleşmesi belirli süreli; diğer kira sözleşmeleri belirli olmayan bir süre için yapılmış sayılır*” hükmüne yer verilmiştir. Bu noktada, Borçlar Kanununun 347 nci maddesinde yer alan, “*konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır (BK. m. 347/I, c.1)*” şeklindeki hükmün, Borçlar Kanununun 300 üncü maddesinin 2 inci fıkrasındaki belirli süreli kira tanımından ayrılan bir düzenleme öngördüğü ifade edilmelidir⁵.

III. KİRAYA VERENİN BORÇLARI

A. TESLİM BORCU (BK. m. 301)

Kiraya verenin borçlarından⁶ teslim borcunun düzenlendiği Borçlar Kanununun 301 inci maddesinin ilk cümlesi, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 249 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının karşılığı olarak öngörülmüş olup, sadeleştirme dışında herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır. Öte yandan, Borçlar Kanununun 301 inci maddesinin ikinci cümlesi, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda yer almayan yeni bir hükümdür. Buna benzer bir hüküm ise, 6570 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde kiracı aleyhine değişiklikleri söz konusu mülga Kanun bakımından yasaklayacak şekilde öngörülmüştü⁷.

Bu hüküm sayesinde, kiraya verenin teslim borcunun, konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı aleyhine değiştirilemeyeceği ve diğer kira sözleşmelerinde ise, kiracı aleyhine genel işlem koşulları yoluyla bu hükme aykırı düzenleme yapılamayacağı emredici bir şekilde ifade edil-

⁵ **Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 186 vd.; **Gümüş**, Özel, s. 285-286; **Doğan/ Baygın**, s. 117. Ayrıca, belirli süreli kira sözleşmeleri bakımından, Borçlar Kanununun “*Sözleşmenin Sona Ermesi*” başlığı altındaki 327 nci maddesinin de dikkate alınmasında yarar olduğu yönünde bkz., **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 158.

⁶ Kiraya verenin borçları incelenmeden önce, Borçlar Kanunu Tasarısında yer alan ve yeni bir düzenleme olan “*bilgi verme borcu*”nun Borçlar Kanununa alınmadığı ifade edilmelidir. Bkz., **Doğan/ Baygın**, s. 118.

⁷ **Öz**, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2001, s. 49.

miştir. Böylece, kiralananın sözleşmeyle amaçlanan kullanıma elverişli olmayan bir durumda teslim edilmesi veya sözleşme devam ederken bu niteliğini kaybetmesi hâlinde, sözleşme ile aksi kararlaştırılmış olsa bile, bu hüküm geçersiz olduğundan, kiracı, sözleşmeyi feshederek sona erdirebilir.

Fakat bu noktada söz konusu hükmün ikinci cümlesine aykırı düzenlemelerin yaptırımının açıkça düzenlenmediğine ve genel işlem koşullarına aykırı düzenleme yapılamayacağına ilişkin yasağın sadece konut ve çatılı işyeri kiralalarının haricindeki kiralar için öngörülmesinin hatalı olduğuna ilişkin eleştirilerin bulunduğunu belirtmekte yarar vardır⁸. Öte yandan, emredici nitelikteki bu hükümlere kıyasla özel bir duruma ilişkin bir düzenleme olan 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 249 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasına ise, 6098 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmemiştir.

B. VERGİ VE BENZERİ YÜKÜMLÜLÜKLERE KATLANMA BORCU (BK. m. 302)

Vergi ve benzeri yükümlülükler katlanma borcuna ilişkin 302 nci maddede, esasen 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 258 inci maddesinin 1 inci fıkrası muhafaza edildiği görülmektedir. Borçlar Kanununun 302 nci maddesindeki, “aksi kararlaştırılmamış veya kanunda öngörülmemiş ise” şeklindeki ilâve ibareyle ise, sözel (lafzi-gramatik) bir yorumla hükmün emredici nitelik taşımadığı açıkça ifade edilmektedir⁹.

C. YAN GİDERLERE KATLANMA BORCU (BK. m. 303)

Tasarı ve madde gerekçesinde her ne kadar Borçlar Kanununun 303 üncü maddesinin “sözleşmede aksi öngörülmemişse” geçerli olacağı ifade edilmişse de, kanunlaştırma sırasında bu husus hükme alınmamıştır¹⁰. Ayrıca, Borçlar Kanununun 303 üncü maddesi, 317 nci ve 341 inci maddelerle birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre, Borçlar Kanununun 317 nci maddesi dikkate alındığında, kiraya verenin katlanacağı kiralananın kullanımıyla ilgili yan giderler, “kiralananın olağan

⁸ Doğan/ Baygın, s. 117-118; Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Moralı/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 159-160.

⁹ Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Moralı/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 162.

¹⁰ Söz konusu hükmün eski Borçlar Kanunundaki karşılığı olan 258 inci maddenin ikinci fıkrasında ise, sadece “tamirin kiraya verene ait olduğu” ifade edilmiştir.

kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderleri” dışında kalan giderlerdir.

Borçlar Kanununun konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından öngörülen 341 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre ise, kiracı, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, sözleşmede aksi öngörülmemişse veya aksine yerel âdet yoksa ısıtma, aydınlatma ve su gibi kullanma giderlerine katlanmakla yükümlüdür. Dolayısıyla, Borçlar Kanununun 303 üncü maddesinden ayrılan 341 inci maddesi gereğince, konut ve çatılı işyeri kirasında kullanma giderlerine kiracı katlanmakla yükümlüdür¹¹.

D. KİRAYA VERENİN KİRALANANIN AYIPLARINDAN SORUMLULUĞU

1. Kiralananın Teslim Anındaki Ayıplarından Sorumluluk (BK. m. 304)

Eski Borçlar Kanunundan farklı olarak, kanun koyucu bu hükümde önemli ayıp-önemli olmayan ayıp¹² ayırımını esas almak suretiyle, her iki ayıp türüne göre kiracının başvurabileceği imkânları farklı düzenlemiştir. Böylece, kiracının, önemli ayıplar sebebiyle kiralanda sonradan ortaya çıkan ayıplardan dolayı kiraya verenin sorumluluğuna ilişkin hükümlerle birlikte, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler çerçevesinde de kiraya vereni sorumlu tutabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kiracı, dilerse kiraya verenin ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlere dayanıp sözleşmenin feshini talep edebilir; dilerse de borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir¹³. Hâlbuki, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 249 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında, önemli

¹¹ **Gümüş**, M. Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinde Yan Giderler, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 7 vd.; **Doğan/ Baygın**, s. 118-119.

¹² Ancak, önemli ayıp-önemli olmayan ayıp kavramlarının nasıl anlaşılması gerektiğine dair söz konusu hüküm ve hükmün gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamıştır. Bkz., **Aral/ Ayrancı**, s. 232.

¹³ Borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Baskı, İstanbul 2012; s. 470 vd.; **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012, s. 332 vd.; **Hatemi**, Hüseyin/ **Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 252 vd..

ayıplarda sadece fesih ve indirim hakları seçimlik olarak kiracıya sunulmuştu; önemli olmayan ayıplar ise hiç zikredilmemişti.

2. Kiralananın Sonradan Ayıplı Hâle Gelmesinden Sorumluluk

a. Genel Olarak (BK. m. 305)

Borçlar Kanununun 305 inci maddesinin 1 inci fıkrası gereğince, kiracı, kiralananın sonradan (kiracının egemenlik alanında bulunduğu sırada) ayıplı hâle gelmesi durumunda önemli olmayan ayıplarda, “*kiraya verenden ayıpların giderilmesini talep hakkı*”, “*kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını talep hakkı*” ve “*zararın giderilmesini talep hakkı*” olmak üzere üç seçimlik hakka sahiptir. Bu haklardan zararın giderilmesini talep hakkının kullanılmasının, diğer seçimlik hakların kullanılmasını engellemeyeceği, aynı hükmün ilk fıkranın son cümlesinde açıkça ifade edilmektedir¹⁴.

Borçlar Kanununun 305 inci maddesinin 2 nci fıkrası ile birlikte, önemli ayıplar bakımından bu üç seçimlik hakka ilâveten fesih hakkı da seçimlik bir hak olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Söz konusu hakların kiracı tarafından kullanılabilmesi için ayıbın kiracının kusuruna dayanmaması gerekir. Bu sebeple, madde gerekçesinde “*kendisine (kiracıya) yüklenemeyen bir sebeple ayıplı hâle gelmesi durumunda*” bu hakların kullanılabilmesi ifade edilmişse de, bu koşulun hükümde açıkça yer almaması öğretide eleştirilmektedir¹⁵.

b. Ayıbın Giderilmesini İsteme ve Fesih (BK. m. 306)

Borçlar Kanununun 306 ncı maddesinin 1 inci fıkrasına göre, kiralanan sonradan ayıplı duruma geldiği takdirde, kiracı, ayıbın giderilmesini isteyebilir. Bu hakkı kullanmak isteyen kiracı, kiraya verene uygun bir süre vermekle yükümlüdür. Bu uygun süre içinde ayıp giderilmezse, kiracı, bir mahkeme kararı gerekmeksizin, ayıbı kiraya veren hesabına yaptırma ve bundan doğan alacağını kira bedelinden

¹⁴ **İnceoğlu**, M. Murat, Kira Hukukunda Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 68; **Zevkliler**, Aydın/ **Ertaş**, Şeref/ **Havutçu**, Ayşe/ **Aydoğdu**, Murat/ **Cumalıoğlu**, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 490.

¹⁵ **Aral/ Ayrancı**, s. 233; **Doğan/ Baygın**, s. 120. Aynı yönde bkz., **Yavuz**, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 478-479.

indirme hakkına sahip olur. Öte yandan, Borçlar Kanununun 306 ncı maddesi, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 251 inci maddesinin 2 nci fıkrasından farklı olarak, kiracının giderebileceği ayıbın niteliği hakkında herhangi bir hüküm içermemektedir¹⁶.

Kiracı, teslimden sonraki ayıbın “*kiralananın öngörülen kullanıma elverişliliğini ortadan kaldırması ya da önemli ölçüde engellemesi*” sonucunu doğuracak nitelikte (önemli) bir ayıp olması hâlinde, ayıpları bir üçüncü kişiye gidertmek imkânı ile birlikte, sözleşmeyi fesih seçimlik hakkını da kullanabilir (BK. m. 306/II). Eski Borçlar Kanununda öngörülmeyen Borçlar Kanununun 306 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasında ise, satış sözleşmesi hükümlerine paralel olarak, kiraya verene, kiralananındaki ayıbı gidermek yerine, uygun bir süre içinde ayıpsız benzeriyle değiştirme hakkı tanınmıştır¹⁷. Ayrıca, yeni bir hüküm olarak öngörülen bahse konu maddenin 4 üncü fıkrasında ise, kiraya veren için kiracının seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebilme imkânı “*kiracıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vermek ve uğradığı zararın tamamını gidermek*” koşullarına bağlı olarak tanınmıştır.

c. Kira Bedelinin İndirilmesi (BK. m. 307)

307 nci maddeden anlaşılan, kiracı, kira bedelinden indirim yapılmasını isteme imkânını sadece kiralananın kullanımını etkileyen ayıpların varlığı hâlinde ve bu ayıpların kiraya veren tarafından öğrenilmesinden ayıbın giderilmesine kadar geçen süreler için kullanabilir. Dolayısıyla, söz konusu ayıp önemli de olsa, kullanımı etkilemiyorsa kiracı, bu hakkını kullanamaz¹⁸.

¹⁶ Aral/ Ayrancı, s. 235; Gümüş, Özel, s. 325.

¹⁷ İnceoğlu, s. 73; Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 165. Bir taşınmazın yenisi ile değiştirilmesinin uygulaması olamayacağından, hükmün başında açıkça “*taşınmazın kiralananmasında*” ibaresinin yer alması gerektiği yönündeki görüşü için bkz., Kurdoğlu, Bülent, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İncelenmesi, Ankara Barosu Dergisi, C. 63, S. 3, 2005, s. 71. Ancak, bir taşınmazda yer alan pek çok bağımsız bölümü kiralayan bir malikin (kiralaya verenin) sözleşmenin tarafı olması ihtimali dikkate alınır, yazarın tespitine katılmak mümkün görünmemektedir.

¹⁸ Doğan/ Baygın, s. 120.

d. Zararın Giderimi (BK. m. 308)

Borçlar Kanununun 308 inci maddesi kapsamında, kiralananın sonradan ayıplı hâle gelmesi durumunda kiracıya tanınan ayıp nedeniyle uğranılan zararın giderilmesini talep hakkı düzenlenmiştir. Bu itibarla, kiraya veren, kiralananın ayıplı olmasından kaynaklanan zararları kiracıya ödemekle yükümlüdür; yeter ki, kusuru olmadığını ispat edememiş olsun.

E. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İLERİ SÜRDÜĞÜ HAKLAR SEBEBİYLE SORUMLULUK**1. Zapttan Sorumluluk (BK. m. 309)**

818 sayılı eski Borçlar Kanununun 253 üncü maddesinin karşılığı olarak 6098 sayılı Borçlar Kanununda öngörülen bu hükümle, bir üçüncü kişinin kiralanda kiracının hakkıyla bağdaşmayan bir hak ileri sürmesi durumunda kiraya verenin, kiracının bildirim üzerine davayı üstlenmek ve kiracının uğradığı her türlü zararı gidermekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, bahse konu hükmün uygulanabilmesi için üçüncü kişinin hakkını mutlaka dava yoluyla ileri sürmesi gerekmektedir¹⁹. Ayrıca, bu hükümde kiracının her tür zararının giderilmesini talep edebileceği de açıkça düzenlenmiştir²⁰.

Kanun koyucu tarafından, Borçlar Kanununun 310 uncu ve devamı hükümlerinde, “Üçüncü Kişinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Üstün Hak Sahibi Olması” başlığı, “Üçüncü Kişinin İleri Sürdüğü Haklar Sebebiyle Sorumluluk” başlığının ikinci alt başlığı olarak ayrı bir başlık şeklinde öngörülmüştür. Bundan da anlaşılacağı üzere, Borçlar Kanununun zapttan sorumluluğa ilişkin 309 uncu maddesi, ancak üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasından önce kazandığı bir hakka ilişkin olarak uygulama alanı bulabilir²¹.

2. Üçüncü Kişinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Üstün Hak Sahibi Olması**a. Kiralananın El Değiştirmesi (BK. m. 310)**

Borçlar Kanununun 310 uncu maddesi, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 254 üncü maddesinin karşılığıdır. Ancak, 310 uncu madde,

¹⁹ Yavuz, Borçlar, s. 212; Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 166.

²⁰ Doğan/ Baygın, s. 121.

²¹ Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 166.

eski Borçlar Kanununun 254 üncü maddesinden farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. Zira, eski Borçlar Kanunundaki hükümde, *satımın kirayı bozacağı* ilke olarak kabul edilmiş ve 2 nci fıkra ile, yeni malikin taşınmazlar bakımından kanunen ihbarın caiz olduğu zamana kadar kira sözleşmesine riayet edeceği öngörülmüştür²². Fakat, Borçlar Kanununun 310 uncu maddesinde, taşınır-taşınmaz ayırımı yapılmaksızın yeni malikin kira sözleşmesinin kanun gereği tarafı olacağı düzenlenmektedir²³. Bu hükmün istisnası ise, Borçlar Kanununun 351 inci maddesinde “*Yeni Malikin Gereksinimi*” başlığı altında konut ve çatılı işyeri kiralari bakımından öngörülmüştür²⁴. Ayrıca, söz konusu hükümde, eski Borçlar Kanununun 254 üncü maddesinden farklı olarak, devir hâlleri tek tek sayılmayıp, herhangi bir sebeple el değiştirme yeterli kabul edilmiş, böylece kapsayıcı bir ifade tercih edilmiştir. Buna göre, kiralananın el değiştirmesinin hukukî sebebi, satış, bağışlama, mal değişim sözleşmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi veya isimsiz bir sözleşme olabilir²⁵. Hükmün ikinci fıkrasında ise, kamulaştırma hükümleri saklı tutularak devletin mülkiyetine geçen kira konusu mallar açısından istisnai bir durum yaratılmıştır.

b. Üçüncü Kişinin Sınırlı Aynî Hak Sahibi Olması (BK. m. 311)

Eski Borçlar Kanununda karşılığı olmayan bu yeni hükmün uygulanabilmesi için, üçüncü kişinin kazandığı sınırlı aynî hakkın “*kiracının hakkını etkileyen bir aynî hak*” niteliğinde olması gerekmektedir²⁶. Bu bağlamda, bu aynî hakkın, sınırlı aynî haklardan kira konusu şey üzerinde hem kullanma hem de yararlanma hakkı veren bir intifa hakkı veya taşınmaz kira konusu üzerinde söz konusu olacak bir oturma hakkı olması mümkündür. Ayrıca, üçüncü kişinin sözleşmenin kurulmasından sonra aynî hakkın sahibi olması hâlinde ancak kiralananın

²² **Tandoğan**, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 4. Baskı, İstanbul 2008, s. 126 vd.; **Özen**, Burak, Kira Konusunun Devri, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 95.

²³ **Doğan/ Baygın**, s. 121.

²⁴ **Öz**, s. 51.

²⁵ **Özen**, s. 99.

²⁶ **Yavuz**, Borçlar, s. 215; **Özen**, s. 103; **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 167.

el değiştirmesine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanabilmesi gündeme gelecektir.

c. Tapu Siciline şerh (BK. m. 312)

Borçlar Kanununun 312 nci maddesinin gerekçesinde, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 255 inci maddesinin esasen muhafaza edildiği ve söz konusu maddenin 2 nci fıkrasında, şerhin etkisi 4721 sayılı Medenî Kanununun 1009 uncu maddesinde öngörüldüğü için, yer verilmediği ifade edilmiřtir²⁷. Ancak, Borçlar Kanununun 310 uncu ve 311 inci maddeleri göz önünde bulundurulduğunda, bahse konu şerhin, özellikle Borçlar Kanununun 350 nci ve 351 inci maddesinde öngörülen sebeplerle sözleşmenin sona erdirilmesi hakkını engelleyici işlevi bakımından önemini koruduğu anlařılmaktadır²⁸.

Hükümde, şerh sözleşmesi için herhangi bir geçerlilik şartının aranmadığı görülmektedir. Buna göre, kira sözleşmesi için şekil şartı öngörmeyen kanunun şerh sözleşmesi için de şekil şartı öngörmemiş olduğu savunulabilirse de kira sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh edilebilmesi için en azından basit yazılı şekilde yapımış bir şerh sözleşmesinin varlığı aranmalıdır. Aksi takdirde, tapu sicil sisteminin işleyiş prensibi dikkate alındığında, şerh edilen sözleşmeye ilişkin bir belgenin taşınmaza ait dosyada saklanması mümkün olmayacaktır. Bu anlamda, basit yazılı şekilde yapımış olmak kaydıyla, şerh anlaşmasının kira sözleşmesinde bir kayıt olarak yer almasına da bir engelin olmadığı savunulabilir. Diğer taraftan, alt kira sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh edilebilmesi açısından ayrıca malikin de şerh sözleşmesine iştirak etmiş olması aranacaktır²⁹.

IV. KİRACININ BORÇLARI

A. KİRA BEDELİNİ ÖDEME BORCU

1. Genel Olarak (BK. m. 313)

Kiracının kira bedelini ödeme borcu, Borçlar Kanununun 299 uncu maddesindeki kira sözleşmesinin tanımında açıkça öngörülmüştür. Ayrıca, söz konusu borç, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 257 nci

²⁷ **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Moralı/ avuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 168.

²⁸ **Doğan/ Baygın**, s. 122.

²⁹ **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. 1, 6. Baskı, Konya 2012, s. 347; **Akipek**, Jale G. / **Akıntürk**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 316.

maddesinin 1 inci fıkrasının karşılığı olarak bu hükümde de düzenlenmiştir.

2. İfa Zamanı (BK. m. 314)

Borçlar Kanununun 314 üncü maddesi sayesinde, eski Borçlar Kanunundan farklı olarak, ifa zamanı, ayrı bir hükümde düzenlenmiştir. Bu hüküm, eski Borçlar Kanunundaki hükümden farklılık arz etmektedir. Buna göre, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 257 nci maddesinde, kural olarak, kiracının kira bedelini sözleşme veya yerel âdet uyarınca belirlenen zamanda ödemek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır. Fakat, söz konusu hükümle artık kiracının “*aksine sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlü*” olduğu ifade edilmiştir. Bu hüküm gereğince, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 257 nci maddesinin 2 nci fıkrasından farklı olarak, kira sözleşmesinin süresi, aksine sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, ifa zamanı bakımından önem arz etmez³⁰.

3. Kiracının Temerrüdü (BK. m. 315)

818 sayılı eski Borçlar Kanununun 260 ıncı maddesinin karşılığı olan Borçlar Kanununun 315 inci maddesiyle birlikte sadece kira bedelini değil ayrıca yan giderleri ödeme borcunun ifa edilmemesi de kiracının temerrüdü kapsamında değerlendirilmiştir³¹. Yine, eski Borçlar Kanununun 260 ıncı maddesinden farklı olarak, Borçlar Kanununun 315 inci maddesi sayesinde, kiracıya tanınan sürede bahsi geçen ödemelerin yapılmaması hâlinde sözleşmenin feshedilebileceği, kiraya verenin yazılı bildirimının sonucunda mümkün olabilecektir³².

Kiracının temerrüdü hâlinde sözleşmenin feshedilebilmesi için kiracıya tanınması gereken süreler bakımından 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 260 ıncı maddesinin 1 inci fıkrasında kira sözleşmesinin süresine bağlı olarak yapılan ayırım terk edilmiş ve bu süreler bakımından kira sözleşmesinin türüne göre konut ve çatılı iş yeri kirası niteliği taşımayan kiralarda on ve taşıyan kiralarda otuz günlük asgarî süreler öngörülmüştür. Bu sürelerin “*kiracıya yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren*” başlayacağı düzenlenerek, yazılı

³⁰ **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Moralı/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 169.

³¹ **Doğan/ Baygın**, s. 122.

³² **Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumaloğlu**, s. 524.

bildirim yapıldığı tarihin yasal sürelerin hesabında göz önünde tutulmayacağı açıkça ifade edilmiştir. Öte yandan, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 260 nci maddesinin 2 nci fıkrasının son cümlesiye, Borçlar Kanununun 315 inci maddesine alınmamıştır.

B. ÖZENLE KULLANMA VE KOMŞULARA SAYGI GÖSTERME BORCU (BK. m. 316)

Kiracının kiralananı sözleşme ile öngörülen tahsis amacına uygun olarak özenle kullanma ve komşulara saygı gösterme borcunun düzenlendiği Borçlar Kanununun 316 ncı maddesi, eski Borçlar Kanununun 256 ncı maddesinin 1 inci ve 2 nci fıkralarının karşılığıdır. Borçlar Kanununun 316 ncı maddesinin 1 inci fıkrasında, karşılamakta olduğu eski Borçlar Kanununun 256 ncı maddesinin 1 inci fıkrası güncel Türkçe'ye uyumlu hâle getirilmiştir. Ayrıca, bu hükümde, eski Borçlar Kanununun hükmünden farklı olarak, kiracının, kiralananın bulunduğu taşınmaz dışındaki komşulara da saygı göstermekle yükümlü olduğu açıkça ifade edilmiştir³³.

Borçlar Kanununun 316 ncı maddesinin 2 nci ve 3 üncü fıkralarında, eski Kanundaki karşılığı olan 256 ncı maddenin 2 nci fıkrasında da öngörüldüğü üzere, kiraya verene bu borca aykırılığın yaptırımı olarak fesih imkânı tanınmıştır. Ancak, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 256 ncı maddesinin 2 nci fıkrasında yer verilen tazminat yaptırımı ise yeni hükümde yer almamıştır.

818 sayılı eski Borçlar Kanununun 256 ncı maddesinin 2 nci fıkrasından farklı olarak, Borçlar Kanununun 316 ncı maddesinin 2 nci fıkrasına göre, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, bu yükümlülüğe aykırı davranılması hâlinde kiracıya yapılacak olan ihtarın fesihten en az otuz gün önce³⁴ olması gerektiği açıkça öngörülmektedir. Hükümün ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde ve üçüncü fıkrasında ise, konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin bazı istisnaî hâller ile diğer kira ilişkilerinde ise önceden bir ihtarda bulunulmaksızın yazılı bir bildirimle sözleşmenin hemen feshedilebileceği yer almaktadır. Ayrıca, 818 sayılı eski Borçlar

³³ **Yavuz**, Borçlar, s. 218; **Öz**, s. 52; **Doğan/ Baygın**, s. 123.

³⁴ Uygulamada ÜFE endeksinin bir sonraki ay açıklanmasından dolayı kira sözleşmesinin sona ermesinden otuz gün önce bunu bilmek mümkün olmayacağı ve bu sebeple hükümün ikinci fıkrasındaki sürenin otuz günden daha uygun bir süre olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz., **Kurdoğlu**, s. 71.

Kanununun 256 ncı maddesinden farklı olarak, Borçlar Kanununun 316 ncı maddesine göre, fesih için yapılacak ihtar ve bildirimlerin herhâlde yazılı olması gerektiği de ifade edilmektedir³⁵.

C. TEMİZLİK VE BAKIM GİDERLERİNİ ÖDEME BORCU (BK. M. 317)

İlk fıkrasının kiraya verenin ayrı bir borcu olarak Borçlar Kanununun 303 üncü maddesinde düzenlenmesinden dolayı oluşan sistematik değişiklik ve dilde yapılan sadeleştirme dışında, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 258 inci maddesinin 2 nci fıkrasının karşılığı olan Borçlar Kanununun 317 nci maddesinde herhangi bir değişiklik yoktur. Buna göre, kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerinin yükümlüsü, kiracıdır.

D. AYIPLARI KİRAYA VERENE BİLDİRME BORCU (BK. m. 318)

Tek fıkradan oluşan Borçlar Kanununun 318 inci maddesi, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 256 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasını karşılamaktadır. Hükümün başlığında da açıkça ifade edildiği üzere, Burada, kiracının, ayıpları kiraya verene bildirmesi bir “*külfet*” değil; bir “*borç*”tur³⁶.

818 sayılı eski Borçlar Kanununun 256 ncı maddesinin son fıkrasındaki “*yahut üçüncü bir şahıs mecur üzerinde bir hak iddia ettiği takdirde*” şeklindeki ibareye ise, zapttan sorumluluğa ilişkin Borçlar Kanununun 309 uncu maddesinde sadeleştirilmek suretiyle yer verildiği için, bu hüküm 318 inci maddeye dahil edilmemiştir.

E. AYIPLARIN GİDERİLMESİNE VE KİRALANANIN GÖSTERİLMESİNE KATLANMA BORCU (BK. m. 319)

Borçlar Kanununun 319 uncu maddesinin ilk fıkrasının kısmen de olsa karşılığı 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 251 inci maddesinin 1 inci fıkrasıydı. Ancak, Borçlar Kanununun 319 uncu maddesinin son fıkrasında kiracının ayıptan doğan kira bedelinin indirilmesi ve zararının giderilmesine ilişkin hakları ayrıca saklı tutulduğu için, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 251 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki “*hakkına*

³⁵ Aral/ Ayrancı, s. 250; Doğan/ Baygın, s. 123; Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Moralı/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 170.

³⁶ Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Moralı/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 171.

halel gelmemek şartıyla” ifadesine, Borçlar Kanununun 319 uncu maddesinde yer verilmemiştir³⁷.

Borçlar Kanununun 319 uncu maddesinin ikinci, üçüncü ve son fıkrası ise, yeni düzenlemelerdir. Bu hükümlerden, söz konusu 2 nci fıkra kiracıyı; 3 üncü fıkra ise, kiraya vereni yükümlük altına sokan düzenlemelerdir³⁸. Borçlar Kanununun 319 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, öğreti³⁹ ve uygulamada kiracının borçlarından biri olarak kabul edilmekle birlikte, eski Borçlar Kanununda hükme bağlanmamış olan, kiralananın gösterilmesine katlanma borcu açıkça hükme bağlanmıştır. Öğretide⁴⁰, kiracıya böyle geniş kapsamlı ve süreklilik arz eden bir borç yüklemenin, onun kiralananı faydalanma hakkını zedeleyeceği ifade edilmektedir. Borçlar Kanununun 319 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında ise, kiracının kiralananın gösterilmesine katlanma borcunun kapsamı ve gerçekleşme koşulları düzenlenmiştir.

V. ÖZEL DURUMLAR

A. KİRALANANDA YENİLİK VE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

Bu kapsamda, karşılığı olan 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 251 inci maddesinden farklı olarak, sadece ayıpla sınırlı olmayacak şekilde, Borçlar Kanununun 320 nci maddesinde kiraya verenin; Borçlar Kanununun 321 inci maddesindeyse kiracının yapabileceği yenilik ve değişiklikler iki madde hâlinde düzenlenmiştir⁴¹.

1. Kiraya Veren Tarafından (BK. m. 320)

818 sayılı eski Borçlar Kanununun 251 inci maddesinin 1 inci fıkrasını kısmen karşılayan bu hükümlerle, eski Kanundan farklı olarak⁴², kiraya verenin yenilik ve değişiklik yapabileceği öngörülmek suretiyle,

³⁷ Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Moralı/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 171.

³⁸ Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumahoğlu, s. 508; Öz, s. 53.

³⁹ Yavuz, Kira, s. 507; Tandoğan, s. 151; Uygur, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Madde 237-649), C. 2, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 1750.

⁴⁰ Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Moralı/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 172.

⁴¹ Öz, s. 53-54; Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Moralı/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 172.

⁴² EBK. m. 251/I'de ise, sadece “zaruri tamirat” esas alınmıştır.

kiraya verene iyileştirme yetkisi tanınmaktadır. İlk fıkra ile kiraya verenin iyileştirme yetkisini kullanabilmesi için iki koşulun aranacağı öngörülmektedir.

Bahsedilen hükmün ikinci fıkrasında, önce kiraya veren için kiracının menfaatlerini gözetme yükümlülüğü öngörüldükten sonra, bu yükümlülüğe aykırı davranış hâlinde kiracının, kira bedelinin indirilmesini ve zararın giderilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir.

2. Kiracı Tarafından (BK. m. 321)

Eski Borçlar Kanununda yer almayan bu hükümle, kiracının, kiraya verenin rızasını yazılı olarak almak koşuluyla, yenilik ve değişiklikler yapabileceği; yenilik ve değişikliklere rıza gösteren kiraya verenin yazılı olarak kararlaştırılmadıkça kiralananın eski durumuyla geri verilmesini isteyemeyeceği; kiracının da aksine yazılı bir anlaşma yoksa kiraya verenin rızasıyla yaptığı yenilik ve değişiklikler sebebiyle kiralanda ortaya çıkan değer artışının karşılığını isteyemeyeceği hüküm altına alınmıştır⁴³. Söz konusu hükmün ikinci fıkrası, Borçlar Kanununun 334 üncü maddesinde yer alan, kiracının kiralananı sözleşme sonunda ne durumda teslim almışsa, o durumda geri verme borcunun istisnasını teşkil etmektedir. Buna göre, yenilik ve değişikliklere rıza gösteren kiraya verenin, yazılı bir şekilde aksi kararlaştırılmadıkça, kiralananın eski durumuyla verilmesini talep etmesi mümkün değildir. Öte yandan, 321 inci maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenleme dikkate alındığında, söz konusu maddenin gerekçesinde yer alan bu fıkraya ilişkin açıklamanın, hükmün tam tersi bir şekilde kaleme alındığını ifade etmekte yarar vardır. Bunun sebebi ise, hükmün, tasarı aşamasında aksi şekilde düzenlenmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

B. ALT KİRA VE KULLANIM HAKKININ

DEVİRİ (BK. m. 322)

Bu hususta, sadece Borçlar Kanununun 322 nci maddesinin 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 259 uncu maddesiyle 6570 sayılı Kanununun 12 nci maddesini karşıladığının ifade edilmesinin yeterli olmadığı çalışmanın devamında ele alınacaktır. Borçlar Kanununun 322 nci maddesinin ilk fıkrası, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 259 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının karşılığıdır ve bu hükümde sadeleştirme haricinde herhangi bir değişiklik yoktur. Buna göre, kiracının, kiraya verene zarar verecek bir değişikliğe yol açmaması koşuluyla, kiralananı

⁴³ **Yavuz**, Borçlar, s. 244-245; **Öz**, s. 54.

tamamen veya kısmen başkasına kiraya verebileceğinin ve kullanım hakkını başkasına devredebileceği genel olarak kabul edilmektedir. Ancak, bu hükmün devamı olan ikinci fıkrada ise, konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiraya verenin yazılı rızası olmadıkça, kiralanana başkasına kiralayamayacağı ve kullanım hakkını devredemeyeceği düzenlenmektedir. Madde gerekçesinde, her ne kadar 322 nci maddenin, 6570 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin karşılığı olduğu ifade edilmişse de, bu husus sadece bahsedilen 12 nci maddenin ilk fıkrasının ilgili kısmı için ve Borçlar Kanununun 322 nci maddesinin 2 nci fıkrası bakımından geçerlidir. Çünkü, 6570 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin diğer fıkralarına Borçlar Kanununda yer verilmemiştir⁴⁴. Sadeleştirme haricinde herhangi bir değişiklik olmaksızın, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 259 uncu maddesinin 2 nci ve 3 üncü fıkraları, Borçlar Kanununun 322 nci maddesinde tek bir fıkraya toplanmak suretiyle bu hükmün 3 üncü fıkrasında düzenlenmiştir.

C. KİRA İLİŞKİSİNİN DEVRİ (BK. m. 323)

Eski Borçlar Kanununda yer almayan bu hükmün⁴⁵ ilk fıkrası ile kiracının, sözleşmenin devri niteliğindeki kira ilişkisinin devrini ancak kiraya verenden yazılı rıza alması hâlinde gerçekleştirebileceği ve kiraya verenin işyeri kiralalarında haklı sebep olmadan bu rızayı vermekten kaçınmayacağı düzenlenmektedir⁴⁶. Hükmün ikinci fıkrasında, kira ilişkisinin devrinin, kira sözleşmesinin tarafını değiştirdiği açıkça ifade

⁴⁴ **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 174-175.

⁴⁵ Kira ilişkisinin devri hakkında detaylı bilgi için bkz., **Topuz**, Seçkin/**Canbolat**, Ferhat, Kira İlişkisinin Devri (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi, TBBD., S. 95, 2011, s. 97 vd..

⁴⁶ **Yavuz**, Borçlar, s. 226-227; **Doğan/ Baygın**, s. 124. Söz konusu hükmün ikinci cümlesinin uygulanabilmesi için işyerinin çatılı olmasının aranmadığını ve Medenî Kanunun 2 nci maddesi mevcutken, bu fıkra hükmüne gerek olmadığı yönündeki görüşleri için bkz., **Arpacı**, Abdülkadir, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Dördüncü Oturum: Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Legal Hukuk Dergisi, 3:34, Ekim 2005, s. 3678. Aksi yönde görüş için bkz., **Antalya**, Gökhan, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Dördüncü Oturum: Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Legal Hukuk Dergisi, 3:34, Ekim 2005, s. 3701.

edilmektedir. Maddenin son fıkrasında ise, işyeri kiralarında, devreden kiracının devir konusu kira sözleşmesi süresinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olacağı ifade edilmektedir. Bu hüküm, Borçlar Kanununun 202 nci maddesinde düzenlenen “*malvarlığı veya işletmenin devralınması*” ile sorumluluk ve bunun süresi dikkate alındığında bu hüküm ile paralel düzenlenme niteliği taşır ve kanunun genel sistematığı ile uyumludur⁴⁷.

Ayrıca, kira ilişkisinin devri bakımından 4.7.2012 tarihli ve 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 53 üncü maddesiyle değiştirilen, 31.3.2011 tarihli ve 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun⁴⁸ geçici 2 nci maddesi de önem arz eder. Zira, bu hüküm gereğince, kiracının Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 6098 sayılı Borçlar Kanununun 323 üncü maddesi 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu hâlde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri uygulanır. Bununla birlikte, söz konusu hüküm gereğince, kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hâllerde, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir. Ancak, Borçlar Kanununun 323 üncü maddesi, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda yer almayan yeni bir hükümdür. Dolayısıyla, bu hususta 818 sayılı eski Borçlar Kanunu değil, Borçlar Kanununun içeriğine dahil edilmiş olan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 12 nci maddesi esas alınmalıdır. Buna göre, kiraya verenle kiracı kira sözleşmesinde kiracı ilişkisini devredebilme yetkisini saklı tutmamışsa, kiracı kira ilişkisini başkasına devredemez⁴⁹.

⁴⁷ **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Moralı/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 175.

⁴⁸ RG. 14.04.2011, S. 27905.

⁴⁹ 6217 sayılı Kanunda 818 sayılı eski Borçlar Kanununa yapılan atfın, 6570 sayılı mülga Kanunu da kapsadığı yönünde bkz., **Gümüş**, Özel, s. 275. Aksi yönde bkz., **Zevkililer/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumaloğlu**, s. 482.

D. KİRALANANIN KULLANILMAMASI

1. Genel Olarak (BK. m. 324)

Tek fıkradan oluşan 324 üncü madde, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 252 nci maddesinin ilk fıkrasını neredeyse tamamen, ikinci fıkrasını ise kısmen karşılamaktadır. Borçlar Kanununun 324 üncü maddesinin ilk fıkrasında, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 252 nci maddesinin ilk fıkrasındaki “*mücbir bir sebepten*” kaynaklandığına ilişkin ifade hükümden çıkartılmış ve “*kendisinden kaynaklanan bir sebeple*” kiralananın kullanılmaması hâlinde dahi, kiracının, kira bedelini ödemek zorunda olduğu belirtilmiştir. Söz konusu hükmün devamında ise, ilk cümlede belirtilen durumda, kiraya verenin, sadece “*yapmaktan kurtulduğu giderleri*” bu kira bedelinden indireceği belirtilmektedir. Fakat, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 252 nci maddesinin 2 nci fıkrasında ise, kiraya verenin kira bedelinden, ayrıca “*kiralananı diğer surette kullanmasından elde ettiği menfaatleri*” de düşeceği belirtilmiştir. Ayrıca, “*Kiralananın Kullanılmaması*” üst başlığı altında düzenlenen diğer bir madde olan Borçlar Kanununun 325 inci maddesinin ikinci fıkrasında, kiracının sözleşmeye aykırı olarak kiralananı sözleşmenin bitiminden önce geri vermesi durumunda bu indirim kalemi düzenlenmektedir⁵⁰.

Borçlar Kanununun 324 üncü maddesinde, eski Borçlar Kanununun 252 nci maddesinin son fıkrası düzenlenmemiştir. Maddenin gerekçesine göre, söz konusu hükme yeni Borçlar Kanununun bu hükmünde yer verilmemesinin sebebi, hükmün, Kanunun 331 inci maddesinde, olağanüstü fesih yollarından birini oluşturan önemli sebeplerle fesih olarak düzenlenmiş olmasıdır.

2. Kiralananın Sözleşmenin Bitiminden Önce Geri Verilmesi (BK. m. 325)

Bu hükmün ilk fıkrasında kiracının kiralananı sözleşme süresine veya fesih dönemine uymaksızın geri vermek istemesi düzenlenmektedir. İlk fıkranın ikinci cümlesi gereğince, kiracının makul sürenin geçmesinden önce kiraya verenden kabul etmesi beklenebilecek, ödeme gücüne sahip ve kira ilişkisini devralmaya hazır yeni bir kiracı bulması hâlinde, kiraya veren bu yeni kiracı adayını ister kabul etsin ister

⁵⁰ Yavuz, Borçlar, s. 231-233; Öz, s. 54-55.

reddetsin, kiracının kira sözleşmesinden doğan borçları sona erer⁵¹. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, eski Borçlar Kanununun 252 nci maddesinin 2 nci fıkrasında olduğu gibi, mahsup ilkesinin esas alındığı bir düzenleme yapılmıştır.

Ancak, 6353 sayılı Kanunun 53 üncü maddesiyle değişikliğe uğramış, 6217 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi gereğince, kiracının Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, Borçlar Kanununun 325 inci maddesi 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu takdirde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde öngörülen hususlar hakkında sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri uygulanır. Bununla birlikte, söz konusu hüküm gereğince, kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hâllerde, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir⁵².

Borçlar Kanununun 325 inci maddesini karşılayan herhangi bir hüküm, 818 sayılı eski Borçlar Kanununda ve 6570 sayılı mülga Kanunda bulunmadığı için, kira sözleşmesinde hüküm olmayan hâllerde öncelikle tarafların farazî iradelerinin araştırılması gerekir. Ancak, somut olaya uygulanacak hüküm bu şekilde tespit edilemezse çözüm, Borçlar Kanununun ve Medenî Kanunun genel ilkelerinin kıyasen uygulanmasında, bu da mümkün değilse örf ve âdet hukukunda aranmalıdır. Şayet örf ve âdet hukukunda da bir hüküm tespit edilemezse, bu durumda hâkimin hukuk kuralı yaratma yetkisiyle çözümün bulunması gerekir (MK. m. 1/II, 5). Öte yandan, kira ilişkisinin ticarî nitelik taşıması hâlinde uygulanacak hükümlerin tespitinde Ticaret Kanununun 1 inci maddesinin 2 nci fıkrasının öncelikle göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁵³.

E. TAKASTAN FERAGAT YASAĞI (BK. m. 326)

Yeni bir düzenleme olan Borçlar Kanununun 326 ncı maddesi sayesinde, takas hakkından önceden feragatin mümkün olduğunun kabul edilmesiyle Borçlar Kanununun 145 inci maddesine istisna

⁵¹ **Öktem Çevik**, Seda, Kiralananın Sözleşmenin Bitiminden Önce Geri Verilmesi (TBK m. 325), Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 153; **Öz**, s. 55.

⁵² **Gümüş**, Özel, s. 352.

⁵³ **Öktem Çevik**, s. 137-138.

getirilmektedir. Söz konusu hükmün uygulanabileceği alan, tarafların her ikisinin de alacaklarının kira sözleşmesinden doğması ile sınırlıdır⁵⁴.

VI. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

A. SÜRENİN GEÇMESİ (BK. m. 327)

Kira sözleşmesinin ilk sona erme sebebi olarak öngörülen sürenin geçmesi, eski Borçlar Kanunundaki karşılığı olan 263 üncü maddeden farklı olarak iki fıkrada düzenlenmiştir. Sadeleştirme ve kanun koyucunun gereksiz bulduğu bazı ifadelerin hükme alınmaması haricinde, genel itibarıyla, eski hükmün korunduğu ifade edilebilir⁵⁵.

B. BELİRSİZ SÜRELİ KİRA SÖZLEŞMELERİNDE FESİH BİLDİRİMİ

1. Genel Olarak (BK. m. 328)

Borçlar Kanununun 328 inci maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesine göre, taraflar, yasal fesih dönemlerine ve fesih sürelerine uymak suretiyle sözleşmeyi feshedebilirler. Aynı hükme göre, daha uzun bir fesih bildirim süresi veya başka bir fesih döneminin kararlaştırılması ise, bu hükmün istisnasıdır. Böylece, yasada var olandan “*daha uzun bir fesih bildirim süresi*” kararlaştırılabilir, fakat daha kısa süreli bir fesih bildirim süresi kararlaştırılamaz. Söz konusu hükümle fesih dönemleri bakımından ise, böyle bir ayırım yapılmaksızın, kısaltma yönündeki değişikliğin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Hükmün ikinci cümlesinde ise, fesih dönemlerinin hesabında, kira sözleşmesinin başlangıç tarihinin esas alınacağı açıkça ifade edilmiştir⁵⁶.

İkinci fıkra ile birlikte sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresine uyulmamışsa, bildirim bir sonraki dönem için geçerli olacağı kabul edilmiştir⁵⁷. Söz konusu hükümden

⁵⁴ **Yavuz**, Borçlar, s. 246; **Gümüş**, M. Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK. m. 299-356), İstanbul 2011, s. 206; **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 177; **Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumalıoğlu**, s. 514.

⁵⁵ **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 177. Hükmün ikinci fıkrasındaki “*dönüşür*” ifadesinden, bu ifadeden hüküm kapsamında bir tecdidin mi yoksa bir uzamanın mı düzenlendiğinin açık olmadığına dair görüş için bkz., **Arpacı**, s. 3679.

⁵⁶ **Gümüş**, Kira, s. 257-258.

⁵⁷ **Gümüş**, Kira, s. 260; **Doğan/ Baygın**, s. 124.

sonra ise, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 262 nci maddesinde tek fıkrada ve 3 bent hâlinde düzenlenen yasal fesih dönemleri ile bildirim süreleri, Borçlar Kanununun 329 uncu ve 330 uncu maddelerinde iki madde hâlinde, “taşınmaz ve taşınır yapı kiralari” ile “taşınır kiralari” şeklinde bir ayırım öngörülme suretiyle yapılmıştır.

2. Taşınmaz ve Taşınır Yapı Kiralarında (BK. m. 329)

Söz konusu hükümde, belirsiz süreli taşınmaz ve taşınır yapı kiralarının fesih bildirimleriyle sona erdirilmesi düzenlenmektedir. Bu hüküm sayesinde, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 262 nci maddesinin 1 ve 2 numaralı bentlerinde kiralananın niteliğine göre öngörülen süre farklılığı ayırımı terk edilmiştir. Böylece, döşenmiş olsun veya olmasın taşınmazlara ve taşınır yapılara ilişkin tüm belirsiz süreli kira sözleşmelerinin feshinde, yerel âdetle herhangi bir kira dönemi belirlenmediği hâllerde, sözleşmenin başlangıcından itibaren hesaplanacak 6 aylık dönem için 3 ay önceden fesih bildiriminde bulunulmuş olması aranmıştır⁵⁸. Örneğin, 1 Ocak 2013’te akdedilmiş bir kira sözleşmesini, 1 Temmuz 2013’te feshedebilmek için en geç 1 Nisan 2013’e kadar fesih bildiriminde bulunmak zorunludur.

3. Taşınır Kiralarında (BK. m. 330)

Borçlar Kanununun 330 uncu maddesinin 1 inci fıkrasıyla, eski Borçlar Kanununun 262 nci maddesinin 2 nci bendinde “*sükûna mahsus mefruşat*” bakımından taşınırlarda yer alan istisna kaldırılmış ve tüm taşınır kiralari aynı hukukî rejime tâbi kılınmıştır. Bu hükmün, karşılığı olan eski Borçlar Kanununun 262 nci maddesinin 3 üncü bendinin sadeleştirilmesi haricinde, birinci fıkrada herhangi bir değişiklik yoktur.

Yeni bir düzenleme olan ikinci fıkra hükmünde ise, kiraya verenin meslekî faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınır bir malın kiracısı, kira sözleşmesini, üç aylık kira dönemi sonu için en az bir ay önceden yapacağı bir fesih bildirimleriyle sona erdirebileceği ve öngörülen hükme uygun fesih hâlinde kiraya verenin zararının giderilmesini istemeye hakkının olmadığı düzenlenmiştir. Hükme göre, bir otomobili özel kullanım amacıyla 1 Haziran 2013 tarihinde kiralama işini meslek olarak yürüten bir kişiden kiralayan kiracının, kira sözleşmesini feshedebilmesi için 1 Ağustos 2013’e kadar fesih bildiriminde bulunması gerekecektir.

⁵⁸ Doğan/ Baygın, s. 125.

C. OLAĞANÜSTÜ FESİH

1. Önemli Sebepler (BK. m. 331)

Her ne kadar madde gerekçesinde, Borçlar Kanununun 331 inci maddesinin eski Borçlar Kanununun 264 üncü maddesini karşıladığı ifade edilmişse de, her iki hüküm arasında farklılıklar vardır. Önemli sebeplerden dolayı fesih imkânı, eski Borçlar Kanununun 264 üncü maddesinde sadece belirli süreli taşınmaz kirasında ve ancak tam bir tazminat vermek koşullarıyla kabul edilmiştir. Fakat, Borçlar Kanununun 331 inci maddesinin 1 inci fıkrası, bu imkânı, ayırım yapmaksızın tüm kira sözleşmeleri bakımından kabul etmektedir. Ayrıca, eski Borçlar Kanunundaki hükmün ilk fıkrasının aksine, 6098 sayılı Borçlar Kanunundaki hükmün ilk fıkrasında tazminata ilişkin herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. İkinci fıkrada, durum ve koşulları göz önünde tutarak, yani sadece tazminatın mümkün olduğu kira sözleşmelerinde, hâkimin olağanüstü fesih bildirimini parasal sonuçlarını karara bağlayacağı düzenlenmiştir. Kira süresine bağlı olarak herhangi bir asgarî tazminat miktarı öngörülmemiştir. Böylece, hiç tazminat ödenmemesi de mümkün hâle gelmiştir⁵⁹.

Öte yandan, 6353 sayılı Kanunun⁶⁰ 53 üncü maddesiyle değişikliğe uğramış, 6217 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesine göre, kiracının Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralalarında, Borçlar Kanununun 331 inci maddesi 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu takdirde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde öngörülen hususlar hakkında sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri uygulanır. Bununla birlikte, söz konusu hüküm gereğince, kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hâllerde, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun uygulanma alanı bulacağı düzenlenmiştir⁶¹.

2. Kiracının İflâsı (BK. m. 332)

Maddenin ilk fıkrasında kiraya verenin bu madde hükmünden yararlanabilmesi için kiralananı kiracıya teslim etmiş olması gerektiği

⁵⁹ Yavuz, Borçlar, s. 258; Gümüş, Kira, s. 275; Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 179; Doğan/ Baygın, s. 125.

⁶⁰ RG., 12.7.2012, S. 28351.

⁶¹ Gümüş, Özel, s. 386.

açıkça ifade edilmiştir⁶². Ayrıca, hükmün karşılığı olan 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 261 inci maddesinden farklı olarak, ilk fıkrada kiraya verenin sadece işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesini isteyebileceği ifade edilmektedir. Madde gerekçesine göre, birikmiş kiraların ise genel hükümlere tâbi olacağı ifade edilmiştir.

İkinci fıkranın ilk cümlesinde, yine eski Borçlar Kanununun 261 inci maddesinden farklı şekilde, kiraya verenin isteyeceği güvence için yazılı bir bildirimle uygun süreyi vereceği öngörülmüştür. Bu hükümde uygun sürenin hâkime tayin ettirilmesi gibi bir koşul ise öngörülmemiştir. Ayrıca, aynı cümlede, açıkça güvence verilmesi için verilecek yazılı uygun süre bildiriminin kiracı ve iflâs masasına yöneltileceği ifade edilmiştir. Bu olağanüstü fesih sebebinin diğerlerinden farkı ise, kiracının iflâsı hâlinde, kiraya verene, fesih dönemlerine ve fesih bildirim sürelerine uymaksızın sözleşmeyi hemen feshedebilme yetkisinin tanınmış olmasıdır⁶³.

3. Kiracının Ölümü (BK. m. 333)

Eski Borçlar Kanunundaki karşılığı olan 265 inci maddeden farklı olarak, BK. m. 333'te kiracının ölmesi durumunda hem mirasçılara hem kiraya verene değil; sadece mirasçılara fesih hakkı tanınmıştır⁶⁴. Ayrıca, kanun koyucu, yeni hükümle birlikte, söz konusu fesih hakkının, kiranın süresine bakılmaksızın tüm kira sözleşmelerinde ileri sürülebileceğine belirtmiştir⁶⁵. Eski Borçlar Kanununun 265 inci maddesindeki “*tazminat vermeksizin*” şeklindeki ifade ise, yeni hükümde yer almamıştır.

⁶² Böylece, teslim öncesi durumun ne olacağının belirsizleştiği yönündeki görüş için bkz., **Arpacı**, s. 3679.

⁶³ **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Moralı/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 179-180; **Doğan/ Baygın**, s. 125-126.

⁶⁴ 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 265 inci maddesinin isabetli olduğu, hükmün aynen korunması ve kiracının ölümü hâlinde menfaatler dengesine uygun olarak kiraya verene de fesih hakkının tanınması gerektiği hakkında eleştiriler için bkz., **Kaplan**, İbrahim, Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerim, Terazi Hukuk Dergisi, S. 25, 2008, s. 28-29.

⁶⁵ **Kuntalp/ Barlas/ Ayanoğlu Moralı/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç**, s. 180; **Doğan/ Baygın**, s. 126.

VII. KİRALANANIN GERİ VERİLMESİ

A. GENEL OLARAK (BK. m. 334)

Borçlar Kanununun 334 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında, karşılığı olan 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 266 ncı maddesinin 1 inci ve 2 nci fıkrasındaki esaslar aynen kabul edilmiştir. Fakat, Borçlar Kanununun 334 üncü maddesi, yeni bir düzenlemedir. Emredici nitelikteki bu hükümlerle, kiracının kiralananı sözleşmeye uygun kullandığı sürece bu kullanmadan kaynaklanan değer kaybını tazmin edeceğini önceden taahhüt etmesine ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğu kabul edilmiştir⁶⁶. 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 266 ncı maddesinin son fıkrasıysa, ispat ile ilgili bir düzenleme olduğu gerekçesiyle hükme dahil edilmemiştir.

B. KİRALANANIN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ VE KİRACIYA BİLDİRME (BK. m. 335)

Yeni bir düzenleme olan Borçlar Kanununun 335 inci maddesiyle, kiralananın geri verilmesi sırasında, kiraya verenin kiralananı gözden geçirme ve kiracıya bildirimde bulunma yükü düzenlenmektedir. Bu hükme göre kiraya veren, geri verme sırasında kiralananın durumunu gözden geçirmek ve kiracının sorumlu olduğu eksiklikleri ve ayıpları ona hemen yazılı olarak bildirmekle yükümlüdür. Kiraya verenin bu yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde ise, kiracı her türlü sorumluluktan kurtulur. Ancak, hükmün üçüncü ve dördüncü cümlelerine göre, bu eksiklikler ve ayıplar, teslim alma sırasında olağan incelemeyle belirlenemeyecek nitelikte, yani gizli ise kiraya veren, bu tür eksiklikleri ve ayıpları belirlediğinde, kiracıya hemen yazılı olarak bildirmek zorundadır.

VIII. KİRAYA VERENİN HAPİS HAKKI

A. KONUSU (BK. m. 336)

818 sayılı eski Borçlar Kanununun 267 ncı maddesinin karşılığı olarak öngörülen bu hüküm, sadeleştirilmek suretiyle aynen Borçlar Kanununa dâhil edilmiştir⁶⁷. Bahse konu hükme göre, taşınmaz kiralarda kiraya veren, işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan altı aylık kira

⁶⁶ Zevkliler/ Ertas/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumahoğlu, s. 509; Kuntalp/ Barlas/ Ayanoglu Morali/ Çavuşoğlu Işıntan/ İpek/ Yaşar/ Koç, s. 181.

⁶⁷ Söz konusu hükmün ilk fıkrasında, 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 267 ncı maddesinde yer alan “tezyinat” ifadesinin karşılığının bulunmadığına ilişkin görüşü için bkz., Arpacı, s. 3679.

bedelinin güvencesi olmak üzere, kiralanandaki onun döşenmesine veya kullanılmasına yarayan taşınırlar üzerinde hapis hakkına sahiptir.

B. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE AİT OLAN EŞYA (BK. m. 337)

Borçlar Kanununun 337 nci maddesi 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 268 inci maddesini karşılar. Eski Borçlar Kanununun 268 inci maddesi, sadeleştirilmek suretiyle aynen Borçlar Kanununda düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanununun 268 inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan “*zilyedin*” ifadesi ise, öğretideki görüş dikkate alınmak suretiyle, “*malikinin*” ifadesi şeklinde Borçlar Kanununda yer almıştır.

C. HAKKIN KULLANILMASI (BK. m. 338)

818 sayılı eski Borçlar Kanununun hapis hakkının kullanılmasına ilişkin 269 uncu maddesinin karşılığı olarak öngörülen Borçlar Kanununun 338 inci maddesi, sadeleştirilmek suretiyle aynen muhafaza edilmiştir. Eski hükümlerle tek fark ise, ilk fıkradadır. Buna göre, kiraya veren, hakkını sadece sulh hâkiminin değil; aynı şekilde icra müdürünün de kararıyla kullanabilir⁶⁸.

IX. SONUÇ

Öncelikle, sistematik açıdan, kanun koyucunun kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlere ayrı bir ayırım olarak yer vermiş olması, eski kira hükümleri dikkate alındığında, tek tek açıklamaya gayret edilen kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin en önemli değişikliklerindedir. Böylece, ilk ayırım hükümleri, konut ve çatılı işyeri kiralaları ile ürün kirası bakımından da bu kira türlerinde özel bir düzenleme olmaması hâlinde, uygulanma imkânı kazanmıştır.

Ayrıca, 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun yürürlükten kaldırılmış ve bu Kanunun hükümlerinin esas itibarıyla, 6098 sayılı Borçlar Kanununun kira sözleşmesine ilişkin hükümleri içerisinde “*Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları*” diye ayrı bir başlık altında düzenlenmiş olması da diğer bir önemli değişikliktir. Böylece, kanun koyucu tarafından kira hukukunda yeknesaklığın amaçlandığı söylenebilir.

Şekil bakımından ise, kısaca, kanun koyucunun hükümlerin sadeleştirilmesini ve daha anlaşılabilir kılınmasını amaçladığı ifade edilebilir. Esas bakımından bir değerlendirme yapıldığı takdirde ise, yapılan değişikliklerde, uygulamadaki ihtilafli noktaların giderilmeye çalışıldığı

⁶⁸ Öz, s. 58; Yavuz, Borçlar, s. 234.

ve Yargıtay uygulaması ile İsviçre örneğinin göz önünde bulundurulmaya gayret edildiği ifade edilebilir.

KAYNAKLAR*

- Acar**, Faruk, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Dördüncü Oturum: Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Legal Hukuk Dergisi, 3: 34, Ekim 2005, s. 3685-3691 (Tasarı).
- Acar**, Faruk, Kira Sözleşmesinde Bağlantılı İşlem ve Güvence, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 163-170 (Güvence).
- Akıncı**, Şahin, İşyeri Kiralarında Kiracının Korunması Açısından Borçlar Kanunu Tasarısının Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 33-50.
- Akipek**, Jale G. / **Akıntürk**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Antalya**, Gökhan, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Dördüncü Oturum: Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Legal Hukuk Dergisi, 3: 34, Ekim 2005, s. 3701.
- Aral**, Fahrettin/ **Ayrancı**, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara 2012.
- Arpacı**, Abdülkadir, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Dördüncü Oturum: Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Legal Hukuk Dergisi, 3: 34, Ekim 2005, s. 3677-3682.
- Atabekoğlu**, Fatma, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarının Kiracıdan Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 171-182.
- Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya 2012 (Borçlar).
- Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, C. 1, 6. Baskı, Konya 2012 (I).
- Ayanoğlu Morali**, Ahu, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiraya Veren TBK m. 347 Çerçevesinde Kira Sözleşmesini Bildirim Yoluyla Sona Erdirmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 108-131.

* Aynı yazarın birden fazla eserine ve aynı soyadı taşıyan farklı yazarlara yapılan atıfları ayırmak için belirlenen kısaltmalar, eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- Aysal**, Mustafa, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 183-191.
- Başaran**, Ece, Borçlar Kanunu Tasarısı: Türk Kira Hukukunun İkili Yapısının Sonu Mu?, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 38, Ekim 2009, s. 55-69.
- Doğan**, Murat/ **Baygın**, Cem, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Kira Sözleşmesine İlişkin Hükümler, Hukukî Perspektifler dergisi, S. 4, Ağustos 2005, s. 116-131.
- Gökyayla**, Emre, Türk Borçlar Kanununun Kira Bedelinin Belirlenmesine İlişkin 344. Maddesinin Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 18-51.
- Güçlü**, Murat, Yeni Borçlar Kanununun Getirdikleri, Konya Barosu Dergisi, Y. 8, S. 6, s. 22-31.
- Gümüş**, M. Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2012 (Özel).
- Gümüş**, M. Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi (TBK. m. 299-356), İstanbul 2011 (Kira).
- Gümüş**, M. Alper, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesinde Yan Giderler, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 7-17 (Gider).
- Hatemi**, Hüseyin, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Dördüncü Oturum: Kira Sözleşmesi ve Kefalet, Legal Hukuk Dergisi, 3:34, Ekim 2005, s. 3681-3685.
- Hatemi**, Hüseyin/ **Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 2. Baskı, İstanbul 2012.
- İnceoğlu**, M. Murat, Kira Hukukunda Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 52-88.
- Kaplan**, İbrahim, Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerim, Terazi Hukuk Dergisi, S. 25, 2008, s. 17-37.
- Kuntalp**, Erden/ **Barlas**, Nami/ **Ayanoğlu Morali**, Ahu/ **Çavuşoğlu Işıntan**, İpek/ **İpek**, Mehtap/ **Yaşar**, Mert/ **Koç**, Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, 2005, s. 157-199.
- Kurdoğlu**, Bülent, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının İncelenmesi", Ankara Barosu Dergisi, C. 63, S. 3, 2005, s. 53-84.
- Oğuzman**, M. Kemal/ **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, 10. Baskı, İstanbul 2012.

- Öktem Çevik**, Seda, Kiralananın Sözleşmenin Bitiminden Önce Geri Verilmesi (TBK m. 325), Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 132-162.
- Öz**, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2001.
- Özen**, Burak, Kira Konusunun Devri, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 9, S. 103-104, 2013, s. 89-107.
- Tandoğan**, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 4. Baskı, İstanbul 2008.
- Topuz**, Seçkin/ **Canbolat**, Ferhat, Kira İlişkisinin Devri (Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi, TBBD., S. 95, 2011, s. 97-134.
- Tunçomağ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. 2, 3. Baskı, İstanbul 1977.
- Uygur**, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Madde 237-649), C. 2, 2. Baskı, Ankara 2012.
- Yavuz**, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012 (Borçlar).
- Yavuz**, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Baskı, Ankara 2012 (Kira).
- Zevkililer**, Aydın/ **Ertaş**, Şeref/ **Havutçu**, Ayşe/ **Aydoğdu**, Murat/ **Cumaloğlu**, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.

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 şartları taşımayan başvurular KABUL EDİLMEYECEKTİR.

Haberleşme Adresi: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

İnternet adresi:

<http://www.selcuk.edu.tr/Sayfa.aspx?birim=004&sayfa=2100&dt=1>

e-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr