



**İnönü Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

Inonu University Law Review

ISSN : 2146-1082

**Cilt : 8 - Sayı : 1
Ocak - Haziran 2017**

**Vol. : 8 - No : 1
January - June 2017**



2010 Yılından itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren HEINONLINE tarafından taranan dergiler arasındadır.

EBSCOhost tarafından taranan dergiler arasındadır.

INDEX COPERNICUS tarafından taranan dergiler arasındadır.

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

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

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

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

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

2010 yılından itibaren asos academia social science index tarafından taranan dergiler arasındadır

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

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

Basım Yeri: İnönü Üniversitesi Matbaası

İLETİŞİM ADRESİ:

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

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

www.inonu.edu.tr/hukukdergi

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY

Yayın Kurulu Başkanı – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editörler-Editors

Doç. Dr. Tamer BUDAK İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Editör Yardımcılar- Co-Editors

Arş. Grv. Kürşat AKÇA İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Adem YELMEN İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

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

Danışma Kurulu / Advisory Board

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

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIM İLKELERİ

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

PUBLICATION RULES

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

İÇİNDEKİLER

Necla ÖZTÜRK Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler	1-32
Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN Sözleşmenin Yorumunda Gerçek İradenin Tespiti	33-52
Anıl ÇAMYAMAÇ İtalya'nın Boğazları	53-90
Emre KALENDER Acentenin Denkleştirme Talep Hakkına İlişkin TTK m. 122'nin, Marka Lisansı Alana Uygulanabilirliği	91-112
Hakan KARAKEHYA Bilgi, İktidar ve Hukuk	113-128
Selçuk GİŞİ Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu	129-152
Burcu G.ÖZCAN BÜYÜKTANIR - Dila Okyar KARAOSMANOĞLU Endikasyon Dışı (Off-Label) İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu	153-198
Duygu TAHAN Roma Hukuku'nda Alım Satım Akdine Bağlı Pactumlar	199-224
Seçkin YAVUZDOĞAN İdari Yargı Kararlarından Hareketle "İNTİHAL"	225-254
Sefer OĞUZ Bankacılık Kanunu Kapsamında Banka Yöneticilerinin Şahsi Sorumlulukları	255-286
Kazım Sedat SİRMEN – Bilge ERSON ASAR Şikago Konvansiyonu'nun 83 BIS Maddesinin Uluslararası ve Türk Havacılık Hukukuna Etkileri	287-318
Mehmet MECEK Okul Kantinlerinin İşletilmesi ya da Kiraya Verilmesinde Yetki Unsuru: Türkiye'de Yapılan Yanlış Uygulamalar	319-350
Başak BAŞOĞLU Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi	351-378

CONTENTS

Necla ÖZTÜRK	
Some Innovations in the Act of Family Protection and Prevention of Violence Against Women	1-32
Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN	33-52
Determination of True Will in the Interpretation of Contracts	
Anıl ÇAMYAMAÇ	53-90
Straits of Italy	
Emre KALENDER	
Applicability of the Article Related to Commercial Agents' Right to Claim Equalization, Namely the Article 122 of The Turkish Commercial Code to Trade Mark Licencees	91-112
Hakan KARAKEHYA	113-128
Information, Power and Law	
Selçuk GİŞİ	129-152
Tendency to Decriminalization of Misdemeanor Offenses and Misdemeanor Act	
Burcu G.ÖZCAN BÜYÜKTANIR - Dila Okyar KARAOSMANOĞLU	153-198
Legal Liability of the Drug Manufacturer and Physician for Damages Arising From Off-Label Drug Use.....	
Duygu TAHAN	199-224
Pactums Attached to the Contract Emptio Venditio in Roman Law	
Seçkin YAVUZDOĞAN	225-254
Plagiarism in Administrative Court Decisions	
Sefer OĞUZ	255-286
Personal Responsibilities of Bank Directors in Scope of Turkish Banking Law	
Kazım Sedat SİRMEN – Bilge ERSON ASAR	287-318
The Effects of Article 83 Bis of The Chicago Convention to International and Turkish Aviation Law	
Mehmet MECEK	319-350
The Element of Authority in the Operation or the Leasing of the School Canteens: Wrong Applications in Turkey	
Başak BAŞOĞLU	351-378
The Effect of Kinship on Child's Surname	

AİLENİN KORUNMASI VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUNUN GETİRDİĞİ BAZI YENİLİKLER VE ÖNERİLER

SOME INNOVATIONS IN THE ACT OF FAMILY PROTECTION AND PREVENTION OF VIOLENCE AGAINST WOMEN

Necla ÖZTÜRK*

ÖZET

Ülkemizde uzun yıllar kadına yönelik şiddetin aile içi mesele olduğu ve sadece eşleri ilgilendirdiği düşüncesi etkili olmuştur. Bu yaklaşım 1980'li yıllarda kadın hareketlerinin etkisiyle tartışılmaya, aile içi şiddetin suç olduğu düşüncesi kamuoyunda yer bulmaya başlamıştır. Özel alan olarak görülen bu konuların toplumda tartışılmaya başlamasının sonucu olarak, Türk hukukunda ilk kez kadına ilişkin şiddetin önlenmesi amacıyla 17 Ocak 1998 tarihinde 4320 sayılı *Ailenin Korunmasına Dair Kanun* yürürlüğe girmiştir¹. Ancak bir süre sonra 4320 sayılı Kanun yetersiz kalmış ve yeni bir Kanun ihtiyacı doğmuştur. Böylelikle 8 Mart 2012 tarihinde 6284 sayılı *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun*², 18 Ocak 2013 tarihinde ise *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği*³ kabul edilmiştir.

Bu makalenin amacı, 6284 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümleri çerçevesinde getirilen bazı önemli yenilikleri ele almak, Kanundaki eksikliklerle, uygulamada görülen sorunlara dikkat çekmektir.

Anahtar Kelimeler: Ailenin Korunması, Kadına Karşı Şiddet, Ev- İçi Şiddet, Toplumsal Cinsiyet, Koruyucu Tedbirler.

ABSTRACT

Violence against women in our country was interpreted and understood to be a domestic issues for several decades. This approach has been changed because of the influence of the women's movement in 1980's, that domestic violence is a crime, where the local law enforcement would protect violence against women based on enforceability of the Act. As a result, it was a matter of public discussion in the society as oppose to being a private personal matter. The first Act preventing violence against women under Turkish Law is the Family Protection Law number 4320 came into force on January 17, 1998. Subsequently, the Act No: 4320 was inadequate and a new Act needed to be enforced or amendments were required to be made in the existing Act. Finally, on March 8, 2012 Act of Family Protection and Prevention of Violence Against Women and also on

* Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, ozturknecla@akdeniz.edu.tr

¹ RG: 17.01.1998-23233.

² RG: 20.03.2012-28239.

³ RG: 18.01.2013-28532. Bundan böyle 'Yönetmelik' olarak anılacaktır.

January 18, 2013 The Regulation on the Act of Family Protection and Prevention of Violence Against Women was approved and enforced.

The purpose of this article, to address some of the major innovations, changes and amendments introduced in the framework of Law No. 6284 and related Regulations and to draw attention to deficiencies in the law and in practice.

Keywords: Protection of Family, Violence Against Women, Domestic Violence, Gender, Protective Measures.

GİRİŞ

2000’li yılların başından beri Türk hukukunda; Avrupa Birliği uyum yasaları ve milletlerarası sözleşmelerin⁴ gereği, kadın kuruluşlarının çabalarıyla temel kanunlarda yer alan kadın-erkek eşitliğine aykırı hükümler değiştirilmiştir veya yürürlükten kaldırılmıştır. Bu bağlamda, 1982 Anayasası’nın⁵ bazı hükümleri değiştirilmiş⁶, Yeni Türk Ceza Kanunu⁷, Türk Medenî Kanunu⁸, Türk Borçlar Kanunu⁹ ve İş Kanunu¹⁰

⁴ Kadın hakları konusundaki milletlerarası düzenlemeler için bkz. AYATA, Gökçeçiçek/ ERYILMAZ DİLEK, Sevinç/ ODER, Bertil Emrah: Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama (Ed.: Burcu Yeşiladalı), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.

⁵ RG: 09.11.1982-17863.

⁶ 1982 Anayasası 2001, 2004 ve 2010 yıllarında değiştirilmiş ve kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KUYAKSİL, Ali, “Türk Anayasalarında Kadın Hakları ve Gelişimi”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2009, 6 (11), s. 328-352.

⁷ RG: 12.10.2004-25611. Eski Türk Ceza Kanunu’nun (RG: 13.03.1926-320) kadına ilişkin hükümlerinin eleştirisi konusunda bkz. CENTEL, Nur: Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın Paneli, İstanbul 2003: <http://nurcentel.com/makaleler/kadinakarsisiddet.pdf> (Erişim tarihi: 24.06.2014). Ayrıca konu hakkında geniş bilgi için bkz. YALÇIN SANCAR, Türkan: Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

⁸ RG: 08.12.2001-24607. 1926 tarihli Mülga Türk Medenî Kanunundaki (RG: 04.04.1926-339) kadın-erkek eşitliğine aykırı bazı hükümler konusunda bilgi için bkz. AKINCI, Şahin: “Medenî Kanun’da Kadın ve Aile”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8 (1-2), 2004, s. 15-31; YARAR, Betül: “Bir Moral Düzenleme Biçimi Olarak Medenî Kanunun Aile Hukuku Arkeolojisi”, Öneri Dergisi, 7 (28), 2007, s. 212 vd. Ancak, kadının kocasının soyadını taşıma zorunluluğuna ilişkin Türk Medenî Kanunu’nun 187. maddesi hâlâ yürürlüktedir. Konu hakkında bkz. MOROĞLU, Nazan: “Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’”, TBB Dergisi, 99, 2012, s. 245-268; ERGENE Deniz: “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medenî Kanunda Değişiklik Önerisi”, MHB, 31 (2), 2011, s. 123-176; AIHM tarafından 28.05.2013 tarihli, Türkiye’nin mahkûm olduğu dava için bkz.: <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/levantoglu.pdf> (Erişim tarihi: 03.12.2015).

⁹ RG: 04.02.2011-27836.

¹⁰ RG: 10.06.2003-25134.

kabul edilmiştir. Ayrıca Belediye Kanunu¹¹, Devlet Memurları Kanunu¹² gibi kanunlarda da kadına ilişkin hükümlerde yeni düzenlemeler yapılmıştır¹³. Ancak bu değişiklikler kadını şiddetten korumaya yeterli olmamıştır. Zira bazı toplumlarda olduğu gibi Türk toplumunda da¹⁴ ev içi şiddet; aile içi mesele/özel alan olarak görülüp, konunun sadece eşleri ilgilendirdiği düşüncesi kabul edilmektedir¹⁵. Bu kabul, 1980’li yılların sonlarında kadın hareketleri ve kampanyaların etkisiyle tartışılmaya başlanmış; aile içi şiddetin göz yumulamayacak bir suç olduğu, bunu işleyenlerin cezalandırılması gerektiği kamuoyunda yer bulmuştur¹⁶.

Bu gelişmelerin bir sonucu olarak ilk kadın danışma merkezlerinin ve ardından sığınma evlerinin açılmasıyla ev içi şiddetle gerçek mücadele süreci başlamıştır. 1990’lı yılların sonunda bu süreç ivme kazanmış ve kadına karşı şiddeti düzenleyen ilk kanun -4320 sayılı *Ailenin Korunmasına Dair Kanun*- 1998 yılında yürürlüğe girmiştir¹⁷. Kanunun

¹¹ RG: 13.07.2005-25874.

¹² RG: 23.07.1965-12056.

¹³ Yasal değişikliklerin ayrıntıları için bkz. Türkiye’de Kadının Durumu, TC. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ekim 2012, Ankara, s. 2-11:

http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/kadininstatusu.gov.tr/mce/2012/trde_kadinin_durumu_2012_ekim.pdf (Erişim tarihi: 30.06.2013).

¹⁴ Türkiye’de kadına yönelik şiddetle mücadelenin kısa tarihçesi konusunda bkz. ALTINAY, Ayşe Gül/ ARAT, Yeşim: Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet, 2. Bası, Metis Yayınları, İstanbul 2008, s. 17 vd; Kadın hareketi konusunda ayrıca bkz. TEKELİ, Şirin: “80’lerde Türkiye’de Kadınların Kurtuluş Hareketinin Gelişmesi”, Birikim, 3, 1989, s. 34-41; ARAT, Yeşim: 1980’ler Türkiye’sinde Kadın Hareketi: Liberal Kemalizm’in Radikal Uzantısı - Türkiye’de Kadın Olgusu (Yayına Hazırlayan: Necla Arat), Say Yayınları, İstanbul 1992, s. 75-95.

¹⁵ Kamusal-özel alan ayrımı, toplumsal cinsiyet eşitsizliğine yol açan ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddeti meşrulaştıran bir anlam taşımaktadır. Bu bağlamda kadına yönelik şiddet özel mesele olarak değerlendirilmediğinden müdahale edilmemiştir: VEUR Dennis: Gender Matters - A Manual on Addressing Gender-Based Violence Affecting Young People, General Editor: Gavan Titley, Council of Europe, Budapeşte 2007, s. 49. Ayrıca ailede kamusal-özel alan konusunun analizi için bkz. SCHNEIDER, M. Elizabeth: Battered and Feminist Lawmaking Women, Yale University, 2000, s. 87 vd; CAROL HALL, Jane, “The Link Between Public and Private Harm: Is There Hope for Gender-Based Violence as a Ground for Asylum in the United States”, Immigration and Nationality Law Review, 21, 2000, s. 679-699; UYGUR, Gülriç: Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi, Ünite 7 (Hukuk), Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2011, s. 156 vd.

¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. MORALIOĞLU, Aylin: “Seksenli Yıllarda Kadın Hareketi ve Kampanyalar”, TBB Dergisi, 99, 2012, s. 291-296.

¹⁷ Kanunun getirdiği tedbirler konusunda bkz. GÜVEN, Kudret: “4320 Sayılı Ailenin

amacı, ev içi şiddet mağdurlarını korumak ve toplumda şiddetin yol açacağı zararlara engel olmaktır¹⁸. Ancak Kanun; kadını değil aileyi koruduğu, kadını birey olarak kabul etmediği, kadına karşı şiddeti önlemeye yönelik hükümler içermediği ve usule ilişkin hükümlerin net olmaması gerekçeleriyle doktrin¹⁹ ve sivil toplum kuruluşlarınca²⁰ eleştirilmiştir. 4320 sayılı Kanuna yöneltilen bu eleştirileri gidermek için 2007 yılında *Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun* yürürlüğe girmiştir²¹. Ancak yapılan değişiklikler resmî nikâhı olmayan birliklilikleri açıkça kapsamadığı, tedbir kararlarının uygulanmasının bazı sorunlara yol açacağı gerekçeleriyle yeterli görülmemiştir²².

Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukukî Tedbirler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1-2), 1998, s. 1-25; ERDEM, Mehmet: “Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, TBB Dergisi, 73, 2007, s. 59 vd; BOZKURT ŞENER, Ekin: Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi, TC. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü (KSGM), Ankara 2011: http://kadininstatusu.aile.gov.tr/data/542a8e86369dc31550b3ac33/ekin_bozkurt_tez.pdf (Erişim tarihi: 09.12.2015).

¹⁸ Kanunun gerekçesi için bkz.: http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.tutanak_hazirla?v_meclis=&v_do_nem=&v_yasama_yili=&v_cilt=&v_birlesim=&v_sayfa=&v_anabasluk=KANUNLAR&v_altbaslik=4320&v_mv=&v_sb=&v_ozet=&v_kelime=&v_bastarih=&v_bittarih= (Erişim tarihi: 03.12.2015).

¹⁹ KARINCA, Eray: “Kadının Eş Şiddetinden Korunması İçin 4320 Sayılı Kanunda Yapılabilecek İyileştirmeler”, TAAD, 1(3), 2010, 327 vd; CENTEL, Nur: “Mağdurun Korunmasında Yeni Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s. 113 vd; DOĞAN, İzzet: “Kadına Yönelik Şiddet, Uluslararası Belgeler, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına İlişkin Yasa ve Bu Yasada Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, 82(3), 2008, s. 1223 vd. Ayrıca Kanunun uygulanmasında ortaya çıkan sorunlar için bkz. AYATA, Gökçeççek/ ERYILMAZ, Sevinç- KALEM, Seda: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kimi ve Neyi Koruyor? Hâkim, Savcı, Avukat Anlatıları”, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 139 vd; GÖKTEPE, İnci: “4320 Sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Örnekler” - Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Yeni Medenî Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, 2003, s. 31-34.

²⁰ Türkiye Barolar Birliği Kadın Hukuku Komisyonunun (TÜBAKKOM) 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı Önerileri için bkz.: http://web.e-baro.web.tr/uploads/00/Haberler/Komisyonlar/TUBAKKOM/Yasa_Degisiklik_Onerileri/4230_oneri.pdf (Erişim tarihi: 03.12.2015).

²¹ RG: 04.05.2007-26512.

²² Konu hakkında geniş bilgi için bkz. KARINCA, Eray: “Ailenin Korunması Kanunundaki Değişiklik Hakkında”, 2008: <http://bianet.org/bianet/toplumsal>

Türkiye’de artan kadın cinayetleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Opuz-Türkiye* Davası'nda Türkiye aleyhine karar vermesi²³ de yeni kanun ihtiyacını gündeme getirmiştir.

Böylelikle, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının²⁴ önderliğinde, TBMM Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu²⁵ ve yaklaşık 237 kadın örgütünden oluşan Şiddete Son Kadın Platformu oluşturulmuş ve konuyla ilgili kanun yapma çalışmalarına başlanmıştır. Bu süreçte, kadın araştırma ve uygulama merkezleri, bilim çevreleri ve feminist hukukçuların önerileri de alınarak bir kanun hazırlanmaya çalışılmış ve 8 Mart 2012 tarihinde 6284 sayılı *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun*, 18 Ocak 2013 tarihindeyse *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği* kabul edilmiştir.

Bu makalenin amacı, 6284 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümleri çerçevesinde getirilen bazı önemli yenilikleri ele almak, Kanundaki eksikliklerle, uygulamada görülen sorunlara dikkat çekmektir.

I. KANUNUN AMACI ve GETİRDİĞİ BAZI YENİLİKLER

A. Kanunun Amacı

Kanunun amacı 1. madde ve genel gerekçesinde açıklanmaktadır. Buna göre, Kanunun amacı, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişileri ve en temel insan hakkı olan yaşam hakkını korumak, kadın cinayetlerinin son bulması için kurumlararası iş birliğini sağlamak, şiddet uygulayan veya uygulama ihtimali bulunan kişileri rehabilite etmektir. Görüldüğü üzere, Kanunun amacı sadece şiddeti önlemek ya da şiddet mağdurunu korumak olmayıp, şiddet uygulayanı da tedavi etmektir.

cinsiyet/106837-ailenin-korunmasi-kanunu-ndaki-degisiklik-hakinda (Erişim tarihi: 29.06.2013); ATEŞ, Mustafa, “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, 65(3), 2007, s. 161-172.

²³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 9 Haziran 2009 tarihli kararı için bkz.: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/minjust/mju29/CASE%20OF%20OPUZ%20v%5B1%5D.%20TURKEY.pdf> (Erişim tarihi: 09.12.2015). Karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. UĞUR, Hüsamettin: “Kadın ve Aile Bireylerine Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri”, TBB Dergisi, 101, 2012, s. 337-339.

²⁴ Bundan böyle ‘Bakanlık’ olarak anılacaktır.

²⁵ Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, 23 Mart 2009 tarihinde kabul edilen 5840 sayılı Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu Kanunuyla kurulmuştur. RG: 24.03.2009-27179.

B. Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler

6284 sayılı Kanunun getirdiği başlıca yenilikleri; yararlanabilecek kişiler ile tedbir kararları (koruyucu-önleyici ve diğer tedbirler) bakımından ve diğer bazı yenilikler olarak incelemek mümkündür.

1. Kanundan Yararlanabilecek Kişiler Bakımından

6284 sayılı Kanunun 1. maddesi kanunun kapsamını düzenlemektedir. Buna göre, Kanundan yararlanacak kişi grupları; *şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadın, çocuk ve aile bireyleriyle tek taraflı ısrarlı takip mağduru kişilerdir*. Kanun hükümlerinden yararlanabilmek için, ilgilinin şiddete uğramış veya şiddete uğrama tehlikesi içinde olması yeterli olup; cinsiyetinin, aile üyesi olup olmamasının, medenî hâlinin veya vatandaşlığının²⁶ önemi bulunmamaktadır. Kanundan sadece şiddet mağduru kadın veya çocuklar değil, erkekler ve eşcinseller de yararlanabilecektir²⁷.

Kanunda, *şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan* ifadesinden *herkesin* Kanun kapsamında olduğu sonucunu çıkarılabilirse de, bu yorumun Kanunun ruhuna aykırı olduğu düşüncesindeyiz. Örneğin, iki esnaf arasında, dükkânlarının ön kısmına yerleştirdikleri mallar nedeniyle çıkan uyuşmazlık ya da apartman sakinlerinin, apartman sorunları nedeniyle birbirlerine şiddet uygulaması gibi durumlar Kanun kapsamında değerlendirilmez. Zira bu gibi sorunlar nedeniyle uygulanan şiddet, 'cinsiyete dayalı' değildir. Bu gibi uyuşmazlıklarda mahkemelerin kararları da bu yöndedir: Konuya ilişkin olarak verilen bir kararda mahkeme, (X) ifadesinde, *şüphelilerin aynı apartmanda kendisine komşu olduklarını, aralarında apartman meselesinden dolayı husumet olduğunu, şüphelilerden (Y)'nin evine gelip kendisine hakaret ettiğini, kapısını tekmelediğini, aynı gün akşamı da kocası (Z)'nin gelip kapısını tekmelediğini küfrettiğini ve hakaret ettiğini beyan ve iddia etmiş olup şikâyetçi olmuştur*. 6284 sayılı Kanun'un 2/ç maddesi kadına yönelik şiddeti tanımlamış kadınlara yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılıkla kadının insan hakları ihlaline yol açan ve kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranış olarak gösterilmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın apartman yönetimi ve Kat Mülkiyeti Kanunu'ndan kaynaklandığı, 6284 sayılı Kanunun amacı nazara alındığında söz konusu şikâyetle ilgili

²⁶ 6284 sayılı Kanunun yer bakımından kapsamı Türkiye'nin coğrafi sınırları içinde şiddete maruz kalan kişilerle sınırlıdır.

²⁷ UĞUR, s. 346-347.

*uygulama imkânının bulunmadığı kanaatine varıldığından talebin reddine karar verilmiştir*²⁸ şeklinde hüküm kurulmuştur.

Kanuna göre, sadece şiddete uğrayan değil, *şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişiler* de kapsam dâhilindedir. Bu hükümlerle “*şiddet gerçekleşmeden önleme*” amaçlanmaktadır. Ancak şiddet tehlikesinin varlığının tespiti güçtür. Bu nedenle, Kanun metninde “*açık, ani, yakın tehlike*” gibi bir ifadenin bulunmaması haklı olarak eleştirilmektedir²⁹. Zira şiddete uğrama tehlikesinin tespitindeki güçlük ve belirsizlik uygulamada sorunlara neden olabilir. Pozitif düzenleme karşısında, mahkeme, somut olayın özelliğine göre *şiddet tehlikesinin* varlığını değerlendirmelidir.

Tek taraflı ısrarlı takip mağduru terimi de Kanuna ilk kez giren terimlerdendir. Kanunda bu terimin tanımı bulunmamakla birlikte, Yönetmeliğin 3. maddesinin (ş) bendinde, *tek taraflı ısrarlı takip (stalking)*³⁰; *aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı ifade eder* şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere, tek taraflı ısrarlı takip mağduru kabul edilebilmek için taraflar arasında aile bağı ya da herhangi bir ilişki olmasına gerek yoktur. Ülkemizde sıklıkla görülen, arkadaşlık ya da birliktelik teklifini reddettikleri için fizikî ya da psikolojik korkuya maruz kalan kişiler de tek taraflı ısrarlı takip mağdurudur³¹. Ayrıca, bitirilen ilişkinin yeniden tesisi için veya ilişkinin bitirilmesine tepki olarak mağdura rahatsızlık vermek, mağdurun fiziksel ya da ruhsal gücünü kırmak, bezdirmek³², psikolojik olarak rahatsız etmek, evini ya da yolunu

²⁸ İzmir 15. Aile Mahkemesi, 07.01.2013, E. 2013/11, K. 2013/11 (yayımlanmamıştır).

²⁹ UĞUR, s. 348.

³⁰ İngilizce kökenli terimin anlamı, *gizlice bir başkasını belli bir mesafeden takip etmek, taciz etme ya da canını sıkma amacıyla gizlice etrafında dolanmadır*: GARNER, A. Bryan: Black’s Law Dictionary, 8. Bası, Thomson West Publishing, USA 2004, s. 1440; BARZİLALİ, Gad: “Culture of Patriarchy in Law: Violence from Antiquity to Modernity”, Law & Society Review, 38, 2004, s. 867 vd. Konunun Türk ve Alman hukuku açısından incelenmesi için bkz. ÜNVER, Yener: Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri, Ceza Hukuku Dergisi, 4 (11), 2009, s. 108 vd.

³¹ Aynı yönde bkz. UĞUR, s. 346-347.

³² ÜNVER, s. 109.

gözlemek gibi eylemler tek taraflı takip olarak değerlendirilebilir kanısındayız.

2. Tedbir Kararları Konusundaki Yenilikler

6284 sayılı Kanun, korunan kişi ve şiddet uygulayan bakımından birtakım tedbirler düzenlemiştir. Tedbirlerin bir kısmı 4320 sayılı Kanunda bulunmayıp, 6284 sayılı Kanunla ilk kez düzenlenmektedir. Bu tedbirler Kanunun İkinci Bölümünde koruyucu ve önleyici tedbirler olarak iki başlık altında düzenlenmiş, Yönetmeliğin 3. maddesinde de koruyucu ve önleyici tedbirlerin tanımı yapılmıştır. Buna göre, her iki tedbir kararına da olayın niteliği dikkate alınarak hükmedilebilmekle birlikte; koruyucu tedbir kararı, korunan kişi; önleyici tedbir kararıysa şiddet uygulayan ya da uygulama tehlikesi bulunan kişi hakkında hükmedilebilen tedbirlerdendir.

a) Korunan Kişi Hakkında Verilebilecek Tedbirler (Koruyucu Tedbirler)

Koruyucu tedbirlerle şiddet mağdurlarını koruma amaçlanmakta, tedbir kararı acil durumlarda ve sınırlı süreyle verilmektedir. Bu tedbirler şiddet uygulayanın cezaî ve diğer sorumluluklarını ortadan kaldırmamaktadır³³.

Koruyucu tedbirlerinin amacı, şiddeti durdurmak³⁴, toplumun şiddete karşı olduğunu vurgulayan bir kurala sahip olmak, şiddeti kamusal kayıt altına almak³⁵, mağdurun bağımsız karar almasını ve şiddetten uzak kalmasını sağlamaktır³⁶. Esasen şiddete uğrayan kişinin temel ihtiyacı, şiddet uygulayanın kontrolünden uzaklaşmaktır. Bu nedenle, koruyucu tedbirler önemli olup, ancak bu şekilde dış faktörlerle şiddet mağduruna destek olunabilmektedir³⁷.

³³ UYGUR, Gülriz: “Ev-İçi Şiddet Bağlamında Koruma Tedbirleriyle İlgili Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi”, Esin Konanç Sempozyumları, Çocuk İstismarı ve Çocuk Suçluluğu, 2010, s. 139.

³⁴ VORİS, Michal J.: “Civil Orders of Protection: Do They Protect Children, the Tag-along Victims of Domestic Violence”, Ohio Northern University Law Review, 17, 1990-1991, s. 601.

³⁵ KUENNEN, Tamara L.: “No-Drop Civil Protection Orders: Exploring the Bounds of Judicial Intervention in the Lives of Domestic Violence Victims”, UCLA Women’s Law Journal, 16, 2007, s. 49.

³⁶ KUENNEN, s. 48.

³⁷ UYGUR, Çocuk, s. 139.

6284 sayılı Kanunun 3. maddesinde mülkî amir tarafından verilebilecek koruyucu tedbirlerin tamamı, ilk kez düzenlenen tedbirler olup 4320 sayılı Kanunda yer almamaktaydı.

Koruyucu tedbirlere mülkî amir ya da hâkim karar verebileceği gibi, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kolluk da karar verilebilir. Doktrinde, bu durumun karışıklık yaratacağı ileri sürülse de³⁸ Kanunun 8. maddesinde belirtildiği üzere amaç, en çabuk ve kolay şekilde tedbir kararının alınabilmesidir. Dolayısıyla, somut olayın özelliğine göre en kısa sürede tedbir kararı alabilecek makama yetki tanınmasının yerinde olduğu kanısındayız.

aa) Mülkî Amir Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler (m. 3)

aaa) Uygun Barınma Yeri Sağlanması³⁹ (m. 3/a)

Şiddete uğrayan kişinin güvenli bir yerde barınmasının sağlanması şüphesiz alınması gerekli en acil tedbirdir. Türkiye’de, ne yazık ki, şiddete uğrayanlar için yeterli sayıda sığınma evi bulunmamaktadır. Bu nedenle Yönetmeliğin 7. maddesinde şiddet mağdurunun barınma ihtiyacının çözümü ayrıntılı şekilde açıklanmıştır. Buna göre, korunan kişiler, barınma yerleri yetersiz kalırsa kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt veya benzeri yerlerde güvenli nakil sağlanıncaya kadar geçici barındırılır. Korunan kişinin barınma ve iâşe giderleri, Şiddeti Önleme ve İzleme Merkezi (ŞÖNİM) tarafından karşılanır. Korunan kişinin nerede barındığı bilgisi ŞÖNİM’e bildirilir. ŞÖNİM kişinin talebini de dikkate alarak uygun ilk kabul birimi veya konukevi hizmeti verilecek yeri belirleyip korunan kişinin buraya yerleştirilmesini sağlar.

Yetkili makam kararıyla kamu kurum ve kuruluşlarına ait barınma yerlerine gönderilen şiddet mağduru, başka herhangi bir karar veya onay aranmaksızın barınma yerine derhal kabul edilir. Kanundaki bu açık düzenlemeyle, Belediye Kanunu'nun belediyelere yüklediği sığınma evi açma görevinin ivme ve işlerlik kazanacağını ummaktayız⁴⁰.

³⁸ UĞUR, s. 350.

³⁹ Yönetmelikte “sığınma evi” yerine “barınma yeri” ifadesi kullanılmaktadır.

⁴⁰ 2005 yılında, Belediye Kanununda yapılan değişikliklerle Belediyelere sığınma evi açma görevi yüklenmiştir. Belediye Kanununun 14. maddesine göre, *Büyükşehir Belediyeleriyle nüfusu 50.000 i geçen belediyeler kadınlar ve çocuklar için koruma evi açarlar*. Türkiye’deki sığınma evleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SALLAN GÜL, Songül: Türkiye’de Kadın Sığınmaevleri (Erkek Şiddetinden Uzak Yaşama Açılan Kapılar mı?, Bağlam Yayınları, İstanbul 2011; SALLAN GÜL, Songül: “Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetle Mücadeleye Tarihsel Bakış, İnsan Hakları Standartlarının Etkili

bbb) Geçici Maddî Yardım Sağlanması (m. 3/b)

Şiddete uğrayan ya da uğrama tehlikesi olan kişinin bir diğer sorunu da ekonomik ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Özellikle şiddet uygulayan kişiye bağımlı kişilerde bu husus özel önem taşımaktadır. Bu durumda şiddet mağduru, şiddet uygulayanın maddî desteği olmadan yaşamak yerine, başını sokacak yeri olması için şiddet uygulayanla uzlaşmayı seçebilmektedir⁴¹. Zira maddî desteği kaybetmek mağdurun faturalarının ödenmemesi veya çocuklarının yeterince beslenememesi gibi sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle, geçici maddî yardım sağlanması tedbiri mağdurun bu tür endişelerini bir süre de olsa gidermesi açısından hayati önemi haizdir.

Bu tedbir kararının nasıl uygulanacağı Kanununun 17. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, hâkim, maddî yardım miktarının belirlenmesinde kişinin barınma ihtiyacının karşılanıp karşılanmadığını da dikkate alarak, asgarî ücretin belli bir oranına hükmeder. Bu miktar, öncelikle Bakanlık bütçesinden karşılanır; daha sonra şiddet uygulayana rücu edilir. Maddî yardım miktarının hesaplanması, ödemelerin nasıl yapılacağı hususlarıysa Yönetmeliğin 8. maddesinde ayrıntılı düzenlenmiştir⁴².

ccc) Rehberlik ve Danışmanlık Hizmeti Verilmesi (m. 3/c)

Kanun, şiddet mağdurunun psikolojik destek ihtiyacını da dikkate alınmış ve buna ilişkin tedbir kararı verilebileceğini düzenlemiştir. Yönetmeliğin 9. maddesine göre, korunan kişiye, psikolojik ve sosyo-ekonomik durumu göz önüne alınarak; hakları, destek alabileceği kurumlar, meslek edinmesine yardımcı kurslar hakkında bilgi verilir. Ayrıca iş bulması, kendi kararlarını alabilmesi, hayatıyla ilgili planlar yapabilmesi konularında yardımcı hizmetler verilir. Bu düzenlemeyle

Uygulanması Bağlamında Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele”, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, İstanbul 2012, s. 517-544.

⁴¹ KUENNEN, s. 41.

⁴² Buna göre, geçici maddî yardım, korunan kişinin kimlik numarası ve banka hesap numarası beyanına istinaden, kararın ŞÖNİM'e tebliğ edilmesini müteakiben hazırlanan bordroyla ödenir. Bordro, her ayın onbeşinde ve otuzunda düzenlenerek tahakkuk eden meblağ ilgililerin banka hesabına yatırılır. Aynı tedbir kararında birden fazla kişi hakkında geçici maddî yardım yapılmasına dair karar verilmesi halinde bu kişiler aynı bordroda gösterilir ve ödemeler aynı banka hesap numarasına yapılır. Ödeme evrakına karar örneği eklenir. Geçici maddî yardıma dair ödemelere kararın geçerliliği süresince devam edilir. Geçici maddî yardım yapılmasının kaldırılmasına ya da değiştirilmesine karar verilmesi halinde kararın geçerli olduğu gün üzerinden hesaplanarak ödeme yapılır. Korunan kişiye elden ödeme yapılmaz.

amaçlanan, şiddet mağdurunu psikolojik olarak desteklemenin yanı sıra, onu topluma kazandırmak, kendi kararlarını verebilecek ve hayatını idame ettirebilecek donanımı edinmesine yardımcı olmaktır.

ddd) Geçici Koruma Altına Alınma (m. 3/ç)

Şiddet mağdurunun hayatî tehlikesi bulunmaktaysa, kendi talebi üzerine veya re'sen verilebilecek bir diğer tedbir, geçici koruma altına almaktır. Korunan kişinin nasıl koruma altına alınacağı Yönetmeliğin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, şiddet mağduruna yönelik muhtemel tehdit ve risk dikkate alınarak şiddet mağduru ve şiddet uygulayanın durumunun değerlendirilmesiyle *Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte*⁴³ düzenlenen fizikî koruma tedbirleri belirlenir.

Korunan kişi, geçici koruma kararının kapsam ve içeriği, şiddet veya şiddete uğrama tehlikesinin varlığı hâlinde arayabileceği telefon numaraları gibi hususlarda bilgilendirilir.

eee) Kreş İmkânı (m. 3/d)

Şiddetten en çok etkilenenlerin çocuklar olduğu şüphesizdir. Araştırmalara göre, şiddet gören ya da şiddete tanık olan çocuklar ruhsal sorunlar yaşayabilmekte, bu çocuklarda kişilik ve davranış bozuklukları görülebilmektedir⁴⁴. Bu nedenle, şiddet mağdurunun çocuklarının da şiddet ortamından uzaklaştırılması gerekmektedir. Bu amaçla, Kanunda, korunan kişinin çocukları için kreş imkânı düzenlenmiştir. Eğer şiddet mağduru çalışmıyorsa dört ay, çalışıyorsa iki ay süreyle bedeli Bakanlık bütçesinden karşılanarak mağdurun çocuklarına kreş imkânı sağlanır. Düzenlemede, bu süre içerisinde şiddet mağdurunun iş bulacağı varsayılmaktadır. Ancak şiddet mağdurunun bu süre içinde iş bulamaması ihtimali de dikkate alınmalıdır. Hatta şiddet mağduru iş bulsa bile, kreş için yeterli bütçesi olmayabilir. Bu nedenle, özellikle kadın sığınma evlerinde, mağdurların çocuklarının bakımının sağlanabileceği bir mekânın bulunması yerinde olacaktır⁴⁵.

⁴³ RG: 11.11.2008-27051.

⁴⁴ Konuyla ilgili araştırmalar için bkz. AYAN, Sezer: "Kadına Karşı Şiddetin Çocuk Üzerindeki Etkileri", Uluslararası Katılımlı Kadına ve Çocuğa Karşı Şiddet Sempozyumu, Mutlu Çocuklar Derneği Yayınları, Ankara 2012, s. 660-670; GÖKKAYA BİLİCAN, Veda: "Kadına Karşı Şiddet ve Gölgesindeki Çocuk", Uluslararası Katılımlı Kadına ve Çocuğa Karşı Şiddet Sempozyumu, Mutlu Çocuklar Derneği Yayınları, Ankara 2012, s. 671-677.

⁴⁵ Türkiye'de sığınmaevleri ve çocuklara sağlanan hizmetler konusunda bkz. SALLAN

**bb) Hâkim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler
(m. 4)**

Hâkim tarafından verilebilecek koruyucu tedbirlerin ortak yönü; ilgilinin talebi ya da onayı alınarak Bakanlık, kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine verilebilmesidir.

aaa) İşyerinin Değiştirilmesi (m. 4/a)

Hâkim tarafından verilebilecek tedbirlerin başında işyerinin değiştirilmesi kararı gelir. Bu tedbir, şiddet uygulayanla mağdurun aynı işyerinde çalışması hâlinde söz konusu olabilir. Yönetmeliğin 13. maddesine göre, hâkim, korunan kişinin talebinin bulunması hâlinde veya onayı alınarak işyerinin, bulunduğu il içinde veya il dışında değiştirilmesine karar verebilir. Karar, korunan kişinin işyerine tebliğ edilir ve yetkili kurum/kişi tarafından yerine getirilir. Kanaatimizce, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, gerektiğinde şiddet uygulayanın işyerinin değiştirilmesine de karar verilebilmelidir.

bbb) Ayrı Yerleşim Yeri Belirlenmesi (m. 4/b)

Korunan kişinin evliyse, müşterek yerleşim yerinden ayrı bir yerleşim yeri belirlenmesi diğer bir koruma tedbiridir. 4320 sayılı Kanunda da benzer bir düzenleme bulunmaktaydı. Kanuna göre kusurlu eş veya aile bireyinin müşterek konuttan uzaklaştırılmasına ya da oturdukları eve veya işyerlerine yaklaşmamasına karar verilebilmekteydi. Yönetmeliğin 14. maddesine göre, hakkında ayrı yerleşim yeri belirlenmesine dair tedbir kararı verilen kişinin müracaatı üzerine, nüfus müdürlüğü tarafından kişinin talebine uygun olarak adresle ilgili işlemler yerine getirilir.

ccc) Aile Konutu Şerhi (m. 4/c)

Tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması da hâkim tarafından verilebilecek tedbirlerdendir. Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinde de benzer bir düzenleme bulunmaktadır⁴⁶. Buna göre mahkeme; tapu

GÜL, Songül/ALİCAN, Ayşe: “Türkiye’de Aile İçi Şiddetle Mücadelede Sığınmaevleri ve Sığınmaevlerinin Unutulan Yüzü: Çocuklar”, Uluslararası Katılımlı Kadına ve Çocuğa Karşı Şiddet Sempozyumu, Mutlu Çocuklar Derneği Yayınları, Ankara 2012, s. 630-642.

⁴⁶ Türk Medenî Kanununun 194. maddesine göre; “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir. Aile konutu eşlerden biri tarafından kirayla

kütüğüne, aile konutu şerhi konulması kararı verebilir. Yönetmeliğin 15. maddesine göre, bu tedbir kararının verilmesi hâlinde, karar ivedilikle uygulanmak üzere ilgili tapu sicil müdürlüğüne gönderilir. Böylelikle, aile konutu üzerinde, şiddet uygulayanın tasarruf yetkisi sınırlandırılır.

ddd) Kimlik ve Diğer Bilgi ve Belgelerin Değiştirilmesi (m. 4/ç)

Hâkim tarafından verilebilecek tedbir kararlarından sonuncusu, kimlik bilgi ve belgelerinin değiştirilmesidir. Bu tedbir, diğerlerinden farklı olarak, korunan kişinin içinde bulunduğu hayatî tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağını anlaşılmasıyla, ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayanılarak Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre verilir. Nitekim bu husus hem Kanunda hem Yönetmeliğin 16. maddesinde düzenlenmiştir.

cc) Koruyucu Tedbirlerin Özellikleri

Koruyucu tedbirlerin temel özelliği, kararın verilebilmesi için mağdurun iddiasının yeterli olması, herhangi bir delil veya belge aranmamasıdır. Bu tedbir kararları, şiddet uygulayan kişi dinlenmeden, hatta deliller toplanmadan verilir. Bu nedenle, koruyucu tedbir hükümlerinin kötü niyetle kullanılmasını önlemek mahkemelerin görevidir. Bu noktada, mahkemeler şiddetin türünü esas alabilir. Zira fiziksel şiddet dışındaki şiddetin ispatlanması çok güçtür. Doktrinde, şiddet konusunda delil bulunmazsa mahkemenin uyarıya yönelik tedbirlerle yetinmesi, ancak delil bulunması hâlinde özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlere hükmetmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁷. Bununla birlikte, gelişmiş ülkelerde kabul edilen *kadının beyanının esastır* ilkesinin ülkemizde de uygulanması doktrinde ve Yargıtay kararlarında yer bulmaktadır⁴⁸. Kanaatimizce hükmün kötüye kullanımını önlemek amacıyla, mahkemeler somut olayı değerlendirmeli ve *asgari olasılık* koşulu aranmalıdır. Buna göre, hâkim, özellikle fiziksel şiddet dışındaki

sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeriyle müteselsilen sorumlu olur”.

⁴⁷ BADUR, s. 78.

⁴⁸ Yargıtay 2009 yılında verdiği bir kararda *akrabası da olan sanığa iftira atması için ileri sürülüp ispatlanmış herhangi bir neden bulunmayan mağdurenin samimi anlatımı, diğer mağdurenin beyanları ve tüm dosya içeriğiyle doğrulandığı halde cinsel taciz suçunun sübuta erdiği kabul edilerek sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken...* şeklinde hüküm kurmuştur: 5.CD. 27.10.2009, E.2007/7587-K.2009/12054. Benzer yönde kararlar için bkz. 5.CD. 5.4.2006, E.2004/4408-K.2006/2852; 5.CD. 4.5.2006, E.2004/6002-K. 2006/3852; 5.CD. 7.3.2006, E 2006/1043-K.2006/1460; 5.CD. 4.10.2005, E.2003/7699-K. 2005/20713.

şiddet iddialarını değerlendirirken tarafları dinlemeli, tarafların ifadelerinin samimiyet ve/veya tutarlılığını, olayın detaylandırılması halinde tutum ve davranışlarına göre şiddet olasılığını değerlendirmelidir. Hâkim bazı durumlarda hiçbir belge ve delil olmadan tedbir kararı verebileceği gibi, soyut bir iddia karşısında tedbir kararı vermeyebilir. Ancak hâkim şiddet ihtimali konusunda en küçük bir olasılık bulunması hâlinde dahi uygun tedbir kararına hükmetmeli, konunun hassasiyetini gözden uzak tutmamalıdır. Ayrıca duruşmada, taraflar dinlenirken uzman psikoloğun bulunmasının da yararlı olabileceği kanısındayız.

b) Şiddet Uygulayan Kişi Hakkında Verilebilecek Tedbirler (Önleyici Tedbirler)

Şiddet uygulayan kişi hakkında verilebilecek önleyici tedbirler kural olarak hâkim tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise kolluk kuvvetlerince verilebilir.

6284 sayılı Kanunla düzenlenmiş önleyici tedbirlerin biri hariç tamamı 4320 sayılı Kanunda da yer almaktaydı. Bu başlık altında, öncelikle Kanunda ilk kez kabul edilmiş önleyici tedbire, daha sonra diğer tedbirlere yer verilecektir.

aa) 6284 Sayılı Kanunla İlk Kez Düzenlenen Önleyici Tedbir: *Çocuklarla Kişisel İlişki Kurmanın Sınırlandırılması (m. 5/ç)*

4320 sayılı Kanun çocuklarla ilgili bir tedbire yer vermediği için doktrinde haklı olarak eleştirilmiş, bu eksikliğin çocuğun ev içi şiddetin sessiz mağduru olması durumunda sorun yaratacağı vurgulanmıştı⁴⁹. Her ne kadar Türk Medenî Kanununda *velayet evlilik birliği devam ettiği sürece ana-baba tarafından birlikte kullanılır (m. 336); ancak, eşler arasında boşanma davası açılmışsa hâkim, boşanma veya ayrılığa karar verirken ana ve babanın çocukla olan kişisel ilişkilerini düzenler ve velayeti ana babadan birine bırakılabilir (m. 182)* hükmü bulunsa da, şiddet uygulayanla çocuk arasında kişisel ilişkinin sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Kanunun 5. maddesinin (ç) bendine göre, şiddet uygulayanla çocuk arasında kişisel ilişki kurulması yönünde mahkeme kararı varsa, mahkeme bu ilişkinin sınırlandırılmasına veya tamamen kaldırılmasına ya da refakatçi eşliğinde gerçekleşmesine karar verebilir. Bu refakatçinin kim olacağına karar vermek hâkimin takdirindedir. Ayrıca hâkim, çocukla şiddet uygulayan arasındaki ilişkinin

⁴⁹ UYGUR, Çocuk, s. 141 vd; VORİS, s. 605.

sınırlandırılmasına ya da tamamen kaldırılmasına karar verirken Çocuk Hakları Sözleşmesinin⁵⁰ 3. maddesinde düzenlenen çocuğun yararı ilkesini⁵¹ esas almak durumundadır.

bb) Mülga 4320 Sayılı Kanunda Yer Almış Tedbirler

aaa) Tehdit, Hakaret Küçük Düşürmeyi İçeren Söz ve Davranışlarda Bulunulmaması (m. 5/a)

Bu tedbir, şiddet uygulayan kişinin şiddeti durdurması konusunda uyarılmasıdır. Bu nedenle, tedbirin etkisi konusunda tereddüt olabilir. Böyle bir uyarının faydasız olacağı bilinse dahi bu uyarı yapılmalıdır. Bu tedbirin tek başına yeterli olmayacağı anlaşılıyorsa, başka tedbirlere de başvurulabilir. Zira şiddet uygulayan ilk kez şiddete ilişkin davranışlar göstermişse sadece uyarı etkili olabilir⁵². Ayrıca hâkimin, bu tedbire uyulmaması hâlinde hapis cezası uygulanacağı konusunda ihtarda bulunması da caydırıcı olabilir.

bbb) Müşterek Konuttan Derhâl Uzaklaştırılması (m. 5/b)

6284 sayılı Kanunun öngördüğü tedbirlerden biri de şiddet uygulayan veya uygulama tehlikesi olan kişinin müşterek konuttan veya bulunduğu yerden uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsisidir. Söz konusu tedbir bu alanla sınırlı kalmamalı, mağdurun yaşadığı yer de koruma kapsamına alınmalıdır. Örneğin, ailenin eğitim amacıyla gittiği ve belli bir süre birlikte yaşayacakları yurt, otel gibi mekânlarla ailenin belirli bir süre aynı yerde kalacakları mekânlar da bu bağlamda değerlendirilmelidir⁵³. Bu tedbir, şiddete uğrama tehlikesi altında bulunan kişinin başvurusuyla, önleyici tedbir olarak da uygulanabilir. Tüm şiddet türlerinde bu tedbirin alınması mümkün olabilir⁵⁴. Şüphesiz bu tedbirin gerekliliği ve uygunluğunu hâkim takdir edecektir. Yönetmeliğin 19. maddesine göre bu tedbirin uygulanması, şiddet uygulayanın uzaklaştırıldığı konutun giderlerini karşılamasına engel değildir. Hâkim şiddet uygulayanın, koruma kararı süresince aile konutunun kira sözleşmesini feshetmemesine, kamu konutu tahsisinin

⁵⁰ RG: 27.01.1995- 22184.

⁵¹ Bu ilkenin açıklanması ve uygulanması konusunda bilgi için bkz. UYGUR, Çocuk, s. 143 vd; VORİS, s. 603 vd.

⁵² ERDEM, s. 62.

⁵³ BEYAZIT, Özgür/ BEYAZIT, Arzu: “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Üzerine Değerlendirmeler”, 2010: http://psikiyatriksosyalhizmet.com/wp-content/uploads/2010/02/4320_degerlendirme.pdf (Erişim tarihi: 03.12.2015).

⁵⁴ Aynı yönde bkz. ERDEM, s. 62.

kaldırılması talebinde bulunmamasına ve bu tür yükümlülüklerinin devamıyla uygun diğer tedbirlere de karar verebilir.

ccc) Korunan Kişilere Yaklaşılması (m. 5/c)

Şiddet uygulayan veya uygulama tehlikesi olan kişinin korunan kişilere ve bu kişilerin yaşam alanlarına yaklaşmaması da hâkimin verebileceği tedbirlerden biridir. Bu tedbir bir uyarı niteliğindedir ve amaç, şiddet uygulayan kişinin uzaklaştırılmasıdır. Hâkim, korunan kişinin bulunduğu konut, okul ya da işyeri yanında, geçici olarak bulunduğu mekâna yaklaşılmasına da karar verilebilir. Nitekim bu husus Yönetmeliğin 20. maddesinde korunan kişinin bulunabileceği sair yerler şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca Kanunun 5. maddesinin (d) bendine göre, gerekli görülen hâllerde, şiddete uğramasa bile korunan kişinin yakınlarına, tanıklarına ve çocuklarına yaklaşılması şeklinde tedbir kararı da verilebilir. Hâkim, tedbir kararında hangi mesafelere kadar yaklaşılmayacağını belirleyebilir. Böyle bir belirleme yoksa, yaklaşmama kararı, aile bireyleri tarafından görülemeyecek bir alanı kapsar⁵⁵. Ayrıca, şiddet uygulayan kişinin işyeriyle mağdurunun işyeri aynıysa, işyerinin değiştirilmesi kararının verilmesi de yerinde olacaktır.

ddd) Şahsi Eşyalara ve Ev Eşyalarına Zarar Verilmemesi (m. 5/e)

Şiddet uygulayan kişi, fiziksel şiddetin yanı sıra kişinin eşyalarına zarar verebilir veya şiddeti eşyalara yöneltebilir. Örneğin, kişinin aile yadigârı eşyalarına, giysilerine, özel eşyalarına zarar verebilir. Burada, eşyanın taşınır- taşınmaz eşya olmasının ya da maddî-manevi değerinin olmasının bir önemi yoktur⁵⁶. Her ne kadar Yönetmeliğin 23. maddesinde *korunan kişinin şahsi ve ev eşyalarına zarar verilmesinden* bahsedilse de, korunan kişinin yakınlarına ait ya da korunan kişiye emanet bırakılmış bir eşyaya zarar vermek de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Ayrıca *zarar verme* ifadesi de geniş yorumlanmalı; eşyanın değerini azaltan veya kullanımını işlevsiz kılan bir davranış (malı tahrip etme, devretme vs.) bu kapsamda değerlendirilmelidir⁵⁷.

eee) İletişim Araçlarıyla Rahatsız Etmeme (m. 5/f)

Hâkimin alabileceği bir diğer tedbir kararı korunan kişiyi iletişim araçlarıyla rahatsız etmemektedir. Bu tedbirin uygulanabilmesi için, iletişim aracı kavramının geniş yorumlanması gerekir. Nitekim

⁵⁵ ERDEM, s. 63.

⁵⁶ ULUĞ, İlknur: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun Hükümleri Çerçevesinde Aile İçi Şiddetin Önlenmesi”, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, 6, 2005, s. 446.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. ERDEM, s. 63.

Yönetmeliğin 24. maddesinde *görsel, işitsel, yazılı, internet ve benzeri iletişim araçlarıyla ya da sair* denilerek tüm iletişim araçları dâhil edilmiştir. Hatta herhangi bir kişiyle haber gönderilmesi de iletişim kapsamındadır⁵⁸. Nitekim korunan kişinin yakınları aracılığıyla haber göndermenin veya af dilemenin yanı sıra, mağdurun evine ya da işyerine her gün sipariş edilen yemeğin gönderilmesinin de bu kapsamda değerlendirilebileceği kanısındayız.

fff) Silah Teslimi (m. 5/g ve ğ)

Hâkim, şiddet uygulayan ya da uygulama ihtimali olan kişinin, ruhsatlı silahı varsa veya görevi gereği silah taşıyorsa silahının kolluk güçlerine teslimini isteyebilir. Kamu görevi nedeniyle kullanılan silahın teslimine ilişkin hususlar Yönetmeliğin 26. maddesinde düzenlenmiştir. Bu tedbire başvurulabilmesi için, kişinin o zamana kadar şiddet uygularken bu araçlara başvurmuş olması gerekmemektedir. Hâkimin bu kişinin silah bulundurmasının tehlike teşkil ettiğini düşünmesi yeterlidir. Bu maddedeki silah kavramını da geniş yorumlamak gerekir; silah kapsamına ateşli silahlar yanında delici-kesici aletler de dâhildir⁵⁹.

ggg) Alkollü Yaklaşmama ve Bağımlılık Tedavisi (m. 5/h)

Yapılan araştırmalarda, alkol ve uyuşturucu kullanımının şiddeti tetiklediği sonucuna ulaşılmıştır. Esasen alkol, dürtü kontrolü ve muhakeme yeteneğinde azalmaya, uyuşturucu maddelerse saldırgan ve kriminal davranışlara neden olabilmektedir⁶⁰. Yönetmeliğin 27. maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olan bu tedbir, alkol veya uyuşturucu bağımlısı şiddet uygulayanın hastaneye yatma dahil bağımlılık tedavisini de kapsamaktadır. 4320 sayılı Kanunda, sadece alkollü veya uyuşturucu maddenin etkisinde şiddet mağdurunun yaşadığı konuta veya işyerine yaklaşılmaması düzenlenmişti. Bu yönüyle, düzenleme 4320 sayılı Kanundaki eksikliği gidermiştir.

hhh) Bir Sağlık Kuruluşunda Muayene ve Tedavi (m. 5/ı)

Bu tedbir, 4320 sayılı Kanunun ilk hâlinde yer almamakla birlikte, 2007 yılında yapılan değişiklikle getirilmiş ve 6284 sayılı Kanunda da düzenlenmiştir. Şiddetin temelinde biyolojik veya psikolojik rahatsızlıklar varsa, alınacak en etkili tedbir, ilgili kişinin sağlık kuruluşunda tedavi

⁵⁸ ERDEM, s. 64.

⁵⁹ ERDEM, s. 64.

⁶⁰ SUBAŞI, Nüket/ AKIN, Ayşe: “Kadına Yönelik Şiddet; Nedenleri ve Sonuçları”, s. 1: http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/kadina_yon_siddet.pdf (Erişim tarihi: 03.12.2015).

edilmesidir. Yönetmeliğin 28. maddesine göre, şiddet uygulayanın muayene ve tedavisinin sağlanmasına karar verilirse, illerde il halk sağlığı müdürlüğüne, ilçelerde toplum sağlığı merkezine başvurulması zorunludur. Bu tedbire karar verilirse şiddet uygulayanın tedaviyi kabul etmesi gerekmektedir.

iii) Tedbir Nafakası

Kanunun 5. ve Yönetmeliğin 17. maddesine göre, şiddet uygulayan ailenin geçimini sağlıyor veya geçimine katkıda bulunuyorsa şiddet mağdurunun yaşam standardı dikkate alınarak talep etmese dahi tedbir nafkasına hükmedilebilir. Bu şekilde, nafaka ödemesine karar verilen kişinin, herhangi bir Sosyal Güvenlik Kurumuna bağlı ise, maaşından kesinti yapılarak ödeme yapılır.

cc) Önleyici Tedbirlerin Özellikleri

Kanunun 8. maddesinin 3. fıkrasında, koruyucu tedbir kararlarında delil ve belge aranmayacağı açıkça düzenlenmekle birlikte, önleyici tedbir kararlarında delil ve belge aranmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamakta; önleyici tedbir kararının gecikmeksizin verileceği düzenlenmektedir. Bununla birlikte, önleyici tedbir kararı verilebilmesi için kesin delil aranmasa da şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranış veya tehlikenin varlığını haklı gösteren emarelerin bulunması gerekmektedir. Nitekim bir fiilin önlenmesi için, öncelikle ortada bir fiilin olması gereği açıktır⁶¹.

c) Diğer Tedbirler

Kanunun 3. ve 4. maddelerine göre, yetkili makam Kanunda düzenlenmiş tedbirlerden birine veya birkaçına aynı anda hükmedilebileceği gibi, **uygun göreceği benzer tedbirlere de** hükmedilebilir. Kanunda tedbir kararı konusunda yetkili makama takdir hakkı tanınması ve bu tedbirlerin eskiye nazaran kapsamlı olması yerindedir. Zira Türkiye gibi ev içi şiddet konusunda tarihsel geçmişi olmayan ve bu tür şiddetin tamamen kamusal olarak kabul edilmediği ülkelerde koruyucu ve önleyici tedbirlerin kapsamlı düzenlenmesi önemlidir⁶².

Tedbir kararı vermeye yetkili makam, somut olayın özelliklerine göre ve şiddeti durdurma amacına uygun tedbir karar(lar)ı vermekle yükümlüdür. Ancak yetkili makamın, tarafları barıştırmaya ya da evlilik

⁶¹ UĞUR, s. 352.

⁶² UYGUR, Çocuk, s. 140-141.

birliğini devam ettirme konusunu tekrar düşünmelerine yönelik bir tedbir kararı vermesinin yerinde olmayacağı kanısındayız⁶³. Örneğin, Antalya 2. Aile Mahkemesi bir kararında “4787 sayılı Kanun'un⁶⁴ 7. maddesi gereğince, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu, tarafların evlenmekle karşılıklı bakım, sevgi, sadakat ve hoşgörü ile yükümlü olduklarını, çocuk sahibi iseler, boşanmaların çocukların geleceği açısından olumsuz sonuçlar doğurduğunu ve çocukların genellikle topluma suçlu veya sorunlu olarak katıldıklarını, evliliğin hastalıkta, sağlıkta, birlikte, dirlikte, varlıkta, yoklukta bir ve beraber olmayı gerektirdiğini hatırlayarak, barışmaları ve düşünmeleri için ihtar yapılmasına” karar vermiştir⁶⁵. Bu şekilde bir tedbir kararı, Kanunun *ratio legis*’ne ve ruhuna aykırıdır. Esas itibarıyla, şiddet nedeniyle tedbir kararı talep edilmesi hâlinde mahkemenin görevi tarafları barıştırmak ya da şiddet mağduru tarafın, şiddet uygulayan tarafı affetmesini ve evlilik birliğinin devamını sağlamak değil, mağduru korumaktır.

3. Diğer Bazı Yenilikler

6284 sayılı Kanun; Kanundan yararlanacak kişiler ve tedbir kararları bakımından getirdiği yeniliklerin yanı sıra daha önce yasal düzenlemelerde yer almayan; şiddet, ev içi şiddet ve kadına yönelik şiddet tanımlarının yapılması, ŞÖNİM’lerin kurulması, şiddetle mücadelede teknik araç ve yöntemlerin kullanılması gibi bazı yenilikler de kabul edilmiştir.

a) Şiddet – Ev içi şiddet ve Kadına Yönelik Şiddet Tanımları

En basit tanımıyla ‘*kaba güç*’ olarak ifade edilen şiddet⁶⁶, psikolojik ve ekonomik vasıtalarla şiddete uğrayanı disipline etme olarak da tanımlanmaktadır⁶⁷. 4320 sayılı Kanun şiddet tanımına yer vermemiştir; ancak *Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelikte*⁶⁸ şiddet tanımı yapılmıştır. 6284 sayılı Kanun Yönetmelikteki tanımı aynen kabul etmiştir. Kanunun 2. maddesine göre, *şiddet; kişinin fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna*

⁶³ Benzer yönde görüş için bkz. BADUR, Emel: “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”, TBB Dergisi, 84, 2009, s. 68.

⁶⁴ RG: 18.01.2003-24997.

⁶⁵ Antalya 2. Aile Mahkemesi 07.06.2013 tarihli ara karar (E. 2013/218).

⁶⁶ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim tarihi: 10.10.2014).

⁶⁷ BARZILAI, s. 869.

⁶⁸ RG: 01.01.2008-26803.

yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel⁶⁹, cinsel⁷⁰, psikolojik⁷¹, sözlü veya ekonomik⁷² her türlü tutum ve davranıştır⁷³.

Ev içi şiddetin tanımı konusunda farklı görüşler olmasına rağmen, genellikle, yakın ilişkide bulunanlar arasında söz konusu olan, yetişkinlere ve/veya çocuklara yönelik şiddet, istismar veya diğer kontrol altına alma ve güç kullanma taktikleriyle⁷⁴ ortaya çıkan mağduriyet durumu olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda ev içi şiddet farklı veya aynı cinsiyetten kişiler, evli eşler, ayrılmış, boşanmış ya da birlikte yaşayan çiftler arasında gerçekleşebilir. Esasen ev içi şiddet, eşlerin ya da

⁶⁹ Tokat atma, herhangi bir aletle vurma, hırpalama, itirme, boğazını sıkma, bağlama, saçını kesme, kezzap veya kaynar suyla yakma, vücudunda sigara söndürme, , sağlıksız koşullarda yaşamaya mecbur bırakma gibi eylemler fiziksel şiddete örnek verilebilir: TIĞLI, Hüseyin: “Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Yer Alan Tedbirler ve Bunların Uygulanması”, TAAD, 1(5), 2011, s.496; Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Aile İçi Şiddetle Mücadele El Kitabı, 2008, s. 7.

⁷⁰ Cinsel şiddete örnek olarak, evlilik içi dahil, kendisiyle veya başkalarıyla cinsel ilişkiye zorlamak, cinsel organa zarar vermek, çocuk doğurmaya ya da doğurmamaya, kürtaja, ensest ilişkiye ya da fuhuşa zorlamak, zorla evlendirmek, telefonla ya da sözlü olarak cinsel içerikli rahatsızlık verici davranışlarda bulunmak gibi eylemler verilebilir: TIĞLI, s. 496; KSGM-El Kitabı, s. 8.

⁷¹ Bağırarak, korkutmak, küfür etmek, tehdit etmek, ailesi veya yakınlarıyla görüştürmemek, eve kapatmak, küçük düşürmek, çocuklarından uzaklaştırmak, kıskançlık bahanesiyle sürekli kontrol altında tutmak, başkalarıyla kıyaslamak, nasıl giyineceği, kimlerle görüşeceği konusunda baskı yapmak, kişinin kendisini geliştirmesine engel olmak gibi eylemler psikolojik şiddet kapsamında değerlendirilir: TIĞLI, s. 496; KSGM-El Kitabı, s. 7-8.

⁷² Para vermemek veya kısıtlı para vermek, ailenin mali durumu konusunda bilgi vermemek, diğer aile bireylerinin gelirlerini almak, çalışmasına izin vermemek, istemediği işte zorla çalıştırmak, çalışıyorsa iş hayatını olumsuz etkileyecek kısıtlamalar getirmek gibi hareketler ekonomik şiddete örnek olarak gösterilebilir: KSGM-El Kitabı, s. 8.

⁷³ İstanbul Sözleşmesinde yapılan kadına karşı şiddet tanımıyla karşılaştırması için bkz. UĞUR, s. 345 vd. Ayrıca şiddetin Ceza Kanunu, Medenî Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun çerçevesinde incelemesi konusunda bkz. BAYDUR, Emel/ERTEM, Burcu: “Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukukî Boyutları-Ceza Kanunu, Medenî Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme”, TBB Dergisi, 65, 2006, s. 89-118.

⁷⁴ Esasen, şiddet uygulayan genellikle, cinsel-duygusal istismar, erkek ayrıcalığını kullanma, ekonomik kontrol, zorlama, tehdit gibi kontrol taktiklerini kullanmaktadırlar. Örneğin ev içi şiddet mağduru çocuklar ile tehdit edilmekte ve çocuklarını bir daha asla görmeyeceği tehdidi yapılabilmektedir: THUESON, Sean D.: Civil Domestic Violence Protection Orders in Wyoming: Do They Protect Victims of Domestic Violence?, Wyoming Law Review, 4, 2004, s. 274.

çiftlerin ayrılması ile sona ermeyen bir süreç niteliği taşımaktadır⁷⁵. Ayrıca ev içi şiddete yetişkinler maruz kalabileceği gibi çocuklar da maruz kalabilirler⁷⁶. 6284 sayılı Kanunda *ev içi şiddet; şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet* olarak tanımlanmıştır.

Aile içi şiddet, ev içi şiddet ile aynı anlamda değildir⁷⁷. Aile içi şiddet sadece aile bireylerine yönelik şiddetle ilgili olup, ev içi şiddete göre daha dar kapsamlıdır. Başka bir ifadeyle, ev içi şiddet, aile içi şiddeti de içine alan geniş bir kavramdır. Nitekim aile bireylerine uygulanan şiddet, aile içi şiddet dolayısıyla ev içi şiddet kapsamındadır⁷⁸.

Kadına yönelik şiddet ise kadının davranışı ve bedeninin erkek tarafından kontrolü anlamına gelir ve toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin bir türü olarak karşımıza çıkar⁷⁹.

b) ŞÖNİM

6284 sayılı Kanunla getirilen düzenlemelerden bir diğeri de ŞÖNİM'lerdir. Kanununun 14. maddesine göre, Bakanlık tercihen kadın personelin istihdam edildiği, şiddetin önlenmesiyle koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik destek ve izleme hizmetlerinin verildiği, çalışmalarını yedi gün yirmi dört saat yürüten şiddet önleme ve izleme merkezleri kurar. Merkezlerde şiddetin önlenmesi ve tedbirlerin etkin şekilde uygulanmasına, korunan kişiye ve şiddet uygulayana yönelik farklı destek hizmetleri sunulur. ŞÖNİM'lerin kurulmasıyla devlet kurumsal olarak hem mağdura, hem şiddet uygulayana destek hizmeti vermeye başlamıştır. Böylelikle, şiddetle mücadelede devlet destekli kurumsal mücadele dönemi başlamıştır.

⁷⁵ THUESON, s. 273.

⁷⁶ UYGUR, Çocuk, s. 141.

⁷⁷ Bu kavramların birbirinden farklı olduğu, ev içinde olan eylemlerin aile içinde olmayabileceği, aile içinde gerçekleşen eylemlerin de ev içinde olmayabileceği yönündeki görüş için bkz. UĞUR, s. 347-348.

⁷⁸ UYGUR, Gülriz: Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, 2. Bası, Ünite 6 (Şiddet), Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2013, s. 128.

⁷⁹ Gülriz UYGUR, "Kadına Karşı Ev-İçi Şiddete Yönelik Eşitlikçi Hukuk Anlayışı", Esin Konanç Sempozyumları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ile İlgili Kararları ve İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Sorunu ve Ceza Hukukunda Kadın, 2010, s. 81.

c) Teknik Araç ve Yöntemlerin Kullanılabilmesi

Kanunla getirilen yeniliklerden bir diğeri de, tedbir kararlarının uygulanmasında hâkim kararıyla teknik araç ve yöntemler kullanılabilmesidir. Kanununun 12. maddesinin 2. fıkrasında *teknik araç ve yöntemlerle takibe ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği* ifadesine rağmen, Yönetmeliğin 37. maddesi Kanun hükmünü tekrarlamakla yetinmiştir. Bunun dışında, *Elektronik Destek Buton Sistemi* projesi çerçevesinde şiddet gören kadın ile emniyet yetkilileri arasında iletişim için yöntem geliştirilmiştir⁸⁰. Buna göre, mağdur hakkında teknik yöntemlerle takip kararı verilirse, mağdur ŞÖNİM'e bu kararı iletir ve kendisine halk arasında *panik butonu/güvenlik butonu* olarak bilinen buton temin edilir. Buton aktif hale geldikten sonra şiddet mağduru, hayatî tehlike hissettiği anda butona basar. Emniyet Genel Müdürlüğünün MOBESE kameralarından mağdurun konumu tespit edilir, hayatî tehlike olması halinde en yakın polis ekipleri mağdurun bulunduğu konuma ulaşır⁸¹.

d) İhbar Yükümlülüğü

Kanunla kabul edilen bir diğeri yenilik, ihbar yükümlülüğünün herkese tanınmış olmasıdır. Nitekim Kanununun 7. maddesine göre, şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı hâlinde 'herkes' durumu resmî makam veya mercilere ihbar edebilir. İhbarı alan kamu görevlileri, görevlerini gecikmeksizin yerine getirmek ve uygulanması gereken diğeri tedbirlere ilişkin yetkilileri haberdar etmekle yükümlüdür.

e) Tedbir Kararında Süre – İtiraz ve Tedbir Kararına Aykırılık

6284 sayılı Kanununun 8. maddesine göre, tedbir kararı ilk defasında en çok altı ay için verilebilir. Ancak şiddetin veya şiddet tehlikesinin devam edeceği anlaşılırsa; re'sen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebiyle, tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, tedbirlerin kaldırılmasına veya devam etmesine karar verilebilir.

Kanununun 9. maddesi tedbir kararına karşı itirazı düzenlemektedir. Buna göre, verilen tedbir kararlarına karşı tefhim veya tebliğ tarihinden

⁸⁰ <http://www.memurlar.net/haber/297203/> (Erişim tarihi: 09.12.2015).

⁸¹ Proje kapsamında Bursa ve Adana illeri pilot bölge seçilmiş olup uygulama başlatılmıştır:
http://sehityakinlari.aile.gov.tr/data/54218c22369dc309443bb884/aile_emniyet.pdf
(Erişim tarihi: 09.12.2015).

itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından aile mahkemesine itiraz edilebilir.

Uygulamada önleme ve tedbir kararlarının kaydı, infazı ve takibinde izlenecek yöntem ile mahkeme tarafından itiraz yolu açık olmak üzere verilen kararların infazında tereddütler yaşanması üzerine Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından 20.02.2015 tarihinde 154 nolu Genelge yayımlanmıştır⁸². Genelge ile aile içi şiddet mağdurların takibi ile tekrarlanan şiddet olaylarına karşı gerekli önleyici ve adli müdahalelerin yapılabilmesi amacıyla kolluk kuvvetlerine bazı yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre, infazının ivedi olarak gerçekleştirilmesi için kararın uygulanmasının genel kolluk kuvvetleri marifeti ile izlenmesi öngörülmüştür. Kolluğun izleme ve kontrol görevi, hakkında tedbir kararı alınan kişinin konutunun haftada bir kez ziyaret edilmesi, yakınları ile iletişim kurulması, komşularının bilgisine başvurulması, muhtardan bilgi alınması, oturduğu konutun çevresinde araştırma yapılması gibi yerinde gözlem ve bilgilere dayanmalıdır. Bu izleme düzenli aralıklarla yapılmalı ve tutanak altına alınarak bilgiler UYAP ortamına aktarılmalıdır. Bir kişi hakkında birden fazla tedbir kararı verilmesi halinde, bu tedbirler UYAP ortamında tutulan ailenin korunması kararları kaydına tek bir kayıt olarak ve türleri belirtilmek suretiyle kaydedilmeli, sürenin sona ermesi halinde kayıt kapatılmalıdır.

Kanunda düzenlenen bir diğer yenilik, tedbir kararlarına aykırılık halinde uygulanacak yaptırıma ilişkindir. 4320 sayılı Kanunda suç olarak düzenlenen tedbir kararına aykırılık, 6284 sayılı Kanunla suç olmaktan çıkarılmış, yerine zorlama hapsi getirilmiştir⁸³.

f) Kanuna Bağlı Olarak Yapılan Bazı Düzenlemeler

Kanunun en önemli eksikliği, şiddetle ilgili yasal süreç başladıktan sonra taraflar arasında arabuluculuk veya uzlaşmanın yapılamayacağı şeklinde bir düzenlemesinin bulunmamasıydı. Bu eksiklik, 07.06.2012 tarihinde kabul edilen *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*⁸⁴

⁸²http://www.adalet.gov.tr/genelgeler/genelge_pdf/cigm_154.pdf (Erişim tarihi: 03.12.2015).

⁸³ Bu durumda 4320 sayılı Kanuna muhalefet suçundan yerel mahkemelerde derdest olan veya karara bağlanıp temyiz incelemesi için Yargıtay'da bekleyen dosyalar, zamanaşımına bakılmaksızın Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 223/9 maddesi uyarınca derhal beraat kararı verilmesi, kesinleşip infaz edilen ilâmların infazına son verilmesi, infaz için bekleyenlerin infaz edilmeden geri çekilmesi ve bu suçtan adli sicil kayıtlarının tekerrüre esas alınmaması gerekmektedir: UĞUR, s. 342.

⁸⁴ RG: 22.06.2012- 28331.

ile giderilmiştir. Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesine göre, *aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir*. Ancak, doktrindeki bir görüşe göre, sadece tedbir kararı verilerek şiddetin önlenmeye çalışılması yeterli olmayıp; ŞÖNİM'in vereceği destek hizmetleri arasına aile arabuluculuğunun da eklenmesi yerinde olacaktır⁸⁵. Kanımızca bu konuda mutlak bir yasaklama yerine, özellikle fiziksel şiddet içermeyen vakılarda, somut olay değerlendirilerek ihtiyarî arabuluculuğun ŞÖNİM'lerde görevli hukukçu-psikologlar veya psikolog eşliğinde yürütülmesinin kabulü, şiddetin önlenmesinde etkili bir çözüm olabilir.

Ayrıca Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Nisan 2012 tarihinde, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü tarafından Kanunun Uygulaması Hakkında Genelge yayımlanmıştır⁸⁶. Bu genelgede Kanun kapsamındaki iş ve işlemlerle ilgili olarak görevli personelin görev ve sorumlulukları ayrıntılı olarak anlatılmakta ve konunun önemi vurgulanmaktadır.

g) Diğer Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Yüklenen Görev

Kadına yönelik veya ev içi şiddet sadece hukukî düzenlemelerle ortadan kaldırılabilir bir sorun olmayıp, disiplinlerarası işbirliğiyle çözülebilir. Bu nedenle, Kanunun 16. maddesi bazı organizasyonlara yükümlülükler getirmiştir. Buna göre, TRT ile ulusal, bölgesel ve yerel yayın yapan özel televizyon kuruluşları ve radyolar, kadınların çalışma yaşamına katılımı, özellikle kadın ve çocuğa şiddetle mücadele konusunda Bakanlık tarafından hazırlanan/hazırlattırılan bilgilendirme materyallerini yayınlamak zorundadır.

II. EKSİKLİKLER ve ÖNERİLER

Cinsiyet ayrımcılığının kaldırılması, kadın-erkek eşitliğinin sağlanması, kadının insan haklarının teminat altına alınması, şiddet mağduruna yönelik koruyucu ve önleyici hizmetler sağlanması devletin görevidir ve 6284 sayılı Kanunla devlet, bu görevi büyük ölçüde yerine getirmektedir. Ancak bu demek değildir ki Kanun kusursuzdur.

Kanunda ve uygulamada tespit edilen başlıca eksiklikler ve önerilerimiz şu şekilde özetlenebilir:

⁸⁵ ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 1027.

⁸⁶ <http://www.aile.gov.tr/data/5404eb05369dc3119090f853/genelge.pdf> (Erişim tarihi: 09.12.2015).

- Kanundaki eksikliklerden ilki kapsamının net olmamasıdır. Her ne kadar Kanunda kullanılan ifadelerden “herkes” ve “her türlü şiddet” Kanun kapsamındadır gibi bir sonuca ulaşmak mümkünse de, Kanunun amacının “bireyleri cinsiyet ayrımcılığı temelli şiddetten korumak” olduğuna dikkat edilmelidir. Kanundan yararlanabilecek kişi gruplarının kapsamının genişletilmiş olması olumlu bir gelişme olmakla birlikte, her türlü şiddet olayının, Kanunun uygulama alanına dâhil olmadığı kanısındayız. Bu nedenle, Kanunun, özellikle kişi ve konu bakımından kapsamı belirlenirken daha net ifadeler kullanılması yerinde olacaktır.
- Şiddet mağduru yabancı, kolluk güçlerine müracaat ettiğinde -ülkeye usulüne uygun giriş yapmamış ya da usulüne uygun ikamet etmiyor olsa bile- sınır dışı edileceği endişesi taşımamalıdır. Yapılan araştırmalara göre, sınır dışı edilme korkusu, mağdurların yetkili mercilerden yardım istemelerini veya kadına karşı şiddet ve ev içi şiddete başvuran kişilerden ayrılmalarını engellemekte; şiddet uygulayan kişiler de bu hassasiyeti kötüye kullanmaktadır⁸⁷. Her ne kadar 6284 sayılı Kanun doğrudan uygulanan kanun olup, kapsamına giren şiddet olaylarında Türk vatandaşı-yabancı ayrımı yapılmaksızın herkese uygulanacaksa da, bu husus mağdurun sınır dışı edilme endişesini gidermez. Bu nedenle, şiddete uğrayan yabancılar için özel bir hükme yer verilmesi yerinde olacaktır kanısındayız. Konuyla ilgili olarak, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun⁸⁸ 55. maddesi⁸⁹ koruma getirmiş olmakla birlikte şiddet mağdurunun sınır dışı edilmesini engellemeyip ertelediği için yetersizdir.
- Kanundaki eksikliklerden bir diğeri de, hakkında koruma tedbiri uygulanan kişinin şiddet uygulayanla iletişime geçmesi halinde yaptırımın düzenlenmemiş olmasıdır. Bir görüşe göre, kanun koyucunun amacı aileyi bölmek, şiddet

⁸⁷İstanbul Sözleşmesi Açıklayıcı Rapor: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/210.htm> (Erişim tarihi: 03.12.2015).

⁸⁸ RG: 11.04.2013-28615.

⁸⁹ Bu maddeye göre, *hakkında sınır dışı etme kararı verilen kişi aynı zamanda psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağduru ise tedavisi tamamlanıncaya kadar sınır dışı edilemez.*

uygulayan bireyi aileden tamamen uzaklaştırmak değil, mağdurun zarar görmesini engellemektir. Bu nedenle, örneğin, şiddet uygulayanın, müşterek konuttan uzaklaştırma tedbirine rağmen mağdurun rızasıyla ortak konutta yaşamaya devam etmesi tedbir kararının ihlâli olarak değerlendirilmemelidir⁹⁰. Buna karşın, bazı ülke uygulamalarında⁹¹ verilmiş bir tedbir kararına rağmen, şiddet mağdurunun herhangi bir nedenle şiddet uygulayanla iletişime geçmesi tedbir kararını ihlâl etmek olarak kabul edilmekte ve mağdur bu nedenle yargılanabilmektedir. Kanımızca, böyle bir durumda hâkim, şiddetin türü ve somut olayın özelliklerini dikkate alarak mağdurun rızasının gerçek bir rıza olup olmadığını tespit etmelidir.

- Türkiye’de kadına yönelik şiddetle mücadelede karşılaşılan en önemli sorunlardan biri, şiddete uğrayan kadının, daha sonra aile üyeleri veya bizzat şiddet uygulayan tarafından uzlaşmaya ikna edilmesi ya da şikâyetinden vazgeçmeye veya ifadesini değiştirmeye zorlanmasıdır. Bu konuda doktrinde farklı görüşler⁹² olmasına rağmen, hukukî süreç başladıktan sonra hiçbir şekilde geri dönüş olamayacağı şeklindeki bir yaklaşımın çok katı olabileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle hâkimin şiddetin türü, şekli ve sıklığını dikkate alınarak şiddet gören ve şiddet uygulayanı uzman psikolog eşliğinde dinlemesi yararlı olabilir.
- 6284 sayılı Kanunda, koruyucu ve önleyici tedbirlere ayrıntılı bir şekilde yer verilmiş olmasına rağmen, gelişmiş

⁹⁰ BEYAZIT/BEYAZIT, s. 55.

⁹¹ Örneğin, ABD’nin bazı eyaletlerinde mahkeme bu kişiler aleyhine para cezasına hükmetmekte, bazı eyaletlerde mahkemeye saygısızlıktan dolayı yargılanmaktadır. Buna karşın bazı eyaletlerde böyle bir hükmün, şiddet mağdurunu kolluk güçlerine başvurmadan alıkoyacağı için eleştirilmektedir: LAPİDUS, M. Lenora/ MARTİN, Emily J./ LUTHRA, Namita, *The Rights of Women*, 4. Bası, ACLU, New York 2009, s. 164.

⁹² Ev içi şiddet mağdurunun tedbir talebinde bulunduktan bir süre sonra talebinden vazgeçmesi halinde, vazgeçme iradesinin etki altında verilip verilmediğini hâkimin takdir edeceği yönündeki görüş için bkz. TİĞLİ, 505. Buna karşın, tarafların şikâyetten vazgeçmesi halinde re’sen soruşturmaya devam edilmemesi gerektiği, devletin görevinin mağdur aile bireylerini şiddet uygulayan eş veya diğer aile bireylerine karşı korumanın yanında aileyi bir bütün olarak korumak ve bir arada tutmak olduğu yönündeki görüş için bkz. ATEŞ, s. 172.

demokrasilerde benimsenmiş *zorunlu tutuklama ilkesi* düzenlenmemiştir. Zorunlu tutuklama, koruma tedbiri ihlal edildiğinde veya şiddet mağduru fiziksel olarak yaralandığında ya da silahla tehdit edildiğinde uygulanan bir tedbirdir. Yapılan araştırmalara göre⁹³, zorunlu tutuklama, şiddet uygulayan kişinin tekrar şiddet gösterme eğilimini dikkat çekecek düzeyde azaltmaktadır⁹⁴. Ayrıca, kolluğun rolünü netleştirmesi, yararlanmaları azaltması, şiddete uğramış kadının yaşadığı ikilemi gidermesi, mağdur bakımından uygun bir tedbir olması bakımından da savunulmaktadır⁹⁵. Her ne kadar ülkemizde kolluk güçlerinin tutuklama yetkisi bulunmamakla birlikte, özellikle kadına karşı şiddet olaylarında *zorunlu gözaltına alma yetkisi* verilmesi yerinde olabilir.

- Son olarak, ülkemizde şiddet uygulayan kişinin, öfke kontrolü, stres yönetimi gibi tedavi programlarına katılımı isteğe bağlıdır. Oysa gelişmiş ülkelerde şiddet sorununu çözüme amaçlı tedavi programlarına şiddet uygulayan kişinin katılımını zorunludur⁹⁶.

Uygulamada görülen aksaklıkları ise şu şekilde özetlemek mümkündür:

- Uygulamada mahkemeler tedbir kararları verirken Kanunda belirtilmiş tüm tedbirlere değil, somut olayın özelliğine göre,

⁹³ BUEL, M. Sarah: “Mandatory Arrest for Domestic Violence”, Harward Women’s Law Journal, 11, 1988, s. 215 vd.

⁹⁴ LAPİDUS/MARTİN/LUTHRA, s. 158. Ayrıca zorunlu ve ihtiyari tutukluluk karşılaştırması için bkz. BUEL, s. 217 vd.

⁹⁵ BUEL, s. 221 vd. Zorunlu tutuklamanın bulunduğu ülkelerde şiddetin karşılıklı olduğu anlaşılırsa, hem şiddet uygulayan hem şiddet mağduru tutuklanabilmektedir. *Çifte Tutuklama* ya da *Mağdur Tutuklaması* olarak adlandırılan bu uygulama her iki tarafta da yaralanmalar varsa veya kolluk güçlerinin ev içi şiddet mağdurunun kim olduğuna karar verememesi hâllerinde mümkündür. Zorunlu tutuklama ilkesinin eleştirilen yönü, yabancı nüfusun yoğun olduğu ülkelerde, şiddet uygulayan (genellikle erkek) yabancının sınır dışı edilmesi ihtimalinin gündeme gelmesi, bu durumun da şiddet mağdurunun (genellikle kadın) kolluk güçlerinden yardım talep etmesini güçleştirmesidir: LAPİDUS/MARTİN/LUTHRA, s. 158-159.

⁹⁶ Örneğin, Yeni Zelanda’da şiddet uygulayanın bu tür programlarına katılımını zorunludur:

<http://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/domesticviolence.htm>

(Erişim tarihi: 03.12.2015).

ihtiyaç duyulan, mâkul, mantıklı ve uygulanabilir tedbirlere hükmetmelidirler. Örneğin, koruma talep eden tarafla hakkında tedbir kararı verilen tarafın farklı şehirlerde ikamet etmesi halinde, tarafların müşterek konutu bulunmayacağından, mahkemenin müşterek konuttan uzaklaştırılması tedbirine hükmetmesi gereksiz olacaktır. Nitekim tarafların müşterek konutu bulunmamasına rağmen, Antalya 2. Aile Mahkemesi müşterek konuttan uzaklaştırma kararı vermiş⁹⁷ davalının itirazı üzerine bu tedbir kararı 3. Aile Mahkemesi tarafından kaldırılmıştır⁹⁸. Benzer şekilde, tarafların ortak çocuğu, hakkında tedbir kararı verilen kişiyle birlikte yaşamakta ise, bu kişi bakımından artık çocuk için nafakaya hükmedilmesine ya da çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hüküm kurulmasına gerek bulunmamaktadır.

- Uygulamada, mahkemelerin şiddete uğrama tehlikesi altında olduğunu iddia eden herkese, adeta otomatik olarak, tedbir kararı vermesi yerinde olmadığı gibi, koruma ya da önleme amacı taşımayan keyfi tedbirlere hükmetmesi de kabul edilemez. Yetkili mercii kararı verirken şiddetin seviyesi, sıklığı, türü gibi hususları tespit etmeli ve en uygun tedbire hükmetmelidir. Ayrıca tedbir kararı verilirken şiddetin karşılıklılığının tespitinin yanı sıra ilk kez gerçekleşip gerçekleşmediği de önemlidir. Olayların çoğunda genellikle erkeğin fiziksel şiddetine karşın, kadının sözel şiddet uyguladığı ya da bunun tam tersi, yani sözel şiddetle başlayıp daha sonra fiziksel veya psikolojik şiddetle cevap verilmesi mümkündür. Hâkim, somut olayda bütün unsurları değerlendirmeli, gerekirse her iki taraf için de tedbir kararına hükmedebilmelidir. Her ne kadar Kanunda karşılıklı tedbir kararına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmasa da, bazı durumlarda her iki taraf için de tedbir kararı verilmesinin gerekli ve yerinde olacaktır kanısındayız. Elbette hâkim her iki taraf için tedbir kararı vermek zorunda olmadığı gibi,

⁹⁷ Antalya 2. Aile Mahkemesi, 11.03.2013, E. 2013/218 (yayımlanmamıştır).

⁹⁸ Antalya 3. Aile Mahkemesi, 08.04.2013, E. 2013/141-K. 2012/148 (yayımlanmamıştır).

tedbir kararı vereceği tarafın şiddeti başlatan taraf olmasına da gerek yoktur⁹⁹.

- Son olarak, Kanundaki *benzeri tedbirler* ifadesinden anlaşılması gerekenin, şiddeti önlemeye yönelik tedbirler olup, tarafları barıştırmaya yönelik uyarıları içeren kararların tedbir kararı olarak nitelendirilmemesi gerektiği kanısındayız.

SONUÇ

Esasen, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinden kaynaklanan şiddetin önlenmesi için yasal düzenlemelerin tek başına yeterli olmadığı görüşü genel kabul görmektedir¹⁰⁰. Bu bağlamda, şiddetle mücadele sadece hukukî bir sorun olmayıp, konunun psikolojik, sosyolojik, ekonomik, ahlaki ve kültürel boyutları bulunmaktadır. Bu nedenle, sorunun çözümünde ilgili tüm kurum ve kuruluşların iş birliği içerisinde mücadele etmesi, ŞÖNİM gibi Kanunla ilgili tedbirleri uygulayacak ve denetleyecek kurumların iyi işletilmesi, toplumun bilinçlendirilmesi ve toplumsal farkındalığın artırılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra hiç şüphesiz uygulayıcılara da büyük görev düşmektedir. Unutulmamalıdır ki, dünyanın en iyi kanunları kötü bir uygulayıcının elinde adaletsiz sonuçlar doğurabileceği gibi, en kötü kanunlar da iyi bir uygulayıcının elinde adil sonuçlar doğurabilir.

Kaynakça*

- AKINCI, Şahin. “Medenî Kanun’da Kadın ve Aile”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1-2), 2004, s. 15-31.
- ALTINAY, Ayşe Gül/ ARAT, Yeşim. Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet, Metis Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2008.
- ARAT, Yeşim. 1980’ler Türkiye’inde Kadın Hareketi: Liberal Kemalizm’in Radikal Uzantısı - Türkiye’de Kadın Olgusu (Ed.: Necla Arat), Say Yayınları İstanbul 1992.
- ATEŞ, Mustafa. “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, 65(3), 2007, s. 161-172.

⁹⁹ ERDEM, s. 60.

¹⁰⁰ Konu hakkında detaylı tartışma için bkz. Kadına Şiddet, TBMM. Tutanak Hizmet Başkanlığı, 19.02.2015 tarihli tutanak.

* Birden fazla eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar, ilgili eserin sonunda ayrıca belirtilmiştir.

- AYAN, Sezer. “Kadına Karşı Şiddetin Çocuk Üzerindeki Etkileri”, Uluslararası Katılımlı Kadına ve Çocuğa Karşı Şiddet Sempozyumu, Mutlu Çocuklar Derneği Yayınları, Ankara 2012, s. 660-670.
- AYATA, Gökçeçiçek/ DİLEK ERYILMAZ, Sevinç/ ODER, Bertil Emrah. Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama (Ed.: Burcu Yeşilada), Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.
- AYATA, Gökçeçiçek/ DİLEK ERYILMAZ, Sevinç/ KALEM, Seda. Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kimi ve Neyi Koruyor? Hakim, Savcı, Avukat Anlatıları Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.
- BADUR, Emel. “Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”, TBB Dergisi, 84, 2009, s. 63-92.
- BARZILAI, Gad. “Culture of Patriarchy in Law: Violence from Antiquity to Modernity”, Law & Society Review, 38, 2004, s. 867-889.
- BAYDUR, Emel/ ERTEM, Burcu. “Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukukî Boyutları-Ceza Kanunu, Medenî Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme”, TBB Dergisi, 65, 2006, s. 89-118.
- BEYAZIT Özgür/ BEYAZIT Arzu. “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Üzerine Değerlendirmeler”, 2010:http://psikiyatriksosyalhizmet.com/wp-content/uploads/2010/02/4320_degerlendirme.pdf
- BUEL, M. Sarah. “Mandatory Arrest for Domestic Violence”, Harvard Women’s Law Journal, 11, 1988, s. 213-226.
- CENTEL, Nur. “Mağdurun Korunmasında Yeni Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s. 113-125.
- CENTEL, Nur. “Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım”, İstanbul Ticaret Üniversitesi, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın Paneli, İstanbul 2003: <http://nurcentel.com/makaleler/kadinakarsisiddet.pdf>.
- DOĞAN, İzzet. “Kadına Yönelik Şiddet, Uluslararası Belgeler, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına İlişkin Yasa ve Bu Yasada Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, 82(3), 2008, s. 1223-1235.
- BOZKURT ŞENER, Ekin. “Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi”, TC. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara 2011: http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/uzmanlik_tezleri/ekin_bozkurt_tez.pdf
- ERDEM, Mehmet. “Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, TBB Dergisi, 73, 2007, s. 46-77.
- ERGENE, Deniz. “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medenî Kanun’da Değişiklik Önerisi”, MHB, 31(2), 2011, s. 123-176.
- ERTÜRK, Şükran/ ÖZDAMAR, Demet. “Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11 (Özel Sayı), 2009, s. 1169-1218.
- GARNER, A. Bryan. Black’s Law Dictionary, 8. Bası, Thomson West Publishing, USA 2004.

- GÖKKAYA B, Veda. “Kadına Karşı Şiddet ve Gölgesindeki Çocuk”, Uluslararası Katılımlı Kadına ve Çocuğa Karşı Şiddet Sempozyumu, Mutlu Çocuklar Derneği Yayınları, Ankara 2012, s. 671-677.
- GÖKTEPE, İnci. “4320 Sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Örnekler”, Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Yeni Medenî Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003.
- GÜVEN, Kudret. “4320 Sayılı ‘Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Getirdiği Hukukî Tedbirler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(1-2), 1998, s. 1-25.
- HALL, Jane Carol. “The Link Between Public and Private Harm: Is There Hope for Gender-Based Violence as a Ground for Asylum in the United States”, Immigration and Nationality Law Review, 21, 2010, s. 679-699.
- KARINCA, Eray. “Ailenin Korunması Kanunundaki Değişiklik Hakkında”, 2008: <http://bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/106837-ailenin-korunmasi-kanunu-ndaki-degisiklik-hakkinda>
- KARINCA, Eray. “Kadının Eş Şiddetinden Korunması İçin 4320 Sayılı Kanunda Yapılabilecek İyileştirmeler”, TAAD, 3, 2010, s. 325-348 (İyileştirmeler).
- KÖSE, Bilal. “Ailenin Şiddetten Korunması”, TBB Dergisi, 77, 2008, s. 307-341.
- KUENNEN, L. Tamara. “No-Drop Civil Protection Orders: Exploring the Bounds of Judicial Intervention in the Lives of Domestic Violence Victims”, UCLA Women’s Law Journal, 16, 2007, s. 39-95.
- KUYAKSİL, Ali. “Türk Anayasalarında Kadın Hakları ve Gelişimi”, Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 6(11), 2009, s. 328-352.
- LAPİDUS, Lenora M./ MARTİN, Emily J./ LUTHRA, Namita. The Rights of Women, 4. Bası, ACLU New York 2009.
- MORALIOĞLU, Aylin. “Seksenli Yıllarda Kadın Hareketi ve Kampanyalar”, TBB Dergisi, 99, 2012, s. 291-296.
- MOROĞLU, Nazan. “Kadının Kimlik Sorunu -Kadının Soyadı-”, TBB Dergisi, 99, 2012, s. 245-268.
- MOROĞLU, Nazan. “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, 2012, s. 357-380: http://portal.ubap.oRG:tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf
- ÖZBEK, M. Serdar. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- SALLAN GÜL, Songül. Türkiye’de Kadın Sığınmaevleri (Erkek Şiddetinden Uzak Yaşama Açılan Kapılar mı?), Bağlam Yayınları, İstanbul 2011.
- SALLAN GÜL, Songül. “Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetle Mücadeleye Tarihsel Bakış”, İnsan Hakları Standartlarının Etkili Uygulanması Bağlamında Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele, Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, İstanbul 2012, s. 517-544.
- SCHNEİDER, Elizabeth. Battered and Feminist Lawmaking Women, Yale University 2000.
- SUBAŞI, Nüket/ AKIN, Ayşe. “Kadına Yönelik Şiddet; Nedenleri ve Sonuçları”: http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/kadina_yon_siddet.pdf

- ŞENER, Ülker. “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?”, Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı, TEPAV, 2012, s. 1-5.
- TEKELİ, Şirin. “80’lerde Türkiye’de Kadınların Kurtuluş Hareketinin Gelişmesi”, Birikim, 3, 1989, s. 34-41.
- THUESON, D. Sean. “Civil Domestic Violence Protection Orders in Wyoming: Do They Protect Victims of Domestic Violence?”, Wyoming Law Review, 4,2004, s. 271-310.
- TİĞLİ, Hüseyin. “Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Yer Alan Tedbirler ve Bunların Uygulanması”, TAAD, 1(5), 2011, s. 487-538.
- UĞUR, Hüsamettin. “Uluslararası Sözleşmeler ve AİHM Kararları Işığında Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Gayri Resmî Evlilikler Hakkında Yargıtay Kararı”, Terazi Hukuk Dergisi, 4(34), 2009, s. 155-168 (Yargıtay Kararı).
- UĞUR, Hüsamettin. “Kadın ve Aile Bireylerine Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri”, TBB Dergisi, 101, 2012, s. 337-339.
- ULUÇ, İlknur. “Ailenin Korunmasına Dair Kanun Hükümleri Çerçevesinde Aile İçi Şiddetin Önlenmesi”, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, 6, 2005, s.437-457.
- UYGUR, Gülriz. “Ev-İçi Şiddet Bağlamında Koruma Tedbirleriyle İlgili Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi”, Esin Konanç Sempozyumları, Çocuk İstismarı ve Çocuk Suçluluğu, 2010, s. 137-149 (Çocuk).
- UYGUR, Gülriz. “Kadına Karşı Ev-İçi Şiddete Yönelik Eşitlikçi Hukuk Anlayışı”, Esin Konanç Sempozyumları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ile İlgili Kararları ve İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Sorunu ve Ceza Hukukunda Kadın, 2010, s. 81-95, (Ev-İçi Şiddet).
- UYGUR, Gülriz. Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi, Ünite 7, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2011 (Hukuk).
- UYGUR, Gülriz. Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları, 2. Bası, Ünite 6, Anadolu Üniversitesi Yayını, 2013, (Şiddet).
- ÜNVER, Yener. “Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri”, Ceza Hukuku Dergisi, 4(11), 2009, s. 101-127.
- VEUR, Dennis. “Gender Matters - A Manual on Addressing Gender-Based Violence Affecting Young People”, Ed. Gavan Titley, Council of Europe, Budapeşte 2007.
- VORIS, J. Michael. “Civil Orders of Protection: Do They Protect Children, the Tag-along Victims of Domestic Violence”, Ohio Northern University Law Review, 17, 1990-1991, s. 599-609.
- YALÇIN SANCAR, Türkan. Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- YARAR, Betül. “Bir Moral Düzenleme Biçimi Olarak Medenî Kanunun Aile Hukuku Arkeolojisi”, Öneri Dergisi, 7(28), 2007, C. 7, S. 28, s. 209-224.
- Aile İçi Şiddetle Mücadele El Kitabı, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, 2008.

SÖZLEŞMENİN YORUMUNDA GERÇEK İRADENİN TESPİTİ

DETERMINATION OF TRUE WILL IN THE INTERPRETATION OF CONTRACTS

Nurcihan Dalcı ÖZDOĞAN*

ÖZET

Sözleşme hukukunun önemli alanlarından birini oluşturan sözleşme yorumunun amacı, tarafların gerçek iradesinin tespitidir. Bu tespitin nasıl yapılacağına ele alındığı çalışma konumuzda temelde iki soruya cevap aranmaya çalışılacaktır. Bunlardan ilki, gerçek irade ile iç irade mi kastedilmektedir? İkincisi ise, sözleşme yorumunda birbiri karşısında yer alan ve aralarında öncelik – sonralık ilişkisi bulunan iki yorum türü (subjektif-objektif) söz konusu mudur? Bu sorular bağlamında kanaatimizce, sözleşme tarafları birbirlerini fiilen doğru olarak anlamışlarsa, sözleşme zaten tarafların gerçek iradesi üzerinden kurulmuştur ve ayrıca sözleşmenin yorumuna da ihtiyaç yoktur. Ama taraflar birbirlerini fiilen doğru anlamamışlarsa, yani birbirlerinin gerçek iradesini bilmiyorsa, bu durumda da makul ve dürüst üçüncü kişinin bakış açısı ile güven teorisine göre yorum yapılacaktır. Ancak iki durumda güven teorisi uygulanmayacaktır. Bunlardan ilki, muhatabın beyan sahibinin gerçek iradesini bildiği durumdur. Daha doğru bir anlatımla, muhatap beyan sahibinin gerçek iradesini bilmesine rağmen, objektif yorum kendi çıkarına uygun düştüğü için, buna dayandığı durumdur. Bu noktada beyan sahibi karşı tarafın yani muhatabın, kendisinin gerçek iradesini bildiğini ispat etmesi gerecektir. Zira sözleşme taraflarının gerçek yani fiili iradesi ispat edilebilirse, zaten yoruma gerek kalmayacak, sözleşme gerçek iradelere göre kurulmuş olacaktır. İkinci durumda ise, muhatap beyan sahibinin gerçek iradesini bilmemekle birlikte, somut durumun bütün şartları göz önüne alındığında, gerekli özeni gösterseydi beyan sahibinin gerçek iradesini bilecek veya bilebilecek idiyse, bu durumda da güven teorisi uygulanmayacaktır. Bu durumda da yine beyan sahibi, muhatabın gerekli özeni gösterseydi, gerçek iradesini bilecek veya bilebilecek durumda olduğunu ispat etmesi gerecektir. Ancak beyan sahibi bu hususları ispatlayamazsa, bu takdirde güven teorisine göre objektif yorum yapılarak tarafların farazi iradesine ulaşılmaya çalışılacaktır. Böylelikle kanaatimizce gerçek irade ile güven prensibine göre tespit edilen farazi irade veya objektif veya subjektif yorum arasında varsayılan fark, hangi açıklama ve durumların ispat edilebilir olduğuna indirgenmiş olmaktadır. Böylelikle kanaatimizce burada belirleyici olan yorum metodundan ziyade, hangi açıklama ve durumların ispat edilmiş ve edilebilir olduğudur.

Anahtar Kelimeler: sözleşme yorumu, gerçek irade, objektif yorum, subjektif yorum, güven ilkesi.

ABSTRACT

Interpretation of the contracts which is an important field in the law of contracts aims to determine the true will of the parties. Our study which deals with how this determination should be carried out intends to find answers to two questions. First of these questions is whether it is meant internal will with the term true will. Second question is

* Yrd. Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

whether two ways of interpretation (subjective-objective) that are against each other and that have priority-posteriority relationship between each other are in question. In the context of these questions the present author is in the opinion that the contract is drawn up based on the true will of the parties if the parties actually understand each other correctly and interpretation of the contract will not be necessary. But if the parties do not actually understand each other correctly, in other words do not know the true will of each other, in this case it will be interpreted from the point of view of a reasonable and honest third person according to the trust principle. But trust principle will not be applicable in two situations. First of these is the situation in which the counterparty is aware of the true will of the declarant. More precisely it is the situation in which the counterparty grounds on the objective interpretation since it is in the counterparty's favor although the counterparty knows the true will of the declarant. In such case, the declarant will have to prove that the counterparty knows the declarant's true will. Because if true, in other words actual, will of the parties can be proved, interpretation will not be necessary and the contract will have been drawn up according to the true will of the parties. In the second situation the trust principle will not be applicable if the counterparty would have known or would have been able to know the true will of the declarant whether the counterparty had shown due care and diligence although the counterparty does not know the true will of the declarant when all conditions of the concrete case are taken into consideration. In this case, again the declarant will have to prove that the counterparty would have known or would have been able to know the true will of the declarant whether the counterparty had shown due care and diligence. But if the declarant can not prove these, fictitious will of the parties will be tried to find according to objective interpretation in line of the trust principle. Thus, we believe that the assumed difference between the true will and the fictitious will determined according to the trust principle or the assumed difference between objective and subjective interpretation are degraded to which explanations and situations can be proved. In this way, we believe that which explanations and situations are proved and can be proved is determinant rather than the method of interpretation.

Keywords: Interpretation of contract, true will, objective interpretation, subjective interpretation, trust principle

I. GİRİŞ

Sözleşme yorumu, sözleşmenin kurucu unsuru olan iradelerin anlamının ve hangi hukuksal sonuçlara yöneldiğinin araştırılıp, ortaya konulması anlamına gelmektedir. Zira Türk Borçlar Kanunu (TBK) md.1 hükmü kapsamında geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmede, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun olarak beyan etmiş oldukları sözleşme iradelerinin gerçek anlamı, bazı şüphe ve tereddütlere yol açabilir. Bir başka anlatımla, sözleşme taraflarından biri sözleşmenin içeriğini diğerinden farklı anlayabilir. Özellikle şüphe ve tereddütlere yol açan veya birden fazla anlama gelen sözleşme metni veya sözleşmedeki bir hüküm taraflardan birini avantajlı duruma getiriyorsa, bu taraf birden yanlış hükme dayanarak talepte bulunabilmektedir. Bu takdirde yorum

uyuşmazlığı söz konusu olmaktadır¹ ve sözleşme yorumuna ihtiyaç duyulmaktadır. Bu konuda ünlü bir örnek üzerinden² hareket etmek konunun anlaşılmasını daha da kolaylaştıracaktır. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1920 tarihli bir kararına konu olayda, sözleşme tarafları sözlü olarak balina eti (*Walffleisch*) teslimini kararlaştırmışlardır. Ancak sözleşmede balina eti anlamına gelmek üzere <*Haakjöringsköd*> kelimesi kullanılmıştır. Oysa Norveç dilinde *Haakjöringsköd* köpekbalığı eti (*Haißischfleisch*) anlamına gelmektedir ve taraflar bunu bilmemektedir. Buradaki uyumsuzluk, yükümlülük altına giren sözleşme tarafının diğerine balina eti mi yoksa köpek balığı eti mi teslim etmek zorunda olduğuyla ilgilidir. Yüksek Mahkeme burada tarafların sözleşmede kullanmış oldukları kelimenin köpek balığı eti anlamını taşımasına rağmen, tarafların ortak iradesine göre bundan balina balığı eti anlaşılması gerektiğine karar vermiştir. Zira sözleşmelerin yorumunda en üstte yer alan ilke tarafların gerçek iradelerinin öncelikli olduğudur. Bu husus TBK md.19 hükmünde de açıkça yer almaktadır.

Sözleşmelerin yorumunu düzenleyen TBK md.19 hükmüne göre, “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”. Bu doğrultuda sözleşmenin yorumunda amaç, ilk aşamada sözleşme taraflarının birbirine uygun gerçek iradelerini tespit edebilmektir³. Peki bu gerçek irade ile kastedilen nedir? Sözleşmenin yorumunda gerçek iradenin tespitinde TBK md.19 hükmü elverişli bir hüküm müdür?

II. TBK MD.1, TBK MD.19 ve MK MD.2 HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ BAĞLANTI

Yukarıda belirtmiş olduğumuz çerçevede sözleşme tarafları arasında bir yorum uyumsuzluğu söz konusu olduğunda, hakim TBK

¹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.466; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş AGenişletilmiş Tamamlanmış 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, s.331.

² Örnek için bkz. STEHLE, Bernhard: “Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien”, Recht 2014, s.257.

³ JÄGGI, Peter/GAUCH, Peter/STEPHAN, Hartmann: Kommentar zu Art. 18 OR - Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Zürcher Kommentar, 4. Auflage, Zürich 2015, Art.18, N.314.

md.19 hükmü doğrultusunda tarafların gerçek ve ortak sözleşme iradelerini tespit ederek uyumsuzluğu çözümlenecektir. Ancak hakim tarafından sözleşmenin yorumlanabilmesi için öncelikle ortada TBK md.1 hükmüne göre geçerli biçimde kurulmuş bir sözleşme bulunmalıdır. Böylece bir sözleşmenin yorumlanabilmesi için ilk şart, sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olmasıdır⁴. Bu nedenle TBK md.1 ve md.19 yakın bir bağlantı içindedir. Eğer tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yoksa, bu durumda ortada kurulmuş bir sözleşme olmayacağı için yorum uyumsuzluğu da söz konusu olmayacaktır.

Geçerli olarak kurulan bir sözleşmenin yorumlanmasında, yorumun konusu ise sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarıdır⁵. İrade beyanın yorumunda ise hakimın başvuracağı ilke, dayanağını MK md.2 hükmünde bulan⁶ güven ilkesidir. Bu doğrultuda güven ilkesi sözleşmenin yorumlanmasında dolaylı olarak başvuru bir ilkedir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, öğretide⁷ TBK md.19 hükmünün gerçekte sözleşmelerin yorumuna ilişkin genel kuralı ifade eden bir hüküm olmadığı ifade edilmektedir. Söz konusu hükümde tarafların gerçek iradesinin öncelikli olduğu belirtilirken iki ayrı ihtimalden bahsedilmektedir. Bunlardan ilki tarafların *gerçek amaçlarını gizlemek* için gerçek iradelerine uymayan ifadeler kullanmış olmalarıdır. Bu durumda muvazaalı bir işlem söz konusu olacaktır ki, bu husus çalışma konumuzun dışında kalmaktadır. İkinci ihtimalde ise taraflar *yanlışlıkla* gerçek iradelerine uymayan beyanlarda bulunmuşlardır. Bu durumda falsa

⁴ BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988, s.180; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N.1197; KRAMER, Ernst A.: Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berner Kommentar, Band VI/1/1, Bern 1986, Art.18, N.14; KELLER, Max/SCHÖBI, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel und Frankfurt am Main 1988, s.120; EREN, s.467; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.331; KAPLAN, İbrahim: Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.35.

⁵ AKYOL, Şener: Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.7; KAPLAN, s.29. İrade beyanı, irade ve beyan unsurlarından oluşmaktadır. Beyan, beyanda bulunanın gerçek iradesine uygunsuz zaten ortada bir problem yoktur. Ancak beyan, beyanda bulunanın gerçek iradesine kısmen veya tamamen uymuyorsa, ortada çözülmesi gereken bir problem vardır ve yorum faaliyeti de bu noktada devreye girmektedir.

⁶ HONSELL, Heinrich: Willenstheorie oder Erklärungstheorie?, in: Forstmoser/Honsell/WIEGAND (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis - Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, s.337; KELLER/SCHÖBI, s.123.

⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.332. Aynı doğrultuda bkz. HONSELL, s.339-340.

demonstratio ilkesi⁸ (tarafların somut olayda birbirlerinin gerçek iradelerini fiilen anlamaları halinde yanlış beyan ve sözlere itibar edilmeyeceği ilkesi, kısaca yanlış belirtme zarar vermez ilkesi) gereğince zaten sözleşme tarafların gerçek iradesi üzerinden kurulmuş bulunmaktadır. Aslında yorumun amacı tarafların bilinmeyen gerçek iradelerinin araştırılıp bulunması olduğu için, bu kapsamda TBK md.19 hükmünün gerçek bir yorum kuralı olmadığı ifade edilmektedir⁹.

Peki tarafların bilinmeyen gerçek iradeleri ne şekilde araştırılacak, hakim sonuca nasıl ulaşacaktır.

III. SÖZLEŞME YORUMUNDA İKİLİ SİSTEM: SUBJEKTİF-OBJEKTİF YORUM

İsviçre/Türk öğretisinde ve İsviçre Federal mahkemesi kararlarında, tek bir yorum tipinin değil, bilakis birbiri karşısında yer alan iki yorum tipinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir¹⁰. Bunlardan ilki subjektif yorum (*empirische, subjektive Auslegung*), ikincisi objektif veya normatif yorum (*normative, objektive Auslegung*) olarak adlandırılmaktadır. Subjektif yorumun amacı, sözleşme taraflarının birbirine uygun gerçek iradelerini (*wirkliche Wille*) tespit etmektir¹¹. Öğretide¹² ve İsviçre Federal

⁸ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. KRAMER, Art.18, N.83 vd.; AKYOL, s.45.

⁹ Sözleşmelerin yorumunda temel hüküm olan TBK md.19, başka açılardan da eleştirilmeye açık bir hükümdür. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu değişikliği ile birlikte bu maddede herhangi bir değişiklik yapılmamış, eBK md.18 aynen korunmuştur. Oysa eBK md.18 irade teorisinin hakim olduğu bir dönemde kaleme alınmıştı. O dönemde güven teorisi henüz rağbet bulmamıştı (TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993, s.150). Oysa Borçlar Kanunu değişikliği yapılırken bu husus dikkate alınıp, BGB §157'de olduğu gibi, öğretilde sözleşme yorumunda güven teorisinin dikkate alınacağına ilişkin görüş, kanun metnine alınabilirdi. Güven teorisinin kanun metnine alınmamış olması, sözleşme yorumunda bunun dikkate alınmayacağı anlamına gelmemekle birlikte, söz konusu hükmün tüm yönleriyle sözleşme yorumuna hizmet eden bir hüküm haline dönüşmesi açısından, kanaatimizce gerekliydi. Zira İsviçre Borçlar Kanununun Genel Hükümlerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin 2020 Tasarısı'nda da sözleşme yorumuna ilişkin 20. madde de güven prensibine yer verilmiştir.

¹⁰ WIEGAND, Wolfgang: Kommentar zu Art. 18 OR, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011, Art.18, N.11; HUGUENIN, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2014, N.278 vd.; BERGER Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2008, N.1126; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N.1200 vd.; JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.356.

¹¹ JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.314, 357; STEHLE, s.258; HUGUENIN, N.280; BERGER, N.1126.

Mahkeme kararlarında¹³, burada söz konusu olan irade, iç irade (*innere Wille*) olarak ele alınmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, burada bahsi geçen iç irade sadece sözleşme taraflarının iç dünyasında kalan ve hiçbir biçimde dış dünyaya yansımaya bir iç irade olamaz. TBK md.19/I hükmünde açıkça yazmasa da, kendiliğinden bu sonuca ulaşılacaktır. Yorum yolu ile araştırılan iç irade, açıkça veya örtülü bir biçimde veya eksik ya da yanlış olarak açığa vurulmuş olan, kısacası öyle ya da böyle dış dünyaya aktarılmış olan bir iradedir¹⁴. Herhangi bir biçimde dış dünyaya aktarılmamış bir iç irade, herhangi bir önem taşımayacak ve bu nedenle dikkate de alınmayacaktır¹⁵.

Objektif yorum ise, sözleşme taraflarının davranış ve açıklamalarının güven ilkesine göre yorumlanması anlamına gelmektedir. Burada güven ilkesine göre, ilgili muhatabın MK md.2/I ışığında bütün şartları göz önünde bulundurarak ne anladığı veya anlaması gerektiği araştırılır. Bir diğer anlatımla, sözleşme taraflarının dürüstlük ilkesine göre, somut olayın bütün hal ve şartları dikkate alınarak, dürüst ve makul sözleşme tarafı olarak o sözleşme kapsamında neyi istemiş sayılabilecekleri araştırılır ve bir sonuca ulaşmaya çalışılır¹⁶. Subjektif teori, objektif yani normatif teori karşısında önceliklidir¹⁷. Ancak

¹²JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.315; HUGUENIN, N.280; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N.1200; KRAMER, Art.18, N.16; AKYOL, s.6; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.332; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.150; KAPLAN, s.30-31. Bu görüşün eleştirisi için bkz. HONSELL, s.338 vd. Aynı doğrultuda bkz. von TUHR Andreas/PETER Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979, s.158.

¹³ “...Das Handelsgericht hat keinen übereinstimmenden inneren Willen der Parteien über den konkreten Inhalt ihrer Vereinbarung festgestellt, wie er nach Art. 18 Abs. 1 OR in erster Linie massgebend wäre...” (BGE 122 III, 106,108, Karara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 20.02.2017).

¹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.332.

¹⁵ JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, N.26; WIEGAND, Art.18, N.12; KRAMER, Art.18, N.16. Sözleşmenin yorumunda güven teorisinin belirleyici olduğunu savunan *Honsell*'e göre de, sadece dışa yansımış irade yorum konusunu teşkil edebilir (HONSELL, s.337). Bununla birlikte yazar, sözleşme yorumunun konusunun irade değil, beyan olduğunu belirtmektedir.

¹⁶JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.346, 356; HUGUENIN, N.282; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N.1201; KELLER/SCHÖBI, s.123 vd.; EREN, s.469; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.333.

¹⁷WIEGAND, Art.18, N.1; JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.317; KRAMER, Art.18, N.8; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N.1200; STEHLE, s.258; SCHWENZER Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2009,

belirtmek gerekir ki, bu öncelik ancak sözleşme taraflarının birbirine uygun gerçek iradelerinin tespit edilebilmesi halinde söz konusudur¹⁸. Bu doğrultuda, eğer tarafların fiili, yani gerçek iradelerinin birbirine uygun olduğu tespit edilmişse, artık güven ilkesine göre yoruma gerek kalmamıştır.

Subjektif birbirine uygun iradelerin, objektif açıklamalara göre önceliği hem yorum meselesinde hem de iradelerin uygunluğu noktasında söz konusudur. Bu sonuç TBK md.1 ve TBK md.19'dan çıkarılmaktadır. Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi İsviçre/Türk öğretisinde hakim görüşe göre, İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) md.18/I'de yer alan irade teorisi, kaynağını İsviçre Medeni Kanunu (İMK) md.2'de bulan güven teorisine göre önceliklidir. Bu görüşün karşısında yer alan azınlıkta kalan görüşe¹⁹ göre ise, İBK md.1 genel kuralı içermekte, İBK md.18/1 ise sadece buna istisna getirmektedir. Buna göre belirleyici olan güven teorisidir, irade teorisi değildir ve söz konusu hüküm, iradenin beyandan üstün olduğuna ilişkin genel bir kural içermemektedir²⁰. Bununla birlikte öğretilde, böyle bir ayırımın var olduğu yani irade teorisinin kural, güven teorisinin istisna olduğu kabul edilse bile, bunun uygulamadaki problemin çözümünde neredeyse önemsiz olduğu da ifade edilmektedir²¹.

IV. TEK TİP SÖZLEŞME YORUMU

A. Güven İlkesine Göre Yorum

Bu görüşe göre, İBK md.18/I tarafların iç iradesinin tespitini aramamaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin yorumu ikili olmak zorunda değildir²². İBK md.1, İBK md.18 ve İMK md.2 hükümleri gereğince, öncelikle tarafların gerçek yani fiili iradelerinin tespitine yönelik yorum (subjektif) yapıp, bu mümkün olmazsa güven teorisine göre farazi iradelerin tespitine yönelik yorum (objektif) yapılması gerekmektedir. Zira söz konusu hükümlerden de, güven prensibine dayalı tek tip yorum ortaya çıkmaktadır. Başka bir anlatımla, sözleşme tarafları birbirlerini fiilen doğru olarak anlamışlarsa, yani tarafların gerçek iradesi birbirine uygunsa, ortada yorum yapılacak bir durum da söz konusu değildir. Ancak

N.33.02; HUGUENIN, N.278; BERGER, N.1127; KOLLER Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009, § 6, N.4.

¹⁸ JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.57.

¹⁹ HONSELL, s.336 vd.; von TUHR/PETER, s.157-158, 190.

²⁰ HONSELL, s.340.

²¹ SCHWENZER, N.27.35; STEHLE, s.261-262; BERGER, N.1129.

²² STEHLE, s.258. Aynı doğrultuda bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.150.

tarafkların fiili yani gerçek iradelerinin tespiti yapilamiyorsa, yani tarafların gerçek iradesine ulaşilamiyorsa, bu durumda yorum yoluyla tarafların farazi iradesine ulaşılmaya çalışılır.

Bu görüş, Federal Mahkemenin, İBK md.18/I kapsamında gerçek irade, tarafların i iradesidir, şeklindeki içtihadına da karşı çıkmaktadır. Zira i iradenin tam olarak dışarı yansıtılıp yansıtılmadığının, özellikle tüzel kişilerde açık olmadığı; ayrıca her somut durumda bir kişinin i dünyasının doğrudan veya dolaylı biçimde, tam olarak tespit edilemeyeceği de ileri sürülmektedir. Bu bağlamda İBK md.18/I hükmünde, tarafların i iradelerinin esas alınmadığı belirtilmektedir. İBK md.18/I kapsamında gerçek iradeden bahsedilirken, bir kelime daha söz konusudur. Kanunun farklı dillerdeki metinleri incelendiğinde, Almanca ve İtalyanca metinde tarafların birbirine uygun (*bereinstimmende/la concorde volont*) gerçek iradesi demektedir. Fransızca metinde ise, tarafların ortak (*la commune intention*) iradesi kelimesi yer almaktadır. TBK md.19/I hükmünde de tarafların *<gerçek ve ortak>* iradesinden bahsedilmektedir. Tarafların ortak iradesi ancak karşılıklı irade beyanında/açıklamasında bulundukları durumlarda söz konusu olabilir. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, sözleşmenin yorumlanabilmesi için, öncelikle ortada kurulmuş bir sözleşmenin varlığı şart olduğu için; sözleşmenin varlığı için de TBK md.1 bağlamında, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının var olması gerektiği için, sözleşme yorumunun konusu, tarafların irade açıklamalarıdır.

Peki tarafların irade açıklamaları nasıl yorumlanacaktır? Saf subjektif yoruma göre, öncelikle sadece irade açıklamasında bulunan tarafın ya da sadece muhatabın i iradesi dikkate alınacak yani tespit edilmeye çalışılacaktır. Fakat tarafların i yaşamı doğrudan tespit edilemeyeceği için, sözleşme kurulurken tarafların i anlayışını tespit etmeye yarayacak sonraki iddialar da bu bağlamda esas alınmalıdır. Açıklamalara bağlı olarak bir sonuç elde edilemezse; yani, irade açıklamasında bulunan kişi A, B, veya C şeklinde bir açıklama yapmış olmasına rağmen, daha sonra X hususunu kastettiğini iddia etmişse, burada X onun i iradesidir. Diğer taraftan, irade açıklamasında bulunan kişi A, B veya C şeklinde açıklamada bulunmuş olmasına rağmen, muhatap bunu X olarak anlamış olduğunu iddia edebilir. Her iki durumda da sözleşme taraflarından biri tek taraflı olarak sözleşme içeriğini belirlemiş olur ve böylece başlangıçta söz konusu olan anlaşma değersiz kalır. Böyle bir sonuca ulaşmak anlamsızdır. Zira böyle bir durumda hiç

kimse sözleşme yapmak istemez. Ayrıca hakkaniyete de uygun değildir. Çünkü hiçbir sözleşme tarafı böyle bir duruma maruz kalmak istemez. Bu nedenle saf subjektif teori kabul görmemektedir²³. Eğer ne irade açıklamasında bulunan tarafın anlayışı ne de diğerinin ki belirleyici değilse, üçüncü bir kişinin anlayışı belirleyici olabilir. Burada belirleyici olan makul ve dürüst üçüncü kişinin anlayışıdır. Bir diğer anlatımla tarafların irade açıklamaları, makul ve dürüst üçüncü kişinin bakış açısıyla, doğruluk ve dürüstlük ilkesine göre yorumlanmaktadır. İBK md.18/I anlamında tarafların birbirine uygun gerçek iradesi, güven ilkesine göre irade açıklamalarının yorumlanması yoluyla ortaya çıkarılmaktadır²⁴.

Öğretide *Stehle*²⁵ İBK md.18/1 hükmünün lafzında yer alan gerçek irade kavramı ile iç iradenin kastedilmediğini, söz konusu hükümde gerçek irade kavramının, doğru olmayan tabir ve anlatım kavramının karşıtı olarak kullanıldığını ifade etmektedir. İBK md.18/I'de yer alan bu karşılaştırma ile acaba gerçekte yasaklanmak istenen nedir? İBK md.18/I kasten veya yanlışlıkla yapılan yanlış açıklamalara vurgu yapmaktadır. Aslında bu hükümde öngörülen, sözleşme metninin her zaman için belirleyici olmayacağı, yanlış olarak yapılan açıklamanın, tarafların kendi aralarında anlaşmış oldukları hususları yansıtmayabileceği gerçeğidir. Yani madde metninde yer alan gerçek irade, iç irade anlamında değil, bilakis sadece yanlış açıklamanın karşıtı olarak kullanılmıştır. Buradan şu sonuç çıkmaktadır ki, irade açıklamasının yorumunda sadece açıklamada yer alan hususlar değil, bununla birlikte diğer açıklama veya olaylar gibi dış unsurların da dikkate alınması gerekmektedir²⁶. Çünkü irade açıklamasının doğru ya da yanlış olup olmadığı ancak bu şekilde değerlendirilebilir.

Sözleşme taraflarının yanlışlıkla veya kasten yapmış olduğu yanlış açıklamanın, tarafların gerçek iradesine uymadığı açıkça görülebilir. İsviçre'de 2001 yılına kadar, en azından kural olarak, açıklık ilkesi (*Eindeutigkeitsregel*) geçerliydi²⁷. Bu ilkeye göre, açık bir sözleşme hükmünün yorumlanmasına yer yoktu. Bir diğer anlatımla, açıklık ilkesine

²³ STEHLE, s.259.

²⁴ STEHLE, s.259. Aynı doğrultuda bkz. von TUHR/PETER, s.287; HONSELL, s.341.

²⁵ STEHLE, s.259.

²⁶ von TUHR/PETER, s.287; KRAMER, Art.18, N.16; SCHWENZER, N.33.04.

²⁷ BGE 111 II 284, 287; 101 II 329, 331; 99 II 282, 285; 83 II 297, 397; 81 II 520, 525; 25 II 450 (Kararlara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 20.02.2017).

göre, sözleşme metninin açık olduğu durumlarda, dış unsurlar yardımıyla, sözleşme metninin doğru olup olmadığını incelemeye ihtiyaç yoktur. Bu nedenle bazı durumlarda, tarafların kasten veya yanlışlıkla yapmış olduğu yanlış açıklama, gerçek irade olarak değerlendirilmiş olabiliyordu. Bu istenmeyen sonuç, açıklık kazandırma kuralından vazgeçilmesi gerektiğini ortaya koydu. Halihazırda İsviçre öğretisinde²⁸ ve Federal Mahkeme kararlarında²⁹ bu ilke haklı olarak reddedilmektedir. Çünkü bir hüküm ilk bakışta ne kadar açık görülürse görülsün, yorum sonucu açık görülen hükmün sanıldığı kadar açık olmadığı veya başka türlü anlaşılmaya elverişli olduğu ortaya çıkabilir. Zaten Federal Mahkeme de, daha önceki kararlarında açıklık kuralına her zaman uymamıştır³⁰.

Yukarıda ele alınmış olan açıklık ilkesi hem İBK md.18/I hem de TBK md.19/I hükmü ile bağdaşmamaktadır. Zira her iki hüküm de açık bir beyana rağmen, bunun başka bir anlama gelebileceğini kabul etmektedir. Bu nedenle gerek İsviçre³¹ gerek Türk³² öğretisinde bu ilke haklı olarak reddedilmektedir.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar ışığında TBK md.19/I hükmü açıklık kuralını reddetmektedir. Ayrıca söz konusu hüküm ile sadece lafza dayalı yorumun kabul edilmediği de açıktır. Zira aksi takdirde yorum konularının sınırlandırılması söz konusu olur ki, bu da gerçek iradeye ulaşmada araştırma yapılmasını yasaklar. Sözleşmenin yorumunda kullanılan yorum araçları münferit irade beyanlarının yorumunda kullanılan yorum araçları ile aynıdır. Bu anlamda bir irade açıklamasının (çoğunlukla sözleşmenin) yorumu sadece açıklama dikkate alınarak veya sadece açıklamada kullanılan dil veya sistematik dikkate alınarak yapılmamalıdır. Bu bağlamda tarafların açık veya örtülü diğer açıklamaları da yorumun konusunu teşkil eder. Sözleşme öncesi

²⁸JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.398; WIEGAND, Art.18, N.25; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N.1221; KRAMER, Art.18, N.47; SCHWENZER, N.33.04; BUCHER, s.183.

²⁹ Federal Mahkeme 2001 tarihli bir kararında (BGE 127 III 444, 445), İBK md.18/I kapsamında, bir sözleşme hükmünün açık anlamının bile sonucu mutlak belirleyici bir güce sahip olmadığını ifade etmiş ve sadece lafza dayalı yorumun yerinde olmadığını belirtmiştir (STEHLE, s.260). Ayrıca bkz. 128 III 265, 267; 119 II 368, 372 (Kararlara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 20.02.2017).

³⁰ BGE 121 III 118, 124; 123 III 16, 23; 122 III 420, 424 (Kararlara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 20.02.2017).

³¹ Bu hususta bkz. dpn.28.

³² KOCAYUSUFAŞAĞLU, s.333 vd.; EREN, s.471; AKYOL, s.54.

davranışlar³³, sözleşmenin amacı ya da sözleşme taraflarının menfaat durumu, tarafların hangi şartlar altında irade açıklamasında bulunduğu, ilgili iş çevresindeki işlem uygulamaları, tarafların bilgi düzeyi, gerçeğe uygunluk ve tamamlayıcı kurallar yorum araçlarıdır³⁴.

B. Tek Tip Sözleşme Yorumunun Hukuki Dayanağı Olarak TBK md.1, md.19 ve MK md.2

Tek tip sözleşme yorumunu kabul eden görüşe göre, TBK md.1 (İBK md.1), md.19 (İBK md.18) ve MK md.2 (İMK md.2) hükümleri incelendiğinde, sözleşmelerin yorumunda ve iradelerin uygunluğunda tek tip yorum, yani güven prensibine dayalı yorum sonucu ortaya çıkmaktadır. Sözleşme yorumunda, tarafların bütün açıklamaları somut durumun bütün şartları altında ve yorum araçlarında bir sınırlama olmaksızın makul ve dürüst üçüncü bir kişinin bakış açısı ile yorumlanır. Bir diğer anlatımla sözleşmeler doğruluk ve dürüstlük ilkesine göre mümkün olduğunca somut yorumlanır. Bu yorum, mahkeme, tarafların açıklamalarını doğruluk ve dürüstlük ilkesine göre yorumladığı için bir yandan objektif olarak adlandırılır; bunun yanında tarafların yerinde olsaydı mümkün olduğunca somut durumun bütün şartlarını ve bütün açıklamalarını dikkate almak zorunda olduğu için, subjektif olarak adlandırılır³⁵. Ayrıca denilebilir ki, sözleşmeler mümkün olduğunca subjektif ve gerektiği ölçüde objektif yorumlanmalıdır³⁶. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur ki, sadece bir tek yorum vardır, farklı iki tür yorum söz konusu değildir.

Tek tip sözleşme yorumu İBK md.1, md.18 ve İMK md.2 maddeleri kapsamında da çıkarılmaktadır. İBK md.1/I yorumun konusunu tarafların irade açıklamaları olarak belirlemiştir. İBK md.1/II ise, hem açık beyanların hem de tarafların davranışlarının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. İMK md.2 bu açıklamaların makul üçüncü kişinin bakış açısı ile doğruluk ve dürüstlük ilkesine göre yorumlanacağını ifade

³³ Federal Mahkeme, sözleşme kurulduktan sonra sözleşme taraflarının davranışlarını, güven ilkesine göre sözleşmenin yorumunda dikkate almamaktadır. Zira tarafların sözleşme sonrası davranışlarının sadece gerçek yani fiili iradenin tespitinde dikkate alınabileceğini belirtmektedir (132 III 626, 632; 129 III 675, 680). Federal Mahkeme'nin daha önceki aksi görüşteki kararları için bkz. BGE 96 II 325, 333 (Kararlara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 20.02.2017).

³⁴ Belli başlı yorum araçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.372 vd.; KRAMER, Art.18, N.22 vd.; WIEGAND, Art.18, N.18 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.333 vd.; EREN, s.470 vd.; KAPLAN, s.42 vd.

³⁵ STEHLE, s.261.

³⁶ STEHLE, s.261.

etmektedir. Burada üçüncü kişinin bakış açısı irade açıklamalarını soyut olarak değil, bilakis mümkün olduğunca bütün şartlar altında somut biçimde dikkate alacaktır. Yani burada somut durumdan soyutlanmış bir üçüncü kişi esas alınmamaktadır.

C. Tarafların Gerçek İradesinin Tespiti

Güven prensibine göre, doğruluk ve dürüstlük kuralına göre eğer somut durumun bütün şartları ve tarafların açıklamaları göz önüne alındığında yanlış açıklamanın yanlış olduğu anlaşılıyorsa, yanlış beyan sözleşme içeriği haline gelmez. Buradaki problem, sözleşme dışı unsurların ispatıdır. Daha açık bir anlatımla, mahkeme sözleşme metninin tarafların anlaşmasına aykırı olduğundan ve sözleşme metninin (kasten veya sehven) yanlış olduğundan nasıl emin olabilecektir? Bunların ispatında belirleyici olan sözleşme dışı açıklama ve durumlar nasıl ispatlanacaktır? İspat külfeti kime ait olacaktır? Burada ispat külfeti, objektif yorum sonucuna aykırı düşen subjektif iradenin sözleşmenin içeriğini teşkil ettiğini iddia eden ve bundan kendi lehine hukuki sonuçlar çıkararak kişiye aittir³⁷. Şöyle ki, daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi sözleşme tarafları birbirlerini fiilen doğru olarak anlamışlarsa, sözleşme zaten tarafların gerçek iradesi üzerinden kurulmuştur ve ayrıca sözleşmenin yorumuna da ihtiyaç yoktur. Ama taraflar birbirlerini fiilen doğru anlamamışlarsa, yani birbirlerinin gerçek iradelerini bilmiyorlarsa, bu durumda da daha önce belirtmiş olduğumuz gibi, makul ve dürüst üçüncü kişinin bakış açısı ile güven teorisine göre yorum yapılacaktır. Ancak iki durumda güven teorisi uygulanmayacaktır. Bunlardan ilki, muhatabın beyan sahibinin gerçek iradesini bildiği durumdur. Daha doğru bir anlatımla, muhatap beyan sahibinin gerçek iradesini bilmesine rağmen, objektif yorum kendi çıkarına uygun düştüğü için, buna dayanması durumudur. Bu noktada beyan sahibi karşı tarafın yani muhatabın, kendisinin gerçek iradesini bildiğini ispat etmesi gerecektir. Zira sözleşme taraflarının gerçek yani fiili iradesi ispat edilebilirse zaten yoruma gerek kalmayacak, sözleşme gerçek iradelere göre kurulmuş olacaktır. İkinci durumda ise, muhatap beyan sahibinin gerçek iradesini bilmemekle birlikte, somut durumun bütün şartları göz önüne alındığında, gerekli özeni gösterseydi beyan sahibinin gerçek iradesini bilecek veya bilebilecek idiyse, bu durumda da güven teorisi uygulanmayacaktır. İkinci durumda da, muhatabın gerekli özeni gösterseydi, beyan sahibinin gerçek

³⁷ WIEGAND, Art.18, N.16; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N.1201a; BUCHER, s.190; KRAMER, Art.18, N.13; JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.45, 65, 358.

iradesini bilecek veya bilebilecek durumda olduğunun, beyan sahibi tarafından ispat edilmesi gerekecektir. Ancak beyan sahibi bu hususları ispatlayamazsa, bu takdirde güven teorisine göre objektif yorum yapılarak tarafların farazi iradesine ulaşılmaya çalışılacaktır³⁸. Böylelikle kanaatimizce gerçek irade ile güven prensibine göre tespit edilen farazi irade veya objektif veya subjektif yorum arasında varsayılan fark, hangi açıklama ve durumların ispat edilebilir olduğuna indirgenmiş olmaktadır.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaları bazı örnekler üzerinden canlandıracak olursak:

İlk örneğimizde uluslararası faaliyet gösteren iki Türk şirketi yüksek miktarda bir sözleşme kurmak istemektedir. Sözleşme görüşmeleri uzun ve zorlu geçmiştir. Taraflar sözleşme görüşmelerini Türkçe üzerinden yapmıştır. Sonuçta taraflar anlaşmaya varmışlardır. Taraflar nihai sözleşme metninin İngilizce olarak düzenlenmesini kararlaştırmıştır. A hususunda anlaşmış olmalarına rağmen yanlış tercüme sonucu bu husus İngilizce sözleşme metnine, B olarak geçirilmiştir. Bir süre sonra şirketlerden biri sözleşmenin ifasını A hususuna göre talep etmiştir. Diğer taraf ise, İngilizce metne dayanarak bunu reddetmiştir³⁹. Bu örnekte veya vermiş olduğumuz köpek balığı eti örneğinde⁴⁰; hakim, sadece sözleşme metnini dikkate alırsa tarafların B içeriğinde veya köpek balığı eti üzerinden anlaşmış olduklarına karar verecektir. Ancak diğer şartlar ispat edilebilirse, örneğin sözleşme tasarıları veya taraflar arasındaki yazışmalar veya tanık beyanlarına dayanılarak, böyle bir durumda hakim artık sözleşme metnini belirleyici kriter olarak dikkate almayacak, aksine doğruluk ve dürüstlük ilkesine göre tarafların aslında A içeriğinde anlaşmış oldukları veya balina balığı eti üzerinden anlaşmış oldukları sonucuna varacaktır. Hakim, sözleşmeyi doğruluk ve dürüstlük ilkesine göre ve mümkün olduğunca somut yorumlayacaktır. Ancak bu husus kanaatimizce yorum metodundan ziyade ispat problemi ile ilgilidir.

³⁸ BERGER, N.1134.

³⁹ Bir sözleşmenin kurulmasında birden fazla dil kullanılmışsa ve farklı dilde hazırlanmış metinler birbiri ile çeliyorsa, böyle bir durumda hangi dilin belirleyici olacağı problemi karşımıza çıkmaktadır. Bu problemin çözümünde ilk olarak tarafların kendi aralarında belirleyici olarak hangi dilin esas alınacağını kararlaştırıp kararlaştırmadıklarına bakılır. Eğer böyle bir kararlaştırma yoksa, sözleşme tasarıları tek bir dil üzerinden yapılmış ise, bu dilin belirleyici olacağı kabul edilir (JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.383; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N.1210a; Art. 4.7 Unidroit Principles; Art. 5:107 PECL; Art. II-8:107 DCFR).

⁴⁰ Bkz. s.1.

İsviçre öğretisinde⁴¹ subjektif yorum kapsamında gerçek iradenin tespiti maddi olgu/vakıa⁴² (*Tatsfrage*), objektif yorum kapsamında farazi iradenin tespiti ise, hukuki sorun (*Rechtsfrage*) olarak ele alınmaktadır. Bu ayrıma bağlı olarak, İsviçre Federal Mahkemesi, istinaf mahkemesinin, maddi vakıalara ilişkin tespitleriyle bağlı olduğu için⁴³, kural olarak sadece objektif yorum yapabilmektedir. Zira Federal Mahkeme sadece hukuki sorun ile meşgul olabilmektedir. Maddi vakıa incelemesi yapamamaktadır⁴⁴. Bu bağlamda İsviçre öğretisinde⁴⁵, sözleşme taraflarının gerçek iradesinin belirlenmesine yönelik maddi vakıaların tespitinin sözleşme yorumu sayılıp sayılmayacağı veya bunların hukuki sorun olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmaktadır. Zira sözleşme taraflarının gerçek iradesinin araştırılması hukuki sorun olarak değerlendirilirse, Federal Mahkeme tarafından subjektif yorum da yapılabilecektir.

Federal Mahkeme'ye göre⁴⁶, istinaf mahkemesinin sözleşme taraflarının iradesine yönelik tespitleri ile mahkeme bağlıdır. Zira bu tespitler sözleşmenin yorumu niteliğinde değil, ispat vasıtalarının değerlendirilmesi niteliğindedir. Bu nedenle sözleşme taraflarının kullanmış oldukları kelimelerin veya örtülü davranışlarının tespiti, maddi vakıadır ve bunlara ilişkin istinaf mahkemesinin tespitleri Federal mahkeme için bağlayıcıdır.

Stehle, bu iki yorum tipi arasında böyle bir farklılık yaratılmasını pek tatmin edici bulmamaktadır⁴⁷. Yazara göre, subjektif ve objektif yorum arasında fark olduğundan hareket edilse ve gerçek irade, iç irade olarak değerlendirilse bile, bu iradenin tespiti hukuki sorun teşkil etmektedir. Tarafların iç iradesinin tespiti, hukuki sorunun cevabı olarak kabul edilecek olursa, iç irade ve güven prensibine göre irade arasındaki

⁴¹WIEGAND, Art.18, N.15; HUGUENIN, N.281, N.284; BERGER, N.1129-1130; KOLLER, §9, N.5; JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.365.

⁴²Honsell'e göre ise, maddi vakıanın tespitinin konusu iç irade değil, sözleşme taraflarının birbirine karşı yapmış oldukları irade açıklamalarıdır (HONSELL, s.349).

⁴³KRAMER, Art.18, N.74; JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.366.

⁴⁴Ancak maddi vakıaların tespiti açıkça hatalı ise, yani keyfi bir değerlendirme varsa, bu durumda Federal mahkeme bu hususa ilişkin inceleme yapabilmektedir (JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.365).

⁴⁵KRAMER, Art.18, N.74; JÄGGI/GAUCH/STEPHAN, Art.18, N.367, 368; WIEGAND, Art.18, N.42; HONSELL, s.349.

⁴⁶BGE 100 II 345,348; 107 II 226, 229 (Kararlara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 20.02.2017).

⁴⁷STEHLE, s.261 vd. Aynı doğrultuda bkz. WIEGAND, Art.18, N.42; HONSELL, s.349.

ayırım pratik etkisini kaybedecektir. Bu nedenle subjektif ve objektif yorum arasındaki ayırım ortadan kaldırılmalıdır.

Federal mahkeme ise, her iki yorum metodunun birbirinden ayrılması gerektiğini, daha doğru bir ifadeyle maddi olgu ve hukuki sorun arasında ayırım yapılması gerektiğini açıkça ifade etmekte olup, ayrıca sözleşme yorumunda bunun zahmetli bir iş olduğunu da belirtmektedir⁴⁸.

Hakimin kendi bakış açısıyla tespit edebildiği hususlar maddi olgudur. Bu tespitlerin ne anlama geldiği ise, hukuki sorundur⁴⁹. Bu bağlamda mahkemenin dışarıya yansımış olan hususları, (yani kendi bakış açısı ile duyabildiği, görebildiği, hissedebildiği) veya belirti ve ipuçlarından yararlanarak ulaşabildiği dış unsurlar, maddi olgudur. Hakimin dış unsurlardan iç unsurlara ulaşması, yani tarafların bildiği, istediği ise, hukuki sorundur. Federal mahkemenin bir kararında⁵⁰ bu husus şu şekilde ele alınmıştır: Taraflardan birinin diğerine sözlü olarak bir icapta bulunup bulunmadığı, birinin diğerine ne söylemiş olduğu, maddi olgudur. Bu söylenenlerin ne anlama geldiği, bununla tarafların ne istediği ise hukuki meseledir. Belirtmek gerekir ki, hukuki mesele için belirti ve ipuçlarına dayanan deliller çok fazla dikkate alınmamaktadır. Mahkeme, taraflardan birinin diğerine ne söylemiş olduğunu tespit ederse, yorum sorunu fiilen karara bağlanacaktır.

Bugün maddi olgu ve hukuki mesele arasındaki ayırım sözleşme yorumunda uygulama alanı bulmamaktadır. Daha önce de açıklamış olduğumuz üzere, sözleşme yorumunda subjektif/objektif yorum ayrımı söz konusudur. Maddi olgu ile hukuki mesele arasında ayırım yapılması, uygulamada Federal Mahkemenin görev alanı ile ilgilidir. Türk hukuku bakımından, Yargıtay'ın görev alanıyla ilgili böyle bir farklılık olup olmadığı ile ilgili olarak konuyu ele aldığımızda ise, istinaf mahkemelerinden önce ve sonra şeklinde ikili bir ayırım yapmamız gerekecektir. Daha önceki kanun yolu sistemimizde, yani istinaf öncesi sistemde, bir vakıanın dosyaya sunulan delillere göre takdirinde hata edilmesi temyiz sebebi kapsamında değerlendirilmekteydi ve Yargıtay bu nedenle delillerin takdirini de incelemekteydi⁵¹. Ancak istinafın kabul

⁴⁸ BGE 130 III 554, 558; 129 III 118, 123 (Kararlara www.swisslex.ch adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 20.02.2017).

⁴⁹ Aksi görüş için bkz. AKYOL, s.140 vd. Yazara göre, irade beyanının gerçek anlamının belirlenmesi maddi olgudur.

⁵⁰ BGE 54 II 473 (STEHLE, s.262).

⁵¹ AKKAYA, s.210.

edilmesinden sonra, maddi vakıanın takdirinde hata edilmesi, temyiz sebepleri arasından çıkarılmış ve bu konuda inceleme yapma yetkisi sadece istinaf mahkemesine verilmiştir⁵². Bu doğrultuda yukarıda İsviçre uygulamasında pratik bir sonucu olan maddi olgu/hukuki mesele ayrımı, Türk hukuku bakımından da söz konusu olacaktır.

V. SONUÇ

Sözleşme yorumunun amacı, TBK md.19/I anlamında tarafların gerçek iradesinin tespitidir. Bu hususta tartışma bulunmamaktadır. Tartışmalı olan husus, gerçek irade ile ne kastedildiğidir. İsviçre/Türk öğretisinde hakim görüşe göre, gerçek irade ile kastedilen iç iradedir. Bu görüşün temel dayanağı ise, TBK md.19 (eBK md.18/İBK md.18) bağlamında irade teorisinin öncelikli olduğudur. Zira söz konusu hükme göre, sözleşmenin yorumunda esas olan tarafların gerçekte ne istemiş olduğudur. Yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcükler, gerçek irade karşısında önemsizdir. Buradan hareketle sözleşme yorumuna ilişkin olarak, öğretilerde subjektif ve objektif yorum şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır ve subjektif yorumun, güven ilkesine göre yorum yani objektif yorum karşısında öncelikli olduğu kabul edilmektedir.

Bu çalışmada cevap aradığımız sorulardan ilki, gerçek irade ile kastedilen iç iradedir, görüşünün doğru olup olmadığıdır. Bu noktada TBK md.19 hükmüne bakıldığında, iç iradeden bahsedilmemektedir. Söz konusu hükümde sadece gerçek ve ortak iradeden bahsedilmektedir. Bu noktada ortak bir iradenin söz konusu olabilmesi için de, sözleşme taraflarının karşılıklı irade açıklamasında (beyanında) bulunmuş olması gerekmektedir. Zaten TBK md.1 gereğince de, geçerli bir sözleşmenin varlığı için, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının söz konusu olması gerekir. Ancak bu beyanların mutlaka yazılı veya sözlü olması gerekmemektedir.

TBK md.1/II hükmü gereğince, örtülü bir biçimde de irade beyan edilebilir. Bu noktada TBK md.19 bağlamında yorumun konusu, açık veya örtülü bir biçimde beyan edilmiş olan iradedir. Yorumun konusunun irade mi olduğu yoksa beyan mı olduğu tartışması kanaatimizce bu noktada önemsizdir. Zira her iki teorisinin savunucularına göre de, dışa yansımamış, tamamen kişinin iç dünyasında kalmış bir irade, yorum

⁵² AKKAYA, s.211.

konusu yapılamayacaktır. Böylelikle ancak dış dünyaya yansıyan irade (açık veya örtülü) yorumlanabilecektir. Bu noktada, iç irade dendiğinde ilk olarak dışa yansımayan, kişinin kendi iç dünyasında gerçekte ne istemiş olduğu çağrışım yaptığı için, kanaatimizce gerçek iradeyi iç irade olarak nitelendirmek isabetli değildir. Zaten TBK md.19/I hükmü okunduğu zaman da, gerçek irade ile kastedilenin iç irade değil, doğru olmayan tabir ve anlatım kavramının karşısı olduğu görülmektedir. Böylelikle kanaatimizce gerçek irade ile kastedilen, sözleşme tarafının dışa yansımış olan iradesi, yani fiili iradedir.

Bu çalışmada cevap aradığımız sorulardan bir diğeri de, sözleşme yorumunda birbiri karşısında yer alan iki yorum türünün mü (objektif-subjektif) söz konusu olduğu; yoksa tek tip, yani güven ilkesine dayalı objektif yorumun mu söz konusu olduğudur. Bu noktada belirtmek gerekir ki, söz konusu maddede böyle bir ayırım yer almamaktadır. Öğretide, sözleşme yorumunda tarafların gerçek iradesi tespit edilemezse, sözleşme taraflarının davranış ve açıklamalarının güven ilkesine göre yorumlanacağı kabul edilmektedir. Objektif yorum, sözleşmelerin normatif uygunluğu ile yani fiili uyuşma olmadığı, sözleşmenin, tarafların farazi iradesine göre kurulmuş olduğu durum ile örtüşmektedir. Acaba gerçekte sözleşme yorumunda birbiri karşısında yer alan ve aralarında öncelik – sonralık ilişkisi bulunan iki yorum türü söz konusu mudur? Bu noktada kanaatimizce iki farklı yorum türü olduğu kabul edilse bile bunun pratikte bir farkı bulunmamaktadır. Şöyle ki, sözleşme tarafları birbirlerini fiilen doğru olarak anlamışlarsa, sözleşme zaten tarafların gerçek iradesi üzerinden kurulmuştur ve ayrıca sözleşmenin yorumuna da ihtiyaç yoktur. Ama taraflar birbirlerini fiilen doğru anlamamışlarsa, yani birbirlerinin gerçek iradesini bilmiyorsa, bu durumda da makul ve dürüst üçüncü kişinin bakış açısı ile güven teorisine göre yorum yapılacaktır. Ancak iki durumda güven teorisi uygulanmayacaktır. Bunlardan ilki, muhatabın beyan sahibinin gerçek iradesini bildiği durumdur. Daha doğru bir anlatımla, muhatap beyan sahibinin gerçek iradesini bilmesine rağmen, objektif yorum kendi çıkarına uygun düştüğü için, buna dayandığı durumdur. Bu noktada beyan sahibi karşı tarafın yani muhatabın, kendisinin gerçek iradesini bildiğini ispat etmesi gerecektir. Zira sözleşme taraflarının gerçek yani fiili iradesi ispat edilebilirse, zaten yoruma gerek kalmayacak, sözleşme gerçek iradelere göre kurulmuş olacaktır. İkinci durumda ise, muhatap beyan sahibinin gerçek iradesini bilmemekle birlikte, somut durumun bütün şartları göz önüne alındığında, gerekli özeni gösterseydi beyan sahibinin gerçek iradesini bilecek veya

bilebilecek idiyse, bu durumda da güven teorisi uygulanmayacaktır. Bu durumda da yine beyan sahibi, muhatabın gerekli özeni gösterseydi, gerçek iradesini bilecek veya bilebilecek durumda olduğunu ispat etmesi gerektir. Ancak beyan sahibi bu hususları ispatlayamazsa, bu takdirde güven teorisine göre objektif yorum yapılarak tarafların farazi iradesine ulaşılmaya çalışılacaktır. Böylelikle kanaatimizce gerçek irade ile güven prensibine göre tespit edilen farazi irade veya objektif veya subjektif yorum arasında varsayılan fark, hangi açıklama ve durumların ispat edilebilir olduğuna indirgenmiş olmaktadır. Böylelikle kanaatimizce burada belirleyici olan yorum metodundan ziyade, hangi açıklama ve durumların ispat edilmiş ve edilebilir olduğudur.

İspat problemi bağlamında ise ele alınması gereken husus, İsviçre öğretisinde yapılan ve uygulamada pratik bir sonucu da olduğu ileri sürülen, maddi olgu (vakıa/mesele) ile hukuki mesele arasındaki ayrımdır. Bu ayrıma göre, Federal mahkemenin görev alanında maddi vakıa değerlendirmesi yer almadığı için, pratikte mahkemenin sadece objektif yorum yapabileceği ifade edilmektedir. Ancak bu noktada, maddi vakıa değerlendirmesi yapmak ile subjektif yorum yapmak aynı mıdır, sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Hakimin kendi bakış açısıyla tespit edebildiği hususlar maddi olgudur. Bu tespitlerin ne anlama geldiği ise, bir diğer anlatımla tarafların gerçekte neyi istediği ise, hukuki sorundur. Bu bağlamda mahkemenin dışarıya yansımış olan hususları, (yani kendi bakış açısı ile duyabildiği, görebildiği, hissedebildiği) veya dış unsurlardan belirti ve ipuçlarından yararlanarak ulaşabildiği dış unsurlar, maddi olgudur. Hakimin dış unsurlardan iç unsurlara ulaşması ise, yani tarafların bildiği, istediği, hukuki sorundur. Böylelikle hakim, maddi vakıa olarak tespit edilmiş bir hususa ilişkin olarak tarafların gerçek iradesinin neye ilişkin olduğu belirlemesinde bulunabilecektir.

Kanaatimizce, “maddi vakıadan gerçek iradeye ulaşmak, subjektif yorumdur, bu husus da Federal Mahkeme veya Yargıtay’ın görev alanı dışındadır demek”, isabetli değildir. Nitekim Yargıtay da kararlarında⁵³

⁵³ Bu hususta bkz. Yargıtay 22. HD’nin 15.4.2014 tarih ve E. 2013/8240, K. 2014/8158; 15. HD’nin 12.12.1990 tarih ve E. 1990/5347, K. 1990/5455; 2. HD’nin 14.12.2006 tarih ve E. 2006/20180, K. 2006/17687; 7. HD’nin 15.10.1982 tarih ve E. 1982/10108, K. 1982/11889; 14. HD’nin 21.2.2007 tarih ve E. 2007/426, K. 2007/1574 sayılı kararları (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 20.02.2017).

maddi vakıa olarak tespit edilmiş olan hususlardan, tarafların gerçek iradesine ilişkin belirlemede bulunmuştur.

Sonuç olarak, sözleşme yorumuna ilişkin olarak subjektif yorum-objektif yorum ayrımı yapmanın Türk hukuku açısından uygulamada pratik bir faydası bulunmamaktadır. Zira yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, sözleşme taraflarının birbirlerini fiilen doğru olarak anlamış oldukları ispat edilmişse, sözleşme zaten tarafların gerçek iradesi üzerinden kurulmuştur ve ayrıca sözleşmenin yorumuna da ihtiyaç yoktur. Ama taraflar birbirlerini fiilen doğru anlamamışlarsa, yani birbirlerinin gerçek iradesini bilmiyorlarsa, bu durumda da makul ve dürüst üçüncü kişinin bakış açısı ile güven teorisine göre yorum yapılacaktır. Böylelikle her ne kadar teoride yorum türleri arasında bir ayrım yapılırsa da uygulama da geçerli olan (yukarıda belirtmiş olduğumuz iki durum haricinde) objektif yorumdur.

KAYNAKÇA

- AKKAYA, Tolga: Medeni Usul Hukukunda İstinaf, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- AKYOL, Şener: Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- BERGER Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Bern 2008.
- BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1988.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008.
- HONSELL, Heinrich: "Willentheorie oder Erklärungstheorie?", in: Forstmoser/Honsell/Wiegand (Hrsg.), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis - Festschrift für Hans Peter Walter, Bern 2005, 335 vd.
- HUGUENIN, Claire: Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich 2014.
- JÄGGI, Peter/GAUCH, Peter/STEPHAN, Hartmann: Kommentar zu Art. 18 OR - Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, Zürcher Kommentar, 4. Auflage, Zürich 2015.
- KAPLAN, İbrahim: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- KELLER, Max/SCHÖBI, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel und Frankfurt am Main 1988.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008.

- KOLLER Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009.
- KRAMER, Ernst A.: Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berner Kommentar, Band VI/1/1, Bern 1986.
- SCHWENZER Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Bern 2009.
- STEHLE, Bernhard: “Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien”, Recht 2014.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. bası, İstanbul 1993.
- Von TUHR Andreas/PETER Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich 1979.
- WIEGAND, Wolfgang: Kommentar zu Art. 18 OR, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Auflage, Basel 2011.

İTALYA'NIN BOĞAZLARI

STRAITS OF ITALY

*Anıl Çamyamaç**

ÖZET

Konununun gösterdiği üzere, İtalya, Akdeniz'in ve onun ticaret güzergâhlarının merkezinde bulunmaktadır. Saçak adalarla çevrili Akdeniz'e uzanan yarımada şeklindeki yapısı, İtalya'ya, ülkesini çevreleyen önemli boğazlar sağlamıştır. Bu boğazların önemi, konularından ötürü, sadece İtalya'nın kendisi için değil, aynı zamanda dünya toplumu içindir. Böylece, İtalya'nın tavrını hem 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi öncesindeki toplantılarda, hem de bu konuda 1982 tarihli Sözleşmeden sonraki düzenlemeleri çerçevesinde irdelemek akılcı olacaktır.

Anahtar Kelimeler/Terimler: Messina Boğazı, Messina İstisnası, Uluslararası Seyrüseferde Kullanılan Boğazlar, Transit Geçiş, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi.

ABSTRACT

As its location reveals, Italy sits on the center of the Mediterranean Sea and its trade routes. Its peninsular structure projecting into the Mediterranean Sea surrounding with scattered islands provides Italy with important straits circumscribed its land territory. The importance of these straits, because of their location, is not only for Italy itself, but also for the World community. Hence, it would be wiser to investigate Italy's position towards its straits, particularly focusing on the meetings before the UNCLOS, and the Italian regulations in this very subject after the UNCLOS, as well.

Keywords: Straits of Messina, Messina Exception, Straits Used for International Navigation, Transit Passage, UNCLOS.

Giriş

Dünya ticaretinin %90'nın denizler üzerinden gerçekleştirilmesi, deniz yollarının güvenliğinin ve geçiş serbestisinin sağlanmasının önemini, tartışmasız bir biçimde, ortaya koymaktadır. Hâl böyle olunca, farklı denizleri ve deniz alanlarını birbirine bağlayan coğrafi alanlar olan boğazların önemi bir kat daha artmış olmaktadır. Artan bu önemin iki yönü olduğu unutulmamalıdır. Bir tarafta boğaza kıyısı olan devletler ve onların ihtiyaçları, bir tarafta boğazlardan yararlanan devletler ve başta seyrüsefer olmak üzere onların ihtiyaçları bu iki temel yönü oluşturmakta ve bunların arasında orta bir yol bulunması gerekmektedir. Aranılan bu orta yolun 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi

* LL.M ve PhD in Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

çerçevesinde bulunduğu ifade edilebilir. Özellikle, denizci büyük güçlerin olabildiğince serbestçe geçmeyi arzu ettikleri boğazlarda, diğer geçiş rejimleriyle mukayese edildiğinde liberal olarak adlandırılacak transit geçiş rejiminin kıyı devletlerini koruyacak mekanizmalarla kabûl edilmesi bu durumu kanıtlamıştır.

Tarihin ilk çağlarından beri dünya ticaretinin ve medeniyetlerinin en temel merkezlerinden biri konumunda bulunan Akdeniz'in ortasında konumlanan İtalya'nın çevresindeki boğazların statüsünün, özellikle Akdeniz'in mahiyeti göz önüne alındığında, önem arz ettiği kuşku götürmez bir gerçek olarak ifade edilebilir. Bu düşünceden yola çıkılarak bu kısa çalışmada İtalya'ya ait boğazlar uluslararası deniz hukuku çerçevesinde incelenmeye çalışılacaktır. Bu çerçevede, öncelikle Akdeniz ele alınarak kısaca tanıtılmaya çalışılacak, sonrasında İtalya'nın coğrafi durumu, ele alınacak boğazlarla birlikte betimlenerek, boğazlara ilişkin 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde yer verilen genel düzenleme irdelenecektir. Sonrasında ise, İtalya'nın boğazlara ilişkin tutumu ve özellikle de 1982 Sözleşmesinin oluşması sırasındaki açıklamaları ve önerileri değerlendirilip, İtalya'ya ait boğazların bu düzenlemeler çerçevesindeki durumu incelenerek görüşümüz açıklanacaktır.

I. Akdeniz ve Önemi

Üç büyük kıtanın ortasında konumlanarak onları birbirinden ayıran, belki daha doğru bir ifadeyle onları birleştiren Akdeniz kapladığı 865.000 mil²'lik yüzölçümü alanıyla¹ önemli bir denizdir. Kuzeyinde Avrupa Kıtası, güneyinde Afrika Kıtası ve doğusunda Asya kıtasıyla çevrili Akdeniz'in tek doğal çıkışı, batısında konumlanarak kendisini Atlantik Okyanusuyla bağlayan Cebelitarık Boğazıdır. Bunun dışında, güney doğusunda dünyanın en önemli ve işlek suyollarından birini teşkil eden Süveyş Kanalı konumlanmaktadır ki, Akdeniz böylelikle önce Kızıl Denize sonrasında ise Bab-al Mandep Boğazıyla Umman Denizi ve Hint Okyanusuna bağlanmaktadır.

Akdeniz kendi içerisinde birçok deniz alanı barındırmakta ve önemli boğazlarla farklı denizlere bağlanmaktadır. Öncelikle, yarı-kapalı veya kapalı deniz alanı² olarak mütalâa edilen Akdeniz kendi içerisinde

¹ Bkz. ALEXANDER L.M., Regionalism and the Law of the Sea: The Case of Semi-Enclosed Seas, *Ocean Development & International Law*, vol. 2/2, 1974, s. 171.

² 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 122 ve 123. Bu düzenlemelerde "kapalı ve yarı-kapalı deniz" kavramında yer alan bu iki farklı konsept

aynı niteliği haiz şu deniz alanlarını içermektedir³: Ege Denizi, Marmara Denizi, Adriyatik Denizi, İyon/Yunan Denizi, Tiren Denizi, Liguryen Denizi, İber/Balerik Denizi ve Alboran Denizi.⁴ Bunun dışında, Akdeniz, Karadeniz'e de Ege Denizi ve Türk Boğazları yoluyla bağlanmaktadır.⁵

Akdeniz'i çevreleyen 22 devlet vardır: İspanya, Fransa, Monako, İtalya, Slovenya, Hırvatistan, Bosna-Hersek, Karadağ, Arnavutluk, Yunanistan, Türkiye, Suriye, Lübnan, İsrail, Mısır, Libya, Tunus, Cezayir, Fas, Malta, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ve Güney Kıbrıs Rum Kesimi. Bu devletler dışında, İngiltere'nin Kıbrıs'ta yer alan üsleri⁶ ve Cebelitarık çerçevesinde İngiltere'nin de resmin içerisinde yer alması gerekmektedir. Öte yandan, Gazze Şeridi bağlamında, her ne kadar devlet olarak statüsü tartışılrsa da, Filistin'in de dikkate alınması gereklidir.⁷ Tüm bu devletlere Karadeniz'e kıyaslı olan devletler de eklenince sayının daha da artacağı muhakkaktır. Bu itibarla, hem Karadeniz'e, hem Akdeniz'e

arasında bir ayırımın olmadığı, ilgili bu kavramın bir bütün olarak ele alındığı gözlenmektedir. Zaten, konuya ilişkin bu yönlü bir ayırımın yapılmasına dair İran önerisinin kabul edilmediği ve 1982 tarihli Sözleşme metnine aktarılmadığı hatırlanmalıdır. Bu önerinin metni için bkz. "Iran: Draft Articles on Enclosed and Semi-Enclosed Seas", Document A/COLF.62/C.2/L.72, 21 August 1974, s. 237.

³ Seršić'in Adriyatik Denizi özelinde inceleme gerçekleştirdiği makalesinin adı, hatırlanacağı üzere, "*Adriyatik Denizi: Yarı Kapalı Bir Denizde Yarı-Kapalı Deniz*" başlığını taşımaktadır. Bkz. SERŠIĆ M., The Adriatic Sea: Semi-Enclosed Sea in a Semi-Enclosed Sea, in *La Méditerranée et le droit de la mer à l'aube du 21e siècle/The Mediterranean and the Law of the Sea at the Dawn of the 21st Century*, edited by Cataldi, Bruylant, Bruxelles, 2002, s. 329-347.

⁴ Bu deniz alanlarının sınırlarına ilişkin olarak bkz. "Limits of Oceans and Seas", 3rd edition, *International Hydrographic Organization Special Publication no: 28*, Monte Carlo, 1953, s. 16-18.

⁵ Karadeniz'in bir başka çıkışı yoktur. Yani, Karadeniz *doğal yollarla* sadece Akdeniz'e çıkışı olan bir deniz alanıdır. Bununla beraber, 1990'ların ortalarında açılan Ren-Main-Tuna Kanalı sayesinde nehir yoluyla Karadeniz ve Kuzey Denizi arasında bir bağ kurulmuştur. Ayrıca, Don-Volga Kanal sistemi dâhilinde Karadeniz'in kuzeyde Baltık Deniziyle ve güneydoğuda Hazar Deniziyle nehir bağlantıları söz konusudur. Bunun dışında, Karadeniz'in Kerç Boğazıyla kuzeyindeki Azak Körfezi/Denizine de bağlantısı söz konusudur.

⁶ İngiltere'nin Kıbrıs Adasında yer alan iki üssü Akotiri ve Baf üsleridir. Bu üslerin hukukî statüsüne dair bkz. PELLET A., The British Sovereign Base Areas, *Cyprus Yearbook of International Law*, 2012, s. 57-72.

⁷ Gerek Gazze Şeridi bağlamında Filistin, gerek Cebelitarık ve Kıbrıs'taki üsleri bağlamında İngiltere'nin Akdeniz çerçevesindeki durumlarına ilişkin kısa bir değerlendirme için bkz. BLAKE G.H., Mediterranean Micro-Territorial Disputes and Maritime Boundary Delimitation, in *Il regime giuridico internazionale del mare Mediterraneo*, edited by Leanza, Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, s. 112-114.

kıyısı olan tek devlet Türkiye'dir. Bunun dışında, Karadeniz'e kıyısı olan devletlerin, Rusya Federasyonu haricinde, diğer denizlere kıyıları da bulunmamaktadır. Bu durum da, Karadeniz'e kıyısı olan devletleri diğer açık denizlere çıkışı için öncelikle Akdeniz'e muhtaç kılmaktadır. Bu çerçevede, Türkiye haricinde Karadeniz'e kıyısı olup Akdeniz Havzasına dâhil edilebilecek devletlere şu şekilde yer verilebilir: Bulgaristan, Romanya, Ukrayna, Rusya Federasyonu ve Gürcistan.⁸ Tabii ki, Akdeniz'e kıyısı olan devletler haricinde, bu deniz alanını çevreleyen üç kıtada da, bu deniz alanına çıkışı olan ve bu denizden yoğunlukla ticaretlerinde yararlanan denize kıyısı olmayan devletler⁹ de vardır. Bu çerçevede, Akdeniz'in ard-ülkesinin (*hinterland*) oldukça geniş ve gelişmiş olduğu kabûl edilmelidir.

Akdeniz'in eskiden beri ticaretin merkezi olduğunu iddia etmek yanıltıcı olmasa gerektir. Roma İmparatorluğu, Osmanlı İmparatorluğu gibi dünya tarihine damga vurmuş önemli İmparatorlukların etki alanı olduğu gibi, ortaçağ ticaretinin en önemli süjeleri Venedik, Ceneviz gibi İtalyan şehir devletleri, daha eskiçağlarda ticarete önemli rol oynamış Yunan devletleri, Fenikeliler Akdeniz'in kendi çağlarında efendileri olmuştur. Ayrıca, bir dönem en önemli ticaret güzergâhı olan ve Doğunun zenginliklerinin Avrupa'ya taşındığı İpek Yolu'nun bitiş noktasını teşkil eden Akdeniz, keşifler zamanında bir ara önemini yitirmiş olsa da, Süveyş Kanalının açılmasıyla tekrar önemini kazanmıştır.¹⁰ Bu bağlamda, Atlantik Okyanusu ve Hint hattâ Pasifik Okyanusuyla ticaretin merkezinde yer almaktadır. Kuzey Avrupa'nın önemli liman kentleri

⁸ 2008 yılında Rusya ve Gürcistan'ı karşı karşıya getiren çatışma sonrasında *de facto* olarak kurulmuş olan ve başta Rusya Federasyonu olmak üzere sınırlı sayıda devletin tanıdığı Abhazya akıllara gelebilir. Fakat, çok kısıtlı sayıda devletin tanıdığı, dahası bir dış müdahale sonucunda kurulmuş olan bu birimin bir devlet olarak mütalâa edilmek suretiyle bu listelemede yer alması düşünülmemiştir.

⁹ Bu devletler, kabaca, şu şekilde sıralanabilir: Çad, Mali ve Nijer (Afrika Kıtası), Azerbaycan, Kazakistan ve Türkmenistan (Asya Kıtası); Avusturya, Çek Cumhuriyeti, İsviçre, Kosova, Liechtenstein, Macaristan, Makedonya, San Marino, Sırbistan, Slovakya ve Vatikan (Avrupa Kıtası). Bu konuda daha ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ÇAMYAMAÇ A., *Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Açından Elverişsiz Devletlerin Hukukî Durumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 286-287.

¹⁰ Akdeniz'in ticaret bakımından önemi konusunda bkz. QUÉGUINER J., *The Mediterranean as a Maritime Trade Route*, *Ocean Management*, vol. 3/2, 1978, s. 179-189. Ayrıca, bkz. ABBADI A.K., *Security and Cooperation in the Mediterranean Basin*, *Ocean Development & International Law*, vol. 14/1, 1984, s. 56-58; TRUVER S.C., *The Strait of Gibraltar and the Mediterranean*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1980.

Rotterdam (Hollânda), Antwerp (Belçika), Hamburg (Almanya), Bremen (Almanya) ve Felixstowe (İngiltere) limanlarından Çin'in önemli liman ve üretim merkezlerine giden temel güzergâh yolunu teşkil eden Akdeniz, Ortadoğu ve hattâ Kafkaslardaki doğal kaynakların, daha açık ifadeyle petrol ve doğal gazın taşındığı temel suyuollarından birini de teşkil etmektedir.¹¹

II. İtalya'nın ve Boğazlarının Genel Coğrafi Özellikleri

İtalya, Kuzey Akdeniz'de Akdeniz'in tam ortasına denk gelecek şekilde Avrupa kıtasından çizme şeklinde uzanan Apenin Yarımadası üzerinde konumlanmış, dünyanın önemli devletlerinden biridir.¹² Çizmenin doğusu Adriyatik Deniziyle çevriliyken, güneydoğusunda Yunan Denizi, batısında Tiren Denizi ve Kuzeybatısında ise Liguryen Denizi konumlanmıştır.

Çizmenin güney batı ucuna denk gelen kesimde sadece İtalya'nın değil, Akdeniz en büyük adası Sicilya konumlanmaktadır. Yine, batı kesiminde Tiren Denizinde İtalya'ya ait Akdeniz'in ve İtalya'nın ikinci büyük adası Sardunya bulunmaktadır. Bunun haricinde, gerek İtalyan anakarası, gerek bu iki büyük adanın çevresinde İtalya'ya ait irili ufaklı adalar, adacıklar ve ada grupları (takımadalar) bulunmaktadır. Bunlar içerisinde, Uscita ve Pantelleria Adaları ile Toskana Takımadaları, Aeolian Takımadaları, Pelagie Takımadaları ve Akdeniz'in ortasından fıskıran ve en önemlileri Stromboli olan yanardağ adaları¹³ ön plânda gelmektedir.

¹¹ Tabii ki, Akdeniz'in kendi bünyesindeki önemli limanları da es geçilmemelidir. Akdeniz'deki birçok önemli liman arasında öne çıkanlar şunlardır: Algerias Limanı, Valencia Limanı, Malta Serbest Limanı, Gioia Tauro Limanı, Cenova Limanı, Barselona Limanı, Trieste Limanı, Pire Limanı ve İskenderiye Limanı.

¹² İtalya dünyanın önemli sanayileşmiş devletlerinden biridir. Avrupa Birliği'nin önemli üyelerinden biri olan İtalya aynı zamanda öncesinde G 7'ler olarak bilinen günümüzde Rusya Federasyonu'nun katılımıyla G 8'ler olan grubun da üyesidir. Birleşmiş Milletler gelişmişlik endeksi tarandığında İtalya'nın 27. sırada olduğu gözlenmektedir. Bkz. "Human Development Report", *United Nations Development Programme*, New York, 2015, s. 208 via http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report_1.pdf (ziyaret tarihi: 16/02/16).

¹³ İtalya'da aktif, yarı-aktif ve aktivitesi sona ermiş birçok yanardağ bulunmaktadır. Bunların bir kısmı denizde konumlanmıştır. Denizde konumlanan bu yanardağların en önemlileri Ischia, Stromboli ve Vucano'dur. Ayrıca, bu yanardağ adalarından Filicurdi, Monte Cristo, Salina, Ischia (Toskana Adalarından biri) gibileri denizde bağımsız adalar konumundayken, bir kısmı sualtında konumlanmaktadır. Sualtında konumlananlar arasında Marsili, Campi Flegrei mar Sicilia, Isola Ferdinanda sıralanabilir. Özellikle

İtalya yarımadası ve adaları arasında birçok boğazın konumlandığı ve tüm dar deniz alanlarında olduğu gibi her bir boğazın yoğun olarak kullanıldığı düşünülürse, Akdeniz gibi ticaretin ve dolayısıyla gemi seyrüseferinin çok işlek olduğu bir deniz alanında yer alan bu boğazlardaki geçişin ve uygulanacak kuralların önemi kendiliğinde kanıtlanmış olmaktadır.¹⁴

İtalya'nın boğazları¹⁵, coğrafi ayırım bir yana, iki kıyının da İtalya'ya ait olup olmamasına göre bir ayırma tâbi tutulabilecektir.¹⁶ Her

belirtilmelidir ki, Isola Ferdinandea veya bilinen diğer adıyla Graham Adası belirli zamanlarda harekete geçerek Akdeniz'in yüzeyine çıkmaktadır. En son çıkışında, devletler arasında egemenlik sorununa bile yol açmıştır. Ischia, Stromboli, Vulcano ve Campi Flegria'ya ilişkin genel bilgi için bkz. SANTACROCE R. & CRISTOFOLINI R. & La VOLPE L. & ORSI G. & ROSI M., *Italian Active Volcanoes, Episodes*, vol. 26/3, 2003, s. 228-233.

¹⁴ Hiç kuşku yoktur ki, en az bir kıyısı İtalya'ya ait olan boğazlar dışında da, Akdeniz'in önemi göz önüne alındığında, bu deniz alanında birçok önemli boğaz bulunmaktadır. Bunlar arasında Akdeniz'in Atlantik Okyanusuna tek doğal çıkışı teşkil eden Cebelitarık, Menorka Kanalı, Hırvatıski Kanalı, Mijetski Kanalı, Karpatsos Boğazı, Kithera Boğazı, Türk Boğazları ve Kerç Boğazı gibi boğazlar akıllara ilk gelenlerdir.

¹⁵ Boğazlara ilişkin en kapsamlı çalışmalardan birini ortaya koyan *Alexander*, ilgili eserinde, İtalya'nın boğazlarını altı adet olarak sıralamaktadır. Bkz. ALEXANDER L.M., *Navigational Restrictions within the New LOS Convention: Geographical Implications for the United States, Offshore Consultants Inc., Rhode Island, 1986, s. 210.* Bu çerçevede, Alexander, bu kapsamlı çalışmasında, Piambioni Boğazına yer vermemiştir. Öte yandan, belirtilmelidir ki, yaptığımız araştırmalarda, gerek İtalyan anakarası yakınında bulunan bazı İtalyan adalarıyla ana kara arasında coğrafi olarak varolan, gerek Sicilya'nın batı ve kuzeyindeki ada grupları ve Sicilya arasında coğrafi olarak varolan dar geçişlere spesifik isimler verilmiş olduğu görülmüştür ki, dolayısıyla bu dar deniz geçiş alanları bu çalışmada ele alınmamıştır. Bununla beraber, Napoli'ye yakınlarındaki Ischia Adasıyla di Vivara Adası arasında konumlanan ve en dar yerinde 1.2 deniz mili genişliği haiz olan Ischia Kanalı ile yine aynı bölgede bulunan Procida Adası ile anakara arasında konumlanan 1.5 deniz mili genişliğindeki di Procida Kanalı dikkate değer boğazlardır. Bahsedilen ilk boğazda seyrüsefer tam ortadan oldukça güvenli bir biçimde gerçekleştirilebilirken, ikinci boğazda birçok sığlık alan olması sebebiyle 9 metre derinliğe sahip ana geçiş kanalının 0.2 metre genişliğe sahip olduğu ve böylelikle seyrüseferin çok da güvenli olmadığı belirtilmektedir. Tüm bu bilgiler ve daha fazlası için bkz. "Sailing Directions (En Route)-Western Mediterranean", publication no: 131, 16th edition, Virginia, 2014, s. 295 via http://msi.nga.mil/MSISiteContent/StaticFiles/NAV_PUBS/SD/Pub131/Pub131bk.pdf (ziyaret tarihi: 01/09/16). (Bundan sonra "Sailing Directions") Adı geçen bu iki boğazında uluslararası seyrüseferde kullanılmamasından ötürü uluslararası boğaz statüsünü haiz olmadığı aşikârdır.

¹⁶ Bu ayırım ve coğrafi konuma göre yapılacak ayrımlar hariç, meselâ önemlerine göre de boğazlar arasında bir ayırım yapılabilir. Her ne kadar, bu yedi boğazın önemi günümüzde

iki kıyısı da İtalya'ya ait boğazlar ve sadece tek kıyısı İtalya'ya ait boğazlar. İlk kategori dâhilinde şu boğazlara yer verilebilir: Messina Boğazı, Piambioni Boğazı ve Sicilya Boğazı. İkinci kategori dâhilinde ise şu boğazlar sıralanabilecektir: Bonifacio Boğazı (Korsika Adası/Fransa), Korsika Boğazı (Fransa), Malta Boğazı (Malta) ve Otranto Boğazı (Arnavutluk).

Konunun daha rahat anlaşılması bağlamında bu boğazların coğrafi özelliklerinin ayrıca tasvir edilmesi ve kısaca ortaya konulması, kuşkusuz, yararlı olacaktır:

-*Messina Boğazı*: İtalyan anakarasının güneyinde bulunan Calibra ile Sicilya Adası arasında konumlanmış, Tiren Denizi ile İyon Denizini birbirine bağlayan Messina Boğazı en dar yerinde beş deniz milinin biraz üzerinde genişliğe sahip olan, kıyılarına yakın bölgeler hariç derinliğin 150 ilâ 300 kulaç arasında değiştiği, 30 deniz mili uzunluğunda bir boğazdır.¹⁷

- *Piambioni Boğazı*: Diğer adı Elba Boğazı olan, Liguryen Denizi ile Tiren Denizini birbirine bağlayan ve Toskana Takımadalarını teşkil eden adalardan biri olan Elba Adası ile İtalyan anakarası arasında konumlanan Piambioni Boğazı beş deniz mili genişliğindedir.¹⁸

inkâr edilemese de, *Brüel* Avrupa'da yer alan boğazları bu şekilde bir ayrıma tâbi tutarken, bu ayırmadan İtalya'ya ait boğazlar da, en azından büyük bir bölümü de, nasibini almıştır. Brüel'in yaptığı ayırım bağlamında Messina Boğazı, Bonifacio Boğazı ve Otranto Boğazı birincil öneme sahip boğazlarken, Sicilya Boğazının ikincil öneme sahip boğazlar arasında kendisine yer bulduğu gözlenmektedir. Bkz. BRÜEL E., *International Straits-ATreatise on International Law: The General Legal Position of International Straits*, vol. I, NYT Nordisk Forlag/Sweet & Maxwell Ltd., Copenhagen, 1947, s. 44. Tabii ki, bu değerlendirme İtalyan Boğazlarına ilişkin ve 1940'lar ve 1950'ler aritmetiğinde gerçekleştirilmiştir. Birincil ve ikincil öneme sahip boğazlar ayrımı, her ne kadar sübjektif ve değişken nitelikte olsa da, günümüzde hâlen en azından belirli bir raddeye kadar devam ettirilen bir ayırımdır. Öte yandan, bu çeşit bir ayırımın değişken ve sübjektif niteliğini sergilemesi açısından *Alexander*'in Sicilya Boğazının Batı ve Doğu Akdeniz'in ayrımını ortaya koyma açısından önemli olarak nitelendirmesini belirtmek yeterli olacaktır. Bkz. ALEXANDER, 1986, s. 276. Benzer şekilde, *Abbadi* Akdeniz'deki Cebelitarık ve Türk Boğazlarının yanı sıra, Sicilya'yı da önemli boğazlar arasında saymıştır. Bkz. ABBADI, s. 56.

¹⁷ KENNEDY R.H., A Brief Geographical and Hydrographical Study of Straits Which Constitute Routes for International Traffic, in *United Nations Conference on the Law of the Sea-Official Documents vol. I: Preparatory Documents*, Document A/CONF.13/6 and Add. 1, Geneva, 1958, s. 135-136. Ayrıca, bkz. SPADI F., The Bridge on the Straits of Messina: "Lowering" the Right of Innocent Passage?, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 50/2, 2001, s. 411.

¹⁸ Bkz. LÓPEZ MARTÍN A.G., *International Straits: Concept, Classification and Rules of Passage*, Springer, Heidelberg, 2010, s. 95.

- *Sicilya Boğazı*: İtalya'nın güneyinde İtalya'ya ait Sicilya Adası ile Tunus anakarası arasında konumlanan Sicilya Boğazı, 53 deniz mili genişliğinde bir boğazdır.¹⁹ Boğazın ortasında İtalya'ya ait Pantelleria Adası bulunmaktadır.

- *Bonifacio Boğazı*: Korsika ve Sardunya Adaları arasında konumlanan Bonifacio Boğazının yaklaşımlarıyla birlikte toplam uzunluğunun 22 mil, sadece kendisi hesap edildiğinde 10 mil olduğu, en dar yerinde genişliğinin 2.23 deniz mili olduğu, derinliğinin ise 27 ilâ 40 kulaç arasında değiştiği ve ayrıca boğazda bulunan kayalıkların ve sert akıntılarının seyrüseferi oldukça güçleştirdiği ifade edilmektedir.²⁰

- *Korsika Boğazı/Kanalı*: Bir tarafta İtalya'ya ait Elba Adası beri tarafında Fransa'ya ait Korsika Adasının arasında bulunan Korsika Boğazı en dar yerinde 27 deniz mili olup Liguryen Denizi ile Tiren Denizini birbirine bağlamaktadır.²¹

- *Malta Boğazı*: Sicilya ve Malta adaları arasında konumlanan 44 deniz mili genişliğinde bir boğazdır.²²

- *Otranto Boğazı*: Adriyatik Denizinin girişini teşkil eden 57 mil uzunluğundaki Otranto Boğazının en dar yeri 40 deniz miliyken, orta kesimindeki derinliğin 550 metre ilâ 1081 metre arasında değiştiği belirtilmektedir.²³

III. Boğazlara İlişkin 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Çerçevesindeki Düzenlemelerin Kısaca Değerlendirilmesi

Uluslararası boğazlara ilişkin 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde açıkça bir tanım öngörülmemiştir. Bu çerçevede, uluslararası hukukun, daha açık bir ifadeyle 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin ilgilendiği boğazlar hangileridir? Bu konuda, *Pharand*'ın 1977 tarihli makalesinde gerçekleştirmiş olduğu

¹⁹ Bkz. *ibid.*, s. 85.

²⁰ Bkz. KENNEDY, s. 136-137. Ayrıca, bkz. TREVES T., Transit Passage and Protection of Environment in the Strait of Bonifacio, in *A Law for the Environment: Essays in the Honour of Wolfgang E. Bruhene*, edited by Kiss & Bruhene-Guilmin, IUCN: The World Conservation Union, Norwich, 1994, s. 121.

²¹ Bkz. LÓPEZ MARTÍN, s. 85.

²² Bkz. *ibid.*, s. 85.

²³ Bkz. VIO I., The Strait of Otranto: The Legal Regime, Navigational Aspects and Geopolitical Significance for the Adriatic States, in *Proceedings of the Symposium on Straits Used for International Navigational*, edited by Öztürk & Özkan, Ofis Matbaası, İstanbul, 2002, s. 54. Ayrıca, bkz. LÓPEZ MARTÍN, s. 85.

tanım, *mutadis mutandis*, şu şekilde uyarlanabilir: uluslararası boğazlar, 24 deniz milini aşmayan, iki açık deniz veya münhasır ekonomik bölgeyi veya bir açık deniz veya münhasır ekonomik bölgeyi bir başka devletin karasularıyla bağlayan ve uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlardır.²⁴

Boğazlar, ayrı birer deniz yetki alanı teşkil etmeyen; aksine, içlerinde genişlikleri oranında birden fazla deniz yetki alanı barındıran coğrafi oluşumlardır. Boğazların, deniz hukukunun düzenleme alanına girmesinin temel nedeni *geçiş rejimleridir*. Özellikle, karasuları genişliğinin artması ve sonucunda uluslararası seyrüseferde kullanılan birçok önemli boğazın kıyı devlet veya devletlerinin karasuları dâhiline girmesi, ilgili bu boğazlardan seyrüsefer serbestisi sorununu beraberinde getirmiştir. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde belirli konuları kapsayan paket anlaşmanın (*package deal*)²⁵ öngörüldüğü, bunun da en önemli kısımlardan birinin artan karasuları genişliği karşısında boğazlardan liberal bir geçiş sistemi öngören transit geçiş hakkının benimsemesi olduğu gözlenmektedir. Bu itibarla, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi III. Bölümünü teşkil eden ve toplam 12 maddeden oluşan “*Uluslararası Seyrüseferde Kullanılan Boğazlar*” başlığı altında üç tür geçiş rejimi söz konusu edilmiştir²⁶: Transit geçiş rejimi²⁷, (askıya alınamayan) zararsız geçiş

²⁴ Bkz. PHARAND D., *International Straits, Thesaurus Acroasium*, vol. 7, 1977, s. 72.

²⁵ Paket anlaşma konusuna dair daha geniş ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. CAMINOS H. & MOLITOR M.R., *Progressive Development of International Law and the Package Deal, American Journal of International Law*, vol. 79/4, 1985, s. 871-890; EVENSEN J., *The Working Methods and Procedures in the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, Recueil des cours*, vol. 199, 1986-IV, 1986, s. 435-451; SANGER C., *Ordering the Oceans: The Making of the Law of the Sea*, University of Toronto Press, Avon, 1987, s. 36-38.

²⁶ Farklı nedenlerle daha farklı sayı ve çeşitlilikte geçiş rejimi öngören yazarlar da yok değildir. Bu konudaki farklı görüşlerin daha ayrıntılı ele alınıp değerlendirmesi için bkz. ÇAMYAMAÇ, s. 278-279 dipnot: 1164.

²⁷ Transit geçiş rejimine dair daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. BOCZEK B.A., *The A to Z of International Law*, The Scarecrow Press, Inc., Lanham, 2010, s. 312-314; BORDUNOV V.D., *The Right of Transit Passage under the 1982 Convention, Marine Policy*, vol. 12/3, 1988, s. 219-230; CAMINOS H. & COGLIATI-BANTZ V.P., *The Legal Regime of Straits: Contemporary Challenges and Solutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, özellikle s. 151-224; LÓPEZ MARTÍN, s. 151-198; MAHMOUDI S., *Transit Passage, Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi:

rejimi ve statüleri uzun süreden beri varolan bir antlaşmayla düzenlenen boğazlardan o antlaşmada ortaya konulmuş olan geçiş rejimi.

Transit geçiş hakkı, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi çerçevesinde oluşturulan sistemde, temel geçiş rejimi olarak ortaya konulmuştur.²⁸ Bu bağlamda, istisnaî durumlar haricinde, transit geçiş hakkı tüm boğazlarda uygulanacaktır ve bu geçiş rejiminin özellikle karasularından zararsız geçiş rejimiyle mukayese edildiğinde daha liberal bir geçiş sistemi olduğu da görülecektir. Bu itibarıyla, transit geçiş hakkında denizaltılar sualtından geçiş yapabilecekken²⁹, uçaklar için de uçuş serbestisi³⁰ öngörülmektedir.³¹ Öte yandan, transit geçiş hakkı, karasularından zararsız geçiş hakkından farklı olarak, hiçbir sebeple kıyı devletince askıya alınamaz ve engellenemez.³²

Askıya alınamayan zararsız geçiş hakkı, ancak belirli özellikler gösteren boğazlar için söz konusudur. Yani, istisnaî bir geçiş sistemi olarak düzenlenmiştir. 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi düzenlemesi çerçevesinde iki tür boğazda bu tür geçiş söz konusu olmaktadır: bir devletin kendine ait adası ile anakarası arasında bulunan ve adanın açık deniz tarafında ilgili boğazın sağladığı kolaylıkta

04/10/10); ÖZMAN A., Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 366-373.

²⁸ 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 38/2'de transit geçiş hakkı şu şekilde ifadesini bulmaktadır: “*Transit geçiş, açık denizin veya münhasır ekonomik bölgenin bir kesimi ile diğer bir açık deniz veya münhasır ekonomik bölge kesimi arasında, boğazdan, sadece sürekli ve çabuk geçiş amacıyla, bu bölümle uyumlu olarak seyrişer ve uçuş özgürlüğünün kullanılması anlamını taşır*”.

²⁹ Esasen konuya dair açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 39/1(c)'de şu düzenlemeden yola çıkılmak suretiyle denizaltıların da sualtından geçebilecekleri kabul edilmektedir: “... *normal usullerince* ...”. Bununla birlikte, konuya ilişkin açık bir düzenleme olmamasını eleştiren yazarlar da vardır. Bkz. REISMAN M.W., *The Regime of Straits and National Security: An Appraisal in International Lawmaking*, *American Journal of International Law*, vol. 74/1, 1980, s. 71-75.

³⁰ 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 38.

³¹ Farklar ana metinde belirtilen bu üç farkla (metinde bu dipnotla atfı yapılan cümle ve ona müteakip cümlede belirtilen farklar) sınırlı değildir, şüphesiz. Transit geçiş rejimiyle karasularından zararsız geçiş rejimi arasında varolan farklara ilişkin olarak daha ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. SHARMA O.P., *The International Law of the Sea: India and the UN Convention of 1982*, Oxford University Press, New Delhi, 2009, s. 86-87.

³² 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 44.

bir geçişin bulunduğu boğazlar³³ ve bir açık deniz veya münhasır ekonomik bölge alanını bir devletin karasularıya bağlayan boğazlar³⁴. Adının da ortaya koyduğu üzere askıya alınamayan zararsız geçiş hakkının karasularındaki zararsız geçiş hakkından en temel farkı askıya alınamaması, kıyı devletleri tarafından engellen(e)memesidir.

1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 35/c'de yer verilen ve üçüncü tür geçiş rejimi olarak değerlendirilebilecek uzun süreden beridir varolan antlaşmalarda geçiş rejimi düzenlenen boğazlar, esasen bakıldığında sayıları çok fazla olmayan boğazları kapsamaktadır.³⁵ Bu boğazlardaki geçiş rejimi, ilgili boğazların durumunu ele alan ve uzun süreden beridir mevcut antlaşmalarda yer verilen bu spesifik geçiş rejimleridir.³⁶

³³ 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 38/1. Messina istisnası olarak da adlandırılan bu düzenlemeye ilişkin aşağıda daha ayrıntılı bir değerlendirme yapılacaktır.

³⁴ 1950'lerde Tiran Boğazının İsrail gemilerinin geçişine kapatılmasıyla I. Deniz Hukuku Konferansı öncesinde ve esasında konu ele alınmış ve 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi m. 16/4 maddesi bu çerçevede kabul edilmiştir. Bu maddenin paralel düzenlemesi 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde de kendisine 45/1(b) maddesi olarak yer bulmuştur. Tiran Boğazı için getirilen bu düzenlemeye ilişkin tartışmalar bağlamında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. GIOIA A., Gulf of Aqaba, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 paragraflar 12-17 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 08/10/10); SELAK C.B.Jr., A Consideration of the Legal Status of the Gulf of Aqaba, *American Journal of International Law*, 52/4, 1958, s. 660-698; ZEIDAN A.L., The Emergence of the Gulf of Aqaba Problem, *Revue égyptienne de droit international*, vol. 35, 1979, s. 1-65.

³⁵ Doktrinde, en azından tartışmasız olarak, bu nitelikte sayılan dört boğaz söz konusudur: Türk Boğazları, Danimarka Boğazları, Magellan Boğazı ve Åland Boğazı. Bu konu hakkında daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. ÇAMYAMAÇ, s. 280; ÖZBEK D., Article 35(c) Straits of the UN Law of the Sea Convention, in *Navigating Straits: Challenges for International Law*, edited by Caron & Oral, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, s. 180-198; ÖZMAN, s. 377-380.

³⁶ Türk Boğazları için 1936 tarihli "*Montreux Boğazlar Sözleşmesi*", Danimarka Boğazları için 1857 tarihli "*Kopenhag Sözleşmesi*", Magellan Boğazı için 1881 tarihli "*Buenos Aires Antlaşması*" ve Åland Boğazı için 1921 tarihli "*Åland Adasının Tahkim Edilmemesi ve Tarafsızlaştırılması Hakkındaki Anlaşma*" söz konusu olan antlaşmalardır. Bunlar dışında, günümüzde bazı boğazlara ilişkin sözleşmelerin akdedildiği gözlenmektedir. Esasen, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde bu duruma engel bir kural olmadığı gibi Sözleşmenin genel nitelikli düzenlemeleri kendisine aykırı olmamak kaydıyla kabul ettiği de bir gerçektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, gerçekleştirilen bu antlaşmaların 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlara

1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin ilgili maddeleri çerçevesinde, boğazların kıyıdaşı devletlerin hak ve ödevleri (m. 42 & 44), aynı şekilde gemileri geçiş yapan devletlerin hak ve ödevleri (m. 39) gibi hususlara yer verildiği gibi, m. 43'te boğazların kıyıdaşı devlet veya devletlerle ilgili boğazları kullanan devletlerarasında işbirliğine de gidilmesi öngörülmektedir.

IV. *İtalya, Deniz Hukuku ve İtalya'nın Özellikle Boğazlara İlişkin Konularda Deniz Hukukuna Etkisi*

Medeniyetlerin merkezi İtalya, bu unvanına yakışır şekilde deniz hukukunu her zaman etkilemiştir.³⁷ Her ne kadar kamu deniz hukuku olarak adlandırılan kuralların Roma döneminde fazlaca ele alınmadığı bildirilse de, İtalyanların etkileri özellikle karasularının tartışılması konusunda ortaçağ aritmetiğinde ciddi bir yer tutmaktadır. *Sassoferrato'lu Bartolus* denizlerde yaklaşık 100 deniz millik³⁸ bir yetki alanını savunurken, Feodal hukukta karasuları anlayışını başlattığı ifade edilen³⁹ öğrencisi *Ubaldi'li Baldus* ise daha geniş tutulabileceğini belirtmesine rağmen 60 deniz millik bir yetki alanını savunmuştur.⁴⁰ Denizi ülke kavramı içinde değerlendirerek bu konuda büyük bir değişime sebep olan *Gentilis* de, 100 deniz mili genişliği savunurken, *de Perno* ise gözün görebildiği yere kadar uzanan bir yetki alanını savunmuştur.⁴¹

ilişkin hükümlerine, daha spesifik olmak gerekirse, transit geçiş rejimine dair kurallara aykırılık teşkil etmemesi yeterli olacaktır. Nitekim, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 311/2 & 3'te açık biçimde bu yönlü genel bir düzenleme de söz konusudur. Bu yönlü paralel görüşler için bkz. SCOVAZZI T., Management Regime and Responsibility for International Straits with Special Reference to the Mediterranean Straits, *Marine Policy*, vol. 19/2, 1995, s. 144.

³⁷ Deniz ticaret hukukunun ayrı tutulduğunun altı çizilmelidir. Günümüzün deniz ticaret hükümlerinin bir kısmının Roma Hukuku kökenli olduğu bilinen bir gerçektir. Meselâ, “*genel avarya*”ya dair günümüz düzenlemeleri Roma Hukukuna dayanmaktadır.

³⁸ İki günde kat edilen yol olarak ifade etmiştir.

³⁹ Bkz. FENN P.T.Jr., Origins of the Theory of Territorial Waters, *American Journal of International Law*, vol. 20/3, 1926, s. 472.

⁴⁰ Bkz. SWARZTRAUBER S.A., The Three-Mile Limit of Territorial Waters, Naval Institute Press, Annapolis, 1972, s. 10-11. Ayrıca, bkz. FENN, s. 473-478; HAQUE E. & HASSAN D., Maritime Boundary Delimitation: A Normative Standard?—Part I: Historical Development of the Legal Regime, *Environmental Policy & Law*, vol. 44/5, 2014, s. 435.

⁴¹ Bkz. FENN, s. 478 vd; HAQUE & HASSAN, s. 435.

Tüm bunlar bir kenara, bu makalenin özelinde ele alınması gereken, boğazlar konusuna ilişkin hükümlerin ortaya çıkışında⁴², özellikle de III. Deniz Hukuku Konferansı esnasında İtalya'nın oynadığı rol olmalıdır.⁴³ III. Deniz Hukukuna ilişkin boğazlara dair görüşme tutanakları incelendiğinde, İtalya'nın oldukça etkili bir biçimde davrandığı gözlemlenmektedir.⁴⁴

İlk olarak, Deniz Yatağı Komitesininin 19 Temmuz ilâ 27 Ağustos 1971 tarihleri arasında gerçekleşen II. oturumunda İtalyan delegesinin söz alarak oldukça uzun bir konuşma yaptığı görülmektedir.⁴⁵ Delege, *özetle*, 1958 tarihli Cenevre Kararları ve Bitişik Bölge Sözleşmesininin 14 ve 16. maddelerinde yer verilen, kıyı devletlerinin ve uluslararası toplumun çıkarları arasında mâkul bir uzlaşa sağlayan, zararsız geçiş hakkının, yeknesak bir biçimde uygulanmadığının, kararları genişliği ve ilgili kavramların farklı yorumlanması çerçevesinde çeşitli şekillerde algılandığının altını çizmiş; bir yandan karasularının genişliğinin artmasının daha fazla sayıda boğazı zararsız geçiş hakkına tâbi kılacağını, öte yandan bu geçiş rejiminin oldukça öznel bir şekilde yorumlandığını vurgulamıştır. Delege, ülkesinin, birçok devletin revizyona ilişkin önerilerine, tüm etkenlerin göz önüne alınması şartıyla, karşı çıkmayacağını belirtirken, bu etkenler arasında öne çıkanları ise kıyı devletinin korunmasına ilişkin hak ve ödevler, açık deniz serbestilerine dair uluslararası toplumun çıkarları ve özel bir önemin atfedilmesi gereken boğazların siyasî konumlarınınin gözetilmesi olarak sıralamıştır. Açıklamalarının devamında, delege, boğazlara ilişkin hukukî sorunların 24 deniz mili genişliğinin altındaki boğazlarda söz konusu olduğunu, bu genişliğin ötesindeki boğazlarda her zaman bir açık deniz kuşağı olacağını bildirmiş ve ülkesinin, olabildiğince dar genişlikteki karasularını

⁴² Treves, I. Deniz Hukuku Konferansı esnasında, özellikle boğazlar konusunda fazla etkili olmayan İtalya'nın III. Deniz Hukuku Konferansında oldukça aktif olduğuna işaret etmiştir. Bkz. TREVES T., Italy and the Law of the Sea, in *The Law of the Sea: The European Union and Its Member States*, edited by Treves & Pineschi, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, s. 334.

⁴³ Ele alınan konunun bir gereği olarak bu makalede, gerek III. Deniz Hukuku Konferansında, gerek konferans dışında o dönemde İtalya'nın deniz hukukuna ilişkin diğer konulardaki görüş ve saptamalarına dair bir değerlendirmeye gerek görülmemiştir.

⁴⁴ Bu konuda çok daha kısa bir değerlendirme için bkz. TREVES, 1997, s. 334-335.

⁴⁵ Bkz. "Straits Used for International Navigation-Legislative History of Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea", volume I, United Nations: Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea, New York, 1992, s. 41-43. (Bundan sonra "Straits ...", vol. I)

savunduğuna dikkat çekerek, yeknesak olarak ve her yerde uygulanmak koşullarıyla en fazla 12 deniz millik karasularını kabûl edebileceğini eklemiştir. Bunun sonucu olarak, 24 deniz mili genişliğini aşan boğazların düzenlemelerden tamamen muaf tutulmasını talep etmiş ve 12 deniz milinin ötesindeki her yerde olduğu gibi bu boğazlarda da uluslararası toplumun denizlerin serbestliğini her zaman tanımaları gerektiğini ifade etmiştir. Boğazların hukukî açıdan ele alınması bağlamında, uluslararası seyrüsefere dair her türlü rejimin temelinde farklı çıkarlar arasında bir dengenin yattığına, boğazlardan seyrüsefer konusunda ise özellikle uluslararası toplumun genel çıkarları ve her bir devletin belirli çıkarlarını beraberce gözetecek uygun bir çözümün gereğine işaret ettikten sonra, tam da bu yüzden tüm boğazlar birmiş gibi hareket edilemeyeceği gibi, standart düzenlemelerin kabûlü bağlamında tek bir çözümün de söz konusu olamayacağını ifade etmiştir. Bununla beraber, delegeye göre, bir diğer uç nokta olan tek tek boğazlara göre kuralların oluşturulmasından da kaçınılması gereklidir. Böylece, esas yapılması gerekenin, bazı boğazlar için belirli özelliklerin ortaya konulması suretiyle genel ilkeler yaratılmaya çalışması gereği olduğuna işaret edilmiştir. Bu çerçevede de, delegeye göre, ilk tür boğazlar, devletlerin açık deniz serbestilerinden yararlanması ancak ilgili sulardan tam bir geçiş serbestisinin öngörülmesini gerektiren boğazlardır. Daha açık bir ifadeyle, ya karasularından açık denizlere çıkış sağlayan boğazlar ya da kapalı denizlerin çıkışı konumundaki boğazlar bu gruba dâhildir. Bir geminin açık denizlere tek çıkış yolunu teşkil eden veya başka bir çıkışı olmayan denizden tek çıkışı teşkil eden boğazlardaki geçişin kıyılarındaki egemen haklara sahip devletçe veya devletlerce engellenmesinin kabûl edilemezliği de, delege tarafından, bu itibarla, açıklamalarına ilâve edilmiştir. Bu tür kapalı deniz alanlarına ilişkin örneklendirmeye giden İtalyan delege, bu denizlerin ağızlarında yer alan boğazların, seyrüsefer serbestisine engel teşkil etmemesi gereğinin altını çizmiştir. Her ne kadar, ilgili kıyı devletlerinin egemenliğine ciddi sınırlama getirse de, bu gibi durumların uluslararası toplumun genel çıkarlarının öncelikli hâle gelebilmesinin temel nedenini oluşturduğunu ifade eden delege, konuşmasını, uluslararası toplumun temel çıkarlarının ön plânda olmadığı bazı durumlarda ise dengenin ayarlanmasının zorluğunu dile getirerek sürdürmüş ve kıyılarının birbirinden oldukça uzak konumlandığı boğazlar için veya kıyıları insan yapımı bir yapıyla bağlanan boğazlar için aynı tür davranışı beklemenin zor olduğunu eklemeyi ihmal etmemiştir. Böylelikle, delege, muhtemel başka bir ayrımı da gündeme getirmekte ve

boğazlarda kıyıları sadece bir devlete ait olan veya iki veya daha fazla devlete ait olan şekilde bir farklılaşmaya gitmektedir. Kıyıları iki veya daha fazla devlete ait kılınmış boğazlarda suların paylaşımı gibi daha farklı sorunların da çıkabileceğine işaret eden İtalyan temsilci, tasvir ettiği tüm bu durumlar sonucunda, sorunun iki yönünün ele alınması gerektiğine dikkat çekerek, bir yanda hukukî açıdan ilgili denizin kapalı bir deniz olmaması için doğal olarak varolan suyollarını teşkil eden boğazların olduğunu ve bunların korunmalarının uluslararası toplumun genel çıkarını teşkil etmesinden ötürü azamî oranda dikkate alınması gerektiğini; öte yanda ise, sınırlı genişliği olan, kıyıları ve suları tek ve aynı devlete ait olan boğazların geldiğini ve bunların ulusal boğaz niteliğinde olduğunu vurgulamıştır. Delege, bu sonuncu durumda kıyı devletinin çıkarlarının, uluslararası toplumunkilerin de ihlâl edilememesi koşuluyla, ağır bastığını ileri sürerek, anılan bu boğazlarda tam bir seyrüsefer serbestisinin sağlanmasının kıyı devletinin ne güvenliğiyle ne de malî ve ticarî çıkarlarıyla uyumlu olduğunu belirtmiştir. Bu anlatılarını, kıyı devletinin uluslararası toplumun genel çıkarlarının gerektirmediği bir durumda neden karasularının bir parçasındaki egemenliğinden vazgeçmesi gerektiğini sorarak sürdürmüş ve zaten uluslararası toplumun bu genel çıkarlarının 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesinde tanınan zararsız geçiş hakkıyla güvence altına alındığının altını çizerek sadece sınırlı sayıda boğaz için geçerli olan bu hakkın hukuken ve uygulama açısından herhangi bir soruna yol açmayacağını ifade etmiştir. Delege, yine de herhangi tek bir genişliğin telâffuz edilmemesi gerektiğini de belirtmeyi ihmal etmemiştir. Tüm bunları belirttikten sonra, delege, hâlihazırda herhangi bir karasuları genişliğinin belirlenmemesini de fırsat bilerek, kullanılan genel karasuları genişliğinin iki katına tekâbül eden 6 deniz mili genişliği boğazlar için önermiş ve bu tür boğazlar için karasularında kullanılan zararsız geçiş hakkının değiştirilmemesi gerektiğini vurgulayarak, bazı delegelerin zararsız geçiş hakkının revize edilmesini önerdiğini, kendi ülkesinin teklifini göz önüne alarak, her ne kadar zararsız geçiş hakkının önemli olmadığı düşünülebilse de, çok uzun yıllardır kullanılan bir kavramın bu kadar kolaylıkla terk edilmesinin ve dahası karasuları rejimi bağlamında yenilenmesinin zor olduğuna inandığını iletmiştir. Daha sonra, delege, karasuları genişliğinin arttırılması söz konusu olursa zararsız geçiş hakkının mutlaka korunması gereğinin önemi üzerinde durmuştur. Buna karşılık, 1958 Sözleşmesinde kavramın gereği gibi düzenlenmediğini, ülkesinin daha objektif bir veriye dayanan bir formülasyona yardım edebileceğini

belirterek, bahsetmiş olduğu iki uç noktanın arasında da bir kuşak olacağını, bunun da serbest geçişin sağlandığı bir kuşak olması gerektiğini ifade etmiştir. Tüm bu bağlamda, sabırlı olunması ve çok iyi bir araştırmanın yapılarak iki uç nokta arasında kalan bazı boğazların tespit edilmesi gerektiğini savunmuştur. Bu çerçevede, Etiyopya Delegesinin önerisini⁴⁶ desteklediğini belirtirken, delege, konuya dair Amerika Birleşik Devletleri önerisini ise denizdeki seyrüsefer serbestisiyle birlikte aynı zamanda uçuş serbestisini de beraberinde talep ettiği için ve bu ikinci konunun Alt Komitenin yetkisi altında olmadığına işaret ederek eleştirmiştir. Konuyu daha da açan delege, hukukî anlamda deniz ile hava seyrüseferlerinin birbiriyle çok da bağlantılı olmadığına, nitekim 1958 düzenlemelerinde uçuş hakkına yer verilmemiş olduğuna dikkat çekmiş ve konunun esasen 1944 Chicago Sözleşmesinde ve onun da öncesinde 1919 Paris Sözleşmesinde ele alındığını ortaya koymuştur. Sonunda delege, deniz seyrüseferi ve hava seyrüseferine aynı rejimin uygulanmasının zor olduğunu, bu yüzden de deniz hukukunun kodifiye edilmesine ilişkin bu yeni çabada uçuş serbestisinin ele alınmaması gereğini belirterek sözlerine son vermiştir.

İkinci Alt Komitenin 28 Şubat ilâ 30 Mart 1972 tarihleri arasında gerçekleşen ilk oturumunda İtalyan delege söz alarak konuya ilişkin olarak, özetle, şu hususları dile getirmiştir⁴⁷: İlgili durumlarının tamamen aynı olmadığından bahisle tüm boğazların yeknesak biçimde bir düzenlemeye tâbi tutulmasının gerçekçi ve doğru bir yaklaşım olmadığını, tek bir kıyı devletinin toprakları arasında uzanan, dar ve seyrüsefer güzergâhları bağlamında sadece talî nitelik kesbeden boğazların ulusal boğazlar olarak mütalâa edilmesi gerektiğini ve bunlar dâhilinde uluslararası toplumun çıkarlarının çok da korunması gerektiğini; buna karşılık, ilgili kıyı devletinin çıkarlarının ise mümkün olabilen en azamî düzeyde korunması gerektiğini belirtmiş ve bu tür ulusal boğazlardan seyrüsefer serbestisinin öngörülmesinin kıyı devletlerinin güvenlik, kamu düzeni ve kamu sağlığı konularındaki çıkarlarıyla birlikte, malî ve ticarî çıkarlarıyla da uyumsuz olacağına işaret etmiştir. Konuşmasının devamında, İtalyan delege, bazı boğazların uluslararası seyrüsefer için doğal ve zarurî bir yol teşkil ettiğini ve eğer ki geçiş engellenirse hukukî açıdan bakıldığında bazı denizlerin kapalı denizler hâline geleceğini vurgulamıştır. Bu tür durumlarda açık olarak uluslararası toplumun

⁴⁶ Etiyopya Delegesinin ilgili açıklamaları için, bkz. “*Straits ...*”, vol. I, s. 36-37.

⁴⁷ Bkz. “*Straits ...*”, vol. I, s. 57-58.

çıkarlarının üstün geleceği ve kıyı devletlerinin de diğer tüm ulusların meşrû çıkarlarının uygun tatmini karşısında kendi ulusal çıkarlarının ikinci plâna atılmasını kabûl etmesi gerektiğini ifade ederek, sonuçta bu tür boğazların serbest uluslararası seyrüsefere açık boğazlar olduğunun altını çizmiştir. Daha sonrasında, delege, bu iki uç durum arasında uluslararası toplumun çıkarlarıyla ilgili kıyı devletlerinkiler arasında hakça bir dengenin bulunmasını gerektiren birçok örneğin olduğuna işaret etmiş ve 56 devletin sponsoru olduğu Deniz Yatağı Komitesinin II. Alt Komitesine sunulan teklifin bu tür bir çözümü sağlamaya yönelik yeterli genişliğe sahip olduğunun altını çizmiştir.

1973 yılındaki ilk oturumda II no'lu Alt Komitede görüş sunan devletlerden biri konumundaki İtalya, delegesi aracılığıyla, uluslararası önemi haiz boğazlardan seyrüseferde tam bir serbestliğin sağlanması ihtiyacını vurgulayarak çok sınırlı genişliğe sahip veya her iki kıyısı üzerinde yetkiyi haiz devlet için baskın bir biçimde ulusal çıkarın söz konusu olduğu boğazlarda bu serbestinin zararsız geçiş hakkına dönüşeceğinin altını çizmiştir.⁴⁸

2 Temmuz ilâ 4 Ağustos 1973 tarihleri arasında gerçekleştirilen ikinci oturumda İtalyan delegesi boğazlara ilişkin şu taslak maddeleri sunmuştur⁴⁹:

“(a) *Paragraf (b)'deki hükümlere tâbi olarak, tüm gemiler ve tüm hava araçları, açık denizin iki kesimini bağlayan veya bir yabancı devletin karasularını açık denizin bir kısmıyla bağlayan boğazlarda veya bunların üzerinde transit amacıyla (geçişlerde) açık denizlerde mevcut olan aynı seyrüsefer ve uçuş serbestisinden yararlanacaktır.*

(b) Transit serbestisi trafiğin engellenmesinden imtina edilecek şekilde uygulanacaktır. Kıyı devletleri, boğazlardan veya üzerlerinden geçen transit trafikçe kullanılacak uygun kanalları ve koridorları belirler. Transit ve uçuşun zararsız geçişin hükümleriyle düzenleneceği boğazlar şunlardır:

- (1) Altı mil genişlikten fazla olmayan;*
- (2) Aynı devletin kıyıları arasında konumlanan ve*
- (3)Boğazlarla bağlı deniz kısımları arasında diğer iletişim güzergâhlarına yakın olan.”⁵⁰*

⁴⁸ Bkz. “*Straits ...*”, vol. I, s. 89.

⁴⁹ Bkz. “*Straits ...*”, vol. I, s. 103-104.

⁵⁰ “(a) *Subject to the provisions of paragraph (b), all ships and all aircraft shall enjoy, for the purposes of transit through or over straits connecting two parts of the high seas or*

İtalya sunmuş olduğu boğazlara ilişkin taslak maddelerin içeriğini de yine aynı toplantıda delegesi aracılığıyla ortaya koymuştur.⁵¹ Bu çerçevede, İtalyan delege, paragraf (a)'da ülkesinin uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlardan veya onların üzerinden transit serbestisi ihtiyacını teyit ettiğini belirtmiş, özellikle gelişmekte olan devletlerle birlikte, bu tür boğazlar üzerinden gerçekleşen ticaretin yıldan yıla artış gösterdiğini ve uluslararası ilişkilerin mevcut bu durumunda bu tür boğazların küçük bir azınlık teşkil eden devletlerin kontrolüne bırakılmasının yersiz olacağını vurgulamıştır. Bu tür bir durumdan kaçınmak için, delege, ülkesinin kıyı devletlerinin hak ve ödevlerini tanımladığını, bu çerçevede onlara transit trafik için uygun kanal ve koridorları belirleme hakkını öngörürken, öte yanda zarurî olmayan tüm engellerden imtina etmeleri ödevini yüklemiş olduğunu dile getirmiştir. Delege sözlerini, boğazların tehlikeli ve kirletici faaliyetler için kullanılmaması gerektiğini ekleyerek sürdürmüştür. Boğazlar sorunun çözümünün tüm uluslararası toplum için zarurî olduğunun altını çizerek sözlerine devam eden delege, özellikle de başka şekilde olmadıkça kapalı veya yarı-kapalı deniz durumuna gelecek denizler için sorunun önemine işaret etmiş ve örnek olarak Akdeniz'i göstermiş ve bu deniz alanının Atlantik'e tek çıkışı olduğu ve bu çıkıştan her zaman seyrüsefer serbestisinin var olduğunu, bunun da korunmasının hayati bir önem teşkil ettiğini dile getirmiştir. Bu çerçevede, uluslararası toplumda denize kıyısı olmayan devletlerin denizlere serbestçe ulaşımının olması gerektiğinin kabul edildiğini, bu konuda akıllara 1958 tarihli Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi m. 3'ün getirilmesi gerektiğini ve şimdi Komitenin kapalı veya yarı-kapalı denizlere kıyısı olan çok büyük sayıda devletin çıkarlarına aykırı bir şekilde hareket etmesinin anlamsız olacağını vurgulamıştır. Delege, son olarak, (b) paragrafına ilgili açıklamalar yaparak, bu paragrafı ülkesinin transit hakkının kullanımının ancak

connecting part of the high seas with the territorial sea of a foreign State, the same freedom of navigation or overflight as exists on the high seas.

(b) The freedom of transit shall be so exercised as to avoid (all necessary) obstruction of traffic. The coastal States may designate appropriate channels and corridors to be used by transit traffic passing through or over the straits. Transit and overflight shall be governed by the provisions concerning innocent passage in straits which:

(1) Are not more than six miles wide;

(2) Lie between coasts of the same State; and

(3) Are near other routes of communication between the parts of the sea connected by the straits."

⁵¹ Bkz. "Straits ...", vol. I, s. 111-112.

zorunluluk teşkil etmesi ve başkaca bir çözüm bulunmaması durumunda söz konusu olması gerektiğini teyit ettiğini belirtmiş ve paragrafın (1) ve (2) no'lu alt başlıklarında zararsız geçiş hakkının tarihî tecrübeyle sabit altı deniz mili aşmayan bir genişlik olarak belirlendiğini ifade etmiştir.

Gerek İtalyan taslağı, gerekse bu taslağa ilişkin İtalyan delegasyonunun açıklamalarını Endonezya⁵² İspanya⁵³, Malezya⁵⁴,

⁵² Bkz. "Straits ...", vol. I, s. 112-113. Endonezya delegesi, İtalyan önerisinin, bütün olarak açık olmadığını, kendilerinin de dâhil olduğu Sekiz Güç tarafından sunulan öneriyle çeliştiğini ifade etmiş; Endonezya'nın, karasularının kıyı devletinin ülkesinin egemen bir parçası olarak bölünemez olduğunu ve bu itibarla da geçişe ilişkin uygulanacak rejimlerin farklı olamayacağını düşündüğünü belirtmiştir. Öte yandan, delege, zararsız geçiş rejiminin altı deniz milinden geniş olmayan boğazlarda uygulanmasına ilişkin öneriye karasularının genişliğinin üç değil, 12 deniz mili olduğunu düşündüğü için katılmadığının altını çizmiştir. Önerinin (b) paragrafında ise, üç koşulun birlikte mi yoksa tek tek mi ele alınacağını anlaşılamadığına işaret etmiştir. Ayrıca, trafiğe ilişkin zarur olmayan tüm engellerden kaçınılması gerektiği gibi bir ibareye yer verildiğinin, buna karşılık kıyı devletlerinin güvenliğinden dem vurulmadığının, ilâve olarak bu engelin varlığının kimin tarafından belirleneceğinin açıklanmadığının altını çizmiştir. Endonezya'nın görüşü, bu çerçevede, bu türlü bir belirlemenin kıyı devletince yapılması şeklindedir. Endonezya delegesi, aynı zamanda, kendi takımada sularının Hint ve Pasifik Okyanusları arasında bulunmasından ötürü, iki açık deniz kesimini bağladıkları şeklinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda emin olamadıklarını, böyle bir konseptin ulusal birliğine siyasî etkileri ve güvenlik gibi nedenlerle Endonezya için kabul edilemez olduğunu belirterek, İtalyan delegesinin takımada sularına ilişkin bir garanti vermesini istemiştir.

⁵³ Bkz. "Straits ...", vol. I, s. 113-114. İspanyol delegesi, İtalyan önerisine ilişkin, öncelikle, seçilen altı deniz millik genişlik çerçevesinde duyduğu şaşkınlığı dile getirmiş, İtalya'nın da tıpkı kendileri gibi altı deniz millik karasuları genişliğini benimsediğini belirtmiştir. Dahası, Uluslararası Hukuk Komisyonunun 1956 yılında aldığı karar çerçevesinde İtalya'nın 24 deniz mili genişliği benimsemesinin daha mantıklı olabileceğinin altını çizmiştir. Delege, değerlendirmelerinin devamında, (b) paragrafının ikinci kriterini teşkil eden aynı devletin kıyıları arasında kalan boğazlardan ne anlaşılması gerektiğinin açık olmadığı, kabul edilen uluslararası hukuk doktrinine göre zararsız geçiş hakkının olduğu boğazların uluslararası seyrüseferde kullanılan ve iki açık deniz alanını birbirine bağlayan boğazlar olduğunu dile getirmiştir. Uçuş hakkına gelince, İtalyan delegesinin bu öneriden çok önce yaptığı konuşmada da beyan ettiği gibi bu konunun II. Komitenin yetkisine girmediğini belirten İspanyol delegesi, uçuş hakkının zararsız geçiş rejiminin hiçbir zaman bir parçası olmadığını da altını çizmiştir. Sonuç olarak, İspanya, İtalyan önerisinin boğazlardaki seyrüsefer için tatmin edici bir temel teşkil etmediğini belirtmiştir. Öte yandan, belirtilmelidir ki, öneriye ilişkin değerlendirmelerden sonra, önerinin açıklanmasına ilişkin İtalyan delegenin gerçekleştirdiği konuşma esnasında Cebelitarık örneğine ilişkin de, İspanya, serbest transit rejiminin söz konusu olduğu iddiasına ise şiddetle karşı çıkmıştır.

SSCB⁵⁵ ve Amerika Birleşik Devletleri⁵⁶ değerlendirmiş; bu değerlendirmelere ilişkin İtalyan delegesi ise cevap⁵⁷ vermiştir. İtalyan delegesinin cevabına değinmeden evvel belirtilmelidir ki, Endonezya, İspanya ve Malezya İtalyan'ın önerisini ciddi biçimde eleştirirken, boğazlar konusunda işbirliği yapan iki süper güç ise öneriye gayet olumlu yaklaşmışlardır.⁵⁸ İtalyan'ın teklifine yönelik diğer devletlerin

⁵⁴ Bkz. “*Straits ...*”, vol. I, s. 115-117. Malezya delegesi ise, altı mil genişlikten daha fazla olmayan boğazlarda zararsız geçiş rejiminin söz konusu edilmesine şaşırıldığı ifade ederek, kıyı devletinin karasularında kıyı devletine getirilen bir servitüt olarak kabul edilecek zararsız geçiş ilkesinin getirilen öneriyle birlikte o devletin hava sahasında da uygulanacağı anlamına gelip gelmediğini sorgulamıştır. Karasuları genişliğinin 12 deniz milde sabit kılınmasını savunan delege, İtalya'nın ise altı deniz milini seçtiğini, bunun da özel bir durumu kast ettiğine kani olduklarını belirterek, ilgili önerinin uluslararası seyrüsefer rejimi için kullanılmayacağını belirtmiş ve ülkesinin bu öneriye çekince koyduğunu ifade etmiştir.

⁵⁵ Bkz. “*Straits ...*”, vol. I, s. 117-120, özellikle s. 119. SSCB delegesi, diğer delegasyonlarca boğazlara dair İtalyan önerisine karşı gerçekleştirilen eleştirilerle aynı fikirde olmadıklarını, öneriyi değerlendiren delegasyonların yapıcı bir yaklaşımdan uzak olduğunu belirtmiş, önerinin bir bütün olarak değerlendirildiğinde, temel olarak, uluslararası boğazlardan serbest geçiş ilkesini tanıdığına görüldüğünü belirtmiştir. Boğazlardan serbest geçiş ilkesini tanımamanın, dünyanın 130'a yakın devletine ait gemilerinin bu boğazlardan geçişini boğazlara bitişik 12 ilâ 15 arasında bir devletin hâkimiyetine tâbi kılma isteğinin açık bir göstergesi olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte, İtalyan önerisinin katılmadıkları kısımlarının olduğunu da belirten delege, bunları şu şekilde saymıştır: açık deniz ile karasularını birbirine bağlayan boğazlarda serbest geçiş rejiminin tanınması, (b) paragrafında belirtilen altı millik genişlik.

⁵⁶ Bkz. “*Straits ...*”, vol. I, s. 122. Amerika Birleşik Devletleri delegesi, ülkesinin İtalyan'ın çözüm amaçlı önerisini takdir ettiğini ve üzerinde çok dikkatli bir şekilde çalışılacağını belirtmiştir.

⁵⁷ Bkz. “*Straits ...*”, vol. I, s.127-129.

⁵⁸ Esasen iki süper gücün olumlu tavır takınmalarını yadırgamamak gereklidir. Özellikle, 1970'lerin başında karasuları genişliğinin artırılması eğilimi karşısında boğazlardaki serbest geçişi koruma amaçlı iki süper güç, bu konu çerçevesinde beraberce hareket etmeye başlamışlardır. Konuya ilişkin daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. GHOSH S., Superpower Co-Operation and Transit Passage through Straits, *Economic & Political Weekly*, vol. 20/18, 1985, s. 808-810; SANGER, s. 20-21. İtalyan hukukçu *Giuliano* konuyu iki süper güç ekseninden değil, daha geniş bir çerçeveden ele almış; başta denizci devletler olmak üzere bir grup devletin, özellikle artan 12 deniz millik karasuları genişliğinin seyrüsefer üzerindeki negatif etkisinden endişe duyduklarını, başta boğazlara kıyısı olan diğer bir grup devletin ise boğazlardan çok geniş biçimde sağlanacak geçiş özgürlüğünün belirli durumlarda güvenlikleri için potansiyel tehlike teşkil edeceği ve deniz çevresinin olumsuz yönde etkilenebilecek olması şeklindeki iki temel unsurdan etkileneceklerini belirterek, müzakerelerin bu çerçevede süreceğini dile getirmiştir. Bu bağlamda, yazar, ayrıca İtalya'nın, yukarıda belirttiğimiz önerisine de değinerek ilk grupta yer aldığına işaret etmiştir. Bkz. GIULIANO M., The Regime of

değerlendirmelerine İtalya'nın verdiği cevaba gelindiğinde, *özet* olarak, önerilen taslağın iki temel bölümden oluştuğunun, ilkinin boğazlarda seyrüseferi veya uçuşu yöneten temel ilkelerin, yâni transit serbestisinin altını çizdiğinin ki, bunun da deniz ve hava trafiğinin sevkine dair teknik nitelikli sadece tek bir sınırlandırmaya tâbi kılındığının; ikincisinin ise altı deniz milini aşmayan genişlik, kıyılarının aynı devlete ait olması ve bu boğazla bağlanan ilgili deniz kısımları arasında başka bağlantı güzergâhlarının da olması şeklinde sayılan genel ilkelere getirilmiş istisnaları içerdiğinin belirtildiği görülmektedir. Delege cevabın devamında, İtalya'nın daha önce uçuşa ilişkin konuların başka uluslararası belgelerde düzenlenmesinden ötürü bu konunun Alt Komitenin yetki alanına girmediğini belirttiğini, buna karşılık bu görüşün ihrazî nitelikte bir görüş olduğu ve resmî İtalyan görüşünü yansıtmayabileceğini ki, aynı konuşmada İtalya'nın görüşülmesi istenilen konularda geri adım atılmaması gerektiğini vurguladığını da ifade etmiş ve zaten komitenin konuyu gündemine aldığına işaret etmiştir. Delege, İtalya'nın, boğazlar konusunun çözülebilmesinde temsil edilen çeşitli çıkarlar arasında hakça bir uzlaşımın sağlanması gerektiğine inandığını vurgulayarak, kıyı devletlerinin çıkarlarının uluslararası toplumun çıkarlarını yok etmeksizin diğerlerinininkiyle koordine edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Cevabın ilerleyen kesimlerinde denizcilik tarihinin kıyı devletlerinin boğazları kontrolünün daha ileri geçiş serbestilerine yol açtığını gösterdiğini belirtmiş ve örnek olarak Danimarka Boğazlarıyla Cebelitarık Boğazını vermiştir. Delege, böylelikle, ülkesinin önerisinin uluslararası toplumun çıkarlarıyla uyumlu olduğunu dile getirmiş ve hiçbir şekilde ne genel olarak ne de kapalı denizlere giriş özel durumuna bağlı olarak 1958 tarihli Cenevre Sözleşmesi düzenine aykırılık içermediğini vurgulamıştır. Bunlar bağlamında, delege, boğazlardan serbest geçişe ilişkin daha yoğun düzenlemelere karşı çıkışın iki temel dayanağı olduğunu; ilkinin gerek antlaşmaların gerek beyanların izafî bir karakterde olduğu ve üçüncü devletlerin serbest geçiş ilkesinin tam tanınması anlamına gelmediği, ikincisinin ise bu belgelerin boğazları ele alışıının talî biçimdedir iddiası olduğunu belirtmiştir. Bu iddialara karşı ise, delege tüm devletlerin o antlaşmaların lafzı ve ruhuna dayanarak boğazlardan geçiş hakkını kullandığı ve geçiş rejiminin tüm o antlaşmaların temel düzenleme hususunu teşkil ettiğini vurgulamıştır. Daha sonra, tekrar ülkesinin öneri

Straits in General International Law, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 1, 1975, s. 24-26.

metnine dönerek (b) paragrafında ulusal boğaz olarak nitelendirilebilecek boğazlara ilişkin sıralanan üç koşulun bir bütün olarak ele alınması gerektiğini aktararak, kendi ülkesi dâhil birçok devletin altı deniz milinden daha geniş karasuları genişliği benimsediğinin bilincinde olduklarını ama getirdikleri öneride bu sayının seçilmesinin sebebinin tüm bu yönlü karşı çıkışların önüne geçmek olduğunu ifade etmiştir. Üçüncü koşul ise, delege tarafından, kıyı devletlerinin tek geçiş teşkil etmeyen boğazları üzerindeki çıkarlarının reddedilmemesi olarak savunmuştur. Bunun haricinde, “kazanılmış hak” gibi bir ibareye yer verilmesinden kaçınmanın sebebini ise, bu ibarenin oldukça farklı yorumları olmasına, bilimsel konularla bağlantıda oldukça çelişir bir durum yaratmasına ve uluslararası hukuk çerçevesinde betimlenmesinin güçlüğüne dayandırmıştır. Son olarak, İtalya’nın ilgili bu önerisine ilişkin bir öz eleştiri yapan delege, her ne kadar (a) paragrafında dile getirilen ilkenin herkes için kabûl edilebilir olmasına karşılık, (b) paragrafındaki düzenlemenin daha fazla açıklamaya ihtiyaç gösterdiğini de kabûl etmiştir.

İtalya’nın bu önerisinden etkilenen Birleşik Krallık II. toplantıya sunduğu ve daha sonradan kendisiyle Fiji’nin ortak olarak sunacakları ve 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin III. bölümünün temelini teşkil edecek taslağı da etkileyen önerisinde şu şekilde bir düzenlemeye yer vermiştir⁵⁹: “(4) *Transit geçiş, bir boğazda sadece şu bağlamda uygulanacaktır: ... (b) Eğer boğaz kıyı devletinin bir adasınca oluşturulmuşsa, adanın deniz tarafında aynı oranda uygun bir açık deniz geçişinin olmaması*”. Bu öneri dışında da, benzer taslak önerilerinin olduğu gözden kaçırılmamalıdır.⁶⁰ Nihayetinde, bu düzenlemeler 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 38/1 olarak karşımıza çıkmıştır.⁶¹

⁵⁹ Bkz. “*Straits Used for International Navigation-Legislative History of Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea*”, volume II, United Nations: Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, New York, 1992, s. 15. (Bundan sonra “*Straits ...*”, vol. II)

⁶⁰ Danimarka ve Finlandiya tarafından sunulan ortak değişiklik önergesi m. 1/4 (b) aynen şu şekildedir: “4. *Transit geçiş bir boğazda ancak şu bağlamda uygulanacaktır:*

...
Eğer boğaz kıyı devletinin bir adasıyla oluşturulmuşsa, adanın deniz tarafında eşit uygunlukta bir açık deniz geçişinin var olmadığına”. Bkz. “*Straits ...*”, vol. II, s. 21.

⁶¹ 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 38/1 şu şekildedir: “*Madde 37’de belirtilen boğazlarda, tüm gemi ve uçaklar, herhangi bir engelleme olmaksızın transit hakkından yararlanır; ancak, boğaz, kıyıdaş devletin adası ve anakarası arasında*

III. Deniz Hukuku Konferansının Caracas'ta 20 Haziran ilâ 29 Ağustos 1974 tarihinde gerçekleştirilen II. Oturumunda İtalyan delege, uluslararası boğazlardan engellenmeden geçişin teyit edilmesi, temelde ulusal önemi haiz boğazlarda ise zararsız geçiş hakkının devam ettirilmesi gerektiği görüşünde olduklarını paylaşmıştır.⁶² II. Komitenin 4 numaralı ajandasını teşkil eden boğazlar konusu tartışılırken, İtalyan delegesi ülkesinin pozisyonun yukarıda da belirtilen teklifte ortaya konulduğunu belirterek, yine yukarıda ilgili kısma kısaca yer verilen İngiltere'nin önerisinin de boğazlar sorununun anlaşılmasını kolaylaştırmak açısından ilginç olduğunu vurgulamıştır.⁶³ Boğazlar konusunda, 1974 sonrası genelde oluşturulan müzakere metni üzerinden görüşmeler gerçekleştirilmiş ve birkaç ufak değişiklik harici çok büyük tartışmalar yaşanmamış görünmektedir. Bu itibarla, 1979'daki 8. Oturumda, İtalyan delegesi, Bulgar delegesiyle birlikte boğazlardan transit geçişe dair müzakere metninden ülkesinin duyduğu tatmini dile getirmiştir.⁶⁴ Son olarak belirtilmelidir ki, 11. Oturumun ilk kısmında İspanya ve her ne kadar sonradan önerisini geri çekse de Yunanistan birtakım öneriler getirmişlerdir.⁶⁵ 11. Oturumun ikinci kısmında ise, bu önerilere ilişkin oylamaya geçilmeden evvel delegeler görüş bildirmiş, bunlardan İtalyan delege seyrüsefer ve uçuş hakkına ilişkin kısımlar tekrardan formüle edilmeye kalkarsa, başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere bazı denizci güçlerin Sözleşmeyi imzalamayacağı uyarısında bulunmuştur.⁶⁶

İtalya'nın, III. Deniz Hukuku Konferansı esnasında delegeleri aracılığıyla aktardığı boğazlara ilişkin görüşleri bir yana, deniz hukukunun ana hatları çerçevesindeki konumunu da kısaca özetlemek yerinde olacaktır. İtalya, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi öncesinde gerçekleştirilen dört Cenevre Sözleşmesinden

oluşmuşsa, eğer adanın deniz tarafında benzer nitelikli seyrüsefersel ve hidrografik özellikleri gösteren açık deniz veya münhasır ekonomik bölgeden geçen bir güzergâhın olması durumunda uygulanmayacaktır". Bu maddenin tarihçesine ilişkin bir değerlendirme için bkz. NANDAN S.N. & ANDERSON D.H., Straits Used for International Navigation: A Commentary on Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, *British Yearbook of International Law*, vol. 60, 1989, s. 179-181.

⁶² Bkz. "Straits ...", vol. II, s. 14.

⁶³ Bkz. "Straits ...", vol. II, s. 46.

⁶⁴ Bkz. "Straits ...", vol. II, s. 119.

⁶⁵ Bu önerilere ilişkin bkz. "Straits ...", vol. II, s. 134-135.

⁶⁶ Bkz. "Straits ...", vol. II, s. 137.

sadece ikisine taraftır.⁶⁷ İtalya, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'ne ise, 10 Aralık 1982 tarihinde imza atmışken, 13 Ocak 1995 tarihinde onaylayarak tarafı hâline gelmiştir.⁶⁸ İtalya'nın esas hatları 1977 tarihli bir kararnâme ile belirlenmiştir. Bu kararnâmede ortaya konulduğu üzere, Toskano Takımadalarının en uç noktaları esas hatlar için temel alınmış, Taranto Körfezi ise tarihsel körfez iddiasıyla ağzına çizilen bir kapatma hattıyla kapatılmıştır. Taranto Körfezine ilişkin bu iddia protestolarla karşılaşmıştır.⁶⁹ Öte yandan, Malta da İtalya'nın Sicilya'nın güneyinde çizdiği bazı esas hatları tanımayacağını belirtmiştir.⁷⁰ İtalya, 12 deniz mili karasuları genişliğini ise, 24 Ağustos 1974 tarih ve 359 sayılı Kanun ile benimsemiştir.⁷¹ Öte yandan, İtalya, 8

⁶⁷ İtalya 17 Aralık 1964 tarihinde 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesine ve 1958 tarihli Cenevre Açık Denizler Sözleşmesine katılmıştır. Sırasıyla, bkz. via https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-1&chapter=21&clang=_en (son ziyaret tarihi: 20/09/16) ve via https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-2&chapter=21&clang=_en (son ziyaret tarihi: 20/09/16). Öte yandan, İtalya, diğer iki sözleşme olan 1958 tarihli Cenevre Balıkçılık ve Açık Denizlerdeki Canlı Kaynakların Korunması Sözleşmesi ile 1958 tarihli Cenevre Kıta Sahaneliği Sözleşmelerine ise taraf değildir. Bkz. via https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-3&chapter=21&clang=_en (son ziyaret tarihi: 20/09/16) ve via https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-4&chapter=21&clang=_en (son ziyaret tarihi: 20/09/16).

⁶⁸ Birçok batılı devlet gibi İtalya'nın da 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesini imzalamaya karar vermesi 1994 tarihli XI. Bölümün Uygulanmasına Dair Anlaşmadan sonra olmuştur. Bu itibarla, İtalya, adı geçen 1994 tarihli Anlaşmayı da 29 Temmuz 1994 tarihinde imzalamış ve 1982 Sözleşmesiyle birlikte aynı tarihte onaylamıştır. Bkz. TREVES, 1997, s. 327.

⁶⁹ Taranto Körfezine dair en ciddî protesto Amerika Birleşik Devletleri'nden gelmiştir. Bkz. ROACH J.A. & SMITH R.W., *Excessive Maritime Claims*, 3rd edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012, s. 44-45. Taranto Körfezine ilişkin doktrinde yaşanan görüş alışverişine dair bkz. RONZITTI N., *Is the Gulf of Taranto an Historic Bay?*, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, vol. 11/2&3, 1984, s. 275-296; RONZITTI N., *New Criticism on the Gulf of Taranto Closing Line: A Restatement of a Different View*, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, vol. 12/3, 1986, s. 465-472; WESTERMAN G., *The Juridical Status of the Gulf of Taranto: A Brief Reply*, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, vol. 11/2&3, 1984, s. 297-309.

⁷⁰ Bkz. TREVES, 1997, s. 328.

⁷¹ 30 Mart 1942 tarihli Seyrüsefer Kanununa değişiklik getiren 24 Ağustos 1974 tarih ve 359 sayılı Kanunun Karasuları başlığını taşıyan 2 no'lu maddesinin ikinci paragrafında İtalyan Devletinin karasuları genişliğini 12 deniz miline çıkarttığı görülmektedir. İlgili düzenlemeye ilişkin bkz. via

Şubat 2006 tarihli ve 61 sayılı Kanun⁷² ile bir Başkanlık Kararnâmesiyle karasularının dış sınırından başlayan bir “ekolojik koruma bölgesi” (*ecological protection zone*) oluşturulmasını öngören düzenlemeyi kabûl etmiş ve bu bölgenin sınırlarını ve içeriğini tespit eden 27 Ekim 2011 tarih ve 209 sayılı Başkanlık Kararnâmesiyle⁷³ bu bölgeyi hayata geçirmiştir.⁷⁴

V. *İtalya'nın Boğazlarının Hukukî Rejimi*

Tüm bu anlatılar sonrasında, İtalya'nın en azından bir kıyısında konumlandığı boğazların hukukî rejiminin değerlendirilmesine geçilebilir. İtalya'nın boğazları değerlendirildiğinde, en azından ele alınanlar bağlamında, hepsinin uluslararası niteliği haiz boğazlar olduğu gözlenmektedir. Yâni, bunlar, yukarıda belirtildiği ve 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde öngörüldüğü şekilde deniz alanlarını birbirine bağlayan ve uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlardır.

İtalya'ya ait en önemli boğazlardan biri, yukarıda III Deniz Hukuku Konferansı süresince İtalyan delegasyonun yoğun çabalarıyla oluşturulan

www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/ITA_1974-Code.pdf (son ziyaret tarihi: 19/09/16). Esasen, İtalya, üç deniz millik karasuları genişliğini uygulayan bir devlet değildir. 1942 tarihli Seyrüsefer Kanununun 2. maddesiyle altı deniz millik karasuları genişliği belirlenmiştir. 1970'lerin başında İtalya henüz karasuları genişliğini 12 deniz miline çıkartmamışken konuyu değerlendiren İtalyan hukukçu *Durante*, üç deniz millik genişliğin yeterli olmadığından dem vurmuş, zaten altı deniz mili genişliği kullanan İtalya'nın yakın bir tarihte karasuları genişliğini 12 deniz miline çıkartmasının bekleneceğini ifade ederek (yazar, o dönem birçok devletçe karasuları için belirlemiş oldukları aşkın genişliklerin ise tasvip edilmeyeceğinin altını çizmiştir), buna ilişkin örnek olarak İtalya'nın uzun bir zamandır gümrük çerçevesinde 12 deniz millik bir genişliği benimsemesini göstermiştir. Bkz. DURANTE F., Italy, in *New Directions in the Law of the Sea*, vol. III, edited by Churchill & Simmonds & Welch, , London, 1973, s. 266-267.

⁷²İlgili bu kanun İngilizce metni için bkz. via www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/ITA_2006_Law.pdf (son ziyaret tarihi: 19/09/16).

⁷³İlgili bu kararnâmenin İngilizce metni için bkz. via www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/ITA_2011_Decree.pdf (son ziyaret tarihi: 19/09/16).

⁷⁴İtalya'nın ekolojik koruma bölgesine ilişkin değerlendirmeler için bkz. GRBEC M., *Extension of Coastal State Jurisdiction in Enclosed and Semi-Enclosed Seas: A Mediterranean and Adriatic Perspective*, Routledge, Oxon, 2014, s. 94-101; TREVES T. & PAPANICOLOPULU I., *The Law Applicable on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone: The Italian Perspective*, *Ocean Yearbook*, vol. 25, 2011, s. 351-352.

ve ilgili boğazın adıyla anılan bir istisna hâline gelen Messina Boğazıdır.⁷⁵ Bu bağlamda, Messina Boğazı, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 38/1 çerçevesinde askıya alınamayan zararsız geçiş hakkının söz konusu olduğu bir boğazdır.⁷⁶ Buna karşılık, İtalyan Hükûmeti 1985 tarihinde yayımladığı ardışık iki kararnâmeyle, çevre sorunları bağlamında hareket ederek, bu hakkı dahi kısıtlamıştır.⁷⁷ Yaşanan bir tanker kazasına⁷⁸ bağlı olarak gerçekleştirilen bu tek taraflı hukuk işlemini Amerika Birleşik Devletleri ciddi şekilde protesto etmiştir.⁷⁹ İtalya'nın bugün dahi geçerli olan ve kararnâmelerle getirmiş olduğu bu düzenlemeleri şu şekilde özetlenebilir:

- Tüm ticaret gemileri Messina Boğazında belirlenmiş olan trafik ayırım şemalarının sağıını kullanacaktır;
- Tüm ticaret gemileri Messina Boğaz bölgesine giriş yapmadan evvel Messina ve Reggio di Calabria'daki denizcilik yetkililerine raporlandıracaktır;
- 6000 tonun üzerindeki tanker ve deniz çevresine zararlı madde taşıyan gemilerle, her hâlükârda 15000 tonun üzerindeki tüm gemiler için zorunlu pilotaj öngörülmüştür;
- 50000 tonun üzerindeki tüm petrol tankerleriyle deniz çevresine zararlı olan yük taşıyan tüm gemilerin Messina Boğazını kullanımı yasaklanmıştır.

⁷⁵ Bu konuda farklı görüşleri de

⁷⁶ Tespit edilebildiği kadarıyla ve *katılmadığımız üzere*, en azından bir yazar, Messina Boğazında *transit geçiş rejiminin* söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bkz. AHNISH F.A., *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean*, Oxford University Press, Oxford, 1993, s. 286.

⁷⁷ Boğazlarla ilgili seyrüsefer konularının bu denli tartışılmadığı bir dönemde, I. Dünya Savaşı esnasında, İtalya, savaşa dâhil olmadığı müddetçe, tarafsızlık kurallarını neden göstererek, Messina Boğazını tüm devletlerin savaş gemilerine kapatmıştır. Bkz. TRUVER, s. 156.

⁷⁸ Bkz. GESTRI M., *The Legal Regime of Navigation through the Strait of Messina*, *Marine Pollution Bulletin*, vol. 19/8, 1988, s. 354; SCOVAZZI T., *The Strait of Messina and the Present Regime of International Straits*, in *Navigating Straits: Challenges for International Law*, edited by Caron & Oral, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, s. 146.

⁷⁹ Amerika Birleşik Devletleri protestosunun metni ve İtalya'nın cevabı için bkz. ROACH & SMITH, s. 308-310. Ayrıca, bkz. MOLENAAR J., *Navigational Rights and Freedoms in a European Regional Context*, in *Navigational Rights and Freedoms and the New Law of the Sea*, edited by Rothwell & Bateman, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2000, s. 37-38; SCOVAZZI, 2014, s. 147-148.

Belirtildiği üzere, askıya alınamayan zararsız geçiş hakkının söz konusu olduğu Messina Boğazı için öngörülen bu tek taraflı önlemler, belirli gemiler için geçiş, askıya alınma bir yana, Amerikan protestosunda da ifade olunduğu üzere, tamamen kaldırılmıştır.⁸⁰ Bunun, mevcut uluslararası deniz hukuk kurallarıyla bağdaşmadığı aşikârdır. Nitekim, İtalyan hukukçular dahi İtalya'nın bu düzenlemelerini eleştirmektedir.⁸¹ Buna karşılık, meselâ *Scovazzi* her ne kadar İtalya'nın bu düzenlemelerinin mevcut uluslararası deniz hukuku kurallarıyla bağdaşmadığını ifade etmiş olsa da, mevcut düzenlemelerin, özellikle çevre konularında kıyı devletleri için ciddi eksiklikleri olduğuna işaret ederek, bu düzenlemelerin mâkul olarak nitelendirilebileceğini, hattâ uluslararası hukuk çerçevesinde “zaruret hâline” (*state of necessity*) dayandırılabilirliğini dile getirmiştir.⁸² Messina Boğazına ilişkin bir parantez açarak, adı geçen bu boğazda uzun soluklu bir köprü projesinin olduğu ve hayata geçirilebileceği de belirtilmelidir.⁸³

Fransa'ya ait Korsika Adası ile İtalya'ya ait Sardunya Adası arasında konumlanan Bonifacio Boğazı, kıyıdaşı iki devlet arasında birtakım antlaşmaların konusunu oluşturmuştur. Bu boğaz alanına ilişkin ilk önemli antlaşmalardan biri sayılabilecek 1908 tarihli boğazdaki balıkçılık alanların sınırlandırıldığı antlaşmayı, bu antlaşma üzerine inşa edildiği ifade olunabilecek karasularının sınırlandırmasını içeren ve aşağıda kısaca ele alınacak 1986 tarihli sınırlandırma antlaşması izlemiştir. Esasen, *Treves*, bu ikinci antlaşmanın, seyrüseferle ilgisi yokmuş gibi olsa da, seyrüsefer temelindeki düşüncelerle gerçekleştirildiğini belirtmiş ve bunu iki devletin savaş gemilerinin boğazdan diğerinin ülkesel alanını ihlâl etmeksizin daha rahat geçebilmesi için gerçekleştirildiği şeklinde izah etmiştir.⁸⁴ Çevre konularında baskılar

⁸⁰ *Molenaar* ise, Amerika Birleşik Devletleri protestosunun, sadece, belirli gemilerin geçişinin boğazda engellenmesiyle sınırlı olduğunun, oysa bu yasağın kıyı devletinin karasularındaki geçişi düzenleme yetkisiyle de uyumsuz olduğunun altını çizmiştir. Bkz. MOLENAAR, s. 38.

⁸¹ Bkz. GESTRI, s. 355; SCOVAZZI, 2014, s. 148. *Treves* ise, konuya dair ilginç bir noktayı vurgulamıştır. 1988 yılında Endonezya'nın silahlı tatbikat da dâhil askerî manevra gerekçesiyle kısa süreliğine Sunda ve Lombok Boğazlarını kapatmasına karşılık İtalya'nın, İspanya ile birlikte, Avrupa Birliği üyesi devletler adına Endonezya'yı kınadığına işaret etmiştir. Bkz. TREVES, 1997, s. 336.

⁸² Bkz. SCOVAZZI, 2014, s. 148-149.

⁸³ Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. CAMINOS & COGLIATI-BANTZ, s. 340-341; SPADI, 411-419. Ayrıca, bkz. SCOVAZZI, 2014, s. 149.

⁸⁴ Bkz. TREVES, 1994, s. 122.

sonrası, kıyıdaş iki devletin uluslararası bir antlaşma yapmadan⁸⁵ tamamen iç düzenlemelerle belirli gemilerin geçişini düzenledikleri gözlenmektedir. Bu itibarla, İtalya ve Fransa 1993 yılında yayınladıkları iki ayrı, fakat simultane kararnâme⁸⁶ aracılığıyla kendi bayraklarını⁸⁷ taşıyan tanker, gaz veya kimyasal taşıyıcılarla, yük olarak petrol ve kimyasal ürünlerle deniz çevresine zararlı ve tehlikeli diğer kirletenleri taşıyan her türlü geminin⁸⁸ geçişini yasaklamışlardır.⁸⁹ Hemen belirtilmelidir ki, İtalyan Kararnâmesinde İtalyan bayrağı taşıyıp da yasaklanan gemilerin bu niteliklerinin İtalya’da yürürlüğü olan uluslararası sözleşmelerde belirtilmiş olması şartı getirilmiştir. Bonifacio Boğazındaki bu düzenlemeleri değerlendiren *Treves*, bu düzenlemedeki unsurlara dikkat çekerek Messina Boğazında izlenen yöntemden farklı olarak Bonifacio Boğazında uluslararası hukuka daha uygun bir yöntemin takip edildiğini mütalâa etmiştir.⁹⁰ Bununla birlikte, İtalya ve Fransa’nın isteği üzerine, adı geçen boğazdaki seyrüsefere ilişkin olarak, Uluslararası Denizcilik Örgütü, aynı yıl A 766 (18) sayılı kararı kabûl etmiştir.⁹¹ Bu kararda, gerek iki devletin ilgili boğaz alanındaki hassas çevre dokusunu

⁸⁵ *Treves*, gerek İtalya’nın, gerek Fransa’nın çevreye ilişkin bu duyarlı konudaki önlemleri bir an önce uygulayabilmek ve uzun ve meşakkatli müzakere süreçlerine girmemek adına, bunları iç düzenleme ile belirleme yoluna gitmeyi tercih ettiklerini belirtmiştir. Bkz. TREVES, 1993, s. 123.

⁸⁶ Fransız Kararnâmesinin 4. maddesi bir karşılıklılık kuralı getirmiştir ve aynen şu şekildedir: “*Bu kararnâme, aynı nitelikteki ölçütleri ortaya koyan metnin İtalyan yetkililerince yayımlandığı tarihte yürürlük kazanacaktır*”.

⁸⁷ Fransız Kararnâmesi, sadece Fransız bayrağı taşıyan gemileri değil, aynı zamanda 2. maddeyle Fransız limanları arasında kabotaj hakkını kullanan ilgili tür tüm gemileri kapsam altına almıştır. Fransa’nın İtalya’dan farklı olarak aynı konuyu düzenleyen bu kararnâmesindeki bu hükme *Treves* de dikkat çekmektedir. Bkz. TREVES, 1993, s. 125; TREVES, 1997, s. 336.

⁸⁸ Fransız Kararnâmesi bir ayrıma daha giderek, 4. maddesinde, açık bir biçimde, başta savaş gemileri olmak üzere, ticarî faaliyette kullanılmayan hiçbir Fransız devlet gemisinin bu kurallara tâbi olmayacağını düzenlemiştir.

⁸⁹ 1993 tarihli ilgili İtalyan Kararnâmesinin 1. maddesi. Bununla birlikte, Fransız Kararnâmesinin 1. maddesi bir eke atf yapmak suretiyle yasaklanan vasıtalar bakımından daha dar bir düzenleme öngörmüştür. Bu çerçevede, petrol ve tehlikeli madde taşıyan gemiler terimi kullanılarak, örnekleme açısından eke yönlendirme yapılmıştır.

⁹⁰ Bkz. TREVES, 1997, s. 336.

⁹¹ Uluslararası Denizcilik Örgütünün Bonifacio Boğazına ilişkin adı geçen kararının metni için bkz. via [http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=23312&filename=A766\(18\).pdf](http://www.imo.org/blast/blastDataHelper.asp?data_id=23312&filename=A766(18).pdf) (ziyaret tarihi: 20/09/16).

koruma önceliği, gerekse de uluslararası statüyü haiz bir boğazdaki seyrüsefer hakkından geri adım atılmaması gibi iki hassas dengenin korunmasının önemi vurgulanarak, hükûmetlerin petrol yüklü tankerlerinin ve tehlikeli kimyasalları veya yük olarak kirlenmeye yol açacak maddeleri taşıyan gemilerinin boğazdan geçişini yasaklamaları veya en azından bu konuda onları cesaretlendirmemeleri *tavsiye edilmiştir*.⁹² Öte yandan, 2010 yılında İtalya ve Fransa Uluslararası Denizcilik Örgütü'ne başvurarak, Bonifacio Boğazı ve çevresinin “Özellikle Korunan Hassas Deniz Alanı” (*Specially Protected Marine Areas*) ilân edilmesini ve bunun sonucu olarak da zorunlu klavuzluk hizmetlerinin söz konusu edilmesini talep etmişler, toplantılar sırasında iki devlet bu isteklerini geri çekmiştir ki, bunun üzerine Amerika Birleşik Devletleri bir basın bildirisini yayınlamak suretiyle iki devlete de bu konuda gösterdikleri anlayıştan ötürü teşekkür etmiştir.⁹³

Piambioni Boğazı ise, yukarıda daha öncede belirtildiği üzere, Toskana Adalar grubunun en büyük adalarından birini teşkil eden Elba Adası ile İtalyan anakarası arasında konumlanan beş deniz mili genişliğinde bir boğazdır.⁹⁴ Bu özelliği ile ilk bakışta Messina Boğazının statüsüne benzeyen adı geçen bu boğazın, özellikle doktrin incelendiğinde statüsünün tartışmalı olduğu gözlenmektedir. Şöyle ki, İtalyan hukukçu *Scovazzi* Piambioni Boğazının deniz tarafındaki kısmında açık deniz alanı değil bir başka boğaz olan Korsika Kanalı'nın bulunduğunu ve bu alanda İtalyan ve Fransız karasularının çakıştığını, dolayısıyla m.38/1'de aranılan gemilerin serbestçe geçebileceği açık deniz veya münhasır ekonomik bölge alanının bulunmadığını dile getirmiştir.⁹⁵ Öte yandan, İspanyol hukukçu *López Martín* ise, Piambioni Boğazının statüsünü Messina

⁹² İlgili bu kararın değerlendirilmesine dair bkz. SCOVAZZI, 1995, s. 151. Bu arada, *Treves*, Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün bu kararında yasaklama dışında “cesaretlendirmeme” ibaresinin kullanımının kararın etkinliğini zayıflattığı görüşündedir. Bkz. *TREVES*, 1993, s. 124.

⁹³ Konuya ilişkin olarak bkz. *ROACH & SMITH*, s. 287-288.

⁹⁴ Piambioni Adasının da dâhil olduğu Toskana Takımadaları 26 Nisan 1977 tarih ve 816 sayılı Başkanlık Kararnâmesi ile belirlenen İtalyan esas hatlarıyla kapatılmıştır. Bunun anlamı, Piambioni Boğazının İtalyan iç suları hâline gelmesidir. Bu durumda, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 35/a akıllara gelmelidir. İlgili bu düzenlemeye göre, daha önceden içsuları teşkil etmeyen fakat Sözleşmenin 7. maddesi çerçevesinde düz esas hatların kullanımıyla birlikte içsuları hâline gelen bir boğazdaki tüm içsular teşkil eden alanlar boğazlar bölümündeki düzenlemelerden etkilenmeyecektir. Bu durumda da, zaten Piambioni Boğazının statüsü değişmemektedir.

⁹⁵ Bkz. SCOVAZZI, 1995, s. 151.

istisnasını teşkil eden 38. madde 1. fıkrasına uyumlu olarak kabûl etmektedir.⁹⁶ Bu konuda en önemli otoritelerden biri olan *Alexander*'ın bu konudaki ayrıntılı çalışmasında, Piambioni Boğazına, Messina istisnası listesinde yer vermediği gözlenmektedir.⁹⁷ *Alexander*'in neden bu boğaz alanını ilgili listede göstermediğine dair bir açıklamaya da rastlanmamıştır. Öte yandan, incelendiği üzere Korsika Kanalı'nın en dar yerinde 27 deniz mili genişliği haiz olduğu belirtilmektedir.⁹⁸ Dolayısıyla, boğazın en dar yerinde dahi üç deniz millik bir açık deniz veya münhasır ekonomik bölge alanı bulunmaktadır. Normal koşullarda, eğer bu alanda seyrüsefersel veya hidrografik herhangi bir engel yoksa⁹⁹, Piambioni için de m. 38/1 niteliğinde boğaz olduğu iddiası gündeme getirilebilir. Bununla birlikte, *Ronzitti*, açık bir biçimde Toskana Adaları için kullanılan esas hat sisteminin Korsika Kanalı'nda genişliği 24 deniz mili altına düşürdüğünü ifade etmektedir.¹⁰⁰ Bu durum da, *Scovazzi*'nin açıklamalarında vücut bulduğu üzere Piambioni Boğazını m. 38/1 kapsamından çıkartmaktadır. Böylelikle, Piambioni Boğazında 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 8/2 uyarınca zararsız geçiş hakkı olduğu mütalâa edilebilecektir.¹⁰¹

Korsika Boğazı, yukarıda değinilen *Scovazzi*'nin ve *Ronzitti*'nin açıklamalarından da gözlendiği üzere, 24 deniz milinden daha az bir genişliğe sahip olması söz konusu olduğu için ve ilgili bu boğaz iki açık deniz veya münhasır ekonomik bölge alanını birbirine bağlayan uluslararası trafikte kullanılan bir boğaz olduğu için 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi dâhilinde transit geçiş rejiminin uygulandığı bir boğaz alanıdır. Öte yandan, Uluslararası Denizcilik

⁹⁶ Bkz. LÓPEZ MARTÍN, s. 95 ve 203.

⁹⁷ Bkz. ALEXANDER, 1986, s. 206-207. *Alexander*'in doğrudan konuya ilişkin ilk esere yakın tarihli bir makalesinde de, aynı şekilde, Piambioni Boğazına ilgili listede yer vermediği gözlenmektedir. Bkz. ALEXANDER L.M., Exceptions to the Transit Passage Regime: Straits with Routes of "Similiar Convenience", *Ocean Development & International Law*, vol. 18/4, 1987, s. 487-489.

⁹⁸ Bkz. LÓPEZ MARTÍN, s. 85. Öte yandan, *Alexander*'in, herhangi spesifik bir genişliğe yer vermeden anılan bu boğazı 24 deniz milinden geniş boğazlar listesine dâhil ettiği de unutulmamalıdır. Bkz. ALEXANDER, 1986, s. 203.

⁹⁹ Bu yönlü seyrüsefersel ve/veya hidrografik engellere dair genel bir açıklama için bkz. LANGDON J.B.R.L., The Extent of Transit Passage: Some Practical Anamolies, *Marine Policy*, vol. 14/2, 1990, s. 130-136, özellikle s. 131-132.

¹⁰⁰ Bkz. RONZITTI N., Law of the Sea Aspects and Legal Policies of Naval Arms Control in the Mediterranean, *International Spectator*, vol. 28/4, 1993, s. 46 ve 72.

¹⁰¹ *Scovazzi* de bu görüşü paylaşmaktadır. Bkz. SCOVAZZI, 1995, s. 151.

Örgütünün Deniz Güvenliği Komitesinin 11 ilâ 20 Mayıs 2016 tarihleri arasında gerçekleştirilen 96. Oturumunda Korsika Boğazına ilişkin yeni trafik ayırım şemaları kabûl edilmiştir.¹⁰²

İtalya'nın çevresindeki boğazlardan Otranto, Sicilya ve Malta Boğazları 24 deniz milinden daha geniş boğazlar konumundadır.¹⁰³ Bu çerçevede, ortalarında gemilerin serbestçe seyrüsefer gerçekleştirebileceği açık deniz veya en azından münhasır ekonomik bölge alanı bulunmaktadır. Tespit edilebildiği kadarıyla, bu boğazların ortasındaki bu açık deniz veya münhasır ekonomik bölge alanlarında seyrüseferi engelleyebilecek bir oluşum veya hidrografik bir özellik de bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, bu boğazlardan açık denizlerdeki serbest geçiş rejimi devam ettirilecektir. Hatırlanacağı üzere, III. Deniz Hukuku Konferansı öncesindeki görüşmelerde İtalyan Delegesi 19 Temmuz ilâ 27 Ağustos 1971 tarihleri arasında süre gelen Deniz Yatağı Komitesinde gerçekleştirdiği konuşmada 24 deniz mili genişliğini aşkın boğazlardaki serbest geçiş hakkının her türlü sınırlandırmadan muaf olması gerektiğini ve 12 deniz mili sınırın ötesindeki tüm deniz alanlarında olduğu gibi o boğazlarda da uluslararası kamuoyunun her zaman serbest denizlerin varlığını tanıması gerektiğini belirtmiştir. Nitekim, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi m. 36'da şu şekilde bir düzenleme mevcuttur: “*Bu kısım hükümleri, seyrüsefer veya hidrografik özellikler bakımından geçilebilecek eşit uygunlukta bir açık deniz yolunun veya münhasır ekonomik bölge yolunun bulunduğu durumlarda, uluslararası seyrüsefer amacıyla kullanılan boğazlar hakkında uygulanmaz; ...*”. Maddenin devamında bu tür boğazlara başta açık deniz hükümleri olmak üzere Sözleşmenin diğer ilgili kısım hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. *Vukas* ise, taslak maddelerde bu şekilde bir hükmün bulunmadığını, bu şekilde bir hükmün getirilmesini uluslararası deniz ticaret trafiği bu nitelikteki bir boğazdan geçişe bağlı olan Yugoslavya tarafından ısrarla talep edildiğini ve taslağa eklendiğini; amacının ise, bu tür boğazlarda, hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde, gerek transit geçiş rejiminin, gerek askıya alınamayan zararsız geçiş rejiminin uygulanmaması olduğunu

¹⁰² Bkz. “Maritime Safety Committee (MSC), 96th Session, 11-20 May”, May 25 2016 via www.imo.org/en/MediaCentre/MeetingSummaries/MSC/Pages/MSC-96th-session.aspx (ziyaret tarihi: 25/08/16).

¹⁰³ Hattâ, *Ronzitti*, aşırı genişliklerinden dolayı Sicilya ve Otranto Boğazlarını hukukî boğaz olmadıkları yönünde literatüre geçirmiştir. Bkz. RONZITTI, 1993, s. 46.

vurgulamıştır.¹⁰⁴ Nitekim, Yugoslavya'nın bu çabası, III. Deniz Hukuku Konferansının III. Bölüme ilişkin tutanaklarından da kolaylıkla takip edilebilmektedir.¹⁰⁵

Son olarak, İtalya'nın sadece bir kıyısına sahip olduğu boğazlardaki, diğer kıyıdaş devletle İtalya arasındaki sınırlandırmalara da değinilebilir. İtalya'nın, başka devletlerle birlikte kıyıdaşı olduğu dört boğazdan üçünü kapsayan sınırlandırma antlaşmaları yaptığı gözlenmektedir. Bunlar sırasıyla, Tunus-İtalya (1971)¹⁰⁶, Fransa-İtalya (1986)¹⁰⁷ ve Arnavutluk-İtalya (1992)¹⁰⁸ antlaşmalarıdır. Tunus ve Arnavutluk'la kıta sahanlığı sınırlandırılması söz konusuyken¹⁰⁹, Fransa ile adı geçen antlaşmada iki devletin adaları arasında konumlanan Bonifacio Boğazında karasuları sınırlandırılması¹¹⁰ gerçekleştirilmiştir.

¹⁰⁴ Bkz. VUKAS B., *The New Law of the Sea and Navigation: A View from the Mediterranean*, in *Law of the Sea: Selected Writings*, edited by Vukas, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2004, s. 146-147.

¹⁰⁵ Bkz. "Straits ...", vol. II, s. 107, 114-115, 117, 118, 132 ve 153.

¹⁰⁶ 20 Ağustos 1971 tarihinde akdedilen ve 6 Aralık 1978 tarihinde yürürlüğe giren "İki Ülke Arasındaki Kıta Sahanlığının Sınırlandırılmasına İlişkin Tunus Cumhuriyeti Hükûmeti ile İtalyan Cumhuriyeti Hükûmeti Arasındaki Anlaşma". Bu anlaşmanın metni için bkz. CHARNEY J.I. & ALEXANDER L.M. (eds.), *International Maritime Boundaries*, vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1996, s. 1621-1625.

¹⁰⁷ 28 Kasım 1986 tarihinde imzalanarak 15 Mayıs 1989 tarihinde yürürlüğe giren "Bonifacio Boğazı Alanında Deniz Sınırlarının Sınırlandırılmasına Dair Fransız Cumhuriyeti Hükûmeti ile İtalyan Cumhuriyeti Hükûmeti Arasındaki Anlaşma". Bu anlaşmanın metni için bkz. CHARNEY & ALEXANDER, s. 1578-1580.

¹⁰⁸ "İki Ülkenin Her Birinin Kıta Sahanlığının Belirlenmesi İçin Arnavutluk ve İtalya Arasındaki Anlaşma". İlgili bu anlaşmanın metni için bkz. [viahttp://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIE_S/ALB-ITA1992CS.pdf](http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIE_S/ALB-ITA1992CS.pdf) (ziyaret tarihi: 15/08/16).

¹⁰⁹ Tunus ile gerçekleştirilen sınırlandırmada iki ülke arasında eşit mesafe hattının kullanıldığı gözlenmektedir. Bu anlaşmaya dair daha ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AHNISH, s. 301-307; ARANGIO-RUIZ G., *The Italian Shelf Delimitation. Agreements and the General Law on Shelf Delimitation*, in *Il regimo giuridico internazionale del mare Mediterraneo*, edited by Leanza, Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, 33-57.; SCOVAZZI T. & FRANCALANCI G., *Italy-Tunisia*, in *International Maritime Boundaries*, vol. II, edited by Charney & Alexander, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1996, s. 1611-1619; TREVES, 1997, s. 354-355. Öte yandan, Arnavutluk ile 1992 yılında gerçekleştirilen anlaşmada düzeltilmiş orta hat tercih edilmiştir. Bkz. TREVES, 1997, s. 356.

¹¹⁰ Bu sınırlandırmada açık olarak bir sınırlandırma metodu belirlenmemiş olsa da, sınır oluşturan hattın düzeltilmiş orta hat olduğu mütalâa edilmektedir. Bu anlaşmaya dair ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. AHNISH, s. 287-288; SCOVAZZI T. & FRANCALANCI G., *France-Italy*, in *International Maritime Boundaries*, vol. II, edited

Malta ile ise, bu devletin İtalya'nın Sicilya ve İtalyan anakarasında sınırlandırma alanlarına denk gelen kıyılardaki bazı esas hatları kabûl etmeyeceğini açıklaması sonrasında bir sınırlandırmaya, en azından henüz, gidilememiştir.

Sonuç

Akdeniz'in ortasındaki konumu ve çalışmanın içeriğini de teşkil eden yedi boğazıyla önemli bir boğaz devleti durumundaki İtalya'nın, her ne kadar kıyısının olduğu bu boğazlara ilişkin jeopolitik konumu ve bu bağlamda coğrafi nitelikleri itibarıyla sorun yaşamayacağı düşünülebilecekse de, gerek III. Deniz Hukuku Konferansındaki tutumu ve önerilerinin, gerek 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi çerçevesindeki uygulamalarının değerlendirilmesinin kuşkusuz yine de önemi yadsınamayacaktır. Bu çerçevede, yapılan incelemede görüldüğü üzere, İtalya'nın III. Deniz Hukuku Konferansında aktif ve etkin bir rol oynayarak uluslararası seyrüseferde kullanılan boğazlara dair birtakım düzenlemelere yön verdiği gözlenmektedir. Özellikle, kendi stratejik çıkarları doğrultusunda kabûl ettirdiği Messina istisnası (m. 38/1) bu durumun en temel örneğini oluşturmaktadır.

1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinin uygulanmasına gelindiğinde, İtalya'nın genel olarak ilgili hükümlere uygun davrandığı gözlenirse de, bazı istisnaî durumlarda aykırılıkların ve ayrıklıkların yaşandığı ve hattâ bunun üzerine diğer devletlerin protestolarıyla karşılaştığı da bir gerçektir. Bunun haricinde, İtalya, 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi III. Bölüm çerçevesindeki uygulamaları "zaruret hâli" gibi genel uluslararası hukuk ilkelerine dayanarak¹¹¹ ve uluslararası gelişmelere de uygun olarak kendi lehine daha da olumlu hâle getirmeyi de bilmiştir.

Kısaca, boğazlara ilişkin çok akılcı ve etkin bir yol izleyen İtalya, III. Deniz Hukuku Konferansı sonunda kabûl edilen 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesinde konuya ilişkin olarak kendi çıkarları doğrultusunda düzenlemeleri kabûl ettirtebilmesinin yanı sıra, sonrasında gerektiğinde bu kuralları yine kendi lehine başarılı bir biçimde esnetebilmiş de görünmektedir.

by Charney & Alexander, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1996, s. 1571-1576; TREVES, 1997, s. 353.

¹¹¹ "Zaruret hâli"ni İtalyan Devleti değil, İtalyan hukukçular öne sürmektedir.

Bibliografya

Aslı Kaynaklar

- 1958 tarihli Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi.
1958 tarihli Cenevre Kıta Sahanelığı Sözleşmesi.
1958 tarihli Cenevre Açık Denizler Sözleşmesi.
1958 tarihli Cenevre Balıkçılık ve Açık Denizlerdeki Canlı Kaynakların Korunması Sözleşmesi.
1971 tarihli İki Ülke Arasındaki Kıta Sahanelığının Sınırlandırılmasına İlişkin Tunus Cumhuriyeti Hükümeti ile İtalyan Cumhuriyeti Hükümeti Arasındaki Anlaşma.
1974 tarihli 1942 tarihli Seyrüsefer Kanuna Değişiklik Getiren 359 sayılı Kanun
1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi.
1986 tarihli Bonifacio Boğazı Alanında Deniz Sınırlarının Sınırlandırılmasına Dair Fransız Cumhuriyeti Hükümeti ile İtalyan Cumhuriyeti Hükümeti Arasındaki Anlaşma.
1992 tarihli İki Ülkenin Her Birinin Kıta Sahanelığının Belirlenmesi İçin Arnavutluk ve İtalya Arasındaki Anlaşma.
1993 tarihli Deniz Ticaret Bakanlığı Karamânesi.
1993 tarihli Fransız Karamânesi.
1993 tarihli Uluslararası Denizcilik Örgütü A 766(18) sayılı Kararı.
2006 tarihli Ekolojik Koruma Bölgesi Oluşturulmasına Yönelik Kanun.
2011 tarihli Ekolojik Koruma Bölgesine Yönelik Başkanlık Karamânesi.

Talı Kaynaklar: Kitap ve Makaleler

- ABBADI A.K., Security and Cooperation in the Mediterranean Basin, *Ocean Development & International Law*, vol. 14/4, 1984, s. 55-78.
AHNISH F.A., The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean Sea, Oxford University Press, Oxford, 1993.
ALEXANDER L.M., Regionalism and the Law of the Sea: The Case of Semi Enclosed Seas, *Ocean Development & International Law*, vol. 2/2, 1974, s. 151-186.
ALEXANDER L.M., Navigational Restrictions within the New LOS Convention: Geographical Implications for the United States, Offshore Consultants Inc., Rhode Island, 1986.
ALEXANDER L.M., Exceptions to the Transit Passage Regime: Straits with Routes of "Similar Convenience", *Ocean Development & International Law*, vol. 18/4, 1987, s. 479-491.
ARANGIO-RUIZ G., The Italian Shelf Delimitation. Agreements and the General Law on Shelf Delimitation, in *Il regimo giuridico internazionale del mare Mediterraneo*, edited by Leanza, Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, 33-57.
BLAKE G.H., Mediterranean Micro-Territorial Disputes and Maritime Boundary Delimitation, in *Il regimo giuridico internazionale del mare Mediterraneo*, edited by Leanza, Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, s. 111-117.

- BOCZEK B.A., *The A to Z of International Law*, Lanham, 2010.
- BORDUNOV V.D., The Right of Transit Passage under the 1982 Convention, *Marine Policy*, vol. 12/3, 1988, s. 219-230.
- BRÜEL E., *International Straits-A Treatise on International Law: The General Legal Position of International Straits*, NYT Nordisk Forlag/Sweet & Maxwell Ltd., Copenhagen, 1947.
- CAMINOS H. & COGLIATI-BANTZ V.P., *The Legal Regime of the Straits: Contemporary Challenges and Solutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- CAMINOS H. & MOLTOR M.R., Progressive Development of International Law and the Package Deal, *American Journal of International Law*, vol. 79/4, 1985, s. 871-890.
- CHARNEY J.I. & ALEXANDER L.M. (eds.), *International Maritime Boundaries*, vol. II, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1996.
- ÇAMYAMAÇ A., *Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Açından Elverişsiz Devletlerin Hukukî Durumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- DURANTE F., Italy, in *New Directions in the Law of the Sea: Collected Papers*, vol. III, edited by Churchill & Simmonds & Welch, Oceana Publications Inc., London, 1973, s. 266-270.
- EVENSEN J., The Working Methods and Procedures in the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, *Recueil des cours*, vol. 199, 1986-IV, 1986, s. 415-520.
- FENN P.T.Jr., Origins of the Theory of Territorial Waters, *American Journal of International Law*, vol. 20/3, 1926, s. 465-482.
- FÜBER K. & LAU M. & NASTASI G., Bridge over the Straits of Messina, *Journal for European Environmental & Planning Law*, vol. 7/3, 2010, s. 245-266.
- GESTRI M., The Legal Regime of Navigation through the Strait of Messina, *Marine Pollution Bulletin*, vol. 19/8, 1988, s. 354-355.
- GHOSH S., Superpower Co-Operation and Transit Passage through Straits, *Economic & Political Weekly*, vol. 20/18, 1985, s. 807-811.
- GIOIA A., Gulf of Aqaba, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 08/10/10).
- GIULIANO M., The Regime of Straits in General International Law, *Italian Yearbook of International Law*, vol. 1, 1975, s. 16-26.
- GRBEC M., *Extension of Coastal State Jurisdiction in Enclosed and Semi-Enclosed Seas: A Mediterranean and Adriatic Perspective*, Routledge, Oxon, 2014.
- HAQUE E. & HASSAN D., Maritime Boundary Delimitation: A Normative Standard?—Part I: Historical Development of the Legal Regime, *Environmental Policy & Law*, vol. 44/5, 2014, s. 433-450.
- JIA B.B., *The Regime of Straits in International Law*, Oxford University Press, New York, 1998.
- KENNEDY R.H., A Brief Geographical and Hydrographical Study of Straits Which Constitute Routes for International Traffic, *United Nations Conference on the Law of the Sea-Official Documents vol. I: Preparatory Documents*, Document A/CONF.13/6 and Add. 1, Geneva, 1958, s. 114-164.

- LANGDON J.B.R.L., The Extent of Transit Passage: Some Practical Anamolies, *Marine Policy*, vol. 14/2, 1990, s. 130-136.
- “*Limits of Oceans and Seas*”, 3rd edition, International Hydrographic Organization Special Publication no: 28, Monte Carlo, 1953.
- LÓPEZ MARTÍN A.G., International Straits: Concept, Classification and Rules of Passage, Springer, Heidelberg, 2010.
- MAHMOUDI S., Transit Passage, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, on-line edition, edited by Wolfrum, 2010 via www.mpepil.com (ziyaret tarihi: 04/10/10).
- MOLENAAR J., Navigational Rights and Freedoms in a European Regional Context, in *Navigational Rights and Freedoms and the New Law of the Sea*, edited by Rothwell & Bateman, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2000, s. 22-46.
- NANDAN S.N. & ANDERSON D.H., Straits Used for International Navigation: A Commentary on Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, *British Yearbook of International Law*, vol. 60, 1989, s. 159-204.
- ÖZBEK D., Article 35(c) Straits of the UN Law of the Sea Convention, in *Navigating Straits: Challenges for International Law*, edited by Caron & Oral, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, s. 190-198.
- ÖZMAN A., Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- PELLET A., The British Sovereign Base Areas, *Cyprus Yearbook of International Law*, 2012, s. 57-72.
- PHARAND D., International Straits, *Thesaurus Acroasium*, vol. 7, 1977, s. 59-100.
- QUÉGUINER J., The Mediterranean as a Maritime Trade Route, *Ocean Management*, vol. 3/2, 1978, s. 179-189.
- REISMAN W.M., The Regime of Straits and National Security: An Appraisal of International Lawmaking, *American Journal of International Law*, vol. 74/1, 1980, s. 48-76.
- ROACH J.A. & SMITH R.W., Excessive Maritime Claims, 3rd edition, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2014.
- RONZITTI N., Is the Gulf of Taranto an Historic Bay?, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, vol. 11/2&3, 1984, s. 275-296.
- RONZITTI N., New Criticism on the Gulf of Taranto Closing Line: A Restatement of a Different View, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, vol. 12/3, 1986, s. 465-472.
- RONZITTI N., Law of the Sea Aspects and Legal Policies of Naval Arms Control in the Mediterranean, *International Spectator*, vol. 28/4, 1993, s. 39-72.
- “*Sailing Directions (En Route)-Western Mediterranean*”, publication no: 131, 16th edition, Virginia, 2014
http://msi.nga.mil/MSISiteContent/StaticFiles/NAV_PUBS/SD/Pub131/Pub131bk.pdf (ziyaret tarihi: 01/09/16).
- SANGER C., Ordering the Oceans: The Making of the Law of the Sea, University of Toronto Press, Avon, 1987.
- SANTACROCE R. & CRISTOFOLINI R. & La VOLPE L. & ORSI G. & ROSI M., Italian Active Volcanoes, *Episodes*, vol. 26/3, 2003.

- SCOVAZZI T., Implications of the New Law of the Sea for the Mediterranean, *Marine Policy*, vol. 5/4, 1981, s. 302-312.
- SCOVAZZI T., International Law of the Sea as Applied to the Mediterranean, *Ocean & Coastal Management*, vol. 24/1, 1994, s. 71-81.
- SCOVAZZI T., Management Regime and Responsibility for International Straits with Special Reference to the Mediterranean Straits, *Marine Policy*, vol. 19/2, 1995, s. 137-152.
- SCOVAZZI T., The Strait of Messina and the Present Regime of International Straits, in *Navigating Straits: Challenges for International Law*, edited by Caron & Oral, Brill Nijhoff, Leiden, 2014, s. 138-150.
- SCOVAZZI T. & FRANCALANCI G., France-Italy, in *International Maritime Boundaries*, vol. II, edited by Charney & Alexander, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1996, s. 1571-1576.
- SCOVAZZI T. & FRANCALANCI G., Italy-Tunisia, in *International Maritime Boundaries*, vol. II, edited by Charney & Alexander, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1996, s. 1611-1619.
- SELAK C.B.Jr., A Consideration of the Legal Status of the Gulf of Aqaba, *American Journal of International Law*, vol. 52/4, 1958, s. 660-698.
- SERŠIĆ M., The Adriatic Sea: Semi-Enclosed Sea in a Semi-Enclosed Sea, in *La Méditerranée et le droit de la mer à l'aube du 21e siècle/The Mediterranean and the Law of the Sea at the Dawn of the 21st Century*, edited by Cataldi, Bruylant, Bruxelles, 2002, s. 329-347.
- SHARMA O.P., The International Law of the Sea: India and the UN Convention of 1982, Oxford University Press, New Delhi, 2009.
- “Straits Used for International Navigation-Legislative History of Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea”, volume I, United Nations: Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea, New York, 1992.
- “Straits Used for International Navigation-Legislative History of Part III of the United Nations Convention on the Law of the Sea”, volume II, United Nations: Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, New York, 1992.
- SPADI F., The Bridge on the Straits of Messina: “Lowering” the Right of Innocent Passage?, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 50/2, 2001, s. 411-419.
- SWARZTRAUBER S.A., The Three-Mile Limit of Territorial Sea, Naval Institute Press, Annapolis, 1972.
- TREVES T., Transit Passage and Protection of the Environment in the Strait of Bonifacio, in *A Law for the Environment: Essays in Honour of Wolfgang E. Burhenne*, edited by Kiss & Burhenne-Guilmin, IUCN: The World Conservation Union, Norwich, 1994, s. 121-129.
- TREVES T., Italy and the Law of the Sea, in *The Law of the Sea: The European Union and Its Member States*, edited by Treves & Pineschi, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1997, s. 327-363.
- TREVES T. & PAPANICOLOPULU I., The Law Applicable on the Continental Shelf and in the Exclusive Economic Zone: The Italian Perspective, *Ocean Yearbook*, vol. 25, 2011, s. 347-356.
- TRUVER S.C., The Strait of Gibraltar and the Mediterranean, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1980.

- VIO I., The Strait of Otranto, in *The Proceedings of the Symposium on the Straits Used for International Navigation*, edited by Öztürk & Özkan, Ofis Matbaası, İstanbul, 2002, s. 62-71.
- VUKAS B., The New Law of the Sea and Navigation: A View from the Mediterranean, in *Law of the Sea: Selected Writings*, edited by Vukas, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s. 133-154.
- WESTERMAN G., The Juridical Status of the Gulf of Taranto: A Brief Reply, *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, vol. 11/2&3, 1984, s. 297-309.
- ZEIDAN A.L., The Emergence of the Gulf of Aqaba Problem, *Revue égyptienne de droit international*, vol. 35, 1979, s. 1-65.

**ACENTENİN DENKLEŞTİRME TALEP HAKKINA İLİŞKİN
TTK m.122’NİN,
MARKA LİSANSI ALANA UYGULANIP
UYGULANAMAYACAĞI**

**Applicability of the Article Related to Commercial Agents' Right
to Claim Equalization, Namely the Article 122 of The Turkish
Commercial Code to Trade Mark Licences**

Emre KALENDER*

ÖZET

6762 sayılı TTK döneminde, acentenin denkleştirme talep hakkına ilişkin pozitif bir düzenleme mevcut değildir. Ancak acentenin denkleştirme talep hakkı, doktrinde ve yargı içtihatlarında tartışılmış; müşteri portföyü, müşteri akçesi, portföy tazminatı gibi isimlerle anılarak, kabul görmüştür. Acentenin denkleştirme talep hakkına ilişkin hüküm, hukukumuzda 6102 sayılı TTK m.122 ile birlikte girmiştir.

Denkleştirme talep hakkının, benzer ilişkiler bakımından uygulanıp uygulanamayacağı 6762 sayılı TTK döneminde tartışılmıştır. Bu tartışmalar özellikle franchise alanın bu hakka sahip olup olmadığı üzerinde yoğunlaşmıştır. 6102 sayılı TTK ile birlikte, acente bakımından öngörülen denkleştirme talep hakkının, TTK m.122/5’Te, hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkileri bakımından da uygulanabilirliği açıkça düzenlenmiştir. Hükümde ifade edilen “*benzeri tekel hakkı veren sözleşmeler*” ifadesinin kapsamına, ne gibi sözleşme ilişkilerinin girdiği, doktrin ve yargı kararları ile somutlaşacaktır. Bu sebeple marka lisans sözleşmesinde, lisans alanın denkleştirme talep hakkından yararlanıp yararlanamayacağı, yararlanabileceksen koşulların ne olduğu hususları incelenmelidir.

Acente bakımından öngörülen denkleştirme talep hakkından, marka lisansı alan da yararlanabilmelidir. Ancak TTK m.122’de gösterilen koşulların gerçekleşmesi gerektiği şüphesizdir. Buna göre, marka lisans sözleşmesi, denkleştirme talebini doğuracak şekilde sona ermeli; lisans veren, lisans alan tarafından kazandırılan müşterilerden, sözleşmenin sona etmesinden sonra da menfaat sağlamalı; lisans alan kayba uğramalı ve lisans alana, denkleştirme ödemesi yapılması hakkaniyete uygun olmalıdır.

Yukarıda gösterilen koşullara ilâve olarak, TTK m.122/5’te düzenlenen “*hakkaniyete aykırı olmama*”, “*sözleşmenin tekel hakkı vermesi*” ve “*sürekli bir sözleşme ilişkisinin*” bulunması gerekir. Burada ifade edilen hakkaniyet aykırı olmama ifadesinden; marka lisansı alanın denkleştirme talep hakkının bulunması için acenteye benzer nitelikte olması, lisans verenin dağıtım ağına dâhil olması ve lisans sözleşmesinin bitiminde müşterilerin devrinin öngörülmüş olması anlaşılmalıdır.

Anahtar kelimeler: Marka lisansı, denkleştirme talep hakkı, acente.

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, Arş. Gör. Dr. (avemrekalender@gmail.com).

ABSTRACT

In the period of the Turkish Commercial Code No. 6762, there is no positive regulation in relation to commercial agents' right to claim equalization. However, commercial agents' right to claim equalization was discussed in the doctrinal views and in the jurisprudences, and it is called under the names such as customer portfolio, goodwill indemnity and portfolio compensation, and thereby it gained recognition. The provision related to commercial agents' right to claim equalization was incorporated into our positive law, with the Article 122 of the Turkish Commercial Code No. 6102.

The matter "whether or not the right to claim equalization shall apply with regard to similar relationships" was discussed in the period of the Turkish Commercial Code No. 6762. These discussions centered particularly on whether or not franchisees have this right. With the Turkish Commercial Code No. 6102, namely in the Article 122/5 of the Turkish Commercial Code No 6102, it is expressly regulated that the right to claim equalization, provided for with regard to commercial agents, is also applicable with regard to exclusive distribution and similar permanent contractual relationships providing monopoly rights, unless this is contrary to equity. The matter of what kind of contractual relationships are included in the scope of the wording "*similar relationships providing monopoly rights*", as contained in the provision, will become concrete under doctrinal views and judicial decisions. Therefore, the matter "whether or not the licensee may enjoy the right to claim equalization under a mark license agreement" and if such licensee may enjoy this right, the matter "subject to what conditions, the licensee may exercise this right" should be analyzed.

Mark licensees should also be able to enjoy the right to claim equalization, which is provided for with regard to commercial agents. However, there is no doubt that the conditions indicated in the Article 122 of the Turkish Commercial Code should take place. Accordingly, a mark license agreement should terminate/expire in such a way as to create equalization claim; the licensor should, also after termination/expiration of the agreement, derive benefits from the customers that the licensee has brought; the licensee should incur losses and payment of the equalization compensation to the licensee should be equitable.

In addition to the conditions indicated above, the conditions "*not being contrary to equity*", "*provision of monopoly right by the agreement*" and "*a permanent contractual relationship*" are required according to the Article 122/5 of the Turkish Commercial Code. What should be meant by the wording "not being contrary to equity", as contained in this provision, is that, in order for a mark licensee to have the right to claim equalization, it is of similar nature to commercial agent, is included in the distribution network of the licensor and transfer of the customers is provided for at the termination/expiry of the license agreement.

Keywords: Trademark license, right to claim equalization, agent.

1. GİRİŞ

Lisans sözleşmesi yoluyla bir markanın kullanımı, oldukça yaygın bir pazarlama anlayışıdır. Böylece bir fikri mülkiyet hakkı olan marka, ticarileştirilerek¹, ekonomik bir kazanç ve büyüme elde edilmek için

¹ Bir fikri mülkiyet hakkının ticarileştirilmesinde çok çeşitli araçlar söz konusu olabilmektedir. Örneğin, lisanslama, franchising, malzeme transfer anlaşmaları ve spin-

piyasaya sunulur. Bu ticarileştirme sürecinde, marka lisansının verilme usulleri çeşitli şekillerde görülür². Marka, tek veya birden fazla kişiye, mal ve hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için de lisans yoluyla kullandırılabilir. Lisans veren marka sahipleri, genellikle kendileri de markaları altında üretim yapar. Fakat bizzat üretici olmayıp, sadece marka lisansı verilmesi ve yönetimine odaklanması da mümkündür. Meselâ, tekstil sektöründe, bazı marka sahiplerinin, lisans verilmiş markayı taşıyan ürünleri üreten, birbirinden farklı şirketlerle yapılmış olan lisans sözleşmeleri ağını yönettiklerine rastlanmaktadır³. Böyle durumlarda lisans veren asıl olarak moda tasarımı yapmakta; lisans alan şirketler, ürettikleri ürünleri pazarlamakta; böylelikle bir “*stratejik marka lisansı yönetimi*” gerçekleşmektedir⁴.

Birçok hukukî ilişkide olduğu gibi, marka lisansının ifade ettiğimiz görünüm şekilleri içinde de, lisans alan ile lisans veren arasında çeşitli problemlerin ortaya çıkması muhtemeldir. Özellikle, pozitif hukukumuza 6102 sayılı TTK ile giren acentenin denkleştirme talep hakkının, TTK m.122/5 uyarınca, marka lisans sözleşmesinin sona ermesi durumunda lisans alan bakımından uygulanıp uygulanmayacağı sorusu tartışılmalıdır. Benzer tartışmalar acentenin denkleştirme talep hakkının düzenlendiği mehz Alman Ticaret Kanunu'nun 89b paragrafının, marka lisansı alana uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yapılmıştır⁵. Hatta sorun mahkeme kararlarına konu olmuştur⁶.

Alman hukukundan farklı olarak, denkleştirme talep hakkının, tek satıcılık ile benzeri sürekli sözleşmelere doğrudan uygulanmasını öngören

off şirketler kurmak bunlardan bazılarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. European IPR Helpdesk, Fikri Mülkiyetin Ticarileştirilmesi: Lisans Anlaşmaları, http://www.aia-istanbul.org/files/ipr_helpdesk/licence_agreements-tr.pdf (erişim tarihi: 12.08.2016).

² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Çağlar: Marka Lisansı Sözleşmesi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 46 vd.

³ MARTINEK, Michael/WIMMER-LEONHARDT, Susanne: Steht auch dem Markenlizenznehmer der vertriebsrechtliche Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB zu?, Wettbewerb in Recht und Praxis 2/2006, s. 205.

⁴ MARTINEK/ WIMMER-LEONHARDT, s. 205.

⁵ Marka lisansı alanın denkleştirme talep hakkının bulunmadığı yönünde görüş için bkz. MARTINEK/ WIMMER-LEONHARDT, s. 204 vd; Marka lisansı alanın denkleştirme talep hakkının olduğu yönünde görüş için bkz. EMDE, Raimond: Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB für Markenlizenznehmer? Wettbewerb in Recht und Praxis 2003, s. 468-477.

⁶ BGH Urteil vom 29. April 2010- I ZR 3/09; Marka lisans alanın denkleştirme talep hakkının bulunmadığına ilişkin karar için bkz. Oberlandesgericht Hamburg Urteil v. 27.11.2008 – Az.: 3 U 146/06.

TTK m.122/5 karşısında, konunun Türk hukuku bakımından önemi bir kez daha görülecektir. Çalışmamızda, TTK m.122'nin marka lisans sözleşmelerine uygulanabilirliği incelenecek, hükmün bu sözleşmelere de uygulanması söz konusu ise, bunun koşulları üzerinde durulacaktır.

2. DENKLEŞTİRME TALEP HAKKININ MARKA LİSANSI ALANA UYGULANABİLİRLİĞİ

Lisans, Latince “*licet*” teriminden türemiş ve “izinli”, “müsaade edilmiş” anlamına gelen bir sözcüktür⁷. Fikrî mülkiyet hukuku bakımından, lisans verilmesi, bir fikrî mülkiyet hakkının kullanımına, belirli bir süre için ücret karşılığı izin verilmesi olarak anlaşılır⁸. Marka lisansı sözleşmesi ise, marka sahibinin (*lisans veren*), markayı kullanma hakkını, başka bir kişiye (*lisans alan*), bedel karşılığında verdiği sözleşmedir. Bu sözleşmeyle birlikte, marka sahibi, mutlak olarak korunan ve kendisine ait marka hakkını, belirli bir lisans bedeli karşılığında lisans alanın kullanmasına izin vermektedir⁹.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu m.24'te marka lisansı ile ilgili olarak bazı düzenlemeler yapılmıştır. Fakat bu düzenlemelerde, lisans kavramı ve lisans sözleşmesi tanımlanmamış, bunların hukukî niteliğini belirleyen hükümler öngörülmemiştir. Gerçekten de, lisans sözleşmesi, hukukumuzda kapsamlı bir şekilde düzenlenmemiş, bilâkis lisansa ilişkin bazı kuralların öngörülmesiyle yetinilmiştir¹⁰. Bu sebeple, lisans sözleşmelerinin hukukî niteliği konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır¹¹. Bugün için hâkim olan görüşe göre, lisans sözleşmeleri,

⁷ ÖZEL, s. 42; ORTAN, Ali Necip: Patent Lisansı Sözleşmesi, 1. Bası, Doğan Basımevi, Ankara 1979, s. 36.

⁸ ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2014, s. 295; YASAMAN, Hamdi: Marka Hukuku, C.2, 2. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul 2004, s. 734 vd; ÖZEL, s. 42; ORTAN, s. 36.

⁹ ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, C.2, 1. Bası, AÜHF Yayınları, Ankara 1998, s. 190 vd; TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul 2012, s. 467 vd.

¹⁰ TEKİNALP, s. 468; ÖZEL, s. 112; Benzer durum Alman hukukunda da söz konusudur. MarkenG §30'daki düzenleme yetersizdir. Sözleşmenin içeriği, önemli ölçüde tarafların kararlaştırmasına bağlıdır. Hüküm sözleşmenin tanımını ve her şeyi sonuçlandıracak bir düzenlemeyi içermemektedir. Bu hüküm, sadece ve özel olarak lisans veren ile alan arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Emde, 2003, s. 468 vd.

¹¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 110 vd.

isimsiz sözleşmeler kategorisine dâhil, her iki tarafa da borç yükleyen, kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir sözleşmedir¹².

Lisans sözleşmesinin, isimsiz sözleşmeler içinde yer alan kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilmesinin sonucu olarak, somut bir uyuşmazlıkta hangi hükümlerin uygulanması gerektiği problemiyle karşılaşılır. Zira bir sözleşme ilişkisi, kanunda öngörülen sözleşme tiplerine girmiyorsa, uygulanacak kuralların ne olacağı problemi ortaya çıkar¹³. Bu hâlde, öncelikle, tarafların uyuşmazlığı çözecek bir hüküm kabul edip etmediklerine bakılmalıdır. Böyle bir kural söz konusu değilse, kendine özgü yapısı olan sözleşmelere, nitelikleri izin verdiği oranda, benzedikleri sözleşme tiplerine ilişkin kanun hükümleri uygulanır¹⁴. Kanunda öngörülen sözleşmelerin hangi hükümlerinin lisans sözleşmesine uygulanabilir olduğu belirlenirken, bu tür sözleşmelerle olan benzerlikler ve ayrılıklar dikkate alınmalıdır. Meselâ marka lisans sözleşmesinden, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda düzenlenen hususlar dışında kalan bir uyuşmazlıkta, ürün kirasına, satıma ve ortaklık sözleşmesine ait hükümler uygulanabilecektir¹⁵.

Hâl böyle olunca, marka lisans sözleşmesine acenteliğe benzediği oranda, acentelik hükümlerinin uygulanabilmesi de söz konusudur. Acentenin denkleştirme talep hakkının düzenlendiği TTK m. 122'nin ise, marka lisansı sözleşmelerinin hepsine uygulanması en baştan istinasız bir şekilde kabul edilmemeli veya reddedilmemelidir. Her sözleşmeye özgü koşullar, benzerlikler ve farklılıklar somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

¹² EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 209; TEKİNALP, s. 468; ÖZEL, dn. 243'te gösterilen yazarlar için bkz. s. 113; EMDE, 2003, s. 468; Arkan'a göre, KHK'de markayla ilgili lisans sözleşmesi konusunda oldukça ayrıntılı bir düzenleme yapılmış olduğundan, artık marka lisansı sözleşmesinin isimsiz (atipik) sözleşmeler arasında gösterilmesi doğru olmaz. Bkz. ARKAN, Marka, s. 191. İsimli sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2013.

¹³ ÖZEL, s. 114.

¹⁴ YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 24; Marka lisans sözleşmesinin yorumu ve sözleşmeye uygulanacak kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, s. 113 vd.

¹⁵ ARKAN, Marka, s. 191; ÖZEL, s. 117.

3. DEKLEŞTİRME TALEBİNİN KOŞULLARI

A. Genel Koşullar

1. Marka Lisans Sözleşmesinin Sona Ermesi

Marka lisans sözleşmesi çeşitli sebeplerle sona erebilir. Fakat sözleşmenin sona erdiği her durumda lisans alan, denkleştirme talebinde bulunamaz. Bu sebeple, marka lisansı alanın, denkleştirme talep edebilmesi için, lisans sözleşmesinin, denkleştirme talebi doğuracak şekilde sona ermesi gerekir¹⁶.

Marka lisans sözleşmesi belirli veya belirsiz süreli olarak akdedilmiş olabilir. Sürenin dolması veya belirsiz süreli sözleşmenin lisans alan tarafından feshedilmesiyle sözleşme sona erebilir. Bu durumlarda, lisans alan, diğer koşulların da gerçekleşmesiyle, denkleştirme talebinde bulunabilir¹⁷. Ancak belirsiz süreli lisans sözleşmesinin, lisans alan tarafından fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirilmemesi gerekir¹⁸. Ayrıca, lisans alan, sözleşme ilişkisini haklı bir sebep olmaksızın feshetmiş veya lisans veren sözleşme ilişkisini, lisans alanın kusurlu davranışı sebebiyle feshetmişse, artık lisans alan denkleştirme talep edemez¹⁹.

Marka lisans sözleşmesi, yokluk sebebiyle meydana gelmemiş veya kesin hükümsüzlük sebebiyle geçersiz olabilir. Bu durumda, lisans alanın denkleştirme talep hakkının bulunup bulunmadığı cevaplanması gereken bir sorudur. Bu soru, doktrinde, acentenin denkleştirme talep hakkı bakımından tartışılmıştır. Kimi yazarlarca, sözleşmenin yokluğu veya geçersiz olması hâlinde denkleştirme talep hakkının bulunduğu savunulmuştur²⁰. Bu görüşte olanlara göre, her ne kadar sözleşme yok veya geçersiz olsa da, acente faaliyette bulunmuş ve müvekkiline müşteri

¹⁶ AYAN, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 148; KAYA, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik (TTK m.102-123), 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 232.

¹⁷ HOYNINGEN-HUENE, Gerrick Freiherr von v. G.: in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, Erstes Buch, Handelsstand §§ 1-104, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2005, §89b, N. 30; BAUMBACH, Adolf/HOPT, Klaus: Handelsgesetzbuch, 32. Auflage, C.H. Beck, München 2006, §89b, Nr.7; AYAN, s. 148.

¹⁸ KAYA, s. 234; SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1976, s. 148 vd.

¹⁹ HOYNINGEN-HUENE, §89b, N. 151; BAUMBACH/HOPT, §89b, Nr. 52; AYAN, s. 156.

²⁰ Bkz. AYAN, s. 149, dn. 167'de gösterilen yazarlar.

kazandırmıştır. Kimi yazarlar ise, kanun nezdinde yok ve geçersiz olan bir sözleşmeden, denkleştirme talep hakkının doğmayacağını savunmuştur²¹. Marka lisans sözleşmesinin yokluğu veya kesin hükümsüzlüğü söz konusu olduğunda, denkleştirme talep hakkının bulunmayacağı kabul edilmelidir. Gerçekten de hiç doğmamış veya başlangıçtan itibaren geçersiz bir hukukî işlemde, lisans alan lehine bir talep hakkının doğması mümkün değildir.

Taraflardan birinin ölümü, kişisel öğelerin önemli olduğu sözleşmeleri sona erdirir. Burada özellikle lisans alanın ölümü üzerinde durulmalıdır. Kişisel bir lisansın verilmesi durumunda, lisans alanın ölümü hâlinde, lisans mirasçılara geçmez²². Bu hâlde, lisans sözleşmesi sona erer. Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte, lisans alanın mirasçıları denkleştirme talep hakkını kazanır. Çünkü denkleştirme talebi, kendine özgü bir karşılık, bir para talebidir²³. Başka bir ifadeyle, denkleştirme talebi, sözleşmeden kaynaklanan bir alacak hakkı; miras yoluyla intikale elverişli bir özel hukuk ilişkisidir²⁴. İşletme lisansında ise, lisans kişiye değil, bilâkis doğrudan işletmeye verilir ve lisans alanın ölümü hâlinde lisans, halefe intikale eder²⁵. Bu durumda sözleşme kendiliğinden sona ermediğinden²⁶, denkleştirme talep hakkı da doğmayacaktır.

Marka lisans sözleşmesinde, taraflardan biri iflas edebilir. İflas, müflisin taraf olduğu sözleşmenin niteliğine göre farklı etkiler gösterir²⁷. Hukukumuzda, iflasın marka lisans sözleşmesini ne şekilde etkileyeceği düzenlenmemiştir. Kanunda açıkça son bulacağı belirtilen sözleşmeler dışında kalan sözleşmeler, taraflardan birinin iflas etmesiyle son bulmaz²⁸. Marka lisans sözleşmesinde, iflasın sözleşmeyi sona erdirip erdirmeyeceği öncelikle sözleşmeye göre belirlenmelidir. Sözleşmede bir hüküm bulunmuyorsa, ilişkinin hukuken nitelendirilmesine göre bir sonuca

²¹ Bkz. AYAN, s. 150, dn. 168'de gösterilen yazarlar.

²² ÖZEL, s. 203.

²³ KAYA, s. 230; AYAN, s. 103; KARASU, Rauf: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, C.57, S. 4, s. 288 vd; BGE 103 II 277.

²⁴ HOYNINGEN-HUENE, §89b, N. 9; BAUMBACH/HOPT, §89b, Nr.6.

²⁵ YÜKSEL, Ali Sait: Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku, 1. Bası, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1989, s. 116.

²⁶ Sözleşmenin sona erdirilmesi hakkında görüşler için bkz. ÖZEL, s. 204 vd; TEKİNALP, s. 469.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. TERCAN, Erdal: İflasın Sözleşmelere Etkisi, 1. Bası, Adil Yayınevi, Ankara 1996, s. 3 vd.

²⁸ PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZKAN, Sungurtekin, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 723.

varılmalıdır. Taraflar arasındaki ilişki ortaklık veya benzeri nitelikte ise iflas sözleşmeyi sona erdirecektir. Bunun dışında kural olarak taraflardan birinin iflası, sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmeyecektir. Taraflardan birinin iflası, kira sözleşmesinin iflas masası karşısındaki durumu gibidir²⁹. İflasın lisans sözleşmesini sona erdirdiği durumlarda, lisans alan kusuru olmaksızın iflas etmişse, denkleştirme talep edebilir³⁰. Denkleştirme bedeli, iflas masasına ödenir.

Lisans verenin iflası hâlinde sözleşme sona eriyorsa, iflas masasının, lisans alanın oluşturduğu müşteri çevresinden kazanç elde edip etmediğine bakılmalıdır. Meselâ, lisans alanın oluşturduğu müşteri çevresi sebebiyle, iflas idaresi tarafından işletmenin devredilmesi durumunda alınacak bedel yükselebilir. İşletmenin değeri ne kadar yüksek olursa, iflas eden lisans veren o kadar borcundan kurtulur. Bu da lisans veren için bir menfaattir. İşte bu durum, lisans alanın denkleştirme talep edebilmesini haklı kılan bir sebeptir³¹.

2. Lisans Veren, Lisans Alan Tarafından Kazandırılan Yeni Ve Sürekli Müşterilerden Önemli Menfaat Sağlaması

Lisans veren, sözleşmenin sona ermesinden sonra, lisans alanın faaliyeti neticesinde kazandırılan ve ticari ilişki kurulan yeni ve sürekli müşterilerden menfaat sağlayabilir³². Bu hâlde, lisans alanın denkleştirme talep hakkı söz konusu olabilir.

a. Yeni ve Sürekli Müşteri

Lisans alanın faaliyetine başlamadan evvel ticari ilişkiye girilmeyen ve lisans alanın faaliyeti neticesinde ticari ilişki kurulan müşteriler, yeni müşteri kabul edilir. Uzun bir süredir ticari ilişkilerin koptuğu, lisans alan tarafından yapılan faaliyet neticesinde tekrar ilişki kurulan eski müşteriler de yeni müşteri olarak kabul edilir. Mevcut müşteriler, lisans alanın önceki lisans alandan devraldığı müşteriler yeni müşteri değildir. Zira bu müşterilerin kazandırılmasında lisans alanın bir çabası söz konusu değildir³³.

²⁹ ORTAN, s. 299; ÖZEL, s. 206 vd; TEKİNALP, s. 469.

³⁰ AYAN, s. 153; KAYA, s. 237; KARASU, s. 290, 307.

³¹ HOYNINGEN-HUENE, §89b, N. 40; BAUMBACH/HOPT, §89b, Nr.7; AYAN, s. 153.

³² Bir kimseyle sadece görüşme yapılması, bilgi verilmesi veya tanıtım yapılması, sözleşme akdedilmedikçe, o kişiye müşteri sıfatı kazandırmaz. HOYNINGEN-HUENE, §89b, N. 55; BAUMBACH/HOPT, §89b, Nr. 11; AYAN, s. 166 vd.

³³ HOYNINGEN-HUENE, §89b, N. 58; BAUMBACH/HOPT, §89b, Nr. 12; AYAN, s. 168 vd.

Denkleştirme talebinde bulunulabilmesi için, yeni müşterilerle kurulan ilişki sürekli olmalıdır. Sürekli müşteri, bir defaya mahsus olmadan, belli bir süre içinde tekrar sözleşme yapılması beklenen, belli bir süreç boyunca istikrarlı bir şekilde ticari ilişkide bulunan müşteridir³⁴. Bir müşterinin sürekli müşteri olup olmadığı her somut olayın özelliklerine göre düşünülmelidir. Zira müşteriler tarafından yapılan siparişlerin tekrarlanma sıklığı, her sektöre göre farklılık gösterebilir.

Yeni ve sürekli müşteriler, lisans alanın çabasıyla kazandırılmış olmalıdır. Bir başka ifadeyle, lisans alanın çabası ile yeni müşterilerle ticari ilişki kurulması arasında bir nedensellik bağı gerekir³⁵. Yeni müşterilerin kazanılmasında, markanın etkisinin olması, nedensellik bağını ortadan kaldırmaz ve denkleştirme talep hakkının doğumuna engel olmaz. Bu durum sadece hakkaniyet gereğince, denkleştirme bedelinin belirlenmesinde rol oynar³⁶.

b. Lisans Verenin Önemli Menfaat Elde Etmesi

Lisans veren, lisans sözleşmesi sona erdikten sonra bile, lisans alan tarafından kazandırılan müşterilere mal satarak veya hizmet sunarak, onlarla ticari ilişkiyi sürdürebilir ve menfaat elde edebilir. Lisans verenin menfaatinin doğabilmesi için, lisans alan tarafından kazandırılan müşterilerden somut bir kazancın elde edilmesi³⁷ veya kazanç sağlama ihtimalinin³⁸ bulunması gerekir. Meselâ, lisans alanın faaliyeti neticesinde marka değeri artmışsa, lisans verenin bundan sonraki faaliyetlerinde kazanç sağlama ihtimali artmaktadır.

Lisans alanın denkleştirme talep edebilmesi için, lisans verenin, sözleşme sona erdikten sonra elde edeceği menfaatin önemli olması gerekir³⁹. Menfaatin önemli olup olmadığı tespit edilirken, lisans alanın kazandırdığı müşterilerle kurulan ticari ilişkinin mahiyeti (satış miktarı, bedeli vs.) dikkate alınır⁴⁰.

³⁴ AYAN, s. 171.

³⁵ HOYNINGEN-HUENE, §89b, N. 62; BAUMBACH/HOPT, §89b, Nr. 14.

³⁶ KAYA, s. 241; AYAN, s. 172.

³⁷ AYAN, s. 175.

³⁸ KAYA, s. 242.

³⁹ Denkleştirme talebinde bulunabilmek için, menfaatin varlığının yeterli olduğu, menfaatin “önemli” olmasının aranmasının hakkaniyete aykırı olduğu görüşü için bkz. KAYA, s. 242. Aynı yönde görüş için bkz. KARASU, s. 294 vd.

⁴⁰ HOYNINGEN-HUENE, §89b, N. 80; BAUMBACH/HOPT, §89b, Nr. 15.

3. Lisans Alanın Kayba Uğraması

Marka lisansı alanın denkleştirme talep edebilmesi için, lisans sözleşmesinin sona ermesi sebebiyle kayba uğraması gerekir. Lisans alanın kaybı, lisans sözleşmesi devam etseydi, lisans alanın oluşturduğu müşteri çevresi ile gelecekte akdedilecek sözleşmelerden elde edilecek kazançtır. Bir başka ifadeyle, lisans sözleşmesinin sona ermesi sebebiyle, lisans alanın müşteri çevresi ile ticari ilişki kuramaması sebebiyle mahrum kaldığı kazanç söz konusu olmalıdır⁴¹.

Kazanç kaybında, lisans alanın sürekli müşteri çevresinden elde edeceği kazanç dikkate alınır. Söz konusu kazancın, lisans alanın kaybına neden olduğunun kabulü için, ticari ilişkinin kurulmasında lisans alanın çabasının bulunması gerekir. Ticari ilişkinin, sadece lisans alanın faaliyeti neticesinde gerçekleşmesi aranmaz. Zira bu ilişkinin kurulmasında lisans alan dışında da bazı etkenler rol oynamış olabilir. Önemli olan, müşteri çevresinin oluşturulmasında lisans alanın çabasının olmasıdır⁴².

Kazanç kaybının miktarının hesaplanmasında, lisans sözleşmesi kapsamında yeni ve sürekli müşteriler elde edilecek gelirlerin tahmini dikkate alınır. Tahmini kayıp, gelecekte kurulacağı tahmin edilen ilişkilerin büyüklüğüne ve sıklığına göre tespit edilir. Ayrıca, lisans alanın cirosundaki değişim, yeni müşterilerin cirosu, lisans alanın geçmişteki faaliyetleri neticesinde elde ettiği kazanç miktarı ve müşteri çevresindeki azalma oranı gibi hususlar da dikkate alınır⁴³.

4. Talebin Hakkaniyete Uygunluğu

Denkleştirme talep edilebilmesi için, somut olayın özellik ve koşulları değerlendirildiğinde, ödemenin hakkaniyete uygun olması gerekir. Hakkaniyet, somut olayın koşullarına göre şekillenen, takdire imkân tanıyan, düzenleyici ve çelişkileri önleyici bir işleve sahiptir⁴⁴. Hakkaniyet, diğer koşulların var olması hâlinde ve fakat bağımsız “denetleme ölçütüdür”⁴⁵. Bu denetleme ölçütü, marka lisans alanın denkleştirme talebi bakımından da önemli rol oynar. Meselâ, markanın tanınırlığı ve çekim gücünün yüksekliği, hakkaniyet ilkesi bağlamında,

⁴¹ HOYNINGEN-HUENE, §89b, N. 84; BAUMBACH/HOPT, §89b, Nr. 23; AYAN, s. 183.

⁴² HOYNINGEN-HUENE, §89b, N. 87, 132a; BAUMBACH/HOPT, §89b, Nr. 26; AYAN, s. 184.

⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYAN, s. 184 vd.

⁴⁴ KAYA, s. 244 vd; AYAN, s. 190 vd; KARASU, s. 299.

⁴⁵ KAYA, s. 244 vd; AYAN, s. 190 vd; KARASU, s. 299.

denkleştirme bedelinin takdirinde gündeme gelebilecektir⁴⁶. Markanın tanınmış olması, denkleştirme talep hakkının ileri sürülememesinin gerekçesi olamaz. Meselâ, yeni müşteri kazanılmasında markanın etkisi olmuşsa, bu durumda denkleştirme talep edilebilecektir⁴⁷.

Lisans verenin markasının ön planda oluşu, lisans alanın ise ikinci planda kalışı, lisans alanın denkleştirme gereksinimini önemli ölçüde artırır. Çünkü müşteri, lisans alanın çalışmasını diğer araçlardan daha güçlü bir şekilde lisans verenin mevcut markası ile özdeşleştirir. Lisans alan diğer lisans alanlarla beraber lisans verenin markasını geliştirir. Bu şekilde markanın bilinirliği ve müşterileri etkileme gücü gerçekleşir. Bu sebeple, lisans alan bakımından denkleştirmenin kabul edilmesi gerekir⁴⁸.

B. TTK m. 122/5'te Gösterilen Özel Koşullar

TTK m.122/5'e göre, bu hüküm, hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanır. Hükümün, sürekli sözleşme ilişkilerine kıyas yoluyla uygulanması yerine "*doğrudan*" uygulanması şeklinde kaleme alınmış ve bunun için de ikinci kez ilâve koşul olarak "*hakkaniyet*" kriterine yer verilmiş olması doktrinde eleştirilmiştir⁴⁹. Bizce de, bu hüküm sebebiyle, tekel hakkı veren benzer sürekli sözleşme ilişkilerinde, denkleştirme talebi açısından yapılacak değerlendirmelerde, bir kıyastan değil, bilâkis hükümün doğrudan uygulanmasından bahsetmek gerekir.

TTK m.122/5'e göre, genel koşulların yanında, marka lisansı alanın denkleştirme talep hakkında yararlanabilmesi için, "*hakkaniyete aykırı olmama*", "*sözleşmenin tekel hakkı vermesi*" ve "*sürekli bir sözleşme ilişkisinin*" bulunması gerekir.

⁴⁶ KARASU, s. 302; KAYA, s. 246; Alman yargı kararlarında da, markanın çekim gücü ve tanınmışlığı söz konusu olduğunda, denkleştirme talebinden indirim yapılmasının hakkaniyet uygun olduğu ifade edilmiştir. Bkz. BGH, BB 2000, s. 2151; OLG München, BB 1994, s. 2151.

⁴⁷ KAYA, s. 241; Bu sonuç, madde gerekçesinde "...ürünün bilinen hatta tanınan bir marka olması acentenin gayretlerinin göz ardı edilmesini, yeni müşterilerin işlemeye gelmelerinin markaya bağlanmasını haklı göstermez ve hakkaniyet unsurunda olumsuz sonuca varmanın gerekçesi olamaz..." şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁸ Aynı yönde görüş için bkz. EMDE, 2003, s. 473 vd.

⁴⁹ KAYA, s. 226; Bu maddenin doğrudan değil, kıyas yoluyla uygulanabileceği hakkında bkz. TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu ve Ticarî Mevzuat, 15. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul 2014, m.122/7, Not 5, s. 66.

1. Denkleştirme Talebinin Marka Lisansı Alana Uygulanabilirliğinde Hakkaniyet

TTK m.122 hükmünün, marka lisansı alana uygulanabilmesi için, öncelikle talebin hakkaniyete uygunluğu (*birinci hakkaniyet kriteri*) ispat edilmelidir. Daha sonra ise, talebin uygulanabilirliği (*ikinci hakkaniyet kriteri*) hakkaniyete aykırı olmamalıdır. Bundan anlaşılması gereken, marka lisansı alanın, acenteye olan benzerliği, dağıtım ağına dâhil olması ve müşteri devrinin söz konusu olmasıdır⁵⁰.

a. Acenteye Olan Benzerlik

Acentenin denkleştirme talebinin düzenlendiği TTK m.122'nin, marka lisans sözleşmelerine uygulanabilmesi için, lisans sözleşmesinin acentelik ile benzerlik göstermesi gerekir. Burada ifade edilen benzerlik TTK m.122/5'te ifade edilen benzerlik değildir. Zira m.122/5'in lafzından, fıkrada geçen "benzerlik" ibaresinin, tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerine atıf yaptığı görülmektedir. Bir başka ifadeyle, denkleştirme talebi, tekel hakkı veren benzer sürekli sözleşme ilişkileri bakımından da uygulanabilecektir. Oysa ki denkleştirme talep hakkının marka lisans alana uygulanabilmesi için, lisans sözleşmesinin acentelik ile olan benzerliği, TTK m.12/5'te ifade edilen hakkaniyete dayanmaktadır. Burada ifade edilen hakkaniyet ise, lisans alanın acenteye olan benzerliğini, acente gibi dağıtım ağına dâhil olmayı ve ilişkinin sonunda müşteri çevresinin devrini ifade eder. Bu kapsamda, TTK m.122/5'in düzenlenmiş olması, lisans alanın denkleştirme talep hakkının peşinen bulunduğu anlamına gelmeyecektir ve hakkaniyet gereği acenteye olan benzerliğin var olup olmadığı incelenecektir⁵¹.

⁵⁰ Hakkaniyet ilkesi, benzer bir şekilde tek satıcılık sözleşmeleri bakımından incelenmiş, tek satıcının üreticinin dağıtım ağına dâhil olması ve müşteri çevresini devretme yükümlülüğü, hakkaniyet ilkesi kapsamında ele alınmıştır. Bkz. HOYNINGEN-HUENE, §89b, N. 19; FEZER, Karl-Heinz: Klausurenkurs im Handelsrecht, 4. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heilderberg 2006, N. 368-369.

⁵¹ Acenteye ilişkin hükümler, düzenlemesi bulunmayan ancak acenteye benzerlik içeren aracılık faaliyetlerinde çoğu kez kıyasen uygulanır. En çok bilinen durum, franchise alana veya tek satıcıya, denkleştirme talebinden yararlanma imkânının tanınmasıdır. Bkz. MARTINEK, Michael/SEMLER, Franz-Jörg: Handbuch des Vertriebsrecht, 1. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 1996, § 19 N. 60; EMDE, 2003, s. 469; BAUMBACH/HOPT, §89b, N. 4; İŞGÜZAR, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, 1. Bası, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1989, s. 160 vd; AYAN, s. 109 vd; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 04.05.2000 tarih ve 1999/7724 E. 2000/3470 K. sayılı kararı için bkz. www.kazancı.com.

Acente ile marka lisans alanın durumu kimi zaman benzer bir menfaati doğurabilir. İşte bu benzer durumların varlığı, marka lisansı alanı, acenteliğe yaklaştırır. Bunun sonucu olarak, acente bakımından öngörülen denkleştirme talebi, marka lisans alana da uygulanabilir.

Marka lisansı alanla, acentelik arasındaki bazı benzerlikler aşağıda incelenmiştir:

Marka lisansı alan, lisans verenden, tıpkı kendisini atayan tacirin bağımsız tacir yardımcısı olan acentede olduğu gibi, bağımsızdır. Kişi, faaliyetlerini esasen özgür olarak şekillendirebiliyor ve çalışma zamanlarını belirleyebiliyorsa bağımsızlık söz konusudur⁵². Mesleğin icrasında bağımsızlık, ekonomik bağımsızlığın aksine, hukuki bağımsızlığı ifade eder. Eğer hukukî olarak ve mesken bakımından, organizasyona dönük veya kişisel bir özgürlük varsa, bağımsızlık söz konusu olur. İlke olarak marka lisansı alan, işçi istihdamını, çalışma zamanını, yerini ve yerine getirilen çalışmanın mahiyetini bir acenteden farksız bir şekilde belirler. Burada marka lisansı alanın acenteye yakınlığı açıkça görünür⁵³.

Lisans alanın faaliyeti piyasa koşulları içinde düzenlidir. Lisans alan bu faaliyetini, kâr elde etmek için yürütür. Bu amaçla bir malvarlığını idare eder. Bu durum da lisans alanın faaliyetini aynı acente gibi, bir meslek olarak icra etmesini zorunlu kılar⁵⁴.

Marka lisansı alanın, acente gibi, lisans verenin dağıtım ağına dâhil olması gerekir. Lisans sözleşmeleri, franchise, bayilik veya acentelik sözleşmeleri gibi klasik satım aracılığı sözleşmelerine benzer. Zira lisans veren, kendisi satış yapmaz veya belirli müşteri çevresine ulaşma ve az da olsa doğrudan işlem yapma hakkını kural olarak kendinde saklı tutmaz⁵⁵. Lisans alanın, lisans verenin dağıtım ağına dâhil olması ayrıntılı olarak aşağıda açıklanacaktır.

Lisans veren, talimata bağlı bir temsilciden farklı olarak, lisans alanı kontrol ve talimat hakkı gibi araçlarla satışı düzenler. Meselâ, lisans veren, markanın sulandırılmasına karşı, kontrol hakkına sahiptir. Ayrıca, lisans alanın, markayı aldığı gibi, herhangi bir farklılık olmaksızın

⁵² HOPT, Klaus : Handelsvertreterrecht, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1999, §84, N. 35.

⁵³ EBERSTEIN, Hans Herrmann: Der Handelsvertreter-Vertrag, 8. Auflage, Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1999, A II 1 a; EMDE, 2003, s. 470.

⁵⁴ HOYNINGEN-HUENE, §84 N. 50.

⁵⁵ EMDE, 2003, s. 470.

kullanma yükümlülüğü de, lisans vereni korumaktadır. Bu sebeple, lisans veren, acente atayan bir kişi gibi üretim hâkimiyetini elinde bulundurmaktadır⁵⁶.

Marka lisansı sözleşmesinde, aynı acentelikte olduğu gibi, sürekli bir ilişki vardır. Acente sayısı belirli olmayan işler bakımından sözleşmeden kaynaklanan bir işi sürekli olarak icra etmekle yükümlüdür. Lisans alan, çoğunlukla birkaç yıllık belli bir süre markayı kullanmak ve lisans ücreti ödemekle yükümlü ise, sürekli bir çalışma mevcuttur.

Acentelik için belirleyici olan aracılık ve müvekkilinin işlerini görme unsuru lisans alanın faaliyetinde bulunmamaktadır⁵⁷. Kural olarak marka lisansı alan, düzenli olarak lisans veren için aracılık yapmaz. Bilakis eğer lisans koşullarında açık bir şekilde hizmet ifası yoksa kendi adına alım satım yapar. Fakat lisans alan ile verenin menfaatleri birbirine paraleldir. Çünkü lisans alandan kazanılan her müşteri, lisans verenin markasının konumunu güçlendirir. Bu durum acentelik ilişkisindeki durumu anımsatır; acentenin ve müvekkilin bir müşteri çevresinin oluşturulmasında menfaatleri uyusur. Girişimi sürekli bir müşteri kitlesi elde eder ve kazancı artar. Acente ise çalışması neticesinde oluşturduğu müşteri çevresi için düzenli olarak ücret alır. Sonuç olarak, bir aracılık faaliyetinin yokluğu, acente ile lisans alan arasındaki benzerliği engelleyen bir durum değildir. Aksi düşünce franchise alanın da denkleştirme talep edememesi sonucunu doğururdu⁵⁸.

Acenteliğe benzerlik araştırmasında birçok husus kriter olarak kullanılabilir. Meselâ, asgari alım yükümlülüğü, depolama ve stoklama yükümlülüğü, girişimcinin kontrol ve denetim yetkisi, rapor verme yükümlülüğü, personelin eğitimi, markanın pozisyonunu tehlikeye atabilecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü, satış planına uyma, sadece lisans verenle mutabakata varılmış ürünleri talep etme, lisans veren tarafından hazırlanan kalite talimatlarına uyma, reklam masraflarına katılma, bir satış bölgesi belirleme, markanın güçlendirilmesine ilişkin

⁵⁶ EMDE, 2003, s. 470. Acenteye, onun mahiyetine ters düşmeyecek şekilde talimat verilebilmektedir. Müvekkil, acenteye, hangi malların öncelikle satılmasının uygun olacağı, sözleşme koşulları ve satış fiyatını belirleme yöntemi hakkında talimat verebilir. Acentenin verilen talimatlara uygun hareket etmesi ile lisans alanın durumu benzerlik gösterir. Bkz. ARKAN, s. 209.

⁵⁷ Ancak özellikle marka lisansı sözleşmelerinde, markanın kullanılması, markalı ürünlerin satışı yükümlülüğü açıkça düzenlenmişse, faaliyet yükümlülüğü marka lisansı sözleşmelerinde de mevcuttur.

⁵⁸ Aynı yönde görüş için bkz. EMDE, 2003, s. 471.

yükümlülükler öngörme, fiyatın belirlenmesini lisans verenle birlikte yapmak, lisans verenin satışları koordinasyonu, lisans verenin isteğine uygun olarak pazarın genişletilmesi yükümlülüğü, numuneye göre üretim yükümlülüğü, bunlardan bazılarıdır⁵⁹.

Lisans alanın, acenteden farklı olarak, lisans verenden, ücret almaması, bilâkis ona lisans bedeli ödemesi benzerliği ortadan kaldıran bir durum değildir. Burada benzerlik, tam olarak bir acentelik ilişkisini andıran yakın ilişkiden kaynaklanır. Lisans alanın, lisans verenden bir ücret almaması, onu acenteye olan benzerliğine hanel getirmez⁶⁰.

b. Dağıtım Ağına Dâhil Olma

Marka lisansı alanının denkleştirme talep hakkının söz konusu olabilmesi için, üreticinin dağıtım ağına acente gibi entegre olması ve sözleşmeyle, müşteri çevresinin devrinin üstlenilmesi gerekir⁶¹.

Doktrinde *Martinek/Wimmer-Leonhard*, bu durumun, hukukî mahiyeti itibariyle sadece sözleşmeden kaynaklanan iş görme borcunun egemen olduğu ve satışın artırılmasının talimata bağlandığı ilişkilerde gerçekleşeceğini ifade etmiş; marka lisansı sözleşmelerinde bunun söz konusu olmaması nedeniyle, denkleştirme talep hakkının mevcut olmadığını kabul etmiştir⁶². Hâlbuki tekel hakkı veren sürekli borç ilişkilerinde, denkleştirme talep hakkının tanınması, sözleşmenin iş görme karakterine değil, bilâkis ilişkinin acenteliğe benzerlik mahiyetine dayanmaktadır⁶³. Kaldı ki satışı ve sürümü teşvik yükümlülüğü, marka lisansı sözleşmelerinde de karşımıza çıkabilir. Meselâ lisans sözleşmesine “*lisans alan, sözleşmede öngörülen malların sürüm ve satışını bütün gücüyle teşvik edecektir*” gibi bir hükmün konulması da mümkündür⁶⁴.

⁵⁹ Bu kriterler için bkz. Urteil des LG Hanau v. 28.05.2002 – 6 O 106/01.

⁶⁰ EMDE, 2003, s. 472. Aynı durum, franchise alan için de geçerlidir. Franchise alan, franchise verene bir franchise ücreti öder. Bu ödeme, franchise sisteminde “know-how”un devri bakımından bir karşı edimdir. Bundan dolayı hangi tarafa ödeme yapıldığı önemli değildir. Özellikle üretim franchise sözleşmelerinde franchise alan için üreticiden alım sisteme mündemiç unsur değildir. Bilakis franchise alan veren bir franchise ücreti öder.

⁶¹ EMDE, Raimond: Der Ausgleichsanspruch des Lizenznehmers analog § 89b HGB, Wettbewerb in Recht und Praxis, Heft 2006/04, s. 449 vd; Karasu, s. 312.

⁶² MARTINEK/ WIMMER-LEONHARDT, s. 204, 207.

⁶³ WOLFGANG, Kroll: Giesler Praxishandbuch Vertriebsrecht, 1. Auflage, Deutscher Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH, Bonn 2005, §4, N.476; EMDE, 2006, s. 450.

⁶⁴ EMDE, 2006, s. 449.

Ayrıca marka lisans alanın kendisine ait ürünleri satması, denkleştirme talep hakkının reddedilmesini gerektirmez⁶⁵. Burada kimin ürünlerinin satıldığından ziyade, kimin markasının tanıtımının yapılıp, kimin markasına müşteri sağlandığı önemlidir. Zira müşteriler tarafından lisans alan değil, markası kullanılan lisans veren bilinecektir⁶⁶. Hâl böyle olunca, lisans veren, lisans alanın sözleşme konusu markalı mallar için oluşturduğu müşteri çevresinden, sözleşme sonrasında da yararlanmaya devam edecektir⁶⁷.

Lisans sözleşmesinde satış yükümlülüğü açıkça ifade edilmese de, satış için dolaylı bir baskı içeren hükümlerin bulunması da, lisans alanın, lisans verenin satış sistemine girdiğini göstermesi için yeterlidir. Gerçekten de bir satış hedefi ve bunun neticesi olarak verilecek bir ikramiye, doğrudan bir satış yükümlülüğü getirmese de, hatırı sayılır bir satış baskısı yarattığı şüphesizdir⁶⁸.

Satış yükümlülüğü, acenteliğin karakteristik özelliğidir ve acenteyi yeni müşteri tesisi için teşvik eder. Fakat bu yükümlülük, denkleştirme talep hakkının marka lisansı alana uygulanabilmesi için bir gösterge olmasına karşın, uygulamanın yegâne koşulu değildir⁶⁹. Doktrinde, bir satış yükümlülüğü getirmeyen marka lisansı anlaşmalarında da denkleştirme isteminin uygulanabileceği savunulmuştur. Bir marka lisansı sözleşmesinde satış yükümlülüğü bulunmasa da, acentelik benzeri bir menfaatin korunması söz konusu olabilir⁷⁰. Bu kapsamda lisans alanın menfaati, lisans verenin menfaati dikkate alarak açıklanmalıdır. Böylece satış yükümlülüğünde olduğu gibi, lisans alanın bazı davranışları, lisans verenin menfaatine olabilir. Zaten uygulamadaki lisans sözleşmelerinin çoğunda, lisans verenin, talimatlarına uygun davranma zorunluluğu getiren ve onun menfaatlerini koruyucu hükümlerin var olduğu görülmektedir. Meselâ marka lisansı sözleşmelerinde (*ve özellikle üretim lisansı ya da ihraç lisansında*), lisans verenin üretimin gerektiği gibi karşılanması, dolaylı olarak marka sahibinin, ürünlerinin daha fazla müşteriye ulaşmasına hizmet eder. Yine, lisans alan, lisans verene

⁶⁵ KARASU, s. 312 vd. Aksi görüş için bkz. MARTINEK /WIMMER-LEONHARDT, s.206.

⁶⁶ KARASU, s. 313.

⁶⁷ KARASU, s. 313; EMDE, 2006, s. 451.

⁶⁸ EMDE, 2006, s. 449.

⁶⁹ KROLL, , §4, N. 476; EMDE, 2006, s. 450.

⁷⁰ KROLL, , §4, N. 476; EMDE, 2006, s. 450.

başvurabilecek müşterilere reklâm yapmışsa, yeni müşteri tesisinde ötürü bir denkleştirme bedeline hak kazanmalıdır⁷¹.

c. Müşteri Devri

Marka lisans sözleşmesinde, lisans alan, sürüm kabiliyetine sahip veya bu konuda gelecek vaat eden bir markayı kullanma hakkını elde etmektedir. Ayrıca lisans alanın markayı verimli bir şekilde kullanması, markanın itibarını güçlendirici bir etki yaratacaktır. Özellikle markanın kullanılmadan lisans alana tahsis edildiği, lisans alanın markayı olgunlaştırmasında ve tanınmış bir marka haline getirmesinde durum böyledir⁷². Böyle bir durumda “*sadık bir tüketici çevresi oluşturulduğunun kanıtlanması*” kaydıyla, marka lisansı alanın denkleştirme talep hakkının varlığı kabul edilmelidir⁷³. Lisans alanın, yeni müşteriler kazanmak için reklam yapması veya var olan müşterileri ilişkileri geliştirmesi söz konusu değilse, denkleştirme istemi söz konusu olmamalıdır.

Marka lisans sözleşmesinin sona ermesi üzerine lisans veren, lisans alanın faaliyeti yoluyla güçlenen marka ve onun tarafından kazanılan müşteri çevresinden yararlanır. İlk lisans alan tarafından oluşturulmuş müşteri çevresi daha yüksek bir lisans bedeli karşılığında başka bir lisans alana bırakılır ve lisans alan yeni kişi bu müşterilerden yararlanır. Böylece lisans veren, lisans alan tarafından tetkik edilmiş ve hazır hale getirilmiş piyasa yapısından yararlanır⁷⁴.

Lisans verenin satış sistemine entegre olan her lisans alanın denkleştirme talep hakkının olduğu peşinen kabul edilmemelidir. En azından, lisans alanın denkleştirme talep hakkına sahip olabilmesi için, oluşturulan müşteri çevresinin lisans verene devri yükümlülüğü de bulunmalıdır.

Bu yükümlülük, somut olayın özelliklerinden kendiliğinden de ortaya çıkabileceği gibi, sözleşmede de kararlaştırılabilir. Meselâ, lisans veren, kendisine ne kadar müşteri bilgisinin gönderileceğini açıkça gösterebilir. Sözleşme sona erdikten sonra müşteri çevresinden doğan

⁷¹ BAUMBACH/HOPT, §93, N. 24; HOYNINGEN-HUENE, §84, N. 7; STAUB, Hermann / BRÜGGEMANN, Dieter: Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin New York 1995, §84, N. 20.

⁷² YASAMAN, Hamdi/ALTAY, Sıtkı Anlam/AYOĞLU, Tolga/YUSUFOĞLU, Fülürya/YÜKSEL, Sinan: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.2, 1. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul 2004, s. 736.

⁷³ YASAMAN/ ALTAY/ AYOĞLU/ YUSUFOĞLU/ YÜKSEL, s. 736, dn. 10.

⁷⁴ EMDE, 2003, s. 471.

fayda sadece lisans verene aittir⁷⁵. Artık lisans alan müşteri çevresini kullanamaz ve satış yapamaz. Müşteriler lisans verilen ve satılan markalı ürünlere ilgi gösterir. Bir lisans veren açısından, lisans sözleşmesinin sonunda müşteri bilgilerini talep etme hakkının saklı tutulması önemlidir. Zira lisans veren böyle bir hükmü gözden kaçırırsa, müşteri çevresinin değerini kanıtlamak zorunda kalır. Yoksa lisans alanın uhdesindeki satış sistemine ilişkin bilgilere itibar olunacaktır⁷⁶.

Müşterilerin devrine ilişkin yükümlülük, lisans verene defterleri inceleme hakkı verilmesi, lisans ücretinin faturalandırılması için müşteri listesinin istenmesi ya da garanti belgelerinin gönderilmesi yoluyla somut olayda zımnen de görülebilir. Görüldüğü gibi müşterilere lisans veren tarafından erişim imkânı tanınmasa bile, müşterilerin bildirimine ilişkin yükümlülük, denkleştirme talep hakkının doğumunda dikkate alınır⁷⁷.

2. Sözleşmenin Tekel Hakkı Vermesi

TTK m.122/5'e göre, denkleştirme talep hakkı, tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinde söz konusu olabilir. Madde metnine "tekel hakkı veren" ibaresi TBMM'deki görüşmelerde eklenmiştir. Bu ibarenin madde metnine eklenmesi doktrinde eleştirilmiş; denkleştirme talebinin sadece tekel hakkı tanıyan hâllere özgü olmadığı, tekel hakkının bulunmadığı ve fakat sürekli borç ilişkisi tesis eden sözleşmelerde de denkleştirme talep hakkının olabileceği ifade edilmiştir⁷⁸.

Kanaatimizce, bu eleştiri haklıdır. Zira denkleştirme talep hakkının varlığında önemli olan acenteliğe benzerliktir. Kaldı ki, acentelikte tekel hakkı, tarafların anlaşmasıyla kaldırılabilirdiğinden, bunu acenteliğin bir unsuru olarak görmek isabetli değildir⁷⁹. Tekel hakkının kaldırılmış olduğu bir acentelik sözleşmesinde, acentelik sözleşmesinin sona ermesi hâlinde TTK m.122 hükmünün uygulanma imkânı varken, acenteliğe benzer bir sözleşmede ayrıca tekel hakkı veren bir niteliğin aranması yerinde bir tercih olmamıştır.

Ancak maddenin açık lafzı ve "tekel hakkı veren" ibaresinin TBMM tarafından eklenmiş olması karşısında, artık tekel hakkı

⁷⁵ EMDE, 2006, s. 452.

⁷⁶ EMDE, 2006, s. 452.

⁷⁷ VOGELS, Tim Oliver/KÖHNEN, Sven: Giesler Praxishandbuch Vertriebsrecht, 1. Auflage, Deutscher Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH, Bonn 2005, §3, N. 487 vd; BGH, 12.01.2000 – VIII ZR 19/99.

⁷⁸ KAYA, s. 227.

⁷⁹ ARKAN, s. 201.

tanınmayan hâllerde, denkleştirme talep hakkına ilişkin hükmün, benzer sözleşmelerde uygulanma imkânı yoktur. Kanun koyucu, açıkça bu sonucu istemiştir⁸⁰.

Tekel hakkından anlaşılması gereken, belirli bir bölge veya belirli bir müşteri çevresinin, ticaret dalının, belirli malların satışının kişiye tahsis edilmiş olmasıdır⁸¹. Bir sözleşmede taraflar tekel hakkı tanımamış ancak sözleşmenin mahiyetinden tekel hakkının varlığı anlaşılıyorsa, yine tekel hakkının var olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca sözleşmenin mahiyetinin tekel hakkı vermemesine rağmen, tarafların tekel hakkı tanınması da mümkündür. Bu sebeple tekel hakkının varlığı her somut olaya göre değerlendirilmeli ve tarafların iradesi ile sözleşmenin mahiyeti birlikte ele alınmalıdır.

Basit lisans sahibinin tekel hakkının bulunup bulunmadığı sorusu akla gelebilir. Basit lisans sahibi de tekel hakkına sahip olabilir. Zira basit lisansa, lisans veren, markayı kullanma hakkını veya üçüncü kişilere lisans verme hakkını saklı tutmaktadır. Basit lisans sahibine belirli bir bölge bırakılmış⁸² ve fakat lisans veren, başka bölgelerde üçüncü kişilere de lisans vermiş olabilir. Bu hâlde de basit lisans sahibinin o bölge için tekel hakkından söz edilebilir.

3. Sürekli Sözleşme İlişkisinin Varlığı

Süreklilik ile ifade edilen, sözleşmenin yürürlükte bulunduğu süre içinde devamlı olarak aracılık veya sözleşme yapmak için gayret göstermekle yükümlü olunmasıdır. Süreklilik unsurunun varlığı için bunun istenmiş olması yeterlidir. Taraflar arasındaki ilişki kısa ya da sınırlı bir süre devam etse de, bu unsur gerçekleşmiş demektir⁸³. Böylece bir süreye yönelik her iki taraftaki bağlılık, aracılık veya sözleşme yapma faaliyetlerinin icrası bakımından durumun esasını teşkil eder. Süreklilik, “her zaman”, “belirsiz süre olma” veya gece gündüz sürekli çalışma anlamına gelmez. Bunun sonucu olarak, sözleşme, başından beri belirli bir kısa süre için, meselâ bir sezon, kampanya, fuar ya da sergi süresince yapılabilir. Duruma göre marka lisansı alanın, kısa bir zaman içinde bile

⁸⁰ Bu yöndeki görüş için bkz. KAYA, s. 254 dn. 247.

⁸¹ İŞGÜZAR, s. 109 vd; YAVUZ, s. 29 vd; KAYIHAN, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 146 vd.

⁸² 556 sayılı KHK'de ve aynı şekilde 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda, lisansın, belli bir bölge için verilir verilemeyeceğinden bahsedilmemiştir. Bunun mümkün olduğu hakkındaki görüş için bkz. ARKAN, Marka, s. 194.

⁸³ STAUB/ BRÜGGEMANN, §84, N. 43.

sayısı belli olmayan bir şekildeki satışlar bakımından aracılık çabasını sürekli olarak yükümlendiği kesindir⁸⁴. Çalışma en baştan belirli sayıda işle sınırlı olursa ya da tek bir iş söz konusu olursa süreklilik vücut bulmaz. Yapılan iş marka lisansı alanın önemli bir zamanını alsa da durum değişmez. Sözleşme kısa bir zaman için olsa da, sayısı belli olmayan işlerin yapılması veya aracılık faaliyetine yöneldiği sürece, marka lisansı sözleşmesinin gerçek süresinin önemi yoktur⁸⁵.

4. SONUÇ

Marka, lisans sisteminin merkezindedir. Zira hiçbir müşteri, Shell, Mercedes-Benz ya da McDonalds markalı ürünlerin bir lisans alan tarafından sunulduğunu bilmez. Fakat lisans alan, sözleşmenin sona ermesinden sonra, müşterilerden yararlanamaz. Hakkaniyete dayalı bir bakış açısıyla, lisans veren ile lisans alanın menfaatleri denkleştirme yoluyla eşitlenir.

Marka lisansı alanın denkleştirme talep hakkının söz konusu olabilmesi için TTK m.122'de acentelik bakımından ifade edilen koşulların gerçekleşmesi yanında, bazı özel koşulların varlığı aranır. Buna göre, acenteye benzer nitelikler taşıyan ve tekel hakkı veren sürekli marka lisansı sözleşmelerinde, hakkaniyete aykırı düşmedikçe denkleştirme talebi söz konusu olabilir. Markanın çekiciliği denkleştirme bedelinin tayininde dikkate alınır.

KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih: Marka Hukuku, C.2, 1. Bası, AÜHF Yayını, Ankara 1998.
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2014.
- AYAN, Özge: Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, 1. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- BAUMBACH, Adolf/HOPT, Klaus: Handelsgesetzbuch, 32. Auflage, C.H. Beck, München 2006.
- EBERSTEIN, Hans Herrmann: Der Handelsvertreter-Vertrag, 8. Auflage, Recht und Wirtschaft, Heidelberg 1999.
- EMDE, Raimond: Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB für Markenlizenznehmer? Wettbewerb in Recht und Praxis 2003.

⁸⁴ HOPT, §84, N. 42; STAUB / BRÜGGEMANN, §84, N. 20; HOYNINGEN-HUENE, §84, N. 54.

⁸⁵ EMDE, 2003, s. 469 vd.

- EMDE, Raimond: Der Ausgleichsanspruch des Lizenznehmers analog § 89b HGB, Wettbewerb in Recht und Praxis, Heft 2006/04.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.
- FEZER, Karl-Heinz: Klausurenkurs im Handelsrecht, 4. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heilderberg 2006.
- HOPT, Klaus : Handelsvertreterrecht, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 1999.
- HOYNINGEN-HUENE, Gerrick Freiherr von v. G.: in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, Erstes Buch, Handelsstand §§ 1-104, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2005.
- İŞGÜZAR, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, 1. Bası, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 1989.
- KARASU, Rauf: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Acentenin Denkleştirme Talebi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, C.57, S. 4.
- KAYA, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap Ticari İşletme, Yedinci Kısım Acentelik (TTK m.102-123), 1. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- KAYIHAN, Şaban: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- KUNTALP, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2013.
- MARTINEK, Michael/WIMMER-LEONHARDT, Susanne: Steht auch dem Markenlizenznehmer der vertriebsrechtliche Ausgleichsanspruch analog § 89b HGB zu?, Wettbewerb in Recht und Praxis 2/2006.
- MARTINEK, Michael/SEMLER, Franz-Jörg: Handbuch des Vertriebsrecht, 1. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 1996.
- ORTAN, Ali Necip: Patent Lisansı Sözleşmesi, 1. Bası, Doğan Basımevi, Ankara 1979.
- ÖZEL, Çağlar: Marka Lisansı Sözleşmesi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZKAN, Sungurtekin, Meral/ÖZEKES, Muhammet: İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.
- SELİÇİ, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, 1. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1976.
- STAUB, Hermann / BRÜGGEMANN, Dieter: Handelsgesetzbuch, 4. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin New York 1995.
- TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul 2012.
- TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı Türk Ticaret Kanunu ve Ticarî Mevzuat, 15. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul 2014.
- TERCAN, Erdal: İflasın Sözleşmelere Etkisi, 1. Bası, Adil Yayınevi, Ankara 1996.

- VOGELS, Tim Oliver/KÖHNEN, Sven : Giesler Praxishandbuch Vertriebsrecht, 1. Auflage, Deutscher Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH, Bonn 2005.
- WOLFGANG, Kroll: Giesler Praxishandbuch Vertriebsrecht, 1. Auflage, Deutscher Anwaltverlag & Institut der Anwaltschaft GmbH, Bonn 2005.
- YASAMAN, Hamdi: Marka Hukuku, C.2, 2. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul 2004.
- YASAMAN, Hamdi/ALTAY, Sıtkı Anlam/AYOĞLU, Tolga/YUSUFOĞLU, Fülürya/YÜKSEL, Sinan: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. 2, 1. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul 2004.
- YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.
- YÜKSEL, Ali Sait: Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know-How) Sözleşmesi Hukuku, 1. Bası, Marmara Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1989.

INFORMATION, POWER AND LAW BİLGİ, İKTİDAR VE HUKUK

Hakan KARAKEHYA*

Abstract

There is a strict relationship between information and power. As widely expressed, information makes power. This idea is not incorrect but incomplete. Because this relationship does not run on one direction. At the same time power produces information. And law is the one of the basic tools using by power to produce information.

Surveillance can be described as monitoring individuals, groups or the society in general for the purpose of acquiring information or disciplining people, or both. Contrary to what is believed, this monitoring does not usually come out in the form of directly observing the movements of individuals or groups, or social preferences and events. It can also be done by storing information and private data about individuals. For this reason, the concept of surveillance comprises a much broader meaning than its daily usage.

In this study information, power and law relationship will be analyzed by using the different ideas in the literature. Our determinations on the topic will be explained in the cause and effect relationship.

Keywords: Information, power, law, surveillance, discipline

Özet

Bilgi ve iktidar arasında sıkı bir ilişki vardır. Sıklıkla ifade edildiği üzere, bilgi, iktidar yapar. Ancak bu ifade doğru olmakla birlikte eksiktir. Nitekim bilgi-iktidar ilişkisi sadece tek yönlü bir hareketlilik içermez. Nasıl ki bilgi iktidar yapıyorsa, aynı zamanda iktidarın da bilgi ürettiği görülmektedir. Hukuk ise iktidarın bilgi üretirken kullandığı temel araçlardan bir tanesi olarak karşımıza çıkar.

Gözetim, bireylerin, grupların ya da genel olarak toplumun, bilgi sahibi olmaya veya insanları disiplinize etmeye yahut da her ikisini birden gerçekleştirmeye yönelik olarak izlenmesi şeklinde tanımlanabilir. Genellikle inanılan aksine bu izleme, daima, kişilerin ya da grupların hareketlerinin, sosyal tercihlerin veya olayların doğrudan izlenmesi şeklinde gerçekleşmez. Aynı zamanda bu takip, bireyler hakkındaki özel verilerin ve bilginin depolanması şeklinde de karşımıza çıkabilir. Bu nedenle gözetim kavramı, genellikle gündelik hayatta kullanıldığından çok daha geniş bir içeriğe sahiptir.

Bu çalışmada bilgi, iktidar ve hukuk ilişkisi, doktrindeki farklı görüşler değerlendirilmek suretiyle incelenecektir. Kendi kişisel görüşlerimiz ise neden-sonuç ilişkisi içinde açıklanacaktır.

Anahtar Sözcükler: Bilgi, iktidar, hukuk, gözetim, disiplin

* Assoc. Prof. Dr. Anadolu University, Faculty of Law, Chair of Criminal and Criminal Procedure Law, 26470 Eskişehir, hkarakehya@anadolu.edu.tr

INTRODUCTION

In today's society, the importance of information increases constantly, as it is often stated. Knowing about the universe, society, people, nature and the rules that control the nature brings ease of life to individuals or groups as well as provides them with an area of power to the extent of their knowledge. In this regard, getting to know things is usually achieved by examining and surveillance. Therefore, it can be stated that one needs to know to get power, and surveillance to get to know. In order to be in power and ensure its continuity, those who are in power who need information and thus surveillance often use law as a means in this respect.

By revealing the relationship between information and power, this study examines the surveillance activities conducted by those in power and the use of law as a means in these activities. In our opinion, analysing the relationship between information, power and law would be influential for us to determine our stance in life as well as differentiate our views on some legal norms. In this context, the study is expected to make a contribution to the literature. On the other hand, the primary method employed in the study consists of putting forward our views within a cause-effect relationship by making use of different views in the doctrine.

1. INFORMATION-POWER RELATIONSHIP

There is a close relationship between power and information. As it is often stated, all individuals who are in power need information. Information legitimises power and makes it effective. Possessing information means having power¹. If you aim to control an object, an individual or a society, you first need to know them well, and this is possible by surveillance into their lives. In this sense, there is a close relationship between power and information.

Although this aspect of the power-information relationship is frequently emphasized, another aspect, which is the information production of those in power, is observed to be relatively neglected. In fact, as information serves power, power serves information. For example, even if the official language of a state were to be French or a geographical location were to be called differently, the information in the social domain would change after those in power say that the official language is English, or change the name of that location; in other words, the new

¹ BAUMAN, Zygmunt: *Yasa Koyucular ile Yorumcular*, (Translated by Kemal Atakay), Metis Publishing, İstanbul 1996, p.62.

information has been produced by the power. In addition, those in power are observed to develop a new discourse that overlaps with their ideology in areas of social sciences such as history and sociology, and be inclined to disseminate this to a wide audience through the education system they control. Therefore, there is a bidirectional connection between the two concepts².

Foucault emphasizes this bidirectional relationship between the concepts of power and information. According to him, while information or knowing about something is required for the existence and continuity of power, those in power also produce information. Even the development of mere scientific knowledge is evolved depending on power relationships³.

2. SURVEILLANCE AS A METHOD OF POWER FOR ACQUIRING INFORMATION AND ITS TYPES

Surveillance can be described as monitoring individuals, groups or the society in general for the purpose of acquiring information or disciplining people, or both. Contrary to what is believed, this monitoring does not usually come out in the form of directly observing the movements of individuals or groups, or social preferences and events. It can also be done by storing information and private data about individuals. For this reason, the concept of surveillance comprises a much broader meaning than its daily usage.

The concept of surveillance can be considered from two different perspectives. The first meaning refers to storing information about individuals, groups or the society which can be used to control their behaviours, whereas the second meaning includes directly observing the behaviours of individuals or groups, or the social behaviours in general⁴. The first meaning can be named as storage surveillance, and the second one as observance surveillance.

Some authors argue that technically, for surveillance, there should be an authority relationship between the one who is surveilling and the one who is surveilled, which we agree in principle. However, even though

² HUNT, Alan / WICKHAM, Gary: Foucault and Law, Pluto Pres, London-Sterling, Virginia 1994, p.12.

³ FOUCAULT, Michel: İktidarın Gözü, (Translated by Işık Ergüden), Ayrıntı Publishing, İstanbul 2003, p.248.

⁴ GIDDENS, Anthony: Ulus Devlet ve Şiddet, (Translated by Cumhuriyet Atay), Kalkedon Publishing, İstanbul 2008, p.24

there is no authority relationship, we think that observance to form an authority relationship in the future should be evaluated within the concept of surveillance. In particular, such an authoritative connection can be established in observance relationships that emerge in the form of boss-worker or state-citizen; on the other hand, no such relationship exists in the observing and storing activities of business firms related to customer behaviours which we evaluate in the scope of surveillance. However, these firms conduct such activities to direct individuals by observing their buying behaviours. Therefore, since there is an authority relationship with the person being surveilled however indirect and weak as a result of the observance, these activities should be considered within the scope of the concept of surveillance. At the same time, because there is no authority relationship within this scope in individuals' observance activities on other people merely because of curiosity and to make an evaluation about them (e.g. peeping into neighbour's house, following what friends buy and sell online), these activities should not be considered within the scope of surveillance.

3. SURVEILLANCE TO ACQUIRE INFORMATION

A. Surveillance to Maintain Power by Acquiring Information

Being in power is a difficult task and requires foreseeing oppositional social movements and taking precautions against them beforehand. For this reason, individuals in power often use surveillance to determine the hazards that can come out with regard to their future, and take precautions against these issues. In this context, intelligence agencies of states meet this need of those in power by making use of technological facilities that are becoming increasingly technological. Besides, law enforcement officers such as gendarme and police are frequently used for intelligence purposes.

Surveillance to remain in power shows itself not only in the macro level as in the state-society relationship, but also in the micro level as in the power relationships. Therefore, those in power would like to have information resources among foremen/workers, directors/officers, rectors/deans and faculty members to deliver complaints about it to the superior authorities or organise others to take a stand towards it. As a matter of fact, maintaining power and ensure its continuity is one of the instinctive behaviours of human beings⁵.

⁵ HOBBS, Thomas: *Leviathan*, (Translated by Semih Lim), Yapı Kredi Publishing, İstanbul 1995, p.76, p.127

It is very common among people to carry information to the power, be its information resource and thus be inclined to be close to it. Similar to a magnet attracting metals, the power attracts the individuals around it. For individuals, it is difficult to resist to "the unbearable lightness of being close to the power". However, like the metals that can hold on against the attraction of the magnet, only strong-willed individuals can resist to the attraction of power.

B. Surveillance to Direct by Acquiring Information

Surveillance is one of the tools that are used to direct target individuals, groups or societies into a certain direction. As a matter of fact, if you conduct surveillance on the life of an individual, a group or a society, you get to know and recognise them well. Consequently, you can control someone whom you know and recognise well more easily. In this regard, there is a need to know things to control people, and a need for surveillance to get to know these things. Individuals in power who want to direct the society into a certain direction have always felt the need to recognise and conduct surveillance on the society that they rule. During the part of the human history that comes across modernism, the states have taken as a mission to turn the people they rule into a society consisting of individuals who abide the laws they make. Such a society formed reasonably and rationally is seen as the ultimate goal of modern states⁶.

This situation is not only valid in the macro level. In interpersonal relationships, there is a need to first recognise and know the other person to direct them into a certain direction. This can be possible by surveillance into various areas of that person's life. For instance, if you want to make a friend do something, you need to recognise him/her well. If your friend is a person who does not like being ordered, but kindness, and react positively to kind behaviours, it will be enough to utter a few questions starting with "Could you ..." and end with "please?". On the other hand, if you have an authoritarian friend who perceives kindness as a weakness, but do things when he/she is ordered to, you will need to utter sentences in the imperative mood when talking to him/her⁷. Or, if he/she is a person who act based on his/her own ideas and have difficulty accepting others'

⁶ BAUMAN, Zygmunt: *Modernlik ve Müphemlik*, (Translated by İsmail Türkmen), Ayrıntı Publishing, İstanbul 2003, p.24.

⁷ For "authoritarian personality" see also BATMAZ, Veysel: "Giriş," *Otoriteriyen Kişilik*, (Ed.: Veysel Batmaz), Salyangoz Publishing, İstanbul 2006, p.48.

ideas, you can making him/her accept your ideas by saying "Is this what you mean?" and presenting them as his/her ideas. It is possible to find more examples. However, the common point in all examples is that to direct a person in the desired way, you first need to recognise him/her well. As for recognising someone well, it is possible through surveillance.

In today's society, some business firms are observed to conduct surveillance on people's lives to direct them especially by storing and classifying information. For example, as a result of the information sharing among the banks, any bank can learn how much money and debt that a person has in other banks. This practice is kind of a control over the part of individuals' economic activities and the active-passive balance. It is in this way that individuals can apply for a loan right through a text message including their identity number. Besides, hypermarkets have the opportunity to follow the buying habits of their customers by means of the discount cards they give them. These cards are read by a barcode reader before each purchase to get discount and earn points, and in this way, it can be recorded what each customer buys. After it is known what they spend their money for and what they need, it gets easier to direct individuals to buy a certain product.

4. SURVEILLANCE TO DISCIPLINE

A. Discovery of the Disciplining Effect of Surveillance by the Western World

Surveillance can be done not only for acquiring information, but also for disciplining together with or independently from the first purpose. The wide discovery of the disciplining effect of surveillance by the western world was with the plague epidemic in the Medieval Europe⁸. In this period, some rules were set to be applied in the case of a plague epidemic in a city, and not obeying to these rules was bound to very heavy sanctions. This city would be immediately surrounded and closed for entrance, and the opposite behaviours would be punished with death. While stray animals would be killed, the city would be divided into smaller parts assigned with an inspector. Every family must have stored food beforehand. Small wooden channels were built between on the streets and between houses only for bread and wine. These enabled meeting everyone's need without any communication between the providers and the society. Whether the rules were obeyed or not was

⁸ BAUMAN, (1996) p.51)

strictly inspected by the officials. In this system, inspections were continuous and glances were over everywhere⁹.

In this way, thanks to these practices implemented for cities with plague, it was noticed that locking individuals into a place made possible a disciplinary model in which all actions were inspected, the power worked hierarchically and constantly, and every individual was observed in almost all points in a closed area¹⁰. Initially thought for cities with plague, this model started to be also used for keeping tramps, insane people and dangerous patients under surveillance, and thus, the historical process called "the great confinement" arose¹¹. In this regard, prisons, poorhouses, hospices, hospitals and mental hospital played an important role as the places where this confinement happened¹². That these new institutions which came out in the early modernism period were not random inventions can be understood from their appearances that were surprisingly simultaneous in distant and functionally unrelated areas. As a matter of fact, the purpose was not to look after poor people, punish the criminals or treat insane individuals. What was more important was organising the social control mechanism in a new format towards the great distress of the social power areas and re-ensuring them¹³.

B. A Good Metaphor For Understanding the Disciplining Effect of Surveillance Panopticon

With regard to conducting observance in a closed area and doing this with the lowest cost effectively, Bentham's "Panopticon" project gives important clues¹⁴. This is because in this project, Bentham aimed to both get informed and rehabilitate the prisoners by observing them. Besides, he would do this with fewer staff and less cost. For this reason, thinking this project that would be operated with low cost would attract the interest of rulers, he hoped to gain a good profit from it. However, he was not able to actualise this project during his lifetime and it stayed as a great waste of

⁹ FOUCAULT, Michel: Hapishanenin Doğuşu, (Translated by Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Publishing, Ankara 2006, p.289

¹⁰ MERQUIOR, J. G.: Foucault, (Translated by Nurettin Elhüseyni), AFA Publishing, İstanbul 1986, p.27

¹¹ FOUCAULT, (2006) p.292

¹² ÖZKAZANÇ, Alev: "Örgütlü Modernliğin Çözülmesi Sürecinde Suçun Yeniden Siyasallaşması," Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, (Ed. Yasemin Özdek), Publication of TODAİE İnsan Hakları Araştırma Merkezi, Ankara 2002, p.381.

¹³ BAUMAN, (1996) p.59

¹⁴ FOUCAULT, (2006) p.295

time and money for him. On the other hand, almost all prisons built after Bentham, especially in the first half of the 19th century, were built by taking some of his practices as an example¹⁵. Therefore, this project of Bentham's can be accepted as a project that never took place, but also applied repeatedly in a way. It should be noted that the Panopticon has not reached to us directly by Bentham. Although many scientists working on punishment theory and penal systems were familiar with the importance of Panopticon long before, the recognition of Panopticon and its use in almost every writing on observance increased when Foucault got interested in it and gave it wide coverage in his work titled Birth of Prison¹⁶.

Generally, in Panopticon, there is a building in the form of a ring, and a tower in the centre of this ring. This watchtower in the centre has large windows looking to the interior front of the ring-shaped building surrounding it which is divided into cells. Each cell has two large windows, one looking to the interior and the other looking outside. The window facing the interior comes right across the windows of the tower. Because of the light coming from the window facing outside, the silhouettes of the prisoners in the cells of the ring-shaped building can be easily followed from the tower. Since the interior of the tower does not reflect outside, it is not possible for the prisoner to know how many people there are in the tower. This arrangement that enables observing without being seen forms spatial units enabling constant view and quick recognition¹⁷. Control is based on surveillance on the prisoners by individuals that cannot be seen. There is not place for the prisoner to hide and that can be described as private area. The only reasonable option for the prisoner who does not know if he is being watched since he cannot see inside the tower, but assumes that there is someone inside to watch is obedience. Therefore, Bentham derived a word meaning "fully visible place" in Greek for his prison: "*Panopticon*"¹⁸. Due to the ease of watching it provides and the feeling of "I'm being watched" that it creates in the prisoner, this prison does not need many guardians, which reduces the operating costs extremely.

¹⁵ FOUCAULT, (2003) p.86

¹⁶ LYON, David: Elektronik Göz-Gözetim Toplumunun Yükselişi, (Translated by Dilek Hattatoğlu), Sarmal Publishing, 1997, p.92

¹⁷ FOUCAULT, (2006) p.295

¹⁸ LYON, p.93

Even though Panopticon was designed in the form of a prison, the logic behind it is the kind that can be implemented anywhere from mental hospitals to military barracks, or from schools to factories. For this reason, Panopticon is not only a prison, but a power technology, and a surveillance project¹⁹.

Finally, it should be stated that one of the most important changes observed in social life with the modernist period is the professionalism of surveillance. It has now started to be done by people who acquire it as a profession in this new period. In this way, an occupational group that consists of individuals who are specialised in surveillance and will do it for those in power has emerged. This task in question is not an ordinary one, and requires from individuals more than using brute force; having skills of surveillance, specialisation and being an engineer of human behaviour²⁰.

C. Surveillance to Discipline at the Present Time

When surveillance to discipline first started to be systematically used in the historical process (early modernist period), there was a need for closed areas. As a matter of fact, in that period, individuals could only be observed in closed areas. No technological facilities were available to directly watch their activities outside and store information. However, it is possible to discipline individuals by making them feel that they are being pried without being in a closed area by means of technology.

By means of drones and satellite systems, certain regions and even the entire planet can indeed be monitored in the macro level by the states having such technological means²¹. On the other hand, through the use of facilities that organisations such as the Turkish Information and Communication Technologies Authority (ICTA) have, we live with the concern that our phones can be tapped and our emails can be read any time. This concern disciplines us, and prevents us from making phone calls that can cause the power impose sanctions, writing e-mails with illegal contents, or performing illegal actions where we can be seen by surveillance cameras. Therefore, surveillance disciplines us.

To approach the issue at a micro level, children do not misbehave as long as they think their fathers are watching them, or workers stop

¹⁹ FOUCAULT, (2003) p.87)

²⁰ BAUMAN, (1996) p.59)

²¹ LACOSTE, Yves: Büyük Oyunu Anlamak-Jeopolitik: Bugünün Uzun Tarihi, (Translated by İsmet Akça), NTV Publishing, İstanbul 2007, p.48

neglecting their job when they notice the head worker is watching them. Similarly, when a camera is placed at a junction where people violate the red light, the violations would probably decrease considerably, even if the camera does not work. Or, the model of a police vehicle that is placed on a road where people drive at a speed exceeding the legal limit would generate the reflex of breaking and slowing down in drivers.

5. IS THE SURVEILLANCE BY THE POWER UNNECESSARY?

Based on the explanations on the concept of surveillance, it can be thought that we support the unnecessariness of public surveillance in particular. For this reason, in the final section of this paper, we wanted to make some explanations related to the necessity of public surveillance that is conducted by the state. In the modern society, the simultaneous rise of democracy and surveillance attracts the attention. This situation should be considered reasonable. The reason is that in democratic societies, the desire to live in safe and easy circumstances, and the demand to receive quality public services conveniently are the primary priorities of individuals. The modern state can provide this only by giving every citizen a number (e.g. identity number, social security number), keeping record of individuals, and conducting various activities of indirect and direct surveillance to ensure security. In many democratic societies, for majority of individuals constituting the society, the only guarantee for safely walking at night in the streets of cities surrounded by buildings similar to the walls of a fortress is the police officers and security cameras surveilling on the streets²².

In terms of organising the social life and fighting against crime effectively, surveillance is indispensable in today's societies. In this context, it is apparent that surveillance has indispensable benefits although it has many aspects that can be criticised²³. Moreover, it is not only states that make use of advanced technology for surveillance purposes. Criminals can develop new methods of committing crimes by using the advantages of the modern world. Particularly by means of information technologies and the Internet, communication and cooperation in organised crime, training of gang members (i.e. making bombs etc.) and new techniques for committing crimes have reached to unbelievable dimensions. Besides, the damages caused in some crimes are not greater

²² LYON, p.45

²³ LYON, p.10

than it was in the past. Technology has not only provided ease in communication, transportation and production, but also enables stealing more easily and in greater quantities, breaking down and killing. In the face of the huge damages caused due to crimes, it has been more important to prevent crime compared to the past. In this sense, the state's increasing surveillance to an extent and developing it by using new techniques can be regarded as reasonable.

On the other hand, surveillance activities, which are closely related to the concepts of basic rights and especially the privacy of private life, should have certain limits. Otherwise, it would be indispensable to turn into a society of individuals who pass every moment of life with the psychology of being pried. In addition, giving those in power the authority of surveillance redundantly would lead to informing them excessively which would result in giving them excessive power.

6. INSTRUMENTALISATION OF LAW IN PUBLIC SURVEILLANCE: SAMPLE OF NOT REPORTING A CRIME

For public surveillance, the state is observed to often use the law as a means. In this regard, the state legitimises its activities such as tapping phones, following individuals' actions in public space, and gathering personal information through legal regulations. In this way, surveillance activities becomes legal and are legitimised by being absolved by law. Besides, the state imposes individuals the obligation of being its means of surveillance with some rules that it prescribes in many criminal laws. The state's forcing individuals to become its means of surveillance through the "crimes of not reporting crime" regulated under Article 278 and its subsequent articles of the Turkish Penal Code are examined in this section.

In the 2004 Turkish Penal Code (no. 5237), there are three articles that attracts the attention with respect to individuals' being used as a means of the surveillance conducted by the state. These are the crimes of not reporting crime in Article 278, public servants' not reporting crime in Article 279, and health professionals' not reporting crime in Article 280. While the first of these crimes can be committed by any citizen, the second one can be committed by public servants, and the third one only by health professionals.

Each of these three types of crimes imposes the authorised bodies of the state the duty to report a crime. Therefore, with these crime types,

the lawmaker puts the individuals who are the addressees in these articles in the position of a surveillance body of the state. These crime types are relatively more reasonable in terms of Articles 279 and 280. In this sense, the state brings such an obligation to those who will perform certain public duties, and it is acceptable that individuals have a right to choose and these regulations are sensible by claiming that they may not work in performing these public duties. However, putting such an obligation on health professionals in particular would result in perpetrators', who are in need of emergency medical aid, and victims', who do not want the crime to revert to the courthouse, abstaining from receiving medical services²⁴. Besides, it is open to discussion that how negatively a health professionals' being under the obligation of reporting a crime related to a patient who has the possibility of a victim or perpetrator would affect the patient-doctor relationship particularly in an important area of public service like healthcare. However, as we said, in these areas, individuals at least have the choice not to work in these occupations.

On the other hand, it is not possible to say the same for the crime of not reporting crime, which has been accepted in Article 278 as a crime as of the the new Turkish Penal Code. With this regulation, individuals are not given the chance of not falling into the position of an informer in terms of the crimes that they witness being committed. This article is one of the most important reflection of the understanding that "if you are an individual living in this country, you have to be the eyes of the power"²⁵. Consequently, for individuals who do not want to commit a crime or be in the position of an informer, there is no other chance in terms of the crimes that are being committed or those whose outcomes cannot be restricted. In this regard, in any case where they do not inform the authorities about a crime of which they have knowledge, they will have committed a crime. With this regulation, as Bentham states in his work Panopticon, "every citizen becomes an observer."²⁶

²⁴ ADLİ TIP UZMANLARI DERNEĞİ BİLDİRİSİ (Forensic Science Experts' Declaration): "TCK'nın 530. Maddesi Ortadan Kaldırılıyor!..," Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Ed: Teoman Ergül), Publication of Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, p.241

²⁵ YARSUVAT, Duygun et al: "Türk Ceza Kanunu Tasarı'sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü," Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Ed: Teoman Ergül), Publication of Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004, p.316.

²⁶ FOUCAULT, (2003) p. 92

At first glance, with Article 278 on not informing authorities about crimes, it can be thought that individuals are imposed such an obligation in order to call for help to those who are in need due to the crime (e.g. a person who is the victim of reckless injury as a result of a traffic accident). However, to impose criminal sanctions to not fulfilling one's humanitarian obligations, the crime of *not fulfilling the obligation of help and informing* was regulated under Article 98 of the Turkish Penal Code. Therefore, it is clear that the regulation related to crime in Article 278 do not have such a purpose. In our opinion, this type of crime is of great importance in terms of showing the extent of surveillance in today's Turkey.

RESULTS

There is a close relationship between power and information. As it is often stated, all individuals who are in power need information. Information legitimises power and makes it effective. Possessing information means having power. If you aim to control an object, an individual or society, you first need to know them well, which this is possible by surveillance into their lives. In this sense, there is a close relationship between power and information. Although this aspect of the power-information relationship is often emphasized, the other aspect, which is the information production of the power, is relatively neglected. In fact, as information serves power, power serves information. Therefore, there is a bidirectional connection between the two concepts.

Surveillance can be described as monitoring individuals, groups or the society in general for the purpose of acquiring information or disciplining people, or both. Contrary to what is believed, this monitoring does not usually come out in the form of directly observing the movements of individuals or groups, or social preferences and events. It can also be done by storing information and private data about individuals. For this reason, the concept of surveillance comprises a much broader meaning than its daily usage.

Both in the macro level and in the micro level, it is observed that surveillance has two primary purposes as "acquiring information" and "disciplining". The surveillance for acquiring information is mostly due to the information-power relationship. As a matter of fact, all individuals in power need information. Information legitimises power and makes it effective. Possessing information means having power. In this regard, if

you aim to control an object, an individual or society, you first need to know them well. It should also be noted that surveillance can be done not only for acquiring information, but also for disciplining together with or independently from the first purpose.

Although surveillance has many aspects that can be criticised, it should be stated that especially public surveillance conducted by the state appears as a need for society. In terms of organising the social life and fighting against crime effectively, surveillance is indispensable in today's societies. Moreover, it is not only states that make use of advanced technology for surveillance purposes. Criminals can develop new methods of committing crimes by using the advantages of the modern world. Technology has not only provided ease in communication, transportation and production, but also enables stealing more easily and in greater quantities, breaking down and killing. In this sense, the state's increasing surveillance to an extent and developing it by using new techniques can be regarded as reasonable. On the other hand, surveillance activities, which are closely related to the concepts of basic rights and especially the privacy of private life, should have certain limits. Otherwise, it would be indispensable to turn into a society of individuals who pass every moment of life with the psychology of being pried. In addition, giving those in power the authority of surveillance redundantly would lead to informing them excessively which would result in giving them excessive power.

For public surveillance, the state is observed to often use the law as a means. In this sense, on the one hand, the state completely legitimises its activities such as tapping phones, following individuals' actions in the public space and gathering personal data through legal regulations; on the other hand, it imposes individuals the obligation of being an observer for the state by means of some rules prescribed in criminal laws.

REFERENCES

- ADLİ TIP UZMANLARI DERNEĞİ BİLDİRİSİ (Forensic Science Experts' Declaration): "TCK'nın 530. Maddesi Ortadan Kaldırılıyor!...", Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Publication of Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004
- BATMAZ, Veysel: "Giriş," Otoriteriyen Kişilik, Salyangoz Publishing, İstanbul 2006
- BAUMAN, Zygmunt: Yasa Koyucular İle Yorumcular, (Translated by Kemal Atakay), Metis Publishing, İstanbul 1996
- BAUMAN, Zygmunt: Modernlik ve Müphemlik, (Translated by İsmail Türkmen), Ayrıntı Publishing, İstanbul 2003

- FOUCAULT, Michel: Hapishanenin Doğuşu, (Translated by Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Publishing, Ankara 2006
- FOUCAULT, Michel: İktidarın Gözü, (Translated by Işık Ergüden), Ayrıntı Publishing, İstanbul 2003
- GIDDENS, Anthony: Ulus Devlet ve Şiddet, (Translated by Cumhur Atay), Kalkedon Publishing, İstanbul 2008
- HOBBS, Thomas: Leviathan, (Translated by Semih Lim) Yapı Kredi Publishing, İstanbul 1995
- HUNT, Alan / WICKHAM Gary: Foucault and Law, Pluto Pres, London-Sterling, Virginia 1994
- LACOSTE, Yves: Büyük Oyunu Anlamak-Jeopolitik: Bugünün Uzun Tarihi, (Translated by İsmet Akça), NTV Publishing, İstanbul 2007
- LYON, David: Elektronik Göz-Gözetim Toplumunun Yükselişi, (Translated by Dilek Hattatoğlu), Sarmal Publishing, İstanbul 1997
- MERQUIOR, J. G.: Foucault, (Translated by Nurettin Elhüseyni), AFA Publishing, İstanbul 1986
- ÖZKAZANÇ, Alev: “Örgütlü Modernliğin Çözülmesi Sürecinde Suçun Yeniden Siyasallaşması,” Yoksulluk, Şiddet ve İnsan Hakları, (Ed. Yasemin Özdek), Publication of TODAİE İnsan Hakları Araştırma Merkezi, Ankara 2002
- YARSUVAT, Duygun., et al: “Türk Ceza Kanunu Tasarı’sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Reformu İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Ed.: Teoman Ergül), Publication of Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2004

KABAHATLERİ SUÇ OLMAKTAN ÇIKARMA EĞİLİMİ VE KABAHATLER KANUNU

TENDENCY TO DECRIMINALIZATION OF MISDEMEANOR OFFENSES AND MISDEMEANOR ACT

Selçuk GİŞİ*

ÖZET

Kamu düzeninin korunabilmesi için kişilerin idare ile olan ilişkilerinde, kamu düzenini bozan davranışların yaptırıma bağlanması gerekir. Bu alanın genel çerçevesi, idari yaptırım hukuku ile belirlenmiştir. Çeşitli kanunlarda yer alan idari yaptırımlar arasında bir sistem birliğinin ve idari nitelikteki yaptırımlarla ilgili olarak genel bir kanunun sistemde bulunmaması, hukuk güvenliği ve öngörülebilirlik açısından önemli bir eksiklik olarak belirecektir. Ayrıca idarenin gün geçtikçe faaliyet alanının büyümesi, idari yaptırım alanının genişlemesine de yol açmaktadır. Özellikle devletin yürütme fonksiyonunun icrası sırasında idarenin bir yargı kararına dayanmaksızın doğrudan yaptırım uygulayabilmesi idari yaptırımlar alanında hakim olan genel ilkelerin ortaya konulmasını da zorunlu kılmıştır. Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi çerçevesinde 5326 sayılı Kabahatler Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte idari yaptırımlara ilişkin genel kurallar ilk defa bir kanunla düzenlenmiştir. Buna ilaveten 5326 sayılı Kabahatler Kanunuyla idari yaptırımların türleri ve kanun yollarının esasları belirlenmiştir. Bu açıklamalar çerçevesinde yapılan çalışma ile kabahat ve yaptırım kavramlarının izah edilmiş ve Kabahatler Kanununun genel kanun olma niteliği açıklanarak kanunun eksikliklerine yönelik hususlar Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde ele alınarak tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İdari Yaptırımlar, İdare Hukuku, Kabahatler Kanunu, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi

ABSTRACT

In order to protect the public order, the action that disrupts the public order should be imposed sanction in the relationship between people and administration. The general framework of this area is determined by the administrative sanction law. The lack of a system unity of administrative sanctions in various laws and the lack of a general law on administrative sanctions would be a major shortcoming in terms of legal security and predictability. In addition, the growing field of activity of the administration day-to-day leads to the expansion of the field of administrative sanctions. Particularly, administration's ability to impose direct sanctions without resting upon a judicial decision during the execution of the state's executive function has required to lay down the general principles prevailing in the field of administrative sanctions. Within the scope of the tendency to decriminalization of misdemeanor offenses, the general rules on administrative sanctions have been regulated by a law for the first time with the entry into force of the Misdemeanor Act No. 5326. In addition to this, the types of administrative sanctions, and the principles of legal remedies have been determined by the Misdemeanor Act No. 5326. Within the scope of these explanation, in this study, the concepts of misdemeanor and

* Dr. selcukgisi@hotmail.com

sanction as well as the feature of Misdemeanor Act's being a general law are explained, and the issues regarding the deficiencies of Misdemeanor Act is discussed within the framework of the decisions of the Constitutional Court.

Keywords: Administrative Sanctions, Administrative Law, Misdemeanor Act, Tendency to Take Misdemeanor from Being A Crime

GİRİŞ

Bir toplumda; hak ve adalet duygusuna, temel hak ve özgürlüklere, insan haysiyet ve şerefine veya bağlı bulunduğu kurumdaki disiplin kurallarına değer veren kişiler olduğu gibi bunlara hiç değer vermeyen ve hukuka aykırı davranışlarda bulunmaktan çekinmeyen kişiler de bulunmaktadır. Bundan dolayı toplumda ve idare ile kişiler arasında sonsuz bir barış ve huzur hüküm sürememekte ve bu özlenen barış ve huzurun sağlanabilmesi de yaptırımlara bağlı gözükmektedir.

Değişen sosyal ve ekonomik koşullar idareye bazı yetkilerin tanınması sonucunu doğurmaktadır. Çünkü toplumsal yaşamın her anında idare ile kişiler ilişki içerisindeyler. Bu kapsamda kamu düzeninin korunabilmesi, idari ihlaller karşılığında yaptırım öngörülmesini zorunlu kılmaktadır. Ayrıca toplumsal ihtiyaçları yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye geniş ve değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkisi tanınmaktadır. Öte yandan, idareye yaptırım uygulama yetkisinin tanınması, aynı zamanda, mahkemelerin iş yükünün ve tarafların zaman, emek ve masraf kaybının azaltılmasını da sağlayacaktır.

Ayrıca kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi sonucunda da idarenin yaptırım uygulama yetkisi gün geçtikçe artmaktadır. Nitekim, 4854 sayılı Bazı Kanunlardaki Cezaların İdari Para Cezasına Dönüştürülmesine Dair Kanun kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimine örnek olarak gösterilebilir. Bizce Türk hukukunda kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin dönüm noktası, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunuyla mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen cürüm ve kabahat ayrımının kaldırılmasıdır. Cürüm ve kabahat ayrımının kaldırılmasının doğal sonucu olarak kabahat türünden fiiller ve bunlara uygulanacak usul ve esaslar 5326 sayılı Kabahatler Kanununda düzenlenmiştir. Yine 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla haksızlık oluşturan hareketin niteliği ve bunun toplumsal yaşamdaki etkileri göz önünde tutularak bazı fiillerin cezası, idari yaptırıma dönüştürülmüştür.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun genel kanun niteliği, bu Kanunun önemini daha da artırmaktadır.

1. YAPTIRIM KAVRAMI

Hukuk kurallarının ihlal edilebilir olasılığı göz önünde bulundurulduğunda, bu kurallara uyulmasının sağlanması hukuk sistemlerinde bir sorun olarak belirir. Devlet bireylerinin haklarını korumakla yükümlüdür ve bunun için bireylere ödevler yükler. Kişiler bu yükümlülüğü kendiliğinden yerine getirmese, Devlet, bu yükümlülüğü yerine getirmek ve hukuk düzenini sağlamak amacıyla, hukuka aykırı davranışlar karşılığında belirli zorlayıcı önlemler alır. Çünkü hukuk kurallardan meydana gelir. Hukuk kuralları da yaptırıma dayalıdır. Yaptırım, hukuk kurallarının verdiği emirlere karşı gelindiğinde kanunlar çerçevesinde bu emirlerin yerine getirilmesi için kullanılan Devlet gücüdür¹. Diğer bir ifadeyle yaptırım; ihlal edilen hukuk kuralı nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırı durumun bir tür ceremesi, bir kimsenin hukuk kuralına uymamasının cezasını çekmesi anlamına gelmektedir². GÜRİZ'in de haklı olarak belirttiği üzere yaptırım, ya hukuk kuralının olumlu emrinin yerine getirilmemesi ya da kuralın öngördüğü yasağa uyulmaması halinde kendini gösterir³.

Diğer taraftan, gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye geniş ve değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkisi tanınmaktadır⁴. İdare hukukunun kamu kudreti anlayışı ile açıklanmasında, idari yaptırımlar kamu kudretinin görünümü ve idarenin düzenleme yetkisinin bir şeklidir⁵. Doktrinde genel kabul gördüğü üzere idari yaptırımlar, “idari emir ve yasağı bozan bir fiile”⁶

¹ ESENER, Turhan: Hukuk Başlangıcı Dersleri, Alkım Yayınevi, 1998, s.127.

² CANSEL, Erol / ÖZEL, Çağlar: Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel Kavram ve Kurumları), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s.43.

³ GÜRİZ, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003, s.43.

⁴ AYMK., T: 23/10/1997, E: 1997/19, K: 1997/66. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c70379bb-d0f4-41d5-89d6-5972a34bfl31?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

⁵ SANCAKDAR, Oğuz: “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri”, in Ulsan, İlhan / Yavaşlar, Funda Başaran (ed.), İstanbul Kültür Üniversitesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s. 59-109.

⁶ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, AÜSBFD, C: 18, No: 2, Haziran 1963, s.121.

yani idari ihlallere karşı, idarenin tek taraflı iradesiyle uyguladığı yaptırımlardır⁷. Çünkü idari ihlalin ortaya çıkması durumunda kamu düzeninin işleyişi bozulur⁸.

2. GENEL OLARAK KABAHATLER KANUNU

İdarenin faaliyet alanının büyümesi ve bazı eylemlerin gerçek anlamda suç olmaktan çıkarılıp idari suça dönüştürülmesi, idari yaptırımlar alanının genişlemesine yol açmıştır⁹. Kabahatleri suç olmaktan ve ceza kanunlarının kapsamı dışına çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak; çeşitli hususlarda düzenleme getiren özel kanunlarda, bazı fiiller karşılığında idari yaptırımlar öngörülmektedir¹⁰. Kabahatleri dar anlamda suç olmaktan çıkarma eğilimi ilk kez, 18. yüzyılın ikinci yarısında Alman hukukçuları tarafından benimsenmiştir¹¹.

İdari ihlaller karşılığında idari yaptırım uygulanması gerektiğinin yani kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin nedenleri arasında yargılamaların gereğinden fazla uzamaması ve önemli davaların gerekli incelemeye tabi tutulması amacıyla iş hacimleri oldukça yüksek olan mahkemelerin daha güç duruma sokulmaması, kabahat niteliğinde fiil işleyen kişilerle ağır nitelikte suç işleyen kişilerin aynı yargılama usulüne tabi tutulmasının hafif suç işleyen kişiler üzerinde yıkıcı etkiler uyandırması ve idari ihlal niteliğinde kabahat işleyen kişinin sanık kürsüsüne çıkarılarak lekelenmesi gösterilmiştir¹². Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi sonucunda toplumsal düzeni derinden sarsmayan hafif suçlar ile çabuk ve pratik şekilde ceza verilmesi gereken eylemlere yaptırım uygulama yetkisi, yargı organından, idareye geçmektedir.

⁷ SOYASLAN, Doğan: Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 77, Ankara 1990, s.107.

⁸ GÖLCÜKLÜ, İdari Ceza Hukuku, s.117.

⁹ KARABULUT, Mustafa: İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi), Ankara 2007, s.21.

¹⁰ Kabahatler Kanunu Genel Gereğesi.

¹¹ İÇEL, Kayhan: “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İÜHF, Fakülteler Matbaası, C: 50, S: 1-4, 1984, s.117.

¹² MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1995, s.13-14; DONAY, Süheyl: “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, İÜHF, C: XXVII, S:1-4, 1972, s.423-424; BAYRAKTAR, Köksal: “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, İÜHF, Fakülteler Matbaası, C: 50, S: 1-4, 1984, s.201-205.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun gerekçesinde özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemeler kapsamında oldukça sık bir şekilde ve kazuistik yöntemle idari nitelikte ceza yaptırımlarına yer verildiği, çeşitli kanunlarda yer alan idari yaptırımlar arasında bir sistem birliğinin bulunmadığı ve idari nitelikteki yaptırımlarla ilgili olarak genel bir kanuna ülkemiz açısından büyük bir ihtiyaç bulunduğu belirtilmiştir. Bu nedenlerle hazırlanan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile, kabahatlere ilişkin genel ilkeler, kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçları, idari yaptırımları gerektiren eylemler yani kabahatler açısından kanunilik ilkesi, zaman bakımından uygulama ve sorumluluk esasları, zamanaşımı, idari yaptırımların hukuki niteliği, çeşitleri ve sonuçları, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu, bu yaptırımların yerine getirilmesi rejimi gibi konular sistematik olarak düzenlenmiştir.

Suç ve ceza politikasındaki yeni yaklaşımda, kabahatler ya da idari suçlar adı verilen filler ayrı bir kanunda, dar anlamda suç adı verilen fiiller ise ceza kanunlarında düzenlenmiştir¹³. Bu düşünceyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak cürüm-kabahat ayrımı kaldırılmıştır. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte idari yaptırıma ilişkin kurallar ilk defa bir kanunla genel olarak düzenlenmiş¹⁴ ve suç olarak tanımlanmayan çeşitli haksızlıklar, hukuk tekniği bakımından uygulanabilir bir biçimde özel kabahatler olarak tanımlanmıştır. Böylelikle ülkemizde kabahatler, ceza kanunundan çıkarılarak ve bu konuda idareye yetki tanımak doğrultusunda bir yaklaşım benimsenmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanununda, kabahat türünden haksızlıkların yaptırım altına alınmasıyla genel olarak toplum düzeninin, genel ahlakın, genel sağlığın, çevrenin ve ekonomik düzenin korunmasının amaçlandığı belirtilerek niteliksel açıdan bir belirleme yapıldığı söylenebilir¹⁵.

¹³ YURTCAN, Erdener: Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s.2.

¹⁴ KARABULUT, s.36.

¹⁵ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “Suç-Kabahat Ayrımı – İdari Ceza Hukukunun Temelleri” , in Uluhan, İlhan / Yavaşlar, Funda Başaran (ed.), İstanbul Kültür Üniversitesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s.27- 49.

A. Kabahat Nedir?

Sözlük anlamı uygunsuz hareket, çirkin ve yakışsız davranış anlamına gelen kabahat, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 2 nci maddesinde; “*kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*” şeklinde tanımlanmıştır. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 2 nci maddesinin gerekçesinde bu durum şu şekilde açıklanmıştır:

“... Bu tanımlamada, suç gibi kabahatin de bir haksızlık oluşturduğu vurgulanmıştır. Esas itibarıyla haksızlık oluşturan bir fiilin suç veya kabahat olarak tanımlanmasında, izlenen suç politikası etkili olmaktadır. Haksızlıklar arasında bu yönde yapılan tasnifte, hukuka aykırı olan fiilin ifade ettiği haksızlık içeriği esas alınmaktadır.”

Bu çerçevede hangi kanunda düzenlenmiş olursa olsun, karşılığında idari yaptırım uygulanan her haksızlık kabahattir ve ayırık tutulan haller hariç 5326 sayılı Kabahatler Kanununun kurallarına tabidir¹⁶. Örneğin 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 344 üncü maddesinde düzenlenmiş olan vergi ziyayı suçu, 352 nci maddesinde düzenlenmiş olan genel usulsüzlük ile 353, 355 ve mükerrer 355 inci maddelerinde düzenlenmiş olan özel usulsüzlük suçlarının karşılığında idari yaptırım niteliğindeki idari para cezası uygulanması öngörüldüğünden söz konusu maddelerde yer alan idari nitelikli vergi suçlarını, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 2 nci maddesi anlamında “kabahat” olarak kabul etmek gerekir¹⁷.

Ancak doktrinde, haklı olarak, kabahatin haksızlık olarak tanımlanmasının doğru olmadığı ve haksızlığın kabahatin ancak bir niteliği olabileceği savunulmuştur¹⁸. Yine doktrinde, kabahatin; toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla cezalandırılan bir fiil şeklinde tanımlanması gerektiği belirtilmiştir¹⁹. Bizce de kabahatin tanımında, onun bir niteliği olan

¹⁶ ZAFER, Hamide: “İdari Yaptırım Usulü”, Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul 2007, s.667-680.

¹⁷ YAVAŞLAR, Funda Başaran: “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları”, 2006 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, s.131-176, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105203.pdf, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

¹⁸ YURTCAN, s.3.

¹⁹ YURTCAN, s.3. ULUSOY ise kabahatin “Kabahatler Kanununun 2. Kısımında öngörülen ve kamu düzenini ağır derecede bozmayan fiiller” şeklinde tanımlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bk. ULUSOY, Ali: “Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı

haksızlık ögesini belirtmek yerine, kamu düzenini tesis amacıyla idari yaptırıma tabi tutulması öngörülen idari ihlal şeklinde tanımlanması gerekmektedir.

Ayrıca, kabahat tanımının belirsiz olduğu, kanunda “*kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*” kabahat olarak tanımlanmakla birlikte, bu tanımdan idari yaptırımın ne olduğunun anlaşılamadığı, hukuk devletinin unsurlarından olan belirlilik ilkesi ile hukuki güvenlik ilkesi uyarınca yasa kurallarının anlaşılabilir açıklıkta olması gerekirken kabahat tanımı yapılırken bu ilkeye uyulmadığı, tanımda yer alan idari yaptırım ve haksızlık kavramlarını açıklayıcı bir düzenlemenin de bulunmadığı, hukukçuların dahi eksiksiz anlayamadığı kabahat tanımının vatandaşlarca anlaşılmasının beklenemeyeceği, kabahat tanımının açık olmamasına rağmen *kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi* gereğince kişilerin bu düzenlemeye göre cezalandırılacak olmasının Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğu gerekçeleriyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ve Yüksek Mahkeme 11/6/2009 tarihli ve E: 2007/115, K: 2009/80 sayılı kararında aşağıdaki gerekçelere yer vererek söz konusu hükmün iptal istemini reddetmiştir:

“...İtiraz konusu kuralla kabahatin tanımlanmasında *eylemin niteliğinden ziyade, yaptırımın niteliğine vurgu* yapılmış ve kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanması öngördüğü haksızlıklar, kabahat olarak tanımlanmıştır. Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların kapsamı ise Yasa'nın 16. maddesinde belirlenmiş ve idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirler olarak ifade edilmiştir. “Kabahat” tanımı yapılmak suretiyle, daha önce idari yaptırıma tabi olmayan bir eylem, idari yaptırıma tabi kılınmamakta, aksine kanunla idari yaptırıma tabi kılınmış eylemler kabahat olarak adlandırılmaktadır. ... İtiraz konusu kuralla, bir eylemin kabahat olarak kabulü için bu eylemin karşılığında kanunun mutlaka bir idari yaptırım uygulanmasını öngörmüş olması esas alındığından, söz konusu düzenlemede yeni bir suç yaratılmamakta, suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık bulunmamaktadır. İdari yaptırımlar yönünden ise söz konusu yaptırımların kanunla öngörülmüş olması gereğine yer verilmek

İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Sempozyumu, 12 Mayıs 2008, Danıştay Yayınları, No: 77, s.31.

suretiyle yasal düzenlemelere atıfta bulunulduğundan, yaptırımı yasa ile belirlenen bir eylemin belirsizliğinden ve öngörülemezliğinden söz edilebilmesine olanak bulunmamaktadır.”²⁰

Oysaki yasalar ile yürürlüğe konulan düzenlemelerin veya kuralların, hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekir. Belirsizlik sonucu doğuran düzenlemeler hukuk güvenliğini zedeler. Çünkü hukuk güvenliği, normların açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olmasını gerekli kılar.

Ayrıca kabahat, icrai veya ihmali davranışla işlenebilir. İcrai davranışla kabahatin işlenmesi, failin dış dünyada değişiklik meydana getiren bir fiili ile, kabahat olarak öngörülen bir ihlale neden olmasıdır²¹. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün varlığı gereklidir. Diğer bir anlatımla, fiilen harekete geçmesi gereken fail bu hareketi yapmaması durumunda ihmali davranışla kabahat işlemiş sayılır.

B. Genel Kanun Niteliği

Yukarıda da ifade edildiği üzere 5326 sayılı Kabahatler Kanununun genel gerekçesinde; ekonomik hayata ilişkin düzenlemeler kapsamında oldukça sık bir şekilde idari yaptırımlara yer verildiği, bu bağlamda yürürlüğe konan kanunlarda veya kanun hükmünde kararnamelerde yer alan kazuistik düzenlemeler arasında bir sistem birliğinin varlığından söz edilemeyeceği ve bunlar arasında bir ahenksizlik bulunduğu, bu nedenle idari yaptırımlarla ilgili olarak *genel bir kanuna* ülkemiz açısından büyük bir ihtiyaç bulunduğu dikkat çekilmiştir. Bu gerekçelerle 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesinde, bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı düzenlenmişti. Ancak Anayasa Mahkemesi, 1/3/2006 tarihli ve E: 2005/108, K: 2006/35 sayılı kararında, söz konusu maddede yer alan kuralı, idari yaptırım içeren diğer kanunlarda *idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden*, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu ve itiraz ile

²⁰<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ecc456f6-eb78-410f-a1e4-d94933cad731?excludeGerekce=False&wordsOnly =False>, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

²¹ YURTCAN, s. 9.

bunlara ilişkin usul ve esasların kabul edilmesinin Anayasa'nın 125 ve 155 inci maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir²².

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı gereği, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesi 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanunun 31 nci maddesi ile, “*Bu Kanunun;*

- a) *İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,*
- b) *Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,*

uygulanır.” şeklinde değiştirilmiştir. Böylece 5326 sayılı Kabahatler Kanununun kanun yoluna ilişkin hükümleri diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümleri ise idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacaktır. Ancak 5326 sayılı Kabahatler Kanununun genel bir kanun oluşuna, aynı kanunun ek 1 nci maddesiyle de ayrı bir istisnai hüküm getirilmiştir. Bu maddeye göre, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan idari yaptırımlar hakkında başvuru veya itiraz yoluna gidilemeyecek ve bunlar hakkında vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Ayrıca 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 1 nci maddesi uyarınca, sadece toplum düzenini, genel ahlakı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlıklar kanun kapsamına alınmıştır.

Yine 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 19 uncu maddesinde, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması ve kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda Kabahatler Kanunu hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı tutulmuştur. Madde gerekçesinde de bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, belirli bir süre için işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması ve kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımların ilgili kanunlarda bir idari

²²<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4ff3104f-c81c-4cc9-b5e3-2469088c0d6a?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

tedbir olarak değil, bir idari yaptırım olarak öngörüldüğü, bu yaptırımlar belirli bir süre için uygulandığından kanunda benimsenen idari yaptırım sistemiyle bağdaşmadığı ve bu yaptırımların *ceza sorumluluğunun kişiselliği* kuralıyla da her zaman bağdaştığını iddia etmenin mümkün olmadığı ifade edilmiş ve ilgili kanunlarda yer alan bu yaptırımların etkisiz kalmasının uygulama açısından ortaya çıkarabileceği muhtemel sakıncaları giderebilmek amacıyla bu yönde bir madde hükmü kabul edildiği belirtilmiştir. Ayrıca madde gerekçesinde, *çalışmasının herhangi bir zarar veya tehlike ifade etmemesine rağmen, belirli bir süre için işyerinin kapatılması, geçimini bu işten sağlayan kişilerin belli bir süre de olsa, işsiz kalması sonucunu doğuracak ve bu işyerinde sunulmakta olan hizmetten başkalarının yararlanmasının engelleneceği* örneği de verilmiştir. Kanaatimizce madde gerekçesinde, idari yaptırımların genel sağlık ve kamu düzenini korumak amacıyla adil bir dengede ve caydırıcı olması gerektiği hususu göz ardı edilerek, belirli bir süre için işyerinin kapatılması, ruhsat iptali gibi durumlarda idari yaptırımın işyeri veya ruhsat sahibine mi yoksa o işyerinde çalışan kişilere mi verildiği sorgulanmaktadır. Sorgulanan bu durum, bir kabahat işleyen kişiye uygulanan yaptırımların sonuçlarıdır ve hukukun bunları ortadan kaldırması oldukça zordur²³. Kanunda öngörülen temel idari yaptırım ile yani idari para cezası uygulanarak, idari yaptırımların işçilerin çalışmaması gibi dolaylı etkilerinin önüne geçilebileceği düşünülmüştür²⁴. Ancak, örneğin insan sağlığını riske sokacak nitelikte lokanta hizmetleri sunan bir işletmecinin belirli bir süre için işyerinin kapatılması yerine idari para cezası uygulanması veya uçuş güvenliğini

²³ YURTCAN, s. 31. Ayrıca işyeri kapatma gibi cezalarda, o işyerinde çalışan üçüncü kişilerin de etkileneneceği düşünülse de bu durum kişisellik ilkesine aykırı değildir. Bk. AYMK., T: 13/4/2000, E: 1999/2, K: 2000/8, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/07de24c6-15d1-4cb2-a24b-dbef4f556d73?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

²⁴ Para cezalarının yararlarını şu şekilde sıralayabiliriz: Para cezaları daha ahlakidir, fiilin ağırlığına ve failin kusur derecesine göre ölçülü bir şekilde uygulanabilir ve bölünebilir nitelikte olduğundan cezaların kişiselliği ilkesine daha uygundur. Para cezalarının sakıncalarını ise şu şekilde sıralayabiliriz: İdareciler para cezalarını Devletin gelir kaynağı olarak görebilir, para cezaları enflasyonist bir ortamda etkisini kaybedebilir ve zengin kişiler ile fakir kişiler arasında etkisini farklı gösterir. Bk. ŞENSOY, Naci: “Amme Para Cezaları”, İÜHFİM, C: VIII, S: 1 - 2, 1942, s. 478-479; DÖNMEZER Sulhi / ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s.558-559.

tehlikeye sokacak nitelikte teknik altyapı eksikliği bulunan hava yolu şirketinin uçuş işletme ruhsatının belirli bir süre için askıya alınması yerine ilgili şirkete idari para cezası uygulanması durumunda, idari yaptırım ile idari ihlal arasında bulunması gereken adil denge koşuluna aykırılık oluşturması sonucu ortaya çıkacaktır. Diğer bir deyişle başvuru önlem, ulaşılmak istenen amaç için “*elverişli*” bir araç olamayacaktır. Araç, amaca ulaşmada etkisiz ya da amaca ulaşmayı zorlayıcı etkiye sahipse yani caydırma ve engelleme özelliklerini taşıyorsa başvuru önlem elverişsizdir. Burada bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, belirli bir süre için işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması ve kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımların 5326 sayılı Kabahatler Kanununda öngörülen yaptırım sistemine uygun hale getirilmesinde, her idari yaptırımın karşılığında öngörülen idari ihlallerin niteliklerinin göz önünde bulundurulması gerekir. Yani idari ihlallerin gerçekleşmesi sonucunda son derece riskli durumların oluşabileceği durumlarda, idari para cezası yaptırımının kamu düzenini sağlamada elverişli bir araç olamayacağı durumu ortaya çıkabilir.

Öte yandan, pozitif hukukta, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması ve kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyaya kadar ilgili kanun hükümleri yürürlükte olacaktır²⁵.

C. Başvurulacak Yargı Yolu

Görevli yargı yeri denilince konu yönünden o davaya bakmaya yetkili olan mahkeme anlaşılmalıdır²⁶. Görev bir davanın hangi yargı yolunda görüleceğini ve o yargı yolu içinde hangi mahkeme tarafından karar verileceğini ifade eder²⁷. Doktrinde kural olarak bir idari işlem olan idari yaptırımların yargısal denetimini yapacak yargı yerinin, idari yargı

²⁵ CANDAN, Turgut: “Kabahatler Kanunu Hakkında”, Mali Pusula, Y: 1, S: 10, Ekim 2005, s. 9-10.

²⁶ KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1992, s.101; GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukukuna Giriş, Ekin Yayınları, 14. Baskı, Bursa 2011, s. 460-461.

²⁷ OĞURLU, Yücel: İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001, s.131.

olması gerektiği ifade edilmiştir²⁸. Oysa mevzuatta idari yaptırımların yargısal denetimi farklı yargı yerlerinde yapılmasına yönelik çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Mevzuatta idari yaptırımlar üzerinde yargısal denetim yapacak yargı yerinin kimi düzenlemelerde adli yargı olarak, kimi düzenlemelerde ise idari yargı olarak dağınık bir şekilde belirlendiğini ifade edebiliriz²⁹. Ayrıca 5326 sayılı Kabahatler Kanununun yürürlüğe girmesinden önce idari yaptırımlara karşı sadece idari yargıya veya sadece adli yargıya karşı dava açılacağı şeklinde bir düzenleme bulunmamakta idi. Çünkü idari yaptırımların bir idari işlem olduğu ve idari işlemlere karşı da kural olarak idari yargıda dava açılması gerektiği gerekçelerine yer verilmekte idi. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun yürürlüğe girmesi ile birlikte kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırımlara karşı başvuruların sulh ceza hakimlerince, itirazların ise Ceza Muhakemesi Kanununa göre gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. ÇAĞLAYAN mezkur kanunda öngörülen başvuru yolunu dava benzeri itiraz anlamında, söz konusu başvuru yolu üzerine verilen karara karşı öngörülen itiraz müessesesini ise temyiz yolu olarak itiraz şeklinde anlamak gerektiğini belirtmiştir³⁰. İdari yaptırımlar için öngörülen bu itiraz yönteminde, yeni bir karar verilmemekte, idarenin kararı “dava” şeklinde bir yöntemle esasen onanmakta veya iptal edilmektedir³¹.

Kabahatler Kanununda öngörülen bu son düzenleme ile birlikte mezkur idari yaptırımlarda temel görevli mahkeme adli yargıya bırakılmıştır. Esasında bir idari işlem olan idari yaptırımlarda görevli mahkemenin adli yargı olarak belirlenmesi çeşitli sorunları da beraberinde getirmektedir. Örneğin hakim veya mahkemelerce gerçekleştirilecek hukuka uygunluk denetiminde, idare hukuku yaklaşımı mı yoksa ceza hukuku yaklaşımı mı benimsenecektir? Açıktır ki idare hukuku yaklaşımında, İdari Yargılama Usulü Kanununun 2 nci maddesi uyarınca iptal davasında söz konusu olan hukuka uygunluk denetiminin ilkelerine başvuracakken, ceza hukuku yaklaşımında suç genel teorisinin ilkelerinden yola çıkarak kabahatin kanuni unsuru, maddi unsuru, hukuka

²⁸ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayınları, Ankara 2006, s.72.

²⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan: “İdari Yaptırımlarda Görevli Mahkeme Sorunu”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, Ankara 2010, 2559.

³⁰ ÇAĞLAYAN, Ramazan: “İdari Yaptırımlar İçin Öngörülen Yargısal Denetimin İçeriği Üzerine”, Prof. Dr. Bilge ÖZTAN’a Armağan, Ankara 2008, s.1225.

³¹ ÇAĞLAYAN, Yargısal Denetimin İçeriği, s.1221, 1224.

aykırılık unsuru ve manevi unsurunu incelenerek karar verilecektir³². Diğer taraftan yasama organınca idari işlemlerin adli yargıda denetiminin gerçekleştirilmesine yönelik düzenlemelerin kabul edilmesi ve bu düzenlemelerle idari yaptırımlara karşı yapılacak başvuruların adli yargıda görülmesinin Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırı görülmemesi idari yargının etkisizleştirilmesi sonucunu da doğurmaktadır³³.

Doktrinde ÖZAY, idari yaptırımların açık bir düzenleme ile adli yargıda denetleneceğinin belirtilmesi dışında, ülkede uygulanan idari rejimin doğal sonucu olarak idari yargının görevli olacağını belirtmiştir³⁴. GÜNDAY ise, idari uyumsuzluklarının çözümünün adli mahkemelere bırakılmasının idari işlemler üzerinde yapılacak olan yargısal denetimi etkisiz hale getireceğini ve idari işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğunun denetleneceği davaların kanunla adli yargının görev alanına sokulmasının Anayasa ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir³⁵. GÖZLER de idari eylemlerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesinden doğan zararlar dâhil, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararların tazmini için açılan davaların idarî yargıya tâbi olması gerektiği görüşündedir³⁶. Benzer şekilde ÇAĞLAYAN, idari yaptırımların idari işlem niteliğine vurgu yaparak idari yaptırımların diğer idari işlemlerin hukuki rejimine tabi olması gerektiğini, yargısal denetiminin idare mahkemelerinde yapılmasının doğru olacağını belirtmiştir³⁷. Ancak ÇAĞLAYAN bu konu hakkında Anayasa'nın hangi davaların hangi yargı düzeninde görüleceğini yasama organının takdirine bıraktığını, bu nedenle idari yaptırımların yargısal denetiminin adli yargıya verilmesine ilişkin bir yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmeyeceği görüşündedir³⁸. Ancak idare hukukunun kurum ve kurallarının uygulamasından kaynaklanan uyumsuzlukların kural olarak idari yargıda çözümlenmesi gerekir³⁹. Yasa koyucu, kanunlarla görevli

³² ÇAĞLAYAN, Yargısal Denetimin İçeriği, s.1227-1248.

³³ ÇAĞLAYAN, Görevli Mahkeme Sorunu, s. 2607.

³⁴ ÖZAY, İl Han: İdari Yaptırımlar (Kuramsal Bir Deneme), İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 3326, İstanbul 1985, s.139-140.

³⁵ GÜNDAY, Metin: "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", Anayasa Yargısı Dergisi, C: 14, Ankara, 1997, s.347,354,358.

³⁶ GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: "İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 6, Kasım 2011, Sayı 63, s.36-41

³⁷ ÇAĞLAYAN, Yargısal Denetimin İçeriği, s.1249-1250

³⁸ ÇAĞLAYAN, Görevli Mahkeme Sorunu, s. 2610.

³⁹ ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara 2014, s. 53.

yargı yolunu belirlemede sınırsız bir alana sahip değildir. YAYLA'nın da belirttiği üzere yasa koyucu, Anayasa ve hukuk devleti ilkesi sınırları içerisinde hareket etmesi gerekir⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi de birçok kararında, Anayasa'nın 125 inci maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilerek, Anayasa'nın 125, 140 ve 155 nci maddelerinin birlikte incelenmesinden, idari eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin idari yargının görev alanına girdiği sonucuna varmıştır⁴¹.

Anayasa'nın 125 inci maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, 155 inci maddesinde de Danıştay'ın, idari mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme yeri olduğu ve idari uyumsuzlukları çözmekle görevli olduğu hükme bağlanmıştır. Anayasa'da idari yargı ayırımı yapılmış ve Danıştay'a idari uyumsuzlukları çözme konusunda görev verilmiş olması ile çağımızdaki uzmanlaşma gereksinimini bir arada düşünüldüğünde, idari yaptırımların yargısal denetiminin idari yargıda yapılması gerektiği açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 22/12/1988 tarihli ve E:1988/5, K: 1988/55 sayılı kararında, yasama organının idare hukuku alanına giren bir idari işlem ya da eyleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip olmadığını belirterek aşağıdaki gerekçelere yer vermiştir:

“...Anayasa'nın yargı yolu başlığı altındaki 125. maddesinin birinci fıkrasında yer alan İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır biçimindeki kural, kuşkusuz, yönetimin her türlü, başka bir anlatımla kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Bunlardan, kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adli yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Yasama organı, anayasal bir gerek olarak idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adli yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Aksi halde, Anayasa'nın Kanunî hâkim güvencesi başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında ‘Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.’ biçiminde ifade edilmiş buyurucu kurala aykırılık oluşur. Bunun içindir ki,

⁴⁰ YAYLA, Yıldızhan; İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2010, s. 423.

⁴¹ KARABULUT, s.90.

Anayasa'nın 156. (155) maddesinin ikinci fıkrası, idari uyuşmazlıkları çözümlmeyi Danıştay'ın görevleri kapsamına almıştır.⁴²

Uyuşmazlık Mahkemesi ise, 8/5/1998 tarihli ve E. 1998/10, K. 1998/12 sayılı kararında, pratik düşüncelerle idari yaptırım kararlarının denetiminin adli yargıda yapılabileceğine karar vermiştir. Mahkeme karar gerekçesinde aşağıdaki değerlendirmelerde bulunmuştur:

“...Yargısal ya da adli bir yönü bulunmayan idari ceza kararlarının yargısal denetiminde, kural olarak idari yargı yerleri görevli ise de; ...yasa koyucu, pratik düşüncelerle, bu ceza kararlarına karşı ilgililerin, sadece yapılan tespitin gerçeğe aykırılığını, maddi ağır yanlışlıklar ile yasaya aykırı bulunduğunu ileri sürerek yapacakları itirazların ülke genelinde yaygın teşkilata sahip adli yargı içinde yer alan hakimlerce sade bir usulle incelenmesini ve kesin kararlarla süratle sonuçlandırmasını uygun görmüştür. Ancak itirazın adli yargı yerinde görülecek olması, idare organlarının kamu gücüne dayanarak verdikleri idare hukukunun müeyyidesi olan ceza kararlarının idari niteliğini değiştirmez.”⁴³

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin 15/5/1997 tarihli ve E:1996/72, K: 1997/51 sayılı kararında, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, ancak *haklı neden ve kamu yararının bulunması* halinde kanun koyucu tarafından adli yargıya bırakılabileceği sonucuna varılmıştır⁴⁴.

⁴²<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/9b1e247f-8bbf-4845-a9ed-cbc3ce22b662?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

⁴³ RG., T: 6/6/1998, S: 23364. Aynı yönde diğer kararlar: UYM., T: 12/7/1988, E: 1988/11, K: 1988/19, RG., T: 26/10/1988, S: 19971, s. 27; UYM., T: 11/7/1988, E: 1988/1, K: 1988/1, RG., T: 13/10/1988, S: 19958, s.22-24.

⁴⁴<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8cd3ccec-a9ed-4cdf-b8f9-91ed5a585d0b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016). İdari yaptırım uygulanmasına yönelik adli yargı yönünde tanınan kanun yolu bir istisna teşkil eder. Bk. GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “İdari Ceza Müeyyideleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolları”, AÜSBFD, C: XVIII, No: 3-4, s.193. Anayasa Mahkemesi'nin 16/2/2012 tarihli ve E.: 2011/35, K.: 2012/23 sayılı kararında da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. maddesinde, idari işlemler ve idari eylemler ile idarenin sorumlu tutulabildiği diğer durumlarda vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğunu öngören düzenlemeye ilişkin

İdari yargı sisteminin Anayasa tarafından ve idare hukukunca kabul edilmiş olmasının nedeni, kamu hizmetlerinde doğan anlaşmazlıkların yapılarındaki özellikler; bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması; özel hukuk dalı ile idare hukuku arasında esas ve prensip farkının var olması; idari işlemlerin, idare hukuku dalında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hakimlerce denetlenmesinin zorunlu sayılmış olmasıdır⁴⁵. İdari yaptırımların idari yargıda denetlenmesi, Anayasa’da öngörülen idari yargı düzeni açısından daha isabetli olacaktır⁴⁶.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3, 23/1, 24/1, 27/1, 28, 29, Geçici 2 ve Geçici 3 üncü maddelerinin Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle itiraz yolu ile başvuru iptal davasında, Anayasa Mahkemesi 1/3/2006 tarihli ve E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararında, Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesinde yer alan “*Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.*” kuralını, idari yaptırım içeren diğer kanunlarda idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usul ve esasların

şu değerlendirmeler yapılmıştır: “*İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez*” Bk. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/1bb06f45-85db-4ead-b098-f35917110b31?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

⁴⁵ Anayasa Mahkemesinin 25/5/1976 tarihli ve E: 1976/1, K: 1976/28 sayılı kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “...*Yasama organının, idare hukuku alanında oluşan ve sonuç doğuran bir idari eylem veya işleme karşı adli yargı yolunu açma seçeneğine bu kural da elverişli değildir.* Bir varsayım olarak, idare hukuku esaslarına göre idari eylem veya işlem sayılan konulara karşı adli yargı yerlerinde bir yasa ile dava açılabilirliğinin ve yargı denetiminin bu yolla sağlanabileceğinin kabul edilmesi, Anayasa ilkelerine ters düşen ve şekli bir denetimden öteye gitmeyen bir görüş olur. ... Adli yargı ile idari yargının birbirinden ayrılmasının temelinde, özel hukukla idare hukukunun ayrı ilke ve kurallara oturmuş bulunmaları; uyumsuzluk alanlarının ve bu uyumsuzluklara uygulanacak hukuk kurallarının değişik olması yatmaktadır.” <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b230ab9d-6ace-43ee-b694-e139f3500987?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

⁴⁶ OĞURLU, s.137; ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar Hukuku, s. 74.

kabul edilmesini Anayasa'nın 125 ve 155 inci maddelerine aykırı bulmuştur.

Karar gerekçesinde⁴⁷, Anayasa Mahkemesinin önceki tarihli kararlarına uygun olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayrımının kabul edildiği ve bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemlerinin de adli yargı denetimine tabi olacağı vurgulanmıştır. Ayrıca gerekçede, ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olmasının doğal olduğu⁴⁸, ancak bu durumda sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılamayacağı belirtilmiştir. Karar ile Anayasa Mahkemesinin idari yargının görev alanını koruma yönünde yaklaşımını devam ettirdiği ifade edilebilir⁴⁹. Özetle Yüksek Mahkeme, ceza hukukunu ilgilendiren bazı idari yaptırımlara ilişkin başvuru yollarında adli yargının görevlendirileceği istisnasını belirterek, Anayasa'nın yargı ayrılığı ilkesini benimsediğini ve idari işlemlerin yargı denetimi için idari yargının öngörüldüğünü vurgulamıştır⁵⁰. Ayrıca gerekçede oldukça çelişkili ifadeler yer almasına rağmen, itiraz konusu kuralın iptalinde, idari yaptırım içeren diğer kanunlarda yer alan idari para cezalarının “ceza hukukunu ilgilendirmesi” kriteri gözetilmediğinden ve bu cezaların 5326 sayılı Kabahatler Kanununda öngörülen başvuru yolu ve itiraza tabi tutulması nedeniyle iptal edildiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Kararda ifade edilen “daha ağır suç oluşturan eylemlerin” ceza hukuku ile ilişkilendirilmesi, özünde bir idari işlem olan idari

⁴⁷ <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4ff3104f-c81c-4cc9-b5e3-2469088c0d6a?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

⁴⁸ KARABULUT karar gerekçesinde yer alan bu ifadeyi “... idari yaptırımların bir türü olan idari para cezalarının hukuki niteliği ile örtüşmemektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler ifadesiyle anlatılmak istenen nedir? ... İdari yaptırım uygulanacak bir eylemin ağırlığından bahisle görevli yargı yerinin belirlenmesi sorunlara yol açabilir. ... Esasen Anayasa Mahkemesi de anılan kararında idari yargının denetim alanını açıkça vurgulamış, ancak idari yargının denetim alanı içinde olması gerektiğini düşündüğüm bazı idari yaptırımların yargısal denetiminin adli yargı tarafından yapılması gerektiği sonucuna varmıştır. Bunların hangi idari yaptırımlar olacağı, hangi suçlar nedeniyle uygulanan idari yaptırımları kapsayacağı ise karar gerekçesinden anlaşılamamaktadır.” şeklinde değerlendirmiştir. Bk. KARABULUT, s.97.

⁴⁹ ÇAĞLAYAN, Görevli Mahkeme Sorunu, s. 2604.

⁵⁰ ÇAĞLAYAN, Görevli Mahkeme Sorunu, s. 2605-2606, 2608.

yaptırımların hukuki niteliği ile bağdaşmaz. Adli yargı ile idari yargı arasındaki görev ayrımını belirleyen temel öge, idarenin eylem ve işlemlerinin idari niteliğidir. İdarenin eylem ve işlemlerine bu niteliği kazandıran, idare hukukunun kurallarına tabi bulunmaları ve kamu gücü kullanılarak yapılmış olmalarıdır⁵¹.

Yine idarenin kamu gücünü kullanarak verdiği idari yaptırım kararları nedeniyle çıkan uyuşmazlıkların çözümünün idari yargı yerine adli yargıya bırakılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 27 nci maddesinin birinci fıkrası ile 28 nci maddesinin iptal istemine hakkında, Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsedilen aynı kararında aşağıdaki gerekçelere yer vermiştir:

“...5326 sayılı Kabahatler Kanununun İkinci Kısmında çeşitli kabahatler başlığı altında düzenlenen fiilleri, ağırlıklı olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan kabahatler oluşturmaktadır. 5252 sayılı Yasanın 7. maddesiyle, çeşitli yasalarda hafif hapis veya hafif para cezası olarak öngörülen yaptırımlar idari para cezasına dönüştürülmüştür. Yaptırımın adının yasa ile idari olarak değiştirilmesinin, bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceği açıktır. 5326 sayılı Yasanın 3. maddesinin iptal gerekçesi doğrultusunda, cezaî karakteri ağır basan bu eylemler açısından verilen idari para cezası ve/veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarına karşı başvurunun sulh ceza mahkemesince kanunda belirtilen usule göre incelenmesinde, Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır.”

Karar gerekçesinde, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesine ilişkin yukarıda bahsedilen gerekçede yer alan “daha ağır suç oluşturan eylemlerin” ceza hukuku ile ilişkilendirilmesi gerekçesinden ayrıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Çünkü 5326 sayılı Kabahatler Kanununun İkinci Kısmında çeşitli kabahatler başlığı altında düzenlenen fiillerin hafif kabahatler olduğunu ve bu kabahatler karşılığında verilecek idari para cezalarının çok yüksek olmadığını (genel olarak 100 TL) ifade edebiliriz. Kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi sonucunda, idari ihlal niteliğindeki fiillerin ve bunlara uygulanacak müeyyidelerin ceza

⁵¹ CANDAN, s.13.

hukukunun dışına çıkarılması yönündeki bir uygulamada, bunlara ilişkin yaptırımların yargısal denetiminin adliye mahkemelerine verilmesi doğru değildir⁵². Yaptırımın adının kanun ile idari olarak değiştirilmesinin, bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceği gerekçesi ise kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi sonucunda yürürlüğe konulan 5326 sayılı Kabahatler Kanununun mantığı ile çeliştiğini düşünmekteyiz. Sonuçta idari yaptırımlara karşı başvurulacak yargı yerinin idari yargı olması gerekir⁵³.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararından sonra 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesi “*Bu Kanunun;*

- a) *İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,*
- b) *Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,*

uygulanır.” şeklinde değiştirilmiştir. Bu son düzenleme ve yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, pozitif hukukta, özel kanunlarla aksine hüküm bulunmadıkça idari yaptırımların olağan yargısal denetiminin adli yargıda yapılacağını ifade edebiliriz. Ancak ilgili kanunlarda idari yaptırımlara karşı açılacak davalarda idari yargının görevli olacağı düzenlenmişse, bu durumda idari yargı görevli olacaktır. Oysa bu durum doktrinde, bir idari işlem olan idari yaptırımlara karşı olağan ve genel yargısal denetim yerinin adli yargı yerine idari yargı olması gerektiği ifade edilerek ve haklı olarak eleştirilmiştir⁵⁴. Ayrıca 5326 sayılı Kabahatler Kanununda bu duruma da iki istisna getirilmiştir. Bunlardan birincisi, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun ek 1 inci maddesine göre, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler saklıdır. İkincisi ise, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 27 nci maddesinin sekizinci fıkrasına göre, idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı yerinde görülecektir.

⁵² ÇAĞLAYAN, Görevli Mahkeme Sorunu, s. 2601.

⁵³ KARABULUT, s.98.

⁵⁴ ULUSOY, s.30.

Öte yandan, Kabahatler Kanununun değiştirilen 3 üncü maddesinin (a) bendi, Anayasa Mahkemesi'nin 1/3/2006 günlü, E:2005/108, K:2006/35 sayılı kararında idarenin kamu gücünü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargı denetimine tabi olacağı belirtilmiş iken getirilen yeni düzenlemede adli yargının genel görevli kabul edilmesinin iptal kararı gerekçesinin dikkate alınmadığını gösterdiği, idare hukuku ilkelerine göre tesis edilmiş olan işlemlere karşı idari yargı yoluna başvurulabilmesi için bu yönde yasal bir düzenlemenin varlığının koşul olarak aranmasının Anayasa'ya aykırı olduğu, Anayasa ile benimsenen yargı ayrılığı rejimine göre idari yargının görevli olması gereken idari işlemlerin denetiminde yasa koyucu tarafından adli yargının görevli kılınabilmesinin mümkün olmadığı ve yasa koyucunun bu konuda takdir hakkının bulunmadığı, idari işlem ve eylemlerin denetiminin bu konuda uzman olan idari yargı yerine adli yargıya bırakılmasının hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan etkin yargılama ilkesiyle bağdaşmadığı, önceden ceza kanununda yer alan ve adli ceza ile müeyyidelendirilen kabahatlerin ayrı bir kanunla düzenlenerek idari ceza ile müeyyidelendirilmesinden sonra bu işlemlere karşı açılacak davalarda adli yargının görevlendirilmesinin anılan süreçle de bağdaşmadığı, idare hukuku ilkelerine göre tesis edilen bir idari işlemin idari para cezası niteliğini taşıması nedeniyle denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu ve söz konusu Kanunun 3 üncü maddesinin (a) bendinin Anayasa'nın 2, 5, 125, 138, 153, 155 ve 157 nci maddelerine aykırı olduğu gerekçeleriyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ve Yüksek Mahkeme 11/6/2009 tarihli ve E: 2007/115, K: 2009/80 sayılı kararında aşağıdaki gerekçelere yer vererek söz konusu hükmün iptal istemini reddetmiştir:

“İdarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyumsuzluğun çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir. Kabahat konusu eylemlerin çeşitliliği ve idari yaptırımların uygulanma alanı dikkate alındığında, idari yargı teşkilatına oranla daha yaygın olan sulh ceza mahkemelerine başvuru olanağı tanınmasının, hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olduğu, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasını olanaklı kıldığı ve idari yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemelerine

başvurulabileceği yolunda getirilen düzenlemenin haklı nedenini oluşturduğu sonucuna varılmıştır.”⁵⁵

Böylelikle Anayasa Mahkemesi, kabahat konusu eylemlerin çeşitliliği ve idari yaptırımların uygulanma alanı dikkate alındığında, idari yargı teşkilatına oranla daha yaygın olan sulh ceza hakimlerine başvuru olanağı tanınmasının hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olduğu, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasını olanaklı kıldığı ve idari yaptırımlara karşı sulh ceza hakimlerine başvurulabileceği yolunda getirilen düzenlemenin, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümünün adli yargıya bırakılmasının *haklı nedenini* oluşturduğu sonucuna varmıştır. Burada Yüksek Mahkeme pratik nedenlerden yola çıkarak karar vermiştir. Bu durum ise, karar ile varılan sonucun haklılaştırılmasında bir eksiklik olarak belirlemektedir.

SONUÇ

Türk hukukunda kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğiliminin dönüm noktası 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’dur. 5237 sayılı Kanunla kabahatler ceza hukuku anlamında suç olarak kabul edilmemiştir. Türk idari mevzuatında idari yaptırımlara ilişkin kuralların oldukça dağınık olması, önemli davaların gerekli incelemeye tabi tutulması amacıyla iş hacimleri oldukça yüksek olan mahkemelerin daha güç duruma sokulmaması, kabahat niteliğinde fiil işleyen kişilerle ağır nitelikte suç işleyen kişilerin aynı yargılama usulüne tabi tutulmasının hafif suç işleyen kişiler üzerinde yıkıcı etkiler uyandırması, 5237 sayılı Kanun ile cürüm-kabahat ayrımının kaldırılarak kabahatlerin ceza kanunu kapsamından çıkarılması ve idari yaptırımların kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmesi nedeniyle idari yaptırımların tabi olacağı esasların bir kanunla düzenlenmesi esasında bir zorunluluk idi. 18. yüzyılın ikinci yarısından bu yana devam eden kabahatleri teknik anlamda suç olmaktan çıkarma eğilimi çerçevesinde yukarıda sayılan nedenlerle 5326 sayılı Kabahatler Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Böylece, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile kabahatlere ilişkin hususlar düzenlenerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu reformunun bu yönü tamamlanmış, ceza hukuku ile idare hukukunun kesiştiği ve “idari yaptırım hukuku” veya “kabahatler hukuku” diyebileceğimiz bir alanın yasal temelleri kanun koyucu tarafından atılmıştır.

⁵⁵<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/ecc456f6-eb78-410f-a1e4-d94933cad731?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi: 17 Kasım 2016).

5326 sayılı Kabahatler Kanununun öngördüğü kabahatlerin kapsam ve koşulları ile kabahat karşılığı uygulanacak yaptırımların türü, süresi ve miktarının kanunla belirlenmesi, suçlarla kabahatler arasında ne bis in idem ilkesinin kabul edilmesi, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulması (ölçülülük ilkesi), idari yaptırım kararında başvuru yolu, yeri ve süresinin gösterilmesinin zorunlu hale getirilmesi ile zamanaşımı, idari yaptırımlara karar verme yetkisi, kusurluluk, teşebbüs, iştirak ve sorumluluk esasları gibi düzenlemeler son derece yerinde ve olumlu gelişmelerdir.

Ayrıca 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesiyle, kanunun genel bir kanun olma esası belirlenmiştir. Böylelikle, bu kanunda düzenlenen idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümler diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, bu kanunda düzenlenen diğer genel ilkeler ise idari para cezaları ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarını gerektiren kabahatlerde uygulanabilecektir. Ayrıca kabahatleri suç olmaktan çıkarma eğilimi çerçevesinde söz konusu kanunun uygulama alanının genişleyeceği de bir gerçektir. Bu da kanunun önemini arttırmaktadır.

Yine 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesine göre bir idari işlem olan idari yaptırımlara karşı olağan yargısal denetim yeri kuralı olarak adli yargı olarak belirlenmekte ve idari yaptırımlara karşı iki ayrı denetim mekanizması yaratılmaktadır. Bir anlamda kanunun yürürlüğe konulmasından önce de varolan ikiliğin devam ettiğini, dağımlılığın giderilemediğini belirtebiliriz. Doktrinde Anayasa'da adli ve idari yargı ayrımının yapılmış olması, Danıştay'ın idari uyuşmazlıkları çözmekte görevli olması ve idari yaptırımların kamu gücü kullanarak yapılan bir idari işlem olması nedeniyle idari yaptırımların olağan yargısal denetiminin adli yargıda yapılmasında her hangi bir haklı neden veya kamu yararı bulunmadığı, haklı olarak ileri sürülmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, 11/6/2009 tarihli ve E: 2007/115, K: 2009/80 sayılı kararında, pratik nedenlerle, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümünün adli yargıya bırakılmasının haklı nedenini oluşturduğu sonucuna varmıştır.

KAYNAKÇA

- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 4. Bası, Ankara 2014.
- BAYRAKTAR, Köksal: “Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, İÜHFM, Fakülteler Matbaası, C: 50, S: 1-4, 1984.
- CANDAN, Turgut: “Kabahatler Kanunu Hakkında”, Mali Pusula, Y: 1, S: 10, Ekim 2005.
- CANSEL, Erol / ÖZEL, Çağlar: Hukuk Başlangıcı (Hukukun Temel Kavram ve Kurumları), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yaptırımlar Hukuku, Asil Yayınları, Ankara 2006.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: “İdari Yaptırımlar İçin Öngörülen Yargısal Denetimin İçeriği Üzerine”, Prof. Dr. Bilge ÖZTAN’a Armağan, Ankara 2008.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: “İdari Yaptırımlarda Görevli Mahkeme Sorunu”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, Ankara 2010.
- DONAY, Süheyl: “İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, İÜHFM, C: XXVII, S:1-4, 1972.
- DÖNMEZER Sulhi / ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II, Beta Yayınları, İstanbul 1997.
- ESENER, Turhan: Hukuk Başlangıcı Dersleri, Alkim Yayınevi, 1998.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “İdari Ceza Müeyyideleri ve Bunlara Karşı Kanun Yolları”, AÜSBFD, C: XVIII, No: 3-4.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, AÜSBFD, C: 18, No: 2, Haziran 1963.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: İdare Hukukuna Giriş, Ekin Yayınları, 14. Baskı, Bursa 2011.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: “İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 6, Kasım 2011, Sayı 63, s.36-41.
- GÜNDAY, Metin: “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, Anayasa Yargısı Dergisi, C: 14, Ankara, 1997.
- GÜRİZ, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003.
- İÇEL, Kayıhan: “İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi”, İÜHFM, Fakülteler Matbaası, C: 50, S: 1-4, 1984.
- KARABULUT, Mustafa: İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Doktora Tezi), Ankara 2007.
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 1992.
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul 1995.

- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami: “Suç-Kabahat Ayrımı – İdari Ceza Hukukunun Temelleri”, in Ulsan, İlhan / Yavaşlar, Funda Başaran (ed.), İstanbul Kültür Üniversitesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s.27- 49.
- OĞURLU, Yücel: İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2001.
- ÖZAY, İl Han: İdari Yaptırımlar (Kuramsal Bir Deneme), İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 3326, İstanbul 1985.
- SANCAKDAR, Oğuz: “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri”, in Ulsan, İlhan / Yavaşlar, Funda Başaran (ed.), İstanbul Kültür Üniversitesi İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, s. 59-109.
- SOYASLAN, Doğan: Yürütme Organının Suç ve Ceza Koyma Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 77, Ankara 1990.
- ŞENSOY, Naci: “Amme Para Cezaları”, İÜHFM, C: VIII, S: 1 - 2, 1942.
- ULUSOY, Ali: “Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı İlişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Sempozyumu, 12 Mayıs 2008, Danıştay Yayınları, No: 77.
- YAVAŞLAR, Funda Başaran: “İdari Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları”, 2006 Yılı İdari Yargı Sempozyumu, s.131-176, http://www.danistay.gov.tr/upload/yayinlar/12_03_2014_105203.pdf.
- YAYLA, Yıldızhan; İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2010.
- YURTCAN, Erdener: Kabahatler Kanunu ve Yorumu, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- ZAFER, Hamide: “İdari Yaptırım Usulü”, Şükrü Alpaslan Armağanı, İstanbul 2007.

< <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> >

ENDİKASYON DIŞI (OFF-LABEL) İLAÇ KULLANIMINDAN DOĞAN ZARARLARDAN İLAÇ ÜRETİCİSİNİN VE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

LEGAL LIABILITY OF THE DRUG MANUFACTURER AND PHYSICIAN FOR DAMAGES ARISING FROM OFF-LABEL DRUG USE

Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR*
Dilâ OKYAR KARAOSMANOĞLU**

Özet

Endikasyon dışı ilaç kullanımı, günümüzde ilaçla tedavide kullanımı gittikçe yaygınlaşan uygulamalardan biridir. Ruhsat dışı ilaç kullanımı olarak da ifade edilen endikasyon dışı ilaç kullanımı kısaca, ilacın, ruhsatında belirtilen kullanım alanları ve/veya kullanım Şartları (doz, süre gibi) dışında kullanılması olarak tanımlanabilir. Özellikle ocuk ilaçlarında oldukça yaygın olan endikasyon dışı ilaç kullanımının başlıca nedenleri, çocuklar üzerinde klinik ilaç araştırmaları yapılabilmesi için aranan sıkı Şartlar ve ilaç üreticisinin yeni ruhsat çalışmaları için gereken masrafları üstlenmek istememesidir. Kuşkusuz bu tür bir kullanım, birçok faydası olmakla birlikte, ciddi riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, endikasyon dışı ilaç kullanımından doğan zararlardan hukuki sorumluluğu ne zaman ve hangi Şartlar altında hekimin ve/veya ilaç üreticisinin taŐıyacaĐının belirlenmesi büyük önem arz eder. Bu çalışmada; öncelikle endikasyon dışı ilaç kullanımı kavramı açıklandıktan sonra, ilaç üreticisinin sorumluluğunun hukuki dayanağına ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen çeşitli görüşler iŐıĐında endikasyon dışı ilaç kullanımından ila üreticisinin sorumluluğu ile hekimin sorumluluğu, sorumlulukların hukuki niteliği ve kapsamı bakımından karşılaştırmalı olarak ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Endikasyon dışı ila, ila ruhsatı, kullanma talimatı, ila üreticisi, hekim, aydınlatma yükümlülüğü, hukuki sorumluluk.

Abstract

Nowadays, off-label drug use is one of the increasingly wide-spread applications in drug treatment. Off-label drug use can be shortly defined as the use of a drug for indications or under conditions (dosage, period etc.) other than those mentioned in its license. The main reasons for the proliferation of off-label drug use, which is widespread in medication for children, are the strict requirements on clinical drug research in children and expenses required for new license applications which the drug manufacturer does not want to undertake. Doubtlessly, such use of drug brings along serious risks together with several benefits. For this reason, determination of when and under which conditions, the

* Yrd. Do. Dr. Hacettepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Medeni Hukuk Anabilim Dalı

** Arş. Gör. Hacettepe Üniversitesi Hukuku Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Medeni Hukuk Anabilim Dalı

legal liability for damages arising from off-label drug use will be borne by the physician and/or drug manufacturer is of great importance. In this article; firstly, the concept of off-label drug use will be explained and following this, in the light of different opinions put forward in literature with respect to the legal basis of the drug manufacturer's liability, the legal nature and scope of the liability of both the drug manufacturer and physician for off-label use will be presented comparatively.

Keywords: Off-label drug, drug license, package insert, drug manufacturer, physician, duty to enlighten, legal liability.

1. GİRİŞ

Çocuk onkolojisi başta olmak üzere tıbbın çeşitli alanlarında ilaçla tedavide oldukça yaygınlaşan yöntemlerden biri de endikasyon dışı ilaç kullanımıdır¹. Ruhsatlı ilacın kullanma talimatında belirtilen kullanım alanları dışında veya belirtilenden farklı şartlarda kullanılması olarak tanımlanabilecek endikasyon dışı ilaç kullanımı, yabancı literatürde “off-label (drug) use” olarak ifade edilir.

İdrar söktürücü olarak bilinen bir ilacın, aşırı tüylenme tedavisinde veya bir mide ilacının doğum sonu kanamaları durdurmada kullanılması endikasyon dışı kullanımlara örnek gösterilebilir. Görüldüğü üzere, ilaçların endikasyon dışı kullanımlarının bazıları oldukça faydalıdır. Öte yandan, bu tür ruhsat dışı kullanım alanlarına ilişkin klinik araştırma yapılmadığından bazı endikasyon dışı kullanımlar riskli ve hatta son derece tehlikeli de olabilmektedir. Wellbutrin adlı anti-depresan ilacın üreticisi olan firma, söz konusu ilacın Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (Food and Drug Agency) tarafından onaylanmamış kullanım alanlarında (kilo sorunu, madde bağımlılığı, cinsel işlev bozukluğu) kullanılmasını teşvik eden uygulamaları nedeniyle Amerika’da yürütülen soruşturma sonucunda yüklü miktarda para cezası ödemeye mahkûm edilmiştir².

¹ MEYER, FLORIAN / GRUNERT, GORDON: “OFF-LABEL-USE: HAFTUNGS- UND REGRESSRISIKEN FÜR ÄRZTE, APOTHEKER UND PHARMAUNTERNEHMEN”, PHARM, HEFT 5, 2005, S. 205; GÖBEN, JENS, DER: “OFF-LABEL-USE” VON FERTIGARZNEİMİTTeln: OFFENE FRAGEN AN DER SCHNITTSTELLE VON STANDART, HUMANITÄT UND WIRTSCHAFTLICHKEITSGEBOT, MEDIZIN UND HAFTUNG”, FESTSCHRIFT FÜR ERWIN DEUTSCH ZUM 80. GEBURTSTAG, SPRINGER 2009, S. 179.

² “Wellbutrin olayı; zarar verici off-label pazarlaması ile hekimlerin bir ilacın reçete edilmesine karar verirken faydalı buldukları bilginin birbirinden nasıl ayırt edileceğine ilişkin zor soruları gündeme getirmiştir”. Bkz. BI, Kathryn: “What is ‘False or Misleading’ Off-Label Promotion?”, The University of Chicago Law Review, Vol. 82, No. 2, Spring 2015, s. 975).

İlaçların bu tür endikasyon dışı kullanımları bakımından hukuki sorumluluğu hangi şartlar altında, kimin taşıdığı belirlenmesi önemli bir hukuki meseledir. Bu çalışmada; öncelikle endikasyon dışı ilaç kullanımı kavramı açıklandıktan sonra, ilaç üreticisinin sorumluluğunun hukuki dayanağına ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen çeşitli görüşler ışığında endikasyon dışı ilaç kullanımından ilaç üreticisinin sorumluluğu ile hekimin sorumluluğu, sorumluluğun hukuki niteliği ve kapsamı bakımından karşılaştırmalı olarak ortaya konulacaktır.

2. ENDİKASYON DIŞI İLAÇ KULLANIMI KAVRAMI

A. İlaç Kavramı

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından ilaç; “fizyolojik sistemleri ya da patolojik durumları, alan kişinin yararı için değiştirmek ya da incelemek için kullanılan bir farmakolojik üründeki her türlü madde” olarak tanımlanmaktadır³. Türk Hukuku bakımından ilaç mevzuatı incelendiğinde gerek kullanılan terminoloji gerekse içerik bakımından yeknesak bir ilaç tanımı bulunmadığı görülmektedir⁴. 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m.1’e göre; “kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir”. İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğe (RG:13.04.2013) göre ise ilaç/tıbbi beşerî ürün; “hastalığı önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya

³ “Drug/Medicine: Any substance in a pharmaceutical product that is used to modify or explore physiological systems or pathological states for the benefit of the recipient. [...]”. World Health Organization: “The Importance of Pharmacovigilance- Safety Monitoring of Medicinal Products”, <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js4893e/9.html> (Erişim Tarihi: 18.05.2017)

⁴ SEZGİN HUYSAL, Ayşegül: İlaç Patent, İstanbul 2010, s. 9. Dönmez’e göre Türk Hukukunda ilaç; “bir hastalığı tedavi etmek ya da hastalıktan korumak, tıbbi bir teşhis koymak veya fizyolojik fonksiyonları iyileştirmek, düzeltmek veya değiştirmek üzere insana uygulanabilen bakanlıkça ruhsatlandırılmış her türlü madde veya maddeler birleşimi” olarak tanımlanabilir. Bkz. DÖNMEZ, Ünsal: “Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Halleri” (Hatalı Üretilen İlaç), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, 2016, s. 383. İlacın tanımı konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. SEZGİN HUYSAL, s. 7 vd.; ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G.: İlaç Patenti Hak Sahipliği ve Patent Hakkı Sahibinin İlacın Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2011, s. 5 vd.

değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin maddeyi veya maddeler kombinasyonu”dur (m.4/1/p). Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğine (RG: 19.01.2005) göre orijinal tıbbi ürün, “etkin madde/maddeler açısından bilimsel olarak kabul edilebilir etkinlik, kalite ve güvenliğe sahip olduğu kanıtlanarak, dünyada pazara ilk defa sunulmak üzere ruhsatlandırılmış/izin verilmiş ürün”dür (m.4/v).

İlaç; kendine özgü özellikleri olan bir tıbbi ürün⁵ olmakla birlikte diğer tıbbi ürünlerden farklılık gösterir. İlacın farmakolojik özellikleri onu, bedensel iyileşmenin sağlanması ya da kişinin yaşamının kolaylaştırılması amacıyla kullanılan diğer tıbbi ürünlerden (protez, takma diş vb.) ayırmaktadır⁶. Gıda destekleri⁷ ve kozmetik ürünler⁸ de ilaç olarak kabul edilmezler⁹. Mor ve turuncu reçeteye tabi kan ürünleri ise, tıbbi bir amaca yönelik olup ilaç kapsamında değerlendirilmelidir¹⁰.

⁵ Tıbbi ürün kavramı için bkz. DEUTSCH, Erwin / SPICKHOFF, Andreas: Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, Springer Verlag, Berlin 2003, s. 753 vd.; JENKE, Nina: Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte, Springer Verlag, Berlin 2004, s. 10 vd.; DETTLING, Heinz-Uwe/KOPPE-ZAGOURAS, Christina: “Antiinfektiva und Desinfektiva: Arzneimittel, Medizinprodukte, Biomedizin oder Kosmetika?- Beispiel Chlorexid-Produkte-“, Pharmarecht, S. 4, 2010, s. 161.

⁶ GABNER, Maximilian / REICH-MALTER, Miriam: “Die Haftung bei fehlerhaften Medizinprodukten und Arzneimitteln-Recht und Rechtsprechung”, MedR, Heft 3, 2006, s. 147.

⁷ Gıda destekleri ilaç değildir. Gıda desteği insanların fizyolojik, biyolojik ve kimyasal işlevlerini sürdürebilmeleri için herhangi bir gıdadan alamadıkları bir besini tamamlamak için piyasada bulunan kapsül, tablet ya da benzeri formülasyonlar şeklindeki ürünler olarak tanımlanmaktadır. Bkz. BÜYÜKBİNGÖL, Erdem: “İlacın Tanımı (İlaç-Gıda Desteği ve Kosmetik Farkı)”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı-2, 7-8 Kasım 2008, s. 293.

⁸ Kozmetik ürünler, insan vücudunun dış yüzeyine sürülen, sprey şeklinde uygulanabilen, deriyi koruma, temizleme, nem ve sıcaklık dengesini sağlama, vücut formunu koruma ve güzelleştirme amacıyla kullanılan kimyasal maddelerdir. Bkz. DETTLING/KOPPE-ZAGOURAS, s. 161. 5324 sayılı Kozmetik Kanunu kapsamındaki ürünlerin ilaç olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bunun nedeni kanunun kapsamına ilişkin ikinci maddede sayılan ürünlerin ilaç unsuru taşımayan kozmetik nitelikli ürünler olmasıdır. Ayrıca bkz. HAKERİ, Hakan: İlaç Hukuku, Ankara 2015, s. 10.

⁹ DEUTSCH/SPICKHOFF, s. 549; BÜYÜKBİNGÖL, s. 283. Ayrıntılı bilgi için bkz. DETTLING / KOPPE-ZAGOURAS, s. 152 vd.

¹⁰ Kan ve Kan Ürünleri Kanununa göre kan ürünü; “kandan elde edilen kan bileşenleri ve plazma ürünleri”dir (m.2/1/h).

B. Endikasyon Dışı İlaç Kavramı

1) Genel Olarak

Tıp hukukunda ve ilaç hukukunda önemli olan, bilimsel verilere göre hareket etmektir. Kanıta dayalı modern tıp da bunu gerektirir. Bu bağlamda ilaç üreticisi de piyasaya sürmeyi düşündüğü ilaç için yaptığı başvuruda çok sayıda belge ve çalışma sonucu sunmak zorundadır. Sunulması gereken belgeler arasında, “iddia edilen endikasyonlarla ilgili kontrollü klinik çalışma raporları”¹¹ da bulunur. Tıbbi bir terim olan “endikasyon”, Türk Dil Kurumu’nun İlaç ve Eczacılık Terimleri Sözlüğü’nde “bir ilacın etkili olduğu durum, ilaç kullanım alanı” olarak tanımlanır. İlaç üreticisi, ilaç kullanıcılarını bilgilendirme yükümlülüğü altında olup, bu yükümlülüğünü ilacın ambalajında ve kullanma talimatında yer alan yazılı bilgiler aracılığıyla yerine getirir¹². 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m.12’ye göre;

“Müstahzarların dış ambalaj kısımları üzerinde ve ambalaj içindeki tarifnamelerde açık ve Türkçe olarak ruhsat sahibinin ve yapıldığı laboratuvarın adı ve adresi, ruhsat numarası ve ilacın nasıl kullanılacağı ve fiyatı yazılı olacak ve terkiinde müessir ve zehirli maddeler varsa cins ve miktarları ve vekâletçe lüzum gösterilen hallerde yapıldığı tarih göze çaracak surette kayıt ve işaret edilecektir. Yalnız tabip reçetesiyle satılmasına müsaade edildiği takdirde bu husus dahi açık olarak yazılacaktır.”

3 Temmuz 2005 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan Beşeri Tıbbi Ürünler Ambalaj ve Etiketleme Yönetmeliği’nde ürünün dış ambalajında (m.5), iç ambalajında (m.6) ve kullanma talimatında (m.8) yer alması gereken bilgiler belirtilmiştir. Kullanma talimatının, ürünün ruhsat dosyasında bulunan kısa ürün bilgilerine uygun olarak ve kullanıcının kolay anlayabileceği şekilde hazırlanmış olması gerekir (m.8/1). İlacın kullanma talimatında sırasıyla yer alması gereken bilgiler

¹¹ Bkz. Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, Ek 1, Modül 5, RG: 19 Ocak 2005.

¹² DEUTSCH, Erwin/LIPPERT, Hans-Dieter: Kommentar zum Arzneimittelgesetz (AMG), Dritte Auflage, Springer, Heidelberg 2010, §84 N. 22. Bilgi verme yükümlülüğünün sınırı, bilimin geldiği düzeye göre belirlenmekte olup, buna aykırı ya da yanlış bilgilendirme ilaç üreticisinin sorumluluğuna yol açar. Bkz. DEUTSCH/LIPPERT, §84 N. 24-25.

Yönetmelik m.8’de sıralanmış olup, bunlardan biri de ilacın “tedavide kullanıldığı yerler (terapötik¹³ endikasyonlar)” dir (m.8/b)¹⁴.

İlaç ruhsatının kapsamını, ruhsat başvurusunun içeriği belirler¹⁵. Ruhsat başvurusu oldukça masraflı, zaman alan ve meşakkatli bir süreç olduğundan ilaç üreticileri genellikle ilacın etkili olduğu tüm kullanım alanları yerine, en önemli ve faydalı gördükleri kullanım alanlarına ilişkin başvuruda bulunmayı tercih ederler¹⁶. Uygulamada ise, ruhsat alınmış bir ilacın ruhsat konusu dışındaki hastalıkların tedavisinde kullanılması oldukça yaygındır. Sahip oldukları tedavi özgürlüğü çerçevesinde, hekimin, ilacın ruhsatında ve dolayısıyla kullanma talimatında belirtilen kullanım alanları ve/veya şartları dışında da kullanımını önermesi mümkündür¹⁷. İlacın ruhsatında belirtilen uygulama alanı, dozajı, yaş grubu, uygulama şekli ve süresi dışında kullanımı ise “endikasyon dışı (off-label)¹⁸ kullanım” olarak ifade edilir¹⁹.

¹³ Türk Dil Kurumu’nun İlaç ve Eczacılık Terimleri Sözlüğü’ne göre “*terapötik*”; bir ilaç ya da tedavi programının tedavi edici özellikleri ile ilgili olma anlamına gelir.

¹⁴ Alman Hukukunda ilacı piyasaya süren ilaç üreticisinin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin olarak bkz. § 11 AMG. Öte yandan, ilaç kutularında prospektüs bulunmadığından Amerikan Hukukunda ilaç üreticisinin bu şekilde bir aydınlatma yükümlülüğü olmadığına ilişkin olarak bkz. TEMEL, Erhan: “Alman Hukukunda Hekimin İlaç Tavsiyesinden Kaynaklanan Aydınlatma Yükümlülüğü”, in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, İstanbul 2009, s. 121-123.

¹⁵ PETEK, s. 196; İLTER, Dilek: “İlaçların Ruhsatlandırılması ve Piyasaya Sürülmesi Usulü”, in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, İstanbul 2009, s. 273-281.

¹⁶ PETEK, s. 196.

¹⁷ PETEK, s. 197, dn. 153; GREENE, Stephanie: “False Claims Act Liability for Off-Label Promotion of Pharmaceutical Products”, Penn State Law Review, Vol.110:-1, s. 46; MEYER / GRUNERT, s. 206; REHMANN, Wolfgang: Arzneimittelgesetz (AMG) Kommentar, 4. Auflage, München 2014, §21-37, N. 39.

¹⁸ Ruhsat dışı kullanım ifadesi; ilacın kullanım alanları yanında dozaj, yaş grubu, uygulama şekli, uygulama süresi vb. uygulama şartları dışındaki her türlü kullanımı kapsadığı için daha isabetlidir. Ancak bu çalışmada, yaygın olarak kullanılan endikasyon dışı kullanım ifadesi tercih edilmiştir.

¹⁹ PETEK, Hasan: İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 199; MEYER / GRUNERT, s. 205; GÖBEN, s. 181; DIENERS, Peter/ HEIL, Maria: “§1 Grundlagen und Systematik des deutschen und europäischen Arzneimittelrechts”, in Dieners, Peter/Reese, Ulrich (ed.), Handbuch des Pharmarechts, Grundlagen und Praxis, 1. Auflage, München 2010, §1 N. 194; KORTLAND, Hermann: “Vorbemerkung zu §21”, in Kügel, Wilfried/ Müller, Rolf-Georg/ Hofmann, Hans-Peter (ed.), Arzneimittelgesetz, 2. Auflage, München 2016, §21 N. 24. Alman Hukukunda endikasyon dışı kullanıma ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. DÖNMEZ,

Yeni ilaç araştırmalarının oldukça uzun zaman alması²⁰, ilaç üreticisinin yeni ruhsat çalışmalarının gerektirdiği masrafları üstlenmek istememesi²¹, çocuklar üzerinde klinik ilaç araştırmalarının yürütülebilmesi için aranan sıkı şartlar vb. sebeplerle, endikasyon dışı ilaç kullanımı uygulamada gittikçe yaygınlaşmaktadır. Onkoloji başta olmak üzere, nörolojide ve enfeksiyon hastalıklarında endikasyon dışı ilaç kullanımına sıkça başvurulur²². Özellikle çocuk onkolojisinde ilaç kullanımının büyük bir çoğunluğunu, sadece yetişkinlerde test edilmiş ilaçların çocuk hastalarda endikasyon dışı kullanımı oluşturur²³. Endikasyon dışı ilaç kullanımının yoğun olduğu hasta gruplarının başında çocukların gelmesinin başlıca sebebi, çocuklar²⁴ üzerinde klinik ilaç araştırmalarının yapılabilmesi için aranan şartların, insanlar üzerinde klinik ilaç araştırması yapılabilmesi için aranan genel şartlara nazaran daha fazla ve daha ağır olmasıdır²⁵.

Ünsal: “Off-Label Use in Deutschem Recht (Alman Hukukunda Ruhsat Dışı İlaç Kullanımı) (Off-Label Use in German Law)” (Off-Label Use), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, I. Cilt, Özel Sayı, Cilt:22, Sayı:3, İstanbul 2016, s. 936-937.

²⁰ STOFFELMAYR, Kaspar J., “Products Liability and Off-label Uses of Prescription Drugs”, The University of Chicago Law Review, S. 69, 1996, s. 277 vd.; DÖNMEZ, Hatalı Üretilen İlaç, s. 399.

²¹ Ruhsat alınmış bir ürünü olan ilaç üreticisi şirket, ilacının endikasyon dışı kullanımı için çabalayarak böylelikle hem pazar payını arttırmakta hem de ruhsat alma sürecinin gerektirdiği emek ve masraftan kurtulmaktadır. Bkz. GREENE, s. 43; MEYER/GRUNERT, s. 205; HAKERİ, s. 18; DÖNMEZ, Hatalı Üretilen İlaç, s. 399.

²² GÖBEN, s. 180.

²³ PETEK, s. 198; TURNER, Sean / LONGWORTH, Alexandra / Nunn, Anthony J. / CHOONARA, Imti: “Unlicensed and off Label Drug Use in Paediatric Wards: Prospective Study”, British Medical Journal, 1998, Vol. 316, No. 7128, s. 343-345; DEUTSCH/LIPPERT, §73 N. 16. Ayrıca bkz. HALL Ralph F. / BRAUN Tracy A.: “Leaving No Child Behind? Abigail Alliance, Pediatric Products and Off-Label Use”, Houston Journal of Health Law & Policy, V.8, 2007-2008, s. 271-313. Çocuklar ve yetişkinler arasındaki metabolik ve fizyolojik farklılıklar nedeniyle, özellikle anti-depresan ilaçların çocuklarda kullanımı bakımından veri toplamanın ve ilaç araştırmaları yürütmenin önemi hakkında bkz. HIXSON, Timothy J.: “Anti-Depressants and Children: Suicidality, Off-Label Use, and Trial Publication”, Indiana Health Law Review, Vol: 3, No.1, 2006, s. 201-202.

²⁴ Burada kullanılan “çocuk” ifadesi, “küçük” olarak anlaşılmalıdır.

²⁵ 13 Nisan 2013 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğe göre klinik araştırma; “bir veya birden fazla araştırma ürününün klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak; advers olay veya reaksiyonlarını tanımlamak; emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek; güvenliliğini ve etkilliliğini araştırmak

2) Endikasyon Dışı İlaç Kavramının Benzer Kavramlar ile Karşılaştırılması

a. Ruhsatsız İlaç (Ruhsatsız Kullanım-Unlicensed Use)

Ruhsatsız ilaç, ilacın henüz ruhsat başvurusunun yapılmamış olması ya da yapılan ruhsat başvurusunun reddedilmiş olması durumunda söz konusu olur. Endikasyon dışı kullanım ise, ruhsatlandırılmış bir ilacın ruhsatında belirtilen kullanım alanları veya şartları dışında kullanılmasını ifade eder²⁶. Unlicensed use ifadesinin, her iki durumu da kapsayacak

amacıyla insanlar üzerinde yürütülen çalışmalar”dır. İnsanlar üzerinde klinik ilaç araştırmalarına ilişkin usul ve esasların düzenlendiği bu yönetmeliğe göre, bu tür çalışmaların çocuklar üzerinde yürütülebilmesi için, genel esaslara (m.5) ek olarak başkaca şartların (m.6) da sağlanması gerekir. Bu şartların başında; araştırmanın “gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taşıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbi bir kanaat bulunuyor” olması gelir. Benzer şekilde, 1 Ağustos 1998 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği’ne göre, “reşit ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmadan, sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Faydaları bulunması şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbi araştırma yapılması, velilerinin veya vasilerinin rızasına bağlıdır.” (m.35). Görüldüğü üzere; küçüğün sağlığı açısından doğrudan fayda sağlayacak olmadıkça, yasal temsilcisinin rızası olsa bile, küçükler üzerinde salt bilimsel amaçlı klinik ilaç araştırması yapılması yasak olup, sadece tedavi amaçlı araştırmalar yapılması mümkündür. TBMM’nin 9 Aralık 2003 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 5013 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”nin “Bilimsel Araştırma” başlıklı beşinci bölümünde de; araştırmaya muvafakat etme yeteneği olmayan kişiler üzerinde bilimsel araştırma yapılabilmesi için aranan ek şartlardan biri “araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması”dır (m.17/1/ii). Biyotıp Sözleşmesi, 1982 Anayasası m.90/5’e göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşma olup, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda söz konusu milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağını da dikkate almak gerekmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.90’da düzenlenen insan üzerinde deney suçu bakımından da çocuklar üzerinde bilimsel deneylere ilişkin ceza sorumluluğunun doğmaması için birtakım ek şartlar aranmaktadır. Bkz. TCK m.90/3. Almanya’da çocuklardaki endikasyon dışı kullanım için bkz. DEUTSCH/LIPPERT, §25 N. 8.

²⁶ Türk Ceza Kanunu m. 187/1’e göre; “kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç üreten veya satan kimseye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir”. İspençiyarı ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m.19’a göre; “ruhsatsız olarak müstahzar imal edenler veya bu şekilde imal edilen müstahzarları bilerek satan, satışa arz eden veya sattıranlar, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır [...]”. Ayrıca bkz. HAKERİ, s. 173 vd.

şekilde bir üst kavram olarak kullanıldığı görülmekle birlikte²⁷, dar ve teknik anlamda, ruhsatlandırılmamış bir ilacın kullanımı ruhsatsız kullanım iken, endikasyon dışı kullanım ruhsat dışı kullanımı ifade eder.

b. Güvenli Olmayan (Hatalı²⁸) İlaç

i. Genel Olarak Güvenli Olmayan İlaç

Üreticinin sorumluluğuna başvurulabilmesi için, öncelikle güvenli olmamasına rağmen piyasaya sürülmüş bir ürün bulunması gerekir. 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanuna göre; “üretici, piyasaya sadece güvenli ürünleri arz etmek zorundadır. Teknik düzenlemelere uygun ürünlerin güvenli olduğu kabul edilir” (m.5/3). Kullanım süresi içinde, normal kullanım koşullarında risk taşımayan veya kabul edilebilir ölçülerde risk taşıyan ve temel gerekler bakımından azamî ölçüde koruma sağlayan ürün ise, “güvenli ürün” olarak kabul edilir (m.3/e).

Bu bağlamda, ilaç üreticisinin sorumluluğu bakımından “güvenli olmayan/hatalı ilaç” kavramları kullanılır. Hâl ve şartlara göre beklenmesi mümkün olan güvenliği sağlayamaması nedeniyle kullananların vücut bütünlüğü değerlerine ilişkin zarar tehlikesi yaratan eksiklikleri bünyesinde barındıran ilaç, “hatalı ilaç” olarak nitelendirilir²⁹. İlaç ruhsatı için yapılan başvuruda ilaç üreticisi, ilacın etkinliği ve güvenilirliğine ilişkin çok sayıda belge ve çalışma raporu sunmak zorundadır. Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğine göre, beşeri tıbbi ürüne ilişkin ruhsat başvurusunun kabul edilebilmesi için ilacın güvenilirliğinin kanıtlanmış olması gerekir (m.16/b).

²⁷ BURRILL, Peter: “Use of Unlicensed Drugs: What are the Issues?”, Future Prescriber, Wiley Online Library, Vol. 7(1), s. 4, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/fps.18/epdf> (Erişim Tarihi: 18.05.2017).

²⁸ Birbirleri ile ilişkili olmakla birlikte, “ayıplı” ve “güvenli olmayan (hatalı)” ürün kavramları farklıdır. Bu çalışmada; ayıptan sorumluluk bakımından “ayıplı”, üreticinin sorumluluğu bakımından ise “güvenli-güvenli olmayan (hatalı)” ürün kavramları tercih edilmiştir. Güvenli olmayan ürün kavramı, ayıplı ürün kavramına nazaran daha geniştir. Bu bağlamda; güvenli olmayan ürün aynı zamanda ayıplı olmakla birlikte, bir ürünün ayıplı olması, onun her zaman güvenli olmayan bir ürün olduğu anlamına gelmez. Bkz. AYDOĞDU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 73; HAVUTÇU, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu (Üretici), 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 24 vd.

²⁹ PETEK, s. 159-160.

Üreticinin sorumluluğunun merkezinde yer alan hatalı ürün kavramı bakımından çeşitli hata türleri³⁰ söz konusu olup, bunlardan biri de ürünü gözlem hatasıdır³¹. Güvenli olmayan ilaç ile endikasyon dışı ilaç kullanımı arasındaki ilişki de tam da bu noktada karşımıza çıkar. İlacın ruhsatında belirtilen kullanım alanları/şartları dışında kullanılması durumunda ilaç üreticisinin sorumluluğu, kural olarak, doğmaz. Ancak ilaç piyasaya sürüldükten sonraki dönemde gözlem yükümlülüğü bulunan ilaç üreticisinin, mevcut bilimsel veriler ışığında, ilacının endikasyon dışı kullanımı sonucu ortaya çıkabilecek zarar risklerini bildiği/bilmesi gereken durumlarda gerekli önlemleri almaması, gözlem ve uyarı hatası nedeniyle hatalı ilaçtan sorumluluğuna yol açacaktır.

ii. Gelişim Hatasına Bağlı Olarak İlacın Güvenli Olmaması

Gelişim riskinden kaynaklanan gelişim hatası, ilacın üretim aşamasında bilim ve teknolojinin geldiği son duruma göre yapılması gereken test ve kontrollerin yapılmasına ve ilacın piyasaya sunumu aşamasında gereken tüm dikkat ve özenin gösterilmesine rağmen, ilacın taşıdığı risklerin o zamanki bilim ve teknolojinin geldiği düzeye göre fark edilememesini, zaman içerisinde bilim ve teknolojinin gelişmesi ile ortaya çıkmasını ifade eder³².

Almanya’da yaşanan Contergan felaketinin etkisiyle ilaç üreticisinin sorumluluğu 1976 tarihli İlaç Kanunu (Arzneimittelgesetz-AMG) §84’te tehlike sorumluluğu olarak düzenlenmiş ve gelişim hataları da ilaç üreticisinin sorumluluğunun kapsamına dâhil edilmiştir³³. Buna göre;

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. PETEK, s. 167 vd.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. HAVUTÇU, Üretici, s. 143 vd. Alman Hukukunda ilaç üreticisinin ürün gözlem yükümlülüğünün dayanağı olarak §63a AMG hükmü gösterilmektedir. Bkz. JENKE, s. 18.

³² HAVUTÇU, Üretici, s. 30; ÖZEL, Çağlar: “Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu (Yapımcının Sorumluluğu), Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 811; ÖZTAN, Bilge: İmalatçının Sorumluluğu, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1982, s. 184; JENKE, s. 49.

³³ Bkz. DEUTSCH/LIPPERT, §84 N. 2; VOIT, Wolfgang/ MOELLE, Hennings: “§13 Arzneimittelhaftung”, in Dieners, Peter/Reese, Ulrich (ed.), Handbuch des Pharmarechts, Grundlagen und Praxis, 1. Auflage, München 2010, §13 N. 1; REHMANN, §84 N. 1. 1957 yılında Almanya’da piyasaya sürülen ve birçok ülkede pazarlanan, etken maddesi Thalidomidin olan *Contergan* adlı ilacın, üreticisi tarafından anne ve anne karnındaki embriyoya zarar vermediği belirtilerek erken dönem gebelik bulantısı sorunu için güvenle kullanılabilceğine ilişkin tanıtımlar yapılmış ancak söz konusu ilacın

ilaç üreticisi, ilacın amaçlanan alanlarda kullanılması durumunda mevcut tıp bilimi verilerine göre kabul edilebilir limitleri aşan zararlı sonuçların meydana gelmesinden de sorumludur³⁴. Gelişim hatası ilacın endikasyon alanları dâhilinde kullanılması durumunda söz konusu olmaktadır.

Gelişim hatasında; üretildiği anda bilinen bilim ve tekniğe uygun olan ilaçta henüz üretim aşamasında mevcut olan ancak zaman içerisinde bilimsel ve teknik gelişmeler ile ortaya çıkan bir yapım-bileşim hatası söz konusudur³⁵. Endikasyon dışı ilaç kullanımında ise, ilacın üretim aşamasında endikasyon dışı alanlara ilişkin olarak yürütülen herhangi bir klinik çalışma, test ya da kontrol bulunmadığından, endikasyon dışı ilaç kullanımının gelişim hatasından farklı olduğu kanaatindeyiz.

c. İnsani Amaçlı Kullanım (Compassionate Use)

Ruhsatlandırılmamış bir ilacın, herhangi bir sebeple klinik araştırma kapsamına alınmayan ve ciddi bir hastalıktan muzdarip bir hastaya ilaç üreticisi tarafından ücretsiz olarak temin edilmesi durumunda, insani amaçlı kullanımdan bahsedilir. Ülkemizde Sağlık Bakanlığı'na bağlı olarak kurulan Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (TITCK) kapsamında İnsani Amaçlı İlaç Erken Erişim Programı uygulanmaktadır³⁶. Bu program, ülkemizde ruhsatlandırılmış ve ulaşılabilir mevcut ürünlerle tedavisi başarısız olmuş ciddi veya acil, hayati tehlike arz eden bir hastalığı olan ancak düzenlenmiş klinik

kullanıldığı gebeliklerin sonucunda, 4,000'i Almanya'da olmak üzere, tüm dünyada 10.000'den fazla bebek *phocomelia* adı verilen anomali ile (fok balığına benzeyen, kolsuz ve ayaksız) dünyaya gelmiştir. Bkz. ÖZSUNAY, Ergun: "İlaçların Neden Olduğu Zararlardan Dolayı İlaç Üreticisinin Sorumluluğu, AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler" (İlaç Üreticisi), in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, İstanbul 2009, s. 45. *Contergan* olayında ilacın üreticisinin gelişim ayıbı bulunduğuna ilişkin iddiasına karşın, ilaçtaki etken maddenin ana rahmindeki embriyonun sakat doğumuna yol açtığıın 1891 yılından beri bilinen bir gerçek olması gerekçesiyle, söz konusu olayda gelişim ayıbı değil, tasarım ayıbı fikrinin hakim olduğu hakkında bkz. YILDIRIM, M. Fadil: "Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu", in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, s. 29, dn. 1, 18.

³⁴ Bkz. AMG §84 I. Ayrıca bkz. GÖBEN, s. 185 vd.

³⁵ PETEK, s. 200-202.

³⁶ Bkz. <http://www.titck.gov.tr/Mevzuat/MevzuatGetir?id=2126> (Erişim Tarihi: 18.05.2017). Alman Hukukunda, insani amaçlı kullanım AMG §21 II N.6'da özel olarak düzenlenmiştir. Avrupa Birliği Hukukundaki düzenleme için bkz. 726/2004 EC sayılı Direktif, m. 83.

araştırmalar kapsamına da alınmayan hastalara, üretici tarafından ilacın ücretsiz teminine yöneliktir. Program kapsamında ilaç bir başka ülkede ruhsatlandırılmış olabileceği gibi ruhsatlandırılmamış da olabilir.

Endikasyon dışı kullanımda, ruhsatlandırılmış bir ilacın ruhsatında belirtilen şartlar dışında kullanımı söz konusu iken, insani amaçlı kullanım, henüz ruhsatlandırılmamış bir ilacın kullanımına ilişkindir³⁷. Bu açıdan, insani amaçlı kullanım, ruhsatsız kullanımın bir alt türüdür³⁸. İnsani amaçlı kullanımda söz konusu ilaç hasta için son çare olduğundan, klinik araştırmaların eksik olmasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek riskler kabul edilebilir niteliktedir³⁹. Öte yandan, insani amaçlı kullanım için, üreticinin klinik araştırmalardan elde edilen bilimsel veriler ile ilacın etkinliği, güvenliği ve kalitesine ilişkin bilgilere ilişkin belge sunması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁰. Oysa endikasyon dışı kullanımda, ilacın üreticisi tarafından endikasyon dışı kullanım için yürütülmüş herhangi bir klinik araştırma bulunmamaktadır. Endikasyon dışı kullanım ile insani amaçlı kullanımın bakımından ortak nokta ise, her iki kullanımın da istisnai nitelikte olmasıdır⁴¹.

d. Çifte Kullanım (Dual use)⁴²

Çifte kullanım; özellikle bilimsel ve teknolojik gelişmelerin kötüye kullanımı bakımından gündeme gelen bir kavram olup, bir tanıma göre; barışçıl uygulama alanları olan bir malzemenin, donanımın ya da bilginin nükleer, kimyasal ya da biyolojik silah üretiminde kullanılmasını ifade

³⁷ KORTLAND, §21 N. 25.

³⁸ DÖNMEZ, Off-Label Use, s. 937.

³⁹ DÖNMEZ, Off-Label Use, s. 937.

⁴⁰ DIENERS/ HEIL, §1 N. 195.

⁴¹ DIENERS/ HEIL, §1 N. 193.

⁴² Çift etki (*double effect*) ise; bir fiilin biri amaçlanan, diğeri de amaçlanmayan iki etkiyi ortaya çıkarmasını ifade etmekte olup biyoetik alanında özellikle ölümü beklenen hastalar ve fetüslerle ilgili olarak kullanılan bir kavramdır. Örneğin; ölümü beklenen ancak dayanılmaz ağrılar çeken bir hastanın ağrısını dindirmek amacıyla verilen morfinin hastanın ölümünü hızlandırması durumunda çift etki söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZ, Yasemin N./ TEPE, Harun/ ÖRNEK BÜKEN, Nüket/ KIRIMSOY KUCUR, Deniz: Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2005, s. 47-48.

eder. Endikasyon dışı kullanımda ise böyle bir çifte kullanım söz konusu değildir⁴³.

3. Endikasyon Dışı İlaç Kullanımından İlaç Üreticisinin Sorumluluğu

A.Sorumlu Kişinin Belirlenmesi

İlaç hukukunda; “ruhsat sahibi”, “ilacı piyasaya süren” ve “ilaç üreticisi” şeklinde farklı sıfatlarla karşılaşılr. Aşağıda öncelikle bu sıfatlar arasındaki ilişki ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1. Üretici Kavramı

28 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe giren TKHK m.3/1/n’de üretici şu şekilde tanımlanmıştır:

“Kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere tüketiciye sunulmuş olan mal, bu malların hammaddelerini ya da ara mallarını üretenler ile mal üzerine markasını, unvanını veya herhangi bir ayırt edici işaretini koyarak kendisini üretici olarak gösteren gerçek veya tüzel kişi”

4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun m.3/g’de yer alan tanıma göre ise üretici;

“Bir ürünü üreten, imal eden, ıslah eden veya ürüne adını, ticarî markasını veya ayırt edici işaretini koymak suretiyle kendini üretici olarak tanıtan gerçek veya tüzel kişiyi; üreticinin Türkiye dışında olması halinde, üretici tarafından yetkilendirilen temsilciyi ve/veya ithalatçıyı⁴⁴; ayrıca, ürünün tedarik zincirinde yer alan ve faaliyetleri ürünün güvenliğine ilişkin özelliklerini etkileyen gerçek veya tüzel kişiyi [...] ifade eder.”

Her iki tanım da 85/374/EEC Ürün Sorumluluğu Direktifinde yer alan üretici tanımına benzemektedir⁴⁵. Görüldüğü üzere, üretici

⁴³ TUCKER, J.B.: Innovation, Dual Use, and Security: Managing the Risks of Emerging Biological and Chemical Technologies, Cambridge 2012, s. 2.

⁴⁴ İthalatçı, 6502 sayılı TKHK’da üretici kapsamında değerlendirilmeyip, ayrı olarak tanımlanmıştır. TKHK m.3/1/e’ye göre ithalatçı “kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere mal veya hizmetleri ya da bu malların hammaddelerini yahut ara mallarını ticari veya mesleki amaçlarla ithal ederek satım, kira, finansal kiralama veya benzeri bir yolla piyasaya süren gerçek veya tüzel kişi”dir.

⁴⁵ Bkz. 85/374/EEC sayılı Ürün Sorumluluğu ile ilgili Üye Devletler Yasalarının, Yönetmeliklerinin ve İdari Hükümlerinin Yaklaştırılmasına ilişkin 25 Temmuz 1985 tarihli Konsey Direktifi, m.3.

tanımlanırken oldukça geniş bir yaklaşım benimsenmiş ve sadece nihai üretici değil, ürünün hammaddelerini, ara mallarını üreten ara üreticiler ile kendisi üretmeyip başkasına ürettirse bile ürünü kendi adı, ticari markası altında piyasa süren kişiler de üretici kapsamına dâhil edilmiştir⁴⁶. İlk durumda gerçek üretici, fason üretimin söz konusu olduğu ikinci durumda ise görünürde üreticiden bahsedilir⁴⁷.

2. İlaç Üreticisi Kavramı

27.04.2013 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Beşeri Tıbbi Ürünlerin İmalathaneleri Hakkında Yönetmelik m.4/1/ç’ye göre imalat;

“Klinik araştırması yapılan ürünler de dâhil, bir farmasötik ürünün hazırlanmasında, hammaddelerin imal veya ithalatından, işlenerek ve ambalajlanarak bitmiş ürün halini alıp, satışa veya araştırmanın yapıldığı son noktaya sunumuna kadar yapılan işlemlerin ve bunlarla ilgili kontrollerin tümünü [...] ifade eder”

Bu doğrultuda imalatçı da “klinik araştırması yapılan ürünler de dâhil, beşeri tıbbi ürünlerin imalat yetkisini elinde bulunduran gerçek ya da tüzel kişi”dir (m.4/1/d). Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliğinde, “ürünü pazara sunmak üzere ruhsat almak isteyen” kişiden bahsedilmektedir (m.6). Öte yandan Türkiye’de imal edilecek ürünler bakımından ruhsat başvurusunda sunulacak belgeler arasında, “başvuru sahibinin üretici olmaması durumunda, [...] Beşeri Tıbbi Ürünler İmalathaneleri Yönetmeliğinde belirtilen şartlara sahip bir üretici ile yaptığı noter onaylı fason üretim sözleşmesi” sayılmıştır (m.8/r). Bu düzenlemeler değerlendirildiğinde; ruhsat sahibi ile ilacı piyasaya sürenin çoğunlukla aynı kişi olduğu, üretici sıfatının ise bu kişi ile birleşebileceği gibi başka bir kişiye de ait olabileceği sonucu çıkmaktadır. İlaç piyasaya sürecek kişi ile üretici arasında fason üretim sözleşmesinin yapıldığı durumlarda, ilacı kendisi üretmeyip başkasına ürettiren kişi, ilacı kendi adı altında piyasaya sürer ve böylelikle, piyasaya süren ruhsat sahibi,

⁴⁶ Kırca, bu durumda, üretim zincirinin sonunda yer alan kişi olarak, üründeki hata sadece ara üreticilerden kaynaklanmış olsa bile, ürüne bağlı tüm hatalardan nihai üreticinin sorumlu olacağını savunurken. Bkz. KIRCA, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007, s. 205. AYDOĞDU, tüketicinin bu kişilerden herhangi birine başvurabileceğini belirtmektedir. Bkz. AYDOĞDU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 70-71.

⁴⁷ Bu kavramlar için bkz. KIRCA, s. 202 vd.

görünürde üretici olarak karşımıza çıkar⁴⁸. Uygulamada ise; “ruhsat sahibi”, “piyasaya süren” ve “üreten” sıfatlarının genellikle aynı kişide toplandığı görülmektedir.

B. İlaç Üreticisinin Sorumluluğunun Hukuki Dayanağına İlişkin Görüşler

Hatalı ürünün sebep olduğu zararlar bakımından üreticinin sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda en isabetli ve amaca uygun olan, kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsenmesidir⁴⁹. Ancak Türk Hukukunda ne genel olarak üreticinin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen bir kanun ya da kanun hükmü, ne de ilaç üreticisinin kusursuz sorumluluğunu düzenleyen özel bir ilaç kanunu bulunmaktadır. Üreticinin sorumluluğunun hukuki dayanağı konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler aşağıda ana hatlarıyla incelendikten sonra, bu görüşlerin ilaç üreticisinin sorumluluğu bakımından değerlendirilmesi yapılacaktır.

1. Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel Haksız Fiil Sorumluluğu

Türk Hukukunda üreticinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin açık bir düzenleme olmamasından yola çıkan görüş, bu konuda kusura dayanan haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁵⁰. Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu görülmektedir⁵¹.

2. Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Kusursuz Haksız Fiil Sorumluluğu Halleri

a. Genel Tehlike Sorumluluğu

TBK m.71’de yer alan Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme başlıklı genel tehlike sorumluluğuna ilişkin hükmün ilk fıkrasına göre; “önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur”. Maddenin ikinci fıkrasında ise, “[...] bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır

⁴⁸ Bu durumda hem piyasaya sürenin hem de üreticinin müteselsil sorumlu olacakları görüşü için bkz. PETEK, s. 150.

⁴⁹ TİFTİK, Mustafa: Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 57.

⁵⁰ AKİPEK, s. 38. Ayrıca bkz. ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku (Tüketici), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 118 vd.; ÖZEL, Yapımcının Sorumluluğu, s. 806 vd.

⁵¹ YHGK E.2002/4-114, K.2002/84, T.13.02.2002; Y13HD E.1998/2040, K.1998/2557, T.19.03.1998 (Kazancı).

zararlar doğurmaya elverişli bir işletmenin, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu belirtilmiştir. Doktrindeki hâkim görüş; yürürlükte bulunan hukuk açısından ilaç üreticisinin sorumluluğunun TBK m.71 kapsamında bir tehlike sorumluluğu olarak değerlendirilebileceğini ileri sürer⁵². Aksi görüş ise; üreticinin sorumluluğunun TBK m.71 kapsamına dâhil edilemeyecek nitelikte sui generis bir kusursuz sorumluluk hali olduğunu⁵³, ayrıca, söz konusu hükümde tehlike sorumluluğunun doğabilmesi için zararın işletme faaliyetinden doğması şartı arandığından, “işletmenin üretilen piyasaya çıkardığı ürünlerin verdiği zararlardan sorumluluğun, bunlar tehlikeli, özel tipte bir zarar doğurmaya yatkın olsalar bile; TBK m.71 kapsamına girmeyeceğini”⁵⁴ belirtmektedir. AMG §84’te, ilaç üreticisinin sorumluluğu bir tehlike sorumluluğu hali olarak düzenlenmiştir⁵⁵.

⁵² HAKERİ, s. 117; NART, s. 60; DEMİR, Mehmet “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu” (İlaç Kullanımı), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010(89), s. 118-119; DALCI, Nurcihan: “TBK md. 71 Bağlamında İlaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Dönem: 2014, Sayı: 114, Ankara, s. 75 vd.; DÖNMEZ, Hatalı Üretilen İlaç, s. 392. İlaç üreticisinin sorumluluğunun adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında değerlendirilebileceğini belirten Petek, 6098 sayılı TBK’nın henüz tasarı halinde olduğu dönemde kaleme aldığı çalışmasında, tasarının kanunlaşması durumunda ilaç üreticisinin sorumluluğunun TBK m.71’de düzenlenen tehlike sorumluluğuna dayandırılabilirliğini belirtmektedir. Bkz. PETEK, s.155, dn.1. Ayrıca bkz. BAŞPINAR, Veysel: “İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu” (İlaç Üreticisi), in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, s. 100-101.

⁵³ Bkz. PAKSOY, Meliha Sermin/DEMİR, Gizem Arslan: “Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması”, İÜHFİM, C.71, S.2, 2013, s. 314.

⁵⁴ OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 192. “Tıp gaz imalathanesi tehlikeli bir işletme olduğundan, doldurulması bitmiş ve işletmede depolanmış tüplerin patlamasından dolayı sorumluluk da BK m.71’deki tehlike sorumluluğuna girebilir. Fakat imalathaneden gönderilmiş ve pazarlanmış tüplerin bazısının kullanıldığı ev veya lokantada patlaması bu hükme göre değil, ‘üreticinin sorumluluğu’ çerçevesinde ele alınır” (naklen: OĞUZMAN/ÖZ, s. 193)

⁵⁵ VOIT/ MOELLE, §13 N. 1; REHMANN, §84, N. 1; DEUTSCH/LIPPERT, §84 N. 1. Tehlike sorumluluğundan tazminat yükümlülüğünün doğabilmesi için ilacın usulüne uygun olarak kullanılmasına rağmen o günün tıp verilerine göre öngörülemez bir zararlı sonucun doğması ya da zararın, o günün tıp bilimi verilerine göre öngörülmesi mümkün olmayan ilacın özelliklerinden, uzmanlık bilgisinden ya da kullanım bilgisinden kaynaklanması gerekir (bkz. §84 AMG ve DALCI, s. 68 vd.).

b. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu

Üreticinin sorumluluğunu, TBK m.66'da düzenlenmiş olan adam çalıştırmanın sorumluluğuna dayandıran görüş⁵⁶ doğrultusunda, ilaç üreticisinin de adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında sorumlu tutulabileceği ileri sürülmektedir⁵⁷. Adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından zararın çalışanın fiilinden doğmuş olması şartının aranması ve kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle adam çalıştırana sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmış olması gerekçesiyle bu görüş eleştirilmekte ve üreticinin sorumluluğu bakımından adam çalıştırmanın sorumluluğunun yetersiz kaldığı belirtilmektedir⁵⁸.

Bu noktada, özellikle TBK m.66/3 hükmünün değerlendirilmesi gerekmektedir. TBK m.66/3'e göre; "bir işletmede adam çalıştırarak, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür". 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK ile getirilen yeni düzenlemelerden biri olan bu hükmün niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Söz konusu tartışma; yeni hükmün ek bir kurtuluş kanıtı niteliğinde mi olduğu, yoksa "organizasyon sorumluluğu" olarak ifade edilen bağımsız bir sorumluluk normu mu teşkil ettiği noktasında toplanmaktadır. Doktrindeki hâkim görüş; söz konusu düzenlemenin Türk Hukuku bakımından bir yenilik olmadığı, doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında benimsenen yaklaşımın⁵⁹ sadece kanuna yansıtılmasından ibaret olduğu, işletmelerde adam çalıştırarak bakımından özen yükümlülüğünün kapsamının

⁵⁶ İsviçre Hukukunda üreticinin sorumluluğu, 1993 tarihli Ürün Sorumluluğu Kanunundan [Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht (Produkthaftpflichtgesetz, PrHG)] önceki dönemde İsviçre Borçlar Kanunu'nun adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen 55. maddesi kapsamında değerlendirilmekteydi. Bkz. SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Sechste Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2009, §53.32; HAVUTÇU, s. 52-56.

⁵⁷ PETEK, s. 155 vd.

⁵⁸ ÖZSUNAY, Ergun: "Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu" (Yapımcının Sorumluluğu), BATİDER, C.X, 1979, s.134; KAPLAN, İbrahim: "Türk ve İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu", Adalet Dergisi, 1977, s. 94.

⁵⁹ Adam çalıştırmanın özen yükümlülüğünün kapsamına çalışanın sadece seçme, talimat verme ve denetleme dahil olmayıp, adam çalıştırarak aynı zamanda işletmesini çalışma amacına uygun bir şekilde örgütlemeli, çalışanına uygun malzeme ve araç-gereç sağlamalı, üçüncü kişilerin zarara uğramaması için gerekli tedbirleri almalıdır. Bkz. Y4HD E.1977/11751, K.1978/10809, T.10.02.1978 (Kazancı). Yargıtay'ın eBK döneminde konuya ilişkin olarak verdiği çeşitli kararları için bkz. İMRE, Zahit: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 151 vd.

genişletildiği yönündedir⁶⁰. Bu görüşe göre; hem “adam çalıştırmanın sorumluluğu” şeklindeki madde başlığı hem de madde gerekçesi, kanun koyucunun amacının bağımsız bir sorumluluk normu getirmek olmadığını göstermektedir. Zira istisnai nitelikte olan kusursuz sorumluluk hallerinin, tereddüde yer bırakmayacak şekilde, net ve açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Aksi görüş ise; TBK m.66/3 hükmü ile işletmeler bakımından “organizasyon sorumluluğu” olarak nitelendirilen ayrı bir kusursuz sorumluluk halinin düzenlendiğini, bu hükmün uygulanması bakımından zararın çalışanın fiilinden kaynaklanmasının zorunlu olmadığını, işletme faaliyetinde kullanılan araç, makine, teçhizat, malzeme vb. taşınır ve taşınmaz maddi unsurlar ile üretilen ürün/sunulan hizmet hatasının da TBK m.66/3 kapsamına dâhil olduğunu, böylelikle üreticinin sorumluluğunun da bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶¹.

3. Ürünle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun

4703 sayılı Ürünle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun m.5/4’e göre; “üretici, güvenli olmadığı tespit edilen ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini veya ürünün güvenli olmaması halinin ilgili teknik düzenlemeye uygunluktan kaynaklandığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulur”. Doktrindeki bir görüş, üreticinin kusursuz sorumluluğunun dayanağı olarak bu kanun hükmünü göstermektedir⁶². Kanunun genel gerekçesi ve amacı ışığında değerlendirme yapan aksi görüş ise, ürün güvenliği açısından sadece birtakım idari düzenlemeler getiren bu kanunun kamu hukuku nitelikli olduğu, dolayısıyla, özel hukuk bakımından bir kusursuz sorumluluk

⁶⁰ BURCUOĞLU, Haluk: “Seminer: Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler”, İzmir Barosu Dergisi Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Yıl: 77, Sayı: 2, 2012, s. 41; OĞUZMAN/ÖZ, s. 149-150; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 651; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 341.

⁶¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNLÜTEPE, Mustafa: Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/III), 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 311 vd.; TÜRKMEN, Ahmet, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/III), İÜHFİM, C.LXX, S.2, 2012, s. 260. Üreticinin sorumluluğunun, TBK m.66/3 hükmü ile adam çalıştırmanın sorumluluğu kapsamında düzenlendiği hakkında bkz. ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 571.

⁶² Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 233-236.

halini düzenlemediği gerekçesiyle üreticinin sorumluluğunun dayanağı olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁶³.

4. Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluk Hakkında Yönetmelik

6502 sayılı TKHK’da hatalı ürün nedeniyle zarar gören tüketiciye doğrudan üreticiye yöneltilebilecek bir tazminat talep etme hakkı tanınmamıştır⁶⁴. 4077 sayılı TKHK döneminde çıkarılan⁶⁵, 13.06.2003 tarihli Resmi Gazete yayımlanan Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Dolayı Sorumluluk Hakkında Yönetmelikte; “malın piyasaya sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü an ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınarak, bir kimsenin o maldan haklı olarak bekleyebileceği güvenlikli sağlamayan mal[ın] ayıplı sayılacağı” kabul edilmiş (m.5) ve “ayıplı bir malın, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde imalatçı/üretici[nin] doğan zararı, kusuru aranmaksızın tazmin etmekle yükümlü” olacağı belirtilmiştir (m.6). Söz konusu Yönetmeliğin normlar hiyerarşisi bakımından

⁶³ HAVUTÇU, Üretici, s. 115-117; KIRCA, s. 81; YILDIRIM, s.35; AKÇURA KARAMAN, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 152 vd.; konunun 4703 sayılı Kanun ile düzenlemeye kavuşturulmamış olmasının büyük bir eksiklik olduğu yönünde bkz. AKİPEK, s. 28-29, 38.

⁶⁴ “Yeni TKHK, bu konuda 4077 sayılı eski Kanunun da gerisinde kalmış ve ürün sorumluluğunun tamamen düzenleme dışı bırakmıştır”. Bkz. AKİPEK, Şebnem: “Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku Yönünden Ürün Sorumluluğu”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre, C.2, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2016, s. 37. 6502 sayılı TKHK Kanun Tasarısı Taslağında üreticinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin düzenleme yapılmış olmasına rağmen, söz konusu düzenleme kanunlaşan metinde yer almamıştır. Söz konusu tasarı taslağı m.9/1; “hatalı üretilen bir ürünün, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde, bu ürünün üreticisi doğan zarardan kusuru aranmaksızın sorumlu tutulur” şeklinde bir düzelleme getirmekteydi. 6502 sayılı TKHK’ya göre tüketici ayıptan sorumluluk çerçevesinde üreticiye karşı seçimlik haklarından sadece ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep haklarını ileri sürebilmekte (m.11/2), tazminat talepleri bakımından ise, üretici ile arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığından, 6098 sayılı TBK’nun haksız fiil hükümlerine dayanabilmektedir (TKHK m.11/6). 4077 sayılı mülga TKHK’ya göre ise tüketici, ayıptan sorumluluk çerçevesinde ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya ve/veya kullanımdaki diğeri mallarda zarara neden olan hallerde doğrudan üreticiden tazminat talep etme hakkına sahipti (m. 4/2/son cümle).

⁶⁵ 4077 sayılı mülga TKHK’ya dayanılarak çıkartılmış olan bu Yönetmelik, 6502 sayılı TKHK geçici madde 1/3 uyarınca, yeni Yönetmelik yürürlüğe girinceye kadar uygulanır.

geçerliliği ise doktrinde tartışmalıdır⁶⁶. Yargıtay tarafından, üreticinin sorumluluğu bakımından bu Yönetmeliğe dayanılarak verilen herhangi bir karara ise rastlanmamıştır.

5. Değerlendirme ve Görüşümüz

Türk Hukukunda, genel olarak üreticinin, özel olarak da ilaç üreticisinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin açık bir kanuni düzenleme yer almamaktadır. İstisnai nitelikte olan kusursuz sorumluluk hallerinin mutlaka kanun düzeyinde açık bir şekilde düzenlenmesi gerektiğinden yola çıkarak, üreticinin sorumluluğunun Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmeliğe dayandırılmayacağına ilişkin görüşe katılıyoruz. 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ise, bir kanuni dayanak olarak değerlendirilebilecek olmakla birlikte, söz konusu kanunun, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, üreticinin sorumluluğuna ilişkin bir özel hukuk sorumluluk normu olarak yorumlanması meselesi gündeme gelmektedir. TBK m.71’de düzenlenen genel tehlike sorumluluğunda ise, zararın kaynağı olarak faaliyet sonucunun değil, önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyetin bizzat kendisinin düzenlendiği görülmektedir. Bu nedenle, ilaç üreticisinin sorumluluğu özelinde ilacın salt kendisinin zarar doğurma riskini içinde barındırması dahi, TBK m.71 kapsamındaki tehlike kavramı ile örtüşmemektedir. İlaç, kendine özgü yapısı nedeniyle zarar doğurma riskini barındırmakla birlikte, ilaç üretim faaliyetinin kendisi, tehlike arz eden bir faaliyet olmadığından, önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyetler bakımından bir sorumluluk normu olan TBK m.71 hükmünün de ilaç üreticisinin sorumluluğuna hukuki dayanak teşkil etmesi zor gözükmemektedir. Kusura dayalı bir sorumluluğun ise üreticinin sorumluluğuna ilişkin hukuki ihtiyaçları karşılamaktan uzak olduğu açıktır. Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu açısından ilaç üreticisi, sadece önleyebileceği ilaç hatalarından sorumlu tutulabilir⁶⁷. Ayrıca,

⁶⁶ Yönetmelikteki “ayıp” kavramının satıcının ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin ayıp kavramını değil, üreticinin ürün sorumluluğuna ilişkin “hata” kavramını ifade ettiği, Yönetmeliğin kanuna uygun ve geçerli olduğu ve m.6’da üreticinin sorumluluğunu düzenlediği görüşü için bkz. KIRCA, s. 100-101. Yönetmelikle böyle bir düzenleme yapılması mümkün olmadığından dikkate alınamayacağı ve kusursuz sorumluluğa temel olamayacağı hakkında bkz. PETEK, s. 155; DEMİR, İlaç Kullanımı, s. 117, dn. 41. Kanunda öngörülmeden çözümlerin Yönetmelikle düzenlenmesinin hukuk ilkelerine ters düştüğü görüşü için bkz. ÖZSUNAY, İlaç Üreticisi, s. 61. Doktrindeki farklı görüşler ışığında Yönetmeliğin değerlendirilmesi için bkz. AKÇURA KARAMAN, s. 144 vd.

⁶⁷ PETEK, s. 75.

kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun kabulü, özellikle kusurun ispatı bakımından zarar görenin aleyhinedir. İlaç üreticisinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme yapıncaya kadar, Yargıtay'ın benimsediği fiili karine yaklaşımı⁶⁸ ile bu sorun aşılabilese bile, ilaç üreticisinin kusuru bulunmadığını ispatlayarak her zaman sorumluluktan kurtulmasının mümkündür⁶⁹.

Hatalı ilaçların verdiği zararlardan etkilenen kitlenin ve uğranılan zararların büyüklüğü karşısında ilaç hukukunda ilaç üreticisinin sorumluluğunun doğası, özel bir kanun hükmü ya da tercihen, özel bir ilaç kanunu ile açıkça bir kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenmeyi gerektirmektedir. Türk Hukukunda bu eksiklik giderilmeye kadar, kanaatimizce, yürürlükteki hukuk bakımından ilaç üreticisinin kusursuz sorumluluğunun dayanağı olarak değerlendirilebilecek yegâne düzenleme, TBK m.66/3 hükmüdür⁷⁰. Ancak çalışanın fiili dışındaki olgulardan (örneğin; üretimde kullanılan makine, malzeme) kaynaklanan hatalı ürünlerin verdiği zararlardan üreticinin, üretim sürecindeki organizasyon eksikliği nedeniyle bu hüküm kapsamında sorumlu tutulabilmesi, söz konusu hükmün bağımsız bir sorumluluk normu olarak değerlendirilmesine bağlıdır. Üreticinin sorumluluğunun; TBK m.66/3 hükmüne mehzaz teşkil eden, İsviçre'de hazırlanmış olan Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birleştirilmesine İlişkin Federal Kanun Ön Tasarısı (Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts-Vorentwurf eines Bundesgesetzes) Art. 49a hükmü kapsamında

⁶⁸ Üretim işinin karmaşık bir yapıda olması nedeniyle kusurun ispatı bakımından zarar görene kolaylık sağlamak amacıyla fiili karinenin varlığının kabul edildiği karar için bkz. YHGK E.1996/4-588, K.1996/831, T.27.11.1996 (Kazancı). Kısa vadede, yasal bir düzenleme yapıncaya kadar ilk görünüş ispatına yönelik ilkelerin uygulanabileceği, uzun vadede ise ilaç üretimine ilişkin ispat kurallarını da içeren yeni bir kanun hazırlanması önerilmektedir. Bkz. BAŞÖZEN, Ahmet “İlaç Kullanımı Dolayısıyla Ortaya Çıkan Zararlarda İspat Sorunu”, in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, s. 188. Ayrıca bkz. HAKERİ, s. 158-160.

⁶⁹ PETEK, s. 109; DÖNMEZ, Hatalı Üretilen İlaç, s. 388.

⁷⁰ TBK m.66/3 hükmünde de TBK m.71'de olduğu gibi “işletme faaliyeti” kavramına yer verilmiştir. “Ancak TBK m. 71, sorumluluğun ortaya çıkmasında önemli ölçüde tehlike arz eden işletme faaliyetinin zarara sebep olması esasını kabul eder. TBK m. 66/III hükmünde ise işletme, işletmede başkalarının zarara uğramasını engelleyecek nitelikte organizasyonu kurmak yükümlülüğü yüklenmiştir”. Bkz. ÜNLÜTEPE, s. 208. İşletenin faaliyet alanından çıktıktan sonra ürünün kullanımı sırasında meydana gelen zararların da organizasyon sorumluluğu çerçevesinde tazmininin kabul edilmesi gerektiği, aksinin TBK m.66/3 hükmün getiriliş amacına aykırı olacağı hakkında bkz. ÜNLÜTEPE, s. 311.

değerlendirilebileceği belirtilmiştir⁷¹. Söz konusu Ön Tasarı üzerinde uzlaşamayıp kanunlaşmadığından, İsviçre Hukukunda bugün itibariyle tartışılan, İsviçre Borçlar Kanununun genel hükümlerine ilişkin OR 2020 Tasarısı'dır (Schweizer Obligationenrecht 2020- Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil). OR 2020 Tasarısında “organizasyon sorumluluğu” üst başlığı altında, “genel olarak” başlıklı Art. 58 hükmünde adam çalıştırmanın çalışanının fiillerinden sorumluluğu düzenlenmiş, “ticari işletmelerde” başlıklı Art. 59 hükmünde ise, bir ticari işletmenin işletme faaliyetinden kaynaklanan zararlardan sorumluluğuna yer verilmiştir⁷². Hukuki temelleri farklı olmakla birlikte, organizasyon kusuru kavramı Türk Hukukunda doktrinde ve uygulamada, özellikle özel hastanelerin sorumluluğu bakımından kabul görmektedir⁷³. Türk Hukuku bakımından, TBK m.66/3 hükmünde yer alan düzenlemenin bağımsız bir sorumluluk normu olarak değerlendirilmesine ilişkin olarak doktrinde dile getirilen eleştirilere katılmak ve kanun hükmünün sınırlarının zorlanacağına ilişkin endişeyi taşımakla birlikte, söz konusu kanun hükmünün, kanun koyucunun iradesinden bağımsızlaşarak “dinamik bir varlık” kazandığından hareketle toplumun ihtiyaçlarına uygun olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda, ilaç üreticisinin sorumluluktan kurtulabilmek için oldukça zor bir kurtuluş kanıtı getirmesi gerekmesi ve gerekli tedbirleri aldığı ispat etmedikçe sadece kusuru bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulamaması açısından söz konusu düzenleme isabetlidir. Ancak her türlü özenin gösterilmesine rağmen ortaya çıkan üretim kaçakları⁷⁴ ve gelişim hataları⁷⁵ bakımından

⁷¹WIDMER, Pierre/WESNNER, Pierre: “Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts- Erläuternder Bericht”, s. 131, <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-berd.pdf> (Erişim Tarihi: 04.06.2017).

⁷² Söz konusu tasarı metnine <http://or2020.ch/> adresinden ulaşılabilir, (Erişim Tarihi: 04.06.2017).

⁷³DEMİR, Mehmet: Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010, s. 246 vd.; YHGK E.2009/13-393, K.2009/452, T.21.10.2009 (Kazancı).

⁷⁴Özel, fabrikasyon hatalarının bir türü olan üretim kaçakları için kaçak ürünler (Ausreißer) ifadesini kullanmakta ve üretim kaçaklarını (kaçak ürünler) daha önce özenle ve defalarca gerçekleştirilmiş denetlemelere rağmen bir parçada ortaya çıkan eksiklik olarak tanımlamakta ve bu eksikliğin, kitle üretimi biçiminde yapılan üretimde önlenemeyecek türde ve nadiren rastlanan bozukluklar olduğunu belirtmektedir. ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku (ÖZEL, 2005), Gazi Kitabevi, Ankara 2005, s. 76.

bu hükmün de yetersiz olduğu göz önünde bulundurulmalıdır⁷⁶. Gelişim hataları, bir anlamda üretim sürecinin dışında ortaya çıktığından, organizasyon sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayıp, yürürlükteki hukuk bakımından zorunlu olarak, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu hükümleri uygulanacaktır. Bu açılardan, genel olarak üreticinin, özel olarak da ilaç üreticisinin sorumluluğu bakımından özel bir düzenleme ihtiyacı bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

C. Endikasyon Dışı İlaç Kullanımından İlaç Üreticisinin Sorumlu Olduğu Durumlar

1. Endikasyon Dışı İlaç Kullanımından İlaç Üreticisinin Kural Olarak Sorumlu Olmaması

İlaç üreticisi, kural olarak, ilacın sadece ilaç ruhsatında ve kullanma talimatında yazılan kullanım alanları ve şartları dâhilinde kullanımından bir zarar doğması halinde sorumlu olur⁷⁷. Aksi bir kullanım, talimata aykırı kullanım teşkil edecek olup, doğan zararlardan ilaç üreticisi sorumlu değildir.

İlacın tıp bilimi tarafından kabul edilen ve fakat ruhsatında açıkça belirtilmeyen alanlarda kullanılması da talimata uygun kullanım olarak değerlendirilmektedir. Ancak bu tür ruhsat dışı kullanımlardan doğan zararlar bakımından da ilaç üreticisinin sorumluluğu, kural olarak, kabul edilmemektedir⁷⁸. Bunun nedeni; üreticinin sadece ruhsat aldığı kullanım alanları için ilgili test ve deneyleri yapmış olması ve dolayısıyla, ruhsat aldığı alanlar dışındaki kullanımlar bakımından zarar doğurma riskini üstlenmemiş olmasıdır⁷⁹. Ancak, aşağıda görüleceği üzere, ilacın yetkili

⁷⁵ “Üreticinin gelişme rizikolarından (*Entwicklungsrisiken*) dar anlamda sorumluluğu söz konusu değildir; bu tür rizikolar, ürünün piyasaya sürülmesi anında henüz bilinmeyen ya da bilinmek zorunda olmayan rizikoları kapsamaktadır”. Bkz. ÖZEL, 2005, s. 78.

⁷⁶ İsviçre Hukukunda, kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu açısından üretim kaçakları ve gelişim hatalarından üreticisinin sorumlu tutulamayacağı hakkında bkz. HAVUTÇU, s. 51.

⁷⁷ GÖBEN, s. 185; MEYER/ GRUNERT, s. 206; REHMANN, §84, N. 1.

⁷⁸ GÖBEN, s. 186; PETEK, s. 198.

⁷⁹ 1992 yılında Maryland Bölge Mahkemesi’nde görülen *Robak v. Abbott Laboratories* davasında davacı, hekimin endikasyon dışı kullanım için reçete ettiği ilacı kullanmasından doğan zararının, uyarı ve bilgilendirme yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmeyen üretici firma tarafından giderilmesini talep etmiştir. Ancak hâkim, ilaç üreticisinin sadece ilacın bilinen kullanımları bakımından bilgilendirme yükümlülüğü olduğu, endikasyon dışı kullanımlar bakımından ise böyle bir yükümlülüğü bulunmadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir. Bkz. STOFFELMAYR, s. 288.

otorite tarafından ruhsatlandırılmış olması, üreticinin sorumluluğunun ortadan kalkması anlamına gelmemektedir⁸⁰.

2. İlaç Üreticisinin Uyarma ve Gözlem Yükümlülüğünü Yerine Getirmemiş Olması Durumunda Sorumlu Olması

Endikasyon dışı ilaç kullanımından ilaç üreticisinin sorumlu olduğu istisnai ilk durum, ilaç üreticisinin olası riskler hakkında uyarma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde ortaya çıkar. Endikasyon dışı kullanım ilaç üreticisi tarafından uyarma ile önlenilecek zarar grubu içindeyse, uyarma yükümlülüğünü yerine getirmeyen ilaç üreticisi doğan zarardan sorumlu olacaktır. İlaç üreticisi söz konusu yükümlülüğünü, ilaç piyasaya sürülmeden önce ilaca ilişkin yürüttüğü klinik çalışmalarda elde edilen verileri tam ve doğru bir şekilde açıklamakla yerine getirmiş olur⁸¹. Bir ilacın belirli bir hastada endikasyon dışı kullanımına karar verirken hekimler, bu verilerden yararlanırlar. Bu nedenle, ilaç üreticisinin elde ettiği verileri açıklaması büyük önem arz eder.

Ruhsat sahibi ilaç üreticisinin sorumluluğu, ilacının piyasaya sürülmesinden sonra da devam eder⁸². İlaçların Güvenliliği Hakkında

⁸⁰ AKKANAT, Halil: “İlaç Kullanımından Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk Açısından Hasta-Hekim-Üretici İlişkileri”, in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, İstanbul 2009, s. 81. Ayrıca bkz. ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G./ BİRİNCİ, Görkem/ ÖMÜRGÖNÜLŞEN, Uğur: “Trips Sözleşmesi ve İlaç Firmalarının Sağlık Hakkına İlişkin Etik Sorumlulukları”, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt. 30, Sayı. 2, 2012, s. 1-26.

⁸¹ GÖBEN, s. 187. Örneğin; anti-depresan olarak piyasaya sürülen *Paxil* adlı ilacın üreticisi firma, söz konusu ilacın çocuklarda kullanımının intihar riskini arttıracığına ilişkin klinik araştırmalarda elde ettiği veriyi paylaşmadığını itiraf etmiştir. Bkz. HIXSON, s. 222.

⁸² 4703 sayılı Ürünle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanunda üreticinin gözlem yükümlülüğünün, ürünün kullanım süresi içinde söz konusu olacağı düzenlenmiştir (m.5). Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelikte ise, üreticiye yöneltilebilecek tazminat talepleri bakımından on yıllık hak düşürücü sürenin kabul edilmesi ile uyumlu olarak, üreticinin gözlem yükümlülüğünün de ürünün piyasaya sürülmesinden itibaren on yıl süre ile sınırlandırıldığı (m.6/4) hakkında bkz. HAVUTÇU, s 145-146. Yönetmelik m.6/4 hükmü ile 85/374/EEC Ürün Sorumluluğu Direktifi düzenlenmesinin karşılaştırmalı bir inceleme ve değerlendirmesi için bkz. HAVUTÇU, s. 142 vd. İlaçların kullanım sürelerinin genellikle piyasaya sürülmelerinden itibaren on yılı geçmediği, yeni üretimler bakımından her bir seri için on yıllık sürenin yeniden başlayacağı, öte yandan ilaç

Yönetmelikte⁸³; ruhsat sahibinin ilaçlarının güvenliğini garanti ettiği, bu kapsamda, ilaçlarının güvenliğini sürekli olarak izlemekten, ilacın ruhsatlı olduğu diğer ülkelerin yetkili otoriteleri tarafından getirilen yasaklama ve kısıtlamalar da dâhil olmak üzere ilacın yarar/risk değerlendirmesini etkileyebilecek herhangi bir değişiklik konusunda Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nu bilgilendirmekten ve ilaç bilgilerinin mevcut bilimsel veriler ışığında güncel tutulmasından sorumlu olduğu belirtilmiştir (m.5/1). İlacını piyasaya sürdükten sonra da gözlem yükümlülüğü altında olan ilaç üreticisi, tıp biliminin ulaştığı düzeyde elde edilen veriler ışığında ilacının endikasyon dışı kullanımında bir zarar doğma riskinin söz konusu olduğunu bildiği/bilmesi gerektiği durumlarda, uyarı yükümlülüğünü yerine getirmek üzere gereken önlemleri almalıdır. İlaç üreticisinin endikasyon dışı kullanımlar nedeniyle kendisinin sorumlu olmayacağına ilişkin ilacın kullanma talimatına kayıt koyması⁸⁴, ilacın diğer kullanım alanlarındaki etkilerini ortadan kaldıracak çalışmalar yapması ya da bilinen tüm kullanım alanları için ruhsat alması alınabilecek tedbirler arasındadır⁸⁵. Aksi takdirde, ilaç üreticisi bilmesine/bilebilecek durumda olmasına rağmen gereken önlemleri almadığı endikasyon dışı kullanımlardan dahi sorumlu olacaktır.

üreticisinin ürün gözlem yükümlülüğünün, ilacın piyasada bulunduğu süre devam etmesi gerektiği hakkında bkz. PETEK, s. 209-211.

⁸³ RG: 15.04.2014

⁸⁴ GÖBEN, s. 189; PETEK, s. 198; HAKERİ, s. 175. Endikasyon dışı kullanım, kural olarak, amaç dışı bir kullanım olmakla birlikte, bilimsel olarak genel kabul görmüş tedavi uygulamalarına dayanan ve ilaç üreticisinin bildiği ya da bilmesi gereken durumlarda kullanım amacı dahilinde kabul edilir. Böyle bir durumda ilaç üreticisi, açıkça sorumlu olmayacağını belirtmediği takdirde, bu tür bir kullanımın sonuçlarından sorumlu olacaktır. Bkz. REHMANN, §84, N.1. Söz konusu kayıt, ilaç üreticisinin uyarı yükümlülüğünün yerine getirilmesini ifade etmekte olup, sorumsuzluk kaydı niteliğinde değildir. Öte yandan, üreticinin sorumluluğu bakımından sorumsuzluk kayıtları, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik EK-1 1/a hükmüne göre haksız şart niteliğinde olup kesin hükümsüzdür. Üreticinin sorumluluğu bakımından sorumsuzluk kayıtlarının geçersizliğine ilişkin olarak ayrıca bkz. 85/374 EEC Ürün Sorumluluğu Direktifi, m.12.

⁸⁵ PETEK, s. 198-199.

3. İlaç Üreticisinin İlacının Endikasyon Dışı Kullanımını Teşvik Etmesi Durumunda Sorumlu Olması

Endikasyon dışı ilaç kullanımından ilaç üreticisinin sorumlu olduğu istisnai ikinci durum, ilaç üreticisinin ilacının, ruhsat aldığı alan dışındaki alanlarda kullanımını teşvik etmesi, reklamını yapması durumunda ortaya çıkar. İlaç üreticilerinin ürettikleri ilaçların endikasyon dışı kullanımları hakkında hekimlere bilgilendirme yapmaları yasaktır⁸⁶. Piyasada büyük pay sahibi olan ilaç firmaları ilaçlarının endikasyon dışı kullanım alanlarına yönelik yaptıkları tanıtımlar nedeniyle astronomik rakamlara ulaşan para cezaları ödemeye mahkûm edilmiştir⁸⁷. Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik (RG: 03.07.2015) m.6/3'e göre⁸⁸, “bir ürünün tanıtımı, Kurumca onaylanan kullanım alanlarında yer alan bilgi ve verilere uygun olmak zorunda” olup, m.6/2/b'ye göre;

“Yurt içinde düzenlenen uluslararası kongrelerde yapılacak tanıtımlar ile hekim/dış hekim/eczacının yazılı isteği üzerine ruhsat/izin sahibinin bilim servisi tarafından bizzat yapılan bilgilendirmeler hariç olmak üzere ilgili mevzuata göre ruhsatlandırılmış ya da izin verilmiş ürünlerin Kurumca onaylanan kullanım alanları dışında tanıtım yapılamaz.”

İlaç üreticisinden beklenen, ilacının tüm kullanım alanları için ruhsat alması, ruhsat alınmayan kullanım alanları bakımından ise, ilacını satmaya, kullanımını teşvik etmeye yönelik faaliyetlerde bulunmamasıdır. Aksi takdirde, bu kullanım alanlarında doğan zarar nedeniyle ilaç

⁸⁶ STOFFELMAYR, s. 280; GREENE, s. 43.

⁸⁷ TANNE, Janice Hopkins: “Pfizer agrees to pay record fine of \$2.3 billion for promotion of off-label use of four drugs”, British Medical Journal, Vol. 339, No. 7721, 12 Eylül 2009, s. 591, (<http://www.jstor.org/stable/25672607>), (Erişim Tarihi: 21.10.2016); TANNE, Janice Hopkins: “AstraZeneca pays \$520m fine for off-label marketing”, British Medical Journal, Vol. 340, No. 7754, 8 Mayıs 2010, s. 999, (<http://www.jstor.org/stable/40702715>), (Erişim Tarihi: 21.10.2016).

⁸⁸ Söz konusu Yönetmeliğe göre “tanıtım”, “Yönetmelik kapsamındaki ürünlerin tıbbi-bilimsel özellikleri hakkında ruhsat/izin sahipleri tarafından düzenlenen veya ruhsat/izin sahiplerinin adı, talebi, katkısı, desteği ile sağlık meslek mensuplarına gerçekleştirilecek bütün bilgi verme faaliyetlerini; bu çerçevede ürün tanıtım temsilcilerinin aktivitelerini, tıbbi ve mesleki kitap ve dergilere verilecek ilanları, doğrudan postalama veya diğer iletişim araçları yoluyla yapılacak duyuruları, bilimsel toplantıları ve ürün tanıtım toplantılarını ve benzeri etkinlikler ile yapılacak faaliyetleri” ifade etmekte olup (m.4/I/j), “Sağlık meslek mensuplarına yönelik tanıtım; a) Hekim, dış hekim ve eczacıya tanıtım malzemeleri kullanılarak, b) Bilimsel toplantılar ve ürün tanıtım toplantıları düzenlenerek veya desteklenerek, c) Hekim, dış hekim ve eczacılara ürün tanıtım temsilcileri tarafından ziyaret yapılarak gerçekleştirilir” (m.5/2).

üreticisinin, bilgilendirme hatası nedeniyle haksız fiile dayanan hukuki sorumluluğu doğar⁸⁹. Burada sorumluluğu doğuran, ilaç üreticisinin, ilacının endikasyon dışı alanlarda kullanımını teşvik edici faaliyetlerde bulunmasıdır.

4. Endikasyon Dışı İlaç Kullanımından Hekimin Sorumluluğu

A. Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği ve Endikasyon Dışı İlaç Kullanımından Hekimin Sorumluluğunun Hukuki Dayanağı

Günümüzde birçok ilacın endikasyon dışı kullanımının tedavi edici yönleri bilinmekte olup⁹⁰, uygulamada hekimlerin sıkça endikasyon dışı ilaç reçete ettiği görülmektedir. Özel hukuk hükümleri çerçevesinde ilaç kullanımına bağlı zararlardan hekimin hukuki sorumluluğunun tespitinde, hekimin hukuki statüsü belirleyici rol oynadığından⁹¹, öncelikle, çeşitli ihtimallere göre hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1. Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

a. Genel Olarak

Hekimin hukuki sorumluluğunun uygulamada en yaygın ortaya çıkış şekli, sözleşmeden doğan sorumluluktur. Hekim ile hasta arasındaki ilişki “tedavi sözleşmesi” ya da “hekimlik sözleşmesi” olarak nitelendirilir. Baskın görüşe göre, söz konusu sözleşme vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabidir (TBK m.502 vd.)⁹². Hastanın tıbbi

⁸⁹ PETEK, s. 198; GÖBEN, s. 189;

⁹⁰ Amerika’da kanser ilaçlarının üçte birini endikasyon dışı ilaçlar oluşturmaktadır. Bkz. STOFFELMAYR, s. 275.

⁹¹ CANBOLAT, Ferhat: “Yargıtay Kararları Işığında Üniversite’de Çalışan Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 285.

⁹² TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, 1. Baskı, BTHAE, Ankara 1982, s.185; GÜMÜŞ, M. Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar Özel), C.II, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 127; YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 523; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 590. Doktrindeki diğer görüşler için bkz. YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 56 vd. Öte yandan, estetik müdahaleler ile diş hekimisi ile yapılan sözleşmelerin hukuki niteliği bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Yargıtay, estetik müdahalelere ilişkin sözleşmelerin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Y3HD E.2015/9077, K.2016/5505, T.11.04.2016; Y3HD E.2015/17110, K.2015/19096, T.26.11.2016 (Kazancı). Ancak bu tür müdahalelerdeki başarının kişinin

tedavi hizmeti almak üzere bir özel hastaneye⁹³ başvurması durumunda ise, sözleşme ilişkisi hasta ile özel hastane arasında kurulur. “Hastaneye kabul sözleşmesi” olarak adlandırılan karma-kombine nitelikteki bu sözleşmenin, tam ya da bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi olmak üzere iki türü bulunur⁹⁴. Tam hastaneye kabul sözleşmesinde; tıbbi tedavi, barınma, yemek, oda temizliği ve diğer hastane bakım hizmetlerinin tümü hastane tarafından üstlenilirken, tıbbi tedavi hizmeti hastanenin ifa yardımcısı konumundaki hekim tarafından yerine getirilir. Bu durumda tıbbi tedaviden kaynaklı bir zarardan dolayı dava, TBK m.116 uyarınca sorumlu olan hastane aleyhine açılır⁹⁵. Tam hastaneye kabul sözleşmesinin bir türü ise hekimlik ilaveli tam hastaneye kabul sözleşmesidir. Bu kapsamda hasta; hastane ile arasındaki tam hastaneye kabul sözleşmesine ek olarak, tedaviyi yürütecek olan hekim ile ayrı ve ek bir tedavi sözleşmesi yapmaktadır. Aynı işin yapılmasını üstlenmiş iki vekil sıfatıyla hastane ve hekim arasında tedavi edimi bakımından müteselsil borçluluk ilişkisinin olduğu kabul edilmektedir. Bölünmüş

bünyesine bağlı olduğu gerekçesi ile vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. KÜRŞAT, Zekeriya: “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, İÜHFİM, C. LXVII, S.1-2, 2009, s.153. “Diş tedavisinde, hasta ile doktoru arasındaki hukukî ilişki vekâlet sözleşmesi (Borçlar Kanunu’nun 386 vs.); diş protezinde ise eser sözleşmesi (Borçlar Kanunu’nun 355 vd)dir” kararı için bkz. Y15HD, E.2006/4800, K.2007/5945, T.03.10.2007 (Kazancı). Alman Hukukunda ise, Türk Hukukunun aksine, vekâlet sözleşmesi sadece ivazsız olarak kurulabildiğinden, hekim ile hasta arasındaki ilişki nitelikli hizmet sözleşmesi olarak kabul edilir. Bkz. TEMEL, s. 113. Alman Hukukunda vekâlet sözleşmesi sadece hukuki işlemlerin ifası için kurulabilmektedir, KÜRŞAT, s. 154, dn.43.

⁹³ 27 Mart 2002 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliğinin “kapsam” başlıklı maddesine göre; “bu Yönetmelik; Devlete, il özel idarelerine, belediyelere, üniversitelere ve diğer kamu tüzelkişilerine ait hastaneler hariç olmak üzere; gerçek kişiler ve özel hukuk tüzelkişilerine ait hastaneleri kapsar”. Ayrıca bkz. 2219 sayılı Hususi Hastahaneler Kanunu m.1.

⁹⁴ Hastaneye kabul sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HATIRNAZ, Gültezer: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 41 vd.; DEMİR, Organizasyon Kusuru, s. 156 vd.

⁹⁵ Asıl borçlu konumunda olan hastane, ifa yardımcısı konumundaki hekime, kusuru oranında rücu hakkına sahiptir. Rücu; hastane ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunması durumunda sözleşmeye aykırılık hükümlerine, bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı ve hekimin davranışının alacaklı konumundaki hastaya karşı haksız fiil teşkil ettiği durumda ise, haksız fiil hükümlerine (TBK m.62) tabi olur. Bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s.1204; OĞUZMAN/ÖZ, s. 461, dn. 375.

hastaneye kabul sözleşmesinde ise, biri hasta ile özel hastane diğeri de hasta ile hekim arasında olan iki ayrı sözleşme ilişkisi bulunduğundan, hekim, hasta ile arasındaki tedavi sözleşmesi uyarınca üstlendiği tıbbi tedavi ediminin asıl borçlusu konumundadır.

Tıbbi sorumluluğa yol açan olaylarda, hastanın mutlak hak niteliğindeki kişilik hakkı kapsamında korunan yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü değerleri ihlal edilir. Bu nedenle, sözleşmeden doğan sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda, şartları varsa, TBK m.49 vd. hükümlerine göre hekimin kusura dayanan⁹⁶ haksız fiil sorumluluğuna da gidilebilmesi mümkündür. Öte yandan, hastanın bilincinin yerinde olmadığı acil vak’alarda, ilk yardım müdahalelerinde ya da ameliyatın genişletildiği durumlarda, vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır⁹⁷.

Hastanın tıbbi tedavi hizmeti almak üzere bir kamu hastanesine başvurması durumunda ise, hukuki sorumluluk bakımından kamu hastanesi ile kamu hastanesinde çalışan hekim ve hasta arasındaki üçlü ilişki incelenmelidir. “Kamu hastanesi” kavramının kapsamına; resmi devlet hastaneleri, il özel idareleri ve belediyeler tarafından açılan hastaneler ve devlet/vakıf üniversitesi⁹⁸ hastaneleri girer. Sağlık Bakanlığı’na devredilen askeri hastaneler de kamu hastanesi niteliğindedir. Kamu hastanesinde çalışan sağlık personeli ise kamu personeli statüsündedir. Bu durumda, hekim ile hasta arasında bir özel hukuk sözleşmesi söz konusu olmayıp, hasta ile kamu hastanesi arasında bir kamu hukuku ilişkisi olduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, hastanın kamu hastanesinde aldığı tıbbi hizmet nedeniyle uğradığı zararlardan dolayı sorumluluğunun muhatabı idare olup, husumet

⁹⁶ Sık rastlanmamakla birlikte, hekimin adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğu da gündeme gelebilir. Bkz. ŞENOCAK, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:529, Ankara 1998, s. 112.

⁹⁷ ŞENOCAK, s. 12, dn. 33; ZEYİN, Zafer: “Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, s. 102; ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006, s. 191 vd.; NART, s. 94 vd.

⁹⁸ Vakıf üniversitesi hastanesinde verilen tedavi hizmetine ilişkin olarak açılan tazminat davasının da idari yargının görev alanına dâhil olduğuna ilişkin karar için bkz. YHGK E.2014/13-566, K.2015/1339, T.13.05.2015, Yargıtay Kararları Dergisi, Haziran 2016, C.4, Sayı.6, Yargıtay Yayınları, Ankara 2016; Y13HD E.2016/10129, K.2016/19728, T.01.11.2016; 4HD E.2016/989, K.2016/2572, T.29.02.2016 (Kazancı).

doğrudan doğruya idareye yöneltilmelidir⁹⁹. Bu tür uyuşmazlıkların çözümünde görevli yargı kolu ise, idari yargıdır. AY m.129/5 uyarınca, “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”.

b. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından

6502 sayılı TKHK'nın getirdiği değişikliklerden biri, tüketici işlemi tanımının oldukça genişletilmiş olmasıdır¹⁰⁰. Tüketici işlemi, TKHK m.3/1/1'de şu şekilde tanımlanmıştır:

“Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem”¹⁰¹

Böylelikle, taraflardan birinin tüketici, diğerinin ise satıcı/sağlayıcı olduğu, mal ve/veya hizmet sunumuna ilişkin ivazlı hukuki işlemler,

⁹⁹ Tıbbi müdahaleler bakımından, üniversitede çalışan hekimlerin doğrudan sözleşmeden doğan hukuki sorumluluğuna başvurulmasına ilişkin olarak Yargıtay'ın özellikle 2000-2012 yılları arasındaki içtihatlarının değerlendirilmesi hakkında bkz. CANBOLAT, s. 288-291.

¹⁰⁰ Uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla, Yargıtay'ın 4077 sayılı TKHK dönemindeki daraltıcı yorumu nedeniyle TKHK'nın kapsamı dışında kabul ettiği bazı sözleşmelerin 6502 sayılı TKHK'nın tüketici işlemi tanımında ismen sayılması yoluna gidildiği hakkında bkz. KARA, İlhan: Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 1. Baskı, Engin Yayınevi, Ankara 2015, s. 58-61; HAVUTÇU, Ayşe: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun'un Kapsamı” (Tüketici İşlemleri), Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.9, Özel Sayı, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2014, s.16. TKHK'da yapılan tüketici işlemi tanımı ile adeta bir “tüketici krallığı” oluşturulduğu hakkında bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Cilt 1: Madde 1-46) (Tüketici), 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 9.

¹⁰¹ TKHK'nın tüketici işlemi tanımında dikkat çeken noktalardan biri, “hukuki işlem” ve “sözleşme” kavramlarına ayrı ayrı yer verilmiş olmasıdır. Bunun bilinçli bir tercih olduğunu savunan görüş, böylelikle bir tüketici sözleşmesi ile bağlantılı tek taraflı hukuki işlemlerin vurgulanmak istediğini belirterek, bu duruma örnek olarak, tıbbi müdahaleye yönelik tedavi sözleşmesi ile bağlantılı olarak hastaya imzalatılan matbu, aydınlatılmış onam formlarını göstermektedir. Bkz. HAVUTÇU, Tüketici İşlemleri, s. 16.

hukuki niteliklerine ve hangi kanunda düzenlendiklerine bakılmaksızın tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir (TKHK m.83/2). Dolayısıyla, sadece TKHK’da özel olarak düzenlenmiş sözleşmeler değil, Türk Borçlar Hukukunun temel ilkelerinden biri olan sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kurulan isimsiz sözleşmeler de TKHK’nın uygulama alanına dâhildir¹⁰². Konumuz bakımından akla ilk gelen isimsiz sözleşme, hastaneye kabul sözleşmesidir.

TKHK’da; “bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işlemi konusu”, hizmet olarak ifade edilmiştir (m.3/1/d)¹⁰³. Tedavi-sağlık hizmetleri de TKHK anlamında hizmet teşkil ettiğinden¹⁰⁴, her zaman tüketici konumunda olan tıbbi hizmet alan hasta¹⁰⁵ ile ticari veya mesleki amaçlarla¹⁰⁶ hastaya tıbbi hizmet sunan özel sağlık kuruluşları (örneğin; özel hastane) ya da muayenehanesinde tıbbi hizmet sunan serbest meslek erbabı konumundaki hekim arasındaki sözleşmeler, TKHK’nın maddi uygulama alanına dâhildir.

2. Endikasyon Dışı İlaç Kullanımından Hekimin Sorumluluğunun Hukuki Dayanağı

Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunması durumunda endikasyon dışı ilaç kullanımı, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanan bir sözleşme ihlali teşkil eder. Böyle bir durumda, vekâlet sözleşmesi hükümlerine tâbi tedavi sözleşmeleri bakımından, endikasyon dışı ilaç kullanımından sorumluluğun, hekimin özen yükümlülüğünün ve/veya aydınlatma yükümlülüğünün kusurlu ihlaline dayanan sözleşmeden doğan sorumluluk olarak nitelendirileceği kanaatindeyiz. Hekimin haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda ise, sözleşmeden doğan sorumluluktaki “sözleşmenin ihlali” unsuru, “hukuka aykırılık” olarak karşımıza çıkacaktır¹⁰⁷. Hekimin

¹⁰² KARA, s. 69-70.

¹⁰³ “Özellikle hizmet kavramı, tanımdan da anlaşıldığı gibi, 1475 sayılı İş Kanunu ve BK m.313-354’de özel olarak düzenlenen hizmet (iş) akdindeki hizmet anlamında değil, iş görme akitlerinde söz konusu olan iş görme anlamında kullanılmıştır”. Bkz. AYDOĞDU, s. 65.

¹⁰⁴ ZEYTİN, s. 106; AYDOĞDU, s. 68; HAVUTÇU, Tüketici İşlemleri, s. 10.

¹⁰⁵ Hastanın daima tüketici niteliğini taşıdığı yönünde bkz. AKKANAT, s. 81.

¹⁰⁶ TKHK m.3/1/ı,ı’de yer alan satıcı/sağlayıcı tanımlarında geçen “ticari veya mesleki olmayan amaç” ölçütünün yeterli olmadığı, 4077 sayılı mülga TKHK’daki “ticari veya mesleki faaliyet kapsamında mal/hizmet sunma” ifadesinin daha isabetli olduğu görüşü için bkz. GÜMÜŞ, Tüketici, s. 14-15.

¹⁰⁷ ŞENOCAK, s. 10.

ruhsatlı bir ilacı ruhsatında belirtilen kullanım alanları/ şartları dışında reçete etmesinden doğan zarardan sorumluluğu, genellikle bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanacağından, hekimin sorumluluğunun şartları aşağıda, sözleşmeden doğan sorumluluk esas alınarak incelenecektir¹⁰⁸.

B. Hekimin Endikasyon Dışı İlaç Kullanımından Sözleşmeye Dayanan Sorumluluğunun Koşulları

1. Endikasyon Dışı İlaç Kullanımı Olmalıdır.
Endikasyon dışı ilaç kullanımı kavramı yukarıda¹⁰⁹ izah edilmiştir.
2. Endikasyon Dışı İlaç Kullanımının Hekim Tarafından Önerilmiş Olması, Hekimin Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklerine Aykırılık Teşkil Etmelidir.

a. Hekimin Özen ve Aydınlatma Yükümlülüğü

İlaç kullanımına bağlı zararlardan hekimin sorumluluğu genellikle; ilaç reçetesinin yazılması, ilacın kullanımı konusunda hastanın aydınlatılması ve ilacın izlenmesine ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmesi sürecinde özen yükümlülüğünün ihlaline dayanır¹¹⁰. Vekâlet veren ile vekil arasındaki özel bir güven ilişkisi üzerine kurulu vekâlet sözleşmesinde, vekilin özen yükümlülüğü özel bir öneme sahiptir¹¹¹. TBK m. 506/3'e göre; “vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır”. Vekilin özen yükümlülüğünün tespiti bakımından getirilen objektifleştirilmiş ölçü, üstlendiği işin gerektirdiği donanıma sahip olduğu kabul edilen vekilin

¹⁰⁸ Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu bakımından bu çalışmada incelenen fiil, zarar, kusur ve nedensellik bağı unsurları, haksız fiil sorumluluğu bakımından farklılık göstermemektedir. Bkz. ŞENOCAK, s. 110. Haksız fiil sorumluluğu bakımından kusuru ispat etmesi gereken her ne kadar zarar gören taraf ise de meslek kuralına aykırılık, kusurun varlığı konusunda bir fiili karine oluşturur. Bu nedenle, hekimin sorumluluğunda kusurun ispatı açısından sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasında pratik bir fark bulunmamaktadır. Bkz. KANETİ, Selim: “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü”, Makaleler, İstanbul 2011, s. 639-640.

¹⁰⁹ Bkz. yuk. 2, B.

¹¹⁰ DEMİR, İlaç Kullanımı, s. 125.

¹¹¹ Özen borcu, niteliği gereği vekilin diğer borçlarını da belirlemekte olup, ihlali halinde asli edim yükümlülüklerinin de gereği gibi ifasından bahsedilemez. Bkz. BAŞPINAR, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu (Özen Borcu), 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 144.

özen yükümlülüğünü “örnek (model) davranış” ilkesinin benimsenmesi suretiyle ağırlaştırmıştır¹¹².

Vekilin özen yükümlülüğü ile yakından ilgili bir diğer yükümlülüğü ise aydınlatma yükümlülüğüdür¹¹³. Aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi ifa edildiğinden bahsedilebilmesi için özenli ifası gerekir¹¹⁴. Aydınlatılmış rıza, kaynağını hastanın kendi geleceğini bizzat tayin hakkından alır. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, tedavi sürecinin son aşaması olan ilacın reçete edilmesinde de devam ettiğinden, aydınlatılmış rızanın endikasyon dışı ilaç tedavisi bakımından da alınması gerekir. Hekim, endikasyon dışı ilaçlar da dâhil olmak üzere reçete edilen ilacın kullanım şekli, dozu, yan etkileri ve diğer ilaçlarla etkileşimleri hakkında hastayı tam ve doğru bir şekilde bilgilendirmeli¹¹⁵ ve böylelikle hastanın aydınlatılmış rızasını almalıdır. Tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran rızanın geçerli olabilmesi için, aydınlatma

¹¹² ÖZ, Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 114; ZEVKİLİLER/GÖKYAYLA, s. 609. Gümüş, mesleki faaliyeti kapsamında bir iş görmeye dayanmayan vekâlet sözleşmeleri bakımından TBK m.506/3’ün ortaya çıkardığı örtülü kanun boşluğunun, bu durumlarda “ortalama vekilin ortalama davranışı”nın ölçüt olarak alınması suretiyle doldurulmasının uygun olacağı görüşündedir. Bkz. GÜMÜŞ, Borçlar Özel, s. 152. 818 sayılı önceki Borçlar Kanununda vekilin özen yükümlülüğü, hizmet sözleşmesinde işçinin göstermesi gereken özene atıf yapılmak suretiyle düzenlenmişti (m.390/1). Atıf yapılan hükümde yer alan sübjektif kıstas nedeniyle, vekilin özen yükümlülüğünün belirlenmesinde vekâlet veren tarafından vekilin bilinen ya da bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer niteliklerinin de hesaba katılması gerekiyordu (m.321).

¹¹³ Hekimin aydınlatma yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Çağlar/ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G: “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, İÜHF, Cilt. LXVI, Sayı: 2, 2008, s. 332 vd.

¹¹⁴ BAŞPINAR, Özen Borcu, s. 144. Ayrıca bkz. GÖBEN, s. 191.

¹¹⁵ Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı her zaman hastanın tam ve eksiksiz bir şekilde, en ince ayrıntıya kadar bilgilendirilmesinin sağlanması anlamına gelmeyip, hekim tarafından hastanın psikolojik durumuna göre takdir edilir. Bilgilendirme, hastanın fiziksel veya ruhsal durumunu olumsuz yönde etkileyerek tedavinin başarısını tehlikeye düşürecek derecede korku ve kaygıya neden olmamalıdır. Hayati tehlikenin bulunduğu durumlarda ise gerçeğin tam ve etraflı bir şekilde söylenmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 109-110; KANETİ, s. 638. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.14/2’ye göre; “tabip ve dış tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur”.

yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması gerekir. Aksi takdirde, yapılan tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır¹¹⁶.

İlacın endikasyon dışı kullanımı için reçete edildiği bilgisini hastayla paylaşmanın gerekli olup olmadığına ilişkin değerlendirme, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. Endikasyon dışı kullanımı çok yaygın ve genel kabul görmüş bir ilaç bakımından hekimin bu konuda hastasını ayrıca bilgilendirmediği gerekçesiyle aydınlatmanın gerçekleştirmediğinden bahsedilemeyecektir¹¹⁷. Ayrıca, hekimin ilaç hakkında vermesi gereken bilgiler tıp biliminin ulaştığı seviyede öngörülebilir bilgiler olup, henüz fark edilmemiş bir yan etki nedeniyle ilacın kullanımına bağlı bir zararın ortaya çıkması durumunda da aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle hekimin sorumluluğuna gidilememesi gerekir.

Daima göz önünde bulundurulması gereken, tedavi sürecinin hekim ile hasta arasında kurulan iletişim ve güven ilişkisinin bir sonucu olan iş birliği üzerine kurulu olduğudur¹¹⁸. Bu nedenle, hekimin aydınlatma yükümlülüğüne karşılık, hastanın da kendisine sorulan sorulara doğru cevap verme, geçmiş sağlık durumu, hâlihazırda kullandığı ilaçlar vb. konularda hekimi tam ve doğru bir şekilde açıklama yükümlülüğü olduğu unutulmamalıdır¹¹⁹. Hastanın bu yükümlülüğüne aykırı davranması, hekimin sorumluluğunun hafiflemesine, hatta bazı durumlarda tamamen ortadan kalkmasına neden olur¹²⁰.

b. Hekimin Tedavi Özgürlüğü

İlaçla tedaviye karar verilmesi durumunda hekim, tıp biliminin ulaştığı düzeyi göz önünde bulundurarak, hastasının ve hastalığın durumuna göre en uygun ilacı seçmekle yükümlüdür¹²¹. Bu seçimi yaparken hekim, reçete etmeyi düşündüğü ilacın farmakolojik etki ve özellikleri ile birlikte işlevlerini araştırmalı, gerekirse uzman kişilere

¹¹⁶ ŞENOCAK, s. 44; ZENGİN, Mehmet Ali: Hekimin Hukuk Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 58.

¹¹⁷ Dönmez'e göre; "hekim aydınlatmayı genel hükümlere göre yerine getirmekle beraber, söz konusu ilacın endikasyonu onaylanmadığından daha sıkı ve ayrıntılı bir aydınlatma yapılmalıdır". Bkz. DÖNMEZ, İlaçtan Doğan Sorumluluk, s. 401.

¹¹⁸ Bkz. NART, s. 39 vd.

¹¹⁹ ÖZEL/ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 337.

¹²⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s. 110.

¹²¹ AKKANAT, s. 77.

danışmalıdır¹²². Hekimin, endikasyon dışı ilaç kullanımında doz ayarını da yapması beklenir¹²³.

Hastasının tıbbi durumuna göre tedaviye uygun ilacı seçme yükümlülüğü olan hekim¹²⁴, aynı zamanda, tedavi özgürlüğüne sahiptir¹²⁵. Kendilerine tanınan tedavi özgürlüğü çerçevesinde, hekimlerin ilaçları sadece ruhsatlarında belirtilen alanlar için reçete etme zorunluluğu bulunmamaktadır¹²⁶. Gerekli gördükleri durumlarda hekimler, bir ilacı, doz, yaş grubu, ruhsatında belirtilmeyen kullanım alanları da dâhil olmak üzere uygun gördükleri şekilde reçete etmekte serbesttirler. Bu durumda ilacın endikasyon dışı kullanımdan doğacak zararlar bakımından hukuki sorumluluk, tıbbi hata nedeniyle kural olarak, tedaviyi üstlenen ve ilacı tedavide endikasyon dışı olarak kullanan hekime ait olacaktır¹²⁷. Öte yandan, tıbbi müdahale ve tedavi sürecinde tıp biliminin verilerine de uygun davranmakla yükümlü olan hekimin, tıp çevreleri tarafından endikasyon dışı kullanımı ve etkisi kabul edilmiş bir ilacı hastasına önermesi durumunda, artık talimata uygun bir kullanım söz konusu olacağından¹²⁸, hekimin sorumluluğunun ortadan kalkacağı kanaatindeyiz.

Türk Hukukunda ruhsatlı bir ilacın endikasyon dışı kullanımı yasaklanmış olmayıp¹²⁹, Sağlık Bakanlığı'nın 08.06.2009 tarih ve 2009/36 sayılı genelgesi doğrultusunda TİTCK tarafından yayımlanan

¹²² DEMİR, İlaç Kullanımı, s. 126. İlaç hukukunda son yıllarda geliştirilmiş olan “bilgilendirilmiş aracı (*learned intermediary*) doktrini”; bilgilendirilmiş aracı konumundaki hekimlerin, reçete ettikleri ilacın özelliklerine vakıf olmaları gerektiği ve buna göre ilaç tavsiyesinde bulunmaları gerektiği düşüncesine dayanır. Söz konusu doktrine göre; bir ilacın doğasında olan (içkin) riskler konusunda tıp camiasını uyarmak suretiyle yükümlülüğünü yerine getiren ilaç üreticisinin sorumluluğu ortadan kalkar. Bkz. HIXSON, s. 220; AKKANAT, s. 81; GÖÇMEN, Erkin/GÖÇMEN, Ş. Ali: “İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.3, 2003, s. 644-645.

¹²³ MEYER / GRUNERT, s. 205.

¹²⁴ NART, s. 102.

¹²⁵ Hekimin tedavi özgürlüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, Organizasyon Kusuru, s. 67 vd.

¹²⁶ GÖBEN, s. 190; HAKERİ, s. 17. Amerikan Hukuku'nda 21 US Code § 396 açıkça bu bölümde yer alan hükümlerin, meşru bir hekim-hasta ilişkisi mevcut olduğu müddetçe hekimin yasal olarak piyasaya sürülmüş bir ürünü herhangi bir endikasyonun tedavisinde kullanılmak üzere, uygun gördüğü şartlarda önermesini sınırlayacak ya da buna müdahale teşkil edecek şekilde yorumlanamayacağını açıkça belirtmektedir.

¹²⁷ STOFFELMAYR, s. 289; KORTLAND, §21 N. 22.

¹²⁸ GÖBEN, s. 190.

¹²⁹ HAKERİ, s. 19.

“Endikasyon Dışı İlaç Kullanım Kılavuzu” ile düzenlenmiştir¹³⁰. Söz konusu Kılavuza göre, endikasyon dışı ilaç kullanımı için hekimin hasta bazında Kurum’dan, belirtilen usule uygun olarak, kullanım izni alması gerekmektedir¹³¹. Genel Esaslar başlığı altında yer alan m.4/1’de ise, endikasyon dışı ilaç kullanımına ilişkin talebin sadece bilimsel veriler doğrultusunda belirgin avantaj sağlayan tedavi seçenekleri bakımından değerlendirileceği, ülkemizde onaylı endikasyon dahilindeki ilaçla tedavisi mümkün olan hastalıklar bakımından endikasyon dışı ilaç kullanımına izin verilmeyeceği belirtilmiştir¹³². Bu doğrultuda; “kurum tarafından, öncelikle başvuruda kullanımı talep olunan ilacın ilgili endikasyonda kullanımının bilimsel yönden uygun olup olmadığı değerlendirilir ve uygunluk onayından sonra ilaç kullanılabilir” (m.4/3). Gerekli işlemlerin tamamlanmasından sonra bir ilacın endikasyon dışı kullanımı, tıbbi standarda uygun olarak değerlendirilir¹³³.

Ayrıca, TİTCK tarafından hazırlanan ve Kurumun ek onayını gerektirmeyen endikasyon dışı ilaç listesi bulunmaktadır¹³⁴. Kanaatimizce, söz konusu listede yer alan ilaçlardan birinin hekim tarafından endikasyon dışı kullanım için reçete edilmesi ya da bir ilacın Kurumdan onay alınmak suretiyle hekim tarafından hastanın tedavisinde endikasyon dışı kullanılması durumunda, “tıp çevreleri tarafından endikasyon dışı

¹³⁰Bkz. <http://www.titck.gov.tr/Mevzuat/MevzuatGetir?id=2637> (Erişim Tarihi: 24.10.2016).

¹³¹ Kurum tarafından verilen karara karşı idari yargı yolu açıktır. “Meme kanseri olan davacıya tedavi gördüğü hekim tarafından reçete edilen "PERJATA" isimli ilaç için endikasyon dışı ilaç kullanıma izin verilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine dair Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nun 10/02/2015 tarihli ve 75642246-506.01 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Ankara 2. İdare Mahkemesi'nce; dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptali yolunda verilen karar”, Danıştay tarafından onanmıştır. Bkz. Danıştay 15. Dairesi, E.2016/1023, K.2016/1660, T.14.03.2016, (Lexpera). Amerika’da da endikasyon dışı ilaç kullanımı Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) tarafından tanınmaktadır. Bkz. HIXSON, s. 218; GREENE, s. 46.

¹³² Alman Hukukunda ise, endikasyon dışı ilaç kullanımından doğacak masrafların sosyal sigorta tarafından karşılanabilmesi için, ağır bir hastalığın söz konusu olması, alternatif bir tedavinin bulunmaması ve bilimin ulaştığı düzeye göre söz konusu ilacın tedavide başarılı olacağına ilişkin makul bir ihtimalin bulunması olmak üzere kümülatif olarak üç şartın varlığı aranmaktadır. Bkz. *Sandoglobulin Kararı*, BSG, 19.03.2002- B 1 KR 37/00 R; DIENERS/HEIL, Maria, §1 N. 194; HAKERİ, s. 18; DÖNMEZ, İlaçtan Doğan Sorumluluk, s. 399.

¹³³NART, s. 102.

¹³⁴ Bkz. <http://www.titck.gov.tr/EndikasyonD%C4%B1%C5%9F%C4%B1> (Erişim Tarihi: 24.10.2016).

kullanımı ve etkisi kabul edilmiş bir ilacın” kullanımı söz konusu olacaktır. Hastasının kullanmakta olduğu ilaçlar ile etkileşimini değerlendirerek ve aydınlatılmış rızasını alarak söz konusu listede yer alan bir ilacı endikasyon dışı kullanım için reçete eden hekimin, özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumluluğuna gidilememesi gerekir.

Öte yandan, hekimlerin tıp dünyasındaki gelişmeleri/yenilikleri takip etme yükümlülüğünün¹³⁵ bir yansıması olarak, TİTCK tarafından yayımlanan onay gerektirmeyen endikasyon dışı ilaç listesini bilmesi gerektiği kabul edilir. Tıp çevreleri tarafından endikasyon dışı kullanımı ve etkisi kabul edilmiş bir ilacı hastasına önermeyerek zarara neden olan hekimin, özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumluluğu doğabilecektir¹³⁶.

Endikasyon dışı ilaç kullanımı nedeniyle doğan zarar, ilaç üreticisinin ilaç piyasaya sürüldükten sonra gelişen bilim ve tekniğe göre üreticinin fark etmesi beklenen bir riske ilişkin olup önceden öngörebileceği ve uyarma yükümlülüğünü yerine getirmek suretiyle önleyebileceği bir zarar ise, bu durumda artık sorumlu olan, hekim değil, ilaç üreticisidir¹³⁷. Benzer şekilde ilaç üreticisinin, ilacın yürütülen klinik araştırmalarında tespit edilen riskler konusunda uyarma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğu durumlarda, sorumlu olan, klinik verilere güvenerek ilacın endikasyon dışı kullanımına karar veren hekim değil, ilaç üreticisidir.

3. Hekim, İlacın Endikasyon Dışı Kullanımını Önermekte Kusurlu Olmalıdır.

Hekim, hekimlik sözleşmesinin kendisine yüklediği yükümlülükleri kusurlu olarak ihlal etmiş olmalıdır¹³⁸. Sorumluluğun subjektif unsuru olan kusur, hukuka aykırı bir davranışta bulunan kişiye ilişkin olarak yürütülen bir değer yargısı olup, kişinin, zararlı sonucu önlemek için gerekli iradeyi göstermemiş olması nedeniyle kınanmasını ifade eder¹³⁹. Kusurun en ağır derecesi olan kasıt, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bilerek ve isteyerek ihlal etmiş olma hâli iken, sözleşmenin ihlali arzu edilmemiş olmakla birlikte, zararlı sonucun

¹³⁵ Bkz. ŞENOCAK, s. 66; NART, s. 101.

¹³⁶ PETEK, s. 197, dn. 153.

¹³⁷ STOFFELMAYR, s. 289; Ayrıca bkz. GÖBEN, s. 187 vd.

¹³⁸ ÖZTÜRKLER, s. 43.

¹³⁹ NOMER, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 125, para. 114.

meydana gelmemesi için iradenin yeter derecede kullanılmamış, hâl ve şartların gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmemiş olması durumunda ise ihmalden bahsedilir.

Vekil konumunda olan hekim bakımından özen borcuna aykırılık, genellikle ihmal derecesinde karşımıza çıkar¹⁴⁰. Herkesin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi ağır ihmal, sadece dikkatli ve tedbirli kimselerin göstereceği dikkat ve özenin gösterilmemesi ise hafif ihmal teşkil eder. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'ne (RG:19.02.1960) göre hekim, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür (m.2). Yanlış bir ilacın reçete edilmesi, alerjik reaksiyonları olduğu bilinen bir ilacın kullanılması gibi durumlarda tıbbi hatadan bahsedilir¹⁴¹. Sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından TBK m.112'de kabul edilen kusur karinesi uyarınca kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmesi gereken, borçlu hekimdir¹⁴².

4. Hasta Zarara Uğramış Olmalıdır.

Hasta, endikasyon dışı ilaç kullanımı nedeniyle maddi ve/veya manevi zarara uğramış olmalıdır. Maddî zarar kısaca, malvarlığında kişinin iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanmakta olup, tıbbi sorumluluk bakımından, “uygun bir tedavi gerçekleştirilseydi hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yürütülen hatalı tedavi sonucu içinde bulunulan sonuç arasındaki parayla ölçülebilen fark” olarak ifade edilir¹⁴³. Endikasyon dışı kullanılan ilaç nedeniyle ortaya çıkan zararlı sonucun ortadan kaldırılabilmesi için katlanılan ek tedavi masrafları fiili zarar niteliğindeki maddî zarara, bu tedavinin hastane ortamında yapılması nedeniyle tedavi süresince işe gidememe nedeniyle uğranılan

¹⁴⁰ BAŞPINAR, Özen Borcu, s. 213.

¹⁴¹ ÇINARLI, Serkan/ÇELİK, Selçuk Sinan/TEYİN, Aslıhan: “İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğuna Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Tıp Hukuku Özel Sayı C.11, S.119, Temmuz 2016, s. 23. Tıbbi hata (*tıbbi malpraktis*) kavramı, tüm meslekler için geçerli olan “mesleki hata” kavramının tıbbi sorumluluk hukukundaki bir yansıması olup, bu kavramın sorumluluk hukuku bakımından hem objektif unsur olan meslek kurallarına aykırılığı hem de sübjektif unsur olan kusuru mu yoksa sadece objektif unsuru mu karşıladığı konusundaki farklı görüşler için bkz. ÖZTÜRKLER, s. 168 vd.

¹⁴² ŞENOCAK, s. 88; ÖZTÜRKLER, s. 175.

¹⁴³ ŞENOCAK, s. 10; ÖZTÜRKLER, s. 104.

zarar da yoksun kalınan kar niteliğindeki maddi zarara örnektir. Ancak örneğin; bir ilacın gerekenden yüksek dozda verilmiş olmasına rağmen hasta herhangi bir zarara uğramamış da olabilir. Bu durumda hekimin sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁴⁴. Tıbbi sorumluluk bakımından manevi zarar ise, “hastanın duyduğu bedensel ve manevi acı, hayat zevkinde meydana gelen azalma”dır¹⁴⁵. Bedensel zarar veya ölüm durumunda manevi tazminat TBK m.56’da özel olarak düzenlenmiş olup, bu hüküm, TBK m.114/2 gereği, sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygulanır.

5. Zarar ile Endikasyon Dışı İlaç Kullanımı Arasında Nedensellik Bağı Bulunmalıdır.

Nedensellik bağı, “kişinin hukuki sorumluluk alanının sınırlandırılması” bakımından büyük önem taşır¹⁴⁶. Bugün için hâkim olan “uygun nedensellik bağı” teorisine göre; failin sorumlu tutulabilmesi için objektif bir değerlendirme yapılarak failin hayat tecrübelerine göre, olayların normal akışı içinde o zararı meydana getirmeye uygun bir sebep teşkil ettiğinin belirlenmesi gerekir¹⁴⁷. Dolayısıyla, hekimin kusurlu davranışı ile hastanın uğradığı zarar arasında uygun bir nedensellik bağının bulunmadığı durumda hekimin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Sorumluluğa ilişkin değerlendirme yaparken, nedensellik bağına kesen sebepler de göz önünde bulundurulmalıdır. Zarar görenin ya da üçüncü kişinin nedensellik bağına kesecek yoğunlukta kusuru veya mücbir sebep bulunması durumunda, sorumluluk ortadan kalkar. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü karşısında hastanın da kendisine yöneltilen sorulara tam ve doğru cevap verme, geçmiş sağlık durumu, kullandığı ilaçlar vs. hakkında hekimi bilgilendirme yükümlülüğü vardır. Hastanın bu yükümlülüğüne aykırı davranarak hâlihazırda kullandığı ilaçlar hakkında hekimi bilgilendirmemesi sonucu, endikasyon dışı kullanım için reçete edilen ilacın hastanın kullandığı ilaçlar ile etkileşime geçerek

¹⁴⁴ ÇINARLI/ÇELİK/TEYİN, s. 23.

¹⁴⁵ ŞENOCAK, s. 10.

¹⁴⁶ ATAMER, s. 58.

¹⁴⁷ TANDOĞAN, Halûk: Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1961, s. 77; OĞUZMAN/ÖZ, s. 44; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 771 vd.; EREN, s. 563.

zararın ortaya çıkması durumunda, zarar görenin ağır kusuru nedeniyle nedensellik bağı kesilecek ve hekimin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Keza, hekim tarafından reçete edilen ilacın dozunu kendisine verilen talimatlara aykırı olarak farklılaştırdığı için zarara uğrayan kişi, hekimin sorumluluğuna başvuramayacaktır¹⁴⁸.

5. ENDİKASYON DIŞI İLAÇ KULLANIMINDAN DOĞAN SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Endikasyon dışı ilaç kullanımı bakımından ilaç üreticisinin sorumluluğu, yürürlükteki hukuk bakımından, kusura dayanan bir haksız fiil sorumluluğu olup, koşulları varsa somut olaya göre adam çalıştırının sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilecektir. Hekimin sorumluluğu ise, somut olayın koşullarına göre, sözleşmeden doğan sorumluluk ya da kusurlu haksız fiil sorumluluğu olarak karşımıza çıkar. TBK m.114/2 gereği, “haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır”. Mevcut tıp bilimi verileri ışığında bir ilacın endikasyon dışı kullanımında zarar doğurma ihtimalinin bilinmesine rağmen ilaç üreticisinin ilacının endikasyon dışı kullanımını yönelik olarak doğrudan hastayı teşvik etmesi¹⁴⁹ ve hekimin de söz konusu ilacı endikasyon dışı kullanım için reçete etmesi durumunda, hekim ile ilaç üreticisinin müteselsil sorumluluğu düşünülebilir.

Yukarıda incelenen şartların gerçekleşmesi durumunda, ilaç üreticisi ve/veya hekimin, endikasyon dışı ilaç kullanımından doğan zararları tazmin yükümlülüğü doğar. Endikasyon dışı ilaç kullanımına bağlı olarak kişinin beden bütünlüğü ihlal edildiğinde ya da yaşamı sona erdiğinde doğan maddi ve manevi zararların giderilmesi gerekmektedir. Beden bütünlüğünün ihlali halinde tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan zararlar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar tazmin edilecektir (TBK m.54). Ölüm halinde ise cenaze giderleri, ölüm gerçekleşinceye kadar olan dönem için varsa tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar tazmin edileceği gibi, ölenin desteğinden yoksun kalanlar da bu nedenle doğan zararlarının tazminini talep

¹⁴⁸ AKKANAT, s. 83-84.

¹⁴⁹ Reçetesiz ilaçlar bakımından, sınırlı reklam mümkündür (bkz. HAKERİ, s. 91 vd.). Reçeteli ilaçlar bakımından ise reklam yasağı olması nedeniyle (bkz. İспенçiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m. 13), bu ilaçlar bakımından hastayı endikasyon dışı kullanıma teşvik etme ancak ilacın kullanma talimatı aracılığıyla söz konusu olabilir.

edebileceklerdir (TBK m.53). Ayrıca zarar gören ve ağır bedensel zarar ile ölüm halinde yakınların manevi tazminat talebinde bulunma hakkı vardır (TBK m.56).

6. SONUÇ

İlacın ruhsatında belirtilen kullanım alanları ve/veya şartları dışında kullanılması olarak tanımlanan endikasyon dışı ilaç kullanımı, tıp uygulamasında ilaçla tedavide oldukça yaygındır. Birçok faydası yanında riskleri de bünyesinde barındıran endikasyon dışı ilaç kullanımından doğan zarar bakımından hangi hukuki sebebe dayanarak, hangi şartlar altında kimin hukuki sorumluluğuna başvurulabileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Endikasyon dışı ilaç kullanımı, talimata aykırı bir kullanım olduğundan, kural olarak, ilaç üreticisinin sorumluluğuna gidilemeyeceği kabul edilir. Ancak klinik çalışmalarda elde edilen verileri tam ve doğru olarak açıklamakla yükümlü olan ilaç üreticisinin, bu yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle ilacın kullanımına bağlı muhtemel riskler hakkında bilgilendirme yapmaması ya da ilacın piyasaya sürülmesinden sonra gözlem yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda sorumluluğu doğar. Benzer şekilde, ilacının endikasyon dışı kullanımını çeşitli yollarla teşvik eden ilaç üreticisi de bu tür kullanım sonucu meydana gelen zararlardan sorumlu olacaktır.

Tedavide en uygun ilacı seçmekle yükümlü olan hekim ise, bu yükümlülüğünü yerine getirebilmek için tedavi özgürlüğüne sahiptir. Hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda endikasyon dışı ilaç kullanımından hekimin sorumluluğu, özen ve aydınlatma yükümlülüğünün kusurlu ihlaline dayanır. Hekimin sorumluluğuna ilişkin değerlendirme yapılırken; tedavinin hekim ile hasta arasındaki iş birliğine dayandığı, dolayısıyla genel sağlık durumu, geçirmiş olduğu hastalıklar, hâlihazırda kullandığı ilaçlar vb. konularda hastanın da hekimini bilgilendirme yükümlüğü olduğu unutulmamalıdır. Ayrıca, hastanın özel durumundan kaynaklanan hallerde, hekim tarafından gerekli özenin gösterilmesine ve uyarma ve aydınlatma yükümlülüklerinin yerine getirilmiş olmasına rağmen endikasyon dışı ilaç kullanımından ortaya çıkan zarardan hekim ya da ilaç üreticisi sorumlu olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- AKÇURA KARAMAN, Tuba: Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- AKİPEK, Şebnem: “Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku Yönünden Ürün Sorumluluğu”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre C.2, Türkiye Barolar Birliği, 1. Bası, Ankara 2016, s. 23-38.
- AKKANAT, Halil: “İlaç Kullanımından Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk Açısından Hasta-Hekim-Üretici İlişkileri”, in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, İstanbul 2009, s. 75-85.
- ANTALYA, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- ATAMER, Yeşim: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 1996.
- AYDOĞDU, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- BAŞÖZEN, Ahmet: “İlaç Kullanımı Dolayısıyla Ortaya Çıkan Zararlarda İspat Sorunu”, in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, s. 181-191.
- BAŞPINAR, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- BAŞPINAR, Veysel: “İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu”, in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, s. 85-110.
- BI, Kathryn: “What is ‘False or Misleading’ Off-Label Promotion?”, The University of Chicago Law Review, Vol. 82, No. 2, Spring 2015, s. 975-1021.
- BURCUOĞLU, Haluk: “Seminer: Borçlar Kanunu’na Getirilen Yenilikler”, İzmir Barosu Dergisi Borçlar Kanunu Özel Sayısı, Yıl: 77, Sayı: 2, 2012.
- BÜYÜKBİNGÖL, Erdem: “İlacın Tanımı (İlaç-Gıda Desteği ve Kozmetik Farkı)”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurultayı-2, 7-8 Kasım 2008, s. 281-298.
- CANBOLAT, Ferhat: “Yargıtay Kararları Işığında Üniversite’de Çalışan Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Uluslararası Türk-Amerikan Tıp Hukuku ve Etiği Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 285-291.
- ÇINARLI, Serkan/ÇELİK, Selçuk Sinan/TEYİN, Aslıhan: “İdarenin Tıbbi Uygulama Hatalarında Sorumluluğuna Etkisi Bakımından Hastanın Kusuru”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Tıp Hukuku Özel Sayı C.11, S.119, Temmuz 2016, s. 14-33.
- DALCI, Nurcihan: “TBK md. 71 Bağlamında ilaç Üreticisinin Tehlike Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Dönem: 2014, Sayı:114, Ankara, s. 49-78.

- DEMİR, Mehmet: Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Ankara 2010.
- DEMİR, Mehmet: “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010 (89), s. 96-128.
- DETLING, Heinz-Uwe/ KOPPE-ZAGOURAS, Christina: “Antiinfektiva und Desinfektiva: Arzneimittel, Medizinprodukte, Biomedizin oder Kosmetika?- Beispiel Chlorexidin-Produkte-“, Pharmarecht 2010, S. 4. s. 152-162.
- DEUTSCH, Erwin/ SPICKHOFF, Andreas: Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, Springer Verlag, Berlin 2003.
- DEUTSCH, Erwin/ LIPPERT, Hans-Dieter: Kommentar zum Arzneimittelgesetz (AMG), Dritte Auflage, Springer, Heidelberg 2010.
- DIENERS, Peter/ HEIL, Maria: “§1 Grundlagen und Systematik des deutschen und europäischen Arzneimittelrechts”, in Dieners, Peter/Reese, Ulrich (ed.), Handbuch des Pharmarechts, Grundlagen und Praxis, 1. Auflage, München 2010.
- DÖNMEZ, Ünsal: “Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Halleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:7, Sayı:1, 2016, s. 381-406.
- DÖNMEZ, Ünsal: “Off-Label Use in Deutschem Recht (Alman Hukukunda Ruhsat Dışı İlaç Kullanımı) (Off-Label Use in German Law)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, I. Cilt, Özel Sayı, Cilt:22, Sayı:3, İstanbul 2016, s. 929-952.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku C. II: Kişiler Hukuku, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- GABNER, Maximilian /REICH-MALTER, Miriam: “Die Haftung bei fehlerhaften Medizinprodukten und Arzneimitteln-Recht und Rechtsprechung”, MedR 2006, Heft 3, s. 147-152.
- GREENE, Stephanie: “False Claims Act Liability for Off-Label Promotion of Pharmaceutical Products”, Penn State Law Review, Vol.110-:1, s. 41-68.
- GÖBEN, Jens: Der “Off-Label-Use” von Fertigarzneimitteln: Offene Fragen an der Schnittstelle von Standart, Humanität und Wirtschaftlichkeitsgebot, Medizin und Haftung: Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, Springer 2009, s. 179-196.
- GÖÇMEN, Erkin/GÖÇMEN, Ş. Ali: “İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan Hekimin, Eczacının ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi, C.77, S.3, 2003, s. 640-645.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler C: II, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (Cilt 1: Madde 1-46), 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- HAKERİ, Hakan: İlaç Hukuku, Ankara 2015.
- HALL Ralph F./BRAUN Tracy A.: “Leaving No Child Behind? Abigail Alliance, Pediatric Products and Off-Label Use”, Houston Journal of Health Law & Policy, V.8, 2007-2008, s. 271-313.
- HATIRNAZ, Gültezer: Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.
- HAVUTÇU, Ayşe: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- HAVUTÇU, Ayşe: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Konu Bakımından Uygulama Alanı: Özellikle Tüketici İşlemleri Bakımından Kanun’un Kapsamı”, Terazi aylık Hukuk Dergisi, C.9, Özel Sayı, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2014, s. 8-19.
- HIXSON, Timothy J.: “Anti-Depressants and Children: Suicidality, Off-Label Use, and Trial Publication”, Indiana Health Law Review, Vol: 3 No.1, 2006, s. 201-230.
- İLTER, Dilek “İlaçların Ruhsatlandırılması ve Piyasaya Sürülmesi Usulü”, in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, İstanbul 2009, s. 273-281.
- İMRE, Zahit: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949.
- JENKE, Nina: Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte, Springer Verlag Berlin, 2004.
- KANETİ, Selim: “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü”, Makaleler, İstanbul 2011.
- KAPLAN, İbrahim: “Türk ve İsviçre Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu”, Adalet Dergisi, 1977, s. 78-110.
- KARA, İlhan: Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, 1. Baskı, Engin Yayınevi, Ankara 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- KIRCA, Çiğdem: Ürün Sorumluluğu, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2007.
- KORTLAND, Hermann: “Vorbemerkung zu §21”, in Kügel, Wilfried/ Müller, Rolf-Georg/ Hofmann, Hans-Peter (ed.), Arzneimittelgesetz, 2. Auflage, München 2016.
- KÜRŞAT, Zekeriya: “Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, İÜHFİM, C. LXVII, S.1-2, 2009, s. 143-166.
- MEYER, Florian/ GRUNERT, Gordon: “Off-Label-Use: Haftungs- und Regressrisiken für Ärzte, Apotheker und Pharmaunternehmen”, PharmR 2005, Heft 5, s. 205-208.
- NART, Serdar: Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu, Ankara 2014.

- NOMER, Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- OĞUZ, Yasemin N./ TEPE, Harun/ ÖRNEK BÜKEN, Nüket/ KIRIMSOY KUCUR, Deniz: Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2005.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt.2, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- ÖZ, Turgut: Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G./ BİRİNCİ, Görkem/ ÖMÜRGÖNÜLŞEN, Uğur: “Trips Sözleşmesi ve İlaç Firmalarının Sağlık Hakkına İlişkin Etik Sorumlulukları”, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt. 30, Sayı.2, 2012, s. 1-26.
- ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara 2005.
- ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- ÖZEL, Çağlar: “Tüketicinin Korunması Açısından Ayıplı Maldan Doğan Sorumluluk Kapsamında Yapımcının Sorumluluğu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 771-819.
- ÖZEL, Çağlar/ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu: “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, İÜHFİM, Cilt. LXVI, Sayı: 2, 2008, s. 327-345.
- ÖZSUNAY, Ergun: “İlaçların Neden Olduğu Zararlardan Dolayı İlaç Üreticisinin Sorumluluğu, AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler”, in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, İstanbul 2009, s. 37-73.
- ÖZSUNAY, Ergun: “Türk Hukukunda Gerçek Bir Boşluk: Yapımcının Sorumluluğu”, BATİDER, C.X, 1979, s. 105-158.
- ÖZTAN, Bilge: İmalatçının Sorumluluğu, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1982.
- ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- PAKSOY, Meliha Sermin/DEMİR, Gizem Arslan: “Üreticinin TBK 71 Kapsamında Sorumlu Tutulması”, İÜHFİM, C.71, S.2, 2013, s. 299-316.
- PETEK, Hasan: İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- REHMANN, Wolfgang: Arzneimittelgesetz (AMG) Kommentar, 4. Auflage, München 2014.
- SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Sechste Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2009.
- SEZGİN HUYSAL, Ayşegül: İlaç Patenti, İstanbul 2010.
- STOFFELMAYR, Kaspar J., Products Liability and Off-label Uses of Prescription Drugs, The University of Chicago Law Review, 1996, S. 69, s. 275-306.

- ŞENOCAK, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:529, Ankara 1998.
- TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1961.
- TANDOĞAN, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt.2, BTHAE, Ankara 1982.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt.2, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.
- TEMEL, Erhan: “Alman Hukukunda Hekimin İlaç Tavsiyesinden Kaynaklanan Aydınlatma Yükümlülüğü”, in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, İstanbul 2009, s. 121-123.
- TİFTİK, Mustafa: Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.
- TUCKER, J.B.: Innovation, Dual Use, and Security: Managing the Risks of Emerging Biological and Chemical Technologies, Cambridge 2012.
- TURNER, Sean/LONGWORTH, Alexandra/ Nunn, Anthony J./ CHOONARA, Imti: “Unlicensed and off Label Drug Use in Paediatric Wards: Prospective Study”, British Medical Journal, Vol. 316, No. 7128, 31 Ocak 1998, s. 343-345.
- TÜRKMEN, Ahmet: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/III), İÜHFİM, C.LXX, S.2, 2012, s. 257-284.
- ÜNLÜTEPE, Mustafa: Organizasyon Sorumluluğu (TBK m.66/III), 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- VOIT, Wolfgang/ MOELLE, Hennings: “§13 Arzneimittelhaftung”, in Dieners, Peter/Reese, Ulrich (ed.), Handbuch des Pharmarechts, Grundlagen und Praxis, 1. Auflage, München 2010.
- YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- YILDIRIM, M. Fadıl: “Türk Hukukunda İlaç Üreticisinin İlacın Ayıplarından Sorumluluğu”, in Şen, Murat/ Başözen, Ahmet (ed.), İlaç Hukuku: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2009, İstanbul 2009, s. 19-36.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- ZENGİN, Mehmet Ali: Hekimin Hukuk Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- ZEYTİN, Zafer: “Tedavi İlişkisinde Hekimin Türk Hukukuna Göre Hukuki (Tazminat) Sorumluluğu”, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul 2007, s. 96-117.

ROMA HUKUKU'NDA ALIM SATIM AKDİNE BAĞLI PACTUMLAR

PACTUMS ATTACHED TO THE CONTRACT OF *EMPTIO VENDITIO* IN ROMAN LAW

Duygu TAHAN*

ÖZET

Roma Hukuku'nda, önceleri dava ile korunmayan ve bunu karşılamak üzere, çıplak anlaşmalar anlamına gelecek şekilde *pacta nuda* olarak adlandırılan *pactumlar*, zaman içerisinde *ius civile* tarafından, *praetor* faaliyetleri ve imparator emirnameleri ile dava ile korunur konuma gelmiştir. *Ius civile*'nin tanıdığı *pactumlar* olan *pacta adiecta*lar, iyiniyet akitlerine bağlanarak yapılan ve bu şekilde akdin davası ile korunan şekilsiz anlaşmalardır. Bir iyiniyet akdi olan alım satım akdine bağlı olarak yapılan *pactumlar*la satıcı ve alıcı lehine birtakım şartların düzenlenmesi mümkün kılınmıştır. Bu bağlamda, bu çalışmada satıcıya daha iyi bir teklifin varlığı halinde sözleşmeden dönme imkanı sağlayan *in diem addictio*, semenin belirli bir döneme kadar ödenmemesi durumunda satıcıya sözleşmeden dönme imkanı sağlayan *lex commissoria*, alıcının malı tekrar satmak istemesi halinde satıcıya bir önalım imkanı sağlayan *pactum protimeseos*, satıcıya belirli bir olayın gerçekleşmesi halinde malı geri alması imkanını sağlayan *pactum de retrovendendo*, alıcının malı beğenmemesi halinde sözleşmeden dönmesine olanak sağlayan *pactum displicentiae*, belirli bir olayın gerçekleşmesi halinde alıcının satıcıyı eşyayı geri almaya zorlayabildiği *pactum de retroemendo*, alıcının eşyayı tadarak alım satım sözleşmesini gerçekleştirmesine olanak veren *emptio ad gustum* ve dönem içerisindeki gelişimiyle her iki tarafın da sözleşmeden dönmesine olanak sağlayan *pactum arrhale* incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *pacta adiecta*, *in diem addictio*, *lex commissoria*, *pactum de retrovendendo*, *pactum displicentiae*

ABSTRACT

The *pactums* which were not protected by *actios* and named as *pacta nuda* meaning nude agreements in Roman Law, got under the protection of some *actios* by becoming recognized by *ius civile*, activities of *praetors* and the decrees of the emperors. *Pacta adiectas*, that constitute the *pactums* recognized by *ius civile*, are the *pactums* that are concluded attached to the *bona fides* contracts and thus protected by the *actios* of the contract. It was possible to formulate some conditions in favor of seller or purchaser by *pactums* attached to the sale, a *bona fide* contract. In this context, in this paper *in diem addictio*, that gives the vendor the right to terminate the contract in case the vendor gets a better offer; *lex commissoria*, that gives the vendor the right to terminate the contract in case the purchaser fails to pay in a certain period of time; *pactum protimeseos*, that gives the vendor a right of preemption in case that the purchaser decides to sell the good; *pactum de retrovendendo* that gives the vendor the right of repurchase in a certain case; *pactum displicentiae*, that gives the purchaser the right to terminate the contract in case that the purchaser doesn't enjoy the good; *pactum de retroemendo*, that gives the purchaser the

* Araştırma Görevlisi, Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı.

right to force the vendor repurchase the good in a certain case; *emptio ad gustum*, that gives the purchaser the right to taste and *pactum arrhale*, that brings the right to avoid the contract to the both parties, are analyzed.

Keywords: *pacta adiecta*, *in diem addictio*, *lex commissoria*, *pactum de retrovendendo*, *pactum displicentiae*

I. GİRİŞ

Roma akitler sisteminin dayandığı en temel ayırım, akitleri oluşumları açısından değerlendiren ayırımdır. Bunun yanı sıra, borcun doğumuna ve dolayısıyla akitlere ilişkin olarak, dar hukuk davası doğuran borçlar (akitler özelinde dar hukuk akitleri) ve iyiniyete dayanan borçlardan (akitler özelinde iyi niyet akitlerinden) söz edilir¹. Roma Hukuku'nun eski dönemlerinde, katı şekli kurallar ve davaya bağlı düzenlenen haklar, akdin kuruluşunda rızanın önüne geçen unsurların aranması sonucunu doğurmuştur. Bir başka ifade ile taraflar arasında bir akdin gerçekleştirildiğinden söz edilebilmesi için, *consensusun* yanında, mutlaka şekle bağlı bir anlaşmanın varlığı aranmıştır². *Iustinianus* Dönemine gelindiğinde ise, rızanın ön plana çıktığı görülmektedir³.

Oluşumu açısından aynı akitler, rızai akitler, yazılı akitler ve sözlü akitler ayırımı⁴ tabi tutulan akitler, hükümleri açısından ise, dar hukuk akitleri ve iyiniyet akitleri olarak iki başlık altında değerlendirilmektedir⁵. Dar hukuk akitlerinden ancak ve ancak dar hukuk davalarının doğması söz konusudur, bir başka ifade ile yalnızca *ius civilenin* öngördüğü koşullarda

¹ KOSCHAKER, Paul: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, (Kitabı yeniden elden geçiren: AYİTER, Kudret), Ankara, 1977, s. 205, 207-209; BERKİ, Şakir: "Roma'da Borçların Kaynakları", (İlk kısım), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 3-4, Ankara, 1950, s. 395; BERKİ, Şakir: "Romada Borçların Kaynakları", (İkinci kısım), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, Ankara, 1954, s. 146-147.

² WATSON, Alan: "The Evolution of Law: The Roman System of Contracts", Law and History Review, Cilt 1, Sayı 4, 1984, http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/496, (Erişim tarihi 05.01.2017), s. 9; BUCKLAND, W. W.: The Main Institutions of Roman Private Law, (Institutions), Cambridge, 1931, s. 281; KOSCHAKER, s. 206.

³ KOSCHAKER, s. 207; BERKİ, İlk kısım, s. 395.

⁴ RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, 2006, s. 61; GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ: "Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Pactum (Anlaşma) İlişkisi", (*Pactum*), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1-2, Ankara, 2005, s. 177.

⁵ BUCKLAND, William Warwick: A Manual of Roman Private Law, (Manual), Cambridge, 1953, s. 250; BERKİ, İlk kısım, s. 399; BERKİ, İkinci kısım, s. 146-147.; RADO, s. 64.

akde bağlı taleplerin hukuken takip edilebilmesi mümkündür⁶. İyiniyet akitlerinde ise, akdin iyiniyete dayanan karakteri, şekle bağlı olmayan *pactumların* mahiyeti çerçevesinde akde ilave edilerek dava ile takip edilebilmesine olanak sağlamaktadır⁷. Esasında *pactumlar*, önceleri, *ius civile*ce tanınan akit tiplerinin dışında kalan anlaşmalar olarak varlık göstermişlerdir. Dava ile takibi mümkün olmayan bu anlaşmalar, *pacta nuda* olarak isimlendirilmiştir⁸. Zamanla, bu *pactumlar*a, önce defî yolu ile bir himaye sağlanmış, devamla bir kısmı *ius civile* tarafından tanınarak, bir kısmı *praetor edictumu* ve bir kısmı da imparator emirnamesi ile dava ile korunur hale gelmiştir. Sözü edilen *pactumların* tamamı *pacta vestita* olarak nitelendirilmektedir⁹. *Pacta vestitalar* arasında yer alan *pacta adiecta* grubu, *ius civile* tarafından, bir iyiniyet akdine bağlanarak gerçekleştirilmesi durumunda, iyiniyet akdinin davası ile korunacağı kabul edilen *pactumlar*a işaret etmektedir¹⁰.

İşbu çalışmanın konusunu teşkil eden, alım satım akdine bağlı *pactumlar*, bahsi geçen *pacta adiectalar*ın en sık rastlanan örneklerini teşkil etmektedir. Doktrinde, temel olarak, sözü edilen *pactumlardan* üzerine en çok *Digesta* metni bulunan ve taraflara akitten dönme imkanı sağlayan *arra* (ya da *pactum arrhale*), *in diem addictio*, *lex commissoria* ve *pactum displicentiae* ele alınmaktadır. Bununla birlikte, çalışmamız çerçevesinde bu genel kapsam biraz daha genişletilerek, alım satım akdine bağlı *pactumlar* arasında yer alan *pactum protimeseos*, *pactum de retrovendendo*, *pactum de retroemendo* ve *emptio ad gustum* da değerlendirilecektir. Sözü edilen *pactumların* değerlendirilmesinde, *pactumun* hangi tarafın lehine hükümler içerdiği doktrinin ilgisini çekmiştir. Bu bağlamda, çalışmamızın sistematığı oluşturulurken, alım satım akdine bağlı *pactumlar*, öncelikle alıcı lehine ve satıcı lehine olmak üzere iki ayrı başlık altında değerlendirilmiştir. Devamla, üçüncü bir başlık olarak, özellikle zaman içerisindeki gelişimi ile tarafların her

⁶ BERKİ, İkinci Kısım, 146-147; GÜRTEN, Kadir: Roma Hukuku'nda Hakkaniyet (Aequitas), Ankara, 2008, s. 103.

⁷ KOSCHAKER, s. 248; UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lüğati, İstanbul, 1983, s. 148.

⁸ KOSCHAKER, s. 247; RADO, s. 165; BUCKLAND, Manual, s. 308; GÜNEŞ CEYLAN, *Pactum*, s. 179, 181; D. 2. 14. 7. 4., (Ulpianus): “*Nuda pactio obligationem non parit.*”, “Yalnızca anlaşma ile borç doğmaz.”

⁹ KOSCHAKER, s. 247-248; BUCKLAND, Manual, s. 308; RADO, s. 165; UMUR, s. 149.

¹⁰ KOSCHAKER, s. 248; ERDOĞMUŞ, ; ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, (Borçlar), İstanbul, 2012, s. 118; RADO, s. 132; GÜNEŞ CEYLAN, *Pactum*, s. 180-181.

ikisine de sözleşmeden dönme imkanı sağlayan, dolayısıyla teknik olarak taraflardan her ikisinin de lehine olabileceğini ifade edebileceğimiz *arra* ele alınmıştır. Çalışmada incelenen metinlerin çevirisinde, Watson¹¹, Birks/McLeod¹², Poste¹³, Scott¹⁴ ve Umur'un¹⁵ çevirilerinden faydalanılmıştır.

II. ALIM SATIM AKDİNE BAĞLI PACTUMLAR

Roma Hukuku, borcun kaynakları arasında yer verdiği akitleri, günümüzde geçerli olan akit serbestisi ilkesinden çok uzak bir biçimde değerlendirmiş; bu anlamda sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesini benimsemiştir. Hak davanın varlığına bağlanmış ve yalnızca *ius civile* tarafından tanınan davalara bağlı olarak talepte bulunulabileceği kabul edilmiştir.¹⁶ *Ius civile* tarafından tanınmayan *pactum*lar, bu nitelikleri itibariyle başlangıçta hukuki korumadan faydalanamamıştır. Bir başka ifade ile, *pactum*'a dayanarak dava açabilme imkanının var olmadığını görüyoruz. Ancak, zamanla, öncelikle *praetor* faaliyetleri ile bir *exceptio* ile davalının kendisini savunmasına imkan sağlanmış¹⁷; devamla, yukarıda değindiğimiz üzere, dava ile korunan *pacta vestita* grubu varlık kazanmıştır¹⁸.

Bir iyiniyet akdi olan alım satım akdi kapsamında, tarafların, satım konusunda anlaşdıktan sonra, bu satıma şekle bağlı olmayan *pactum*larla, alım satım akdine tanınan davalarla takip edilmesi mümkün olan birtakım

¹¹ IUSTINIANUS: The Digest of Justinian, (Çeviri Düzenlemesi, WATSON, Alan), Cilt 2, Pennsylvania, 1998.

¹² IUSTINIANUS: Justinian's Institutiones, (Çeviri ve Giriş: BIRKS, Peter ve McLEOD, Grant, Latince Metin: KRUEGER, Paul), New York, 1987.

¹³ GAIUS: Institutiones of Roman Law, (Çeviri ve Yorum: POSTE, Edward, M.A., WHITTUCK, E.A., M.A., B.C.L. Tarafından genişletilmiş 4. Baskı, Tarihi Giriş: GREENIDGE, A. H. J., D. Litt.), Oxford, 1904.

¹⁴ IUSTINIANUS: Codex (The Code of Justinian), (Çeviren: SCOTT, Samuel P.), Cincinnati, 1932, http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/codjust_Scott.htm (Erişim tarihi: 02.02.2017).

¹⁵ IUSTINIANUS: Institutiones, (Çeviren: UMUR, Ziya), İstanbul, 1955.

¹⁶ GÜNEŞ CEYLAN, *Pactum*, s. 176, 178.

¹⁷ ZIMMERMANN, Reinhard: The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, 1996, s. 508-509; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 117-118; RADO, s. 164; *D. 2. 14. 7. 4.*: “*Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*”; “Bir *pacta nuda* borç doğurmaz, ancak def'i doğurur”

¹⁸ KOSCHAKER, s. 248; RADO, s. 165; BUCKLAND, Manual, s. 308.

şartlar getirebilecekleri kabul edilmiştir¹⁹. Alım satım akdine bağlı olarak yapılan ikincil nitelikteki bu anlaşmalar, *pacta adiecta* yani ek anlaşmalar grubu içerisinde yer almaktadır²⁰.

A. Genel Olarak Alım Satım Akdi

Alım satım, satıcının, bir şeyin mülkiyetini devretmeyi, alıcının da bunun karşılığında bir bedel ödemeyi borçlandığı bir akitir²¹. İki tarafın iradelerinin birleşmesiyle, başka herhangi bir şeye, örneğin şeyin teslimine ya da belirli şekil şartlarına uyulmasına gerek olmaksızın kurulan bir akit olan alım satım akdi, bu özelliği dolayısıyla, oluşumu açısından, Roma akitler sisteminde rızai akitler içerisinde değerlendirilmektedir²².

Gai. Ins. 3. 135: “*Consensu fiunt obligationes in emptionibus uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*”

Gai. Ins. 3. 135: “Alım satımda, *locatio conductio*da, şirkette ve vekalette, sadece rıza bir akit meydana getirir.”

Alım satım akdi, hükümleri açısından ise iyiniyet akitleri arasında yer almaktadır²³. Tam iki tarafa borç yükleyen bir akit olan alım satım akdi kapsamında, sözleşmenin gereğinin ifası hususunda alıcının elinde bulunan imkan *actio empti*, satıcının elinde bulunan imkan ise *actio venditidis*²⁴. Yukarıda da ifade edildiği üzere, alım satım akdinin bir iyiniyet akdi olması dolayısıyla, doğrudan doğruya akdin gereğinin ifasının yanı sıra, akdin ihlalinden kaynaklanan taleplerin ve akde ilave

¹⁹ RADO, s. 132, 164; MANFREDINI, Arrigo D.: Istituzioni di Diritto Romano, Torino, 2007, s. 361; ZIMMERMANN, s. 510, 537, 563; KOSCHAKER, s. 248; EMİROĞLU, Haluk: Roma Hukukunda Sözleşmeden Dönme, (Sözleşme), Ankara, 2014, s. 100.

²⁰ KOSCHAKER, s. 247-248.

²¹ RADO, s. 115; ZULUETA, Francois de: The Roman Law of Sale, İngiltere, 1945, s. 1; MANFREDINI, s. 355-356; Ancak Roma Hukuku kapsamında özellikli bir husus dikkat çekmektedir: Akit esnasında açıkça mülkiyetin nakli üzerinde anlaşılmadıkça, satıcının akitten doğan borcu yalnızca sözleşme konusu eşyanın rahat zilyetliğini sürekli şekilde sağlamaktır. Bunun kaynağı *ius civile* mülkiyetine sahip olması mümkün olmayan yabancılarla yapılan alım satım akitlerinde aranmaktadır, ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 74; JOLOWICZ, H.F./NICHOLAS, Barry, A Historical Introduction to the Study of Roman Law, Cambridge, 1972, s. 292-293; BERGER, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, New Jersey, 2004, s. 452.

²² RADO, s. 114; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 71; KOSCHAKER, s. 230-231; ZIMMERMANN, s. 230; BERGER, s. 452.

²³ RADO, s. 119; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 77, 78; BERGER, s. 452.

²⁴ RADO, s. 119-120; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 77, 78; BERGER, s. 452.

edilen *pactum*lara ilişkin taleplerin de bu davalar ile ileri sürülebilmesi mümkündür. Daha açık bir ifade ile, alım satım akdinin iyi niyete dayanan karakteri, iyiniyetin gerektirdiği tüm hususların akdın davaları ile korunmasına imkan sağlamaktadır²⁵.

Gai. Ins. 3. 137: “*Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet...*”

Gai. Ins. 3. 137: “Ayrıca bu akitler iki tarafa borç yükleyen akitlerdir ve iyiniyet akitleridir, ki bunda tarafların her ikisi de karşılıklı olarak adil ve hakkaniyete uygun olanı ifa etmek borcu altına girerler...”

B. Satıcı Lehine *Pactum*lar

Alım satım akdinin kurulmasından sonra satıcıya belirli bir döneme kadar gelecek daha iyi bir teklifi kabul etme imkanını sağlayan *in diem addictio*, alıcının semeni belirli bir döneme kadar ödememesi durumunda satıcıya sözleşmeden dönme imkanı sağlayan *lex commissoria*, alıcının malı tekrar satması halinde eski satıcıya bir önalım imkanı sağlayan *pactum protimeseos* ve belirli bir olayın gerçekleşmesi halinde satıcıya bir gerialım imkanı sağlayan *pactum de retrovendendo*, satıcı lehine *pactum*lar olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶.

1. In Diem Addictio

Bu şartı içeren *pactum*un yapılması, satıcıya, belirli bir döneme kadar daha iyi bir teklif alması halinde, bu teklifi kabul etme imkanını sağlamaktadır²⁷.

D. 18. 2. 1 (Paulus): “*In diem addictio ita fit: ‘ille fundus centum esto tibi emptus, nisi si quis intra kalendas Ianuarias proximas meliorem condicionem fecerit, quo res a domino abeat’.*”

D. 18. 2. 1 (Paulus): “*In diem addictio* şu şekilde yapılır: ‘Bir sonraki Ocak ayının ilk gününe kadar daha iyi bir teklif yapılmazsa, arazi sana satılmış olsun; aksi halde, arazi alıcıdan ayrılır.’”

²⁵ RADO, s. 120, 132; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 78.

²⁶ RADO, s. 132; MANFREDINI, s. 361; ZULUETA, s. 55-58; ZIMMERMANN, s. 736.

²⁷ RADO, s. 132, 166; MANFREDINI, s. 361; ZULUETA, s. 55; KOSCHAKER, s. 248; DALLA, Danilo/LAMBERTINI, Renzo: Istituzioni di Diritto Romano, Torino, 2006, s. 354; GUARINO, Antonio: Diritto Privato Romano, Napoli, 2001, s. 901; UMUR, s. 17.

Satıcı, bu *pactum* ile, hem kendisi için en iyi şekilde eşyasının satışını gerçekleştirebileceği ihtimalleri araştırma şansına hem de piyasada gerçekleşebilecek aleyhe durumlardan, en azından mevcut alıcı ile belirlendiği fiyatı garanti altına almak suretiyle, kaçınma imkanına sahip olmaktadır. Bunun yanı sıra, bu *pactumun*, satıcının, örneğin bir acil nakit ihtiyacı karşısında, eşyasını değerinin altına satması dolayısıyla zarara uğraması ihtimalinin de önüne geçilmesine hizmet edebileceği görülmektedir²⁸. Bununla birlikte, bu şartın nadiren de olsa alıcının lehine de bir sonucu olabileceği görülmektedir. Bu durumda, bu şart, açıkça alıcı lehine olacak şekilde düzenlenmektedir. Zimmermann, araziyi almasının iyi bir fikir olup olmadığı hususunda endişeleri bulunan alıcı için bu şartın varlığının akitten kurtulabilmek için güzel bir fırsat sunduğunu ifade etmektedir²⁹. Nitekim *Ulpianus*'un *Sabinus*'a işaret ettiği *Digesta* metninde, tarafların iradesinin doğrudan doğruya alıcının daha iyi bir teklif halinde çekilebileceğine yönelik olması halinde, satıcı daha iyi bir teklifi kabul etmese dahi, alıcının bu kayda dayanarak sözleşmeden çekilebileceği, yani ikinci alım satım akdi gerçekleşmese bile, ilkinden artık dönmüş olacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla, esasında satıcı lehine bir hüküm içerdiği genel kabul gören *in diem addictionun*, metinden hareketle, Thomas'ın ifadesi ile, “*tarafların kendi pazarlık durumlarının değişik olabilmesi ile*” ilgili bir husus olarak, alıcı lehine olacak şekilde de düzenlenebileceğini söylemek mümkündür³⁰.

D. 18. 2. 9 (Ulpianus): “*Sabinus scribit venditori meliorem condicionem oblatum abicere. Sequique primam quasi meliorem, et ita utimur quid tamen si hoc erat nominatum actum, ut liceret desilire emptori meliore condicione allata? Dicendum erit dissolutam priorem emptiorem venditor sequentem non admittat.*”

D. 18. 2. 9 (Ulpianus): “*Sabinus*'un yazdığına göre, satıcı daha iyi bir teklifi reddedebilir ve birincisini daha iyiymiş gibi kabul edebilir ve bu bizim de uyguladığımız hukuktur. Ancak, açık bir biçimde, daha iyi bir teklifin varlığı halinde alıcının sözleşmeden dönebileceği kararlaştırılmışsa ne olacaktır? Satıcı

²⁸ ZIMMERMANN, s. 735.

²⁹ ZIMMERMANN, s. 735.

³⁰ THOMAS, J. A. C.: “Alım Satımdan Dönmeyi Sağlayan Tedbirler”, (Çeviri: ERDOĞMUŞ, Belgin), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 39, Sayı 1-4, İstanbul, 1974, s.471.

ikincisini kabul etmese dahi, ilk alım satımın çözüldüğü söylenmelidir.”

Teklif, gerçek alıcı sıfatını haiz üçüncü bir kişiden gelecek daha iyi bir teklif olmak zorundadır³¹. Teklifin daha iyi sayılabilmesi için, bedelin daha yüksek tutulması zorunlu değildir. Satıcı açısından, ilk alıcı ile yapılan alım satım sözleşmesinin şartlarından herhangi bir açıdan daha iyi bir teklif olması yeterlidir³².

D. 18. 2. 5 (Pomponius): “ *Quidquid enim ad utilitatem venditoris pertinet pro meliore condicione haberi debet.* ”

D. 18. 2. 5 (Pomponius): “Satıcının menfaatine olan her şey daha iyi teklif olarak nitelendirilmelidir.”

Nelerin daha iyi teklif olabileceği hususunda objektif kriterler geliştirilmeye çalışılmıştır. Semen artmasının daha iyi bir teklif olduğunun öngörülmesi güç değildir. Bunun yanı sıra, semende artış yönünde bir değişikliğin bulunmadığı, hatta, aksine, semenin azaldığı bazı durumlarda dahi daha iyi teklifin varlığının kabul edildiği görülmektedir.

D. 18. 2. 4. 6 (Ulpianus): “*Melior autem condicio adferri videtur, si pretio sit additum. sed et si nihil pretio addatur, solutio tamen offeratur facilius pretii vel maturior, melior condicio adferri videtur. praeterea si locus oportunior solvendo pretio dicatur, aequae melior condicio allata videtur: et ita pomponius libro nono ex sabino scribit. idem ait, et si persona idoneor accedat ad emptionem, aequae videri meliorem condicionem allatam. proinde si quis accedat eiusdem pretii emptor, sed qui levioribus emat condicionibus vel qui satisfactionem nullam exigit, melior condicio allata videbitur. ergo idem erit probandum et si viliori pretio emere sit paratus, ea tamen remittat, quae venditori gravia erant in priore emptione.*”

D. 18. 2. 4. 6 (Ulpianus): “Daha iyi teklif, artırılmış bir fiyatla görülebilir. Ancak fiyata ek olmadan dahi, daha kolay ya da daha erken bir ödeme teklif edilirse, ya da daha uygun bir ödeme yeri teklif edilirse daha iyi bir teklif vardır; ki bunu Pomponius da Sabinius’un dokuzuncu kitabında belirlemiştir ve şunu

³¹ ZULUETA, s. 56; ERDOĞMUŞ, Belgin, *In Diem Addictio* (Daha İyi Bir Teklif Kaydı), (In Diem) İstanbul, 1972, s. 33, 36.

³² ZULUETA, s. 56; ERDOĞMUŞ, *In Diem*, s. 36, 37; EMİROĞLU, Sözleşme, s. 108.

eklemiştir, daha güvenilir bir insan tarafından yapıldıysa daha iyi bir teklif olarak nitelendirilir. Benzer şekilde, eğer bir alıcı aynı bedelle ancak daha az zahmetli koşullarda almak önerisiyle gelirse ya da teminat talebinde bulunmazsa, yine daha iyi bir teklif olarak değerlendirilecektir. Aynı şey, yeni teklifle gelen daha az bir fiyat teklif etmiş olsa da, ilk alım satımında satıcı için daha zahmetli bulunan hükümlerden feragat etmesi halinde de söylenebilir.”

Görülebileceği üzere, ödeme şeklinin satıcı için avantajlı olacak şekilde değiştirilmesi, yeni alıcının daha güvenilir bir kişi olması ya da teminat istememesi gibi durumlar, daha iyi bir teklifin varlığını gerçekleştirmek için yeterli kabul edilmiştir. Hatta, daha düşük fiyat teklif edildiği hallerde dahi, bu hususların teklifin daha iyi bir teklif olarak değerlendirilmesini sağlayabileceği açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, daha iyi teklifin varlığının saptanabilmesi için, her iki satım akdinin tüm unsurlarıyla değerlendirilmeye tabi tutulması gerekmektedir³³. Bununla birlikte, satıcı lehine hususların tespitinde objektif bazı inırlamalar getirildiği görülmektedir. Bu kapsamda, satıcının, yalnızca akitten dönmesinin kendisine menfaat sağlayacak olmasının, örneğin semerelerin kendisine kalacak olmasının, daha iyi bir teklif anlamına gelmeyeceği ifade edilmiştir³⁴.

D. 18. 2. 14. 4 (Paulus): “*Emptorem, qui meliorem condicionem attulerit, praeter corpus nihil sequitur quoq venierit.*”

D. 18. 2. 14. 4 (Paulus): “Daha iyi bir teklif yapmış olan alıcıya, satılan mal dışında hiçbir şey intikal etmez.”

D. 18. 2. 14. 5 (Paulus): “*Non tamen ideo, si tantundem pretium alius det, hoc ipso, quod fructus eum non sequantur, qui secuturi essent priorem emptionem, melior conditio videtur allata, quia non id agitur inter emptorem et venditorem.*”

D. 18. 2. 14. 5 (Paulus): “Bu sebeple, bir başkası aynı bedeli teklif ederse, ilk alıcının elde etmiş olduğu semereler, alıcıyla satıcının iradeleri bu yönde olmadığı için, kendisine intikal etmeyeceğinden, daha iyi teklif yapılmış olarak değerlendirilmez.”

³³ ERDOĞMUŞ, *In Diem*, s. 36, 37; EMİROĞLU, *Sözleşme*, s. 108.

³⁴ ERDOĞMUŞ, *In Diem*, s. 38

Sabinus, aynı taşınmazın sadece bir kez *in diem addictio* ile satılabileceğini savunmuştur. Ancak *Iulianus* daha yaygın kabul gören taraf iradesi görüşünü savunmaktadır³⁵. Buna göre, bir taşınmazın satışında bir kez *in diem addictio* yapıldıktan sonra, gelen daha iyi teklif kapsamında yapılacak alım satım akdine de *in diem addictio* şartının eklenmesi mümkündür.

Satıcı, alım satım akdine konu edilen eşyaya ilişkin ikinci teklifin gelmesi halinde, teklifi ilk alıcıya iletmekle yükümlüdür³⁶. Satıcı iki teklif karşılaştırdıktan sonra, ikinci teklifin daha iyi olduğuna karar verirse, ilk alıcı teklifini yükseltme imkânına sahiptir. Bu yükseltmenin uygulanabilmesi için aranan şart, ilk alıcının ikinci alıcı ile eşdeğer ya da ondan daha yüksek bir teklif sunmasıdır³⁷.

D. 18. 2. 7 (Paulus): “*Licet autem venditori meliore allata condicione addicere posteriori, nisi prior paratus sit plus adicere.*”

D. 18. 2. 7 (Paulus): “Satıcının, eşyayı daha iyi teklifin alınması üzerine, ilk alıcının daha fazlasını vermeye hazır olmaması halinde, nakletmesi mümkündür.”

D. 18. 2. 8 (Paulus): “*Necesse autem habebit venditor meliore condicione allata priorem emptorem certiore facere, ut, si quid alius adicit, ipse quoque adicere possit.*”

D. 18. 2. 8 (Paulus): “Satıcı, daha iyi teklifin alınması üzerine, alıcıyı bilgilendirmek zorundadır ki böylece alıcı yeni gelenle rekabete girebilir.”

In diem addictionun bir erteleyici şart mı yoksa bozucu şart mı olduğu hususu da Romalı hukukçular tarafından tartışma konusu edilmiştir³⁸. Bugün baskın olan görüş, *in diem addictionun* bozucu şart niteliğinde olduğu yönündedir³⁹. *In diem addictio*, *Ulpianus*'un ifade ettiği

³⁵ ZULUETA, s. 56; ERDOĞMUŞ, *In Diem*, s. 40, 41.

³⁶ ERDOĞMUŞ, *In Diem*, s. 44.

³⁷ ERDOĞMUŞ, *In Diem*, s. 44-45; Bundan sonra ilk alıcı şeyi elinde tutmaya devam ederse, alım satım akdinin unsurlarında değişiklik meydana gelecek, bir diğer ifade ile, semen ya da teklifi daha iyi hale getiren birtakım unsurlar artık ilk alım satım akdinde belirlenen unsurlardan farklı olacak, dolayısıyla bu durumda yine ilk alım satımdan dönülerek yeni bir akit gerçekleştirilmiş olacaktır, ZULUETA, s. 56; “...daha iyi teklifin kabulü, yeni bir akdin doğmasına sebep olacaktır”, THOMAS, s. 480.

³⁸ ZULUETA, s. 56; ZIMMERMANN, s. 736.

³⁹ MANFREDINI, s. 361; RADO, s. 132; DALLA/LAMBERTINI, s. 354.

gibi, her iki türlü de düzenlenebilen, bu konuda tarafların iradesinin dikkate alındığı bir *pactum*dur⁴⁰.

D. 18. 2. 2 pr. (Ulpianus): “*Quotiens fundus in diem addicitur, utrum pura emptio est, sed sub condicione resolvitur, an vero condicionalis sit magis emptio, quaestionis est. et mihi videtur verius interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata condicione discedatur, erit pura emptio, quae sub condicione resolvitur: sin autem hoc actum est, ut perficiatur emptio, nisi melior condicio offeratur, erit emptio condicionalis.*”

D. 18. 2. 2 pr. (Ulpianus): “Bir arazi *in diem addictio* ile satıldığında, alım satım şarta bağlı olmayıp akitten dönmek için bir şart mı olduğu ya da bizatihi alım satımın mı şarta bağlı olduğu sorusu mevcuttur. Kanaatimce, bu gerçekten tarafların iradesine bağlıdır; eğer, daha iyi bir teklifin yapılması üzerine, iradeleri bu yönde ise, akitten dönülecek, alım satım şarta bağlı olmayacak ancak alım satım akdinden dönülmesi şarta bağlı olacaktır; diğer yandan irade, daha iyi bir teklif yapılmazsa sözleşmenin geçerli olacağı yönünde ise, alım satımın kendisi şarta bağlı olacaktır.”

2. *Lex Commissoria*

Lex commissoria, bedelin zamanında ödenmemesi halinde, satıcıya, sözleşmeden dönme imkanı sağlayan bir *pactum*dur⁴¹.

D. 18. 3. 4 pr. (Paulus): “*Si fundus lege commissoria venierit, hoc est ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret...*”

D. 18. 3. 4 pr. (Paulus): “Bir toprak parçasının *lex commissoria* şartı ile satılması halinde, ki bu şu demektir; eğer satış bedeli belirli bir zamanda ödenmezse alım satım akdinden dönülmüş olacaktır...”

Satıcının alım satım sözleşmesi kapsamında, sözleşmeden dönebilmesinin, buna ilişkin şartı sözleşmeye eklemesine bağlı olduğu görülmektedir. Yani, alım satım akdine ek *lex commissorianın* düzenlenmemesi halinde, eğer semen ödenmezse, satıcının

⁴⁰ ZULUETA, s. 56; UMUR, s. 17.

⁴¹ ZULUETA, s. 57; RADO, s. 132, 166; MANFREDINI, s. 361; DALLA/LAMBERTINI, s. 354; GUARINO, s. 898-899; BUCKLAND, Manual, s. 288.

başvurabileceği tek yol, *actio venditi* ile semenin ödenmesini istemek olabilir⁴². Bir başka ifade ile, günümüzde temerrüt olarak ifade edebildiğimiz satış bedelinin ödenmemesi durumunda, tek başına alım satım akdi, satıcıya, yalnızca alıcıyı bedelin ödenmesine zorlayan *actio venditi*yi sağlamaktadır.

D. 18. 3. 2 (Pomponius): “*Cum venditor fundi in lege ita caverit: ‘si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit’, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.*”

D. 18. 3. 2 (Pomponius): “Bir arazinin satıcısı şu şartı koyarsa: ‘para söylenen güne kadar ödenmezse, arazi satılmamış olsun.’, arazinin yalnızca satıcının tercih etmesi durumunda satılmamış olacağı anlamına gelir, çünkü şart sadece satıcının menfaatindedir. Eğer diğer türlü anlaşılıyorsa, hasar kendisinde olmasına karşın, evin yandığını düşünelim, satım bedelini ödemeyerek arazinin satımı anlaşmasından dönmek de alıcının elinde olurdu.”

Yukarıdaki metinden anlaşılacağı üzere, *lex commissoria*, yalnızca satıcı lehine hüküm doğuran bozucu bir şarttır⁴³.

D. 18. 3. 1 (Ulpianus): “*Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur.*”

D. 18. 3. 1 (Ulpianus): “Bir toprak parçası *lex commissoria* şartı ile satıldığında, sözleşmenin şarta bağlı olarak kurulmasından ziyade, akitten dönülmesinin şarta bağlı olduğu gözetilir.”

Şartın peşin alımlar için değil; alıcının eşyayı önceden teslim alıp, ödemeyi daha sonra gerçekleştireceği durumlar için öngörülmüş olduğu anlaşılmaktadır. Bunun bir çeşit kredili satış anlamına geldiği sonucuna varmak mümkündür⁴⁴. Taksitli satışın varlığı halinde, *lex commissoria*, taksitlerden birinin ödenmemesi halinde daha önce ödenmiş olan taksitlerden vazgeçilerek sözleşmeden dönülebilmesine imkân

⁴² RADO, s. 132.

⁴³ RADO, s. 132; MANFREDINI s. 361; EMİROĞLU, Sözleşme, s. 110.

⁴⁴ ZULUETA, s. 57.

sağlamaktadır⁴⁵. Yine, aynı sonucu doğuracak şekilde, *lex commissorianın*, akde bir *pactum* ile eklenen vade olduğu kabul edilmektedir⁴⁶. Nitekim Thomas, semenin belirlenen vadede ödenmemesi halinde akitten dönmeye olanak sağlayan kayıtların tamamının terimsel olarak *lex commissorianın* kapsamında kaldığı kanaatindedir⁴⁷.

Lex commissorianın uygulanmasında, satıcı akitten döndüğünü açıklamak durumundadır, akit kendiliğinden hükümsüz hale gelmez. Satıcı, bu imkanı derhal kullanmalı ve bu seçimine de sadık kalmalıdır. Eğer bedelin ödenmemesinden sonra bedelin ödenmesi için dava yolunu tercih ederse, *lex commissoria* seçeneğini kullanmamış, sözleşmenin ifa edilmesini tercih etmiş sayılır. Aynı şekilde, sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini açıkladıktan sonra da bedelin ödenmesini dava edemez. Ancak bu durum, eşyayı ve semerelerini iade ile eşyaya alıcı tarafından verilen zararların ödenmesini *actio venditi* ile talep etmesi konusunda bir engel oluşturmaz⁴⁸.

3. *Pactum Protimeseos*

Pactum protimeseos, alıcının eşyayı yeniden bir satıma konu etmesi halinde satıcıya önalım imkanı tanıyan şartı içeren bir *pactum*dur⁴⁹. Bu durumda, eski satıcının, kabul görebilecek nitelikte bir teklif sunması beklenir⁵⁰.

⁴⁵ KOSCHAKER, s. 248; RADO, s. 166.

⁴⁶ THOMAS, s. 466.

⁴⁷ THOMAS, s. 471-472.

⁴⁸ ZULUETA, s. 57; Roma Hukuku'nda akde bağlı bir *pactum* ile uygulanabilir olan bu kural, temerrüt kurumu ile, günümüz hukuklarında tüm iki taraflı akitlerde böyle bir şarta gerek duyulmaksızın uygulanan genel bir nitelik kazanmıştır, RADO, s. 132; Türk Borçlar Kanunu 235/1: "Satılanın, ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödenme anında devredilmesi gereken durumlarda alıcı temerrüde düşerse satıcı, herhangi bir işlem gerekmesizsin satıştan dönebilir."; Bununla birlikte, *lex commissorianın* günümüzdeki görünümü olarak, Kanun'un alıcının temerrüdünü düzenleyen ilgili maddesinin üçüncü fıkrasında, zilyetliğin alıcıya devredildiği durumlarda, alıcının temerrüdü halinde, satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, sözleşmede açıkça bu hakkını saklı tutması gerektiği düzenlenmiştir, Türk Borçlar Kanunu 235/3: "Satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse, alıcının temerrüdü sebebiyle satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmasına bağlıdır."

⁴⁹ ZULUETA, s. 57; BUCKLAND, William Warwick: A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, (Text-Book), Cambridge, 1921, s. 492.

⁵⁰ ZULUETA, s. 57; Türk Borçlar Kanunu 241/3: "Önalım hakkını kuran sözleşmede aksi öngörülmemişse, önalım hakkı sahibi taşınmazı, satıcının üçüncü kişiyle kararlaştırdığı satışa ilişkin koşullarla kazanır."

Diğer *pacta adiectal*larda olduğu gibi, bu *pactumun* sonuçlarını doğurması da, bağlı olduğu iyiniyet akdi olan alım satım akdinin davasına bağlanmıştır. Bununla birlikte, vasiyetle ya da belirli bazı durumlarda kanunla da kullanılabilceği ifade edilmiştir⁵¹.

D. 18. 1. 75 (Hermogenianus): “*Qui fundum vendidit, ut eum certa mercede conductum ipse habeat vel, si vendat, non alii, sed sibi distrahat vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id quod pepigerunt ex vendito agere poterit.*”

D. 18. 1. 75 (Hermogenianus): “Bir kimsenin arazisini belirli bir bedel karşılığında kiralayarak elinde tutmaya devam etmesi ya da alıcının yeniden satması durumunda, üçüncü bir kişiye ya da benzer şartlardaki başka birine değil, kendisine satması şartıyla satması halinde, satıcının şartın yerine getirilmesi için *ex venditio* davası açmaya hakkı vardır.

D. 19. 1. 21. 5 (Paulus): “*Sed et si ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.*”

D. 19. 1. 21. 5 (Paulus): “Yine, sana bir çiftliği benden başka kimseye satmaman şartıyla satarsam, bunu bir başkasına satman halinde bir *actio venditi* söz konusu olur.”

4. *Pactum De Retovendendo*

Bu şartı içeren *pactumun* anlaşmaya bağlanması, satıcıya, belirli bir olayın gerçekleşmesi halinde ya da belirli bir zaman dilimi içinde satılan şey üzerinde gerialım hakkı sağlar⁵².

D. 19. 5. 12 (Proculus): “*Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum.*”

D. 19. 5. 12 (Proculus): “Bir adam çiftliklerini karısına sattı, alım satım akdine dahil edilen, eğer karısı evliliğine son verirse,

⁵¹ ZULUETA, s. 58; Türk Borçlar Kanunu 242: “Sözleşmeden doğan önalım hakkını kullanmak isteyen hak sahibi, bu hak şerhedilmiş ve taşınmazın mülkiyeti alıcı adına tescil edilmişse alıcıya; aksi takdirde satıcıya karşı, satışın veya ekonomik bakımdan satışa eşdeğer başka bir işlemin kendisine bildirildiği tarihten başlayarak üç ay ve her hâlde satışın yapılmasından başlayarak iki yıl içinde dava açmak zorundadır.”

⁵² BERGER, s. 615; Geri alım hakkı, Türk Borçlar Kanunu’nun 237-239. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

kadının, eğer erkek isterse bu çiftlikleri aynı bedelle kocasına devredeceği anlaşması vardı. Kanaatimce, bir *actio in factum* tanınmıştır, ve bu kural, diğer kişiler için de uygulanmalıdır.”

C. Ius. 4. 54. 2: “*Si fundum parentes tui ea lege vendiderunt, ut, sive ipsi sive heredes eorum emptori pretium quandoque vel intra certa tempora obtulissent, restitueretur, teque parato satisfacere conditioni dictae heres emptoris non paret, ut contractus fides servetur, actio praescriptis verbis vel ex vendito tibi dabitur, habita ratione eorum, quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt.*”

C. Ius. 4. 54. 2: “Eğer ailen bir arazi parçasını, kendileri ya da mirasçılarının belirsiz ya da belirlenmiş bir zaman içerisinde alıcıya eşyanın bedelini teklif ederse eşyayı elinde tutacakları şartı ile satarsa ve eğer sen de yukarıda yazılı şarta uymaya hazırsan ve alıcının mirasçıları sözleşmeyi yerine getirmeyi reddederse, sana bir *actio praescriptis verbis* ya da bir *actio venditi* tanınır; ve bedelin *pactumun* hükümlerine uygun şekilde teklif edilmesinden sonra, karşı tarafının eline geçen arazinin semerelerinin bedeli düşülerek bir hesaplama yapılır.”

Umur, sözleşme koşullarında bir değişiklik olmaması dolayısıyla, bu *pactum* sonucunda fiilen malın satılmamış olduğunu ifade etmektedir⁵³. Ancak, pratik sonuçlar açısından değerlendirdiğimizde, esasında iki alım satım akdinin var olduğunu söylemek daha isabetli olacaktır. Öncelikle, ilk alım satım akdinin gerçekleşmesi üzerine, alıcı mülkiyetin naklini talep edebilme, satıcı da semeni talep edebilme imkanına sahip olacaktır. *Pactum*daki şartın gerçekleşmesi halinde ise artık ilk satıcının ikinci alıcı olarak mülkiyetin naklini talep etme, ilk alıcının da ikinci satıcı olarak semeni talep etme hakkına sahip olacağını görüyoruz. Ayrıca, mülkiyetin ilk alıcıya devredilmesi ile, eşya üzerindeki hak durumunda değişiklik meydana gelmiş olacaktır. Daha uzak bir örnekle, *pactum de retrovendendonun* eklendiği, parça borcunun söz konusu olduğu bir alım satım akdini ele alalım. İlk alım satım akdedildikten sonra, kendisine bağlanan *pactum*da öngörülen şartların gerçekleştiğini ve ilk satıcının eşyayı geri almak talebini iletmediğini varsayalım. Bu geri alım hakkı kullanıldıktan sonra ancak sözleşme konusu eşyanın tesliminden önce eşya tarafların kusuru olmadan telef olursa ne olacaktır? Roma hukukunun, hasarı alıcıya yükleyen kuralı açıktır. Yani bu durumda, ilk

⁵³ UMUR, s. 150.

alım satımın satıcısı, ikinci alım satımın alıcısı olarak hasara katlanacak, yani semeni ödeyecek ancak eşyayı talep edemeyecektir. Esasında bu kadar uzağa gitmeden de bu çıkarımda bulunmak mümkündür. Şu durumda, kanaatimizce, sonuçlarının aslında hiç satılmamış gibi olduğu söylenemez.

Pactum retrovendendo ile ilgili tartışmalı diğer bir husus, bu *pactumun*, *pactum retroemendo* ile birlikte değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır. Zimmermann, *pactum de retroemendo*yu satıcının satılan şeyi geri almak hakkına sahip olduğu *pactum* olarak nitelemiş; yukarıda yer verdiğimiz *D. 19. 5. 12* ve *C. Ius. 4. 54. 2'*ye işaret etmiştir⁵⁴. Umur, *pactum de retroemendo* ile *pactum de retrovendendo*yu aynı başlık altında değerlendirmiş⁵⁵, yalnızca satıcının geri alım hakkı kapsamında açıklamaya yer vermiştir⁵⁶. Berger, *retroemendo* ve *retrovendendo*yu tek bir başlık altında⁵⁷ ancak iki terimi de kullanarak ele almış; satıcının satılan eşyayı geri almak hakkı olarak tanımladıktan sonra, alıcı lehine de aksi yönde bir anlaşmanın yapılabileceğini belirtmiş, nihayet “*de retroemendo (vendendo)*” terimlerinin literatür tarafından geliştirildiğini ifade etmiştir.⁵⁸ Buckland, “*pactum de retrovendendo, emendo*” başlığı altında, alıcının şeyi geri satması ya da satıcının geri almasına ilişkin anlaşma olarak açıklamıştır⁵⁹. Yine Buckland, bir başka çalışmasında, aralarında bir ayırım gözettiğini daha açık görebileceğimiz şekilde, *pactum de retrovendendo*yu satıcının geri alım hakkı olarak tanımladıktan sonra, satıcının geri alma yükümlülüğü olarak *pactum retroemendonun* da bununla üstlenilebileceğini ifade etmiştir⁶⁰. Zulueta, *pactum retroemendo* ve *retrovendendo* arasında açık bir fark ortaya koyarak, *pactum retroemendo*yu satıcı lehine, *pactum retrovendendo*yu ise alıcı lehine *pactumlar* arasında değerlendirmiş⁶¹, açıklamalarını *pactum de retro emendoda* satıcıya tanınan bir geri alım hakkından söz edilirken, *pactum de retro vendendoda* da alıcının satıcıyı eşyayı geri almaya zorlama hakkına sahip olması üzerine kurmuştur⁶². Kanaatimizce, Berger’in

⁵⁴ ZIMMERMANN, s. 510, dn. 12.

⁵⁵ “Pactum De Retro Emendo veya Pactum De Retro Vendendo”, UMUR, s. 150.

⁵⁶ UMUR, s. 150.

⁵⁷ “Pactum retro emendo (vendendo)”, BERGER, 615.

⁵⁸ BERGER, s. 615.

⁵⁹ BUCKLAND, Manual, s. 287.

⁶⁰ BUCKLAND, Text-Book, s. 492.

⁶¹ ZULUETA, s. 55.

⁶² ZULUETA, s. 58.

belirtmiş olduğu kavramların literatür tarafından geliştirilmiş olması gerçeğinin ve tüm açıklamaların aynı metne dayandırılmasının doktrin genelinde bu ayrımın yapılmasına ihtiyaç duyulmamasına yol açmış olması muhtemeldir.

C. Alıcı Lehine *Pactumlar*

Alıcıya, eşyayı beğenmemesi halinde iade ederek sözleşmeden dönme imkanı sağlayan *pactum displicentiae*, belirli bazı durumlarda satıcıyı sattığı şeyi geri almaya zorlayan *pactum de retroemendo* ve şarap satışlarında satıcıya şeyi tatma imkanı sağlayan *emptio ad gustum* alıcı lehine *pactumlar* olarak karşımıza çıkmaktadır⁶³.

I. *Pactum Displicentiae*

Pactum displicentiae, alıcıya, sözleşme konusu eşyayı teslim aldıktan sonra tatmin edici bulmaması halinde belirli bir döneme kadar iade ederek sözleşmeden dönme imkanı sağlayan bir şarttır. Alıcı, bu şarta başvurmakla, eşyayı iade edip, bedelini geri isteyebilir⁶⁴. Bir sürenin belirlenmemiş olduğu hallerde, alıcı bu imkanı 60 iş günü içerisinde kullanmalıdır⁶⁵.

Bu şartın, *pactumda*, hem bozucu hem de erteleyici olarak düzenlenmesi mümkündür⁶⁶.

D. 18. 1. 3 (Ulpianus): “*Si res ita distracta sit, ut si displicuisset inempta esset, constat non esse sub condicione distractam, sed resolvi emptionem sub condicione.*”

D. 18. 1. 3 (Ulpianus): “Bir şeyin ‘eğer beğenilmezse, sözleşme bozulur’ şartıyla satıldığı durumda açıktır ki sözleşme değil, iptal edilebilirliği şarta bağlıdır.”

⁶³ RADO s. 132-133; MANFREDINI s. 361; ZULUETA, s. 55, 58.

⁶⁴ ZULUETA, s. 59; BERGER, s. 615; RADO, s. 132-133, 166; MANFREDINI, s. 361; GUARINO, s. 900; UMUR, s. 150; EMİROĞLU, Sözleşme, s. 110; BUCKLAND, Manual, s. 287; Günümüz Türk Hukuku'nda *pactum displicentiae*nin etkisi, beğenme koşulu ile satışlarda görülmektedir, Türk Borçlar Kanunu madde 249: “Beğenme koşuluyla satış, alıcının satılanı deneyerek veya gözden geçirerek beğenmesi koşuluyla yapılan satıştır.”; Buna göre, beğenme koşulunun söz konusu olduğu satışlarda, alıcı, eşyayı kabul etmek ya da herhangi bir neden göstermeden iade etmek hakkına sahiptir, Türk Borçlar Kanunu madde 250: “Beğenme koşuluyla satışta alıcı, satılanı kabul etmekte veya hiçbir sebep göstermeksizin geri vermekte serbesttir.”

⁶⁵ BUCKLAND, Text-Book, s. 493; D. 21. 1. 31. 22, bununla birlikte, aynı metinde Ulpianus bu *pactumun* süresiz şekilde belirlenmesinin de mümkün olduğunu ifade etmektedir.

⁶⁶ MANFREDINI, s.361; ZULUETA, s. 59; GUARINO, s. 900; BUCKLAND, Manual, s. 287.

Ius. Ins. 3. 23. 4: “*Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest. Sub condicione veluti ‘si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot’.*”

Ius. Ins. 3. 23. 4: “Bir satım akdi şarta bağlı veya kesin olarak yapılabilir. Şarta bağlı bir satım akdine örnek şudur: ‘Eğer *Stichus*’u kesin bir zamana kadar tatmin edici bulursan, sana şu kadar altına satılmış olsun’.”

2. *Pactum De Retroemendo*

Pactum de retroemendo, bazı kesin durumlarda ya da bazı kesin olayların gerçekleşmesi halinde, satıcıyı şeyi geri almaya zorlama hakkını alıcıya veren bir şarttır. Uygulanma şekli, *pactum de retrovendendo* ile aynıdır⁶⁷.

Yukarıda *in diem addictionun* alıcı lehine olup olmayacağı hususunda yapılan tartışma, esasında bu *pactumun* varlığı ile daha somut bir zemine oturtulabilmektedir. Bu iki *pactumun* ayrı hususlara işaret ettiği açık olmakla birlikte, esasında *pactum de retroemendo* ile doğrudan doğruya alıcının lehine düzenlenebilen ve satıcıyı malı geri almaya zorlayan bir *pactumun* var olduğu görülmektedir. Bunun yanı sıra *in diem addictionun* alıcı lehine sonuç doğurup doğurmayacağı tartışmasının daha iyi teklif kaydının varlığı hali ile sınırlandırıldığı göz önünde bulundurulması gerekir.

3. *Emptio Ad Gustum*

Şarap satışlarına özgülenmiş görünen bu şart ile, şarap satışlarında, alıcıya şarabı tatma ve reddetme imkanını sağlanmaktadır. Bu yönde bir şartın varlığının normal olduğu ifade edilmektedir. *Emptio ad gustum*, alıcıya, şarabı tattıktan sonra beğenmemesi halinde iade etmek imkanı sağlayan bir şarttır⁶⁸.

D. 18. 1. 34. 5 pr. (Paulus): “... *Alia causa est degustandi, alia metiendi: gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat...*”

D. 18. 1. 34. 5 pr. (Paulus): “Tatma ve ölçmeye ilişkin akitlerin farklı amaçları vardır. Tatma, reddetme hakkını verir...”

⁶⁷ ZULUETA, s. 58; BUCKLAND, Manual, s. 287. *Pactum retroemendo* için de işaret edilen metin *D. 19. 5. 12*'dir. İlgili metne ve *pactum retrovendendo* ile karşılaştırılmasına ilişkin değerlendirmelere yukarıda yer verilmiştir, bkz. Yuk. II, A, 4.

⁶⁸ ZULUETA, s. 58; GUARINO, s. 900; BUCKLAND, Manual, s. 287.

Zimmermann, alıcının tatması üzerine verdiği onayın alım satım sözleşmesini geçerli hale getireceğini ifade etmektedir⁶⁹. Dolayısıyla, *emptio ad gustum* bir erteleyici şart teşkil etmektedir.

D. *Pactum Arrhale*

Arra, ortaya çıkışı dönemde alım satım akdinin gerçekleştirildiğine delil teşkil etmek üzere⁷⁰ taraflardan birinin diğerine verdiği pey akçesini ifade etmektedir. *Arra*'nın bu görünümü, *arra confirmatoria* olarak adlandırılmaktadır⁷¹.

Gai. Ins. 3. 139: "*Emptio et venditio contrahitur, cura de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est empti onis et venditionis contractae* "

Gai. Ins. 3. 139: "Alım satım akdi; semen üzerinde anlaşılınca, henüz ne semen ödenmiş ne de *arra* verilmiş olsa bile kurulur. Zira pey akçesi olarak verilen, alım satım akdinin yapıldığına delil teşkil eder."

*Arra confirmatoria*nın varlığı halinde, ifa gerçekleşirken ya verilen miktar ifadan mahsup edilir, ya da *arranın* konusunu bir eşya teşkil ediyor ise, söz konusu eşya, *arra* veren kişiye iade edilir⁷². Eşyanın iade edilmemesi halinde ise, iade etmeyen alıcı ya da satıcı olması durumuna bağlı olarak, *actio empti* veya *actio venditi*ye dayanarak iadenin talep edilmesi mümkündür⁷³.

D. 19. 1. 2. 6 (Ulpianus): "*Is qui vina emit arrae nomine certam summam dedit, postea convenerat, ut ex emptio irrita fieret Iulianus ex empto agi posse ait, ut arra restitatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit,*

⁶⁹ ZIMMERMANN, s. 285.

⁷⁰ BUCKLAND, Manual, s. 278; ZIMMERMANN, s. 230-231; KOSCHAKER, s. 248; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 90.

⁷¹ ZIMMERMANN, s. 230-231; KOSCHAKER, s. 248; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 90; UMUR, s. 26; RADO, s. 117-118; *Arra* kurumu, hukukumuzda "bağlanma parası" olarak adlandırılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinde açık bir şekilde düzenlenmiştir: "Sözleşme yapılırken bir kimsenin vermiş olduğu bir miktar para, cayma parası olarak değil sözleşmenin yapıldığına kanıt olarak verilmiş sayılır."

⁷² ZIMMERMANN, s. 231; KOSCHAKER, s. 248; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 90; RADO, s. 118; Yine Türk Borçlar Kanunu'nun 117. maddesinin 2. fıkrasında bu hususta açık bir düzenleme yer almaktadır: "Aksine sözleşme veya yerel âdet olmadıkça, bağlanma parası esas alaktan düşülür."

⁷³ ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 90.

emptionem. Ego illud quaero: si anulus datus sit arrae nomine et secuta emptione pretioque numerato et tradita re anulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex empto agendum sit. Et Iulianus diceret ex empto agi posse: certe etiam condici poterit. Quia iam sine causa apud venditionem est anulus.”

D. 19. 1. 2. 6 (Ulpianus): “Şarap satın alan biri pey akçesi olarak belirli bir miktar para vermiştir. Daha sonra, alım satımın geçersiz olacağı hususunda taraflar anlaşmışlardır. *Iulianus* pey akçesinin iadesi için alım satım akdinden doğan davanın açılabilirliğini ve alım satım akdinin çözülmesi için alım satım akdinden doğan davanın kıyasen açılabilirliği kanaatindedir. Şimdi şunu soruyorum: Bir yüzük pey akçesi olarak verilmiş, alım satım akdinden sonra semen ödenmiş ve satılan mal teslim edilmiş, ancak yüzük iade edilmemişse hangi dava açılmalıdır? Var olan sebebin ortadan kalkmasına dayanan sebepsiz zenginleşme davası mı yoksa alım satım akdinin davası mı kullanılmalıdır? *Iulianus* muhtemelen alım satım akdinden doğan davanın açılacağını söyleyecektir. Fakat yüzük nedensiz yere satıcıda kaldığı için sebepsiz zenginleşme davası da açılabilir.”

Arra, zaman içerisinde gelişim göstermiş, anlam ve içerik değişikliğine uğrayarak, *arra poenalis* ve *arra poenitentialis* olarak da karşımıza çıkmaya başlamıştır⁷⁴.

Iustinianus Dönemi’nde kazandığı kapsam ile *arra poenitentialis*, cayma parası işlevi görmektedir. Buna göre, *arra* veren kişi akitten dönerse verdiği geri isteyemeyecektir, *arra* alan kişinin akitten dönmesi halinde ise, aldığı miktarın iki katını ödemesi gerekecektir⁷⁵. Bu haliyle, *arra poenitentialis* esasında taraflara cayma parası ödemek suretiyle sözleşmeden dönme imkanı sağlayan bir *pactum* niteliğindedir⁷⁶.

⁷⁴ KOSCHAKER, s. 248; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 91.

⁷⁵ ZIMMERMANN, s. 233; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 91; Türk Borçlar Kanunu’nun 178. maddesinde Roma Hukukunda gelmekte olan bu kurum aynen korunarak hükme bağlanmıştır: “Cayma parası kararlaştırılmışsa, taraflardan her biri sözleşmeden caymaya yetkili sayılır; bu durumda parayı vermiş olan cayarsa verdiği bırakır; almış olan cayarsa aldığı iki katını geri verir.”

⁷⁶ RADO, s. 119; UMUR, s. 26.

Ius. Ins. 3. 23 pr: "...hoc enim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est is, qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere cempellitur, licet nihil super arris expressum est"

Ius. Ins. 3. 23 pr: "...pey akçesi verilmişse, alım satım akdi ister yazılı olarak ister yazısız olarak yapılmış olsun, akdin ifasından kaçınan kimse, pey akçesi hususunda hiçbir şey düzenlenmemiş bile olsa, eğer alıcı ise, verdiği kaybeder, satıcı ise iki katını vermekle ile yükümlü olur."

Arra poenalisin kimi kaynaklarda "cezai şart"⁷⁷ olarak Türkçeleştirildiğini görmek mümkün olsa da, hem *arra poenalisin* hem de *arra poenientialisin* cezai şarttan ayırımı yapmak gereklidir. Dilimize yaygın çevirisi "ceza akçesi/parası"⁷⁸ şeklinde olan *arra poenalis* ile amaçlanan, gerçekten de sözleşmenin ifa edilememesi halinde, ifa etmeyi cezalandırmaktır. Zira *arra poenalisin* düzenlendiği durumlarda, alıcı borcunu ifa etmezse, satıcı *arra poenalis* muhafaza edebilmektedir⁷⁹. Nitekim, edimini yerine getirmeyen taraf, verdiği pey akçesini kaybetmektedir. Bununla birlikte, *arranın* niteliği gereği sözleşme kurulurken teslim ediliyor olduğu gözetilerek, sözleşme başında tespit edilen ancak ödemesi ifa edilememe durumunda gerçekleşen cezai şarttan ayrılması gerekmektedir⁸⁰. Bu iki hususu bir arada gözeten bir başka yaklaşımda ise, *arra poenalisin*, "önceden verilen bir cezai şart" olarak işlev üstlendiğine değinmektedir⁸¹. Yine, cezai şartın da bir *pactum* ile iyiniyet akdine eklenmesi hukuken mümkün olsa da, kaynaklarda doğrudan doğruya bir "*stipulatio poenae*"den de söz edildiği görülmektedir⁸². Lehine cezai şart bulunan kimsenin, cezai şart yerine akdin ifasını talep edebilecek olması dolayısıyla, cezai şartın sözleşmeden dönmek amacına hizmet edecek şekilde kullanılabilmesi kural olarak

⁷⁷ KOSCHAKER, s. 248.

⁷⁸ RADO, s. 118; ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 91.

⁷⁹ RADO, s. 118; TAHİROĞLU Bülent/ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Hukuku Meseleleri*, İstanbul, 2010, s. 192.

⁸⁰ KAYAK, Sevgi: "Roma Hukukunda Cezai Şart", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 64, Sayı 1, İstanbul, 2006, s. 251.

⁸¹ ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 91.

⁸² ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 67; D. 19. 2. 54. 1 (Paulus).

mümkün değildir⁸³. Bu noktada, cezai şart ile cayma parası açık bir şekilde birbirinden ayrılmaktadır⁸⁴.

SONUÇ

Pactumlar, ortaya çıktıkları dönemde, *ius civile* tarafından tanınmayan dolayısıyla dava ile takibi mümkün olmayan şekilsiz anlaşmalar olarak varlık göstermiştir. Zaman içerisinde gelişimi ile, öncelikle *pactumlar* def'i imkanı sağlanmıştır. Daha sonra, bir kısmı *ius civile* tarafından tanınarak, bir kısmı *praetor* faaliyetleri ile bir kısmı da imparator iradesi ile dava ile korunması mümkün anlaşmalar haline gelmiştir. Bozucu veya erteleyici birtakım şartları ya da önalım, gerialım gibi birtakım imkanları içeren ve satım akdine bağlı olarak yapılan ek *pactumlar*, *ius civilenin*, bağlı olduğu akdin davası ile korunmasını sağladığı, uygulamasına sık rastlanan anlaşmalardır.

Sözü edilen *pactum*lardan en çok ele alınanları, *arra*, *in diem addictio*, *lex commissoria* ve *pactum displicentiae* olmuştur. Gerçekten de, Romalı hukukçular da en çok bu işaret edilen *pactum*ların üzerinde durmuş, en geniş kapsamlı ve detaylı incelemelerini bunlar üzerinde gerçekleştirmişlerdir. Bununla birlikte, zaman zaman açıkça “uygulamada daha az önemli” olduğu ifade edilen⁸⁵, zaman zaman da hiç değinilmemeleri dolayısıyla diğerleri kadar önem atfedilmediğinin anlaşıldığı, *pactum de retrovendendo*, *pactum protimeseos*, *pactum de*

⁸³ ERDOĞMUŞ, Borçlar, s. 67, dn. 122; TAHİROĞLU/ERDOĞMUŞ, s. 214.

⁸⁴ Türk Borçlar Kanunu'nun 179. maddesinde, “(1) Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. (2) Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir. (3) Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır.” hükmüne yer verilerek, kurumun cayma tazminatından farkı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Daha açık bir ifade ile, cayma tazminatının varlığı halinde tarafların her ikisi de bu tazminatı ödemek suretiyle akitten dönmeye yetkili kılınmışken, cezai şart, ya da kanunun ifadesi ile ceza koşulunda, kural olarak sözleşmenin ifa edilememesi durumunda ve alacaklıya tanınan bir haktan söz edilmektedir. Yine maddenin ikinci fıkrasında ifa ile ceza koşulunun aynı anda istenebileceği düzenlemesi yer verilmiştir. Son fıkrada ise, akitten dönmeye ya da akdi fesih için mutlaka borçlunun bu yetkiye sahip olması gerektiği ifade edilmiştir. Kısa bir ifade ile, hem borçlunun hem alacaklının kararlaştırılan cayma parasını ifa ederek akitten dönmeye mümkünken, ceza koşulunda bunun olmadığı açık bir şekilde görülmektedir.

⁸⁵ ZIMMERMANN, s. 510, dn. 12.

retroemendo ve emptio ad gustum da işbu makalenin kapsamı içerisinde değerlendirilmiştir.

Roma Hukuku, günümüz özel hukuk sistemlerine, kıta Avrupası hukuk sistemi başta olmak üzere, temel oluşturmaktadır⁸⁶. Özellikle borçlar hukuku kurum ve kavramları, Romalıların geliştirmiş oldukları sistem çerçevesinde gelişim göstermiştir⁸⁷. Her ne kadar, günümüz borçlar hukuku sistemlerini Roma'dan ayıran çok temel bir fark olarak akit serbestisi ilkesi karşımıza çıksa da, Romalıların geliştirmiş olduğu kurumlar çağdaş hukuk sistemlerinde yansımaları bulmuştur. Bu bağlamda, Romalıların dava ile takip edilebilmesi için, bir iyiniyet akdi olan alım satım akdine ilave edilerek yapılmasını zorunlu tuttuğu sözü edilen şartlar, günümüz hukuk düzenlerinde akit serbestisi çerçevesinde, hatta kimi durumlarda tarafların üzerinde anlaşmasına dahi gerek duyulmaksızın kanun gereği koruma altına alınmıştır.

KAYNAKÇA

KİTAP VE MAKALELER

- BERGER, Adolf: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New Jersey, 2004
- BERKİ, Şakir: “Roma’da Borçların Kaynakları”, (İlk Kısım), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 3, Ankara, 1950
- BERKİ, Şakir: “Romada Borçların Kaynakları”, (İkinci kısım), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, Ankara, 1954
- BUCKLAND, William Warwick: *A Manual of Roman Private Law*, (Manual), Cambridge, 1953
- BUCKLAND, William Warwick: *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, (Text Book), Cambridge, 1921
- BUCKLAND, W. W.: *The Main Institutions of Roman Private Law*, (Institutions), Cambridge, 1931
- DALLA, Danilo/
- LAMBERTİNİ, Renzo: *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, 2006

⁸⁶ KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: *Roma Hukuku, Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması*, Ankara, 2014, s. 5; Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ: “Roma Hukukun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi”, Cilt 8, Sayı 1-2, Ankara, 2004, s. 75 vd.

⁸⁷ EMİROĞLU, Haluk: “Roma Hukuku’nun Bilgi Kaynaklarından *Corpus Iuris Civilis* ve Türkiye’de Hukuk Resepsiyonu”, (*Corpus*), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 51, Sayı 3, Ankara, 2002, s. 96.

- EMİROĞLU, Haluk:Roma Hukukunda Sözleşmeden Dönme, (Sözleşme), Ankara, 2014
- EMİROĞLU, Haluk:“Roma Hukuku’nun Bilgi Kaynaklarından *Corpus Iuris Civilis* ve Türkiye’de Hukuk Resepsiyonu”, (*Corpus*), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 51, Sayı 3, Ankara, 2002
- ERDOĞMUŞ, Belgin:Roma Borçlar Hukuku Dersleri, (Borçlar), İstanbul, 2012
- ERDOĞMUŞ, Belgin:In Diem Addictio (Daha İyi Bir Teklif Kaydı), (*In Diem*) İstanbul, 1972
- GÜNEŞ CEYLAN,
Seldağ: “Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Pactum (Anlaşma) İlişkisi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 1-2, Ankara, 2005
- GÜNEŞ CEYLAN,
Seldağ: “Roma Hukukun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi”, Cilt 8, Sayı 1-2, Ankara, 2004
- GÜRTEK, Kadir:Roma Hukuku’nda Hakkaniyet (Aequitas), Ankara, 2008
- GUARINO, Antonio:Diritto Privato Romano, Napoli, 2001
- JOLOWICZ, H.F./
- NICHOLAS, Barry:A Historical Introduction to the Study of Roman Law, Cambridge, 1972
- KARADENİZ
- ÇELEBİCAN, Özcan:Roma Hukuku, Tarihi-Kaynaklar-Genel Kavramlar-Kişiler Hukuku-Hakların Korunması, Ankara, 2014
- KAYAK, Sevgi:“Roma Hukukunda Cezai Şart”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 64, Sayı 1, İstanbul, 2006
- KOSCHAKER, Paul:Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, (Kıtabı yeniden elden geçiren: AYİTER, Kudret), Ankara, 1977
- MANFREDINI,
Arrigo D.: Istituzioni di Diritto Romano, Torino, 2007
- RADO, Türkan:Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, 2006
- TAHIROĞLU, Bülent/
- ERDOĞMUŞ, Belgin:Roma Hukuku Meseleleri, İstanbul, 2010
- THOMAS, J.A.C.:“Alım Satımdan Dönmeyi Sağlayan Tedbirler”, (Çeviri: ERDOĞMUŞ, Belgin), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 39, Sayı 1-4, 1974, İstanbul
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lüğatı, İstanbul, 1983
- WATSON, Alan:“The Evolution of Law: The Roman System of Contracts”, Law and History Review, Cilt 1, Sayı 4, 1984,
http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/496 (Erişim tarihi: 05.01.2017)
- ZIMMERMANN,
Reinhard: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, 1996
- ZULUETA,

Francais de: The Roman Law of Sale, Büyük Britanya, 1945

MEVZUAT VE DİĞER KAYAKLAR

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

GAIUS: Institutiones of Roman Law, (Çeviri ve Yorum: POSTE, Edward, M.A., WHITTUCK, E.A., M.A., B.C.L. Tarafından genişletilmiş 4. Baskı, Tarihi Giriş: GREENIDGE, A. H. J., D. Litt.), Oxford, 1904.

IUSTINIANUS: Codex (The Code of Justinian), (Çeviren: SCOTT, Samuel P.), Cincinnati, 1932, http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/codjust_Scott.htm (Erişim tarihi: 02.02.2017)

IUSTINIANUS: Institutiones, (Çeviren: UMUR, Ziya), İstanbul, 1955

IUSTINIANUS: Justinian's Institutiones, (Çeviri ve Giriş: BIRKS, Peter ve McLEOD, Latince Metin: KRUEGER, Paul), New York, 1987

IUSTINIANUS: The Digest of Justinian, (Çeviri Düzenlemesi, WATSON, Alan), Cilt 2, Pennsylvania, 1998

İDARİ YARGI KARARLARINDAN HAREKETLE “İNTİHAL” PLAGIARISM IN ADMINISTRATIVE COURT DECISIONS

Seçkin YAVUZDOĞAN*

ÖZET

Etik ihlaller ve etik ihlallerin bir çeşidi olan intihal ile ilgili olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu dışında yakın zamana kadar kanuni bir düzenleme bulunmamaktaydı. Dolayısıyla intihal eylemini gerçekleştiren bir kamu görevlisi veya akademisyen hakkında tesis edilecek ceza tartışma konusu olmuştur. Hatta Danıştay İdari Dava Daireleri'nin bir kararı sonrasında 2014 yılından önce işlenen intihal eylemleri cezalandırılmaz hale gelmişti. 2016 yılının Aralık ayında Yükseköğretim Kanunu'nda yapılan düzenlemelerle etik ihlaller ve etik ihlallerin bir çeşidi olarak intihal kanuni bir düzenlemeye kavuşmuş, bu düzenlemenin eksiklikleri bulunmasına rağmen en azından etik ihlallerin yaptırımları belirlenmiştir. Belirtmek gerekir ki bu düzenlemeler ne kadar sevindirici olsa da yeterli değildir. Zira etik ihlallerin karşılığı olarak öngörülen müeyyideler düzenlemeden anlaşıldığı kadarıyla orantılı değildir. Kaldı ki intihal eylemi için tek bir yaptırım öngörülmüştür ve bu yaptırım da akademisyenin akademik hayatını sonlandıracak niteliktedir. Halbuki intihal birçok şekilde gerçekleşebilir. İntihal eylemleri hakkında hafiften ağıra giden bir düzenleme yapmak yerine intihal çeşitlerinin tamamının tek bir yaptırıma tabi tutulmuş olması yapılan düzenlemenin en büyük eksikliklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Etik ihlal, Etik ihlal çeşitleri, İntihal, İdari yargı kararları.

ABSTRACT

There was no legal regulation which regards to plagiarism, a type of ethical violations and ethical violations, other than Act Number 5846. Therefore, the punishment to be established about a public servant or an academician who has committed plagiarism has been the subject of debate. Even after a decision of the Council of State, plagiarism acts committed before 2014 became unpunished. By December 2016, the enactment of the Law on Higher Education brought ethical violations and plagiarism into law, even though this regulation had its deficiencies, at least the sanctions for ethical violations were determined. With this amendment, it was decided that ethics violations are what they are. It should also be noted that these regulations cannot be said to be sufficient, although pleasing. Which acts are ethical violations and are not in proportion to the extent that they are understood without the enforcement of the envisaged measures in respect of these violations. In this article, the implications of current regulations regarding ethical violations and the conclusions that can be drawn from administrative judgments regarding ethical violations have been assessed.

Keywords: Ethical violation, Plagiarism, The Crime of Plagiarism, Administrative Court Decisions about Plagiarism.

* Yrd. Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, e-mail: sydogan@akdeniz.edu.tr. Bu makalenin yazımında istifade edilen ve kullanılan mahkeme kararlarının temin edilmesinde yardımlarını esirgemeyen Antalya Cumhuriyet Savcısı Sayın Adem Eryılmaz'a müteşekkirim.

GİRİŞ

Bilim insanı alenileştirdiği düşünce ve buluşları doğal olarak başkalarının yararlanmasına da açmış olmaktadır. Bu durum bilim insanının içinde yetiştiği dünyaya, uygarlığa ve topluma olan yükümlülüğünün de bir gereğidir. Ancak bu gereklilik bilimsel gelişmelerin tehlikeye sokulmadan belli etik kurallar içerisinde yapılması gerektiği gerçeğini de bertaraf etmez. Bu nedenle eser sahibi bilimsel çalışmalarında, kendi düşüncesiyle başkalarının düşüncelerini ayırt edecek yaklaşım içinde olmalı ve alıntı yaptığı kaynağı net bir şekilde ortaya koyup belgelendirmelidir. Bu tarzda hareket edilmemesi durumunda etik ihlaller gündeme gelir.

Bu makalede ilk olarak etik ihlaller ve etik ihlallerin bir çeşidi olan intihalin tanımı ve çeşitleri hakkında izahat yapılmış ve mevzuatımızda intihal ile ilgili düzenlemeler hakkında bilgi verilmiştir. İkinci bölümde ise idari yargı organlarının etik ihlallere ve intihale yaklaşımı ele alınmış, idari yargı kararlarının tahlilinden ortaya çıkan sonuçlar paylaşılmıştır.

1. İNTİHAL

A. Tanım

İntihal, Arapça kökenli bir kelime olup Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğe göre “aşırma” anlamına gelmektedir.¹ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlükte aşırma; “Başkalarının yazılarından bölümler, dizeler alıp kendisininmiş gibi gösterme veya başkalarının konularını benimseyip değişik bir biçimde anlatma, intihal” olarak tanımlanmıştır.² Türk hukukunda “kaynak gösterilmeden başkasının yapıtından alınan parça”³ anlamına gelen intihal kelimesi aslında Arapça’dan dilimize geçmiştir.

İntihal, Türk Hukuk Sözlüğüne göre “başkasına ait bir telifi, güzel sanatlardan bir eseri, kendisine nispet etmek; bir kitabın ibarelerini, musiki bestesinin namerlerini, takdim ve tehir ile veya aslının baştan başa hiss olunur derecede ifade tarzını tahrif ile kendi namına vermek”⁴ anlamına gelir. Doktrinde ise “failin, bir başkasının eserine kendi eseri imiş gibi yani kendisi eser sahibiymiş gibi ismini vermesine veya bir

¹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5741c9d2cad4b9.51213335 (Erişim Tarihi: 22.05.2016)

²http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5741cab1d4aa06.74161381 (Erişim Tarihi: 22.05.2016)

³ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

⁴ TEKİNALP, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Arıkan Yayıncılık, Aralık 2005, s.147.

eserden kaynak göstermeden alıntılar yapmasına yahut bir eserden yaptığı alıntılara ilişkin olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermesi”⁵ olarak tanımlanmaktadır.

Türkiye Bilimler Akademisi’ne göre intihal; bir başkasına ait olan bir fikrin, buluşun, araştırma sonuçlarının veya araştırma ürünlerinin bir bölümü ya da tümünün, kaynak gösterilmeksizin istemli olarak kopya ya da tercüme edilip yazarın kendi eseri gibi göstermesidir.⁶ Görüldüğü üzere bu son verilen tanımda “intihal” eyleminin gerçekleşmesi eylemin “istemli” olarak gerçekleştirilmesi şartına bağlanmıştır. Yani, yazarın “intihal” yapma iradesinin bulunması ve “intihal” gerekçesi ile yaptırım uygulanacaksa kötü niyetinin tespiti önem taşır. Nitekim özellikle intihal konusunda yapılan hataların büyük bir kısmının bilinçsiz olarak gerçekleştirildiği bir vakıdır.⁷

Danıştay 8. Dairesi bir kararında intihalin tanımını yaparken Osmanlıca-Türkçe Lügatten yararlanmışır. “Osmanlıca Türkçe Lügatte intihal: Çalma, başkasının yazısını veya şiirini kendinin gibi gösterme, İktibas: ödünç alma, bir kelimeyi, bir cümleyi veya bunların manalarını olduğu gibi alma şeklinde tanımlanmıştır.”⁸

İntihal, kişinin beyin faaliyeti ve emeğinin karşılığı olarak kendine özgü tarzla geliştirdiği fikir, düşünce ve yazım biçiminin bir başkası tarafından hukuk ve etik kuralların izin verdiği sınırların ve esinlenmenin dışında kalacak şekilde alıntı yapmak olarak tanımlanabilir.

İntihal etik ihlal türlerinden biridir. Diğer etik ihlal türleri; duplikasyon, dilimleme, uydurma, haksız yazarlık olarak sayılabilir.⁹ Türkiye Bilimler Akademisi Bilim Etiği Komitesi ve TÜBİTAK’ın raporlarında ise etik ihlal türleri; disiplinsiz araştırma, yinelenen yayın, uydurmacılık, sahtecilik, intihal, destek belirtmeme, hayali veya hediye yazarlık olarak belirlenmiştir.¹⁰ Doçentlik sınav sürecinde doçent adayının

⁵YAZICIOĞLU, R. Yılmaz, Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, Temmuz 2009, s.159-160.

⁶ TÜBA Bilim Etiği Komitesi, Bilimsel Araştırmada Etik Sorunlar, TÜBA Yayınları, Ankara, 2002.

⁷UÇAK, N., Özenç, “Bilimsel İletişim ve İntihal”, <http://uvt.ulakbim.gov.tr/toplantı/uay10/nucak.pdf>, (Erişim tarihi: 08.11.2016).

⁸ Danıştay 8. Dairesi’nin 5.7.2001 tarih ve E.2000/1806, K.2001/3586 sayılı kararı.

⁹ GÜCÜKOĞLU, B./AYVAZ Reis, Z., (5-7 Şubat 2014), “Türkiye’de ve Dünya’da İntihalin Yaptırımları”, Akademik Bilişim’14 - XVI. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, Mersin Üniversitesi.

¹⁰ UÇAK, s.7.

yayınlarda etik ihlal bulunup bulunmadığının tespiti bakımından önem taşıyan Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi'nin 8. Maddesinde etik ihlal çeşitleri “intihal, sahtecilik, çarpıtma¹¹, tekrar yayım, dilimleme¹², haksız yazarlık¹³ ve diğer etik ihlal

¹¹ Ankara 1. İdare Mahkemesi aynı çalışmanın parçalarının ayrı ayrı yayınlandığı tezden üretilen bazı yayınlarda tez danışmanının ismi olmayıp başka isimler eklenmesini “çarpıtma” türünden etik ihlal olarak kabul etmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır.

“Evrensel olarak tanınan bilim kuramları, matematik teoremleri ve ispatları gibi önermeler dışında hiçbir yapıt, tümüyle ya da bir bölümü ile izin alınmadan veya asıl kaynak gösterilmeden çeviri veya özgün şekliyle yayımlanamaz. Ege Üniversitesi'nde olduğu ya da uzmanlığını yeni almış olduğu, dolayısıyla başka bir kurumdan hasta eklemesinin mümkün olmadığı izlenimi alınmıştır. Bahsedilen yazıda başka merkezlerden yazarların nasıl katkıda bulunmuş olabileceği ve yazıya neden eklendiği anlaşılamamıştır. bu yazı ile yukarıda bahsedilen yazı aynı çalışmanın parçalarıdır, ancak ayrı ayrı yayınlanmıştır. (...) Yazar çalışmasına başka merkezlerde devam ettiğini ve bu merkezlerde devam eden bu çalışmalara katkıda bulunan ek yazarlar olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca tez danışmanının mutlaka tez ile ilgili makalelerde yer almasının şart olmadığını, yazarların katkılara göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ancak makaleler incelendiğinde tezden üretilmiş birçok bildiri ve yazının olduğu izlenmektedir. Ulusal Kardiyoloji Kongresi'nde sunulan bir bildiri dışında tez hocası hiçbir bildiri ya da yazıda yer almamaktadır. Tezden üretilmiş ve uluslararası dergilerde yayınlanmış 4 makale mevcuttur. bir çalışmada bu kadar yazarın her çalışmada tez hocasından daha fazla nasıl katkıda bulunmuş olabileceği tarafımızdan anlaşılamamıştır.” Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 1.12.2010 tarih ve E.2009/1548, K.2010/1772 sayılı kararı; Danıştay 8. Dairesi'nin 10.06.2015 tarih ve E.2011/8358, K.2015/5870 sayılı kararı.

¹² Ankara 6. İdare mahkemesi “duplikasyon ve dilimleme”yi tanımlamış ve bunların intihal değil başka türden bir etik ihlal olduğuna karar vermiştir..

“Bir araştırmancının aynı sonuçlarını birden fazla dergiye yayım için göndermek veya yayınlamak” olarak tanımlanan “duplikasyon” ve “Bir araştırmancının sonuçlarını araştırmancının bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırarak çok sayıda yayım yapmak” olarak tanımlanan “dilimleme” türünde etik ihlalinde bulunduğu tespit edilerek Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı'na sunulduğu, bunun üzerine davacının Şubat 2007 dönemi Doçentlik başvurusunun reddine ve (1) yıl süreyle Doçentlik sınavına alınmamasına... A2 çalışmasındaki gebe sıçanlara ait değerlerin A7 yayımından aynen alınmasıdır. Aynı veriler farklı zamanlarda, farklı makalelerde ve ilk yayınlandığı dergiden izin almadan kullanılmaz. Kullanılırsa, bu etik bir ihlaldir. Bu nedenle A2 yayımı bir "Duplikasyon" olarak değerlendirilmelidir.”; “(...) Aynı yıl yayınlanan A6 ve A7 makaleler aslında beraber yayınlanabilecek niteliktedir. Bu durum etiğe aykırı davranış örneklerinden dilimleme veya bölerek yayınlama (büyük çaplı bir çalışmayı iki veya daha fazla parçalar halinde yayınlamak) olarak tanımlanan etik ihlale uymaktadır. Yazarlar tek bir çalışmadan çıkan sonuçları yapay olarak bölerek birden fazla yayım çıkarma çabasına girmişlerdir. Örneğin, aynı hayvan grubunda (gebe sıçanlarda) yapılan birden fazla ölçüm, tek bir makalede verilmesi gerekirken, her biri

türleri” sırası ile düzenlenmiştir. Anılan yönergede intihal “Başkalarının fikirlerini, metotlarını, verilerini, uygulamalarını, yazılarını, şekillerini veya eserlerini sahiplerine bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseriymiş gibi sunmak” şeklinde tanımlanmıştır.

Eserin tümünün değil de bazı bölümlerin, pasajların, ezgilerin veya ibarelerin, eser sahibinin adı zikredilmeksizin alınması da intihaldir. İntihalden söz edilebilmesi için eserin aynen alınmış olması da şart değildir. Eserde bölümlerin, namelerin, figürlerin diziminde değişiklikler (takdim tehir) halinde de intihal vardır. Hatta özgün eser, çalma eserde büyük ölçüde tekrarlanıyor ve hissediliyorsa intihal gerçekleşmiştir¹⁴.

İntihal eskiden beri var olan ve sadece günümüze özgü bir mesele değildir. Günümüzde intihal eyleminin artışının sebebi, birçok bilgi ve kaynağın World Wide Web’de bulunuyor olması, intihalin eskiye nazaran

ayrı ayrı iki makale biçimine dönüştürülerek iki farklı dergiye gönderilmiştir. Bu tipik bir dilimleme örneğidir.” Ankara 6. İdare Mahkemesi’nin 21.10.2010 tarih ve E.2008/849, K.2010/1360 sayılı kararı.

¹³ İdari yargı yerleri de haksız yazarlığı “intihal” olarak değil bir etik ihlal olarak değerlendirmektedir.

“Üniversitelerarası Kurul Tarafından yayımlanan Etiğe Aykırı Davranışlar Yönergesinde sahtecilik "sunulan veya yayınlanan belgeleri gerçeğe aykırı olarak düzenlemek veya bir belgeyi değiştirmek veya gerçeğe aykırı belgeyi bilerek kullanmak; araştırmaya dayanmayan veriler üretmek, bunları rapor etmek veya yayınlamak, yapılmamış bir çalışmayı yapılmış gibi göstermek" olarak tanımlanmış olup ; "haksız yazarlık" aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dahil etmek, aktif katkısı bulunduğu halde bu kişileri yazarlar arasına katmamak, yazar sıralamasını gereksiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmektir (Yazarlık hakkı, çalışmanın tasarımı, veri toplanması, analizi ve değerlendirilmesinde, yazımında katkı vermiş olmayı gerektirir)" kuralına yer verildikten sonra, "yayınlarda bilimsel kurallara uymadan makul ölçüleri aşan alıntılar yapmak" ve "doçentlik başvurusunda jüri üyelerini yanıltıcı, yanlış ya da eksik beyanda bulunmak" "diğer etik ihlal türleri" arasında sayılmıştır.,”söz konusu makale çalışmasının ortalama 70 paragraftan oluştuğu, bu paragraflardan 62 tanesinin tezin sair sayfalarındaki paragraflarla birebir aynı olduğu, makaledeki diğer paragrafların ise genel itibarıyla tezdeki ifadelerle aynı anlama gelen cümlelerden oluştuğu, sonuç olarak söz konusu çalışmanın bütününe yakın bir kısmının Dr.A... tarafından hazırlanan doktora tezindeki ilgili bölümlerde yer alan paragrafları birebir içerdiğinin görüldüğü, davacının başkasına ait olan bir çalışmaya yazar olarak katıldığı kanaati oluşturduğu ve haksız yazarlık fiiliyle etik ihlalinde bulunduğu” görüşüne varıldığı anlaşılmaktadır. “ Ankara 11. İdare Mahkemesi’nin E.2009/1253, K.2010/1485 sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

¹⁴ YAMAN, Dilara, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu (m. 71/1-III)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C12/Özel Sayı (2010) , s.1557.

daha kolaylaşmış olması ve yakalanma riskinin azalmış olmasındandır.¹⁵ İnternet, hizmetin sunumunu kolaylaştırmakla birlikte kopyalama ve çoğaltmayı da basitleştirmiştir. Sanal uzayda herhangi bir eser, çok kısa bir süre içerisinde çok sayıda internet kullanıcısı tarafından kopyalanabilmekte ve çoğaltılabilmektedir.¹⁶ İntihal sadece akademisyenleri ilgilendiren bir mesele değildir. Teknolojik gelişmelerin zirveye ulaşması ve internetin devasa bir kaynak olarak hizmet etmesi sonucunda birçok öğrenci de ödev veya tezlerini intihal eylemi ile hazırlamaktadır. İntihal yaptıkları gerekçesi ile geçmişte birçok akademisyenin unvanları geri alınmış ve bir kısmı da üniversite öğretim mesleğinden çıkarılmışlardır. Doçentlik sınav sürecinde “intihal” gerekçesi ile birçok akademisyene “bir daha doçentlik sınavına başvuramama” ya kadar varan ağır yaptırımlar uygulanmış, haklarında disiplin soruşturmaları açılmıştır. Sorunun çözümü için yönetmelik değişiklikleri yapılmış, kanun tasarıları hazırlanmıştır. Son olarak 2016 yılının Aralık ayında Yükseköğretim Kanunu’nda değişiklik yapılarak etik ihlal türleri ve etik ihlalin bir türü olarak intihal disiplini suçu olarak kabul edilmiş ve aynı zamanda etik ihlallerin yaptırımları belirlenmiştir.

Bilim faaliyetlerini icra edenlerden, adillik, şeffaflık, hesap verebilirlik, sorumluluk ve benzeri ilkelerin yanı sıra, ayrıca akademik dürüstlük ilkesine de riayet etmeleri beklenir. Bilim faaliyetlerinin insan haklarına ve haysiyetine, çevre ve hayvan haklarına saygılı olması, yayın etiği ilkelerine sıkı sıkıya bağlı olarak yürütülmesi esastır¹⁷.

B. İntihal Türleri

İntihal, başkasının çalışmasını kendisininmiş gibi teslim etmek, başkasının kelimelerini ya da fikirlerini kaynak göstermeden kopyalamak, alıntıyı tırnak içine koymada başarısız olmak, alıntının kaynağı hakkında yanlış bilgi vermek, kelimeleri değiştirmek fakat kaynak göstermeden kaynağın cümle yapısını kopyalamak, kaynak gösterip ya da göstermeksizin çalışmanın ana kısmını oluşturan kaynaktan çok fazla kelime ya da fikir kopyalamak şeklinde davranışlarla tezahür edebilir¹⁸.

¹⁵ TANSEL, Aysıt, “İktisat Eğitimi ve Bilimsel Aşırma Üzerine”, No.2012/41. Discussion Paper, Turkish Economic Association, Haziran, 2012.

¹⁶ UZUN, Ruhdan, “Haber Telif Hakları ve İnternet Gazeteciliğinde İntihal”, İletişim, 2015/21, s.46.

¹⁷ ÜNAL, Mehmet/ TOPRAK, Metin/ Başpınar, Veysel, “Bilim Etiğine Aykırı Davranışlar ve Yaptırımlar: Sosyal ve Beşeri Bilimler İçin Bir Çerçeve Önerisi”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 45 Sayı 3, s.4.

¹⁸ GÜCÜKOĞLU/AYVAZ, s.12.

Genel olarak yapılan intihal türleri ise; başkasının çalışmasını kelime kelime kendisininmiş gibi sunma (klonlama), değişiklik yapmadan tek bir kaynaktaki metnin önemli bölümlerini içerme (kopyalama), anahtar kelimeleri ve cümleleri değiştirme fakat kaynağın önemli içeriğini koruma(bulma-değiştirme), birbirine uyan birçok kaynağı başka sözcüklerle anlatma(remiks yapma), yazarın önceki çalışmalarını kaynak göstermeden fazlaca alma(geri dönüştürme), kaynak göstermeden kopyalanan metinler ile kaynak gösterilenleri mükemmelce birleştirme (melezleme), birçok kaynaktan kopyalanan materyali karıştırma (lapa yapma), uygun kaynak içerme fakat neredeyse hiç orijinal çalışma olmama (toplama), uygun kaynak içerme fakat kaynak metne ya da yapıya çok yakından dayanma (yeniden tweetleme)dir¹⁹. Görüleceği üzere intihal sadece bir şekilde değil yukarıda sayılan herhangi bir şekilde vuku bulabilir. Bir yazar bilmeyerek ya da kastı olmaksızın dahi bu eylemlerden birini işlemişse intihal sayılabilir. Hal böyle olunca doçentlik sınav sürecinde özellikle art niyetli jüri üyelerinin elinde bu “koz” kötüye kullanılmaya çok elverişlidir. Kişisel husumetler ve ideolojik nedenlerle de kişileri karalamak için etik kurula sevkler olabilmektedir. Jüri üyeleri, adayları kendi isimleriyle etik kurula sevk ettiklerinde genelde “*kuşku duyulduğu, konunun etik kurulca incelenmesinin yararlı olacağı, bir kanaate varılamadığı, ciddi bulgulara rastlandığı*” gibi ifadelerin yanı sıra, doğrudan araştırma ve yayın etiğine aykırılığı belirterek suçlayıcı ifadeler de kullanabilmektedirler.²⁰ Jüri üyesinin sahip olduğu hakkı kişinin aleyhine ve kötüye kullanmasını önlemek için Doçentlik Sınav Yönetmeliği’nde “*İddianın asılsız çıkması halinde, doçentlik süreci kaldığı yerden devam eder ve ilgili jüri üyesi hakkında şartların varlığı halinde idari ve adli soruşturma yapılır*” hükmü bulunmaktadır.

C. İntihalin Tespitinde Bilgisayar Programlarından İstifade Edilmesi

İntihal tespitinde kullanılan bilgisayar yazılımları daha önce yayınlanmış kaynaklarda bulunan metin parçaları ile değerlendirilmek amacı ile veya başka amaçlarla elde bulunan makale, kitap, tebliğ ve benzeri metin parçalarını karşılaştıran ve altı kelimenin üzerinde birebir aynı dizilimi saptayabilen programlardır²¹. İlk olarak ortaya çıktığında

¹⁹ GÜCÜKOĞLU/AYVAZ, s.12

²⁰ UNAL/TOPRAK/BAŞPINAR, s.6.

²¹ ÖZTÜRK, Levent, “Bir Bilgisayar Yazılımı İntihali Saptayabilir mi?”, Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık, 2011, s.23.

büyük heyecan ve merak uyandıran bu yazılımların hatalı sonuçlara yol açabileceğinin anlaşılması çok uzun sürmemiştir²². Bu yazılımlarda karşılaşılan hatalı sonuçlara ilişkin şu örnekler verilebilir; aynı yazar grubunun isimleri, daha önceki yayınlarında da mevcut olduğu için metin eşleştirici program tarafından saptanabilmekte ve benzerlik oranına eklenebilmektedir. Yine, yazarın yazışma adresi daha önce yayınladığı makale ile eşleşme gösterdiğinde benzerlik oranına katkıda bulunabilmektedir. Tüm bunlar dışlandığında bilgisayar programının yüzde elli olarak belirlediği benzerlik oranı yüzde yirmilere düşebilmektedir²³. Alıntı yapılan metnin hacminin yanı sıra bilgi ya da fikir içerip içermemesi ve özgünlüğü de önemlidir. Kurala göre altı kelime ve üzerinde birebir alıntılar bilgisayar yazılımları tarafından “intihal” olarak saptanmaktadır. Alıntı yapılan metin genel geçer bilgi ya da yaygın kullanım içeriyorsa intihal olarak değerlendirilmemelidir²⁴. Bilgisayar yazılımları ise bu değerlendirmeyi yapmaktan acizdir. Bu tip kullanımlar altı kelime barajını aşmış olsa da intihal olarak kabul edilmemelidir.²⁵ Yine yazarın daha önce yazdığı bir eserine yeni eserinde yer verdiği halde atıf yapmaması meselesi de hali hazırda tartışmalı bir husustur. “Kendinden aşırma” ya da “self-plagiarism” olarak adlandırılan bu durumda bazı editörler yüzde 30’a kadar alıntı yapılabileceğini söylemektedirler.²⁶ Ancak bilgisayar yazılımı ard arda gelen kelimeler altıdan fazla olduğu için bunu da intihal olarak belirlemektedir. Metin benzerliği için tarayabilme olanağı sağlayan bu tür bilgisayar yazılımlarının bulunması, intihal denetimi yapacak kişiye de farklı sorumluluklar yükler. İntihal denetimini yapacak kişinin alıntı yapma yöntemleri, uygun alıntı ve uygun olmayan alıntılar hususunda kendisini geliştirmiş olmalı ve bu tür bilgisayar yazılımlarını kullanarak elde ettiği benzerlik indekslerini nasıl yorumlaması gerektiğini de özümsemiş olmalıdır.²⁷ Benzerlik indeksinin yüksek çıkması her zaman “intihal” yapıldığı anlamına gelmeyebilir.

2. MEVZUATIMIZDA “İNTİHAL” EYLEMİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Makale konumuz “intihal” olarak belirlendiği için bu konu ile ilgili olan hukuki düzenlemeler hakkında kısaca açıklama yapmak gerekecektir

²² ÖZTÜRK, s.25.

²³ ÖZTÜRK, s.25.

²⁴ ÖZTÜRK, s.25.

²⁵ ÖZTÜRK, s.26.

²⁶ ÖZTÜRK, s.26.

²⁷ ÖZTÜRK, s.25.

A. Yükseköğretim Kanunu

Yasama organınca 02/1202016 tarihinde kabul edilen 09/12/2016 tarih ve 29913 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6764 Sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 26. ve devamı maddeleriyle, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 53. maddesinde değişiklik ve eklemeler yapılarak etik ihlal türlerine ve intihal suçuna ilişkin düzenleme yapılmıştır.

Bu düzenlemeler kapsamında, 2547 sayılı Kanununun 53/ 2-g. Maddesinde: “İncelemek üzere görevlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak”, 3. fıkranın f bendinde “Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak”, “g) Bir araştırmancının sonuçlarını, araştırmancının bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak”, “h) Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gereksiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek”, 4. fıkrada g bendinde “Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak, araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek” disiplin suçu olarak sayılmıştır. Maddenin 5. fıkrasında ise, başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek, “Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma” cezasını gerektiren fiil olarak sayılmıştır. Bu fiillerden dolayı açılacak olan disiplin soruşturmalarındaki sürelerle ilişkin olarak özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, 2547 sayılı Kanun’un 53/ C maddesinde, “Bilimsel bir eserin akademik atama ve terfilerde kullanılması ya da kısmen veya tamamen yeniden yayımlanması hâlinde ikinci fıkrada belirtilen zamanaşımı süreleri yeniden işlemeye başlar” denilerek, intihal durumunda sürenin yeniden başlayacağı ifade edilmiştir. “Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma” cezasına ilişkin olarak ise ceza zamanaşımı süresi 6 yıl olarak

belirtilmiştir. Ayrıca tekerrür hükümleri kapsamında intihalden veya belirtilen etik ihlal eylemlerinden dolayı kamu görevinden çıkarma cezası verilebilir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun, 6764 sayılı kanunun 27. maddesiyle değişik 53 maddesine eklenen 53/A maddesinin (b) fıkrası uyarınca “*Bilimsel araştırma ve yayın etiğine ilişkin disiplin cezası verilmesini gerektiren fiiller açısından soruşturma başlatılmadan önce bilimsel araştırma ve yayın etiği kurullarınca inceleme yapılması zorunludur*” kuralı getirilerek disiplin soruşturması yapılırken etik kurulların inceleme yapmasını zorunlu hale getirmiştir.

İntihal eyleminin oldukça farklı boyutları ve dereceleri söz konusudur. Bu durumda tek tip bir intihal suçundan bahsedilemez. Dolayısıyla intihal için, herhangi bir ayırım öngörülmesiz tek bir cezanın öngörülmesi adalete ve hakkaniyete uygun düşmemektedir.²⁸ Hali hazırda özellikle akademik personel bakımından meselenin hukuksal açıdan bir çözüme kavuşturulduğu söylenemez. Mevcut hukuksal durum, hızla değişen ve gelişen teknolojinin kolaylaştırdığı intihali önlemede yetersiz kalmakta ve teknolojinin hızına ayak uyduramamaktadır. Yeni hukuksal düzenlemelere gidilememesi fikri mülkiyet hususunda büyüyen sorunları gündeme getirmektedir.²⁹ Mevcut kanuni düzenlemelerin yeni olması sebebi ile uygulamanın nasıl şekilleneceği belirsizdir.

B. 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)

İntihal fiili, öncelikle eser sahibinin eserinden kaynaklanan ve eseri üzerinde sahip olduğu hakları ihlal eder. FSEK'nun 32. maddesi ve devamında bir eserden hangi şartlar altında alıntı yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre alıntının, iktibasın belli olacak şekilde yapılması kaydıyla 35. maddede düzenlenen haller haricinde bir eserden kaynak gösterilmeksizin yapılması halinde 71. maddede düzenlenen eserden aşırma suçu meydana gelir yani intihal fiiline vücut verir.³⁰ Türkiye’de telif haklarını düzenleyen ve koruma altına alan temel kanun 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’dur. Kanuna göre “ Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulü”, eser, olarak kabul edilmektedir. Hangi ürünlerin ne tür eser sayılacağı ve bu

²⁸ ÜNAL/TOPRAK/BAŞPINAR, s.6.

²⁹ UZUN, Ruhdan: “Haber Telif Hakları ve İnternet Gazeteciliğinde İntihal”, İletişim, 2015/21, s.45.

³⁰ YAMAN, Dilara: “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu”, DEÜHFD, C.12, 2010, s.1551.

eserler üzerinde eser sahiplerinin hakları yine bu kanun ile düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır.

FSEK'nun 35. ve 36. maddelerinde hangi koşullar altında bir eserden iktibas yapılabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu maddelerde belirtilen şartlara uygun şekilde yapılan iktibaslar intihal suçuna vücut vermez. “Alenileşmiş bir eserin bazı cümle ve fıkralarının müstakil bir ilim ve edebiyat eserine alınması”, “yayımlanmış bir bestenin en çok tema, motif, pasaj ve fikir nevinden parçalarının müstakil bir musiki eserine alınması”, “alenileşmiş güzel sanatlar eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği nisbet dahilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması”, “alenileşmiş güzel sanatlar eserlerinin ilim, konferans veya derslerde, konuyu aydınlatmak için projeksiyon veya buna benzer vasıtalarla gösterilmesi” konularındaki iktibasların hukuka uygun olduğu düzenlenmiştir.

FSEK'nun 71. maddesinde; “başkasına ait esere, kendi eseri olarak ad koymak”, “bir eserden kaynak göstermeksizin iktibasta bulunmak”, “bir eserle ilgili olarak yetersiz, yanlış veya aldatıcı mahiyette kaynak göstermek” fiilleri suç olarak düzenlenmiştir.

Kanun eser sahibinin manevi haklarını; umuma arz selahiyeti, adının belirtilmesi, eserde değişiklik yapılmasını men etmek, eser sahibinin zilyet ve sahibine karşı hakları olarak belirtmiştir. Mali ve manevi hakların ihlali halinde hukuk davaları açılabileceğine ilişkin düzenlemeler Kanununun 66. ve 72. maddeleri arasındadır. Manevi, mali ve bağlantılı hakların ihlali halinde FSEK'nun 71. maddesi uyarınca cezai yaptırım uygulanacağına ilişkin düzenleme mevcuttur.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi televizyon dizisi olarak yapılan hikayenin intihal yoluyla değiştirilerek kullanıldığı iddiasına ilişkin uyuşmazlıkta;

“dava konusu senaryo taslağı şeklindeki çalışma ile öykü, tema, kahramanlar, olayların akışı ve gelişimi somut bir şekilde ortaya konularak taslak bir öykü oluşturulmuş olup, söz konusu çalışma belli bir fikri bir emek verilerek Orijinal olarak oluşturulduğundan FSEK'nun 1/b ve 2. maddesi kapsamında edebiyat eserleri kapsamında kalan bir eser olduğunu, eserin korumadan yararlanması için bitmiş olması şartının da aranmayacağı, bilirkişi raporunda “her ne kadar Berdel hikâyeleri yaygın ve anonim ise de davacıya ait Güvercin hikâyesi

ile davalı tarafından prodüksiyonu yapılan Sıla hikâyesi arasında isimler, mekânlar, bir takım durumlar değiştirilmiş olsa da ana karakterler, hikâye gelişimi, matematiği, çalışmalar ve hatta bazı detaylar arasında benzerlik bulunduğu, Sıla dizisinin Güvercin adlı film hikâyesinden yola çıkılarak işlenip uzatıldığı ve dizi film haline getirildiği” sonucuna varıldığı ve ek raporda bu tespitlerin mukayeseli olarak detaylandırıldığı, intihal için eserin birebir alınması zorunlu olmayıp, raporda belirtilen davacının hikâyesinde somut ifadeye dönüşen temel unsurların davalı yapımı dizide izinsiz kullanılmasının FSEK’nun 68. maddesi gereğince davacının eser üzerindeki telif haklarına tecavüz oluşturulduğu”na karar vermiştir.

Karardan da anlaşılacağı üzere bir eserin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun korumasından yararlanabilmesi için eserin tamamlanmış olması şart olmadığı gibi, somut ifadeye dönüşen temel unsurların dahi izinsiz kullanılması “intihal” in mevcudiyeti için yeterlidir. Ancak neyin eser olduğu ve neyin eser olmadığına ilişkin Yargıtay’ın yaptığı tespitler de dikkat çekici niteliktedir. Örneğin Yargıtay’a göre;

“Bilinen yöntemler üzerinden yapılan istatistiki çalışma sonuçlarının tablo haline getirilmesinin fikri faaliyet ürünü olduğu tartışmasız olmakla birlikte, böyle bir yöntemin 5846 sayılı FSEK’nun 1/B ve 2. maddeleri anlamında sahibinin hususiyetini yansıtan ve anılan yasa hükümleri kapsamında korunması gereken birer eser olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bir fikri ürünün elde edilmesi için kullanılan işletme metodu, yöntem ya da matematiksel kavramlar ve faaliyetlerin eser olarak korunması mümkün değildir. (FSEK mad. 9/2). Dava konusu tabloların konusunun planlanması ve deneklerin seçilmesi faaliyeti ve laboratuvar sonuçlarının bilimsel metodlar kullanılarak tablo haline getirilmesinin, aynı konuda bilimsel çalışma yapan başka uzmanların da başvurabileceği ve benzeri sonuçları elde edebileceği bir yöntem olması nedeniyle, mahkemece bu faaliyetin davacının hususiyetini yansıtan birer eser olarak kabulü isabetli değildir.”³¹

³¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 05/03/2014 tarih ve 2013/11370 Esas ve 2014/4205 Karar sayılı kararı. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

Yine Yargıtay, “resimlerde kullanılan temaların herhangi bir kişiye ait olmadığı, resimlerdeki teknik, form ve doku benzerliğinin de davacıya ait özgün unsurlar taşımadığı, kullanılan tema, fırça veya boya tekniklerinin sanat tarihinde geçmişte de bilinen kullanılan unsurlar olduğu, davacının resimlerinin son dönemde ticari başarı sağlaması nedeniyle resim sektöründe bu tema ve teknikteki resimlere meyledilmesinin davacı aleyhine herhangi bir hak ihlali oluşturmadığı, davacının 5846 sayılı yasa kapsamında eser sahipliğine dayalı herhangi bir talep hakkının bulunmadığı, esinlenmeden bahsedilir ise de, intihalin söz konusu olmadığı..” na ve esinlenmenin intihal olmadığına hükmetmiştir.

Yargıtay’a göre sadece sözlerin değiştirilerek, bestenin aynen alınması durumunda intihal mevcuttur. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, eserin sözleri değiştirilerek bestenin aynen alınmak suretiyle davalılar tarafından eserin meydana getirildiği ve davalıların albümünün piyasaya daha sonra sunulduğundan bu durumun intihal oluşturduğu³² na karar vermiştir. Yukarıda yargı kararlarına yansıdığı şekliyle ve uygulamada intihal fiili, öncelikle eser sahibinin eserinden kaynaklanan ve eseri üzerinde sahip olduğu hakları ihlal eder. FSEK’nun 32. maddesi ve devamında bir eserden hangi şartlar altında alıntı yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre alıntının, iktibasın belli olacak şekilde yapılması kaydıyla 35. Maddede düzenlenen haller haricinde bir eserden kaynak gösterilmeksizin yapılması halinde 71. Maddede düzenlenen eserden aşırma suçu meydana gelir yani intihal fiiline vücut verir.³³ Doktrinde iktibas “bir eserin parçalarının başka bir eserde kullanılması” olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda karşımıza iki türlü iktibas çıkar: Aynen iktibas ve mealen iktibas. Aynen iktibas; bir eserdeki kelime ve cümlelerin olduğu gibi başka bir eserde kullanılması, mealen iktibas ise bir eserdeki düşüncenin yazarın cümleleriyle yansıtılması olarak ifade edilmektedir³⁴.

İktibasın ölçüsü; FSEK madde 35’te düzenlenmiştir. Maddeye göre alenileşmiş bir eserden bilimsel bir esere yapılacak atfın bu eserin yalnızca bazı cümle ve fıkralarını kapsamasına müsaade edilirken,

³² Yargıtay 11. Hukuk Dairesininin 05/03/2014 tarih ve 2013/11370 Esas ve 2014/4205 Karar sayılı kararı. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

³³ YAMAN, s. 1551.

³⁴ AYITER, s. 126; KENDİGELEN, Abuzer/ ÇONKAR,H: Türk Mevzuatında Bilim Etiği İhlalleri, içinde Bilim Etiği, İstanbul Üniversitesi Yayını No:5048.2011, s. 50. 2011: 48.

alenilemiş bir güzel sanat eserinden veya yayımlanmış diğer eserlerden bilimsel esere yapılacak atıf ancak amacın haklı göstereceği bir ölçü dâhilinde ve içeriğini aydınlatmak maksadıyla yapılabilir. FSEK 35. maddesi gereği iktibasın, belli olacak şekilde yapılması lazımdır. İktibas yapıldığı zaman kaynak esere referans yapılması mecburiyeti vardır³⁵.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, hat eserlerinin haksız kullanıldığı, eserin ve eser sahibinin adıyla alıntılanan kısmın alındığı yerin belirtilmediği iddiasıyla görülen davada;

“5846 sayılı Yasada eser sahibinin husule getirdiği eser üzerindeki haklarına ilişkin bir takım sınırlamalar getirildiği, bu sınırlamalardan biri de 35. maddede düzenlenen alıntı serbestisidir. Bu madde uyarınca alenilemiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde ve münderacatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulması yasal kullanım”³⁶ olduğuna karar vermiştir.

Yine İdare Mahkemeleri, Danıştay ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun birçok kararlarında ;

“5846 sayılı FSEK İktibas Serbestisi başlıklı 35. maddesinde, bir eserden bazı şartlarla iktibas yapılmasının caiz olduğu, alenilemiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nispet dahilinde ve münderacatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulmasının, iktibasın belli olacak şekilde yapılmasının gerektiği, ilim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yerin belirtileceği”³⁷

öngörülmüş bulunmaktadır. Dolayısıyla alıntı yapılan eserin sadece sahibinin isminin belirtilmesi yeterli değildir. Eser sahibinin isminin yanı sıra eserin neresinden alıntı yapıldığının da mutlaka belirtilmesi gereklidir. Yapılan iktibasta kaynak esere atıf yapılması mecburidir. Aksi

³⁵KENDİGELEN/ÇONKAR, s. 50.

³⁶Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2011/12752E,2013/13684K,28/06/2013 tarihli kararı. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

³⁷Ankara 10.İdare Mahkemesi 2010/349E,2011/903K,17/05/2011 tarihli kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Danıştay Birinci Daire 2013/777E,2013/804K 11/06/2013 tarihli kararı, www.kazanci.com, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2007/151E 2008/277K 13/03/2008 tarihli kararı. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

takdirde FSEK madde 35’in ihlali söz konusu olacaktır. Alıntı yapılırken kaynak gösterilmiş olmakla birlikte gösterilen kaynağın yetersiz, yanlış veya aldatıcı olması halinde atıfta sahtecilik suçu³⁸ nun oluşacağı belirtilmektedir.

Gerek Yargıtay kararlarında gerekse doktrinde hakem kararlarının kesin hüküm taşıdığı kabul edilmektedir. Hakem kararlarının taraflar arasında kesin hüküm oluşturması onun kazai (yargısal) niteliğinin bir sonucudur.³⁹ Resmen yayımlanan veya ilan olunan kanun, tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve kazai kararların çoğaltılması, yayılması, işlenmesi veya her hangi bir suretle bunlardan faydalanma serbesttir.⁴⁰ Mevzuat ve mahkeme içtihatlarının, kanunda düzenlenen eser çeşitlerinden “ilim ve edebiyat eserleri” gurubunda mütalaa edilebileceği ifade edilmektedir⁴¹.

C. Doçentlik Sınav Yönetmeliği

Doçentlik Sınav Yönetmeliği’nde intihale ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte doçentlik sınav sürecinde, hakkında etik ihlal işlediği iddiası bulunan doçent adaylarına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Yönetmelik uyarınca, bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırılık iddiası hakkında yapılacak inceleme neticesinde etik ihlalde bulunduğu karar verilen aday, doçentlik sınavı başvurusunda başarısız sayılır. Adayın idarî, cezaî ve hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır. İnceleme neticesinde etik ihlalde bulunduğu karar verilen aday hakkında gerekli işlemlerin yapılması için alınan karar Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı’na bildirilir. Bildirim üzerine Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından, adayın bağlı olduğu yükseköğretim kurumuna veya bağlı bulunduğu kuruma gerekli disiplin ve diğer idarî işlemlerin başlatılması amacıyla bilgi verilir.

3. İDARİ YARGI YERLERİNDE GÖRÜLEN “İNTİHAL” İLE İLGİLİ UYUŞMAZLIKLARIN TAHLİLİNDEN ÇIKARILABİLECEK KAİDELER

Korunan hukuki yarar kavramı, bir normun konulması ile güdülen amacı ifade eder. Yani kanun koyucu bir yasak normu ihdas ederken

³⁸ YAMAN, s.1158

³⁹ ÖZBAY, İbrahim: “Hakem kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2001, s. 281–304.

⁴⁰ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.31.

⁴¹ Bakınız ÇAĞLAYAN, Ramazan: “İlim ve Edebiyat Eserlerinde İktibas ve İntihal Üzerine”, e akademi dergisi, sy.74,Nisan 2008.

yasağın konusunu oluşturan değeri korumayı hedeflemektedir⁴². Bu sebeple yasak normları, hukuki değer korumaya yönelik normlar olarak adlandırılabilir. Ceza kanunlarında suçların ihdası ile de hukuki değerler korunmak istenmektedir. Bu sebeple her suç ile korunan mutlaka bireysel veya toplumsal bir değer vardır⁴³. Hukuki değer, suçun konusundan farklı olarak nesnel nitelikte olmayıp, soyut niteliktedir⁴⁴.

İntihal suçunda bilim insanının yapmış olduğu bilimsel çalışmalar sonucu oluşturduğu bilimsel eserin ve çalışmanın bir başkası tarafından hukuka aykırı olarak kullanılmasını engellemenin korunan hukuki yarar olduğu söylenebilir. Danıştay Sekizinci Dairesi davacı hakkında tesis edilen üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin bir uyuşmazlıkta;

“Dairemizin 16.05.2007 gün ve E:2006/4103, K:2007/2946 sayılı kararıyla; eğitim ve öğretim hizmetlerinin önemi ve özelliği gereği belli bir disiplin içerisinde yürütümünün zorunlu olması nedeniyle bu disipline uymayanların disiplin kurallarını ihlal eden davranışlarının caydırıcı bir yaptırıma bağlanmasının kaçınılmaz olduğu; dava konusu Yönetmelikte yer alan kuralların da bu genel amacı gerçekleştirmeye yönelik düzenlemeler içerdiği; iptali istenilen Yönetmelik maddesiyle de öğretim elemanlarının hem bilimsel eser ve çalışmalarının özgün olmasının hem de bu şekilde üretilmiş olan çalışmalarının korunmasının amaçlandığı görüldüğünden...”⁴⁵ şeklinde hüküm kurarak korunan hukuki yararın eser sahibinin haklarının korunması yanında, bilimsel çalışmaların kalitesinin artırılması olarak açıklamıştır.

İntihal suçunun yaptırımı 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 6764 sayılı Kanununun 26. maddesiyle değişik 53 maddesinin (b) fıkrasının 5. Bendi uyarınca “*Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma*” olarak düzenlenmiştir. Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ise Kanunda : *Akademik bir kadroya bir daha atanmamak üzere üniversite öğretim mesleğinden çıkarma*” olarak tanımlanmıştır. Bir başkasının bilimsel eserini veya çalışmasını iktibas kurallarına aykırı olarak kendi eserine alıp kendisininmiş gibi gösteren herkes bu disiplin suçunun faili olabilir.

⁴² ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2016., s.158.

⁴³ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2016, s.112; ÖZGENÇ, s. 159.

⁴⁴ ÖZGENÇ, s. 158; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 112.

⁴⁵ Danıştay Sekizinci Daire 2014/11417E, 2015/8347K 09/10/2015 tarihli kararı .Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

Kişinin başkasına ait bir eseri kendisininmiş gibi göstermesi eserin bir kısmına ilişkin olabileceği gibi eserin tamamını da kapsayabilir. Dolayısıyla yapılan çalışmada kişi, kendisine ait olmayan fikri, düşünceyi, modeli sanki kendisine aitmiş gibi gösterebilmektedir. Esasında başkasına ait düşüncelerin bilimsel eserde kullanılması söz konusu olduğu durumlarda düşüncenin kaynağının belirtilmesi gerekmektedir. Zaten esere bilimsellik kazandıran da belirli bir disiplin çerçevesinde bilgilerin değerlendiriliyor olmasıdır.

İdari yargı organları yapılan alıntıların dipnotlarda ve kaynakçada gösterilmesi durumunda kanun hükmünü aşan bir intihalden söz edilemeyeceğine karar vermektedirler. Yani alıntı yapılan esere atıf yapılmış ve kaynakçada belirtilmişse intihal suçu oluşmayacaktır. İdari yargı yerleri yapılan alıntının hacmini önemsememektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu;

“Danıştay Sekizinci Dairesinin 03/06/2011 günlü, E:2010/950, K:2011/2984 sayılı kararıyla; davacının Üniversitelerarası Kurula sunduğu ve intihal olduğu ileri sürülen "Edirneli Nazmi Pend Name-i Nazmi (Tercüme-i Pendname-i Atar) İnceleme-Metin Sözlük" isimli eserinde intihalin var olup olmadığının tespiti amacıyla, aynı işlemin iptali istemiyle Danıştay Sekizinci Dairesinin 2010/951 sayılı esasına açılan dava dosyası kapsamında yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu oluşan bilirkişi raporunda; yapılan alıntılarının dipnotlar ve kaynakça bölümünde açık bir şekilde belirtildiğinden intihalin oluşmadığı”⁴⁶na karar vermiştir.

Benzer bir karar da Ankara 10.İdare Mahkemesi’ne aittir;

“5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun "İktibas Serbestisi" başlıklı 35. maddesinde; bir eserden bazı şartlarla iktibas yapılmasının caiz olduğu, alenileşmiş güzel sanat eserlerinin ve yayımlanmış diğer eserlerin, maksadın haklı göstereceği bir nisbet dâhilinde ve münderecatını aydınlatmak maksadıyla bir ilim eserine konulmasının, iktibasın belli olacak şekilde yapılmasının gerektiği, ilim eserlerinde, iktibas hususunda kullanılan eserin ve eser sahibinin adından başka bu kısmın alındığı yerin belirtileceği öngörülmüş bulunmaktadır.

⁴⁶,Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu’nun 29.03.2014 tarih ve 2011/2341E,2014/983K sayılı kararı. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

*Osmanlıca-Türkçe Sözlükte "intihal; çalma, başkasının yazısını veya şiirini kendinin gibi gösterme" şeklinde tanımlanmıştır. Yukarıya metni alınan 5846 sayılı Kanunun 35. maddesinde ise; iktibasın (aktarma yapma) maksadın haklı göstereceği nisbette ve belli olacak şekilde yapılmasına cevaz verilmiş olup, YÖK Başkanlığı da iktibas, 35. maddede belirtilen kriterlerle kabul etmiştir. Bilirkişilerce yapılan incelemede; davacının tezinde, yapılan alıntuların dipnotlar ve kaynakça bölümünde açık bir şekilde belirtildiğinden, söz konusu tezde intihal yapılmadığı gibi yasa hükmünü aşacak ölçüde iktibas da yapılmadığı sonucuna ulaşıldığından, davalı idarenin itirazı raporu kusurlandıracak ağırlıkta bulunmamıştır."*⁴⁷

Yararlanılan başka yazarlara atıf yapılsa bile kaynak esere yer verilmemesi durumunda intihal ulaşır.

Danıştay "...Üniversitesi Su Ürünleri Fakültesi İşletme Teknolojisi Bölümü Anabilim Dalında öğretim görevlisi olan davacı hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı YÖK Sağlık Bilimleri Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucunda, davacının yayımlanmış olduğu "Denizlerden Sofraya, kaliteli ve Sağlıklı Balık Küçükçekmece Perakende balık Pazarında AB Standartlarının Uygulanması Projesi Örneği" adlı kitabında başka yazarlara ait alıntı yapılmasına rağmen kaynak esere yer verilmemesi gerekçesiyle, Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinin 8. maddesinin (a) bendi uyarınca etik ihlalde bulunduğu ..."⁴⁸ karar vermiştir.

Alıntılarda kaynak göstermede özensiz davranmak, kes-yapıştır türünden bire bir alıntı yapmak, ve bu şekilde kendi fikri olduğu izlenimini vermek durumunda da intihal oluşur.

Ankara İdare Mahkemesi "...anılan makalede "yazım ve bilimsel sunum bakımından özensizlik görüldüğü, başka çalışmalardan (11 adet) makul düzeyi aşan çok sayıda ve karışık bir biçimde kes - yapıştır tabir edilen türde kaynağı belirtilmeden birebir metin alıntuları yapıldığı, Şekil-1 ve Şekil-2'nin başka kaynaklardan bazı değişikliklerle alınıp kullanıldığı, alıntılara düzgün atıf verilmediği ve hatta orijinal makalede alıntılar içindeki atıflar göz ardı edildiği için bilgilerin kendi görüş ve

⁴⁷ Ankara10. İdare Mahkemesinin 17/05/2011 tarih ve 2010/349E,2011/903K sayılı kararı. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

⁴⁸ Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 19/02/2016 tarih ve 2015/1757E,2016/1425K sayılı kararı. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

bulgusu gibi algılandığı, bilimsel makalelerin en önemli kısmı ve özgün bulguların vurgulandığı yer olan sonuç bölümünün bile birebir birkaç (3 adet) makaleden atıf verilmeden alındığı” sonucuna varmıştır⁴⁹.

İntihale ilişkin idari yargı kararları tahlil edildiğinde yargı organlarının intihal ile ilgili bazı hususlarda hep aynı yönde kararlar verdikleri ve kaideler oluşturdukları göze çarpmaktadır. Bu kaideler arttırılabilir. Bu ilkelerden belli başlıları aşağıda açıklanmıştır.

A. Bilirkişiyeye Başvuru Zorunluluğu

Danıştay’a göre bir eserde intihal bulunup bulunmadığının tespiti özel bir teknik bilgiyi gerektirir. Dolayısıyla idare mahkemelerinin uyuşmazlık konusu eserde intihal bulunup bulunmadığının tespiti için bilirkişiyeye başvuruları zaruridir.

“...davacının etik ihlalinde bulunduğu belirtilmesi sonrasında, Etik Komisyonu tarafından da, jüri üyelerinin kişisel raporları, alt komisyon raporu ve adayın savunmasını birlikte değerlendirerek davacının doktora tezinden yayın üreterek jüriyi yanıltıcı beyanda bulunmak türünde etik ihlalinde bulunduğunu ve bu nedenle Üniversitelerarası Kurul’a davacının 2008/Şubat dönemi doçentlik sınavı başvurusunun reddi ile doçentlik sınavına bir yıl girmeme yaptırımı uygulanmasını önerdiği, Üniversitelerarası Kurul tarafından da dava konusu işlemin tesis edildiği anlaşılmaktadır. Davacının eserinde dava konusu işlemin tesisine sebep olan türden bir etik ihlalinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi özel bir teknik bilgiyi gerekli kılmaktadır. Bu durumda, Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılarak hazırlanan rapor sonucuna göre değerlendirme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekmekte iken, bu şekilde bir inceleme ve belirleme yaptırılmaksızın dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.”⁵⁰⁵¹

⁴⁹ Ankara 5. İdare Mahkemesi’nin 11.11.2009 tarih ve 2008/2026E,2009/1580K. sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

⁵⁰ Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 26.9.2013 tarih ve 2010/8937E,2013/6639K. sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

⁵¹ Aynı yönde Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 26.9.2013 tarih ve 2010/8937E,2013/6639K. sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi. “Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılarak hazırlanan rapor sonucuna göre değerlendirme yapılmak suretiyle bir karar verilmesi gerekmekte iken, bu şekilde bir inceleme ve belirleme yaptırılmaksızın dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir....davacıya bir yıl süre ile doçentlik sınavına girmeme yaptırımı

Danıştay Sekizinci Dairesi temyiz üzerine verdiği bir kararında uyuşmazlık dosyasının bilirkişilere tevdi edilirken ne konuda rapor düzenlenmesi gerektiğinin önceden bildirilmesi ve yönlendirme yapılması gerektiğine hükmetmiş, ilk derece mahkemesinin bu şekilde hareket etmemesi gerekçesiyle kararı bozmuştur.

“Dava dosyasının ve bilirkişi raporunun incelenmesinden; gerek idare mahkemesince dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilirken gerekse naip üye tarafından dosya bilirkişilere tevdi edilirken yukarıda aktarılan mevzuat uyarınca bilirkişiler tarafından incelenmesi istenilen konuların açıkça belirlenerek bir tutanağa bağlanmadığı ve bunun sonucunda bilirkişiler tarafından uyuşmazlığın özünü oluşturan davacının A12 numaralı eserinde intihal bulunup bulunmadığının incelenmesinden başka; jüri üyelerinin bir kısmının birbirinden bağımsız olarak rapor hazırlayıp hazırlamadıkları ve uyuşmazlıkla ilgisi bulunmayan A12 ve A18 numaralı makalelerin özgünlüğü, A18 numaralı makalenin yayımlanmış olup olmadığı gibi hususların da inceleme konusu yapıldığı görülmektedir.

Bununla birlikte; anılan bilirkişi raporunda A12 numaralı makalede yapıldığı belirtilen intihalin açıkça ortaya konulmadığı; yapıldığı ileri sürülen alıntuların sadece incelenen makalenin sayfa ve satır numarasının belirtilmesi suretiyle gösterildiği gibi alıntı yapıldığı ileri sürülen eserin (A.D. Şahin ve Z. Şen,2004) ilgili kısımlarının da raporda açıkça belirtilmediği; raporun sonuç kısmında eserde intihal yapıldığı belirtilmekle birlikte aynı zamanda eserin özgünlüğünü koruduğu da ifade edilerek çelişkiye yol açıldığı görüldüğünden anılan bilirkişi raporu hükme esas alınmak suretiyle verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir..”⁵²

İdare mahkemeleri karar verirken bilirkişi raporlarının yanı sıra idarece hazırlanan Etik Komisyon raporlarını da dikkate almalıdırlar.

uygulanmasına ilişkin işlemin dayanağı yönetmelik maddesi iptal edildiğinden, davacıya bir yıl süre ile doçentlik sınavına girmeme yaptırımı uygulanmasına ilişkin işlem yönünden yukarıda belirtilen yargı kararları göz önünde bulundurularak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.”

⁵² Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 26.9.2013 tarih ve 2010/1587E.,2013/6710 K. sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

“Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmayan özel ve teknik bir konu olan ve bilimsel bilgi gerektiren Eski Türk Edebiyatı Bilim Alanında hazırlanmış davacının eserinde intihalin var olup olmadığının tespit edilebilmesi için öncelikle konunun uzmanı bilirkişilerce gerekli inceleme yaptırıldıktan sonra davalı idarece hazırlanan Etik Komisyon Raporu da göz önüne alınarak işlem hakkında karar verilmesi gerekmektedir.”⁵³

Bilirkişi raporlarında kaynak göstermeden alıntı yapıldığı belirlenen eserin, alıntı yapılan eserin hangi bölümleriyle örtüştüğünün ve hangi bölümlerinin bire bir alıntı olduğunun belirlenmesi ve tespiti gereklidir⁵⁴.

B. İntihal Ancak Kasten İşlenebilir

İntihal doktrinde, kaynak göstermeksizin, başkasına ait bir eserin belli bir parçasını, bir nağmesini, bir paragrafını, bir sahnesini veya tamamını, asıl sahibinden izin almayarak veya onun haklarını çiğneyerek, kendi eseri gibi göstermek, kendi eserine aktarmak şeklinde tanımlanmaktadır.⁵⁵ Bu haliyle intihalde bilinçli bir sahiplenme söz konusudur. Bu sebeple intihalde, eser sahibinin fikri hakkının şuurlu bir şekilde ihlali vardır.⁵⁶ Türkiye Bilimler Akademisi’ne göre intihal; bir başkasına ait olan bir fikrin, buluşun, araştırma sonuçlarının veya

⁵³ Danıştay İdare Dava Daireleri Kurulu’nun 13.3.2008 tarih ve 2007/151E.20088/277K. sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

⁵⁴ “Dairemizin 16.05.2007 gün ve E:2006/4103, K:2007/2946 sayılı kararıyla; eğitim ve öğretim hizmetlerinin önemi ve özelliği gereği belli bir disiplin içerisinde yürütümünün zorunlu olması nedeniyle bu disipline uymayanların disiplin kurallarını ihlal eden davranışlarının caydırıcı bir yaptırıma bağlanmasının kaçınılmaz olduğu; dava konusu Yönetmelikte yer alan kuralların da bu genel amacı gerçekleştirmeye yönelik düzenlemeler içerdiği; iptali istenilen Yönetmelik maddesiyle de öğretim elemanlarının hem bilimsel eser ve çalışmalarının özgün olmasının hem de bu şekilde üretilmiş olan çalışmalarının korunmasının amaçlandığı görüldüğünden, iptali istenilen Yönetmelik maddesinde amacı bakımından hukuka aykırılık görülmediği; davacının intihal suçunu işlediğinin belirlenmesi üzerine başlatılan soruşturmada; davacının eserlerini inceleyen komisyon tarafından; kaynak göstermeden alıntı yaptığı belirlenen kitabının, alıntı yapılan kitabın hangi bölümleriyle örtüştüğünün ve hangi bölümlerinin bire bir alıntı olduğunun belirlendiği, dolayısıyla Yönetmelik maddesinde tanımlanan intihal fiilinin sübuta ermiş olduğu kanaatine varıldığı, bu nedenle de davacı hakkında tesis olunan işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine...”. “Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 9.10.2015 tarih ve 2014/11417E,2015/8347 K. sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

⁵⁵ CERİTOĞLU, s. 79; ÖNCÜ, s. 29.

⁵⁶ ÜNAL/TOPRAK/BAŞPINAR., s.10.

araştırma ürünlerinin bir bölümü ya da tümünün, kaynak gösterilmeksizin istemli olarak kopya ya da tercüme edilip yazarın kendi eseri gibi göstermesidir.⁵⁷ Görüldüğü üzere bu son verilen tanımda “intihal” eyleminin gerçekleşmesi eylemin “istemli” olarak gerçekleştirilmesi şartına bağlanmıştır. Yani yazarın “intihal” yapma iradesinin bulunması ve “intihal” gerekçesi ile yaptırım uygulanacaksa kötü niyetinin tespiti önem taşır.

İntihal eyleminin kasıtlı olarak değil de taksirle işlenmesi durumunda intihal suçunun oluşmadığı sonucuna varmak gereklidir. Bir kişinin bilimsel eserini ve çalışmasını oluştururken özensiz ve düzensiz hareket etmiş olması durumunda, başka bir deyişle taksirle intihale yol açacak davranışlarda bulunması durumunda intihal suçu oluşmaz. Ankara 3. İdare Mahkemesi bir kararında davacının duplikasyon yapma gayretinin olmadığını dolayısıyla kaynak gösterilmemiş olmasının ancak ihmal olarak değerlendirilebileceğini belirtmiş, etik ihlallerin ancak kasten işlenebileceğine karar vermiştir. İdare Mahkemesi anılan kararında şu görüşlere yer vermiştir;

“A13 ve A16 nolu yayınlarda ortak şekiller (2 adet) bulunduğu doğru olduğu; ancak, yayınlar incelendiğinde, A13 nolu yayında, sızıntı suyu geri döngüsünün katı atıkların aerobik ve anaerobik ayrışma prosesleri üzerine etkisi, KOİ, TDS, iletkenlik, klorür ve TKN parametreleri açısından irdelenmişken, A16 nolu yayında bu reaktörlerin sızıntı suyunda sadece KOİ parametresi daha detaylı olarak ele alındığı, ve KOİ fraksiyonları ve biyolojik parçalanabildik özellikleri detaylı olarak incelendiği, bu bağlamda, A13 nolu yayındaki toplam KOİ değerlerinin verildiği şekillerin A16 nolu yayında yer alması doğal olduğu, dilimleme kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği, A16 nolu yayında bu şekillere özel atıfta bulunulmamış olması bir hata gibi görünse de, makalenin giriş bölümünde A13 nolu yayına atıfta bulunulmuş olması, duplikasyon gayreti olmadığını gösterdiği, A2 ve A3 nolu yayınlarda ortak şekil (Şekil 2) kullanımı ise, şekilde sunulan verinin muhtemelen İSTAÇ'tan alınmış anonim bir veri olduğu, araştırma gerekçesini tarif etmek için kullanıldığı, bulgu içermediği, bu nedenle etik ihlali olmayacağı, ancak kaynak belirtilmemiş olmasının ihmal olarak değerlendirilebileceği

⁵⁷ TÜBA Bilim Etiği Komitesi, Bilimsel Araştırmada Etik Sorunlar, TÜBA Yayınları, Ankara, 2002.

kanısına ulaşıldığı, A7 ve A2'de ortak şekil sunum iddiası incelendiğinde ise, söz konusu şeklin deneysel bulgu içerdiği, A2 nolu makalede Şekil 5'de sunulan verinin A7'de sunulan çok daha kapsamlı veri içerisine dahil edildiği; A7'de, A2'de ki sekile özel olarak atıfta bulunmasının daha uygun olacağı düşünüldüğü, ancak, A7 nolu yayında bu sekile özel atıfta bulunulmamış olması bir hata gibi görünse de, makalenin giriş bölümünde A2 nolu yayına atıfta bulunulmuş olması, duplikasyon gayreti olmadığını gösterdiği, bu nedenle, bu durumun hafif bir kusur olabileceği, ancak etik ihlal olmayacağı değerlendirilmesi yapıldığı görülmektedir...”⁵⁸

Söz konusu karar temyiz edilmiş, Danıştay yapmış olduğu temyiz incelemesi neticesinde kararın onanmasına karar vermiştir.⁵⁹

C. “İntihal” Temadi Edebilen Bir Suçtur

2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile disiplin suçlarında zamanaşımına ilişkin yeni hükümler getirilmiştir. Kanunun 53/C maddesinin (b) fıkrası uyarınca

“Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezasında altı ay içinde, disiplin soruşturmasına başlanmadığı takdirde disiplin soruşturması açılmaz. Disiplin cezası verilmesini gerektiren fiillerin işlendiği tarihten itibaren iki yıl, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasını gerektiren fiil açısından altı yıl geçmiş ise disiplin cezası verilemez.

Bilimsel bir eserin akademik atama ve terfilerde kullanılması ya da kısmen veya tamamen yeniden yayımlanması hâlinde ikinci fıkra belirtilen zamanaşımı süreleri yeniden işlemeye başlar.

Disiplin cezasının yargı kararıyla iptal edilmesi hâlinde, kararın idareye ulaştığı tarihten itibaren kalan disiplin ceza zamanaşımı süresi içerisinde, zamanaşımı süresinin dolması veya üç aydan daha az süre kalması hâlinde en geç üç ay içerisinde karar gerekçesi dikkate alınarak yeniden disiplin cezası tesis edilebilir.”

⁵⁸ Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin 26.7.2011 tarih ve 2010/179E,2011/1928K. sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

⁵⁹ Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 24.11.2014 tarih ve 2012/38E,2014/9092K. sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

İntihal suçu temadi edebilen suç çeşitlerinden olduğundan temadının sürmesi halinde zamanaşımı süreleri yeniden canlanır. İntihal içeren bilimsel eserin akademik atama ve terfilerde kullanılması ya da kısmen veya tamamen yeniden yayınlanması halinde zamanaşımı süreleri yeniden hayat bulur. Temadi eden intihal eylemi zamanaşımına uğramaz. Bu konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu;

“Aksaray İdare Mahkemesinin 29/06/2010 günlü, E:2007/1086, K:2010/747 sayılı kararıyla; davacının işlediği iddia olunan, "bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü veya bir kısmını kaynak belirtmeden kendi eseri gibi göstermek" fiili, 5525 sayılı Yasanın 1. maddesinde sayılan suçlar arasında sayma yoluyla belirtilmemiş ise de, söz konusu Kanuna, "...gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçlar" ibaresinin eklenmiş olmasının, kapsam dışındaki suçların genişletildiği anlamına geldiği, davacının fiili bu kapsamda değerlendirildiğinden, fiilinin 5525 sayılı Yasa kapsamında kaldığına yönelik iddiasına itibar edilmediği; ayrıca, davacının fiili temadi eden bir fiil olduğundan, bu nitelikteki fiillerde zamanaşımı süresinin temadının bittiği tarihten itibaren başlayacağı, 2003 tarihli fatura ile basımı yapılan kitabın toplatıldığına ilişkin bir durum da bulunmadığından, temadi eden fiilinin zamanaşımına uğramadığının açık olduğu;”⁶⁰ şeklinde hüküm vermiştir.

D. “İntihal” Yüz Kızartıcı Suçlardan Değildir

İntihal suçu, hırsızlık ve dolandırıcılık gibi yüz kızartıcı suçlardan değildir. Yüz kızartıcı suçlar; devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, basit veya nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçlar veya istimal ve istihlâk kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma suçlarıdır. Burada yer verilen "gibi yüz kızartıcı suçlar" ibaresindeki "gibi" sözcüğü, yüz kızartıcı suç olarak anılan Kanunda sayma yoluyla belirtilen "Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit veya nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas suçlarından biri"ni ifade etmek üzere kullanılmıştır. Aksi yorumla, "gibi" sözcüğünün, "sayılanlara benzer suçları" ifade ettiğinin kabul edilmesi, Anayasa'nın 128. maddesinin 2. fıkrası ile 657 sayılı Kanunun

⁶⁰ Danıştay İdare Dava Daireleri Kurulu ‘nun 12.11.2014 tarih ve 2012/482E,2014/3992K sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

18. maddesi uyarınca memurların memurluklarının sona erdirilmesine ilişkin durumların bizzat kanunda düzenlenmesi gerektiğine ilişkin memur güvencesine aykırı olur. Ayrıca idarelere, Kanunda gösterilen suçlar dışında benzer suçların yüz kızartıcı suç sayılması konusunda, ölçütleri belirsiz, geniş bir takdir yetkisi tanınması sonucunu da doğurabilir. Sayma yoluyla belirtilen eylemler arasında intihale yer verilmediğinden, intihal suçu yüz kızartıcı suçlardan sayılamaz.⁶¹

E. İntihalin İştirak Halinde İşlenebilmesi Mümkündür

İntihal suçunun iştirak halinde işlenebilmesi de mümkündür. Özellikle ortak yazarlı eserlerde hangi bölümün hangi yazar tarafından oluşturulduğunun tespit edilememesi halinde tüm eser sahipleri iştirak halinde sorumlu olurlar. İdare Mahkemesine yansımış bir uyuşmazlıkta Mahkeme, intihalde asli iştirakın mümkün olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme; “...kitabın hangi bölümünün hangi yazar tarafından yazıldığıın belli olmaması nedeniyle, kitabın ilgili bölümlerinde yapılan iktibaslardan dolayı kitabın bir yazarını değil, üç yazarının da eşit düzeyde sorumlu olduğu; kitapta yapılan iktibasların, Bilim tarihi yazıları kitabının TrevorPinch'e ait "Bilimin Gelişmesinde Bilim Topluluklarının Rolü" adlı makalenin tamamının (25.sayfadan 40.sayfaya kadar) "Sosyoloji Çarşısı " adlı kitabın 84.90 .sayfalarında yer yer farklı başlıklar kullanılarak olduğu gibi iktibas edildiği...,”⁶² ne hükmetmiştir.

F. Etik Kurul Raporları Dava Konusu Edilebilir

Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulları'nın verdiği “intihal” yoluyla etik ihlali bulunulduğuna ilişkin karar doçent adayının akademik hayatını etkiler nitelikte olan bir işlemdir. Dolayısıyla idari davaya konu olabilir. İdari işlem, idari makamların kamu gücü ve kudreti kullanarak idare işlevine ilişkin olarak tesis ettikleri, muhatapları yönünden çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamalarıdır. Buna göre idari işlemin unsurları "idari makamlarca yapılmış olmaları", "tek yanlı olmaları" ve "icrailik niteliğini taşımaları" dır. İdari işlemin icrai (yürütülebilir) olması için ilgililerin hukuksal durumunu değiştirmesi, ilgilileri hukuksal yönden etkilemesi gerekmektedir. İdari işlemin icrailik unsurunu değerlendirirken işlemin "kesin" ve "nihai" olması hususları üzerinde de durulması gerekmektedir. Gerek öğretilerde gerekse yargısal

⁶¹ Aynı görüş için bkz. Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 19.3.2015 tarih ve 2011/3022E,2015/2072K sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

⁶² Sakarya 1. İdare Mahkemesi'nin 26.9.2013 tarih ve 2012/1285E,2013/913K sayılı kararı Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

kararlarda, idari karar alma süreci içinde gerçekleştirilen işlemler arasında ancak nihai işlemin iptal davasına konu olabileceği görüşü yerine, hukuksal prosedür içinde yer alan işlemlerin de iptal davasına konu oluşturabileceği kabul edilmektedir. "Ayrılabilir işlemler" kuramının ana amacı, bir idari süreç içinde yer alan işlemlerin hukuki sonuçlar yaratmaları halinde bu süreçten bağımsız olarak dava edilebilmelerinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla Etik Kurulların verdiği "İntihal" kararının nihai işlem olarak kabulü olanaklı değil ise de, bir idari süreç içinde yer alması ve hukuki sonuç yaratması nedeniyle ilgilinin hukuksal durumunda değişiklik meydana getirir. Bu haliyle de kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olur ve idari davaya konu edilebilir⁶³.

G. Kendinden Aşırma/Çalma (Self Plagiarism) İntihal Suçunu Oluşturmaz

Bir kişinin kendi bilimsel eserinden kaynak göstermeden alıntı yapması intihal suçunu oluşturmaz. Ancak "yanıltıcı, yanlış ya da eksik beyanda bulunma" şeklinde bir etik ihlali meydana getirir. Tüm dünyada kendi kendine atıf yapmak atıf sıralamasında üst sıralara çıkmak ve böylece akademik teşviklerden yararlanabilmek için kötüye kullanılan yollardan biridir.⁶⁴ Kaldı ki bu türlü bir etik ihlal tanımına mevzuatımızda

⁶³ "Dosyanın incelenmesinden; Uşak Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesinde öğretim üyesi olarak görev yapan davacının, Nisan 2013 döneminde Atatürk İnkılapları ve Türkiye Cumhuriyeti alanından doçentlik başvurusunda bulunduğu, jüri üyelerince yapılan inceleme sonucunda davacının başvuruda kullanmış olduğu yayınlarda etik ihlali bulunduğu belirtilmesi nedeniyle dosyasının Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı tarafından Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına intikal ettirildiği, YÖK Sosyal ve Beşeri Bilimler Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Kurulu tarafından yapılan inceleme sonucunda, 06.06.2014 günlü toplantıda, davacının adı geçen Yönergenin 8. maddesinin (a) bendinde tanımlanan "İntihal" yoluyla etik ihlalde bulunduğu karar verilmesi ve bu kararın Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının 20.06.2014 gün ve 3615 sayılı işlemi ile uygun bulunması üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda, her ne kadar, davaya konu işlemde, etik ihlali tespitinden sonra kararın, aday hakkında disiplin mevzuatına göre gerekli işlemlerin tesis edilmesi için davacının görev yaptığı Uşak Üniversitesi Rektörlüğüne, bilgilendirme amaçlı olarak da davacıya ve Üniversitelerarası Kurul Başkanlığına gönderilmesine karar verilmiş ise de; bu haliyle de, davacının akademik hayatını büyük ölçüde etkileyebilecek ve olumsuz birçok sonuca yol açabilecek durumda bulunan davaya konu işlemin, davacının menfaatini ve hukuki durumunu etkiler nitelikte bir işlem olduğu açıktır." Danıştay Sekizinci Dairesi'nin 11.5.2016 tarih ve 2015/607E,2016/4729K.sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi,

⁶⁴ Bkz. "Akademik Yayın Dalavereleri", mkozwordpress.com/2012/01/31 (Erişim Tarihi: 23.5.2015)

yer verilmemiştir ve Danıştay tarafından “*intihal*” olarak kabul edilmemektedir. Bir kişinin kendisine ait olan ve daha önce yayınlanmış bulunan bir kaynağa atıf yapmaması “*intihal*” olarak değerlendirilemez.⁶⁵ YÖK Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi uyarınca bu eylemin kapsamına girdiği iddia edilebilecek tek aykırı eylem “dilimleme” olabilir. Anılan yönergenin 8/d maddesinde “dilimleme” : “Bir araştırmanın sonuçlarını araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde, uygun olmayan biçimde parçalara ayırarak ve birbirine atıf yapmadan çok sayıda yayın yaparak doçentlik sınavı değerlendirmelerinde ve akademik terfilerde ayrı eserler olarak sunmak” olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere “dilimleme” nin oluşabilmesi için araştırmanın sonuçlarının parçalara ayrılarak birbirine atıf yapmadan ayrı eser olarak sunulması gerekir. Danıştay’a göre kendinden aşırma “yanıltıcı, yanlış ya da eksik beyanda bulunma” şeklinde bir etik ihlal oluşturur.⁶⁶ Pek çok kimsenin fikir birliği içinde olduğu şey, gazete veya dergilere fikir sağlayan uzmanların önceden yazılmış özellikli yazılarına atıf vermesine gerek olmadığıdır⁶⁷.

Aynı şekilde Ankara 5. İdare Mahkemesi de kişinin kendi bilimsel eserinden “kes-yapıştır” yöntemiyle aynen alıntı yapmasını “yanıltıcı, yanlış ya da eksik beyanda bulunma” şeklinde etik ihlal olarak kabul etmiştir.

⁶⁵ DEMİRCİOĞLU, M.Yaşar: “ İdari Yargı Kararları Çerçevesinde Bilimsel Yayın Etiği Soruşturmaları” , Ankara Barosu Dergisi, 2014, sy.1, s.146-217.

⁶⁶ “*doktora tezinden alıntı yapılarak birden fazla makale üretildiği halde üretilen makalelerin kaynakçasında doktora tezinin gösterilmemiş olmasından ve de söz konusu yayınların lisansüstü tezlerden üretilmediği yönünde beyanname verdiği halde bu hususa uyup uymamasından kaynaklandığından uyumsuzluğun çözümü için bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek görülmemekle, dava dosyasındaki jüri üyelerinin kişisel raporları, etik alt komisyonu ve etik komisyonu raporlarının birlikte değerlendirilmesi sonucunda; davacının jüri üyeleri ve alt komisyon üyelerinin birbirini destekleyen tespitine göre doktora tezindeki kimi paragrafların değiştirilmeden makalelere aktarıldığı, buna karşılık söz konusu tezin kaynak olarak gösterilmeme davranışının doçentlik başvurusunda jüri üyelerini yanıltıcı, yanlış ya da eksik beyanda bulunmak şeklinde etik ihlali oluşturduğu sonucuna varıldığından ...davacının doçent unvanı alınabilmesi için doktora tezi dışında bir konuda özgün yeni bir araştırma yapma gerekliliğinden kurtulabilmek için doktora tezinin kaynakçalarda belirtilmemekle sanki doktora çalışmasından başka bir konuda yeni bir araştırma yapılmış izleniminin yaratılmaya çalışıldığı hususlarına yer verilerek davacının etik ihlalinde bulunduğu belirtilmesi...*” Danıştay Sekizinci Dairesi’nin 26.09.2013 tarih ve 2010/8937esas,2013/6639 K. sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

⁶⁷ TÜBİTAK ULAKBİM, Akademik Yazım İhlalleri, Ankara, 2011, s.61.

Mahkeme; “makalelerin lisansüstü tezlerden üretilmemiş orjinal makale olduğunu belirtmesine karşın davacının jüri üyeleri ve alt komisyon üyelerinin birbirini destekleyen tespitine göre doktora tezindeki kimi paragrafların değiştirilmeden makalelere aktarıldığı, buna karşılık söz konusu tezin kaynak olarak gösterilmeme davranışının doçentlik başvurusunda jüri üyelerini yanıltıcı, yanlış ya da eksik beyanda bulunmak şeklinde etik ihlali oluşturduğu”⁶⁸ sonucuna varmıştır.

H. Mağdurun Rızası Suçu Ortadan Kaldırmaz

İntihal suçunda mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz. 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 6764 sayılı Kanun’ un 26. maddesiyle değişik 53 maddesinin (b) fıkrasının 5. bendi uyarınca mağdurun, yani eserinden intihal yapılan eser sahibinin intihalden önce ya da intihalden sonra yapılan intihale rıza göstermesi oluşan intihal suçunu ortadan kaldırmaz.

SONUÇ

İntihal fiilinin sınırlarını çizmek her zaman mümkün olmamaktadır. Her bilim disiplini ve meslek grubu kendi içerisinde etik kurullar oluşturmaktadırlar. Mahkemeler, etik kurulların ve bilirkişilerin raporları doğrultusunda nihai karara ulaşmaktadırlar. Mahkemelerce verilen kararların bilirkişi raporlarına bağlı olması ve intihal eyleminin sınırlarının tam çizilememiş olması Anayasanın 2. ve 38. maddelerinde belirtilen hukuk devletinin olmazsa olmaz ilkelerinden belirlilik ilkesi ve suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bir sonuç doğurmaktadır.

İntihal, başkasının çalışmasını kendisininmiş gibi teslim etmek, başkasının kelimelerini ya da fikirlerini kaynak göstermeden kopyalamak, alıntıyı tırnak içine koymada başarısız olmak, alıntının kaynağı hakkında yanlış bilgi vermek, kelimeleri değiştirmek fakat kaynak göstermeden kaynağın cümle yapısını kopyalamak, kaynak gösterip ya da göstermeksizin çalışmanın ana kısmını oluşturan kaynaktan çok fazla kelime ya da fikir kopyalamak şeklinde davranışlarla tezahür edebilir. Görüleceği üzere intihal sadece bir şekilde değil yukarıda sayılan herhangi bir şekilde vuku bulabilir. Bir yazar bu eylemlerden birini işlemişse intihalin olduğu kabul edilebilir. Bu eylemin yaptırımı da eylemi gerçekleştiren şayet bir akademisyen ise “üniversite öğretim mesleğinden çıkarma”dır.

⁶⁸ Ankara 5. İdare Mahkemesi’nin 12.5.2010 tarih ve 2009/1085E, 2010/683K sayılı kararı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

Dolayısıyla evleviyetle yapılması gereken intihal çeşitlerinin düzenlenmesi, intihal çeşitleri arasında hafiften ağıra doğru giden bir yaptırım izlenmesidir. Şu an yürürlükte bulunan mevzuat uyarınca “alıntıyı tırnak içine koymada başarısız olan” bir akademisyene uygulanacak ceza ile “başkasının çalışmasını olduğu gibi kendisininmiş gibi gösteren” bir akademisyene uygulanması gereken ceza aynıdır ve her ikisi de üniversite öğretim mesleğinden çıkarılır. Bunun ise adil ve hakkaniyetli bir uygulama olmayacağı aşikardır.

KAYNAKÇA

- AYİTER, N. (1972), Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.
- AYSIT, T. (Haziran, 2012), “İktisat Eğitimi ve Bilimsel Aşırma Üzerine”, No.2012/41. Discussion Paper, Turkish Economic Association.
- ÇAĞLAYAN,R..(2008), “İlim ve Edebiyat Eserlerinde İktibas ve İntihal Üzerine”, e akademi dergisi, sy.74, Nisan .
- DEMİRCİOĞLU,M.Y.(2014), “İdari Yargı Kararları Çerçevesinde Bilimsel Yayın Etiği Soruşturmaları”, Ankara Barosu Dergisi, sy.1
- GÜCÜKOĞLU, B./AYVAZ Reis, Z.(5-7 Şubat 2014), “Türkiye’de ve Dünya’da İntihalin Yaptırımları”, Akademik Bilişim’14 - XVI. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, Mersin Üniversitesi.
- HAKERİ, H.(2015), Ceza Hukuku, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Ankara
- KANGAL, Z. T. (2003), Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Seçkin, Ankara
- KENDİGELEN, A./ÇONKAR, M. H. (2011), Türk Mevzuatında Bilim Etiği İhlalleri, içinde Bilim Etiği, İstanbul Üniversitesi Yayını No:5048.
- KOCA,M./ ÜZÜLMEZ, İ. (2016), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara.
- ÖZBAY,İ. (2001), “Hakem kararlarının Kesin Hüküm Teşkil Etmesi”, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul .
- ÖZGENÇ,İ. (2016), Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara.
- ÖZTÜRK, L. (2011), “Bir Bilgisayar Yazılımı İntihali Saptayabilir mi?”, Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık
- TANSEL, A. (Haziran, 2012), “İktisat Eğitimi ve Bilimsel Aşırma Üzerine”.
- TEKİNALP, Ü. (Aralık 2005), Fikri Mülkiyet Hukuku, Arıkan Yayıncılık.
- Türkiye Bilimler Akademisi (2002) TÜBA Bilim Etiği Komitesi, Bilimsel Araştırmada Etik Sorunlar, TÜBA Yayınları, Ankara.
- UÇAK, N.,Özenç.(2010), “Bilimsel İletişim ve İntihal”, Sosyal Bilimlerde Süreli Yayıncılık: V. Kurultay Bildirileri.
- UZUN, R. (2015), “Haber Telif Hakları ve İnternet Gazeteciliğinde İntihal”, İletişim, 2015/21.
- ÜNAL,M/TOPRAK,M/BAŞPINAR, V.(2012), “Bilim Etiğine Aykırı Davranışlar ve Yaptırımlar: Sosyal ve Beşeri Bilimler İçin Bir Çerçeve Önerisi”, *Amme İdaresi Dergisi, Cilt 45 Sayı 3.*

- YAMAN, D. (2010), “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Düzenlenen Bir Eserden Kaynak Göstermeksizin İktibasta Bulunma Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C12(Özel Sayı) .
- YAZICIOĞLU, R. Y. (2009), Fikri Mülkiyet Hukukundan Kaynaklanan Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, Temmuz.
- YILMAZ, E. (2006), Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara.

İNTERNET KAYNAKLARI

- mkozwordpress.com/2012/01/31 Akademik Yayın Dalavereleri, (Erişim Tarihi: 15.06.2016)
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5741cab1d4aa06.74161381, (Erişim Tarihi: 22.04.2017)
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5741c9d2cad4b9.51213335, (Erişim Tarihi: 22.04.2017)
- <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0721.pdf>, (Erişim Tarihi: 10.04.2017)

BANKACILIK KANUNU KAPSAMINDA BANKA YÖNETİCİLERİNİN ŞAHSİ SORUMLULUKLARI

PERSONAL RESPONSIBILITIES OF BANK DIRECTORS IN SCOPE OF TURKISH BANKING LAW

Dr. Sefer OĞUZ*

ÖZET

Türk Hukukuna göre bankaların anonim şirket şeklinde kurulması mecburidir (BankK m. 7, f. I-a.). Yönetici ibaresiyle ifade edilen; bankanın yönetim kurulu üyeleri, denetim komitesi, kredi komitesinin başkan ve üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve genel müdür yardımcıları ile birlikte imzaya yetkili banka çalışanlarıdır. Banka yöneticilerinin bankacılık faaliyetinden doğan sorumluluklarının kanunla düzenlenmesi azami önem taşımaktadır. Banka yöneticilerinin bankacılık faaliyetinden doğan sorumlulukları iki kaynaktan düzenlenmiştir. Bu kaynaklardan ilki, Bankacılık Kanununun (BankK) münhasıran 110. maddesidir. Bu maddeye göre; Yöneticilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri sebebi ile bankanın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (Fon) devredilmesi veya banka faaliyet izninin kaldırılması durumlarında, yöneticiye, verdiği zararlar sınırlı olmak üzere şahsi sorumluluk yüklenip, ayrıca yöneticinin iflasına karar verilebilir. Yöneticilerin sorumluluklarını düzenleyen ikinci kaynak ise; Türk Ticaret Kanununun (TTK) 553 ve devamı hükümleridir. Bu hükümlerden TTK m. 557'de yeni bir prensip olarak Kanuna getirilen farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu düzenlenmektedir. Bu prensip ile yöneticiye, şahsi indirimle ilişkin itiraz sebeplerini, ortaklık, ortaklık paydaşları ve alacaklılara karşı ileri sürme hakkı tanınmıştır. Bu iki hükmü uygularken dikkatli analiz yapılmalı ve banka yöneticilerin sorumluluk sınırları dikkatli çizilmelidir. Bu makalede BankK m. 110'da düzenlenen, zararlar sınırlı şahsi sorumluluk ve buna bağlı iflas ile TTK m. 557'de düzenlenen farklılaştırılmış teselsül arasındaki ilişki ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Banka yöneticilerinin sorumluluğu, kanuna aykırı karar ve işlem, farklılaştırılmış teselsül, şahsi iflas, verilen zararlar sınırlı sorumluluk.

ABSTRACT

According to Turkish Law, a bank must be established as a joint stock company art. 7, a of Banking Act (BA). The term "director" refers to members of banks' board of directors, audit committee, credit committee chairmen and members, general manager, deputy general managers and officials that have a signing authority on behalf of the bank. It is crucial to regulate bank directors' legal liabilities, which arise from banking operation. The liability of bank managers arise from banking operation have been regulated in two legal source. First of those sources is exclusively art. 110 of BA. According to said article; in case of banks directors' illegal decisions and operations causing the bank to be transferred to Savings Deposit Insurance Fund (Fund) or the cancellation of the operating license of the bank the directors could be held liable, limited to the damaged caused to the bank and could be declared bankrupt. Second of those sources is Turkish Commercial Law (TCC) art. 553 and so on. With TCC art. 557) differentiated solidarity is brought to the Law as a new principle which finds application area in joint stock companies'. This

* Şekerbank T.A.Ş Hukuk Baş Müşaviri

principle, gives directors the right to use personal reduction causes against the company, shareholders and creditors. The application of these two norms should carefully be analyzed and the borders of bank directors' legal liabilities should fairly be drawn. In this study, the relationship between differentiated solidarity bankrupt regulated by TCC art. 557 and differentiated solidarity and personal bankrupt cause of responsibility limited by the damage caused regulated by BA art. 110 shall be tried to put forward.

Keywords: liability of bank director, illegal decisions and operations, differentiated solidarity, personal bankruptcy, responsibility limited by the damage caused.

GİRİŞ

Bankalar aynı zamanda güven kurumlarıdır. Bu güven, iki yönlüdür; bunlardan ilki, gerçek kişi mevduat sahiplerine verilen mevduatı belirli bir tutara kadar geri ödeme garantisidir. Diğeri ise, bankanın yöneticilerinin kötü niyetli işlemlerine bankanın para, para yerine geçen evrak ve senetlerine veya mallarına, devlet malına sağlanan koruma ile eş güçte bir hukuki koruma sağlaması suretiyle mevduat sahiplerine ve diğer ilgililere karşı yaratılan güvendir.

Türkiye'de bir dönem kötü yönetim¹ ile birlikte piyasa koşullarının kötüleşmesi nedeniyle bazı bankaların borçları banka mevcudundan fazla olması sebebiyle ödeyemez hale gelmişti. Bu nedenle, BDDK'ya yetki verilerek ilgili bankanın faaliyet izninin kaldırılması ve oluşturulan Fon'a devri söz konusu olmuştur. İncelene düzenlemeye göre bankanın Fon'a devrinin sonucu olarak YK üyeleri ile yöneticilerinin şahsi sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu sorumluluk kapsamında yönetim kurulu (YK), denetim kurulu (DK) üyeleri ve yöneticilerin doğrudan şahsi iflaslarının istenebilmesi de mümkündür². Tepkisel nitelik taşıyan bu düzenlemeye ilk önce 4389 sayılı Bankalar Kanununda (m. 17) daha sonra 5411 sayılı Bankacılık Kanununda (BankK) 110.maddesinde yer verildiğini görmekteyiz.

Finansal sistemin sağlamaştırılması ve iktisadi yapının güçlendirilmesi amacıyla finans piyasasının kanuni düzenlemeye kavuşturulması ihtiyacı doğmuştur. Bunu karşılamak için çeşitli kanuni

¹Yönetim, banka hedeflerinin belirlenmesi, bu hedefleri gerçekleştirmek için gerekli icraatın yapılması ve bunun gözetimi, denetimi ve sonuçlarının değerlendirilmesi faaliyetidir (GÖKTÜRK, Kürşat, Banka Yönetimi ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu Özellikle Şahsi İflas Kapsamında Sorumluluk, Adalet, Ankara 2013, s. 9).

² Yöneticilerin iflası, doğuran zararı ödemeleri halinde iflasın reddinin sağlanabildiği bir iflas türüdür (TEKİNALP, Ünal, Fon'daki Bankanın Hukuku, Lebib Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 74).

düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin içinde sonuncusu olan ve 1. Kasım 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5411 sayılı BankK'nın en kapsamlısı olduğu söylenebilir. Bu Kanunu ile yöneticilerin ve hakim ortakların BankK aykırı karar ve işlemler nedeniyle oluşan zarardan şahsi sorumluluklarının düzenlendiği 110. madde³ ile ceza sorumluluklarının düzenlendiği 160. madde⁴ hükümleridir. Tepki niteliği taşıyan bu düzenleme ile 6762 ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerden önemli oranda sapılması, bu çalışmada tartışılacak temel hususu teşkil etmektedir.

1. BANKA TANIMI

Finansal piyasaları düzenlemeye yönelik bir kısım kanun yürürlüğe girmesine rağmen “banka tanımı” hiç birisinde net olarak yapılmamıştır. Bu kapsamda TTK'da çeki düzenleyen hükümlerde banka “*Bankacılık Kanununa tabi olan kuruluşlardır*” şeklinde tanımlanmıştır (TTK m. 815). Ancak, “Bankanın tanımı” başlığını taşıyan bu hükümde banka kuruluşunu tam olarak ortaya koymaktan uzaktır. Benzer şekilde, BankK 3. maddesinde yapılan mevduat, katılım ve yatırım bankaları tanımlarında da bunların nitelikleri değil gerçekleştirdikleri yaptığı faaliyetlerin dikkate alındığı görülmektedir.

Bir banka tanımı yapmak gerekirse, öncelikle bankaların anonim şirket şeklinde kurulması zorunlu (BankK m. 7, f. I-a.) güven kurumları olduğu esasından yola çıkmak gerekir. Bu kabul bankaların devletin gözetim ve denetimi altında bulunması ve mevduata kısmen de olsa garanti vermesiyle ilişkilendirilebilir. Buna ilave olarak, bankaları faaliyetlerine de bakmak lazım gelir. Bankacılık faaliyeti hükümetten imtiyaz alınmak suretiyle gösterilen ticari meşgaledir (BankK m. 6, f. I ve 10, f.I). BankK'nın 4. maddesinde bankacılık faaliyetlerinin neler olabileceği örnek kabilinden sayılmak suretiyle gösterilmiştir. Buna göre mevduat toplamak, kredi vermek, ödemelere aracılık etmek, saklama hizmeti vermek sigorta acenteliği yapmak ve değerli maden ticaretinde

³ GÖKTÜRK, s. 113.

⁴ Zimmet, esas itibarıyla sadece kamu görevlisi (memur) tarafından kamu mallarına karşı işlenebilen suçtur ve bu sebeple memur suçu olarak anılmaktadır (TCK m. 6, f. I-c). Zimmet suçu teorik olarak memur sıfatı taşımayan kişiler dışındaki kimseler tarafından işlenemez (TCK m. 247). Ancak, 23.06.1999 tarihinde RG yayımlanan 4389 sayılı Bankalar Kanununun m. 22. f. 3'de ilk kez banka çalışanlarının da zimmet suçunu işleyebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm ile banka malları da tıpkı kamu malı gibi yolsuzluklara karşı hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal suçuna (TCK m. 155, f. II) nazaran güçlü ve etkili korumaya kavuşturulmuştur.

bulunmak gibi bankalara yasaklanmamış faaliyetler bankacılık faaliyeti olarak sayılabilir.

Bu kapsamda banka şu şekilde tanımlanabilir: Banka, anonim şirket olarak kurulması mecburi ve hükümetten aldığı imtiyaz ile mevduat toplayan (aktif), kredi veren (pasif), aradaki farktan kar sağlayan, ödemelere aracılık eden, sigorta acenteliği yapan ve değerli maden ticareti alanında faaliyet gösteren güven esasına göre çalışan ticari işletmedir⁵.

2. BANKA ORGANLARI VE YÖNETİCİLER

Tüzel kişiler, iradesini organları aracılığıyla açıklar. Ancak, mevzuatımızda bir organ tanımına rastlanılmamaktadır. Organ, tüzel kişinin iradesini oluşturan ve bu iradenin dış dünyaya yansımaları sağlayan kişiler olarak tanımlanabilir⁶. Organ bir veya birden fazla kişiden teşekkül edebilir. Bu noktadan hareketle organlarda görev alan kişilerin işin doğası gereği yönetici olarak kabul edilmesi gerekir⁷. Banka YK, DK ve kredi komitesi (KK) üyeleri şekli olarak bir organın üyesi olduğundan yönetici olarak kabul edilmesi gerekir (TTK m. 553, f. I). Ancak, bir kişinin yönetici olarak kabul edilmek için mutlak surette bu organlardan birisinin üyesi olmasına gerek yoktur. Doktrinde fiili⁸ veya olgu⁹ organ olarak adlandırılan bu kişiler kanuna aykırı kararın alınmasında veya işlemin yapılmasında etkin katkı sunuyorsa yönetici sayılması gerekir. Bu nedenle maddi anlamda organ işlevi icra eden hakim ortaklar yönetici olarak kabul edilir¹⁰. Başka bir deyişle, bankanın Fon'a devir edilmesine neden olan kararın oluşumunda kanun veya esas sözleşmeyle sağlanan yetkiyle şekli organ veya filli (olgu) organ olarak iradenin oluşumuna etkin katkı veren kimsenin yönetici olarak sorumlu olması gerekir.

⁵ Banka tanımları hususunda bkz. TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 32.

⁶ Bu konuda bkz. HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, Beta, İstanbul 2001, s. 29; GÖKTÜRK, s. 63.

⁷ Alman hukukunda bir kişinin yönetici olarak kabulü için yönetim veya temsil yetkisine sahip olması yeterli olmayıp, esas sözleşme gereğince şekli bir yetkilendirme aranmaktadır (GÖKTÜRK, 11, dn. 19).

⁸ Bu konuda bkz. GÖKTÜRK, s. 48; ÇAMURCU, Emin, Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi, İstanbul 2015, s. 15.

⁹ Organların sadece kanunda veya esas sözleşmede düzenlenmiş olmasını aramak, organ kavramını dolayısıyla sorumluluğun sınırlandırılması anlamına gelecektir. HELVACI, Hukuki Sorumluluk, s. 32.

¹⁰ Bu konuda bkz. GÖKTÜRK, s. 48.

Yöneticilerin tanımı BankK m. 3’de sayma usulüyle yapılmıştır. Bu tanıma göre yöneticiler yaptıkları görev itibarıyla belirlenen kişiler olarak üç grup halinde tasnif edilebilir: Bunlardan ilki, YK üyeleri (TTK m. 312, BankK m. 23) DK (BankK m. 24) ve KK başkan ve üyeleridir (BankK m. 25). İkinci grubu genel müdür (GM) ve genel müdür yardımcıları (GMY) oluşturur (BankK m. 25). Nihayet üçüncü grup üst düzey yöneticiler olarak adlandırabileceğimiz banka çalışanlarından teşekkül eder.

A. Yönetim Kurulu

Banka YK üyeleri Fon’un atama yetkisi dışında (BankK m. 134) banka genel kurulu (GK) tarafından seçilir (TTK m. 408, f. I-c)¹¹. Banka YK en az GM dahil olmak üzere 5 kişiden oluşur (BankK m. 23). GM bulunmadığı hallerde GM vekili YK doğal üyesidir. Kanun koyucu üye sayısında alt sınır belirleyerek üst sınırı serbest bırakmıştır. Bu itibarla bankalar, YK üye sayısının 5’in üzerinde belirleyebilirler.

Banka YK üyelerinin yarısından bir fazlasının ve murahhas olarak görev yapacak olan üyelerin GM olarak atanacak kişilerde aranan nitelikleri taşımaları gerekir (BankK m. 23). Aksi halde BDDK bu nitelikleri taşımayan kişilerin YK üyesi olarak çalışmasına onay vermeyebilir.

YK yürütme ve temsile yetkili esas organdır. YK bir başkan ve en az bir yardımcı seçme mecburiyeti dışında istediği şekilde komite ve komisyonlar şeklinde organize olabilir (TTK m. 366). YK sadece karar organı değildir. Aynı zamanda banka işletmesinde yürütülen faaliyetin gözetim ve denetimi ile görevlidir. YK’nın üst gözetim görevi devredilemeyecek görev ve yetkiler arasında sayılmıştır (TTK m. 375, f. I-e).

B. Denetim Komitesi

Banka YK üyeleri arasında Denetim komitesinin (DK) başkan ve üyeleri de seçilir (BankK m. 3). Bankalar, YK’nın denetim ve gözetim faaliyetini yerine getirmek konusunda yardımcı olmak amacıyla DK oluşturmak zorundadır (BankK m. 24). DK, YK icrai görevi bulunmayan (*non executive*) üyeleri içinden seçilen en az 2 üyeden oluşur. Bu itibarla YK başkanı ve GM DK’ya üye olamaz. DK bankanın işleyişini, izleyip gözlemleme ve riskleri erken teşhis etmekle görevlidir. Bu nedenle, DK

¹¹ Banka halka açık ise o durumda Sermaye Piyasası Kurulunca 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 128. maddesine göre gerekli şartlar oluşur ise o durumda YK üyesi atayabilir.

üyelerinin görevi denetim ile ilgili olması nedeniyle doğrudan banka zararına neden olmaları fonksiyon olarak mümkün değildir. Ancak, şahsi sorumluluk ve iflasın diğer koşullarının bulunması yanında kasıt veya ağır ihmalleri sonucunda bankanın Fon'a devrine neden olan karar veya işlemde doğan zararın artmasına neden olmaları halinde sorumlu tutulmaları gerekir¹².

DK, YK'nın bir uzantısı olması nedeniyle iç komisyon konumunda olduğundan organ olarak nitelendirilemez¹³. Başka bir deyişle DK, YK'nın görev alanı kapsamında kurmak zorunda olduğu bir komitedir (TTK m. 366, f. II).

C. Kredi Komitesi

Kredi komitesi (KK), BankK'nda öngörülen ihtiyari bir organdır. Kredi açma yetkisi banka YK tarafından öz kaynağın oranıyla sınırlandırılarak bu komiteye devir edilebilir. Bu itibarla, KK, YK'dan sonra kredi açma yetkisine sahip icrai görevi olan ikinci organdır. KK, 2 YK üyesi ile GM'den teşekkül eder. YK kendi üyeleri içinden dörtte üç ($\frac{3}{4}$) nitelikli oy ile 2 asil 2 yedek KK üyesi olarak seçer. Bu üyelere de süre dışında GM'de aranan nitelikler aranır.

KK'nın verdiği kararlar Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğine¹⁴ göre oy birliğiyle alınmış ise doğrudan oy çokluğuyla alınmış ise ancak YK'nın onayından sonra yürürlüğe girer (m. 7).

D. Genel Müdür ve Yardımcıları

TTK'dan farklı olarak genel müdürlük BankK'nda zorunlu bir organ olarak düzenlenmiştir¹⁵. GM tanımına ve sayısına ne TTK'da ne de BankK'da yer verilmiştir. Bu kapsamda, uygulamada görülmekle birlikte birden fazla GM atanmasında hukuki bir engel yoktur¹⁶. Banka tüzel kişiliğinde GM, YK veya GK tarafından seçilmese bile YK'nın doğal üyesidir. GM, YK tarafından YK üyeleri içinden veya dışından

¹² Bu konuda bkz. TEKİNALP, Banka hukuku, s. 163; AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Genişletip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 78.

¹³ DOĞRUSÖZ, Hanife, Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortakların Şahsi Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 100.

¹⁴ Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik, (2016), T. C. Resmi Gazete, Sayı, 26333, 1.11.2016.

¹⁵ Bu konuda bkz. AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 76; Tekinalp'e göre GM ve GMY kanuni organ değil, tüzel kişiliğin iradesini açıkladıklarından medeni hukuk ilkelerine göre "organ" sıfatını alırlar (TEKİNALP, Banka hukuku, s. 163).

¹⁶ DOĞRUSÖZ, s. 100.

seçilebilir. Ancak, uygulamada GM ve GMY'ler, YK tarafından üyeler dışından seçilmekte ve hizmet sözleşmesiyle çalışmaktadırlar.

GM olarak görevlendirilecek kişinin hukuk, iktisat, maliye, bankacılık, işletme ve kamu yönetimi ve dengi dallarda en az lisans eğitimi almış olması ve bankacılık veya işletmecilik alanında en az 10 yıl tecrübeye sahip olmaları gerekir. Aday eğer mühendislik dallarından birinde eğitim görmüş ise sayılan alanlarda lisansüstü eğitim almış olmaları aranmaktadır (BankK m. 25, f. I).

GMY olarak görevlendirilecek kişilerin ise en az üçte ikisinin (2/3) sayılan alanlarda eğitim görmüş ve bankacılık veya işletmecilik alanında en az 7 yıllık tecrübeye sahip olmaları gerekir (BankK m. 25, f. I). GM veya GMY olarak atanan kişiler ancak BDDK onayından sonra göreve başlayabilir.

E. Yöneticiler

Bankalarda DK üyeleri (BankK m. 24) ve KK başkan ve üyeleri (BankK m. 25) aynı zamanda YK üyesidir. Anonim şirketlerde ticari faaliyetin yürütülmesinde YK'nın yanında yöneticilerin de bulunduğu anlaşılmaktadır (TTK m. 198, f. I). Bu kapsamda anonim şirketi düzenleyen hükümlerde YK'nın yanında yönetici (TTK m. 369, 392, 400, 424, 522, 542 ve 553) ve üst düzey yönetici (TTK m. 516, f. II-c) ibarelerine yer verilmiştir. Anonim şirketlerde sorumluluğun düzenlendiği TTK m. 369 hükmünde kurucular, YK üyeleri ve tasfiye memurlarıyla birlikte yönetici kavramından bahsedilmektedir¹⁷. Yönetici kavramı ile YK ve diğer organ üyeler ile birlikte müdürü de kapsayan geniş bir çalışan kitlesinin tanımının yapıldığı görülmektedir.

Birim yöneticileri grubunu, GM ve GMY (BankK m. 25) dışındaki banka iradesine etki edebilen birim, bölge, şube müdürü olarak görev yapan kişilerden teşekkül eder. Bu kişilerin yönetici olarak kabulü için banka adına imza atmaya yetkili olması ön koşuldur. Bu üst düzey yöneticilere ilaveten merkez teşkilatı dışında bölge veya şube müdürü, merkez teşkilatında ise bölüm, kısım, grup ve buna eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticileri bulunur (BankK m. 3).

Görüldüğü üzere ilk iki grubu oluşturan yönetici gruplarına *numerus clausus* kuralı uygulanabilir iken, bir çok kişinin dahil edilmek

¹⁷ BOZKURT YAŞAR, Sevgi; Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul 2015, s. 41.

suretiyle üçüncü grubu oluşturan yöneticilerde *numerus clausus* kuralını uygulamakta güçlükler ortaya çıkmaktadır¹⁸.

Diğer bir deyişle yöneticiler tanımında ilk grup ve ikinci grup olarak adlandırdığımız yöneticilerin kimler olduğunun tespiti atanma şekillerine bakılarak belirlenebildiğinden, üst düzey yöneticilerin tespitine nazaran daha kolaydır. Ancak, üçüncü grubu oluşturan yöneticilerin tespitinde güçlükler ortaya çıkabilir.

Banka bir tüzel kişi olması hasebiyle bir organizasyon şemasına sahip olması gerekir. Ancak, her bankanın organizasyon¹⁹ şeması aynı olmadığı gibi tanımda geçen unvanlara verilen anlamlar arasında da farklılık görülebilir. Bu nedenle, Kanunda yönetici kavramı hukuk güvenliğini zedeleyecek şekilde belirsiz olarak kullanılmıştır. Bu itibarla yönetici; organizasyon şemasında ortaya konan birimlerin amirinden ziyade bankacılık faaliyetinin yürütülmesinde şekli veya fiili olarak bağımsız ve birlikte veya tek başına karar alma görevi veya icra etme yetkisi verildiği kişiler olarak tanımlanabilir. Başka bir deyişle, yönetici ortaklığın amacını gerçekleştirmek maksadıyla görev, yetki ve sorumluluğuna uygun şekilde karar alabilen veya karar sürecine etkin şekilde katılan yahut bu kararı icra yetkisine sahip kılınan kimsedir²⁰.

Doktrinde üçüncü grubu oluşturanların bu şekli ile ucu açık biçimde sayılması eleştirilmiştir. Bu nedenle, söz konusu gruptaki kişilerin, BankK m. 110. kapsamında sorumluluğuna, ancak 71. maddenin uygulamasına neden olan kararı verdikleri veya işlemi yaptığı tartışılmayacak deliller bulunması kaydı ile gidilebilmelidir²¹. Bu özel sorumluluğa başvurulması önceki dönemlerde ibra kararı verilmiş olmasının da bir etkisi olmayacaktır²².

¹⁸ TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 289.

¹⁹ Organizasyon, yönetici ve yönetilenler arasında şekli ve hiyerarşik ve yapılabacaklar konusunda yetki ve sorumlulukların belirlenmesini olarak tanımlanmıştır (Bkz. GÖKTÜRK, s. 9).

²⁰ TEKİNALP, Tek kişi ortaklığı § 16, N. 58; GÖKTÜRK, s. 88; Farklı bir yönetici tanımı için bkz. DOĞRUSÖZ, s. 102.

²¹ TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 289.

²² Bu konuda bkz. aşa 4, A, I.

3. BANKA YÖNETİCİLERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU BAKIMINDAN BANKK İLE 6762 VE 6102 SAYILI TTK'NDA DÜZENLENEN HÜKÜMLERİN MUKAYESESİ

Banka yöneticilerine BankK m. 110, f. I ile getirilen hukuki sorumluluğun ortaya konabilmesi için mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda (eTTK m. 336) düzenlenen tam teselsül ilkesi ile bu ilkenin katı bir şekilde uygulanmasından doğan sakıncaları gidermek üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunuyla (TTK m. 557) getirilen farklılaştırılmış teselsül ilkesi kıyaslanacaktır. Böylece, AO YK üyeleri ve banka yöneticilerinin BankK m. 110 kapsamındaki şahsi sorumluluğu konusundaki hukuki gelişme de daha iyi ortaya konabilecektir.

Tam teselsülün aksine, farklılaştırılmış teselsül ile BankK m. 110'de düzenlenen şahsi sorumluluğun ortak noktası yöneticiye yüklenebilecek tazminat sorumluluğun kusuruyla sınırlı olmasıdır²³. Yöneticilerin BankK m. 110 kapsamında şahsen sorumlu tutulmasındaki amaç Fon'un mevduat garantisi kapsamında ödediği tutarı tahsilini sağlamaktır.

AO yöneticilerin sorumluluğu şahsi, müteselsil ve kusura dayalı bir sorumluluktur²⁴. Ancak, BankK m. 110, f. I'de düzenlenen sorumluluğun kusura dayalı, verilen zararlar sınırlı şahsi, ancak müteselsil olmayan sorumluluktur²⁵. Zira rücu ilişkisinin baştan belirlendiği durumlarda müteselsil sorumluluktan bahsedilemez²⁶. Ayrıca, birden fazla yöneticinin verdiği karar veya yaptığı işlem sebebiyle müteselsil sorumlu olacağına dair ne BankK m. 110' ne de gerekçesinde bir ifade geçmektedir. Bu

²³ HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş günü Armağanı, C.I, Beta, İstanbul, 2001, s. 229; GÖKTÜRK/CAN, s. 259.

²⁴ YASAMAN, s. 98; BAUEN/VENTURİ, s. 224; DOĞAN, Beşir Fatih, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, İstanbul 2011, s. 250.

²⁵ Bu konuda doktrindeki tartışmalar için bkz. GÖKTÜRK/CAN, s. 274-276.

²⁶ Bu konuda bkz. AKDAĞ GÜNEY, Şahsi sorumluluk, s. 1225; GÖKTÜRK/CAN, s. 275. Aksi görüş için bkz. BankK m. 110'da düzenlenen bu sistem müteselsil sorumluluğun terki olmayıp rücuun başlangıçta dikkate alınması anlamına gelir (TEKİNALP, Fon'daki banka, s. 80).

nedenle, birden fazla yöneticinin birlikte sebep oldukları zarardan ancak TBK m. 60'a göre sorumlu tutulabilirler²⁷.

Banka YK üyelerinin sorumluluklarının tespitinde, kanunen aranan şartları taşıyan kişilerin YK üyesi (BankK m. 23) veya GM, GMY (BankK m. 25) olabileceklerinden banka işletmesinin alınan karar ve işlemlerde göstermeleri gereken özen diğer şirket yöneticilerine nazaran daha yüksek olması gerekir²⁸. İsviçre-Alman hukukunda YK üyelerinden kişisel birikim, yetenek ve güçlerinin üstünde bir özen beklenmemesi yönünde yeni eğilim ortaya çıkmıştır²⁹. Ancak, yöneticinin gerekli nitelikleri taşımamasına rağmen işi kabul etmesinin ilk baştan özensiz bir davranış olduğu kabul edilmektedir. Bu niteliklere sahip olmamasına rağmen bu görevi kabul eden kişinin bu niteliklere sahip olmadığı savunmasının ise onu bu sorumluluktan kurtarmaması gerektiği görüşüne katılıyoruz³⁰.

Yöneticiler görevlerini tedbirli tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve ortaklığın menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümü altındadırlar (TTK m. 369, f. I). Tedbirli yönetici ölçüsü, yöneticinin kanuna, esas sözleşmeye ve kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "iş adamı kararı" alabileceğini kabul eder³¹. Bu şartlar altında alınan karar sebebiyle zarar oluşsa bile yöneticilerin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

A. BankK Hükümleri ile 6762 sayılı eTTK Hükümlerinin Mukayesesi

Mülga eTTK'da YK üyeleri için kurul olarak kanun ve esas sözleşmeye aykırı şekilde vermiş oldukları karar ve işlemlerden dolayı ortaya çıkan zararlardan tam teselsül ilkesine uygun sorumluluk rejimi öngörülmüştür (eTTK m. 336). Tam teselsül ilkesinde amaç, kurul halinde

²⁷ REİSOĞLU, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, Madde 73-171, Cilt II, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2007, s. 1371; AKDAĞ GÜNEY, Şahsi sorumluluk, s. 1227; GÖKTÜRK/CAN, s. 273.

²⁸ AKDAĞ-GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 203.

²⁹ Bkz. TEKİNALP, Fondaki banka, § 78, N. 175; ÇAMOĞLU, sorumluluk, s. 70.

³⁰ GÖKTÜRK, s. 143; PULAŞLI, Şerh C. I, s. 1156; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 317; Aksi görüş için bkz. TEKİNALP, Fondaki banka § 79, N. 18; TEKİNALP, Banka hukuku, s. 293; ÇAMOĞLU, İflas koşulları, s. 10; ÇAMURCU, 74.

³¹ GÖKTÜRK, s. 144; BOZKURT YAŞAR, s. 58; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku Dersleri, 5. Bası, Dora Yayıncılık, Bursa 2017, s. 280; ÇAMURCU, 73.

verilen karar veya yapılan işlemlerden zarara uğrayan kişinin alacağını borçlulardan biri acze düşse bile diğerlerinden elde etmesini sağlamaktır³².

Bu nedenle, davacı YK üyelerinin ve müdürlerin kusur derecesine bakmadan tazminatın tümünü herhangi birinden veya tahsilde tekerrür olmaksızın hepsinden talep edebilir. Bu hüküm görüldüğü üzere zarar ile kusur arasındaki illiyet bağıni geri plana iterek alacaklıyı korumaktadır. Buna göre alacaklı, hafif kusurlu olan YK üyesi veya yöneticiden alacağının tümünü tahsil etme imkânına sahiptir. Ancak, yöneticinin hafif kusurlu olmasına rağmen tazminatın tümünü ödemek mecburiyetinde kalmakta iken, ağır kusurlu yöneticiden kusurundan fazla ödediği tutarı tahsil etmekte sorun yaşayabilecektir³³. Banka yöneticilerinin özen borcunun sınırlarını tespit ederken genel hükümlere yollama yapılmıştır (BankK m. 2, f. III). Bu itibarla, mülga TTK m. 320'ye göre YK üyeleri ve yöneticilerin özen borcu vekâlet veya hizmet akdi hükümlerine göre tespit edilecektir³⁴.

BankK m. 110'da banka YK üyelerinin şahsi sorumluluklarının doğması ve buna bağlı olarak iflaslarının istenebileceği durumlarda eTTK m. 336'da tam teselsül sorumluluğu yerine YK üyelerinin bankaya verdikleri zararlarla sınırlı şahsi sorumlulukları kabul edilmiştir³⁵. eTTK m. 336 hükmüne göre, anonim ortaklık YK üyelerinin kurul olarak sorumluluklarının söz konusu olması halinde, üyelerin kusur derecelerine bakılmaksızın müteselsil sorumluluk kabul edilmiştir³⁶. Burada teselsülden kasıt tam teselsüldür. Dolayısıyla, bu kapsamda davacı uğradığı zararın tamamını yöneticilerin birisinden veya tümünden talep edebilir.

İki düzenleme arasındaki ortak nokta banka yöneticilerinin hem BankK m. 110 hükmü gereğince bankanın faaliyet izninin kaldırılması ve Fon'a devir edilmesiyle ortaya çıkan zarardan hem de eTTK m. 336

³² ÇAMOĞLU, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul, 2007, s. 21-22.

³³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. HELVACI, Müteselsil sorumluluk, s. 221; HELVACI, Mehmet, Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu- 26 Ekim 2013, GÜHFD 2013/2, s. 84; Mark/VENTURİ, Silvio, Swiss Board of Directors, Schulthess, Geneve 2009, s. 247-248.

³⁴ Geniş bilgi için bkz. ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 110.

³⁵ DOĞRUSÖZ, s. 82.

³⁶ AKDAĞ GÜNEY, Şahsi sorumluluk, s. 1207- 1240.

düzenlenen kanuna ve esas sözleşmeye aykırı karar ve işlemlerinden doğan zarardan, kusur ilkesine göre sorumluluğudur.

Banka yöneticilerinin, banka ile sözleşme ilişkisiyle çalışmalarından dolayı hem BankK m. 137 hem de eTTK m. 338 kusurlu oldukları karinesi getirilmiştir. Bu durumun aksini yani kanuna ve esas sözleşmeye aykırı karar ve işlemde kusursuz olduklarını kendilerinin ispat etmesi gerekir. Banka yöneticileri tek başlarına verdikleri kararlarda müşterek sorumlulukları, organ sıfatıyla kurul olarak verdikleri kararlardan müteselsil sorumlulukları söz konusudur.

Bankanın Fon'a devir edilmesi kararından sonra yöneticiler hakkında iflas davası açmaya sadece Fon YK yetkili kılınmıştır³⁷. Ancak, AO YK üyeleri ve müdürler hakkında ortaklar, ortaklık ve alacaklılar sorumluluk davası açabilirler³⁸. Buna ek olarak GK'da yöneticiler aleyhine dava açılmamasına karar verilmiş olsa bile azınlık dava açılması yönünde oy kullanırsa talep tarihinden itibaren 1 ay içinde dava açılması zorunludur (eTTK m. 341).

BanK m. 110 hükmü ile getirilen hukuki sorumluluk, ancak BankK'ya aykırı karar ve işlemlerde söz konusu olabilir. eTTK m. 336'ya göre hukuki sorumluluk ise kanuna, esas sözleşmeye veya özen borcuna aykırılık halinde ortaya çıkabilir. Bu itibarla, yöneticilere BanK m. 110'a göre BankK'na aykırı karar ve işlemlerin dışındaki sebeplerle şahsi sorumluluklarına gidilerek iflas davası açılması mümkün değildir.

BanK m. 110 hükmüne göre yöneticiler hakkında şahsi sorumluluklarına dayalı olarak iflas davası açılabilmesi için iki usulü ön şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, BanK m. 71 hükmünün uygulanması suretiyle bankanın faaliyet izninin kaldırılması ve Fon'a devir edilmesidir. Diğeri ise, Fon'un Banka yöneticileri hakkında şahsi iflasının istenmesi yönünde karar almasıdır (BanK m. 106). Bununla karşılık, eTTK m. 336 hükmüne göre sorumluluk davası açılması için GK dışında bir karar almasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Sorumluluk davasında deliller HMK'ya tabidir (TTK m. 4, son fıkra). Ancak, davanın her iki tarafı tacir sıfatını taşımadığından ortaklığın (bankanın) ticari defterleri delil olarak kullanılmaz.

³⁷ ÇAMOĞLU, Ersin, Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflasının Koşulları, Batider, C. XXVII, S. 1, Mart 2011, s.

³⁸ ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 335; ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 21; AKDAĞ GÜNEY, Şahsi Sorumluluk, s. 1211.

Banka yöneticileri ile AO yöneticileri aleyhine açılan sorumluluk davalarında basit yargılama usulü (BankK m. 106, f. IV; HMK m. 507-511) uygulanır (TTK m. 1521).

İhtiyati tedbirin varlığını koruma süresi HMK'da 10 gün iken, BankK'da Fon alacakları için 6 ay olarak belirlenmiştir.

YK üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin hükümler TTK'da düzenlenmesi nedeniyle mutlak ticari iş mahiyetinde olduğundan davalar şirket merkezinin bulunduğu yer (eTTK m. 309, f. III) ticaret mahkemesinde görülecektir³⁹. İstanbul ili sınırları ikametgahı⁴⁰ olan banka yöneticileri aleyhine açılacak hukuk davalarının İstanbul 1 veya 2 nolu Asliye Ticaret mahkemesinde görüleceği düzenlenmiştir (BankK m. 142, f. II).

İbra kararı almaya sadece ortaklık GK yetkilidir (eTTK m. 310-380). İbra kararı GK bilgisine sunulan konularla sınırlıdır. Bunun dışında, GK ulaşmayan ulaşıya bile bilanço hileleri ile orta yetenekte bir insanın anlayamayacağı şekilde gizlenen bilgiler ibra kapsamı dışında kalır⁴¹. Ancak, banka YK üyeleri ile yöneticiler hakkında tazminat talebiyle birlikte ibra kararı varsa o kararın iptali de istenebilir (BankK m. 133).

eTTK m. 340'a dayanan sorumluluk davası, davacıların zarar ve sorumluları öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl, her halükarda zarar veren fiilin gerçekleşmesinden itibaren 5 yılda zamanaşımına uğrar. Ancak, zarar veren fiil aynı zamanda suç ise sorumluların mahkûm olmaları şartıyla, bu suçun zaman aşımı süresi kadar uzar (eTTK m. 340 del 309, f. IV). Fon alacaklarından kaynaklanan dava ve takiplerde zaman aşımı süresi 20 yıl olarak düzenlenmiştir (BankK m. 141). Doktrinde 20 yıllık sürenin şeklen usul hükmü olmasına rağmen hakkın özünü etkilediğinden maddi hüküm ağır bastığından geriye yürütülmesi nedeniyle AY aykırılığı tartışması yaratmıştır⁴².

B. BankK Hükümleri İle 6102 sayılı TTK Hükümlerinin Mukayesesi

BankK'nun 110 ile getirilen “.....bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bunların şahsi sorumlulukları yoluna gidilerek,...” ifade ile

³⁹ ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 161.

⁴⁰ ALICI, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta, İstanbul 2007, s. 1184; GÖKTÜRK, s. 202.

⁴¹ DOĞRUSÖZ, s. 297; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 421-429.

⁴² Tartışmalar için bkz. TEKİNALP, Banka Hukuku, 344; ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 407; ÇAMOĞLU, Şahsi Sorumluluk s. 16; Aksi görüş için bkz. REİSOĞLU, s. 1576; DOĞRUSÖZ, s. 295.

TTK m. 557'nin “.....Birden çok kişinin aynı zararı⁴³ tazminle yükümlü olmaları halinde, bunların her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.” ifadesi birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Görüldüğü üzere, kanun koyucu BankK m. 110'da yöneticilerin bankaya vermiş oldukları zarardan müteselsilen sorumlu olacakları yönünde bir ifadeye yer vermemiştir.

Doktrinde BankK m. 110 hükmü ile TTK m. 557'de düzenlenmiş olan farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu ile aynı anlama gelip gelmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre her iki madde metni birbirinden farklı olarak kaleme alındığından aynı manayı vermediği savunulmaktadır. Buna gerekçe olarak kanun koyucu BankK m. 110'da teselsül sorumluluğunu düzenlemek isteseydi, bunu TTK m. 557'de olduğu gibi açık bir şekilde düzenleyebileceği gösterilmektedir. Bu nedenle, yöneticilerin BankK m. 110'a göre müteselsilen sorumlu olmaları, bu yöneticilerin aynı zarara birlikte sebebiyet vermiş olmaları hali ile sınırlıdır. Ancak, bu durum müteselsil sorumluluğun tamamen terki anlamına gelmeyip rücnun başlangıçta dikkate alınması olduğu görüşü savunulmaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun banka yöneticilerinin şahsi sorumluluğunu TTK m. 557'de düzenlenmiş olan teselsül sorumluluğuna göre daha dar düzenlediği görülmektedir⁴⁴. Ancak, birden fazla yöneticinin aynı zarara sebebiyet vermesi halinde BankK m. 110 göre ve TTK m. 557'de benimsenmiş olan farklılaştırılmış teselsül hükümleri uygulanabileceği savunulmaktadır⁴⁵. Diğer bir görüşe göre ise kanun koyucu BankK m.110 ile TTK m. 557'de olduğu gibi farklılaştırılmış teselsül sorumluluğunu düzenlemiştir⁴⁶. Bu görüş sahiplerine göre, her iki hükümde de farklılaştırılmış teselsül sorumluluğunu düzenlediği kabul edilmektedir. BankK m. 110 ifadesinde farklılaştırılmış teselsül ibaresi geçmediği gibi TTK m. 557'ye bir atıf da bulunmamaktadır. Hükümde sadece sorumluluğun kusur oranıyla sınırlandırılmış olduğu ifadesi bulunduğundan ilk görüşe katılmaktayız.

⁴³ Aynı zarar ifadesinden toplam zararın anlaşılması gerektiği görüşü için bkz. TEKİNALP, Fon'daki banka, s. 80-81; DOĞRUSÖZ, s. 131; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 393.

⁴⁴ AKDAĞ GÜNEY, Şahsi Sorumluluk, s. 1230.

⁴⁵ Bu hususta bkz. TEKİNALP, Ünal, Fon'daki banka, İstanbul, 2003, s. 80-81; DOĞRUSÖZ, s. 131.

⁴⁶ ÇAMOĞLU, İflas Koşulları, s. 14.

BankK m. 110'da banka YK üyelerinin şahsi sorumluluklarına ve buna bağlı iflaslarının istenebileceği durumlarda TTK m. 557'de düzenlenen farklılaştırılmış teselsül sorumluluğu yerine YK üyelerinin bankaya verdikleri zararlar sınırlı şahsi sorumlulukları kabul edilmiştir⁴⁷. Türk hukuku bakımından farklılaştırılmış teselsül sorumluluğunun benimsenmesinde de İBK'nın m. 759'de yapılan değişiklik etkili olmuştur⁴⁸. Bu durum TTK m. 557'nin gerekçesinde İBK'nın 759. maddesinin⁴⁹ mehz olduğu belirtilerek ifade edilmiştir. Farklılaştırılmış teselsülün temeli müteselsil borç ilişkisine dayanır⁵⁰. Banka yöneticileri için BankK m. 110 ile getirilen zararlar sınırlı şahsi sorumluluk, TTK m. 557 ile geniş anlamda farklılaştırılmış teselsül sorumluluğuyla aynı anlama gelmediği söylenebilir. Mukayese edildiğinde yöneticilerin TTK m. 557'a göre müteselsil sorumlu olmaları daha geniş; aynı yöneticilerin BankK m. 110'da aynı zarara sebep olmaları şartına bağlandığından daha dar kapsamlıdır. TTK m. 557'ye göre YK üyelerinin sorumlu tutulmasının odağına uygun nedensellik bağı konmuştur. Başka bir deyişle, bu hükme göre hiçbir yöneticinin uygun nedensellik bağı olmadan zarardan sorumlu tutulması mümkün değildir. TTK m. 557'de ifadesini bulan farklılaştırılmış teselsül sisteminde YK üyelerinin sorumluluk tutarı ile BankK m. 110'daki yöneticilerin sorumluluk tutarı verilen zarar ile kusur arasında nedensellik oranıyla sınırlandırılmıştır⁵¹. Bu nedenle sorumluluğun paylaşılması her bir yöneticinin sanki zararı tek başına vermiş gibi değerlendirilerek tespit edilecektir⁵².

Farklılaştırılmış teselsül ile murat edilen AO yöneticilerini kusurları oranında müteselsilen sorumlu kılmaktır⁵³. Zira farklılaştırılmış teselsül ilkesi yeni bir borç kaynağı yaratmaktan öte illiyet bağına öne çıkararak ve

⁴⁷ DOĞRUSÖZ, s. 82.

⁴⁸ HELVACI, Müteselsil sorumluluk, s. 225; DOĞRUSÖZ, s. 49-51; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 388.

⁴⁹ Bu konuda geniş bilgi ve tartışmalar için bkz. BAUEN/VETURİ, S. 224-252; KARAYALÇIN, Yaşar, İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler, Ankara Barosu Dergisi, Y.65, S. 4, Güz 2007, s. 115-119.

⁵⁰ GÖKTÜRK/CAN, s. 270.

⁵¹ Yöneticilerin farklılaştırılmış teselsülde kusurlarına dayalı sorumluluk tespitine yönelik örnekler için bkz. HELVACI, Farklılaştırılmış teselsül, s. 93- 96; AKDAĞ GÜNEY, s. 385-386.

⁵² GÖKTÜRK/CAN, s. 260; BAUEN/ VENTURİ, s. 248; ÇAMURCU, 70.

⁵³ Bkz. HELVACI, Müteselsil sorumluluk, s. 224; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 295.

davalıya itiraz hakkı tanıyarak borcun ifa edilme tarzına ilişkin getirilen bir yeniliktir⁵⁴.

Kanun koyucu TTK m. 557 ile AO hukukunda eTTK m. 336'da düzenlenmiş olan tam teselsül ilkesini tazminat hukukunun temel ilkesi olan uygun nedensellik bağının öne çıkarılarak yeniden tanzim etmiştir⁵⁵. Buna gerekçe olarak uğranılan zarar ile hukuka aykırı karar veya işlem arasında uygun nedensellik bağı kurulamayan yöneticinin alacaklının korunması uğruna sorumlu tutulması, hem müteselsil sorumluluk kavramına hem de hukuk ve adalete aykırı olduğu gösterilmiştir⁵⁶⁻⁵⁷.

TTK m. 557 ile BankK m. 110 hükmünde sorumlular bireysel indirim sebeplerini dış ilişkide ilk başta zarar görene karşı ileri sürebilirler. Bu itibarla, bu iki hükümde de yöneticilere eTTK m. 338'de düzenlenen sorumluluktan kurtulmaya yönelik savunmalarını ortaya koyma imkanı verilmiştir. Banka yöneticilerine BankK m. 110 kapsamında şahsi sorumluluk davasında sadece Fon davacı olabilirken, sorumluluk davalarında ortaklık, pay sahipleri ve alacaklılar davacı olabilir.

6102 sayılı TTK'da YK üyelerine karşı sorumluluk davası açılması şirketin iflas halinde olup olmamasına göre değişmektedir. Buna göre, ortaklığın iflas etmesi hali dışında ortaklık YK üyelerine hukuki sorumluluk davası açabilecektir (TTK m. 555). Ayrıca, yöneticilere ortaklık veya paydaşlar da TTK m. 556'ya göre sorumluluk davası açabilirler. Alacaklılar ise dava açma hakkı sadece şirketin iflas etmesi halinde tanınmıştır (TTK m. 556). Ancak, eTTK m. 341'i karşılayan bir düzenleme TTK'nda bulunmamaktadır. Ancak, Yargıtay TTK'da mülga eTTK m. 341 karşılayan bir hüküm bulunmasına rağmen YK üyelerinin sorumluluğuna gidilmesi için GK aranması gerektiği yönünde karar vermiştir⁵⁸.

⁵⁴ GÖKTÜRK/CAN, s. 259.

⁵⁵ AKDAĞ GÜNEY, Şahsi Sorumluluk, s. 1213; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 373.

⁵⁶ Bkz. TTK 557. madde gerekçesi; HELVACI, Müteselsil sorumluluk, s. 224; TEKİNALP, § 16, N 139; ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 390.

⁵⁷ Helvacı bu şekilde TTK m. 557 hükmüyle farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile getirilen hükmün adil olmadığı görüşündedir bkz. HELVACI, Farklılaştırılmış teselsül, s. 95.

⁵⁸ 6102 sayılı TTK hükümleri arasında mülga TTK'nın 341. maddesini karşılayan açık bir hüküm bulunmama ile birlikte TTK m. 479, f. 3-a düzenlemesi dayanak yapılarak yöneticiler hakkında GK kararı olmadan sorumluluk davasının açılmayacağına karar verilmiştir (Yargıtay 11. HD, 30.09.2014, E.5386/ K. 14890 yayımlanmamış).

Sorumluluk davasında deliller HMK'ya tabidir (TTK m. 4). Ancak, davanın her iki tarafı tacir sıfatını taşımadığından ortaklığın ticari defterleri delil olarak kullanılmaz.

Banka yöneticileri aleyhine açılan sorumluluk davalarında basit yargılama usulü (BankK m. 106, f. IV; HMK m. 507-511) uygulanır (TTK m. 1521).

Alacaklıların YK üyeleri hakkında açacakları sorumluluk davasında ortaklığın iflası ön şart olarak getirilmiştir (TTK m. 556). Bu hüküm Fon'un banka YK üyeleri ve yöneticileri hakkında şahsi sorumluluk davası açılmasının ön şartı olan faaliyet izninin kaldırılması veya Fon'a devir edilmesi iflasa denk ve paralel bir düzenleme olduğu izlenimi vermektedir. Ancak, eTTK'da karşılığı bulunmayan ve düzenlenmesinde haklı bir gerekçe olmayan TTK m. 556 hükmünün sorumluluk hukukunda geriye gidiş olması sebebiyle eleştirilmektedir⁵⁹.

Doktrinde YK üyeleri ve yöneticiler hakkında açılan sorumluluk davasında kusuru ispat yükünün hangi tarafta olduğu konusu tartışmalıdır. TTK m. 553, f. I'de düzenlenmiş olan "*kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça*" ibaresi 6335 sayılı kanun ile metinden çıkartılmıştır. Bu değişiklikten sonra, katıldığımız bir görüşe göre kurucular dışında sayılan diğer yöneticilerin, sorumluluktan kurtulmak için AO ile aralarında sözleşme ilişkisi bulunduğundan TBK'nın genel sistematigi nedeniyle kusursuz olduklarını ispat etmeleri gerekir⁶⁰. Diğer bir görüşe göre ise TTK m. 553'de eTTK m. 338 paralel bir düzenleme bulunmadığından davacı, YK üyeleri ve yöneticilerin kusurlu olduklarını ispat etmek mecburiyeti altındadır⁶¹. Bankacılık Kanunu yönünden ise kusur karinesi

⁵⁹ HELVACI, Farklılaştırılmış teselsül, s. 78.

⁶⁰ ÇAMOĞLU, Ersin; Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 413; KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Baskıdan 3. (Tıpkı) Bası, XII Levha, İstanbul 2016, s. 460; PULAŞLI, Şerh C. I, s.1152; HELVACI, Farklılaştırılmış teselsül, s. 81; YASAMAN, Hamdi, Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu- 26 Ekim 2013, GÜHFD 2013/2, s. 98; AKDAĞ GÜNEY ise AO yöneticilerinin sorumluluğunun tespitinde ispat yükü konusunda (s. 200-201) ilk görüşü savunurken, hemen ardından başka bir yerde (s. 320) ikinci görüşü savunmaktadır.

⁶¹ HACİMAHMUTOĞLU TMK m. 6 ve HMK m. 190'da düzenlenen genel ispat kuralının uygulanmaması için TTK'da bu yönde bir düzenleme eksikliği olduğuna işaret etmektedir. Oysa bu YK üyeleri ve çalışanlara yüklenen ispat külfeti TBK'nın genel sistematiginden doğmaktadır. Bkz HACİMAHMUTOĞLU, Sibel, Anonim Ortaklığın

düzenlendiğinden (BankK m. 137) kusursuz olduklarını ispat yükü yöneticiler üzerinde bırakılmıştır.

İbra kararı, GK kararıyla kaldırılamaz (TTK m. 558, f. I-c.1). Başka bir deyişle GK aldığı ibra kararını iptal etme veya hükümsüz saymak gibi bir yetkisi yoktur. Ancak, banka YK üyeleri ile yöneticiler hakkında tazminat talebiyle birlikte ibra kararı varsa o kararın iptali de istenebilir (BankK m. 133).

Kuruculara, YK üyelerine ve yöneticilere karşı dava açma hakkına ilişkin süreler eTTK m. 340 hükmüne benzer şekilde TTK m. 560'da düzenlenmiştir. Kanun koyucu Fon'un BankK'ndan kaynaklanan alacakları ilişkin dava ve taleplerde zamanaşımı süresini 20 yıl olarak tanzim etmiştir (Bank m.141). Bu hükme göre, 20 yıllık bu süre sadece Fon'un BankK'ndan doğan alacaklarının talep edilmesinde geçerli olacaktır. BankK'ndan doğmayan alacaklarda ise genel hükümler geçerli olacaktır. Doktrinde bu hüküm haklı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶².

4. BANKA YÖNETİCİLERİNE ŞAHSİ SORUMLULUK DAVASI AÇILMASININ ŞARTLARI

Bankacılık Kanunu m. 110'a göre YK üyeleri ile yöneticiler hakkında iflas talebiyle şahsi sorumluluk davası açılabilmesi iki ön şarta bağlanmıştır. Bu ön şartlardan ilki bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fon'a devredilmesi gerekmektedir (BankK m. 110, f. I). Yöneticilerin şahsi iflaslarının istenebilmesi için, bankanın iflas etmesi şart değildir, fona devir edilmesi kararı yeterlidir⁶³. İkincisi ise Fon'un yöneticiler hakkında şahsi iflas davası açılmasına karar vermesidir (BankK m. 128).

YK, DK, KK üyeleri ve diğer yöneticiler birlikte aldıkları kararlar sebebiyle oluşan zarardan müteselsilen sorumlu olacaklardır (TBK m.

Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım, Batider, XXXI (3), Eylül 2015, s. 54-55; . ÜÇİŞİK, Güzin/ ÇELİK, Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku, C. I, Ankara 2013, s. 562..

⁶² Bu konudaki eleştiriler için bkz. REİSOĞLU, s. 1577; ALICI, s. 1180; YILDIRIM, s. 1308- 1310; ÇAMOĞLU, İflas Koşulları, s. 17.

⁶³ ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 389; ALICI, s. 1052; DOĞRUSÖZ, s. 172; ÇAMOĞLU, İflas Koşulları, s. 13.

61)⁶⁴. Ancak, bankadaki Murahhas üyenin tek başına verdiği karar ve işlemi dolayısıyla BankK m. 71 uygulanması halinde, diğer YK üyelerinin şahsi sorumluluğuna gidilmesi ve buna bağlı olarak iflasının talep edilmesi söz konusu olmayabilir⁶⁵.

A. Şekli Şartlar

Banka yöneticilerinin şahsi sorumluluğuna ilişkin BankK m. 110 hükmünün uygulanması için aşağıdaki iki şekli şartın birlikte gerçekleşmiş olması aranır. Bu özel sorumluluğa başvurulması için önceki dönemlerde İbra kararı verilmiş olmasının bir etkisi olmayacağı görüşü savunulmaktadır⁶⁶.

1) BDDK'nın Bankanın Faaliyet İznini Kaldırması veya Bankanın İflas Etmesi

BankK'nın m. 71'de bir mevduat bankasına el konulmasını gerektiren iflas veya iflasa denk durumlar 5 bent halinde sayılmıştır. Bu hükümlerde yöneticilerin banka kaynaklarını kendileri veya hakim ortak lehine kullandırmak suretiyle zarara uğratmaları kast edilmiştir⁶⁷.

BDDK murakıpları vasıtasıyla yaptırdığı denetimler sonucunda yöneticilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri nedeniyle BankK m. 71'de sayılan hallerden bir veya bir kaçının uygulanmasına neden oldukları takdirde bankanın faaliyet iznini kaldırmaya veya Fon'a devir edilmesine karar verebilir. Kanun koyucu bir bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya fona devri konusundaki kararın alınmasında özel nisap aramıştır. Buna göre, 7 kişiden müteşekkil BDDK bu kararı en az 5 üyenin aynı yönde oyu ile alabilir (BankK m. 71/II).

Kurulun aldığı bu karar, idari işlem olarak nitelendirilebilir. Bu karara karşı ilk derece mahkemesi olarak Danıştay 'da iptal davası açılabilir (BankK m. 105).

⁶⁴ REİSOĞLU, s. 1370; ALICI, s. 1057; TBK m . 61 ve 162. vd hükümleri bağlamında müteselsil sorumluluk için bkz.

DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan, Müteselsil Sorumluluk, Ankara 2015, s. 149-170; ŞAHİN CANER, Ayşegül, Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk, İstanbul 2017, s. 103-112; YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, Haksız Fiil Sebepiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ankara 2014, s. 5-110.

⁶⁵ TEKİNALP, Fon'daki banka, s. 77; REİSOĞLU, s. 1370; BAUEN, s. 58; DOĞRUSÖZ, s. 171; BOZKURT YAŞAR, s. 217; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 189.

⁶⁶ Bu konuda bkz. KIRCA, İsmail, İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanasını, Batider, C.XXIII, S.3, 2006, s. 33-51.

⁶⁷ ÇAMOĞLU, İflas Koşulları, s. 13.

2) Fon'un Banka Yöneticisi Hakkında İflas Davası Açılmasına Karar Vermesi

Fon Kurulu biri başkan ve biri ikinci başkan olmak üzere 7 kişiden teşekkül eder. Bu üyelere en az birisinin hukuk fakültesi mezunu olması şarttır (BankK m. 113). Fon Kurulu en az 5 üyenin hazır bulunması ile toplanır. Özel nisap aranan haller dışında 4 üyenin aynı yönde verdiği oy ile karar alır (BankK m. 116/II). BankK m. 110'da Fon Kurulunun yöneticiler hakkında şahsi iflas davası açılmasına karar verilmesi için, Fon'a devir kararından farklı olarak özel bir nisap aramadığı görülmektedir. Bu itibarla, Fon Kurulu 5 üye ile toplanarak 4 üyenin aynı yönde kullandığı oy ile yöneticiler hakkında şahsi iflas davası açılmasına karar verebilir.

Türk hukukunda iflasa tabi kişiler üçlü bir tasnife tabi tutulabilir. Bunlardan ilki, tacirlerdir. İkincisi, tacir olmadıkları halde tacirlere ilişkin hükümlere tabi tutulan kişilerdir (TTK m. 12, f. III). Nihayet üçüncüsü ise, tacir olmamaları veya tacirler hakkında hükümlerin tatbik edilememesine rağmen özel kanunlar ile iflasa tabi kılınmış olan kimselerdir. Bunlar bankanın hakim ortakları ve yöneticileri (BankK m. 110) ile sermaye piyasası kurumlarında işlem gören şirketlerin yüzde onundan fazla 10/100 paya sahip ortakları ile bu şirketlerin YK üyeleri ve yöneticileridir (SPK m. 98). Bu üçüncü gruba ortak olduğu şirketin ödenmeyen borçlarından ikinci derecede sınırsız sorumlu olan kollektif şirket ortakları (TTK m. 238, f. II-239) ile komandit şirkette komandite ortakları da eklemek gerekir (TTK m. 317).

Yöneticiler hakkında şahsi iflas davası açılabilmesi için BDDK tarafından bankanın faaliyet izninin kaldırılması ve Fon'a devredilmesiyle ilk şekli şart gerçekleşmiş olur. Yöneticiler hakkında şahsi iflas davası açılmasında diğer şekli şart ise Fon'un yönetici hakkında iflas davası açılması yönünde karar almasıdır (BankK m. 128). Yöneticiler hakkında iflas istenebilmesi için BankK m. 71'in uygulanması yeterli olup, bankanın iflasına karar verilmesine gerek yoktur⁶⁸.

Bu kararın verilmesinden sonra Fon yetkili ticaret mahkemesinde iflas davası açabilir. Kanun koyucu tarafından Fon'a BankK m. 110 ve TTK m. 553 ve devamı maddelerine göre tazminat davası açma hakkı tanınmıştır. Bu davalar aynı mahiyette sorumluluk davası olduğundan Fon'un bu konuda seçimlerlik bir hakkı söz konusu olacaktır. Bu itibarla,

⁶⁸ REİSOĞLU, s. 1367; DOĞRUSÖZ, s. 172.

Fon yöneticiler hakkında şahsi iflas davasının açılmasından sonra, dönüp bu kez TTK m. 557'ye istinaden sorumluluk davası açamayacaktır⁶⁹. Fon Kurulu tarafından hakkında şahsi iflas davası açılmasına karar verilen yöneticinin bu kararın iptalini Danıştay'da dava açarak talep edebilir.

B. Maddi Şartlar

Banka ile YK üyeleri arasındaki hukuki ilişki vekalet, banka ile yöneticiler arasındaki hukuki ilişki bir hizmet sözleşmesidir. Bununla birlikte, bankanın kanuna aykırı karar ve işlem nedeniyle zarara uğratması aynı zamanda haksız fiildir. Burada “*hakların yarışması*” söz konusudur⁷⁰. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanır (TBK m. 114, f. II). Bu davanın maddi şartları başlığı altında sorumluluğun kurucu unsurları olan kanuna aykırı karar ve işlem, kusur, zarar ile zarar doğuran karar ile işlem arasındaki nedensellik bağı ele alınacaktır.

1. Kanuna Aykırı Karar ve İşlem

Bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fon'a devir edilmesine neden olan karar veya işlem kanuna aykırı olmalıdır. Aksi halde, yöneticilerin iflas yolu ile takip edilmeleri mümkün değildir. Banka yöneticilerinin kanuna aykırı karar veya işlemleriyle verdikleri zararlardan dolayı iflas yolu ile takip edilmeleri istisnai bir yöntemdir. Bu nedenle tacir olmayan banka yöneticilerinin iflasına neden olacak kanuna aykırılığın dar yorumlanması gerektiği görüşüne bizde katılıyoruz⁷¹. Bu kapsamda, sadece özen borcuna aykırılık kanuna aykırılık olarak nitelenemez.

Kanuna aykırı karar bir kurul veya kişi organ tarafından oluşturulabilir veya icra edilebilir. Bu durumda, kararı oluşturanlar ve işlemi yapanlar birlikte sorumludur. Ancak, banka hiyerarşisi içinde kurul veya kişi organın oluşturduğu karara katılmayıp sadece uygulayan yöneticinin sorumlu tutulabilmesi için kararın kanuna aykırı olduğunu bilerek uygulaması gerekir⁷².

Öte yandan, BankK'nında kanununa aykırı karar ve işlemlerin neler olduğu tanımlanmadığından konu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre

⁶⁹ TEKİNALP, Banka Hukuku, s. 294; DOĞRUSÖZ, s. 213.

⁷⁰ REİSOĞLU, s. 1369; Esas itibarıyla banka yöneticilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleri nedeniyle sorumluluk öngörülen düzenleme haksız fiil sorumluluğudur (Bkz. GÖKTÜRK, s. 114-116).

⁷¹ ÇAMOĞLU, İflas Koşulları, s. 8.

⁷² TEKİNALP, Fon'daki banka, s. 77.

kanuna aykırılık ile kast edilenin BankK' ilave olarak sorumluluğu belirleyen hükümler yönünden TTK ve bankacılık ile kendisi arasında kesin bağ bulunan kanunlardır⁷³. Diğer bir görüş ise kanuna aykırılıktan tüm kanunlara aykırılığın anlaşılması gerektiği yönündedir⁷⁴. Kanaatimizce, savunulan ilk görüş daha isabetlidir. Buna gerekçe olarak kanun koyucunun BankK m. 110'u özel bir kanun içinde düzenlenmiş olması gösterilebilir. Ayrıca, amaç başlığını taşıyan BankK m.1'de bu "*kanun terimi ile BankK kastedilmiştir*" ifadesine yer verilmiştir. Ancak, BDDK'nın BankK'na dayanarak çıkardığı yönetmeliklere aykırılık da kanuna aykırılık olarak kabul edilemez⁷⁵.

Yöneticilerin kanuna aykırı olmayan karar ve işlemleri nedeniyle BankK m. 71 uygulanması halinde iflasları istenemeyecektir. Ancak, kanuna aykırı olmayan karar ve işlemler nedeniyle ortaya çıkan zarar yöneticiler ile banka arasında kurulan sözleşmeye dayanılarak veya genel hükümlere göre talep edilebilecektir⁷⁶.

2. Kusur

Banka yöneticileri hakkında iflas kararının verilebilmesi için bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fon'a devir edilmesine neden olan kanuna aykırı karar ve işlemlerde kusurlu olmaları gerekir⁷⁷. Yöneticilere sorumluluk yüklenme için kusurun seviyesinden daha çok bulunması önem arz eder. Zira kusurun seviyesi tazminat miktarının belirlenmesinde önem taşır.

Banka yöneticileri kusurları ölçüsünde zararı tazminle sorumlu tutulacaklardır. Fon tarafından her yöneticinin kusurunun varlığı ispat edilmesi gerekir⁷⁸. Doktrinde yöneticiye yüklenecek sorumlulukta kusurun dereceleri konusunda tartışma bulunmaktadır. İlk görüşe göre banka yöneticilerinin şahsi sorumluluklarının doğması ve bunların iflası ile sonuçlanan kanuna aykırı karar ve işlemleri nedeniyle BankK m. 71'in uygulanmasına neden olunmasında ağır kusurun aranması gerekir⁷⁹. Diğer

⁷³ TEKİNALP, Banka Hukuku, s.289;TEKİNALP, Fon'daki banka, s. 76; DOĞRUSÖZ, s. 135; ÇAMOĞLU, İflas Koşulları, s. 8.

⁷⁴ REİSOĞLU, s. 1370; ALICI, s. 1055; GÖKTÜRK, s. 101.

⁷⁵ TEKİNALP, Fon'daki banka, s. 77.

⁷⁶ REİSOĞLU, s. 1371; ALICI, s. 1056.

⁷⁷ TEKİNALP, Fon'daki banka, s. 77; REİSOĞLU, s. 1371; ÇAMOĞLU, İflas Koşulları, s. 9; GÖKTÜRK, s. 118.

⁷⁸ TEKİNALP, Fon'daki banka, s. 75.

⁷⁹ REİSOĞLU, s. 1372; TEKİNALP, Banka hukuku, s. 291; DOĞRUSÖZ, s. 135; ÇAMOĞLU, İflas Koşulları, s. 11.

bir görüş ise bankaya el konulması gerekçesine bağlı olarak değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Buna göre, BankK m. 71 a, b ve c bendindeki yöneticilerin mali bünye bozulmasına neden olan karar ve işlemlerde ağır kusurun yanında ihmali davranışlardan da sorumlu olunması gerektiğini savunmaktadır. Aynı görüş sahibi, BankK m. 71'e göre hakim ortakların menfaatlerine yönelik karar ve işlemlerde ise ağır kusurun aranması gerektiği görüşündedir⁸⁰. Nihayet üçüncü bir görüşe göre ise iflasa tabi olmak gibi bir sonucun ağır olduğu gerekçesiyle, sorumluluk yüklemek için ağır kusurun aranmasının bir gerekçesi olamayacağı belirtilmektedir. Gerekçe olarak banka yöneticileri ağır sonucu bilerek bu görevi kabul etmeleri gösterilmektedir. Buna ek olarak mevzuatta ne tacirlere ne de tacirlerin tabi olduğu hükümlere tabi olan kimselere iflas yoluyla takipte bulunulması için ağır kusur şartı aranmaktadır⁸¹. Buna göre, yöneticilerin sorumluluğuna gidebilmek için kusurun yeterli kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸².

Banka YK, kanun ve esas sözleşmede açıkça GK görevlendirildiği haller dışında kalan işlerde yetkilidir. YK üyeleri kendi özgür iradeleriyle bankanın yönetimiyle ilgili olarak belirli konularda o zamanın şartları içinde alınabilecek farklı alternatiflerden birisini tercih etmek zorundadır. Kredi verilir verilmeyeceği ve bunun şartları; hangi sektörde kredi büyümesine veya küçülmesine gidileceği; iştirak kurulması; şube açılması veya kapatılması konularında karar vermek hususunda takdir yetkisi kullanacaktır⁸³. AO yönetimin takdir yetkisi ise TTK m. 365 ve 375'te düzenlenmiştir. Takdir yetkisinin tek başına hatalı kullanılması sorumluluk sebebi olarak kabul edilemez⁸⁴. Banka yöneticilerine tanınan takdir yetkisi kapsamında verilen kararların yerindelik denetimi işadami kararı ilkesiyle sınırlamak suretiyle hukuki koruma sağlanmıştır⁸⁵. Burada yöneticiler karar alırken veya işlem yaparken kendilerine düşen yükümlülükleri dürüstlük ve sadakat ilkesi çerçevesinde yerine getirdikleri karinesi söz konusudur. Bu nedenle yöneticilere tanınan takdir

⁸⁰ DOĞRUSÖZ, s. 136.

⁸¹ GÖKTÜRK, s. 118.

⁸² ALICI, s. 1056; GÖKTÜRK, s. 118.

⁸³ KIRCA, İsmail, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu, Batider, C. XXII, S. 3, Haziran, 2004, s. 86; KAPLAN, Gözetim, s. 23; ÇAMOĞLU, Sorumluluk, s. 73; GÖKTÜRK, s. 149; PULAŞLI, Şerh I, s. 1157; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 190; BOZKURT YAŞAR, s. 129.

⁸⁴ ÇAMOĞLU, İflas koşulları, s. 10.

⁸⁵ BOZKURT YAŞAR, s. 129.

yetkisi sadece yönetime tanınan alanda söz konusu olabilir⁸⁶. Ancak, hakim bankanın Fon'a devir edilmesine neden olan karar veya işlem açık bir şekilde kanuna aykırı ise o zaman yerindelik denetimi yapılabilir. Diğer koşulların gerçekleşmesi kaydıyla YK üyelerinin sorumluluğuna hükmedebilir⁸⁷.

YK üyeleri ile yöneticilerin ne şekilde karar vermesi veya işlem yapması BankK ve buna dayanılarak çıkartılan yönetmeliklerde belirtilmesi hallerinde verilecek karar gerçek anlamda bir karar olarak nitelendirmek mümkün değildir. Bu gibi bir kararın nasıl verileceği veya işlemin nasıl yapılacağı hususunda BankK'nın çizdiği yol dışında takdir yetkisine dayanarak, zihni çaba harcanmak suretiyle verilen kararlarda gerekli dikkate ve özeni gösterilip gösterilmediği önem kazanır. Banka yöneticilerinin özen borcunun sınırlarını tespit ederken genel hükümlere yollama yapılmıştır (BankK m. 2, f. III). Bu itibarla, yöneticilerin özen borcu TTK m. 369'a göre tespit edilecektir. Dolayısıyla, banka yöneticileri kararın alınması sürecinde içinde bulunulan koşullara bağlı olarak dikkatli ve özenli davranmakla yükümlü olup, alınan kararın isabetli olduğu konusunda bir garanti veremez. Birçok karar alınması sürecinde ileride ortaya çıkabilecek sosyal ve ekonomik durumların tahminine bağlıdır. Bu konuda, önceki örneklerle bakılabilir, piyasa araştırması yaptırılabilir ancak bunların hiç birisi kesin değildir. Dolayısıyla her tahmin içinde bir yanılma ihtimali bulunmaktadır. Bu hususlar banka yöneticilerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Dolayısıyla, mahkeme yöneticilerin faaliyet çerçevesinde aldıkları karar ve işlemlerinde takdir yetkisinin yerindelik denetimine tabi tutulup tutulmayacağı meselesi ortaya çıkar⁸⁸. Bu konuda ne TTK'da ne de mütemmim cüzü olan kanunlarda açık bir hükme rastlanılmamıştır.

Yürütmenin takdir yetkisi en üst norm olarak "Yargı yolu" başlığını taşıyan AY m. 125'de düzenlenmiştir⁸⁹. Normlar hiyerarşisinde en üstte

⁸⁶ Bu konuda geniş bilgi için bkz. BOZKURT YAŞAR, s. 130.

⁸⁷ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim kurulu, s. 190.

⁸⁸ Kamu tüzel kişiliklerinde de kurul halinde çalışan organların yönetime ilişkin aldığı kararlarının yerindelik denetimine tabi tutulamayacağı kanun hükmü ile düzenlenmiştir. Örneğin, Sermaye Piyasası Kanunu m. 117; 5411 sayılı Bankacılık Kanununda BDDK için m. 82-TMSF için m. 111.

⁸⁹ Bu hüküm, 7 Mayıs 2010 tarihinde 5982 sayılı kanunun 11. maddesiyle değiştirilmiştir. "Yargı yetkisi idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunda

bulunan AY hükümleri özel hukuk kişileri arasındaki ihtilafların çözümünde de uygun düştüğü ölçüde rahatlıkla uygulanabilir (Horizontal effect)⁹⁰.

Banka işletmesinin gösterdiği kredi verme faaliyetinin doğasında risk bulunmaktadır. Banka tüzel kişiliğinin amacı kar sağlamak suretiyle büyümektir. Ancak, bu amaca ne şekilde ulaşılacağı yol ve yöntemlerini eksiksiz belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle YK üyeleri ve yöneticilere yönetim konusunda serbest alan tanımak mecburiyeti ortaya çıkar. Hareket serbestisinin tanındığı her durum kendi içinde bir takdir yetkisini verir. Banka yöneticilerinin bu yetkiyi kullanarak kararın verildiği andaki şartlar içinde en yerinde kararı almasına yerindelik adı verilir⁹¹. Tedbirli bir yöneticinin göstermesi gereken özeni gösteren YK üyelerinin kanuna uygun karar ve işlemlerinden zarar oluşsa bile sorumlu tutulmaması esastır⁹². Başka bir ifadeyle kredi verme işlemi doğası gereği verilen kredilerden belirli bir oranı her zaman geri dönmeme riski taşır. Bu nedenle, mevzuata uygun biçimde risk ölçümleri yapılmış ve aynı veya şahsi teminata bağlanmış kredinin piyasa koşulları nedeniyle geri ödenmemesi halinde banka yöneticilerinin sorumluluğundan bahsedilmemesi gerekir.

Yöneticilerin şahsi iflaslarına karar verilmesi talebiyle açılan davalarda hakim bankaya BankK m. 71'in uygulanmasına neden olan iş ve işlemler hakkında yerindelik denetimi yapamaz. Bu kurala idare hukukunda tanınmış olan iki istisnanın tanınması yerinde olacaktır. Bunlardan ilki, karar alınma sürecinde açık takdir hatasının yapılmasıdır. Diğeri ise, alınan karar veya yapılan işlem ile dayandığı sebebin orantılı olmamasıdır⁹³.

gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem veya işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”

⁹⁰ Kural olarak Anayasalarda düzenlenmiş olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler, devlet otoritesi ile kişiler arasındaki ilişkileri dikey (*vertical*) olarak düzenler. Başka bir deyişle, Anayasanın hükümleri en üst normdur ve Anayasanın altında yer alan kanunlar ve diğer düzenleyici işlemler bu üst norma uygun olmak zorundadır. Anayasalarda düzenlenmiş olan bu hükümlerin iki özel hukuk kişisine uygulanmasına yatay etki (*horizontal effect*) etki denir (GEİGER, Christophe, Trade Marks and Freedom of Expression- Proportionality of Criticism, ICC International Review Of Intellectual Property and Competition Law, 38(3), 2007, s. 318).

⁹¹ KIRCA, Özen borcu, s. 92; PULAŞLI, Şerh I, s. 1158.

⁹² Geniş bilgi için bkz. PULAŞLI, Şerh I, s. 1146.

⁹³ KIRCA, Özen borcu, s. 92.

3. Zarar

Yöneticilerin şahsi iflasları ile neticelenebilecek olan hukuki sorumluluğu, BankK aykırı karar ve işlemleriyle verdikleri zararlar ile sınırlıdır (BankK m. 110). Bu zarar, birden çok yöneticinin aynı konuya yönelen iradeleri neticesinden oluşan ortak karardan veya işlemde doğması gerekir⁹⁴. Banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu “bankaya verdiği zarar” tutarı ile takyid edilmiştir. Bu tutar, borçlar hukuku ilkeleri ile tespit edilebilir. Buna göre, zarar somut nitelik taşımalı ve kesin olarak belirlenmelidir. Bu zararın tespitinde, ileride doğması muhtemel zararlar ile varsayılan zararlar hesaba katılmayacaktır⁹⁵. Bu yönüyle dönmeyen kredi için karşılık ayrılması zararın doğduğu anlamına gelmez. Bunun için kredi borçlusu ve şahsi teminat verenlerin takip edilerek kesin aciz belgesinin alınması gerekir⁹⁶. Dolayısıyla, yöneticilerin hukuki sorumluluğunun doğması için maddi zararın gerçekleşmiş ve somut olması gerekir⁹⁷. Fon’un ve AO’nun yöneticilere dava açabilmesi için somut zararın ortaya çıkması gerekir. Gelecekte olma ihtimali olan zarar tehdidi dava açmak için yeterli değildir.

Fon yöneticiler hakkında zarar tutarını belirtilerek dava açılabilir. Ancak, bankanın uğradığı gerçek ve kesin zararın yargılama sürecinde mahkeme tarafından belirlenmesi gerekir⁹⁸. Bu itibarla, Fon’un dava dilekçesinde belirttiği şahsi sorumluluk miktarı ve hesaplama şekli sadece mahkemeye yol gösterici olabilir⁹⁹. Kanun koyucu, Fon’un BankK m. 110’na göre yöneticiler hakkında açacağı davada zararın ispatını TMK m. 6’ya göre davacı üzerinde bırakmıştır¹⁰⁰.

4. Nedensellik (İllyet) Bağı

Nedensellik bağı, banka yöneticilerinin sorumluluğunun doğması için sebep ile sonuç arasında kurulması gereken zorunlu bağıdır. Burada sebepten kasıt, banka yöneticilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleri ile bankanın faaliyet izninin kaldırılması, sonuç ise Fon’a devir edilmesidir¹⁰¹. Başka bir deyişle, yöneticinin kanuna aykırı olarak verdiği

⁹⁴ GÖKTÜRK, s. 115.

⁹⁵ TEKİNALP, Fon’daki banka, s. 80; TEKİNALP, Banka hukuku, s. 294; DOĞRUSÖZ, s. 116.

⁹⁶ REİSOĞLU, s. 1371; TEKİNALP, Fon’daki banka, s. 80.

⁹⁷ REİSOĞLU, s. 1371.

⁹⁸ ÇAMOĞLU, İflas koşulları, s. 15.

⁹⁹ DOĞRUSÖZ, s. 130.

¹⁰⁰ REİSOĞLU, s. 1556; ALICI, s. 1056; ÇAMOĞLU, Hukuki Sorumluluk, s. 413.

¹⁰¹ TEKİNALP, Fon’daki banka, s. 79; ÇAMOĞLU, İflas koşulları, s. 6.

veya işlem ile bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devir edilmesi arasında sebep-sonuç ilişkisi nedensellik bağıdır.

Bu kapsamda, yöneticinin kanuna aykırı karar veya işlemi ile BankK m. 71'in uygulanması arasındaki nedensellik bağının mevcudiyetini kanıtlama yükümlülüğü Fon'a düşer¹⁰². Fon çalışanın kanuna aykırı karar ve işlemi olmasaydı, bankanın faaliyet izni kaldırılmayacak ve Fon'a devir edilmesine karar verilmesine gerek kalmayacağı ispatı halinde illiyet bağının varlığı kabul edilebilir. Fon tarafından yöneticinin karar veya işlemleri nedeniyle BankK m. 71 uygulanması kararı arasındaki nedensellik bağı ispat edilemediği takdirde şahsi sorumluluğuna gidilerek iflas kararı verilemeyecektir. Ancak, hakkında iflas kararı verilen YK üyesinin üyeliği herhangi bir işleme gerek olmaksızın (ipso ure) kendiliğinden düşer (TTK m. 363, f.2).

5. BANKA YÖNETİCİLERİNE ÖZEL SORUMLULUK HALİ DÜZENLENMESİNİN GEREKÇELERİ

Banka yöneticilerini iflasa tabi kılmak suretiyle ağır bir sorumluluk yüklenmiştir (BankK m. 110). Yöneticilerinin şahsi sorumluluğunu iflasa tabi kılmak yöntemine gidilmesinde amaçlar şunlar olabilir.

Bu amaçlardan ilki, yöneticilerin karar alırken ve işlemlerini yaparken dikkatli ve özenli çalışmaya sevk etmektir¹⁰³. Ayrıca, yöneticilere böyle ağır bir sorumluluk yüklenmesi karar alırken ve işlemleri yaparken daha ölçülü risk almaları yönünde baskı oluşturması beklentisi de olabilir. Amaçlardan ikincisi, ortaya çıkan zararın iflas kararıyla hızlı bir şekilde izale edilmesi düşünülmüş olabilir. Zira, iflas haciz yolu ile takibe nazaran daha hızlı bir tahsilat imkanı sağlayabilir. Üçüncü amaç ise, kanunun koyucunun hakkında iflas kararı verilmiş olan banka yöneticilerinin yeniden bir bankada çalışmasını önlemek olduğu düşünülebilir. Bu amaçlara, kısmen de olsa çalışanların yolsuzluk yapmasını önleme konusunda caydırıcı olması da eklenebilir.

6. İFLAS KARARININ GÜVENLİK TEDBİRLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

TCK m. 53'de iflasın sonuçlarından birisi olan tacir olarak icra etmekten yasaklanmak, güvenlik tedbirleri arasında sayılmıştır. Bu çerçevede, bir kimse hakkında iflas kararı verilmesi bir nevi ekonomik

¹⁰² ÇAMOĞLU, İflas koşulları, s. 14; ALICI, s. 1056; ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 362; TEKİNALP, Banka hukuku, s. 294; ÇAMOĞLU, Hukuki Sorumluluk, s. 413.

¹⁰³ TEKİNALP, Banka hukuku, s. 288; DOĞRUSÖZ, s. 15; GÖKTÜRK, s. 115.

faaliyette bulunma özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Bu noktadan hareketle, tacir olmayan veya tacirlere ilişkin hükümlerin uygulanacağı bir faaliyeti yürütmeyen bir kimseyi iflasın sonuçlarına tabi kılmak, bu kişiye bir nevi ekonomik ceza vermek olarak değerlendirilebilir¹⁰⁴. Bu yönüyle yöneticilerin iflası sonucu itibarıyla sözleşmeye aykırılıktan daha çok kanuna aykırılığın sonuçlarına benzemektedir.

7. İSPAT YÜKÜNÜN PAYLAŞTIRILMASI

Türk hukukunda ispat yükü, genel hüküm olarak haksız fiilde davacıya (TMK m 6; HMK m.187), sözleşme ilişkisinde ise davalıya yüklenmiştir (TBK m. 112). Banka yöneticileri hakkında açılacak davalarda TBK m. 112'ye paralel özel bir düzenleme olan Bank m. 137 ile Fon'un 108 ve 110 maddelere göre açacağı davalarda uygulanmak üzere getirilmiştir. Böylece kusursuz olduklarını ispat yükü davalı bankada sözleşme ilişkisiyle çalışan yöneticilerin üzerinde bırakılmıştır¹⁰⁵. Bu hükme göre Fon'a devredilmiş olan banka yöneticilerinden hakkında iflas davası açılmasına karar verilenler hakkında kusur karinesinin söz konusu olduğu söylenebilir¹⁰⁶. Dolayısıyla, Fon kusurun varlığını ispat etmekle değil, bankanın devir edilmesine neden olan zararı ispat etmekle yükümlü olacaktır.

BDDK'nın bankanın Fon'a devir edilmesi kararından sonra Fon bankanın kanuni halefi haline gelir¹⁰⁷. BankK m. 137'de fon tarafından 108 veya 110'a göre açılacak davalarda kusursuz olduğunu ispat yükünün davalıya ait olacaktır. Banka ile yöneticiler arasındaki ilişki hizmet veya vekalet sözleşmesine dayanmaktadır. Bu nedenle, Doktrinde kusursuzluğu ispat yükünün davalı yöneticiler üzerinde bırakılmasının (TTK m. 285), (eTTK m. 338 ve TBK m. 112)'ya uygun olduğu savunulmaktadır¹⁰⁸. Bu çerçevede, hakkında BankK m. 110'a göre iflas davası açılmış olan yöneticilere BankK m. 71'in uygulanmasına neden olan karar veya işlemlerde kusursuz olduklarını ispat ederek sorumluluktan

¹⁰⁴ ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 335; ÇAMOĞLU, İflas Koşulları, s. 17.

¹⁰⁵ REİSOĞLU, s. 1556; TEKİNALP, Banka hukuku, s. 344; GÖKTÜRK, s. 157.

¹⁰⁶ YILDIRIM, M. Kamil, Bankacılık Kanunu Gereğince Açılan Şahsi Sorumluluk Davasında İspat Yükü Kuralı Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan, Yetkin Yayınları, C. I, Ankara 2009, s. 1297-1315; ALICI, s. 1157; PULAŞLI, Şerh I, s. 1151.

¹⁰⁷ Bu konuda bkz. TEKİNALP, Fon'daki banka, N. 105, KIRCA, İbranın iptali, 39; GÖKTÜRK, s. 116; ÇAMOĞLU (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar, s. 431.

¹⁰⁸ YILDIRIM, s. 1314; Bu durum TBK'nın genel ispat kurallarıyla uyum içindedir, HELVACI, Farklılaştırılmış teselsül, s. 82.

kurtulabilirler¹⁰⁹. Bu hüküm, doktrinde adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹¹⁰.

SONUÇ

Öncelikle BankK m. 110 hükmüyle yöneticilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri nedeniyle verdikleri zararlar sınırlı olarak yüklediği hukuki sorumluluğun yanında iflas kararı verilebilmesi nedeniyle cezai mahiyet de taşımaktadır. Bu yönüyle zararın özel hukuka göre belirlendiği ve Fon’unda tasfiye ile görevlendirildiği melez bir hükümdür. Ancak, hükümde BankK yasalaştığı tarih itibarıyla genel hüküm olan eTTK m. 336’da düzenlenen aynı zarardan birden fazla kişinin sorumluluğunun düzenlendiği tam teselsül ilkesinden uzaklaşıldığı ve ceza hukukunda egemen olan suçun ve cezanın şahsiliği ilkesinin (TCK m. 2) baskın olduğu görülmektedir.

Banka yöneticileri hakkında eTTK m. 336’da düzenlenen tam teselsül ile TTK m. 557’ye göre farklılaştırılmış teselsül ilkelerine BankK m. 110 hükmünde yer vermeden bankaya verdikleri zararlar sınırlı şahsi sorumlulukları düzenlenmiştir. Buna rağmen, banka hakkında 71. maddesinin uygulanmasına neden olan karar veya işlemlerin sorumluları müeyyide olarak iflasa tabi kılınmıştır. Bu yönüyle hükmün konulma amacı Fon’un mevduat garantisi kapsamında ödediği tutarları diğer kusurlu yöneticilere de yayarak tahsil edilmesi amacıyla kendi içinde çelişkili olduğu söylenebilir.

Ayrıca, bu hükmün sorumluluk davasının ön şartı olarak iki kurumun idari kararına bağlı olması ve bunların idari yargı denetimine tabi olması da uygulanmasını güçleştirmektedir. Yöneticilerin iflasına karar verilmesi sürecinin BDDK ve Fon’un kararlarına bağlanması ve özel hukuk hükümlerine göre alınan bu kararların bankacılık hukuku alanında uzman olmayan Danıştay’da görülmesi de eleştirilebilir. En azından, bankanın BankK’nın 71. maddesinin uygulanarak Fon’a devri kararı BankK m. 110’a göre açılacak sorumluluk davasında ön şart olmaktan çıkartılmalı veya aynı mahkemeye ön şart olan her iki kararı ön mesele olarak bakabilme ve karar alma yetkisi tanınmalıdır.

Bu nedenle, uygulamada bir fayda sağlamayan bu hükmün tamamen kaldırılarak, banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu hususunda yürürlüğe giren genel hüküm olan TTK m. 557’ye atıf

¹⁰⁹ TEKİNALP, Banka hukuku, s. 343.

¹¹⁰ REİSOĞLU, s. 1556; YILDIRIM, s. 1315.

yapılması suretiyle öncelikle Fon'un alacağıının belirlenmesi gerekir. Belirlenen bu tutar üzerinden yöneticilerin iflasına karar verilmesi ve iflas takibinin de Fon tarafından bu tutar üzerinden yapılması gerekir.

Farklılaştırılmış teselsül ile tam teselsül arasında bir tercihi yapılırken davacı alacaklılar, pay sahipleri ve AO ile davalı YK üyelerinin menfaatlerini dikkatle ele almak gerekir. Kanaatimizce, davacı şirket ve pay sahipleri ise farklılaştırılmış teselsül, davacı alacaklı ise tam teselsül ilkesi uygulanmalıdır. Zira davalı şirket olması durumunda, farklılaştırılmış teselsül uygulayarak zarar alacaklı konumunda olan şirket veya paydaşlarda kalmalıdır. Çünkü pay sahipleri gerek YK üyelerini seçerken, gerekse ortaklığın kurulmasında taahhüt edilen payların ödenmesinde bir zarara uğrayacaklarını bilinçli kabul ederek hareket etmektedirler. Başka bir deyişle, pay sahipleri yönünden kusurlu olma riski taşıyan YK seçimiyle TBK m. 52, f. I'de düzenlenmiş olan "*ilk başta zarar tehlikesine razı olma*" durumu söz konusudur.

Zararla sonuçlanan böyle bir sürece dahil hiç olmayan davacı alacaklının ve banka özelinde halefi olan Fon'un pay sahibine ve kusurlu YK üyeleri ve yöneticilere nazaran daha iyi korunması gerekir. Zira, davalı alacaklı ne YK üyelerinin seçiminde bir dahil söz konusudur ne de şirket işleyişine müdahale hakkı söz konusudur. Bu nedenle, davacı alacaklı ticari hayat için genel kural olan hakkaniyet ve görünüşe güven ilkesinin bir sonucu olarak en çok korunması gereken menfaat sahibidir.

Ayrıca, kanun koyucu, ilk başta TTK m. 553, f. I'de kurucuların, YK üyelerinin ve yöneticiler için yer verilen kusursuz olduklarını ispat külfeti "*kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça*" ibaresi çıkartılmak suretiyle genel sistematığe geri dönmüştür. Bu durumu özellikle AO'dan ayrılan yöneticiler için delillere muktedir olma ilkesi ile uyumlu olmadığı söylenebilir de genel sistematığe uygundur.

BİBLİYOGRAFYA

- AKDAĞ GÜNEY, Necla; Bankalar Kanunu'na göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art. 759'da Yer Alan Farklılaştırılmış Teselsül Düzenlemesi İle Karşılaştırılması, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul, 2007, s. 1207- 1240 (Şahsi sorumluluk).
- AKDAĞ GÜNEY, Necla; Anonim Şirket Yönetim Kurulu, Vedat Kitapçılık, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, İstanbul 20168 (Yönetim kurulu).
- ALICI, Yaşar; Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta, İstanbul 2007.
- BAUEN, Marc/VENTURİ, Silvio; Swiss Board of Directors, Schulthess, Geneve 2009.

- BİLGİLİ, Fatih/ DEMİRKAPI, Ertan; Şirketler Hukuku Dersleri, Dora Basım, 5. Bası, Bursa 2017.
- BOZKURT Yaşar, Sevgi; Anonim Şirketlerde İşadami Kararı İlkesinin (Business Judgement Rule) Uygulaması, XII Levha, İstanbul 2015.
- ÇAMOĞLU, Ersin; Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2007 (Sorumluluk).
- ÇAMOĞLU, Ersin; Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflasının Koşulları, Batider, XXVII(1), Mart 2011, s. 5-17 (İflas koşulları).
- ÇAMOĞLU, Ersin; Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2011, s. 407-417, (Hukuki Sorumluluk).
- ÇAMURCU, Emin, Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi, İstanbul 2015.
- DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan, Müteselsil Sorumluluk, Ankara 2015.
- DOĞAN, Beşir Fatih; Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- DOĞRUSÖZ, Hanife; Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortakların Şahsi Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- GEİGER, Cristophe; Trade Marks and Freedom of Expression- Proportionality of Criticism, ICC International Review Of Intellectual Property and Competition Law, 38(3), 2007, s. 318
- GÖKTÜRK, Kürşat; Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu Özellikle Şahsi İflas Kapsamında Sorumluluk, Adalet, Ankara 2013.
- GÖKTÜRK, Kürşat/CAN, Mehmet Çelebi; Farklılaştırılmış Teselsülün-Özellikle-Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması, İnÜHFD, 2(2), 2011, s. 248-283.
- HACİMAHMUTOĞLU, Sibel; Anonim Ortaklığın Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü: Fonksiyonel Bir Yaklaşım, Batider, XXXI(3), Eylül 2015, s. 23-56.
- HELVACI, Mehmet; Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, Beta, 2. Bası, İstanbul 2001 (Hukuki Sorumluluk).
- HELVACI, Mehmet; Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş günü Armağanı, C.I, Beta, İstanbul, 2001, s. 219-232 (Müteselsil sorumluluk).
- HELVACI, Mehmet; Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 26 Ekim 2013, GÜHFD, 2013/2, s. 85-96 (Farklılaştırılmış teselsül).
- KARAYALÇIN, Yaşar, İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler, Ankara Barosu Dergisi, Y.65, S. 4, Güz 2007, s. 115-119.

- KENDİGELEN, Abuzer, Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, XII Levha, Güncellenmiş 2. Baskıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2016.
- KIRCA, İsmail; Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında, Takdir Yetkisi-Özen Borcu, Batıder, C. XXII, S. 3, Haziran, 2004, s. 85-96 (Özen borcu).
- KIRCA, İsmail; İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı, Batıder, XXIII(3), 2006, s. 33-54 (İbranın iptali).
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin; Ortaklıklar Hukuku, Cilt I, Yeniden Yazılmış 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 2. Bası, Adalet, Ankara 2014.
- REİSOĞLU, Seza; Bankacılık Kanunu Şerhi, Madde 73-171, Cilt II, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2007.
- ŞAHİN CANER, Ayşegül, Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk, İstanbul 2017.
- TEKİNALP, Ünal; Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009 (Banka hukuku).
- TEKİNALP, Ünal; Fon'daki Bankanın Hukuku, Lebib Yayıncılık, İstanbul 2003 (Fondaki banka).
- ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın; Anonim Ortaklıklar Hukuku, Adalet, C. I, Ankara 2013.
- YAĞCIOĞLU, Ali Haydar, Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ankara 2014.
- YASAMAN, Hamdi; Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu, 26 Ekim 2013, GÜHFD, 2013/2, s. 97-112.
- YILDIRIM, M. Kamil; Bankacılık Kanunu Gereğince Açılan Şahsi Sorumluluk Davasında İspat Yükü Kuralı Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.1297-1315.

ŞİKAGO KONVANSİYONU'NUN 83 BIS MADDESİNİN ULUSLARARASI VE TÜRK HAVACILIK HUKUKUNA ETKİLERİ

THE EFFECTS OF ARTICLE 83 BIS OF THE CHICAGO CONVENTION TO INTERNATIONAL AND TURKISH AVIATION LAW

Kazım Sedat SİRMEN*
Bilge ERSON ASAR**

ÖZET

Percival E. Fansler adındaki ünlü girişimcinin *Tampa* ve *St. Petersburg* şehirleri arasını kısaltmak için üretici *Thomas Benoist*'ten almış olduğu hava araçları ile başlayan ticari havacılık sektörü bugün 103.yılıni kutlamaktadır. O gün *Fansler*'in hava aracı ile seyahati için 400 \$ (yaklaşık bugünkü 10.000 \$) vermek gerekirken, bugün orta gelir gruplarına dahil olan insanlar dahi bu hava taşımacılığının konfor ve zaman kazandıran kalitesinden yararlanabilmektedirler. Öte yandan havayolu şirketleri-işletmeciler yahut operatörler- kârlılıklarını korumak için birbirleri ile kiralama (*lease*), çarter (*charter*) yahut değiş tokuş (*interchange*) gibi birtakım özel hukuk anlaşmaları yapmak suretiyle karşılıklı ticarî havacılık faaliyetinde bulunmaktadırlar. Tescil devletinin yükünü azaltmak, kendisinin kontrolünden uzaklaşan hava aracı üzerinde denetimi sağlamak amacıyla tescil devletine yer alan hava aracını işletecek operatörün esas idare merkezi, eğer öyle bir merkez yoksa, daimi ikametgâhının bulunduğu âkit operatör devletinin tescil devleti ile yapacağı anlaşma ile Şikago Konvansiyonunun 12 (Havacılık Kuralları) 30 (Hava aracı Radyo Teçhizatı), 31 (Uçuşa Elverişlilik Belgesi) ve 32 (a) (Personel lisansları) maddelerinde yer alan fonksiyon ve yükümlülüklerin tamamı yahut bir kısmını üstlenmesini sağlayan transfer anlaşması bağtlama imkânı veren 83 *BIS* Protokolü, bu Protokol'ün uluslararası hukukta ve Türk Hukukundaki kapsam ve etkileri bu makalenin konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Şikago Konvansiyonu, 83 *BIS*, Tescil Devleti, Operatör Devleti, kiralama, çarter, değiş tokuş, transfer anlaşması

ABSTRACT

The commercial aviation sector celebrates its one hundred and third anniversary of the day the famous entrepreneur named *Percival E. Fansler* managed to shorten the duration of the trip between the two cities of *Tampa* and *St. Petersburg*. The first ticket was sold to a businessman for 400\$ (approximately today's 10.000\$). Today, not only businessmen but also persons with moderate income can benefit from the comfortability and the time saving qualifications of air transportation. On the other hand airlines in order to protect their costs have been seeking some commercial operations of lease, charter and interchange of aircraft by making private law agreements. Here, the Protocol in question aims at reducing the burdens of State of Registry when the aircraft has been leased, chartered to the foreign operator which has principal place of business or if he has no such

* Yrd. Doç. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı "ssirmen@law.ankara.edu.tr"

** Yrd. Doç. Dr. Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı "b.erson@iku.edu.tr"

place of business, his permanent residence in other contracting State, namely State of Operator. According to the Protocol 83 *BIS* State of Registry may, by agreement with the State of Operator, transfer to it all or part of its functions and duties as State of Registry in respect of that aircraft under articles 12 (Rules of the air), 30 (Aircraft Radio Equipment), 31 (Certificate of Airworthiness) and 32(a)(Licences of Personnel) by relieving of responsibility in respect of the functions and duties transferred. In this Article we focused on the history of the enactment of this Protocol, scope and the effects thereof in international and Turkish Law. In Turkish law we focused on esp. the dry lease agreements between the foreign and national operators. According to the By-Law on LEASING of the Directorate General of Civil Aviation, for the validity of the dry-lease agreements, the state of registry and the state of operator has to conclude a 83 *BIS* transfer agreement.

Keywords: Chicago Convention, 83 *BIS*, State of Registry, State of Operator, lease, charter, interchange, transfer agreement

GİRİŞ

Uluslararası sivil havacılık hukuku emniyet üzerine temellendirilmiştir¹. Her devlet kendi ülkesi üzerinde tam ve münhasır egemenliği haizdir; bununla birlikte, devletlerin ülkesi üzerinde bulunan hava sahasında emniyeti sağlama ve bu amaçla denetim ve düzenleme yapma yönünde, uluslararası havacılık hukuku bakımından yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin en önemlilerinden biri hava araçları üzerindeki denetimlerdir. Bu denetimler, devletlerin tescil yoluyla tâbiyetlerine aldıkları hava araçlarının seyrüseferleri emniyetli bir şekilde gerçekleştirmesini de içine alan bir takım tedbirler içerir. 1944 tarihli Uluslararası Sivil Havacılık Konvansiyonu² (kısaca Şikago Konvansiyonu) açısından devletin hava aracı ve onu işletenin emniyetli biçimde ve hem kendisinin hem de yabancı devletlerin ulusal düzenlemelerine uygun şekilde hareket etmeleri konusundaki kontrol ve sorumluluğunu sağlayan, söz konusu devletin siciline tescildir. Hava sahalarında, yabancı tescilli hava araçlarının uluslararası seyrüsefer gerçekleştirdiği devletlerin, hava araçlarının tescili ve tâbiyeti konusunda önemli menfaatleri bulunmaktadır. Şikago Konvansiyonu tarafından öngörülen görev ve işlevlerin yerine getirilmesi bakımında özellikle kiralama, charter, değiş-tokuş gibi hukuki işlemlerde ortaya çıkacak belirsizlik ve karmaşanın önüne geçebilmek için, 6 Ekim 1980 tarihinde

¹ HUANG, Jiefang: Aviation Safety Through the Rule of Law. (Aviation Law and Policy) ICAO's Mechanism and Practices, 1. Ed., Kluwer Law International, 2009, s.17

² R.G. T.12.06.1945, S.6029

Montreal'de imzalanan Ek Protokol³ ile Şikago Konvansiyonu'na 83 *BIS* maddesi eklenmiş ve ilgili madde 20 Haziran 1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu madde, Konvansiyon'da yapılan ilk maddi değişiklik olarak kabul edilmektedir⁴. Bugün için 170 ülke bu değişikliği içeren Protokol'e taraftır⁵. Bu makale kaleme alındığı sırada tescil devleti ile operatörün bulunduğu devlet (operatör devleti) arasında imzalanmış 261 tane, 83 *BIS* anlaşması (tescil devleti ile operatör devleti arasında yapılan ve tescil devletinin Protokol'de sayılı fonksiyon ve yükümlülüklerinin tamamını yahut bir kısmını operatör devletine transfer ettiği anlaşma)nın varlığı göze çarpmaktadır⁶. Özellikle 2010 yılından sonra devletlerin 83 *BIS* anlaşması yapma yönündeki eğilimlerinde artış olduğu gözlemlenmektedir⁷.

Bu çalışmada önce 83 *BIS* değişikliğini içeren Protokolün hazırlık süreci anlatılacak; özellikle de Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (*International Civil Aviation Organization-ICAO*) nezdinde yapılan çalışmalara yer verilecektir. Ardından Protokol'ün kapsamı ele alınacaktır. Bu çerçevede, 83 *BIS* anlaşmalarının hukuki niteliği ve özellikleri açıklandıktan sonra sorumluluğun devredildiği konular ve devre dayanak teşkil eden hukuki ilişkilere değinilecektir. 83 *BIS* uygulamasının uluslararası sorumluluk hukuku ile yargı yetkisinin devri

³ Protocol Relating to an Amendment to the Convention on International Civil Aviation [Article 83 bis], Montreal, 6 October 1980. (Doc 9318)

⁴ 1946'dan beri Konvansiyon'da bazı değişiklikler yapılmakla birlikte bu değişiklikler genel olarak usuli konularda gerçekleşmiştir. Oysa 83 *BIS* maddesiyle getirilen değişiklik, devletlerin işlev ve görevlerine ilişkin esaslı bir değişikliktir: MILDE, Michael: *International Air Law and ICAO (MILDE, Air Law)*, Edition 2, Eleven International Publishing, 2012, s.87 vd.. Bu değişikliğin temel nedeninin ise, 1944 yılında Şikago Konvansiyonu'nu hazırlayanların hava aracının tescil devletinden başka bir devlette işletilmesi konusunda yaşanan gelişmeleri öngörememiş olmaları üzerine oluşan ihtiyaçtan kaynaklandığı dile getirilmektedir. Bkz. Van DAM, Roderick D.: *Lease, Charter and Interchange of Aircraft and the Chicago Convention - Some Observation*, *Air & Space Law Journal*, 19(3), 1994, s. 126

⁵ Protokole taraf olanların listesi için bkz. [www.icao.int/secretariat/legal/list%20of%20parties /83Bis_EN.pdf](http://www.icao.int/secretariat/legal/list%20of%20parties%2083Bis_EN.pdf) (Erişim tarihi: 01.06.2017)

⁶ Ayrıntılı liste için bkz. ICAO'nun Havacılık Anlaşmaları Veritabanı (ICAO's Database of Aeronautical Agreements and Arrangements /DAGMAR) http://cfapp.icao.int/dagmar/agr_criteria_search.cfm?UserLang= (Erişim tarihi: 30.05.2017)

⁷ DAGMAR'da 2010 sonrasında 190'ın üstünde 83 *BIS* Anlaşması yapıldığı görülmektedir. Bkz. yuk. dp.4

bakımından uluslararası hukuktaki olası sonuçları değerlendirildikten sonra, 83 *BIS* uygulamasında Türkiye'nin tescil devleti ve operatör devleti olması hallerine göre Türk Hukuku bakımından ortaya çıkan farklı haller de aktarılacaktır.

I. ŞIKAGO KONVANSİYONU'NA EK 83 *BIS* MADDESİ DEĞİŞİKLİĞİNİ İÇEREN PROTOKOLÜN HAZIRLANIŞ SÜRECİ

A. 83*BIS* Maddesinin Değişikliğini İçeren Protokol Öncesi ICAO Tarafından Yapılan Çalışmalar

ICAO, 1950lerden beri hava aracının tescil edildiği devletten başka bir devlette faaliyet gösteren operatör tarafından çalıştırılmasının ortaya çıkardığı havacılık emniyetine yönelik meseleyle ilgilenmekteydi.⁸ 1961 yılında yapılan Guadalajara Konferansı'nın⁹ sonunda, bir hava aracının bir devlette tescil edilip başka devletteki operatör tarafından işletildiğinde belli devletler tarafından yaşanan hava emniyeti düzenlemeleri ve uygulamalarını etkileyen hukuki sorunlar gündeme gelmiş¹⁰ ve 1962 yılında ICAO Hukuk Komitesi, 14. Oturumunda *Guadalajara* Konferansı'nın sonunda kabul edilen B numaralı karara ilişkin olarak bir alt komite kurmuştur¹¹. Alt Komite çalışmaları çerçevesinde yabancı devletlerde faaliyet gösteren bir hava aracının tescilinin, operatör devletine aktarılmasının her durumda gerekli olmadığı öngörülmüş ve çalışmalar özellikle Şikago Konvansiyonu'nun 12, 26, 30 (d), 31 ve 32. maddeleri üzerine yoğunlaşmıştır. Bu suretle üç olası çözüm ortaya konulmuştur. Bunlar Şikago Konvansiyonu'nun tadil edilmesi, tescil

⁸ MILDE, Michael: "23rd Session of the ICAO Legal Committee" (MILDE, 23rd Session), *Air and Space Law* 3(2), 1978, s. 130; Van DAM, s.124

⁹ Guadalajara Konferansı havacılık hukukunun özel hukuk boyutlarına odaklanmakla birlikte, kiralama yoluyla tescil devletinden başka devlette işletilen hava araçlarının havacılık emniyeti konusundaki uygulamalarda ortaya çıkaracağı sorunlarla ilgili konu da gündeme alınmıştı. Rapor için bkz. Subcommittee of the Legal Committee on Lease, Charter and Interchange of Aircraft in International Operation (LC/SC-LC1) Working Document WD-1.

¹⁰ International Conference on Private Air Law (Guadalajara, Aug.-Sept. 1961), ICAO Doc. 8301-LC/149-2, s. 17;

¹¹ ICAO Doc. 8302-LC/150-1, s.9. Subcommittee on Resolution B of the Guadalajara Conference (Subcommittee on Resolution B), *Journal of Air Law & Commerce* 29(3), 1963, s.241; Panel of Experts on Lease, Charter and Interchange, 11-19 Ekim 1976, WD/1, s.1

devletinin işlevlerinin operatör devletine aktarılması ve *Annex*¹²13'e bir standart ekleyerek operatör devletinin de kazaların soruşturulmasına dâhil edilmesiydi¹³.

ICAO Hukuk Komitesi'nin 1964 yılında yapılan 15. Oturumunda sunulan rapor değerlendirilmiş ve sonuç olarak Avrupa Sivil Havacılık Konferansı (*European Civil Aviation Conference-ECAC*)'nın da konuyla ilgili çalışmalar yapması; konuyla ilgili en iyi çözümün işlevlerin tescil devletinden operatör devletine aktarılması olduğuna; Alt Komite'nin çalışmalarına devam etmesi gerektiğine ve ikili model anlaşma taslağı hazırlanmasına ve son olarak da devletlere yaşadıkları sorunlarla ilgili bir anket gönderilmesine karar verilmiştir¹⁴.

Bunu izleyen süreçte bir dizi *Annex*'e, Şikago Konvansiyonu'nun belli işlevleri tescil devletine yüklemesine rağmen hava aracının kira, değiş tokuş gibi işlemlerle başka devletteki operatör tarafından işletilmesi

¹² Şikago Konferansı Nihai Senedi imzalanırken, buna bağlı 5 EK (Appendix) kabul edilmiştir. Bunlardan 5.si, teknik usullere yönelik kabul edilen ve bugün sayısı 19'a ulaşan *Annex*'ler (EK) ile ilgilidir. Konvansiyon onaylandığı sırada adı geçen *Annex*'ler kabul edilirken ayrıca bunların geliştirilmesi ve bu gelişmelere uyulacağı da Sivil Havacılık Konferansı Nihai Senedi'nde ifade edilmiştir. Şikago Konferansı Nihai Senedi'nin diğer 4 ekinin hukuki statüsü ile 5. ekini oluşturan teknik konulardaki eklerin statüleri farklıdır. İlk 4 tanesi, uluslararası antlaşma niteliğindeki, sonuncusunu oluşturan *Annex*'ler bir bütün olarak teknik anlamda devletlerin sivil havacılık düzenlemelerini uyumlu hale getirmeleri için öngörülen Standartlar ve Tavsiye Edilen Uygulamalar (*Standard and Recommended Principles-SARP*)'dan oluşmaktadır. Bu suretle söz konusu *Annex*'ler her ne kadar Konvansiyon kapsamına dahil olarak kabul edilse de mutlak bağlayıcı statüyü haiz olmadığı gibi uluslararası antlaşma niteliğinde de değildir. Bu nedenle bugün Şikago Konvansiyonu'nun 90. maddesinde belirlenen usuller çerçevesinde ICAO Konseyi'nin kararıyla kabul edilen veya değiştirilen *Annex*'ler ile ilgili olarak Şikago Konvansiyonu, taraf devletlere, ancak mümkün olabildiği ölçüde, iç düzenlemelerini ve uygulamalarını bunlara uygun hale getirme görevi yüklemektedir. Şikago Konvansiyonu'nun 90. maddesi *Annex*'lerin kabulü ve değiştirilmesine yönelik usulü belirler. Bu usul, Şikago Konvansiyonu'nun 56. maddesinin (l) bendi uyarınca ICAO Konseyi'ne tanıdığı yetki çerçevesinde gerçekleşmektedir. Konsey'in 2/3 çoğunlukla aldığı karar, kararın taraf devletlere tebliğ edilmesinden itibaren 3 ay sonra (veya başka bir süre öngörüldüyse o süre bitimine kadar) yürürlüğe girer. Şikago Konvansiyonu'nun 38. maddesine göre ise uluslararası standartlara uygun olarak kendi mevzuatlarında veya uygulamalarında gerekli düzenlemeyi yapmayan devletler, bunu 60 gün içinde Konsey'e bildirmelidir. Olması gereken standart ile ilgili devletin farklı uygulamalarını içeren bu bilgi Konsey tarafından derhal diğer taraf devletlere de iletilir.

¹³ Subcommittee on Resolution B, s.243-255.

¹⁴ ICAO Doc. 8582-LC/153-1. Ayrıca bkz. STEWART, John T.: "Lease, Charter And Interchange of Aircraft: A Governmental Perspective", Akron Law Review 14(2), 1981, s.195

halinde, tescil devletinin sorumluluklarını yerine getiremeyebileceğini ve Konvansiyon'un da açıkça operatör devlete yönelik hak ve yükümlülükler öngörmemesi karşısında tescil devleti ile operatör devletin anlaşarak tescil devletinin yerine getiremeyeceği işlevlerin operatör devlete aktarılmasını sağlayabileceğini belirten ifadeler konulmuştur. Yine aynı şekilde, bu durumun tescil devletinin ne Konvansiyon bakımından ne de diğer âkit devletlere karşı sorumluluklarını etkileyeceğine ilişkin şerh eklenmesine karar verilmiştir¹⁵. Ancak bu şerh de üçüncü devletler bakımından yaşanan sorunları gidermeye yetmemiş; Guadalajara Konferansı'nın B numaralı Kararı üzerine çalışmak için atanan raportör de 1975 yılında sunduğu raporunda şerhin tescil devletinin sorumluluğunu operatör devlete aktarmakla bundan kurtulmasına imkan vermeyeceğini ve tescil devleti ile operatör devletin ulusal hukuklarına sorumluluk devrine imkan tanıyacak bir düzenleme getirmeleri gerektiğini vurgulamıştır¹⁶. 1976'da Uzmanlar Heyeti tarafından yapılan çalışmayla tescil devletinden başka devlette işletilen hava aracının diğer ortaya çıkardığı sorunlar ele alınmış; bir dizi önerinin ardından konunun Hukuk Komitesi'nin genel çalışma programında yüksek öncelikte yer alması gerektiği tavsiye edilmiştir¹⁷.

Raportör'ün raporu üzerine ICAO Konseyi Özel Alt Komite kurmuştur¹⁸. Komite'den Şikago Konvansiyonu'nun 12, 13 ve 32. maddelerinden kaynaklanan sorunların ortaya koyulması; 1963 Hava araçlarında İşlenen Suçlar ve Diğer Bazı Eylemlere İlişkin Konvansiyonu¹⁹ (Tokyo Konvansiyonu) ve 1952 Yeryüzünde Yabancı Hava Araçları Tarafından Üçüncü Kişilere Verilen Zararlardan Dolayı Sorumluluk Hakkında Konvansiyon'unda²⁰ (Roma Konvansiyonu) buna ilişkin tadilin gerekip gerekmediği; Şikago Konvansiyonu'na bir Ek ve/veya taslak bir Konvansiyon hazırlanması; Şikago Konvansiyonu'nun

¹⁵ Bu şerhin *Annex* 2,6 ve 8'e eklenmesine karar verilmiştir. Bkz. ICAO C-WP 6310, Ek B.

¹⁶ Report of Rapporteur on Resolution B of the Guadalajara Conference, 19 Aralık 1975, ICAO C-WP 6310, 20 Temmuz 1976, EK B, s.B-2.

¹⁷ Uzmanlar Heyeti'nin önerileri için bkz. von ERLACH, Burkhart: Public Law Aspects of Lease, Charter and Interchange of Aircraft in International Operations, Institute of Air and Space Law McGill University (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), 1990, s.15-16.

¹⁸ von ERLACH, s.17

¹⁹ Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board of Aircraft (1963) ICAO Doc. 8364/704 UNTS 220.

²⁰ Convention on Damage Caused by Foreign Aircraft to Third Parties on the Surface (1952), ICAO Doc. 7364/310 UNTS 182

77. maddesi ile ilgili sorunların değerlendirilmesi ve Şikago Konvansiyonu ile diğer çok taraflı antlaşmalar arasında oluşabilecek çatışmanın değerlendirilmesi istenmiştir²¹. Özel Alt Komite, Şikago Konvansiyonu'nun tadili yönünde tavsiyede bulunmuştur. Roma Konvansiyonu için bir tadil önerisi getirilirken Tokyo Konvansiyonu'nda herhangi bir değişiklik öngörülmemiştir. Konsey de raporu değerlendirdikten sonra Tokyo Konvansiyonu'nda herhangi bir tadile gerek olmadığına karar vermiştir²². Roma Konvansiyonu ise 1978'de tadil edilmiş, ancak hem Konvansiyon hem de tadil eden Protokol çok geniş bir taraf sayısına ulaşamadığından bu değişiklik kayda değer bir gelişme olarak nitelendirilmemiştir.

ICAO Hukuk Komitesi 1978'de gerçekleşen 23. oturumunda devletlerarasındaki kiralama, çarter, değiş-tokuş gibi işlemleri kolaylaştırmak için Şikago Konvansiyonu'nu tadil edecek bir taslak metin hazırlamıştır²³. Bu taslak, Konsey tarafından 1980 yılında gerçekleştirilen 23. Oturumunda ele alınmak üzere ICAO Genel Kurulu'na sunulmuştur²⁴.

B. ICAO Genel Kurulunun A23-2 ve A23-13 Sayılı Kararları

Şikago Konvansiyonu ile ilgili değişiklik 16 Eylül-6 Ekim 1980 tarihinde yapılan 23. ICAO Genel Kurul Oturumu'nun son gününde imzaya açılmıştır. Söz konusu Genel Kurul'da A23-2, A23-3 ve A 23-13 sayılı Kararlar alınmıştır.

A23-2 sayılı Karar'da, Genel Kurul, Konvansiyon'un 83 *BIS* maddesi metninin Hukuk Komitesinin 23. oturumunda hazırlandığını, bu değişikliğin özellikle âkit devletlerin pek çoğunun talepleri doğrultusunda biçimlendirildiğini ve bu bakımdan değişiklik yapılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. A23-3 sayılı Karar'da ise Genel Kurul, âkit devletlerden kendi millî hukuklarında gerekli tüm değişiklikleri yaparak 83 *BIS* Protokolünü bir an önce onaylamalarını istemiştir.

²¹ ICAO Doc. 9238, Le 180-1, Legal Committee Session, 23rd Session, Minutes, 22nd Meeting, Montreal, 23 February 1978, s. 120-123

²² FITZGERALD, Gerald F.: "The Lease, Charter and Interchange of Aircraft in International Operations-Article 83 BIS of the Chicago Convention on International Civil Aviation", *Annals of Air and Space Law*, 6, 1981, s. 62.

²³ Bu taslak metin daha sonra kabul edilecek 83bis maddesini teşkil etmektedir. FITZGERALD, s.50

²⁴ FITZGERALD, s.57

Bir başka önemli Genel Kurul Kararı da A18-16, A21-22, A22-28 sayılı Kararların yerine geçen A23-13 sayılı Karar'dır²⁵. Söz konusu Karar'da, kiralama, charter yahut hava aracının değiş tokuşunun (*dry-lease* şeklinde) kolaylaştırılmasının uluslararası sivil havacılığın genel menfaatine olduğunu, bu tip özel hukuk işlemlerinin yapılmasını engelleyen uluslararası hukukta herhangi bir hükmün bulunmadığını, tescil devletinin kendisine ait sorumlulukları başka bir Âkit devlet otoritesine devretmesine ICAO *Annex 6*'nın engellemediğini, yapılacak bu yetki devri ile hava aracı ile ilgili kiralama, charter yahut hava aracı değiş tokuş (*dry-lease* şeklinde) işlemlerinin önünün açılacağını, böyle bir hukukî işlem sonucunda tescil devleti ile operatör devletinin aynı olmadığı hallerde tescil devletinin sorumluluklarını yerine getirmesinin mümkün olamayacağını, bu durumda uluslararası hava taşımacılığının emniyeti ve ekonomisinin çok ciddi bir biçimde etkileneceğini de dikkate alarak Konsey'den kiralama, charter yahut hava aracının değiş tokuşunun kolaylaştırılmasını sağlayacak tedbirler ile ilgili olarak, *Annex* 'ler ile ilgili değişiklikleri yapmasını ve Hukuk Komitesi tarafından oluşturulacak bir Alt-Komite ile Çalışma Grubu tarafından uygun anlaşılır bir metin üzerinde çalışmalara başlanmasının sağlanması istenmiştir. Yine aynı Karara göre, *Annex 6*'da yer alan sorumlulukların tescil devletinden, operatör devletine devredilmesi, hava aracının kiralanması, charter ve değiş tokuş işlemlerini kolaylaştıracak ve bu durum uluslararası sivil hava taşımacılığının ekonomisine çok ciddi bir katkı sağlayacaktır. Kararda, operatör devletine, gerekli iç hukuk düzenlemelerini tamamlaması konusunda destek olunması gerektiği de belirtilmiştir²⁶.

II. 83BIS MADDESİ DEĞİŞİKLİĞİNİ İÇEREN PROTOKOLÜN KAPSAMI

A. "83BIS Anlaşmaları"nın Hukuki Niteliği ve Özellikleri

83 BIS Anlaşmaları, Şikago Konvansiyonu uyarınca tescil devletinin²⁷ hava aracı üzerindeki görev ve işlevlerini, hava aracının

²⁵ Resolution 23-13 (Attachment F), ICAO Doc. 9316, A23 RES, Resolutions Adopted by the Assembly and Index to Documents, Assembly 23rd Session, Montreal, 16 Eylül- 10 Ekim 1980

²⁶ ICAO, Guidance on the Implementation of Article 83bis of the Convention on International Civil Aviation, Cir.295 LE/2 (Şubat 2003), s.16 vd. (ICAO Guidance)

²⁷ Tescil devleti, Şikago Konvansiyonu 17. madde uyarınca hava aracının kayıt edildiği yani tâbiyetinde bulunduğu devlet anlamına gelmektedir. SİRMEN, Kazım Sedat: Hava Araçlarının Tâbiyeti, Söz Kesen Matbaacılık, Ankara 2005, s.71. Yine 83 BIS Protokolü, (c) bendi ile, müşterek hava nakliyatı işletme teşekkülleri ve beynelmilel

işletildiği yabancı devlete, yani operatör devletine²⁸ aktarmak amacıyla devletlerarasında yapılan²⁹, uluslararası hukuka tâbi bir anlaşmadır. Söz konusu anlaşmanın temelini, kiralama (*lease*), çarter (*charter*), değiş-tokuş (*interchange*) ve benzeri hukuki ilişkiler ile hava aracı operatörünün hava aracını, tescil edildiği devletten farklı bir devlette çalıştırması üzerine, uluslararası havacılık kurallarınca tescil devleti için öngörülen sorumlulukların operatör devletine devri oluşturmaktadır³⁰. Bu yolla aktarılan görev ve işlevler ise, Şikago Konvansiyonu m.12 (uçuş kuralları), m.30 (hava aracı radyo ekipmanı), m. 31 (uçuşa elverişlilik) ve m. 32/a (personel lisansları) olmak üzere sınırlı biçimde Konvansiyon'un 83BIS maddesinde sayılmıştır. Nitekim tescil devletinin, tescilindeki hava aracı başka bir devlette faaliyet gösterirken, hava aracının uçuşa elverişlilik sertifikasını yenilemek, uluslararası uçak bakım gerekliliklerine ve standartlarına uyumluluğunu temin etmek gibi uluslararası havacılık emniyetine yönelik kuralların öngördüğü denetim ve uygulamaları gerçekleştirme zorlaşmaktadır³¹. Bu çerçevede 83BIS

işletme acentelerine ait hava araçlarının tescil edildiği devlet diğer devletler adına tescil devleti fonksiyonunu görse bile, eğer devletler tescil devleti dışında başka bir devletin sorumlu olacağı konusunda anlaşılırsa söz konusu devlet 83 BIS anlamında tescil devleti olarak kabul edilebilmelidir. Müşterek hava nakliyatı işletme teşekkülleri ve beynelmül işletme acenteleri hakkında bilgi için bkz. SİRMEN, s.75 vd.

²⁸ Burada operasyon devleti kavramı, operatörün şirketinin merkezinin bulunduğu devlet veya, eğer böyle bir yer yok ise, operatörün daimi ikamet ettiği devlet olarak tanımlanmaktadır. ABEYRATNE, Ruwantissa: Rulemaking in Air Transport: A Deconstructive Analysis (ABEYRATNE, Rulemaking), 1. Ed. Springer International Publishing, 2016, s.18

²⁹ Anlaşmanın hava yolu şirketleri tarafından yapılmadığını, ancak anlaşmanın yapılmasına vesile olan hukuki ilişkinin havayolu şirketleri arasında gerçekleşebileceğini belirtmek gerekir. MILDE, Air Law, s.89; VERHAEGEN, Benoit M.: "The Entry into Force of Article 83 BIS: Legal Perspectives in Term of Safety Oversight", Annals of Air and Space Law XXII (II) (1997), s.272; HAVEL, Brian/SANCHEZ, Gabriel S., The Principles and Practice of International Aviation Law, Cambridge University Press, 2014, s.344

³⁰ 83BIS maddesi kiralanan uçağın kontrolünün ve yönetiminin kolaylaşması için önemli bir araç olarak görülmektedir. Burada belirtmemiz gereken şey, bunun bir devletten diğer bir devlete sorumluluğun aktarılabilmesine imkân tanıyacak küresel nitelikte bir mekanizmanın kurulması için tasarlanmadığı ve böyle kullanılmayacağıdır. Zira bu imkân ancak tescil devleti ile operatör devleti arasında ICAO'ya tescil edilmiş bir havacılık anlaşmasında belirtilmiş uçak açısından geçerli olabilecektir. Bkz. ICAO Personnel Licensing System Handbook Chapter 1, PEL 18710-Version 4.0, Eylül 2014, s.30

³¹ VERHAEGEN, s.270; von ERLACH, s.3

maddesiyle devletlere tanınan imkân, karşılaşılabilecek güçlükleri aşmak ve uluslararası havacılık emniyetini temin etmeye yönelik olarak anlaşılabilir. 83 *BIS* anlaşmaları ile de bir uluslararası yükümlülüğün başka bir devlete aktarılması karşımıza çıktığından, burada Şikago Konvansiyonu'ndan kaynaklanan görev ve işlevlerin tümünün veya bir kısmının tescil devleti yerine operatör devleti tarafından yerine getirilmesi konusunda gerçekleşecek bir irade açıklaması ile uluslararası hukuka tâbi bir anlaşma³² söz konusu olmaktadır.

Diğer yandan, bu tür anlaşmaların yapılması zorunlu değildir. 83*BIS* maddesi esasen koruyucu bir hüküm olarak kabul edilmektedir³³. Başka bir deyişle, 83*BIS* maddesi devletler için bir yükümlülük değil, bir imkan öngörmektedir. Tescil devleti veya operator devleti böyle bir görev ve işlev aktarımı için rıza göstermez ise, anlaşma yapılmak zorunda değildir³⁴. Değişikliğin Konvansiyon'a dahil edilmesinden önce de devletler bu tür anlaşmalar yapmaktaydı³⁵; fakat 83 *BIS* maddesi farklı olarak Şikago Konvansiyonu tarafı üçüncü devletler bakımından da, koşulların gerçekleşmesi halinde, etki doğurmaktadır.³⁶ Bu koşullarda, üçüncü devletler, 83*BIS* Protokolüne taraf olmak ve yapılan anlaşmadan, anlaşmanın ICAO'ya tescil edilmesini takiben ICAO Konseyi tarafından veya doğrudan anlaşma taraflarınca yapılan bildirim ile haberdar edilmektedir³⁷.

83*BIS* anlaşmalarına konu olan işlev ve görevlerin yerine getirilmesi sorumluluğunun hangi kapsamda aktarılacağına gelince, Konvansiyon'da yukarı belirttiğimiz maddelerdeki işlevlerin tamamının

³² Hukuksal işlevlerine göre antlaşmalar yasa antlaşma ve âkit antlaşma olarak sınıflandırılmaktadır. Yasa antlaşmaların genel, soyut ve sürekli kurallar öngördükleri kabul edilirken; âkit antlaşmalar değişik çıkar ve amaçların uyuşması sonucu ortaya çıkacak ve iki veya sınırlı sayıda devletin bulunduğu çok taraflı bir hukuki ilişkiyi nitelendirmektedir. Bkz. PAZARCI: Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.134; SHAW, Malcolm: International Law, 6. Baskı, Cambridge University Press, Londra 2008, s.94.

³³ ICAO Guidance, s.3-1; VERHAEGEN, s.272.

³⁴ HANLEY, Donal Patrick: Aircraft Operating Leasing: A Legal and Practical Analysis in the Context of Public and Private International Air Law, Leiden University (yayımlanmamış doktora tezi), 2011, s. 172, <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/18146/Thesis%20Print%20Version%2013102011%20Hanley.pdf?sequence=16> (Erişim tarihi: 09.06.2017)

³⁵ VAN DAM, s.127

³⁶ VERHAEGEN, s.272

³⁷ Bu etkiyi aşağıda "Uluslararası Sorumluluk Hukuku Açısından" başlığı altında daha ayrıntılı olarak ele alacağız.

aktarılması olanağı mevcut iken, bunların bir kısmının aktarılması da imkân dâhilindedir³⁸. Bu konuda da devletler serbest bırakılmıştır.

83BIS anlaşmaları iki şekilde yapılabilir. Anlaşmaların tek bir hava aracıyla ilgili sorumluluk aktarımının söz konusu olduğu *tek hava aracı anlaşmaları* veya tek bir sözleşmede yapılmakla birlikte birden fazla hava aracına ilişkin sorumluluk aktaran *çoklu hava aracı anlaşmaları* şeklinde düzenlenebilmesi mümkündür³⁹.

83BIS anlaşmalarının zaman bakımından yürürlüğü ise yine devletlerin takdirine bırakılmıştır. Devletler yapacakları anlaşmayı belli bir süreyle sınırlandırmayı tercih edebilecekleri gibi⁴⁰, kiralama anlaşmasının sona ermesi⁴¹ ile 83 BIS anlaşmasının sona ereceğini de kabul edebilirler.

B. 83 BIS Anlaşmalarında Sorumluluğun Devredildiği Konular

1. Uçuşa Dair Devletlerin Mevzuatına Uygunluk

Devletlerin uçuş kurallarına ilişkin mevzuatlarına uygunluk, Şikago Konvansiyonu'nun 12.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, her âkit devlet, kendi hava sahası içerisinde uçan ve manevra yapan her hava

³⁸ Örneğin yüksek emniyet standartları ve teknik imkânlara sahip olan bir devlet, üçüncü dünya devletlerinden biri ile yapacağı 83BIS anlaşmasında tüm işlev ve görevlerini aktarmayı tercih etmeyebilir. Bkz. von ERLACH, s.101.

³⁹ <https://www.icao.int/Meetings/LC36/References/LC.Article%2083%20bis%20Briefing.%20PowerPoint.pdf> (Erişim: 02.06.2017) ICAO Hukuk Komitesi 35. Oturumunda ayrıca taraf devletlerin 83BIS anlaşmasını yapabilmek için anayasalarının daha üst düzey bir anlaşma modeli gerektirmesi halinde, aralarında herhangi bir hava aracını belirtmeden, sorumluluğun hangi kapsamda ve nasıl aktarılacağını genel olarak belirleyen üst düzey çerçeve anlaşmaları yapma ve buna bağlı olarak hava araçları özelinde 83BIS anlaşmasını gerçekleştirme imkânını değerlendirebilmelerini önermiştir. ICAO Legal Committee – 35th Session (Montréal, 6 – 15 Mayıs 2013), LC/35-WP/3-2, 19/4/13 (Revised), para. 3.1, s.3

⁴⁰ Örneğin İtalya-İspanya arasında yapılan 08/11/16 tarihli anlaşma 1/11/2018'e kadar geçerli olacaktır. Bkz. http://cfapp.icao.int/dagmar/agr_details.cfm?UserLang=&icaoregno=5841%2E0 (Erişim tarihi: 01.06.2017)

⁴¹ Örneğin Türkiye-İrak arasında yapılan 21/07/16 tarihli anlaşmanın kiralama sözleşmesinin bitişiyle sona ereceği kabul edilmiştir. Bkz. http://cfapp.icao.int/dagmar/agr_details.cfm?UserLang=&icaoregno=5773%2E0 (Erişim tarihi: 01.06.2017) Zaten Türk Hukuku uyarınca 83 BIS anlaşması ancak 12 aylık bir süre için yapılabilir; anlaşma tarafı devletler bunun uzatılmasına görüşme veya yazışma yoluyla karar verebilirler. Bkz Hava Aracı Kiralama Usul ve Esasları Talimatı (SHT-KİRALAMA), 05/06/2013, EK 7, m.7

aracının, uçuş ve manevraya ilişkin düzenlemelerine uymasını sağlamakla görevlidir. Devletlerin bunun için her türlü tedbiri alması gerekmektedir. Yine aynı şekilde, her âkit devlet kendi siciline tescil edilmiş olan ve kendi tâbiyet markasını taşıyan hava araçlarının nerede olursa olsun buldukları ülkenin uçuş ve manevraya ilişkin kurallarına uyması için her türlü tedbiri almakla görevlidir. Bu bağlamda her âkit devlet mümkün olduğu müddetçe kendi düzenlemelerini bu Konvansiyon'a istinaden oluşturulacak kurallara uydurmakla mükelleftir. Yine her devlet, havacılık kurallarını ihlâl edenleri soruşturmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, Konvansiyon'un Türkçe metninde yer almayan ve fakat İngilizce metninde bulunan önemli bir kuralına da (maddenin birinci fıkrasının son cümlesi) burada değinmek gerekecektir. Buna göre, açık denizlerde, uçuş ve manevraya ilişkin olarak Konvansiyon kapsamında öngörülen kurallar uygulama alanı bulacaktır.

12. madde, ICAO'nun Şikago Konvansiyonu'nun 37.maddesi uyarınca kabul ettiği Standartlar ve Tavsiye Edilen Uygulamalar (*Standards and Recommended Practice- SARP*) *Annex 2*⁴² ile birlikte değerlendirilmelidir. *Annex 2*, ICAO Konsey'inin 15 Nisan 1948 tarihli üçüncü oturumunda kabul edilmiştir. Bu *Annex*'in diğer *Annex*'lere göre farklı bir özelliği mevcuttur. Şikago Konvansiyonu'nun 38.maddesi uyarınca, âkit devletler, kural olarak, ICAO tarafından hazırlanmış herhangi bir *SARP*'a her bakımdan riayet etmekle yükümlü değildir. Herhangi bir âkit devlet, kendi millî hukukundaki kurallar ile *SARP*'da yer alan kuralları karşılaştırdığında *SARP* kurallarının kendi hukuk düzenine aktarılmasını kullanışsız bulması yahut uluslararası bir standartın tesis ettiğinden farklı bir düzenleme veya usulün kabulünü gerekli görmesi halinde, kendi uygulaması ile uluslararası standart arasındaki farkları derhal ICAO'ya bildirecek ve söz konusu *SARP* kuralını uygulamaktan imtina edebilecektir. Uluslararası standartlarda değişiklik yapılması halinde ise devlet, var ise kendi mevzuatıyla standartlar arasındaki farklılıkları, yapılan tadilin kabulünün ardından 60 gün içinde Konsey'e bildirecek ya da eylem önerisini belirtecektir. Bu tür bir durumda Konsey, uluslararası bir standart ile söz konusu Devletin ilgili ulusal

⁴² Annex 2 to the Convention on International Civil Aviation, "Rules of the Air", ICAO, 10. Baskı, Temmuz 2005. *Annex 2* kısaca belirtmek gerekirse, havanın kuralları başlığı altında, Görerek Uçuş Kuralları (*Visual Flight Rules*)-Aletli Uçuş Kuralları (*Instrumental Flight Rules*), uçuş planlarının oluşumu, uçuş öncelikleri gibi konular hakkında standartlar öngörmektedir.

uygulamasının bir ya da birkaç özelliği arasındaki farkı diğer devletlere derhal bildirir. Bu açıdan bakıldığında, âkit devletlere uluslararası standartlardan sapma imkânının tanındığını görüyoruz. Ancak bu imkânın istisnası 12.madde uyarınca kabul edilmiş olan *Annex 2*'dir. Yani 38. maddenin sunduğu *Annex*'lerin kabulünü esnekleştiren imkân, açık denizlerle ilgili kurallar açısından geçerli değildir. Dolayısıyla devletler açık denizlerde *Annex 2*'nin öngördüğü kuralları iç düzenlemelerini ileri sürerek uygulamaktan kaçınmazlar⁴³. Düzenlemenin önemine istinaden, Şikago Konvansiyonu'nun Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe metninde yukarıda ifade ettiğimiz eksikliğin giderilmesi gerektiğini de yeri gelmişken dile getirmeliyiz.

2. Uçuşa Elverişlilik Sertifikasının Verilmesi

Hava aracının seyrüsefer emniyetini sağlayan kurallardan biri de hava aracının tescil edildiği devletin kurallarına uygun bir biçimde tasarlanmış, üretilmiş ve işletilmiş olmasıdır. Tescil devleti, kurallara uygun bir biçimde hazırlanmış bir hava aracına uçmaya hazır olduğunu belirten bir “uçuşa elverişlilik sertifikası” verir. Şikago Konvansiyonu'nun 31.maddesi âkit devletlere bir başka yükümlülük daha yüklemiştir. Buna göre, her âkit devlet, uluslararası seyrüsefere iştirak eden kendi siciline tescil edilmiş hava araçlarına uçuşa elverişlilik sertifikası vermek veya var olan uçuşa elverişlilik sertifikasının hükmünü tasdik etmekle mükelleftir.

Uçuşa elverişlilik sertifikasının, hava aracının ihracat ve ithalat işlemlerine tâbi tutulmasında, uluslararası hava seyrüsefer faaliyetlerinin icrasında, kiralanma, charter ve değiş tokuş işlemlerinin hızlandırılmasında çok önemli bir işlevi bulunmaktadır. Şikago Konvansiyonu'nun 33. maddesinde de yer aldığı üzere, bu işlevin sağlıklı bir biçimde gerçekleşmesi için, hava aracının tescil edildiği âkit devlet tarafından verilecek veya hükmü tasdik edilecek uçuşa elverişlilik sertifikasının diğer âkit devletlerde de tanınması gerekmektedir. *Annex 8*⁴⁴, âkit devletlere,

⁴³ ABEYRATNE, Ruwantissa: *Convention on International Civil Aviation-A Commentary* (ABEYRATNE, Commentary), Springer International Publishing Switzerland 2014, s.180. ICAO Konseyinin 16 Eylül 1952 tarihli 17.Oturumunda *Annex 2*'in yorumlanması ile ilgili olarak açık denizlerin üzerindeki uçuş ve manevralarda kuralların uygulanmasında denetim görevini göreceğ olan makamın hava aracının tescil edildiği devletin olacağını, diğer tüm hallerde uçuşun ve manevranın gerçekleştirildiği ülkesel alana egemen olan devletin denetim görevini göreceğini ifade eden bir karar alınmıştır: Doc.7353-C/856

⁴⁴ Annex 8 to the Convention on International Civil Aviation, “Airworthiness of Aircraft”, ICAO, 11. Baskı, Temmuz 2010.

birbirlerinin hazırladığı uçuşa elverişlilik sertifikasını karşılıklı tanımalarında kolaylık sağlamak amacıyla asgari şartları ortaya koymaktadır⁴⁵. Yalnız şunu da ifade etmek gerekir ki, *Annex 8*, âkit devletlerin kendi kurallarının yerine geçmemektedir. Her âkit devlet, uçuşa elverişlilik sertifikasını kendi hazırlamış olduğu kurallar uyarınca vermektedir⁴⁶.

Âkit devletlerin, kendi sicillerine tescil edilmiş olan hava araçlarına vermek zorunda oldukları uçuşa elverişlilik sertifikaları, aynı zamanda bir dizi görevin o tescil devletinde kalmasını sağlayacaktır. Hava aracının bakımlarının yapılıp yapılmadığına ilişkin kontrolü gerçekleştirmek suretiyle “uçuşa elverişlilik sertifikası”nin yenilenmesi, yine “uçuşa elverişlilik sertifikası” verilecek hava aracının tescil edildiği devlete ait olacaktır. 83 *BIS* anlaşmalarıyla bu görev, operatör devletin sorumluluğuna devredilmektedir.

3. Radyo Tesisatı Lisansı Verilmesi

Şikago Sözleşmesinin 30.maddesi radyo tesisatı kurma ve kullanma lisansının verilmesi ile ilgilidir. Buna göre, her bir âkit devlet, kendi siciline tescil edilmiş hava aracına diğer âkit devletlerin dâhilinde ve üstünde yayın yapacak radyo tesisatını taşımasını sağlayabilmek amacıyla söz konusu radyo tesisatının kurulması ve kullanılabilmesi lisansını vermek durumundadır. Bununla birlikte, başka bir âkit devletin siciline tescil edilmiş hava aracı, söz konusu radyo tesisatını, ülkesi üzerinden uçtuğu âkit devletin kurallarına uygun olarak kullanmak zorundadır. 30.maddenin b bendinde ise, âkit devletlere başka bir yükümlülük daha getirilmektedir. Buna göre, hava aracının tescil edildiği âkit devlet, kendi siciline tescil edilmiş hava aracının uçuş mürettebatına da yayın yapan radyo tesisatını kullanabilmesi için özel bir lisans vermek durumundadır. Ancak bu özel lisansa sahip olan uçuş mürettebatı radyo tesisatını kullanabilme hakkını haiz olabilir. Nitekim *Annex 6*'da⁴⁷ hava aracı uçuş

⁴⁵ *Annex 8* dört kısma ayrılmaktadır. Birinci bölüm, tanımları içermektedir. İkinci bölümde, uçuşa elverişlilik belgesinin verilmesine dair kurallar ile uçuşa elverişlilik belgesinin verilmesinden sonra bu belgenin geçerliliğinin sürdürülebilmesi için uyulması gerekli usuller, üçüncü bölüm, yeni geniş hava aracı tasarımlarına ilişkin elverişlilik belgesinin verilmesinin teknik şartları ve dördüncü bölümde de helikopterlere ilişkin uçuşa elverişlilik belgesi verilmesi şartları ele alınmıştır:

⁴⁶ *Annex 8*, s. xv.

⁴⁷ *Annex 6 to the Convention on International Civil Aviation, “Operation of Aircraft, Part I - International Commercial Air Transport – Aeroplanes”*, , ICAO, 10. Baskı, Temmuz 2016

mürettebatı ile ilgili 9. bölümün 9.1.2.maddesi seyrüsefere çıkacak hava aracının uçuş mürettebatı içerisinde yer alan en az bir kişinin böyle bir lisansa sahip olmasını zorunlu kılmaktadır.

Özel Alt Komite 83BIS taslak metnine sadece tescil devletinin sorumlu olduğu 12.madde (Havacılık Kuralları), 31.madde (uçuşa elverişlilik sertifikası) ve 32(a).maddesi (personel lisansları) hususlarını dahil etmişti. Yani sadece söz konusu maddelerde yer alan yükümlülüklerin âkit devletlerin yapacakları anlaşmalar ile operatör devletine devredilebileceği öngörülmüştü. Bununla birlikte Hukuk Komitesi 30.maddenin de 83 BIS anlaşmalarının kapsamına girmesi gerektiği konusunda görüş bildirmiştir. Bunun temel sebebi, ise 32(a) maddesi ile tescil devletine verilen yükümlülüğün 30.maddedeki yükümlülük ile benzerlikler içermesidir. Aşağıda da aktaracağımız 32(a) maddesine göre, hava aracını kullanan pilot ve diğer mürettebatın ehliyetname ve lisanslarının verilmesi yahut bunların hükmünün tasdik edilmesi, o hava aracının tescil edildiği devlete aittir. Tescil devletine, bu yükümlülüğünün tamamlayıcısı olarak o uçuş mürettebatına yayın yapan radyo tesisatını kullanabilmesi için lisans verme yükümlülüğünün de Şikago Konvansiyonunca tanınmış olması dolayısıyla, 32(a) maddesinin yanında 30.madde de 83BIS anlaşmalarının konusunun içerisine Protokol ile dâhil edilmiştir⁴⁸.

Son olarak belirtilmesi gereken husus, Şikago Konvansiyonunun 83BIS düzenlemesinin, Birleşmiş Milletler'in Uzman Kuruluşlarından biri olan, Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (*International Telecommunication Union (ITU)*)'nin 2012 tarihinde yayımlanmış olduğu Cenevre Radyo Tüzüğü'nün⁴⁹ 18.maddesiyle de uyum halinde olduğudur. Tüzük m.18/1 uyarınca, yayın yapan radyo istasyonunun gerçek veya tüzelkişi tarafından kurulması ve işletilmesi, istasyonun tâbi olduğu Hükümet yetkilileri tarafından, Tüzük Kurallarına uygun ve Tüzük Kurallarında yer alan şekle tâbi olarak verilecek lisans ile mümkün olacaktır. Yine Tüzük m.18/11'de de 83BIS anlaşmalarının ruhuna uygun bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, hava aracının kiralanması (*lease* yolu da dahil) yahut değiş tokuşu sonunda tescil devleti ile hava aracını işletecek devlet arasında 83BIS anlaşması yapılması halinde, orijinal

⁴⁸ von ERLACH, s.63vd.; FITZGERALD, s.53.

⁴⁹ International Telecommunication Union: "Radio Regulations Articles, Edition of 2012", <http://search.itu.int/history/HistoryDigitalCollectionDocLibrary/1.41.48.en.101.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.06.2017)

lisansı geçici olarak ikame etmek üzere operatörün otoritesine bağlı olduğu (geniş anlamda esas işletme merkezinin yahut daimî ikametgâhının bulunduğu) devlete lisans verebilme imkânı getirilmiştir⁵⁰.

4. Personel Lisansları

Şikago Konvansiyonu'nun 32(a) maddesi personel lisansları ile ilgilidir. Buna göre, uluslararası seyrüsefere iştirak eden bir hava aracının pilotu ile işletmeye iştirak eden mürettebattan her birinin, nakil vasıtasının tescil edilmiş bulunduğu devlet tarafından verilmiş veya hükmü tasdik edilmiş ehliyetname ve lisansları bulunması zaruridir.

Personel lisanslama bugün *Annex 1*⁵¹ kuralları ile oluşturulmaktadır. Hava taşımacılığının etkin ve emniyetli bir biçimde gerçekleştirilmesinde, pilotların ve diğer mürettebatın becerileri, alt yapıları ve eğitimlerinin önemi büyüktür. Onun içinde pilot ve diğer mürettebatın lisanslandırılmasında yeknesak kurallara uygunluk söz konusu kişilerin lisanslarının uluslararası alanda kabul görmesini sağlayacak ve böylelikle havacılığın giderek artan bir biçimde talep görmesini sağlayacaktır. ICAO'nun personel lisanslama alanındaki ana görevlerinden biri de, uluslararası lisanslama standartları oluşturmak ve söz konusu standartların mevcut uygulamalara ve gelecekteki muhtemel gelişmelere paralel tutulmasını sağlamaktır. Pilot ve diğer uçuş mürettebatı, her geçen gün giderek artan bir trafik yoğunluğu, son derece karmaşık terminal alanı modelleri ve daha da karmaşık teçhizat ile karşılaşmaktadır. Bu durum *Annex 1*'i de etkilemiş ve düzenli bir biçimde güncellenmek suretiyle hızla değişen çevreye uyum sağlanması hedeflenmiştir.

Bu konuda son olarak şu soru aklımıza gelmektedir. Acaba 83 *BIS* Protokolünde tescil devletinden operatör devletine devredilecek konular arasında niye Şikago Konvansiyonu'nun 32(b) maddesindeki düzenleme

⁵⁰ Bu Kural, 1959 tarihli Cenevre Radyo Tüzüğü'nün 23.maddesinde yer alan ve radyo telegraf istasyonunun hava araçları ve gemiler tarafından kullanılmasını İstasyonun bulunduğu yerin hükümetince işletmeciye verilecek lisansa (yahut verilmiş lisansın tanınması şartına) bağlı kılan düzenlemenin müphemliğini ortadan kaldırmaya yöneliktir. Böylelikle, yayın yapan radyo istasyonunun bulunduğu devlet ile hava aracı işletmecisinin esas işletme merkezinin yahut daimî ikametgâhının bulunduğu devletin farklı olduğu haller söz konusu olduğunda, 83 *BIS* anlaşmalarının etkisini ortadan kaldıracak olguların önüne geçilecektir. Nitekim 2012 tarihli değişiklik öncesinde, bu sıkıntıyı ortadan kaldırmak amacıyla, neşredici radyo istasyonunun bulunduğu devletin, operatörün bulunduğu devlet olarak kabul edilmesi gerektiği de dile getirilmiştir. Bu yöndeki tespit için bkz. von ERLACH, s.64.

⁵¹ Annex 1 to the Convention on International Civil Aviation, "Personnel Licensing", ICAO, 11. Baskı, Temmuz 2011.

yer almamaktadır. Bu soruya verilebilecek cevap şu olabilir: Çünkü 32(b) maddesi, âkit devletlerin kendi vatandaşlarına başka âkit devletler tarafından verilen lisansları tanımama yetkisini vermiştir. Bu hükmün fonksiyon ve görevlerin devri ile bir ilgisi yoktur⁵².

C. Sorumluluğun Devredilmesini Sağlayan Hukuki İlişkiler

Şikago Konvansiyonu'nun 83BIS maddesinde kiralama (*lease*), çarter (*charter*) yahut değiş tokuş (*interchange*) terimleri tanımlanmadığı gibi, Sözleşme içerisinde başka bir maddeye de atıf yapılmamıştır. Protokolün hazırlık çalışmaları sırasında bu terimlerin tanımlanmaması gerektiğine yönelik görüşler şu şekilde oluşmuştur: Birincisi, her bir devletin kabul edebileceği ortak bir tanım bulmak çok zordur. İkincisi, devletlerarasında yapılacak anlaşma ile tescil devletinden operatör devletine yapılacak fonksiyon ve yükümlülük transferinde işletmeler arasındaki özel hukuk ilişkileri için bir tanım aramak elzem değildir. Üçüncüsü, işletmeler arasında yapılacak özel hukuk anlaşmaları için tanım aramak, âkit devletlerarasında bu anlaşmaların farklı uygulaması olacağı için Protokol'ün âkit devletlerce hızlı bir şekilde onaylanmasını da engelleyecektir. Dördüncüsü, işletmeler arasındaki ilişkileri belli bir tanıma sokarak sınırlamaya çalışmak, bazı kurumlara başa çıkılmaz yükler yüklenmesine yol açabilecektir. Beşincisi, söz konusu kavramların tanımlanması, işletmelerin gereksiz peşin hüküm kuran sınırlamalarla karşılaşmasına neden olacaktır. Son olarak, hukukî ilişkilerin sınırlandırıcı şekilde tanımlanması bizi, aynı zamanda havacılık emniyetinin sağlanması hususunda da beklenen sonucun aksine götürebilecektir⁵³. Havacılık alanında ticarî fırsatlar olarak değerlendirilebilecek söz konusu hukukî ilişkilerin bazı temel ayrımları tescil devleti ile operatör devleti arasındaki yükümlülüklerin transferine ilişkin anlaşmayı etkileyeceğinden, bu özel hukuk ilişkileri hakkında kısa bir bilgilendirme yapma gerekli görülmektedir.

1. Kiralama (*lease*)

Söz konusu özel hukuk ilişkisinde, eşya sahibi, kullanıcıya belli bir bedel karşılığında, belli bir süre için kendisine ait olan eşyayı kullanma imkânı tanır. Süre bitince eşya tekrar sahibine geri dönecektir.

⁵² FITZGERALD, s.53

⁵³ BURKHART, s.69

Havacılık alanında konumuz kapsamında kiralama⁵⁴ (*lease*), *wet-lease* ve *dry lease* olarak ikiye ayrılmaktadır. *Dry-Lease*, kural olarak iki işletme arasında yapılan bir anlaşma olup, hava aracının kiracının işletme ruhsatı altında işletilmesi sonucunu doğurur. Burada, kiralama sırasında kiralaanın “uçuş mürettebatı”nı da tedarik etme gibi bir görevi yoktur. Hava aracı, kiracının himayesinde ve kontrolü altında, onun uçuş kodu kullanılarak hizmet vermektedir. *Wet-lease* ise, *dry-lease*’den farklı bir anlaşma türüdür. *Wet-lease*, iki işletme arasında yapılan bir anlaşma olup, hava aracı kiralaanın işletme ruhsatında yer almaya ve dolayısıyla himayesinde kalmaya devam eder. Hava aracı, kiralaayan tarafından mürettebat ile birlikte kiracıya verilir. Bununla birlikte, *dry-lease*’de olduğu gibi *wet-lease*’de de hava aracı kiracının ticarî kontrolü altında olup, kiracının uçuş kodu kullanılarak hizmet verilmektedir.

2. Çarter (*charter*)

Çarter terimi, deniz hukukundan mülhem, hava hukukunda da kullanılmaktadır. Aslında ilk bakışta “çarter” dediğimizde, havacılık alanında tarifesiz hava servislerinin bir türü olan “çarter-uçuş”u aklımıza gelmektedir. Oysa buradaki kullanımı ile çarter, “leasing” şirketlerinin yer almadığı, bununla birlikte, hava yolu şirketlerinin yahut işletmelerin genellikle bir sezon için yapmış oldukları, konusu hava aracı kullanımı olan anlaşmalardır. Hava yolu şirketleri bu anlaşmaları genellikle uçuşa talebin az olduğu zamanlarda, kullanmayacakları hava araçlarının ekonomik kaybını engellemek için yapmaktadırlar⁵⁵. Burada belki de

⁵⁴ Buradaki kiralama, hukukumuzda tanımı 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanun’unda 18.maddede belirtilen finansal kiralama sözleşmelerinden farklıdır. Buna göre, finansal kiralama sözleşmesi, kiralaanın, kiracının talebi ve seçimi üzerine üçüncü bir kişiden veya bizzat kiracıdan satın aldığı veya başka suretle temin ettiği veya daha önce mülkiyetine geçirmiş bulunduğu bir malın zilyetliğini, her türlü faydayı sağlamak üzere kira bedeli karşılığında, kiracıya bırakmasını öngören sözleşmedir. Kanununun 22/(7).maddesi, 14/10/1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununun 49 uncu maddesi uygulamasında kiracı, hava aracının maliki gibi değerlendirilir demektir. Dolayısıyla, söz konusu Kanuna göre, finansal kiralama yoluyla yurda sokulmuş hava aracının kiracısının Türk işletmeci olması, o hava aracının Türk Sivil Hava Aracı Siciline tescili için yeterlidir. Finansal kiralama sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDOĞAN KIRMIZITAŞ, Türkân: 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu’na Göre Finansal Kiralama Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.45 vd.

⁵⁵ von ERLACH, s.71

söylenmesi gereken en önemli şey, bu tip anlaşmada kiralayanın tüm sorumlulukları ve operasyonel kontrolü elinde bulundurduğudur⁵⁶.

3. Değiş tokuş (*interchange*)

Yabancı bir devletin siciline tescil edilmiş ve yabancı bir hava yolu şirketi-“işletmeci”ye ait olan bir hava aracının yolcu iniş-biniş yaptığı noktada ikinci bir hava yolu şirketi tarafından farklı bir rotada kullanılmak amacıyla mürettebatı ile birlikte operasyonel kontrolü ele almasıdır. Bir değiş tokuş, yolculara daha iyi uçaklara binmek açısından ek avantajlar sağlayabilir. Farklı uçuş noktalarındaki yolcular, çok konforlu bir hava aracından yararlanma imkânına sahip olurlar. Çok büyük maliyeti olan bir hava aracından çok daha büyük ekonomik faydaların ortaya çıkması sağlanır. *New Zealand* hava yolu şirketinin *Auckland-San Francisco* seferini yaptığı hava aracını *San Francisco*'da *Londra*'ya gitmesi için *British Airways*'a bırakmasını değiş-tokuşa örnek olarak verebiliriz⁵⁷.

III. 83BIS UYGULAMASININ ULUSLARARASI HUKUK VE TÜRK HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

A. Uluslararası Sorumluluk Hukuku Açısından

Uluslararası sorumluluğun doğabilmesi için, bir devletin kendisine atfedilebilecek uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğünü icrai veya ihmali biçimde ihlal etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda uluslararası sorumluluğun varlığı bakımından iki temel öge aranmaktadır. Bunlardan ilki, eylemin uluslararası hukuka göre bir devlete atfedilebilmesi, ikincisi ise eylemin, gerçekleştiği sırada onu gerçekleştiren devlet için yürürlükteki uluslararası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlalini teşkil etmesidir⁵⁸. 83BIS anlaşmasına aykırı biçimde hareket eden, yani Şikago Konvansiyonu'nda öngörülen yükümlülükleri taşıdığı halde bunlara riayet etmeyen bir devlet açısından, uluslararası sorumluluğun doğacağına şüphe yoktur. Bunun tipik bir örneğini, devletin uçuşa elverişlilik sertifikasını veya personel lisansını düzenleyen kurumun veya görevlinin, görevini hiç veya gereği gibi yerine getirmediği durumlar oluşturabilir⁵⁹. 83BIS anlaşmasına konu olan görev ve işlevler, tescil devletinden operasyon devletine aktarıldığından,

⁵⁶ International Civil Aviation Organization: “ Doc 8335 Manual of Procedures for Operations Inspection, Certification and Continued Surveillance” 5th Edition, 2010, s.V-3-2 (Doc 8335)

⁵⁷ Doc 8335, s.xvi; von ERLACH, s.72.

⁵⁸ United Nations Legislative Series: “Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, ST/LEG/SER B/25, 2012, s.12

⁵⁹ ABEYRATNE, Rulemaking, s.24

uluslararası sorumluluk bağlamında da görev ve işlevler bakımından 83 *BIS* anlaşmasından kaynaklanan bir durumda sorumluluk operasyon devletine yönelecektir. Tersten bakıldığında, bu anlaşma tescil devletini belirli konularda uluslararası sorumluluktan kurtaracaktır.

Şikago Konvansiyonu'nun 17. maddesi, hava aracına ilişkin devletin sorumluluğunu tespit eden temel ilkeyi ortaya koymaktadır. Buna göre bir hava aracı, siciline kayıtlı bulunduğu devletin tâbiyetini taşımaktadır. Bu hükmü tamamlayan 18. madde ise hava aracının birden fazla devlette tescilini yasaklamaktadır. Her hava aracının yalnızca bir devletin tâbiyetinde bulunabilmesi suretiyle hem çoklu tescil yasaklanmakta, hem de hava aracına ilişkin sorumlulukların yerine getirilmesi açısından öngörülen denetim yükümlülüğünün hangi devlete yöneleceği belirlenebilmektedir. Tescil konusu ilk bakışta güvenliğe yönelik bir işlem olarak gözükmese de, bir hava aracının tescil edilmesi ile tescil devletinin sorumluluğunu gerektirecek bazı yükümlülükler ortaya çıkmaktadır⁶⁰. Bu yükümlülükler genel olarak yukarıda ifade ettiğimiz 83 *BIS* anlaşmalarında sorumluluğun devrini teşkil eden konulara ilişkindir. Şikago Konvansiyonu'nun 12, 30, 31 ve 32(a) maddelerinde tanımlanan görev ve işlevler, bir devletin kendi tescilindeki hava aracı ve onu işletenin emniyet içinde operasyonlarını gerçekleştirmesi ve tüm âkit devletlerin bu yöndeki standart mevzuatlarına uyum sağlama konusunda gerekli tedbirleri alma yönünde yükümlülükler içermektedir⁶¹.

83 *BIS* anlaşmaları her ne kadar, iki taraflı anlaşma niteliğindeyse de, aslında sorumluluğun aktarılması bakımında üçüncü devletler açısından da bir yükümlülük getirmektedir. Buna göre bir uluslararası hukuka aykırılık söz konusu olduğunda, üçüncü devletlerin sorumluluğun giderilmesi için tescil devletine değil operatör devletine başvurma yükümlülüğü doğmakta ve böylece tescil devleti, hava aracına ilişkin transfer ettiği görev ve işlevler bakımından sorumluluktan kurtulmaktadır. Bu durum üçüncü devletlere yükümlülük getirdiğinden, uluslararası anlaşmalar hukuku uyarınca böyle bir yükümlülüğün geçerli olması ancak üçüncü devletin bunu kabul etmesiyle mümkün olacaktır. Nitekim

⁶⁰ HUANG, s. 24

⁶¹ ICAO Guidance, s. 4

aynı zamanda yapılageliş kuralını da yansıtan⁶² 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 34. maddesi uyarınca “*bir antlaşma, rızası olmadan üçüncü bir Devlet için ne hak ne de yükümlülük yaratır.*” Üçüncü devletler bu rızayı Şikago Konvansiyonu'nun 83 *BIS* maddesini Konvansiyona dâhil eden Protokol'e taraf olmak suretiyle vermiş sayılacaklardır. Böylece 83 *BIS* Anlaşması çerçevesinde aktarılan görev ve işlevlerden dolayı bir zarar görülmesi halinde, artık tescil devletine değil operatör devletine gidilmesi gerekecektir.

Bununla birlikte, 83 *BIS* maddesini Konvansiyona ekleyen Protokol'e taraf sayısı ile Konvansiyon'un taraf sayısı karşılaştırıldığında 21 devletin Protokol'e taraf olmadığı görülmektedir⁶³ Yani, bu 21 devlete karşı 83 *BIS* anlaşması ileri sürülemeyecektir. Bu açıdan da tescil devletinin bu devletlere karşı uluslararası sorumluluğu devam edecek olup, 83 *BIS* anlaşmasının varlığı, Şikago Konvansiyonu'ndan kaynaklanan yükümlülüğü bertaraf etmeyecektir.⁶⁴ Nitekim Şikago Konvansiyonu'ndan sonra yapılan 83 *BIS* Protokolü'ne taraf olmayan devletlerle geçerli olacak ilişkiler bakımından 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 30. maddesinin 4. fıkrasının b bendi açık bir hüküm öngörmektedir. Buna göre sonraki anlaşmanın taraflarının önceki anlaşmanın taraflarının tamamını kapsamaması halinde, her iki anlaşmaya taraf olan bir devletle sadece anlaşmalardan birine taraf olan bir devlet arasında, her iki devletin taraf oldukları anlaşma, bunların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini yönetir. Dolayısıyla, anılan 21 devlet açısından Şikago Konvansiyonu çerçevesinde tescil devletinin sorumluluğu devam edecektir. Buna ek olarak, Şikago Konvansiyonu'na ve 83 *BIS* Protokolü'ne taraf olan devletler açısından da, 83 *BIS* anlaşması yapmasına rağmen anlaşmanın tarafı devletlerin bunu usulüne uygun biçimde bildirmemeleri halinde veya her halde bildirim yapmalarına dek, anlaşma etki etmeyecek ve sorumluluk tescil devletinde olmaya devam edecektir⁶⁵. Başka bir deyişle, 83 *BIS* Protokolü'ne taraf olan devletler açısından, tescil devleti ile operatör devleti arasında 83 *BIS* anlaşmasının

⁶²PROLESS, Alexander: “Article 34 General Rule Regarding Third States”, in Dörr, Oliver/ SCHMALENBACH, Kirsten (ed.) Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012 s.607

⁶³ Şikago Konvansiyonu'nun taraf sayısı 5 Mayıs 2017 tarihi itibarıyla 191 iken Protokol'e taraf devlet sayısı 170'tir.

⁶⁴ VERHAEGEN, s.274

⁶⁵ VERHAEGEN, s.276

yapılmış olması otomatik bir etki doğurmamaktadır; bildirim yoluyla o devletler açısından anlaşmaya aleniyet kazandırılması gerekmektedir.

B. Yargı Yetkisinin Aktarılması Açısından

83 *BIS* anlaşmalarının sorumluluğu, sınırlı konularda da olsa, aktarma işlevi, yargı yetkisinin de aktarılmasına imkân tanır mı sorusunu beraberinde getirmiştir. Bunun sonucu olarak da örneğin Tokyo Konvansiyonu'nun öngördüğü tescil devletinin yargı yetkisi kuralına aradaki 83 *BIS* anlaşması bir istisna teşkil edecek midir? Bu soruya vereceğimiz yanıt olumsuz olacaktır. Tokyo Konvansiyonu'nda temel olarak yargı yetkisinin tescil devlete tanınması, diğer devletlerin ise ancak belli koşullar sağlanırsa yetki kullanabilmeleri⁶⁶ bakımından, belli işlevler açısından ve kapsamı sınırlı olan ikili bir anlaşma ile cezai yargı yetkisinin de aktarılacağını kabul etmek güçtür. Konu aslında 83 *BIS* maddesinin hazırlanma sürecinde ICAO'nun gündemine de gelmiştir. Belli işlev ve görevlerin aktarılmasında, Tokyo Konvansiyonu açısından cezai yetkilerin de aktarılıp aktarılmayacağı sorusunu ICAO Hukuk Komitesi de değerlendirirken⁶⁷, kiralama gibi bir özel hukuk sözleşmesi vesilesiyle yapılacak 83 *BIS* anlaşmasının cezai yetkileri aktarma işlevi şüpheli karşılanmıştır. Tokyo Konvansiyonu'nun bir an önce yürürlüğe girebilmesi ve geniş bir taraf sayısına ulaşabilmesi için gerek ICAO gerekse BM Genel Kurulu tarafından yapılan çağrılar⁶⁸ karşısında, Konvansiyonu tadil etmek, süreci başa sarmak gibi olacaktır. Aslında burada cezaî yargı yetkisinin ciddi bir konu olduğu ve bir havayoluyla diğeri arasında yapılacak kiralama sözleşmesine bağlı olarak değişmemesi

⁶⁶ Tokyo Konvansiyonunun 4.maddesine göre, uçağın sicilinde kayıtlı bulunmadığı bir Âkit Devlet uçakta işlenen bir suç dolayısıyla ceza yetkisini kullanmak maksadıyla, uçuş halindeki bir uçağa, kural olarak, müdahalede bulunamaz. Müdahalede bulunabilmesi için, bu suçun neticeleri anılan Devletin ülkesinde hâsıl olmuş olmalı; bu suç anılan Devletin bir uyruğu tarafından veya o Devlet uyruğuna karşı veya o Devletle daimî ikametgahı bulunan bir şahıs tarafından veya ona karşı işlenmiş olmalı; bu suç anılan Devletin güvenliğini tehlikeye düşürmeli; bu suç anılan Devlette yürürlükte olup uçakların uçuşu veya manevrasına ilişkin kural veya nizamların bir ihlâlî mahiyetinde olmalı; çok taraflı bir milletlerarası anlaşma gereğince anılan Devlete düşen bir yükümlülüğü yerine getirmek için bu yetkinin kullanılması gerekmektedir.

⁶⁷ FALLER Edmund: International Civil Aviation Organization Activities of ICAO in the Legal Field, Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht 30 (3), 1981, s.10

⁶⁸ ICAO Kurulu a22-16 sayılı kararı ile BM Genel Kurulu ise 3218 sayılı kararıyla devletlere Tokyo Konvansiyonu'nu bir an önce onaylama çağrısında bulunmuşlardır. PINKERTON, Suzanne C.: Aviation, University of Miami Inter-American Law Review 10, 1978, 530.

yönündeki düşünce, devletlerin tadil konusuna pek yanaşmamaları sonucunu da doğurmuştur. Sonuç olarak bir anket hazırlanmış ve taraf devletlere gönderilmiş; anket sonucunda cevap bekleyen bazı sorular ortaya çıkmış ve konu üzerinde çalışmak için bir alt komite kurulmasına karar verilmiştir. Alt komitede yapılan tartışmalarda böyle bir tadilin gerekli olmadığı sonucu çıkınca, Konvansiyon'un tadili 24. oturumunda Hukuk Komitesi'nin çalışma programından silinmiştir⁶⁹. ICAO Genel Kurulu 23. oturumunda, hiç bir uygulama gücüne ortaya çıkarmamış, varsayım dayanan sorunlarla geniş biçimde onaylanmış Tokyo Konvansiyonunu bozmaya değmeyeceği fikrine dayanarak, Konvansiyonda operatör devletine yargı yetkisi öngörmeyi içerecek bir değişiklik yapmaktan vazgeçmiştir⁷⁰.

11 Eylül saldırılarını takip eden dönemde uçaklarda bir uçuş güvenlik görevlisi bulundurma uygulaması başlayınca, sorun daha da gün yüzüne çıkmış oldu. Zira finansal kaygılar nedeniyle hava araçları Cayman Adaları, Bermuda gibi devletlerde tescil edilip kiralama başka devletlerde işletildiğinde, Tokyo Konvansiyonu uyarınca uçak içinde geçerli olacak kurallar her halde tescil devletinin cezai mevzuatına göre belirlenecekti. Böyle olunca da uçuş güvenlik görevlisinin tescil devleti tarafından görevlendirilmesi durumu söz konusu olabilecekti. Üstelik bu görevlendirme, operatör devletinin rızasına bakılmaksızın yapılabilecekti. ICAO'da konu üzerinde yapılan uzun tartışmaların sonucunda emniyet kurallarına ilişkin Annex 17'ye uçuş güvenlik görevlisini hem tescil devleti, hem de operatör devletinin yetkilendirmesi şartı getirildi. Ancak burada da başka bir sorun ortaya çıktı; hangi devletin hukuku uygulanacaktı?⁷¹ İşte hali hazırda havacılığın geldiği noktada kiralama işlemlerinin giderek yaygınlaşması ve böyle sorunların artık varsayımsal olmaktan çıkması karşısında⁷², Tokyo Konvansiyonu'nun tadilinin gerekliliği iyice kendini göstermiş olacak ki, 2014 yılında Montreal Protokolü ile operatör devletine de yargı yetkisi tanımayı içine alacak bir değişikliğe gidilmiştir⁷³.

⁶⁹ ICAO, Doc. 9271, LC 182, Legal Committee Session, 24th Session, Summary Work Done During Its 24th Session, s.3.

⁷⁰ FITZGERALD, s.61-63

⁷¹ HUANG, çalışmasını yaptığı dönemde (2008) bu konuya 83bis'e benzer bir hüküm eklenerek sorunun aşılacağı yönünde bir öneriyle yaklaşmıştır. HUANG, s.119

⁷² HUANG, s.118

⁷³ Bu sakıncayı göz önüne alan ICAO Hukuk Komitesi, IATA'nın da argümanlarını dikkate alarak 2014 yılında hazırlanan "Hava araçlarında İşlenen Suçlar Ve Diğer Bazı

Sonuç itibariyle 83 *BIS* anlaşmalarının, sorumluluğu operatör devletine aktarmakla bir anlamda hava aracı ile ilgili yargı yetkisini de devretmiş olduğu kabul edilemez. 83 *BIS* anlaşmalarının temel işlevi havacılık emniyetini temin için gerekli uluslararası standartların denetim ve uygulamalarını sağlayabilmek bakımından, tescil devletinin karşılaşılabileceği zorlukları bertaraf etmek ve süreçleri kolaylaştırmaktır. Bu işlev de belli konularla sınırlı bir sorumluluk aktarımını içerdiğinden, bir devletin sahip olduğu yargı yetkisinin başka bir devlete aktarılması, 83 *BIS* anlaşmalarının sonuç ve etkileri içinde değerlendirilemeyecektir.

C. Türk Hukukunda Yabancı Devletin Tescil Devleti Olduğu Hallerde 83 *BIS* Uygulaması

Yukarıda da açıkladığımız üzere, hava aracının tescil edildiği devlete, havacılık emniyetini sağlamak amacıyla Şikago Konvansiyonunca kendisine yükletilen sorumlulukları, hava aracının kendi kontrolünden uzaklaştığı, yani hava aracının tescil edildiği devletin sahası dışında ağırlıklı olarak seyrüseferde bulunduğu hallerde Şikago Konvansiyonunun 83 *BIS* maddesi uyarınca, devretme imkânı getirilmiştir. Bununla ilgili olarak Türkiye’de kısaca SHT- KİRALAMA olarak da kısaltılan “*Hava Aracı Kiralama Usul ve Esasları Talimatı*”⁷⁴ ile düzenleme yapılmıştır. Bu talimatı incelediğimizde 83 *BIS*

Eylemlere İlişkin Tokyo Sözleşmesinin Tadil Edilmesine İlişkin Protokol”e (Montreal Protokolü) tescil devletinin yanı sıra, *inter alia*, operasyon devletini de ekleyerek yargı yetkisi konusundaki boşluğu doldurmuş oldu. Henüz yürürlüğe girmemiş olan Protokol’ün 2. maddesiyle Tokyo Konvansiyonu’nun 1. maddesi şu şekilde değişecektir: “*Tescil Devleti ile İşleticinin Devletinin aynı olmaması durumunda, “Tescil Devleti” terimi Sözleşmenin 4, 5 ve 13. Maddelerinde kullanıldığı üzere İşleticinin Devleti olarak kabul edilecektir.*” Bu halde arada 83bis anlaşmasının olup olmamasının bir önemi olmadığı görülmektedir ve sonuç olarak operatör devleti yargı yetkisini kullanabilecektir.

⁷⁴ Bu talimat, 14/10/1983 tarihli ve 2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu ile 10/11/2005 tarihli ve 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 8/A maddesinin (a) ve (f) bentlerine dayanılarak hazırlanmış ve 05.06.2013 tarihinde yayımlanmıştır. Talimat’ın 1.maddesinde de belirtildiği üzere, bu Talimatın amacı, ticari hava taşıma işletmelerinin iç ve dış hatlarda tarifeli veya tarifesiz seferlerle ücret karşılığında yolcu ve/veya yük taşımak amacıyla hava aracı kiralama ve kiraya verme işlemlerine yönelik usul ve esasları belirlemektir. Talimatta, iki yerli işletme arasında kısa süreli Wet-Lease, yerli işletmelerin yabancı işletmelere kısa süreli Wet-Lease, yerli işletmelerin yabancı işletmelerden kısa süreli Wet-Lease, iki yerli işletme arasında Wet-Lease, yerli işletmelerin yabancı işletmelere Wet-Lease, yerli işletmelerin yabancı işletmelerden Wet-Lease, yerli işletmelerin yabancı işletmelere Dry-Lease, yerli işletmelerin yabancı işletmelerden Dry-Lease kiralama operasyonları ile ilgili detaylı açıklamalar yer almaktadır.

uygulamasının “*Dry-Lease*” kiralama operasyonları söz konusu olduğunda karşımıza çıktığını görüyoruz⁷⁵.

Yerli ve yabancı işletmeye ait işletme ruhsatının geçerli olması ve yabancı işletmenin ICAO üyesi bir devletin sivil havacılık teşkilatı tarafından ruhsatlandırılmış olması koşuluyla, yerli bir işletme yabancı bir işletmenin filosunda bulunan bir hava aracını ticari hava taşımacılığında kullanmak üzere *Dry-Lease* olarak kiralamaya yönelik anlaşma imzalayabilir (Talimat Ek 8 1.paragraf). Bu anlaşmanın imzalanabilmesi için, uçağı kiralayacak yabancı işletmenin, kiracı olacak yerli işletmenin işletme ruhsatlarının (*Air Operator Certificate*) geçerli olması gerekmektedir. Ayrıca yabancı işletmenin ruhsatının ICAO'ya üye bir devletin sivil havacılık otoritelerince verilmiş olması gerekmektedir (Talimat, Ek 8, Paragraf 2, a bendi).

Talimata göre, yerli işletmelerin, “*Dry-Lease*” yoluyla yabancı işletmelerden kiralayacağı hava araçları için yabancı işletmelerle yapacakları kiralama anlaşmalarının yürürlüğe girebilmesi, tescil ülkesinin Şikago Konvansiyonu'nun 83 *BIS* maddesinde yer alan belirli sorumluluklarını Sivil Havacılık Genel Müdürlüğüne devrini öngören iki âkit devlet arasında imzalanacak 83 *BIS* anlaşmasının varlığına bağlıdır (Talimat, EK 8, 6.paragraf). ICAO 83 *BIS* anlaşmasının imzalanmasını müteakip, hava aracı tescil işareti değiştirilmeden hava aracı yabancı işletmenin, işletme ruhsatından çıkarılarak yerli işletmenin işletme ruhsatına eklenir (Talimat, EK 8, 7.paragraf). Yerli işletmenin başvurusu kapsamında ICAO 83 *BIS* anlaşması ilk yürürlüğe girişi tarihinden itibaren en fazla 12 ay süresince yapılır. 83 *BIS* anlaşmalarının bitiş tarihinden önce iki ülke sivil havacılık teşkilatı arasında karşılıklı görüşme veya yazışma ile anlaşmanın uzatılması mümkündür. (Talimat, EK 8, 9. paragraf).

⁷⁵ Yukarıda da ifade edildiği üzere, “*Wet-Lease*” kiralama operasyonlarında, eğer bir yerli işletme, yabancı bir işletmeye uçağı kiralıyorsa Türk Hukuku, kira müddeti boyunca yapılacak uçuş faaliyetleri sırasında 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu ve 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ve bu kanunlara dayanarak yayımlanan mevzuatın uygulanmasından yerli işletmeleri sorumlu kılmıştır (Talimat, EK 5, 1.paragraf, ç bendi). Yine aynı şekilde, eğer yabancı işletme, yerli bir işletmeye uçağı kiralıyorsa, yabancı işletme, işletme ruhsatında belirtilen tüm işlev ve sorumluluklarının devam etmesi kaydıyla, hava aracının işleticisi olarak kalacaktır. Hava aracının operasyonu, mürettebatın eğitimi ve yeterliliği ile hava aracının bakımı ve benzeri tüm konularda sorumluluk, uçağı kiraya veren yabancı işletmeye aittir. Yerli işletme, sadece ticari sorumluluğu alır. Bu hükmün kira anlaşmasında açıkça belirtilmesi gereklidir (Talimat, EK 6, 1.paragraf, ğ bendi).

Burada önemli bir noktanın daha üzerinde durmakta yarar var. 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu⁷⁶'nun 55.maddesinde, ilgili mevzuata uygun olarak yurda sokulmuş olan bir sivil hava aracı; Türk Devletine veya kamu tüzel kişilerine veya Türk vatandaşlarına veya 49 uncu maddede⁷⁷ yazılı niteliklere sahip tüzelkişilere, en az altı ay süre ile yalnız bunlar adına işletilmek üzere bırakıldığı takdirde, sicile geçici olarak tescil yapılabileceği belirtilmektedir. Yine aynı Kanunu'nun 54.maddesine göre, Türk sivil uçak siciline tescil edilen hava aracının, evvelce kayıtlı bulunduğu sicilden sildirilmesi mecburidir. Bu hükümler dikkate alındığında, aslında Türk havacılık hukukunda, yerli işletmelerin mülkiyetinde olmasa bile kendi adlarına işletmek amacıyla yabancı işletmelerden kiralandıkları hava araçlarının sicile kaydedilmesi suretiyle, Türk devletine tescil devletin fonksiyon ve sorumluluklarını yüklenme imkânının getirilmiş olduğu sonucuna varılabilir.

Türkiye'nin, 8/5/1991 tarihli ve 3738 sayılı Kanunla⁷⁸ onaylanması uygun bulunan 83 *BIS* değişikliğinin onaylanması Bakanlar Kurulu'nca 6/8/1992 tarihinde kararlaştırılmış⁷⁹ ve Tescil Devletin Bazı Fonksiyon ve Yükümlülüklerinin Transferine İlişkin Milletlerarası Sivil Havacılık Anlaşmasına 83 (BIS) Maddesinin Eklenmesine İlişkin Protokol 13 Kasım 1992 tarihinde ICAO'ya tevdi edilmiştir. Söz konusu Protokol'ün, Türkiye açısından yürürlüğe girmesi ile birlikte yabancı âkit devletlerin siciline tescil edilmiş hava araçlarının yerli işletmeler tarafından kiralanması halinde Şikago Konvansiyonu'nda tescil devletine ait yükümlülüklerin (12.madde uyarınca üzerinde uçtuğu ve manevra yaptığı devletin kurallarına uyup uymadığının denetimi, 30.madde uyarınca yayın yapan radyo tesisatı kurup kullanabilme lisansı, 31.madde uyarınca uçuşa elverişlilik belgesi, 32(a) maddesi uyarınca pilot ve mürettebatın ehliyet ve lisansı) yabancı tescil devleti ile Türkiye'nin anlaşması sonucunda hepsinin yahut bir kısmının, Türkiye'ye, bırakılmasını mümkün

⁷⁶ R.G.: T.19.10.1983, S.18196

⁷⁷ Kanun'un 49.maddesine göre, bir sivil hava aracı aşağıda belirtilen durumlarda da Türk sivil hava aracı sayılır: Türk kanunları uyarınca kurulup da; a) Kamu kurumu niteliğindeki mesleki kuruluşlar, dernekler, siyasi partiler, sendikalar veya vakıfların mülkiyetinde bulunan hava araçları, idari organını oluşturan kişilerin çoğunluğunun Türk vatandaşı olması, b) Türk Ticaret Siciline kaydedilmiş ticari şirketler, kooperatifler ve bunların birliklerinin mülkiyetinde bulunan hava araçları, şirketi idare ve temsil etmeye yetkili olanların çoğunluğunun Türk vatandaşı olması ve şirket ana sözleşmesine göre oy çoğunluğunun Türk ortaklarda bulunması.

⁷⁸ R.G. T.21.05.1991, S.20877

⁷⁹ R.G. T.22.10.1992, S.21383

kılmaktadır. Türkiye'nin yabancı bir devletle 83 *BIS* anlaşması yapmış olması halinde, zaten hava aracının yabancı devlet sicilinden terkin edilmesi mümkün değildir; dolayısıyla terkin söz konusu olamayacağı için de, yabancı devlet sorumluluklarını Türk devletine devredebilecektir. Bu nedenle de, yabancı devletin siciline tescil edilmiş hava aracı yerli Türk işletmesi tarafından ve yalnız kendi adına işletilse dahi 55.maddeye göre söz konusu hava aracının Türk siciline "geçici tescil"i mümkün olamayacaktır. Tescil aynı zamanda Türk Sivil Havacılık Kanunu'na ve Şikago Konvansiyonu'na göre hava aracının Türk tâbiyetinde olmasını sağlayacağından bu durumda, Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 31.maddesine göre, söz konusu hava aracının, Türkiye'de iki nokta üzerinde ticarî amaçla yolcu, posta ve yük taşıma faaliyetini yapma imkânı da ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla, Talimat EK 8 paragraf 10 ile 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 31'inci maddesine istinaden, yabancı bir işletmeden *Dry-Lease* olarak kiralanan hava aracı ile Türkiye Cumhuriyeti ülkesi içinde iki nokta arasında ticari amaçla yolcu, posta ve yük taşımacılığı yapılamaz şeklinde bir kural konmasına kanımızca gerek yoktur.

D. Türk Devletin Tescil Devleti Olduğu Hallerde 83 *BIS* Uygulaması

Yerli işletmeler, ICAO üyesi bir devletin sivil havacılık teşkilatı tarafından ruhsatlandırılmış yabancı bir işletme ile ticari hava taşımacılığında kullanılmak üzere bu işletmenin mülkiyetinde bulunan bir hava aracının "*Dry-Lease*" olarak kiralınmasına yönelik anlaşma imzalayabilir (Talimat, EK 7, Paragraf 1). Yalnız bu kira anlaşmasının yürürlüğe girebilmesi için, hava aracının yabancı devlette tescil edilmiş ve tescil devleti ile yerli işletmenin bulunduğu Türk Devleti arasında 83 *BIS* anlaşmasının yapılmış olması gerekmektedir. (Talimat, EK 7, Paragraf 2)

Daha öncede belirtildiği gibi, yerli bir işletmenin, yabancı bir işletmeyle "*dry lease*" anlaşması yaparken, "*dry-lease*"e konu olacak hava aracının yerli işletmenin mülkiyetinde olması gerekmektedir. Türk Sivil Havacılık Kanunu'na baktığımızda, bu durumda tescilin genel şartlarını düzenleyen 60.maddeye uygun olarak tescil edilmiş hava araçları, "*dry-lease*"in konusunu oluşturacak ve yabancı işletmecinin esas idare merkezinin yahut daimi ikametgâhının bulunduğu devlet ile Türk Devleti arasında yapılacak 83 *BIS* anlaşması uyarınca görev ve sorumluluklar yabancı devlete bırakılabilecektir⁸⁰.

⁸⁰ Tescil ve tâbiyet ilişkisi hakkında bkz.:SİRMEN, s.100 vd.

Yukarıdaki paragraftan şu sonucu çıkarabiliriz. Yerli işletme, yabancı işletme ile “*dry-lease*” anlaşması yaparken, hava aracının yerli işletmenin mülkiyetinde olması gerektiğinden Kanun’un 55.maddesine göre “geçici tescil” edilmiş hava aracının, yabancı bir devlete “*dry-lease*” yoluyla kiralanması mümkün değildir. Bir an için böyle bir Talimat’ın olmadığını varsaydığımızda dahi, Türk hava araçları siciline geçici tescil edilmiş bir hava aracının yabancı bir işletmeciye kiralanmış olması halinde Türkiye ile yabancı devlet 83 *BIS* anlaşması yapmış olsalar bile artık yerli işletmeci Kanun’un 55.maddesine göre, kendi adına hava aracını işletmediği için, hava aracının sicilden terkin edilmesi gerekmektedir⁸¹. Başka bir deyişle, Talimat böyle bir kural öngörmeseydi de zaten 55.madde uyarınca yabancı bir operatöre kiralanana hava aracı, geçici tescil şartlarını artık sağlayamadığından, sicilden terkin edilecektir.

Son olarak şu hususu da belirtmekte yarar görüyoruz. Talimat’ın 5.maddesinin 4.paragrafı uyarınca, finansal kiralama yolu ile yurda ithal edilerek Türk Sivil Hava Aracı Siciline⁸² kaydedilen hava araçlarının bir diğer işletmeye kiralanabilmesi için finansal kiralama anlaşmalarında hava aracının maliki tarafından kiraya verilmesine müsaade edildiğinin belirtilmiş olması gereklidir. Finansal kiralama anlaşmalarında bu hususa ilişkin bir ifade yer almıyor ise, hava aracının malikinden müsaade yazısı alınması gereklidir.

⁸¹ Bununla birlikte, Anayasa’nın 90/5.madde hükmünü dikkate almak suretiyle, 83 *BIS* anlaşmasının bir uluslararası sözleşme olduğunu, bir hava aracının tescilinin dolaylı da olsa mülkiyet hakkı ile ilintili olduğunu, bundan dolayı 55. madde uyarınca “geçici tescil” ile tescil edilmiş hava aracının, uluslararası sözleşmenin önceliğini de dikkate alarak terkin edilmemesi gerektiği şeklinde ileri sürülebilecek görüşlerin de olabileceğini dikkate almamız gerekir. Tabii böyle bir görüşün dikkate alınması halinde, Talimat’taki düzenleme ne şekilde olursa olsun, “geçici tescil” ile Türk Hava Aracı Siciline tescil edilmiş hava araçları da yabancı hava yolu şirketlerine “alt kiralama” yapılmak suretiyle 83 *BIS* anlaşmasının konusunu teşkil edebilecektir.

⁸² 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununun 22/(7).maddesi, 14/10/1983 tarihli ve 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununun 49 uncu maddesi uygulamasında kiracı, hava aracının maliki gibi değerlendirilir demektedir. Dolayısıyla, söz konusu Kanuna göre, finansal kiralama yoluyla yurda sokulmuş hava aracının kiracısının Türk işletmeci olması o hava aracının Türk Sivil Hava Aracı Siciline tescili için yeterlidir. Finansal kiralama sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDOĞAN KIRMIZITAŞ, s.45 vd.

SONUÇ

Bir yandan havacılığa ivme kazandıran ve ekonomik anlamda operatörlere nefes aldırarak kendi aralarında yaptıkları kiralama tipi anlaşmaların arttırılmasına duyulan ihtiyaç, diğer yandan tescil devletinin, hava aracının yabancı bir operatör tarafından işletilmesi dolayısıyla giderek kontrolünden uzaklaşması ve fakat Konvansiyondan yahut kendi millî kanunlarından doğan yükümlülükleri de yerine getirmek zorunda olması dolayısıyla, en azından uluslararası hukuk tarafından bağlayıcı olacak şekilde sorumluluğu operatör devletine devredebilmesini sağlayan bir düzenlemenin yapılması istenmiştir. Bu istek hukuk alanında 83 *BIS* Protokolüne vucût vermiş ve buna göre, bir âkit Devlete tescil edilmiş hava aracının kiralama (*lease*), çarter (*charter*) yahut değiş tokuş (*interchange*) yoluyla esas idare merkezi, eğer böyle bir yer yoksa daimî ikametgâhının başka bir âkit Devlette bulunan operatör tarafından işletilmesi halinde, tescil devletinin operatör devleti ile bir anlaşma yapması durumunda, Şikago Konvansiyonu'ndan doğan yükümlülüklerinin veya fonksiyonlarının tamamını yahut bir kısmını devredebilmesinin yolu açılmıştır. Yalnız bu devrin gerçekleşebilmesi için, yükümlülüklerin ve fonksiyonların son derece ayrıntılı bir biçimde ele alındığı bir 83 *BIS* anlaşmasının bağitlanması şarttır. Burada son olarak üzerinde durulması gereken bir başka husus da 83 *BIS* anlaşmasının kapsamı ile ilgilidir. Şunu rahatlıkla ifade edebiliriz ki, âkit tescil devletinin kendi siciline kaydolmuş hava araçlarına ait ulusal ve uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumlulukları ve yükümlülükleri, o hava aracını kullanacak hava yolu şirketinin idare merkezinin bulunduğu âkit devlete tamamıyla devredilmesi söz konusu olmamaktadır. Nitekim çalışmamızda da değindiğimiz gibi, sadece Şikago Konvansiyonu'nun 12, 30, 31 ve 32a maddelerinde yer alan yükümlülükler 83 *BIS* anlaşmasının konusunu oluşturabilecektir. Bugün sayıları 300'ü bulan 83 *BIS* anlaşması ICAO'ya bildirilmiştir. Bu önemlidir, keza üçüncü âkit devletler açısından 83 *BIS* anlaşmalarının bağlayıcılığı ya doğrudan anlaşmayı yapanların kendilerine vereceği bilgi ile yahut ICAO'ya bildirim ile mümkün olabilecektir.

Son olarak şu noktanın da belirtilmesinde yarar vardır. Türkiye'de havacılık sektörünün gelişmesiyle birlikte, dünyanın pek çok noktasına uçuş gerçekleştiren Türk operatörler, operasyon stratejisine binaen bazı zamanlar yabancı operatörlerden hava aracı edindikleri gibi, bazı zamanlarda da kendi mülkiyetlerinde olan ve Türk siciline tescil edilmiş hava araçlarını yabancılara kiralayabilmektedirler. Bu konularda yardımcı

olunması maksadıyla SHT- KİRALAMA olarak da kısaltılan “*Hava Aracı Kiralama Usul ve Esasları Talimatı*” Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanmış ve özellikle Türk ve Yabancı operatörlerin yaptığı *dry-lease* anlaşmaları için 83 *BIS* anlaşmalarının varlığı Talimat ile zorunlu kılınmıştır.

KAYNAKÇA

- ABEYRATNE, Ruwantissa: *Convention on International Civil Aviation-A Commentary*(ABEYRATNE, Commentary), Springer International Publishing Switzerland 2014.
- ABEYRATNE, Ruwantissa: *Rulemaking in Air Transport: A Deconstructive Analysis* (ABEYRATNE, Rulemaking), 1. Ed. Springer International Publishing, 2016.
- FALLER Edmund: *International Civil Aviation Organization Activities of ICAO in the Legal Field*, *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht* 30 (3), 1981.
- FITZGERALD, Gerald F.:”The Lease, Charter and Interchange of Aircraft in International Operations-Article 83 BIS of the Chicago Convention on International Civil Aviation”, *Annals of Air and Space Law*, 6, 1981, s.49-64
- GÜNDOĞAN KIRMIZITAŞ, Türkân: 6361 Sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu’na Göre Finansal Kiralama Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- HANLEY, Donal Patrick: *Aircraft Operating Leasing: A Legal and Practical Analysis in the Context of Public and Private International Air Law*, Leiden University (yayımlanmamış doktora tezi), 2011, s. 172, <https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/18146/Thesis%20Print%20Version%2013102011%20Hanley.pdf?sequence=16> (Erişim tarihi: 09.06.2017)
- HAVEL, Brian/SANCHEZ, Gabriel S., *The Principles and Practice of International Aviation Law*, Cambridge University Press, 2014
- HUANG, Jiefang: *Aviation Safety Through the Rule of Law. (Aviation Law and Policy) ICAO's Mechanism and Practices*, 1. Ed., Kluwer Law International, 2009.
- MILDE, Michael: “23rd Session of the ICAO Legal Committee (MILDE, 23rd Session)”, *Air & Space L.*, 3(2), 1978, s.130-132
- MILDE, Michael: *International Air Law and ICAO (MILDE, Air Law)*, Edition 2, Eleven International Publishing, 2012
- PAZARCI: Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap*, 13. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- PINKERTON, Suzanne C.: *Aviation*, *University of Miami Inter-American Law Review* 10, 1978.

- PROLESS, Alexander: "Article 34 General rule regarding third States", in Dörr, Oliver/SCHMALENBACH, Kirsten (ed.) Vienna Convention on the Law of Treaties A Commentary, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2012.
- SHAW, Malcolm: International Law, 6. Baskı, Cambridge University Press, Londra 2008..
- SİRMEN, Kazım Sedat: Hava Araçlarının Tâbiyeti, Söz Kesen Matbaacılık, Ankara 2005.
- STEWART, John T.: "Lease, Charter and Interchange of Aircraft: A Governmental Perspective", Akron Law Review 14(2), 1981, s.187-213
- VAN DAM, Roderick D.: Lease, Charter and Interchange of Aircraft and the Chicago Convention - Some Observation, Air & Space Law Journal, 19(3), 1994, s.124-130
- VERHAEGEN, Benoit M.: "The Entry into Force of Article 83bis: Legal Perspectives in Term of Safety Oversight", Annals of Air and Space Law XXII (II) (1997), s.269-279
- von ERLACH, Burkhardt: Public Law Aspects of Lease, Charter and Interchange of Aircraft in International Operations, Institute of Air and Space Law McGill University (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), 1990.

OKUL KANTİNLERİNİN İŞLETİLMESİ YA DA KİRAYA VERİLMESİNDE YETKİ UNSURU: TÜRKİYE’DE YAPILAN YANLIŞ UYGULAMALAR*

THE ELEMENT OF AUTHORITY IN THE OPERATION OR THE LEASING OF THE SCHOOL CANTEENS: WRONG APPLICATIONS IN TURKEY

Mehmet MECEK**

ÖZET

Bu çalışmada öncelikle Hazine mülkiyetinde olup; Milli Eğitim Bakanlığı(MEB) adına tahsis edilen okul, idari bina ve diğer eğitim alanlarında bulunan kantin, büfe, kafeterya, yemekhane, çay ocağı, bahçe, otopark ve boş alanlar ile spor, konferans ve çok amaçlı kapalı salonlarının eğitsel, sosyal, kültürel, sportif, yönetsel ve ticari amaçlarda kullanılması konusundaki mevzuat hakkında bilgi verilmektedir. Daha sonra bu alanların okul aile birliklerinde işletilmesi ya da kiraya verilmesi konusundaki hukuka aykırı uygulamalara değinilmektedir. Yürürlükteki mevzuat hükümleri ile mevcut uygulamalar arasındaki farklılıklar ortaya konularak “*olması gereken*” uygulamaya ışık tutulması amaçlanmaktadır. Milli Eğitim Bakanlığı'nın tüm Türkiye’de teşkilatlanması ve bu teşkilat birimlerinde kiralama ve diğer tasarruf işlemlerinin yapılması nedeniyle, uygulamada mevcut olan hataların düzeltilmesi büyük bir öneme sahiptir. Mevcut çalışma bu hataların nasıl giderilebileceğini ve hukuki olarak olması gereken şekli ortaya koymaktadır. Çalışmamızın gerçekleştirilmesinde mevzuat analizi tekniği kullanılmıştır. Makalemiz, ilgili konuda hazırlanmış ilk ve tek akademik çalışma olma özelliğini taşımaktadır. Bu nedenle, bu konuda gerek doktrinde ve gerekse de uygulamada önemli bir katkı sağlayacağı öngörülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Okul Kantini, Kiralama, Tahsis, Okul Aile Birliği, Kiralama Yetkisi

ABSTRACT

Firstly, this paper will give information about the legislation about the use of canteens, buffets, cafeterias, dining halls, tea houses, gardens, parking areas, indoor halls for sports, conferences or any other purposes, and all the other free spaces, which are in the ownership of the state treasury and assigned in behalf of the Ministry of National Education, in educational, social, cultural, sports, administrative, and commercial purposes. Afterwards, it will touch upon the illegitimate applications of the legislation about the operation or the leasing of these places by the Parent-Teacher Association. This paper aims to sort out the application that should be by presenting the provisions of the current legislation and the available applications. Due to the Organization of Ministry of National Education in Turkey and the processes of leasing and the other dispositive transactions in these organizational units, the correction of the mistakes in the current application has a great importance. This research will examine how these mistakes can be

* Bu çalışma, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ABD’da, Yrd. Doç. Dr. Ahmet Ziya Çalışkan danışmanlığında, yüksek lisans bitirme projesi olarak hazırlanmıştır.

** Öğr. Gör., Afyon Kocatepe Üniversitesi, meceklife@gmail.com

eliminated and the legal way of the application. Legislation Analysis Technique was used in this work. This research is the first and the only academic research on the related subject. Accordingly, it is predicted that it will make an important contribution both in the doctrine and in practice.

Keywords: School Canteen, Leasing, Disposition, the Parent-Teacher Association

GİRİŞ

Bilindiği üzere ülkemizde mevcut olan kamu kurumlarının bütçe yapıları, taşınır ve taşınmaz mal edinimleri 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile düzenlenmektedir. Bu yasa hükümlerine göre genel bütçeli kamu kurumları arasında yer alan Milli Eğitim Bakanlığına bağlı okul ve diğer kamusal malların edinimi Maliye Bakanlığı aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Maliye Bakanlığının ilgili birimi olan Milli Emlak Genel Müdürlüğü tarafından (illerde defterdarlıklar, ilçelerde mal müdürlükleri) Milli Eğitim Bakanlığı (il ve ilçe milli eğitim müdürlükleri) adına ilgili taşınmaz mallar tahsis edilmektedir.

Okul ve benzeri alanlar eğitim-öğretim faaliyeti için tahsis edilmekte olup; okullar tarafından amacı dışında kullanılması söz konusu olamamaktadır. Kantin, çay ocağı, otopark, vb. alanların kiralanması eğitim-öğretim faaliyetiyle ilgili olmayıp, doğrudan doğruya ticari bir faaliyettir. Bu nedenle de Milli Eğitim Bakanlığına bağlı birimlerce bu alanların kiralanması ya da yapılan kiralamalardan doğrudan pay alınması söz konusu olamaz.

Milli Eğitim Bakanlığına bağlı okulların fiziki ve teknik ihtiyaçlarının giderilmesi için kurulan okul koruma derneklerinin 22.01.2004 tarihinde çıkarılan 5072 sayılı Dernek ve Vakıfların Kamu Kurum ve Kuruluşları ile İlişkilerine Dair Kanun sonucu tasfiye sürecine girmesi okullar için yeni bir kaynağın bulunmasını zorunlu hale getirmiştir. Maliye Bakanlığı ile Milli Eğitim Bakanlığı arasında imzalanan 15.03.2004 tarihli protokol uyarınca mülkiyeti hazineye ait olup Milli Eğitim Bakanlığına bağlı okul ve kurumlardaki kantin, büfe, yemekhane, çay ocağı, açık alan, salon vb. yerlerin kurulacak olan okul aile birlikleri tarafından işletilmesi ya da bu birlikler tarafından kiraya verilmesi için 5 yıl süreli protokol imzalanmıştır.

Bakanlıklar arasında imzalanan bu protokol sonucu kurulan okul aile birlikleri Maliye Bakanlığı taşra birimlerinden talep etmeleri halinde okul kantin ve benzeri alanlarını işletebilmekte hatta üçüncü kişilere kiraya verebilmekteydi. 15.03.2009 tarihinde söz konusu protokol süre

bitimi nedeniyle kendiliğinden sona ermiş olup; konu ile ilgili yeni bir protokol imzalanmamıştır. Mevcut protokol de süre yönünden uzatılmamıştır. Ancak protokol süresi sona ermiş olmasına rağmen mevcut devir ve kiralama uygulamalarına son verilmemiş olup; hukuki temelden yoksun işlemler tesis edilmeye devam edilmektedir.

Devlete ait malları yönetmek, kamu malları ile kamu kurum ve kuruluşlarının taşınmaz malları konusundaki yönetim esaslarını belirlemek ve bunlara ilişkin diğer işlemleri yapma görev ve yetkisi 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2-g maddesi gereği Maliye Bakanlığına(Milli Emlak Genel Müdürlüğü) verilmiştir. 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanununda ise bu duruma temel bir istisna getirilmiştir.

Çalışmamız ile güncel mevzuat doğrultusunda olması gerektiği gibi uygulanmayan bu durum hakkında olması gerekeni “yetki” unsuru açısından ortaya koymaya çalışılacaktır.

1. YETKİ KAVRAMI

Hukuk terminolojisi açısından yetki kavramı “*usul hukuku*” ve “*idare hukuku*” açısından ayrı ayrı ele alınmaktadır. Usul hukuku açısından yetki kavramı; bir davaya coğrafi olarak hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağı¹ ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle mahkemelerin hangi coğrafi(idari) alan içerisinde ilgili bir davaya bakabileceği ile ilgilidir. DERSİMAN², usul hukuku açısından yetkiyi “*yer yönünden görev*” olarak da ifade etmektedir.

Dava konusu uyuşmazlığın hangi yargı kolunda ve bu yargı kolu içerisindeki hangi mahkeme türünde giderilmesi “*görev*” ile ilgilidir. Başka bir ifadeyle görev; belirli bir davanın, konusu ve miktarına göre mevcut uyuşmazlığı çözümlenecek mahkeme türünün belirlenmesidir.³ DERSİMAN, görev kavramını kısaca “*mahkemelerin konu yönünden yetkili olması*”⁴ olarak ifade etmektedir. Buradan hareketle mevcut bir hukuki uyuşmazlık halinde ilgili yargı kolu ile bu yargı kolu içerisindeki mahkeme türünün tespit edilmesi “*görev*” konusu içerisinde yer alırken;

¹ GÖZLER, Kemal / KAPLAN Gürsel: İdare Hukukuna Giriş, Ekin Yayınları, Bursa, 2015, s.357; YILDIRIM, Ramazan: Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s.573.

² DERSİMAN, Ramazan Cengiz: Hukuk Başlangıcı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2011, s.176.

³ YILDIRIM, s.183.

⁴ DERSİMAN, s.176.

sonrasında söz konusu davanın hangi yerdeki(coğrafi sınır olarak) görevli mahkemede açılması gerektiği konusu ise “yetki” ile ilgilidir.

Çalışmamız açısından dikkate alınması gereken “yetki” kavramı ise idare hukuku açısından ele alınmıştır. İdare hukuku açısından yetki kavramı; idari eylem ve/veya işlemi yapabilmek için gerekli olan güç, kudret ve irade kullanma yeteneği⁵ olarak ifade edilmektedir. Danıştay yetki kavramını, “*mevzuata uygun olarak hukuki bir tasarrufta bulunma iktidarı*”⁶ olarak değerlendirmektedir. Daha geniş bir anlatımla yetki, bir idari eylem ve/veya işlemin; ne zaman, nerede, hangi konuda ve kim tarafından kullanılacağını belirleyen ölçüdür⁷. Kaynağını anayasadan ya da kanundan alan⁸ ve “kamu düzeni” ile ilgili olan “yetki”nin kullanılmasından vazgeçilemez. Ancak idare kendisine verilen yetkiyi hiç kullanmamışsa ya da verilen yetkinin dışına çıkmışsa yapılan idari işlem “yetki yönünden” hukuka aykırı olur⁹. İdare hukukunda yetki sakatlıkları sonradan düzeltilenmemektedir¹⁰.

İdare hukuku açısından yetki unsurundaki sakatlık(hukuka aykırılık) halleri; “*fonksiyon gaspı*”, “*yetki gaspı*” ve “*yetki tecavüzü*” ile “*ağır ve bariz yetki tecavüzü*” olmak üzere başlıca dört¹¹ başlık altında ele alınmaktadır.

⁵ DERDİMAN, Ramazan Cengiz: İdare Hukuku, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2015, s.153.

⁶ Danıştay Beşinci Dairenin 24.10.1996 Tarih, 1995/4235 Esas, 1996/3251 sayılı Kararı.

⁷ DERDİMAN, İdare, s.153.

⁸ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref - TAN, Turgut: İdare Hukuku(Genel Esaslar), Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.378; MEMİŞ, Emin: Genel İdare Hukuku Notları, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.238; KALABALIK, Halil: İdare Hukuku Dersleri, Değişim Yayınları, İstanbul, 2004, s.108-109; GÖZLER/KAPLAN, s.130.

⁹ YILDIRIM, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri II, Mimoza Yayınları, Konya, 2012, s.54-55.

¹⁰ GÖZLER/KAPLAN, s.130.

¹¹ İdare hukuku yazınında yetki unsurundaki sakatlık halleri genellikle üç grupta ele alınmaktadır. Ancak bazı yazarlar “*ağır ve bariz yetki tecavüzü*” fiilini de ayrı bir sakatlık hali olarak kabul etmeyi uygun görmüşlerdir. Örneğin; GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Ekin Yayınları, Bursa, 2009, s.828; YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2010, s.117; ONAR, Siddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s.303; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s.142-143; YILDIRIM, İdare, s.70; AKYILMAZ, Bahtiyar-SEZGİNER, Murat-KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s.384.

*Fonksiyon gaspı*¹²; üç temel erkten birisi olan yürütmenin(idarenin) yetki sınırını aşarak yasama ve yargı fonksiyonunun(organlarının) görev alanına giren konularda işlem yapması sonucunda ortaya çıkan hukuki sakatlık halidir¹³. Fonksiyon gaspının hukuki müeyyidesi “*yokluk*” olarak ifade edilmektedir¹⁴. Ancak GÖZLER, yokluk müeyyidesinin tek başına her zaman yeterli olamayabileceğini, bu nedenle de bu türden bazı işlemlerin sakatlığının tamamen ortadan kalkması için ayrıca “*iptal*” edilmesi gerektiğini de ifade etmektedir¹⁵.

Yetki gaspı; idare ile hiçbir hukuki ilişkisi olmayan ya da mevcut hukuki ilişkisi sona ermiş bir kimsenin idare adına işlem tesis etmesi neticesinde meydana gelen hukuki sakatlık halidir¹⁶. Yetki gaspının hukuki müeyyidesi “*yokluk*”tur¹⁷.

Yetki tecavüzü(aşımı); esas itibariyle idare adına irade açıklamaya ve/veya işlem tesis etmeye yetkisi olmasına rağmen bir idari makamın konu ya da yer bakımından başka bir idari makamın yerine idari işlem tesis etmesiyle oluşan hukuki sakatlık halidir¹⁸. Yetki tecavüzünün hukuki müeyyidesi “*iptal*” edilme olup, hukuken mevcut olduğu için yok hükmünde sayılamaz¹⁹.

Ağır ve Bariz(Açık) Yetki Tecavüzü; idari işbölümü esaslarına tamamen aykırı bir şekilde alınan kararlar ile yetki tecavüzünün çok ağır, açık ve anlaşılır bir şekilde gerçekleştirilmesi sonucu meydana gelen bariz hukuki sakatlık halidir²⁰. GÜNDAY, yetki tecavüzünün ağır ve açık(bariz) olması halinde müeyyide olarak “*yokluk*” ile müeyyidelendirilmesini yani ilgili işlemin yok hükmünde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir²¹.

¹² Fonksiyon gaspı doktrinde bazı yazarlar tarafından “*görev gaspı*” ya da “*işlev gaspı*” olarak ta adlandırılmaktadır. Örneğin; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.388-389; YILDIRIM, Sözlük, s.179; GÜNDAY, s.142; ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s.476; AKYILMAZ vd., s.384.

¹³ ONAR, s.301; GÜNDAY, s.142; GÖZLER, s.810; DİRDİMAN, İdare, s.155; ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, s.392.

¹⁴ GÜNDAY, s.142; GÖZLER, s.813-814.

¹⁵ GÖZLER, s.813-814.

¹⁶ ONAR, s.302; GÜNDAY, s.142; GÖZLER, s.815; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.389; ÖZAY, s.392.

¹⁷ GÜNDAY, s.142.

¹⁸ GÖZLER, s.818; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.390.

¹⁹ GÜNDAY, s.142.

²⁰ ONAR, s.303; GÜNDAY, s.142-143; GÖZLER, s.828.

²¹ GÜNDAY, s.142.

İdare hukuku açısından yetki genel olarak kişi, konu, yer ve zaman unsurlarından(çeşitlerinden) oluşmaktadır. İdare adına tanınmış olan yetkinin mevzuatta belirlenmiş kimselerce kullanılabilmesi kişi unsurunu ifade ederken; idarenin kedisine tanınan yetki kapsamında yani yetkilendirildiği konular kapsamında bu yetkisini kullanabilmesi de konu unsurunu oluşturmaktadır. Yetkinin idare adına mevzuatta belirlenen alanda kullanılabilmesi yer unsurunu; yetkinin tanındığı zaman dilimi içerisinde kullanılabilmesi de zaman unsurunu ortaya koymaktadır²². Çalışmamızın kapsamı açısından yetki konusunda kapsamlı bir tafsilata girilmeyecek olup, konumuz açısından önemli olan yetki kavramı ve yetkisizlik halleri yani yetki sakatlıkları hakkında verilen temel bilgilerle iktifa edilecektir.

2. KANTİN VE BENZERİ ALANLARININ İŞLETİLMESİNDE İLK YETKİ (MÜLKİYET DURUMLARINA GÖRE YETKİ)

Bir kişinin²³ ister menkul²⁴(taşınır), ister gayrimenkul²⁵(taşınmaz) olsun bir eşyaya²⁶ tasarrufu²⁷ ancak o eşya üzerinde söz sahibi olabilmesi ile mümkündür. Bir taşınmaz üzerinde söz sahibi olmak ise o eşyaya malik olmaktan ya da sahibi tarafından yetkili kılınmaktan geçer. Yani bir

²² Bu unsurlarla ilgili daha detaylı açıklamalar için Bkz.: GÖZLER, s.793-808; GÜNDAY, s.136-139; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.380-383; DERDİMAN, İdare, s.153-155; YILDIRIM, İdare, s.55-58; YILDIRIM, Turan – YASİN, Melikşah – KAMAN, Nur – ÖZDEMİR, H.Eyüp – ÜSTÜN, Gül - OKAY TEKİNSOY, Özge: İdare Hukuku, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.435-437; ATAY, s.455-461; AKYILMAZ vd., s.380-383.

²³ “Gerçek kişi” ya da “tüzel kişi” ayrımı yapılmadan kullanılmış genel bir ifadedir. Ancak konumuzla ilişkili olarak daha çok kamu tüzel kişileri kastedilmektedir.(Kişilik kavramı, kişilik türleri, kişiliklerin kazanılması ve kaybedilmesi gibi konularda daha ayrıntılı bilgi için Bkz.: ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006, s.219-398; DERDİMAN, Hukuk Başlangıcı, s.308-321; GÖZLER, Kemal (2014), İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları, Ekin Yayınları, Bursa, 2014, s.179-202.

²⁴ Özüne zarar vermeden bir yerden başka bir yere taşınabilen eşyalara denir. (Kitap, otomobil, masa, ..vb.).

²⁵ Özüne bir zarar vermeden, bir yerden başka bir yere taşınamayan eşyalardır. (Arazi, bina, sabit yapı, ..vb.).

²⁶ Kişilerin üzerinde ferdi hakimiyet kurabildikleri “aynı hak” konusu olmalarına izin verilen kişi dışı maddi nesnelere dir. (Eşya kelimesinin hukuk bilimi açısından açıklanması ve eşya türleri hakkında daha ayrıntılı bilgi için Bkz.: ÖZTAN, s.658-660).

²⁷ Eşyanın kullanılması, bir başkasına bedelsiz olarak kullandırılması, kiralanması, satılması, hibe edilmesi-bağışlanması, ipotek-rehin edilmesi, üzerinde aynı-irtifak hakkı tesis edilmesi, tahsisi, takası, ferağı, niteliğinin değiştirilmesi, ..vd.

kişi ya da kurum kendisine ait bir eşyayı ya da sahibi tarafından kendisine tasarruf edebilmesi için izin/yetki verilen bir eşyayı kullanabilir veya bir başkasına kullandırabilir. Bahsettiğimiz bu genel kural her ne kadar hukuki kurallar ile tesis edilmiş olsa da aslında toplumsal yaşam mantığının bir çıkarımıdır.

MEB ve bağlı kurumlarında bulunan kantin, büfe, kafeterya, yemekhane, çay ocağı, bahçe ve boş alanlar ile spor, konferans ve çok amaçlı kapalı salonların eğitsel, sosyal, kültürel, sportif ve ticari amaçlarda kullanılması konusunda yapmamız gereken ilk iş, kiralamaya konu bu alanların kime ait olduğunu tespit etmek olacaktır. Böylelikle buraların kiralanması konusunda ilk yetkiliyi yani ilk söz sahibini bulmuş olacağız.

Normal koşullarda kiralamaya konu taşınmazın sahibinin tespit edilmesinde yapılacak ilk iş, ilgili taşınmazın tapu sicil kaydına bakılarak taşınmaz malikinin öğrenilmesidir. Böylelikle taşınmazın sahibi, dahası taşınmaz ile ilgili tasarruf yetkisine haiz kişi ya da kurumu tespit etmiş olacağız. Ancak tapu sicilinde malik olarak görünen kişi ya da kurumun kim olduğundan ya da mülkiyete konu taşınmazın kimin kullanımına sunulduğundan(yetkilisince tahsis) daha ziyade tapu sicilinde kimin adına mülkiyet tesisinin gerçekleştirilmesi gerektiği ve ilgili idarece kimin lehine tahsis işleminin gerçekleştirilmesi²⁸ gerektiği hususlarında öncelikli bilgi sahibi olunmasının daha faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle ilk olarak “*olması gereken hal*” mevzuat bağlamında ele alınacaktır. Daha sonra “*uygulamada olan şekli*” mevzuat ve uygulamalar bağlamında değerlendirilerek, mevzuat ile çelişen uygulamalara çözüm için öneriler sunulacaktır.

Pozitif hukuk²⁹ açısından “*olması gereken*” kurallar değil, “*yürürlükte olan*” kurallar dikkate alınır. Böylelikle hukukun eşitliği,

²⁸ Tahsis işlemi kira ve benzeri işlemler gibi malikin tasarrufuna yönelik bir işlem olup, kiracı açısından da tapu sicilinde tescil edilmesi gereken olağandışı bir hak ve menfaat ortaya koymamaktadır. Bu nedenle tahsis işlemlerinin tapu siciline tescili söz konusu olmaz. Ancak uygulamada bazen tapu siciline tescil edilmiş tahsis şerhlerine de rastlamak mümkündür. Tahsis işlemlerine ait bilgi, belge ve kayıtlar tahsisi gerçekleştiren kamu idaresi tarafından düzenlenerek muhafaza edilir.

²⁹ Belli bir memlekette, belli bir dönemde yürürlükte bulunan hukuk kurallarının bütünü pozitif veya müspet hukuku oluşturur. Bu deyimim içerisine, yetkili makamlar tarafından çıkarılan kanunlar, tüzükler, yönetmelikler(talimatnameler) gibi yazılı metinlerle tespit olunan kurallar girdiği gibi, henüz yazılı bir şekle bürünmemiş olan ve fakat uyulması zorunlu olan örf ve adet kuralları da girer. Hatta mahkeme içtihatları ile doktrinin dahi bir dereceye kadar bu deyimim içine girdiği söylenebilir.

etkinliği, eşitliğin uygulanabilirliği ve adaletin tam olarak sağlanabilmesinden söz edebiliriz. Nitekim “*olması gereken*” kişiiden kişiye farklılık gösterebilirken, “*var olan*” herkes için aynı hükmü ortaya koyar³⁰.

Pozitif hukuk açısından hal böyle iken, taşınmaz mallar için tapu sicilinde var olan kayıtlar yerine, olması gereken kayıtlarla ilgilenmek, bu konuya öncelik vermek ne denli doğru bir yaklaşım olur? Bu durumda pozitif hukuk kurallarına uyma noktasında ne denli bir tutarlılık göstermiş olabiliriz?

Daha önce de belirtildiği gibi hukuk kuralları herkesi bağlayan genel hükümler içerir. Mevzuatın ortaya koyduğu hükme göre işlemler tesis edilir. Aksi halde yani mevzuatın ön görmediği şekilde tesis edilen işlemler yetkili mercilerce düzeltilir ya da iptal edilir. Buradan da anlaşılacağı üzere uygulamalar yani tesis edilen işlemler mevzuata göre yapılır. Dahası mevzuata aykırı olarak işlemler tesis edilemez. Mevzuat ve uygulamaları arasındaki bu zorunlu bağa rağmen aksi yönde tesis edilmiş işlem ya da kararlarla karşılaşılabilmektedir. Bu durumda bir çelişkinin varlığından söz etmek yerine, bilgi ve denetim eksikliğinden kaynaklanan uygulamaların varlığından söz etmek daha doğru olacaktır.

Mevzuat ve bilgi eksikliğinden kaynaklanan uygulamalara göre yeni işlem tesis etmek, mevcut sorunları çözmek yerine, mevcut sorunun üzerine yeni sorunlar inşa ederek durumun daha da çok çıkmaza sokulduğuna şahit olunmaktadır. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi tapu sicilinde yer alan bilgiler hukuken geçerli olan ve baz alınması gereken verilerdir. Tesis edeceğimiz idari işlemlerde bu veriler esas alınmalıdır. Ancak hukuka uygun olmayan yani mevzuata aykırı olarak tesis edilen işlemlerin de ivedi olarak düzeltilmesi için gerekli çalışmalar başlatılmalıdır. Bu kapsamda yapılması gereken idari ve adli süreçler geciktirilmemelidir. Bu süreçlerin başlatılması ile görevli kurum ve görevlilerin hukuken sorumluluk altında oldukları unutulmamalıdır. Hatalı işlemin düzeltilmesi ile doğru işleme göre uygulamalar gerçekleştirilmeli ve imkân dâhilindeki daha önceki yanlış uygulamadan kaynaklanan aksaklıklar acilen giderilmelidir.

³⁰Hukuk kurallarının geçerliliği ve uygulanmasında yaşanan tartışmaların değerlendirilmesi ile ilgili olarak daha ayrıntılı bilgi için Bkz.: GÖZLER, Kemal: Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Ekin Yayınları, Bursa, 1999, s.9-24.

Tapu sicilinde “*görünen, var olan, tescil edilen*” veriler ile birlikte “*olması gereken*” verilerin de dikkate alınması aslında pozitif hukuk kurallarının uygulanması noktasında bir aykırılık ortaya koymamaktadır. Burada genel kaideye bir istisna getirildiğinden söz etmek de doğru değildir. Çünkü pozitif hukuk kuralları var olan, yürürlükte olan mevzuatı ortaya koyar. Bizim tapu sicilinde olması gereken diye bahsettiğimiz kurallar da yine pozitif hukukun ortaya koyduğu kurallardır. Burada “*olması gereken*” diye addedilen kendi değer yargılarımıza göre olması gerektiğini düşündüğümüz değil, hukuk kurallarının açıkça olmasını öngördüğü hükümlerdir. Ancak bazen hukuk kurallarının bilgi eksikliği ve yanlış yorumlamalar nedeniyle hatalı bir şekilde değerlendirildiğine, buna bağlı olarak da yanlış işlemlerin tesis edilmesine neden olduğuna şahit oluruz. Burada yetkili ve görevli mercilerin vakit kaybetmeden tesis edilen işlem ya da uygulamaların mevzuata uygun hale getirilmesi için gerekli yasal süreçleri başlatması gerekmektedir. Haliyle bu hataların fark edilebilmesi ve düzeltilmesi için de “*mevzuat bağlamında olması gereken*”in bilinmesi gerekmektedir.

MEB ve bağlı kurumlarında bulunan kantin, büfe, kafeterya, yemekhane, çay ocağı, bahçe ve boş alanlar ile spor, konferans ve çok amaçlı kapalı salonların eğitsel, sosyal, kültürel, sportif ve ticari amaçlarda kullanılması konusunda söz sahibi olunması noktasında ilk olarak buraların kime ait olduğunu tespit etmemiz gerektiğini daha önce de söylemiştik. Bu nedenle ilk olarak tapuda bu yerlerin hangi kurum ya da kuruluşlar adına malik sıfatıyla tescil edilmesi gerektiği konusunu ele alacağız.

Ülkemizde eğitim-öğretim hizmetleri bilindiği gibi MEB tarafından icra edilmektedir. MEB, “genel bütçeli kamu idareleri”³¹ arasında yer alır. Diğer genel bütçeli kamu idareleri gibi MEB da ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayıp, “devlet tüzel kişiliği”³² içerisinde kendisine yer bulur.

Bilindiği üzere “*kamu*” ve “*kamu idaresi*” kavramları ile aslında “*kamu tüzel kişiliği*” ifade edilmektedir. Kamu tüzel kişileri denilince ilk

³¹ Bütçe ve bütçe çeşitleri ile ilgili daha ayrıntılı bilgi edinmek için Bkz.: AKDOĞAN, Abdurrahman: Kamu Maliyesi, Gazi Kitabevi, Ankara, 2002, s.307-351; KALENDEROĞLU, Mahmut: Kamu Maliyesi Bütçe ve Borçlanma, Agon Yayınları, Ankara, 2007, s.169-226.

³² Kamu Tüzel Kişiliğinin kazanılması, kaybedilmesi, vb. hususlar hakkında daha ayrıntılı bilgi için Bkz.: GÖZLER, İdare, s.159-195.

akla gelen “*devlet*”tir. Ancak Devlet dışında başka kamu tüzel kişileri de vardır. Mahalli idareler ile kamu kurumları da kamu tüzel kişileridirler.

Devlet tüzel kişiliği, merkezi idare ve bu idarelerin taşra teşkilatlarını içerisine alır. Diğer kamu tüzel kişileri ise merkezi idare dışında kalan mahalli idareler ile kamu(hizmet) kurumlarını kapsar. Yer yönünden yerinden yönetim kuruluşları yani mahalli idareler(il özel idaresi, belediye ve köy) bizzat Anayasa gereği kamu tüzel kişiliğine sahiptirler(md.127). Hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşlarının ise bir kısmı yine doğrudan doğruya Anayasadan tüzel kişiliklerini almaktadırlar. Örneğin üniversiteler(md.130), TRT(md.133) ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları(md.135) böyledir. Diğerleri ise kamu tüzel kişiliklerini kanunlardan veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak yapılmış idarî işlemlerden alırlar.³³

3.1. Genel Olarak Yetki

MEB, diğer bakanlıklar gibi tek başına bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olmayıp, “*devlet tüzel kişiliği*” içerisinde yer almaktadır. Devlet tüzel kişiliği yani merkezi idare içerisinde yer alan kurum ve kuruluşların bütçeleri, mal edinmeleri ve diğer mali işlemlerinde uygulanacak usul ve esaslar 5018 sayılı “*Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu*”nda düzenlenmiştir³⁴.

Milli Eğitim Bakanlığı ve bağlı kuruluşları 5018 sayılı kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idareleri arasında sayılmakta olup, “*genel bütçeli kamu idareleri*” arasında yer alırlar.

Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerince, taşınır ve taşınmaz mal edinilmesi, yönetilmesi, trampası(takası), elden çıkarılması, tahsis ve devri gibi hususlara 5018 sayılı yasanın “*taşınır ve taşınmazlar*” adlı “*üçüncü kısmı*”nda yer verilmiştir. Adı geçen kanunun 45 inci maddesi genel yönetim kapsamındaki(genel bütçeli) kamu idarelerinin dolayısıyla bu idarelerden birisi³⁵ olan devlete bağlı MEB ve bağlı birimlerinin mal

³³ GÖZLER, İdare, s.167.

³⁴ Bu Kanun, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrolünü kapsar. Avrupa Birliği fonları ile yurt içi ve yurt dışından kamu idarelerine sağlanan kaynakların kullanımı ve kontrolü de uluslararası anlaşmaların hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu kanun hükümlerine tâbidir.

³⁵ MEB bir kurum ya da idare değildir. Merkezi idare olan devlet’in başkent teşkilatı içerisinde yer alan alt birimlerden birisidir. Dolayısıyla devlet tüzel kişiliğinden ayrı bir tüzel kişiliğe sahip değildir.

edinmesini düzenlemektedir. 5018 sayılı yasanın 45'inci maddesinin ilk paragrafında;

“Genel yönetim kapsamındaki kamu idareleri, kamu hizmetlerinin zorunlu kıldığı durumlarda gereken nicelikte ve nitelikte taşınır ve taşınmazları, yurt içinde veya yurt dışında, bedellerini peşin veya taksitle ödeyerek veya finansal kiralama suretiyle edinebilirler. Kamu idareleri, taşınmaz satın alma veya kamulaştırma işlemlerini yetki devri yoluyla bir başka kamu idaresi eliyle yürütebilir. Genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin³⁶ edindiği taşınmazlar Hazine adına, diğer kamu idarelerine ait taşınmazlar ise tüzel kişilikleri adına tapu sicilinde tescil olunur. Hazine adına tescil edilen taşınmazlar Maliye Bakanlığı tarafından yönetilir. Bu tescil işlemleri, adına tescil yapılan idarenin³⁷ taşınmazın bulunduğu yerdeki ilgili birimine bildirilir”,

hükmü yer almaktadır. Bu paragrafta yer alan düzenlemeye göre genel yönetim kapsamındaki kamu organizasyonları ancak kendi görev ve yetki alanlarında ifa etmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin zorunlu kıldığı durumlarda taşınır ve/veya taşınmaz mal edinebilirler. Yani ticari amaçla mal edinemezler. Her ne kadar faydalı ve gerekli olduğu düşünülse bile, bu birimlerin doğrudan kamu hizmeti kapsamında olmayan konularda mal edinmelerine izin verilmemektedir. Burada mal edinme şekli olarak sadece satın alma, kiralama ve kamulaştırmaya yer verilmiştir. Ancak hibe(bağış) yoluyla da mal edinilebilir.³⁸ Satın alma ve kamulaştırma

³⁶5018 sayılı Kanunda kullanılan "kamu idaresi" gibi bazı terimlerin idare hukukuna uygun olmayan şekilde kullanıldığı görülmektedir. Devlet idaresi içerisinde yer alan ve genel bütçeye tabi olan bakanlıklar ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmadıkları için ayrı bir kamu idaresi değildirler. Devlet idaresi hiyerarşisinde yer alan bir alt birimdir. Ancak kanun lafzına uygun olması açısından muhtelif yerlerde "idare" olarak kullanılacaktır. GÖZLER, Kemal: “5018 ve 6085 sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.60(4), 2011, s.837-917

³⁷ Genel bütçeli idarelerde Maliye Bakanlığı, diğer kamu idarelerinde ise ilgili kamu tüzel kişiliği(Devlet tüzel kişiliğinden ayrı kamu tüzel kişiliği) kastedilmektedir.

³⁸Uygulamada zamanla taşınmazda yaşanabilecek bazı olası durumlar(kapasite yetersizliği, ihtiyaçlara yeterince cevap verememesi, ihtiyaç şekli ve türünde değişiklikler meydana gelmesi, vs..) nedeniyle zorunlu kalmadıkça “şartlı bağış” yoluna gidilmemektedir. Bağışın her hangi bir şarta bağlanmadan yapılması, bunun sağlanamaması halinde ise şartın daha genel ve yumuşatılmış bir şekilde tesis edilmesi tercih edilmektedir.

işlemlerini ilgili kurum bizzat kendisi ya da yetki devri yolu ile bir başka kamu idaresi eliyle takip etmesi gerekmektedir.

Hiç şüphesiz konumuz açısından bu maddedeki en önemli hüküm; edinilen taşınmazın kimin adına tapuya tescil edileceğidir. Bu maddede genel bütçe kapsamında yer alan kamu idarelerinin, dolayısıyla bu idarelerden devlet idaresi içerisinde yer alan MEB ve bağlı kurumlarının edindiği taşınmaz malları “HAZINE”³⁹ adına tapuya tescil ettirmesi gerektiği hükmüne yer verilir. Bu emredici hüküm son derece açık ve bağlayıcıdır.

Tapu sicilinde mülkiyet hanesinde “*Milli Eğitim Bakanlığı*” ya da eğitim faaliyeti gerçekleştirilen okulun adının yazması bu hüküm gereği son derece yanlış ve mevzuata aykırıdır. Hukuki temelden yoksun olarak tesis edilen böyle bir işlemin ivedilikle hukuka uygun hale getirilmesi gerekir.

5018 sayılı Yasanın 45’inci maddesinin ilk paragrafında geçen “*adına tescil işlemi yapılan idarenin taşınmazın bulunduğu yerdeki ilgili birimine bildirilir*”, hükmü gereğince MEB ve bağlı kurumları Maliye Hazinesi adına mülk elde edindiklerinde bu taşınmazı Maliye Bakanlığının ilgili birimine bildirmek zorundadırlar. Yani taşınmaza malik olan kurumun, taşınmazdan haberdar edilmesi gerekmektedir. Çünkü tesis edilen mülkiyet nedeniyle Maliye Bakanlığı birinci dereceden sorumluluk sahibi olmaktadır.

Maliye Bakanlığının Hazine taşınmazları ile ilgili (ve yetkili) birimi İllerde Defterdarlık (Emlak Müdürlüğü), İlçelerde ise Malmüdürlüğü (Milli Emlak Servisi)’dür. Adı geçen bu taşra birimleri ilgisi gereği Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğüne bağlıdır.

“*Hazine adına tescil edilen taşınmazlar Maliye Bakanlığı tarafından yönetilir*”, hükmü neyi ifade eder?

Taşınmazın tapuda Maliye Hazinesi adına tescil edilmesi, haliyle bu taşınmaz üzerinde birinci derecede Maliye Bakanlığının⁴⁰ söz sahibi olacağı sonucunu doğurmaktadır. Bu hak (tasarruf hakkı) mülkiyet hakkından doğan genel bir sonuçtur. Bu nedenle kanun maddesinde geçen “*Hazine adına tescil edilen taşınmazlar Maliye Bakanlığı tarafından yönetilir*”, ifadesi aslında yeni bir hüküm ortaya koymamaktadır. Maliye Bakanlığının malik olarak tapuya tescil edilmesi mülkiyet hakkının bir

³⁹ Tapu sicilinde daha çok “Maliye Hazinesi” ibaresine yer verilmektedir.

⁴⁰ Bakanlık adına İllerde Defterdarlık, İlçelerde Malmüdürlüğü yetkilidir.

sonucu olarak Maliye Bakanlığına taşınmazın idaresi/yönetilmesi noktasında hak vermektedir.

Taşınmazın idare edilmesi yani yönetilmesi, taşınmazın korunması, kullanılması, tamirat/tadilatlarının yapılması, kiralanması, işgali nedeniyle tazminat tahakkuk ve tahsil edilmesi ile trampası(takası), tahsisi, üzerinde irtifak hakkı tesis edilmesi, satılması gibi birçok tasarruf şeklini içine almaktadır. Bu konuda üzerinde durulması gereken önemli bir konu da belirli bir kamu hizmetinin(eğitim-öğretim faaliyetinin) zorunlu kılması nedeniyle MEB tarafından elde edilen taşınmazın Hazine adına tescil edilmesi sonucunda MEB'nin bu taşınmaz üzerinde nasıl söz sahibi olacağıdır.

MEB ve bağlı kurumlarının talebi üzerine Maliye Bakanlığınca(Defterdarlık/Malmüdürlüğü) bu taşınmaz, talep sahibi kuruma gerekli hazırlık işlemleri tamamlandıktan sonra, herhangi bir hukuki engel yoksa usulüne⁴¹ uygun olarak tahsis edilir. Böylelikle MEB ya da bağlı birimi ilgili taşınmaz üzerinde sınırlı tasarruf(kullanma) yetkisine sahip olmaktadır. Tahsis sonucu ilgili taşınmazın korunması⁴² ve kullanılmasından lehine tahsis işlemi tesis edilen Bakanlık veya bağlı kurumu sorumludur. Yani taşınmaz üzerinde söz sahibidir. Ancak taşınmazın sadece tahsis amacı doğrultusunda kullanılabileceği, tahsis amacı dışında kullanımı halinde tahsisin Maliye Bakanlığı birimlerince tek taraflı olarak kaldırılabilmesi hükmü de unutulmamalıdır.

5018 sayılı yasanın 47'inci maddesinde genel bütçeli merkezi idarelerin mal edinmeleriyle ilgili olarak gerçekleştirilen tahsis işleminden bahsedilmektedir. Bu maddenin içeriğinde;

“Kamu idareleri, kanunlarında belirtilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için mülkiyetlerindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri⁴³, birbirlerine ve köy tüzel kişiliklerine bedelsiz

⁴¹ Bu usul ve esaslar 10.10.2006 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan “*Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik*” ile düzenlenmiştir.

⁴² İlgili kurumlara tahsis edilmiş taşınmazlar üzerindeki işgallerin giderilmesinde tahsis lehtar kurum görevlidir. Uygulamada bu işgallerin defterdarlık/ malmüdürlüğü birimlerince giderilmesi(işgalin sonlandırılarak fuzuli şağilin tahliye edilmesi) talep edilmesine sıklıkla rastlanılmaktadır. Ancak bu talep yönetmelik hükümleri gereği Maliye Bakanlığı birimlerince karşılanamamaktadır.

⁴³ Kanun metninde geçen “*devletin hüküm ve tasarrufu altındaki(DHTA)*” taşınmazlar ile tapu siciline tescili yapılmamış, tescil haricinde bırakılmış sahipsiz taşınmazlar(araziler) kastedilmektedir. Bu taşınmazların tasarrufunda Maliye Bakanlığı yetkilidir.

olarak tahsis edebilirler. Tahsis edilen taşınmaz, amaç dışı kullanılamaz.

Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri tahsis etmeye, kamu ihtiyaçları için gerekli olmayanların tahsisini kaldırmaya Maliye Bakanlığı; diğer taşınmazları tahsis etmeye ve tahsisini kaldırmaya ise maliki kamu idaresi yetkilidir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usüller Maliye Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle⁴⁴ belirlenir”

hükümlerine yer verilmiştir. Bu maddede daha önce belirttiğimiz gibi taşınmaza malik olan kurumun ilgili taşınmaz üzerinde tahsis işlemi tesis etme yetkisine sahip olduğu vurgulanmaktadır. Bu yetki sadece tahsis işlemi tesis etmek ile sınırlı olmayıp, mevcut tahsis işlemi ortadan kaldırma yetkisini de kapsamaktadır. Bu madde ile daha önce de belirttiğimiz gibi tahsise konu taşınmazların tahsis amaçları dışında kullanılamayacağı hükmü ortaya konmaktadır.

5018 sayılı yasanın 47'inci maddesi ile ilgili son olarak tahsis yapmaya yetkili kamu idareleri noktasında bilgi vermekte fayda vardır. Bu konuda daha önce de belirtildiği gibi taşınmaza malik olan idareler yetki sahibidir. Yukarıda bahsettiğimiz bu hüküm uygulamada yanlış anlaşılmalara neden olmamalıdır. Bu maddede geçen kamu idarelerinin kendi mülkiyetindeki taşınmazları birbirine ve köy tüzel kişiliğine bedelsiz olarak tahsis edebilmesi tabirinde, tüzel kişiliğe haiz kamu idareleri kastedilmektedir. Burada mahalli idareler⁴⁵, merkezi idare ve merkezi idare dışında ayrı bir tüzel kişiliğe sahip kamu idarelerinin ihtiyaç halinde bir diğerine taşınmaz tahsis edebileceğinden bahsedilmektedir. Ancak merkezi idare içerisinde(genel bütçeye tabi) yer alan kamu birimlerinin edindiği tüm taşınmaz malların Maliye Hazinesi adına tapuya tescil edildiğini ve bu taşınmazların merkezi idare içerisinde yer alan kamu birimlerine veya ayrı bir tüzel kişiliğe sahip diğer kamu idaresine tahsis etmeye Maliye Bakanlığının yetkili olduğunu unutmamak gerekir.

⁴⁴ Tahsis işleminin tesis edilmesi, tahsis amacına göre taşınmazın kullanılması, taşınmazın amacı dışında kullanılması, tahsise konu taşınmazın hiç kullanılmaması, tahsis amacının ortadan kalkmış olması ve tahsis ile ilgili diğer işlemlerde uygulanması gereken usul ve esaslar daha önce de belirtildiği gibi “Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik” hükümleri ile düzenlenmiştir. Konu bütünlüğünün bozulmaması için bu konuda daha ayrıntılı bilgi verilmemiştir.

⁴⁵ Mahalli İdareler; İl Özel İdaresi, Belediye ve Köy'dür.

Merkezi idare içerisinde Milli Eğitim Bakanlığı adına tahsis işlemi tesis edilen bir taşınmaz malı, Milli Eğitim Bakanlığı başka bir kamu idaresine devredemez. Bunun için öncelikle MEB lehine tesis edilen tahsis işleminin sona erdirilerek Maliye Bakanlığı tarafından diğer kamu idaresine yeni bir tahsis işleminin tesis edilmesi gerekmektedir. Yapılan tahsis işleminin kaydı tapu siciline değil, tahsisi gerçekleştiren kamu idaresinin defterlerine(ve/veya bilgisayar otomasyonu) yapılır. Usulüne uygun olarak işlemin ilgili idarece tamamlanmaması ve ilgili idarenin defter ve/veya bilgisayar otomasyonuna kaydının gerçekleştirilmemesi halinde herhangi bir tahsis işleminin varlığından söz etmek mümkün değildir⁴⁶. Uygulamada bazı okulların fiilen eğitim öğretim faaliyetini ifa ediyor olmasına rağmen, kullandığı taşınmazın lehlerine tahsis ettirmediklerine sıkça rastlanılır. Mülkiyetin tesis edilmesi, tahsis işleminin usulüne uygun olarak gerçekleştirilmesi, gerekiyorsa cins tashihi(değişikliği) gibi işlemlerin eksiksiz olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu işlemlerin takibinden(gerçekleştirilmesinden) ilgili milli eğitim müdürlükleri ve ilgili okul müdürlükleri öncelikli olarak sorumludurlar. Ancak taşınmazın bulunduğu yerde mevcut olan Maliye Bakanlığı birimlerinin de(defterdarlık/malmüdürlüğü) bu süreçlerin tamamlanıp tamamlanmadığı noktasında gerekli kontrollerin ve takibin yapılması konusunda sorumluluğunun olduğu göz ardı edilmemelidir.

3.2. İlkokullar İçin Genel Kurala Getirilen İstisnalar

Çalışmamızın daha önceki kısımlarında da belirtildiği üzere 5018 sayılı kanun kamu kurum ve idarelerinin mali yönetimlerini düzenlemektedir. MEB ve bağlı birimleri başta olmak üzere genel bütçeli kamu idarelerinin mal edinmesi ile alakalı diğer yönetmelik ve genelgeler de bu kanuna uygun olarak hazırlanmaktadır.

05.01.1961 tarihli 222 sayılı “İlköğretim ve Eğitim Kanunu” ile 5018 sayılı yasadaki genel hüküm ile bağdaşmayan bir düzenleme tesis edilmektedir. Bu düzenleme, yasanın “okulların arsa ve arazi işleri” konulu “yedinci bölümü⁴⁷”nde yapılmıştır. Bu bölümde ilköğretim okullarının yapımı için gerekli taşınmazın tespit edilmesi, taşınmazın

⁴⁶ Tahsis işleminin esas itibarıyla tesis edilmiş olmasına rağmen; defter ve/veya elektronik ortamda tahsis kaydının gerçekleştirilmemiş olması halinde burada tahsis işleminin varlığından söz edilebilir. Çünkü ilgili kayıt işlemi esasa değil, usule yöneliktir. Ancak eksikliğin fark edildikten sonra ilgililerince ivedilikle giderilmesi yani gerekli kayıt(tescil) işlemlerinin tamamlanması gerekmektedir.

⁴⁷ Bu bölüm 60’ıncı maddeden başlayarak 68’inci madde ile son bulur. Ancak bu bölümde yer almayan yasanın Ek-2, geçici-1, ve geçici-7 inci maddeleri de konumuz ile alakalıdır.

temin edilmesi, taşınmazın tapuya tescili, taşınmazın kullanılması, taşınmaz üzerindeki yapı ve tesislerin kullanımı konularındaki usul ve esaslar düzenlenmiştir.

5018 sayılı kanun genel nitelikte bir yasa olup 2003 yılında kabul edilerek resmi gazetede yayımlanmıştır. 222 sayılı kanun ise özel nitelikte bir yasa olup 1961 yılında kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Hukuk tekniği açısından birbirinden farklı hükümler ortaya koyan iki farklı kanun yürürlükte olduğu zaman, bu yasanın hangisinin uygulanması gerektiği konusunda kanunların “*genel ya da özel olması*” ve “*yürürlük zamanları*” kıstasları dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda eski tarihli ve özel nitelikli bir kanun yürürlükte iken yeni tarihli ve genel nitelikli bir yasanın da yürürlüğe girmesi durumunda uygulama için hangi hükümleri baz almamız gerektiği hususunda ne yapmamız gerektiğini hatırlayacak olursak;

Ağırlıklı genel görüş kanun koyucunun iradesinin araştırılması gerektiği noktasındadır. Eğer Kanun koyucunun iradesi, yeni tarihli genel kanun ile özel kanun hükümlerini ortadan kaldırmak ya da değiştirmek ise, o zaman genel kanun hükümleri uygulanmalıdır. Fakat kanun koyucunun bu iradesinin varlığı söz konusu değilse özel kanun hükümlerinin saklı tutulması gerektiği bu konudaki yaygın görüştür.

5018 sayılı genel nitelikli kanun yürürlüğe girerken 222 sayılı özel nitelikli kanun hükümlerini yürürlükten kaldırmak gibi bir irade içerisinde değildir. Burada 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunda düzenlenen hükmü genel bir kaide, 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile öngörülen hükmü ise genel kaidenin bir istisnası olarak değerlendirmemiz gerekmektedir. Gerek Bakanlar Kurulu ve ilgili Bakanlıklarca yapılan idari düzenlemeler ile uygulamaları ve gerekse de konu ile ilgili verilen yargı kararları zaten bu doğrultudadır.

Sonuç itibariye 222 sayılı yasa ile sadece ilköğretim okulları için geçerli olan bir istisnanın varlığından söz edebiliriz. Lise ve dengi okullar için 5018 sayılı yasanın ilgili hükümleri uygulanacaktır/uygulanmaktadır. 222 sayılı yasanın bu konuda getirdiği hükümler daha önce de belirtildiği üzere yasanın yedinci bölümünde düzenlenmiştir. İlköğretim okullarının tapuya tescili ile ilgili olarak düzenlenen 222 sayılı yasanın 65'inci maddesinde;

“Okullar için tahsis, satın alma veya kamulaştırma yoluyla sağlanan topraklarla bu topraklar üzerinde

yapılacak bina veya tesisler, buldukları yerlere göre köy veya özel idareler adına tapuya tescil edilir.

Bunların ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan okul binaları ile tesislerinin daimi bakım ve onarım giderleri, buldukları yerlere göre özel idare veya köy bütçelerinden karşılanır”,

hükümü yer almaktadır. Bu madde hükümlerine göre ilköğretim okulu binası, okul bahçesi, uygulama bahçesi, depo, lojman ve diğer tesisleri köy sınırları içerisinde “*Köy Tüzel Kişiliği*” adına, belediye imar sahası içerisinde yer alanlar ise “*İl Özel İdaresi*” adına tapuya tescil edilir. Bu tesislerin bakım ve onarım giderleri Milli Eğitim Bakanlığında değil mülk sahibi idare(köy tüzel kişiliği veya il özel idaresi) tarafından karşılanır.

Bu düzenlemede mal edinme şekli olarak sadece tahsis, satın alma ve kamulaştırmaya yer verilmiştir. Ancak hibe yoluyla da mal edinilebileceği unutulmamalıdır. Uygulamada olanak varsa “şartlı bağış” talepleri “normal bağış” şeklinde kabul edilmektedir. İlköğretim binaları ve diğer alanlarının “kiralama” suretiyle kullanılmasına(mal edinilmesine) çok rastlanılmamaktadır. Ancak acil ihtiyaçlarda(asıl mal edinilmesinin sağlanmasına kadar) kısa vadeli çözüm olarak başvurulması da söz konusu olabilmektedir.

222 sayılı kanunla ilköğretim okulları ve müstemilatlarının⁴⁸ mülkiyetinin tapuya tescil edilmesi ve bu tescile dayanarak taşınmazlar üzerinde söz sahibi olunması hususunda konuyu hem köy tüzel kişiliği hem de il özel idaresi açısından ayrı ayrı ele alınması kanaatimizce daha faydalı olacaktır.

3.3. Köy Tüzel Kişiliği’nin ve İl Özel İdaresinin İstisnai Yetkisi

Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ilköğretim okullarının tapuya tescili ile ilgili olarak düzenlenen ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa istisna hüküm tesis eden 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu’nun 65’inci maddesinde;

⁴⁸ Müstemilat kelime anlamı olarak “*eklenti*” demektir. Eklenti ise bir konutun veya bir binanın kullanım amaçlarından herhangi birini tamamlayan (kolaylaştıran) bina ve yapılar demektir. Garaj, kömürlük, depo,..vb. müstemilat(eklenti) kavramı içerisinde değerlendirilir. YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 1992, s.239,651. Eklenti konusunda daha ayrıntılı bilgi için Bkz.: AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku II(Mülkiyet), Mimoza Yayınları, Konya, 2012, s.21-27.

“Okullar için tahsis, satın alma veya kamulaştırma yoluyla sağlanan topraklarla bu topraklar üzerinde yapılacak bina veya tesisler, buldukları yerlere göre köy veya özel idareler adına tapuya tescil edilir”,

hükmü yer aldığını daha önce belirtilmişti. Buna göre köy sınırları içerisinde yer alan ilköğretim okullarının ve bu okullara ait okul bahçesi, uygulama bahçesi, lojman, depo gibi taşınmazlarının mülkiyeti tapuda ilgili “köy tüzel kişiliği” adına tescil edilir. Bu taşınmazların sahibi, dolayısıyla bu taşınmazlar ile ilgili ilk söz sahibi olan da ilgili köy tüzel kişiliğidir.

MEB ve bağlı birimlerinin köy sınırları içerisindeki her türlü mal edinmelerinin ilgili köy tüzel kişiliği tarafından gerçekleştirileceğini düşünmek doğru değildir. Genel kural 5018 sayılı yasa hükümleriyle tesis edilmiş olup, 222 sayılı yasa hükümleriyle bu genel kurala istisna getirilmiştir. Bu nedenle bu istisnai hükmün çerçevesinin iyi bilinmesi gerekmektedir. 222 sayılı kanunda açıkça belirtilmemiş her türlü taşınmazlar tapuda "Maliye Hazinesi" adına tescil edilir.⁴⁹

222 sayılı kanununun 60 ve 61'inci maddelerinde okul yerinin tespit edilmesindeki usul ve esaslara yer verilmiştir. Aynı yasanın 62 ve 63'üncü maddelerinde de tespit edilen taşınmazların elde edilmesinde uygulanacak usul ve esaslar düzenlenmektedir. Yasanın 63'üncü maddesinin ikinci paragrafında;

“Satın alma veya kamulaştırmak, köy okulları için köy tüzel kişiliğine, şehir ve kasaba okulları için özel idareye aittir”,

hükmüne yer verilmektedir. Hatırlanacağı gibi 5018 sayılı yasada satın alma ve kamulaştırma işlemlerinin takibinde sorumlu kurum MEB

⁴⁹ Yasada istisnai olarak okul arazileri, öğretmen lojmanları ve lojmanlara ait bahçeler ile köy okullarına gelir sağlayacak arazi ve uygulama bahçeleri için gerekli olan topraklar sayılmıştır. Yasanın Geçici-1 maddesinde “okul binaları” şeklinde genel bir ifade kullanılmıştır. Öncelikle belirtelim ki 222 sayılı yasa sadece ilk okullar ve bu okullar ile ilişkili taşınmazlara bir istisna getirmiştir. Gerek köy sınırları içerisindeki ve gerekse belde sınırlarında yer alan ilköğretim dışında kalan okullar, mesleki eğitim kursları, diğer sosyo-kültürel tesisler, ..vb. 222 sayılı yasa kapsamında yer almazlar. Yasada bahsedilen “okul binaları” kavramı ile sadece eğitim yapılan bina kastedilmemektedir. Ek hizmet binası, kömürlük, depo, garaj, lojman, yemekhane, kantin, ..vb. olası yapılar da okul binaları kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Okul binasının içerisinde bulunduğu avlu(bahçe), tarım dersleri için tahsis edilen uygulama bahçesi, lojmana ait bahçe ve okula gelir getirmesi düşüncesiyle tahsis edilen arazi(bahçe) de yasada sayılan diğer taşınmazlardır.

olmasına rağmen, 222 sayılı yasada sorumlu olan kurum malik olan ilgili köy idaresi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Kanun koyucu yer belirlenmesinde, ihtiyaç tespitinde sorumluluğu paylaşmış olmasına rağmen satın alma veya kamulaştırma sürecinde görev ve sorumluluğu ilgili köy tüzel kişiliğine vermiştir.

Köye ait taşınmazlar tapu siciline “Köy Tüzel Kişiliği” adına tescil edilir. 2644 sayılı Tapu Kanununa (md.1) göre taşınmaz tasarrufunda köyü muhtar temsil eder.⁵⁰ Köy ihtiyar heyeti, 442 sayılı köy kanunu (md.44/2) gereğince, gerek gördüğü takdirde köy sınırları içindeki gayrimenkulleri satın alabilir. İlçe/İl İdare Kurulu kararıyla kamulaştırma yapabilir.⁵¹ Bu maddede yer alan hükümden de anlaşılacağı üzere okul yeri için yer temini sağlanırken, ihtiyar heyetinin tek başına kamulaştırma kararı alması yeterli değildir. İl/İlçe İdare Kurulunun da bu konuda karar almış olması gerekmektedir. Ancak ilgili kurul tarafından kamulaştırma kararı alındıktan sonra gerçekleştirilecek kamulaştırma işlemleri köy tüzel kişiliğince yerine getirilir.

Köy okulları için arazi satın alma ve kamulaştırma yapma görevi köy tüzel kişiliğine ait olması belirttiğimiz kanun hükümlerinden açıkça anlaşılmaktadır. Bu hüküm yargı kararlarıyla⁵² da perçinleşmiştir. Gerek malik sıfatıyla ve gerekse de yukarıda belirtilen hüküm nedeniyle kamulaştırma ve diğer mal edinilmesinde karşılaşılan uyuşmazlıklarda muhatap alınması gereken idare ilgili köy tüzel kişiliğidir. MEB ve bağlı birimlerinin ya da Maliye Bakanlığı’nın hukuki husumet(karşı taraf-davalı) yönünden tercih edilmesi isabetsizdir. Yapılacak idari başvurular ilgili köy tüzel kişiliğine yapılmalıdır. Ayrıca uyuşmazlık nedeniyle dava açılırken davalı taraf olarak yine ilgili köy tüzel kişiliği muhatap alınmalıdır.⁵³ Aksi halde yapılan/yapılacak olan başvurunun husumet(taraf) yönünden reddi söz konusudur. Bu durumda hatalı tercih(taraf) nedeniyle davacı için zaman kaybı ve gereksiz yargılama gideri maliyetine katlanılması olasılığı ortaya çıkmaktadır.

⁵⁰ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için Bkz.: YEŞİL, Metin: Tapu İşlemleri, İstanbul, 2010, s.87; DÖRTGÖZ, Gürsel Öcal: Tapu İşlemleri, Ankara, 2008, s.341-342.

⁵¹ DÖRTGÖZ, s.342-343.

⁵² Bu konuda örnek teşkil etmesi açısından Bkz.: Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesinin 2009/3392 Esas, 2009/5556 sayılı Kararı.

⁵³ Köy Kanununun 37/7 maddesine göre köye ait işlerde muhtar mahkemede dava açma yetkisine sahip olduğu gibi köye karşı açılan davalarda da köyü temsile yetkilidir. DÖRTGÖZ, s.337.

Sakarya İli içerisinde mevcut olan bir ilkokul yeri ile ilgili olarak Hendek Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen 2004/409 Esas sayılı davada muhatap(davalı) olarak Milli Eğitim Bakanlığına izafeten Sakarya İl Milli Eğitim Müdürlüğü dikkate alınmıştır. Mahkeme 2005/267 sayılı kararında davalı kamu idaresinin dava konusu taşınmaza kamulaştırmaz el attığına hükmederek davacıyı haklı bulmuştur. Yerel Mahkemenin bu kararı Yargıtay 5.Hukuk Dairesinin 24.01.2006 gün, 2005/14294–2006/221 sayılı ilamıyla “husumetten reddine karar verilmesi gerektiği” düşüncesiyle bozularak dosya ilgili mahkemeye iade edilmiştir. Yerel mahkemenin önceki kararda direnmesi nedeniyle dava dosyası Hukuk Genel Kurulunca incelenmiştir. Hukuk Genel Kurulu dava konusu taşınmaza yapılan tecavüzü kabul etmiş olsa da, İlkokul yapımında gerçekleştirilen tecavüzden Sakarya İl Milli Eğitim Müdürlüğünün sorumlu tutulamayacağını, bu tecavüzden ilgili köy tüzel kişiliğinin sorumlu tutulması gerektiğini, bu nedenle hasım olarak ilgili köy tüzel kişiliğinin kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle de davanın köy tüzel kişiliği adına açılması gerektiğine hükmederek yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁵⁴.

222 sayılı yasa ile ilgili köy ilköğretim okulu ve eklentili taşınmazlarının bakım-onarımı konusunda da düzenleme yapılmıştır. Hazineye ait taşınmazların kullanılmasında bakım ve onarım konusunda lehine tahsis yapılan kamu birimi⁵⁵ sorumlu tutulurken, 222 sayılı yasanın 65'inci maddesi ikinci fıkrasında köy ve belde ilköğretim okullarının bakım ve onarımında mülk sahibi idare⁵⁶ sorumlu tutulmaktadır.

⁵⁴ Örnek olayda taşınmazına rızası dışında, hukuki olmayan yollarla okul yapımı için köy tüzel kişiliğince el atılmış olan davacı, hakkını aramak için dava açmıştır. Ancak dava tarafı olarak yanlış bir tercihte bulunmuştur. Bu yanlış tercihi nedeniyle de dava dosyası iki kez yerel mahkemece, bir kez 5.Hukuk Dairesince ve son olarak ta Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelendikten sonra taraf seçimindeki isabetsizliği nedeniyle dava talebi reddedilmiştir. Ödediği gereksiz dava masrafları ve harcadığı zamanın sonunda başladığı noktaya geri dönmüştür. Hakkını aramak için yeniden aynı süreçleri göze almak zorundadır.

⁵⁵ Konumuz gereği MEB ve bağlı kurumları kastedilmektedir.

⁵⁶ Konumuz gereği köy sınırları içerisinde ilgili köy tüzel kişili ve imar sahası içerisinde kalan yerlerde de ilgili il özel idaresi kastedilmektedir.

222 sayılı yasa ile köy sınırları içerisinde yer alan ilköğretim okullarının kantin ve benzeri tesislerinin kim tarafından, ne şekilde tasarruf edilebileceği konusunda doğrudan bir düzenlemeye gidilmemiştir. Yasanın 66 ve 68’inci maddelerinde köy okullarına gelir sağlayacak arazi ve uygulama bahçelerinin mülki amirin⁵⁷ de onayı alınarak köy ihtiyar heyetince işletileceği ya da bir başkasına işlettirilebileceği noktasında hüküm ortaya konulmuştur. Bu arazilerden elde edilecek her türlü gelirin yine köy ilköğretim okulunun ihtiyaçlarını karşılamak üzere köy bütçesine gelir kaydedileceği belirtilmiştir.

Köy sınırları içerisinde yer alan ilköğretim okullarının arazi ve uygulama bahçelerinin ne şekilde tasarruf edilebileceği noktasında yukarıda da bahsettiğimiz gibi belirgin bir hüküm ortaya konulmuştur. Örneğin yasanın 66’ıncı maddesinin birinci paragrafında;

...topraklar, köy ihtiyar heyetinin kararı ve illerde valinin, ilçelerde kaymakamın tasdiki ile köy ihtiyar heyetince imece vesair suretlerle işletilir veya kiraya verilir. Elde edilen gelir, okul ihtiyaçlarına sarf edilmek üzere, köy bütçelerine gelir kaydedilir,

hükmüne yer verilmektedir. Ancak okul binası içerisinde yer alabilecek kantin, çay ocağı, yemekhane, depo,..vb. bölümlerin kim tarafından ne şekilde işletileceği noktasında açık bir hüküm ortaya konulmamıştır. Okul binası ve üzerinde bulunan yapı bir bütün olarak köy tüzel kişiliğinin mülkiyetindedir. Bu yapı ve alanlar Milli Eğitim Bakanlığının kullanımına sunulmuştur. Ancak bu kullanım şeklini genel tahsis ile karıştırmamak gerekir.

222 sayılı yasa ile düzenlenen ilköğretim okulları ile 5018 sayılı yasa ile düzenlenen diğer eğitim kurumları ve binaların kullanım ve diğer tasarruf şekillerini bazı benzerlikleri olmasına rağmen birbirinden farklıdır. 5018 sayılı yasa ile malik(Maliye Hazinesi) ve zilyet⁵⁸(MEB) arasında bir tahsis işlemi söz konusu olmaktadır. Zilyet olan kurum yapılan tahsis işlemine dayanarak bu taşınmazları amacı(eğitim ve öğretim faaliyeti) dışında kullanamadığı gibi, söz konusu taşınmazın her türlü bakım, onarım ve güvenliğinden de sorumludur. Bu taşınmazlar üzerinde yapılacak her türlü ticari faaliyet mülk sahibi idarenin

⁵⁷ Doğrudan İl’e bağlı köylerde Vali, İlçelere bağlı köylerde ise Kaymakam tarafından gerekli onay verilmektedir.

⁵⁸ Zilyet; bir şeyi fiilen elinde bulunduran kişi, bir şeyde tasarrufta bulunan kişi demektir. YILMAZ, s.1007

uhdesindedir.⁵⁹ Elde edilecek gelirler de genel bütçeye gelir kaydedilir. Kısacası tahsis işleminde, lehine tahsis yapılan kurum ilgili taşınmazı sadece tahsis amacı kapsamında kullanabilir. Ticari amaçlı bir tasarrufu söz konusu olamaz.

222 sayılı yasa ile istisnai nitelik kazanan köy ilköğretim okullarına ait yapı ve tesislerin tasarrufu ile bu okullara ait arazilerin tasarruflarını ayrı ayrı incelemekte yarar vardır. Araziler konusu yukarıda da bahsedildiği gibi kanunda doğrudan düzenlenmiştir. Bu konuya yukarıda yer verilmiştir. Ancak kısaca hatırlatacak olursak arazilerin kiralanması ya da doğrudan kullanımı sonucu elde edilen ürünlerin tasarrufu mülk sahibine yani ilgili köy tüzel kişiliğine aittir. Bu gelirler köy bütçesine aktarılmasına rağmen, sadece ilgili okulun ihtiyaçları için kullanılabilir. Yani mülk sahibine sınırlı bir tasarruf yetkisi vermektedir. Okul ile ilgili bakım ve onarım gibi temel sorumluluklar da yine ilgili köy tüzel kişiliğine verilmiştir.

Yukarıda da bahsedildiği üzere 222 sayılı yasada taşınmazların tasarrufu noktasında sadece okula ait araziler hakkında düzenlemeye gidilmiştir. Okul binası içerisinde bulunan kantin, çay ocağı, yemekhane, depo,..vb. yapıların tasarrufu(işletilmesi/işletirilmesi) konusunda doğrudan bir düzenlemeye gidilmemiştir. Yani konumuz itibarıyla okul binası içerisinde bulunan kantin, çay ocağı, yemekhane, depo, vb. alanların kim tarafından ne şekilde tasarruf edilebileceği konusunda ortaya çıkabilecek temel görüşler/olasılıklar incelendiğinde;

Birinci görüş: mülkiyet hakkının gereği olarak okul arazilerinin tasarrufunda olduğu gibi mülk sahibi idarenin yani ilgili köy tüzel kişiliğinin bu konuda da tasarruf yetkisine sahip olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre 222 sayılı yasada her ne kadar kantin ve benzeri alanlar açıkça düzenlenmemiş olsa da bu yapıların, üzerinde buldukları araziler ile aynı hukuki statüye sahip olduğu düşünülür. Yani köy sınırları içerisinde kalan, mülkiyeti tapuda köy tüzel kişiliği adına tescilli olan ilkokullara ait kantin, çay ocağı, yemekhane, depo, vb. yapıların köy tüzel kişiliğince işletilebileceğini ya da kiraya verilebileceğini savunan görüştür.

⁵⁹ Okul kantinlerin okul aile birliklerince işletilmesi bu genel kurala bir istisna teşkil etmemektedir. Çünkü birliğin bu yönde genel bir hak ve yetkisi mevcut olmayıp, Maliye Bakanlığı ile MEB arasında gerçekleştirilen protokole dayalı olarak özel bir yetkiye sahip olmaktadır. Bu yetki protokolde belirtilen süreler ile sınırlıdır. Bu durum ve okullarda kooperatif kurulmasına ileriki konularımızda değinilecektir.

İkinci görüş: 222 sayılı yasa genel hükme istisna getiren özel bir hüküm olduğu için ve özel hüküm ile açıkça düzenlenmeyen her konunun genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmesi nedeniyle köy sınırları içerisinde kalan köy ilköğretim okullarının 5018 sayılı yasa hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüştür. Bu görüşe göre Köy sınırları içerisinde kalan, mülkiyeti tapuda köy tüzel kişiliği adına kayıtlı olan okul binaları ve tesisleri içerisinde kalan yerlerin kiralama yetkisinin Maliye Bakanlığında olması gerektiği yönündeki görüştür.

Üçüncü görüş: Eğitim kurumlarının amaçlarının gerçekleştirilmesine katkıda bulunması amacıyla okullarda kurulan okul aile birlikleri ve/veya ilgili okul idaresinin tasarruf yetkisine sahip olduğunu savunan görüştür.

Kanaatimizce burada isabetli olan birinci görüştür. Konunun iyi analiz edilebilmesi için öncelikle tasarrufa konu alanın(parçanın) bütününe bakmak gerekmektedir. Bütün(taşınmaz) köy tüzel kişiliği adına tesis edildiğine göre, parçayı(taşınmaz içerisinde yer alıp, tasarrufa konu edilen kısım) bütünden ayrı düşünmek doğru bir yaklaşım olmaz. Bu kısmın asıl taşınmazdan ayrı olduğunu kabul etmek, bu konuda ayrıca ve açıkça yeni bir hukuki işlem tesis etmekle mümkün olacaktır. Kiraya konu yeri ana taşınmazdan İfraz(ayırma) yolu ile yeni bir taşınmaz olarak tapu siciline tescil etme ya da ana taşınmazın tapu kütüğündeki şerhler/beyanlar hanesine bu konuda bağlayıcı bir hüküm koyma durumunda ayrıca ve açıkça yeni bir hukuki işlem tesis edilmesinden söz edebiliriz.

222 sayılı yasa ile taşınmazların tasarrufu noktasında sadece okula ait araziler hakkında düzenlemeye gidildiğini, mevcut düzenlemenin bu araziler üzerindeki unsurları kapsamadığını düşünmek yanlış bir yaklaşım olacaktır. İlgili okul aile birliğinin tasarruf yetkisi genel bir yetki olmayıp, sözleşme ile öngörülen özel bir yetkilendirme dir. Bu yetkinin süresi ve sınırları aynı sözleşme içinde belirtilmiş olup, bu alanın dışında bir yetki ve görevden söz edilemez.

222 sayılı yasa kapsamında imar sahası içerisinde yer alan ilkokullar ile ilgili hükümler, köy ilkokullarıyla aynı doğrultudadır. Bu nedenle aynı hususlara yeniden değinilmeyecektir. Ancak 6360 sayılı yasa ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nda değişikliğe gidilerek büyükşehir belediyesi olan illerde “il özel idareleri” ve “köy tüzel kişilikleri” kaldırılmıştır. İl Özel İdarelerinin mal varlıkları büyükşehir

belediyeleri, Valilik İl Koordinasyon Birimleri ve Maliye Bakanlığı(Hazine) arasında paylaştırılmıştır. Okul binaları ve eklentileri genel olarak Hazine'ye(Maliye Bakanlığı) bırakılırken, okuldan(eğitim faaliyetlerinden) bağımsız arazilerin daha çok belediyelere aktarıldığı görülmektedir. Dolayısıyla büyükşehir olan 30 ilimizde mevcut olan ayırım(istisnai ölçüt) ortadan kalkmıştır. Ancak diğer 51 ilimizde genel kural ve istisnası kapsamında mevcut uygulamalar devam etmektedir.

3.4. Okul Aile Birliklerinin Kiralama Yetkisi/Yetkisizliği

Devlete ait olan malların yönetim esaslarının belirlenerek "yönetilmesi" 13.12.1983 tarih ve 178 sayılı "*Maliye Bakanlığı'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*"nin 2/g maddesi ile Maliye Bakanlığı'na verilmiştir. Söz konusu Kararnamenin 13'üncü maddesi ile bu görev Maliye Bakanlığının merkez teşkilatı içerisinde yer alan Milli Emlak Genel Müdürlüğü'nce⁶⁰ gerçekleştirileceği belirlenmiştir. Dolayısıyla 5018 sayılı yasa ile de açıkça teyit edilen devlet tüzel kişiliği içerisindeki tüm bakanlıklar ve bağlı birimlerine ait malların yönetilmesi 178 sayılı KHK ile Maliye Bakanlığının görev ve yetkisine bırakılmıştır. Bu yetki başka bir idare, kurum ya da birimce kullanılamaz. Bu yetkinin devri normlar hiyerarşisinde kanun ve/veya kanun hükmünde kararnameden daha aşağıda bulunan başka bir hukuk normuyla(tüzük, yönetmelik, genelge, tebliğ, sözleşme, protokol, vs.) gerçekleştirilemez.

Yetkinin kaynağı olan 178 sayılı KHK genel hukuk kurallarına göre normlar hiyerarşisinde kanun düzeyindedirler. Bu nedenle düzenledikleri hükümler kanun düzeyinde olmaktadır. KHK hükümleri ile mevcut kanun hükümleri değiştirilebilir, kanun düzeyinde yeni bir hüküm ihdas edilebilir ya da mevcut bir kanun hükmü ortadan kaldırılabilir⁶¹. Ancak kanun ve/veya kanun hükmünde kararnamelerin uygulanması göstermek ya da emrettiği işleri belirtmek amacıyla çıkartılan tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici adsız işlemlerle mevcut kanun ve/veya kanun hükmünde kararnamelerin içeriklerinde değişiklikler yapılamaz. Dahası tüzük,

⁶⁰Milli Emlak Genel Müdürlüğü'ne ait bu yetki illerde defterdarlıklar, ilçelerde malmüdürlükleri tarafından kullanılmaktadır.

⁶¹ KUZU, Burhan: Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985, s.132; GÖZLER, Kemal: Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Ekin Yayınları, Bursa, 2000, s.3-4; GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Ekin Yayınları, Bursa, 2011, C.2, s.367; DİRDİMAN, Ramazan Cengiz (2013), Anayasa Hukuku, 3.baskı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2013, s.367; GİRİTLİ, İsmet – BİLGİN, Pertev - AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul, 2006, s.67.

yönetmelik ve diğer düzenleyici adsız işlemlerle ortaya konulan hükümler kanun/khk hükümlerine aykırılık teşkil edemez. Tüzüklerle ilgili bu durum anayasanın 115’inci maddesinde düzenlenirken, yönetmeliklerle ilgili hukuki durum ise anayasanın 124’üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Milli Eğitim Bakanlığı’na bağlı okul kantinleri ve benzeri alanlarının mülkiyeti “Maliye Hazinesi” olarak tapuda tescil edildiği daha öncesinde belirtilmişti. Mülkiyet hakkının ortaya koyduğu genel yetki ve 178 sayılı KHK hükümleri gereğince bu alanların amaçları doğrultusunda tahsis edilmesi, eğitim amacı dışında bu alanların ticari faaliyetlere konu edilmesi yani kiraya verilmesi Maliye Bakanlığı’nın görev ve yetkisindedir. KHK ile verilen bu yetki daha alt bir hukuki norm ya da işlemle devredilemez. Ancak uygulamada hukuka aykırı bir şekilde bu uygulamanın gerçekleştirildiği görülmektedir.

Milli Eğitim Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı arasında 15.03.2004 tarihinde imzalanan “*Kantin Açık Alan ve Salonlarının Milli Eğitim Bakanlığı Gözetim ve Denetiminde Okul Aile Birliklerince İşletilmesine Dair Protokol*” hükümleri gereğince MEB’na bağlı okullardaki kantin, açık alan, salon ve benzeri yerlerin talep edilmesi halinde okul aile birliklerince işletilmesi amacıyla 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 51/g maddesi gereğince ilgili okul aile birliklerine kiralanması hükmü düzenlenmiştir⁶². Söz konusu protokol 5 yıl süre ile de sınırlandırılmıştır. Söz konusu protokolda Maliye Bakanlığı tarafından yapılması gereken kiralama işlemlerinin ve diğer taşınmaz yönetim işlemlerinin ilgili okul aile birlikleri ya da MEB ve bağlı birimlerince yapılacağı konusunda bir hüküm yoktur. Daha açık bir ifadeyle Maliye Bakanlığı’nın kiralama yetkisini devri söz konusu değildir. Kaldı ki devlet tüzel kişiliği dışında ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olmayan iki bakanlığın khk ile kendilerine verilen bir görev ve yetkiyi, bir idari işlemle(sözleşme, protokol, vs.) başka bir kurum, idare ya da yönetsel birime devredebilmeleri hukuken mümkün değildir.

Protokol hükümlerinin ortaya koyduğu genel sonuç Maliye Bakanlığı’nın Milli Eğitim Bakanlığı’na bağlı okullardaki kantin, açık

⁶² Söz konusu protokol öncesinde benzeri bir uygulama ile Maliye Bakanlığı tarafından bu alanların Milli Eğitim Vakıflarına kiralanması söz konusuydu. 253 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği hükümlerine göre Maliye Bakanlığı ile Milli Eğitim Vakfı arasında kira sözleşmeleri yapılmaktaydı. Bu husus ilgili protokol sonucu ortadan kaldırıldığı ve günümüzde uygulanması söz konusu olmadığı için çalışmamızın kapsamı dikkate alınarak çalışma dışında tutulacaktır.

alan, salon ve benzeri kısımlarının kiralanması konusundaki yetkisi çerçevesinde buraların kiralanmasının herkese(kiralama talebinde bulunanlara/bulunacaklara) açık bir şekilde açık artırma usulleriyle yapılması yerine pazarlık usulüyle doğrudan okul aile birliklerine kiraya verilmesiyle sınırlıdır. Kiralama konusunda yetki devri yapılması söz konusu değildir. Ayrıca talep halinde yapılacak kiralamanın 5 yıl süreyle sınırlı olması ve pazarlık usulünün varlığı(bir bedel üzerinde uzlaşılması) da unutulmamalıdır. Okul aile birliklerinden kira bedeli dışında ek olarak elde ettikleri gelir üzerinden de ayrıca arz bedeli alınması gerekmektedir. Uygulamada ise bu hususların yanlış değerlendirilerek protokol gereği talep halinde işletme ve işletirme yetkisinin okul aile birliklerine devredildiği şeklinde yanlış bir anlayışın ortaya çıktığı görülmektedir. Bu yanlış anlaşılmanın ortaya çıkmasında idarece yürürlüğe konan bazı hukuki normların(okul aile birliği yönetmelikleri) da etkisi olduğu düşünülmektedir.

Maliye Bakanlığı tarafından talep edilmesi halinde okul aile birliklerine pazarlık usulüyle yapılacak kiralama ile ilgili hususlar 277 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği ile düzenlenmiştir. Daha sonrasında 300 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği yürürlüğe konularak, 277 sayılı tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır. Okul aile birliklerinin kurulması, çalışma ilkeleri ile kantin ve benzeri alanları işletmeleri ya da bir başkasına işletmelerini ile ilgili hükümlerin düzenlenmesi amacıyla 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'na(md.16) dayanılarak "*Milli Eğitim Bakanlığı Okul Aile Birliği Yönetmeliği*" 31.05.2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik 09.02.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren yeni "*Milli Eğitim Bakanlığı Okul-Aile Birliği Yönetmeliği*" ile ilga edilmiştir.

Milli Eğitim Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı arasında 15.03.2004 tarihinde imzalanan "*Kantin Açık Alan ve Salonlarının Milli Eğitim Bakanlığı Gözetim ve Denetiminde Okul Aile Birliklerince İşletilmesine Dair Protokol*" hükümleri 5 yıl ile sınırlandırılmış olması sebebiyle 15.03.2009 tarihinde süre yönünden kendiliğinden sona ermiştir. Daha sonraki dönemlerde de bu konu hakkında yeni bir protokol imzalanmamıştır. Daha önce de belirtildiği gibi protokol kantin ve benzeri alanların tüm gerçek ve tüzel kişilerin eşit şartlarda yarışacağı bir ihaleyle kiralanması yerine, tespit edilecek bir bedel karşılığında pazarlık usulüyle okul aile birliklerine herhangi bir yarışma olmadan(doğrudan) kiraya verilmesini öngörmekteydi. Yani kiralama noktasında bir yetki devrini

ihtiva etmemekteydi. Milli Emlak Genel Müdürlüğü’nce yayımlanan genel tebliğler bu doğrudan kiralamanın ne şekilde yapılacağına usul ve esaslarını belirlemektedir. Her ne kadar protokol süresi sona ermiş te olsa Maliye Bakanlığı’nın kamu yararı gözeterek herkese açık bir ihale yerine, doğrudan pazarlık usulüyle kiralama yapmasının 178 sayılı KHK hükümleriyle bağdaşmaması söz konusu değildir. Mevcut protokol yapılmamış olsaydı da Maliye Bakanlığı’nın bu doğrultuda işlem yapmasını engelleyecek bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle yürürlükte olan 300 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği’nin 178 sayılı KHK’ye aykırılığı yoktur. Ancak 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’na dayanılarak çıkartılan Milli Eğitim Bakanlığı Okul-Aile Birliği Yönetmelikleri 178 sayılı KHK’ye aykırı hükümler ihtiva etmektedir. Bu yönetmelik okul kantinleri, açık alanları, salon ve benzeri alanların kiralanmasında Maliye Bakanlığı’na ait olan yetkiyi doğrudan MEB ve Okul Aile Birliklerine devretmektedir.

Söz konusu yönetmelikte süresi dolmuş protokol hükümlerinden hiçbir şekilde bahsedilmezken, kantin ve benzeri alanların işletilmesi ya da işlettilmesinde okul aile birliklerinin yetkilendirildiği görülmektedir. Yönetmelik hükmü(md.17) gereğince bu gelir birliğin asli gelirlerinden birisini oluşturmaktadır. Muhammen bedel tespiti ve ihale işlemleri İl/İlçe Milli Eğitim Müdürü Yardımcısı ya da Şube Müdürü’nün başkanlığında okul aile birliği temsilcisi, okul müdürü, ilgili oda temsilcisi, ihtiyaç duyulması halinde il özel idaresi temsilcisi ve defterdarlık/malmüdürlüğü temsilcisinden oluşmaktadır. Kanaatimizce Maliye Bakanlığı temsilcisinin varlık sebebi yatırılacak arz bedeli ilişkisinden kaynaklanmaktadır⁶³.

300 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği gereğince okul aile birliklerinin yetkileri yapılacak kira sözleşmeleri(proto-kolleri) ile mümkün olup, 5 yıllık süre ile sınırlıdır. İlgili süreyi aşan tasarruflar da hukuken yetkisizlik sebebiyle geçersizdir. Yönetmelikte bu durum ise birçok yerde göz ardı edilmiştir. Örneğin kiralama yetkisi çerçevesinde birlikte yetkili oldukları süre zarfında yapılan kiralamaların, ilgisinin(alt kiracının) talep etmesi halinde pazarlık usulüyle devam ettirilebilmesi(geçici madde 2) hükmü 300 sayılı Milli Emlak Genel Tebliğine, dolayısıyla da 178 sayılı KHK’ye aykırıdır. Bu işlemin yapılabilmesi için 300 sayılı tebliğ hükümlerince yeniden kiralama işlemi yapılması gerekir. Bu hukuki durum nedeniyle de diğer işlemlerinde

⁶³ Kiralanan yerin mülkiyetinin Maliye Hazinesi’ne ait olması ile ilgili bir durum da bu durumda etkili bir diğer unsurdur.

yeniden yapılması zorunludur. Kaldı ki yönetmelikte 300 sayılı Tebliğ hükümleri gereğince yapılması gereken ön kiralama sözleşmesine(işlemlerine) hiçbir şekilde değinilmemektedir. 178 sayılı KHK'ye de bir atıf söz konusu değildir. Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı kantin, açık alan ve bezeri yerlerin tasarruf yetkisi doğrudan doğruya MEB ve tüzel kişiliğe haiz olmayan okul aile birliklerinin ortak tasarrufuna bırakılmaktadır. Maliye Bakanlığı sadece yapılan işlemlerde bir temsilci ile temsil edilmektedir. Belirleyici bir etkiye sahip değildir. Yürürlükteki okul aile birliği yönetmeliğinin iki bakanlıkça ortak olarak hazırlandığının belirtilmesinin(md.31) bu hukuksuz duruma bir etkisi bulunmamaktadır.

Okul aile birlikleri ve MEB'nın düzenlenen bir yönetmelik dolayısıyla doğrudan doğruya bu alanların tasarruf yetkisine sahip olması hukuken mümkün değildir. 178 sayılı KHK ile Maliye Bakanlığı'na verilen bu yetki bir yönetmelik aracılığıyla devredilemez. Okul aile birlikleri var olmakla bu hakkı elde edemez. Yapacakları kiralama sözleşmeleri ile sınırlı olarak bu hakka sahip olabilirler. Maliye Bakanlığı'nın bu mallar üzerindeki yetkisinin tamamen ya da kısmen devri söz konusu olamayacağı gibi, paylaşılması dahi hukuken mümkün değildir. Bu ancak bir kanun ya da eşdeğer veya daha üst bir hukuk normuyla gerçekleştirilebilir. Yönetmelik, tebliğ, protokol, sözleşme ve diğer idari işlemlerle gerçekleştirilemez. Okul aile birliği yönetmeliğinin hukuku dayanağında 178 sayılı KHK olmadığı gibi içeriğindeki bazı hukuki düzenlemelerde açıkça 178 sayılı KHK hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

SONUÇ

Süresi sona ermiş olan bir hukuki düzenleme(protokol) neticesinde ihdas edilen tebliğler ve yönetmelikler ile MEB'na bağlı okullarda gerçekleştirilen kiralama işlemleri bugün hukuken yok hükmündedirler. Maliye Bakanlığı ve Maliye Bakanlığı'nın ilgili alt birimlerince mevzuatın yanlış yorumlanması sebebiyle bu hatalı işlemlere halen devam edilmektedir. Uygulamada birçok okulun Maliye Bakanlığı birimleri ile bir ön kiralama sözleşmesinin(protokolünün) dahi imzalamadığı tespit edilmiştir. Yapılan az sayıdaki sözleşmelerin büyük çoğunluğunun da süre yönünden 5 yılı aştığı içi sona erdiği görülmüştür. Ancak buna rağmen bu alanları milli eğitim müdürlükleri gözetiminde, okul aile birliklerince usulsüz bir şekilde kiralanmaya devam ettirilmesine rastlanılmaktadır.

Hatta yetkisiz bir şekilde yapılan kiralama sözleşmeleri süresi sona erdikten sonra yine yetkisiz bir şekilde uzatıldığı tespit edilmiştir.

Milli Emlak Genel Müdürlüğü(Maliye Bakanlığı) birimleri tarafından yeterli denetimlerin yapılmaması ilgili hatalı işlemlerin devamına neden olmaktadır. Bu durum hukuki temelden yoksun işlemlerin ortaya çıkarak kamu zararının ortaya çıkmasına da sebebiyet vermektedir.

Maliye Bakanlığı personeli ile yapılan şifahi görüşmelerde öne sürülen 178 sayılı KHK’nin 13/a maddesinin⁶⁴ tamamen yanlış anlaşıldığı görülmüştür. İlgili madde yapılacak kiralama işlemlerinde diğer kurumlarla işbirliği yapılmasına ve onlardan yardım alınmasına imkân vermektedir. Bu durum Maliye Bakanlığı’nın yetkilerini kısmen ya da tamamen başka bir kuruma/idareye devrederek bu konuda onlara uzaktan destek olma yetkisi vermemektedir. İşlemleri asli olarak gerçekleştirmek, asli yürütücü olmak Maliye Bakanlığı’nın görev ve yetkisinde olduğu unutulmamalıdır.

Çalışmamız ile ulaşılan sonuca göre; Milli Eğitim Bakanlığına bağlı okulların mülkiyetiyle ilgili yapılan hatalı işlemler öncelikle düzeltilmelidir. Daha sonra kiralama talebi olan okullara ait birlikler yetki sahibi olabilmek adına Maliye Bakanlığı’nın ilgili birimleri ile 300 sayılı tebliğ hükümlerine göre bu yerleri sözleşme ile kiralamalıdır. Bu yerleri işletmek yerine işletirme yoluna başvurulması halinde okul aile birliği yönetmeliği hükümlerine yapılan ön kiralama işlemindeki 5 yıllık süreyi aşmayacak şekilde kiralamalar yapılmalıdır. Hiçbir kiralama bu sürenin bitim tarihini aşamaz. Bu sürenin dolması halinde tüm işlemler yenilenmelidir. Süresi dolmuş bir kiralama işlemine dayanılarak yapılan alt kiralama işlemi yeni yapılan kiralama işlemi ile geçerli hale gelmesi düşünülemez. Çünkü hukuki dayanağı olmadan tesis edilmiştir. Sonradan düzeltilmesi hukuken mümkün değildir.

⁶⁴ Hazinenin özel mülkiyetinde ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmaz malların yönetimine ilişkin hizmetleri, gerektiğinde diğer kamu kurum ve kuruluşları ile işbirliği yaparak yürütmek..

KAYNAKÇA

- AKDOĞAN, Abdurrahman: **Kamu Maliyesi**, 8.baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2002.
- AKYILMAZ, Bahtiyar – SEZGİNER, Murat - KAYA, Cemil: **Türk İdare Hukuku**, 4.baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.
- ATAY, Ender Ethem: **İdare Hukuku**, 3.baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- AYAN, Mehmet: **Eşya Hukuku II (Mülkiyet)**, 4.baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2012.
- DERDİMAN, Ramazan Cengiz: **Hukuk Başlangıcı**, 3.baskı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2011.
- DERDİMAN, Ramazan Cengiz: **Anayasa Hukuku**, 3.baskı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2013.
- DERDİMAN, Ramazan Cengiz: **İdare Hukuku**, 5.baskı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2015.
- DÖRTGÖZ, Gürsel Öcal: **Tapu İşlemleri**, (Yazarın kendi yayını), Birlik Matbaası, Ankara, 2008.
- GİRİTLİ, İsmet – BİLGİN, Pertev - AKGÜNER, Tayfun: **İdare Hukuku Dersleri**, Der Yayınları, İstanbul, 2006.
- GÖZLER, Kemal: **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Ekin Yayınları, Bursa, 1999.
- GÖZLER, Kemal: **Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi**, Ekin Yayınları, Bursa, 2000.
- GÖZLER, Kemal: **İdare Hukuku**, 2.baskı, Ekin Yayınları, Bursa, C.1 (2 Cilt), 2009.
- GÖZLER, Kemal: “5018 ve 6085 sayılı Kanunlarda Bazı İdare Hukuku Terimlerinin Yanlış Kullanımı Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, S.60(4), ss.837-917.
- GÖZLER, Kemal: **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Ekin Yayınları, Bursa, C.2 (2 Cilt), 2011-b.
- GÖZLER, Kemal: **İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları**, 12.baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2014.
- GÖZLER, Kemal - KAPLAN, Gürsel: **İdare Hukukuna Giriş**, 20.baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2015.
- GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref - TAN, Turgut: (2013), **İdare Hukuku (Genel Esaslar)**, 9.baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, C.1 (2 Cilt), 2013.
- GÜNDAY, Metin: **İdare Hukuku**, 10.baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.
- KALABALIK, Halil: **İdare Hukuku Dersleri**, Değişim Yayınları, İstanbul, 2004.
- KALENDEROĞLU, Mahmut: **Kamu Maliyesi, Bütçe ve Borçlanma**, 6.baskı, Agon Yayınları, Ankara, 2007.
- KUZU, Burhan: **Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler**, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1985.
- MEMİŞ, Emin: **Genel İdare Hukuku Notları**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.
- ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, Hak Kitabevi, İstanbul, C.1 (3 Cilt), 1966.
- ÖZAY, İl Han: **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.

- ÖZTAN, Bilge: **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, 23.baskı, Turhan Kitapevi, Ankara, 2006.
- YARGITAY KARARLAR DERGİSİ: C.35, S.7, 2009 (Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesinin 2009/3392 Esas, 2009/5556 Kararı)
- YAYLA, Yıldızhan: **İdare Hukuku**, 2.baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.
- YEŞİL, Metin: **Tapu İşlemleri**, 9.baskı, (Yazarın kendi yayını), İstanbul, 2010.
- YILDIRIM, Ramazan: **Açıklamalı Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü**, Mimoza Yayınları, Konya, 2006.
- YILDIRIM, Ramazan: **İdare Hukuku Dersleri II**, 2.baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2012.
- YILDIRIM, Turan – YASİN, Melikşah – KAMAN, Nur – ÖZDEMİR, H.Eyüp – ÜSTÜN, Gül - OKAY TEKİNSOY, Özge (2013), **İdare Hukuku**, 5.baskı, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- YILMAZ, Ejder: **Hukuk Sözlüğü**, 4.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1992.
- 1982 Anayasası, (09.11.1982 tarih ve 17863 sayılı Resmi Gazete).
- 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu, (24.06.1973 tarih ve 14574 sayılı Resmi Gazete).
- 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, (24.12.2003 tarih ve 25326 sayılı Resmi Gazete).
- 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, (23.07.2004 tarih ve 25531 sayılı Resmi Gazete).
- 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, (06.12.2012 tarih ve 28489 sayılı Resmi Gazete).
- 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, (14.12.1983 tarih ve 18251 sayılı Resmi Gazete).
- Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik, (10.10.2006 tarih ve 26315 sayılı Resmi Gazete).
- Milli Eğitim Bakanlığı Okul Aile Birliği Yönetmeliği, (31.05.2005 tarih ve 25831 sayılı Resmi Gazete) (mülga).
- Milli Eğitim Bakanlığı Okul-Aile Birliği Yönetmeliği, (09.02.2012 tarih ve 28199 sayılı Resmi Gazete).
- 15.03.2004 tarihli Kantin, Açık Alan ve Salonlarının Milli Eğitim Bakanlığı Gözetim ve Denetiminde Okul Aile Birliklerince İşletilmesine Dair Protokol (mülga).
- 253 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği(mülga).
- 277 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği(mülga).
- 300 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği.
- Yargıtay Kararı, Beşinci Hukuk Dairesinin 2009/3392 Esas, 2009/5556 sayılı Kararı.
- Yargıtay Kararı, Beşinci Hukuk Dairesinin 24.01.2006 tarih, 2005/14294 Esas, 2006/221 sayılı Kararı.
- Danıştay Kararı, Beşinci Dairenin 24.10.1996 Tarih, 1995/4235 Esas ve 1996/3251 sayılı Kararı.

SOYBAĞININ ÇOCUĞUN SOYADINA ETKİSİ THE EFFECT OF KINSHIP ON CHILD'S SURNAME

Başak BAŞOĞLU*

ÖZET

Türk pozitif hukukunda ailede ad birliğini sağlama amacıyla ortak soyadı olarak kocanın soyadı belirlenmiş, buna bağlı olarak hem evlenen kadının hem de evlilik içinde dünyaya gelen çocuğun aile soyadı olarak belirlenen kocanın/babanın soyadını taşıyacağı düzenlenmiştir. Bir başka deyişle Türk hukukunda kadının soyadı evlilik ile değişerek kocasının soyadına, dolayısıyla onun soyuna, kimliğine, statüsüne tabi kılınmıştır. Çocuğun soyadı ise babanın soybağına dolayısıyla yine onun soyuna, kimliğine, statüsüne tabi kılınmıştır. Buna göre, anne baba ile evli değilse, çocuk babası ile arasında soybağı kurulmadıkça, annesinin soyadını alacaksa da baba ile soybağı bir kez kurulduktan sonra çocuk babanın soyadını alır. Ancak çocuğun soyadına ilişkin düzenlemeler oldukça tartışmalıdır ve hatta bu düzenlemeler ilk derece mahkemelerinin, Yargıtay'ın, Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarına konu olmuştur. Söz konusu yargı kararları ışığında durum daha da tartışmalı bir hal almıştır. Şüphesiz çocuğun soyadına ilişkin tüm sorunların ve tartışmaların çözümü pozitif hukukun değiştirilmesinden geçeceğinden bu çalışma ile amaçlanan olası bir pozitif hukuk değişikliğine ışık tutmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Çocuğun Soyadı, Soybağı, Aile Soyadı, Velayet

ABSTRACT

In order to ensure the unity in the family, Turkish Civil Code provides that the surname of the husband is determined as the common surname. Accordingly, both the married woman and the child who was born in wedlock shall bear the surname of the husband/ father. If a child is born out of wedlock, the child shall bear mother's surname. However, the child shall bear father's surname if paternity is linked with the father. These provisions are highly controversial. They have been subject to various decisions of first instance courts, Court of Cassation, and even the Constitutional Court. Undoubtedly, the debate on the surname of child can only be solved by amendment of the related provisions of the Turkish Civil Code. Therefore, this paper aims to shed light to a possible amendment.

Keywords: Surname of the Child, Family Surname, Kinship, Custody

*“Adıyla var bir zamanlar gül olan;
yalnız adlar kalır elimizde.”***

**Umberto Eco
Gülün Adı**

* Yrd. Doç. Dr. MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, basoglu@mef.edu.tr.

** Orijinali: *Stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus.*

GİRİŞ

İnsan ölümsüzlüğe sadece isminde kavuşabildiğinden olsa gerek isim (ad) üzerindeki hak insanın en önemli temel haklarından biridir. Öyle ki, Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesi uyarınca her çocuğun doğumla birlikte isim hakkı bulunmaktadır. Çocuğun soyadı da bu kapsamda kişiye sıkı suretle bağlı, vazgeçilemez ve devredilemez kişisel bir hak olup kişilik hakkı korumasından yararlanmaktadır¹.

Türk hukukunda çocuğun ön adının belirlenmesi TMK m. 339 uyarınca velayet hakkının kapsamında düzenlenmiştir. Buna karşılık, çocuğun soyadının belirlenmesi velayet hakkının kapsamında ele alınmamış, doğrudan soybağı ilişkisine bağlanmıştır². Buna göre, çocuğun soyadı baba ile soybağının kurulup kurulmadığına göre farklılık gösterecektir. Bir başka deyişle, çocuğun soyadında esas belirleyici parametre babayla soybağının kurulup kurulmadığıdır.

Kural olarak, çocuk ile baba arasında soybağı, anne ile evlilik, tanıma veya babalık davası yollarıyla kurulursa, bu durumda çocuk babanın soyadı verilir. Baba ile soybağının kurulmadığı hallerde ise çocuk annenin bekarlık soyadını taşıyacaktır. Bunların yanı sıra yine evlat edinme yoluyla soybağının kurulması halinde de çocuk, kural olarak evlat edinenin soyadını alacaktır.

¹ **ABİK, Yıldız:** Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara, 2005, s. 38, **AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya:** Türk Medeni Hukuku – Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul, 2015, s. 419, **DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan:** Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016, s. 165, **HELVACI, Serap:** Gerçek Kişiler, İstanbul, 2016, s. 171, **İŞINTAN, Pelin:** “Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012/1, s. 265-279 (266), **OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe:** Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016, s. 110, **SEROZAN, Rona:** Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku (Medeni Hukuk), İstanbul, 2015, s. 480.

² **AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ,** s. 419, **BAYGIN, Cem:** Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010, s. 97, **BİRİNCİ UZUN, Tuba:** “Aile Soyadı Çıkmazı – Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, Ankara, 2016, s. 99-137 (107), **DURAL / ÖĞÜZ,** s. 169, **İŞINTAN,** s. 266, **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR,** s. 113, **ÖZTAN, Bilge:** Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 1011, **SEROZAN,** Medeni Hukuk, s. 482, **USTA, Sevgi:** Velayet Hukuku (Velayet Hukuku), İstanbul, 2016, s. 203.

Görüldüğü üzere, çocuğın soyadının belirlenmesinde çocuğın velayet hakkının veya çocuğın kiminle yaşadığının hiçbir önemi olmaksızın çocuğın babayla olan soybağına öncelik verilmiştir. Nitekim soyadının belirlenmesinde çocuğın anneyle olan soybağı, ancak babayla soybağının kurulamadığı durumlarda önem arz etmektedir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi önüne gerek somut norm denetimi gerekse de bireysel başvuru yoluyla gelen çocuğın soyadına ilişkin uyuşmazlıklarda vermiş olduğı kararları, konunun farklı açılardan tartışmaya açılmasına sebep olmuş ve böylece çocuğın soyadının belirlenmesinde velayet hakkının yeni bir parametre olarak kabul edilip edilmeyeceğı sorusunu gündeme getirmiştir.

Aşağıda öncelikle soybağının evlilik yoluyla kurulmasının çocuğın soyadına etkisi ve bu konuya ilişkin yargı kararları, daha sonra soybağının tanıma veya babalık davası yoluyla kurulmasının çocuğın soyadına etkisi, son olarak da soybağının evlat edinme yoluyla kurulmasının çocuğın soyadına etkisi, Anayasa Mahkemesi'nin bu konulardaki kararları ile birlikte incelenecektir.

I. SOYBAĞININ EVLİLİK YOLUYLA KURULMASI

A. Yasal Düzenlemelerde

Çocuğın soyadı, TMK m. 321 hükmünde emredici olarak düzenlemiştir. Buna göre çocuğın anne ve babası evli ise, çocuk aile soyadını alır. Ancak aile soyadı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmemiştir. TMK m. 187 düzenlenmesinden hareketle aile soyadının eşlerin ortak soyadı, bir başka deyişle kocanın soyadıdır³. Nitekim, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 22. maddesinin ilk fıkrasına göre de “*Evlilik içinde doğan veya herhangi bir nedenle evliliğın sona ermesinden başlayarak üçyüz*

³ ABİK, s. 55, DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku, İstanbul, 2016, s. 158, ÖZTAN, s. 213. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi, evlenen kadının soyadına ilişkin yapılan bir bireysel başvuru neticesinde 2013 yılında vermiş olduğı bir kararında TMK m. 187 hükmünün Anayasa m. 90/son uyarınca zımnen ilga olduğunu ifade etmiştir. TMK m. 187 hükmünün bu şekilde zımnen ilga olduğunun kabulü, aile soyadının yani ortak çocuğın soyadının ne şekilde belirleneceğı sorusunu da gündeme getirebilir. Söz konusu bireysel başvuru kararında Anayasa Mahkemesi durumu ortak çocuğın soyadı bakımından incelememiş, sadece TMK m. 187 hükmünün zımnen ilga olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Bu durumda TMK m. 187 hükmünün bu şekilde ilga olmasının çocuğın soyadına herhangi bir etkisinin olmaması gerekir. Zira bu durum yukarıda anılan Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 22. maddesinin yürürlüğünü etkilemeyecektir.

gün içinde Türk babadan olan veya Türk anadan doğan ... çocuklar babanın soyadını alır ve aile kütüklerinde babalarının hanesine yazılırlar.”

Buna göre, eşlerin kocanın soyadından başka bir soyadını aile soyadı olarak belirlemeleri mümkün değildir⁴. Aynı şekilde çocuğun da bu konuda bir seçme hakkı bulunmamaktadır⁵. Bir başka deyişle, çocuk annesinin soyadını taşımayı veya annesi ile babasının soyadını birlikte taşımayı seçemez. Öte yandan, şartları oluştuğu sürece, eşlerin aile soyadını veya çocuğun kendi soyadını değiştirmek için TMK m. 27 uyarınca isim değişikliği davası açmaları pekâlâ söz konusu olabilir⁶.

Görüldüğü üzere, evlilik içinde doğan çocuklar kural olarak babalarının soyadlarını taşıyacaklardır. Çocuk henüz dünyaya gelmeden önce babanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi de çocuğun babanın soyadını taşımasına engel olmayacaktır⁷. Ama babanın soyadındaki herhangi bir değişiklik küçüğün soyadını da doğrudan etkileyecektir. Şöyle ki, babanın TMK m. 27 uyarınca dava yoluyla veya evlat edinilme yoluyla soyadını değiştirmesi halinde, çocuğun soyadı da değişecektir. Böyle durumlarda, sadece ergin çocuğun önceki soyadını korumayı seçmesi bakımından küçük bir parantez açılabilir.

Bunlardan başka, evliliğin sona ermesinin çocuğun soyadına kural olarak herhangi bir etkisi olmayacaktır. Bir diğer deyişle, evlilik sona erse dahi çocuk babasının soyadını taşımaya devam edecektir. Yalnız, bu husus Anayasa Mahkemesi'nin – hemen aşağıda bir sonraki başlıkta (B) incelenecek olan- 2011 yılında vermiş olduğu bir iptal kararı üzerine tartışmaya açılmıştır.

⁴ **ÖCAL APAYDIN, Bahar:** “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözüme Kavuşturulmuş Mudur?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, No: 2, Yıl 2015, s. 435-458 (450), **ÖZTAN**, s. 1010. Öte yandan, öğretilerde ortaya atılan bir görüşe göre Anayasa Mahkemesi'nin kadının soyadına ilişkin bireysel başvuru kararları ışığında evlenen kadının erkek eşin soyadını alacağına dair bir kural yürürlükte olmadığından ortak soyadının kadın ve erkek eşin anlaşmasıyla belirlenmesi mümkün sayılmalıdır **ÖZEN, Burak:** “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı” (Kadının Soyadı), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu, İstanbul, 2016, s. 93-104 (100).

⁵ **ÖZTAN**, s. 1011.

⁶ **BAYGIN**, s. 100, **ÖZTAN**, s. 1011.

⁷ **ÖZTAN**, s. 1011.

B. Yargı Kararlarında

Anayasa Mahkemesi somut norm denetimi yoluyla önüne gelen ve 2011 yılında vermiş olduğu bir kararında Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği soyadı alır*” hükmünü eşitlik ilkesine ve velayet hakkının amacına aykırı bularak iptal etmiştir⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, Türk pozitif hukuku ile çelişmesi bakımından öğretide eleştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararına getirilen ilk eleştiri, Türk Medeni Kanunu'nun “Soybağının Hükümleri” başlığı altında düzenlenen 321. madde hükmü karşısında Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında çocuğun soyadını velayet hakkı kapsamında değerlendirmesidir⁹. Gerçekten de Türk hukukunda çocuğun soyadının belirlenmesi velayet hakkına değil, soybağına bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi kararına getirilen bir diğer eleştiri ise, kararda çocuğun soyadını seçme hakkından bahsetmesidir. Oysa, yukarıda (A) da belirtildiği üzere Soyadı Kanunu'nun 7. ve 10. maddelerinin açık düzenlemeleri 2 Temmuz 1937 tarihinden itibaren soyadının seçme yoluyla kazanılmasının önünü kapamıştır ve dolayısıyla soyadını seçme hakkından bahsetmek de mümkün değildir¹⁰. Nitekim soyadına ilişkin düzenlemeler emredici niteliktedir¹¹.

Anayasa Mahkemesi 2011 tarihli iptal kararı, evliliğin sona ermesi üzerine çocuğun velayet hakkının anneye verilmesi halinde, onun annesinin soyadını taşıyabileceği şeklinde yorumlanmıştır. Bu görüşten hareketle de 2015 yılında konu, Anayasa Mahkemesi önüne tekrar - bu sefer bireysel başvuru yoluyla - getirilmiştir¹².

Karara konu olan olayda, evliliğinin sona ermesinden sonra kendisine velayet hakkı verilen bir anne, çocuğunun soyadının kendi

⁸ Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 tarihli ve 165 sayılı kararı (14.02.2012 tarihli ve 28204 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır).

⁹ İŞINTAN, s. 277.

¹⁰ İŞINTAN, s. 278. 2 Temmuz 1936 tarihinden itibaren soyadını seçme hakkının bulunmadığı, artık genel kuralların uygulanmaya başladığı yönünde bkz. ABİK, s. 54-55.

¹¹ ERGENE, Deniz: “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun’da Değişiklik Önerisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 31, No: 2, İstanbul, 2011, s. 123-176 (139), ÖCAL APAYDIN, s. 451.

¹² Anayasa Mahkemesinin 25.6.2015 tarihli ve 3434 başvuru sayılı bireysel başvuru kararı.

bekarlık soyadı ile değiştirilmesi için isim değişikliği davası açmıştır. İlk derece mahkemesi, Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği soy adını alır*” hükmünün 2011 yılında iptal edilmiş olması nedeniyle talebi kabul etmiştir¹³. Buna karşılık, Yargıtay TMK m. 321 hükmü uyarınca anne ve babası evli çocuğun aile soyadını alacağı ve boşanma veya ölüm üzerine velayetin anneye verilmesinin soyadını değiştirmeyeceği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹⁴. Bunun üzerine,¹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin önüne bireysel başvuru yoluyla gelen olayda Mahkeme, yasada konuya ilişkin bir boşluk olduğunu kabul etmekle birlikte Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasının iptalinin kendisine velayet hakkı tanınan kadına çocuğun soy adını seçme hakkı tanıdığı şeklinde yorumlanamayacağını da belirtmiştir. Buna göre, evliliğin sona ermesinden sonra çocuğun velayet hakkı kendisine verilen annenin çocuğun soyadını seçme hakkı bulunmamaktadır.

Bu karardan hareketle öğretide ortaya atılan bir görüş çerçevesinde 2015 tarihli Anayasa Mahkemesi kararından sonra ilk derece mahkemesinin bu ilk karara uygun olarak TMK m. 1 gereği kanundaki boşluğu doldurması ve bunu yaparken de velayet hakkı annesinde bulunan çocuğun, annesinin soyadını taşıması gerektiğine karar vermesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir¹⁶.

C. Değerlendirmeler

Öncelikle belirtilmelidir ki, Anayasa Mahkemesi'nin 2011 tarihli iptal kararında Soyadı Kanunu'nun 4. maddesine ilişkin değerlendirmesinin yerindelğine şüphe ile bakılmak gerekir. Öyle ki,

¹³ Diyarbakır 5. Asliye Hukuk Mahkemesi 16.4.2012 tarihli ve 56 sayılı kararı.

¹⁴ Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 6.6.2012 tarihli ve 7122 sayılı kararı. Yargıtay'ın bozma gerekçesinde TMK m. 321 hükmüne dayanması, söz konusu hükmün boşanmada çocuğun soyadının ne olacağına ilişkin bir düzenleme getirmemiş olması nedeniyle öğretide eleştirilmektedir. Bkz. **BAŞ SÜZEL, Ece / KURTULAN, Gökçe**: “Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, No: 135-136, İstanbul, 2015, s.77-90 (81-82).

¹⁵ İlk derece mahkemesi Yargıtay'ın bozma kararına uymuş (Diyarbakır 5. Asliye Hukuk Mahkemesi 24.9.2012 tarihli ve 359 sayılı kararı), bunun üzerine yapılan temyiz itirazında karar onanmış (Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 17.1.2013 tarihli ve 412 sayılı kararı) ve karar düzeltme talebi de reddedilmiştir (Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 8.4.2013 tarihli ve 5618 sayılı kararı).

¹⁶ **BAŞ SÜZEL / KURTULAN**, s. 85.

Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği soy adı alır*” hükmü soyadının seçme hakkına ilişkindir. Bilindiği üzere, Soyadı Kanunu 2 Ocak 1935 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna göre, herkesin bir soyadı seçme zorunluluğu bulunmaktadır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ise bundan daha önceki bir tarihte 4 Ekim 1926 yılında yürürlüğe girmiştir. Burada ailenin ortak soyadı, kocanın soyadı olarak belirlenmiş, çocuğun soyadı ise soybağına bağlamıştır. Ancak Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1926 yılında herkesin bir soyadı taşıma zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla soyadı olmayanlar için bu düzenlemelerin bir anlamı da yoktur.

Diğer taraftan 1935 yılına kadar pek çok evlilik, doğum ve boşanma söz konusu olmuştu. Bilindiği üzere, evliliğin sona ermesi halinde eşlerin birlikte velayet hakları sona ermekte ve çocuk kural olarak eşlerden birinin velayetine bırakılmaktadır¹⁷. İşte Soyadı Kanunu'nun hazırlanması sürecinde velayeti anneye verilen çocukların soyadlarının baba tarafından seçilebilmesi için Kanunu'nun 4. maddesine söz konusu düzenleme getirilmişti¹⁸. Bu düzenleme, o tarihte yürürlükte olan Medeni Kanun'un 259. maddesi ile de uyumludur. Söz konusu hükme göre evlilik içinde doğan çocuk, babasının soyadını taşıyacaktır.

Esasen Anayasa Mahkemesi, 2011 tarihli iptal kararında Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği soy adı alır*” hükmünün soyadı seçme hakkı ile ilgili olduğunu dikkate alması ve bu hakkın da Soyadı Kanunu'nun 7. ve 10. maddelerinin açık düzenlemeleri uyarınca 2 Temmuz 1937 tarihinde kalktığından hareketle söz konusu ibarenin anlamını yitirdiğine ve bu nedenle de iptaline hükmetmesi daha yerinde olurdu.

Ancak Anayasa Mahkemesi 2011 tarihli iptal kararında, Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ibarenin halen yürürlükten olduğu düşüncesiyle hareket etmiş ve bu ibareyi hukuken

¹⁷ **SEROZAN, Rona:** Çocuk Hukuku (Çocuk Hukuku), İstanbul, 2016, s. 254-256, **USTA, Sevgi:** Çocuk Hukuku ve Velayet (Çocuk Hukuku), İstanbul, 2012, s. 28-32. Öğretide velayet hakkının birlikte kullanılmasının mümkün olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler için bkz. **ELÇİN GRASSINGER, Gülçin:** Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul, 2009, s. 9, **KOÇİSARLIOĞLU, Cengiz:** Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara, 2004, s. 229.

¹⁸ Bkz. TBMM Zabıt Ceridesi Devre IV Cilt 23 İçtima 3 71 inikat 21.4.1934 s. 251 vd.

yanlış bir şekilde anlamlandırdıktan sonra iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararının gerekçesine göre “*erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur.*” Hiç şüphesiz, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu gerekçesi çağdaş insan hakları çerçevesindeki eşitlik ilkesi ile bağdaşmaz. Öyle ki, Medeni Kanun halihazırda erkeğe velayet hakkı kapsamında çocuğun soyadını seçme hakkını tanımamaktadır.

Yukarıda da açıklandığı üzere, çocuğun soyadı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun “Soybağının Hükümleri” başlıklı beşinci ayırımının altında yer alan madde 321'de düzenlenmiştir ve buna göre çocuk ana ve baba evli ise aile soyadını taşıyacaktır. Bir başka deyişle, çocuğun soyadını velayet hakkından bağımsız olarak baba ile olan soybağına bağlanmıştır. Söz konusu kararında Anayasa Mahkemesi muhtemelen soyadı düzenlemesi ile ad düzenlemesinin ayırında bir yanılığa düşmüş ve ortaya da bu şekilde bir sonuç çıkmıştır¹⁹. Zira Türk hukukunda velayet hakkına asıl bağlı olan TMK m. 339 uyarınca çocuğun önadının belirlenmesidir. Yoksa bu düzenlemenin soyadıyla doğrudan veya dolaylı herhangi bir ilintisi yoktur.

Öte yandan, hemen aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere Anayasa Mahkemesi 2009 tarihli bir kararıyla TMK m. 321'de yer alan çocuğun, ana ve baba “*evli değilse, ananın*” soyadını taşıyacağı şeklindeki ibaresini de evlilik içinde doğan çocuk ile evlilik dışında doğan çocuğu farklı muameleye tabi tuttuğundan eşitlik ilkesine ve çocuğun menfaati ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Buna göre, evlilik içinde dünyaya gelen çocuk da evlilik dışında dünyaya gelip baba ile soybağı daha sonra tanıma veya babalık hükmü ile kurulan çocuk da babanın soyadını taşımalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin 2011 tarihli kararı bu çerçevede değerlendirildiğinde, özetle, anne ve babanın ortak velayetinde bulunan çocuklar ile velayeti anne veya babadan yalnız birine verilmiş çocuklar arasında farklı muamele yapıldığı ve dolayısıyla eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşünülebilir.

Tüm bu hususlar birlikte ele alındığında görülmektedir ki, Anayasa Mahkemesi Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “*evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa*

¹⁹ Aynı yönde bkz. **BİRİNCİ UZUN**, s. 121.

bile babasının seçtiği veya seçeceği soy adı alır” hükmünü yanlış bir gerekçe ile iptal etmiştir. Mahkemenin Soyadı Kanunu’nun 7. ve 10. maddelerinin açık düzenlemeleri uyarınca soyadı seçme hakkı 2 Temmuz 1937 tarihinde kalktığından hareketle söz konusu hükmün anlamını yitirmiş olması nedeniyle iptaline karar vermesi gerekirdi. Oysa Anayasa Mahkemesi konuyu iptale konu olan hüküm ile doğrudan ilgisi olmayan bir şekilde ve üstelik Türk Medeni Kanunu’nun çocuğun soyadına ilişkin açık düzenlemelerinin aksine velayet hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Hal böyle olunca söz konusu kararındaki gerekçesinin bağlayıcı kabul edilmemesi daha uygundur²⁰.

²⁰ Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararları Anayasa’nın 153. maddesi uyarınca kesindir ve Resmi Gazete’de hemen yayımlanmakla kesin hükümden etkilenenlerle birlikte yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Aynı ifade Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 66. maddesinde de yer almaktadır. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte bireysel başvuru kararlarının da kesin hüküm ve bağlayıcılık etkileri bakımından Anayasa’nın 153. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 66. maddesine tabidir. Tartışmalar için bkz. **İNCEOĞLU, Sibel:** Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, İstanbul, 2017, s. 302, **KANADOĞLU, Korkut:** Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, İstanbul, 2015, s. 259, **KORKMAZ, Ramazan:** Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, İstanbul, 2017, s. 265. Aynı yönde bkz. **TAHMAZOĞLU- ÜZELTÜRK, Sultan:** “Ad ve Soyada İlişkin Kararlar- Bireyin Kimlik Hakkı”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 5, 2014, s. 11-36 (28). Öte yandan, Anayasa Mahkemesi kararlarının hüküm kısmına dayanak teşkil eden gerekçelerin bağlayıcılığı hususu da öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmalar için bkz. **ŞİRİN, Tolga:** Türkiye’de Anayasa Şikayeti, İstanbul, 2013, s. 657-663. Öğretideki ağırlıklı bir görüş, hüküm ve gerekçenin birbirinden ayrılmaz bir bütünlük içinde olduğunu ve dolayısıyla hükmün gerekçesiyle birlikte hükümden etkilenenlerle birlikte yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağını ifade eder. **SAGLAM, Fazıl:** “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi’nin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”, Cilt 13, Ankara, 1996, s. 43-76 (58), **TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi:** 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2016, s. 522, **TEZİÇ, Erdoğan:** “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 7, Ankara, 1990, s. 29-46 (46), **YILDIRIM, Turan:** “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 26, Sayı 4, Ankara, 1993, s. 69-80 (74). Öğretide üstün tutulması gereken bir başka görüşe göre ise, gerekçenin mutlak bağlayıcılığının kabul edilmesi çeşitli sakıncalar doğurabilecektir. Bu görüş taraftarları ağırlıklı görüşü, Anayasa Mahkemesi’nin hukukun tek üreticisi haline gelebileceği ve bu durumun hakimlerin bağımsızlığını etkileyebileceği nedeniyle eleştirmiş, ayrıca çoğu zaman kararın gerekçesinin tespitinin güç olduğunu da ifade etmişlerdir. **GÖZLER, Kemal:** Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000, s. 927-930, **HAKYEMEZ, Yusuf Şevki:** “Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi yerindeliği kuşku dolu bu tavrını 2015 tarihli bireysel başvuru kararında da sürdürmüştür. Söz konusu kararında da Anayasa Mahkemesi'nin 2011 tarihli iptal kararının gerekçelerine dayanarak boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının ne olacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmadığını ifade etmiştir. Mahkemenin bu kararına göre, boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının ne olacağına ilişkin kanunda boşluk bulunmaktadır.²¹

Yukarıda belirtildiği üzere, öğretide bir görüşe göre bu boşluğun velayet hakkına bağlı olarak doldurulması yani velayet hakkı annede bulunan çocuğun, annesinin soyadını taşıması gerekmektedir²². Ancak bu görüşe gerekçesi itibarıyla katılmak mümkün değildir.

Söz konusu boşluğun çocuğun soyadını velayet hakkına bağlayarak doldurmak arzu edilmeyen sonuçları beraberinde getirecektir. Her şeyden önce, çocuğun soyadının velayet hakkına bağlanmasının, soyadının değişmezliği ilkesi ile çeliştiği vurgulanmalıdır. Zira evlenen kadının soyadının değişmezliği ilkesine öncelik verilmesi gerektiği gibi, çocuğun soyadının da değişmezliğine öncelik verilmelidir. Buna göre, evlilik ilişkisi içinde eşler çocuğun soyadını birlikte belirlemelidirler. Ancak evlilik ilişkisi sona erdikten sonra da yapılan bu belirlemeye sadık kalarak çocuğun mevcut soyadı korunmalıdır. Aksi halde, evliliğin sona ermesi

Armağan: Essays in Honor of Ergun Özbudun, Cilt II, Ankara, 2008, s. 365-399 (387). Ayrıca gerekçenin mutlak bağlayıcılığı ayrıca, gerekçede kavramlar arasında ilişki kurulurken Anayasa metni dışında hukuk kaynağı yaratmasının getireceği sakıncalardan dolayı da eleştirmiştir. Bu görüş için bkz. **ŞİRİN**, s. 659. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi kararlarındaki hüküm kısmına dayanak teşkil eden gerekçelerin kural olarak bağlayıcı olduğunun, ancak istisnai durumlarda yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının, gerçek ve tüzel kişilerin Mahkemenin dayandığı gerekçelerden farklı bir tutum içine girebileceğini kabul etmek gerekir. Öğretide bu görüşü savunan bazı yazarlara göre, kararların dayandığı gerekçelerin dışında bir yaklaşım ancak daha insan hakları temelinde mümkün olabilecektir. Şirin, s. 663. Hemen belirtilmelidir ki, gerekçenin mutlak bağlayıcılığı gerek Anayasa Mahkemesi'nin kendisi tarafından gerekse de öğretide ağırlıklı olarak kabul edilmekle birlikte uygulamanın bu yönde olduğunu söylemek pek mümkün değildir.

²¹ Aynı yönde **AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya**: Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul, 2016, s. 394.

²² **BAŞ SÜZEL / KURTULAN**, s. 85.

halinde ebeveynler arasında çıkabilecek olası bir velayet uyuşmazlığında çocuğın soyadı da bir çekişme konusu haline gelebilecektir²³.

Kaldı ki, çocuğın soyadının velayet hakkına bağlanması halinde, aksine açık bir düzenleme bulunmadıkça, her velayet değişikliği çocuğın soyadını da doğrudan etkileyecektir²⁴. Bu da çocuğın kendi kimliğine ilişkin bir değerin henüz daha erken bir yaşta bir veya birden fazla defa değişmesi anlamına gelecektir. Hiç şüphesiz henüz kendi kimliğine yönelik ayırt etme gücü olmayan bir çocuk açısından bu durum esaslı bir sorun doğurmayacaktır. Ancak örneğin 17 yaşında bir çocuğın soyadının velayete bağlı olarak değişmesinin, temelde evlenen kadının soyadının değişmesinden hiçbir farkı yoktur. Bu açıdan evlenen kadının soyadına ilişkin ileri sürülen itirazların burada da gündeme getirilmesi gerekir.

Öte yandan, 2015 tarihli bireysel başvuru kararına konu olan olayın Soyadı Kanunu'nun 4. maddesi ile de herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır²⁵. Nitekim söz konusu karara konu olan olayda davacı anne bizatihi TMK m. 27 uyarınca çocuğın soyadının değiştirilmesine ilişkin bir talepte bulunmuştur. Soyadının velayete bağlı olarak belirlenmesi veya velayet hakkına bağlı olarak değişmesi ile çocuğın velayeti altında bulunduğu ebeveynin soyadını almak için TMK m. 27 uyarınca talepte bulunulması ise birbirlerinden gece ile gündüz kadar farklı hususlardır.

Çocuğın haklı bir menfaati varsa, elbette soyadının değiştirilmesi için TMK m. 27 uyarınca talepte bulunulması mümkündür²⁶. Örneğin çocuğın sosyal hayatında karşılaştığı güçlükler, soyadının

²³ Aynı yönde bkz. **BİRİNCİ UZUN**, s. 112. Yazar bu durumun çocuğın anne ve babanın psikolojik istismarına açık hale getirebileceğini belirtmektedir. Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.03.2015 tarihli ve 1039 sayılı kararı.

²⁴ Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.03.2015 tarihli ve 1039 sayılı kararı. Nitekim çocuğın soyadını velayet hakkına bağlayan İsviçre Medeni Kanunu'nda bu hususta açık bir düzenleme yapılarak velayet hakkında daha sonra meydana gelen değişikliklerin çocuğın soyadına herhangi bir etkisi olmayacağı ifade edilmiştir.

²⁵ Aynı yönde bkz. **İŞINTAN**, s. 271. Yazar, 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına konu olan olayda somut olaya uygulanacak normun ilk derece mahkemesi tarafından TMK m. 27 yerine Soyadı Kanunu m. 4 olarak yanlış tespit edilmiş olduğunu ifade etmiştir.

²⁶ Haklı menfaatin tespiti hâkimin takdirindedir. Hâkim bu menfaatin varlığını tespit ederken objektif koşullardan ziyade değiştirme talebinde bulunan kişinin mahkemeye sunduğu özel nedenler ile talepte bulunan kişinin kişiliğini, sosyal statüsünü, aile ilişkilerini ve ruhsal durumunu dikkate alacaktır. Bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 1.3.1989 tarihli ve 2375 sayılı kararı, 18. Hukuk Dairesi 13.11.2008 tarihli ve 11926 sayılı kararı, Hukuk Genel Kurulu 15.11.2000 tarihli ve 18-1654 sayılı kararı.

değiştirilmesinde haklı bir menfaat oluşturabilir. Aynı şekilde, çocuğun velayeti altında bulunduğu ve birlikte yaşadığı ebeveyn ile aynı soyadını taşımak istemesi de soyadı değişikliği için haklı sebep olarak kabul edilebilir²⁷. Hiç şüphesiz çocuğun soyadının değiştirilmesi için haklı sebebin olup olmadığının tespitinde çocuğun üstün yararının mutlaka dikkate alınması gerekir²⁸. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin ne 2011 tarihli ne de 2015 tarihli anılan kararlarında çocuğun üstün menfaatine ilişkin bir tartışma yapılmamıştır²⁹.

Ayrıca, evliliğin sona ermesi halinde çocuğun soyadının ne olacağına belirlenmesinde velayet hakkının kime verilmiş olduğu başlı başına haklı bir menfaat teşkil etmeyeceği gibi soyadının velayet hakkına bağlanması her durumda çocuğun üstün yararına da olmayabilir³⁰. Şöyle ki, bahsi geçen Anayasa Mahkemesi kararına konu olan olayda, davacı annenin ileri sürdüğü “*resmi işlemlerde karşılaşılan pratik güçlükler*” ilişkin gerekçesiyle ulaşılmak istenen sonuç, çocuğun haklı menfaatinin korunmasına tam olarak hizmet etmemektedir. Öyle ki, çocuğun üstün yararı açısından kendisine velayet hakkı tanınmış olan ebeveynin onun adına ve hesabına işlem yapabilmesi için zaten tam tersine (!) nüfus kayıtları ile velayet hakkına ilişkin ilamın talep edilmesi gerekir. Böylece çocuğun yasal temsilcisi dışında birinin sadece basit bir isim benzerliği sayesinde onun adına ve hesabına işlem yapması engellenmiş olur³¹. Ancak çocuğun annesi ile aynı soyadı taşımaması yaşadıkları çevrede sosyal zorluklara yol açıyorsa, bu durumda haklı bir menfaat söz konusu olduğundan söz açılabilir. Sözün özü, haklı menfaatin belirlenmesinde her zaman çocuğun üstün yararı ve korunması ilkeleri dikkate alınmalıdır³².

Öte yandan, soyadı değişikliği talebinde kişiye sıkı suretle bağlı bir hakkın kullanılması söz konusu olduğundan, bu davayı kural olarak

²⁷ İŞINTAN, s. 273, SEROZAN, Çocuk Hukuku, s. 239. Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi ATF 132 III 497, Jdt 2007 I 119.

²⁸ ÖZTAN, s. 1015.

²⁹ Aynı yönde bkz. BİRİNCİ UZUN, s. 107.

³⁰ Yargıtay'ın da eski tarihli kararları bu yöndedir. Bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 11.12.1996 tarihli ve 11112 sayılı, 25.10.2002 tarihli ve 10432 sayılı, 23.2.2009 tarihli ve 1466 tarihli kararları.

³¹ Bu durum akıllara Yeşilçam'ın 1985 yapımı “*Gurbetçi Şaban*” filmini getirir. Filmin kahramanı Almanya'da göçmen olarak yaşayan Şaban Yıldız, memleketindeki soyadı Yıldız, baba adı Şaban olan tüm çocukların nüfus cüzdanlarını toplar ve Alman hükümetinden bu çocukların nüfus cüzdanları sayesinde çocuk nafakası alır (!)

³² ERGENE, s. 142.

çocuğun kendisinin açması lazım gelir³³. Hiç şüphesiz çocuğun bu davayı açabilmesi için de ayırt etme gücüne sahip olması şarttır³⁴. Öte yandan, ayırt etme gücüne sahip ve fakat sınırlı ehliyetsiz çocuğun tek başına soyadı değişikliğini talep edebilip edemeyeceği hususu öğretide tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre, henüz ergin olmamış olan çocuğun soyadının değiştirilmesi davasını yasal temsilcisinin onayı ile açması çocuğun menfaatine daha uygun olacaktır³⁵. Bu görüşü savunan yazarlar henüz ergin olmamış çocuğun salt kendi kararıyla soyadının değiştirilmesi davası açamayacağını kabul ederler. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, ayırt etme gücüne sahip ve fakat sınırlı ehliyetsiz çocuğun tek başına soyadı değişikliği davası açabilmesi mümkündür³⁶. Çocuğun tek başına tek başına soyadı değişikliği davası açabileceğini kabul eden bazı yazarlara göre ise, bu davada mutlaka yasal temsilcinin de dinlenmesi gerekmektedir³⁷.

Henüz ayırt etme gücüne sahip olmayan yani tam ehliyetsiz çocuklar bakımından soyadının değiştirilmesi davasının yasal temsilci tarafından açılmasının mümkün olup olmadığı hususu da öğretide tartışmalıdır. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre burada nispi nitelikte bir kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması söz konusu olduğundan yasal temsilcinin dava açabilmesi mümkündür³⁸. Bu görüşe göre, zorunlu ve ivedi durumlarda böyle bir hakkın yasal temsilci tarafından pekâlâ kullanılabilmesi kabul edilmektedir³⁹.

Son olarak öğretide her iki ehliyet kategorisini de kapsar şekilde ileri sürülen bir başka görüşe göre ne tam ehliyetsiz ne de sınırlı ehliyetsiz adına yasal temsilcinin böyle bir davayı açma hakkı bulunmaktadır. Üstelik çocuğun da ergin olmadan böyle bir davayı açması mümkün değildir⁴⁰. Bu görüşe göre çocuk bakımından soyadının değiştirilmesi

³³ Bu konuda bkz. **AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ**, s. 419, **HELVACI**, s. 184-185, **İŞINTAN**, s. 266, **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 128, **ÖZEN, Burak**: “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması” (Çocuğun Soyadı), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı: 3-4, İstanbul, 2010, s. 171-194 (193), **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s. 483, **USTA**, Çocuk Hukuku, s. 112.

³⁴ **ÖZEN**, Çocuğun Soyadı, s. 193.

³⁵ **DURAL / ÖĞÜZ**, s. 179, **USTA**, Çocuk Hukuku, s. 112.

³⁶ Helvacı, s. 185, **OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 128.

³⁷ Bkz. **ERGENE**, s. 141, **ÖZEN**, Çocuğun Soyadı, s. 194, **ÖZTAN**, s. 216.

³⁸ **ÖZEN**, Çocuğun Soyadı, s. 193.

³⁹ **HELVACI**, s. 185, **DURAL / ÖĞÜZ**, s. 180, **SEROZAN**, Medeni Hukuk, s. 483.

⁴⁰ **CENGİZ, Bilal**: Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi, Ankara, 2011, s. 93-94.

davası ancak o ergin olduktan sonra söz konusu olabilecektir. Yargıtay'ın da bu son görüş ile uyumlu kararları bulunmaktadır⁴¹. Ancak görüşün isabeti tartışmaya açılabilir. Zira çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinde bulunma hakkını bu kadar uzun süre sınırlamak bu davayı açmaktaki haklı menfaati de ortadan kaldıracabilecektir. Şöyle ki, bu görüşe göre annesi ile aynı soyadını taşımadığı için arkadaşları tarafından alay konusu olan ve okulda dışlanan bir çocuk soyadının değiştirilmesini ancak tüm bu zorlukları geride bıraktıktan sonra talep edilebilecektir. Bununla kabulü zordur.

Şunu da söylemeli: Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan her iki kararına konu olan olaylarda da davacı, çocuğun velayet hakkına sahip anne yani çocuğun yasal temsilcisidir. Esasen her iki kararın da bu açıdan incelenmemiş olmaları büyük bir eksikliklerdir.

II. SOYBAĞININ TANIMA VEYA BABALIK DAVASI YOLLARIYLA KURULMASI

Evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun soyadı da TMK m. 321 hükmünün ilk halinde düzenlenmiştir. Şöyle ki, 2002 tarihinde yürürlüğe girdiği haliyle TMK m. 321 düzenlemesine göre çocuğun anne ile babası evli değilse, çocuk annenin soyadını taşıyacaktı. Buna göre, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun baba ile soybağı daha sonra tanıma veya babalık hükmü ile kurulsa dahi, çocuk annenin soyadını taşıyacaktı. Ancak bu düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin 2009 tarihli iptal kararı ile değişikliğe uğramıştır⁴².

Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmü, evlilik içinde doğan çocuk ile evlilik dışında doğan çocuğu farklı muameleye tabi tuttuğundan eşitlik ilkesine ve çocuğun menfaati ilkesine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir⁴³.

⁴¹ Bu yönde bkz. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 29.9.2003 tarihli ve 6899 sayılı, 23.2.2009 tarihli ve 1466 sayılı kararları.

⁴² Anayasa Mahkemesinin 2.7.2009 tarihli ve 2009/105 sayılı kararı (7.10.2009 tarihli 27369 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır). Bu kararın eleştirisi için bkz. **AKKAYAN YILDIRIM, Ayça**: “Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih, 2005/114 E. 2009/105 Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2010, s. 69-89 (81-88).

⁴³ Öğretide bir görüşe göre, söz konusu ifade Anayasa Mahkemesi'nin kararından önce Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28. maddesinin dördüncü fıkrası ile zimnen ilga edilmişti. Zira söz konusu düzenlemeye göre “*Tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilir.*” Bkz. **AYAN, Serkan**: “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar İle Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi,

Ancak hemen belirtilmelidir ki, söz konusu hükmün iptalinin çocuğın menfaati ilkesine aykırı bulunması, evlilik dışında doğmuş çocuğın babasının soyadını almasında daha fazla menfaati olmayacağı gerekçesiyle gerek öğretide,⁴⁴ gerekse de kararın karşı oy yazılarında⁴⁵ eleştirilmiştir. Gerçekten de bu gerekçeye katılmak mümkün değildir. Zira çocuğın soyadının belirlenmesinde annenin veya babanın soyadına öncelik verilmesinin, gerçek anlamda çocuğın menfaati bakımından herhangi bir farklılık yaratması düşünülemez.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra, kanun koyucu ortaya çıkan boşluğu doldurmamıştır. Dolayısıyla şu anda da evlilik dışında doğmuş çocuğın babası ile soybağı kurulduktan sonra annesinin soyadını taşıma hakkı bulunmamaktadır. Zira, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28. maddesinin dördüncü fıkrası ile Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 23., 103 ve 109. maddeleri uyarınca baba, çocuğu tanıdıktan veya mahkeme kararıyla babalığa hükmedildikten sonra çocuk babasının hanesine, bizzat babanın soyadıyla tescil edilir⁴⁶.

Öğretideki bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bir önceki başlıkta anılan 2015 tarihli bireysel başvuru kararından hareketle, hem evlilik içinde doğmuş ve fakat boşanma sonucu velayet hakkı anneye bırakılmış çocuğın, hem de evlilik dışında doğmuş ve soybağı babayla kurulmuş olmasına rağmen annesi ile yaşamaya devam eden çocuğın, annesinin soyadını taşımasına öncelik verilmelidir⁴⁷. Yine aynı görüşü

Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, No: 4, 2012, s. 19-90, s. 26-30, **DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 334, **RUHİ, Ahmet Cemal / ÖZDEMİR, Hayrunnisa**: Çocuk Hukuku, İstanbul, 2016, s. 801.

⁴⁴ **AYAN**, s. 29, **BAŞ SÜZEL / KURTULAN**, s. 86, **SEROZAN, Rona**: "Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesi'nin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul, 2013 s. 137-165 (148).

⁴⁵ Sacit Adalı, Serruh Kaleli ve Mehmet Erten'in karşı oy yazıları. Bkz. Anayasa Mahkemesinin 2.7.2009 tarihli ve 105 sayılı kararı (7.10.2009 tarihli 27369 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır).

⁴⁶ Çocuğın babası ile soybağı tanıma (TMK m. 282, 295) veya babalık hükmü (TMK m. 282, 301) veya anne ile babanın sonradan evlenmesi (TMK m. 282, 292) yolları ile kurulur. Ayrıca, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 22. maddesi uyarınca evliliğin sona ermesinden 300 gün içinde dünyaya gelen çocuk da önceki kocanın yani babasının soyadını taşır.

⁴⁷ **BAŞ SÜZEL / KURTULAN**, s. 86. Yazarlar anılan durumlarda çocuğın soyadı olarak annenin soyadına ağırlık verilmesi gerektiğini belirttikten sonra, seçim hakkının velayet hakkına sahip olan kişiye verilmesi gerektiğini de ifade etmişlerdir.

savunan yazarlara göre evli olmayan ebeveynlerin çocuklarının soyadının belirlenmesi hakkının kendisine velayet hakkı verilen ebeveynindedir, dolayısıyla velayet hakkına sahip olan ebeveynin arzu ederse çocuğa diğer ebeveynin soyadını da verebileceklerdir.

Bu görüş, her ne kadar sonuçları itibariyle “kulağa hoş gelse de” Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda anılan 2015 tarihli bireysel başvuru kararında hâlihazırda evli olmayan ebeveynlerin çocuklarının soyadının nasıl belirleneceğine ilişkin bir saptama yapmadığı ve hatta velayet hakkına sahip ebeveynin soyadına da öncelik tanımadığı gerçeği de dikkate alındığında “kulak uğuldatır”. Ayrıca, yukarıda da açıklandığı üzere çocuğunun soyadının velayet hakkına bağlı olarak serbestçe değişmesi uygun değildir. Zira TMK m. 183 uyarınca velayet hakkının değişmesi mümkündür ve aksine açıkça bir düzenleme olmadıkça, her velayet değişikliğinden çocuğun soyadı da etkilenecektir⁴⁸.

Kaldı ki, çocuğun soyadının soybağına bağlı olarak da değişmesi çok uygun değildir⁴⁹. Bu nedenle, her şeyden önce, çocuğun soyadının soybağına bağlı olarak değişmesi bazı sınırlamalara tabi tutulmalıdır. Çocuk, kendisini istemeyen ve fakat soybağı babalık davası yoluyla zorla kurulan babanın soyadını taşımaya zorlanmamalıdır. Burada babanın soyadını taşıyıp taşımamak konusunda çocuğun ve onun adına hareket edecek yasal temsilcisinin bir seçme hakkı olmalıdır. Hatta bunun da ötesinde aslında beş yaşını doldurmuş ve okul eğitimine başlamış dolayısıyla toplumda yer almaya başlamış olan çocuğun soybağına bağlı olarak soyadında meydana gelecek her türlü değişikliğe rızası aranmalıdır. Bir başka ifadeyle, baba ile soybağı tanıma yoluyla kurulmuş bir çocuk, beş yaşını doldurmuş ise soyadı değişikliğine mutlaka rıza göstermiş olmalıdır. Aksi durumda çocuk, soyadının değişmezliği ilkesi uyarınca mevcut soyadını koruyabilmelidir. Hiç şüphesiz tüm bu hususlar ancak bir kanun değişikliği ile söz konusu olabilir.

Öte yandan, evlilik içinde veya evlilik sona erdikten sonra 300 gün içinde doğan çocuğun soybağı koca (baba) tarafından reddedilirse, bu durumda çocuk annesinin soyadını alacaktır. Bu durumda, eğer çocuğun annesi önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa, çocuğa bu kez de annesinin bekarlık soyadı verilecektir. Annenin soyadında yeniden evlilik nedeniyle meydana gelen değişiklikler, kural olarak, çocuğun soyadını

⁴⁸ Aynı yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.03.2015 tarihli ve 1039 sayılı kararı.

⁴⁹ Ancak hiç şüphesiz çocuğun soyadını değiştirmekte haklı bir menfaati olması halinde TMK m. 27 uyarınca soyadının değiştirilmesi davası açılması söz konusu olabilecektir.

etkilemez. Ancak anne çocuğın babası ile evlenirse, bu durumda çocuğın baba ile soybağı kurulacağından çocuğın soyadı da değışecektir. Esasen bu durumda da beş yaşını doldurmuş çocuğın bir söz hakkı olması gerektiğı düşünölmektedir.

Son olarak, yalnızca annenin soyadını taşıyan çocuğın soyadı da annenin bekarlık soyadının TMK m. 27 uyarınca soyadı değışikliği davası yoluyla veya evlat edinilme yoluyla değışmesi halinde etkilenecektir. Aynı şekilde çocuk, bir kere babasının soyadını aldıktan sonra, babasının soyadında meydana gelen tüm değışikliklerden çocuğın soyadı da etkilenir. Çocuk ancak ergin olduktan sonra, annesinin veya babasının soyadında meydana gelen değışikliklere rağmen kendi soyadını korumayı tercih edebilir.

III. SOYBAĞININ EVLAT EDİNME YOLUYLA KURULMASI

A. Küçüğün Evlat Edinilmesi

Türk hukukunda küçüklerin evlat edinilmesi, ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinden ayrı düzenlenmiştir. Buna göre, TMK m. 314/III uyarınca küçüğün evlat edilmesi halinde, küçük evlat edinenin soyadını alır. O, ergin olduktan sonra ise önceki soyadına dönemez. Zira bu düzenleme emredici niteliktedir ve aksi kararlaştırılamaz⁵⁰. Öte yandan, evlat edinilen küçüğün haklı bir menfaati olduğı takdirde TMK m. 27 uyarınca isim değışikliği talep etmesi mümkündür⁵¹.

Türk hukukuna göre, kural olarak, evli çiftler sadece birlikte evlat edinebilirler. Evli çiftlerin küçüğü evlat edinmesi halinde, anne ve baba ortak bir soyadına sahiplerse küçük kural olarak onların ortak soyadını alacaktır⁵². Ancak birlikte evlat edinen anne ve babanın ortak bir soyadına sahip olmaması durumunda, öğretilerdeki bir görüşe göre, evlat edinilenin kimin soyadını taşıyacağına eşlerin birlikte karar vererek en geç hâkimin evlat edinmeye karar vermesi anına kadar açıklamaları gerekir⁵³. Aynı görüşe göre, eşlerin bu konuda anlaşamamaları durumunda nüfus memurunun çocuğın üstün yararını da gözeterek çocuğa anne veya babadan birinin soyadını vermesi gerekir⁵⁴. Gerçekten de, eşlerin ortak soyadı taşımamaları halinde evlat edinilen çocuğın soyadına birlikte karar

⁵⁰ BAYGIN, s. 214, ÖZTAN, s. 988.

⁵¹ BAYGIN, s. 214, ÖZTAN, s. 988.

⁵² ÖZTAN, s. 989.

⁵³ ÖZTAN, s. 990.

⁵⁴ ÖZTAN, s. 990.

vermeleri yerindedir. Ancak eşlerin bu konuda anlaşamamaları durumunda nüfus memurunun, onların yerine karar vermesi kabul edilemez. Bu durumda, en uygun çözümün çocuğun hem annenin hem de babanın soyadını birlikte taşıması olduğu düşünülmektedir.

Bununla birlikte, evli kişilerin birlikte evlat edinmelerinin mümkün olmadığı istisnai durumlarda onların tek başlarına evlat edinmelerine izin verilir. Bunun için ya eşlerden birinin ayırt etme gücü olmamalı veya en az iki yıldır nerede olduğu bilinmemeli ya da eşlerin en az iki yıldır ayrı yaşamaları söz konusu olmamalıdır (TMK m. 307/II). Ancak bu şekilde tek başına evlat edinecek olan eşin de en az 30 yaşında olması gerekir. Bu durumda, evlat edinilen küçük, kural olarak evlat edinen eşin soyadını alacaktır⁵⁵. Yani tek başına evlat edinen kişi koca ise, küçük kocanın soyadını alacaktır. Buna karşılık, tek başına evlat edinen evli kadın ise ve o kocasının soyadını taşıyorsa, bu durumda çocuğun da esasen kocanın soyadını alması gerekecektir. Ancak bunun özellikle tek başına evlat edinen kadının daha sonra boşanması halinde karışıklığa sebep olabileceği vurgulanmalıdır. Burada sözü geçen duruma ilişkin Kanunda açık bir hüküm bulunmadığından, böyle bir olasılıkta nasıl hareket edilmesi gerektiği öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tek başına evlat edinen kadın evli ise, çocuğun kadının bekarlık soyadını alması daha uygun olacaktır⁵⁶. Bir diğer görüşe göre, bu boşluğun evlat edinen kişinin görüşü ve çocuğun üstün menfaati dikkate alınarak doldurulması gerekmektedir⁵⁷.

Evli olmayan kişilerin ise birlikte evlat edinmeleri mümkün değildir (TMK m. 306). Onlara sadece en az 30 yaşında olmaları kaydıyla tek başlarına evlat edinme imkânı tanınmıştır. Tek başına evlat edinme halinde, küçük evlat edinenin soyadını alacaktır. Bundan başka, eğer bekar bir kadın tek başına evlat edinir ve fakat daha sonra evlenirse, çocuk yine evlat edinen kadının bekarlık soyadını taşımaya yine devam edecektir⁵⁸.

B. Ergin ve Kısıtlıların Evlat Edinilmesi

TMK m. 314/III uyarınca eğer evlat edinilen kişi ergin ise, o dilerse evlat edinenin soyadını alabilir. Evlat edinilenin bu yöndeki arzusunun en geç evlat edinme anında bildirmesi gerekir. Aksi halde, evlat edinilen mevcut soyadını koruyacaktır.

⁵⁵ ÖZTAN, s. 989.

⁵⁶ BAYGIN, s. 216, ÖZTAN, s. 989.

⁵⁷ USTA, Velayet Hukuku, s. 212.

⁵⁸ BAYGIN, s. 217, ÖZTAN, s. 989.

Evlât edinilen evli bir erkek olup evlât edinenin soyadını almayı arzu ederse, buna bağılı olarak onun soyadı da değışecektir (Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 105/b.6). Bir başka deyişle, evlât edinilenin karısının ve küçük çocuklarının soyadı da evlât edinilenin soyadı ile birlikte değışecektir. Evlât edinilenin ergin çocukları ise, dilerlerse mevcut soyadlarını koruyabilirler⁵⁹.

Evlât edinilenin evli bir kadın olması ve evlât edinenin soyadını almayı arzu etmesi halinde, evlât edinilen kocasının soyadı ile birlikte evlât edinenin soyadını taşıyabilir (Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 105/b.7). Eğer evlât edinilen evli kadın hâlihazırda önceki soyadını, eşinin soyadı ile birlikte taşıyorsa, bu kez de evlât edinilenin önceki soyadı evlât edinenin soyadı ile değışecektir⁶⁰. Evlât edinilen evli kadın, evliliğı sırasında kocasının soyadını almış ise ve boşandıktan sonra, önceki soyadı yerine evlât edinenin soyadını kullanmak istiyorsa, bunu evlât edinme anında mutlaka bildirmiş olmalıdır⁶¹.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK VERİLERİ İŞİĞİNDA ULAŞILAN SONUÇ VE ÖNERİLER

Evlilikte eşlerin ortak soyadı taşıma zorunluluğunu kaldıran mehz *İsviçre* Medeni Kanunu'nun 270. maddesi uyarınca eşlerin ortak bir soyadı belirlememeleri durumunda çocuğın soyadına ilişkin belirleme evlilik sırasında eşler tarafından yapılacaktır. Bununla birlikte, ilk çocuğın doğumundan bir yıl içinde eşler çocukların diğere eşin soyadını almaları konusunda talepte bulunabilirler⁶². Eğer eşlerin ortak soyadı bulunuyorsa, bu durumda çocuk doğrudan ortak soyadını alacaktır.

Çocuğın anne ve babası evli değılse, 270a. maddesi uyarınca çocuğın soyadı velayet hakkına bağlanmıştır. Buna göre, çocuğın velayet hakkını, anne ile babanın birlikte mi yoksa içlerinden birinin tek başına mı kullandığı tespit edilmelidir⁶³. Eğer anne veya babadan biri tek başına velayet hakkına sahipse, çocuk onun soyadını taşıyacaktır. Buna karşılık,

⁵⁹ ÖZTAN, s. 990.

⁶⁰ BAYGIN, s. 216, ÖZTAN, s. 989.

⁶¹ BAYGIN, s. 217, ÖZTAN, s. 989.

⁶² AEBI-MÜLLER, Regina E.: "Das neue Familiennamensrecht - eine erste Übersicht", SJZ 108, 2012 s. 449-457 (450), SCHWENZER, Ingeborg / KELLER, Tomie: "The Changing Concept of "Family" and Challenges for Family Law in Switzerland", European Family Law, Volume II: The Changing Concept of "Family" and Challenges for Domestic Family Law, Scherpe (ed.), Cheltenham/UK, 2016, s. 309-334 (331).

⁶³ SCHWENZER / KELLER, s. 331.

eğer anne ve baba ortak velayet hakkına sahiplerse çocuğun hangisinin soyadını taşıyacağına anne ve baba birlikte karar vereceklerdir. Ortak velayet çocuğun doğumundan sonra sağlanmışsa, ortak velayetin sağlanmasından bir yıl içinde anne veya baba, çocuğun diğer eşin soyadını taşıması hususunda talepte bulunabilir. Böyle bir değişiklik velayet hakkından bağımsız olarak tüm ortak çocuklara uygulanır. Eğer anne veya babadan hiçbiri velayet hakkına sahip değilse, bu durumda çocuk annenin soyadını taşıyacaktır. Ancak velayet hakkında meydana gelen değişikliklerin çocuğun soyadına herhangi bir etkisi olmayacaktır. Bu durumda ancak isim değişikliğine ilişkin genel talepler söz konusu olabilecektir. Yalnız çocuk 12 yaşını doldurmuşsa, soyadı ancak rızası alınarak değiştirilebilir.

Çocuğun soyadı, *Alman Medeni Kanunu* (BGB) § 1616, § 1617, § 1617a, § 1617b, § 1617c ve § 1618'de düzenlenmiştir. BGB § 1616 uyarınca çocuğun anne ve babasının ortak bir soyadı bulunuyorsa, çocuk doğum ile bu soyadını kazanacaktır⁶⁴. Buna karşılık çocuğun anne ve babasının ortak bir soyadı bulunmuyorsa ve fakat anne ve baba çocuğun ortak velayetine sahip iseler, BGB § 1617 uyarınca onlar çocuğun soyadını içlerinden birinin güncel soyadını seçerek belirleyeceklerdir⁶⁵. Yapılan belirleme bundan sonraki ortak çocuklar için de geçerli olacaktır. Ancak anne ile baba bu belirlemeyi çocuğun doğumundan bir ay içinde yapmazlarsa bu takdirde hâkim çocuğun soyadını belli bir süre içinde belirleme hakkını anne veya babadan birine verecektir. Eğer hâkim tarafından tayin edilen süre içinde bu hak kullanılmazsa, bu durumda anne ve babadan hangisine çocuğun soyadını belirleme hakkı tanındıysa çocuk onun soyadını kazanacaktır.

Öte yandan çocuğun anne ve babasının ortak bir soyadı bulunmuyor ve çocuğun velayetine de sadece biri sahip ise, BGB § 1617a uyarınca çocuk, velayet hakkına sahip ebeveynin soyadını kazanacaktır. Bu arada çocuğun velayetine sahip olan ebeveyn, çocuğa diğerinin soyadını da – elbette diğer ebeveynin ve eğer çocuk 5 yaşını doldurmuşsa çocuğun rızasını alarak – verebilir.

Ortak velayetin başlangıçtan yani çocuğun doğumundan itibaren başlaması halinde ise BGB § 1617b hükmü uyarınca çocuğun soyadının yeniden belirlenebilmesi için anne ve babaya üç ay süre verilmiştir.

⁶⁴ AEBI-MÜLLER, s. 450, SCHWENZER /KELLER, s. 331.

⁶⁵ v. SACHSEN GESSAPHE, Karl August: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB), 7. bası, Beck, 2017, BGB § 1617 N 8.

Çocuğın birlikte yaşadığı anne veya baba ister tek başına ister ortak velayet hakkına sahip olsun, daha sonra yeniden evlenirse BGB § 1617b hükmü uyarınca çocuğa yeni evliliğindeki soyadını verebilir veya bu soyadını çocuğın mevcut soyadının önüne veya sonuna ekleyebilir. Ancak böyle bir değışikliğın yapılabilmesi için çocuk 5 yaşını doldurmuşsa çocuğın ve çocuk anne ve babanın ortak velayetinde ise diğerebeveynin de rızasının alınması gerekmektedir. Öte yandan, çocuğın soyadını taşıdığı ebeveynin soyadının değışmesi halinde çocuğın da soyadının değışeceği BGB § 1617c hükmünde düzenlemiştir. Ancak çocuk beş yaşına ulaştıysa, soyadı değışikliği için çocuğın da rızasının alınması gerekmektedir.

Yunan Medeni Kanunu'nun 1505. maddesi uyarınca eşler ortak çocuklarının soyadını evlenmeden önce veya evlilik sırasında noterin veya nüfus memurunun huzurunda birlikte yapacakları ve geri alınamaz bir beyan ile belirleyeceklerdir. Belirlenecek soyadı eşlerin ortak çocuklarının tümüne uygulanacaktır. Çocukların soyadı olarak eşlerden birinin soyadı seçilebileceği gibi eşlerin her ikisinin soyadının birleşimi şeklinde bir soyadı belirlenebilir⁶⁶. Ancak çocuğın soyadı ikiden fazla soyadının birleşiminden oluşamaz. Eşlerin böyle bir belirlemeyi yapmamış oldukları olasılıkta ise çocuklar babanın soyadını taşıyacaklardır⁶⁷.

Eğer çocuğın anne ve babası evli değılse, *Yunan* Medeni Kanunu'nun 1506. maddesi uyarınca çocuk annenin soyadını alacaktır. Annenin ve çocuğın rızasının alınması halinde annenin kocası noter önünde bulunacağı bir beyan ile çocuğa tek başına veya annesinin soyadı ile kullanması için kendi soyadını verebilir⁶⁸. Çocuğın doğumundan sonra çocuğın babası ile soybağı kurulursa, bu durumda çocuk veya çocuğın velisi soybağının kurulmasından itibaren bir yıl içinde çocuğın babasının soyadının çocuğın soyadına eklenmesi yönünde nüfus müdürlüğüne

⁶⁶ **DOUGA, Alexandra / KOUMPLI, Vassiliki:** "Personal Name and Greek Law", 4th Balkan Conference Conference Proceedings: Personal Name in Internal Law and Private International Law 14th April 2016 [editör: Mirko Živković], Faculty of Law, University of Niš, 2016, s. 145-159 (151). Çocuğın küçük olması halinde çocuğın rızasının alınması için kayyım atanır.

⁶⁷ Ancak bu düzenleme Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olması sebebiyle öğretilerde eleştirilmektedir. **DOUGA / KOUMPLI**, s. 150. Öte yandan, evlilik dışı yaşam birliktelikleri bakımından da benzer bir düzenleme kabul edilmiş, ancak bu birlikteliklerde ortak çocukların soyadlarına ilişkin belirlemenin yapılmamış olması halinde çocukların her iki eşin soyadlarını birlikte taşıyacağı kabul edilmiştir.

⁶⁸ **DOUGA / KOUMPLI**, s. 151.

bildirimde bulunabilir. Eğer anne ve baba birlikte talepte bulunurlarsa çocuğun soyadını yeniden de belirleyebilirler.

Küçüğün evlat edinilmesi halinde, evlat edinilen kendisini evlat edinenlerin soyadını alır. Evlat edinilen ergin olduğunda veya evlat edinilen zaten ergin ise, kendi soyadını evlat edinenlerin soyadına ekleyebilir. Ancak çocuğun soyadı ikiden fazla soyadının birleşiminden oluşamaz. Evlatlık ilişkisinin sona ermesi halinde, aksi mahkeme tarafından çocuğun üstün yararına görülmedikçe, çocuğun kendisini evlat edinenlerin soyadını taşımaya devam etme yönünde bir hakkı bulunmamaktadır⁶⁹.

Çocuğun soyadı, *Fransız Medeni Kanunu*'nun⁷⁰ 311-21 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, çocuk doğum anında veya hemen akabinde hem annesine hem de babasına soybağı ile bağlıysa, anne ve baba çocuğun soyadını birlikte belirlerler. Çocuğun soyadı olarak eşlerden birinin soyadı seçilebileceği gibi eşlerin her ikisinin soyadının birleşiminden oluşan bir soyadı da belirlenebilir. Ancak çocuğun soyadı ikiden fazla soyadının birleşiminden oluşamaz.

Eğer anne ve baba bu belirlemeyi yapamazlarsa, çocuğun anne veya babadan hangisi ile soybağı daha önce kurulduysa çocuk onun soyadını alır. Eğer her ikisi ile de aynı anda kurulduysa, bu durumda çocuk her ikisinin soyadını alfabetik sırayla birlikte alır. Anne ve babanın iki soyadına sahip olması durumunda çocuğa ikisinin de öndeki soyadları verilecektir. Anne ve baba tarafından çocuğun soyadına ilişkin yapılan belirleme, tüm ortak çocuklar için geçerli olacaktır.

Çocuğun soybağı anne veya babadan sadece biri ile kurulmuşsa, bu durumda çocuk onun soyadını taşıyacaktır. Eğer çocuğun ebeveynlerden biri ile soybağı daha sonra kurulursa, bu durumda da anne ile baba nüfus müdürlüğüne birlikte yapacakları başvuru ile çocuğun soyadının değiştirilmesini talep edebilirler. Çocuğun 13 yaşını doldurmuş olması halinde ise, bu kez değişiklik için kendisinin de rıza göstermesi gerekir.

Çocuğun soyadı denince akla gelecek en çarpıcı düzenleme *İspanyol* hukukundadır. Çocuğun soyadı *İspanya Medeni Kanunu*'nun⁷¹ 109. ve 111. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, çocuğun soyadı soybağına bağlıdır. Buna göre, çocuk hem annesinin hem babasının

⁶⁹ DOUGA / KOUMPLI, s. 153.

⁷⁰Bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> (Erişim Tarihi: 22.5.17).

⁷¹ Bkz. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html (Erişim Tarihi: 22.5.17).

soyadını alacaktır. Kural olarak, çocuk önce babasının sonra annesinin soyadını alır. Ancak bunun aksine bir belirleme anne ve baba tarafından kararlaştırılabileceği gibi ergin olduğunda çocuk tarafından da yapılabilir (m. 109). Eğer ebeveyn ile soybağı ebeveynin rızası dışında kurulmuşsa, bu durumda çocuk kendisi veya temsilcisi tarafından aksi talep edilmedikçe ilgili ebeveynin soyadını taşımayacaktır (m. 111).

Hiç şüphesiz, farklı hukuk sistemlerinin çocuğın soyadına ilişkin getirdiği bu farklı düzenlemeler milletlerarası özel hukuk bakımından da pek çok sorunu beraberinde getirmektedir.⁷²

Türk hukukunda da çocuğın soyadına ilişkin düzenlemelerin yeniden kaleme alınması gerekmektedir. Bu yasama faaliyetinde “soyadının değışmezliğı ilkesi” ve “irade serbestisi ilkesi” temel alınmalıdır. Buna göre, burada yer verilen karşılaştırmalı hukuk verilerinin de ışığında çocuğın soyadına ilişkin aşağıdaki önerilerde bulunulabilir:

- Evlilik eşlerin soyadında değışikliğe sebep olmamalıdır. Ancak eşler anlaşarak kendi soyadlarıyla sınırlı kalmak koşuluyla ortak bir soyadına karar verebilirler. Yine belirlenecek ortak soyadı ikiden fazla soyadının birleşiminden oluşmaması önerilebilir.
- Anne ve babanın ortak bir soyadı belirlemesi halinde onların ortak çocukları da bu soyadını alacaktır.
- Anne ve babanın ortak bir soyadı bulunmuyorsa, çocuk nüfusa kayıt anında soybağı ile bağı olduğu anne ve babasının soyadını birlikte alfabetik bir sırayla taşınmalıdır. Ancak çocuğın soyadı ikiden fazla soyadının birleşiminden oluşamaz. Çocuğın anne ve babasının birden fazla soyadına sahip olması halinde çocuk, anne ve babasının öndeki (ilk) soyadlarını alacaktır. Ancak anne ve baba anlaşarak kendi soyadlarıyla sınırlı kalmak koşuluyla çocuğın soyadına ilişkin bir belirleme yapabilirler. Belirlenecek soyadı ortak çocukların tümüne uygulanmalıdır.
- Çocuğın soybağı anne veya babadan sadece biri ile kurulmuşsa, bu durumda çocuk onun soyadını taşınmalıdır. Eğer çocuğın ebeveynlerden biri ile soybağı daha sonra rızai olarak kurulursa, bu durumda anne ile baba nüfus müdürlüğüne birlikte yapacakları başvuru ile çocuğın soyadının değıştirilmesini talep

⁷² Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **PÜRSELİM ARNING, Selin:** Türk Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Ad, Ankara, 2014s. 196 vd.

edebilirler. Çocuğun 5 yaşını doldurmuş olması halinde bu değişiklik için kendisinin de rıza göstermesi gerekir.

- Çocuğun ebeveynlerden biri ile soybağı daha sonra dava yoluyla kurulursa, çocuğun kendisi veya yasal temsilcisi talep etmedikçe, çocuk soybağını dava yoluyla kazandığı ebeveynin soyadını taşımamalıdır.
- Çocuk, ergin olduktan anne ve babasının soyadları ile sınırlı kalmak koşuluyla soyadına ilişkin yeni bir belirleme yapabilir.

KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara, 2005.
- AEBI-MÜLLER, Regina E.: “Das neue Familiennamensrecht - eine erste Übersicht”, SJZ 108, 2012 s. 449-457.
- AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku – Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul, 2015.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul, 2016.
- AKKAYAN YILDIRIM, Ayça: “Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih, 2005/114 E. 2009/105 Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2010, s. 69-89.
- AYAN, Serkan: “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar İle Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 16, No: 4, 2012, s. 19-90.
- BAŞ SÜZEL, Ece / KURTULAN, Gökçe: “Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, No: 135-136, İstanbul, 2015, s.77-90.
- BAYGIN, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010.

- BİRİNCİ UZUN, Tuba: “Aile Soyadı Çıkmazı – Anayasa Mahkemesi’nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, Ankara, 2016, s. 99-137.
- CENGİZ, Bilal: Türk Hukukunda Ad ve Adın Değiştirilmesi, Ankara, 2011.
- DOUGA, Alexandra / KOUMPLI, Vassiliki: “Personal Name and Greek Law”, 4th Balkan Conference Conference Proceedings: Personal Name in Internal Law and Private International Law 14th April 2016 [editör: Mirko Živković], Faculty of Law, University of Niš, 2016, s. 145-159.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II: Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku, İstanbul, 2016.
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin: Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul, 2009.
- ERGENE, Deniz: “İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun’da Değişiklik Önerisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 31, No: 2, İstanbul, 2011, s. 123-176.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: “Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan: Essays in Honor of Ergun Özbudun, Cilt II, Ankara, 2008, s. 365-399.
- HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul, 2016.
- İŞINTAN, Pelin: “Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012/1, s. 265-279
- İNCEOĞLU, Sibel: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, İstanbul, 2017.

- KANADOĞLU, Korkut: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, İstanbul, 2015.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması, Ankara, 2004.
- KORKMAZ, Ramazan: Medeni Usul Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, İstanbul, 2017.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, İstanbul, 2016.
- ÖCAL APAYDIN, Bahar: “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, No: 2, Yıl 2015, s. 435-458.
- ÖZEN, Burak: “Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Kadının Soyadı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk ve Kadın Sempozyumu, İstanbul, 2016, s. 93-104.
- ÖZEN, Burak: “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı: 3-4, İstanbul, 2010, s. 171-194.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- PÜRSELİM ARNING, Selin: Türk Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Ad, Ankara, 2014.
- RUHİ, Ahmet Cemal / ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Çocuk Hukuku, İstanbul, 2016.
- v. SACHSEN GESSAPHE, Karl August: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB), 7. bası, Beck, 2017, BGB § 1617 N 8.
- SAĞLAM, Fazıl: “Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama, Yürütme ve Yargı ile İlişkisi”, Cilt 13, Ankara, 1996, s. 43-76.
- SCHWENZER, Ingeborg / KELLER, Tomie: “The Changing Concept of “Family” and Challenges for Family Law in Switzerland”, European Family Law, Volume II: The Changing Concept of “Family” and Challenges for Domestic Family Law, Scherpe (ed.), Cheltenham/UK, 2016, s. 309-334.
- SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul, 2016.

- SEROZAN, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, İstanbul, 2015.
- SEROZAN, Rona: “Anayasa Mahkemesi’nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, Anayasa Mahkemesi’nin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, İstanbul, 2013 s. 137-165.
- ŞİRİN, Tolga: Türkiye’de Anayasa Şikâyeti, İstanbul, 2013.
- TAHMAZOĞLU- ÜZELTÜRK, Sultan: “Ad ve Soyada İlişkin Kararlar- Bireyin Kimlik Hakkı”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 5, 2014, s. 11-36.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2016.
- TEZİÇ, Erdoğan: “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 7, Ankara, 1990, s. 29-46.
- USTA, Sevgi: Çocuk Hukuku ve Velayet, İstanbul, 2012.
- USTA, Sevgi: Velayet Hukuku, İstanbul, 2016.
- YILDIRIM, Turan: “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 26, Sayı 4, Ankara, 1993, s. 69-80.

KARARLAR

Anayasa Mahkemesi Kararları

- 2.7.2009 tarihli ve 105 sayılı kararı (7.10.2009 tarihli 27369 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır).
- 8.12.2011 tarihli ve 165 sayılı kararı (14.02.2012 tarihli ve 28204 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır).
- Bireysel Başvuru:* 25.6.2015 tarihli ve 3434 başvuru sayılı kararı (2.10.2015 tarihli ve 29490 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır).

Yargıtay Kararları

- Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 01.03.1989 tarihli ve 2375 sayılı kararı.
- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 11.12.1996 tarihli ve 11112 sayılı kararı.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.11.2000 tarihli ve 18-1654 sayılı kararı.
- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 25.10.2002 tarihli ve 10432 sayılı kararı.
- Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 29.9.2003 tarihli ve 6899 sayılı kararı.

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 13.11.2008 tarihli ve 11926 sayılı kararı.
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 23.02.2009 tarihli ve 1466 tarihli kararı.
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 06.06.2012 tarihli ve 7122 sayılı kararı.
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 17.01.2013 tarihli ve 412 sayılı kararı.
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 08.04.2013 tarihli ve 5618 sayılı kararı.
Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 13.03.2015 tarihli ve 1039 sayılı kararı.

İlk Derece (Aile) Mahkemesi Kararları

Diyarbakır 5. Asliye Hukuk Mahkemesi 16.4.2012 tarihli ve 56 sayılı kararı.
Diyarbakır 5. Asliye Hukuk Mahkemesi 24.9.2012 tarihli ve 359 sayılı kararı.