

YBHD

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
Yıldırım Beyazıt Law Review

MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmış hukukun çeşitli alanlarıyla ilgili makale, çeviri ve karar tahlillerinizi e-posta yoluyla bize ulaştırabilirsiniz.

Yıldırım Beyazıt Law Review accepts submissions in the form of articles, commentaries, case notes and book reviews in Turkish, English, German and French in all fields of law, for any query or submission kindly contact via e-mail.

2018/1.
SAYI İÇİN

Web sitesi/Web Site : ybu.edu.tr/hukuk/ybhd

ULAKBİM Dergipark : dergipark.ulakbim.gov.tr/ybuhukuk/

İletişim/Contact : ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

Posta Kodu/Zip Code : 06680

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanında Taranmaktadır.



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2017/2

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Sahibi/Owner

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editör/Editor

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Yayın Kurulu/Editorial Board

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Bedii KAYA

Arş. Gör. Köroğlu KAYA

Arş. Gör. Mert SİLAHŞÖR

Arş. Gör. Bilâl TOPRAK

Arş. Gör. Cansu KORKMAZ

Arş. Gör. Emre İkbâl AÇIKGÖZ

ISSN: 2149-5831

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) yılda iki sayı olarak yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir. Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir.

Basım Yeri/Printed in : Pozitif Matbaacılık

Çamlıca Mah. 145. Sok. No:10/19 Yenimahalle/ANKARA

Tel: 0312 397 00 31 - Faks: 0312 397 86 12

pozitif@pozitifmatbaa.com - www.pozitifmatbaa.com

Grafik Tasarım/Graphic Desing: Safure ARSLAN

Basım Tarihi/Date of Publication: Temmuz 2017/July 2017

Yayın Türü/Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın/ International Periodical

İletişim Bilgileri/Contact Information: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etlik/ANKARA

Tel : +90 0312 906 21 02/0312 906 21 69

Belge Geçer/Fax : +90 312 906 29 62

Elektronik Ağ/Website: www.ybhukukdergisi.com

E-posta/E-mail: ybhukukdergisi@ybu.edu.tr

DANIŐMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat ATALI	<i>Türk – Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ali Şafak BALI	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Talat CANBOLAT	<i>Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Ziya Sacit ÖNEN	<i>Atılım Üniversitesi İşletme Fakültesi</i>
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	<i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	<i>Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Kemal ŐENOCAK	<i>Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	<i>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	<i>Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi</i>

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer Okuyucularımız,

“Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi” dördüncü sayısı ile karşınızda.

Dekanından idari personeline, profesöründen araştırma görevlisine kadar her kadrodaki personelin emek verdiği genç bir fakülte olarak Fakülte Dergisi’nin 2. yılını doldurmasının sevinç ve mutluluğunu yaşıyoruz.

Sadece akademisyenlerden değil, aynı zamanda uygulamada yer alan ancak akademik anlamda çalışmalarına devam eden veya doktrinde yer alan görüşleri takip etmek isteyen okuyucularımızdan gelen geri dönüşler de bizleri mutlu ediyor. Buradan hareketle, “bilgi paylaşıldıkça artar düşüncesi” ile Fakülte Dergimizi online olarak yayınlamanın dışında, tüm hukuk fakülteleri ve kütüphanelere, Anayasa Mahkemesine, Yargıtaya, Danıştaya, Barolara ve hukuk alanında çalışan birçok kurum ve kuruluşa gönderiyoruz.

Ocak 2016’da çıkarmaya başladığımız dergimizde hukukun farklı alanlarında ulusal ve uluslararası literatüre yönelik yazılmış makalelere, çevirilere ve bilgilendirici notlara yer verdik.

3. sayısından itibaren ASOS İndex’te taranmaya başlamış olan dergimizin Tübitak Ulakbim tarafından da değerlendirme süreci başlamıştır. Diğer uluslararası indekslerde taranma ile ilgili süreçlerimiz de devam etmektedir.

YBHD’nin bu sayısında da 3 özel hukuk 3 kamu hukuku makalesinin yanı sıra, İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020’ye yönelik yazılan bir makalenin çevirisini bulabilirsiniz.

Makale gönderen bütün yazarlarımıza ve gönderdiğimiz makaleleri titizlikle inceleyen, değerli görüşlerini bizlerle paylaşan ve herhangi bir karşılık beklemezsiniz hakemlik yaparak bizlere katkıda bulunan bütün hocalarımıza bu vesileyle teşekkürü bir borç biliyoruz.

Yayın aşamasında çalışmalarımızda desteklerini bizden esirgemeyen herkese ve özellikle de Yayın Kurulu’ndaki bütün arkadaşlarıma teşekkür ediyor, bu çalışmamızın hayırlara vesile olmasını diliyor, hepinize saygılar sunuyorum.

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

Yrd. Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Editör

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Editörden.....v
İçindekiler..... xvii

KAMU HUKUKU

Ombudsmanlık Kurumu, İsveç ve Fransa Ülke Uygulamaları ile Avrupa Ombudsmanı Üzerine Bir İnceleme

An Analysis On Ombudsman Institution, Swedish and French Practices and The European Ombudsman

Dr. Selçuk GİŞİ 1

İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Karşılaştırılması
The Comparison Between African Charter On Human and Peoples' Rights and European Convention of Human Rights

Arş. Gör. Neslihan ÖZELER 43

"Lanetlenecek Bir Ruh, Tekmelenecek Bir Beden": Şirketlerin, "İnsan" Hakları Olabilir mi?
A Spirit To Be Damned, A Body To Be Kicked : Can Companies Have Human Rights?

Engin YILDIRIM 63

ÖZEL HUKUK

Joint Venture'in Hukuki Niteliği
Legal Character Of Joint Venture

Arş. Gör. F. Betül ÇAKIR ÇELEBİ 97

Geçici İş İlişkisinde İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü
In Temporary Employment Relationship The Obligation Of Temporary Employer On Taking Measure About Occupational and Health for Temporary Workers

Arş. Gör. Canan ERDOĞAN 127

İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat

Penalty Clause and Liquidated Damage In The Construction Contracts

Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU.....159

ÇEVİRİ

İsviçre Borçlar Kanunu/Or 2020'ye İlişkin Eleştirel Düşünceler

Arş. Gör. Ümmühan KAYA 189

Kamu Hukuku

OMBUDSMANLIK KURUMU, İSVEÇ VE FRANSA ÜLKE UYGULAMALARI İLE AVRUPA OMBUDSMANI ÜZERİNE BİR İNCELEME

Dr. Selçuk GİŞİ*

ÖZET

Ombudsmanlık, kısaca kötü idare uygulamalarına maruz kalan vatandaşların şikayetlerini çözüme kavuşturmayı amaçlayan bir kurumdur. Ombudsmanlık, hukuk devleti ilkesinin yerleşmesine ve kişi haklarının korunmasına katkıda bulunur. Ombudsmanlık kurumu, aynı zamanda kamu yönetim sisteminin temel sorunlarının çözülebilmesi konusunda önerilerde bulunarak daha iyi bir yönetim anlayışının getirilmesinde önemli rol oynar. Vatandaşları idareye karşı koruyabilmek için günümüzde çoğu ülkede değişik adlarla, doğrudan, esnek, hızlı ve maliyetsiz şekilde işleyen Ombudsmanlık kurumları oluşturulmuştur. Bu çerçevede çalışma ile Ombudsmanlık kurumunun tarihçesi, tanımı ve genel özellikleri açıklanarak demokratik bir hukuk sisteminde Ombudsmanlığın önemi vurgulanmıştır. Ayrıca farklı hukuk sistemlerine sahip İsveç ve Fransa Ombudsmanlık uygulamaları ile Avrupa Ombudsmanının atanması, statüsü, görevleri, yetkileri ve çalışma usulündeki benzerlikler açıklanmaya çalışılmış ve Ombudsmanlığın işleyişinde iyi uygulamalar belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ombudsmanlık, Avrupa ombudsmanı, ülke uygulamaları, hukuk devleti, iyi yönetim.

* Başbakanlık, Genel Müdür Yardımcısı V., selcukgisi@hotmail.com

AN ANALYSIS ON OMBUDSMAN INSTITUTION, SWEDISH AND FRENCH PRACTICES AND THE EUROPEAN OMBUDSMAN

ABSTRACT

The Ombudsman, briefly, is an institution aiming at solving the complaints of the citizens who have been subjected to maladministration practices. The Ombudsman contributes to the settlement of the principle of the rule of law and the protection of the rights of persons. The Ombudsman institution, also, plays an important role to better governance by proposing how will be solved the main problems of public administration system. In order to protect citizens against the administration, Ombudsman institutions operating directly, flexibly, quickly and cost-effectively have been established in most countries today with different names. In this context, this study has emphasized the importance of Ombudsman in a democratic legal system by explaining the history, definition and general characteristics of the Ombudsman institution. In addition, Swedish and French Ombudsman practices belonging to different legal systems, as well as the appointment, status, duties, authorities of the European Ombudsman, and the similarities of working procedures have been tried to be explained and good practices have been indicated in the functioning of the Ombudsman.

Keywords: Ombudsman, European ombudsman, country practices, the rule of law, good governance.

GİRİŞ

Hukuk devleti anlayışı, yalnızca temel hakların Anayasa veya yasayla güvence altına alınması ile gerçekleşmez. Güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin etkin bir şekilde korunabilmesi için uygun yönetim mekanizmalarının hukuk düzeninde işleme/yürürlükte olması gerekir. Bu durum idarenin tüm işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açık tutularak gerçekleştirilmektedir. Ancak gelişen ve değişen toplumsal koşullar karşısında, temel hak ve özgürlüklerin sadece yargı yoluyla güvence altına alınmaya çalışılması, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında yetersiz kalmakta ve adaletsiz sonuçlara neden olabilmektedir. Böyle bir sonuç, birçok demokratik ülkeyi, yönetilenleri yönetenlere karşı koruyabilmek için doğrudan, esnek, hızlı ve maliyetsiz müesseseler oluşturmaya yöneltmiştir.

Bu kapsamda idarenin işlem ve eylemlerinin etkin bir şekilde denetlenmesi ve idarenin yönetilenlere karşı adaletli, çabuk ve saygılı davranmasını sağlayabilmek amacıyla özellikle İskandinav ülkelerinde Ombudsmanlık kurumu oluşturulmuştur. Ombudsmanlık kurumu ile kişilerin devlet karşısında korunması ve kişilerin sahip olduğu hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması sağlanmaktadır. Ombudsmanlık, hukuk devleti ilkesinin yerleşmesine ve kişi haklarının korunmasına katkıda bulunan bir kurumdur.

Ombudsmanlık kurumu, Fransa'da arabulucu ve hakların savunucusu, İngiltere'de parlamento komiseri, İsrail'de devlet denetçisi şeklinde adlandırılmıştır. 1992 Maastricht Antlaşmasıyla da Avrupa Birliği kurumları veya organlarının kötü uygulamalarına karşı Avrupa Birliği vatandaşlarının haklarını korumak üzere Avrupa Birliği vatandaşı ile kurumlar arasındaki güven ilişkilerini güçlendirmeyi amaçlayarak Avrupa Birliği bünyesinde de Avrupa Ombudsmanı oluşturulmuştur.

Bu çerçevede çalışmanın öncelikle araştırma konusu, vatandaşlar ile devlet arasındaki güven ilişkisini güçlendiren Ombudsmanlık kurumunun tarihçesi ile temel nitelik ve özelliklerini vurgulamaktadır. Ayrıca çalışmanın kapsamı gözetilerek seçilmiş ülke uygulamalarından bilgiler verilecektir. Bu kapsamda farklı hukuk kültürü ve sistemlerine sahip İsveç ve Fransa uygulamaları ile Avrupa Ombudsmanının atanması, statüsü, görevleri, yetkileri ve çalışma usulü incelenecek ve Ombudsmanlığın, günümüz uygulamasında ilk kabul edildiği ülkelerden İsveç ile kuvvetli bir idari yargı sistemine sahip Fransa'da ve uluslararası bir niteliğe sahip Avrupa Birliğinde temel bazı özelliklere

ve benzer uygulamalara sahip olduğu görüşüne yer verilecektir. Böylece çalışmanın ilk kısmında Ombudsmanlığın tarihçesi, tanımı ve genel özellikleri açıklanmış ve ikinci kısmında seçilmiş ülkelerin Ombudsmanlık kurumu ile Avrupa Ombudsmanının uygulamaları ele alınmıştır. Sonuç ve değerlendirme bölümünde de çalışma ile ilgili genel bir değerlendirmeler yapılmış ve Ülkemizdeki Kamu Denetçiliği Kurumunun işleyişinde iyileşmeye ilişkin hususlar belirtilmiştir.

I. OMBUDSMANLIK

A. TARİHÇESİ VE TANIMI

İsveç Kralı *XII. Charles* 1709'da Ruslarla yaptığı savaş sonrası Osmanlı İmparatorluğunda birkaç yıl yaşamış ve o dönem sırasında Osmanlı İmparatorluğunda uygulanan Kâdilkudât¹, Divan-ül Mezâlim² ve Hisbe³ teşkilatı kurumlarından etkilenmiştir⁴. Bunun üzerine *İsveç Kralı XII. Charles* ülkesinden

- 1 Sözlükte “kadılar kadısı” anlamına gelen kâdilkudât, başta halifenin kendisine adalet işlerini danıştığı başşehirin kadısına verilen fahri unvan iken, IX. yüzyılın sonlarından itibaren kâdilkudât yargı sisteminin başındaki görevliyi ifade etmek için kullanılmıştır. Bk. Özen, Şükrü (2001) ‘**Kâdilkudât**’, DİA, C: 24, s. 77-82. Ayrıca Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu tasarısının gerekçesinde Osmanlı Devletinde halkın idareye yönelik şikâyetlerini incelemek üzere “Kâdilkudât” adıyla özel görevli hâkim tayin edildiği belirtilmiştir. Bk. **Genel Gereke, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı**.
- 2 Mezâlim sözlükte “zalimin elinde bulunan başkasına ait nesne, kişinin kendisinden zulmen alındığından şikâyetçi olduğu şey, mazlum hakkı” gibi anlamlara gelmektedir. İdarî ve hukukî bir müessese olarak ise mezâlim “normal mahkemelerin karara bağlamakta zorlanacağı ceza ve hukuk davalarını karara bağlamak ve uygulamak, idarî şikâyetleri dinlemek üzere oluşturulmuş yüksek kurul” şeklinde tanımlanabilir. Bk. Yeniçeri, Celal (2004) ‘**Mezâlim**’, DİA, C: 29, s. 515-518.
- 3 Hisbe, genel olarak İslâm devletlerinde genel ahlâkı, kamu düzenini korumak ve denetlemekle görevli teşkilâta verilen addır. Bk. Kallek, Cengiz (1998) ‘**Hisbe**’, DİA, C: 18, s. 133-142.
- 4 Altuğ, Yılmaz (2002) **Kamu Denetçisi (Ombudsman)**, Yayın No: 4343, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Rektörlük Yayını, s.54-60; Victor J., Pickl (1997) (çev. Taykan Ataman) “**Ombudsman Sisteminin İslami Temelleri**”, Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı II, Yeni Türkiye Dergisi, C: II, S: 14, s.803-804; Ataman, Taykan (1997) ‘**Ombudsman ve Temiz Toplum**’, Yeni Türkiye Dergisi, Y: 3, S: 14, s. 779-789; Akıncı, Müslüm (1999) **Bağımsız İdarî Otoriteler ve Ombudsman**, Beta Yayınları, İstanbul, s.267; Fendoğlu, Hasan Tahsin (2011) **Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)**, Yetkin Yayınları, Ankara, s.39-59; Uler, Yıldırım (1990) ‘**Ombudsman (Kamu Denetçisi)**’, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Üçüncü Kitap, Çeşitli İdare Hukuku Konuları, Ankara, s.1022-1023; Odyakmaz, Zehra (2000) ‘**Türk Hukuk Kurultayına Sunulan İsveç Parlamento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler**’, Hukuk Kurultayı 2000, s.488. Ayrıca Ombudsmanlığın Türk-İslam Devlet geleneğinde kökenlerine ilişkin bakınız: Coşkun, Burak / Günaydın, Hamza (2015) ‘**Ombudsmanlığın Kökeni Meselesi Bağlamında Türk-İslâm Devlet Geleneğinde Şikâyet**

uzaktayken ülke idaresini ve yargısını onun adına denetleyecek bir kişiyi atamıştır⁵. İdarenin düzenli çalışması görevine yardım eden ilk İsveç Ombudsmanı bir krallık görevlisi, “Yüksek Krallık Ombudsmanı” iken, adı daha sonra “Adalet Şansölyesi” olarak değiştirilmiş ve “Adalet Şansölyesi” ilk kez 1776’da Riksdag’da (İsveç Parlamentosu) seçimle iş başına getirilerek Parlamento Ombudsmanlığı kurumu ortaya çıkmıştır⁶.

Ombudsman kelimesi İsveççeden gelmektedir. “Ombud” kelimesi “temsilci veya sözcü olma” fonksiyonunu ifade eder⁷. Ombudsman sözcüğü İsveç’te “başkaları için şikayet yapan kişi”⁸, “bir başkasının çıkarlarını koruyan kişi”⁹ anlamında kullanılmıştır. Ombudsman için ayrıca, İngiltere’de “Yönetim İçin Halk Komiseri”¹⁰, Fransa’da “Arabulucu (mediateur) ve Hakların Savunucusu (Defender of Rights)”, Kanada’da “Yurttaş Koruyucusu”, İtalya’da “Sivil Haklar Savunucusu”, Avusturya’da “Halk Avukatı”, Polonya’da “Yurttaş Hakları Savunucusu” gibi isimler de kullanılmaktadır¹¹.

Ombudsman, genel olarak “*parlamento tarafından atanan veya seçi-*

-
- Hakkının Kurumsal Tekâmülü**, Ombudsman Akademik Dergisi, Y:2, S: 3, s. 9-61. Ancak İsveç Baş Ombudsmanı EKLUNDH İsveç Ombudsmanlığının Osmanlı İmparatorluğundan etkilenme konusunda yorum yapmaktan kaçınmıştır. Bk. Eklundh, Claes (2000) ‘**Ombudsman – İsveç’te Parlamento Ombudsmanları**’, Hukuk Kurultayı 2000, s.501.
- 5 Erhürman, Tufan (1998) ‘**Ombudsman**’, Amme İdaresi Dergisi, C: 31, S: 3, s.90; Diamandouras, P. Nikiforos (2014) ‘**Demokrasi, Hukukun Üstünlüğü ve Ombudsmanlık Kurumu**’, Ombudsman Akademik Dergisi, Y:1, S: 1, s. 49. Bu konuda TEMİZEL şu değerlendirmelerde bulunmaktadır: “Demirbaş Şar’ın ilk Ombudsmanı sürgün olarak bulunduğu Edirne yakınlarındaki Demirtaş Paşa Konağındaiken atanması, kurumu Osmanlı İmparatorluğunda görüp de kendi ülkesine taşıdığı yolundaki görüşlerin oluşmasına neden olmuştur. Nitekim; Paris Yerel Yönetim Ombudsmanı, yıllık raporunun ombudsmanın tanıtımına ayırdığı bölümün birinci paragrafında kurum her ne kadar 18. yüzyılın başında İsveç’te ortaya çıkmışsa da İsveç Kralı’nın Osmanlı İmparatorluğunda görüp kendi ülkesine uyarladığı bir kurumdur demektir”. Bk. Temizel, Zekeriya (1997) ‘**Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bir Denetim Organı: Ombudsman**’, Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı II, Yeni Türkiye Dergisi, C: II, S: 14, s.765.
- 6 Eklundh, s.476; Yağmurlu, Aslı (2009) ‘**Ombudsman as a Public Relations Mechanism**’, Review of Public Administration, S: 3/1, s.103.
- 7 Arslan, Süleyman (1986) ‘**İngiltere’de Ombudsman Müessesesi**’, Amme İdaresi Dergisi, C: 19, S: 1, s.157.
- 8 Tortop, Nuri (1998) ‘**Ombudsman Sistemi ve Çeşitli Ülkelerde Uygulaması**’, Amme İdaresi Dergisi, C:31, S:1, s.3.
- 9 Eklundh, s.476.
- 10 Buck, Trevor / Kirkham, Richard / Thompson, Brian (2011) **The Ombudsman Enterprise and Administrative Justice**, Ashgate Publishing, England, s.10.
- 11 Avşar, B. Zakir **Ombudsman (Kamu Hakemi)- Türkiye İçin Bir Model Önerisi**, HAK-İŞ Eğitim Yayınları, No: 38, s.50.

len”¹², vatandaşların idareler karşısında korunmasını ve savunulmasını gerçekleştiren bir devlet kurumudur¹³. Başlangıçta, parlamento tarafından seçilip parlamento adına idareyi denetlemek amacıyla kurulmuş olan ombudsmanlık kurumu, zamanla vatandaşların haklarını koruyan, onların şikayetlerini dinleyerek haklarını arayan, idare ile vatandaşlar arasındaki ilişkilerin yeniden ele alınması gerektiği düşüncesine dayanan bir kurum haline gelmiştir¹⁴. Aslında Ombudsmanlık değişen, gelişen ve büyüyen kamu yönetiminde kamu gücünün yanlış kullanımının önlenmesi, devletin karmaşıklaşan idari yapısına klasik denetim kurumlarının cevap verememesi, yürütmenin üzerinde yasama organının denetiminin işlevsiz kalması, yargı denetiminin yavaş, masraflı ve hukuka uygunluk ile sınırlı olması ve kişi haklarının daha etkin bir şekilde korunması amacıyla iyi yönetimin gerçekleştirilmesi ve yasaların uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesi için oluşturulmuştur. Kısaca Ombudsman, idarenin eylem ve işlemlerini denetleyen, kötü idare uygulamalarını ve vatandaşlardan gelen şikayetleri çözüme kavuşturan bir kamu kurumudur¹⁵.

Ombudsman; idarenin işlemleri, eylemleri ve davranışları üzerinde hukuka aykırılık ve yerindelik denetimi yapmaya ve hukuka aykırı bulduğu veya yerinde bulmadığı işlemlerin geri alınması/kaldırılması veya bu işlem veya eylemlerden doğan zararların giderilmesi ve vatandaşlara yönelik uygunsuz davranışların düzeltilmesi için şikayet üzerine veya re’sen idare nezdinde girişimlerde bulunmaya ve bağlayıcı olmayan kararlar almaya yetkili olan, parlamentoya karşı sorumlu bağımsız bir devlet organı¹⁶ ya da idareciler ve vatandaşlarla iletişim kuran, idarenin kötü yönetim uygulamalarını ve insan hakları

- 12 Kucsko-Stadlmayer, Gabriele (2008) ‘**The Legal Structures of Ombudsman-Institutions in Europe – Legal Comparative Analysis**’, Kucsko-Stadlmayer, Gabriele (Ed.), **European Ombudsman- Institutions: A Comparative Legal Analysis Regarding the Multifaceted Realisation of an Idea**, Springer-Verlag/Wien, Austria, s.12; Eren, Hayrettin (2000) ‘**Ombudsman Kurumu**’, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: IV, S: 1-2, s.82.
- 13 Parlak, Bekir / Doğan, Kadir Caner (2016) ‘**Ombudsman Kavramı ve Seçilmiş Ülkelerde Ombudsmanlık Uygulamaları: Temel Yön, Nitelik ve Özellikler Üzerine Bir Değerlendirme**’, Türk İdare Dergisi, S: 480, s.123.
- 14 Oytan, Muammer (1977) ‘**Ombudsman Eli ile İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme**’, Prof. Dr. Osman F. Berkî’ye Armağan, AÜHF Yayınları, No: 411, Ankara, s. 598.
- 15 Reif, Linda C. (2004) **The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights Systems**, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, s.1-2; Buck / Kirkham / Thompson, s.91; McMillan, John (2004) ‘**The Ombudsman and the Rule of Law**’, Reif, Linda C. (Ed.), **The International Ombudsman Yearbook**, The International Ombudsman Institute, Vol: 8, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, s.9.
- 16 **Erhürman** (1998) s.89. Uluslararası Barolar Birliğinin yaptığı tanım da benzer noktalardan hareket etmektedir. Bu tanıma göre Ombudsman, “*Anayasa veya yasa tarafından kurulan, mağdur olan yurttaşların idareye ve kamu görevlilerine ilişkin şikayetleri üzerine veya re’sen harekete geçip araştırma yapma, düzeltici tavsiyelerde bulunma ve rapor yayınlama yetkilerine sahip olan. parlamentoya karşı sorumlu, yüksek düzeyde, bağımsız bir kamu görevlisi tarafından yönetilen bir bürodur*”. Bk. Erhürman, Tufan (2000) ‘**Türkiye İçin Nasil Bir Ombudsman Formülü?**’, AÜHFD, C: 49, S: 1-4, s.160.

ihlallerini ortadan kaldırmaya çalışan bir kamu kurumu veya görevlisidir¹⁷. Diğer bir ifadeyle Ombudsman vatandaşların idare ile olan ilişkilerinde karşılaşılan kötü idare uygulamalarında onlara yardımcı olan, şikayetler hakkında idareye önerilerde bulunan ve genellikle yasama organınca seçilen kişilerdir.

Ombudsmanlık kurumunun temel özelliği, kişi haklarının ve hukukun üstünlüğü ilkesinin tanınmasını öngören demokratik bir kurum olmasıdır¹⁸. Ombudsmanlık, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve vatandaşların haklarının korunmasına yönelik yargısal olmayan bir mekanizma olarak işlev görür¹⁹. Avusturya Anayasa Mahkemesi üyesi *Rudolf Machacek* “*hukukun her zaman kişileri tatmin etmeyebileceği, kanunların adaleti garanti etmediğini ve haksızlığın salt kanunsuzluk olmadığı ifade ettikten sonra Ombudsmanın hukuk ile adaleti birleştirmede bir araç/şans*” olabileceğini ifade etmiştir²⁰.

Sonuç olarak Ombudsman, adaletsizliklere ve keyfiliklere maruz kalan vatandaşların başvurabileceği bir kurumdur. Ombudsman, vatandaşın şikayetlerini dinler, şikayetleri araştırır, araştırma bulgularını şikayetçi kişilere ve soruşturulan kuruma bildirir²¹. Bir bakıma Ombudsmanlığın varlığı, kamu makamlarının hukuka ve hakkaniyete aykırı davranmayacağına, davranırsa, bunu tarafsız ve bağımsız saygın bir kişinin uyarısı doğrultusunda düzelteceğine dair söz verişidir²². Ombudsmanın kamu yönetimi içindeki yerine ve algılanışına ilişkin AKINCI şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

“Ombudsmanın yaptırım yetkisi daha çok manevidir. Saygın bir kişinin eleştirisinden korkulur. Bu da yüksek bir duyarlılıkla ve gelişmiş bir hukuk kültürüyle (daha doğrusu hukuka duyulan içten ve derin bir saygıyla) olanaklıdır. Ombudsman bu atmosferde daha çok etkili olabilmektedir. Zira Ombudsman, pençesiz bir kartaldır. Yaşlı bir bilgedir. Onun yumruğundan değil, kaş çatmasından korkulur. Bu nedenle Ombudsmanın yapacağı etkili çalışmalar sonucunda kamu yönetiminin daha verimli ve başarılı hizmet görmesini sağlayacak; böylece halkın şikayetlerini en aza indirgeyebilecektir.”²³

Sonuç olarak ERHÜRMAN’ın da belirttiği üzere Ombudsmanın gerekliliği şu üç başlıkta özetlenebilir²⁴:

17 **Parlak / Doğan**, s.125.

18 **Eklundh**, s.476; **Diamandouros**, s. 50-52; **McMillan**, s. 6-7.

19 **Diamandouros**, s. 49.

20 **Odyakmaz**, s.487.

21 **Pickl, Victor J.** (1986) (çev. Turgay Ergun) ‘**Ombudsman ve Yönetimde Reform**’, Amme İdaresi Dergisi, C: 19, S: 4, s.37.

22 **Akinci**, s.370-371.

23 **Akinci**, s. 368.

24 **Erhürman, Tufan** (1995) **Dünyada ve KKTC’de Ombudsman**, Işık Kitabevi Yayınları, Lefkoşa, s.31.

Ombudsmanın varlığı idareyi dikkatli davranmak zorunda bırakacağından idarenin daha titiz olmasını sağlayacaktır (*koruyucu işlev*).

Ombudsman incelemeye aldığı olaylarda şikayetleri giderici önerilerde bulunacağından düzeltici bir fonksiyon yerine getirecektir (*düzeltilici işlev*).

Ombudsman çalışmaları ve raporlarında sunduğu saptama ve öneriler ile iyi idarenin gerçekleşmesini sağlayacaktır (*yol gösterici işlev*).

B. GENEL ÖZELLİKLERİ

Ombudsman, idarenin işlem, eylem ve davranışlarını denetleyen fakat bağlayıcı kararlar almayan bağımsız bir devlet organıdır²⁵. Ombudsman vatandaşın idare ile ilişkilerinde ona güven vermek suretiyle bir denge unsuru olarak karşımıza çıkar ve vatandaş sistemiyle kaynaştıran bir mekanizmadır. Ayrıca vatandaşlar, Ombudsmana kolay ve masrafsız şekilde ulaşabilirler²⁶. İdarenin kötü işleyişinin engellenmesi amacıyla oluşturulan Ombudsmanlık kurumu sayesinde vatandaşlar, kötü yönetime neden olan kişi veya makamlara karşı mevcut sistemin manevi nitelikte de olsa kayıtsız kalmayacağını bilirler.

Genellikle yasama organı tarafından seçilen Ombudsmanın temel amacı, vatandaşları idarenin haksız uygulamalarından korumaktır. Unutulmalıdır ki idare sadece hukuka uygun davranmakla “iyi idare” niteliğini kazanmaz, “icabı hal”e de uygun davranmalıdır. İdarenin “icabı hal”e uygun davranıp davranmadığı yerindelik denetimini ortaya çıkarır ki bu durum Ombudsman tarafından gerçekleştirilebilir²⁷. Ombudsmanlar, idarelerin yanlış ve haksız uygulamalarını önleme gayesiyle hareket ederler²⁸. Ombudsmanlar kişi haklarının korunmasında hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinde önemli rol oynamaktadır. Ombudsmanlar demokratikleşme sürecinde saydamlığı sağlayarak vatandaş ile idareler arasındaki güven ilişkisini güçlendirmeyi amaçlar.

Ombudsmanlar sadece idareyi denetlemekle görevli kişiler değildir. Aynı zamanda kişilerin idare ile ilişkilerinde kişileri idareye karşı savunan kişilerdir²⁹. Yani vatandaşların idare önünde haklarının korunmasının bir güvencesidir. Diğer bir ifadeyle Ombudsmanın görevi kamu otoriteleri ile kişiler

25 Erhüman (2000) s.176-179.

26 Eren, s.87.

27 Odyakmaz, s.489.

28 Eklundh, s. 485.

29 Tortop (1998) s.6.

arasındaki ilişkiler nedeniyle ortaya çıkan sorunlarla ilgilenmektedir.

Tüm bu açıklamalar gözetildiğinde Ombudsman kurumunun varlığından söz edebilmek için aşağıdaki asgari koşulların bulunması gerekir³⁰:

Ombudsmanlık kurumu sadece idarenin eylemleri, işlemleri ve davranışları ile ilgili araştırmalarda ve incelemelerde bulunabilir. Dolayısıyla özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklar, yasama ve yargı organının işlemleri tasarruf alanının dışında kalır.

Ombudsman her ne kadar genel olarak yasama organı tarafından seçilse de yasama organından ve en önemlisi yürütme organından bağımsız bir kurumdur.

Ombudsman mahkemeler gibi bağlayıcı nitelikte karar almaz.

Ombudsmanlık sistemini genel özelliklerini; (a) idareyi denetlemesi ve bağımsız ve tarafsız olması, (b) idarenin kötü işlemesi hallerini ve bunlara neden olan işlem, eylem ve davranışlarını adil bir şekilde değerlendirerek tavsiyede bulunması, (c) Ombudsmanın kararlarının bağlayıcı nitelikte olmaması şeklinde belirtebiliriz³¹.

1. Ombudsman İdareyi Denetler, Bağımsız ve Tarafsızdır

Ombudsmanın temel görevi idareyi denetlemektir³². Ancak, istisnai olarak, İsveç ve Finlandiya'da Ombudsmanlar yargısal faaliyetleri de denetleyebilmektedir. Ombudsmanlar idarenin denetlenmesi görevinde parlamentonun

30 **Erhürman** (1998) s.88-89. HILL, klasik anlamda Ombudsmanın niteliklerini şu şekilde sıralamıştır: (a) Kanunla kurulur. (b) Fonksiyonel anlamda özerkliğe sahiptir. (c) İdarenin dışında yer alır. (d) Yasama ve yürütmeden bağımsız olarak çalışır. (e) Tarafsızdır. (f) Uzman kişiden yardım veya tavsiye isteyen kişilerin merkezileştirildiği yönetime karşı olmayan bir müessesedir. (g) Halk tarafından kolayca bulunabilir ve başvurulabilir bir müessesedir. Bk. **Arslan**, s.158. **PARLAK / DOĞAN** ise bir ombudsmanı ombudsman yapan temel yön, nitelik ve özellikler arasında; yasa ile kurulma, belirli görevler icra etme, bağımsızlık, tarafsızlık ve özerklik, başvuru yolları, çalışma biçimi, yaptırım gücü, yıllık rapor verme ve kamuoyu ile ilişkisi olarak belirlemiştir. Bk. **Parlak / Doğan**, s.135.

31 **ROWAT** da Ombudsman kurumu bulunan ülkelerde bu kurumların üç ortak özelliğinin bulunduğunu belirtmiştir: “(1) Ombudsman genellikle Anayasalarda öngörülen, idareyi denetleyen, yasamanın tarafsız ve bağımsız bir memurudur. (2) Ombudsman, idarenin kötü işleyişine ve idarenin haksızlıklarına karşı yapılan şikayetleri ve yakınmaları inceler. (3) Ombudsmanın şikayetler hakkında soruşturma açma, eleştirme ve kamu oyuna açıklama yetkisi vardır. Fakat bu idarenin kötü işleyiş ve haksızlıklarını düzeltme yetkisi yoktur”. Bk. Rowat, Donald C. (1968) **The Ombudsman (Citizen's Defender)**, Published in Canada By University of Toronto Press, Second Edition, s.xxiv.

32 **Erhüman** (2000) s.157.

bir temsilcisi, bir tür kolu gibidir³³. Ombudsmanların faaliyetlerini gereği gibi yerine getirebilmesi için de, Ombudsmanların yürütme karşısında bağımsız olması gerekir. Sistemde bağımsız bir Ombudsmanın varlığı; idarenin yönetilenlere karşı, adaletli, çabuk, saygılı ve hukuka uygun davranması ve kamu görevini dürüst ve etkin bir şekilde yürütmesi biçiminde birtakım yükümlülükleri ve ödevleri olduğunun yönetenler tarafından da tanındığının açık göstergesini oluşturur³⁴.

Ombudsman kurumunun asgari koşullarını ve idarenin iyi işlemesi için var olduğunu birlikte değerlendirirsek EKLUNDH'un da belirttiği gibi "*Ombudsmanlık düşüncesi bir paradoks içerir. Ombudsman kişiyi devletin diğer kurumlarından koruyan bir devlet kurumu olarak algılanabilir. Bu durumda böyle bir kurumun güvenilirliğini sürdürebilmesi için belli koşulları yerine getirmesi gerekir. Dolayısıyla Ombudsmanın elinde yeterli kaynaklar ve geniş araştırma yetkileri bulunması, hepsinin üzerinde de onun baskıdan ve denetlediği örgütün etkisinden korunması gerekecektir.*"³⁵

Böylelikle Ombudsman, bağımsız olmalı ve idarenin eylem ve işlemleri hakkında vatandaşlardan gelen şikayetleri tarafsızca araştırmalıdır³⁶. Doktrinde, Ombudsmanın bağımsızlığının sağlanabilmesi için aşağıdaki unsurların sistemde bulunması savunulmuştur³⁷:

Ombudsmanların seçiminde, Ombudsmanların bağımsızlığı göz önünde bulundurulmalıdır. Ülke örneklerine bakıldığında Ombudsmanlar başta yasama organı olmak üzere cumhurbaşkanı veya hükümetler tarafından seçilebilmektedir.

Ombudsmanın ikinci defa seçilememesi kendini seçenlerin istekleri doğrultusunda hareket etmeye yönelmesini engeller.

Ombudsmanlar yasama organı tarafından uygun görülen bütçenin sınırları içinde her türlü harcamayı hiç bir makamdan izin almaksızın serbestçe yapabilmelidir.

Ülke uygulamaları incelendiğinde genel olarak Ombudsmanlar yasama organı tarafından seçilmektedir. Ombudsmanların yürütmeye karşı bağımsız

33 **Tortop** (1998) s.4.

34 **Pickl** (1986) s.38.

35 **Eklundh**, s.476.

36 **Reif**, s. 2; **Eren**, s.83; **Kucsko/Stadlmayer**, s.10.

37 **Erhürman** (1998) s. 91-92.

bir kurum olabilmeleri de bunu gerektirir³⁸. Ayrıca halk tarafından seçilen yasa organının Ombudsmanı seçmesi, Ombudsmanların meşruiyetini artırır.

Diğer taraftan Ombudsmanların bağımsız olmaları onların tarafsız olmalarını da zorunlu hale getirir.

2. Ombudsman, İdarenin Kötü İşlemesi Hallerini ve Bunlara Neden Olan İşlem, Eylem ve Davranışlarını Adil Bir Şekilde Değerlendirerek Tavsiyede Bulunur

Ombudsmanlara idarenin kötü işlemesi ve yönetimine neden olan işlem, eylem ve davranışlar sonucunda karşılaşılan haksızlıklar hakkında başvurulur. Bu bağlamda Ombudsmanın işlevi yönetimin haksız işlemlerini, eylemlerini ve davranışlarını sorgulamak ve araştırmaktır³⁹. Ombudsmanlar genel olarak ilgili dosyaları incelerken adalet, hakkaniyet ve eşitlik ilkelerini göz önünde bulundurarak değerlendirmelerde bulunur. Ombudsman sadece yönetimin kötü uygulamalarını tespit etmekle kalmayıp, kötü uygulamalar karşısında adaletli bir çözüm yolu üretmeye çalışır ve tavsiyede bulunur.

3. Ombudsmanın Kararları Bağlayıcı Nitelikte Değildir

Ombudsman herhangi bir konuda idareyi bağlayıcı karar alamaz⁴⁰. Dolayısıyla idare Ombudsmanın kararlarını yerine getirmemekten dolayı kural olarak herhangi bir sorumluluk altına girmez. Ombudsman kararlarını raporlar halinde sunar ve bu kararlar tavsiye niteliğindedir. Ombudsmanın güçsüz yanı olarak görülen hukuken bağlayıcı karar alamama niteliği, kuruma aslında esnek bir yapı kazandırmaktadır⁴¹.

Ombudsman, idarenin vatandaşlarla ilişkilerinde var olan eksiklikleri ve yanlışları tespit eder ve idarenin vatandaşa karşı olan kararlarını düzeltmesi tavsiyesinde bulunur. Ombudsman, idarenin kişilere karşı yanlış olan kararlarını düzeltmemesi halinde durumu parlamentoya bildirir ve kamuoyuna açık-

38 **Tortop** (1998) s.5.

39 Arıkan, Mustafa İberyay (2007) 'Avrupa Birliği Ombudsmanı', Adalet Dergisi, S:29, s.90.

40 **Eren**, s.89.

41 Gammeltoft-Hansen, Hans (1996) (çev. Turgay Ergun) 'Ombudsman Kavramı', Amme İdaresi Dergisi, C: 29, S: 3, s.198

lar. Ombudsmenin kararlarının etkinliği bu noktada başlar. İdarenin haksız işlemlerinin ve hatalı uygulamalarının kamuoyuna bildirilmesi ve aksak ilerleyen idareye karşı bir kamuoyu oluşturulması Ombudsmenin önemini ortaya çıkarır⁴².

Ombudsman denetimi, yürütmeden bağımsız bir organ tarafından yerine getiriliyor olmakla idari denetimden, Ombudsman tarafından alınan kararların hukuken bağlayıcı nitelikte olmamasıyla da yargı denetiminden ayrılmaktadır⁴³. Ombudsmenin kararları idare için tavsiye niteliğinde olsa da uygulamada idare, şikayete konu olan “kötü yönetim”in düzeltilmesi için girişimlerde bulunur; bunun sonucunda vatandaşların idareye olan güvenleri tazelenir⁴⁴. Bu yönüyle Ombudsman için idareyle vatandaş arasında “*sürtüşmeyi azaltan yağ*”⁴⁵ nitelemesi yapılmaktadır.

II. OMBUDSMANLIĞIN İSVEÇ VE FRANSA ÜLKE UYGULAMALARI İLE AVRUPA OMBUDSMANI

Günümüzde İsveç, Danimarka, Norveç ve Finlandiya gibi İskandinav ülkeleri ile Fransa ve Almanya gibi kıta Avrupa’sı ülkelerinin kamu yönetimlerinde Ombudsmanlık kurumuna yer verilmiştir. Ombudsmanlık kurumu farklı ülkelerde değişik adlarla (Fransa’da arabulucu ve Hakların Savunucusu, İsrail’de Devlet Denetçisi gibi) ifade edilmiştir. Ancak tüm bu ülkeleri incelemek, çalışmanın kapsamını aşacağından, bu kısımda dünyada Ombudsmanlık kurumunun ilk örneklerinden ve Ombudsmanlığın yayılmasında ve gelişmesinde etkili olan İsveç ülke uygulaması ile kuvvetli bir idari yargı hukuk sistemine sahip olan ve vatandaşların şikayetlerine idari yargı önünde çözüm bulabilecek, ancak sisteminde Ombudsmanlık kurumunu da barındıran Fransa ülke uygulaması incelenecektir. Fransa ülke uygulaması, benzer hukuکی yapıya sahip olması nedeniyle Ülkemiz uygulaması açısından da önemlidir. Ayrıca, bu kısımda, bir uluslararası birlik şeklinde nitelendirebileceğimiz Avrupa Birliğindeki Ombudsmanlık uygulaması da yer verilecektir. Avrupa Ombudsmanı, uluslararası bir kuruluşta Ombudsmanlık sisteminin işleyebil-

42 Erhürman (1998) s. 95-98.

43 Erhüman (2000) s.159.

44 Esgün, İbrahim Uğur (1996) ‘Ombudsman Kurumunun Türkiye İçin Gerekliliği Üzerine Bir Değerlendirme’, AÜHFĐ, C: 45, S: 1-4, s.262.

45 Wade, H.W.R. (1974) ‘The Ombudsman in Britain’, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, AÜSBF, TODAİE, Sevinç Matbaası, Ankara, s.601.

mesi açısından önemlidir. Dolayısıyla bu kısımda, seçilmiş ülke ve birlik Ombudsmanlık kurumları ana yönleriyle açıklanarak bunların işleyişine ve genel özelliklerine ilişkin bilgi verilmiştir.

A. İSVEÇ

Tarihsel gelişim bölümünde de açıkladığı üzere Ombudsman, modern anlamda ilk kez İsveç'te 1713 yılında Kral *XII. Charles* tarafından atanmış, daha sonra 1809 İsveç Anayasası'na girerek anayasal bir kurum haline gelmiştir⁴⁶. Başlangıçta bir tane Ombudsmanı bulunan İsveç'te, bu sayı 1975'te dörde çıkarılmıştır. Ancak 1986 yılında Baş Ombudsmanın rolü önemli hale getirilmişse de bu konudaki tartışmalar sonucunda her Ombudsmanın görev alanının farklı olması kabul edilmiştir⁴⁷.

İsveç Parlamento Baş Ombudsmanı EKLUNDH, "*Parlamento Ombudsmanlığı bir kurum olarak İsveç'in uluslararası anayasal gelişmelere en önemli katkısı*" olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur⁴⁸. İsveç'te Ombudsmanlık, yargı ve yönetim birimi dışında olması ve yetkilerinde yasallıktan çok moral bir nitelik bulunması nedeniyle olağanüstü bir kurum olarak algılanmaktadır⁴⁹.

İsveç'te Parlamento Ombudsmanı dışında tüketici kamu ombudsmanı, kadın-erkek eşitliği ombudsmanı, etnik ayrımcılığa karşı ombudsman, çocukların korunması ombudsmanı, eşit fırsatlar ombudsmanı, engelliler ombudsmanı ve basın ombudsmanı da bulunmaktadır. Çalışmanın kapsamı açısından sadece Parlamento Ombudsmanı incelenecektir.

1. Atanması ve Statüsü

İsveç Anayasası'nın 12. Bölümünün 6. maddesine göre, biri Baş Ombudsman, üç tanesi de Parlamento Ombudsmanı olmak üzere *Riksdag* (parlamento) dört ombudsmanı seçer⁵⁰. Ayrıca Parlamento Ombudsmanının birinin herhangi bir nedenle görev yerlerinin boşalması durumunda yenisi seçilinceye kadar görev yapmak üzere iki tane de yardımcı ombudsman seçilmektedir.

46 Bkz. <<http://www.jo.se/en/About-JO/History/>> s.e.t 17.11.2016.

47 **Tortop** (1998) s.8.

48 **Eklundh**, s.475.

49 **Eklundh**, s.476.

50 Stern, Joachim (2008) 'Sweden', Kucsko-Stadlmayer, Gabriele (Ed.), **European Ombudsman- Institutions: A Comparative Legal Analysis Regarding the Multifaceted Realisation of an Idea**, Springer-Verlag/Wien, Austria, s.412.

Ombudsmanların görev süreleri 4 yıldır ve bu görev süreleri sonunda yeniden seçilebilirler. Ombudsman seçimi genel seçimden sonraki 15 gün içinde gerçekleştirilir. Dört Parlamento Ombudsmanı, İsveç Parlamentosu (*Riksdag*) genel kurulunda açık oyla seçilir. 1974 yılına kadar Ombudsman seçilebilmek için hukuk eğitimi almış olma şartı aranırken, bu tarihten itibaren böyle bir şart aranmamıştır. Ancak Ombudsmanlar genellikle yüksek yargı mensupları arasından veya devlet idaresinde üst düzey görev yapmış kişiler arasından seçilmektedir⁵¹. Ombudsmanların seçilme yaşına ilişkin herhangi bir yasal sınırlama bulunmamaktadır.

Parlamentonun (*Riksdag*) dağılması Ombudsmanların görev sürelerine etki etmez; ancak Ombudsman parlamento tarafından görevinden alınabilir⁵².

Parlamento Ombudsmanı bağımsızdır. Görevini yerine getirirken hiçbir kişi veya kurumdan talimat veya emir almaz.

2. Görev ve Yetkileri

İsveç'te Parlamento Ombudsmanları, parlamentonun (*Riksdag*) hükümet üzerindeki kontrolünü sağlamaktadır⁵³. İsveç Parlamento Ombudsmanının temel görevi hukukun üstünlüğü ilkesini korumak ve İsveç Anayasası ve yasalarının sağladığı kişisel hak ve özgürlükleri yargı organı ve idare önünde savunmaktır⁵⁴. Diğer bir ifadeyle Ombudsman kamununun keyfi tutumlarını ve yanlış uygulamalarını önlemeye çalışır.

Baş Ombudsman, genel uygulama esaslarını belirlemede, vatandaşların resmi belgelere ulaşmalarında, Ombudsman bürosunun yönetiminde, personelin atanmasında, kararların yürütülmesinde ve kurum personelini ilgilendiren kararlarda yetkilidir⁵⁵ ve Baş Ombudsmanın varlığı iş koordinasyonunun sağlanması için önemlidir. Diğer Ombudsmanlardan biri, mahkemeler, savcılık, polis ve hapishanelere ilişkin şikayetlerle ilgilenirken, bir diğeri de silahlı kuvvetlere ilişkin konularda denetim yapar. Diğer Ombudsman ise vergiler ve sosyal hizmetler alanlarında çıkabilecek uyumsuzlukların çözümü için ça-

51 Çakmak, Caner (2008) **Kamu Denetiminde Ombudsmanlığı (Ombudsman) Kurumunun Türkiye'de Yeri ve Önemi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.44

52 Bkz. <<http://www.jo.se/en/About-JO/Legal-basis/The-Riksdag-Act-iksdagsordningen/>> s.e.t 17.11.2016.

53 Eklundh, s.478.

54 Eklundh, s. 479; Reif, s.6.

55 Altuğ, s.72; Erhürman (1995) s.52.

lışmaktadır⁵⁶. Ancak Baş Ombudsman, diğer Ombudsmanların inceleme ve değerlendirme işlerine karışamaz, her Ombudsman çalışmalarından sadece parlamentoya (*Riksdag*) karşı sorumludur⁵⁷. Ayrıca İsveç Parlamento Ombudsmanları birbirlerini de denetleyemezler.

İsveç Parlamento Ombudsmanı; yasaları çiğneyen görevlilere soruşturma açabilir, görevine ilişkin bir suç nedeniyle kamu görevlisine karşı dava açabilir, hükümete ya da parlamentoya (*Riksdag*) yasalarda yapılmasını önerdikleri değişikliklerle ilgili öneri sunabilir ve ayrıca görevini savsaklayan personeli uyarma ve eleştirme yetkisine de sahiptir⁵⁸.

Tüm kamu idareleri ve yerel yönetimler ile kamu görevi yapan diğer kişiler İsveç Parlamento Ombudsmanının yetki alanı içerisindedir. Ancak Bakanlar, parlamento (*Riksdag*) ve yerel belediye meclis üyeleri bu denetim dışındadır⁵⁹. İsveç Parlamento Ombudsmanı, eşine pek az rastlanır şekilde, idari faaliyetler yanında adalet faaliyetlerini de incelemektedir⁶⁰.

İsveç Anayasasının 12. bölümünün 6/2 maddesine göre, Ombudsmanlar mahkemelerin duruşmalarına ve müzakerelerine katılabilirler, ilgili karar ve işlemleri bildirebilirler. Mahkeme ve idare ile bunların görevlileri Ombudsmana gerekli bilgileri ve dokümanları vermekle yükümlüdür.

İsveç Parlamento Ombudsmanları çok geniş araştırma ve soruşturma yetkilerine sahip olmalarına rağmen, kararları bağlayıcı değildir. Ancak Ombudsmanlar ilgili kurum ve görevliler hakkında yıllık rapor hazırlar ve bu raporu 1986 tarihli Ombudsmanlar Yasası gereğince 15 Kasım tarihine kadar 1 Temmuz–30 Haziran tarihlerini kapsayacak şekilde parlamentoya sunarlar ve kamuoyuyla paylaşırlar⁶¹.

56 Erhürman (1995) s.52.

57 Eklundh, s.479.

58 Eklundh, s. 480; Işıkay, Mahir, 'Ombudsmanlık Kurumunun Avrupa Birliği ve Türkiye'deki Konumu', <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/MIsikay.html>> s.e.t 17.11.2016.

59 Eklundh, s. 479.

60 Tortop (1998) s.3; Oytan, s. 601. Ombudsman mahkemenin bir davada delilleri değerlendirme ya da kanunu yorumlama şekline, yorum kabul edilebilir olduğu sürece karışmazsa da kararın açıkça kanuna aykırı olması (örneğin suçluya verilebilecek cezanın üst sınırının aşılması) durumunda yargıya karşı gelebilir. Yine örneğin davanın aşırı derecede yavaş ilerlemesi gibi hallerde hakimi uyarır, hatalı işlemlerini soruşturur ve kararın gerekçesini yeterli şekilde belirtmediği hallerde mahkemeyi eleştirir. Bkz. Eklundh, s. 483.

61 Bkz. <<http://www.jo.se/en/About-JO/Legal-basis/Instructions/>> s.e.t 17.11.2016.

3. Başvuru ve Çalışma Şekli

Ombudsmanlar gelen şikayetler üzerine harekete geçebileceği gibi *re'sen* de inceleme başlatabilir. Şikayetler yazılı yapılıdır, imzasız şikayetler ise işleme konulmaz. İnceleme konusu yapılan şikayetlerde, şikayet konusu olan makam ya da kişiden belgeler istenir veya şikayette bulunulan makam ya da kişiden yazılı bir açıklama istenir. Yaptığı inceleme sonucunda bir kamu görevlisinin suçlu olduğu kanısına varan Ombudsman bir savcı gibi ceza soruşturması başlatmaya yetkilidir⁶². Bu durumda Ombudsman savcılardan görülmekte olan davada yardımcı olmalarını isteyebilir.

Herkes (yabancılar ya da İsveç'te ikamet etmeyen kişiler de dahil) Ombudsmana başvurabilir. Şikayet sahibinin şikayet konusu olayla doğrudan ilgisi olması gerekmemektedir⁶³. Ayrıca şikayetler için iki yıllık zamanaşımı süresi uygulanmaktadır.

İsveç'te Ombudsmana şikayet yapılmadan önce itiraz ya da temyiz yollarının kullanılmış olmasını öngören bir kural bulunmamakla birlikte Ombudsmanlar yargı mercileri önünde ya da idari makamlarda görülmekte olan olayları veya temyiz edilen kararları genellikle ele almamaktadır⁶⁴.

Ombudsmanların çalışmalarını, denetimler ve araştırmalar oluşturur. Denetimler genelde Ombudsmanların kendileri tarafından her yıl düzenli olarak yapılır. Araştırmalar ise genellikle denetimler sırasındaki gözlemlere dayanır⁶⁵. Örneğin 2005-2006 yıllarında, Ombudsmana, en fazla hapishane ile sosyal güvenlik ve kolluk gücü konularında şikayet gelmiştir⁶⁶.

B. FRANSA

Fransa'da kamu kurumlarının idari işlem ve eylemleri sonucunda haksız uygulamalarına maruz kalan vatandaşlar, idari yargı yoluna başvuru hakları bulunmalarına rağmen sistemde ayrıca Ombudsmanlık müessesesi de bu-

62 Tortop, Nuri/İsbir, Eyüp Günay (1986), **Yönetim Bilimi**, Bilim Yayınları, s.190; **Eklundh**, s. 481.

63 **Eklundh**, s. 480.

64 **Eklundh**, s. 480. Örneğin, İsveç Parlamento Ombudsmanının tamamen terk edilen veya ıslahanelere veya cezaevlerine kapatılan çocuk suçluların özel gençlik evlerinde kamu tarafından bakılması gerektiğini ve devletin bu konuda sorumlu olduğunu önermiş ve Riksdag gerekli yasal değişiklikleri yapmıştır. Bkz. **Eklundh**, s. 482.

65 Çakmak, s.47-48.

66 Stern, (2008), "**Sweden**", s.415-416.

lunmaktadır. Fransa'nın Ombudsmanlık sisteminin incelenmesi, idari yargı sistemine sahip bir ülkede de Ombudsmanlık kurumunun var olabileceğinin örneklendirilmesi açısından önemlidir.

Fransa'nın idari yargı sistemine sahip olması nedeniyle Ombudsmanlığın Fransa için gereksiz ve tehlikeli olabileceği ve en iyi Ombudsmanın Danıştay olduğunu ileri sürülmüştür. Bu görüşü ileri sürenlerin gerekçelerini aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz⁶⁷:

İdareyi hukukilik ve gerektiğinde yerindelik yönlerinden denetleyen Conseil d'Etat (Danıştay) bulunmaktadır. Fransa için en iyi Ombudsman budur.

Fransa'nın kalabalık bir nüfusa sahip olmasından dolayı Ombudsmana yapılacak başvuruları karşılamada ve sorunları çözebilmede başarısız olunabilecektir.

Ombudsmanlığın oluşturulması halinde, Ombudsman diğer bürokratlar üzerinde otoritelerini kanıtlamaya çalışacaktır.

Fransız devlet yönetim yapısı farklılıklar arz etmektedir. Böyle bir kurum mevcut yapı içerisinde sorunlar çıkarabilir. Ayrıca böyle bir kurumu devlet yapısı reddedebilir.

Bu gerekçeler karşısında Ombudsmanlık sisteminin çoğu ülkede herhangi bir problem çıkmadan işlediği, Ombudsmana yapılan şikayetlerin yargısal başvuruların tamamlayıcısı olduğu, kamu özgürlüklerinin yargısal olmayan yollardan korunmasının yeterli olmadığı, mahkemelerin kamu çıkarlarını ön planda tutarak kişi haklarını korumayı göz ardı ettiği ve vatandaşları idarenin keyfiliklerinden koruyarak idarenin güçlenmesini sağlayıp itibarının artmasını sağlayan bir kurum olduğu ifade edilmiştir⁶⁸.

67 Atay, Cevdet (1999) **Devlet Yönetimi ve Denetimi**, 2. Baskı, İstanbul, Alfa Yayınevi, s. 281.

68 Tortop, Nuri (1974) **'Yönetimin Denetlenmesi ve Denetleme Biçimleri'**, Amme İdaresi Dergisi, Ankara, C. 7, S. 1, s.39-46; **Atay**, s.280. Ayrıca İdari yargının bulunmasına rağmen Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri GIL-ROBLES iş yükünün fazlalığının altından yargının kalkamaması ile adaletin etkin ve zamanında gerçekleştirilmesi nedenleriyle Ombudsmanın gerekliliğini şu ifadelerle belirtmiştir: *"...madem bizim bir idari yargımız var ve bazı idari kararlara karşı vatandaşların bu yargı organlarına itiraz ederek haklarını aramak imkânları var. Ne lüzum var o zaman yeni bir kurum ihdas etmeye? Peki bu durumda nasıl oluyor ya da neden oluyor da tamamen İskandinav ülkelerine özgü bir kuruluş olan Ombudsman kurumu ki, bu parlamento tarafından seçilen ve idari kamu makamlarını denetlemekle görevli olan bir kişi, böyle bir işleyişin içerisine sokuluyor? Benim açımdan tek geçerli ve esas sebebi, 2. Dünya Savaşından sonra ortaya çıkan durum ve bunun Avrupa'daki sonuçlarıdır. 2. Dünya Savaşının akabinde Avrupa'nın hemen her yerinde bir refah devleti kavramı oluştuğunu ve bu kavramın beraberinde farklı bir yargı anlayışı getirdiğini*

Fransa'daki bu ve benzer tartışmalar sonucunda 1973'te Fransızca karışılığı "Le Médiateur" olan ve "arabulucu, aracı" anlamlarına gelebilecek Ombudsmanlık kurumu kurulmuştur⁶⁹. Bu tarihte oluşturulan kurumla Fransa'da arabulucu tek kişiden oluşmakta idi⁷⁰. Ancak Fransa'da Ombudsmanlık (arabulucu) müessesesi, 2011 yılında reform çalışmaları sonucunda kaldırılmış ve yeniden yapılandırılarak kurumun adı Hakların Savunucusu olmuştur. Fransa'da Hakların Savunucusunun (Ombudsman) 2008 Anayasa değişikliği ile temelleri atılmış, 2011 tarihli kurum yasası ile de yeniden yapılandırılmıştır. Kurum, Fransız idari teşkilatındaki Arabulucu, Çocuk Hakları Ombudsmanı, Eşitlik ve Ayrımcılıkla Mücadele İdaresi ve Güvenlik Etiği Hakkında Ulusal Komisyonun halefi olarak kabul edilmektedir. Yapılan çalışma sonucunda, tek bir otorite altında temel hakların korunmasının garanti edilmesi amaçlanarak mezkur dört kurum Hakların Savunucusu (Ombudsman) altında birleştirilmiştir. Böylelikle kurum, insan hakları eksenli olarak yeniden yapılandırılmıştır. Hakların ve özgürlüklerin savunulmasında ve ayrımcılık konularında Hakların Savunucusuna (Ombudsman) başvurulmaktadır.

1. Atanması ve Statüsü

Fransa'da 1973'te oluşturulan arabulucu, Cumhurbaşkanı'nın imza-

görüyoruz. Bunun sonucunda toplum bir bütün olarak idari kurumlardan her türlü hizmeti talep eder oluyor ve bunların sadece yargıyla sınırlı olmadığını da biliyoruz. Sosyal hizmetler ve her türlü kamu hizmeti bunun içerisine giriyor. Tabii bunun sonucu olarak da idari yargıya giderek daha fazla iş düşüyor. Daha fazla idari kararlar alınmak zorunda kalınıyor. Bu idari kararlara karşı itirazların sayısı artıyor ve bu da işleri sürekli daha yoğun ve daha yüklü bir hale getiriyor. Ve bunun sonucunda adli yargının ve idari makamların böyle bir yükün altından kalkamayacağı, vatandaşa talep ettiği hizmeti vermekte gecikeceği ve bunu da düzgün veremeyeceği açıkça ortaya çıkıyor. Çünkü, Karl Smith'in dediği gibi adalet bana verilen yetki değil, zamanında yerine getirilmesi gereken bir karardır. Peki, bu durumda yargıya işini hafifletmek için yardımcı olacak, hukuk devleti olarak vatandaşa, taleplerini yerine getirmekte yardımcı olacak ve vatandaştaki adaletin işlemediği, yavaş işlediği ve kendinden yana olmadığı duygusunu bertaraf edecek nasıl bir işleyiş getirilebilir? İşte bunların sonucunda 1950'li ve 1960'lı yıllarda hemen bütün Avrupa ülkelerinde bir Ombudsman kurumu yerleşmeye başlıyor ve ombudsman kurumu aynı zamanda adaletin işleyişine bir alternatif oluşturmakla birlikte, aynı zamanda tamamlayıcısı da oluyor." Bk. Gil-Robles, Alvaro (2004) 'Ombudsman', 2004 yılı İdari Yargı Sempozyumu, <<http://www.danistay.gov.tr/>> s.e.t 17.11.2016.

69 Reif, s. 7; Stern, Joachim (2008) 'France', Kucsko-Stadlmayer, Gabriele (Ed.), **European Ombudsman- Institutions: A Comparative Legal Analysis Regarding the Multifaceted Realisation of an Idea**, Springer-Verlag/Wien, Austria, s.190; Mifsud, Ivan / Plaidy Cécile (2004) 'The Roles of Administrative Courts and Ombudsmen in France and Malta: A Review of Two Contrasting Systems', Reif, Linda C. (Ed.), **The International Ombudsman Yearbook**, The International Ombudsman Institute, Vol: 8, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, s. 45.

70 Tortop (1998) s.9.

sını da içeren Bakanlar Kurulu tarafından 6 yıllık süre için atanmakta idi⁷¹. Arabulucunun, genel olarak üst düzey kamu yönetiminde ya da yüksek yargı organlarında görev almış kişiler arasından seçilme ve görev süresi bittikten sonra tekrar seçilememe esası benimsenmişti⁷². Hakların Savunucusu (Ombudsman) da Cumhurbaşkanı tarafından 6 yıllığına atanmaktadır ve bu işlem meclis onayına tabidir⁷³. Ancak bu işlem, meclis ve senato tarafından 3/5 çoğunlukla bloke edilebilmektedir⁷⁴. Hakların Savunucusu (Ombudsman) da görev süresi bittikten sonra tekrar seçilememektedir. Bu görev, bakanlık ve parlamento üyeliği görevleriyle de bağdaşmaz.

1973'te oluşturulan arabulucu müessesesinde olduğu gibi Hakların Savunucusu (Ombudsman) da bağımsızdır⁷⁵. Görevini yerine getirirken yaptığı işlemlerden dolayı veya söylediği sözlerden dolayı kovuşturulamaz, aramaya tabi tutulamaz, tutuklanamaz; görevi çerçevesinde hiçbir kişi veya kurumdan talimat veya emir almaz⁷⁶. Hakların Savunucusu (Ombudsman), görev süresinin bitmesinden önce kural olarak görevden alınamaz. Ancak Hakların Savunucusu (Ombudsman), özel bir kurul tarafından, görevini yapmasına engel teşkil edecek bir durumun var olduğunun saptanması halinde görev süresi dolmadan görevine son verilebilmektedir.

Hakların Savunucusu (Ombudsman), işlemlerinden dolayı Cumhurbaşkanı ve Parlamento'ya karşı sorumludur.

2. Görev ve Yetkileri

1973 yılında Fransız arabuluculuğunun kurulduğu dönemde Başbakan olan *Pierre Messmer*, Fransız arabulucusunun sahip olduğu yetkileri şu cümlelerle özetlemiştir: “*Arabulucu, hüküm verme, tazminat ve emir verme yetkisi olmaksızın, gerektiğinde denetleme organlarının da yardımını sağlayarak, onuz çözüm yollarının bulunamayan konulara bir yön verme, çabuklaştırma, düzeltme ve doğru yola sokma görevi yapacaktır*”⁷⁷. Dolayısıyla Fransız arabulucu, vatandaşların idare ile olan ilişkilerinde ortaya çıkan mağduriyetleri çözüme kavuşturmakla görevlendirilmiştir⁷⁸.

71 Altuğ, s.107; Tortop (1998) s.5; Esgün, s.256; Stern, (2008) ‘France’, s. 191.

72 Şengül, Ramazan (2003) ‘Fransa’da Kamu Yönetiminin Denetlenmesinde Kamu Arabulucusunun (Médiateur de la République) Rolü’, Danıştay Dergisi, Y: 33, S: 105, s. 33.

73 Bkz. <<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/institution/introduction>> s.e.t 17.11.2016.

74 Defender of Rights –France, s.3. <<http://www.defenseurdesdroits.fr/>> s.e.t 17.11.2016.

75 Bkz. <<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/institution/introduction>> s.e.t 10.11.2016.

76 Altuğ, s.108; Şengül, s.33.

77 Le Figaro (4 Ekim 1972), aktaran Tortop (1974) s. 45.

78 Mifsud / Plaidy, s. 48.

1973 yılında oluşturulan arabulucu, merkezi yönetim kurumları, yerel yönetimler ve kamu hizmeti yapan diğer kurumların hizmet sunumlarından dolayı, vatandaşlardan gelen şikayetleri incelemekteydi. Eğer söz konusu şikayet arabulucunun yetki alanına giriyorsa, arabulucu iki taraf arasındaki anlaşmazlığı arabuluculuk yöntemi ile hakkaniyet ölçüsünde çözmeye çalışmakta idi⁷⁹. Arabulucunun bir diğer görevi ise çalışmalarını sırasında yönetim birimlerinin iyi işlemediğini veya yasal ve idari düzenlemelerin mevcut durumlara uygun olmadığını saptarsa, yeni yasal ve idari düzenlemelere gidilmesi için gerekli önerilerde bulunabilmesi idi⁸⁰.

Arabulucunun uyarı ve önerileri, ilgili kamu görevlileri tarafından dikkate alınmaz ise, arabulucu idarenin yerine geçerek bu görevliye karşı disiplin soruşturması başlatma veya bu durum suç oluşturması halinde dava açabilme yetkisine sahip idi (Fr. Arabulucu Yasa. md. 10)⁸¹.

2011 yılında yapılan değişiklikle Hakların Savunucusu (Ombudsman), kamu hizmetlerinden yararlananların hakları ile çocuk haklarının korunmasını, eşitliğin desteklenmesi ve ayrımcılığın önlenmesi ile güvenlik hizmetlerinde etik meseleleri konularında yetkili kılınmıştır⁸². Hakların Savunucusu (Ombudsman), arabulucu olarak da uyuşmazlıkları çözmektedir⁸³. Kamu hizmetlerinin gereği gibi işlememesi, vatandaş lehine olan yargı kararlarının yerine getirilmemesi, çocukların korunması, ceza adaleti, sağlık, evlat edinilmesi, eğitim hakkı ve yabancı azınlıklar ile ayrımcılık gibi nedenlerle ileri sürülen uyuşmazlıklarda Hakların Savunucusuna (Ombudsman) başvurulmaktadır⁸⁴.

Hakların Savunucusu (Ombudsman), merkezi idarenin, mahalli idarelerin, kamu tüzel kişiliklerinin yanı sıra kamu hizmeti veren tüm kurum ve kuruluşların anayasal hak ve özgürlüklere saygılı hareket etmelerini sağlamakla yükümlüdür.

Hakların Savunucusu (Ombudsman) soruşturma, inceleme ve aracılık etme yetkisine sahiptir⁸⁵. Hakların Savunucusu (Ombudsman), eşitliği, hak ve özgürlükleri destekleyen uygulamaları teşvik eder, toplumda hakların önünde

79 Şengül, s.33-35.

80 Şengül, s.36.

81 Altuğ, s.113.

82 Bkz. <<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/mission-and-goals/rights-of-the-users-of-public-services>> s.e.t 17.11.2016.

83 Bkz. <<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/mission-and-goals/rights-of-the-users-of-public-services>> s.e.t 17.11.2016.

84 Bkz. <<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/mission-and-goals/rights-of-the-users-of-public-services>> s.e.t 17.11.2016.

85 Bkz.<<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/our-actions>> s.e.t 17.11.2016.

engellerin kaldırılması için değişiklik –*yasal mevzuatta reform*- teklif edebilmektedir⁸⁶. Soruşturma ve incelemelerinde bilgi ve belgeleri edinme, ilgililerle görüşme, yasal düzenlemelerin yorumlanması konusunda Danıştay'a başvurma ve olayları yerinde inceleyebilme yetkisi bulunmaktadır⁸⁷. Arabuluculuk veya uzlaştırma faaliyetlerinde yetkisini; tavsiyelerde bulunarak uyumsuzlukları çözme veya uzlaştırma, ilgili görevlilere karşı disiplin tedbirlerini talep etme, gözlemlerini mahkemede ileri sürme, ayrımcılığa neden olan tüzel veya gerçek kişiye karşı idarece yaptırım uygulanmasını tavsiye etme gibi yöntemlerle kullanmaktadır⁸⁸. Ayrıca uyumsuzluklara mahkeme önünde müdahil olma yetkisi bulunmaktadır. Özetle hakların Savunucusu (Ombudsman), kendisine yapılan şikayetler hakkında karar verir; ancak, kararları bağlayıcı değildir.

Hakların Savunucusu (Ombudsman), hakların ve özgürlüklerin korumasını gözetir, eşitliği destekler ve haklara erişimi garanti eder. Hakların Savunucusu (Ombudsman), 1973 yılında oluşturulan arabuluculuk müessesinde olduğu gibi⁸⁹, her yıl o yıl içindeki faaliyetlerin dökümünü yapar ve bir yıl boyunca yaptığı incelemeleri, idarelerin haklı veya haksız olduklarını, mağduriyetlerin ortadan kaldırılması için alınması gereken önlemler gibi unsurları da içeren raporu, Cumhurbaşkanına ve parlamentoya sunar ve hazırlanan bu raporu kamuoyuyla paylaşmaktadır.

3. Başvuru ve Çalışma Şekli

Fransa'da 1973'te öngörülen arabuluculuk sistemine vatandaşlar, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile Fransa'da yaşayan yabancılar başvurabilmekte idi⁹⁰. Arabulucunun yönetilenlerden gelen talepleri kabul edebilmesi için, başvuruların bir parlamenter aracılığıyla gerçek veya tüzel kişiler tarafından yapılması ve başvuruda önce ilgili kurum nezdinde gereken tüm itiraz yollarının yapılmış olması gerekmekte idi⁹¹. 2011 yılında yapılan değişiklikle, herkesin kuruma doğrudan başvuru yapması imkanı getirilmiştir. Bir kamu hizmet kuruluşunun veya idarenin faaliyetleri sebebiyle haklarının ihlal edildiği kanaatinde olan herkes, Hakların Savunucusuna (Ombudsman), müracaat edebilmektedir.

86 Bkz. <<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/our-actions>> s.e.t 17.11.2016.

87 Bkz. <<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/our-actions>> s.e.t 17.11.2016.

88 Bkz. <<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/our-actions>> s.e.t 17.11.2016.

89 **Oytan**, s. 625.

90 **Şengül**, s.34; **Tortop** (1998) s.6.

91 **Şengül**, s.34.

Hakların Savunucusunun (Ombudsman) görevlerini yerine getirmesinde üç yardımcısı bulunmaktadır⁹². Bunlar sırasıyla çocuk haklarının savunulması, ayrımcılıkla mücadele ve eşitliğin desteklenmesi ile güvenlik alanında etik yönetimi alanlarından sorumludur. Ayrıca Hakların Savunucusu (Ombudsman), çocuk haklarının savunulması, ayrımcılıkla mücadele ve eşitliğin desteklenmesi ile güvenlik alanında etik yönetimine ilişkin üç kurula başkanlık etmektedir⁹³. Böylelikle önüne gelen her yeni sorunda ilgili kurula danışabilmektedir⁹⁴.

1973'te öngörülen arabuluculuk sisteminde olduğu gibi⁹⁵, Hakların Savunucusu (Ombudsman), şikayete konu olan hizmetlerin iyi yürütülmesi, hakkaniyete uygun davranılması, idarenin keyfi davranışlarının ve noksanlıklarının ortaya çıkarılması için gerekli tüm araştırma ve soruşturmaları yapmakta ve arabulucunun çalışmaları sonucunda şikayeti yerinde bulursa ilgili kişi ve kurumla görüşerek mağduriyetin giderilmesi hususunda ve gerektiğinde ilgili kurumun işleyişinin iyileştirilmesine yönelik her türlü öneride bulunabilmektedir.

C. AVRUPA OMBUDSMANI

Avrupa Ombudsmanı 1992 tarihli Maastricht Antlaşması ile kurumsal anlamda Avrupa Birliğine dahil olmuştur⁹⁶. Avrupa Birliğinde yer alan kurumlar içerisinde Avrupa Ombudsmanı, şikayet mercii ve denetleme kurumu olarak yapılandırılmıştır. Ombudsman kurumunun resmi olarak Avrupa Topluluğu antlaşmalarında yer alması fikri Maastricht Antlaşması öncesinde toplanan Hükümetlerarası Konferans'ta İspanya ve Danimarka hükümetleri tarafından gündeme getirilmiştir⁹⁷. 7 Şubat 1992'de, Maastricht'te imzalanan Avrupa Birliği Anlaşmasında Avrupa Ombudsmanı'nın kurulmasıyla, ortaklık yaşamının demokratikleştirilmesi süreci içerisinde ortaklık kurumlarının saydamlığı sağlanarak vatandaş ile bu kurumlar arasındaki güven iliş-

92 Bkz. <<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/institution/delegates>> s.e.t 17.11.2016.

93 Bkz. <<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/institution/colleges>> s.e.t 17.11.2016.

94 Bkz. <<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/institution/colleges>> s.e.t 17.11.2016.

95 Çakmak, s.60. Örneğin 2005 yılında Fransa'da arabulucuya önceki yıllardan devredilenler dahil 32,227 şikayet başvurusu yapılmıştır. Arabulucuya yapılan şikayetlerin önemli bir kısmını sosyal güvenlik, emeklilik ve yargı alanına ilişkin konular oluşturmuştur. Bk. Stern, (2008) 'France', s.194.

96 Kofler, Brigitte (2008) 'European Union', Kucsko-Stadlmayer, Gabriele (Ed.), **European Ombudsman- Institutions: A Comparative Legal Analysis Regarding the Multifaceted Realisation of an Idea**, Springer-Verlag/Wien, Austria, s.171; Reif, s.373.

97 Bkz. <<https://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/historicaldocuments.faces>>s.e.t 17.11.2016.

kisini güçlendirmesi, ayrıca vatandaşların şikayetlerini kabul ederek ortaklık kurumlarının demokratik şekilde işleminde vatandaşlara yardımcı olması amaçlanmıştır. Esasında Avrupa Ombudsmanının oluşturulması gerekçesi, ulusal düzeyde kurulan ombudsmanlarla benzerlik göstermektedir. Bu gerekçeleri, Avrupa Adalet Divanına başvurunun pahalı, uzun ve karmaşık süreçler gerektirmesi, Divanın yasal sınırlar çerçevesinde hareket etmesi ve kötü idare uygulamalarının denetlenebilmesi için sistemde yeni mekanizmalara duyulan ihtiyaç şeklinde belirtebiliriz⁹⁸.

Avrupa Ombudsmanı, “Avrupa vatandaşları”⁹⁹na ve bir üye devlette ika-
met eden ya da merkezi bir üye devlette bulunan bütün gerçek ve tüzel kişilere,
Avrupa Adalet Divanı ve ilk derece mahkemelerinin yargısal işlemleri dışında-
ki Avrupa Birliği kurum ve organlarının faaliyetlerindeki kötü yönetim iddi-
aları hakkında yapılan şikayetleri incelemektedir¹⁰⁰. Avrupa Ombudsmanı bir
anlamda harici kontrol mekanizması görevi ifa eder¹⁰¹. Avrupa Ombudsmanı,
Birlikte hukukun üstünlüğünün gerçekleşmesine ve birlik organlarının hesap
verilebilirliğinin sağlanmasına katkıda bulunur¹⁰². Ayrıca Avrupa Birliği hu-
kukunun ve politikalarının uygulanması açısından Avrupa Birliği üyeleri ara-
sında Avrupa Ombudsmanının ayrı bir önemi vardır¹⁰³. Bu kapsamda Avrupa
Birliği kurumlarının daha demokratik şekilde işlemesi ve yurttaşlara yardımcı
olması amacıyla, “Avrupa Ombudsmanı” Avrupa Toplulukları Antlaşmasının
195. maddesine dayanılarak kurulmuştur¹⁰⁴. Böylece Ombudsmanlık, Avrupa
Birliği düzeninde yer almıştır. Avrupa Toplulukları Antlaşmasının 195. mad-
desine göre¹⁰⁵:

98 Köseoğlu, Özer (2010) ‘**Avrupa Ombudsmanının Hukuki Statüsü, İşleyişi ve Kurumsal Etkinliği**’, Sayıştay Dergisi, S: 79, s. 38.

99 “Avrupa Vatandaşlığı” Avrupa Birliğine üye olmanın kazanımlarından birisidir. 1980’li yıllardan başlayarak Avrupa bütünleşmesi sürecinde yapılan tartışmalar sonucunda “Avrupa Vatandaşlığı” Maastricht Antlaşması ile Avrupa Birliğinin hukuk düzenine girmiştir. Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 17. maddesinde “Bir birlik vatandaşlığı oluşturulmuştur. Üye devlet uyruğuna sahip her kişi Birlik vatandaşıdır. Birlik vatandaşlığı ulusal vatandaşlığı tamamlar, ancak onun yerini alamaz” hükmüne yer verilmiştir. Bk. Günüoğur, Haluk (2007) **Avrupa Birliği**, Ankara, s.113. Ayrıca Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 21. maddesinde de Avrupa vatandaşlarına Ombudsmana başvurma hakkı tanınmıştır.

100 **Arikan**, s.91; **Kofler**, s.193; Pino, **Ana María Moure** (2011) ‘**The European Ombudsman in the Framework of the European Union**’, Revista Chilena de Derecho, vol. 38(3), s.448.

101 **Pino**, s.433.

102 **Pino**, s.450.

103 **Pino**, s.424.

104 Temizel, Zekeriya (1997) **Ombudsman (Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bağımsız Bir Denetim Organı)**, Yerel Yönetim Dünyası IULA, Kent Basımevi, İstanbul, s.36.

105 Bozkurt, Enver/Özcan, Mehmet/Köktaş, Arif (2005) **Avrupa Birliği Temel Mevzuatı**, 1. Baskı, Ankara, s.391.

“1. Avrupa Parlamentosu, bütün Birlik vatandaşlarından ya da bir üye devlette ikamet eden ya da merkezi bir üye devlette bulunan bütün gerçek ve tüzel kişilerden gelecek ve yargı görevlerini icra eden Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi dışındaki Topluluk kurumlarının ya da organlarının faaliyetlerinde kötü idare durumlarına ilişkin şikayetleri kabul etmekle yetkili bir Ombudsman tayin eder.

Görevlerine uygun olarak, Ombudsman, ileri sürülen iddiaların halen yargıç önünde olan ya da daha önce yargı önüne götürülmüş bulunan durumlar hariç, kendiliğinden veya kendisine doğrudan ya da bir Avrupa Parlamentosu üyesi aracılığı ile iletilen şikayet üzerine, mahal olduğuna inandığı soruşturmalara başlar. Ombudsman, bir kötü idare durumu saptadığı hallerde, üç ay içinde görüşünü bildirmesi için ilgili kuruma başvurur. Bundan sonra Ombudsman Avrupa Parlamentosuna ve ilgili kurumuna bir rapor sunar. Şikayette bulunan şahıs, bu soruşturmaların sonuçları hakkında bilgilendirilir.

Her yıl Ombudsman, soruşturmaların sonuçları hakkında bir raporu Avrupa Parlamentosuna sunar.

2. Ombudsman her Avrupa Parlamentosu seçiminden sonra, yasama dönemi süresince atanır. Ombudsman, görev süresi bittikten sonra yeniden seçilebilir. Görevlerini yerine getirmek için gerekli koşullara artık sahip olmadığı ya da ciddi bir kötü yönetimde bulunması halinde Ombudsmanın görevine Avrupa Parlamentosunun talebi üzerine Adalet Divanı tarafından son verilebilir.

3. Ombudsman görevlerini tam bağımsızlık içinde yerine getirir. Görevlerinin yerine getirilmesi sırasında hiçbir kuruluştan talimat isteyemez ve kabul edemez. Görevi süresince ücret karşılığı ya da ücretsiz hiçbir meslekle uğraşamaz.

4. Avrupa Parlamentosu Komisyonun görüşünü aldıktan sonra ve nitelikli çoğunlukla karar verecek olan Konseyin onayı ile Ombudsmanın ve görevlerini yerine getirmesinin kurallarını ve genel koşullarını saptar.”

Ayrıca Avrupa Birliğinde, Avrupa Ombudsmanının statüsü ile ilgili Avrupa Parlamentosu kararı (Karar no: 94/ 262/ ECSC), 9 Mart 1994 tarihinde kabul edilmiştir.

Avrupa Ombudsmanlık kurumu; Avrupa Ombudsmanı, sekreterlik, hukuk departmanı, idari ve mali işler dairesi bölümlerinden oluşmaktadır. Sekreterlik, Avrupa Ombudsmanının ofisinin idaresinden sorumludur. Hukuk departmanı Ombudsmana iletilen şikayetleri inceler. İdari ve mali işler dairesi Ombudsmana gelen şikayetler ile Ombudsmanın araştırmaları dışındaki tüm işlemlerden sorumludur.

1. Atanması ve Statüsü

Avrupa Ombudsmanı, parlamento seçimleri ardından “Avrupa Parlamentosu tarafından”¹⁰⁶ yasama dönemi süresince seçilir. Daha önce Avrupa Ombudsmanı olarak seçilmiş birisinin yeniden seçilebilmesi mümkündür. Avrupa Ombudsmanı görevlerini tam bağımsızlık içinde yerine getirir¹⁰⁷. Avrupa Ombudsmanı, vatandaşların şikayetlerinin derhal ve etkili bir şekilde çözülmesine yardımcı olarak merkezi bir rol oynar¹⁰⁸.

Görevlerinin yerine getirilmesi sırasında hiçbir kuruluştan tavsiye veya direktif almaz. Görevi süresince ücret karşılığı ya da ücretsiz hiçbir meslekle uğraşamaz. Avrupa Ombudsmanı, Avrupa Birliği ve birlik vatandaşları yararına hareket eder. Avrupa Ombudsmanı, görev süresince Adalet Divanında görevli yargıçla aynı statüdedir. Ombudsmanın görevlerini yerine getirmek için gerekli koşullara sahip olmadığı ya da ciddi bir kötü yönetimde bulunması halinde, görevine Avrupa Parlamentosunun talebi üzerine Adalet Divanı tarafından son verilebilir¹⁰⁹.

Avrupa Ombudsmanının görevlerini, statüsünü ve işleyişini tayin eden 9/3/1994 tarihli Avrupa Parlamentosu kararında da (94/262/ECSC, EC, Euratom) Avrupa Ombudsmanının konumu, statüsü ve görevinin sona ermesine ilişkin hükümler özetle aşağıdaki şekilde belirtilmiştir¹¹⁰:

Ombudsman görevlerini bağımsız ve tarafsız olarak yerine getirir.

Ombudsmanın sandalyesi Avrupa Parlamentosundadır.

Ombudsman görevini, çalışma döneminin sona ermesi, istifası ya da azli halinde bırakır. Azledilmesi hali hariç, Ombudsman, yerine geçecek kişi atanana kadar görevde kalır. Görev dönemi bitmeden ayrılırsa geriye kalan parlamento süresi için görev yapmak üzere üç ay içinde yeni Ombudsman atanır.

2. Görev ve Yetkileri

Avrupa Ombudsmanının görevi Avrupa Toplulukları Antlaşmasının 195. maddesinde “Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi dışındaki Topluluk kurumlarının ya da organlarının faaliyetlerinde kötü idare durumlarına iliş-

106 Kofler, s.173; Yağmurlu, s.105.

107 Reif, s. 375.

108 Pino, s.445.

109 9/3/1994 tarihli Avrupa Parlamentosu kararı (94/262/ECSC, EC, Euratom), (Madde 8), <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31994D0262&from=EN>> s.e.t 17.11.2016.

110 Bkz. <<http://www.ombudsman.europa.eu/resources/historicaldocuments.faces#hl9>>s.e.t. 17.11.2016.

kin şikayetleri” incelemek ve soruşturmak olarak belirtilmiştir. Avrupa Ombudsmanı, adaletsiz, kötü ve hatalı kararların sebep olduğu uyuşmazlıkların çözümünde görevlidir¹¹¹. Avrupa Ombudsmanı, Avrupa Birliği kurumları ve organlarının kötü işleyişine ilişkin olayları soruşturur. Avrupa Birliği kurumları ve organlarının kötü işleyişi ise kurumların hukuka uygun davranmaması, insan haklarının ihlali ve iyi idare ilkelerine uyulmaması durumunda ortaya çıkar. İdari düzensizlik (*administrative irregularities*), adaletsizlik (*unfairness*), ayrımcılık (*discrimination*), yetkinin kötüye kullanımı (*abuse of power*), başvuruya cevap vermeme (*failure to reply*), başvurular hakkında bilgi vermeyi reddetme (*refusal of information*) ve başvuruların gereksiz olarak ertelenmesi (*unnecessary delay*) hususları kötü idare örnekleri arasında sayılmıştır. Avrupa Ombudsmanı genelde bu konularda gelen şikayetleri incelemektedir¹¹².

Avrupa Ombudsmanı iyi yönetimi sağlama hedefi doğrultusunda, gelen şikayetleri çözerek vatandaş ile kurumlar arasındaki güven ilişkisini güçlendirir. Avrupa Ombudsmanı, kötü idare uygulamalarının açığa çıkarılmasını sağlar ve Ombudsmanın kontrol ölçütü iyi idare ilkesidir¹¹³. Demokratik hukuk devletinin gerçekleştirilmesi bağlamında iyi yönetim, bireyin, insan onuruna yakışır bir muameleye tâbi tutulduğu, makul ve haklı her türlü beklentisinin gerçekleştiği, her zaman yanında hissettiği, kendisine güven duyduğu şeffaf bir yönetimdir¹¹⁴. Avrupa Birliği mevzuatında ise iyi idare hakkı Temel Haklar Şartının 41. maddesinde ve Avrupa İyi Yönetim Yasasında açıklanmıştır. Temel Haklar Şartının 41. maddesine göre;

“Madde 41. - İyi idare hakkı

1. Herkes, işlerinin Birliğin kurumları ve organları tarafından tarafsız ve adil bir şekilde ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hak, şunları içermektedir:

- herkesin, kendisini olumsuz şekilde etkileyebilecek herhangi bir işlemin yapılmasından önce görüşlerinin dinlenmesini isteme hakkı;
- herkesin, kendi dosyasına erişme hakkı ve meşru gizlilik çıkarlarına ve mesleki ve ticari gizliliğe saygı gösterilmesi;
- idarenin, kararları konusunda gerekçe gösterme yükümlülüğü.

111 Pino, s.447.

112 What can the European Ombudsman do for you? (2008) European Communities, Belgium s.7; Yağmurlu, s.105; Pino, s.443.

113 Koffler, s.173.

114 Akyılmaz, Bahtiyar (2003) ‘İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVII, S: I-II, s.144-153.

3. Herkes, Topluluğun kuruluşları veya görevlilerinin, görevlerinin ifası sırasında yol açtıkları her türlü zararı, Üye Devletlerin yasalarındaki ortak genel ilkelere göre Topluluğa tazmin ettirme hakkına sahiptir.

4. Herkes, Birliğin kuruluşlarına, Antlaşmaların lisanlarından birinde mektup gönderebilir ve kendisine aynı lisanda cevap verilmesi zorunludur.”

Ayrıca 6/9/2001 tarihli Avrupa İyi Yönetim Yasasında da iyi yönetim ilkeleri açıklanmıştır. Avrupa İyi Yönetim Yasasınının 26. maddesinde ise bu yasa da belirlenen ilkelere (*ki bu ilkeleri belgelere ulaşma hakkı, bilgi isteme hakkı, verilerin saklanması, başvuru yollarının gösterilmesi, kararların gerekçelendirilmesi, kararların makul sürede alınması, dinlenilme ve görüş bildirme hakkı, başvurulara vatandaşın dilinde cevap verilmesi, nezaket, adil davranma, hukuki güven, uyum ve yol gösterme, bağımsızlık, tarafsızlık, kanunilik, orantılılık ilkeleri ile objektif davranma, yetki aşımında bulunmama ve ayırım yapmama yükümlülükleri şeklinde belirtebiliriz*) aykırı olan kurum ve görevli davranışları hakkında Avrupa Ombudsmanına başvuru yapılabileceği belirtilmiştir.

Kısaca Avrupa Ombudsmanı, Birlik organları içerisinde hakkaniyeti, etkinliği ve hesap verilebilirliği sağlamak için Birlik organlarının idari işlem ve eylemlerini denetler¹¹⁵. Avrupa Ombudsmanı, Birlik içerisinde saydamlığın, hesap verebilirliğin sağlanması, iyi idare uygulamalarının geliştirilmesi, yaş, cinsiyet, ırk ve etnik ayrımcılığın engellenmesi ve ifade özgürlüğünün gerçekleştirilmesi gibi insan haklarının uluslararası seviyede korunmasına hizmet etmektedir¹¹⁶.

Avrupa Ombudsmanı Avrupa Birliği kurumları ya da organları hakkındaki şikayetleri inceler. Ancak Adalet Divanı ve ilk derece mahkemeleri ile Avrupa Birliği kurumları dışındaki yerel, bölgesel veya ulusal kurumlar ile işyerleri veya özel kişiler Avrupa Ombudsmanının görev alanı içerisinde değildir¹¹⁷. Ayrıca üye devlet mahkemelerinin veya ombudsmanlarının kararlarına karşı Avrupa Ombudsmanına başvurulamaz. Avrupa Ombudsmanı bu kurumların temyiz merci değildir¹¹⁸. Ombudsman üye devletlerin ulusal, bölgesel ve yerel organlarına karşı yapılan şikayetleri -ki bu şikayetler Avrupa Birliği konuları hakkında olsa bile – soruşturamaz, ancak bu konu hakkında başvurulabilecek organı tavsiye edebilir.

115 Reif, s. 374.

116 Reif, s. 384-391.

117 What can the European Ombudsman do for you?, s.6.

118 Bkz. <<https://www.ombudsman.europa.eu/atyourservice/whocanhelpyou.faces#/page/3>> s.e.t 17.11.2016.

Öte yandan Lizbon Anlaşmasında Avrupa Ombudsmanının görev alanını genişletilmiş ve “Topluluk kurumları ve organları” ibaresi “Avrupa Birliği kurumları, organları, ofisleri ve kuruluşları” olarak değiştirilmiştir (madde 228)¹¹⁹. Bu bağlamda Avrupa Ombudsmanının görev alanına Avrupa Parlamentosu, Avrupa Birliği Konseyi, Avrupa Komisyonu, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (yargı faaliyetleri hariç), Avrupa Sayıştay, Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesi, Avrupa Birliği Bölge Komiteleri, Avrupa Yatırım Bankası, Avrupa Merkez Bankası, Avrupa Personel Seçim Ofisi (EPSO), Avrupa Dolandırıcılıkla Mücadele Bürosu (OLAF), Avrupa Polis Teşkilatı (Europol) ve merkezi yönetim dışındaki kuruluşlar girmiştir.

Avrupa Ombudsmanının yargısal yetkileri yoktur. Ancak Ombudsmanın, mahkeme kararlarının uygulanmasını sağlamak ve yargının idari açıdan işlemesine yönelik eleştiri ve tavsiyelerde bulunma yetkisi vardır¹²⁰. Ombudsman incelemeleri sonucunda Avrupa Parlamentosuna ve ilgili kurumuna bir rapor sunar. Avrupa Ombudsmanı, icrai değil tavsiye nitelikte kararlar alır.

Ayrıca Avrupa Ombudsmanının görevlerini, statüsünü ve işleyişini tayin eden 9/3/1994 tarihli Avrupa Parlamentosu kararında da (94/262/ECSC, EC, Euratom) Avrupa Ombudsmanına aşağıdaki görev ve yetkiler verilmiştir¹²¹:

Ombudsman yargı mercileri önündeki olaylara müdahale edemez, yargısal bir kararın doğruluğunu tartışamaz.

Avrupa Birliği kurum ve organları haricinde hiçbir kurum ya da merciin faaliyetleri Ombudsman denetiminin konusu yapılamaz.

Ombudsman incelemeye aldığı duruma ilişkin olarak ilgili kurum ya da organı bilgilendirir.

Gizliliği olan belgeler hariç Avrupa Birliği kurum ve organları her türlü bilgiyi ve belgeyi vermek zorundadır.

Orijinali üye ülkelerde olan gizli belgeler önceden izin alınarak edinilebilir. Gizlilik niteliği olsun olmasın Ombudsman bu belgelerin içeriğini hiçbir şekilde açığa çıkaramaz.

119 **The European Ombudsman Annual Report** (2009) s.23.

120 Şahin, Ramazan (2004) ‘Ombudsman ya da Kamu Denetçiliği ve Avrupa Birliği’, Türk İdare Dergisi, Y: 76, S: 444, Ankara, s.79; Pino, s.433.

121 Bkz. <<http://www.ombudsman.europa.eu/resources/historicaldocuments.faces#hl9>>s.e.t 17.11.2016.

Üye ülkelerin makamları, daimi temsilcileri kanalıyla Ombudsmana yasa ve tüzüklerinde gizli olarak adlandırılmış olmadıkça olayı aydınlatacak yardımı sağlamakla yükümlüdür.

Avrupa Birliği kurum ve organlarının yetkilileri ve diğer çalışanları, Ombudsmanın talebi üzerine tanıklık yapmak durumundadır.

Ombudsman olayı olabildiğince çabuk çözümler¹²².

Her yıl Ombudsman soruşturma sonuçları hakkında Avrupa Parlamentosuna rapor sunar.

3. Başvuru ve Çalışma Şekli

Avrupa Ombudsmanına, Avrupa vatandaşları veya üye ülkelerde ikamet eden kişiler ya da merkezi bir üye devlette bulunan bütün gerçek ve tüzel kişiler (işletmeler, dernekler ve diğer kurumlar) başvurabilir. Avrupa Ombudsmanına başvuru hakkı sadece üye ülke vatandaşlarına değil, üye devletlerde ikamet eden ve kötü yönetime maruz kalan Avrupa Birliği üyesi olmayan ülke vatandaşlarına da tanınmıştır. Avrupa Ombudsmanına başvuru, ucuz ve kolaydır¹²³. Başvurular doğrudan Ombudsmana yapılabileceği gibi Avrupa Parlamentosu üyelerinden biri aracılığıyla da yapılabilir. Başvurular, mektup, faks veya elektronik postayla başvuru formu doldurularak yapılır. Şikayet formlarında şikayet edenin adı, soyadı, ülkesi, adresi, telefonu, faksı, e-mail adresi, Avrupa Birliğinin hangi kurumuna ya da organına karşı şikayette bulunduğu, şikayet konusu karar veya konunun ne olduğu ve ne zaman öğrenildiği, Avrupa Birliğinin kurumu ya da organının hangi konuda yanlış yaptığı, ilgili kurum ya da organın durumu düzeltmesi için ne yapması gerektiği, konu ile ilgili Avrupa Birliği kurum ya da organına başvuruda bulunulup bulunmadığı, şikayet konusu olayın Avrupa Birliği kurum ya da organlarındaki görevlilerin istihdam ilişkilerinde çıkması durumunda personel düzenlemelerinde belirtilen iç idari yolların tamamının tüketilip tüketilmediği, bu yollara başvurulmuşsa cevap verme süresinin dolup dolmadığı, şikayet konusu olay hakkında yargıya başvurulup başvurulmadığı ve şikayet konusunun açık ya da gizli kalıp kalmayacağı soruları ile tarih ve şikayetçinin imzası bulunmaktadır. Ayrıca

122 Ombudsman başvurularında; (1) şikayeti bir hafta içinde kabul etmeyi, (2) şikayete konu olay hakkında soruşturma açılıp açılmayacağını bir ay içinde karar vermeyi, (3) soruşturmayı bir yıl içinde tamamlamayı amaçlar/ilke edinir. Ancak daha karışık soruşturmalarda bu sürelere uyulmayabilir. Bk. **What can the European Ombudsman do for you?**, s.9.

123 Pino, s.450.

Avrupa Ombudsmanı herhangi bir başvuru yapılmaksızın *re'sen* de inceleme başlatabilir.

Şikayet alındığı zaman tanımlanır, kaydedilir ve numara verilir. Başvurular Avrupa Birliği resmi dillerinden biriyle yapılır. Başvuru şikayet konusu olayın öğrenilmesinden itibaren iki yıl içerisinde yapılmalı ve şikayet konusu olayla ilgili kuruma daha önceden başvuruda bulunulmuş olmalıdır. Kişinin şikayette bulunabilmesi için şikayet konu olaydan (kötü yönetimden) doğrudan etkilenmesi gerekmez¹²⁴. Ombudsman daha önce mahkeme tarafından çözülmüş veya görülmekte olan olayları incelemeyebilir. Ombudsman üçüncü bir şahıs veya kurumun ya da şikayet edenin yararı için gerekli olduğunu düşünürse ya da şikayet eden talep ederse şikayeti “gizli” gizlilik derecesi ile sınıflandırır.

Avrupa Ombudsmanı, şikayet konusu olayın çözülmesi için ilgili kurumu bilgilendirir. Şikayet konusu olay inceleme boyunca tatmin edici şekilde çözülmez ise şikayetin çözümü için dostane çözümler önerilir. Eğer uzlaştırma teşebbüsü başarısız olursa, Ombudsman şikayet konusu olayı çözmek için tavsiyede bulunur. Eğer kurum tavsiyeye uymaz ise bu durumu Ombudsman, Avrupa Parlamentosuna rapor eder¹²⁵.

Başvuruların ilk inceleme aşamasında şikayetin Ombudsmanın yetki alanına girip girmediği ve dolayısıyla kabul edilebilirliği araştırılır. Eğer başvuru Ombudsmanın yetki alanı dışındaysa ya da kabul edilemezse Ombudsman dosyayı kapatır ve başvuru sahibini bilgilendirir. Ayrıca Ombudsman, şikayetçiye müracaat edilecek diğer mercileri gösterebilir/tavsiye edebilir. Başvuru kabul edilebilir nitelikte olmakla birlikte söz konusu olayda inceleme yapılmasını gerektirecek bir durum yoksa Ombudsman dosyayı kapatır ve başvuru sahibini bilgilendirir. Söz konusu başvuruda inceleme yapılmasını gerektirecek

124 **What can the European Ombudsman do for you?**, s.10.

125 **What can the European Ombudsman do for you?**, s.9. Örneğin, Avrupa Ombudsmanının 2008 yılına kadar yürüttüğü 1266 soruşturmanın 853'ü Avrupa Komisyonu, 143'ü Avrupa Personel Seçim Ofisi, 121'i Avrupa Parlamentosu, 41'i Avrupa Birliği Konseyi ve 127'si diğer kurumları ile ilgilidir. Avrupa ombudsmanının 2008 yılına kadar sonuçlandırdığı 934 soruşturmanın 376 tanesinde kötü idare uygulamalarına rastlanmamış, 254 tanesi ilgili kurumca ve 17 tanesi de dostane şekilde çözümlenmiş, 120 tane soruşturmada ilgili kurum Ombudsman tarafından eleştirilmiş, 24 tane soruşturmada kuruma Ombudsman tarafından tavsiyede bulunulmuş, 29 tane soruşturmada Ombudsman tarafından rapor yazılmış, 35 tane soruşturma şikayetçi tarafından geri çekilmiş ve 108 soruşturmada ise diğer yöntemlerle çözülmüştür. Bk. **What can the European Ombudsman do for you?**, s.29-30.

bir durumun olması durumunda Ombudsman kişiyi ve ilgili kurumu haberdar ederek şikayet dilekçesini ilgili kuruma yollar ve üç ay içinde kurumu konuyla ilgili görüşünü bildirmeye davet eder. Ombudsman davetinde kurumun görüşünün ortaya konmasında önemli olan konuları belirtebilir. Ombudsman uygun gördüğü takdirde kurumdan gelen görüşü başvuru sahibine iletir ve başvuru sahibi bir ay içinde Ombudsmana kendi görüşlerini açıklayabilir. Ombudsman şikayetçinin talepleri ile kurumun görüşlerini değerlendirdikten sonra dosyayı kapatmaya ya da soruşturmaya devam etmeye karar verir, verdiği kararlar ilgili olarak vatandaşı ve kurumu bilgilendirir.

Avrupa Ombudsmanı, Avrupa vatandaşlarının yararlarını olabildiğince karşılamak ve üye devletlerin kurum ve Ombudsmanlarıyla üstlenilen görevlerin ve kendi soruşturmalarının etkinliğini arttırmak amacıyla bunlarla birlikte çalışabilir. Ayrıca Ombudsman, Avrupa Birliği kurumlarından; üye devletlerin mercilerinden, uygun bir zaman içinde araştırmanın amaçları için gerekli bilgi ve doküman desteği talep edilebilir.

Avrupa Ombudsmanının görevlerini, statüsünü ve işleyişini belirleyen 9/3/1994 tarihli Avrupa Parlamentosu kararında da (94/262/ECSC, EC, Euratom) Avrupa Ombudsmanına başvuru ve işleyişe ilişkin olarak aşağıdaki hükümlere yer verilmiştir¹²⁶:

Şikayet sahibi şikayete konu olan olayı tanımlar. Şikayetin gizli kalmasını talep etme hakkı vardır.

Şikayete dayanak oluşturan gerekçeler öğrenildikten sonra iki yıl içinde Ombudsmana başvurulması gerekmektedir. Bunun yanı sıra ilgili kurum ya da organ nezdinde daha önceden gerekli idari girişimlerin yapılmış olması gerekir.

Ombudsman, şikayette bulunan kişiyi başka bir merciye gitmesini tavsiye edebilir.

Şikayetlerin Ombudsmana iletilmesi idari ve yargısal yollara başvuruya ilişkin zamanaşımı sürelerini etkilemez.

Ombudsman devam etmekte olan veya biten hukuksal prosedür nedeniyle bir başvuruyu kabul edilemez olarak nitelerse ya da araştırmasına son vermesi gerekirse daha önce başlattığı araştırmanın sonuçlarını da kaldırır.

126 Bkz. <<https://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/statute.faces>> s.e.t 17.11.2016.

Ombudsman kötü yönetimi tespit ettiği zaman ilgili kurum ya da organa iletir. Kurum ya da organ üç ay içinde detaylı görüş bildirir. Daha sonra Ombudsman Avrupa Parlamentosuna ve ilgili kuruma bir rapor sunar. Başvuruyu yapan kişiye yapılan araştırmanın sonuçları hakkında bilgi verilir.

Araştırmayı daha etkili ve kesin kılacaksa Ombudsman, ulusal Ombudsmanlar ya da benzer kuruluşlarla yasaların elverdiği ölçüde işbirliği içerisine girebilir.

Ombudsmanın beklediği yardım verilmezse Avrupa Parlamentosu durumdan haberdar edilir.

Sonuç olarak Avrupa Ombudsmanı kötü yönetimin ortadan kaldırılması amacıyla ilgili kurumla işbirliği yaparak her iki tarafa dostça çözüm önerileri sunabilmekte, bu önerilerin sorunun çözümü için yeterli olmaması durumunda ilgili kurum ya da organa tavsiyelerde bulunabilmekte (Ombudsman eleştirci yorum da yapabilir), bunun da fayda vermemesi durumunda Avrupa Parlamentosuna rapor¹²⁷ sunabilmektedir. Bu raporda kötü yönetime sebep olan davranışlara ve kötü yönetimle ilgili diğer hususlara yer verilmektedir.

4. Avrupa Ombudsmanın İnceleme Faaliyetleri ve Örnek Olaylar

Ulusal ombudsmanlardan farklı özellik göstermesi sebebiyle çalışmanın bu alt bölümünde Avrupa Ombudsmanına ne tür şikayetler veya başvurular iletildiği, bu şikayet veya başvuruların nasıl çözüme kavuşturulduğu incelenmiştir.

2009 yılında Avrupa Ombudsmanına yöneltilen şikayetlerin konuları ve oranlarına bakıldığında şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Şeffaflık eksikliği ve başvurular hakkında bilgi vermeyi reddetme (%36 = 121 olay), yetkinin kötüye kullanılması ve adaletsizlik (%14 = 48 olay), başvuruları gereksiz erteleme (%13 = 45 olay), süreçlerin yetersizliği (hizmetin yetersiz işlemesi) (%13 = 44 olay), görevi ihmal (%6 = 22 olay), yükümlülüklerin yerine getirilmemesi (%6 = 21 olay), yasal hata (%6 = 19 olay), ayrımcılık (%5 = 17 olay) ve idarenin kötü işleyişine ilişkin diğer nedenler (%7 = 23 olay) ile ilgilidir¹²⁸. 2012 yılında

127 Köseoğlu, s. 45.

128 **The European Ombudsman Annual Report** (2009) s.14. 2009 yılında Avrupa Ombudsmanı tarafından inceleme başlatılan kurumlar ve oranları ise şöyledir: Avrupa Komisyonu (%56 = 191 olay), Avrupa Parlamentosu (%11 = 38 olay), Avrupa Personel Seçim Bürosu (%9 = 30 olay), Avrupa Birliği Konseyi (%4 = 12 olay), Avrupa Birliği Adalet Divanı (%3 = 9 olay, yargısal olmayan faaliyetler hakkında) ve diğer (%17 = 17 olay). Bkz. **The European Ombudsman Annual Report** (2009) s.41.

ise Avrupa Ombudsmanına başvuru şikayet ve soruşturmaların; %27,7'si (127 olay) hukuka uygunluk, %12,5'i (58 olay) bilgi edinme, %10,3'ü hakkaniyet, % 8'i makul zamanda karar alma, %6,7'si belgelere erişimi, % 6'sı gerekçe yükümlülüğü, % 5,2'si ayrımcılık, % 4,1'i ihtiyatlı davranma ve % 31, 6'sı diğer konulara ilişkin taleplerini içermektedir¹²⁹. Bu veriler yıllar içerisinde Avrupa kurumlarının en fazla şeffaflık eksikliği ve başvurular hakkında bilgi vermeyi reddetme ile hukuka uygun davranma konularında şikayet edildiğini göstermektedir.

Avrupa Ombudsmanı 2013 yılında çözdüğü uyuşmazlıklardan % 25,6'sını (118 olay) ilgili kurumla uzlaşarak ya da dostane şekilde sonuçlandırmış, % 26'sında (120 olay) kötü bir yönetim veya uygulama saptamamış, %10,8'inde ise (50 olay) kötü yönetim tespit edilmiştir¹³⁰. 2014 yılında çözdüğü uyuşmazlıklardan % 33,3'ünü (133 olay) ilgili kurumla uzlaşarak ya da dostane şekilde sonuçlandırmış, % 19'sında (76 olay) kötü bir yönetim veya uygulama saptamamış, %9,8'inde ise (39 olay) kötü yönetim tespit edilmiştir¹³¹. 2015 yılında çözdüğü uyuşmazlıklardan % 52,3'ünü (145 olay) ilgili kurumla uzlaşarak ya da dostane şekilde sonuçlandırmış, % 28,5'sini (79 olay) kötü bir yönetim veya uygulama saptamamış, %10,8'inde ise (30 olay) kötü yönetim tespit edilmiştir¹³². Burada yıllar içerisinde Avrupa Ombudsmanına gelen şikayetlerin ilgili kurumla uzlaşarak ya da dostane şekilde sonuçlandırmasındaki kayda değer artış önemli olduğunu belirtebiliriz.

Ayrıca Avrupa Ombudsmanının önüne gelen uyuşmazlıklarla ilgili verilen kararlara ilişkin örneklerin açıklanması, yol gösterici olması açısından önemlidir. Avrupa Ombudsmanının önüne gelen örnek bir olayda, Avrupa Parlamentosunda görevli Portekizli bir parlamenterin, Portekiz Ekonomi Bakanının Avrupa Komisyonuna hitaben yazdığı mektubun kendisine verilmemesi talebi "*Avrupa Komisyonunu muhatap alan başvurunun ilgili ülkenin finansal, ekonomik ve para politikalarının kamuoyuna açıklanmasının Portekiz hükümetini zor duruma sokabileceği ve politikalarının işşası anlamına gelebileceği*" gerekçeyle reddedilmiştir. Bunun üzerine Avrupa Ombudsmanı, söz konusu mektubun ilgili kişiye verilmesinin Portekiz ekonomisini etkileyip etkilemeyeceğini sormuş ve Portekiz yetkilileri ise mezkur mektubun açıklanmasının Portekiz

129 **The European Ombudsman Annual Report** (2012) s.26.

130 **The European Ombudsman Annual Report** (2013) s.12.

131 **The European Ombudsman Annual Report** (2014) s.21.

132 **The European Ombudsman Annual Report** (2015) s.36.

ekonomi politikasını hiçbir şekilde etkilemeyeceğini bildirmiştir. Böylece Ombudsman, Komisyondan Portekiz'in ilgili cevabının fotokopisini de ekleyerek tekrar mütalaa istemiş; ancak, takip eden altı hafta içerisinde Komisyondan herhangi bir yanıt alınamamıştır. Sonuç olarak olay hakkında Avrupa Ombudsmanı “*mektubun ilgili bölümünün ya da tamamının kopyasının verilmesi tavsiyesinde*” bulunmuştur¹³³.

Yine Avrupa Ombudsmanına belgelere erişim konusunda ilgilinin “*geçmiş olduğu sınavın soruları ve cevaplarına erişimine ilişkin Avrupa Personel Seçim Ofisi (EPSO)'ne yaptığı talep hakkında yanıt verilmemesi olayı*” ilişkin yaptığı başvuru hakkında şu şekilde değerlendirme yapılmıştır: Şikayetçinin EPSO'ya yaptığı talebinden birkaç ay sonra gecikme için özür dilendiği sırada, Avrupa Komisyonu Genel Sekreterliği bu talebi reddetmiş ve ikinci kez yapılan (teyit edici) başvurunun kaybolduğunu veya yerinde olmadığını belirtmiştir. Bu başvuru aslında, EPSO'ya karşı aynı şikayette bulunulan ilgilinin 1150/2008/ (ID)(BU)CK başvurusu ile bağlantılıdır. Bu ikinci başvuruda, olayda EPSO'nun Avrupa İyi Yönetim Yasasının 15/1 maddesine göre ikinci kez yapılan (teyit edici) başvuruyu Avrupa Komisyonu Genel Sekreterliğine iletmede başarısız olduğu öne sürülmüştür. Olayda EPSO'nun, Komisyonun teyit başvurularını ele alması ile ilgili yerleşik örneklerinden yola çıkarak, belge iletimini yapması gerektiğini kabul etmiştir. Ombudsman ilave görüş olarak istenen bilgi ve belgelere erişim süreci ile ilgili gerekli sorumlulukları EPSO'nun alması konusunda tavsiyesini de bildirmiştir (1491/2008/(ID)(BU)CK)¹³⁴.

Ayrıca Avrupa Ombudsmanın verdiği diğer örnek kararların bazıları aşağıdaki şekilde özetlenebilir¹³⁵:

Yolcu (hava) haklarıyla ilgili yapılan başvuruda, Komisyonun olayı aktif bir şekilde takip etmesi ve Komisyonun ilgili kuralların/yasaların doğru bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla Fransız yetkililerle iletişim kurması nedeniyle, Ombudsman, Komisyonun Alman vatandaşına sağladığı desteği övmüştür(2980/2008/GG). (*yasaların doğru ve yerinde uygulanması*)

İki Belçikalı şirket tarafından yapılan başvuruda Avrupa Dolandırıcılıkla Mücadele Ofisi (OLAF) üye devletlerin ilgili makamlarına danıştıktan sonra ilgililerin uzun bir listesini yayınlamaya karar vermiştir. (şeffaflık)

133 Bkz. <<https://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/decision.faces/en/2447/html.bookmark;jsessionid=BDAB98545E90C4F20B30342B9DEAEA53>> s.e.t. 17.11.2016.

134 **The European Ombudsman Annual Report** (2009) s.51.

135 **The European Ombudsman Annual Report** (2009) s.48-49.

Sınavı kazanan başarılı adayların sınavın hangi bölümlerinden ne kadar puan aldıklarını bilmedikleri yönündeki başvuru sonucunda, Avrupa Personel Seçim Ofisi, sadece başarısız olan adayların değil tüm adayların sınavlardaki aldığı puanlarına erişmesini sağlama yönünde karar almıştır (2346/2007/JMA).

Yapılan başvuru sonucunda Eğitim Görsel-İşitsel ve Kültür Yönetim Ajansı, burs başvurusu ile ilgili olayda tespit edilen sorunların giderilmesi hakkında harekete geçildiğini duyurmuş, şikayetçiden özür dilemiş ve burs başvurunun yeniden değerlendirilmesi hakkında karar almıştır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sonuç olarak Ombudsmanlık, hukuk devleti ilkesinin yerleşmesine ve kişi haklarının korunmasına katkıda bulunan bir kurumdur. Ombudsmanlık değişen, gelişen ve büyüyen kamu yönetiminde kamu gücünün yanlış kullanımının önlenmesi ve kişi hakların daha etkin bir şekilde korunması amacıyla iyi yönetimin gerçekleştirilmesi, hakkaniyetin gözetilmesi ve yasaların uygulanıp uygulanmadığının denetlenmesine hizmet etmektedir.

Ombudsman vatandaşların idare ile olan ilişkilerinde karşılaşılan kötü idare uygulamalarında onlara yardımcı olan, şikayetler hakkında idareye önerilerde bulunan ve genellikle yasama organınca seçilen kişilerdir. Ombudsmanlık kurumu, yasalar ile adalet arasındaki doğan boşluğun giderilmesinde büyük bir fonksiyon ifa etmektedir. Ombudsmanın yapacağı etkili çalışmalar sonucunda kamu yönetiminin daha verimli ve başarılı hizmet görmesi sağlanacaktır. Ombudsmanlar demokratikleşme sürecinde saydamlığı sağlayarak vatandaş ile idareler arasındaki güven ilişkisini güçlendirmeyi amaçlar. Ombudsman, vatandaşın idare ile ilişkilerinde ona güven vermek suretiyle bir denge unsuru olarak karşımıza çıkar ve vatandaş sistemiyle kaynaştıran bir mekanizmadır. Ombudsmanlık kurumu sayesinde vatandaşlar, kötü yönetime neden olan kişi veya makamlara karşı mevcut sistemin manevi nitelikte de olsa kayıtsız kalmayacağını bilirler.

Ombudsman, vatandaşın şikayetlerini dinler, şikayetleri araştırır, araştırma bulgularını şikayetçi kişilere ve soruşturulan kuruma bildirir. Ombudsman, idarenin işlem, eylem ve davranışlarını denetler ve uyuşmazlıkların çözümünde tavsiyelerde bulunur. Kısaca Ombudsman adalete yönelen yönetim anlayışının yerleşmesini sağlar.

Bu açıklamalar çerçevesinde çalışma ile Ombudsmanlık kurumunun tarihçesi, tanımı, fonksiyonları ve temel özellikleri incelenmiş ve İsveç ve Fransa uygulamaları ile Avrupa Ombudsmanının atanması, statüsü, görevleri, yetkileri ve çalışma usulü ele alınmıştır. Çalışma içerisinde seçilmiş ülkelerdeki ve Avrupa Birliğindeki Ombudsmanlık kurumu, ülkenin veya birliğin kendine has hukuksal ve yönetsel kültürüne göre farklı biçim alsa veya buna göre işlese de örnek uygulamalar incelendiğinde, genel olarak benimsenen bazı ortak özelliklerin var olduğu görülmüştür.

Ayrıca çalışma ile Ombudsmanın yukarıda belirtilen fonksiyonları gereği gibi yerine getirebilmesi için Ombudsmanlık kurumunun idareyi denetlemesi, bağımsız ve tarafsız olması, idarenin kötü işlemesi hallerini ve bunlara neden olan işlem, eylem ve davranışlarını adil bir şekilde değerlendirerek tavsiye niteliğinde kararlar alması, kolayca ulaşılabilmesi, etkili inceleme ve araştırma yetkisine sahip olması ve adalet ve hakkaniyet ilkelerine dayalı olarak çalışması gibi kendine has bir takım özelliklere sahip olması gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bunun dışında çalışmada aşağıdaki yer alan sonuçlara da ulaşılmıştır: İsveç'te Ombudsmanlık kurumu, Osmanlı İmparatorluğunda uygulanan Kâdilkudât, Divan-ül Mezâlim ve Hisbe teşkilatı kurumlarından etkilenerek oluşturulmuş ve daha sonra 1809 İsveç Anayasası'na girerek anayasal bir kurum haline gelmiştir. Fransa'da ise kamu kurumlarının idari işlem ve eylemleri sonucunda haksız uygulamalara maruz kalan vatandaşlar, idari yargı yoluna başvuru hakları bulunmalarına rağmen sistemde ayrıca Ombudsmanlık müessesesi de bulunmaktadır. Fransa'nın Ombudsmanlık kurumunun bulunması, idari yargı sistemine sahip bir ülkede de Ombudsmanlık kurumunun var olabileceğinin örneklenmesi açısından önemlidir. Ancak Fransa'da Ombudsmanlık (arabulucu) müessesesi, 2011 yılında reform çalışmaları sonucunda kaldırılmış ve yeniden yapılandırılarak kurumun adı Hakların Savunucusu olmuştur. Böylelikle kurum, insan hakları eksenli olarak yeniden yapılandırılmıştır. Hakların ve özgürlüklerin savunulmasında ve ayrımcılık konularında Hakların Savunucusuna (Ombudsman) başvurulmaktadır.

Diğer taraftan Avrupa Birliğinde ise birlik kurumları ve organları hakkında vatandaşların maruz kaldığı kötü yönetimlerle ilgili şikayetlerini incelemek ve Avrupa Birliği vatandaşı ile kurumlar arasındaki güven ilişkilerini güçlendirmek üzere 1992 tarihli Maastricht Antlaşmasıyla Avrupa Ombudsmanı

oluşturulmuştur. Avrupa Ombudsmanı Avrupa Birliği kurum ve organlarının kötü idaresi hakkında yapılan şikayetleri soruşturur. Avrupa Ombudsmanı, genellikle, kurumlarının veya organlarının; şeffaflık eksikliği ve başvurular hakkında bilgi vermeyi reddetme, yetkinin kötüye kullanılması ve adaletsizlik, başvuruları gereksiz erteleme, hizmetin yetersiz işlemesi, görevi ihmal, yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, yasal hata ve ayrımcılık gibi idarenin kötü işleyişine neden olan uygulamalar hakkında inceleme yapmakta ve tavsiyelerde bulunmaktadır. Avrupa Ombudsmanının kurulması, uluslararası bir kuruluşta Ombudsmanlık sisteminin işleyebilmesi, bir Ombudsmanlık kurumunda bulunması gereken bazı temel özellikleri barındırması ve vatandaşların şikayetlerinin hızlı ve kolay bir şekilde çözülebilmesi mekanizmalarının kurulması eğilimi açısından önemlidir. Kısaca Ombudsmanlık kurumunun, farklı hukuk ve sisteme sahip ülke veya uluslararası bir birlikte, genel anlamda özellikleri, atanması, görevleri, yetkileri ve çalışma usulü açısından benzerlikler gösterdiğini ifade edebiliriz.

Ülkemizde ise Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık), 2012 yılında 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu ile kurulmuştur. Kurum, idare ile vatandaş arasında ortaya çıkan olumsuzlukları düzeltmek amacıyla idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak üzere oluşturulmuş ve 29/3/2013 tarihi itibarıyla şikayet başvurularını almaya başlamıştır. Esasında Kamu Denetçiliği Kurumunun, 2004 yılında 5521 sayılı Kanun taslağının hazırlanması ile ilk temeli atılmıştır. 5521 sayılı Kanunun geri gönderilmesi üzerine 2006 yılında 5548 sayılı Kanun kabul edilmiş, ancak bu kanunun da Anayasa Mahkemesine götürülmesi üzerine Yüksek Mahkeme tarafından 2008 yılında iptal edilmiştir. 2010 yılında Anayasanın “Dilekçe hakkı” başlıklı 74 üncü maddesi “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” şeklinde değiştirilerek Kamu Denetçiliği Kurumu Anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Kamu Denetçiliği Kurumu; idarenin adil, tutarlı, şeffaf ve hesap verebilir olması ihtiyacına hizmet eden ve idare ile ilgililer arasında doğan sorunları kolay ve hızlı bir şekilde çözmeye odaklanmış bir kurumdur. Kurum, şikayet başvurusuna ilişkin inceleme ve araştırma sonucunda tavsiye kararı, ret kararı, dostane çözüm kararı veya karar verilmesine yer olmadığına dair karar vermektedir. Kurum şikayet üzerine harekete geçmektedir. Esasında 6328 sa-

yılı Kanunda, kurum *re'sen* inceleme yapamaz gibi yasaklayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, kanunun tümü incelendiğinde, sistemin, başvuru ve şikayet mekanizması üzerine kurulduğu görülecektir. Bu kapsamda haklı olarak, Kuruma yönelik özellikle *re'sen* inceleme ve araştırma yetkisinin bulunmadığı eleştirisi yapılmaktadır.

Kurumun etkinliğinin artırılması için, ülke örnekleri ve Avrupa Ombudsmanı örneği de gözetildiğinde, Kurum mevzuatında Başdenetçinin *re'sen* girişimde bulunma ve yerinde inceleme yapma hakkının sağlanması için (mevcutta sadece temel haklara ilişkin konularda yerinde inceleme yapılabilmektedir) çalışmalar yapılmalıdır. Ayrıca Başdenetçinin tavsiye kararlarının, yasama organında takibinin yanı sıra kamu idaresi tarafından da yeterli takibin yapılabilmesi amacıyla örnek uygulamalar gözetilerek tedbirler alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Arslan, Süleyman (1986) 'İngiltere'de Ombudsman Müessesesi', Amme İdaresi Dergisi, C: 19, S: 1.
- Arıkan, Mustafa İberyâ (2007) 'Avrupa Birliği Ombudsmanı', Adalet Dergisi, S:29, s.85-95.
- Akıncı, Müslüm (1999) **Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman**, Beta, İstanbul.
- Akyılmaz, Bahtiyar (2003) 'İyi Yönetim ve Avrupa İyi Yönetim Yasası', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XVII, S: I-II, s.143-158.
- Altuğ, Yılmaz (2002) **Kamu Denetçisi (Ombudsman)**, Yayın No: 4343, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Rektörlük Yayını.
- Ataman, Taykan (1997) 'Ombudsman ve Temiz Toplum', Yeni Türkiye Dergisi, Y: 3, S: 14, s.779-790.
- Atay, Cevdet (1999) **Devlet Yönetimi ve Denetimi**, 2. Baskı, İstanbul, Alfa Yayınevi.
- Avşar, B. Zakir **Ombudsman (Kamu Hakemi)- Türkiye İçin Bir Model Önerisi**, HAK-İŞ Eğitim Yayınları, No: 38.
- Bozkurt, Enver, Özcan, Mehmet, Köktaş, Arif (2005) **Avrupa Birliği Temel Mevzuatı**, 1. Baskı, Ankara.
- Buck, Trevor / Kirkham, Richard / Thompson, Brian (2011) **The Ombudsman Enterprise and Administrative Justice**, Ashgate Publishing, England.
- Coşkun, Burak / Günaydın, Hamza (2015) 'Ombudsmanlığın Kökeni Meselesi Bağlamında Türk-İslâm Devlet Geleneğinde Şikâyet Hakkının Kurumsal Tekâmülü', Ombudsman Akademik Dergisi, Y:2, S: 3, s.9-60.
- Diamandouros, P. Nikiforos (2014) 'Demokrasi, Hukukun Üstünlüğü ve Ombudsmanlık Kurumu', Ombudsman Akademik Dergisi, Y:1, S: 1, s.31-45.
- Çakmak, Caner (2008) **Kamu Denetiminde Ombudsmanlığı (Ombudsman) Kurumunun Türkiye'de Yeri ve Önemi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Eklundh, Claes (2000) 'Ombudsman – İsveç'te Parlamento Ombudsmanları', Hukuk Kurultayı 2000.
- Eren, Hayrettin (2000) 'Ombudsman Kurumu', Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: IV, S: 1-2, s. 79-96.

Erhürman, Tufan (1998) ‘**Ombudsman**’, Amme İdaresi Dergisi, C: 31, S: 3, s. 82-102.

Erhürman, Tufan (2000) ‘**Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?**’, AÜHFD, C. 49, S: 1-4, s.155-180.

Erhürman, Tufan (1995) **Dünyada ve KKTC’de Ombudsman**, Işık Kitabevi Yayınları, Lefkoşa.

Esgün, İbrahim Uğur (1996) ‘**Ombudsman Kurumunun Türkiye İçin Gerekliliği Üzerine Bir Değerlendirme**’, AÜHFD, C: 45, S: 1-4, s.251-278.

Fendoğlu, Hasan Tahsin (2011) **Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)**, Yetkin Yayınları, Ankara.

Gammeltoft-Hansen, Hans (1996) (çev. Turgay Ergun) ‘**Ombudsman Kavramı**’, Amme İdaresi Dergisi, C: 29, S: 3, s.195-202.

Genel Gerekçe, Kamu Denetçiliği Kurumu Kanun Tasarısı.

Gil-Robles, Alvaro (2004) ‘**Ombudsman**’, 2004 yılı İdari Yargı Sempozyumu, <<http://www.danistay.gov.tr/>>, s.e.t 17.11.2016.

Günoğur, Haluk (2007) **Avrupa Birliği**, Ankara.

Işıkkay, Mahir, ‘**Ombudsmanlık Kurumunun Avrupa Birliği ve Türkiye’deki Konumu**’, <<http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/MIIsikay.html>>.

Kallek, Cengiz (1998) ‘**Hisbe**’, DİA, C: 18, s.133-143.

Kofler, Brigitte (2008) ‘**European Union**’, Kucsko-Stadlmayer, Gabriele (Ed.), **European Ombudsman- Institutions: A Comparative Legal Analysis Regarding the Multifaceted Realisation of an Idea**, Springer-Verlag/Wien, Austria, s.85-148.

Köseoğlu, Özer (2010) ‘**Avrupa Ombudsmanının Hukuki Statüsü, İşleyişi ve Kurumsal Etkinliği**’, Sayıştay Dergisi, S: 79, s.31-62.

Kucsko-Stadlmayer, Gabriele (2008) ‘**The Legal Structures of Ombudsman-Institutions in Europe – Legal Comparative Analysis**’, Kucsko-Stadlmayer, Gabriele(Ed.), **European Ombudsman- Institutions: A Comparative Legal Analysis Regarding the Multifaceted Realisation of an Idea**, Springer-Verlag/Wien, Austria.

McMillan, John (2004) ‘**The Ombudsman and the Rule of Law**’, Reif, Linda C. (Ed.), **The International Ombudsman Yearbook**, The International Ombudsman Institute, Vol: 8, Martinus Nijhoff Publishers, Boston.

Mifsud, Ivan / Plaidy Cécile (2004) ‘**The Roles of Administrative Courts and Ombudsmen in France and Malta: A Review of Two Contrasting Systems**’, Reif, Linda C. (Ed.), **The International Ombudsman Yearbook**, The International Ombudsman Institute, Vol: 8, Martinus Nijhoff Publishers, Boston.

Parlak, Bekir / Doğan, Kadir Caner (2016) '**Ombudsman Kavramı ve Seçilmiş Ülkelerde Ombudsmanlık Uygulamaları: Temel Yön, Nitelik ve Özellikler Üzerine Bir Değerlendirme**', Türk İdare Dergisi, S: 480.

Pickl, Victor J. (1986) (çev. Turgay Ergun) '**Ombudsman ve Yönetimde Reform**', Amme İdaresi Dergisi, C: 19, S: 4.

Pino, Ana María Moure (2011) '**The European Ombudsman in the Framework of the European Union**', Revista Chilena de Derecho, vol. 38(3).

Reif, Linda C. (2004) '**The Ombudsman, Good Governance and the International Human Rights Systems**', Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands.

Rowat, Donald C. (1968) '**The Ombudsman (Citizen's Defender)**', Published in Canada By University of Toronto Press, Second Edition.

Stern, Joachim (2008), '**Sweden**', Kucsko-Stadlmayer, Gabriele (Ed.), **European Ombudsman- Institutions: A Comparative Legal Analysis Regarding the Multifaceted Realisation of an Idea**, Springer-Verlag/Wien, Austria.

Stern, Joachim (2008), '**France**', Kucsko-Stadlmayer, Gabriele (Ed.), **European Ombudsman- Institutions: A Comparative Legal Analysis Regarding the Multifaceted Realisation of an Idea**, Springer-Verlag/Wien, Austria.

Şengül, Ramazan (2003) '**Fransa'da Kamu Yönetiminin Denetlenmesinde Kamu Arabulucusunun (Médiateur de la République) Rolü**', Danıştay Dergisi, Y: 33, S: 105.

Şahin, Ramazan (2004) '**Ombudsman ya da Kamu Denetçiliği ve Avrupa Birliği**', Türk İdare Dergisi, Y: 76, S: 444, Ankara.

Odyakmaz, Zehra (2000) '**Türk Hukuk Kurultayına Sunulan İsveç Parlamento Ombudsmanlığı ile İlgili Bildiri Üzerine Düşünceler**', Hukuk Kurultayı 2000.

Oytan, Muammer (1977) '**Ombudsman Eli ile İdarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme**', Prof. Dr. Osman F. Berki'ye Armağan, AÜHF Yayınları, No: 411, Ankara.

Özen, Şükrü (2001) '**Kâdilkudât**', DİA, C: 24.

Temizel, Zekeriya (1997) '**Ombudsman (Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bağımsız Bir Denetim Organı)**', Yerel Yönetim Dünyası IULA, Kent Basımevi, İstanbul.

Temizel, Zekeriya (1997) '**Yurttaşın Yönetime Karşı Korunmasında Bir Denetim Organı: Ombudsman**', Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı II, Yeni Türkiye Dergisi, C: II, S: 14.

Tortop, Nuri (1998) '**Ombudsman Sistemi ve Çeşitli Ülkelerde Uygulaması**', Amme İdaresi Dergisi, C:31, S:1.

Tortop, Nuri, İsbir, Eyüp Günay (1986), **Yönetim Bilimi**, Bilim Yayınları.

Tortop, Nuri (1974) '**Yönetimin Denetlenmesi ve Denetleme Biçimleri**', Amme İdaresi Dergisi, Ankara, C. 7, S. 1.

Victor J., Pickl (1997) (çev. Taykan Ataman) '**Ombudsman Sisteminin İslami Temelleri**', Siyasette Yozlaşma Özel Sayısı II, Yeni Türkiye Dergisi, C: II, S: 14.

Uler, Yıldırım (1990) '**Ombudsman (Kamu Denetçisi)**', I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Üçüncü Kitap, Çeşitli İdare Hukuku Konuları, Ankara.

Yağmurlu, Aslı (2009) '**Ombudsman as a Public Relations Mechanism**', Review of Public Administration, S: 3/1.

Yeniçeri, Celal (2004) '**Mezâlim**', DİA, C: 29.

Wade, H.W.R. (1974) '**The Ombudsman in Britain**', Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, AÜSBF, TODAİE, Sevinç Matbaası, Ankara.

What can the European Ombudsman do for you? (2008) European Communities, Belgium.

The European Ombudsman Annual Report (2009).

The European Ombudsman Annual Report (2012).

The European Ombudsman Annual Report (2013).

The European Ombudsman Annual Report (2014).

The European Ombudsman Annual Report (2015).

<<http://www.jo.se/en/About-JO/History/>>, s.e.t 17.11.2016

<<http://www.defenseurdesdroits.fr/>>, s.e.t 17.11.2016

<<http://www.defenseurdesdroits.fr/en/institution/introduction>>, s.e.t 17.11.2016

<<https://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/historicaldocuments.faces>> , s.e.t 17.11.2016

<<https://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/statute.faces>> , s.e.t 17.11.2016

<<https://www.ombudsman.europa.eu/en/cases/decision.faces/en/2447/html.bookmark;jsessionid=BDAB98545E90C4F20B30342B9DEAEA53>>, s.e.t 17.11.2016

İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN KARŞILAŞTIRILMASI

Arş. Gör. Neslihan ÖZELER*

ÖZET

Hukuki ve siyasi alanda çok büyük bir öneme sahip olan insan hakları kavramı evrensel nitelik taşıma iddiasına rağmen bölgesel olarak tanınmaya ve korunmaya ihtiyaç duymaktadır. Bu çalışmada bölgesel nitelikli olan Afrika İnsan ve Halkların Hakları (AİHHS) Sözleşmesi incelenmeye alınmıştır. Sözleşmenin genel özelliklerinin tanıtılmasının yanında esas olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile olan benzerlikleri ve farklılıklarının gösterilmesi amaçlanmıştır. Bu doğrultuda öncelikle Afrika insan hakları sistemiyle ilgili genel bilgilere ve sözleşme maddelerinde yer alan haklara değinilecektir. Sonrasında iki sözleşmenin karşılaştırılması, şekle ve esasa ilişkin olarak iki başlık altında yapılacaktır. Şekli ve içeriksel karşılaştırmanın yanında, konu bütünlüğünün sağlanması amacıyla sözleşmelerin yaptırım mekanizmalarının karşılaştırılmasına yer verilecek, bu şekilde AİHHS'nin, AİHS karşısında yeri ve değerinin tespiti sağlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: İnsan hakları, bölgesel koruma, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, nesli_ozeler1988@hotmail.com

THE COMPARISON BETWEEN AFRICAN CHARTER ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS AND EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The concept of human rights, which has great importance in legal and political area, needs regional recognition and protection despite the claim of universal character. African Charter on Human and Peoples' Rights (Banjul Charter), which is a regional protection mechanism, has been examined in this study. In addition to introducing the general characteristics of the Charter, it is mainly aimed to display its similarities and differences with the European Convention on Human Rights (ECHR). In this respect, first of all the general information about the African human rights system and the rights in the charter will be introduced. After that, the comparison of the charter and convention shall be made in two parts in relation to the form and the content. In addition to formal and contextual comparisons, comparisons of sanctions mechanisms will be mentioned in order to ensure the integrity of the study. In this way the determination of the place and value of the Banjul Charter in relation to the ECHR will be ensured.

Keywords: Human rights, regional protection, African Charter on Human and Peoples' Rights.

GİRİŞ

İnsan haklarının, 20. ve 21. yüzyıl sosyal ve siyasal hayatının en önemli kavramlarından biri olduğunu söylemek mümkündür. Aslında özü ve temeli ilk çağ felsefesine kadar uzanabilen insan hakları kavramına, 2. Dünya Savaşı sonrasında tecrübe edilen yıkımların bir daha yaşanmaması amacıyla bir çare olarak başvurulmuştur. Tabii hukuk felsefesiyle başlayan hukuk anlayışı modern çağın ampirik ve determinist yaklaşımının hukuka yansımaları sonucu yerini pozitivist hukuk anlayışına bırakmıştır. Bu şekilde egemenin vazettiği yasalar en üstün hukuki ve ahlaki ilkeler olarak kabul edilmiştir. Bu anlayışın, özellikle 2. Dünya Savaşı ile birlikte doğurduğu sonuçlar, insan hakları kavramıyla beraber tabii hukukun yeniden doğuşunu gerçekleştirmiş ve yasaların da üzerinde insanın doğuştan, vazgeçilmez, devredilmez birtakım haklarının bulunduğu ve devletin bu hakları korumakla yükümlü olduğu anlayışını yerleştirmiştir.

İnsan hakları düşüncesi, tüm insanlık için geçerli olduğundan özü itibarıyla, en başta evrensel iddiası taşımaktadır. Bunun delilini teşkil edebilecek ilk belge de 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'dir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmeyi garanti altına alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan haklarının bölgesel düzlemde korunmasının önemini ve bu hususa duyulan gereksinimi göstermiştir. İnsan haklarının bölgesel temelde korunmasını destekleyen görüşler olduğu gibi bunun, insan haklarının evrensellik iddiasını zayıflattığı ve birey haklarının korunması için tüm insanlığın birlikte hareket etmesini sağlama amacından saparak, bu hedefe keyfi sınırlar koyduğunu söyleyen görüşler de bulunmaktadır¹. Ancak diğer yandan, daha az sayıda ve daha homojen devletlerden oluşması, ortak karar alma mekanizmasının kolaylığı ve bireyler açısından ulaşılabilirliği, bölgesel yapılanmaların cazibesini ve etkililiğini arttırmaktadır². Hangi fikir desteklenirse desteklensin kabul edilmesi gereken şey ise, insan haklarını ulus üstü koruma mekanizmalarının her geçen gün daha fazla önem kazandığıdır. Şu an dünya genelinde evrensel ya da bölgesel niteliği haiz, 16'sı halen faaliyette olan 43 mahkeme olduğu ayrıca, yarı yargısal (quasi-judicial) ya da sorun çözücü organ (dispute settlement) niteliğinde 82 mekanizmanın bulunduğu

1 Sarkin, Jeremy (2008) 'The Role of Regional Systems in Enforcing State Human Rights Compliance', *Inter-American and European Human Rights Journal*, S:1, No: 2, s. 199-242.

2 Sarkin s. 210.

ifade edilmiştir³. Bölgesel yapılanmalarda ise başta Avrupa koruma sistemi olmak üzere Afrika ve Amerika sistemleriyle birlikte 3 bölge öne çıkmaktadır.

Bu çalışmada, Afrika insan hakları koruma mekanizması olan, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi (AİHHS)⁴ ve buna dayanan Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi (AİHHM) ile günümüzdeki en başarılı örnek olarak gösterebileceğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) karşılaştırılarak açıklanmaya çalışılacaktır. Buradaki öncelik, en başta sözleşmelerde ele alınan haklar, bunların ele alınış şekli, anlamları ve etkililikleridir. Konunun önemine binaen sözleşmelerin sağlayıcısı ve yaptırım gücü olan mahkemelere de değinilecek ancak bu genel değerlendirmelerle sınırlı tutulacak, yapısal özellikleri derinlemesine incelenilmeyecektir. Ayrıca, çalışmanın esas amacı Afrika insan hakları sisteminin açıklanması olduğundan AİHS ve AİHM ile ilgili bilgilere detaya girmeden, ancak karşılaştırma yapmanın doğasına da aykırı olmayacak şekilde yer verilecektir.

I. AFRİKA'DA İNSAN HAKLARININ KISA TARİHÇESİ

Afrika kıtasında insan haklarını koruma düşüncesinin ilk filizlenişinin 1963 yılında Afrika Birliği Örgütü'nün (ABÖ) kurulmasıyla başladığı söylenebilir. Birliğin kurulması ise kuşkusuz 14 Aralık 1960 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilen "Sömürge Ülkelerine ve Halklarına Bağımsızlık Verilmesi Bildirisi"⁵ ile yakından ilişkilidir⁶. Zira yüzyıllar boyunca sömürge toprakları olarak yönetilen Afrika ülkelerinde insan hakları bilincinin oluşması için öncelikle bağımsızlığın kazanılması gerekmektedir. Bildiri maddeleri ile ABÖ'yü kuran sözleşmenin maddeleri arasındaki benzerlik de bu ilişkiyi görünür kılmaktadır. Bildirinin 1. maddesine göre: "Halkların ya-

3 Romano, Cesare P.R, **The International Judiciary in Context** <http://www.pict-pcti.org/publications/synoptic_chart/synop_c4.pdf> s.e.t 23.05.2016; **Sarkin**, s. 202.

4 Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <www.ihop.org.tr/dosya/sozlesme/afrikainsanhaklarisarti.doc> s.e.t. 24.05.2016; Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf> s.e.t. 24.04.2016.

5 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1514 (XV) sayılı 14 Aralık 1960 tarihli kararı, Türkçe metin için bkz. <http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/SOMURGE.pdf> s.e.t. 24.05.2016.

6 Bildiri 89 evet oyu ile kabul edilmiş, hiç ret oyu almamış, 9 üye çekimser kalmıştır. Bu 9 ülke şunlardır: ABD, Avustralya, Belçika, İngiltere, Dominik Cumhuriyeti, Fransa, Güney Afrika, İspanya, Portekiz. Aybay, Rona (2015) **İnsan Hakları Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 53.

bancı tahakkümüne, hâkimiyetine ve sömürüsüne tabi bulunması temel hakların inkârıdır”. Aynı şekilde ABÖ Sözleşmesi’nin hem başlangıç hem de amaçlar kısmında sömürgeciliğin her türüyle mücadele edileceği ve BM Sözleşmesi ve Evrensel İnsan Hakları Bildirisi’nde yer alan ilkelerin benimseneceği belirtilmiştir⁷. ABÖ’nün asıl amacının sömürgeciliğin önlenmesi olduğu ve insan haklarına öncelik vermediği ifade edilse de⁸ bu örgütün insan hakları koruma mekanizmalarına giden yolda atılan ilk adım olduğunu söylemek mümkündür. Zira bu örgüt, 1981 yılında AİHHS’yi kabul etmiştir. Bu sözleşme, bugünkü Afrika insan hakları siteminin temelini teşkil etmektedir.

AİHHS, 27 Haziran 1981’de kabul edilmiş ve 21 Ekim 1986’da yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin denetim mekanizması olan mahkemenin kurulması ise yaklaşık 20 yıl sonra gerçekleşmiştir. Bundan önceki dönem için öngörülen denetim sistemi AİHHS’nin 30 ve devamı maddelerince düzenlenen Afrika İnsan ve Halkların Komisyonu örgütüdür. Komisyonun yetkileri 45. maddede şu şekilde belirtilmiştir:

“1. İnsan ve Halkların Haklarını geliştirmek ve özellikle:

- a. İnsan ve halkların hakları alanında Afrika’nın sorunlarına ilişkin belge toplamak, çalışmalar ve araştırmalar yürütmek, insan ve halkların hakları ile ilgili ulusal ve yerel kuruluşları teşvik etmek, seminer, sempozyum ve konferanslar düzenlemek, bilgi yaymak ve gerektiği hallerde, Hükümetlere görüşlerini sunmak ve tavsiyelerde bulunmak.
 - b. Afrika Hükümetlerinin mevzuatlarına dayanak oluşturabilecek, insan ve halkların hakları ve temel özgürlükleriyle ilintili hukusal sorunların çözülmesini amaçlayan ilke ve kuralları biçimlendirmek ve düzenlemek.
 - c. İnsan ve halkların haklarının geliştirilme ve korunmasıyla ilgili diğer Afrikalı ve uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapmak.
2. İnsan ve halkların haklarının korunmasını bu Sözleşme ile belirlenen koşullar altında temin etmek.
 3. Bir taraf Devletin, ABÖ’nün bir kuruluşunun ya da ABÖ tarafından tanınan bir Afrika örgütünün istemi üzerine, bu Sözleşmenin tüm hükümlerini yorumlamak.
 4. Devlet ve Hükümet Başkanları Meclisi tarafından kendisine verilebilecek diğer işleri görmek”.

Bu yetkilerden anlaşıldığı üzere komisyonun bağlayıcı karar alma yet-

7 Gemalmaz, Mehmet Semih (2005) **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal, s. 897.

8 Doğan, İlyas (Editör) (2015) **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Astana, s. 346.

kisi bulunmamaktadır. Ancak bu mekanizmanın, yarı-yargısal niteliğinin yanında, araştırma ve bilgi vermeye yönelik yarı-yasama organı niteliğini haiz kendine özgü bir yapılanmasının olduğu ifade edilmektedir⁹.

Sözleşme bazı ek protokollerle etkililik alanını genişletmeye yönelik adımlar atmıştır. Bunlardan ilki, 1998 tarihli Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin kurulmasına ilişkin protokoldür. Ancak aşağıda görüleceği üzere protokol 1998 tarihinde imzalanmış olmasına karşın, mahkeme 2006 yılında faaliyete başlamıştır. Bunun haricinde 2003 yılında kabul edilen ve 2005 yılında yürürlüğe giren Afrika'da Kadınların Hakları Protokolü bulunmaktadır. Ayrıca, Afrika'daki diğer insan hakları belgeleri olarak, 1990 yılında kabul edilen ve 1999'da yürürlüğe giren Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Sözleşmesi ile 1969'da kabul edilen ve 1974'te yürürlüğe giren Afrika'da Mülteci Sorunlarının Belirli Yönlerine İlişkin Afrika Birliği Sözleşmesi sayılabilir.

II. AFRİKA İNSAN VE HALKLARIN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

A. GENEL ÖZELLİKLER

Avrupa ve Amerika'dan sonra üçüncü bölgesel insan hakları belgesi olan AİHHS, 1981 yılında kabul edilmiş ve 1986 yılında yürürlük kazanmıştır. Sözleşme "Başlangıç" bölümüyle birlikte 68 maddeden oluşmaktadır. Başlangıç bölümünde öncelikle her türlü sömürgeciliğe karşı olduğu teyit edilmiş ve temel insan haklarıyla birlikte halkların hakları gerçeğinin ve onlara saygı gösterilmesinin zorunluluğu vurgulanmıştır. Gelişme hakkına değinilmiş ve ekonomik gelişmenin, sosyal, kültürel, medeni ve siyasal olarak gelişmeye bağlı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bu bölümde işbu sözleşmede belirtilen hakların yanında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen bildiriler, sözleşmeler ve diğer belgelerde yer alan insan ve halkların hakları ve özgürlükleri ilkelerine bağlı olacakları beyan edilmiştir.

Sözleşme iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısım, haklar ve ödevlere ilişkindir. İkinci kısımda ise koruma önlemleri yer almaktadır. AİHHM'e ilişkin düzenlemeler ek protokol ile gerçekleştirildiğinden, sözleşmede sadece İnsan ve Halkların Hakları Komisyonu düzenlenmiştir. Birinci kısmın ilk bölümünde insan ve halkların hakları ikinci bölümünde ödevler sıralanmıştır. Bir başka

9 Badawi El-Shikh, Ibrahim (1989) 'The African Commission on Human and Peoples' Rights: Prospects and Problems', Netherlands Quarterly of Human Rights, S: 7, No: 3, s. 272- 283; Gemalmaz, s. 915.

deyişle, ilk bölümde negatif, pozitif ve aktif statü hakları yer almakta ikinci bölümde ise farklı olarak bireylerin ve halkların yapmak zorunda oldukları belirtilmektedir.

B. AİİHS'TE YER ALAN TEMEL HAKLAR VE ÖDEVLER

Öncelikle belirtilmesi gereken sözleşmenin başlıklar halinde teker teker hak kategorileri oluşturmadığı, hakların ve özgürlüklerin maddeler arasında dağıtıldığıdır. İlk madde, sözleşmede düzenlenen tüm hak, özgürlük ve ödevlerin tanınması ve etkinlik kazandırılması hususunda devletlerin görevli olduğunu düzenlemiştir. Bu madde, devletlere genel bir sorumluluk yüklediğinden, sözleşmede yer alan maddelerden herhangi birinin ihlalinin otomatikman 1. maddeyi ihlal edeceği şeklinde yorumlandığı belirtilmiştir¹⁰.

Sözleşmede ilk olarak düzenlenen *eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı*-dır. 2. madde, sözleşmede yer alan haklar ve özgürlüklerin herhangi bir ayırım olmaksızın uygulanacağını belirttikten sonra 3. madde yasa önünde eşitliği ayrıca vurgulamıştır. Bunun yanında 18. maddenin 3. ve 4. fıkralarında kadınlara ve çocuklara ayrımcılık yapılmaması düzenlemiştir.

Sözleşmenin 4. maddesi *yaşam hakkına* yer vermiştir. Bu hak lâfzî itibariyle keskin ifadeler taşımamaktadır¹¹. Her bireyin kendi yaşamına ve vücut bütünlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu ve hiç kimsenin keyfi olarak bu haktan yoksun bırakılamayacağını düzenlemiştir. Madde oldukça yumuşak biçimde kaleme alınmış olsa da komisyon uygulamasında gıda güvenliğinin sağlanmasını da yaşam hakkı kapsamında yorumlandığı görülmüştür. Örneğin çevre kirliliği sebebiyle var olan gıda kaynaklarının yok edilmesinin ya da ambargo sebebiyle gıda sıkıntısı çekilmesinin, yaşam hakkı çerçevesinde yorumlanması mümkündür¹².

İşkence ve insanlık dışı muamele yasağı sözleşmenin 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu tip davranışlar arasında kölelik, köle ticareti, insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza ayrıca sayılmıştır. Aşağılayıcı cezalarla ilgili olarak komisyo-

10 Evans, Malcom/Murray, Rachel (Editör) (2008) **The African Charter on Human and People's Rights The System in Practice 1986-2006**, 2. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press, s. 174.

11 "Article 4: Human beings are inviolable. Every human being shall be entitled to respect for his life and the integrity of his person. No one may be arbitrarily deprived of this right."

12 Evans/Murray, s. 184-185.

na pek çok olay intikal etmiştir. Curtis Francis Doebbler v. Sudan kararı buna örnek olarak verilebilir¹³. Olayda, piknik yapan üniversiteli kız ve erkek öğrenciler kamu düzenini bozdukları gerekçesiyle suçlanmışlar ve 25 ile 40 arası kırbaç cezasına çarptırılmışlardır. Ayrıca bu cezalar kamuya açık bir şekilde infaz edilmiştir. Komisyon olayda 5. maddenin ihlal edildiğini söylemiş ve ne şekilde olursa olsun fiziksel cezaların uygulanmaması gerektiğine hükmetmiştir.

Sözleşmenin 6. maddesi **özgürlük ve güvenlik hakkına** ilişkindir. Maddede hiç kimsenin yasayla belirtilmemiş nedenlerle ve keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı düzenlenmiştir. Ancak, yasayla belirlenmenin sınırları ya da keyfilikten ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmemiştir.

Adil yargılanma hakkı esas olarak 7. maddede düzenlenmiştir. Ancak adil yargılanmanın bir gereği olan mahkemelerin bağımsızlığına 26. maddede değinilmiştir. 7. maddede sırasıyla, yetkili makamlara başvurabilme, suçluluğun kanıtlanana kadar masum sayılma(masumiyet karinesi), kendi seçeceği bir avukat tarafından savunma, tarafsız mahkeme önünde makul süre içerisinde yargılanma hakkı bulunmaktadır. Bu maddede ayrıca, cezaların kanuniliği, yasaların geriye yürümezliği, suç ve cezaların şahsiliği de düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 8. maddesinde **vicdan, ibadet ve din özgürlüğü**, 9. maddesinde **ifade özgürlüğü** yer almaktadır. Bu haklar da diğer birçok gibi basit ve ayrıntısız şekilde kaleme alınmış, ancak kapsamaları yorumlanma suretiyle genişletilmeye çalışılmıştır. Örneğin, Law Offices of Ghazi Suleiman v. Sudan¹⁴ kararında, şikâyetçi, insan haklarıyla ilgili bir konuşma yapmak üzere davet edildiği bir konferansa giderken güvenlik güçleri tarafından engellenmiş ve konuşma yaptığı takdirde tutuklanacağı yönünde tehdit edilmiştir. Hükümet konuşmanın ulusal güvenliği ve kamu düzenini tehdit edeceğini iddia etse de komisyon henüz konuşma yapacağı yere dahi gitmeyen şikâyetçinin engellenmesini 9. maddenin ihlali olarak yorumlamıştır.

Sözleşmenin 10. ve 11. maddelerinde sırasıyla **örgütlenme ve toplantı yapma özgürlüğü** düzenlenmiştir. Ancak toplantı yapma özgürlüğü birçok sınırlamaya tabi tutularak, kullanımı adeta imkânsız hale getirilmiştir. Madde

13 Communications 236/00: Curtis Francis Doebbler/Sudan <[http://www.achpr.org/files/sessions/33rd/comun ica tions/236.00/achpr33_236_00_eng.pdf](http://www.achpr.org/files/sessions/33rd/comun%20ications/236.00/achpr33_236_00_eng.pdf)> s.e.t. 26.05.2016.

14 Communications 228/99: Law Offices of Ghazi Suleiman / Sudan <[http://www.achpr.org/f i les /se ssio ns/33rd/comunications/228.99/achpr33_228_99_eng.pdf](http://www.achpr.org/files/se ssio ns/33rd/comunications/228.99/achpr33_228_99_eng.pdf)> s.e.t. 26.05.2016.

bu özgürlüğün, yasa tarafından düzenlenmiş olma şartıyla, ulusal güvenlik, emniyet, sağlık, kamu ahlakı, başkalarının hakları ve özgürlükleri lehine konulan kurallarla sınırlandırılabilmesini öngörmüştür.

Seyahat etme özgürlüğü, sözleşmedeki diğer haklara nazaran oldukça detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu hak, bireyin kendi ülkesinden ayrılmayı ve ülkesine geri dönmeyi, baskıya uğradığı zaman başka ülkelere sığınmayı araştırma ve sığınmacı statüsü elde etmeyi kapsamaktadır. Ayrıca vatandaş olmayan belli bir ırk, milliyet ve ya dine ait toplulukların kitle halinde sınır dışı edilmesi yasaklanmıştır.

Sözleşmenin 13. maddesinde **ülke yönetimine katılma hakkı** düzenlenmiştir. Bu hak sadece vatandaşlara tanınmıştır. Aynı madde, **kamu hizmetlerinden yararlanmayı** da içermektedir. Bu hak da vatandaşlara özgü olarak düzenlenmiş ancak bir sonraki fıkrada ayrıca kamu hizmetine ulaşma hakkının her bireye ait olduğu belirtilmiştir.

Düzenleme konusu olan diğer bir önemli hak 14. maddedeki **mülkiyet hakkı**dır. Bu hakkın ancak kamusal menfaate ve yasalara uygun olarak sınırlandırılabilceği belirtilmiştir. Madde müdahale durumunda tazminata ilişkin herhangi bir düzenleme öngörmemiştir. Sözleşmede sosyoekonomik haklar olarak ayrıca 15. maddede **çalışma hakkı** ve **eşit işe eşit ücret**, 16. maddede **sağlık hakkı** ve 17. maddede **eğitim hakkı** düzenlenmiştir. 17. maddede bireyin kendi toplumunun kültürel yaşamında özgürce yer alabileceği ayrıca toplum tarafından tanınan değerlerin geliştirilmesi ve korunmasının devletin sorumluluğunda olacağı belirtilmiştir.

Sözleşmede bireylere yönelik son düzenleme 18. maddede yer almaktadır. Bu maddede ailenin toplumun temel birimi olarak düzenlenmiş devletin, onu koruyup gözetmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu maddede ayrıca, kadınlara ve çocuklara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve yaşlı ve özürlülerin her türlü gereksiniminin karşılanması için özel önlemler alınması gerektiği öngörülmüştür.

AİHHS'yi diğer klasik insan hakları sözleşmelerinden ayıran kısım 19. ve 24. maddeler arasında düzenlenen topluluk ya da halkların hakları bölümüdür. Bu haklardan ilki tüm halkların eşit olduğunu ve hiçbir şekilde bir halkın diğer bir halk üzerinde tahakküm kuramayacağını düzenlemektedir. 20. maddeye göre, **var olma hakkıyla** beraber, tüm halkların **kendi kaderini be-**

lirleme hakkı olacaktır. Sömürge altında olan topluluklar, uluslararası hukuk tarafından tanına tüm yollara başvurma hakkına sahip olacaktır. Bu hakkın anlamı kuşkusuz pek çok ulusal ve uluslararası bildiriye hatta bazı devletlerin anayasalarında yer alan **direnme hakkı** olarak anlaşılmalıdır. 21. maddede her halkın **kendi doğal zenginliklerinden yararlanma hakkı** olduğunu ve bu zenginliklerin yağmalanması durumunda tazminat haklarının olduğunu düzenlemiştir. Görüleceği üzere mülkiyet hakkının kamulaştırılması durumunda dahi öngörülmeleyen tazminat hakkı bir nevi halkın mülkiyeti olan kaynaklardan yoksun bırakılma durumunda sözleşme tarafından garanti altına alınmıştır.

Sözleşmenin 22. maddesi **insanlığın ortak mirasından yararlanmayı**, 23. maddesi **ulusal ve uluslararası barış hakkını** düzenlemiştir. **Çevre hakkı** da 24. maddede topluluk hakkı olarak belirtilmiştir.

Sözleşmenin 25. ve 26. maddelerini, 1. maddenin tekrarı olarak nitelendirmek mümkündür. Bu maddeler 1. maddede olduğu gibi hakların ve özgürlüklerin sağlanmasında, korunmasında ve geliştirmesinde devletin sorumlu olduğunu ifade etmektedir.

Halkların haklarının yanında AİHHS'yi farklı kılan diğer bir husus ise hak ve özgürlüklerin yanında bir **ödevler** kategorisi oluşturmasıdır. 27. maddenin 1. fıkrasına göre bireyin, ailesine, topluma, devlete, yasal olarak tanınan diğer topluluklara ve uluslararası topluma karşı ödevleri olacaktır. Maddenin 2. fıkrasını ise sözleşmede bireylere tanınan tüm haklar ve özgürlükler için ve aynı zamanda devletin sorumluluğu için genel bir sınırlandırma niteliği taşımaktadır. Buna göre, her birey haklarını ve özgürlüklerini kullanırken, başkalarının hakları, toplum güvenliği, ahlaki ve ortak çıkarlarını gözetmekle yükümlüdür. Ayrıca birey, 28. maddeye göre, ayrımcılık yapmamak, diğer bireylere saygı göstermek, hoşgörüyü geliştirmekle sorumludur.

Bu konuya ilişkin sözleşmenin son maddesi olan 29. madde, esasen yukarıda bahsedilen ödevleri tekrar etmiştir. Bunlardan farklı olarak vergi ödeme ve çalışma ödevinden bahsedilebilir. Çalışma ödevi, önceden değinildiği üzere 15. maddede bireyin sahip olduğu bir hak olarak düzenlenmiştir. Burada ise bireyin, ulusal bağımsızlık ve bütünlüğünü korumak için en üst düzeyde çalışması bir ödev olarak öngörülmüştür.

III. AİHHS v. AİHS

A. HER İKİ SÖZLEŞMENİN DÜZENLEDİĞİ HAKLAR, ÖZGÜRLÜKLER VE ÖDEVLER YÖNÜNDEN KARŞILAŞTIRILMASI

1. Şekle İlişkin Karşılaştırma

Bu başlık altında, her iki sözleşme ele alınıp madde içerikleri değerlendirilmeksizin ulaşılan bilgilere değinilecektir.

Öncelikle iki sözleşmenin imzalanma tarihleri arasında 31 yıl bulunmaktadır. AİHS 4 Kasım 1950, AİHHS 26 Haziran 1981 tarihinde imzalanmıştır.

Her iki sözleşme de başlangıç bölümlerine sahiptir. Ancak bu bölümler paralel hükümler içerse de farklı önceliklere vurgu yapılmıştır. Genel olarak kabul edilen görüş, başlangıç bölümlerinin tek başına bağlayıcı nitelik taşımadığı ancak, ilgili hukuki düzenlemenin yorumlanmasında göz önünde bulundurulduğudur¹⁵. Dolayısıyla her iki sözleşmenin başlangıç bölümlerine bakarak, metinlerin oluşturulmasının esas amacı ve metinlerin genel karakteri hakkında bilgi sahibi olunabilir¹⁶. Buna göre, AİHS'te esas olarak vurgulanan, üyeleri arasında sıkı bir birlik oluşturma amacıyla kurulan Avrupa Konseyi'nde insan haklarının geliştirilmesinin bir öncelik olarak görülmesi ve aynı inancı taşıyan ve ortak bir gelenekten gelen Avrupa devletlerinin İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde yer alan bazı hakların ortak güvenceye alınmasıdır. Kısaca özetlemek gerekirse, AİHS'in amacı bölgede ortak bir insan hakları anlayışı oluşturmaktır. Daha uzun bir şekilde kaleme alınan AİHHS'nin başlangıç kısmındaki en net vurgu ise bölgenin sömürgecilikten kesin surette arındırılması ve Afrika halklarının yaşam standartlarının yükseltilmesidir. Burada, ekonomik yönden gelişim için, medeni ve siyasal yönden gelişim bir şart olarak görülmüştür.

Sözleşmelerde şekli olarak nitelendirilebilecek en büyük fark madde kategorilerine ilişkindir. AİHS'in 1. maddesinde devletlerin insan haklarını koruma konusundaki sorumluluğu en genel şekliyle düzenlendikten sonra maddeler üç bölüme (section) ayrılmıştır. İlk bölümde haklar ve özgürlükler, ikinci

15 Özbudun, Ergun (2011) **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.75.
16 AİHS 15nolu Protokol ile sözleşmenin başlangıç bölümüne halihazırda AİHM'in yorum suretiyle geliştirdiği yerindenlik ilkesi ve devletin takdir yetkisi alanı doktrininin eklenmesi, başlangıç bölümlerine verilen önemin bir kanıtını teşkil edebilir. 15 ve 16 nolu protokollerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gözlügöl, Said Vakkas/Poyraz, Yasin (2015) '**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında 15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle Öngörülen Reform**', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 20, s.59-86.

bölümde AİHM, üçüncü bölümde de çeşitli hükümler yer almaktadır. AİHHS ise başlangıç bölümünden sonra 2 kısma (part) ayrılmıştır. İlk kısımda haklar ve ödevler, ikinci kısımda koruma tedbirleri düzenlenmiştir. Haklar ve ödevler kısmı iki bölüme (chapter) ayrılmıştır. İlki “İnsan ve Halkların Hakları”, ikincisi “Ödevler” başlığı taşımaktadır. İnsan ve halkların haklarını belirlerken ayrı bir bölümlendirmeye gidilmemiştir. Bölümlerin adlandırılmasında ilk bölüm için hakların süjesi belirtilmiş iken, ikinci bölüm başlığında ödevlerin muhabının belirtilmemesinin şekli bir tutarsızlık yarattığı söylenebilir.

AİHHS’te şekli anlamda eleştiri konusu yapılabilecek en önemli husus madde başlıklandırmasının yapılmamış olması ve ek olarak maddelerin kendi içinde net bir düzenleme kategorisinin oluşturulmamasıdır. Başlıklandırma hususu göz ardı edilebilirse de diğer neden, sözleşmenin anlaşılabilirliğini zorlaştırmaktadır. Örneğin, eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı sözleşmenin 2, 3, 18 ve 28. maddelerinde düzenlenmiştir. Yine, adil yargılanma hakkına ilişkin unsurlardan mahkemelerin tarafsızlığı ana madde olan 7. maddede düzenlenmekte iken bağımsızlık, 26. maddede belirtilmiştir. Bu şekilde dağınık düzenlemelere sözleşmenin pek çok maddesinde rastlamak mümkündür.

İki sözleşmenin karşılaştırılmasında esasa ilişkin olmak üzere şekli olarak da nitelendirilebilecek en büyük farklılık AİHHS’te, AİHS’ten farklı olarak, bireylerin ödevlerine halkların haklarına yer verilmesidir.

Halkların haklarına yer verilmesi AİHHS’i yalnızca AİHS’ten değil diğer tüm insan hakları sözleşmelerinden farklı kılmaktadır. Bu husus Afrika sözleşmesinin bireyleri, toplumdan bağımsız bir değer olarak görmemesi anlayışının yansımaları olarak görülebilir¹⁷. Halkların haklarına ilişkin pek çok değerlendirme yapan sözleşme bir halk tanımı vermemiştir. Halk kavramından ne anlaşılması gerektiği somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmektedir¹⁸.

Ödevlere ilişkin düzenleme ise Afrika sözleşmesini AİHS’ten ayırmakla birlikte, benzersiz bir düzenleme değildir. 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi de benzer bir nitelik taşımaktadır¹⁹. Ayrıca, ayrı bir bölüm olarak ele alınmasa da diğer insan hakları bildirilerinde de ödev kavramına yer verildiği görülmektedir. AİHS’in ifade özgürlüğünü düzenlediği 10. maddesinin 2. fıkrasında da ödev kavramına yer verilmiştir.

17 **Evans/Murray**, s. 244.

18 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Evans/Murray**, s. 247-250.

19 **Aybay**, s. 14; American Declaration of the Rights and Duties of Man, <<http://www1.umn.edu/humanrts/oasinstr/zoas2dec.htm>> s.e.t. 27.05.2016.

Her iki sözleşme de sonrasında kabul edilen protokollerle yeni ihtiyaçlara ayak uydurmayı, kendisini geliştirmeyi ve etkililiğini arttırmayı hedeflemiştir. AİHHS bu hususta iki temel protokol oluşturmuştur. Bunlardan ilki Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Protokol, ikincisi ise Afrika'da Kadınların Hakları Protokolüdür. AİHS'in ise bu konuda daha aktif olduğu söylenebilir. AİHS ile ilgili olarak bugüne kadar 16 protokol imzalanmıştır. Bu protokollerin çoğu sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olmakla birlikte, özellikle 1, 4, 7 ve 12 nolu protokollerle yeni haklar tanımlanmış, 13 nolu protokolle daha önce yasaklanmayan ölüm cezası kaldırılmıştır²⁰.

2. Esasa İlişkin Karşılaştırma

En genel şekliyle AİHHS, bireyin yanında halkları da hak taşıyıcısı olarak tanımlaması, hakların tamamlayıcısı olarak ödev kavramına yer vermesi, ekonomik, sosyal ve kültürel gelişimin hedeflenmesi, evrensellikten ziyade yerellik vurgusu yapması ve bölgenin yerleşik değerlerinin korunmasının amaçlanması gibi özellikleriyle AİHS'ten farklılaşmaktadır. Batıda insan hakları kavramı, bireyin devlet müdahalesine karşı korunması felsefesine dayanmaktayken, Afrika'da sosyal ilişki kavramı esas alınmış ve batı standartlarına nazaran kültürel görecelik tercih edilmiştir²¹.

Afrika sözleşmesi, medeni ve siyasi hakların yanında sosyoekonomik haklara da yer vermiştir. Hatta bu konuda AİHS'ten daha radikal düzenlemelere sahip olduğu söylenebilir. Örneğin, sözleşmede çalışma bir hak olarak belirtilmiş ve eşit işe eşit ücret düzenlemesi yapılmıştır. Bunun asıl nedeni, başlangıç bölümünde de belirtildiği gibi, medeni ve siyasal hakların gelişiminin, sosyoekonomik gelişimle ayrılmaz bir bütün olarak görülmesidir. Ancak, fiili durumda bu hakların uygulanmasında büyük sıkıntılar yaşanmaktadır. Afrika'daki yerel mahkemelerin de bu tür konuların mahkemeler aracılığıyla değil, siyasi organlar tarafından çözülmesi gerektiği yönünde eğilim gösterdiği ifade edilmiştir²².

AİHHS'teki bazı spesifik hakları, AİHS'teki muadilleriyle karşılaştıracak olursak:

Afrika sözleşmesi, yaşam hakkına ilişkin olarak, ölüm cezasını yasaklamamıştır. Kölelik sözleşme ile yasaklanmasına rağmen zorla çalıştırmaya

20 Tüm protokollere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Council of Europe, <<http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3>> s.e.t. 27.05.2016.

21 Sarkin, s. 214.

22 Yerima, Timothy Fwa (2011) 'Comparative Evaluation of the Challenges of African Regional Human Rights Courts', Journal of Politics and Law, S: 4, No: 2, s. 120-127.

ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Özgürlük ve güvenlik hakkı Avrupa sözleşmesine göre oldukça kısa ve yalın şekilde düzenlenmiş, hangi durumlarda özgürlüğe müdahale edileceği açıkça belirtilmemiştir. Eşitlik ve ayrımcılık yasasında ise Avrupa sözleşmesinin protokolle genişlettiği, “sözleşmede tanınan haklar yönünden uygulama” sınırlaması Afrika sözleşmesinde bulunmamaktadır. Afrika sözleşmesi mülkiyet hakkını korumakla beraber kamu menfaati lehine kısıtlamaya gidilebileceğini belirtmiş ancak bu durumlarda tazminat verilmesini güvence altına almamıştır. Afrika sözleşmesi, Avrupa sözleşmesinden farklı olarak sağlık ve tatmin edici bir çevrede yaşama hakkını tanımıştır. Afrika sözleşmesinde adil yargılanma hakkının ise diğerine göre oldukça korumasız olduğu söylenebilir. Örneğin, mahkemelerin yasayla kurulması, kamuya açıklık ve aleniyet, ana dilde savunma, maddi durumu elverişsiz olan kişiler için avukat yardımı gibi düzenlemelere yer verilmemiştir. Bir diğer sınırlı düzenleme de siyasal haklara ilişkindir. Avrupa sözleşmesine 1 nolu protokolle getirilen, makul aralıklarla, gizli oyun geçerli olduğu serbest seçimler düzenlemesi Afrika sözleşmesinde bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtilenler dışında iki sözleşme arasındaki en büyük fark, ödevler ile halkların halklarına yer verilmesidir. Bu hususlara daha önce değinildiği için burada ayrı bir açıklama yapılmayacaktır.

Afrika sözleşmesinde tanınan hak ve özgürlükler açısından gözlemlenen bir diğer husus da sınırlama rejimlerine ilişkindir. AİHM’in içtihatlarıyla geliştirdiği ama esasen sözleşme metninde mündemiç olan hakların ve özgürlüklerin sınırlandırılması kriterlerinin(müdahalenin varlığı, yasayla belirtilmiş olması, demokratik bir toplumda gerekliliği, müdahalenin eylemle orantılı olması vs.), Afrika sözleşmesinden çıkarılması mümkün gözükmemektedir. Afrika sözleşmesinde vurgulanan en önemli sınırlama kriteri “yasaya uygun olma” olarak ifade edilmiştir.

Aşağıdaki tabloda ayrıntılı şekilde, her iki sözleşmede yer alan hak ve özgürlükler ile madde karşılıkları yer almaktadır.

HAKLAR VE ÖZGÜRLÜKLER	AİHS	AİHHS
Yaşam Hakkı	2. madde	4. madde
İşkence Yasağı	3. madde	5. madde
Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı	4. madde	5. madde ¹
Özgürlük ve Güvenlik Hakkı	5. madde	6. madde
Adil Yargılanma Hakkı	6. madde	7. madde
Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi	7. madde	7. madde
Özel ve Aile Hayatına Saygı	8. madde	18. madde ²
Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü	9. madde	8. madde

İfade Özgürlüğü	10. madde	9. madde
Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü	11. madde	10. ve 11. maddeler
Evlenme Hakkı	12. madde	-
Etkili Başvuru Hakkı	13. madde	7. madde ³
Ayrımcılık Yasağı	14. madde (ayrıca 12 nolu protokol)	2, 3 ve 18. maddeler
Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma	15. madde	-
Yabancıların Siyasal Etkinliklerinin Kısıtlanması	16. madde	13. madde
Hakları Kötüye Kullanma Yasağı	17. madde	27(2). madde ⁴
Haklara Getirilecek Kısıtlanmaların Sınırlanması	18. madde	-
Mülkiyetin Korunması	1 nolu protokol 1. madde	14. madde
Eğitim Hakkı	1 nolu protokol 2. madde	17. madde
Serbest Seçim Hakkı	1 nolu protokol 3. madde	-
Borçtan Dolayı Özgürlüğünden Yoksun Bırakılma Yasağı	4 nolu protokol 1. madde	-
Serbest Dolaşım Özgürlüğü	4 nolu protokol 2. madde	12. madde
Vatandaşların Sınır Dışı Edilmeleri Yasağı	4 nolu protokol 3. madde	12. madde
Yabancıların Topluca Sınır Dışı Edilmeleri Yasağı	4 nolu protokol 4. madde	12. madde
Ölüm Cezasının Kaldırılması	6. nolu protokol 1. madde	-
Cezai Konularda İki Dereceli Yargılanma Hakkı	7 nolu protokol 2. madde	-
Adli Hata Halinde Tazminat Hakkı	7. nolu protokol 3. madde	-
Aynı Suçtan İki Kez Yargılanmama ve Cezalandırılmama Hakkı	7 nolu protokol 4. madde	-
Eşit İşe Eşit Ücret Hakkı	-	15. madde
Sağlık Hakkı	-	16. madde
Hakların Eşitliği	-	20. madde
Kendi Kaderini Belirleme Hakkı	-	20. madde
Kendi Doğal Zenginliklerinden Yararlanma Hakkı	-	21. madde
Sömürgeciliğe Karşı Direnme Hakkı	-	21. madde
İnsanlığın Ortak Mirasından Yararlanma Hakkı	-	22. madde
Bariş Hakkı	-	23. madde
Çevre Hakkı	-	24. madde

B. AİHHS'NİN KORUMA MEKANİZMASI

Hukuk sistemlerinde bir hakkın düzenlenmesinden ziyade o hakkın gerçek hayatta nasıl uygulandığı önem taşımaktadır. Örneğin, Afrika sözleşmesinde herkes için geçerli olarak eşit işe eşit ücret tanınması düzenlemesi tek başına Afrika kıtasındaki kişilerin ücret haklarına ilişkin olarak hiçbir şey ifade etmemektedir. Bu sebeple, esasen sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin konu edildiği bu çalışmada kısa da olsa bu hak ve özgürlükler için öngörülen koruma mekanizmasına ve onun etkililiğine değinmek yerinde olacaktır.

Yukarıda değinildiği üzere, sözleşmenin ilk halinde öngörülen koruma sistemi Afrika İnsan ve Halkların Komisyonu'dur. Bu komisyonun zayıf bir koruma sağlaması sözleşmeye yöneltilen en büyük eleştirilerden birini oluşturmaktaydı²³. Komisyon için, "dişsiz köpek-havlayan ama ısırmayan" benzetmesi yapılmaktaydı²⁴. Dolayısıyla, AİHMM kurularak, sözleşmenin daha etkin bir hal alması amaçlanmıştır.

AİHMM, 1998 yılında hazırlanan ve 25 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe giren protokol ile kurulmuştur. Faaliyete geçmesi iki yıl sonra yani, 2006 yılında gerçekleşmiştir. İlk başvuru 11 Ağustos 2008 yılında Senegal'e karşı yapılmış ve 10 Aralık 2009 yılında karar verilmiştir. Mart 2017 itibariyle mahkemeye 124 başvuru yapılmış ve bunlardan 32'si sonuçlandırılmıştır²⁵. İlk kararında mahkeme yetkisiz olduğuna hükmetmiştir²⁶.

AİHMM'nin kurulması, komisyonun varlığını ortadan kaldırmamıştır. Protokolün 2. maddesinde mahkemenin, komisyonun koruyucu yetkisini tamamlamak amacıyla kurulduğu belirtilmiştir²⁷. Protokolün 5. maddesine göre mahkemeye başvurmaya yetkili olanlar, komisyon, komisyona başvuran ya da komisyonda aleyhine başvuru yapılmış devlet, vatandaşı insan hakları ihlali mağduru olan devlet ve Afrikalı hükümetler arası örgütlerdir. Bireysel başvurularla hükümet dışı örgütler (non-governmental organisation) tarafından yapılan başvuruların kabul edilebilmesi için ise, protokolün 34(6). maddesinde, taraf devletin bu tür başvuruları kabul edeceğine dair açık beyanının gerekli

23 Kalabalık, Halil (2009) **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 443.

24 **Yerima**, s. 120.

25 African Court on Human and Peoples' Rights <<http://en.african-court.org/index.php/12-homepage/1-welcome-to-the-african-court>> s.e.t. 28.06.2017.

26 **Michelot Yogogombaye v. The Republic of Senegal**, Başvuru No: 1/2008, <<https://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/1-2008.pdf>> s.e.t. 30.05.2016.

27 Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi'nin Kurulmasına İlişkin Protokol'ün İngilizce metni, <http://www.achpr.org/files/instruments/court-establishment/achpr_ins-tr_proto_court_eng.pdf> s.e.t. 28.06.2017.

olduğu düzenlenmiştir. Bireysel başvurulara bu şekilde doğrudan bir yetki verilmemiş olsa da, bireylerin taraf devletin mahkemenin yargı yetkisini kabul etmediği durumlarda komisyon aracılığıyla dolaylı olarak başvuruda bulunabileceği belirtilmektedir²⁸. Mahkemenin tavsiye niteliğindeki kararları için başvuruda bulunabilecekler ise daha geniş tutulmuştur. Daha önceden komisyonda görüşülmemiş bir konu olması şartı ile Afrika Birliği Örgütü, örgütün herhangi bir organı, örgüte üye devletler ya da örgüt tarafından tanınan Afrikalı kuruluşlar tavsiye kararı istemeye yetkilidir (madde 4). Görüldüğü üzere tavsiye kararı istenebilmesi için protokole taraf olma şartı aranmamaktadır²⁹.

Protokolün 3. ve 7. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, mahkemenin kendisini sadece AİHHS ve ilgili protokolleri ile sınırlandırmadığı görülmektedir. Mahkemenin, söz konusu devletlerin imzalamış olduğu diğer insan hakları belgelerini de gözeticeği bu maddelerde hüküm altına alınmıştır.

Protokolün 27. maddesi, mahkemenin ihlal tespit ettiği durumlarda bu ihlalin giderilmesi için tazminat da dâhil olmak üzere gerekli önlemleri alacağını, acil durumlarda ise geçici tedbirlere başvurabileceğini düzenlemiştir. 30. maddede ise protokolün imzalanmasıyla, taraf devletlerin mahkemenin vereceği bu kararları yerine getireceğini taahhüt ettiklerine ilişkin düzenleme yer almaktadır.

Mahkeme, Afrika'da insan haklarının korunması için olumlu bir gelişme olsa da tam bir güvence sağlama hususunda sıkıntı çekmektedir. Sorunlardan biri, fakirlik ve okuma yazma oranının düşüklüğü sebebiyle mahkemeye ulaşabilme imkânının kısıtlı olmasıdır³⁰. En önemli sorun ise mahkeme kararlarının infazında yaşanmaktadır. Ayrıca, mahkemenin bütçe ve kaynak sıkıntısı bulunmaktadır. AİHMM'nin 2014 yılı bütçesinin yaklaşık 9 milyon dolar olduğu belirtilmiştir³¹. AİHM'in aynı yılki bütçe miktarı ise €67, 650, 400'dür³². Bu şartlar altında AİHMM, insan haklarının korunmasından ziyade devletlerin egemenliğinin bir garantisi olarak kurulduğu eleştirisine maruz kalmaktadır³³.

28 Weissbrodt, David/de la Vega, Connie, *International Human Rights Law*, University of Pennsylvania Press, 2007, s. 336'dan aktaran, Doğan, s. 351.

29 Doğan, s. 351.

30 Yerima, s. 123.

31 Mireille, Affa'a-Mindzie, **Leaders Agree on Immunity for Themselves During Expansion of African Court** <<https://theglobalobservatory.org/2014/07/leaders-agree-immunity-expansion-african-court/>> s.e.t. 30.05.2016.

32 European Court of Human Rights Annual Report (2014) <http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf> s.e.t. 30.05.2016.

33 Asare, Bossman E (2016) 'An Appraisal of Institutions of Global Governance: The Case of the African Human Rights System', *Africology: The Journal of Pan African Studies*, S: 9, No: 1, s. 221-240.

SONUÇ

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi, yaşama hakkı, işkence ya-sağı, ifade, din ve vicdan özgürlüğü gibi evrensel olarak kabul görmüş hemen hemen tüm hakları bünyesinde düzenlemiştir. Bu haklardan bazıları güçlü şe-kilde kaleme alınmamış bazılarında ise sınırlama rejimlerinin aşırı şekilde dü-zenlemesine gidilmiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “*yaşayan bir belge*” olarak kabul edilmesi tecrübesiyle, bu eksikliklerin içtihatlarla gide-rilmesi mümkündür. Ayrıca, AİHHS ve AİHHM her ne kadar eksiklikler içere-se de yüzyıllar boyunca güçlü devletlerin sömürgecilik hareketlerine maruz kalmış olan Afrika kıtası insanları için olumlu bir gelişme olarak görülmelidir.

Afrika insan hakları sistemi, Avrupa ve Amerika sistemlerinden son-raki en genç bölgesel koruma sistemidir. Üstelik sözleşmenin garantörü olan mahkeme henüz 8 yıldır faaliyettedir. Dolayısıyla sistemin bünyesindeki sıkın-tıları gidermesi ile etkinliği ve etkiliğinin değerlendirilebilmesi için biraz daha zaman geçmesi ayrıca, mahkemenin tanınırlığının artması gerekmektedir. Bu-nun yanında, bir hukuki koruma rejiminin sihirli değnek gibi Afrika'daki tüm insanlık sorunlarını çözmesi beklenmemelidir. Mahkemelere tek başına böyle bir misyon yüklenilmesi hatalıdır. Böyle bir beklentiden sonuç alınamayacağı gibi, beklentilerin karşılanmaması durumu hâlihazırda mahkemeye olan gü-venin azalmasına ve sistemin daha da etkisiz bir hale gelmesine sebep olacak-tır.

KAYNAKÇA

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi'nin Türkçe metni <www.ihop.org.tr/dosya/sozlesme/afrikainsanhaklarisarti.doc> s.e.t. 24.05.2016.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi'nin İngilizce metni <http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf> s.e.t. 24.04.2016.

Afrika İnsan ve Halkların Hakları Mahkemesi'nin Kurulmasına İlişkin Protokol'ün İngilizce metni <http://www.achpr.org/files/instruments/court-establishment/achpr_instr_proto_court_eng.pdf> s.e.t. 28.06.2017.

African Court on Human and Peoples' Rights <<http://en.african-court.org/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court>>s.e.t. 30.05.2016.

American Declaration of the Rights and Duties of Man <<http://www1.umn.edu/humanrts/oasinstr/zoas2dec.htm>> s.e.t. 27.05.2016.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin tüm protokollerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Council of Europe <<http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/results/subject/3>> s.e.t. 27.05.2016.

Asare, Bossman E (2016) '**An Appraisal of Institutions of Global Governance: The Case of the African Human Rights System**', *Africology: The Journal of Pan African Studies*, S: 9, No: 1, s. 221-240.

Aybay, Rona (2015) **İnsan Hakları Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

Badawi El-Shikh, Ibrahim (1989) '**The African Commission on Human and Peoples' Rights: Prospects and Problems**', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, S: 7, No: 3, s. 272- 283.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1514(XV) sayılı 14 Aralık 1960 tarihli kararı, Türkçe metin için bkz. <http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/SOMURGE.pdf> s.e.t. 24.05.2016.

Communications 236/00: Curtis Francis Doebbler / Sudan <http://www.achpr.org/files/sessions/33rd/comunications/236.00/achpr33_236_00_eng.pdf> s.e.t. 26.05.2016.

Communications 228/99: Law Offices of Ghazi Suleiman /Sudan, <http://www.achpr.org/files/sessions/33rd/comunications/228.99/achpr33_228_99_eng.pdf> s.e.t. 26.05.2016.

Doğan, İlyas (Editör) (2015) **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Astana.

European Court of Human Rights Annual Report (2014) <http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf> s.e.t. 30.05.2016.

Evans, Malcom/Murray, Rachel (Editör) (2008) **The African Charter on Human and People's Rights The System in Practice 1986-2006**, 2. Baskı, Cambridge, Cambridge University Press.

Gemalmaz, Mehmet Semih (2005) **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal.

Gözlügül, Said Vakkas/Poyraz, Yasin (2015) 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasında 15 ve 16 Nolu Ek Protokollerle Öngörülen Reform', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 20, s.59-86.

Kalabalık, Halil (2009) **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Michelot Yogogombaye v. The Republic of Senegal, Başvuru No: 1/2008, <<https://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/1-2008.pdf>>s.e.t. 30.05.2016.

Mireille, Affa'a-Mindzie, **Leaders Agree on Immunity for Themselves During Expansion of African Court** <<https://theglobalobservatory.org/2014/07/leaders-agree-immunity-expansion-african-court/>> s.e.t. 30.05.2016.

Özbudun, Ergun (2011) **Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, Ankara, Yetkin.

Romano, Cesare P.R, **The International Judiciary in Context** <http://www.pict-pcti.org/publications/synoptic_chart/synop_c4.pdf> s.e.t. 23.05.2016.

Sarkin, Jeremy (2008) 'The Role of Regional Systems in Enforcing State Human Rights Compliance', Inter-American and European Human Rights Journal, S:1, No: 2, s. 199-242.

Yerima, Timothy Fwa (2011) 'Comparative Evaluation of the Challenges of African Regional Human Rights Courts', Journal of Politics and Law, S: 4, No: 2, s. 120-127.

“LANETLENECEK BİR RUH, TEKMELENECEK BİR BEDEN”: ŞİRKETLERİN, “İNSAN” HAKLARI OLABİLİR Mİ?

Engin YILDIRIM*

Şirketlerin insan olduğuna, Teksas
birisini idam ettiği inancağım.

(Wall Street’i İşgal Et Hareketinin bir pankartı)

ÖZET

Kar amaçlı tüzel kişi olan şirketler gerek uluslararası gerekse de ulusal düzeyde insan haklarının sağladığı güvencelerden gittikçe artan bir şekilde yararlanmaya çalışmaktadırlar. Şirketlerin, sözleşme özgürlüğü, adil yargılanma ve mülkiyet gibi haklardan yararlanırken, son yıllarda özel hayatın korunması ve din özgürlüğü gibi geleneksel olarak onlarla özdeşleşmeyen alanlarda da hak öznesi olma iddialarında bulduklarını görmekteyiz. Bu çalışma, şirketlerin “insan” haklarının öznesi olup olmayacakları tartışmasından hareketle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin şirketlerin hak ihlali iddiaları karşısındaki tutumlarını incelemektedir. Çalışmada, şirketlerin korunması gereken hakları olmakla beraber bunların insan hakları bağlamında genişletilmesinin insan haklarının korunması ve geliştirilmesine çok fazla katkı yapmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Şirketler, insan hakları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesi

* Anayasa Mahkemesi

A SPIRIT TO BE DAMNED, A BODY TO BE KICKED: CAN COMPANIES HAVE HUMAN RIGHTS?

ABSTRACT

For-profit corporations have been increasingly making attempts to benefit from human rights protections both at the international and national levels. While they have been a beneficiary of freedom of contract, the right to fair trial and the right to property, they have claimed to be right holders of such human rights as the right to privacy and freedom of religion traditionally not associated with the corporation. This study first examines whether corporations may become human rights subject. Then, it moves on to analyse some important rulings of the European Court of Human Rights, the Supreme Court of the United States and the Constitutional Court of Turkey on claims of corporate “human” rights. We conclude that while corporations have some essential fundamental rights, extending human rights protection for corporations is unlikely to contribute to the protection and strengthening of human rights.

Keywords: Corporations, human rights, European Court of Human Rights, Supreme Court of the United States, Constitutional Court of Turkey

GİRİŞ

18. yüzyıl İngiltere'si Adalet Bakanlarından Edward Thurlow, bir şirket (*corporation*)¹ hakkındaki ceza davasında “lanetlenecek bir ruhu ve tekmelenecek bir bedeni olmayan şirketlerin vicdan sahibi olmalarının beklenmemesi” gerektiğini ifade etmişti². Şirket gibi hukukun meydana getirdiği cansız varlıkların vicdan sahibi olup olamayacakları tartışmasını bir tarafa bırakırsak, şirketlerin gerek devlet gerekse de üçüncü kişiler tarafından mağdur edilebilecekleri hukuk sistemlerince kabul edilmektedir. İnsan hakları hukukunda ise şirketler yakın bir zamana kadar mağdur edilen değil, genellikle mağdur eden bir taraf olarak algılanmaktaydı.

Bireyi, devlet iktidarından kaynaklanan hak ihlallerine karşı korumak amacıyla ortaya çıkan uluslararası insan hakları hukuku sadece devletlerin değil devlet-dışı aktörlerin de insan hakları ihlallerine neden olabileceğini git-tikçe artan bir şekilde kabul etmeye başlamış ve bu konuyla ilgili olarak çeşitli uluslararası kurallar, normlar ve ilkeler benimsemiştir³. Devlet-dışı aktörler arasında da şirketlerin, özellikle de çok uluslu şirketlerin faaliyetleri insan hakları perspektifinden mercek altına alınmış, bu örgütlerin uluslararası insan hakları hukuku bağlamında sorumluluk taşıyıp taşımadıkları ve bunun hukuki kapsamı geniş bir tartışmaya neden olmuştur⁴. Uluslararası insan hakları

- 1 Şirketin karşılığı olarak İngilizcede kullanılan kelimelerden biri olan *corporation* kavramı diğer tüzel kişilikleri de kapsamaktadır.
- 2 İfadenin orijinali şu şekildedir: “*Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and nobody to be kicked?*”, bkz. <http://www.azquotes.com/author/36796-dward_Thurlow_1st_Baron_Thurlow>, s.e.t. 20.09.2016.
- 3 Bu uluslararası düzenlemeler arasında Birleşmiş Milletler Küresel İlkeler Sözleşmesi, OECD Çok Uluslu İşletmeler Rehberi, ILO Çok Uluslu Şirketler ve Sosyal Politika İle İlgili İlkeler Üçlü Bildirgesi ve Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri öne çıkmaktadır.
- 4 İlgili geniş yazından bir seçki yapmak gerekirse bkz: Addo, K. Michael (2014), ‘**The Reality of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights**’, *Human Rights Law Review*, S:1, C:14, s.133-147; McCorquodale, Robert (2013), ‘**Pluralism, Global Law and Human Rights: Strengthening Corporate Accountability for Human Rights Violations**’, *Global Constitutionalism*, S:2, C:2,s. 287-315; Nolan, Justine (2013), ‘**The corporate responsibility to respect rights: soft law or not law**’: Deva, Surya/Bilchitz, David (Editörler), **Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?** Cambridge, Cambridge University Press, s. 138-161; Ruggie, John Gerard (2013), **Just Business: Multinational Corporations and Human Rights**, New York, W.W.Norton; Bishop, John Douglas (2012), ‘**The Limits of Corporate Human Rights Obligations and the Rights of for-Profit Corporations: Crag**’, Wesley (Editör), *Business and Human Rights*, Cheltenham, Edward Elgar, s.74-104; De Brabandere, Eric (2011), ‘**Non-state actors and human rights: Corporate responsibility and the attempts to formalize the role of corporations as participants in the international legal system**’: Jean D’Aspremont (Editör) *Participants in the International Legal System: Multiple Perspectives on Non-state Actors International Law*, Abington, Routledge, s. 268-283; Knox, John H. (2011), ‘**The Ruggie Rules: Applying Human Rights Law to Corporations**’: Mares, Radu

hukukunda şirketlerin insan hakları alanında sorumluluklarının olup olmadığı tartışılırken, eş zamanlı olarak şirketler insan haklarının sağladığı güvencelerden yararlanmak amacıyla harekete geçmişlerdir. Örneğin uluslararası ekonomi hukukunda şirketler sadece hukuk tüzel kişileri olarak değil, insan haklarının yararlanıcısı özneler olarak çıkarlarını savunmaya başlamışlardır. Bu çerçevede, özellikle uluslararası yatırım tahkim anlaşmazlıklarında şirketler insan hakları hukuku söylemini kullanma eğilimine girerek, ticareti ve yatırımı insan hakları ve anayasal temel haklar adına sınırlayan ulusal mevzuatları aşmaya çalışmaktadırlar⁵. Uluslararası ekonomi hukukunun yanında, bundan çok daha önemli olarak şirketlerin doğrudan insan hakları sözleşmelerinde ve ulusal anayasalarda insan hakları hak öznesi olarak görülme gayretleri de dikkati çekmektedir.

Çalışmamızın temel amacı, kar amaçlı şirketlerin insan haklarından yararlanmalarının ne gibi sonuçlar doğurduğunu veya doğurabileceğini seçilmiş uluslararası ve ulusal düzeylerdeki yargı kararları üzerinden tartışmaktır. Bu bağlamda şu sorulara cevap arayacağız: Şirketler insan haklarının⁶ öznesi olabilir mi? Hangi haklardan yararlanabilirler? Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımları nedir? Bu yargı organlarının kararları arasındaki benzerlikler ve farklılıklar nelerdir? AİHM ve Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarını seçmemizin en önemli nedeni bu iki yüksek mahkemenin insan hakları ve anayasal haklar alanlarında önde gelen yargı organı olmalarından kaynaklanmaktadır. AİHM'in, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini (AİHS) şirket başvurularında nasıl yorumladığı ve tarihsel olarak şirketlerin anayasal temel haklarını genişletme eğiliminde olan Amerikan Yüksek Mahkemesinin

(Editör.) *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundation and Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers Brill NV, s. 51-83; Wettstein, Florian (2009), *Multinational Corporations and Global Justice: Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Organization*, Stanford, Stanford University Press; Clapham, Andrew (2006), *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press.

Konuyla ilgili sınırlı sayıda Türkçe yazın için bkz: Yıldırım, Engin (2015), 'Potansiyel Leviathan Olarak Çok Uluslu Şirketler ve İnsan Hakları', Demokrasi Platformu, S: 37, s.1-24; Yıldırım, Engin (2014), 'Şirketler ve İnsan Hakları: BM İş Hayatı ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Değerlendirilmesi', Sosyal İnsan Hakları Ulusal Sempozyumu VI, İstanbul, Petrol-İş Yayınları, s: 385-404; Kıvılcım, Zeynep, (2010), 'Ulus-Aşırı Şirketler ve İnsan Hakları: Bakü-Tiflis-Ceyhan Boru Hattı Örneği', Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, S:3 C:65, s. 87-122.

5 Işıksel, Türküler (2016), *The Rights of Man and the Rights of the Man-Made: Corporations and Human Rights*, Human Rights Quarterly 38(2), s. 294, 296.

6 Bu çalışmada insan hakları ipe temel hakları eş anlamlı olarak kullanacağız.

içtihadları konumuz açısından önem taşımaktadır. Bu iki yargı organı dışında, bireysel başvuru sisteminin kabulüyle şirketlerin Anayasa ve AİHS kapsamında yer alan haklarla ilgili olarak Türk Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkına sahip olmaları, Türk Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımını sergilemesi açısından önemlidir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin şirketlerin yaptığı bireysel başvurularla ilgili verdiği kararları da ele alacağız.

Çalışmada, ilk olarak şirketlerin insan hakları öznesi olup olamayacakları konusundaki lehte ve aleyhteki görüşleri değerlendireceğiz. Bunu takiben, AİHM, Amerikan Yüksek Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesinin şirketlerin hak ihlali iddiaları hakkındaki belli başlı kararlarını tartışacağız. Daha sonra genel bir değerlendirme ile incelememizi sonuçlandıracağız.

I. ŞİRKETLERİN “İNSAN” HAKLARI: LEHTE ve ALEYHTE GÖRÜŞLER

Bilindiği gibi hukukta hak sahipliği gerçek kişilerle sınırlandırılmamıştır. İnsan hakları belgeleri ve anayasalarda yer verilen haklar esas olarak gerçek kişiler için getirilmişse de, bu hakların en azından bazılarında tüzel kişiler de yararlanabilmektedir. Türk hukukunda genel olarak kabul gören bir tanıma göre “bağımsız bir varlığa sahip olan ve insanlar tarafından iktisadi ve toplumsal hayatın gereklilikleri karşısında belli bir amacı yerine getirmek için oluşturulan ve süreklilik arzeden insan ve mal toplulukları” tüzel kişi olarak nitelendirilmektedir⁷. Günlük konuşmada kişi ile insan kastedilirken, hukukta kişi ile bir hak ve yükümlülükler nesnesi ifade edilmektedir. Gerçek bir fiziksel varlığı olmayan tüzel kişiler kendilerini meydana getiren gerçek kişilerden bağımsız bir kişiliğe sahip olup kendi başlarına birer hak öznesidirler. Türk Medeni Kanununun 48. maddesine göre tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildir. Dolayısıyla, tüzel kişiler, Anayasada yer alan temel haklar ve özgürlüklerden kendi doğalarına uygun olanlardan yararlanabilecektir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB), hak öznesi olarak herkes kavramını kullanmaktadır ve buradaki herkesin içine sadece insanlar girmektedir. İHEB bağlamında şirketler de dâhil olmak üzere tüzel kişilerin sa-

7 Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Kahraman, Derya Ateş (2014) **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku** 1. Cilt, İstanbul, Beta, s. 509.

dece yükümlülükleri değil, aynı zamanda hakları da vardır⁸. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS) ve Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sözleşmesi, hak sahipliğini sadece gerçek kişilere tanımışken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), tüzel kişileri de hak öznesi olarak kabul etmiştir. MSHS Birinci Ek Protokolün Birinci maddesi de sadece bireylerin başvurularının kabul edileceğini belirtmektedir. Nitekim İnsan Hakları Komitesi 1989'da verdiği bir kararda bunu ifade etmiştir⁹.

Şirketlerin insan haklarından yararlanabileceğini söylemek ilk bakışta çok saçma ve anlamsız gelebilir ancak şirketlerin tüzel kişi olarak pek çok hukuk sisteminde sahip olduğu hakları düşünürsek bu görüşü benimseyenlerin iddialarının o kadar da anlamsız ve temelsiz olmadığı söylenebilir. Şirketler gerek AİHS sisteminde gerek ABD anayasal düzeninde, gerekse de anayasa mahkemelerine başvuru yapmalarının açık olduğu ülkelerde temel haklarının ihlal edildiği iddiasıyla mahkemelerde dava açabilmektedirler. Buna ek olarak insan hakları hukukuyla uluslararası yatırım hukukunun gerçek ve tüzel kişileri devlete karşı koruma anlamında taşıdığı benzerlikler yatırım tahkim davalarında da şirketlerin haklarını savunurken insan hakları söylemine başvurmalarını kolaylaştırmıştır¹⁰.

Bazı ülkelerin anayasalarında tüzel kişilerin hak öznesi olduğu açıkça belirtilmiştir. Örneğin, Federal Alman Anayasasının 19(3) fıkrasına göre yerli tüzel kişiler de, nitelikleri gereği uygulanabildiği ölçüde temel haklardan yararlanırken, Portekiz Anayasasının 12(2) fıkrası da tüzel kişilerin yapılarına uygun haklara sahip olduklarını kabul etmiştir¹¹. İtalya Anayasası 2. maddesinde Cumhuriyetin, bir birey olarak ve kişiliğini ifade ettiği sosyal gruplarda, insanın dokunulmaz haklarını tanıdığı ve garanti ettiği belirtilmektedir. Benzer şekilde, Güney Afrika Anayasasının 8(4) fıkrasında tüzel kişilerin “Temel Haklar Bildirgesinde yer alan hakların niteliği ve tüzel kişilerin niteliğine uygun olarak Temel Haklar Bildirgesinde yer alan haklardan” yararlanabile-

8 Dhooge, Lucien J. (2007), ‘Human rights for transnational corporations’ Journal of Transnational Law and Policy, S: 2, C: 16, S: 2, s. 205.

9 Harding, Christopher/Kohl, Uta/Salmon, Naomi (2008), **Human Rights in the Market Place: The Exploitation of Rights Protection by Economic Actors**, Aldershot, Ashgate, s. 25.

10 Gemalmaz, H.Burak (2013), ‘Uluslararası Yatırım Tahkimi Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları’: Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.56-57.

11 Gözler, Kemal (2011), **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi** (Cilt II), Bursa, Ekin, s. 530.

cekleri ifade edilmiştir¹². Bütün bu hükümlerden, örneğin dini bir kuruluşun din özgürlüğünden, bir siyasi parti, dernek, sendika ve vakfın da örgütlenme özgürlüğünden kurumsal olarak yararlanabileceği sonucu çıkmaktadır. Öte yandan, kar amaçlı bir şirketin, mesela, din özgürlüğünün olduğunu söylemek, en azından bilişsel olarak, kolay değildir, ancak ileride göreceğimiz gibi Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi 2013’de verdiği bir kararında tam da bunu söylemiştir.

Türk Anayasasının 12. maddesinde, “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” denilmektedir. Buradaki, herkes kavramının insan ya da kişi olarak kabul edildiğini, kişinin de şirketler de dâhil olmak üzere tüzel kişilikleri de kapsadığını düşünürsek bu maddeden tüzel kişilerin de kişiliklerine bağlı olmak kaydıyla temel haklara sahip olduğunu, en azından kuramsal olarak söylemek mümkündür. Bununla birlikte, Türk Anayasa yazınındaki hâkim anlayışa göre tüzel kişilerin hak sahibi olması “kuraldan ziyade istisnai bir durum” olduğundan, bunlar ancak anayasa ve kanunlarda açıkça belirtilen hakların öznesi olabilirler¹³. Bu çerçevede, mülkiyet, sözleşme ve hak arama hürriyeti Türk hukukunda tüzel kişilerin en çok başvurdukları temel haklar olarak öne çıkmaktadır.

Şirketlerin de insan haklarından yararlanması gerektiği düşüncesi genel olarak kabul gören insan hakları kavramsallaştırmalarından farklı bir temele dayanmaktadır. İnsan haklarını, “standart tehlike ve tehditlere karşı kurumsal olarak korunması gereken acil ve öncelikli çıkarlar” olarak tanımlayan Beitz’e göre bu haklar insan haysiyeti veya insanlıktan değil “küresel siyasi hayatın normları olmalarından türemektedirler”¹⁴. Bu durumda insan hakları insan haysiyeti ve insancılığa dayanan temellerinden soyutlanmakta, gerçek ve tüzel kişiler arasındaki farklılıklar ortadan kalkmakta ve kişilik hakkı olan herkes, kar amaçlı şirketler de dâhil olmak üzere insan haklarının öznesi haline gelmektedir.

Şirketlerin insan haklarının öznesi olduğunu savunan görüşlerin odak noktasını bu durumun getirdiğine inanılan faydalar oluşturmaktadır. Bu faydacı yaklaşıma göre, şirketler yapay varlıklar olsa da, insanlar tarafından kuru-

12 Dhooge, s. 223.

13 Bu görüşe örnek olarak bkz. Gözler, s. 531.

14 Beitz’den aktaran Lafont, Cristina, (2016), ‘Should We Take the Human out of Human Rights? Human Dignity in a Corporate World’, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2768881> s.e.t. 23.08.2016.

lup, işletildiklerinden şirketlerin temel haklara sahip olmasında hem bireysel hem de toplumsal fayda vardır¹⁵. Bu durum her şeyden önce hukukun üstünlüğünün güçlenmesine neden olacaktır¹⁶. Şirketlerin keyfi idari uygulamalara maruz kalması hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü kavramlarına zarar verdiği gibi olumsuz ekonomik sonuçlar doğurarak toplum refahını da etkileyebilir¹⁷. Bu açıdan bakıldığında şirketlerin temel hak öznesi olmaları gerçek kişilerin haklarını ve refahını korumak gibi işlev görmektedir. Şirketlerin insan haklarından yararlanması toplumsal refaha katkı yaparak, bu bağlamda insan haklarının gelişimine olumlu bir etki yapmaktadır.

Şirketler ve diğer tüzel kişilerin sahip olduğu temel haklar kurumsal haklar olduğu kadar, onları meydana getiren bireylerin haklarını da temsil etmektedir. Şirketlerin doğrudan kendilerinin sahip olduğu hakların yanısıra üyesi olan bireylerden türeyen hakları da mevcuttur¹⁸. Şirketlerin incinecek duyguları yoktur ama şan, şeref ve itibarları zedelenebilir. Bu anlamda mahremiyet veya özel hayata saygı hakkı şirketler için düşünülebilir. Mahremiyeti bireyler, gruplar ve kurumların kendi haklarındaki bilgileri ne zaman, nasıl ve ne ölçüde diğerlerine aktaracağına kendilerinin karar vermesi olarak tanımlarsak şirketlerin de mahremiyet hakkı olabilir¹⁹. Şirketlerin insan haklarından yararlanamaması onları oluşturan kişilerin örgütlenme özgürlüğünün de kısıtlanması anlamına gelecektir²⁰. Bazı temel haklardan yararlanamayacaklarını düşünen kişiler şirket biçimi altında örgütlenmekten kaçınabileceklerdir. Herhangi bir hak şirketler için tanındığında veya şirketler herhangi bir hakkın öznesi olduklarında, söz konusu hakkın şirket üyelerinin haklarını koruyup korumadığına bakmak gerekmektedir²¹.

15 Emberland, Marius (2006), **The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection**, Oxford, Oxford University Press, s.58.

16 Hein, Van Kempen Piet (2011), **“The recognition of legal persons in international human rights instruments: protection against and through criminal justice?”**, Pieth Mark ve Radha Ivory (Editörler), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence and Risk*, Dordrecht, Springer, s. 387.

17 Oliver, Peter (2015), **“Companies and Their Fundamental Rights: A Comparative Perspective”**, *International and Comparative Law Quarterly* S:3, C:64, s. 662.

18 Orts Eric W. ve Amy Sepinwall (2015), **“Privacy and Organizational Persons”**, *Minnesota Law Review* S:6, C:99, s. 2291-2.

19 Westin, Alan (1967), **Privacy and Freedom**, New York, Atheneum, s. 7.

20 Scolnicov, Anat, (2013), **Lifelike and Lifeless in Law: Do Corporations Have Human Rights?** University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 13/2013 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2268537>, s.e.t. 08.09.2016.

21 Pollman, Elizabeth, (2014) **“A Corporate Right to Privacy”**, *Minnesota Law Review*, S:1, C:99 (1), s. 54.

Şu ana kadar şirketlerin insan haklarından yararlanması gerektiği yönündeki görüşlerin temel iddialarına değindik. Burada sorun şirketlerin temel haklara sahip olup olmamalarından ziyade hangi haklardan ne derece yararlanabilecekleridir. Eğer şirketi oluşturan gerçek kişilerin haklarının korunması ölçütünü benimserseniz, şirketler, en azından kuramsal olarak, her temel hakkın öznesi olabileceklerdir. Bir araştırmacının taslak olarak hazırladığı “Çok Uluslu Şirketler (ÇUŞ) ve Diğer İşletmelerin Hakları Evrensel Bildirgesi” belki de ileride somut bir gerçekliğe dönüşecektir²². İnsan olmayan varlıklar için insan haklarının sağladığı güvencelerin yaygınlaştırılması insanların insan haklarını koruma ve pekiştirmede son derece sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Her konu, dava, şikâyet ve iddianın kendisini insan hakları söylemiyle ifade etmesi, insan haklarını değersizleştirir. İnsan haklarının kökeninde insanın sırf insan olmasından kaynaklanan birtakım temel haklara sahip olduğu düşüncesi yatmaktadır. İnsan hakları hukukunun amacı insanların hayatlarını etkileyen güçlü kurumları hesap verebilir hale getirerek iktidarın/gücün sınırlandırılması, dizginlenmesi olmuştur²³. Şirket denince akla güç ve maddi olanaklar gelmektedir. Küresel dünya şartları altında büyük şirketler, birey ve toplulukların hayatlarını etkileyebilecek önemli bir iktisadi, siyasi ve toplumsal güce ulaşmışlardır. Kar etmek amacıyla kurulan şirketlerin insan hakları olduğunu söylemek kavramsal bir oksimorondur. Şirketlerin insan haklarından kendi doğalarını aşan bir şekilde yararlandırılması insan haklarının içinin boşaltılması ile eşdeğerdedir²⁴.

İnsan haklarından ziyade kişilik hakları olduğu kabul edilen şirketlerin mülk sahibi olma, sözleşme yapma ve dava açma haklarına sahip olmaları konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Şirketin tüzel kişilik olmasıyla insan haklarına sahip bir kişilik olması aynı şey değildir. Gerçek kişiler devletten önce de vardı ve gerçek kişi olmalarını devlete borçlu değildirler²⁵. Onlar ve onların kişisel işletmeleri ve ortaklıkları hükümete karşı anayasal haklar ileri sürebilirler ama şirket tüzel kişileri için bu kolay bir şey değildir, çünkü şirketler devletin yarattığı bir varlık olduğundan, kurulurken devletçe onlara tanıyan haklardan başka hak ileri süremezler²⁶.

22 Bkz. Dhooge, s. 245-247.

23 Emberland, s.2.

24 Grear, Anna (2006), ‘Human Rights-Human Bodies? Some Reflections on Corporate Human Rights Distortion, The Legal Subject, Embodiment and Human Rights Theory’, Law and Critique, S:2, C:17, s. 171.

25 Ciepley, David (2013), ‘Neither Persons nor Associations: Against Constitutional Rights for Corporations’, Journal of Law / Courts, S:2, C:1, s. 223.

26 Ciepley, s. 231.

Şirketler haklarını kendilerini oluşturan ve içinde yer alan gerçek kişiler üzerinden alsalar bile, bu gerçek kişilerin şirket tüzel kişiliğiyle özdeşleştiği anlamına gelmez. Şirket tüzel kişiliği arkasındaki insana indirgenemez, çünkü tüzel kişilik ona gerçek kişilerden ayrı bir kişilik kazandırmaktadır. Şirketlerin kendi iktisadi ve sosyal işlevlerini yerine getirmelerine katkı sağlayacak haklara sahip olmaları gerekirse de bu mensuplarının sahip olduğu insan haklarının şirket tüzel kişiliğine aktarılacağı anlamına gelmemelidir. Bir şirketin hak ihlaline uğradığında karşılaştığı zararlar, bir insanın insan hakkı ihlal edildiğinde uğradığı zarar, keder ve fiziksel ve ruhsal acı aynı değildir. Örneğin, şirket bedeni acı çekmezken, yaşayan insan bedeni acıyı çeker ve hiseder.

Küresel büyük şirketler çeşitli hakları kendi amaçları doğrultusunda çarpıtılabilmektedirler. Mesela sağlık hakkının, ilaç araştırmalarının patent haklarının korunmasıyla sağlanacağını iddia etmektedirler²⁷. Benzer şekilde, daha önce de değindiğimiz gibi uluslararası ekonomi hukukunda yatırımcı, yatırım yaptığı devletin hukuka aykırı olan eylemlerine karşı yatırım tahkimine başvurduğunda insan hakları hukukundan faydalanabilmektedir. Yatırımcıların genelde yatırım yaptıkları ülkelerden çok daha büyük iktisadi güce sahip büyük şirketler olmaları bunların insan hakları hukukunu kendi çıkarları için istismar etmelerine neden olabilmektedir²⁸. Yatırımcıların hakkı ile ev sahibi devletteki halkın anayasal hakları zaman zaman çatışabilmektedir. Mesela, bir İspanyol şirketinin zehirli kimyasallar için bir yerleşim yerinin yakınlarında atık saha kiraladığı Meksika'da devletin sözleşmeyi anayasal gerekçelerle feshetmesi üzerine ilgili şirket uluslararası tahkime başvurmuş, Tahkim de Meksika-İspanya ikili yatırım antlaşmasının Meksika tarafından ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır²⁹. Bu kararda ilgili hakem heyeti hem AİHM hem de Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını zikrederek davacının yatırımına yapılan müdahalenin *de facto* kamulaştırma teşkil ettiğini hükme bağlamıştır³⁰.

Şirketlerin insan haklarından yararlanmalarıyla ilgili yukarıda değindiğimiz tartışmalar devam ederken şirketler fiiliyatta bu hakları çeşitli uluslararası ve ulusal mahkemelerde ileri sürebilmektedirler. Bu çerçevede, AİHM ve Amerikan Yüksek Mahkemesinin konuyla ilgili kararları şirketlerin insan haklarının öznesi olarak görülüp görülmediklerinde büyük önem taşımaktadır.

27 Grear, (2006), s. 177.

28 Gemalmaz, s.59-60.

29 Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. Mexico, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH/actionVal=showDoc/docId=DC60_2_En/caseId=C186>, § 201, s.e.t. 02.09.2016.

30 ibid.

I. ŞİRKETLER, MAHKEMELER VE İNSAN HAKLARI

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Liberal bir temele dayanan AİHS’de, doğrudan özel teşebbüslere bir atıf yapılmamakla beraber serbest piyasa ekonomisi önemli bir role sahiptir³¹. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme başlığını taşıyan AİHS sadece insan haklarını değil temel özgürlükleri de güvence altına almayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme insan haklarını ve temel hakları eş anlamlı görmektedir³². AİHS, benzeri insan hakları sözleşmelerinden farklı olarak temel haklardan olan mülkiyet hakkının kapsamına sadece gerçek kişileri değil tüzel kişileri de almıştır. Ek Protokol 1, 1. maddenin ilk fıkrası her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğunu güvence altına almaktadır. Burada kast edilen tüzel kişiler arasında kar amaçlı ticari ortaklıklar da girmektedir.

Sözleşmenin diğer maddelerinde ve Ek Protokollerinde tüzel kişilerden hak sahibi olarak bahsedilmemesi onların diğer haklarla ilgili koruma alanı dışında kaldığı anlamına gelmemektedir. Sözleşmenin 1. maddesi taraf devletlerin kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlayacaklarını ifade etmektedir. Buradaki herkesin gerçek kişilerin yanında tüzel kişileri de kapsadığı açıktır. Sözleşmenin 34. maddesi de “İşbu Sözleşme ve Protokollarında tanınan hakların Yüksek Sözleşmeci Taraflardan biri tarafından ihlalinden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme’ye başvurabilir” demektedir. Dolayısıyla özel hukuk tüzel kişilerine de başvuru hakkı tanınmıştır. Tüm başvuru sahipleri gibi şirket tüzel kişiliğinin de başvuru yapabilmesinin ön şartı kamu gücünden kaynaklanan bir hak ihlalinden doğrudan etkilenmesi yani mağdur olmasıdır. Bu iki madde dışında, Sözleşmenin 10. maddesi de dolaylı olarak basın yayın alanında faaliyet gösteren kar amaçlı tüzel kişilere koruma sağlamaktadır. AİHS’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi, kanunsuz ceza olmayacağını güvence altına alan 7. maddesi, 8. maddesindeki özel hayatın ve aile hayatının korunması hakkı, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesi ve hakların sınırlandırılmasını kısıtlayan 18. maddeleri de tüzel kişilere uygulanabilmektedir. Hak ihlali iddiasında bulunan şirketler özellikle adil yargılanma hakkını başvurularında sık sık kullanmaktadır. Düşünce, vicdan ve din özgür-

31 **Emberland**, s.39-42.

32 **Emberland**, s.30.

lüğünü koruyan 9. madde ile örgütlenme özgürlüğüyle ilgili olan 11. madde gerçek kişiler için olduğu kadar siyasi parti, dernek, sendika, kilise gibi tüzel kişilikler için de güvence sunmaktadır. AİHS sisteminde dini veya felsefi amaç taşıyan ve kar amacı gütmeyen tüzel kişiler 9. madde korumasından yararlanabilirken kar amaçlı tüzel kişiler bu madde kapsamı dışında tutulmaktadır³³. AİHS'nin 9. maddesinde hak öznesi "herkes" olarak ifade edilmiş ve tüzel kişilerden açıkça sözedilmemiştir ancak AİHM birçok kararında 9. maddede öngörülen hükmün dinsel grupları ve örgütlenmeleri de kapsadığını belirtmiştir. Örneğin Fransa'ya karşı açılan *Cha'are Shalom Ve Tsedek* davasında Musevi inancına sahip bir grup tarafından kurulan dernek, dini ritüellere uygun olarak hayvan kesimi yapma talebinin Fransız hükümeti tarafından reddedilmesi üzerine din özgürlüğünün ihlali iddiasıyla AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme, derneğin talebini, 9. maddenin kapsamı içerisinde değerlendirmiş, ancak ihlal bulmamıştır³⁴.

Bu maddelere karşılık Sözleşmenin, yaşam hakkını koruyan 2. maddesi, hiç kimsenin işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamayacağını güvence altına alan 3. maddesi, özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. maddesi ve 12. maddedeki evlenme hakkı sadece gerçek kişiler için geçerlidir.

Kar amacı taşıyan tüzel kişilerin gerçek kişilere göre daha çok imkân ve kaynaklara sahip olmalarından dolayı daha kolay dava açabilecekleri, bunun da AİHM'nin gerçek kişilerin hak ihlalleri iddialarına yeterli vakit ayıramamasına neden olacağı iddia edilmişse de başvuru istatistikleri bu endişenin yersiz olduğunu ortaya koymaktadır³⁵. AİHM'e yapılan şirket başvuruları ağırlıklı olarak büyük şirketlerden ziyade küçük ve orta ölçekli şirketler tarafından yapılmaktadır³⁶. Bu başvurular, genellikle adil yargılanma ve mülkiyet hakkına yönelik ihlal iddialarını içermektedir.

Mahkemenin özel hukuk tüzel kişileri hakkındaki ilk kararı ifade özgürlüğünün ihlali sonucuna ulaştığı *Sunday Times* başvurusudur. AİHM, *Sunday Times* kararında gazete tüzel kişiliğini korumadan gazetecilerin ifade

33 Cismas, Ioana ve Stacy Cammarano, (2016), 'Whose Right and Who's Right? The US Supreme Court v. The European Court of Human Rights on Corporate Exercises of Religion', Boston University International Law Journal S:1, C:34, s. 8.

34 *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*, AİHM, Başvuru No. 27417/95, K.T. 27.10.2000. Bu ve bundan sonra ele alınacak AİHM kararları, Mahkemenin resmi internet sitesi olan hudoc.echr.coe.int adresinden alınmıştır.

35 *Emberland*, s. 30.

36 *Emberland*, s.12.

özgürlüğünün korunamayacağına vurgu yapmıştır³⁷. Mahkeme, bu kararda hak sahibinin şirket olmasını ve temelinde yatan kar amacını tartışmayarak şirketlerin ifade özgürlüğü ihlali iddialarında onların tüzel kişi olmaları ve kar amacı taşımalarını bir sorun olarak değerlendirmemiş olmaktadır³⁸. Mahkeme, Sözleşmenin 10. maddesinin hem gerçek hem de tüzel kişiler için geçerli olduğunu daha açık bir şekilde *Autronic* kararında açıkça vurgulamıştır³⁹. Bu davada, AİHM, kamuya açık bir fuar alanında o zamanki Sovyetler Birliği'ne ait telekomünikasyon uydusu üzerinden özel kullanım amaçlı şifreli olmayan yayınları reklam amaçlı yayınlamak isteyen şirketin yayınlarının izne bağlanmasını 10. madde yönünden bilgi alma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁴⁰. Bu ve benzeri başka kararlarda AİHM, özel sektör medya kuruluşlarının ifade özgürlüğünü güvence altına almanın çoğulculuk açısından taşıdığı öneme vurgu yapmaktadır⁴¹. Yayıncı şirketlere çeşitli nedenlerle uygulanan yaptırımların ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratmaması⁴² ve demokratik toplumda gereklilik ölçütünü karşılması gerekmektedir⁴³. Bu şirketlerin 10. madde kapsamındaki şikâyetlerinde Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik toplum düzeni açısından taşıdığı önemden hareketle yayıncı tüzel kişilerin kar amacı taşımalarının ve şirket biçiminde örgütlenmelerinin bu haktan yararlanmalarının önünde engel olmadığını ilgili maddenin lafzından da yararlanarak belirtmektedir. AİHM, siyasi ifade ile ticari ifadeyi birbirinden ayırarak bir ürünü satın almayı kamuyu teşvik eden ifadeleri ticari ifade olarak nitelendirmektedir⁴⁴. Siyasi ifade ise ticari amaçlı veya kökenli olabilir ama konuşmacının genel çıkarı ilgilendiren bir tartışmaya katılmasını, katkı sunması Mahkemece beklenmektedir. Sadece kar amaçlı ticari faaliyeti içeren ifadeler yayıncı bir şirket tarafından dile getirilse bile 10. madde korumasından yararlanmamaktadır⁴⁵.

37 *The Sunday Times v. The United Kingdom*, AİHM, Başvuru No: 6538/74, K.T. 26.04.1979, § 65-66. Benzer bir karar için bkz. *News Verlags GmbH / Co. KG v. Austria*, AİHM Başvuru No: 31457/96, K.T. 11.01.2000,

38 **Emberland**, s. 119.

39 *Autronic AG v. Switzerland*, AİHM, Başvuru No: 12726/87, K.T. 22.05.1990, §§ 44-45. Aynı yönde başka bir karar için bkz. *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy*, AİHM Başvuru No: 38433/09, K.T. 07.06.2012.

40 *Autronic AG v. Switzerland* § 47.

41 *Informationsverein Lentia and Others v. Austria*, AİHM, Başvuru No: 13914/88; 15041/89; 15717/89; 15779/89; 17207/9, §§ 38-42, K.T. 24.11.1993.

42 *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, AİHM, Başvuru No: 821/03, K.T. 15.12.2009; *Axel Springer AG v. Germany*, AİHM, Başvuru No: 39954/08, K.T. 07.02.2012.

43 *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım ve Tanıtım A.S. v. Turkey*, AİHM, Basvuru No:64178/00, 64179/00, 64181/00, 64183/00, 64184/00, KT. 30.03.2006.

44 **Emberland**, s. 118.

45 **Emberland**, s. 118. Konuyla ilgili bir karar için bkz. *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beerman v. Germany*, AİHM, Başvuru No: 10572/83, § 35-37, K.T. 20.11.1989.

Mülkiyet ve adil yargılanma haklarıyla ilgili ihlal iddiaları şirket başvurularında önemli bir yer tutmaktadır. Hem Komisyon hem de AİHM döneminde şirketlerle ilgili mülkiyet hakkı ihlali içeren önemli kararlar verilmiştir. Örneğin *Stran Greek Refineries* şikâyetinde devletin şirket mallarına el koyması veya yapması gereken mali yükümlülükleri yerine getirmemesi şirketin mülkiyet hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmuştu⁴⁶. Mülkiyet hak ihlali ile ilgili şirket başvurularında adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiaları da sık sık dile getirilmektedir. Bu iki hak ihlalinin birlikte değerlendirildiği en önemli davalardan biri Rus petrol devi *Yukos* başvurusu olmuştur. Rusya'nın en büyük vergi mükelleflerinden biri olan başvuru 2002 yılının sonlarından itibaren çok sayıda vergi incelemesine ve vergi yargılamasına maruz kalmış ve bunların sonucunda vergi kaçırmaktan suçlu bulunmuştur. İç hukukta vergi davası derdest iken başvuru mallarına devlet tarafından el konulmuştur. AİHM, *Yukos* hakkında yürütülen vergi değerlendirmesine ilişkin işlemlerle ilgili olarak, şirkete alt derece mahkemelerindeki davaları için yeterli hazırlık süresi verilmemesi nedeniyle 6. maddenin 1. ve 3 (b) fıkralarının ihlal edildiğine karar vermiştir⁴⁷. Mahkeme, ayrıca 2000-2001 vergi değerlendirmeleri sırasında verilen cezaların yasal sürelerine ilişkin olarak yapılan değişikliğin geriye yürütülmesi ve bunun sonucunda cezaların ikiye katlanmasının 1 Numaralı Ek Protokolün 1. maddesinin ihlali olduğu sonucuna varmıştır⁴⁸. Kararda yer alan ilginç bir nokta, Mahkemenin, ayrımcılık yasağıyla ilgili AİHS'in 14. maddesinin tüzel kişileri de koruduğunu belirtmesidir⁴⁹. Mahkeme, şirketi, devletin keyfi güç kullanımının mağduru olarak nitelendirmiştir.

Siyasi iktidar-şirket ilişkileri açısından *Agrokompleks* kararı da önemlidir. Başvuru şirket haklarında açılan iflas davasında yoğun siyasi baskılar nedeniyle iflas davasının sonucunun adil olmadığından ve mahkemelerin tarafsız veya bağımsız hareket etmediklerinden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme kamu menfaatinin getirdiği talepler ile şirketin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkının korunması gerekliliği arasında adil bir denge kurulmadığı düşüncesiyle şirketin adil yargılanma hakkı ile mülkiyet hakkının

46 *Stran Greek Refineries. S.A. v. Greece*, AİHM, Başvuru No: 13427/87, K.T. 12.05.1993. Ayrıca bkz. *Agrotexim Hellas SA and Others v. Greece*, AİHM, Başvuru No: 14807/89, K.T. 24.10.1995.

47 *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, AİHM, Başvuru No: 14902/04, § 551, K.T. 20.09.2011.

48 *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, § 575.

49 *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, § 551, 613, 616.

ihlal edildiğine hükmetmiştir⁵⁰. *Yukos ve Agrokompleks* kararları insan hakları hukukunun şirketler için ne kadar önemli olduğunu bize göstermektedir. Devletin keyfi nitelendirilebilecek tasarruflarına karşı AİHS hayati güvenceler sunmaktadır.

Sözleşmenin kanunsuz ceza olmaz ilkesini düzenleyen 7. maddesi de mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak mağdur şirketler için kullanılmıştır. Bir başvuruda AİHM, başvurusunun varlıklarına keyfi biçimde el konulmasının Sözleşmenin 7. maddesi ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir⁵¹. Şirketlerin mülkiyet haklarının korunmasında Mahkeme titiz davranmakla beraber bazen bu gerçek kişilerin Sözleşmedeki başka haklarının tanınmaması sonucunu da doğurmaktadır. Mesela Mahkeme, gerçek kişilerin ifade özgürlüğü ile şirketlerin mülkiyet hakkı çatıştığında tercihini şirketlerden yana kullanmıştır. İngiltere’de yeşil bir alan üzerinde inşa edilecek binaya karşı çıkmak için bir alışveriş merkezinde çevreci aktivistler tarafından stand açılmasının otoritelerce engellenmesinde AİHM konuyu ifade özgürlüğü çerçevesinde incelemiş ve alışveriş merkezi sahibi şirketin mülkiyet hakkını ifade özgürlüğünün önünde görmüştür⁵². Mahkemeye göre kamuya açık özel mülkiyet alanlarında ifade özgürlüğü mülkiyet hakkı lehine kısıtlanabilir.

AİHM’in şirketler için verdiği mülkiyet, adil yargılanma ve ifade özgürlüğü ihlal kararları Sözleşme metninin lafzıyla uyumluyken, Mahkeme 8. maddede genişletici bir şekilde yorumlayarak şirketleri de bu maddenin sağladığı güvenceler kapsamında görmektedir. *Niemietz* davasında 8. maddedeki konut kavramı Mahkemece bazı işyerlerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir⁵³. Polisin konuta veya iş yerine girmesi gibi mal ve mülk dokunulmazlığına saygı hakkına yapılan müdahaleler 8. madde ve mülkiyet hakkı çerçevesinde incelenmiştir. *Niemietz* davasında konutun bir bölümünün avukat yazıhanesi olarak kullanılması söz konusuysen *Stes Colas Est ve Diğerleri* davası bir inşaat şirketinin rekabeti önleyici faaliyetlerinden şüphelenen Fransız soruşturmacıların arama izni olmadan şirket binalarına girmesiyle ilgiliydi. Şirket “konutunun” basıldığı iddiasıyla 8. maddenin ihlal edildiğini öne sürmüştür. Maddedeki ko-

50 *Agrokompleks v. Ukraina*, AİHM, Başvuru No. 23465/03, K.T. 09.12.2013.

51 *Sud Fondi Srl and Others v. Italy*, AİHM, Başvuru No. 75909/01, K.T. 20.01.2009.

52 *Appleby and Others v. The United Kingdom*, AİHM Başvuru No: 44306/98, K.T. 06.05.2003, § 47.

53 *Niemietz v. Germany*, AİHM, Başvuru No: 13710/88, K.T. 16.12.1992, § 30. Aynı yönde başka bir karar için bkz. *Petri Sallinen and Others v. Finland*, AİHM, Başvuru No: 50882/99, K.T. 27.09.2005,

nut kavramı şirketlerden ziyade şahıslara ait bir kavramdır çünkü maddede konut, aile ve özel hayat kavramlarıyla birlikte kullanılmıştır. Buna rağmen Mahkeme, başvuru şirketin olması dikkate alınarak, başvurunun Sözleşmenin temel değerlerinden olan hukukun üstünlüğünün gelişimine katkı yapıp yapmadığına bakmıştır. AİHM, konuta saygı hakkının öznesinin gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabileceğinden hareketle 8. maddenin bir şirketin genel merkezi, şubesi veya iş yerine saygı gösterilmesi hakkını içerir bir şekilde yorumlanmasının zamanının geldiğini belirterek müfettişlerin, başvuru sahiplerine ait yerlere, arama izni olmadan girmelerinin 'konuta' tecavüz teşkil ettiğine karar vermiştir⁵⁴.

Mahkeme, ihlal sonucunun 8. maddenin taşıdığı, yetkili makamların keyfi müdahalesine karşı koruma amacı ile de uyumlu olduğunu dile getirmiş ve "konut" terimini özerk bir kavram olarak yorumlamıştır. Bu yorumu yaparken *Niemietz*'de ilk defa vurguladığı Sözleşmenin Fransızca metninde yer alan *domicile* teriminin İngilizce metindeki "home" kavramından daha geniş anlamlar taşıdığına dikkat çekmiştir⁵⁵. "Domicile" kavramı "home"dan farklı olarak birey olmayanların ikametgâhı anlamını çıkarmaya müsaittir. Bu kavram özel yaşamın ve aile yaşamının geliştiği maddi olarak belirlenmiş yer anlamına gelmektedir. Sözleşme metninde *home* anlamına çok yakın olan Fransızca *chez*, *residence* veya *maison* kavramları değil de *domicile* kavramının tercih edilmesi AİHM'in bu tür konulardaki kararlarında etkili olmuştur⁵⁶. Her ne kadar 8. maddenin esas olarak bireysel insanları kapsadığı ve onların değerlerini koruduğu görüşü ağırlıklı olsa da, AİHM tüzel kişilerin de bu maddenin sunduğu güvencelerden yararlanabilecekleri kanaatinde. Konut ve işyeri arasındaki farkın genelde bulanıklaştığı modern çalışma biçimleri ve yaşam tarzlarının yaygınlığını göz önüne alırsak Mahkemenin zamana uygun bir içtihat geliştirdiğini söyleyebiliriz.

Mahkeme, şirketlerin manevi tazminat taleplerini de başvurunun özelliğine göre değerlendirmektedir. *Comingersoll* kararında yargılamanın uzunluktan dolayı başvuru şirketin yönetici ve hissedarlarının şirketin yönetimi ve geleceği hususunda belirsizlik, endişe, tasa taşıdıklarını ve çeşitli zorluklarla karşılaşmalarını göz önüne alarak başvuru şirket lehine manevi tazminata hükmetmiştir⁵⁷. AİHM, başvuru şirketinin bir tüzel kişi olmasından dolayı sadece

54 Stes Colas Est and Others v. France, AİHM, Başvuru No: 37971/97, K.T. 16.04. 2002, §§ 41-42.

55 Niemietz, § 30; Stes Colas Est, § 40.

56 Van der Sloot, Bart (2015), 'Privacy as Personality Right: Why the ECtHR's Focus on **Ulterior Interests Might Prove Indispensable in the Age of 'Big Data'**, Utrecht Journal of International and European Law, S:80, C:31, s.41.

57 Comingersoll S.A. v. Portugal, Başvuru no: 35382/97, K.T. 06.04.2000, §§ 35-36.

gerçek kişiler için geçerli olan endişe, belirsizlik, stress gibi durumlarda söz konusu olan manevi tazminatın somut olayda geçerli olamayacağı yönündeki hükümet savunmasına itibar etmemiştir⁵⁸. Burada, her ne kadar başvuru duyuları ve endişeleri olmayan bir tüzel kişi ise de yargılamanın uzun sürmesi gerçek kişileri mağdur etmiş ve bunun giderimi için de manevi tazminata hükmedilmiştir.

B. BİRLEŞİK DEVLETLER YÜKSEK MAHKEMESİ

ABD Anayasasında tüzel kişilere açıkça anayasal haklar tanınmamakla beraber, Yüksek Mahkeme 1819'da verdiği bir karardan itibaren tüzel kişilerin çeşitli anayasal haklara sahip olduğuna hükmetmiş ve böylece gerçek kişilere tanınmış bazı anayasal haklar tüzel kişiler için de güvenceler getirmiştir⁵⁹. 1819'da tüzel kişilerin sözleşme hakkının tanınmasıyla başlayan bu süreç günümüzde ticari şirketlerin din özgürlüğüne sahip olduğunun kabul edilmesine kadar uzanmıştır. Yüksek Mahkeme 19. yüzyıl sonlarında ve 20. yüzyılın başlarında şirket tüzel kişilerinin Beşinci Ek Değişiklikteki usuli güvencelere sahip olduğu yönünde kararlar vermiştir⁶⁰. 1970'ler ve 80'lerde de haklı bir gerekçe ve mahkeme kararı olmadan yapılan arama ve el koymalara karşı şirketlerin Amerikan Anayasasının Dördüncü Ek Değişiklikteki haklardan yararlanabileceğine kabul eden kararlara da Yüksek Mahkeme tarafından hükmedilmiştir⁶¹. Örneğin, Mahkeme *Marshall v. Barlow* kararında iş güvenliği ve sağlığı için arama izni olmadan müfettişlere işyerine girme ve tehlikeli madde arama yetkisini veren bir yasa kuralını, mahkeme kararı olmadan aramaya eşdeğer görmüştür. Çalışanları korumak için yapılan bir düzenleme mahkeme kararı olmadan aramayı yasaklayan Dördüncü Ek Değişiklik kapsamında incelenmiştir⁶².

Aynı yıllarda şirketler özellikle tartışmalı konulardaki reklamları için Birinci Ek Değişiklikteki ifade özgürlüğü güvencelerinden yararlanmak ama-

58 Comingersoll S.A. v. Portugal, § 28.

59 Rubin, Dale (2010), 'Corporate personhood: How the courts have employed bogus jurisprudence to grant corporations constitutional rights intended for individuals', *Quinnipiac Law Review* S:2, C:28, s.523-584.

60 Beşinci Ek Madde "due process of law" hükümlerini düzenlemekte olup bu kavram usuli güvencelerin yanısıra federal ve eyalet tasarruflarının esasını da denetlemeyi içermektedir. Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Altıparmak, Kerem, (1996), 'Due Process of Law Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme', *AÜHF*, S:1-4, C:45, s. 219.

61 Pietranton, Erica (2012), 'One Case Expands and Another Narrows: Constitutional Rights as They Apply to Corporations', *Journal of Law / Commerce*, C:30, s. 141.

62 *Marshall v. Barlow's, Inc.*, 436 U.S. 307 (1978), <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/436/307/case.html>>, s.e.t. 17.10.2016.

cıyla davalar açtılar ve Yüksek Mahkeme bu reklamlara dönük kısıtlamaların anayasal olmadığına hükmetmiştir⁶³. Şirketlerin ticaret amaçlı reklamlarının ticari ifade olarak değerlendirilip Birinci Ek Değişiklik altında anayasal güvence altına alınmasının yanısıra, şirketlerin bu madde kapsamında siyasi ifade özgürlüğü hakkına da sahip oldukları kabul edilmiştir⁶⁴. Bu konuyla ilgili olarak Mahkeme, *National Bank of Boston* kararında bir bankanın kendi iş sahasıyla ilgisi olmayan veya çok dolaylı olarak ilgili olan bir alanda kendi mali imkânlarını kullanarak seçmenlerin tercihlerini etkilemesini engelleyen bir yasayı bankanın siyasi ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirmiştir⁶⁵.

Yüksek Mahkeme bireylerle tüzel kişileri ifade özgürlüğü anlamında eşit gördüğünü *Citizens United* kararında en açık bir şekilde ortaya koymuştur. *Citizens United* adlı kar amacı gütmeyen ancak bazı büyük şirketlerce mali olarak desteklenen muhafazakâr bir kuruluş, 2008 seçim kampanyası sırasında Hilary Clinton aleyhine hazırladığı videoları yayınlamak isteyince, Federal Seçim Kurulu (FEC) bunun kampanya yasağını çiğnediği gerekçesiyle yayına izin vermemiştir. *Citizens United* kararında Mahkeme, Birinci Ek Değişikliğin konuşmacılar arasında ayırımı yapmadığı gerekçesiyle tüzel kişiliğin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştı⁶⁶. Mahkeme için konuşmacının kimliği, kim olduğu önemli değildir ve dinleyicilerin de konuşmayı dinleme hakları vardır. Mahkeme şirketlerin de, vatandaşlar tarafından oluşturulmuş kurumlar olarak siyaset alanında diledikleri gibi hareket etme özgürlükleri olduğuna dikkat çekerek konuşmacıyı değil konuşmayı koruduğunu vurgulamıştır⁶⁷. Yüksek Mahkemeye göre şirketler sırf gerçek kişi olmadıklarından dolayı Birinci Ek Değişiklik altında farklı muameleye tabi tutulmamalıdır⁶⁸. Her ne kadar *Citizens United* bir ticari şirket değilse de Mahkemenin, kararında korporasyon kimliği (*corporate identity*) kavramını kullanması ve bunun da kar amaçlı şirketleri de kapsamı şirketlerin de gerçek kişilerle aynı ifade

63 Bu konuyla ilgili iki önemli karar için bkz. *Virginia Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 761 ve *Central Hudson Gas / Electric Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 557 (1980), aktaran Pietranton, s. 141.

64 Bkz. *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765, 777 (1978), aktaran Dale, s. 550.

65 Dale, s. 575-576.

66 *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010), <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/08-205/opinion.html>>, s.e.t. 13.10.2016.

67 Brown Teneille R. (2013); **'In-Corp-o-Real: A Psychological Critique of Corporate Personhood and Citizens United'**, FSU Business Review, S:1,C:12, s. 48.

68 *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010), s. 25.

özgürlüğüne sahip olduğu anlamına gelmektedir⁶⁹. Mahkeme, tüzel kişilikleri siyasi konuşma özgürlüğüne sahip birey topluluklarından ibaret gördüğünden bu bireylerin oluşturduğu toplulukların düşünce hürriyetine sahip olduğunu kabul ederek kuruluşların ifade özgürlüğünün zenginlikleri veya güçlerinden dolayı kısıtlanmasının konuşmacının kimliğinden hareketle düşünce özgürlüğünün kısıtlanmasından farklı olmadığını vurgulamıştır.

Citizens United kararıyla anayasal hakların şirketler lehine genişlemesi önemli bir aşama kat etmişken, Yüksek Mahkeme daha da ileri giderek *Hobby Lobby* davasında şirketlerin din özgürlüğüne de sahip olduklarına hükmedecekti. Bu davanın konusunu Düşük Maliyetli Bakım Yasasının bir kuralının (*ACA-Affordable Care Act*) din özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası oluşturmaktaydı. Bu yasaya göre 50 veya daha fazla tam zamanlı işgören çalıştıran işverenler çalışanlarına sağlık sigortası sunmakla yükümlüdürler. Bu sigorta kapsamına Federal İlaç Kurumu (FDA) onaylı tüm doğum kontrol yöntemleri de girmektedir⁷⁰. Bunlar arasında yer alan döllenmiş yumurtanın gelişmesine engel olan doğum kontrol biçimleri bazı dini inançlara göre kürtajdan farksızdı. Kiliseler ve kar amacı taşımayan dini kuruluşlar ACA'nın ilgili maddesinden muaf ve sağlık giderlerini sigortacıları karşılamaktaydı. Çok sayıda şirket, kürtaja eşdeğer gördükleri doğum kontrol yöntemlerinin bedellerini sağlık sigortası sistemine ödemeye zorlanmalarının din özgürlüklerini zedelediği gerekçesiyle bu düzenlemeye itiraz etti⁷¹. *Burwell v. Hobby Lobby Stores* davası bu konuda Yüksek Mahkeme içtihadını belirleyen karar oldu⁷². Dindar bir aileye ait olan *Hobby Lobby*, kar amaçlı bir şirket olup, kuruluş sözleşmesinde faaliyetlerini İncil ilkeleriyle uyumlu yürüteceğini ifade etmiştir. Şirket, kuruluş gayesi, misyon ve vizyon ifadelerine atıfla çalışanlarının sağlık sigortası primlerine katkı yapmasının *Restoration of Freedom of Religion Act* (RFRA-Dini Özgürlükleri Yeniden Düzenleme Yasası) yasasının ilk maddesinde yer alan hükümetin bir kişinin din özgürlüğünü kullanmasını zorlaştırmayacağı hükmünü çiğnediğini iddia etmiştir.

69 Oliver, s.670.

70 McDonnell, Brett H. (2015), 'The Liberal Case For Hobby Lobby', *Arizona Law Review* S:3, C:57, s. 885.

71 Berni, Andrew B. (2014), 'Furniture, car parts and model airplanes: The religious rights of for-profit corporations under the Affordable Care Act', *Holy Cross Journal of Law and Public Policy*, S:1, C:13, s.10

72 *Burwell v. Hobby Lobby Stores* 134 S.Ct. 2751 (2014), <https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf> s.e.t. 19.10.2016.

Mahkeme öncelikle RFRA'daki kişi kavramının şirketleri kapsayıp kapsamadığını tartışarak bu yasadaki kişi teriminin şirketleri de içerdiğini kabul etmiştir⁷³. Ancak bu şirketlerin din özgürlüğünü kullanmalarının mümkün olduğu anlamına gelmeli miydi? Ruhu ve bedeni, zihni olmayan bir hukuki varlık nasıl dini inançlara sahip olabilir ve bunları kullanabilirdi? Şirket sahiplerinin dini inançları olabilir; ancak bir şirketin inanç sahibi olması mümkün müdür? Mahkeme, şirketlerin Birinci Ek Değişiklik anlamında ifade özgürlüğüne sahip oldukları yönündeki içtihadına dikkat çekerek bireylerin belli amaçları gerçekleştirmek için sahip oldukları haklarını genellikle tüzel kişilikler biçiminde kullandıklarını not etti⁷⁴. Dolayısıyla sahibi olan ve onları kontrol eden insanların özgürlüklerini korumak için şirket de korunmalıydı. Şirket sahipleri anayasal haklarını şirket biçimi üzerinden iddia ederek bunun sağladığı hukuki kolaylıklardan da yararlanabilmekteydiler. Kar amaçlı bir ticari şirket olmak bu tüzel kişiliğin dini amaçlar taşımasına engel değildir⁷⁵. Şirketler kar amacı dışında dini veya seküler başka amaçlar taşıyabilirler. Sözleşmeler silsilesi içinde bir araya gelen gerçek kişilerin oluşturduğu yapay varlıklar olan şirketler dindar olamaz ama şirketi kontrol eden üyelerinin dini özgürlüklerini korumak için din özgürlüğüne sahipmiş gibi değerlendirilebilirler⁷⁶. Şirket sahibi hissedarların dini inançları bu şekilde şirket tüzel kişiliğine aktarılmaktadır. Şirketin kuruluş sözleşmesinde Hristiyan değerleri takip edeceğine dair bir ifade varsa, Mahkemeye göre bu şirket RFRA korumasından yararlanabilir⁷⁷. Bunun, sözleşme yapma, dava açma ve benzeri haklardan farkı yoktur. *Hobby Lobby* hisseleri borsada işlem görmeyen ve aynı aileden az sayıda hissedara sahip bir şirkettir. Mahkeme burada şirketin bu özelliğine *closely-held* ibaresiyle dikkati çekmekte ve halka açık bir şirket söz konusu olsaydı farklı bir karar verebileceğinin işaretlerini de vermektedir⁷⁸. Nitekim çok sayıda hissedarı olup, bunlardan bazıları ilgili ülke vatandaşı dahi olmayan şirketlerin hissedar olduğu durumlarda hakla bağlantılı gerçek kişileri belirlemek hiç de kolay değildir⁷⁹.

Hobby Lobby'de Mahkeme şirketi bireysel kişilerin bir organizasyonu

73 Burwell v. Hobby Lobby Stores 134 S.Ct. 2751 (2014),s. 18-20, 29.

74 Burwell v. Hobby Lobby Stores 134 S.Ct. 2751 (2014), s.18.

75 Burwell v. Hobby Lobby Stores 134 S.Ct. 2751 (2014), s. 23

76 Sepinwall, Amy J. (2015), 'Coprporate Piety and Impropriety: Hobby Lobby's Extension of RFRA Rights to the For-Profit Corporation', Harvard Business Law Review S:5, s. 184.

77 McDonnell, s. 793.

78 Mahkemenin bu kavrama atfettiği önem kullanma sıklığından da anlaşılabilir. Kararın özetinde (*syllabus*) dört kere, kararın ana metninde (*opinion*) ise dokuz kere (s. 1,12, 14, 29, 30, 31, 46, 49) bu terim kullanılmıştır. Bkz. Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc. 134 S. Ct.2751, 2771(2014).

79 Blair/Pollman, s. 1738.

olarak görmekteydi. Birey ibadet yapabilir şirket kişisi de bireylerin toplamıdır o halde şirket dini inanca, faaliyete sahip bir kişidir⁸⁰. Bir şirketin kurucularının ticari faaliyete girdikleri andan itibaren kendi dini inançlarını, işgörenleri veya müşterilerine yansıtma imkânını yitirdiği söylenebilir. Bununla beraber sadece kilise ve kiliseye bağlı kuruluşlara din özgürlüğü tanınmasının bu özgürlüğü çok sınırlandırdığı düşünülebilir. Bir şirket kuruluş amaçları içinde dini amaçlar içeriyorsa işgörenleri, müşterileri ve ürünleriyle olan etkileşiminde bunu yansıtıyorsa din özgürlüğü kullanıyor demektir⁸¹. *Hobby Lobby*'de doğum kontrolüyle ilgili ACA kuralının şirket sahiplerinin din özgürlüğünü ciddi biçimde zedelediği doğru olmakla birlikte olaya sadece şirket sahiplerinin din özgürlüğü açısından bakarsak şirket çalışanlarının din özgürlüğü de dâhil olmak üzere diğer haklarının bundan nasıl etkileneceğini atlamış oluruz.

Yüksek Mahkemenin kararının özü bir kişinin din özgürlüğünden yararlanabildiğini, şirketlerin de bireyler toplamından oluştuğunu göz önüne alarak şirketlerin din özgürlüğü olan kişiler olduğuna kabul etmesine dayanmaktadır. Burada, tüzel kişiliği kontrol eden sermaye sahiplerinin dini inançları doğrultusunda kar amaçlı bir şirket normalde uyması gereken bir kuraldan muaf tutularak çalışanlarına sunduğu sağlık sigortası paketinden doğum kontrolünü dışlama hakkına sahip olmuştur. Karara katılmayan bir yargıcın karşılığında belirttiği gibi böyle bir durumda şirket sahiplerinin kendi dini düşüncelerini tüm şirket üyelerine empoze etme ihtimali ortaya çıkabilir⁸². Şirketin din hakkının olması çalışanlarının diğer haklarının önüne geçerek onların bir dini topluluğun gönüllü üyeleri gibi algılanmasına neden olabilir⁸³. Bünyesinde 13.000 kişi çalıştıran bir şirket kaçınılmaz olarak farklı dini inançlara sahip veya herhangi bir inancı olmayan insanları içerir. Şirketler çalışanları korumak için getirilen çeşitli düzenlemelerden din özgürlüğü adına muafiyet isteyebilirler ve şirketin kontrol edenlerinin din özgürlüklerinin korunması işgörenlerin din özgürlüklerinin korunmasından öncelikli hale gelebilir⁸⁴. Kar amacı güden ticari şirketler dini bir niteliği veya hassasiyeti olan kutsal dini örgütler değildirler. Din özgürlüğünün temelinde gerçek kişilerin dini vicdanlarına say-

80 Cismas/Cammarano, s. 6.

81 Berni, s. 11.

82 Burwell v. Hobby Lobby Stores 134 S.Ct. 2751 (2014), J. Ginsburg'un karşı oyu s. 32.

83 Cohen Jean L. (2015), 'Freedom of Religion, Inc.: Whose Sovereignty', Netherlands Journal of legal Philosophy, S:3, C:44, s. 183.

84 Corbin, Caroline Mala (2015), 'Corporate Religious Liberty', Constitutional Commentary S:2, C:30, s. 305, 308.

gı yatmaktadır ve bu şirketlerin sahip olmadığı bir özelliştir⁸⁵. Üstelik burada şirket hem din özgürlüğünü kullanmanın avantajına hem de sağlık sigortası harcamalarında azalmanın faydasına sahip olmaktadır⁸⁶. Bu kararla birlikte şirketler din özgürlüklerine müdahale olduğu iddiasıyla bazı yasaların kendilerine uygulanmamasını talep edebilirler ve bu şekilde çalışanlarının dini özgürlüklerini ve maddi ve manevi varlığını, kişiliğini geliştirme gibi diğer bazı haklarını daraltabilirler⁸⁷.

C. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ

Türk Anayasasında temel hakların öznesi ifade edilirken herkes ibaresi kullanılmıştır. Dolayısıyla daha önce de belirttiğimiz gibi tüzel kişiler 12. madde bağlamında, temel haklara sahip olmakla birlikte ancak anayasa ve kanunlarda açıkça ifade edilen hakların öznesi olabilmektedirler. Kar amaçlı özel hukuk tüzel kişileri mülkiyet, sözleşme ve hak arama hürriyeti haklarını sıklıkla kullanırken siyasi parti, dernek, sendika ve kilise gibi tüzel kişiler de yukarıdaki haklara ek olarak kendi alanlarıyla ilgili temel haklardan anayasa ve ilgili kanunlar çerçevesinde yararlanabilmektedir. Kar amacı güden özel hukuk tüzel kişilerinden basın yayın alanında faaliyet gösterenler de düşünce, haberleşme ve basın hürriyetleriyle ilgili olarak hak sahipliği iddia edebilmektedirler.

Bireysel başvurunun kabul edilmesinden önce şirket tüzel kişileriyle ilgili çok az sayıda başvuru Anayasa Mahkemesinde iptal ve itiraz davalarının konusu olmuştur. Mahkeme, bu konuda verdiği kararlarda tüzel kişilerin de cezai sorumluluğunun bulunduğu hükmederek tüzel kişilere yapılarına uygun cezalar verilmesinin Anayasaya aykırılık oluşturmayacağını kabul etmiş ve bu içtihadını sürdürmüştür⁸⁸. Buna karşılık Mahkeme, bir yayın organı sahibi olan şirketin hakaret nedeniyle para cezasıyla cezalandırılmasını Anayasanın 36. ve 38. maddelerine aykırı bularak ilgili kuralı iptal etmişti⁸⁹. İptal edilen kuralın tüzel kişiliğe kendisine savunma imkânı tanımaması Mahkemenin kararında etkili olmuştur. Mahkeme burada, özel hukuk tüzel kişisinin adil yargılanma hakkını korumuştur.

85 Lupu, Ira C. (2014), 'Hobby Lobby and the Dubious Enterprise of Religious Exemptions', Harvard Journal of Law and Gender, S:1, C:38, s. 78.

86 Tushnet, Mark (2014), 'Do for-profit corporations have rights of religious conscience?', Cornell Law Review C: 99, s. 76-82.

87 Cismas/Cammarano, s. 39.

88 Bkz. AYM, E: 1963/101, K: 1964/49, T: 16.06.1964; AYM, E: 1988/15, K: 1989/9, T: 14.02.1989.

89 AYM, E: 1991/2, K: 1991/30, T: 19.09.1991.

Şirketlerin Anayasa Mahkemesine mağdur sıfatıyla gelebilmelerinin önu bireysel başvuru yolunun kabul edilmesiyle açılmıştır. Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuru yapabilirler. Anayasa Mahkemesi yalnızca üyelerinin haklarını etkileyen müdahalelerden dolayı, onlar adına üye oldukları örgüt tarafından yapılan başvurularda, topluluğun tüzel kişiliğine ait herhangi bir hakkına müdahalede bulunulmadığı ve doğrudan etkilenme şartının gerçekleşmediğinden hareketle kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararları vermiştir⁹⁰. Tüzel kişilikle bağ kurulan durumlarda ise kabul edilebilirlik kararı verilebilmektedir⁹¹. Bu tür başvurular genel olarak kar amacı taşımayan özel hukuk tüzel kişileri tarafından yapılmaktadır.

Tıpkı diğer bireysel başvurularda olduğu gibi şirketler tarafından yapılan başvurularda da öncelikle kabul edilebilirlik incelemesi yapılmaktadır. Mesela, bireysel başvuru yapmadan önce tüzel kişiliğinin sona ermesi durumunda başvuru ehliyeti kalmayan şirketin başvurusu kişi yönünden yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulunmuştur⁹². Şirketlerin güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenmezse tüzel kişiliğe ait bir hak da ihlal edilmiş olmayacağından, başvurular mağdur statüsünü kazanamamaktadırlar⁹³. Dolayısıyla bu gibi başvurularda da kişi yönünden yetkisizlik kararı verilmektedir.

Kabul edilebilirlik aşamasını geçip, hak ihlali sonucuna ulaşılan şirket bireysel başvurularına baktığımızda Anayasanın 36. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan makul sürede yargılanma hakkıyla ilgili ihlal kararları öne çıkmaktadır. Bu konudaki ilk kararlarından birinde Mahkeme, konusu karmaşık olmayan (bir çekin icra takibi) ve sadece iki gerçek kişi ve bir tüzel kişi arasında geçen dava sürecinin beş yıl üç ay sürmesinin şirket tüzel kişisinin makul sürede yargılanma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır⁹⁴. Adil yargılanma hakkının içinde görülen mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olarak şirketler lehine ihlal kararları verilmiştir⁹⁵.

90 Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği, Başvuru No: 2012/95, K.T.25/12/2012, §23; Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma ve Kültür Varlıklarını Koruma Derneği, Başvuru No: 2013/1212, K.T.12/09/2013, §§ 22, 23. Bu ve aşağıdaki kararlar, Mahkemenin web sayfası olan, www.anayasa.gov.tr adresinden alınmıştır.

91 Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvuru No: 2014/5425, K.T.23/7/2014 § 26; Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi, Başvuru No: 2014/15220, K.T.04/08/2015 § 43.

92 Çağ Ağaç Sanayi Ticaret ve Nakliye Ltd. Şti. Başvuru No: 2013/6825, K.T.07/01/2016, §§ 45-46.

93 Santa Farma İlaç Sanayi A.Ş., Başvuru No: 2013/5554, K.T. 06/02/2014, § 36.

94 Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvuru No: 2013/1213, K.T.4/12/2013, §§ 58-59. Benzer bir karar için bkz. Alba İnşaat Tic. Ltd.Şti, Başvuru No: 2013/1313, K.T.26/2/2015, §§ 70-71.

95 Bkz. Bubo Çelik, Başvuru No: 2013/3954, K.T.26/02/2015, § 62.

Anayasanın 38. maddesindeki suç ve cezada kanunilik ilkesine uyulmaması da şirketler lehine hak ihlali kararlarının çıkmasına neden olmuştur. İlgili kanunda öngörülmeyp, sadece bir genelge ile getirilen bir bildirim yükümlülüğüne uyulmaması sonucunda şirket tüzel kişiliğine idari para cezasının verilmesini Anayasa Mahkemesi 38. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir⁹⁶.

Şirketlerin hak ihlaline uğradıklarını iddia ettikleri en önemli konulardan biri de mülkiyet hakkıdır. Anayasa Mahkemesi de bu konuda çeşitli ihlal kararları vermiştir. Bunlardan en önemlilerinden birinde bir bankadan, çalışanlarının kurduğu bir vakfa şubeleri itibarıyla yaptığı katkı payı ödemeleri üzerinden vergi ve ceza tahsil edilmesini, Mahkeme Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁹⁷. Vergi idaresi bankanın vakfa yaptığı ödemeyi bir ücret gibi tanımlarken Mahkeme bunu katkı payı olarak görmüştür. Söz konusu başvuruda, Mahkeme, ihlalin giderimi için yeniden yargılama yoluna başvurulmasında hukuki açıdan bir yarar bulunmadığını söyleyerek başvurucudan tahsil edilen miktarın yasal faiziyle birlikte tazminat olarak ödenmesine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi hak arama hürriyeti ve mülkiyet haklarıyla ilgili olarak şirketler lehine verdiği hak ihlali kararlarının yanısıra basın yayın ve internet şirketlerini kapsayacak şekilde ifade özgürlüğü ihlalleri de tespit etmiştir. Mahkeme, özellikle internet erişimine yönelik müdahaleleri ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir. Bu çerçevede *youtube* adlı internet sitesine erişimin engellenmesini konu alan başvuru önemlidir. *Youtube LLC* başvurusunda şirket anılan internet sitesinin sahibi olmasının yanında kullanıcı durumunda bulunduğunu ifade ederek ticari bir şirket olması nedeniyle ticari faaliyetlerinin tanıtımında sitenin etkin olarak kullanıldığına dikkat çekmiştir. Mahkeme, ilk olarak siteye erişimin tamamen engellenmesine yönelik müdahalenin, yeterince açık ve belirgin bir kanuni dayanağa sahip olmadığını ve bu yönüyle başvurucular açısından öngörülebilir nitelikte bulunmadığı tespitinde bulunmuştur. Bunu takiben, söz konusu internet sitesinden yararlanan tüm kullanıcıların ifade özgürlüğüne ağır müdahale niteliğinde olan ilgili idari

96 Karlis A.Ş. Başvuru No: 2013/849, K.T.15/04/2014, §§ 43-44.

97 Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], Başvuru No: 2014/6192, K.T.12/11/2014, § 61; Türkiye İş Bankası Şubeleri B. No: 2014/6193,15/10/2015, § 60. Mülkiyet hakkının ihlal edildiği yönündeki şirket başvurularından bazıları için bkz. Akel Gıda San. ve Tic. A.Ş. Başvuru No: 2013/28, K.T.25/02/2015 §§ 52-53; Garanti Bankası A.Ş. Başvuru No: 2013/4553, 16/04/2015, §§ 73-74; Akün Gıda Maddeleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. Başvuru No: 2013/6361, K.T.06/05/2015, §§ 45-46; Tam Petrol Ürünleri Alım Satım Ltd. Şti. B.No: 2013/2131, 10/6/2015 §§ 61-62.

işlemin, Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü-
nü ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır⁹⁸. Böylece bu davada başvuru arasında
olan gerçek kişilere ek olarak şirketin de ifade özgürlüğünün ihlal edildiği tes-
piti yapılmıştır.

Youtube başvurusunda internet sitesi sahibi ve yayıncısı olan şirketin
ifade özgürlüğü tanınırken, *Medya Gündemi* başvurusunda yayıncı şirketin
ifade özgürlüğünün yanında Anayasanın 28. maddesinde güvence altına alı-
nan basın özgürlüğünden de yararlandığı kabul edilmiştir. İnternet üzerin-
den ekonomi gazeteciliği yapan bir sitede borsada faaliyet gösteren iki şir-
kete ilişkin bazı iddia ve değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bunları içeren
haber kişilik haklarına saldırı olduğu gerekçesiyle yerel mahkeme kararıyla
siteden kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi ilk olarak internet gazeteciliğinin
28. madde kapsamında görülüp görülemeyeceğini tartışmış ve başvurusunun
yürüttüğü faaliyetin geleneksel gazetecilik faaliyetine yakınlığını dikkate ala-
rak basın özgürlüğü güvencesinden yararlanması gerektiğini kabul etmiştir⁹⁹.
Mahkeme, siteden kaldırılan haberin toplumu yakından ilgilendiren ve kamu
yararı bulunan ticari ifadeler olduğunu vurgulayarak başvuru şirketin ifade
ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin başkalarının şöhret ve haklarının
korunması için demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı
kanaatine varmıştır¹⁰⁰. Bu karar hem ticari ifadeler için sağladığı güvenceler
hem de internet gazeteciliğini basın özgürlüğü kapsamında görmesi açısından
bu alanda faaliyet gösteren şirketler için önem taşımaktadır.

II. DEĞERLENDİRME

Şirketlerin insan hakları alanında hukuki yükümlülüklerinin olmadı-
ğını iddia ederken, aynı alanda hak öznesi olmayı talep etmeleri aslında bir
çelişkiyi yansıtmaktadır. Nitekim Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi bir
şirketin hak ihlali iddiasıyla AİHM'e başvuru yapabilirken bir bireyin özel bir
şirket tarafından haklarının ihlal edildiği iddiasını AİHM'e taşıyamadığına
dikkat çekmiştir¹⁰¹.

98 Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri (GK), Başvuru No: 2014/4705,
K.T.29/05/2014, § 64; R.V.Y. A.Ş. Başvuru No: 2013/1429, K.T.14/10/2015 §§ 56-58, 64.

99 Medya Gündemi Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. (GK) Başvuru No: 2013/2623,
K.T.11/11/2015, §§ 36-37.

100 Medya Gündemi Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. §§ 53-54.

101 Council of Europe Parliamentary Assembly, 'Resolution 1757 (2010) Human Rights and
Business', <[http://www.assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERE S1757.htm](http://www.assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERE%20S1757.htm)>, s.e.t. 12.06.2016.

Gerek anayasal haklar tespit edilirken gerekse de uluslararası insan hakları sistemi ve hukuku oluşturulurken kar amaçlı ticari ortaklıkların bu haklardan ne derecede yararlanabilecekleri üzerinde pek durulmamıştı. Bu haklar esas olarak gerçek kişiler için güvence sağlamak amacıyla geliştirilmiş olsa da tüzel kişiler de niteliklerine uygun olmak şartıyla bunlardan yararlanabilmektedirler. Sözleşme hürriyeti, mülkiyet ve adil yargılanma gibi haklar kar amaçlı tüzel kişilerin en çok başvurduğu haklardır ve genel olarak şirketlerin bu hakların öznelere olması da kabul görmektedir. Buna karşılık şirketlerin “insan” haklarıyla insanların insan haklarının çatışması ve geleneksel olarak şirketler için düşünülmemeyen din özgürlüğü gibi bazı haklardan da, en azından ABD’de yararlanmaya başlamaları yeni bir duruma işaret etmektedir. Şirketlerin insanlaştırılması olarak nitelendirilebilecek bu gelişmeler gelecekte şirketlerin yaşam hakkı, seçme ve seçilme hakkı ve kötü muamele gibi hak iddialarının önünü açabilir¹⁰². Bütün bunların nasıl uygulanacağı sorununun da yapay zekâ çağında aşılması ihtimal dâhilindedir. Peki, böyle bir durum, mesela demokratik toplum düzeninin oluşmasına ve pekişmesine bir katkı yapabilir mi? Bu soruya olumlu cevap vermek, en azından bugün itibarıyla pek mümkün gözükmemektedir.

Aslında, şirketlerin hükümet müdahalelerine karşı insan haklarını bir koruma aracı olarak kullanma gayreti içinde olduklarını söyleyebiliriz. Bununla beraber, özellikle çok uluslu şirketlerin yaptıkları yatırımlarla ilgili bazı ekonomik hakları insan hakkı olarak kullanma çabaları insanların insan haklarının etkisizleşmesi sonucunu doğuracaktır¹⁰³. İnsan hakları kisvesi altında meşrulaştırılmaya çalışılan bazı ekonomik haklar, Meksika örneğinde gördüğümüz gibi anayasalarda teminat altına alınan temel haklara karşı bir tür öncelik kazanabilir. Küresel ölçekte faaliyet gösteren dev bir şirket geliştirmekte olan bir ülkedeki yatırımından dolayı o ülke tarafından mağdur edilebilir ama bunun insan hakları ihlali olarak görülmesi çok da doğru değildir. Uluslararası yatırım hukukunun yatırımcıların haklarını korumak için insan hakları hukukunu kullanması güçlünün zayıf karşısında kendisini mağdur ilan etmesinin önünü açacaktır.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin, Amerikan Anayasasında gerçek kişiler için öngörülen anayasal hakları şirketler de dâhil olmak üzere tüzel kişiler lehine genişletme eğiliminde olması dikkati çekmektedir. Yüksek Mahkemenin kar amaçlı şirketler için din özgürlüğünü tanıması şirketlerin anaya-

102 Winfried H. A. M. Van den Muijsenbergh/Sam Rezai, (2012), ‘Corporations and the European Convention on Human Rights’, Pacific McGeorge Global Business / Development Law Journal, S:1, C: 25, s.60.

103 Lafont, s. 21.

sal haklardan yararlandırılmasının ulaştığı noktayı göstermesi açısından çarpıcı bir örnektir. ABD anayasa yargısında tüzel kişilik hakları genelde gerçek kişi haklarının türevi olarak değerlendirilmektedir. Şirketler, şirket oldukları için değil bünyelerinde insanlar olduğu için bazı haklara sahip olabilmektedirler. Mahkeme, anayasal hakların şirketleri hak sahibi yapacak şekilde genişletilmesinin amacının şirket yöneticileri, hissedarları ve çalışanlarının haklarını korumak olduğunu vurgulamaktadır. Yönetici, işgören gibi şirket üyelerinin hakları tüzel kişilik aracılığıyla korunuyorsa şirketler türev insan haklarından bu gerçek kişileri korumak amacıyla yararlanabilirler¹⁰⁴.

Tüzel kişilerin arkasındaki gerçek kişilerin haklarını korumak ilk bakışta gayet masumane bir gerekçe olarak dursa da, şirketle ilgili gerçek kişiler arasındaki güç farklılıklarını göz ardı etmemek gerekir. *Hobby Lobby*'de din özgürlüğü korunanlar şirketin sahipleriydi, çalışanları değil. Bir şirkete anayasal koruma sağlamadan evvel mahkeme şirketin söz konusu hakla bağlantılı bir amaç için kişi gruplarının bir araya gelip gelmediğini tespit edebilmelidir¹⁰⁵.

Şirketlerin haklarının korunmasının özel kişiler ve toplumun haklarının korunmasına katkı yaptığı bir gerçek olmakla beraber, bunu Amerikan Yüksek Mahkemesinin taşıdığı noktalara götürmek hususunda dikkatli olmak gerekmektedir. Bu konuda, AİHM'nin tutumu makul gözükmemektedir. AİHM, şirketleri AİHS kapsamındaki adil yargılanma, özel hayatın gizliliği ve düşünce özgürlüğü haklarının öznesi olarak görmektedir. Mahkeme, şirketlerin yukarıdaki haklarla ilgili başvuruları Sözleşme ilkelerini geliştirecekse ve tüm topluma fayda sağlayacaksa iddiaları kabul edilebilir bulup, ihlal kararları verebilmektedir. Bunun güzel bir örneği olan *Colas Est* kararı hukukun üstünlüğünü pekiştirdiği için övgüye değerdir, ancak hukukun üstünlüğü veya demokratik toplum düzenine katkı gibi ilkelere sığınarak AİHS haklarını şirketler lehine yorumlamada çok da ileri gitmemek gerekir.

Türk Anayasa Mahkemesi şirket başvurularında şirketleri mağdur kabul edip, hak ihlali sonuçlarına ulaşmıştır. Şu ana kadar adil yargılanma, kanunsuz ceza olmaz ilkesi, mülkiyet, ifade ve basın özgürlüğü alanlarında ihlal kararları verilmiştir. Yayıncılık sektöründe faaliyet gösteren şirketlerle ilgili verilen ihlal kararları demokratik toplum düzeninin oluşumuna katkı sağlamıştır ve bu konudaki AİHM içtihatlarıyla da uyumludur. Türk Anayasa Mahkemesine

104 Gear, Anna (2010), **Redirecting Human Rights: Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity** Houndsmill, Palgrave Macmillan, s. 33.

105 Blair, Margaret M./Elizabeth Pollman (2015), **'The Derivative Nature of Corporate Constitutional Rights'** William/Mary Law Review S:5, C:56, s. 1737.

şu ana kadar kar amaçlı bir özel hukuk tüzel kişinin özel hayat ve din özgürlüğü¹⁰⁶ gibi haklarla ilgili olarak herhangi bir başvurusu olmamıştır. Dolayısıyla, Mahkemenin böyle ihlal iddialarına karşı nasıl davranacağını şimdiden öngörmek mümkün olmamakla beraber Mahkemenin ilgili konu hakkındaki AİHM içtihadını dikkate aldığını vurgulamak gerekir.

SONUÇ

Şirketlerin hem uluslararası hem de ulusal düzeyde insan hakları sözleşmeleri, temel haklar bildirgeleri ve anayasalardan kaynaklanan haklara sahip olduklarını belirterek kendilerinin de insan haklarının öznesi olduğunu iddia etmeleri göreceli olarak yeni bir gelişmedir. Şirketlerin “insan” hakları olarak ifade edilen bu talepleri uluslararası yatırım tahkim hukukunda, Amerikan Yüksek Mahkeme kararlarında ve daha az ölçüde AİHM içtihadında etkili olmaya başlamıştır.

İnsan hakları akla genellikle kurbanların, zayıfların, mağdurların haklarını korumaya dönük çağrışımlar yaparken şirket veya ticari ortaklıklar ise güç, para ve çeşitli imtiyazları akla getirmektedir. Devlet gibi şirketler de bir iktidar yoğunlaşmasını, odaklaşmasını, kullanımını ve yapısını temsil etmektedir. İnsan hakları da temelde iktidarı sınırlandırmayı amaçladığından şirketlerin “insan” hakları olduğu iddiası kendi içinde tutarsız ve çelişkili görünmektedir. Bunun, devletin “insan” hakları olduğunu söylemekten çok da farkı yoktur. Elbette şirketler kendi amaçları ve işlevleri için gerekli olan haklardan yararlanmalıdır, ancak bu gerçek kişiler kadar geniş olmamalıdır, çünkü şirketler, gerçek kişilerden farklı olarak ahlaki ve metafiziksel anlamda kişilik sahibi değildirler. Her ne kadar şirketlerin temel hakları üyeleri olan gerçek kişilerin haklarından türetilmekte ve bu gerekçeyle meşrulaştırılmaktaysa da mülkiyet ve adil yargılanma gibi haklar açısından anlaşılabilir olan ve çok da tartışma yaratmayan bu kullanma, din özgürlüğü gibi alanlar için sorunlu olabilir. Bir hak, doğası gereği tüzel kişilik tarafından kullanılamayacaksa, tüzel kişiliğin o hakkın öznesi olması doğru olmayacaktır. Şüphesiz tüzel kişi olarak şirketler doğalarına uygun temel hakların öznesi olmalıdır, ama bunu genişletmeye çalışmak toplumsal eşitsizliklerin giderek arttığı bir dünyada mali imkânları olanların, mülk sahiplerinin tıpkı *Hobby Lobby*'de olduğu gibi haklardan daha fazla yararlanmaları gibi bir sonuç doğurabilir.

106 Dini kurum niteliği taşıyan özel hukuk tüzel kişileri din özgürlüğünün ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yapabilmektedir. Örneğin, bkz. Mardin Süryani Katolik Kilisesi Vakfı, Başvuru No: 2013/757, K.T.13/06/2013.

KAYNAKÇA

Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş Kahraman, Derya (2014) **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 1. Cilt, İstanbul, Beta.

Altıparmak, Kerem, (1996), ‘**Due Process of Law**’ Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme’, AÜHFHD 45(1-4): s.219-250.

Berni, Andrew B. (2014), ‘**Furniture, car parts and model airplanes: The religious rights of for-profit corporations under the Affordable Care Act**’, Holy Cross Journal of Law and Public Policy 13: s.9-47.

Blair, Margaret M./Pollman Elizabeth, (2015), ‘**The Derivative Nature of Corporate Constitutional Rights**’ William/Mary Law Review, 56(5): s.1673-1743.

Brown, Teneille R. (2013); ‘**In-Corp-o-Real: A Psychological Critique of Corporate Personhood and *Citizens United***’, FSU Business Review, 12: s.1-109.

Ciepley, David (2013), ‘**Neither Persons nor Associations: Against Constitutional Rights for Corporations**’, Journal of Law /Courts, 1(2): 221-245.

Cismast, Loana/Cammaranot, Stacy (2016), ‘**Whose Right and Who is Right? The US Supreme Court v. The European Court of Human Rights of Corporate Exercise of Religion**’ Boston University International Law Journal, 34: s.1-44.

Cohen, Jean L. (2015), ‘**Freedom of Religion, Inc.: Whose Sovereignty**’, Netherlands Journal of Legal Philosophy, 44(3): 169-210.

Corbin, Caroline Mala (2015), ‘**Corporate Religious Liberty**’, Constitutional Commentary 30: s.277-308.

Council of Europe Parliamentary Assembly, ‘**Resolution 1757 (2010) Human Rights and Business**’, <<http://www.assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ ERES1757.htm>>, s.e.t. 22.09.2016.

Dale, Rubin (2010), ‘**Corporate personhood: How the courts have employed bogus jurisprudence to grant corporations constitutional rights intended for individuals**’, Quinnipiac Law Review 28: s.523-584.

Dhooge, Lucien J. (2007), ‘**Human rights for transnational corporations**’ Journal of Transnational Law and Policy, 16(2): s.197-249.

Emberland, Marius (2006), **The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection**, Oxford, Oxford University Press.

Gemalmaz H.B. (2013), '**Uluslararası Yatırım Tahkimi Hukuku ve İnsan Hakları Hukuku İlişkisi Üzerine Başlangıç Notları**': Uluslararası Tahkim Kongresi Tebliğ Kitabı, Ankara, Adalet Yayınevi: 56-97.

Gözler, Kemal (2011), **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, (Cilt II), Bursa, Ekin.

Grear, Anna (2010), **Redirecting Human Rights: Facing the Challenge of Corporate Legal Humanity**, Houndsmill: Palgrave Macmillan.

Grear, Anna (2006), '**Human Rights-Human Bodies? Some Reflections on Corporate Human Rights Distortion, The Legal Subject, Embodiment and Human Rights Theory**', Law and Critique, 17: s.171-199.

Harding, Christopher/Uta Kohl/Naomi Salmon (2008), **Human Rights in the Market Place: The Exploitation of Rights Protection by Economic Actors**, Aldershot, Ashgate.

Hein, Van Kempen Piet (2011), '**The recognition of legal persons in international human rights instruments: protection against and through criminal justice?**', Pieth Mark ve Radha Ivory (Editörler), Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence and Risk, Dordrecht, Springer: s.355-389.

Işıkse, Türküler (2016), '**The Rights of Man and the Rights of the Man-Made: Corporations and Human Rights**', Human Rights Quarterly, 38(2): s.294-349.

Lafont, Cristina, (2016), '**Should We Take the Human out of Human Rights? Human Dignity in a Corporate World**', <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2768881>, s.e.t. 19.09.2016.

Lupu, Ira C. (2014), '**Hobby Lobby and the Dubious Enterprise of Religious Exemptions**', Harvard Journal of Law and Gender 38: s.35-101.

McDonnell, Brett H. (2015), '**The Liberal Case For Hobby Lobby**', Arizona Law Review 57: s.777-822.

Oliver, Peter, (2015), '**Companies and Their Fundamental Rights: A Comparative Perspective International and Comparative Law**', Quarterly, 64: s.661-696.

Orts Eric W./Amy Sepinwall (2015), '**Privacy and Organizational Persons**', *Minnesota Law Review* 99: s.2275-2322.

Pietranton, Erica (2012), '**One Case Expands and Another Narrows: Constitutional Rights as They Apply to Corporations**', *Journal of Law / Commerce*, 30: s.132-151.

Pollman, Elizabeth, (2014) '**A Corporate Right to Privacy**', *Minnesota Law Review*, 99 (1): s.27-88.

Scolnicov, Anat, (2013), '**Lifelike and Lifeless in Law: Do Corporations Have Human Rights?**', University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 13/2013 <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2268537>, s.e.t. 08.09.2016.

Sepinwall Amy J. (2015), '**Coprorate Piety and Impropriety: Hobby Lobby's Extension of RFRA Rights to the for-profit Corporation**', *Harvard Business Law Review* 5: s.173-204.

Tushnet, Mark (2014), '**Do for-profit corporations have rights of religious conscience?**', *Cornell Law Review*, 99: s.70-86.

Winfried H.A.M. Van den Muijsenbergh/Sam Rezai (2012), '**Corporations and the European Convention on Human Rights**', *Global Business / Development Law Journal* 25(1): s.43-68.

Van der Sloot/Bart (2015), '**Privacy as Personality Right: Why the ECtHR's Focus on Ulterior Interests Might Prove Indispensable in the Age of 'Big Data'**', *Utrecht Journal of International and European Law*, 31(80): s.25-50.

Westin, Alan (1967), **Privacy and Freedom**, New York, Atheneum.

Özel Hukuk

JOINT VENTURE'İN HUKUKİ NİTELİĞİ

Arş. Gör. F. Betül ÇAKIR ÇELEBİ*

ÖZET

Joint venture, iktisaden ve hukuken birbirinden bağımsız tüzel kişiliği bulunan ya da bulunmayan kişi veya kuruluşların, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık kurmaksızın, kar elde etmek amacıyla tek bir işin ya da süreklilik arz eden bir faaliyetin gerçekleştirilmesini müştereken taahhüt ettikleri ve işin yapılmasından müteselsilen sorumlu oldukları bir sözleşmedir. Joint venture, geleneksel joint venture ya da sermayeye katılmalı joint venture şeklinde de kurulabilecektir. Geleneksel joint venture, joint venture sözleşmesinin akdedilmesiyle kurulur. Bu nedenle hukuki niteliğinin belirlenmesi oldukça kolaydır. Sermayeye katılmalı joint venture da ise durum bu kadar basit değildir. Zira joint venture'ın bu türünde ortaklık kurulması söz konusu olmakta, bu nedenle de bu tür joint venture'lar birden çok sözleşmeden oluşmaktadır. Bu durum da bu sözleşmelerin hukuki niteliklerinin belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Joint venture'ın hukuki niteliğinin belirlenmesi bu ilişkinin taraflarının hak ve borçlarının tespit edilmesi ve sona ermesi açısından da önem arz etmektedir. Çalışmada tüm bu hususlar Yargıtay kararları ışığında derinlemesine incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Joint venture, geleneksel joint venture, sözleşmeye katılmalı joint venture, sermayeye dayalı joint venture, joint venture'ın hukuki niteliği.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, betulcakir67@gmail.com.

LEGAL CHARACTER OF JOINT VENTURE

ABSTRACT

Joint venture is a type of contract under which individuals or organizations that have or do not have an independent economic and legal entity jointly undertake the performance of a single work or a continuous activity and assume joint and several responsibility for such work or activity by establishing or without establishing commercial partnership for the purpose of making profit. Joint venture can be founded as contractual joint venture or equity joint venture. Contractual joint venture is founded upon conclusion of joint venture contract. Therefore, it is quite easy to determine its legal character. It is not so easy in equity joint venture because partnership is founded in this type of joint venture and therefore, this type of joint ventures consists of multiple contracts. This makes it difficult to determine the legal nature of these contracts. Determining the legal character of joint venture is important to identify and terminate the rights and obligations of the parties in this relationship. All these matters are thoroughly discussed in this study under the Judgments of the Court of Cassation.

Keywords: Joint venture, traditional joint venture, contractual joint venture, equity joint venture, legal character of joint venture.

GİRİŞ

Teknolojinin hızla gelişmesi ve küreselleşme ülkeler arasındaki mesafelerin azalmasına ve yapılacak işlerin hacimlerinin artmasına neden olmuştur. Yüksek sermaye ve uzmanlık gerektiren aynı zamanda büyük riziko taşıyan bu işler tek bir kişi veya kuruluşun mali ve teknik gücünü aşabilmekte ya da birden fazla alanda uzmanlık gerektirebilmektedir. Yine bu işler nedeniyle doğabilecek rizikolar da kişi veya kuruluşların tek başına bu işleri üstlenmesini engellemektedir. Bu durum da işin, birden fazla kişi veya kuruluş tarafından işbirliği içerisinde gerçekleştirilmesi ihtiyacını ortaya çıkarmış, bu nedenle de bir araya gelen kişi veya kuruluşların işin gerçekleştirilmesini birlikte üstlendikleri ve bundan doğan zararlardan müteselsilen sorumlu oldukları joint venture ilişkisi doğmuştur.

Esas olarak geleneksel ve sermayeye katılmalı joint venture türlerinin incelendiği çalışmamızın asıl amacı, bu türlerin hukuki niteliklerini belirlemektir. Bu belirleme, tek katmanlı bir yapının söz konusu olduğu geleneksel joint venture için oldukça kolayken, birden çok sözleşme ve ortaklığı bünyesinde bulunduran sermayeye katılmalı joint venture için önemli ölçüde zorlaşmaktadır. Bu nedenle çalışmada bu yapının içinde bulunan tüm sözleşme ve ortaklıklar ayrı ayrı incelenerek hukuki nitelendirme yapılmaya çalışılmıştır. Bunlara ek olarak, joint venture'a ilişkin genel hususlara, bu müessesenin karıştırıldığı benzer kavramlara ve bu ilişkiyi sona erdiren sebeplere yer verilerek konunun daha iyi anlaşılması amaçlanmıştır.

I. JOINT VENTURE KAVRAMI

A. TARİHİ GELİŞİMİ

Teknolojinin hızla gelişmesi sonucu, günümüz ticaret hayatında bazı işler tek bir kişi veya kuruluşun mali ve teknik gücünü aşmakta ya da birden fazla alanda uzmanlık gerektirmektedir. Bunun yanında, büyük hacimli işler nedeniyle doğabilecek rizikolar da kişi veya kuruluşların tek başına bu işleri üstlenmesini engellemektedir¹. Bu nedenle, işin, birden fazla kişi veya kuruluş tarafından işbirliği içerisinde gerçekleştirilmesi ihtiyacı doğmuştur. Yine yabancı bir ülkenin pazarına girilebilmesi için en uygun yol, o ülkede tanınmış ve güvenilir bir kişi veya kuruluşla işbirliği yapmaktır. Bu ihtiyaçların sonucunda, bir araya gelen kişi veya kuruluşların işin gerçekleştirilmesini birlikte üstlendikleri ve bundan doğan zararlardan müteselsilen sorumlu oldukları joint venture ilişkisi doğmuştur.

1 Gibbons, Thomas (2007) *What Constitutes a Joint Venture Company*, Waikato Law Review, S.15, s.123.

Joint venture ilk olarak Venedik'te görülmüş², ancak Amerikan hukukunda gelişip bugünkü önemini kazanmıştır³. Joint venture Türk hukukunda da yaygın bir şekilde uygulanmaktadır⁴. Buna rağmen, hukukumuzda joint venture'ı tüm yönleriyle ele alan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır⁵. Türk hukukunda joint venture'a ilişkin ilk düzenleme "iş ortaklığı" kavramı ile 10.06.1949 tarih ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda 12.01.1985 tarih ve 3239 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle yapılmıştır. Ancak bu kavram joint venture'un yalnızca özel bir türüne (sözleşmeye dayalı joint venture'a) ilişkin olarak kullanılmıştır. Zira söz konusu Kanun'un 6. maddesine göre, sermaye şirketlerinin, kooperatiflerin, iktisadi kamu müesseselerinin, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmelerin kendi aralarında, şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerle belli bir işin birlikte yapılmasını müştereken taahhüt etmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklar iş ortaklığıdır. Söz konusu Kanun 13.06.2006 tarih ve 5520 sayılı Kanunlar Vergisi ile yürürlükten kaldırılmış, ancak iş ortaklığına ilişkin hüküm yeni kanuna aktarılmıştır.

Hukukumuzda joint venture'ın karşılığı olarak müşterek iş ortaklığı⁶, ortak girişim⁷ kavramları kullanılmaktadır. Ancak kavram kargaşasını önlemek amacıyla biz, joint venture kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

B. TANIMI - ÖZELLİKLERİ

Joint venture sözleşmesinin her somut olaya göre farklı özellikler göstermesi, onun tüm modellerini kapsayacak genişlikte tanım yapılmasını

-
- 2 Barlas, Nami, (2012) **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 3. Baskı, İstanbul, s.263; Tekinalp, Gülören/ Tekinalp, Ünal, (1989) '**Joint Venture**', Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a Armağan, Ankara, s.148. Doktrinde joint venture'ın ilk kez İskoç Hukuku'nda görüldüğü de ifade edilmektedir (Dayınlarlı, Kemal, (2007) **Joint Venture Sözleşmesi**, 3. Baskı, Ankara, s.13).
 - 3 Amerikada kayıtlı ilk joint venture davası 19. Yüzyılın başlarında görülmüştür,
 - 4 Joint venture'a ilişkin haberler için lütfen bkz. http://www.turkishtechnic.com/haberler/ucak_koltuk_uretimi_sanayi_ve_ticaret_as.html(14.11.2015-23.46);<http://kokpit.aero/thy-lot-ortak-girisim> (14.11.2015-23.47); <http://www.turkishairlines.com/tr-tr/kurumsal/basin-odasi/basin-bultenleri/basin-bulteni-detayi/turk-hava-yollari-tek-nik-as-ile-pratt-whitney-motor-bakim-merkezi-kurmak-uzere-ortak-girisim-sozlesmesi-imzaladi> (14.11.2015-23.50); http://www.kaleoto.com.tr/images/KALE_BEHR.pdf (15.11.2015-00.01); http://www.emlakhaberleri.co/sektorel-haberleri/aselsan-kaddb-ile-ortak-girisim-sirketi-kuracagini-acikladi_59129.html (15.11.2015-00.04).
 - 5 **Tekinalp/Tekinalp**, s.157; **Dayınlarlı** s.27.
 - 6 Kaplan, İbrahim (2013) **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı –Joint Venture**, 3. Baskı, Ankara, s.21 vd.
 - 7 Tekil, Fahiman (1991) **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku**, İstanbul, s.104-109.

zorlaştırmaktadır⁸. Zira joint venture, yapısal bakımdan, tedarik edici veya yönlendirici olmaları bakımından, tarafların pazar konumları bakımından, yine tarafların tabiiyetleri bakımından ayrımlara tabi tutulmuştur. Bununla birlikte, joint venture'ın özelliklerinin incelenmesi ardından bir tanım yapılmaya çalışılacaktır.

Joint venture'dan bahsedilebilmesi her şeyden önce bir sözleşmenin bulunması gerekir⁹. Buna göre, joint venture türü ne olursa olsun ilişkiye katılanlar arasında akdedilen bir sözleşmeye dayanacaktır¹⁰. Joint venture sözleşmesi hukukumuzda kanunen düzenlenmediğinden TBK m.12 uyarınca herhangi bir şekil şartına tabi değildir¹¹. Burada önemli olan, sözleşmenin, kurulmasından önce ve sonra birbirinden iktisaden ve ekonomik olarak bağımsız kişi veya kuruluşlar tarafından akdedilmesidir¹². Doktrindeki bir görüşe göre, bir işbirliğinin joint venture olarak nitelendirilebilmesi için onun yabancı yatırımcılarla yerli yatırımcılar arasında yapılmış olması gerekmektedir¹³. Ancak biz bu görüşün dayanağının bulunmaması ve uygulamada son derece yaygın olarak kullanılan joint venture'ın kullanım alanının bu şekilde sınırlandırılmasının doğru olmayacağı gerekçeleriyle isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

Joint venture, tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklık şeklinde kurulabilir. Kural olarak joint venture'da ortaklardan her biri ortaklığı değil, diğer bir ortağı temsile yetkilidir¹⁴. Joint venture ortakları, ortaklık işlerinden dolayı müteselsilen sorumlu olur. Bu kapsamda, ortaklar, taahhüt edilen işin tamamından doğrudan doğruya sınırsız olarak tüm malvarlıklarıyla sorumludur¹⁵. Diğer bir deyişle, tarafların her biri, işin belirli kısımlarından değil, tamamından sorumludur. Buna göre, bir köprü yapımı işi için bir araya gelen kişi veya kuruluşlar her birinin uzmanlık alanı işin belli bir kısmına yönelik olsa da işin tamamının yerine getirilmesinden sorumlu olacaktır.

8 Nitekim Amerikan mahkemeleri de bilinçli olarak bir tanım vermekten kaçınmakta ve somut uyuşmazlığa konu olan joint venture'ın somut görünüm biçimini hukuki yönden incelemeyi tercih etmektedir (Nichols, Henry W., **Joint Ventures**, Virginia Law Review, Y.1950, S.4, s.430).

9 Taubman, Joseph (1955-1956) **What Constitutes A Joint Venture**, Cornell Law Quarterly, C.41, s.643.

10 **Barlas** (2012), s.264.

11 **Tekinalp/Tekinalp**, s.155; **Barlas** (2012), s.264; Taslacioğlu, İlker/Şahinalp, Kaan (2000) **'Türk Hukukunda Joint Venture'ların Hukuki Yapısı ve Niteliği İle Joint Venture'larda Karşılaşılan Sorunlar**, Sayıştay Dergisi, S.36, s.62; **Dayınlarlı**, s.59.

12 **Barlas** (2012), s.265; Straube, Manfred (1985) **Joint Venture Groups**, International Business Lawyer, C.13, S.3, s.132.

13 **Dayınlarlı**, s.269.

14 **Dayınlarlı**, s.59; **Tekinalp/Tekinalp**, s.152.

15 3.HD, E.2012/11789, K.2012/16355, T.28.06.2012; 12.HD, E.2016/23008, K.2017/6521, T.26.04.2017; 12.HD, E.2016/8274, K.2017/635, T.19.1.2017; 12.HD, E.2015/29335, K.2016/6630, T.8.3.2016, <http://www.hukukturk.com> (17.07.2017).

Joint venture'dan bahsedilebilmesi için mutlaka kâr amacının bulunması gerekir¹⁶. Bu amacın bulunması kaydıyla, joint venture, tek bir işin veya süreklilik arz eden bir faaliyetin gerçekleştirilmesi amacıyla kurulabilecektir.

Joint venture'in müşterek bir amacın gerçekleştirilmesi amacıyla kurulur¹⁷. Ortaklardan her biri, bu amaca ulaşabilmesi için para, mal, tecrübe, know-how, kişisel itibar, marka, patent lisans hakkı gibi şekillerde katkıda bulunmalıdır. Katkı payının belirlenmesindeki tek sınır TBK m.27'dir. Buna göre, taraflar, kanunun emredici hükümlerine, ahlak ve adaba, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmamak kaydıyla her türlü edimi katkı payı olarak kararlaştırabileceklerdir.

Ortaklar, joint venture üzerinde müşterek kontrol hakkına sahiptir¹⁸. Müşterek kontrol, müşterek yönetimi ve yönetimle görevlendirilecek kişinin müşterek olarak belirlenmesini kapsayan üst bir kavramdır¹⁹. Nitekim uygulamada ortaklığı yönetmek üzere pilot ortak adı verilen bir ortak seçilir.

Bu açıklamalar ışığında joint venture, iktisaden ve hukuken birbirinden bağımsız tüzel kişiliği bulunan ya da bulunmayan kişi veya kuruluşların, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık kurmaksızın, kâr elde etmek amacıyla tek bir işin ya da süreklilik arz eden bir faaliyetin gerçekleştirilmesini müştereken taahhüt ettikleri ve işin yapılmasından müteselsilen sorumlu oldukları bir sözleşmedir²⁰.

C. TÜRLERİ

Joint venture yukarıda da değinildiği gibi, yapısal bakımdan (geleneksel joint venture -sermayeye katılmalı joint venture), tarafların tabiiyetleri bakı-

16 Tekil (1991), s.104; Kaplan (2013), s.25; Tekinalp/Tekinalp, s.154.

17 Taubman, s.644; 21.HD, E.2013/7874, K.2014/7870, T.14.4.2014; 22.HD, E.2016/33013, K.2017/307, T.17.1.2017, <http://www.kazanci.com> (19.07.2017).

18 Tekinalp/Tekinalp, s.154; Taubman, s.646; Nichols, s.438; Thomas, s.128.

19 Tekinalp/Tekinalp, s.154.

20 Bu konuda verilmiş tanımlar için lütfen bkz. Tekinalp/Tekinalp, s.150-151; Dayınlarlı, s.53; Barlas (2012), s.262; Kaplan (2013), s.24; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin (2014) *Ortaklıklar Hukuku I*, 13. Baskı, İstanbul, s.14; Pulaşlı, Hasan (2015) *Şirketler Hukuku Şerhi*, C.1, 2. Baskı, s.20. Taslacioğlu, İlker, *Türk Hukukunda Joint Venture Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı ve Niteliği*, Ahmet Yesevi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1997 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s.39 Thomas, s.123; Comben, Andrew (2000) *Joint Ventures And Shareholder' s Agreements*, Butterworths Law Publishing, London, s. 3. Yargıtay da bir kararında joint venture'i "müşterek iş ortaklığı (joint venture), iki veya daha fazla sermaye katılımı olan teşebbüslerin belli bir sahada (sektörde) hizmet vermek ve bir amacı gerçekleştirmek için oluşturdukları bir teşebbüs ve ortaklıktır." şeklinde tanımlamıştır. 13.HD, E.95/7761, K.95/8331, T.20.10.1995, www.sinerji.com.tr, (18.11.2015, 09.33). Sermayeye katılmalı joint venture'in çeşitli hukuk sistemleri ve ülkelerdeki tanımları için bkz. Altay, Sıtkı Anlam (2009) *Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler*, 1. Baskı, İstanbul, s.107-128; Taubman, s.64.

mından (ulusal-uluslararası joint venture), konusu bakımından (araştırma ve geliştirme-üretim-pazarlama ve dağıtım), tedarik edici veya yönlendirici olmaları bakımından, tarafların pazar konumları bakımından (yatay-dikey joint venture) çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur²¹. Ancak joint venture'in hukuki değer taşıyan asıl türlerini salt sözleşmeye dayalı ve sermaye katımlı joint venture'lar oluşturmaktadır. Zira burada bahsettiğimiz diğer joint venture türleri aslında hukuken bu iki tür joint venture içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle, bir makale formatında hazırlanması gereken bu çalışmada, joint venture'in yalnızca bu iki türüne değinilmekle yetinilecektir.

1. Geleneksel Joint Venture²²

Geleneksel joint venture, tarafların müşterek amacı gerçekleştirmek amacıyla sözleşme akdetmeleriyle birlikte kurulmaktadır. Diğer bir deyişle, joint venture'in bu türünde ticaret ortaklığının kurulması söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, burada joint venture'in sermayesi bulunmamakta, müşterek amacın gerçekleştirilmesi tarafların getirdikleri katkılarla mümkün olmaktadır²³. Örneğin, bir otoyol yapımı için kurulmuş olan joint venture'da taraflardan biri uzman kadrosu, diğeri iş makineleri, bir diğeri işçileri ve gerekli malzemeler ile katkıda bulunmayı taahhüt etmişse, otoyol bu katkılarla tamamlanacaktır.

Geleneksel joint venture'da, bir organizasyona ihtiyaç duyulabileceği gibi, organizasyon olmadan da çalışabilir²⁴. Otoyol yapımı için verdiğimiz örnek bir organizasyon gerektirirken, yabancı bir ülkeye yüksek miktarda pirinç teslimi amacıyla kurulan joint venture organizasyonu gerektirmeyecektir.

Geleneksel joint venture, uygulamada genellikle tek işler için söz konusu olmaktadır²⁵, ancak bu durum bu tür joint venture'ların yalnızca tek iş

21 Joint venture'in türleri için bkz. **Barlas**, s.267-282; **Dayınlarlı**, s.272-320; **Altay**, s.38-81;

22 Bu nitelendirme için lütfen bkz. **Tekinalp/Tekinalp**, s.156. Daha önce de belirttiği üzere, hangi türü söz konusu olursa olsun, joint venture'dan bahsedilebilmesi için öncelikle bir sözleşmenin bulunması gerekir. Bu nedenle, doktrinde neredeyse tüm yazarlar tarafından sözleşmeye dayalı joint venture olarak adlandırılan joint venture'in bu türünü biz geleneksel joint venture olarak nitelendirmeyi daha doğru buluyoruz. Zira aşağıda incelenecek olan sermayeye dayalı joint venture da sözleşmeye dayanmaktadır. Diğer bir deyişle, sermayeye dayalı joint venture da bir ortaklık kurma iradesini açıklayan sözleşme ile kurulmuş olmaktadır.

23 **Tekil** (1991), s.105; **Tekinalp/Tekinalp**, s.156; Şahinalp, Kaan, "Türk Hukukunda Joint Venture'ların Hukuki Yapısı ve Niteliği ile Joint Venture'larda Karşılaşılan Sorunlar", Yargıtay Dergisi, Temmuz-2001, s.508-509.

24 **Barlas** (2012), s.270; **Tekinalp/Tekinalp**, s.156.

25 Micheler, Eva/ Prentice, Dan D. (2000) **Joint Ventures In English and German Law**, Oxford, s.16.

için kurulacağı anlamına gelmemektedir²⁶. Nitekim birbirinden iktisaden ve hukuken bağımsız üç firmanın, devlet tarafından yapılacak tüm otoyol yapımı ihalelerine girmek amacıyla joint venture kurmaları durumunda süreklilik söz konusu olacaktır.

Geleneksel joint venture'in genellikle geçici süreli işler için kurulmasının bir sonucu olarak, taraflar, işin gerçekleştirilmesi için getirmeyi taahhüt ettikleri katkıları birbirlerinin ortak mülkiyetine tahsis etmezler. Zira geçici niteliğinden dolayı, taraflar müşterek mülkiyetin tesis edilmesine ve iş bitince de bunların tasfiyesine zaman harcamak istememekte ve kendi mülkiyetlerinde kalan katkı paylarıyla kendi işlerine veya joint venture kapsamında diğer başka işlere devam etmeyi tercih etmektedir.²⁷

Geleneksel joint venture'da, müşterek amaç bir ortaklık kurmak değil, doğrudan, tarafların bir araya gelmesine neden olan işi gerçekleştirmektir. Bu nedenle joint venture ilişkisini şekillendirilecek olan sözleşmede, joint venture'in kuruluş amacı, faaliyet alanı, yönetimi ve temsili, tarafların hakları, yükümlülükleri, tarafların arasındaki iş birliği ilişkisi gibi hususlar yer alır.

2. Sermayeye Katımlı Joint Venture

Joint venture'in bu türünde, birden çok kişi ve kuruluşların joint venture şeklinde birleşip, müşterek amacı gerçekleştirmek için bir ortaklık kurmaları söz konusudur²⁸. Kurulacak ortaklığın tüzel kişiliğe sahip olup olmamasının bir önemi yoktur. Ancak uygulamada genellikle, tüzel kişiliğe sahip ortaklıkların, bunların içinde de anonim ortaklığın tercih edildiği görülmektedir²⁹. Buna neden olarak da anonim şirketin yalnızca malvarlığıyla sınırlı sorumlu olması gösterilebilir.

Tarafların sermayeye katımlı joint venture'i tercih etmelerinin sebebi, aralarındaki işbirliğinin kalıcı ve kurumsal olmasını sağlamaktır³⁰. Ancak bu durum, sermayeye katımlı joint venture'in mutlaka süreklilik arz eden ekonomik faaliyetlerin yürütülmesi için kurulabileceği anlamına gelmemekte, joint venture'in bu türünün tercih edilmesine sadece bir sebep oluşturmaktadır. O halde, kanaatimizce, sermayeye katımlı joint venture geçici veya geçici olmayan ekonomik faaliyetlerin yürütülmesine ilişkin olarak kurulabilmelidir³¹.

26 Aynı yönde, **Barlas** (2012), s.270; Karşı yönde, **Tekinalp/Tekinalp**, s.156; **Altay**, s.41.

27 **Altay**, s.49.

28 **Tekil** (1991), s.105.

29 Bu nedenle, bu çalışmada, sermayeye katımlı joint venture kapsamında, ortaklık sözleşmesi ve kurulacak ortaklık ile ilgili yapılan açıklamalarda anonim ortaklıkların ilgili düzenlemeleri esas alınacaktır.

30 **Altay**, s.89.

31 Karşı **Altay**, s.89.

Sermayeye katılmalı joint venture'da birbirinden iktisaden ve hukuken bağımsız kişi veya kuruluşlar, kaynaklarının bir kısmını joint venture için birleştirmekte ve kendi bağımsız faaliyetlerine devam etmektedir. Diğer bir deyişle, iktisaden ve hukuken birbirinden bağımsız olmayan kişi veya kuruluşların müşterek bir amacı gerçekleştirmek ve kar elde etmek için bir ortaklık kurmaları durumunda sermayeye katılmalı joint venture'dan bahsedilemeyecektir. Bu kapsamda, aralarında ekonomik bir birlik söz konusu olan şirketler topluluğu kapsamındaki ortaklıkların bir araya gelerek bir ortaklık kurmaları durumunda sermayeye katılmalı joint venture söz konusu olmayacaktır.

Sermayeye katılmalı joint venture'in bir diğer özelliği ise, kurulacak ortaklığın joint venture sözleşmesi uyarınca, bu sözleşmenin taraflarının, diğer bir deyişle, müstakbel ortakların, ortak kontrolü altında bulunmasıdır. Bu durum, sermayeye katılmalı joint venture kapsamında kurulmuş olan ortaklık ile sıradan bir ortaklık arasındaki sınırın çizilmesi için son derece önemlidir.

Sermayeye katılmalı joint venture'da da öncelikle bir "joint venture sözleşmesi" (temel sözleşme-esaslar sözleşmesi), daha sonra ise kurulacak ortaklığın türüne göre "esas sözleşme" veya "şirket sözleşmesi" ve ortakların kurulan ortaklık ile aralarındaki ilişkileri düzenleyen "uydu sözleşmeleri" söz konusu olacaktır. Bu nedenle, sermayeye katılmalı joint venture kavramı, temel sözleşme, bu sözleşme uyarınca kurulan ortaklık ve uydu sözleşmelerinden oluşan bir bütünü ifade etmek için kullanılmaktadır³². Görüldüğü üzere, sermayeye katılmalı joint venture'da salt sözleşmeye dayalı joint venture'a göre daha karmaşık ve katmanlı bir yapı söz konusudur. Sermayeye katılımlı joint venture'ın karmaşık yapısının çözümlenebilmesi ve hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için söz konusu sözleşmelerin ayrı ayrı incelenmesinin isabetli olacağını düşünmekteyiz.

a. Joint Venture Sözleşmesi

Joint venture sözleşmesi ile birbirinden iktisaden ve hukuken bağımsız taraflar arasındaki kurulacak olan sermayeye katılımlı joint venture ilişkisinin temeli atılmaktadır. Bu nedenle, bu sözleşme, doktrinde temel sözleşme³³ veya esaslar sözleşmesi³⁴ olarak da adlandırılmaktadır. Ancak biz çalışmanın başından beri kullandığımız terimlere uygun olarak joint venture sözleşmesi kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

32 Altay, s.84.

33 Tekil, Fahiman (1978) *Şirketler Hukuku – Anonim Şirketler*, C.2, 2. Baskı, İstanbul, s.704; Tekil, (1991), s.105; Kaplan, s.26 vd.; Altay, s.88 vd.

34 Tekinalp/Tekinalp, s.166.

Joint venture sözleşmesinde, taraflar arasındaki iş birliğinin amacı, bu amacın gerçekleştirilmesi için kurulacak ortaklığın türü, merkezi, amacı, sermayesi, tarafların kurulacak ortaklık sermayesine hangi oranlarda ve nasıl katılacağı, ortaklığın yönetimi, temsili, kar dağıtımı, joint venture sözleşmesinin süresi, sona ermesi gibi hususlar düzenlenir³⁵. Böylece, joint venture sözleşmesi ile kurulacak ortaklığın bu sözleşmenin taraflarının ortak kontrolüne tabi tutulması amaçlanır. Joint venture sözleşmesinde bulunan birçok hüküm kurulacak ortaklığın ortaklık sözleşmesinde de yer alır³⁶. Diğer bir deyişle, ortaklık sözleşmesi joint venture sözleşmesi çerçevesinde şekillenir. Ancak tarafların aralarında kalmalarını arzu ettikleri veya mevcut hukuk düzenine göre ortaklık sözleşmesinde yer alması mümkün olmayan hükümler ortaklık sözleşmesinde yer almayacaktır³⁷. Joint venture sözleşmesinde, aynı zamanda kurulacak ortaklık ile müstakbel ortaklar arasında ve bu ortakların kendi aralarında oluşturulacak hukuki ilişkiler de düzenlenir. Diğer bir deyişle, joint venture sözleşmesinde ortaklık ilişkisine özgü hükümlerle birlikte borçlar hukukuna ilişkin hükümler de yer almaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, joint venture sözleşmesi, bu sözleşmenin taraflarının ortak kontrolüne tabi olan bir ortaklığın kurulmasını amaçlayan, müstakbel ortakların kendi aralarında ve kurulacak ortaklık ile kuracakları hukuki ilişkileri düzenleyen bir sözleşme olarak tanımlanabilir.

b. Ortaklık Sözleşmesi

Sermayeye katılmalı joint venture'in ikinci aşamasını müşterek amacın gerçekleştirilmesi için kurulacak olan ortaklığın, ortaklık sözleşmesi oluşturacaktır. Ortaklık sözleşmesi, joint venture sözleşmesinin ayrılmaz ve tamamlayıcı bir parçasını oluşturur³⁸. Bu kapsamda kurulan ortaklık ise, joint venture sözleşmesi üzerine inşa edilmiş ve müşterek kontrole tabi bir ortaklıktır³⁹.

Joint venture sözleşmesi çerçevesinde, ortaklık sözleşmesiyle kurulan ortaklık doktrinde yavru ortaklık⁴⁰, ortak girişim şirketi⁴¹ veya müşterek yavru

35 **Kaplan** (2013), s.26-27; **Barlas** (2012), s.274; **Tekinalp/Tekinalp**, s.166-167.

36 **Tekinalp/Tekinalp**, s.167; **Barlas** (2012), s.275.

37 **Barlas** (2012), s.275; **Tekinalp/Tekinalp**, s.167; **Altay**, s.237.

38 **Tekil** (1991), s.105; **Tekinalp/Tekinalp**, s.167.

39 **Altay**, s.84.

40 **Barlas** (2012), s. 272 vd. Kanaatimizce burada yavru ortaklık teriminin kullanılması isabetli değildir. Zira yavru ortaklık holdingle ilgili bir kavramdır. Holding ise hukuki açıdan bağımsız, ancak iktisadi yönden birlik arz eden şirketlerin müşterek yönetim teşkil etmek üzere oluşturdukları bir yapıdır (**Kaplan** (2013), s.36). Bu nedenle, birbirinden hukuken ve iktisaden bağımsız kişi veya kuruluşlar tarafından sermayeye dayalı joint venture kapsamında kurulan ortaklığın yavru ortaklık olarak nitelendirilmesi doğru olmayacaktır.

41 **Altay**, s.83 vd.

ortaklık⁴² olarak adlandırılmaktadır. Biz ise joint venture sözleşmesine paralel bir şekilde joint venture ortaklığı terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Joint venture ortaklığı yeni kurulma yoluyla veya mevcut bir şirkete katılma yoluyla ortaya çıkabilir⁴³. İlk ihtimalde tarafların, müşterek amaçlarını gerçekleştirmek için yeni bir ortaklık kurmaları, ikinci ihtimalde ise zaten var olan bir ortaklığa katılmaları söz konusu olacaktır. Bu ortaklığın oluşturulmasının ardından, joint venture'in nihai amacını gerçekleştirmeye yönelik işlemler bu ortaklık tarafından yürütülecek, joint venture sözleşmesi ise yalnızca ortaklar arasındaki ilişkileri düzenleme ve joint venture ile kurulan ortaklık arasındaki bağlantıyı kurma fonksiyonu görecek⁴⁴.

c. Uydu Sözleşmeleri

Sermayeye katılmalı joint venture'in çok katmanlı yapısında incelenmesi gereken son husus uydu sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler, joint venture'in kurucu ortakları ile joint venture ortaklığı arasında akdedilen bağımsız sözleşmelerdir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yalnızca joint venture ortakları ile joint venture ortaklığı arasında akdedilen sözleşmelerin uydu sözleşmeleri olarak adlandırıldığıdır. Bunun dışında joint venture ortaklığı ile diğer kişi veya kuruluşlar arasında akdedilen sözleşmeler konumuz kapsamına girmeyecektir.

Uydu sözleşmelerinin konusu ve kapsamı genellikle joint venture sözleşmesi ile belirlenmektedir. Ancak temel sözleşmede böyle bir düzenlemeye yer verilmemesi durumunda da uydu sözleşmeleri akdedilebilecektir. Uydu sözleşmeleri, joint venture'in konusuna göre farklı içeriklerde olabilir. Buna göre, uydu sözleşmelerinin konusu, otoyol yapımına ilişkin bir joint venture söz konusu olduğunda, malzeme ve personel teminine ilişkin olabileceken, joint venture'in konusunun bir uçak yapımına ilişkin olması durumunda patent lisansı sözleşmesine, know-how'un kullanılmasına ilişkin olabilecektir.

Joint venture'in nihai amacına ulaşması açısından uydu sözleşmeleri ayrı bir öneme sahiptir. Zira uydu sözleşmeleri, joint venture'in amacının gerektirdiği kaynaklarla donatılmasını sağlamaktadır⁴⁵. Bu sözleşmeler sayesinde, joint venture ortaklığı, uzun yıllar çalışmayı gerektiren örneğin, teknik bilgilere, teknolojiye ve uzman personele kolayca erişebilmekte, bu da onun pazarda güçlü bir konum elde etmesini sağlamaktadır.

42 **Tekinalp/Tekinalp**, s.167 vd.

43 **Barlas** (2012), s.275; **Altay**, s.90-91; Joint venture'in mevcut bir şirkete katılma yoluyla ortaya ortaya çıktığı bir örnek için bkz; 7.HD, E.2015/32511, K.2016/431, T.20.1.2016, <http://www.kazanci.com> (20.07.2017).

44 **Barlas** (2012), s.276.

45 **Altay**, s.274.

D. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

1. Kartel ve Konzernle Karşılaştırılması

Joint venture sözleşmesinin adi ortaklık niteliği taşıması nedeniyle adi ortaklık temeline dayalı diğer sözleşmelerle de karşılaştırılması gerekir. Bu nedenle bu başlık altında joint venture, kartel ve konzern kavramlarıyla karşılaştırılacaktır. Hemen belirtelim ki, birçok ortak noktaya sahip bulunmaları ve uygulamada birbirileriyle karıştırılmaları nedeniyle konsorsiyum ayrı başlık altında incelenmiştir.

Kartel, birbirinden hukuken ve ekonomik olarak bağımsız olan rakip teşebbüslerin, piyasayı kontrol etmek ve rekabeti kısıtlamak amacı ile yaptıkları sözleşmelerdir⁴⁶. Kartel sözleşmesiyle, taraflar, coğrafi ve konu açısından pazar paylaşımı, fiyat anlaşmaları, üretim ve satış kotaları ile ilgili hususlarda anlaşarak piyasayı kontrol etmeye ve böylece piyasa koşullarını kendi lehlerine çevirmeye çalışırlar. Buna göre, joint venture ile kartel arasındaki temel farklılık bu iki müessesenin amaçları bakımındandır. Zira joint venture'da amaç, ortakların bir araya gelmesine neden olan müşterek amacın gerçekleştirilmesi iken, kartelde amaç, piyasayı kontrol ederek rekabeti sınırlandırmaktır⁴⁷.

Konzern, hukuken birbirinden bağımsız teşebbüslerin ortak bir yönetime gücü altında birleşerek oluşturdukları ekonomik bütündür⁴⁸. Joint venture'da da taraflar müşterek amaca ulaşmak için birlikte çaba göstermeyi taahhüt etmektedir. Joint venture ile konzerni ayıran husus, joint venture'da müşterek amacı gerçekleştirmek için bir araya gelen kişi veya kuruluşların, joint venture'in kurulmasından sonra da hukuken ve ekonomik olarak bağımsızlıklarını korumalarına karşın, konzernde bir araya gelen ortaklıklar ekonomik bağımsızlıklarını kaybetmektedir.

2. Konsorsiyumla Karşılaştırılması

Teknolojinin ilerlemesi sonucu yapılacak işlerin hacimleri ve bütçeleri de büyümüş, bu da işlerin tek bir kişi veya teşebbüs tarafından yerine getirilmesini zorlaştırmıştır. Konsorsiyumlarda tıpkı joint venture gibi bu ihtiyaçlar sonucu ortaya çıkan, birden fazla kişi veya teşebbüsün belli bir işi veya işleri

46 Akıncı, Ateş (2001) **Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, s.66; Diğer tanımlar için bkz. Barlas (2012), s.208; Tekil (1991), s.55, dn.30; Altay, s.248; Kaplan (2013), s.38; Çatalcalı, Osman Tan (2007) **Kartel Teorisi İhracat Kartelleri ve Kriz Kartelleri**, Ankara, s.11.

47 Kaplan (2013), s.38; Altay, s.250.

48 Barlas (2012), s.228-229.

yerine getirmek için bir araya geldiği ve bunlardan her birinin işin belli bir kısmını taahhüt edip sadece bu kısmın yerine getirilmemesi nedeniyle sorumlu oldukları oluşumlardır⁴⁹. Günümüzün ekonomik, ticari ve mali gelişmelerine paralel olarak, konsorsiyumlar çok çeşitli alanlarda karşımıza çıkabilir. Örneğin, bir ortaklığın pay sahiplerinin müşterek bir amacın gerçekleştirilmesi için oy haklarını belirli bir yönde kullanmak ya da kullanmamak üzere sözleşme ile bir araya gelmeleri durumunda oy konsorsiyumu, bankaların yüksek miktarda krediyi sağlamak için bir araya gelmeleri durumunda kredi konsorsiyumu, iki veya daha çok sayıdaki kişi veya kuruluşun bir inşaat projesinin tamamlanması amacıyla bir araya gelmeleri durumunda yapı konsorsiyumu söz konusu olacaktır.

Konsorsiyumlar doktrinde⁵⁰ adi ortaklık olarak nitelendirilmektedir.

Kanaatimizce de, bazı yönlerde adi ortaklığın tipik özelliklerinden ayrılrsa da, konsorsiyum bir adi ortaklıktır⁵¹. Zira konsorsiyumu oluşturan kişiler arasında bir karşılıklı ilişki bulunmakta, bunlardan her biri birlikte taahhüt ettikleri işin ifası için üstüne düşeni yapmaktadır.

Gerek büyük bütçeli ve hacimli işler için başvurulmaları, gerekse adi ortaklık niteliğinde bulunmaları nedeniyle konsorsiyumlar joint venture'a benzetilebilir. Ancak bu iki müessese arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

İlk olarak, joint venture'dan bahsedilebilmesi için muhakkak kar amacının bulunması gerekirken, konsorsiyumda böyle bir zorunluluk yoktur⁵². Bunun en tipik

örneği oy konsorsiyumlarıdır. Oy konsorsiyumlarında kar amacı bulunmamaktadır.

İkinci olarak, joint venture'da ortaklar işin tamamından müteselsilen sorumluyken, konsorsiyumda işin yalnızca taahhüt ettikleri belli bir kısmından sorumlu olacaktır⁵³. Sorumluluğa ilişkin bu farklılık, kanaatimizce, joint ven-

49 Diğer tanımlar için bkz. **Barlas** (2012), s. 243; **Tekinalp/Tekinalp**, s.162; **Kaplan** (2013), s.37; **Altan**, s.251; 15.HD, E.2102/2613, K.2012/4846, T.27.6.2012, <http://www.kazanci.com> (19.07.2017).

50 **Kaplan** (2013), s.37; **Tekinalp/Tekinalp**, s.163; **Barlas** (2012), s.257; **Tile**, s.37.

51 Konsorsiyumlar kural olarak ortakların elbirliği ile mülkiyetine tabi bir ortaklık malvarlığının mevcut olmaması ve ortakların müteselsil sorumluluklarının sözleşmeyle bertaraf edilmiş bulunması sebebiyle adi ortaklığın normal düzeninden sapmalar göstermektedir. Ancak adi ortaklığa ilişkin bu esaslar emredici nitelik taşımadığı için konsorsiyumun adi ortaklık niteliğini değiştirmeyecektir (**Barlas** (2012), s.257-258).

52 **Tekil** (1991), s.104.

53 **Tekinalp/Tekinalp**, s.162; **Altan**, s.254; **Barlas** (2012), s.265; Şahin, Turan (2011) 'Konsorsiyum Sözleşmesi', TBB Dergisi, (92), s.463; **Tile**, s.37; 15.HD, E.2102/2613, K.2012/4846, T.27.6.2012, <http://www.kazanci.com> (19.07.2017).

ture sözleşmesini konsorsiyumdan ayıran en önemli özelliktir. Konsorsiyumun söz konusu olabilmesi için, iş sahibi ile yapılan sözleşmede, ortaklardan her birinin, işin belirli bir kısmının yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumlu olacakları kararlaştırılarak, müteselsil sorumluluk bertaraf edilmelidir. Örneğin, büyük bir hastanenin inşası için bir araya gelen müteahhitlerden biri projenin hazırlanmasını, diğeri binanın tamamlanmasını, bir diğeri ise hastane bahçesinin düzenlenmesini üstlenmiş ve yalnızca üstlendikleri kısmın yerine getirilmemesi nedeniyle sorumluluk altına girmiş ise burada konsorsiyumun varlığından bahsetmemiz gerekir.

E. TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Joint venture sözleşmesi adi ortaklık sözleşmesi niteliğinde olduğu için bu sözleşmeye niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK m.620 vd. hükümleri uygulanacaktır. Bu nedenle, biz burada joint venture için önem arz eden hak ve yükümlülükler değinmekle yetineceğiz.

1. Hakları

Joint venture'da kural olarak temeldeki adi ortaklığın mülkiyeti bulunmamaktadır. Müşterek amaç, ortakların getirdikleri katılma payları sayesinde gerçekleştirilir. Ancak joint venture'in faaliyeti sırasında satın aldığı mallar üzerinde, TBK m.638/1 uyarınca ortaklar *elbirliği ile mülkiyet hakkına* sahip olacaktır⁵⁴.

Joint venture'da ortakların sahip olduğu bir diğer hak ise TBK m.625 uyarınca *yönetime katılma* hakkıdır. Zira söz konusu maddeye göre, aksi sözleşme veya kararla belirtilmemişse, bütün ortaklar ortaklığı yönetme hakkına sahiptir. Ancak ortaklığın yönetimi joint venture için son derece önemli olduğundan, hemen her zaman yönetim yetkisinin kime veya kimlere ait olacağı joint venture sözleşmesi ile belirlenecektir⁵⁵. Diğer bir deyişle, ortakların yönetim yetkisine katılma hakkı kural olarak⁵⁶ böyle bir belirlemenin olmadığı durumlarda söz konusu olacaktır.

Joint venture ortakları için önem arz eden haklardan biri de *denetim hakkıdır*. Ortaklık işlerini inceleme başlıklı TBK m.631 uyarınca, yönetim yetkisi olmasa bile her ortak ortaklığın işleyişi hakkında bilgi alma, defter ve ka-

54 **Barlas** (2012), 288; **Tekinalp/Tekinalp**, s.155; **Dayınlarlı**, s.323.

55 **Barlas** (2012), s.289.

56 Yönetim sözleşme veya kararla bir veya birkaç kişiye bırakılmış olsa bile TBK m.625/3 uyarınca, ortaklığa genel yetkili bir temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için bütün ortakların oy birliği gereklidir.

yıtlarını inceleme ve bunların örneğini alma ve mali tablolarının özetini çıkarma hakkına sahiptir. Denetim hakkı kanunda emredici olarak düzenlenmiş, bu hakkının aksini öngören sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu TBK m.631/2 ile hüküm altına alınmıştır.

2. Yükümlülükleri

TBK m.621/1 gereğince, her ortak, para, alacak veya başka bir mal ya da emek olarak, ortaklığa bir *katılım payı* koymakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmamışsa, ortakların getirdikleri katılım payları birbirine eşit olmalıdır (TBK m.621/2). Ancak joint venture'da sıradan bir adi ortaklıktan farklı olarak, ortaklığa tahsis edilen malların mülkiyeti ortaklarda kalır, ortaklığa intikal etmez⁵⁷.

TBK m.622 ve 623 uyarınca, ortaklar, niteliği gereği ortaklığa ait olan bütün *kazançları ve zararları aralarında paylaşmakla yükümlüdürler*. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, her ortağın kazanç ve zarardaki payı, katılım payının değerine ve niteliğine bakılmaksızın eşittir. Ancak doktrinde de isabetle belirtildiği üzere, kazanca ve zarara katılma esasları ve oranları sözleşmenin önemli noktalarından biri olduğundan, uygulamada genellikle sözleşme ile belirlenmektedir⁵⁸.

Joint venture'in tarafları bakımından önem arz eden hususlardan biri de *rekabet yasağıdır*. TBK 626'da düzenlenmiş olan rekabet yasağına göre, ortaklar, kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatine olarak, ortaklığın amacını engelleyici veya zarar verici işleri yapamazlar. Buna göre ister salt sözleşmeye dayanan, ister sermayeye katılmalı bir joint venture söz konusu olsun, TBK m.626 uyarınca, ortaklar müşterek amacın gerçekleşmesini engelleyici faaliyette bulunamazlar. Ancak söz konusu maddede bu yasağın ihlalinin sonuçları öngörülmemiştir. Bu yasağa aykırı davranış, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucunu doğurduğu için diğer ortaklar, bu yasağın ihlali nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep edebilecektir⁵⁹.

Bunun yanında, ortaklar TBK m.639/1-7 uyarınca haklı sebeple joint venture'in feshini ya da TBK m.629 uyarınca yönetici ortağın yönetim yetkisinin kaldırılmasını mahkemeden talep edebilirler⁶⁰. Burada ayrıca, sermayeye katılmalı joint venture'da kurulacak ortaklığa ilişkin rekabet yasağının da uygulanacağını belirtmesi gerekir. Ancak buradaki rekabet yasağı kurula-

57 **Tekinalp/Tekinalp**, s.155; **Barlas** (2012), 288.

58 **Barlas** (2012), s.288.

59 **Dayınlarlı**, s.325.

60 **Dayınlarlı**, s.325.

cak ortaklığın türüne göre değişecektir. Zira örneğin kollektif şirkette rekabet yasağı tüm ortaklar için söz konusu iken anonim şirkette yalnızca yönetim kurulu üyeleri için uygulama alanına sahip olacaktır. Yine, buradaki rekabet yasağına aykırı davranışın müeyyideleri ilgili ortaklığa ilişkin düzenlemelere göre belirlenecektir.

Ortakların yükümlülüklerinden bir diğeri de Türk Borçlar Kanunu'n-da anıldığı biçimde *özen borcudur*. Özen borcunu düzenleyen TBK m.628/1'e göre, her ortak, ortaklık işlerinde kendi işlerinde olduğu ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür. Özen borcuna aykırı davranışın müeyyidesi aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. TBK m.628/2 uyarınca, özen borcuna aykırı davranışıyla, diğeri bir ortağın zarara uğramasına sebep olan ortak, bu zararı tazmin etmek zorundadır. Ortak, bu zararları tazmin ederken, başka işlerde ortaklığa sağladığı menfaatleri mahsup ettirme hakkı yoktur. Ortak, ortaklık işlerini ücret karşılığında yürütüyorsa vekâlet hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

F. SONA ERMESİ

Taraflar, joint venture sözleşmesinde joint venture'in sona erme sebeplerini ileride ihtilafa meydan vermeyecek şekilde açıkça düzenlemelidir⁶¹. Sözleşmede, joint venture'i sona erdiren sebeplere yer verilmesi durumunda, bunların gerçekleşmesiyle joint venture sona erecektir.

Gerek salt sözleşmeye dayalı, gerekse sermayeye katılmalı joint venture'da, joint venture sözleşmesinin akdedilmesiyle adi ortaklığın kurulmuş olduğundan adi ortaklığı sona erdiren sebepler, joint venture ilişkisinin de sona ermesine neden olacaktır.

O halde, TBK m.639 uyarınca,

- Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesiyle
- Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa ortaklardan birinin ölmesiyle,
- Sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle,
- Bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesiyle,

61 **Kaplan**, Müşterek İş Ortaklığı, 88.

- Ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle,
- Ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla,
- Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla,

joint venture ilişkisi sona erecektir.

Yine TBK m.640 uyarınca, joint venture, belirsiz süre için veya ortaklardan birinin ömrü boyunca sürmek üzere kurulmuşsa, ortaklardan her biri, altı ay önceden fesih bildiriminde bulunarak sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Ancak fesih bildiriminin geçerli olması, dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmaması ve uygun bir zamanda yapılmasına bağlıdır. Fesih bildiri hesap yılı sonunda hüküm ifade edecektir.

II. JOINT VENTURE'İN HUKUKİ NİTELİĞİ

Salt sözleşmeye dayalı ve sermayeye katılmalı joint venture'lar arasındaki farklılıklar göz önüne alındığında, bu türlerin hukuki niteliğinin ayrı ayrı belirlenmesi gerekliliği ortaya çıkar. Diğer bir deyişle, bir üst kavram olan joint venture'ın hukuki niteliğinin incelenmesi mümkün olmamakta, joint venture'ın her bir türü için ayrı bir inceleme yapılması gerekmektedir.

A. GELENEKSEL JOINT VENTURE'İN HUKUKİ NİTELİĞİ

Çalışmanın birçok yerinde de değinildiği üzere, geleneksel joint venture yalnızca joint venture sözleşmesinin yer aldığı tek katmanlı bir yapıdan oluşmaktadır. Bu nedenle, joint venture'ın bu türünün hukuki niteliğinin belirlenmesi için sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi yeterli olacaktır.

Tarafların aralarında joint venture ilişkisini doğuran sözleşmeyi akdetmesinin sebebi, müşterek amacı gerçekleştirerek kâr elde etmektir. Tarafların her biri, sözleşmeyle, katılma payı edimleri ile müşterek amaca katkı sağlamayı taahhüt etmektedir. Bu nedenle, tarafların edimleri arasında, sıradan bir iki taraflı borç ilişkisinde olduğu gibi karşılıklılık, başka bir deyişle, değiş tokuş ilişkisi mevcut bulunmamakta, bu edimler müşterek amacın gerçekleş-

tirilmesi için birleştirilmektedir⁶². O halde doktrin⁶³ ve yargı kararlarında⁶⁴ da görüş birliğiyle belirtildiği üzere, salt sözleşmeye dayanan joint venture sözleşmesinin adi ortaklık sözleşmesi, bu sözleşme sonucunda oluşan yapının da adi ortaklık olduğunun kabul edilmesi gerekir. Esaslı unsurların ve bu unsurların oluşturduğu hukuki yapının kanunda TBK m.620 vd. hükümlerinde ortaya konulmuş olması ve yaygın olarak kullanılması sebebiyle adi ortaklık sözleşmesi isimli ve tipik bir sözleşmedir.

Öte yandan, joint venture bazı özellikleri bakımından adi ortaklıktan ayrılmaktadır. İlk olarak, TBK m.620 uyarınca, adi ortaklık herhangi bir amacı gerçekleştirmek için kurulabileceken, joint venture'dan bahsedebilmesi için muhakkak kâr amacının bulunması gerekecektir⁶⁵. Diğer fark ise, kendini katılma paylarının mülkiyeti konusunda göstermektedir. Zira ortakların getirdikleri katılma paylarının mülkiyeti ortaklığa, dolayısıyla ortakların elbirliği ile mülkiyetine devredilmemekte, kendilerinde kalmaktadır⁶⁶. Ancak joint venture ilişkisi devam ederken edinilen malların mülkiyetleri TBK m.638/1 uyarınca elbirliği halinde ortaklara ait olacaktır.

Bu başlık altında değinilmesi gereken son konu, joint venture'in tarafları ile iş sahibi arasındaki ilişkidir. Zira joint venture, bir otoyolun yapılması, binanın inşa edilmesi, nehrin veya denizin temizlenmesi, yüksek miktarda bir malın temin edilmesi gibi sebeplerle kurulabilecektir. Buna göre, bu işlerin üstlenilmesi için kişi veya kuruluşların kendi aralarında yaptığı sözleşme joint venture sözleşmesi, iş sahibi ile aralarında yaptıkları sözleşme, özelliğine göre eser, satım gibi sözleşmeler olabilecektir. Dış ilişkideki eser, satım gibi sözleşmeler ile iç ilişkideki joint venture sözleşmeleri yapılmaları ve kurulmaları birbirine bağlı bulunan, ancak hukuken birbirinden bağımsız olan sözleşmelerdir⁶⁷.

62 **Kaplan** (2013), s.29; **Altay**, s.51; Akyol, Şener (1997) **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) II. Fasikül: Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul, s.6.

63 **Tekinalp/Tekinalp**, s.157; **Poroy** (Tekinalp/Çamoğlu), s.40; **Barlas** (2012), s.282-283; **Altay**, s.51; **Kaplan** (2013), s.30; **Akyol**, s.75; Tile, Latif (2013) **Türk Hukuku'nda Joint Venture Düzenlemeleri** (Yüksek Lisans Tezi), s.22.

64 “*Esas mukavelenin tanzim ve imzasına tekaddüm eden safhada anonim şirketin kurulması hususunda taraflar arasında hasil olan anlaşma da adi ortaklık mahiyetinde bir ön akit olarak vasiylandırılır*” 11. HD., E.1990/1595, K.1990/3298, T. 30.03.1990. Benzer nitelikteki kararlar için bkz. 13. HD., E.1995/10004, K.1995/11740, T.25.12.1995; 11 HD., E.2001/6628, K.2001/9027, T.15.11.2001; 3.HD, E.2012/11789, K.2012/16355, T.28.06.2012; 9.HD, E.2012/25880, K.2014/27026, T.17.9.2014; 12.HD, E.2014/31784, K.2014/30762,T.18.12.2014;

65 **Altay**, s.51.

66 **Barlas** (2012), s.288; **Tekinalp/Tekinalp**, s.155.

67 Kaplan, İbrahim (2006) ‘**İnşaat Sektöründe Adi Şirket Niteliğindeki Müşterek İş Ortaklığının (Ortak Girişimin) – Joint Venture’in Sona Ermesi ve Tasfiyesine İlişkin Türk ve İsviçre Doktrin ve İçtihatlarındaki Görüşler**’, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, s.604; “*sözü edilen eser sözleşmesini müştereken birlikte borç üstlenen olarak imzalayan*

Bunun sonucu olarak, taraflar arasındaki joint venture ilişkisinin sona ermesi dış ilişkideki eser sözleşmesinin sona ermesi sonucunu doğurmaz. Zira eser sözleşmesini birlikte yerine getirmeyi taahhüt eden taraflar, iş sahibine karşı işin tamamının ifasından müteselsilen sorumlu olduklarından joint venture sözleşmesinin sona ermesi eser sözleşmesini etkilemeyecektir⁶⁸.

Tarafların her biri işin tamamının yerine getirilmesinden sorumlu olacaktır.

B. SERMAYEYE KATILMALI JOINT VENTURE'İN HUKUKİ NİTELİĞİ

Sermayeye katımlı joint venture'in hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için öncelikle bünyesinde bulundurduğu sözleşmelerin hukuki niteliklerinin belirlenmesi gerekir. Bu nedenle, bu başlık altında öncelikle sermayeye katımlı joint venture'i oluşturan sözleşmelerin, daha sonra tüm sistemin hukuki niteliği irdelenecektir.

1. Joint Venture Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Birden çok sözleşmeyi bünyesinde barındıran sermayeye katımlı joint venture'in hukuki niteliği belirlenirken incelenmesi gereken ilk husus, joint venture sözleşmesi olacaktır. Bu nedenle, burada öncelikle, salt sözleşmeye dayalı joint venture'in hukuki niteliği belirlenirken, joint venture sözleşmesi ile ilgili yapılan açıklamaların geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Buna göre, joint venture sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte adi ortaklık ilişkisi doğmuş olacaktır⁶⁹. Zira joint venture'in bu türünde de, taraflar müşterek amacın bir joint venture ortaklığı kurularak gerçekleştirilebilmesi için çaba göstermeyi üstlenmektedir. Diğer bir deyişle, taraflar arasında karşılıklılık ilişkisi bulunmamakta, tarafların ortak amacı, şirketin kurularak müşterek amaca ulaşılmasıdır.

tarafların anılan eser sahibine karşı inşa eserdeki edimlerden müteselsilen ve müştereken sorumlu oldukları için taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin sebebi ne olursa olsun sona erdirilmesini yapı sahibini etkilemeyeceğine yine Joint Venture'nin sona ermesinin hukukken eser (İnşaat) sözleşmesini etkilemeyeceğine (BK. md. 541)...” 13. HD., E.1995/10004, K.1995/11740, T.25.12.1995, www.Sinerji.com.tr (15.12.2015, 2048).

68 **Kaplan** (2006), s.604.

69 Karşı, Esin, İsmail/ Lokmanhekim, Tunç (2004) **Uygulamada Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul, s.67. Yazarlar, tarafların adi ortaklık kurma iradesini taşımadıkları, anonim ortaklıktaki hukuki konumlarını belirlemeye yönelik olarak bu sözleşmeyi akdettikleri gerekçesiyle bu sözleşmenin adi ortaklık sözleşmesi olarak nitelendirilmemesi gerektiğini öne sürmektedir.

Sermayeye katılmalı joint venture'da, joint venture sözleşmesinin bir yandan ortaklık hukukuna, bir yandan da borçlar hukukuna tabi hükümler içermesi (uydu sözleşmeleri) nedeniyle hukuki niteliğinin karma sözleşme, üst başlık olarak da isimsiz sözleşme olduğu düşünülebilir. Nitekim İsviçre doktrininde de bu görüşler mevcuttur⁷⁰. Ancak joint venture sözleşmesinde, borçlar hukukuna ilişkin unsurlar her zaman yan edim yükümlülükleri oluşturduğundan, diğer bir deyişle, ortaklık ilişkisine dair unsurlar ön planda olduğundan bu görüşün isabetli olmadığı düşünülür⁷¹. Zira karma sözleşmeden bahsedilebilmesi için isimli veya isimsiz sözleşmelerinin asli unsurlarının kanunda öngörülme-yen bir şekilde bir araya getirilmeleri gerekmektedir.

Sermayeye katılmalı joint venture'in çok katmanlı yapısı nedeniyle joint venture sözleşmesi ile ortaklık sözleşmesi ve uydu sözleşmesi arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin de belirlenmesi gerekecektir. Joint venture sözleşmesi, ortaklık sözleşmesini ve uydu sözleşmelerini biçimlendiren bir işleve sahip olduğu için ön sözleşme veya çerçeve sözleşmesi niteliğinde olabilecektir.

İlk olarak, joint venture sözleşmesinde, taraflar bir ortaklık sözleşmesi akdederek şirket kurmayı amaçladıkları, diğer bir deyişle, ortaklık sözleşmesini yapmayı taahhüt ettikleri için joint venture sözleşmesinin, ön sözleşme niteliğinde olduğu gündeme gelebilecektir⁷². Ancak bu durum ön sözleşme olarak nitelendirme için yeterli olmayacak, böyle bir nitelendirme yapılabilmesi için joint venture sözleşmesinin ortaklık sözleşmesinin esaslı unsurlarını içermesi gerekecektir⁷³. Öte yandan, joint venture sözleşmesinde taraflar

70 Görüş sahipleri için lütfen bkz. **Barlas** (2012), s.283-284.

71 Aynı yönde, **Barlas** (2012) s.284; **Altay**, s.244-245.

72 Doğan, Gül (2006) **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, İstanbul, s.110; Nitekim Yargıtay da bir kararında joint venture sözleşmesinin ön sözleşme niteliğinde olacağını belirtmiştir, 11. HD., E.1990/1595, K.1990/3298, T. 30.03.1990, www. sinerji.com.tr (15.12.2015, 2048).

73 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2010/0, K.2010/293, T.28.04.2010, <http://www.hukukmendeniyeti.org/ictihatyazdir.asp?id=1302>. Söz konusu karara göre, ön sözleşmeden bahsedilebilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekecektir: "Ön akitte, ileride yapılacak olan asıl akdin konusu ve esaslı şartları yeterince bir açıklıkla saptanmış olmalı, hiç olmazsa saptanması mümkün bulunmalıdır. Ön akdin geçerli olarak doğmuş sayılabilmesi için, tarafların karşılıklı olarak açıkladıkları iradelerin birbirine uygun olması, her türlü iradeyi sakatlayan sebeplerden uzak bulunması ve tarafların akit yapma ehliyetini haiz olmaları da doğal ve sorunlu şartlardır.

Eğer Kanun, iki tarafı korumak amacıyla (yeni tarafların çıkarları için) asıl akdin sıhhatini bir şekle tabi tutmuşsa, ön akdin de aynı şekilde yapılması icap eder. BK. Md. 22/II'de ifadesini bulan hükümden anlaşılacağı üzere, ön akdin de aynı şekilde yapılması zorunluluğu, asıl akit için (kanunen) ve (tarafların menfaatini koruma amacıyla), (bir sıhhat şartı olarak) konulmuş şekiller için söz konusudur".

ortaklık sözleşmesi yapmayı taahhüt ettikleri için kanaatimizce aralarındaki ilişkinin çerçeve sözleşmesi olarak nitelendirilmesine de imkân bulunmamaktadır. Zira çerçeve sözleşmeler; ileride kurulacak sözleşmelere ilişkin bazı hükümleri önceden düzenleyen, ancak taraflara sözleşme yapma borcu yüklemeyen sözleşmelerdir⁷⁴.

Joint venture sözleşmesinde uydu sözleşmesinin içeriğine ilişkin düzenlemelere yer verilmesi halinde, bu sözleşme çerçeve veya ön sözleşme niteliğinde olabilir⁷⁵. Joint venture sözleşmesinde uydu sözleşmelerinin genel kurallarının öngörülüp, uydu sözleşmesini akdetme yükümlülüğünün düzenlenmemesi durumuna çerçeve sözleşme, uydu sözleşmelerinin esaslı unsurlarını öngörüp, bu sözleşmeleri akdetme yükümlülüğünün getirilmesi durumunda ise ön sözleşme söz konusu olacaktır⁷⁶.

Joint venture sözleşmesi, belirli bir ortaklığın kurulmasına yönelik olarak akdedildiği için kuruluş ortaklığının oluşumuna yol açmaktadır⁷⁷. Ortakların bir şirket kurmak için bir araya gelmeleri ve bunun için birlikte çaba göstermeyi ve belirli katılma paylarını yerine getirmeyi bir sözleşme ile üstlenmeleri durumunda kuruluş ortaklığı doğar⁷⁸. Nitekim sermayeye katılmalı joint venture'da da joint venture sözleşmesi ile taraflar bir şirketi kurmak için bir araya gelmekte ve müşterek amaçlarının gerçekleşmesi için birlikte çaba göstermeyi ve katılma paylarını yerine getirmeyi taahhüt etmektedir. Ancak kuruluş ortaklığı ön ortaklık ile karıştırılmamalıdır. Müstakbel ortakların bir ortaklık kurmak amacıyla bir sözleşme akdetmeleri durumunda kuruluş ortaklığı, kanunda öngörülen hükümlere göre kurulacak ortaklığın, ortaklık sözleşmesini akdetmeleri durumunda ön ortaklık söz konusu olacaktır⁷⁹. Aslında ön ortaklık ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda da kuruluş ortaklığında olduğu gibi bir ortaklığın kurulması amaçlanmaktadır. Ancak tabii olunan hükümler bakımından iki müessese arasında farklılıkların bulunması, bu müesseselerin birbirinden ayrılmasını gerektirmektedir. Nitekim kuruluş or-

74 Çerçeve sözleşmesi ile ilgili geniş bilgi için lütfen bkz. Barlas, Nami (1999) 'Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmesinin Özellikleri', Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul, s. 808 vd.

75 Altay, s.281; Kaplan (2013), s.33.

76 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2010/0, K.2010/293, T.28.04.2010, <http://www.hukuk-medeniyeti.org/ictihatyazdir.asp?id=1302>; Tile, temel sözleşmede, uydu sözleşmelerine ilişkin bir düzenlemenin olmasını bu sözleşmenin ön sözleşme olarak nitelendirilmesi bakımından yeterli saymıştır. Ancak atıf yapılan Yargıtay kararında da belirtildiği üzere bir sözleşmenin ön sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için ileride yapılacak sözleşmenin (uydu sözleşmelerinin) esaslı unsurlarına sahip bulunması gerekecektir. Tile, s.23.

77 Altay, s.313; Barlas (2012), 275.

78 Barlas (2012), s.150.

79 Altay, s.312; Şener, s.144-145; Barlas (2012), s.156; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s.313.

taklığına adi ortaklık hükümlerinin uygulanması konusunda doktrinde⁸⁰ görüş birliği varken, ön ortaklığa hangi hükümlerin uygulanacağı tartışmalıdır. Bu tartışmanın nedeni, ön ortaklığın söz konusu olduğu durumlarda kanundaki hükümlere uygun olarak hazırlanmış bir ortaklık sözleşmesinin bulunmasıdır. Diğer bir deyişle, müstakbel ortaklar, ortaklık sözleşmesini (esas sözleşme) imzalamış, ancak kurulacak ortaklığın tüzel kişilik kazanması için gerekli olan ticaret siciline tescil henüz gerçekleşmemiştir. Bu nedenle doktrinde bir görüş, ön ortaklıkta müstakbel ortaklar arasındaki ilişkilere, esas sözleşmede ve kurulacak ortaklık için kanunda öngörülen hükümlerin, müstakbel ortakların üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde ise adi ortaklık hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁸¹. Yargıtay tarafından da benimsenen diğer görüş ise, ön ortaklığın adi ortaklık niteliği taşıdığı yönündedir⁸². Nihayet bizim de katıldığımız son görüş ise, özellikle TTK m.335'ten⁸³ sonra, ön ortaklığın hiçbir suretle adi ortaklık olarak nitelendirilemeyeceğini, bu ortaklığın kendine özgü nitelik taşıdığını ve bu ortaklığa, kurulacak ortaklığın esas sözleşme ve kanunun öngördüğü hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunur⁸⁴.

2. Ortaklık Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Ortaklık sözleşmesinin hukuki niteliği joint venture sözleşmesi uyarınca kurulacak ortaklığın türüne göre değişecektir. Örneğin kurulacak ortaklık anonim ortaklık ise ortaklık sözleşmesi esas sözleşme niteliğinde olacak ve Türk Ticaret Kanunu'nun buna ilişkin hükümlerine tabi olacaktır.

Ortaklık sözleşmesinin kanuna uygun olarak düzenlenmesinin ardından yukarıda açıkladığımız üzere bir ön ortaklık kurulmuş olacaktır. Bu nedenle, ortaklık sözleşmesinin imzalanmasının ardından, ortakların birbirleriyle veya üçüncü kişilerle olan ilişkilerine Türk Ticaret Kanunu'na düzenlenen özel hükümler uygulanacaktır.

Ortaklık sözleşmesi akdedilip joint venture ortaklığı kurulduktan sonra sermayeye katılmalı joint venture'in amacı bu ortaklık tarafından gerçekleştirilecektir.

80 Şener, Oruç Hami (2008) **Adi Ortaklık**, Ankara, s.142 vd.; **Barlas** (2012), s.153; **Altay**, s.312; **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), s.315.

81 **Barlas** (2012), s.159; **Şener**, s.145.

82 13. HD., E. 1987/1975, K.1987/2236, T.14.04.1987; 13. HD., E. 1986/2472, K.1986/3363, T.1986/2472, www.sinerji.com.tr (15.12.2015, 20.00).

83 **Kuruluş**

I - Kurucu İşlem

MADDE 335- (1) Şirket, kurucuların, kanuna uygun olarak düzenlenmiş bulunan, sermayenin tamamını ödemeyi, şartsız taahhüt ettikleri, imzalarının noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamalarıyla kurulur.

84 **Tekinalp** (Poroy/Çamoğlu), s.314; Pulaşlı, Hasan (2007) '**Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi**', Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.1, İstanbul, s.485.

3. Uydu Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği

Joint venture ortaklığı ile joint venture sözleşmesinin tarafları arasında müşterek amacın gerçekleştirilmesi amacıyla akdedilen sözleşmelerin uydu sözleşmeleri olarak nitelendirildiğinden daha önce bahsedilmişti. Uydu sözleşmeleri sermayeye katılmalı joint venture'ın amacına göre çeşitli türlerde karşımıza çıkabilecektir. Uygulamada, gelişen teknolojinin bir sonucu olarak uydu sözleşmelerin konusunun daha çok gayri maddi malların veya kullanımlarının devrine ilişkin olduğu görülmektedir. Uydu sözleşmesi, belirli bir sözleşme tipine veya ortak bir başlık altında toplanabilecek sözleşme türlerinin varlığına işaret etmediği için bu sözleşmelerin hukuki niteliklerinin belirlenmesi mümkün olmayacaktır⁸⁵. Zira her, hatta aynı sermayeye katılmalı joint venture ilişkisinde farklı türde uydu sözleşmelerinin yapılması söz konusu olmaktadır. Örneğin aynı sermayeye katılmalı joint venture'da ortaklardan biri ile yapılan uydu sözleşmesi patent lisansının devrine, bir başkası ile yapılan ise joint venture ortaklığının finanse edilmesine ilişkin olabilecektir.

Joint venture sözleşmesinin taraflarıyla joint venture ortaklığı arasında akdedilen uydu sözleşmeleri bağımsız nitelikte borç sözleşmeleridir⁸⁶. Bu nedenle bu sözleşmelerle ilgili uyumsuzluklarda Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

4. Sermayeye Katılmalı Joint Venture'ın Hukuki Niteliği

Sermayeye katılmalı joint venture'ın çok katmanlı yapısı onu karmaşık hale getirmekte ve bir bütün olarak hukuki niteliğinin belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu nedenle, ilk olarak joint venture'ın bu türünün bünyesinde bulundurduğu sözleşmeler, ikinci olarak da bu ilişki sonucu ortaya çıkan ortaklıklar göz önünde bulundurularak bir nitelendirme yapılmaya çalışılacaktır.

Sermayeye katılmalı joint venture, yukarıda da açıklandığı üzere, joint venture sözleşmesi ile bu sözleşmenin biçimlendirdiği ortaklık sözleşmesi ve uydu sözleşmelerinden oluşan bir sistemi ifade etmektedir. Sermayeye katılmalı joint venture'ın bünyesinde bulundurduğu sözleşmeler bütünü, kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen, teknolojinin hızla gelişmesi sonucu ortaya çıkan bir isimsiz sözleşme oluşturmaktadır⁸⁷. İsimsiz sözleşmeler sui generis sözleşmeler, karma sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olarak üçe

85 Altay, s.280.

86 Kaplan (2013), s.34; Altay, s.280.

87 Arat, Ayşe (2006) 'İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması', Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.2, s.241; Eren, Fikret (2008) 'İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar', Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Ankara, s.85-86.

ayrılmaktadır. Sui generis sözleşmeler, tarafların kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerin unsurlarına kısmen veya tamamen yer vermedikleri sözleşmeler⁸⁸, karma sözleşmeler isimli veya isimsiz sözleşmelerinin asli unsurlarının kanunda öngörülmeleyen bir şekilde bir araya getirildiği sözleşmeler, bileşik sözleşmeler ise iki veya daha çok sözleşmenin mahiyetlerine hanel getirmeksizin, ekonomik fonksiyon itibariyle, kanunda öngörülmeleyen bir şekilde bir araya getirildiği sözleşmelerdir⁸⁹.

Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş, joint venture'in bu tipinin kökenindeki sözleşmelerin bileşik sözleşme oluşturduğunu ileri sürmektedir⁹⁰. Gerçekten de sermayeye katılmalı joint venture'da, birbirinden hukuken bağımsız iki ya da daha çok sözleşmenin mahiyetlerine hanel getirmeksizin, ekonomik fonksiyon itibariyle birbirine bağlanması söz konusudur⁹¹. Yine bileşik sözleşmeyi oluşturan her sözleşme tipine, o sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması kuralı⁹² da bu sözleşmelerin bileşik sözleşme niteliğinde olduğunu göstermektedir. Zira sermayeye katılmalı joint venture bünyesinde bulunan tüm sözleşmeler birbirlerinden bağımsız olarak varlıklarını sürdürmekte ve bu sözleşmelere kendilerine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre ise burada bileşik sözleşmenin varlığından bahsetmek mümkün değildir⁹³. Zira iki veya daha çok sözleşmenin bileşik sözleşme olarak kabul edilebilmesi için bu sözleşmelerden birinin geçerliliği veya yerine getirilmesi diğerininkine bağlı olmalıdır, ancak, sermayeye katılmalı joint venture'ı oluşturan sözleşmeler arasında da böyle bir ilişkinin varlığından söz edilemeyecektir⁹⁴.

Sermayeye katılmalı joint venture'da joint venture sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte adi ortaklığın, ortaklık sözleşmesinin akdedilip tescil edilmesiyle birlikte de joint venture ortaklığının kurulmuş olacağından daha

88 **Arat**, s.243.

89 **Eren**, s.100; **Arat**, s.244; **Aral**, Fahrettin (2010) **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 8. Baskı, Ankara, s.54; **Oktay**, Saibe, **'İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması'**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), C. 55, S. 1-2, s.274.

90 **Kaplan** (2013), s.24.

91 **Aral**, s.54; **Oktay**, s.274.

92 **Oktay**, s.274; **Aral**, s.54.

93 **Altay**, s.233, dn.577.

94 **Altay**, s.233, dn.577. Yazara göre, bir kez ortaklık sözleşmesi imzalanıp, ortaklık kurulduğunda artık bu sözleşmeye o ortaklığa ilişkin hükümler uygulanacaktır. Diğer bir deyişle bu sözleşmenin geçerliliği bu sözleşmeye ilişkin hükümlere göre belirlenecektir. Bu nedenle ortaklık sözleşmesinin geçerliliği joint venture sözleşmesine bağlı olmayacak, dolayısıyla bu iki sözleşme arasında birleşik sözleşmesinin bulunduğundan bahsedilemeyecektir. Yine aynı sebeple uydu sözleşmeleri ile ortaklık sözleşmesinin ve joint venture sözleşmesi ile de uydu sözleşmelerinin bileşik sözleşme oluşturduğundan bahsedilemez.

önce bahsedilmişti. Bu iki ortaklık, sermayeye katılmalı joint venture'in esaslı unsurlarıdır⁹⁵. Sermayeye katılmalı joint venture sisteminde bu şekilde, aynı anda iki ortaklığın bir arada bulunması, burada çifte ortaklık⁹⁶ yapısının bulunup bulunmadığının sorgulanmasına neden olmaktadır. İki veya daha fazla kişinin iki ayrı şirket kurmaları ve bu şirketlerin, biri diğerinin bağımlı yöneticisi olarak faaliyet gösterecek şekilde bir ekonomik birlik halinde kaynaşmaları durumunda çifte ortaklık mevcuttur⁹⁷. Çifte ortaklıkta bir ortaklık temel ortaklık, diğer ortaklık ise organ ortaklık olarak adlandırılır. Zira ortaklıklardan biri diğerinin adeta organı durumunda, bu ortaklığın ana fonksiyonu temel şirketi yönetmek ve hukuksal işlemler alanında onu temsil etmektir⁹⁸. Ancak sermayeye katılmalı joint venture'da joint venture ortaklığının sadece bir organ şirket olarak faaliyet göstermemesi, joint venture'in tam hâkimiyeti altında bulunmaması, hatta ekonomik ve hukuksal yönden ağırlığın bu ortaklıkta bulunması sebebiyle çifte ortaklık yapısının bulunduğu kabul edilemeyecektir⁹⁹. Zira joint venture ortaklığının kurulmasının ardından müşterek amacının gerçekleştirilmesine yönelik faaliyetler bu ortaklık tarafından gerçekleştirilecektir. Bu nedenle temeldeki ortaklık olan adi ortaklık üçüncü kişilerle yapılan işlemlerde ortaklık olarak ortaya çıkmayacak, joint venture sözleşmesi de sadece ortaklar arasındaki iç ilişkileri düzenleme ve joint venture ile joint venture ortaklığı arasındaki bağlantıyı kurma fonksiyonu görecektir¹⁰⁰. Bu durum da joint venture sözleşmesiyle kurulan adi ortaklığın iç ortaklık olarak nitelendirilmesine neden olmaktadır¹⁰¹. Sermayeye katılmalı joint venture'da adi ortaklığın iç ortaklık olarak nitelendirilmesinin sebebi üçüncü kişilerle ilişkiye kurulan ortaklığın girecek olmasıdır.

SONUÇ

Joint venture, iktisaden ve hukuken birbirinden bağımsız, tüzel kişiliği bulunan ya da bulunmayan kişi veya kuruluşların, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık kurmaksızın, kar elde etmek amacıyla tek bir işin ya da süreklilik arz eden bir faaliyetin gerçekleştirilmesini müştereken taahhüt

95 Altay, s.332.

96 Çifte ortaklık kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Barlas (2012), s.141-146.

97 Naegeli, Eduard, *Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmerzusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht*, Bd.:1, Zürich, 1936, s.9 (Naklen, Barlas (2012), s.141-142).

98 Barlas (2012), s.143.

99 Altay, s.324 vd.; Barlas (2012), s.273; Tile, s.25.

100 Barlas (2012), s.276.

101 İç ortaklık için bkz, Şener, Oruç Hami (2017) *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, s.15-17.

ettikleri ve işin yapılmasından müteselsilen sorumlu oldukları bir sözleşmedir. Joint venture, yapısal bakımdan (salt sözleşmeye dayalı-sermayeye katılmalı joint venture), tarafların tabiiyetleri bakımından (ulusal-uluslararası joint venture), konusu bakımından (araştırma ve geliştirme-üretim-pazarlama ve dağıtım), tedarik edici veya yönlendirici olmaları bakımından, tarafların pazar konumları bakımından (yatay-dikey joint venture) çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Ancak joint venture'in hukuki değer taşıyan asıl türlerini salt sözleşmeye dayalı ve sermaye katılmalı joint venture'lar oluşturmaktadır.

Salt sözleşmeye dayalı joint venture, birden çok kişi veya kuruluşun müşterek amacın gerçekleştirilmesi amacıyla joint venture sözleşmesini akdetmesiyle kurulmaktadır. Bu nedenle salt sözleşmeye dayalı joint venture, joint venture sözleşmesinden oluşan tek yapı bir oluşumdur. Sermayeye katılmalı joint venture'da ise birden çok kişi ve kuruluşun joint venture şeklinde birleşip, müşterek amacı gerçekleştirmek için bir ortaklık kurmaları söz konusudur. Dolayısıyla sermayeye katılmalı joint venture'da da öncelikle bir "joint venture sözleşmesi", daha sonra ise kurulacak ortaklığın türüne göre "esas sözleşme" veya "şirket sözleşmesi" ve ortakların kurulan ortaklık ile aralarındaki ilişkileri düzenleyen "uydu sözleşmeleri" söz konusu olacaktır. Bu nedenle, sermayeye katılmalı joint venture'da salt sözleşmeye dayalı joint venture göre daha karmaşık ve katmanlı bir yapı söz konusudur.

Joint venture'in birbirinden hukuken ve ekonomik olarak bağımsız olan kişi veya kuruluşlar tarafından kurulması onu konzernden, müşterek bir amacı gerçekleştirmek amacıyla kurulması da kartelden ayırmaktadır. Yine joint venture'da muhakkak kâr amacının bulunmasının gerekmesi ve ortakların işin tamamının yerine getirilmesinde müteselsilen sorumlu olmaları da onu konsorsiyumdan ayırmaktadır.

Joint venture sözleşmesi adi ortaklık sözleşmesi niteliğinde olduğu için bu sözleşmeye niteliğine uygun düştüğü ölçüde TBK m.620 vd. hükümleri uygulanacaktır. Bu nedenle joint venture'da tarafların borçları ve yükümlülükleri ile joint venture'in sona ermesinde adi ortaklık hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Salt sözleşmeye dayalı joint venture, tarafların sözleşmeyi akdetmesiyle birlikte doğduğundan, joint venture'in bu türünün hukuki niteliğinin belirlenmesi için sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi yeterli olacaktır. Tarafların aralarında joint venture ilişkisini doğuran sözleşmeyi akdetmesinin sebebi, müşterek amacı gerçekleştirerek kâr elde etmektir. Bu nedenle, tarafların edimleri arasında, sıradan bir iki taraflı borç ilişkisinde olduğu gibi karşılık-

lılık, başka bir deyişle, değiş tokuş ilişkisi mevcut bulunmamakta, bu edimler müşterek amacın gerçekleştirilmesi için birleştirilmektedir. O halde doktrin ve yargı kararlarında da görüş birliğiyle belirtildiği üzere, salt sözleşmeye dayanan joint venture sözleşmesinin adi ortaklık sözleşmesi, bu sözleşme sonucunda oluşan yapının da adi ortaklık olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Sermayeye katılmalı ortak girişimin hukuki niteliğinin belirlenebilmesi için öncelikle bünyesinde bulundurduğu sözleşmelerin hukuki niteliklerinin belirlenmesi gerekir. Joint venture'in bu türünde de, taraflar müşterek amacın bir joint venture ortaklığı kurularak gerçekleştirilebilmesi için çaba göstermeyi üstlenmekte, taraflar arasında karşılıklılık ilişkisi bulunmamakta, tarafların ortak amacı, şirketin kurularak müşterek amaca ulaşılmasıdır. Bu nedenle, joint venture sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte sermayeye katılmalı joint venture'da da adi ortaklık ilişkisi doğmuş olacaktır. Ortaklık sözleşmesinin hukuki niteliği ise joint venture sözleşmesi uyarınca kurulacak ortaklığın türüne göre değişecektir. Örneğın kurulacak ortaklık anonim ortaklık ise ortaklık sözleşmesi esas sözleşme niteliğinde olacak ve Türk Ticaret Kanunu'nun buna ilişkin hükümlerine tabi olacaktır. Uydu sözleşmeleri sermayeye katılmalı joint venture'in amacına göre çeşitli türlerde karşımıza çıkabilecektir. Bu nedenle uydu sözleşmelerinin hepsini kapsayacak bir şekilde hukuki niteliğinin belirlenmesi mümkün değildir.

Sermayeye katılmalı joint venture'in bir bütün olarak hukuki niteliği ele alındığında ise bünyesinde bulundurduğu sözleşmelerin bileşik sözleşme oluşturduğu sonucuna varılacaktır. Zira sermayeye katılmalı joint venture'da, birbirinden hukuken bağımsız iki ya da daha çok sözleşmenin mahiyetlerine hanel getirmeksizin, ekonomik fonksiyon itibarıyla birbirine bağlanması söz konusudur. Yine bileşik sözleşmeyi oluşturan her sözleşme tipine, o sözleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması kuralı da bu sözleşmelerin bileşik sözleşme niteliğinde olduğunu göstermektedir.

Sermayeye katılmalı joint venture'da temeldeki adi ortaklık ve joint venture ortaklığı olmak üzere iki ortaklık bulunmaktadır. Adi ortaklık üçüncü kişilerle yapılan işlemlerde ortaklık olarak ortaya çıkmamakta, joint venture sözleşmesi de sadece ortaklar arasındaki iç ilişkileri düzenleme ve joint venture ile joint venture ortaklığı arasındaki bağlantıyı kurma fonksiyonu gördüğünden, kurulan adi ortaklık iç ortaklık olarak nitelendirilecektir.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ateş (2001) **Mukayeseli Hukuk Açısından Amerikan ve Avrupa Topluluğu Hukukunda Rekabetin Yatay Kısıtlanması**, Ankara, Rekabet Kurumu.

Akyol, Şener (1997) **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) II. Fasikül: Know-How, Management, Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul.

Altay, Sıtkı Anlam (2009) **Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Sermayeye Katılmalı Ortak Girişimler**, 1. Baskı, İstanbul.

Aral, Fahrettin (2010) **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 8. Baskı, Ankara.

Arat, Ayşe (2006) **İsimsiz Sözleşmelerin Tamamlanması**, EÜHFD, C.I, S.2, s.239-250.

Barlas, Nami (1991) **Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmesinin Özellikleri**, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na Armağan, İstanbul, s.805-828.

Barlas, Nami (2012) **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 3. Baskı, İstanbul.

Comben, Andrew (2000) **Joint Ventures And Shareholder's Agreements**, Butterworths Law Publishing, London.

Çatalcalı, Osman Tan (2007) **Kartel Teorisi İhracat Kartelleri ve Kriz Kartelleri**, Ankara.

Dayınlarlı, Kemal (2007) **Joint Venture Sözleşmesi**, 3. Baskı, Ankara.

Doğan, Gül (2006) **Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)**, İstanbul.

Eren, Fikret (2008) **İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar**, Prof. Dr. Turgut Akıntürke Armağan, Ankara, s.85-111.

Esin, İsmail/Lokmanhekim, Tunç (2004) **Uygulamada Birleşme ve Devralmalar**, İstanbul.

Gibbons, Thomas (2007) **What Constitutes a Joint Venture Company?**, Waikato Law Review, S.15, s.120-137.

Kaplan, İbrahim (2006) **İnşaat Sektöründe Adi Şirket Niteliğindeki Müşterek İş Ortaklığının (Ortak Girişimin) – Joint Venture'ın Sona Ermesi ve Tasfiyesine İlişkin Türk ve İsviçre Doktrin ve İçtihatlarındaki Görüşler**, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara.

Kaplan, İbrahim (2013) **İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı–Joint Venture**, 3. Baskı, Ankara.

Micheler, Eva/ Prentice, Dan D. (2000) **Joint Ventures In English and German Law**, Oxford.

Nichols, Henry W. (1950) **Joint Ventures**, Virginia Law Review, S.4, s.425-459.

Oktaç, Saibe (1995-1996) **İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM), C. 55, S.1-2, s.263-296.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin (2014) **Ortaklıklar Hukuku I**, 13.Baskı, İstanbul.

Pulaşlı, Hasan (2007) **Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi**, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.1, İstanbul, s.467-487.

Pulaşlı, Hasan (2015) **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.1, 2. Baskı. s.239-249.

Straube, Manfred (1985) **Joint Venture Groups**, International Business Lawyer, C.13, S.3, s.1431-134.

Şahin, Turan, **Konsorsiyum Sözleşmesi**, TBB Dergisi, 2011 (92), s.451-483.

Şahinalp, Kaan, **Türk Hukukunda Joint Venture'ların Hukuki Yapısı ve Niteliği ile Joint Venture'larda Karşılaşılan Sorunlar**, Yargıtay Dergisi, Temmuz-2001, s.481-524.

Şener, Oruç Hami (2008) **Adi Ortaklık**, Ankara.

Şener, Oruç Hami (2017) **Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku**, 3. Baskı, Ankara.

Taslacıoğlu, İlker (1997) **Türk Hukukunda Joint Venture Sözleşmelerinin Hukuki Yapısı ve Niteliği**, Ahmet Yesevi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

Taslacıoğlu, İlker/Şahinalp, Kaan, **Türk Hukukunda Joint Venture'ların Hukuki Yapısı ve Niteliği İle Joint Venture'larda Karşılaşılan Sorunlar**, Sayıştay Dergisi, S.36.

Taubman, Joseph (1955-1956) ‘**What Constitutes A Joint Venture**’, Cornell Law Quarterly, C.41, s.640-655.

Tekil, Fahiman (1991) **Adi, Kollektif ve Komandit Şirketler Hukuku**, İstanbul.

Tekil, Fahiman (1978) **Şirketler Hukuku – Anonim Şirketler**, C.2, 2. Baskı, İstanbul.

Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal (1989) ‘**Joint Venture**’, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a Armağan, Ankara s.143-176.

Tile, Latif (2013) **Türk Hukuku’nda Joint Venture Düzenlemeleri** (Yüksek Lisans Tezi).

GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNDE İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİ ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Arş. Gör. Canan ERDOĞAN*

ÖZET

Çalışma hayatında, esnekleşme hareketinin bir sonucu olan geçici iş ilişkisinin uygulanması son yıllarda artmıştır. Bu artış ile birlikte geçici işçinin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin alınmasından hangi işverenin sorumlu olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Bilindiği gibi 4857 sayılı İş Kanunu m.7’de geçici iş ilişkisi düzenlenmektedir. Madde 2016 yılında yayımlanan 6715 sayılı Kanun ile ciddi bir değişikliğe uğramıştır. Söz konusu maddede geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bununla birlikte 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelikte de geçici işverenin yükümlülüklerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu kapsamda geçici işverenin eşit davranma, bilgilendirme, eğitim, sağlık yönetimi ve iş kazasının bildirilmesine ilişkin yükümlülükleri bulunmaktadır. Geçici işveren tarafından bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda, işçi açısından iş yapmaktan kaçınma ve haklı nedenle fesih hakkı gündeme gelmektedir. İşverenin ise, işin durdurulması ve idari para cezası gibi idari yaptırımlarla ve cezai yaptırımlarla karşılaşma ihtimali vardır. Bu çalışmada geçici iş ilişkisi kurulan işverenin geçici iş ilişkisindeki iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlem alma yükümlülüğü ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İş sağlığı ve güvenliği, geçici iş ilişkisi, geçici işveren, geçici işçi, işçiyi koruma borcu.

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, canan.p02@gmail.com.

IN TEMPORARY EMPLOYMENT RELATIONSHIP THE OBLIGATION OF TEMPORARY EMPLOYER ON TAKING MEASURE ABOUT OCCUPATIONAL AND HEALTH FOR TEMPORARY WORKERS

ABSTRACT

In recent years the application of temporary employment relationship, which is the result of the flexibilisation movement in business life, has increased. Due to this increase a problem responsibility, that is, who has to be responsible of taking measure about the occupational health and safety for temporary workers, occurs. As it is known that in Nr. 4857 Labor Code there is an article about temporary employment relationship. In addition to this, there are also some articles in Nr. 6331 Occupational and Health Code and Regulation on Fixed-Duration or Temporary Employment Relationship. In this context, temporary employer has responsibilities of equal treatment, informing, training, health managing and notification of employment industrial accident. If the temporary employer discharges these responsibilities, temporary workers can avoid fulfilling his work and use his immediate termination right. In addition, temporary employer can face with administrative sanctions like shut down and administrative fine, and some criminal sanctions. In this article the obligation of temporary employer about the occupational and health for temporary workers will be discussed.

Keywords: Occupational health and safety, temporary employment relationship, temporary employer, temporary worker, the obligation of the protection of employee

GİRİŞ

İş sözleşmesi niteliği itibarıyla işçinin kişiliğinin ön planda olduğu bir sözleşme türüdür. Bu sebeple, işverenlerin söz konusu sözleşme çerçevesinde asli borçlarının arasında işçiyi koruma borçları vardır. İşverenin işçiyi koruma borcunun hukuki dayanağını TBK m.417 oluşturur. Maddenin birinci fıkrasında genel olarak işçinin kişiliğinin korunması düzenlenmişken; ikinci fıkrasında işçinin sağlığı ve bedensel bütünlüğünün korunmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, *işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür*. İşverenlerin bu yükümlülüğü, işçinin sadakat borcunun karşılığını oluşturur.

Her ne kadar işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma borcu Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmişse de 20.06.2012 tarihinde çıkarılan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu¹ ile birlikte bu borç daha ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bilindiği gibi, bu kanun öncesi iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler 4857 sayılı İşK. m.77 ilâ m.89 arasında düzenlenmekteydi. Bu nedenle de sadece İş Kanunu kapsamındaki işçi ve işverenler için uygulanmaktaydı. Ancak iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerin müstakil bir kanunda düzenlenmesi ile birlikte 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bazı istisnalar² dışında tüm işlere, işyerlerine, işverenlere ve işçilere uygulanmaktadır.

İşçiyi koruma borcunun bir uzantısı niteliğinde olan iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma borcu, işverenin kendi işçilerine olduğu kadar geçici iş ilişkisi kurarak çalıştırdığı geçici işçilerine karşı da söz konusu olmaktadır. Zira Kanun'da hükümlerinin tüm işyerlerine uygulanacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla işyeri içerisinde *tüm çalışanlar* asıl işçi - geçici işçi ayrımı yapılmaksızın bu koruma kapsamındadır.

Çalışmamızda işverenlerin geçici iş ilişkisi kapsamında iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülükleri konusunu ele alacağız³. Bunun için

1 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı RG.

2 Kanundaki düzenlemeye göre, İSGK kamu ve özel sektöre ait tüm işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konusuna bakılmaksızın uygulanır. Ancak fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığının faaliyetleri, afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri, ev hizmetleri, çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar, hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan iş yurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetleri kanunda kapsam dışında bırakılmıştır (İSGK m.2/2).

3 Bir karışıklığa mahal vermeme amacıyla baştan belirtmek gerekir ki, çalışmamız süresince geçici iş ilişkisi neticesinde başka bir işverene gönderilen işçiyi *geçici işçi*, geçici işçi ile

öncelikle genel olarak geçici iş ilişkisi hakkında bilgi verip, ardından hem asıl işverenin hem de geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülüklerinin neler olduğunu belirteceğiz. Son olarak önlem alma yükümlülüğüne aykırı davranmanın işçi ve işveren açısından sonuçlarına da değinip çalışmamızı sonlandıracağız.

I. GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ

A. GENEL OLARAK

Günümüzde iş hayatındaki ihtiyaçların farklılaşması neticesinde İş hukukunda esnekleşme çalışmalarına⁴ gerek duyulmuştur. Çalışma hayatındaki esnekleşme hareketlerinden birini de geçici iş ilişkisi oluşturmaktadır⁵. Ülkemizde uzun yıllardır uygulama alanı bulan geçici iş ilişkisi ile ilgili düzenlemeye ilk kez 4857 sayılı İşK. m.7'de yer verilmiştir. Ancak söz konusu madde 6715 sayılı Kanun m.1 ile ciddi değişikliğe uğramıştır. Yapılan değişiklik ile birlikte hem mesleki geçici iş ilişkisi düzenlenmiş hem de mesleki olmayan geçici iş ilişkisinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, geçici iş ilişkisi ya özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı olarak yapılabilecektir. Bunlar dışında ise artık geçici iş ilişkisi kurulması mümkün değildir. Her iki tür açısından da söylemek gerekirse, genel olarak geçici iş ilişkisi ile işveren, aralarında iş sözleşmesi bulunan işçisini iş görme edimini yerine getirmesi için geçici bir süre için başka bir işverene devretmektedir⁶. Bu ilişki ile iş sözleşmesinin tarafı olan *asıl işveren*,

aralarında iş sözleşmesi olan işvereni *asıl işveren*, geçici iş ilişkisi kurulan diğer işvereni de *geçici işveren* şeklinde belirteceğiz.

- 4 Türk İş Hukuku'nda esneklik ile ilgili ayrıntılı bilgi ve açıklama için bkz. Süzek, Sarper (2015), **İş Hukuku**, Yenilenmiş 11.Baskı, İstanbul, Beta, s.19-22; Alpagut, Gülsevil (2006), **'AB'de İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışları ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler'**, TİSK İşveren Dergisi Özel Eki, s. 3-27.
- 5 Caniklioğlu, Nurşen (2008), **'Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları'**, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Saygı, s.121; İren, Ertan (2011), **'Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü'**, AÜHFHD, 60 (2), s.283; Süzek (2015), s.20.
- 6 "Devretmek" ifadesi teknik anlamda bir devir değildir. Fakat kanundaki ifadesi bu şekilde olduğu için çalışmamızda da bu kavram kullanılmaktadır. Ayrıca eski düzenleme dönemindeki tanımlama için bkz. Akyiğit, Ercan (1995), **İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Ankara, Kamu-İş, s.22-25; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş (2014), **İş Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Turhan, s.365; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat (2014), **İş Hukuku Dersleri**, 27.Baskı, İstanbul, Beta, s.136; Narmanlioğlu, Ünal (2012), **İş Hukuku**, Ferdi İş İlişkileri I, 4. Baskı, İstanbul, Beta, s.260; Sümer, Haluk Hadi (2015), **İş Hukuku**, 20. Baskı, Konya, Mimoza, s.61; Centel, Tankut/ Demircioğlu, A. Murat (2013), **İş Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul, Beta, s.94; Aktay, A. Nizamettin/ Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, E. Tuncay (2013), **İş Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Gazi, s.69-70; Andaç, Faruk (2014), **İş Hukuku**, Ankara, Detay, s.76-77; Akyiğit, Ercan (2014), **İş Hukuku**, 10. Bas-

geçici iş ilişkisi kurulan *geçici işveren* ve geçici işverene devredilen *geçici işçi* arasında üçlü bir ilişki kurulmaktadır. Geçici iş ilişkinin kurulması durumunda asıl işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi varlığını devam ettirmektedir⁷. Geçici işveren ile geçici işçi arasında bir hizmet ilişkisi yoktur, sadece asıl işveren ile geçici işveren arasında işçi sağlamaya yönelik bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır⁸.

Yapılan değişiklik ile birlikte geçici iş ilişkisinin iki şekilde kurulacağını belirtmiştik. Buna göre, geçici iş ilişkisi ya özel istihdam bürosu aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğu içerisinde mümkün olabilecektir. Kanunda her iki tür içinde farklı düzenlemeler yer verilmiş olduğu için çalışmamız açısından aşağıda her iki durum da ayrı başlık altında ele alınacaktır.

B. ÖZEL İSTİHDAM BÜROSU ARACILIĞIYLA KURULAN GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, özel istihdam bürosu aracılığıyla geçici iş ilişkisi kurulabilmesi için Türkiye İş Kurumu'nca izin verilen bir özel istihdam bürosunun mevcudiyeti gerekmektedir (m.7/2). İzne sahip olan özel istihdam bürosu ile bir işveren arasında *geçici işçi sağlama sözleşmesi* yapılabilecektir. Elbette belirtmek gerekir ki, burada sözleşme ile birlikte geçici işverene devredilen işçinin iş sözleşmesi özel istihdam bürosu ile devam etmektedir; bu sürede sadece işçiye emir ve talimat verme yetkisi geçici işverene geçmektedir. Zira geçici iş ilişkisindeki işverenin özel istihdam bürosu olduğu Kanunda belirtilmiştir (m.7/11).

kı, Ankara, Seçkin, s.145; Odaman, Serken (2007), **Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi**, İstanbul, Legal, s.16; Ekmekçi, Ömer (2008), **'Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler'**, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Saygı, s.101; **Süzek** (2015), s.301-302.

7 Bu nedenle geçici iş ilişkisi kapsamında çalışılan süreler de asıl işverenin işyerinde çalışmış gibi hesaba katılır. Bu yöndeki bir Yargıtay kararına göre, "Geçici iş ilişkisiyle (ödünç iş ilişkisiyle) çalışan işçinin altı aylık kıdemi, 4857 sayılı Kanun'un 7. maddesinden hareketle, işçinin başka işverende (ödünç alan) geçen süresi, işverende (ödünç veren) geçirilmiş gibi sayılır. Söz konusu işçinin daha sonra ödünç alan işverenin işyerinde yeni bir iş ilişkisi kapsamında istihdam edilmesi hâlinde, onun nezdinde ödünç iç ilişkisi kapsamında geçirilmiş süreler, yeni iş ilişkisindeki altı aylık kıdem süresinin hesabında dikkate alınmaz". Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2012/22991 K: 2012/23479 T: 19.10.2012, (UYAP, s.e.t, 05.01.2016).

8 Keser, Hakan (2006), **'İşverenin İşçiyi Gözetme Borcununun Geçici İş İlişkisine Yansımaları'**, Legal İHSGHD, S:9, s.67; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.366; **Sümer** (2015), s.61; **Caniklioğlu** (2008), s.126.

Kanundaki yeni düzenleme ile geçici iş ilişkisinin hangi işler ve hallerde kurulabileceği sınırlandırılmıştır. Yani kanun koyucu özel istihdam bürolarına sınırsız bir geçici iş ilişkisi kurulması hakkı tanımamıştır. Buna göre, İş Kanunu m.13/5 ile m.74'te belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde, mevsimlik tarım işlerinde, ev hizmetlerinde, işletmenin günlük işlerinden sayılmayan ve aralıklı olarak görüldüren işlerde, iş sağlığı ve güvenliği bakımından acil olan işlerde veya üretimi önemli ölçüde etkileyen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması hâlinde, işletmenin ortalama mal ve hizmet üretim kapasitesinin geçici iş ilişkisi kurulmasını gerektirecek ölçüde ve öngörülemez şekilde artması hâlinde ve mevsimlik işler hariç dönemsel arz eden iş artışları hâlinde kurulabilir. Bunlarla birlikte kanunda geçici iş ilişkisi kurulabilecek bu hallerin hangi sürelerle kurulabileceği de düzenlenmiştir (m.7/3). Kanunda yapılan süre sınırlaması yanında ayrıca bazı hallerde geçici iş ilişkisi kurulamayacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, toplu işçi çıkarılan işyerlerinde 8 ay süresince, kamu kurum ve kuruluşlarında ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde geçici iş ilişkisi kurulamaz (m.7/4). Bunun dışında geçici işçi çalıştıran işveren, grev ve lokavtın uygulanması sırasında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.65 hükümleri saklı kalmak kaydıyla geçici iş ilişkisiyle işçi çalıştıramaz (m.7/5). Son olarak geçici işçi çalıştıran işveren, iş sözleşmesi feshedilen işçisini fesih tarihinden itibaren 6 ay geçmeden geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştıramaz (m.7/7).

C. HOLDİNG BÜNYESİ İÇİNDE YA DA AYNI ŞİRKETLER TOPLULUĞUNA BAĞLI BAŞKA BİR İŞYERİNDE KURULAN GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİ

İşK m.7/son'a göre, işveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur.

Devir sırasında işçilerin *yazılı* rızasının alınması gerekir⁹. Türk Borçlar

9 “Geçici iş ilişkisinden söz edilebilmesi için her şeyden önce işçi ile işveren arasında geçerli bir iş sözleşmesinin bulunması ve devir sırasında işçinin yazılı rızasının alınması şarttır. İşçinin rızası hilafına geçici iş ilişkisi kurularak bir başka işyerine gönderilmek istenmesi halinde, somut olayın özelliklerine göre durum ya 4857 sayılı Kanununun 22 nci maddesi uyarınca çalışma koşullarında esaslı değişiklik kabul edilmeli ya da işverenin feshi olarak nitelendirilmelidir”. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E:2012/15754 K:2012/26892 T:09.07.2012, Benzer yönde karar için bkz. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E:2009/4338 K:2011/13927 T:09.05.2011 (UYAP, s.e.t. 05.01.2016). Ayrıca yazılı rızasının bulunmaması durumunda

Kanunu'ndaki düzenleme gereği, kanunda belirlenmiş olan bu şekil bir geçerlilik koşuludur (m.12). Ayrıca gerekli görülmesi durumunda da işçinin her yenileme için rızasının alınması gerekir¹⁰. Odaman'a göre, Kanunda yenilemeler için aranan rızanın da yazılı alınmasına ilişkin bir düzenleme olmadığından, geçici işveren ve işçinin durumlarında bir değişiklik yapmamaları ve asıl işverenin de buna müdahale etmemesi halinde yenilemenin zımnen uzatıldığı kabul edilebilir¹¹. Rızanın devir sırasında alınması gerekir; dolayısıyla rızanın iş sözleşmesinin kurulması esnasında ya da sözleşme devamında alınması halinde, verilen rıza geçerli değildir¹².

Kanun koyucu geçici iş ilişkisi için azami bir süre öngörmüştür. Düzenlemeye göre geçici iş ilişkisi *altı ayı* geçmemek üzere yapılmaktadır (İşK. m.7/son). Ayrıca gerekli olduğu durumlarda en fazla *iki defa* daha yenilenebilmektedir¹³. Belirtmek gerekir ki, geçici iş ilişkisindeki bu süre sınırı bir işveren için

geçici iş ilişkisi kurulmasını sayılacaktır. Bu yöndeki Yargıtay kararına göre “devir esnasında işçinin yazılı rızasının alınması gerektiği tartışmasızdır. Davacının da bu yönde bir muvafakati bulunmadığından davacının bu değişikliği kabul etmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Sonuç itibarıyla davacıya yapılan teklifin 4857 sayılı Kanun'un 7. maddesi kapsamında olduğu ve davacının da bunu kabul etmemesi üzerine işverence yapılan iş sözleşmesinin feshinin geçersiz olduğu anlaşılmakla mahkemece kurulan hüküm usul ve kanuna aykırı bulunmuştur.” Bkz. Yargıtay 22.Hukuk Dairesi, E:2012/29390 K:2013/281 T:22.01.2013. Aynı yönde bkz. Yargıtay 22.Hukuk Dairesi T:25.02.2013, E:2013/3843 K:2013/3705 (UYAP, s.e.t. 05.01.2016).

- 10 **Narmanlioğlu**, s.263; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.137; **Aktay/Arıcı/Seneyen Kaplan**, s.71; **Odaman** (2007), s.58-59; **Ekmekçi** (2008), s.107.
- 11 **Odaman** (2007), s.59. Ayrıca Yargıtay'a göre, “Yasada öngörülen sürenin bitiminde işçinin ödünç veren işverene ait işyerinde iş görmeye devam etmesi gerekir. Sürenin sonunda da işçinin ödünç alan işveren yanında çalışmaya devam etmesi halinde, bu defa taraflar arasında hizmet sözleşmesi devrinin gerçekleştiği kabul edilmelidir” Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E:2009/28350 K:2011/48342 T:15.12.2011 (UYAP, s.e.t. 05.01.2016).
- 12 **Narmanlioğlu**, s.263; **Süzek** (2015), s.303; **Sümer**, s.61; **Aktay/Arıcı/Seneyen Kaplan**, s.70; **Odaman** (2007), s.60; **Ekmekçi** (2008), s.107; **Keser**, s.68; **İren**, s.285. Aksi görüş için bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.368.
- 13 Çankaya ve Çile göre, bu üst sınırlar emredici niteliktedir ve on sekiz aylık çalışmanın ardından kısa bir süre asıl işverenin yanında çalıştıktan sonra ardından tekrar aynı işveren ile geçici iş ilişkisi kurulamaz. Bkz. Çankaya, Osman Güven/Çil, Şahin (2009), **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, 2.Baskı, Ankara, Yetkin, s.313. Ancak doktrindeki bir görüşe göre de, daha önce geçici iş ilişkisi kurulan bir işverenle tekrar böyle bir ilişkinin kurulamayacağını söylemek, sözleşme serbestisi ilkesine aykırıdır. Azami sürenin sonunda işçi asıl işverenin yanına geri dönmek zorundadır, ancak makul bir sürenin geçmesi ile birlikte aynı işveren ile tekrar geçici iş ilişkisi kurulabilmelidir. Görüş için bkz. **Odaman** (2007), s.56; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.371. Ancak Narmanlioğlu'na göre, aynı işverenle ikinci kez geçici iş ilişkisi kurulamayacaktır, zira kanun belirli bir süre sınırı koyarak buna cevaz vermemektedir. Bkz. **Narmanlioğlu**, s.263. Ayrıca bu konuda bir Yargıtay kararında geçici iş ilişkisinin 18 ayı aşmış olması nedeniyle, Yüksek Mahkeme işçiyi artık geçici işverenin işçisi olarak kabul etmiştir. Karar “Somut olayda davalılar arasındaki ödünç iş ilişkisinin süresi 18 ayı çok aşmış olup, davacı artık davalı Başbakanlığın işçisi olarak kabul edilmeli-

söz konusudur. Yani işçinin bir işverenin yanındaki geçici iş ilişkisi süresi sona erdikten sonra başka bir işverenle geçici iş ilişkisi kurulabilir¹⁴.

Geçici iş ilişkisi süresince işçiye talimat verme hakkı geçici işverene aittir. Kanun koyucu fıkra da madde içi atıf yapmakta ve m.7/9-a'ya göre, geçici işveren işin gereği ve geçici işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak geçici işçisine talimat verme hakkına sahiptir. Zaten bu süre boyunca işçiyi çalıştıracak olan işveren, geçici işveren olduğu için maddede buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesi yerindedir. Ancak işçi ile asıl işvereni arasındaki iş sözleşmesi varlığını devam ettirdiği için asıl işverenin de yönetim hakkı çerçevesinde talimat verme hakkı devam etmektedir¹⁵. Elbette ki her iki işverenin talimat verme hakkının kapsamı aynı değildir.

Kanun koyucu geçici işverene her ne kadar bir takım yetkiler tanıdıysa da, bununla birlikte bazı yükümlülükler de yüklemiştir. Bunlardan ilki, ücret ödeme borcu asıl işverende olmasına rağmen, geçici işveren de işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden ve sosyal sigorta primlerinden devreden işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur (İşK. m.7/son)¹⁶. Bir diğeri ise, aynı fıkra ya göre geçici işveren işçiyi koruma (gözetme) borcundan da devreden işverenle birlikte müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Maddedeki bu düzenleme ile işçiyi gözetme borcunun öncelikle iş sözleşmesinin tarafı olan işverene ait olduğu ve bu borcun yerine getirilmemesi durumunda geçici işverenin müteselsilen sorumlu olduğu anlamı çıkmaktadır¹⁷. Bununla birlikte hüküm dolayısıyla asıl işveren kendi hâkimiyet alanı içerisinde olmayan ve geçici

dir. Davalılar arasında yapılan işçinin her türlü hak ve alacaklarının kurumunca ödeneceği yolundaki düzenleme davalıların iç ilişkisi olup, davacı işçiyi bağlamaz. Bu nedenle dava konusu alaktan davalı Başbakanlığın tek başına sorumlu tutulması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” şeklinde kaleme alınmıştır. Karar için bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi. E:2011/21048 K: 2011/13927 T:09.05.2011, (www.ismahkemesi.com, s.e.t. 10.04.2016)

14 Bkz. **Ekmekçi** (2008), s.108.

15 **Narmanlıoğlu**, s.265; **Odaman** (2007), s.135; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.373; **Süzek** (2015), s.306; **Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan**, s.71-72; **Canıklıoğlu** (2008), s.139.

16 Yargıtay geçici iş ilişkisinin var olduğunu kabul ettiği bir olayda verdiği kararında “İşverenin işinin görülmesi için sigortalıların işin görüleceği yere emniyetli ve güvenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri işverenin yükümünde olan bir sorumluluktur. İşveren bu görevini kendi araç ve işçisiyle yapabileceği gibi başkasına ait araç ve işçi ile de yerine getirebilir. Taşıma işinin işverenin nam ve hesabına yapılması durumunda, işçiye karşı sorumluluk doğrudan işverene aittir. Davacı sigortalı araçta yolcu olup kendisine atfedilecek bir kusur bulunmadığından, ödünç alan işveren konumunda bulunan ve taşıma işini yaptıran davalı şirketin davacı sigortalının taşıma işi sırasında gerçekleşen bu iş kazası sonucu oluşan zararının tümünden sorumlu olduğunun kabulü gerekir” demiştir. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi T:04.11.2010, E:2010/7930 K:2010/10884 (www.hukukturk.com, s.e.t. 06.01.2016).

17 **Canıklıoğlu** (2008), s.132; **Keser**, s.69.

işverenin almadığı bir güvenlik önlemi nedeniyle sorumlu tutulacaktır¹⁸. Bu madde doktrinde “hakkaniyet anlayışına” ters düşmesi sebebiyle eleştirilmektedir¹⁹. Ancak her ne kadar geçici iş ilişkisi süresince işçi üzerinde hukuken ve fiilen etkili ve yetkili olan geçici işveren olsa da, bu şekilde işçinin güveni korunmaktadır²⁰. Çünkü işçi çoğu zaman geçici süre ile çalışacağı işvereni de işyerini de hiç bilmemektedir. İşçi için tek referans asıl işverendir. Bu nedenle işverenine güvenen ve özellikle işini kaybetmemek için geçici iş ilişkisi teklifi kabul eden işçinin güveni korunmaktadır.

Koruma (gözetme) borcu kapsamında geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğünden de asıl işveren ile geçici işverenin birlikte sorumlu olduğunu söyleyebiliriz. Zira geçici işverenin işçinin hem emeğinden faydalanması hem de kendi talimatları altında çalıştırmasının karşılığında iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğünün bulunması yerinde bir değerlendirmedir²¹. Çünkü geçici işçi için söz konusu riskler geçici işverenin işyerinde meydana gelmektedir.

Geçici işverenin geçici işçiyi koruma borcunun hukuki niteliği üzerinde de farklı görüşler mevcuttur²². Görüşlerin ilki “sosyal temas görüşü”dür. Buna göre, geçici iş ilişkisinin kurulması ile birlikte geçici işçi geçici işverenin hukuki tasarruf alanına sosyal temas sonucu girmiş olmaktadır. Bu nedenle işçinin korunması hem güven ilişkisi gereği hem de TMK m.2 kapsamında dürüstlük kuralı gereğince söz konusu olmaktadır. Bir diğer ise “amaç görüşü”dür. Buna

18 Bu yükümlülük dolayısıyla asıl işveren geçici işverenin işyeri hakkında önceden bilgi sahibi olacak, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin alınmış eksik önlem olması durumunda bunların tamamlanmasını isteyebilecektir. Tamamlanmaması halinde de işçisini geçici iş ilişkisi kapsamında çalışması için geçici işverene göndermeyecektir. Zira aksi takdirde asıl işveren, geçici işverenin işyerinde meydana gelebilecek zararlardan dolayı müteselsilen sorumlu olmayı göze alması gerekir. Açıklama için bkz. **Keser**, s.82. Ayrıca bkz. **Süzek** (2015), s.307; **İren**, s.291. Bu yöndeki Yargıtay kararı için bkz. “Anılan düzenleme, geçici iş ilişkilerinde, her iki işverenin iş sağlığı ve güvenliği koşullarının sağlanmasından beraberce sorumlu olması gerektiğini kabul etmiştir. Böylelikle işçiyi geçici olarak çalıştıran işveren kadar, onu geçici gönderen işveren de sorumluluğa ortak edilmiştir. Yasa koyucu bu şekilde, işçisini geçici olarak başka bir işverene gönderen işverene, işçisini gönderdiği işyerindeki iş sağlığı ve iş güvenliği koşullarını kontrol etme yükümlülüğü getirmiştir. Dolayısıyla geçici işverenin yanında iş gören işçinin uğradığı iş kazasından, aksi ispatlanmadığı, uygun nedensellik bağının kurulamadığı ya da kesildiği ispatlanmadıkça, işçisini gönderen işverenin de sorumlu olacağı kabul edilmelidir.” Yargıtay10.Hukuk Dairesi, E:2014/18576 K:2014/20239 T:21.10.2014 (www.hukukturk.com, s.e.t. 06.01.2016).

19 **Aydın** (2005), s.199.

20 Açıklama için bkz. **Keser**, s.81.

21 **Caniklioğlu** (2008), s.136.

22 Görüşler için bkz. Öztürk Sarıbay, Gizem (2015), **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları**, İstanbul, Beta, s.124-125; **Aydın** (2005), s.21-24; **Keser**, s.85

göre de, işçinin amacı geçici bir süre için emeğini geçici işverene sunup iş görme borcunu yerine getirmekken; geçici işverenin amacı da işçiyi işinde çalıştırıp emeğinden yararlanmaktır. Bu amaçların gerçekleşebilmesi için de işçi geçici işverenin emir ve talimatları doğrultusunda işini görecektir; buna karşılık geçici işveren de işçinin beklentisine uygun olarak onu koruma borcu altında olacaktır. Bir diğer görüş de sosyal temas görüşüne benzeyen “*koruma görüşü*”ne göre, bu borç Borçlar hukukundaki koruma yükümlülüğünden doğmakta ve sosyal temas ilişkisinden doğan TMK m.2’ye dayanmaktadır²³. Her ne kadar doktrinde farklı görüşler bulunsa da, 4857 sayılı İş Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve ilgili Yönetmelikler uyarınca geçici işverenin geçici işçiyi koruma borcunun söz konusu görüşlere dayanan ve kanundan kaynaklanan bir borç olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz.

II. GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNDE ASIL VE GEÇİCİ İŞVERENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. GENEL OLARAK

Avrupa Birliği’nin yaptığı bir çalışmaya göre, geçici iş ilişkisi çerçevesinde çalışan işçiler diğer işçilere oranla daha çok iş kazası ya da meslek hastalıklarına maruz kalmaktadır²⁴. Geçici işçiler özellikle yeni işyerlerindeki çalışmalarının ilk günlerinde kazaya uğramaktadır²⁵. Bu nedenle işyerlerinde geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırılan işçiler için alınan iş sağlığı ve güvenliği önlemleri büyük önem arz etmektedir. Bu amaç ile Avrupa Birliği’nde 91/383/EC sayılı ve 25 Haziran 1991 tarihli bir Direktif bulunmaktadır²⁶. Direktifin amacı, m.2’de de belirtildiği gibi, iş sağlığı ve güvenliği açısından belirli süreli ya da geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin işyerindeki diğer işçiler ile

23 Bkz. **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.375; **Odaman** (2007), Ödünç İş İlişkisi, s.179; **Keser**, s.86.

24 Ayrıntılı açıklama ve oranlar için bkz. Belirli Süreli İş İlişkisi veya Geçici İş İlişkisi ile Çalışan İşçilerin İş Güvenliği ve Sağlığına İlişkin AB Mevzuatının Üye Devletler tarafından Uygulanması hakkında Avrupa Komisyonu Değerlendirme Raporu Özet Bilgi Notu, <http://www.mess.org.tr/media/filer_public/167/86/67866beb126e4988b829bda418ff9baa/belirli_sureli_ve_gecici_istihdamda_calisanlarin_is_guvenligi_ve_sagligina_iliskin_ab_uygulama_raporu_2011.pdf>, s.e.t. 20.11.2015. Ayrıca bkz **Howes, Victoria** (2011), ‘**Who is Responsible for Health and Safety of Temporary Workers? EU and UK Perspectives**’, *European Labour Law Journal*, Volume 2, No:4, s.380.

25 İngiltere’deki **Simon Jones ve St. Neots** davası için bkz. **Howes**, s.381-382.

26 Direktifin orijinal ve tam metni için bkz. <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31991L0383:en:HTML>>,s.e.t. 28.03.2015.

Ayrıca hukukumuzdaki ifadesi ile profesyonel geçici işverenlik (The Temporary Agency Work) için 2008/104/EC (The Temporary Agency Work Directive) sayılı ayrı bir direktif daha yayınlanmıştır. Bu direktifin de amacı m.2’de belirtildiği gibi, geçici işçilerin korunmasını garanti altına almak ve eşit davranma ilkesini garanti altına alma yoluyla geçici işçilerin niteliklerini geliştirmektir. Direktif için bkz. <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:327:0009:0014:EN:PDF>>,s.e.t. 28.03.2015.

eşit korumaya tabi tutulmasını sağlamaktır²⁷. Söz konusu Direktif'ten sonra AB ülkelerinde çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Birçok üye ülke de var olan düzenlemelerini Direktif'e göre revize etmiştir. Örneğin, İsveç'te Çalışma Ortamı Kanunu'na (Work Environment Act) geçici işçilerin çalışma koşulları için gerekli olan güvenlik önemlerinin alınacağına ilişkin hüküm ilave edilmiştir²⁸. Almanya'da 7 Ağustos 1996 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası (Arbeitsschutzgesetz -ArbSchG) kabul edilmiştir²⁹.

Türkiye'de de AB Direktifi esas alınarak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında 2012 tarihli Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik'i yayınlanmıştır³⁰. Bu Yönetmeliğin amacının geçici veya belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların sağlık ve güvenlikleri bakımından işyerindeki diğer çalışanlarla aynı düzeyde korunmalarını sağlamak olduğu m.1'de belirtilmiştir.

Hem Direktif hem de Yönetmelik'te iş sağlığı ve güvenliği açısından geçici iş ilişkisinde çalışan işçiler için eşitlik ilkesinin uygulanmasının sağlanması amaçlanmakla birlikte eğitim ve bilgilendirme yükümlülükleri de düzenlenmiştir. Aşağıda her bir durumun Yönetmelik ve Direktif ışığında ayrı ayrı ele alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

B. EŞİT DAVRANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İşverenin işçiye eşit davranma borcuna ilişkin her ne kadar kanunda bir düzenlemeye yer verilmemişse de, kaynağını İşK. m.5'ten alan borcun her iki işveren için de söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir³¹. Buna göre ücret ödeme borcu olan asıl işveren, sınırlı da olsa işçiye karşı eşit davranma borcu

27 Ancak Direktif görüldüğü üzere çok eski tarihli bir çalışmanın ürünüdür. Bugünkü ihtiyaçları karşılayacak yeni bir düzenleme yapılabilir. Özellikle "belirli süreli çalışma" ile "geçici iş ilişkisi" birbirinden farklı kurumlardır ve bunların tek bir direktif altında düzenlenmesi, belki o tarihlerde daha makul karşılanabilirse de, bugün için eleştirilmelidir. Direktife yönelik eleştiri için bkz. Özdemir, Erdem (2014), **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, İstanbul, Vedat, s.394-395. Ayrıca Direktif'in başarı elde edip etmediği yönündeki eleştiriler için bkz. **Howes**, s.383.

28 Diğer düzenlemeler için de ayrıca bkz. **Howes**, s.383.

29 Diğer AB ülkelerindeki mevzuat çalışmaları hakkında bkz. <http://www.mess.org.tr/media/filer_public/67/86/67866beb-126e-4988-b829-bda418ff9baa/belirli_sureli_ve_gecici_istihdamda_calisanlarin_is_guvenligi_ve_sagligina_iliskin_ab_uygulama_raporu_2011.pdf>s.e.t. 20.11.2015.

30 23.08.2012 tarih ve 28744 sayılı RG. Ayrıca Direktifin dayanak olarak alındığı Yönetmelik m.3'te de belirtilmiştir.

31 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.138-139; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.377; **Süzek** (2015), s.307-308; **Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan**, s.71; **Caniklioğlu** (2008), s.140-141. Ayrıca bkz. **Akyiğit** (1995), s.157.

devam etmektedir. Örneğin, işçi ücretlerindeki zam söz konusu olduğunda ya da prim ödenmesi durumunda geçici olarak başka işverene devredilen işçilere de bunun uygulanması gerekir. Geçici işveren için ise, bu borç özellikle kendini yönetim hakkının kullanılmasında göstermektedir. Buna göre, geçici işveren yönetim hakkını kullanırken kendi işçileri ile birlikte geçici işçilere eşit davranmak zorundadır³². Örneğin, işin düzenlenmesinde, sigara içme yasasında ya da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinde geçici işçiler ile aynı nitelikte işte çalışan diğer işçiler arasında ayırım yapılmamalıdır.

Yönetmeliğin dayanağı niteliğindeki Direktif m.2’de geçici işverenin eşit davranma yükümlülüğü açıkça ifade edilmiştir. Maddedeki düzenlemeye göre, geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilere işveren çalışma koşullar bakımından özellikle de kişisel koruyucu donanımlar açısından farklı muamelede bulunamaz. Ayrıca maddeye göre, tüm düzenlemeler bu tür sözleşmelere dayanarak çalışan tüm işçilere eşit şekilde uygulanmak zorundadır.

Bilindiği gibi 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda işverenlere birtakım yükümlülükler yüklenmiştir. Örneğin, m.4’te işverenin genel yükümlülüğü düzenlenmişken; m.5’te bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde göz önünde bulundurulacak ilkelere yer verilmiştir. 4857 sayılı İşK. m.7’deki düzenlemede eşit davranma borcuna ilişkin bir ifadeye yer verilmemişken Yönetmelikte yer verilmiştir. Yönetmelik m.5’e göre, “*işveren ... geçici süreli iş ilişkilerinde, özellikle kişisel koruyucu donanımlara erişim dâhil olmak üzere işyerinde çalışanların sağlık ve güvenliklerinin korunmasını içeren çalışma koşulları bakımından farklı uygulamalarda bulunamaz*”³³. Buna göre işverenin işyerinde aldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bakımından geçici işçi ile kendi işçisi arasında ayırım yapması mümkün değildir. Zira geçici işçi artık geçici işverenin iş organizasyonuna dâhil olmaktadır. Bu nedenle kısa süreli bir ilişki olması gerekçesiyle işveren bu yükümlülüklerini ihmal edemez³³. İşverenin bu yükümlülüğüne aykırı davranması aynı zamanda *eşit davranma borcunun ihlali* olarak da değerlendirilmelidir³⁴.

32 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.139; **Süzek** (2015), s.308. Tuncay’a göre, eşit davranma borcundan söz edebilmek için işçinin işyerinde iş sözleşmesi gereğince çalışması gerekmektedir. Bununla birlikte yazara göre iş sözleşmesi ile de çalışma kıstası geniş yorumlanmalıdır. Bkz. Tuncay, A. Can (1982), **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, s.150. Tuncay’ın görüşüne ek olarak, Odaman bu geniş yorumlamanın yapılması neticesinde her ne kadar geçici işveren ile işçi arasında bir iş sözleşmesi bulunmasa da aralarındaki sözleşme benzeri ilişki dolayısıyla geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçiler de buna dâhil edilmelidir. Bkz. **Odaman** (2007), s.213. **Caniklioğlu** (2008), s.141.

33 **Özdemir**, s.398.

34 **İren**, s.288-289; **Özdemir**, s.398-399.

C. BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Geçici iş ilişkisinde işçi başka bir işverenin belki de hiç bilmediği bir işyerinde işini ifa etmesi için gönderilmektedir. İşçi açısından bu durum bazen çok ciddi riskler içerebilir. Gerçi İşK m.7'deki düzenlemesine göre, geçici iş ilişkisinde işçiler benzer işlerde çalıştırılabileceklerdir. Yukarı da belirttiğimiz gibi yalnızca aynı holding bünyesi içinde ya da şirket topluluğu içindeki başka bir işyerinde bu ilişkinin kurulması durumunda “benzer iş” kıstası aranmaktadır. Fakat risk her zaman salt yapılan işten kaynaklanmaz, işyerinden de kaynaklanabilir. Hal böyle olunca işçi aynı ya da benzer işi yapıyor olsa dahi koşullarına alışık olmadığı bir işyeri dolayısıyla bir takım risklere maruz kalabilir. Bu aşamada da işçinin bu durum karşısında bilgilendirilmesi büyük önem arz etmektedir.

Direktifte bilgilendirmeye ilişkin şöyle bir düzenlemeye yer verilmiştir: geçici işveren geçici olarak istihdam edeceği işçiye çalışmaya başlamadan önce, karşılaşılabileceği riskler hakkında bilgi vermelidir. Ayrıca bu bilgiler özellikle gerekli olan özel mesleki nitelikleri veya yetenekleri veya özel tıbbi raporları kapsamalı ve varsa özel bir risk açıkça belirtilmelidir (m.3).

6331 sayılı İSGK m.16'da “çalışanların bilgilendirilmesi” düzenlenmiştir. Madde içerisinde başka işyerinden gelen çalışanlar için bir düzenlemeye yer verilmiş; buna göre, “geçici işverenin başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanların maddenin birinci fıkrasında³⁵ belirtilmiş olan konularda bilgilendirilmesi için çalışanların asıl işverenlerine gerekli bilgileri vermesi gerekir” (m.16/2-b)³⁶. Kanun koyucu burada geçici işçinin bilgilendirilmesi konusundaki muhatabını asıl işveren olarak belirlemiştir. Ancak geçici işverenin doğrudan geçici işçiyi bilgilendirmesi daha doğru olurdu³⁷. Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, bu düzenlemenin amacı iş sağlığı ve güvenliği açısından uygun işçilerin gönderilmesi ve işçinin sağlık ve güvenlik açısından yeterli niteliğe sahip olmasının belirlenmesidir³⁸. Ayrıca asıl işverenin durum

35 Bu konuların işyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler, kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar, ilk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler (İSGK m.16/1) olduğu belirtilmiştir.

36 Caniklioğlu'na göre, kanunda her ne kadar buna ilişkin bir ifade kullanılmasa da, bilgilendirmenin gerekli görüldüğü hallerde özellikle işyerinde yapılan işin niteliği değişmişse ya da bazı tehlikeler ortaya çıktıysa hem işverenin hem de çalışanların bu konuda bilgilendirilmesi gerekir. Bkz. **Caniklioğlu** (2012), s.67. Ayrıca bkz. Şahin Emir, Asiye (2015), **İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi**, Ankara, Seçkin, s.84; Baloğlu, Cem (2013), **İşverenin İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülükleri Ve Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırımlar**, C:13, S:2, s.112.

37 Aynı görüş için bkz. **Özdemir**, s.401.

38 **Caniklioğlu** (2008), s.137.

hakkında bilgilendirilmesi halinde, geçici işverenin işyerinde gerekli önlemlerin alınması sağlanabilir. Çünkü asıl işveren ile geçici işveren bu konuda müteselsilen sorumludur.

Ayrıca Yönetmelikte de çalışanların bilgilendirilmesi hakkında düzenlemeye yer verilmiştir. Maddede İSGK m.16 saklı tutulmuş ve işçilerin işe başlamadan önce yapacakları işlerin ne olduğu ve bu işle ilgili karşılaşacakları risklerin neler olduğu konusunda gerekli bilgilerin verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Özellikle yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi, yetenek, tecrübe ve gerekli sağlık gözetiminin neler olduğu konusunda bilgi verilmesini sağlamalıdır. Ayrıca iş nedeniyle ortaya çıkabilecek ilave özel riskler açıkça belirtilmelidir (Yönetmelik m.6).

Ayrıca Yönetmeliğin üçüncü bölümünde düzenlenmiş olan “Özel Hükümler” başlığı altında yer alan m.10’da “Geçici İş İlişkisinde Bilgilendirme” başlığında m.6 ile birlikte ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre de, geçici iş ilişkisi ile çalıştırılacaklarla ilgili olarak geçici işveren asıl işverene, 6331 sayılı Kanununun m.16/1’de belirtilen hususlar ile yapılacak işin gerektirdiği mesleki bilgi, yetenek ve işin özellikleri hakkında gerekli bilgiyi verir. Bu bilgilerin sözleşmede yer almasını sağlar. Asıl işveren de aldığı bu bilgileri geçici iş ilişkisi ile çalıştırılacak kişilere verir. Yönetmeliğin bu maddesine göre de yine çalışana bilgi vermesi gerekenin asıl işveren olduğu düzenlenmiştir. Burada da yine asıl işverenin değil, doğrudan işçinin bilgilendirilmesi daha isabetli olurdu. Ancak bu madde ile de ileride müteselsil sorumluluğu gündeme gelebilecek olan asıl işveren, işçinin geçici olarak gideceği işyeri ve iş hakkında bilgi sahibi olacak, eksik bir önlem varsa bunun tamamlanmasını sağlayabilecek ve tamamlanmıyorsa da geçici iş ilişkisi kurmaktan vazgeçebilecektir³⁹.

Bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin olarak başka yönetmeliklerde de düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin, **İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk Ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik**⁴⁰ m.5/6’da, “İşveren, çalışanların sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel konular hakkında; görevlendirdiği kişi veya hizmet aldığı kurum ve kuruluşları, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları ve bu çalışanların işverenlerini bilgilendirir” şeklinde bir hükme yer verilmiştir. Bunun gibi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği’nde⁴¹ m.6/1-c’de, “Çalışanların sağlık ve güvenliğini etkilediği bilinen veya etkilemesi muhtemel konular hakkında; görevlendirdiği kişi veya hizmet aldığı OSGB’yi, başka işyerlerinden çalışmak üzere kendi işyerine gelen çalışanları ve bunların iş-

39 Öztürk Sarıbay, s.126.

40 29.12.2012 tarih ve 28512 sayılı RG.

41 29.12.2012 tarih ve 28512 sayılı RG.

verenlerini bilgilendirir” denmiştir. Buralarda görüldüğü gibi, bilgilendirme yükümlüsü olarak geçici işveren değil, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili görevlendirilen kişi ya da kurumlar gösterilmektedir.

Tüm bu düzenlemelerden anlaşılıyor ki, kanun koyucu geçici işçilerin geçici işverenin işyerinde çalışırken karşılaşılabilecekleri iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı bilgilendirilmesi hususunda geçici işverenler ve asıl işverenler ayrı ayrı sorumlu tutulmuştur⁴². Geçici işverenin bilgilendirme yükümlülüğü asıl işverene karşı düzenlenmişken; işçinin bilgilendirilmesi asıl işverene yüklenmiştir.

D. EĞİTİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün tamamlanması için işçilerin bu risklere karşı eğitilmesi gerekir. Yoksa işyerinde meydana gelebilecek risklere karşı bilgilendirilmesi tek başına iş sağlığı ve güvenliği konusunda önlem alınması anlamına gelmez⁴³.

Geçici işçinin eğitilmesine ilişkin Direktif m.4’te bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu maddeye göre, üye devletler işçilerin nitelikleri ve tecrübeleri dikkate alınarak, işin niteliğine uygun yeterli eğitimi almalarına yönelik olarak gerekli önlemleri almayı sağlamalıdır. Maddedeki düzenlemeye baktığımızda burada eğitimden sorumlu olanın kim olduğu noktasında bir açıklık bulunmadığını görmekteyiz. Direktifte bu sorumluluk üye devletlere yüklenmiş ve bu doğrultuda üye devletler gerekli düzenlemeyi yapacaklardır.

Türk İş Hukukunda ise geçici iş ilişkisinin kurulması ile birlikte geçici işverenin işçiye talimat verme hakkı olduğu düzenlenmiştir (m.7/I). Ancak 6331 sayılı İSGK m.32 ile yapılan değişiklikle madde önceden var olan “geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür” ibaresinden son kısım çıkarılmıştır. Yine de kanaatimizce işverenin koruma borcu kapsamında zaten geçici işçiye eğitim verme yükümlülüğü vardır⁴⁴. Buna ilişkin

42 Bu bilgilendirme yükümlülüğü hem asıl işveren ile geçici işveren arasındaki hukuki ilişkiden hem de 6331 sayılı İSGK’ndan doğmaktadır. Bu ilişki neticesinde sözleşmenin doğrudan tarafı olmayan işçi etkilendiği için, üçüncü kişi lehine sözleşme ilişkisi karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca geçici işveren ile geçici işçi arasındaki ilişki kapsamında meydana gelen edimden bağımsız koruma yükümlülüğü ve TMK m.2 uyarınca geçici işverenin geçici işçiye koruma yükümlülüğünün hukuki dayanağı oluşmaktadır. Açıklama için bkz. Aydın-İl (2015), s.287-288.

43 6331 sayılı Kanun öncesi dönem ile ilgili ayrıntılı bilgilendirme için bkz. Yıldız, Gaye Burcu (2005), ‘İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Eğitim Verme Yükümlülüğü’, İşveren Dergisi, C:43, S:9, s.52-53.

44 Aynı yönde bkz. Kılıç, İlknur/Demir, Seçil (2012), ‘İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme’, Çalışma İlişkisi Dergisi, C:3, S:1,

olarak 6331 sayılı İSGK m.17/6'da düzenlemeye yer verilmiştir. Maddeye göre, geçici iş ilişkisi kurulan işveren, iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlar⁴⁵. Bununla birlikte ILO'nun 1981 yılında Türkiye'nin ise 2004 yılında kabul ettiği 155 sayılı Sözleşme m.19'da işletmedeki işçi ve temsilcilerine, iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda yeterli eğitim verilmesi işverenler için bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir⁴⁶.

Ayrıca 6331 sayılı Kanun m.17/5'te geçici işverene sınırlı bir kontrol sorumluluğu da yüklenmiştir. Bu düzenlemeye göre, tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar işe başlatılmaz. Buna aykırı davranılması durumunda m.26'da idari para cezası öngörülmüştür. Hem bu düzenleme olmasa dahi, bu kontroller yapılmaksızın işçinin çalıştırılması ve bu nedenle iş kazası ya da meslek hastalığı geçirmesi durumunda geçici işveren asıl işveren ile birlikte sorumlu olur⁴⁷. Zaten bu süre boyunca geçici işçi geçici işverenin işini gördüğünden hakkaniyet gereği hukuken geçici işverenin sorumlu olması yerindedir⁴⁸.

Yönetmelikte ise, Kanun'daki yükümlülükle birlikte geçici işverenin, geçici süreli iş sözleşmeleri ile istihdam edeceği çalışanların bilgi ve tecrübelerini de dikkate alarak, yapacakları işin niteliğine uygun yeterli eğitim almalarını sağlaması gerekir (m.7). Ayrıca benzer düzenlemeye Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte de yer

s.34. İşçinin sözleşme ile üstlendiği işin görülmesini geçici işverene karşı yerine getirmesi ve bu işverenden talimat alması nedeniyle sorumluluk geçici işverenedir.

45 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer alan önceki ibarede "gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür" ifadesinde işveren bundan bizzat sorumlu iken; 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'ndaki "gerekli eğitim verilmesini sağlar" şeklinde kaleme alınmıştır. Keser'e göre, 4857 sayılı Kanun'daki düzenlemede eğitim verme yükümlülüğü geçici işverene aitti. Bkz. Keser, s.77-78. Ancak Fransız hukukunda da, işçiyi geçici olarak alan işverenin geçici işçiye pratik ve fiilen yapacağı işe uygun bir eğitim verilmesini sağlayacağı şeklinde düzenlenmiştir. Düzenleme için bkz. Özdemir, s.401-402 dn.148. Caniklioğlu'na göre de, maddedeki bu düzenlemeye göre, geçici işverenin eğitim verme yükümlülüğü yoktur. Bu düzenlemeye göre, geçici işverenin denetleme yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla da geçici işveren eğitim almamış işçileri işe başlatmak zorunda değildir. Elbette ki, geçici işverenin eğitim vermesi de mümkündür. Yani taraflar bu yönde anlaşabilirler. Bkz. Caniklioğlu, Nurşen (2012), '6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri', Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, 26-30 Eylül 2012, s.72.

46 Sözleşmenin Türkçe tam metni için bkz. <http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang--tr/index.htm>s.e.t. 25.11.2015.

47 Aydınli (2015), s.289.

48 Aydınli (2015), s.290; Şahin Emir, s.90.

verilmiştir⁴⁹. Eğitim Yönetmeliği m.5/2'deki düzenlemeye göre, işveren, geçici iş ilişkisi kurulan diğer işverene İSGK m.16/1'deki hususlar ile ilgili bilgi verir; geçici iş ilişkisi kurulan işveren bu konular hakkında çalışanlarına gerekli eğitimin verilmesini sağlar. Buna göre geçici işveren kanundaki hususlar hakkında hem diğer işvereni bilgilendirecek hem de geçici işveren işçinin eğitim almasını sağlayacaktır. Ancak doktrinde düzenlemenin yetersiz olduğu ve mesleki eğitim ve geçici iş ilişkisi ile ilgili yeniden düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır⁵⁰. Bu görüşe göre, geçici işçinin mesleki eğitiminden asıl işverenin sorumlu olması ve geçici işverende ise denetleme yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki, geçici iş ilişkisi kurularak başka bir işyerinde çalıştırılacak olan işçinin kat'i olarak eğitilmesi gerekir. Her ne kadar Yönetmelik hükmünden bu eğitimin kim tarafından verileceği tam olarak anlaşılamasa da, kanaatimizce standart eğitimin işçinin asıl işvereni tarafından verilmesi yerinde olur. Zira düzenlemelerden de gördüğümüz üzere, geçici işveren asıl işvereni işyerindeki birtakım hususlarda bilgilendirmektedir. Ancak işçinin geçici işverenin işyerinde çalışacağı işe ilişkin özellik arz eden hususlar var ise buna ilişkin eğitim yükümlülüğü geçici işverene yükletilmelidir.

E. SAĞLIK GÖZETİMİ

Direktifte de konuya ilişkin ayrıntılı olmasa da bir düzenlemeye yer verilmiş ve üye devletlerin işçilere ulusal mevzuat ile tanımlandığı şekilde, özel tıbbi raporların alınması için gerekli tedbirleri almayı sağlamaları konusunda yükümlülük yüklenmiştir.

6331 sayılı İSGK m.15'te işverenin işçinin sağlık gözetimine ilişkin yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Maddeye göre işverenin belirli dönemlerde çalışanını sağlık gözetiminden geçirmesi ve muayene etmesi gerekir. Burada sadece "çalışan" kavramı kullanılmış ve başka işyerinden gelen çalışanlara ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Ama bu boşluk Yönetmelik ile doldurulmuştur. Buna göre, 6331 sayılı Kanun m.15'teki hususlar uygulanırken, sağlık ve güvenlik yönünden özel sağlık gözetimi gerektiren işlerde; işveren, geçici süreli iş sözleşmeleri ile istihdam edeceği çalışanların, işin gerektirdiği özel sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. Ayrıca burada belirtilen özel sağlık gözetimi, işten kaynaklanan gereklilik devam ettiği sürece, çalışanın sözleşme süresinin sona ermesinden sonra da sürdürülür (m.8).

49 Söz konusu Yönetmelik için karışıklık yaratmaması amacıyla "Eğitim Yönetmeliği" şeklinde anılacaktır.

50 Özdemir, s.402.

Yönetmelikteki düzenlemede asıl işveren ile geçici işverenlerin yükümlülükleri ayrı ayrı düzenlenmemiş sadece geçici işverene ilişkin bir yükümlülük belirtilmiştir. Bu nedenle maddenin yetersiz olduğu kanaatindeyiz⁵¹. Ancak her ikisine ilişkin ayrı düzenleme yapılması daha isabetli olur. Örneğin, işçinin standart kontrolleri asıl işvereni tarafından yapılması, bunun denetiminin de geçici işveren tarafından yapılması gerektiği belirtilebilirdi. Fakat geçici iş ilişkisinde çalışacağı işin özel kontrol gerektirmesi durumunda da bu yükümlülük geçici işverene yükletilebilirdi. Zaten asıl işveren İSGK m.15 uyarınca sorumlu olduğu için, onun da işçi, geçici olarak başka işyerinde çalışsa bile belirli periyotlarla sağlık kontrolünde geçirmesi gerekir.

Son olarak Yönetmelikte iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri açısından da bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bilindiği gibi, 6331 sayılı İSGK m.6 uyarınca işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla iş güvenliği uzmanı ya da işyeri hekimi gibi iş sağlığı ve güvenliği personeli görevlendirmektedir. Geçici iş ilişkisi kurulması durumunda da, geçici işveren söz konusu personelleri geçici işçiler hakkında bilgilendirmek zorundadır (Yönetmelik m.9). Aynı maddenin devamına göre, bu personeller böylece bu işçilerin de diğer çalışanlarla birlikte sağlık ve güvenliklerinin sağlanması için gerekli çalışmaları yapacaktır.

F. İŞ KAZASININ BİLDİRİLMESİ

6331 sayılı İSGK m.14/2'de işverenin iş kazasını kazadan sonraki üç işgünü içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak maddede geçici iş ilişkisi için herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca Yönetmelikte de buna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunun bir eksiklik olduğunu söyleyebiliriz. Bildirim yükümlülüğünün asıl işverende olduğu söylenebilir de, bizim de katıldığımız görüşe göre, hem geçici işçinin geçirdiği kazadan geçici işverenin daha kısa sürede haberdar olması hem de iş kazasında hazırlanması gereken formların geçici işveren tarafından doldurulmasının daha kolay olacağından dolayı bu yükümlülüğün geçici işverende olması daha isabetlidir⁵². Fakat şunu da belirtmek gerekiyor ki, kaza eğer işverenin kontrolü altında olan yerler dışında meydana geliyorsa bu üç işgünlük süre işverenin öğrenmesi tarihinden itibaren başlar⁵³. Dolayısıyla asıl

51 Aynı yönde bkz. **Özdemir**, s.404.

52 **Caniklioğlu** (2008), s.153-154; **Özdemir**, s.405.

53 İş kazasının bildirimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Uşan, M. Fatih (2009), **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.179. Alper, Yusuf (2015), **Sosyal Sigortalar Hukuku**, 7. Baskı, Bursa, Dora, s.234; Şakar, Müjdat (2014), **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, 11. Baskı, İstanbul, Beta, s.195; Güzel, Ali/ Okur Ali Rıza/

işverenin yükümlü olduğunun kabul edilmesi halinde süre hesabı bu şekilde yapılır. İSGK m.26'da ayrıca, bildirim yükümlülüğüne aykırı davranılmasında karşılaşılabilecek idari para cezası da düzenlenmiştir. Burada idari para cezasının muhatabı bildirim yükümlüsünün kim olduğu ile belirlenir. Bildirim yükümlüsü olarak geçici işveren olduğunu kabul ettiğimiz durumda, geçici işverenin idari para cezası ile karşılaşacağını söylememiz gerekir. Ancak sorumluluğun asıl işverende olduğunu kabul ettiğimizde de idari para cezası onun tarafından karşılanması gerekir.

Bilindiği gibi sigortalının bir iş kazasına uğraması durumunda SGK sigortalıya gereken yardımı yapmakta ve yaptığı masrafları talep edebilmektedir. Buna ilişkin düzenlemeye 5510 sayılı SSGSSK m.21'de yer verilmiştir. Buna göre, iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurum işverene rücu edebilir⁵⁴. Her ne kadar kanunda bir belirtme olmasa da, geçici iş ilişkisinin niteliği gereği, Kurum'un böyle bir durumda geçici işverene rücu etmesi gerekmektedir⁵⁵. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, geçici işverenin geçici işçiyi koruma borcu vardır. Burada aranacak kasıt ya da sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareket geçici işveren nezdinde ortaya çıkmaktadır. Ancak asıl işverenin yükümlülüğünün ihlalinde durumunda rücu muhatabı asıl işveren olur.

III. GEÇİCİ İŞ İLİŞKİSİNDE GEÇİCİ İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ ÖNLEMLERİ ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANIŞININ SONUÇLARI

Geçici iş ilişkisinin kurulması durumunda yukarıda da belirttiğimiz gibi, gerek asıl işveren gerek geçici işveren nezdinde bir takım yükümlülükler söz konusu olmaktadır. Bunların ihlali durumunda da işçi ve işveren açısından bazı sonuçlar gündeme gelmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde özellikle geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğüne aykırı davranması neticesinde hem işçinin sahip olduğu hakları hem de işverenin

Caniklioğlu, Nurşen (2014), **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, Beta, s.433; Korkusuz, M. Refik/ Uğur, Suat (2015), **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 4. Baskı, Bursa, s.292; Tunçay, A. Can/ Ekmekçi, Ömer (2013), **Sosyal Güvenlik Hukuk Dersleri**, 16. Bası, İstanbul, Beta, s.348-349. Ayrıca bkz. Ertürk, Şükran (2012), **'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler**, SİCİL, S:27, s.19.

54 Kurumun işverene karşı olan bu rücu hakkının niteliği doktrinde tartışmalıdır. Kimisi bunu kanuna dayalı basit bir rücu hakkı olarak nitelendirirken, kimisi de kanuni halefiyet olarak değerlendirmektedir. Ayrıntılı bilgi ve açıklama için bkz. **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.455-456.

55 **Caniklioğlu** (2008), s.155.

karşılaşabileceği yaptırımları ele almaya çalışacağız. Bu kapsamda işçi İSGK m.13'te kendisine tanınmış olan iş yapmaktan kaçınma hakkını kullanabileceği gibi, haklı nedenle fesih hakkını da kullanabilir. Bununla birlikte geçici işveren de hukuki, idari ve koşulların oluşması halinde cezai yaptırımlar ile karşılaşabilecektir.

A. İŞÇİ AÇISINDAN SONUÇLARI

1. İş Yapmaktan Kaçınma Hakkı

Bir tehlikenin varlığı halinde, tehlikeden uzaklaşmak canlılar için içgüdüsel bir davranıştır. Ancak, işçi hem bağımlı çalışan hem de iş sözleşmesiyle iş görme borcu üstlenen bir kimse olduğu için, her hal ve şartta tehlikeli yerden kaçamayacaktır. Zira bazı durumlarda bu borca aykırılık teşkil edebilir. Kanun koyucu bazı durumlarda işçinin yaşamının tehlike içinde olmasını, işçinin iş görme borcunun önüne koymakta ve işçiye iş yapmaktan kaçınma hakkı tanımaktadır⁵⁶. Kanun koyucu bu hakkı tanıırken de, aşağıda ele alacağımız bazı koşulların varlığını aramaktadır.

Hukukumuzda bu hak ilk kez Anayasa m.17'nin bir sonucu olarak 4857 sayılı İşK. m.83'te düzenlenmiştir⁵⁷. Kanun koyucu aynı hakkı işçilerin sağlıklerini korumak amacıyla 6331 sayılı Kanun'da da düzenlenmiştir. Ancak kanun metnine baktığımızda kanun koyucunun "çalışanlar" ibaresini kullandığını görmekteyiz. Bu hem kanunun kapsamını anlamlandırmak hem de işverenin salt kendi işçisine değil alt işveren ya da geçici işçi gibi başka işyerinden gelen işçilerin de faydalanması amacıyla yerinde bir kullanım olmuştur⁵⁸.

56 İşçiye tanınan bu hak, mücbir sebep dolayısıyla ifa imkânsızlığı, ifa edilmezlik def'i olarak nitelenmek mümkündür. Ancak tehlike halinin mücbir sebep olarak nitelenmesi tam olarak mümkün olmayacağından kusursuz ifa imkânsızlığı şeklinde değerlendirmek doğru olmayacaktır. Aynı şekilde işi reddetme durumu işverenin borcunu ifaya zorlamadan ziyade iş sağlığı ve güvenliğinin tehlikeden kurtulması amacıyla kullanıldığından ifa edilmezlik def'i olarak da nitelenmek doğru olmayacaktır. Ancak doktrinde de kabul edildiği gibi, bunun hukuki niteliği alacaklının temerrüdüne dayanmaktadır. İş güvenliği önlemleri almayan işveren temerrüde düşmüş olacak ve bu durumda işçi de hem iş yapmaktan kaçınabilecek hem de ücret talebinde bulunabilecektir. Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Mollamahmutoğlu, Hamdi (1994), 'İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin İş Red Hakkı', Türk Kamu-Sen, s.5-8. Sur, Melda (2005), 'İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı', A. Can Tuncay'a Armağan, Legal, s.403-405; Gökteş, Seracettin (2008), 'Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı', Ankara, Yetkin, s.216-221. Aynı nitelendirme için bkz. Odaman, Serkan (2006), 'İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Hak ve Yükümlülükleri İle Uluslararası Standart', Legal İHSGHD, S:11, s.885; Cengiz, Tuğba(2015) 'İşçinin Tehlike Sebebiyle İş Yapmaktan Kaçınma Hakkı', (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.98; Şahin Emir, s.146-147.

57 Bkz. Kılıç, Leyla (2006), 'İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu', Ankara, Yetkin, s.129-130.

58 Aydınlı (2015), s.298.

6331 sayılı İSGK m.13'e göre, ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaşan çalışan durum tespit edilip gerekli tedbirlerin alınması için kurul veya kurulun bulunmadığı işyerlerinde işverene başvurabilir. Kurulun/işverenin talep doğrultusunda karar vermesi halinde, işçi gerekli tedbirler alınana kadar iş yapmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Ayrıca düzenlemeye göre, işçilerin bu dönemdeki ücret ve diğer hakları da saklıdır. Burada kanun koyucu işçinin sağlığını, iş görme borcundan üstün tutarak iş yapmaktan kaçınmayı sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirmemektedir⁵⁹. Ayrıca 155 Sayılı ILO Sözleşmesi m.13'te de işçiye bu hakkının tanındığını görmektedir⁶⁰.

İşçinin bu hakkını kullanabilmesi için tehlikenin hem "ciddi" hem de "yakın" bir nitelikte olması gerekir⁶¹. Ancak bu tehlike, işin normal şartlarından olmayacak; yani iş niteliği gereği tehlikeli bir iş olmayacak⁶². Aksi halde tehlikeli bir işin yapılmasından kaçınılması durumunda işçi, işveren tarafından haklı fesih ile karşılaşabilecektir. Ayrıca maddede işçinin bu hakkını kullanabilmesi için bir prosedür öngörülmüştür. Öncelikle işçi bu durumu kurula ya da kurulun bulunmadığı yerlerde işverene bildirmeli ve kararın verilmesi beklemelidir⁶³. Kurul veya işveren tarafından verilen karar işçiye yazılı olarak bildirilir. Ayrıca kararın işçinin talebi doğrultusunda olması gerekir. Şunu da belirtmek gerekir ki, işçi iş yapmaktan kaçınma hakkını tehlike devam etti-

59 **Göktaş**, s.215-216.

60 Sağlığı ve hayatı için ciddi ve yakında vaki olmasından korktuğu tehlike nedeniyle, haklı bir gerekçeyle, işinden uzaklaşan bir işçi, işinden uzaklaşması nedeniyle olabilecek uygun-suz sonuçlara karşı ulusal koşullar ve uygulama uygun bir şekilde korunacaktır. Madde için bkz. <http://www.ilo.org/ankara/conventions/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang-tr/index.htm>s.e.t. 20.11.2015.

61 4857 sayılı Kanun Bilim Kurul Taslağında bu ifade "yaşamsal veya acil" şeklinde kullanılmaktaydı. Bu nedenle tehlikenin yakın olması aranmayacak; hatta uzun vadeli de olsa işçinin ölümüne neden olabilecek tehlikeler de yeterli görülecekti. Ayrıntılı açıklama için bkz. Engin, Murat (2003), '**Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı**', DEÜHFD, S:1, C:5, s.88-89. Ayrıca bkz. **Şahin Emir**, s.158.

62 **Mollamahmutoğlu**, s.9; **Göktaş**, s.222.

63 İşçilerin iş yapmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi kendi inisiyatiflerine değil de bir kurul ya da kurulun olmadığı yerlerde işveren kararına bırakılmış olması, hakkın kullanımını güçleştirdiği gerekçesiyle eleştirilebilir. Ancak durumun tespiti teknik özellik taşıyacağından işçilerin kendilerinin buna karar vermesi çoğu durumda zordur. Bununla birlikte işçinin durumu yanlış değerlendirmesi neticesinde eğer iş yapmaktan kaçınırsa, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle de feshedebilecektir. Bu nedenle bir kurul veya işveren kararı doğrultusunda bu hakkın kullanılması daha doğrudur ve güvenlidir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Süzek, Sarper (2005), '**İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri**', Legal İHSGHD, S:6, s.615-616; **Şahin Emir**, s.161-164.

Ayrıca kurul tarafından reddedilse bile işçi TBK hükümleri doğrultusunda alacaklının temerrüdü hükümlerine dayanarak iş yapmaktan kaçınabilir ve ücretine yine de hak kazanabilir. Ancak yine de İSGK m.13 uyarınca bu hakkını kullanması daha güvenli bir yoldur. Ayrıntılı açıklama için bkz. **Keser**, s.89-90.

ği süre boyunca ve tedbir alınıncaya kadar kullanılmalıdır⁶⁴. Aksi halde yine iş görme borcunun yerine getirilmemesi kusur oluşturur.

Ancak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda her ne kadar böyle bir düzenlemeye yer verilmişse de, maddede geçici işçiler açısından özel bir düzenleme yoktur. Ancak kanaatimizce geçici işçinin de aynı gerekçelerle iş yapmaktan kaçınma hakkını, hizmetini sunduğu ve doğrudan emir ve talimat aldığı geçici işverene karşı kullanması mümkündür⁶⁵. Zira normun amacının iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin eksik alındığı bir işyerinde işçilerin sağlıklarını korumak niyetiyle çalışmasının engellenmesi olduğunu söyleyebiliriz. Yani amaç işçiyi korumak olduğundan bu işçilerin hangi işverenle arasında bir iş sözleşmesinin bulunduğu bir önemi yoktur ve işçinin o işyerinde fiilen çalışması yeterli ve gereklidir⁶⁶. Başka bir anlatımla, geçici işverenin işyerinde yakın ve ciddi bir tehlike olması durumunda gerekli koşullar da sağlandıktan sonra geçici işçi iş yapmaktan kaçınabilir. Bu süre boyunca da asıl işvereninden ücret almaya devam eder. İşçinin asıl işvereni buna dayanarak sözleşmeyi feshedemez⁶⁷; aksi halde bu haksız fesih olarak nitelendirilmelidir⁶⁸. Ayrıca, bu hakkını kullanan işçiye hiçbir disiplin cezası da uygulanmaz⁶⁹. Nihayetinde bu hakkın kullanılmasında geçici işverenin kendi işçisi ile geçici işçi arasında bir ayırım söz konusu olamamalıdır. Ancak burada şuna dikkat edilmesi gerekir ki, işçinin bu hakkı kullanabilmesi için kanundaki koşullar sağlanmalıdır. Aksi halde işveren sözleşmeyi derhal feshedebilir⁷⁰.

2. Haklı Nedenle Fesih Hakkı

6331 sayılı İSGK m.13'te ayrıca işçiye fesih hakkı da tanınmıştır. Buna göre, işçilerin taleplerine rağmen gerekli tedbirler alınmıyorsa, bu durumda işçi iş sözleşmesini feshedebilir⁷¹. İşçinin bu hakkını kullanabilmesi aslında biraz güçleştirilmiştir. Buna göre, işçi öncelikle kurul veya kurul bulunmayan işyerlerinde işverene başvurmalı ve kararın çıkmasını beklemelidir. Ardından

64 Mollamahmutoğlu, s.11; Sur, s.413; Göktaş, s.226; Şahin Emir, s.174.

65 Aydınlu, İbrahim (2005), 'İşverenin İşyerinde "Çalışan" İşçilerin İş Yapmaktan Kaçınma Hakkı', Çimento İşveren Dergisi, C:19, S:4, s.25; Balık, Derya (2010), 'İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İş Kanunu Madde 83)', Legal İHSGHD, S:27, s.1008; İren, s.295; Aydınlu, İş Sağlığı, s.298; Öztürk Sarıbay, s.131; Şahin Emir, s.173.

66 Keser, s.90.

67 Aydınlu (2015), s.298; Balık, s.1008.

68 Aydınlu (2015), s.298.

69 Mollamahmutoğlu, s.11-12.

70 Balık, s.1008.

71 4857 sayılı Kanun'daki ifadede işçiye "haklı nedenle fesih hakkı" tanıdığı belirtilmekteydi. 4857 sayılı Kanun dönemine ilişkin bkz. İren, s.295.

işçinin talebine rağmen gerekli tedbirlerin alınmamış olmalıdır. Buna ilişkin olarak öğretilerdeki bir görüşe göre, işçi bu süreci geçmeksizin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi durumunda karşımıza haksız fesih çıkmaktadır⁷². Ancak elbette ki işçinin haklı nedenle fesih hakkını kullanabilmesi için kat'i olarak bu sürecin geçilmesi şart değildir. İşçi isterse İşK. m.24/2-f uyarınca çalışma koşullarının uygulanmamasına dayanarak da sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir⁷³. Çünkü işverenin çalışma koşullarının sağlanması kapsamına iş sağlığı ve güvenliğine uygun bir ortam hazırlamak da girmektedir⁷⁴. Ancak Süzek'in de belirttiği gibi, İSGK m.13 uyarınca sözleşmenin feshedilmesi işçi açısından daha güvenli bir yoldur⁷⁵. Zira bu yolla fesihten önce işçiye yazılı olarak bildirilmiş ve iş sağlığı ve güvenliğine aykırı bir durum tespit edilmiştir. Ancak işçi İşK. m.24/2-f uyarınca yapacağı fesihte durumu kendisi değerlendireceğinden, tespiti yanlış yapmış olması durumunda yaptığı feshin haksız nitelikte sayılması tehlikesi ile karşı karşıya kalır.

Geçici işçi ile geçici işveren arasında bir iş sözleşmesi mevcut olmadığı için bu hakkın geçici işverene karşı kullanılması mümkün değildir. Burada karşımıza çıkan sorun işçi bu hakkını asıl işverenine karşı kullanıp kullanamayacağıdır. İş yapmaktan kaçınma hakkında olduğu gibi, Kanun'da geçici işçilere ilişkin böyle bir ifadeye doğrudan yer verilmemiştir. Ancak elbette ki bu, geçici işçilerin bu haktan faydalanamayacakları anlamına gelmemektedir. Geçici işçi de gerekli önlemlerin alınmaması nedeniyle İSGK m.13 uyarınca iş sözleşmesi sona erdirilebilir. Doktrindeki bizim de katıldığımız görüşe göre⁷⁶, bu hakkını kullanmak isteyen geçici işçi, öncelikle asıl işverenine başvurup geçici iş ilişkisinin sona erdirilmesini talep etmelidir. Eğer asıl işverence bu talep kabul edilmezse, geçici işveren bu durumda fesih hakkını kullanmalıdır. Bununla birlikte Aydınli'ya göre, asıl işverenin ya da geçici işverenin geçici işçilere yönelik iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması durumunda işçi iş sözleşmesini müteselsil sorumluluk nedeniyle kendi işverenine karşı haklı nedenle feshedebilir⁷⁷.

72 Görüşler için bkz. Ekmekçi, Ömer (2003), '4857 sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Hükümler', Yeni İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, 25-29 Haziran 2003, s.192; Eski düzenleme açısından eleştiri niteliğinde bkz. Balık, s.1009-1010.

73 Aynı yönde bkz. Yıldız, Gaye Burcu (2005), '4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği', Legal İHSGHD, S:2005, s.1159-1160; Süzek (2005), s.618; Gökteş, s233-234; İren, s.296.

74 Süzek(2005), s.618; Yıldız, s.1159-1160; İren, s296.

75 Açıklama için bkz. Süzek (2005), s.619.

76 Keser, s.93.

77 Aydınli (2015), s.285.

B. İŞVEREN AÇISINDAN SONUÇLARI

1. Genel Olarak

İşverenin işçiyi koruma borcuna aykırı davranması neticesinde gerçekleşen iş kazası veya meslek hastalığı sebebiyle işçi, uğradığı bedensel zararların tazminini talep edebilir. Bunun yanında işçi koşulları varsa manevi tazminat talebinde de bulunulabilir. Ayrıca işçinin ölümü halinde işçinin yakınları destekten yoksun kalmaları gerekçesiyle yine tazminat talebinde bulunabilirler. Son olarak SGK işçinin iş kazası veya meslek hastalığına yakalanmasına sebep olan işverenden yapılan giderleri ve ödemeleri rücu edebilir (SSGSSK m.21)⁷⁸.

Geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçi, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle zarara uğraması durumunda İşK. m.7/3 uyarınca her iki işverene karşı zararın tazmini için dava açabilir. Zira bilindiği gibi, madde metninde geçici işçinin gözetme borcundan asıl işverenle birlikte geçici işverenin de müteselsilen sorumlu olduğu belirtilmektedir.

Çalışmamızın bu bölümde geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması neticesinde karşılaşılabileceği idari ve cezai yaptırımlara değinilecektir.

2. İdari Yaptırım

a. İşin Durdurulması

6331 sayılı İSGK m.25'te işin durdurulması düzenlenmiştir. Söz konusu yaptırımın, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasına ilişkin en önemli idari yaptırımı olduğu söylenebilir⁷⁹. Madde uyarınca, işyerinde çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde; bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur. Ayrıca çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda iş durdurulur (m.25/1). Bu maddenin uygulanabilmesi

78 Ancak çalışmamız 6331 sayılı Kanun çerçevesi ile sınırlı olarak ele alındığı için işverenin hukuki sorumluluğu ele alınmaksızın sadece işverenin karşılaşılabileceği ve 6331 sayılı Kanun'da sayılmış olan yaptırımlar ele alınacaktır.

79 Urhanoglu Cengiz, İstar (2011), 'İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması', Prof. Dr. Sarper Süzekè Armağan, C:2, s.1969; Ekin, Ali (2010), *İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklerle Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından)*, Ankara, Yetkin, s.123; İren, s.300; Şahin Emir, s.183.

için öncelikle, işyerinde hayati tehlike oluşturacak bir durumun tespit edilmesi gerekir⁸⁰. Maddede “çalışanlar” kavramı kullanıldığı için burada geçici işçilerin de bu kapsamda olduğu kanısındayız. Dolayısıyla geçici işçilerin çalıştıkları kısımlarda da hayati tehlike arz eden bir durum söz konusu olduğunda da işyerinin bu bölümünde iş durdurulmalıdır. Zaten söz konusu yaptırım işçiden ziyade işyerinde söz konusu olan bir tehlikedir. Bu nedenle işyerinde hayati tehlikenin varlığı halinde, asıl işçi ya da geçici işçi ayrımı yapılmaksızın işyerinin tamamında ya da bir bölümünde iş durdurulur.

Ayrıca bu süre boyunca işverenin işçinin ücretini ödemesi ya da ücretinde herhangi bir düşüklük olmadan başka bir işte çalıştırması gerekir (m.25/6). Zaten geçici iş ilişkisinde ücret ödeme borcu asıl işverendedir, asıl işveren bu süre boyunca ücret ödemeye de devam eder. Elbette ki geçici işverenin ödenmeyen ücrete ilişkin müteselsil sorumluluğu bu süre zarfında da devam eder.

b. İdari Para Cezaları

İş hukukundaki en yaygın idari yaptırım türü idari para cezasıdır. İdari para cezası verilebilmesi için iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmiş olması gerekmez; kanunda öngörülen kuralların ihlal edilmesi yeterlidir⁸¹.

6331 sayılı İSGK m.26'da idari para cezalarına ilişkin düzenleme yapılmıştır⁸². Maddede iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelere aykırılık halinde işverenin karşılaştığı idari para cezaları sayılmıştır. Geçici işçi de geçici iş ilişkisi süresi boyunca geçici işverenin işyerinde çalışıp onun iş organizasyonuna dâhil olduğu için bu işçi de yaşanan aksaklıklardan etkilenir. Bu durumda da idari para cezasının muhatabı, aykırılık kendi işyerinde meydana geldiği için, geçici işverendir⁸³. Örneğin, işveren geçici işçisini sağlık gözetiminden geçirmemesi durumunda m.26/1-f uyarınca her bir işçi için bin Türk Lirası idari para cezasına çarptırılır. Ya da işyerinin durdurulmasına aykırı olarak iş-

80 Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, burada iş yapmaktan kaçınma hakkından farklı olarak “yakın” bir tehlikenin varlığı aranmamakta sadece hayati bir tehlikenin olması yeterli görülmektedir. Bkz. Güner, Recep (2015), ‘6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında İşin Durdurulması Yaptırımı’, Terazi, C:10, S:103, s.67; Urhanoglu Cengiz, s.1970; Ekin, s.124; Şahin Emir, s.185.

81 Oğuz, Özgür (2011), ‘İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesinin İdari Yaptırımları’, Legal İHSGHD, S:29, s.110.

82 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.27 uyarınca idari para cezasına mahkûm edilen işveren, cezanın kendisine tebliğinden itibaren 15 gün içinde Sulh Ceza Mahkemesine itiraz edebilir. Bu süre içinde başvurulmazsa idari para cezası kesinleşmiş olur. İtiraz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Esen, Bünyamin (2015), ‘6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Gereğince Verilen İdari Para Cezalarına İtiraz ve Dava Yolları’, Legal İHD, C:12, S:45, s.85-113; Oğuz, s.110-111.

83 İren, s.301.

yerine çalıştırmaya devam eden işverene m.26/1-l uyarınca on bin Türk Lirası idari para cezası verilir. Örnekler bu şekilde daha da arttırılabilir.

3. Cezai Yaptırım

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde son olarak cezai yaptırımla da karşılaşabilir. Koşulların oluşması durumunda işveren, 5237 sayılı TCK m.85 ile m.89'de düzenlenmiş olan tedbirsizlik sonucunda adam öldürme ya da yaralama suçları ile karşılaşabilir⁸⁴. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, ceza hukukunda hâkim olan “cezaların şahsiliği” ilkesi gereğince burada müteselsil sorumluluk söz konusu olamaz⁸⁵.

SONUÇ

İlk kez 4857 sayılı İş Kanunu ile düzenlenmiş olan geçici iş ilişkisinde, işveren iş sözleşmesi ile çalıştırdığı işçisini, rızasını da alarak, geçici bir süre için başka bir işverene devretmektedir. Bu ilişki süresince hem asıl işverenin hem de geçici işverenin asli borçlarından olan işçiyi koruma borcu varlığını sürdürmektedir. İş Kanunu'ndaki düzenlemeye göre, işçiyi koruma borcundan her iki işveren müteselsilen sorumludur. Kanun koyucu işverenlerin koruma borcu olduğunu genel olarak düzenlemek ile birlikte geçici işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğünü ayrıntılı olarak düzenlememiştir. Ancak AB 91/383/EC sayılı ve 1991 tarihli Direktif ve bu Direktif esas alınarak çıkartılmış 2012 tarihli Geçici ve Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik bizlere yol göstermektedir. Her iki düzenlemenin amacının iş sağlığı ve güvenliği açısından işyerinde çalışan işçiler ile geçici iş ilişkisi kapsamında çalışan işçilerin eşit korumaya tabi tutulması olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla geçici iş ilişkisinde talimat verme yetkisine sahip olan geçici işveren, yönetim hakkını kullanırken kendi işçileri ile geçici işçiler arasında ayırım yapamaz; yani eşit davranma yükümlülüğü vardır.

Ayrıca geçici işverenin işyerinde karşılaşılabilecek riskler konusunda özellikle geçici işçi ile aralarında iş sözleşme bulunan asıl işvereni bilgilendirmesi gerekmektedir. Böylece asıl işveren işçisini gönderdiği işyeri hakkında bilgi sahibi olabilecek ve gerekirse önlem alınmasını talep edebilecektir. Çünkü aksi halde meydana gelebilecek olan iş kazası ya da meslek hastalığından

84 Kanun m.85'te “Taksirle Öldürme”, m.86'da “Kasten Yaralama”, m.87'de “Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama”, m.88'de “Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi”, m.89'da ise “Taksirle Yaralama” suçları düzenlenmiştir. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Akın, Levent (2008), **‘İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu’**, TİSK Akademi, C:3, S:5, s.213 vd; Ekin, s.129-133.

85 Keser, s.101-102; İren, s.302; Özdemir, s.409.

dolayı müteselsilen sorumlu tutulacaktır. Bu durum hem 6331 sayılı İSGK m.16'da hem de Yönetmelik m.6 ve m.10'da düzenlenmiştir. Düzenlemelere baktığımızda geçici işverenin doğrudan geçici işçiyi değil, asıl işvereni bilgilendirme yükümlülüğü olduğunu görmekteyiz. Asıl işveren de sahip olduğu bilgileri geçici işçiye aktaracaktır.

İşverenin geçici iş ilişkisi kapsamında çalıştırdığı işçiye eğitim verme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük İş Kanunu kapsamında var olan koruma borcunun bir sonucudur. Hem İSGK m.17 hem de Yönetmelik m.7'de işverenin eğitim verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre geçici işveren, geçici işçinin niteliğine ve çalışacağı işe uygun eğitim verilmesini sağlamak zorundadır.

Geçici iş ilişkisinin kurulması sonucunda geçici işverenin iş organizasyonuna dâhil olan geçici işçinin sağlık gözetimi Yönetmelik m.8 uyarınca geçici işveren tarafından sağlanmaktadır. Ancak kanaatimizce iş sözleşmesinin tarafı olan asıl işverenin de işçiyi belirli aralıklarla sağlık kontrolünden geçirmesi gerekmektedir.

Son olarak bilindiği gibi işyerinde meydana gelen iş kazasının üç işgünü içinde SGK'ya bildirilmesi gerekmektedir. Ancak kanunda geçici iş ilişkisi süresince geçici işçinin geçirdiği kazanın kim tarafından bildirileceği düzenlenmemiştir. Kanaatimizce hem kazayı daha erken öğrenmesi hem de kazaya ilişkin daha çok bilgi sahibi olması bakımından bu yükümlülüğün geçici işverene ait olması gerekir.

Geçici işverenin yukarıda belirttiğimiz iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alma yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda işçi İSGK m.13'e göre iş yapmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Ancak işçinin bu hakkını kullanabilmesi için kanunda belirtilmiş olan koşulların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Aynı maddede ayrıca işçiye iş sözleşmesini fesih hakkı tanınmıştır. Buna göre, işyerinde gerekli tedbirlerin alınmaması halinde işçi iş sözleşmesini feshedebilir. Bununla birlikte işçi İşK. m.24/2-f uyarınca da çalışma koşullarının sağlanmaması gerekçesiyle de sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir.

İşveren de yükümlülüğe aykırı davranmasının neticesi olarak bazı yaptırımlar ile karşılaşabilecektir. İdari yaptırımlar altında değerlendirilen işin durdurulması, işverenin karşılaşabileceği en önemli yaptırımlardandır. Bununla birlikte en çok uygulanan idari yaptırım olarak, idari para cezaları karşımıza çıkmaktadır. İSGK m.26' kalem kalem sayılmış olan aykırılık halinde farklı idari para cezaları söz konusu olur. Son olarak da eğer koşulları mevcut ise, işveren TCK m.85 ilâ m.89 arasında düzenlenmiş olan suçlara ilişkin yaptırımlarla da karşılaşabilecektir.

KAYNAKÇA

Akın, Levent (2008), '**İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu**', TİSK Akademi, C:3, S:5, s.210-231.

Aktay, A. Nizamettin/ Arıcı, Kadir/ Senyen Kaplan, E. Tuncay (2013), '**İş Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Gazi.

Akyiğit, Ercan (2014), '**İş Hukuku**, 10. Baskı, Ankara, Seçkin.

Akyiğit, Ercan (1995), '**İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi**, Ankara, Kamu-İş.

Alpagut, Gülsevil (2006), '**AB'de İstihdam Politikaları, Esneklik Arayışları ve Türkiye'deki Yasal Düzenlemeler**', TİSK İşveren Dergisi Özel Eki, s. 3-27.

Alper, Yusuf (2015), '**Sosyal Sigortalar Hukuku**, 7. Baskı, Bursa, Dora.

Andaç, Faruk (2014), '**İş Hukuku**, Ankara, Detay.

Aydınlı, İbrahim (2015), '**İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Yargı Kararları ve İlgili Mevzuat**, Ankara, Seçkin.

Aydınlı, İbrahim (2005), '**İşverenin İşyerinde "Çalışan" İşçilerin İş Yapmaktan Kaçınma Hakkı**', Çimento İşveren Dergisi, C:19, S:4, s.15-29.

Balık, Derya (2010), '**İşçinin İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sebebiyle İş Görmekten Kaçınma Hakkı (İş Kanunu Madde 83)**', Legal İH-SGHD, S:27, s.1001-1011.

Baloğlu, Cem (2013), '**İşverenin İş Sağlığı Ve Güvenliği Yükümlülükleri Ve Aykırılık Halinde Uygulanacak Yaptırımlar**', C:13, S:2, s.99-125.

Caniklioğlu, Nurşen (2012), '**6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri**', Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası Yayını, 26-30 Eylül 2012, s.27-84.

Caniklioğlu, Nurşen (2008), '**Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları**', Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Saygı, s.121-155.

Cengiz, Tuğba (2015) '**İşçinin Tehlike Sebebiyle İş Yapmaktan Kaçınma Hakkı**', (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Centel, Tankut/ Demircioğlu, A. Murat (2013), **İş Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, Beta.

Çankaya, Osman Güven/Çil, Şahin (2009), **İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**, 2.Baskı, Ankara, Yetkin.

Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat (2014), **İş Hukuku Dersleri**, 27.Baskı, İstanbul, Beta.

Ekin, Ali (2010), **İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüklere Uymamanın Sonuçları (İşveren Açısından)**, Ankara, Yetkin.

Ekmekçi, Ömer (2003), '**4857 sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Hükümler**', Yeni İş Yasası Seminer Notları, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası Yayını, 25-29 Haziran 2003, s.177-195.

Ekmekçi, Ömer (2008), '**Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler**', Legal Vefa Toplantıları (II) Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Saygı, s.100-120.

Engin, Murat (2003), '**Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı**', DEÜHFD, S:1, C:5, s.77-94.

Eren Fikret (2014), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Yetkin.

Ertürk, Şükran (2012), '**İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler**', SİCİL, S:27, s.13-24.

Esen, Bünyamin (2015), '**6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Gereğince Verilen İdari Para Cezalarına İtiraz ve Dava Yolları**', Legal İHD, C:12, S:45, s.85-113.

Eyrenci, Öner (2004), '**4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme**', Legal İHSGHD, S:1, s.15-54.

Göktaş, Seracettin (2008), **Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**, Ankara, Yetkin.

Güner, Recep (2015), **'6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında İşin Durdurulması Yaptırımı'**, Terazi, C:10, S:103, s.66-71.

Güzel, Ali/ Okur Ali Rıza/ Caniklioğlu, Nurşen (2014), **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, Beta.

Howes, Victoria (2011), **'Who is Responsible for Health and Safety of Temporary Workers?' EU and UK Perspectives'**, European Labour Law Journal, Volume 2, No:4, s.379-400.

İren, Ertan (2011), **'Geçici İş İlişkisinde İşverenlerin İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Alma Yükümlülüğü'**, AÜHFD, 60 (2), s.281-307.

Keser, Hakan (2006), **'İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun Geçici İş İlişkisine Yansımaları'**, Legal İHSGHD, S:9 s.64-109.

Kılıç, Leyla (2006), **'İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu'**, Ankara, Yetkin.

Kılıç, İlknur/Demir, Seçil (2012), **'İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi Verme Yükümlülüğü Üzerine Bir İnceleme'**, Çalışma İlişkisi Dergisi, C:3, S:1, s.23-47.

Korkusuz, M. Refik/ Uğur, Suat (2015), **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 4. Baskı, Bursa, Ekin.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş (2014), **İş Hukuku**, 6. Bası, Ankara, Turhan.

Mollamahmutoğlu, Hamdi (1994), **'İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Bakımından İşçinin İş Red Hakkı'**, Türk Kamu-Sen, s.3-12.

Narmanlıoğlu, Ünal (2012), **İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I**, 4. Baskı, İstanbul, Beta.

Odaman, Serkan (2006), **'İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Hak ve Yükümlülükleri İle Uluslararası Standart'**, Legal İHSGHD, S:11, s.878-897.

Odaman, Serken (2007), **Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi**, İstanbul, Legal.

Oğuz, Özgür (2011), ‘İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenlerin Yükümlülüklerini Yerine Getirmemesinin İdari Yaptırımları’, Legal İHSGHD, S:29, s.106-114.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut (2013), **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.2, 10. Bası, İstanbul, Vedat.

Özdemir, Erdem (2014), **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, İstanbul, Vedat.

Öztürk Sarıbay, Gizem (2015), **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları**, İstanbul, Beta.

Sur, Melda (2005), ‘İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı’, A. Can Tuncay’a Armağan, Legal.

Sümer, Haluk Hadi (2015), **İş Hukuku**, 20. Baskı, Konya, Mimoza.

Süzek, Sarper (2015), **İş Hukuku**, Yenilenmiş 11.B., İstanbul, Beta.

Süzek, Sarper (2005), ‘İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri’, Legal İHSGHD, S:6, s.608-622.

Şahin Emir, Asiye (2015), **İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi**, Ankara, Seçkin.

Şakar, Müjdat (2014), **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, 11. Baskı, İstanbul, Beta.

Tuncay, A. Can (1982), **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi.

Tuncay, A. Can/ Ekmekçi, Ömer (2013), **Sosyal Güvenlik Hukuk Dersleri**, 16. Bası, İstanbul, Beta.

Urhanoglu Cengiz, İştari (2011), ‘İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması’, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C:2, s.1957-1982.

Uşan, M. Fatih (2006), **İş Hukuku**, C.1, Ankara, Gazi.

Uşan, M. Fatih (2009), **Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.

Yıldız, Gaye Burcu (2005), '**4857 sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği**', Legal İHSGHD, S:2005, s.1130-1171.

Yıldız, Gaye Burcu (2005), '**İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Eğitim Verme Yükümlülüğü**', İşveren Dergisi, C:43, S:9, s.52-56.

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART VE GÖTÜRÜ TAZMİNAT

Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU*

ÖZET

Bu çalışmada inşaat sözleşmeleri açısından cezai şart ve götürü tazminat kavramları incelenmiştir. İnşaat sözleşmeleri, eser sözleşmelerinin en yaygın türlerinden biridir. Özellikle son on yılda inşaat sektörünün sürekli olarak büyümesiyle birlikte, bu alandaki sözleşme ilişkilerinin de karmaşıklaştığı görülmektedir. İnşaat sözleşmesinde yapı sahibinin en büyük menfaati, yüklenici tarafından inşaatın ayıpsız bir biçimde yapılarak zamanında kendisine teslim edilmesidir. Ancak uygulamada yüklenicilerin inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmesi oldukça yaygındır. Bu durumun önüne geçmek ve yapı sahibinin zararlarını gidermek amacıyla sözleşmelerde cezai şart kayıtlarına veya götürü tazminata yer verilmektedir. Ancak sözleşmelerde yer alan bu kayıtların cezai şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğu noktasında duraksama yaşanabilmektedir. Zira cezai şart kanunda düzenlenmiş, buna karşılık götürü tazminat kanunda herhangi bir düzenlemeye bağlanmamıştır. Her iki kavramın sonuçlarının farklılık arz etmesi sebebiyle birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Konunun anlaşılır olması açısından öncelikle inşaat sözleşmelerinden ve yüklenicinin eseri teslim borcundan kısaca bahsedilmiş, ardından cezai şart ve götürü tazminat kavramları ve bunların özellikleri üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İnşaat sözleşmeleri, yüklenici, teslim borcu, cezai şart, götürü tazminat.

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, numantekelioglu@gmail.com

PENALTY CLAUSE AND LIQUIDATED DAMAGE IN THE CONSTRUCTION CONTRACTS

ABSTRACT

In this study, the terms of penalty clause and liquidated damage have been examined in terms of construction contracts. Construction contracts are one of the most common types of work contracts. Especially with the continuous growth of the construction sector in the last decade, contractual relations in this area seem to be complicated. The greatest interest of the building owner in the construction contract is that the contractor will deliver the building to him in a timely fashion, in a timeless manner. In practice, however, it is fairly common for contractors to default on construction delivery. In order to prevent this situation and to take away the damages of the owner of the building, the contracts are provided with penal clause records or liquidated damages. However, there may be hesitations at the point where these records in the contracts are penal clause or liquidated damage compensation. Because the penalty clause is regulated in the Code of Obligations, it is not connected to any regulation in the liquidated damages. Since the conclusions of both concepts differ, they need to be distinguished from each other. First of all, in terms of clarity, construction contracts and the contractor's brief delivery are mentioned, followed by the concepts of criminal and contractual compensation and their characteristics.

Keywords: Construction contracts, contractor, delivery obligation, penalty clause, liquidated damages.

GİRİŞ

İnşaat sözleşmeleri, TBK m.470-486 arasında düzenlenen “Eser Sözleşmeleri”nin uygulamada en fazla karşılaşılan türlerinden biridir. Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin inşaatı sözleşmede belirlenen sürede teslim edememesi halinde gecikme süresine bağlı olarak bir miktar para ödeyeceğine dair sözleşme maddelerine sık rastlanmaktadır¹. Hiç şüphesiz buradaki temel amaç, yükleniciyi inşaatı zamanında teslim etmeye sevk etmektir. Bir diğer amaç ise, iş sahibinin gecikmeden doğan tazminat taleplerinde ona dayanak sağlamaktır. Hal böyle olmakla birlikte, inşaat sözleşmelerinde yer verilen bu tür sözleşme maddelerinin hangi durumlarda cezai şart, hangi durumlarda götürü tazminat olarak nitelendirileceği hususu önem taşımaktadır. Zira sözleşmede tarafların cezai şart olarak nitelendirdiği şey, gerçekte bir götürü tazminat olabilir. Bu noktada hakim, her iki kavramın şartları çerçevesinde sözleşmeyi yorumlayarak taraflarca kararlaştırılan şeyin ne olduğunu tespit etmek durumundadır. Öte yandan her iki kavramın sonuçları açısından farklılıklar söz konusu olduğu için, bunların ayırt edilmesi önem taşımaktadır.

I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

A. TANIMI VE UNSURLARI

İnşaat sözleşmesi, eser sözleşmelerinin bir türüdür². Eser sözleşmesi TBK m.470 hükmünde “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmaktadır³. Kanunda yer alan bu tanımdan yola çıkarak inşaat sözleşmesini, yüklenicinin (müteahhidin) bir yapı eserinin inşasını, yapı sahibinin ise bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak ifade edebiliriz⁴. Şu halde inşaat sözleşmesinin üç temel unsuru vardır⁵:

- 1 Kocaağa, Köksal (2008), ‘İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?’, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 74, s.149.
- 2 Ayan, Serkan (2008), **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, İstanbul, Seçkin, s.23; Kaplan, İbrahim (2013), **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin, s.43; Kocaağa, Köksal (2014), **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin, s.11.
- 3 Eren, Fikret (2015), **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin, s.579; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak (2014), **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta, s.984; Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre (2014), **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Turhan, s.454.
- 4 Ayan, s.23; Kaplan, s.43; Kocaağa (2014), s.13.
- 5 Ayan, s.24; Kaplan, s.52; Kocaağa, (2014), s.15.

- 1-) Bir yapı eseri inşa etme
- 2-) Bedel
- 3-) Anlaşma

B. HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

İnşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin bir türü olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁶. Zira burada tarafların edimleri birbirinin karşılığını oluşturmaktadır. Yüklenicinin temel borcu yapı eserinin inşası ve teslimi, buna karşılık yapı sahibinin temel borcu ise bedel ödemektir. Dolayısıyla inşaat sözleşmesi aynı zamanda ivazlı bir sözleşmedir. Yapı eserinin inşası borcunun karşılığını bedel ödeme borcu oluşturmaktadır. Bedelin sözleşmenin kurulduğu anda miktar olarak belirli olması şart değildir⁷. Bu durum, TBK m.481 hükmünden açıkça anlaşılmaktadır⁸.

İnşaat sözleşmesi rızai bir sözleşmedir⁹. Taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında buldukları anda sözleşme kuruşmuş olur. Şu halde yüklenicinin yapı eserini teslim edip etmemesi veya yapı sahibinin bedel ödeme borcunu ifa edip etmemesi sözleşmenin kurulmasına engel değildir. Bu hususlar, edimlerin ifa edilip edilmemesiyle ilgilidir¹⁰.

İnşaat sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir¹¹. Yüklenicinin yapı eserini inşa etme borcunun belirli bir zaman alması, sözleşmeyi sürekli borç doğuran bir sözleşme yapmaz. Yapı sahibinin ifanın gerçekleştirilmesindeki menfaati, yüklenicinin yapı eserini teslim etmesiyle sona erer. Dolayısıyla inşaat sözleşmesinde ifa zaman içerisinde değil, bir defada yerine getirilir¹².

Kamu kurum ve kuruluşlarının yapı sahibi olduğu inşaat sözleşmelerinde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu veya Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi gibi başkaca mevzuat hükümleri uygulama alanı bulmaktadır¹³. Ancak bu durum inşaat sözleşmesinin borçlar hukukuna tabi bir sözleşme olma özelliğini ortadan kaldırmaz¹⁴.

6 Eren (2015), s.580; Kaplan, s.51; Yavuz/Acar/Özen, s.994; Zevkliler/Gökyayla, s.470.

7 Eren (2015), s.581.

8 “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir”.

9 Eren (2015), s.582; Yavuz/Acar/Özen, s.992; Zevkliler/Gökyayla, s.472.

10 Eren (2015), s.582.

11 Eren (2015), s.582; Yavuz/Acar/Özen, s.993; Zevkliler/Gökyayla, s.471.

12 Zevkliler/Gökyayla, s.471.

13 Kaplan, s.51.

14 Kaplan, s.51; Zevkliler/Gökyayla, s.473.

II. YÜKLENİCİNİN YAPI ESERİNİ TESLİM BORCU

İnşaat sözleşmesinde yüklenici, inşa ettiği yapı eserini yapı sahibine teslim etmek borcu altındadır¹⁵. Dolayısıyla, yüklenicinin yalnızca yapı eserini inşa etmiş olması yeterli değildir. İnşa edilen yapı eserin teslim edilmesi gerekmektedir. Her ne kadar TBK m.470 hükmünde eser sözleşmesinin tanımı yapılırken teslimden bahsedilmemiş olsa da, işin mahiyetinden ve kanundaki bazı ifadelerden (TBK m.473/1, 474/1, 479/1, 483/1) yola çıkılarak yüklenicinin eseri teslim borcu altında olduğu söylenebilir¹⁶. Gerçekten de yapı sahibi açısından eserin inşası tek başına bir anlam ifade etmez. Bunun tamamlayıcısı olarak yapı eserin teslimiyle birlikte borç ifa edilmiş, yapı sahibi de sözleşmeden beklediği menfaati elde etmiş olur.

Eserin tesliminden maksat, eser üzerindeki tasarruf yetkisinin yüklenici tarafından ifa amacıyla yapı sahibine geçirilmesidir¹⁷. Dolayısıyla teslimin mümkün olabilmesi için yapı eserin tamamlanmış olması gerekir. Aksi takdirde yapı sahibi eseri teslim almaktan kaçınabilir¹⁸. Ancak yapının büyük bir kısmı tamamlandığı ve geriye ufak tefek eksiklikler kaldığı halde yapı sahibinin eseri teslim almaktan kaçınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir¹⁹.

İnşaat sözleşmelerine konu olan yapının kullanılabilmesi için imar mevzuatından kaynaklanan bazı belge ve izinlerin (yapı kullanma izni vs.) temin edilmesi gerekmektedir. Uygulamada genellikle söz konusu izinlerin yüklenici tarafından alınacağı ve yapının kullanılmaya elverişli biçimde teslim edileceği sözleşmede kararlaştırılmaktadır. Şu halde yüklenicinin yapıyı tamamlamasına rağmen gerekli izinleri alamaması durumunda teslimden bahsedilemez. Zira bu durumda gerekli belge ve izinlerin alınması, eseri tamamlama borcunun bir parçasıdır²⁰.

İnşaat sözleşmelerinde yapı eserin teslim zamanı çoğunlukla sözleşmede kararlaştırılmaktadır²¹. Teslim zamanı takvim günü olarak belirlenebileceği gibi (1 Haziran 2017 gibi), başka bir şekilde de belirlenebilir. Nitekim

15 Ayan, s.27; Kaplan, s.53; Kocaağa (2014), s.29.

16 Eren (2015), s.615; Yavuz/Acar/Özen, s.1020; Zevkliler/Gökyayla, s.477.

17 Ozanoğlu, Hasan Seçkin (1999) 'İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezaî Şart Kayıtları', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3, S: 1-2, s.65.

18 Yavuz/Acar/Özen, s.1021.

19 Eren (2015), s.616.

20 Seliçi, Özer (1978) *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul, s.40 vd.

21 Ozanoğlu, s.68.

uygulamada, “sözleşmenin yapılmasından itibaren 36 ay içinde”, “inşaat izninin alınmasından itibaren 24 ay içinde” gibi sözleşme kayıtlarına sıkça rastlanmaktadır²². Böyle bir durumda TBK m.117/2 gereğince, borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmiş olduğundan yüklenici bu sürenin sonunda ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşer. Sözleşmede teslim zamanı kararlaştırılmamışsa, yapı eserinin tamamlanması ile birlikte teslim borcunun muaccel olduğu kabul edilir²³. Yapı eserinin tamamlanmasına ilişkin süre ise, makul, dürüst ve orta zekâda bir yüklenicinin bu eseri tamamlayabileceği süre dikkate alınarak tespit edilir²⁴.

Yapı eserinin teslim yeri noktasında bir duraksama yoktur. Zira konusu taşınmaz olan eser sözleşmelerinde teslim yeri haliyle taşınmazın bulunduğu yerdir²⁵. Dolayısıyla inşaat sözleşmelerinde de bu kurala göre ifa yeri belirlenir.

III. YÜKLENİCİNİN TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ

Teslim zamanı geldiği halde yapı eserini tamamlamayan veya tamamlamasına rağmen teslim etmeyen yüklenici temerrüde düşer²⁶. Eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerde (TBK m.470-486) yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi durumuna dair bir düzenleme yoktur. TBK m.473/1 hükmünde yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi durumlarına bağlı olarak iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı yer almaktadır. Ancak söz konusu bu hüküm, gerçek anlamda bir temerrüt halini düzenlememektedir²⁷. Bu sebeple, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde, genel olarak borçlu temerrüdünü düzenleyen TBK m.117-119 hükümleriyle karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdü düzenleyen TBK m.123-125 hükümleri uygulama alanı bulur²⁸.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi için kusurlu olması gerekmez²⁹. Eğer yüklenici objektif olarak eseri teslim borcunun ifasında gecikmişse temerrüt

22 Kaplan, s.78.

23 Zevkliler/Gökyayla, s.483.

24 Eren (2015), s.617.

25 Yavuz/Acar/Özen, s.1022.

26 Kaplan, s.55; Zevkliler/Gökyayla, s.484.

27 Ozanoğlu, s.71.

28 Yavuz/Acar/Özen, s.1023.

29 Ozanoğlu, s.72.

gerçekleşmiş demektir. Ancak yüklenicinin gecikmesini haklı gösterecek sebeplerin (yapı sahibinin temerrüdü, ödemezlik def'inin ileri sürülmesi vs.) söz konusu olması halinde sözleşmede belirlenen teslim zamanı gelmiş olsa bile yüklenici temerrüde düşmez³⁰. Bu durumda tarafların farazi iradelerine göre teslim zamanının haklı gecikme süresi kadar uzadığı kabul edilir³¹.

Kural olarak, yüklenicinin temerrüde düşmesi için yapı sahibinin ihtar da bulunması gerekir (TBK m.117/1). Ancak uygulamada çoğunlukla teslim zamanı sözleşmede açıkça belirlendiği için, TBK m.117/2 gereğince ayrıca bir ihtar gerek olmaksızın sözleşmedeki tarihin geçmesiyle birlikte yüklenici temerrüde düşer.

Teslim borcunu ifada temerrüde düşen yüklenici, borcun geç ifasından dolayı yapı sahibinin uğradığı zararları gidermek zorundadır (TBK m.118). Yüklenici bunun dışında beklenmedik halden doğan zarardan da sorumludur (TBK m.119/1). Yapı sahibi ayrıca TBK m.123 hükmü uyarınca yükleniciye teslim borcunu ifa etmesi için uygun bir süre verebilir. Eğer yüklenici verilen süre içerisinde teslim borcunu ifa etmezse, yapı sahibi TBK m.125'de yer alan seçimlik haklardan birini kullanabilir³². Yapı sahibinin, temerrüde düşen yükleniciye karşı ileri sürebileceği seçimlik haklar ise şunlardır:

1-) Aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteyebilir.

2-) Aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın (müspet zarar) giderilmesini isteyebilir.

3-) Sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini isteyebilir.

Seçimlik haklar dışında, sözleşmede yüklenicinin teslim borcunu zamanında ifa etmemesine bağlı olarak cezai şart ödeyeceğine ilişkin bir kayıt bulunması durumunda yapı sahibinin bunu da talep etmesi gündeme gelecektir.

IV. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART KAYITLARI

A. CEZAI ŞARTIN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde ödemeyi kabul ettiği edime cezai şart denir³³. Ce-

30 Ozanoğlu, s.72; Zevkliler/Gökyayla, s.484.

31 Ozanoğlu, s.73; Zevkliler/Gökyayla, s.485.

32 Yavuz/Acar/Özen, s.1023.

33 Benzer tanımlar için bkz. Eren, Fikret (2017), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin, s.1205; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre (2015), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.362;Kocaağa, Köksal (2003), **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara, Yetkin, s.33; Nomer, Haluk Nami (2015), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** İstanbul, Beta, s.361; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut (2016), **Borçlar Hukuku Genel**

zai şart TBK m.179-182 hükümleri arasında düzenlenmiştir³⁴. Bunun en temel sebebi, cezai şartın bağımsız bir hukuki işlem olmamasıdır³⁵.

Gerçekten de cezai şart, asıl borca bağımlı ve asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde doğabilecek olan fer'i bir edimdir³⁶. Dolayısıyla cezai şartın kaderi asıl borcun kaderine bağlıdır. Asıl borcun geçersiz olması, cezai şartın da geçersiz olması sonucunu doğurur³⁷. Bu durum, cezai şartın asıl borcun ifasını teminat altına alma işlevinin bir sonucudur³⁸. Öte yandan kanunda da, asıl borcun herhangi bir sebeple geçersiz olması veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu olmayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmesi durumlarında cezanın ifasının istenemeyeceği belirtilmiştir (TBK m.182/2). Ancak bunun tersine, ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hale gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez (TBK m.182/2).

Kural olarak, geçerli olan bütün hukuki işlemler için cezai şart kararlaştırılabilir³⁹. Uygulamada çoğunlukla sözleşmeden doğan borçlar için cezai şart kararlaştırılmaktadır. Ancak bu bir zorunluluk olmayıp, sözleşmeler dışındaki hukuki işlemler için de cezai şart kararlaştırılması mümkündür⁴⁰. Bazı hukuki

Hükümler C.II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.518; Ozanoğlu, s.77; Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Tekinay(1993), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler** C.I, İstanbul, s.455; Şenyüz, Doğan (2016), **Borçlar Hukuku**, Bursa, Ekin Basım Yayın, s.206. “Cezai şart, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken bir edimdir”. Yargıtay 6.HD, 2016/2569 E.,2016/5645 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

34 Ancak kanunda “ceza koşulu” terimi yer almaktadır. Terminoloji konusunda öğretilerde daha farklı kavramlar da kullanılmaktadır. Örneğin “ceza şartı”, “sözleşme cezası”, “sözleşmesel ceza” bunlardan başlıcalarıdır. Aynı durum Almanca eserlerde de mevcuttur. Bazı yazarlar “Vertragsstrafe” terimini kullanırken, bazıları “Konventionelstrafe” terimini kullanmaktadırlar. Bkz. Bucher, Eugen (1988), **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Zürich, s.521; Koller, Alfred (2006), **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Ohne Deliktsrecht**, Band II, Bern, §52, Rn.28; Luft, Manuela, “**Die Vertragsstrafe im Bauvertrag**”, Neue Juristische Wochenschrift, 2016, s.2470; Münchener Kommentar zum BGB (2016) , 7. Auflage, Rn.1042; Schulze/Grziwotz/Lauda (2017), **BGB Kommentiertes Vertrags und Prozessformularbuch**, 3. Auflage, Rn.30.

35 **Kocaağa** (2003), s.39.

36 Akkayan Yıldırım, Ayça (2003), ‘**Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Bir Değerlendirme**’, İÜHFİM, C.LXI, S.1-2, s.366; Bilge, Necip (1958), ‘**Cezai Şart**’, Prof.Dr. Esat Arsebükü Armağan, Ankara, s.40; **Eren** (2017), s.1206; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.455.

37 **Eren** (2017), s.1206; **Kocaağa** (2003), s.93.

38 **Bilge**, s.42; **Hatemi/Gökyayla**, s.363.

39 **Kocaağa** (2003), s.78; **Oğuzman/Öz**, s.520.

40 VonTuhr, Andreas/Escher, Arnold (1974), **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band I, Zürich, §87, s.278.

işlemler içinse cezai şart söz konusu olmaz. Evlenme sözleşmesi bu şekildedir⁴¹.

Cezai şart olarak belirlenecek edim çoğunlukla bir miktar paranın verilmesidir⁴². Nitekim inşaat sözleşmelerinde de çoğunlukla teslimde gecikilen her gün veya ay için bir miktar paranın cezai şart olarak yapı sahibine verileceği kararlaştırılmaktadır. Ancak cezai şartın para dışında bir şey verme veya yapma şeklinde belirlenmesi de mümkündür⁴³. Hatta ekonomik değer taşıyorsa, bir yapmama edimi de ceza olarak kararlaştırılabilir⁴⁴.

B. CEZAI ŞARTIN İŞLEVLERİ

Cezai şartın iki temel işlevi vardır⁴⁵. Bunlardan birincisi ve en önemlisi, borçlu üzerinde psikolojik bir baskı oluşturarak borcun ifasını teminat altına almaktır. Gerçekten de sözleşmede cezai şart kararlaştırıldığında bu durum borçlu üzerinde manevi bir baskı oluşturur⁴⁶. Borçlu borcunu ifa etmemesi durumunda cezai şartla karşı karşıya kalacağını bilir ve bu sebeple temerrüde düşmek istemez. Böylece asıl borcu ifa etmeye ve cezai şarttan kurtulmaya çalışır⁴⁷. Yani cezai şart bir bakıma borçlunun borcunu ihlal etmesini engelleme fonksiyonunu icra etmektedir. Özellikle inşaat sözleşmelerinde çoğu zaman yapıldığı gibi, cezai şartın yüksek bir miktarda belirlenmesi borçlu üzerindeki psikolojik baskı unsurunu kuvvetlendirmektedir. Öğretide bu işleve kısaca “teminat işlevi (Sicherungsfunktion)⁴⁸” denilmektedir.

Cezai şartın ikinci işlevi ise, borcun ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkacak tazminat talebinin kolaylaştırılması ve miktarının tespit edilmesidir⁴⁹. Kural olarak sözleşmeye aykırılık hallerinde alacaklı zarara uğradığını ileri sürüyorsa bunu ispat etmesi gerekmektedir. Ancak zararın varlık ve miktarının ispatı her zaman kolay değildir⁵⁰. İşte bu noktada alacaklı, sözleşmede yer alan cezai şart sayesinde borcun ifa edilmemesi halinde uğrayacağı zararı ve mik-

41 Nişanlanma için cezai şart kararlaştırılabilir. Ancak TMK m.119/2 gereğince bu cezai şart dava edilemez. Ödenmesi halinde ise geri istenemez.

42 Oğuzman/ Öz, s.522.

43 Bilge, s.44; Kocaağa (2003), s.108.

44 Bilge, s.44; Kocaağa (2003), s.108.

45 Bilge, s.81; Kocaağa (2003), s.40.

46 Bilge, s.81; Ozanoğlu, s.79.

47 Kocaağa (2003), s.43.

48 Kocaağa (2003), s.42.

49 Bilge, s.81; Ozanoğlu, s.80.

50 Kocaağa (2003), s.45.

tarını ispat yükünden kurtulmuş olmaktadır. Cezai şartın bu işlevi öğretide “tazminat işlevi (Schadensersatzfunktion)⁵¹” olarak adlandırılmaktadır.

C. CEZAI ŞARTIN TÜRLERİ

TBK m.179 hükmünde cezanın sözleşmenin ifasıyla ilişkisi bağlamında cezai şartın üç türü düzenlenmiştir. Bunlar; seçimli cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve ifayı engelleyen cezai şarttır. Söz konusu kavramlar kanunda yer almayıp, öğreti tarafından geliştirilmiştir⁵². İnşaat sözleşmelerinde sıklıkla karşılaşılan cezai şart türleri ifaya eklenen cezai şart ile seçimlik cezai şart kayıtlarıdır. Bazı durumlarda sözleşmedeki kaydın hangi tür cezai şart olduğunu ayırt etmede güçlüklerle karşılaşılabilir⁵³. Bu sebeple cezai şartın türlerine kısaca değinmekte fayda vardır.

1. Seçimlik Cezai Şart

TBK m.179/1 hükmüne göre, “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılma-dıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir”. Şu halde cezai şart, sözleşmeden doğan edimlerin tam ve gereği gibi ifasını sağlamayı amaçlamışsa, aksi kararlaştırılmadıkça seçimlik cezai şart olarak kabul edilir. Maddede yer alan “sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu” ile kastedilen, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi dışındaki bütün borca aykırılık halleridir⁵⁴. Zira borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu TBK m.179/2’de özel olarak düzenlenmiştir.

Seçimlik cezai şart söz konusu olduğunda, alacaklı ya borcun ifasını ya da cezai şartın ödenmesini talep edebilecektir. Örneğin yüklenicinin inşaatı zamanında bitirmesi ancak yapının ayıplı olması durumunda yapı sahibi ayıptan doğan haklarını talep edebilir veya kararlaştırılan cezai şartı isteyebilir. Alacaklıya tanınan bu imkân bir seçimlik yetki niteliğindedir⁵⁵. Uygulamada genellikle “bu sözleşme hükümlerine uymayan taraf, diğer tarafa 100.000 TL ödemeyi kabul ve taahhüt eder” şeklinde genel ifadeler kullanılmaktadır.

TBK m.179/1 hükmü emredici değildir. Dolayısıyla taraflar sadece cezai şartın istenebileceği veya asıl borcun ifasıyla birlikte cezai şartın da istenebileceği yönünde anlaşma yapabilirler⁵⁶.

51 VonTuhr/Escher, s.277.

52 Kocaağa (2003), s.146.

53 Ozanoğlu, s.94.

54 Kocaağa (2003), s.146.

55 Ozanoğlu, s.95.

56 Kocaağa (2003), s.149.

2. İfaya Eklenen Cezai Şart

TBK m.179/2'ye göre, “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”. İfaya eklenen cezai şart kayıtları, inşaat sözleşmelerinde en sık karşılaşılan kayıtlardır. Örneğin yüklenici, sözleşmede belirlenen tarihte inşaatı teslim etmezse gecikilen her gün için yapı sahibine 1000 TL ödemeyi taahhüt etmişse, yapı sahibi hem inşaatın tamamlanmasını hem de cezai şartı talep edebilir. Ancak bazı durumlarda sözleşmede yer alan kaydın seçimlik cezai şart mı yoksa ifaya eklenen cezai şart mı olduğu noktasında duraksama olabilir. Özellikle teslim zamanına bağlı olarak cezai şart kararlaştırılmışsa, bunun ifaya eklenen cezai şart olduğu kabul edilir⁵⁷. Ancak yükleniciyi belirli bir zamanda teslim zorlama amacı yoksa ve cezai şart yüksek tutulmuşsa burada seçimlik cezai şart olduğu düşünülebilir⁵⁸. TBK m.179 hükmü emredici olmadığı ve bu sebeple aksi kararlaştırılabildiği için, tarafların gerçek iradeleri çerçevesinde sözleşmenin yorumlanması gerekmektedir.

İfaya eklenen cezai şartın ortaya çıkması için iki hal öngörülmüştür. Birincisi borcun belirlenen zamanda ifa edilmemesi, ikincisi de borcun belirlenen yerde ifa edilmemesidir⁵⁹. İnşaat sözleşmeleri açısından, borcun ifa yeri taşınmazın bulunduğu yer olduğundan bu konuda bir çekişmeye rastlanmaz. Ancak ifa zamanı noktasında uygulamada pek çok uyuşmazlık yaşanmaktadır. Özellikle de yüklenicinin inşaatı projeye veya imar mevzuatına aykırı yapması ve bu sebeple yapı kullanma izin belgesinin alınamaması hallerinde inşaat tamamlanmış olsa bile teslim gerçekleşmiş sayılamaz. Zira teslim çoğunlukla yüklenicinin yapıyı kullanmaya hiçbir engel bulunmayacak şekilde yapı sahibine devretmesini ifade etmektedir.

Alacaklı ifayla birlikte cezai şartı talep etme hakkından açıkça feragat etmişse, cezai şartın ifasını isteyemez. Aynı durum, alacaklının ifayı çekincesiz olarak kabul etmesi halinde de geçerlidir. Yani alacaklı, borcun zamanında veya kararlaştırılan yerde ifa edilmemesine rağmen, hiçbir çekince ileri sürmeden ifayı kabul ederse artık cezai şartın ödenmesini isteyemez⁶⁰. Cezaî şartı isteme hakkını saklı tutmaksızın asıl borcun ifasını kabul etmiş olan alacaklı, cezaî şartı istemekten zımnen feragat etmiş sayılır.

57 Gecikilen her gün, hafta veya ay için bir miktar para ödeneceğine ilişkin kayıtlar ifaya eklenen cezai şarttır. **Ozanoğlu**, s.98.

58 **Ozanoğlu**, s.98.

59 **Kocağa** (2003), s.149.

60 **Kocağa** (2003), s.149.

3. İfayı Engelleyen Cezai Şart (Dönme Cezası)

TBK m.179/3'e göre, "Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır". Görüldüğü üzere bu düzenlemede borçluya cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeyi dönme veya fesih yoluyla sona erdirme hakkı tanınmıştır. Öğretide dönme cezasının gerçek anlamda bir cezai şart olmadığı belirtilmektedir⁶¹. Zira burada cezai şartın en önemli işlevi olan teminat işlevi yoktur. Borçlu cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilir. Dolayısıyla borç ilişkisinin kuvvetlendirilmesi değil, tam tersine zayıflatılması söz konusudur⁶².

D. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART KAYITLARININ KAPSAMI VE KOŞULLARI

1. Cezai Şartın Kapsamı

Yukarıda belirtildiği üzere inşaat sözleşmelerinde cezai şart kayıtları genellikle ifaya eklenen cezai şart şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Yapının zamanında teslim edilmemesine bağlı olarak cezai şartın miktarı gecikilen zamana göre artış gösterecektir. Bu durumda cezai şartın bir üst sınırının bulunup bulunmadığı sorunuyla karşılaşmaktadır. Taraflar bu konuda bir üst sınır belirlemişlerse sorun yoktur. Ancak çoğunlukla böyle bir üst sınır belirlenmediğinden, yapı sahibinin uzun süre bu hakkını kullanmayarak cezai şartın artmasına sebebiyet vermesi söz konusu olabilir⁶³.

Yapı sahibinin kendinden kaynaklanan sebeplerle cezai şartı talep etmekte gecikmesi durumunda, cezai şarttaki artıştan yüklenicinin sorumlu tutulmaması gerekir⁶⁴. Zira yapı sahibinin bu davranışı hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir. Şu halde yapı sahibinin kendi davranışlarından dolayı cezai şartın artmasına sebep olması durumunda TMK m.2 gereğince hâkimin bu durumu değerlendirmesi ve cezai şartın indirilmesinde dikkate alması lazım gelir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, inşaat sözleşmeleri açısından yüklenicinin tacir sıfatını haiz olması sebebiyle, cezai şartın indirilmesini talep etmesi mümkün değildir⁶⁵. TTK m.22 hükmüne göre, "Tacir sıfatını haiz

61 Eren (2017), s.1210; Kocağa (2003), s.154; Ozanoğlu, s.97.

62 Eren (2017), s.1210; Kocağa (2003), s.155; Ozanoğlu, s.98.

63 Ozanoğlu, s.100.

64 Ozanoğlu, s.101.

65 Ozanoğlu, s.102.

borçlu, Türk Borçlar Kanunu'nun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez". Söz konusu düzenlemenin temelinde TTK m.18/2'de yer alan basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁶. Bu yükümlülüğün bir gereği olarak tacir, ticari işletmesiyle ilgili işlemlerde bulunurken ve özellikle de sözleşme yaparken, ileride ortaya çıkabilecek durumları tespit edebilmeli ve özenli davranmalıdır. Şu halde tacirin cezai şartın indirilmesini isteyememesi, basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğünün özel bir uygulama biçimidir⁶⁷.

Hal böyle olmakla birlikte, tacir olan yüklenicinin taahhüt ettiği cezai şartın hiçbir şekilde indirilemeyeceği söylenemez⁶⁸. Zira basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü, tacirin ahlaka aykırılık derecesinde yüksek olsa bile cezai şarta katlanmak zorunda olduğu anlamına gelmez⁶⁹. TBK m.27'de öngörülen sınırlamalar, borçlu tacirin taahhüt ettiği cezai şart açısından da geçerlidir. Cezai şartın, yüklenicinin ekonomik özgürlüğünü yok edecek veya ağır şekilde kısıtlayacak derecede yüksek olması ahlaka aykırılık teşkil eder⁷⁰. Böyle bir durumda kararlaştırılan cezai şart kesin hükümsüzdür. Ancak kanaatimizce, miktarı bakımında bölünebilir nitelikte bir cezai şart söz konusu ise (para borcu), kısmi hükümsüzlük uygulanarak cezai şartı ahlaka aykırılık oluşturmayacak bir düzeye indirmek mümkün olabilir.

2. Cezai Şartın Koşulları

a. Geçerli Bir Asıl Borcun Varolması

Cezai şart, mevcut bir borcun ifasını teminat altına almak için kararlaştırılan fer'i nitelikte bir edimdir. Şu halde cezai şarttan bahsedebilmek için her şeyden evvel geçerli bir asıl borcun var olması gerekir⁷¹. İnşaat sözleşmeleri açısından bu borç, yüklenicinin yapı eserini teslim borcudur. Yapı sahibi, yüklenicinin inşaatı sözleşmede belirlenen sürede tamamlayarak ifa zamanında kendisine teslim etmesini ister. Ancak inşaat sözleşmesinin kanunun emredici

66 Ayhan, Rıza (2013), 'Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X-VII, S.1-2, s.309; Tamer, Ahmet (2013), 'Tacirler Bakımından Cezai Şart', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 4, Sayı 14, s.749.

67 Ayhan, s.309; Tamer, s.749.

68 Ayhan, s.311; Tamer, s.750.

69 Kocağa (2003), s.260.

70 Kocağa (2003), s.261.

71 Cansel, Erol/Özel, Çağlar (2012), 'Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu', Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C: I, s.718.

hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık, imkânsızlık, şekle aykırılık veya ehliyetsizlik sebepleriyle geçersiz olması durumunda buna bağlı olarak cezai şart da geçersiz olacaktır.

b. Geçerli Bir Cezai Şart Anlaşmasının Bulunması

Geçerli bir asıl borcun varlığından sonra ikinci şart, bir cezai şart anlaşmasının bulunmasıdır. Başka bir deyişle, cezai şartın taraflar arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan bir hukuki işlemle kararlaştırılması gerekmektedir⁷². İnşaat sözleşmelerinde cezai şart anlaşması, çoğunlukla sözleşmenin içerisinde yer alan bir madde şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu bir zorunluluk olmayıp, cezai şartın asıl sözleşmeden ayrı olarak kurulması da mümkündür⁷³. Zira cezai şartın asıl sözleşme ile aynı zamanda kararlaştırılması şart değildir. Tarafların anlaşmalarına göre asıl sözleşmeden önce veya sonra da kararlaştırılabilir⁷⁴.

Cezai şartın bağlı olduğu asıl sözleşme açısından kanunda bir şekil şartı öngörülmüşse, cezai şart anlaşması da bu şekle uygun olarak yapılmalıdır. İnşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin bir türüdür ve eser sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Hal böyle olmakla birlikte inşaat sözleşmelerinin önemli bir bölümünde şekil şartı aranmaktadır. Söz gelimi 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde yapılacak olan inşaat sözleşmelerinin adi yazılı şekilde yapılması zorunludur⁷⁵. Öte yandan, geniş bir uygulama alanı olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de arsa payının devri vadini içermesi nedeniyle noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir⁷⁶.

Asıl sözleşme açısından kanunda bir şekil şartı öngörülme de, taraflar sözleşmenin geçerliliğini belirli bir şekilde yapılmasına tabi tutabilirler. Şu halde, sözleşmenin iradi şekle aykırı olarak yapılması halinde cezai şartın da geçersiz olup olmayacağı sorunu gündeme gelir. Burada iradi şeklin kapsamına bakmak gerekir⁷⁷. Yani iradi şeklin kapsamına cezai şart da dâhil edilmişse, asıl sözleşme için öngörülen şekle aykırı hareket edilmesi cezai şartın geçersizliğine sebep olur.

72 Kocağa (2003), s.113.

73 Kocağa (2003), s.129.

74 Kocağa (2003), s.130.

75 Avcı, Ali (2015), 'Eser Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 6, Sayı 21, s.301.

76 Avcı, s.303; Erman, Hasan (2010), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Der Yayınları, İstanbul, s.17.

77 Kocağa (2003), s.128.

Asıl borcun geçersizliğine sebep olabilecek durumların⁷⁸ cezai şart açısından mevcut olması durumunda cezai şart geçersiz olur. Kural olarak, cezai şartın geçersizliği asıl sözleşmenin geçersiz olmasına yol açmaz. Ancak taraf iradelerinin yorumuna göre, cezai şart olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılırsa, asıl sözleşme de geçersiz olur⁷⁹.

c. Cezai Şartın Muaccel Olması

Sözleşmede kararlaştırılan cezai şart alacağının talep edilebilmesi için muaccel olması gerekmektedir. Cezai şartın ne zaman muaccel olacağı noktasında öncelikle sözleşmenin dikkate alınması gerekir. İnşaat sözleşmelerinde çoğunlukla yüklenicinin inşaatı teslimde gecikmesine bağlı olarak cezai şart öngörülmektedir. Şu halde cezai şart, yüklenicinin yapı eserini teslim borcunu zamanında ifa etmediği anda muaccel olur. Ancak bu durum, sözleşmede kesin bir vade belirlenip ayrıca ihtara gerek bulunmayan hallerde geçerlidir. Nitekim inşaat sözleşmelerinde yapı eserinin teslim zamanı büyük önem taşıdığından, hemen hemen bütün sözleşmelerde teslim zamanı kesin olarak belirlenmektedir. Belirli bir vadeye bağlı olmayan borçlarda ise durum tartışmalıdır. Ancak hâkim görüş, cezai şartın muaccel olması için asıl borcun ifasında temerrüde düşmüş olmasının gerekmediği yönündedir⁸⁰.

Cezai şartın muaccel olması için, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmede kusurlu olması gerekmektedir. Zira tazminat talep etme hakkına paralel olarak, cezai şartın talep edilebilmesi için de borçlunun borca aykırılıkta kusurlu olması şarttır⁸¹. TBK m.182/2 hükmünde göre, asıl borcun sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmesi durumunda cezanın ifası istenemez. Kanunda yalnızca sonraki imkânsızlıktan bahsedilmekle birlikte, bunun dışındaki borca aykırılıklarda da kusurun aranması gerektiği kabul edilmektedir⁸². Dolayısıyla yüklenicinin teslim borcunda kusursuz olarak temerrüde düşmesi halinde cezai şart talep edilemez. Ancak taraflar, yüklenicinin kusuru olmasa bile cezai şart ödeyeceğini kararlaştırabilirler (TBK m.182/2).

Yüklenicinin yapı eserini teslimde gecikmesi haklı bir nedene dayanıyorsa cezai şart muaccel olmaz⁸³. Söz gelimi yapı sahibinin kendi yükümlülük-

78 Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık, imkânsızlık, şekle aykırılık, ehliyetsizlik vs.

79 Kocağa (2003), s.125.

80 Kocağa (2003), s.161.

81 Oğuzman/Öz, s.532.

82 Kocağa (2003), s.172; Oğuzman/Öz, s.533; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.480.

83 Ozanoğlu, s.107.

lerini yerine getirmemesi sebebiyle teslim gecikmişse, artık teslim tarihi muacceliyet tarihi niteliğini kaybeder⁸⁴. Bu durumda, aksine bir anlaşma olmadıkça teslim tarihinin tarafların farazi iradelerine dayanılarak gecikme süresi kadar uzadığı kabul edilmektedir⁸⁵. Başlangıçta belirli olan vade, artık belirsiz vadeye dönüşecektir.

d. İfanın Çekincesiz Olarak Kabul Edilmemiş Olması

İfaya eklenen cezai şartta alacaklı, ifayı çekincesiz olarak (ihtirazi kayıt ileri sürmeden) kabul ederse cezai şart talep etme hakkını kaybeder (TBK 179/2). Yani yapı sahibi, yüklenicinin teslimde gecikmesine rağmen, hiçbir çekince ileri sürmeden yapıyı teslim almışsa cezai şart talep etme hakkından zımnen feragat etmiş sayılacaktır. Şu halde yapı sahibi, eserin tesliminden önce veya en geç teslim sırasında cezai şart talep ettiğini yükleniciye beyan etmelidir⁸⁶. Söz konusu beyan herhangi bir şekilde tabi değildir. Önemli olan, cezai şart talep edildiğine dair çekincenin açık bir biçimde borçluya bildirilmiş olmasıdır⁸⁷.

V. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE GÖTÜRÜ TAZMİNAT

A. GENEL OLARAK TAZMİNATIN BELİRLENMESİ VE GÖTÜRÜ TAZMİNAT KAVRAMI

Borç ilişkisinde borçlunun edimini hiç veya gereği gibi ifa etmemesine bağlı olarak alacaklı aleyhine bir zararın ortaya çıkması mümkündür. Böyle bir durumda alacaklının yapması gereken şey, borçludan zararının giderilmesi çerçevesinde tazminat talep etmektir. İşte bu noktada, alacaklının uğradığı zararın ve borçlunun ödemek zorunda olduğu tazminatın belirlenmesi gündeme gelir. Tazminatın belirlenmesi hususunda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır⁸⁸. Hâkim somut olaya göre değerlendirme yaparak ve gerektiğinde bilirkişiye de başvurarak tazminat miktarını tespit etmek durumundadır.

Tazminatın belirlenmesinde en önemli nokta, zarar ile tazminat miktarı arasındaki dengenin kurulabilmesidir. Başka bir deyişle tazminat, zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamalı, buna karşılık zarar

84 Ozanoğlu, s.107.

85 Ozanoğlu, s.107.

86 Kocağa (2003), s.199; Ozanoğlu, s.110.

87 Kocağa (2003), s.201.

88 Nomer, s.181.

görenin zenginleşmesine de yol açmamalıdır⁸⁹. Ancak somut olayda gerçekleşen özel sebepler veya kanunda yer alan bazı düzenlemeler çerçevesinde tazminat miktarında indirim yapılması söz konusu olabilir⁹⁰.

Borçlar hukukuna hâkim olan sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde serbestçe belirleyebilirler (TBK m.26). Şu halde tarafların, sözleşmeye aykırı davranılması halinde alacaklının malvarlığında meydana gelecek eksilmenin tazminine dair aralarında anlaşmalarını ve tazminat miktarını önceden kararlaştırmalarını engelleyecek bir durum yoktur⁹¹. İşte bu noktada götürü tazminat kavramı devreye girmektedir⁹². Zira götürü tazminat, zararın hesaplanması ve tazminat miktarının tespit edilmesi hususundaki belirsizliği gidermek amacıyla, ödenecek tazminatın önceden belirlenmesini ifade etmektedir⁹³.

Bu anlamda, özellikle inşaat sözleşmeleri açısından yüklenicinin yapı eserini teslim borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ihtimaline binaen, yapı sahibinin uğrayacağı zararı gidermeye yönelik tazminatın götürü şekilde belirlenmesine rastlanabilmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, götürü tazminat kavramı (*Pauschalierter Schadenersatz*), gerek ülkemizde gerekse de diğer Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde uygulama açısından cezai şartın gerisinde kalmıştır⁹⁴. Öğretide de götürü tazminatın cezai şarttan daha az ele alındığı ve cezai şarta ilişkin açıklamalarla birlikte yer verildiği görülmektedir⁹⁵. Buna karşılık Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde götürü tazminat (*Liquidated Damages*) hem uygulama hem de öğreti bazında çok daha geniş bir biçimde ele alınmıştır⁹⁶.

89 Tandoğan, Haluk (2010), **Türk Mesuliyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.252.

90 **Oğuzman/Öz**, s.115; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.590.

91 **Tandoğan**, s.435.

92 Birinci Uzun, Tuba (2015), **Götürü Tazminat**, Ankara, **Yetkin**, s.63.

93 Birinci Uzun, s.63; Parlak Börü, Şafak (2017), '**Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış**', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.129, s.196.

94 Birinci Uzun, s.39; Erdem, Mehmet (2009), '**Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi**', Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, s.97; Parlak Börü, s.196.

95 Bkz.Birinci Uzun, s.39, dnp.2; Hannemann, Thomas/ Wiegner, Michael (2014), **Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht**, 4.Auflage, Leiden, Rn.360; Martinek, Michael/Semler, Jörg/Flohr, Eckhard (2016), **Handbuch des Vertriebsrechts**, 4.Auflage, Basel, Rn.209; Ostendorf, Patrick (2015), '**Vertragsstrafe und pauschalierter Schadenersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung, JuristischeSchulung**', s.977; Preussner, Mathias/Kandel, Roland/Jansen, Günther (2017), **Beck'scher Online Kommentar VOB/B**, 26.Auflage, Rn.6; Schuhmann, Ralph (2009), '**Termisicherung im Anlagenbau: Vertragsstrafe oder pauschalierter Schadenersatz?**', ZfBR, s.307; VonWestphalen, Graf/Thüsing, Gregor (2016), **Vertragsrechtund AGB-Klauselwerke**, 38.Auflage, Rn.35.

96 Bkz. Calleros, Charles, '**Punitive Damages, Liquidated Damages and Penalty Clauses in ContractActions**', Brooklyn Journal Of International Law, Vol.32, Issue 1, s.68; De Ge-

B. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN TANIMI VE UNSURLARI

Götürü tazminat, sözleşmenin borçlu tarafından ihlal edilmesi halinde, alacaklının uğradığı zararın giderilmesi için borçlu tarafından ödenecek olan tazminatın, taraflarca önceden belirli bir miktar olarak kararlaştırılmasıdır⁹⁷. Götürü tazminatın kararlaştırıldığı hukuki işlem ise götürü tazminat anlaşması olup, bu anlaşma asıl sözleşmeye bağlı bir yan anlaşma niteliğindedir⁹⁸. Götürü tazminatın unsurları şu şekilde belirtilebilir⁹⁹:

1. Taraflar Arasında Bir Borç İlişkisinin Bulunması

Götürü tazminat, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlaline bağlı olarak kararlaştırılan bir tazminat türüdür. Bu sebeple, sözleşmeye dayanmayan bir borç ilişkisi için götürü tazminat anlaşması yapılamaz¹⁰⁰. Götürü tazminattan bahsedebilmek için, tıpkı cezai şartta olduğu gibi geçerli bir asıl sözleşmenin bulunması gerekmektedir. Zira götürü tazminat anlaşması, asıl sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan tazminat borcuna ilişkindir¹⁰¹. Şu halde götürü tazminatın kaderi, asıl sözleşmenin kaderine bağlıdır. Asıl sözleşmenin geçersizliği, götürü tazminatı da geçersiz kılar. Asıl borcun, borçlunun kusuru olmadan ifasının imkânsız hale gelmesi durumunda da, götürü tazminat talep edilemez¹⁰².

2. Götürü Tazminat Olarak Kararlaştırılan Bir Edimin Bulunması

Götürü tazminat ediminin belirli veya belirlenebilir bir edim olarak sözleşmede kararlaştırılması gerekmektedir¹⁰³. Aksi takdirde götürü tazminat anlaşmasından bahsedilemez. Bu itibarla, tarafların sözleşmede genel bir kayıt koyarak borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda alacaklının zararlarının giderileceğini belirtmeleri yeterli değildir¹⁰⁴. Zira böyle bir durumda tazminat edimi belirli olmadığı gibi belirlenebilir nitelikte de değildir.

est, Gerrit/Wuyts, Filip (2011), 'Penalty Clauses and Liquidated Damages', Contract Law and Economics, Second Edition, s.141; McKenna, Frank (2008), 'Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law Versus Common Law Comparison', Reed Smith, Spring, s.2; Yavuztürk, Duygu (2011), 'Liquidated Damages and Constriction Contracts: English and U.S Perspective', Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1, s.225.

97 Birinci Uzun, s.68; Erdem, s.98; Kapancı, Kadir Berk (2013), 'Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi', Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.656; Parlak Börü, s.197.

98 Birinci Uzun, s.68; Erdem, s.100; Kapancı, s.657; Parlak Börü, s.197.

99 Birinci Uzun, s.69; Parlak Börü, s.198.

100 Birinci Uzun, s.69; Parlak Börü, s.199.

101 Erdem, s.100.

102 Erdem, s.100.

103 Kapancı, s.658; Parlak Börü, s.199.

104 Birinci Uzun, s.72.

Tazminat ediminin türü, çoğunlukla bir miktar paranın ödenmesi (nakden tazmin) şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu bir zorunluluk olmayıp, taraflar tazminat olarak başka bir şeyin ödenmesini de kararlaştırabilirler¹⁰⁵. Tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesi kararlaştırılmışsa, bu edimin tek bir seferde topluca veya irat şeklinde bir süreye bağlanarak ödenmesinin kararlaştırılması mümkündür.

Taraflar götürü tazminatın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Ancak öğretide götürü tazminat miktarının, sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkması muhtemel olan zarara ilişkin “*makul bir tahmin*” ile sınırlı olduğu düşüncesi hâkimdir¹⁰⁶. Taraflarca belirlenen miktar, makul bir tahminin ötesinde borçlu açısından ekonomik yıkıma yol açacak derecede yüksekse, kişilik haklarına ve ahlaka aykırılık teşkil edeceği için götürü tazminat anlaşması kesin hükümsüz olacaktır¹⁰⁷.

3. Tarafların Anlaşması

Götürü tazminat, tarafların asıl sözleşmenin ihlal edilmesi sonucunda alacaklının uğraması muhtemel zararlarının giderilmesi amacıyla önceden belirledikleri tazminatı ifade etmektedir. Dolayısıyla götürü tazminattan bahsedebilmek için, tarafların serbest iradeleri çerçevesinde böyle bir tazminatın ödeneceği hususunda anlaşmış olmaları gerekmektedir. Götürü tazminat anlaşması çoğunlukla asıl sözleşmenin içinde yer alan bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁸. Ancak bu anlaşmanın asıl sözleşmeden ayrı olarak yapılması da mümkündür¹⁰⁹. Önemli olan nokta, götürü tazminat anlaşmasının zarar meydana gelmeden önce yapılmış olmasıdır. Aksi takdirde, yani zarar meydana geldikten sonra tarafların tazminat miktarı hususunda yaptıkları anlaşma götürü tazminat anlaşması değil, bir sulh sözleşmesi niteliğindedir¹¹⁰.

Götürü tazminat anlaşması kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir¹¹¹. Ancak bu anlaşmanın kaderi asıl sözleşmeye bağlı olduğundan, asıl sözleşme için bir şekil şartı söz konusu ise, götürü tazminat anlaşmasının da aynı şekilde yapılması gerekmektedir¹¹². Şekle ilişkin bu durum, götürü tazminat anlaşmasının asıl sözleşmeden sonra ve zararın doğmasından önce yapılması

105 **Birinci Uzun**, s.73; **Erdem**, s.105.

106 **Birinci Uzun**, s.76; **Parlak Börü**, s.201.

107 **Erdem**, s.103.

108 **Birinci Uzun**, s.84.

109 **Erdem**, s.103.

110 **Erdem**, s.103.

111 **Birinci Uzun**, s.85.

112 **Erdem**, s.100.

halinde de geçerlidir. Yani her hâlükârda götürü tazminat anlaşması asıl sözleşmenin şekline tabidir.

Asıl sözleşmenin tarafları, aynı zamanda götürü tazminat anlaşmasının da tarafları konumundadır. Söz gelimi, inşaat sözleşmesinde yapı eserini teslim borcu altında olan yüklenici, eğer götürü tazminat anlaşması yapılmışsa bu tazminat borcunun da borçlusudur. Kural bu olmakla birlikte, tam üçüncü kişi yararına sözleşmenin var olduğu durumlarda, asıl borç ilişkisine taraf olmayan kişilerin götürü tazminat anlaşmasının alacaklısı konumunda olmaları mümkündür¹¹³.

C. GÖTÜRÜ TAZMİNATIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Götürü tazminat anlaşması, tek tarafa borç yükleyen, fer'i nitelikte ve kendine özgü yapıda bir sözleşmedir. Bu anlaşmada borçlu, asıl sözleşmedeki yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bir zararın ortaya çıkması halinde tazminat ödemeyi üstlenmektedir. Buna karşılık alacaklının götürü tazminat anlaşması açısından yerine getirmesi gereken bir borç bulunmamaktadır¹¹⁴. Dolayısıyla götürü tazminat anlaşması, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme ilişkisi kurmaktadır¹¹⁵.

Öte yandan götürü tazminat anlaşması, geçerli bir asıl borcun varlığına bağlıdır. Zira götürü tazminat, söz konusu asıl borcun ihlali sonucu oluşması muhtemel zararın belirlenmesini amaçlar. Demek ki götürü tazminat anlaşması, asıl borcun yanında fer'i nitelikte bir borç doğurmaktadır.

Götürü tazminat anlaşması kanunda düzenlenmediği gibi, bu anlaşmaya ait olan unsurlar, kısmen veya tamamen kanunda yer alan sözleşme tiplerinden hiç birinde de bulunmamaktadır. Bu sebeple götürü tazminat anlaşması kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir sözleşmedir¹¹⁶.

D. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE GÖTÜRÜ TAZMİNATIN CEZAI ŞARTTAN AYIRT EDİLMESİ

1. Genel Olarak

Götürü tazminat ve cezai şartın birbirinden ayırt edilmesi eskiden beri üzerinde durulan hususlardan biridir¹¹⁷. Özellikle de inşaat sözleşmeleri aç-

113 **Birinci Uzun**, s.83.

114 **Birinci Uzun**, s.88.

115 **Kapancı**, s.658.

116 **Erdem**, s.109.

117 Bock, Yves/Zons, Jörn (2015), **Rechtshandbuch Anlagenbau**, 1.Auflage, Leinen, Rn.9-18; **Kapancı**, s. 656; **Kocağa** (2003), s.49; **Ostendorf**, s.978; **Hannemann/ Wiegner**, Rn.362.

sından yüklenicinin yapı eserini teslim borcunda temerrüde düşmesine bağlı olarak sözleşmede belirli bir miktar paranın ödeneceğinin kararlaştırıldığı kayıtların, cezai şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Zira sonuca göre farklı durumların ortaya çıkması ihtimal dâhilindedir¹¹⁸.

Öğretide götürü tazminat ile cezai şartın birbirinden ayrılması noktasında iki farklı görüş olduğu görülmektedir. Bir görüşe göre, cezai şarttan ayrı bir götürü tazminat kurumuna gerek yoktur¹¹⁹. Zira borca aykırılık halinde ödenecek meblağa ilişkin önceden yapılan anlaşmalar cezai şartın kapsamına girmektedir. Bu sebeple, söz konusu anlaşmaların cezai şarttan farklı bir durum olarak ele alınması için sebep bulunmamaktadır. Çoğunluk görüşüne göre ise, götürü tazminat ve cezai şart kurumları hem nitelik hem de amaç bakımından birbirinden farklıdır¹²⁰. Dolayısıyla, cezai şarta ilişkin hükümlerin doğrudan veya dolaylı olarak götürü tazminata uygulanması mümkün değildir. Biz de çoğunluk görüşüne katılıyoruz.

2. Götürü Tazminat ile Cezai Şart Arasındaki Farklılıklar ve Yorum Kriterleri

Hukukumuzda götürü tazminatı düzenleyen bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu sebeple, götürü tazminatın cezai şarttan ayırt edilmesinde tazminat hukukunun genel ilkeleri ve cezai şarta dair düzenlemelerden yola çıkmak gerekmektedir¹²¹. Bu iki kavram arasındaki farklar şu şekilde belirtilebilir¹²²:

- Götürü tazminatın amacı, meydana gelmesi muhtemel zarar için ödenecek tazminatı önceden belirlemek ve alacaklıya ispat kolaylığı sağlamaktır. Cezai şartın amacı ise, borçlu üzerinde baskı kurarak onu ifaya zorlamaktır.

118 **Kocağa** (2003), s.50; **Parlak Börü**, s.218.

119 **Sarı, Suat** (2011), ‘**Götürü Tazminat Kavramı Üzerine**’, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s.303; **Tunçomağ, Kenan** (1963), **Türk Hukukunda Cezai Şart**, Baha Matbaası, İstanbul, s. 29.

120 **Birinci Uzun**, s.142; **Erdem**, s.120; **Kapancı**, s.675; **Kocağa** (2003), s.52; **Ozanoğlu**, s.90; **Parlak Börü**, s.219.

121 **Kapancı**, s.676; **Parlak Börü**, s.221.

122 **Birinci Uzun**, s.146 vd; **Kapancı**, s.677; **Kocağa** (2003), s.52 vd; **Ozanoğlu**, s.90 vd; **Parlak Börü**, s.221 vd.

- Götürü tazminatta borçlunun asıl borcu kusurlu olarak ihlal etmiş olması gerekmektedir¹²³. Aksi takdirde tazminat istenemez. Cezai şart talep edilebilmesi içinse borçlunun mutlaka kusurlu olması gerekmez. Borçlu kusursuz olsa bile, sözleşmeye aykırılık gerçekleşmişse cezai şart talep edilebilir¹²⁴.
- Götürü tazminatta alacaklı ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olsa bile, zamanaşımı süresi içerisinde tazminat talep edebilir¹²⁵. Cezai şartta ise alacaklı ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olursa artık cezai şart talep edemez (TBK m.179/2).
- TBK m.182/3 gereğince hâkim, aşırı gördüğü cezai şartı kendiliğinden indirir. Yani cezai şartta hâkim sözleşmeye müdahale edilmektedir. Götürü tazminatta ise hâkimin böyle bir yetkisi yoktur¹²⁶. Zira götürü tazminat, tazminatın belirlenmesi hususunda hâkimin sahip olduğu takdir yetkisini ortadan kaldırmaktadır.

Sözleşmede yer alan kaydın götürü tazminat mı yoksa cezai şart mı olduğu tespit edilirken, tarafların sözleşmede yaptıkları nitelendirme tek başına dikkate alınmaz¹²⁷. Zira tarafların cezai şart olarak nitelendirdikleri bir kaydın, aslında götürü tazminat olması mümkündür. Şu halde bu ayırım yapılırken, tarafların sözleşmede takip ettikleri gerçek amaçları irdelenmelidir¹²⁸. Taraflar zarara odaklanıp, tazminat miktarını belirlemeyi amaçlamışlarsa götürü tazminat gündeme gelir. Ancak taraflar, zarardan daha çok sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesine yönelmişlerse, sözleşmedeki kaydın cezai şart olduğu söylenebilir¹²⁹.

Sözleşmede yer alan kayıta kararlaştırılan edimin miktarı önemli bir gösterge olabilir¹³⁰. Edimin miktarı, makul ve tahmini zarar miktarından çok daha yüksekse, bu durum cezai şartın varlığına işaret edebilir¹³¹. Zira edimin miktarının çok yüksek olması, borçlunun üzerinde baskı oluşturulduğu izlenimini vermektedir. Uğranılan zarar ile kararlaştırılan edimin miktarı arasında fazla fark bulunmuyorsa, yani makul bir zarar tahmini olduğu söylenebiliyor-

123 **Birinci Uzun**, s.149.

124 **Kocaağa** (2003), s.171.

125 **Kocaağa** (2008), s.151.

126 “Sözleşmede aylık tazminat maktu olarak kararlaştırılmışsa aylık zarar daha fazla olsa dahi, zararın kararlaştırılmış olan miktar kadar olduğu asıldır. Bu maktu kira tazminatı is sahibi yararına artırılmayacağı gibi, yüklenici yararına da indirilemez”. Yargıtay 23.HD, 2013/5655 E.,2014/4452 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

127 **Ozanoğlu**, s.91.

128 **Ozanoğlu**, s.91.

129 **Kapancı**, s.679.

130 **Birinci Uzun**, s.158.

131 **Kapancı**, s.679.

sa, sözleşmedeki kayıt götürü tazminat olarak değerlendirilebilir¹³². Ancak her yüksek miktar, sözleşmedeki kaydı tek başına cezai şart olarak nitelendirmeye yeterli değildir.

3. Yargıtay'ın Yaklaşımı

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi ihtimaline bağlı olarak gecikilen her gün/hafta/ay için bir miktar paranın iş sahibine ödeneceğine dair kayıtlar yer almaktadır. Yargıtay bu tür kayıtları bazı kararlarında “kira tazminatı” olarak nitelendirmektedir. Nitekim bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir:

“Davacı arsa sahibinin geç teslim nedeniyle mahrum kaldığı kira gelirin (kira tazminatına) ilişkin istemi mahkemece ifaya ekli cezai şart olarak değerlendirilip, eserin teslimi sırasında ceza isteme hakkı saklı tutulmadığı ve böylece talep hakkının düştüğü gerekçesiyle reddedilmiştir. Oysa sözleşmenin 10/2 maddesinde aynen “...binanın iş bu sözleşmede belirtilen sürede teslim edilmemesi durumunda geçecek her ay için günün kira bedeline göre bağımsız bölümlerin her biri için kira bedeli arsa sahiplerine ödeyecektir.” denilmektedir. Sözleşmenin bu hükmü cezai şart olmayıp, geç teslimden doğan kira alacağı niteliğindedir. Bu sebeple davacı eseri teslim alırken ihtirazı kayıt dermeyeran etmese bile, muaccel olduğu tarihten itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde alacağını talep ve dava edebilir”¹³³. Demek ki Yargıtay götürü tazminatı geç teslimden doğan kira tazminatı olarak ifade etmektedir¹³⁴.

Ancak başka bir kararda, “Yanlar arasındaki 22.6.1993 tarihli Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesine göre inşaat süresi sözleşme tarihinden itibaren 34 aydır. Sözleşmenin 9. maddesine göre daireler süresinde teslim edilmezse geçen her ay için daire başına 3.000.000.-TL tazminat ödenecek, 6 aydan sonra tazminat miktarı daire başı 6.000.000.-TL olacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan bu bedel ifaya ekli cezai şart niteliğindedir”¹³⁵ görüşüne yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere ilk karara konu olan sözleşme kaydı, binanın geç teslim edilmesi durumunda arsa sahiplerinin gecikmeye bağlı olarak uğrayacakları zararın miktar itibariyle önceden belirlenmesi amacını taşımaktadır. Burada zarar miktarı, günün kira bedeli üzerinden kararlaştırılmıştır. Diğer kararda ise, gecikmeye bağlı olarak ödenecek miktar yükleniciyi bir an önce inşaatı teslim etmeye zorlama amacını gütmektedir. Zira altı aydan sonra her ay için ödenecek meblağ iki katına çıkarılmaktadır.

132 **Birinci Uzun**, s.159.

133 Yargıtay 15. HD, 2001/4547 E., 2002/411 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

134 **Kocaağa** (2003), s.54.

135 Yargıtay 15. HD, 2003/6165 E., 2004/3813 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

SONUÇ

Cezai şart ve götürü tazminat, benzer özelliklere sahip olan ancak farklı amaçlara hizmet eden fer'i nitelikte anlaşmalardır. Söz konusu iki anlaşmanın birbirinden ayırt edilmesi özellikle inşaat sözleşmeleri açısından önem taşımaktadır. Zira sözleşmede yer alan kaydın cezai şart veya götürü tazminat olarak kabul edilmesi, birbirinden farklı sonuçların doğmasına sebep olmaktadır. Ancak götürü tazminatın kanunda düzenlenmemesi sebebiyle, sözleşmede yer alan kayıtların niteliği noktasında ayırım yapmak güçleşmektedir. Bu hususta hâkime düşen görev, cezai şarta ilişkin hükümlerden ve tazminat hukukuna dair ilkelerden yola çıkarak tarafların sözleşmeye koydukları kaydı yorumlamaktır.

Cezai şartın en belirgin özelliği, borçluyu ifaya zorlama noktasında bir baskı aracı olmasıdır. Dolayısıyla inşaat sözleşmelerinde gecikmeye bağlı olarak bir miktar para ödenmesine ilişkin kayıtların bu amacı taşıdığı söylenebilir. Ancak tarafların amacı, yükleniciyi ifaya zorlamaktan ziyade geç teslim sebebiyle ortaya çıkması muhtemel olan zararı önceden tespit etmek ise, götürü tazminattan bahsedilebilir.

KAYNAKÇA

Akkayan Yıldırım, Ayça (2003), ‘**Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Bir Değerlendirme**’, İÜHFEM , C.LXI, S.1-2, s.357-414.

Avcı, Ali (2015), ‘**Eser Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar**’, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 6, Sayı 21, s.285-335.

Ayan, Serkan (2008), ‘**İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**’, İstanbul, Seçkin.

Ayhan, Rıza (2013), ‘**Ticari İş Kavramı ve Tacir Sıfatına Bağlanan Ücret ve Sözleşme Cezalarının İndirilmesini İsteyememe**’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII, S.1-2, s. 291-314.

Bilge, Necip (1958), ‘**Cezai Şart**’, Prof. Dr. Esat Arsebük’e Armağan, Ankara, s.38-126.

Birinci Uzun, Tuba (2015), ‘**Götürü Tazminat**’, Ankara, Yetkin.

Bock, Yves/Zons, Jörn (2015), ‘**Rechtshandbuch Anlagenbau**’, 1.Auflage, Leiden.

Bucher, Eugen (1988), ‘**Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**’, 2.Auflage, Zürich.

Calleros, Charles, ‘**Punitive Damages, Liquidated Damages and Penalty Clauses in Contract Actions**’, Brooklyn Journal Of International Law, Vol.32, Issue 1, p.67-80.

Cansel, Erol/Özel, Çağlar (2012), ‘**Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu**’, Prof.Dr.Aydın Zevkliler’e Armağan, C.I, s.713-733.

De Geest, Gerrit/Wuyts, Filip (2011), ‘**Penalty Clauses and Liquidated Damages**’, **Contract Law and Economics**, Second Edition, p.141-161.

Erdem, Mehmet (2009), ‘**Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi**’, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, s. 97-124.

Eren, Fikret (2017), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Yetkin.

Eren, Fikret (2015), **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin.

Erman, Hasan (2010), **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Der Yayınları, İstanbul.

Hannemann, Thomas/ Wiegner, Michael (2014), **Münchener Anwalts-handbuch Mietrecht**, 4.Auflage, Leiden.

Hatemi, Hüseyin/Gökayla, Emre (2015), **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Kapancı, Kadir Berk (2013), '**Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi**', Prof.Dr.Mustafa Dural'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.655-683.

Kaplan, İbrahim (2013), **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin.

Kocaağa, Köksal (2014), **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Yetkin.

Kocaağa, Köksal (2008), '**İnşaat Sözleşmesinde İşi Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?**', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 74, s.149-157.

Kocaağa, Köksal (2003), **Türk Özel Hukukunda Cezai Şart**, Ankara, Yetkin.

Koller, Alfred (2006), **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Ohne Deliktsrecht**, Band II, Bern.

Luft, Manuela (2016), '**Die Vertragsstrafe im Bauvertrag**', Neue Juristische Wochenschrift, s.2470-2476.

Martinek, Michael/Semler, Jörg/Flohr, Eckhard (2016), **Handbuch des Vertriebsrechts**, 4.Auflage, Basel.

McKenna, Frank (2008), '**Liquidated Damages and Penalty Clauses: A Civil Law versus Common Law Comparison**', Reed Smith, Spring, p.2-7.

Münchener Kommentar zum BGB (2016), 7.Auflage.

Nomer, Haluk Nami (2015), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, Beta Basım.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut (2016), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.II, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Ostendorf, Patrick (2015), '**Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung**' Juristische Schulung, ss.977-989.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin (1999), '**İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart Kayıtları**', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, Sayı 1-2, ss.65-118.

Parlak Börü, Şafak (2017), '**Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış**', Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.129, ss.195-228.

Preussner, Mathias/Kandel, Roland/Jansen, Günther (2017), **Beck'scher Online Kommentar**, VOB/B, 26.Auflage.

Sarı, Suat (2011), '**Götürü Tazminat Kavramı Üzerine**', Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 12 Levha Yayınları, ss.299-304.

Schuhmann, Ralph (2009), '**Termisicherung im Anlagenbau: Vertragsstrafe oder pauschalierter Schadensersatz?**', ZfBR, ss.307-318.

Schulze/Grziwotz/Lauda (2017), **BGB Kommentiertes Vertrags und Prozessformularbuch**, 3.Auflage.

Seliçi, Özer (1978), **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul.

Şenyüz, Doğan (2016), **Borçlar Hukuku**, Bursa, Ekin Basım Yayın.

Tamer, Ahmet (2013), '**Tacirler Bakımından Cezai Şart**', Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 4, Sayı 14, ss.747-785.

Tandoğan, Haluk (2010), **Türk Mesuliyet Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Tekinay, S.Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla (1993), **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, İstanbul.

Tunçomağ, Kenan (1963), **Türk Hukukunda Cezai Şart**, İstanbul, Baha Matbaası.

Von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold (1974), **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Band I, Zürich.

Von Westphalen, Graf/Thüsing, Gregor (2016), **Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke**, 38.Auflage.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak (2014), **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, Beta Basım.

Yavuztürk, Duygu (2011), ‘**Liquidated Damages and Constriction Contracts: English and U.S Perspective**’, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S.1, s.225-241.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre (2014), **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, Turhan Kitabevi.

Yargıtay Kararları: Kazancı Mevzuat İçtihat Bilgi Bankası.

Çeviri

İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU/OR 2020'YE İLİŞKİN ELEŞTİREL DÜŞÜNCELER*

Prof. Dr. iur. Heinrich Honsell** (Zürich/Salzburg)

Çeviren: Arş. Gör. Ümmühan Kaya***

Beş yıllık süre zarfında, İsviçre'nin tüm fakültelerinde yer alan hukukçular, İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü ve Prof. Dr. Claire Huguenin ile Prof. Dr. Reto M. Hilty başkanlığında oluşturulan Federal Adalet Komisyonu, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerini sistematik olarak yenilediler ve güncel gelişmelere uyarladılar. Yazar, tasarı halindeki yeni Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerini eleştirel olarak değerlendirmekte ve yazarlar tarafından tercih edilen “Denenmişleri muhafaza etmek, yeni alanlar yaratmak” mottosunun nerelerde takip edildiğine ve yeni önerilen düzenlemelerden hangilerinin hukuk uygulamasında faydalı olmayacağına işaret etmektedir.

* Bu makale, Huguenin, Claire/Hilty, Reto M.(Hrsg.) (2013): **Schweizer Obligationenrecht 2020- Entwurf für einen neuen Allgemeinen Teil**, Paperback, 934 S. (Schulthess Verlag) künyeli kitabın eleştirisinden oluşmaktadır.

** Prof. Dr. Honsell'e ait olan bu makale Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ 109/2013, s. 457-461)'da yayınlanmıştır. Makalenin dipnotları içeriğine dokunulmaksızın şekil bakımından YBHD'nin yayın ve yazım kurallarına uygun hale getirilmiştir.

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ukaya@ybu.edu.tr

I. GİRİŞ

İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020, Claire Huguenin ve Reto Hilty'nin editörlüğünde büyük çoğunluğu İsviçre Üniversitelerinde çalışan 27 yazarla birlikte hazırlanan, açıklamalar¹ ile donatılmış yeni İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısıdır.

Borçlar Kanunu, 1848'de kurulan yeni İsviçre Konfederasyonu'nun ilk kodifikasyonudur ve bugün hâlâ dünyanın en modern Medeni Kanunlarından birisidir. 1911 yılında yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu/OR, 1911 yılından önceki ve sonraki birtakım değişikliklere rağmen hâlâ 1881/83 tarihli eski Borçlar Kanunu'nun aynısıdır, onun içeriğinde esaslı bir değişiklik yapılmamıştır. Bu büyük çalışmanın asıl kurucusu, Bern'li Profesör Walther Muzinger'dir. İsviçre Borçlar Kanunu/OR, Alman Medeni Kanunu/BGB gibi esas itibarıyla Alman Federal Devleti için 1849 tarihli Paul Kilisesi İmparatorluk Anayasası'na dayanılarak kaleme alınmış ve Roma-Ortak hukukunun başarılı ve görece orijinaline uygun bir kodifikasyonu olan Borçlar Kanunu'nun Dresdner Tasarısı'na dayanır. Bu, sade bir anlaşılabilirlikten ve görkemli bir büyüklükten oluşan bir eserdir².

II. BÜTÜNCÜL BİR DEĞİŞİKLİĞİN GEREKLİLİĞİ?

Bütün hukuk sùjeleri için yeni ve büyük bir öğrenim vazifesi gerektiren ve yargı tarafından yapılan işi her halükârda kısmen de olsa anlamsız kılacak bütüncül bir değişiklik durumunda, bu değişikliğin gerekliliğine ilişkin şiddetli bir soru(n) ortaya çıkar. Editörler, bu değişikliğin gerekliliğini; (hukuki) belirginliğin kaybolduğunu³, kanuni “boşluklar” ve “ayrıntılı, fuzuli ve çelişkili normların” varlığını öne sürerek kabul etmektedirler⁴. Bu arada, detaylı incelendiğinde, şaşırtıcı bir şekilde, bu ağır eleştiriyi ilgili pek az şey bulunur. Sözde kaybolmuş bu (hukuki) belirginlik en azından genel hükümler için söz konusu değildir. Zira (Borçlar Kanununun) yüzyıllık yürürlüğü süresince yapılan, ziyadesiyle dogmatik soyutlama düzeyine dayanan, pek az değişiklik ihtiyacına sebebiyet veren yenilikler genel hükümler alanında oldukça azdı. Birçok değişiklik özel hükümlere ilişkindi⁵. Bu sebeple Tasarının şimdije kadarki maddelerde konuya ilişkin alışılmış bölümlemeyi terk etmesinin bir anlamı yoktur. Şimdi biz her bir revizyonda numaralandırmanın değiştiği AB Anlaşmasında olduğu gibi, eski maddelere işaret ederek çalışmak zorundayız.

1 Açıklamalar çoğunlukla görece kısa, kısmen de gerekçe ve ispat bakımından zayıftır.

2 Detaylı olarak bkz. Honsell (2011) **100 Jahre Schweizer Obligationenrecht**, ZSR II 5 vd.

3 **Huguenin/Hilty**, Einl. N 1.

4 **Huguenin/Hilty**, Einl. N 3.

5 Revizyona genel bakış için bkz. <<http://www.admin.ch/ch/d//sr/2/a220.html>>

220 maddelik Tasarı; ideal olan 183 maddelik, kısa İsviçre Borçlar Kanunu'ndan daha uzundur, yine de bu durum Tasarıya bir belirginlik kazandırmaz. Her ne kadar vekâletsiz işgörmenin sistematik olarak genel hükümlere ait olduğu düşüncesi isabetli ise de, konunun vekâlet⁶ yerine sebepsiz zenginleşmede düzenlenmesi⁷ uygun değildir⁸. Ayrıca tutarlı bir şekilde havalenin de üçüncü kişi yararına sözleşme başlığı altında düzenlenmesi gerekirdi. Mevcut Tasarıda aşırı yararlanmanın, yanılmanın yanında düzenlendiğini görüyoruz*. Koşul, cezai şart vb. kurumlar açıklanabilir bir sebep olmaksızın üçüncü ayırmadan sona⁹ kaydırılmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki çelişkiler oldukça azdır ve her kanunda olan kaçınılmaz boşluklar, genellikle yargı kararları yoluyla uygun bir şekilde doldurulmaktadır. O halde sorun nerededir? 100. yıl kutlamaları¹⁰ münasebetiyle doktrinde birtakım değişiklik taleplerinin ima edilmesi, böyle bir girişimi haklı çıkarmaz. İhtiyatlı ve sınırlı bir değişikliğin dahi ne kadar az şey getirdiğini ve ne kadar çok yeni tartışma konularına yol açtığını, eski sorunların çözümünden ziyade yeni sorunlar ortaya çıkaran Alman borçlar hukuku modernizasyonu ürkütücü bir şekilde göstermektedir.

III. HALİHAZIRDAKİ UYGULAMANIN BİÇİMSSEL BAKIMDAN UYARLANMASI ve DÜZENLENMESİ

Değişiklik tekliflerinin birçoğunda içerik bakımından bir yenilik değil, bilakis tartışmalı değere sahip biçimsel değişiklikler söz konusudur. Makyajlanmış (şekle ilişkin) düzeltmelerin hukuki güvenlik açısından bir faydası olmadığından, bunlara karşı temkinli davranmak yerindedir; çünkü uygulayıcı, her bir değişiklikte içeriğe ilişkin düzeltmelerin amaçlanmış olup olmadığını ve ne derece amaçlanmış olduğunu sorgular¹¹. Bu problem hemen, burada örnek kabilinden detaylı olarak incelenen Thomas Probst tarafından sorumluluğu üstlenilen 1. maddenin 1. fıkrasında görülebilir ki söz konusu hüküm gelecekte şu şekilde ifade edilecektir: Sözleşmenin kurulması tarafların birbirine

6 Art. 422 OR.

7 Yeni Art. 75 vd.

8 **Huguenin/Hilty**, Einl. N 22.

* Çevirenin notu: Mevcut İsviçre Borçlar Kanunu m. 23 vd.nda irade sakatlıkları (yanılma, aldatma, korkutma) düzenlenmiş, ancak aşırı yararlanma bu kısımda değil, 21. maddede düzenlenmiştir.

9 Pascal Pichonnaz tarafından incelenen Art 209 vd.

10 1883 ve 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu/OR için.

11 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu/OR'nda yapılan değişikliklerle ilgili eleştiri için karşılaştığımız, E. Bucher (1988) **OR AT**, 2. A., 20.

uygun, karşılıklı irade açıklamalarını *gerektirmektedir*, halihazırdaki metinde ise şu şekilde formüle edilmiştir: ... tarafların ... irade açıklamaları *gereklidir*. Bu değişiklikte herhangi bir yanlışlık yoktur, fakat merak edilen kimin yararına olduğudur. Hatta bu ifadenin çoğul olması bile mümkündür, elbette şu anki metin sadece bir irade beyanının olabileceği şeklinde bir yanlış anlamaya işaret etmez, bilakis her bir tarafın bir irade açıklamasında bulunacağı kolaylıkla anlaşılabilir. *Gereklidir (ist erforderlich)* yerine *gerektirmektedir (bedarf)* yüklemi, gözle görülebilir bir yarar sağlamaz. 2. fıkra, örtülü *davranışın* aksine *hukuki sonuç doğurmaya yönelik davranış* (ifadesi) şu ana kadarki yorum karşısında bir farklılık oluşturmaz. Fakat dil bilimsel olarak 2. fıkranın eski düzenleniş biçimi olan “O (irade açıklaması) açık veya zımni olabilir.” ifadesi, yeni öneri olan “*İrade açıklamaları açık veya hukuki sonuç doğurmaya yönelik davranış şeklinde olabilir.*” ifadesine nazaran çok daha iyidir. Yeni 3. fıkra, yer alan ders kitabı niteliğindeki açıklamalar lüzumsuzdur: “*Tarafların anlaşması müzakere ile veya müzakere olmaksızın bir önerinin kabulü yoluyla veya başka bir şekilde vuku bulabilir.*” Hazırlar arası (bir sözleşmenin eşzamanlı imzalanması) bir sözleşmenin kurulması bakımından hususi hiçbir sorun oluşturmadığından, kanun bugüne kadar 2. maddeden 10. maddeye kadar öneri (icap) ve kabul yoluyla sadece müteakip sözleşmenin kurulmasını düzenlemektedir. Tasarı, bu şekilde uzun zaman önce açıklığa kavuşturulmuş ufak tefek şeylerle devam etmektedir. Tasarıdaki 4. madde, telefonun yanı sıra “eş zamanlı iletişimin diğer araçları”nı zikretmektedir. Tasarı, özellikle internet üzerinden yapılan işlemlerde ortaya çıkan anlamsız neticeye rağmen, malın sergilenmesinin öneri sayıldığı, isabetli olmayan 7. maddenin 3. fıkrasını muhafaza etmektedir. Herkese açık bir öneri doktrinde her zaman sadece öneriye çağırma olarak geçerliydi. Tasarıdaki 10. madde, yargı kararlarında öteden beri kabul edilen, (öneriden) farklı veya gecikmiş kabulün yeni bir öneri sayılacağı hususunu ilk kez düzenlemiştir¹². Bir taraf, örneğin malın gönderilmesi yoluyla (öneriden) farklı bir şeyi kabul ettiğinde, öneri ve kabulün uygulama alanının yeniden başlaması gerekmediğinden, aksine sözleşmenin kurulması basitçe sonuç doğurmaya yönelik olarak ortaya çıkabileceğinden bu durum açıklığa ve sadeleştirmeye hizmet eder. Tüketiciyi korumaya ilişkin örnek Avrupa Birliği düzenlemelerine dair mütemadi değişiklikteki düzenlemenin ayrıntılı olarak tasarıya aktarılmaması memnuniyet vericidir. Cayma hakkıyla (Tasarınının 16 vd. maddeleri) ilgili sadece, kanuni düzenlemesi Tasarınının 1. fıkrasında geniş bir şekilde ifade edilmiş olan bir “bağlantı normu” önerilmektedir¹³.

12 § 150 BGB ile de karşılaştırınız.

13 “Bir tüketim sözleşmesi yapan kimse, ona teklif edilen edim veya onun risklerine ilişkin

IV. KAVRAM ve İÇERİĞE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Bu gerekli, örnek niteliğindeki detaylı incelemeyi yarıda kesiyoruz ve en önemli normlar bütünü için tasarının içerik ve kavramına yöneliyoruz. 11. maddenin 2. fıkrasına göre yasal veya akdi şekil bir geçerlilik şartıyken, yeni düzenlemede şekil eksikliğinin hukuki sonuçları, genel olarak şeklin amacına bağlıdır (Tasarı m. 27)¹⁴. Kuşkusuz özünde memnuniyet verici olan bu esnekleştirme hukuki güvenlik açısından ciddi bir zarara/hasara neden olabilir ve muhtemelen tasarıyla birlikte sarkaç büyük ölçüde başka bir yöne savrulacaktır. Bugüne kadar, şekle ve süreye ilişkin amaçsal sınırlamanın kural olarak dikkate alınmaması ve yüksek mahkemenin sadece sınırlı olay gruplarında hakkın kötüye kullanılması ile yardım etmesi söz konusuydu. (Tasarıda) Aynı amaca (kesin hükümsüzlüğün önlenmesi) ulaşmayı hedefleyen, eksikliğin giderilmesi (Tasarı m. 29) ve tahvile (Tasarı m. 35) ilişkin hükümler yenidir. Yazılı şeklin yanı sıra Alman modeline uygun olarak 25. maddede kolaylaştırılmış bir metin şekli yer almaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu/OR m. 22’de yer alan önsözleşme, herhangi bir gerekçe gösterilmeden tasarıya alınmamıştır.

Tasarı 20. maddesinde (ahlaka aykırılık vb. nedenlerden dolayı kesin hükümsüzlük) de paralel bir konsept izlemektedir. 20. maddedeki “mutlak” kesin hükümsüzlük, detaylı bir açıklama yapılmadan “esnek” geçersizlik ile ikame edilmektedir¹⁵. (Tasarıdaki) 30. madde, geniş ölçüde birbirleriyle örtüşükleri tartışılmaksızın artık sadece emredici hükümler ile kamu düzenini, (sözleşmenin içeriğine ilişkin) bir sınır olarak zikretmektedir. İçeriğe ilişkin yeni bir düzenleme amaçlanmaksızın, imkânsızlık ve ahlaka aykırılık ortadan kalkacaktır¹⁶. Geçersizlik, şekilde (Tasarı m. 27) olduğu gibi amaçla bağlı olacaktır (Tasarı m. 31).

Sistematik sebeplerden dolayı aşırı yararlanmanın (Tasarı m. 41) da dahil edildiği yanılma, aldatma ve korkutma, dikkatli bir şekilde yenilenmiştir¹⁷. Esaslı ve esaslı olmayan yanılma arasındaki ayrım sürdürülmektedir. Pandekt hukukuna ilişkin bir sınıflandırma olan şahısta, sözleşmenin konusunda, sözleşmenin niteliğinde ve miktarda yanılma Tasarıda yer almamaktadır. Aşırı ya-

yeterli derecede bir inceleme yapamazsa, ...” Bu durum, mağazadaki çoğu alıcı (müşteri) için geçerlidir. Tüketici sözleşmesi yerine tüketim sözleşmesinin hükme konulması da hatalıdır.

14 **Emmenegger/Kurzbein**, Art. 21 N 3 vd.

15 **Huguenin**, Art. 30 N 30 vd.

16 **Huguenin**, Art. 30 N 2.

17 **Wolfgang Ernst**, Vorbem. zu 38 vd. N 2.

rarlanmanın (Tasarı m. 41) kanundaki düzenlemesi, esasa ilişkin bir değişiklik amaçlanmaksızın yeniden formüle edilmiştir¹⁸.

Haksız fiil hukuku, kusur sorumluluğu için artık sadece genel davranış yükümlülüğünün ihlaline dayanacaktır. Bunun yanında işletme sorumluluğunu kapsayan bir organizasyon sorumluluğu (Tasarıda m. 58 vd.) ve genel olarak tehlike arz eden faaliyetlerden kaynaklanan bir tehlike sorumluluğu yer almaktadır. Böylece Tasarı, kısmen *Widmer/Wessner*¹⁹'in gerçekleşmemiş olan sorumluluk hukukuna ilişkin reform tasarısını takip etmektedir. Yazarların²⁰ değerlendirmesine göre düzeltmeler çoğunlukla (sadece) maddelerin kaleme alınışına ilişkindir. Huber'in rücadaki kademeli sistemi, haklı olarak kaldırılacaktır²¹.

Tasarının özellikle tartışmalı olan yeniliği, bir taraftan geçersizlik veya iptal edilebilirlik arasındaki ayrımın, diğer taraftan dönme (tür değiştirme vs.) sebebiyle sözleşmenin sona ermesinin terkedilmesidir. Şekle veya içeriğe ilişkin bir eksiklik, yanılma vs. istisnai olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açarsa, 37. ve 45. maddeler uyarınca işlemin hiç yapılmamış hale getirilmesi, sebepsiz zenginleşme veya istihkak kurumuna göre değil, dönme için de geçerli olan tasfiyeye ilişkin hükümlere (Tasarı m. 79-84) göre gerçekleşir. Bu düzenlemenin, İsviçre Medeni Kanunu'nun bu açıdan açık olan 974/II. maddesi değiştirilmediği sürece, sadece taşınırlarda geçerli olan sebebe bağlılık prensibinin saçmalıklarını gidermesi durumunda bir avantajı bulunabilirdi²². Kuşkusuz, kesin hükümsüzlük (geçersizlik) halleri ile sözleşmenin sonradan ortadan kalkmasının, "tasfiye etmek"(liquidieren) ve "iflas etmek"(fallieren) gibi İsviçre Borçlar Kanunu'na yabancı olan ve iflas hukukuyla sınırlı kalması gereken yabancı kelimelerin seçilmiş olduğu tek bir rejime tabi kılınmasıyla fazla ileri gidilmektedir. Geçersizlik olarak nitelendirilen sözleşmenin sonradan ortadan kalkması veya tasarının terminolojisinde kuruluş ve ifaya ilişkin eksikliklerin tek kavram altında toplanması da dil bilimi açısından had safhadadır. Buna ilişkin açıklamalar, bu mevzuda şüpheli ve tutarsızdır. Böylece bu

18 Yukarıdaki 3. başlık ile karşılaştırınız.

19 *Pierre Widmer/Pierre Wessner*, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Vorwurf eines Bundesgesetzes, şu linkten ulaşılabilir: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_haftpflicht.html> s.e.t: 22.8.2013.

20 **Fellmann/Müller/Werro**, Einl. 1 vor Art. 46.

21 **Furrer/Körner**, Art. 204 N 2; son eleştiri için bkz. **Honsell** (2011) ZSR II 5 vd.

22 Sebebe bağlılık ilkesi kaldırılmak istenirse, İsviçre Medeni Kanunu/ZGB m. 714/1 ve 974/2'nin değiştirilmesi gerekmektedir.

hüküm, Huguenin/Hilty/Purtschert²³'in görüşüne göre Tasarıdaki 79. madde- nin lafzıyla uyumlu olan geçersiz olan veya başka bir sebeple etkisiz kalan bütün sözleşmeler için geçerlidir. Buna karşılık, Tasarının 79. maddesi öncesinde yer alan 1 numaralı açıklama, sadece (sonraki) ortadan kalkmayı vurgulamaktadır. Orada şu ifade yer almaktadır: “Bir sözleşme geçerliliğini *yitirirse* veya başka bir sebeple sözleşmenin etkisi ortadan kalkarsa ...”. Geçersiz sözleşme dahi, bir müddet “varlığını korumalı”dır (45 numaralı açıklama), bunun sonucunda (sözleşme) muhtemelen geçerlidir. “Borç ilişkilerinin tasfiye edileceği” anın belirlenmesi muğlaktır²⁴. İstenen açık kavramsallık görülememektedir.

Tasarının kavram birliğinden vazgeçilemez. Kesin hükümsüzlük sebepleri ve borcun ifa edilmemesi bir edim üzerinde birleşmez, aksine birbirinden kesin olarak ayrılır. Bir diğer itiraz, yeni düzenlemenin iradelerin birbirine uygun olmamasını (Tasarı m. 1) açıkça kapsamaması, yani tasfiyenin söz konusu olmadığı bir başlangıçtaki hükümsüzlük halinin hala devam etmesidir. Bu belirsizlik, asıl istirdat davası türleri olmaksızın varlığını sürdüren sebepsiz zenginleşmede (Tasarı m. 64 vd.) devam etmektedir, fakat sebepsiz zenginleşme, onun esaslı uygulama türleri olan borçlanılmayan bir şeyin yanlışlıkla ifası, genel sebepsiz zenginleşme davası (haklı bir sebep olmaksızın zenginleşme), hukuki sebebin sona ermesinden dolayı zenginleşmenin iadesi ve var olan hukuki sebebin gerçekleşmemesi sonucu zenginleşmenin iadesi kurumlarından, yeni tasfiye hukuku (Tasarı m. 79 vd.) yararına mahrum bırakılmıştır. Edimden doğan sebepsiz zenginleşme, sözleşme olmaksızın hatayla yerine getirilen edimlerin küçük ve geride kalan bir uygulama alanına indirgenmiştir. Fakat burada sözleşmenin olmadığı ve (kesin hükümsüzlükten dolayı) hukuki sebepten yoksun bir edimin eşit kılındığı dogmatik bir kazanım vardır. Bu geriye kalan vakalar için hususi bir norm grubunun ihdas edilmesi bir anlam ifade etmemektedir.

Sadece temerrüdün (Tasarı m. 124 vd.) bağımsız bir rol oynaması dışında borcun ifa edilmemesi kurumu, Viyana Satım Sözleşmesi/CISG'nin 45 vd. maddelerinde olduğu gibi kusura dayanmayan borcun ihlali (Tasarı m. 118 vd.) başlığı altında toplanmalıdır. İmkânsızlık, borcun ifa edilmemesi (Temerrüt de dahil olmak üzere) ve sözleşmenin müspet ihlali ayrımı terk edilmelidir. Ayrıca, eski ve F. Mommsen'e kadar uzanan sınıflandırmaya ilişkin değişiklik ihtiyacı bir hayli abartılmıştır²⁵.

23 Vorbem. Art. 79 N 46.

24 Art. 80'deki kriterlerle karşılaştırınız.

25 Müller-Chen, Vorbem. Art. 118-134 N 3 ve 4.

Zamanaşımı kurumunun da aydınlık ve karanlık yanları vardır²⁶. Zamaşaşımı ve hak düşürücü sürenin net bir şekilde birbirinden ayrılması veya daha önce olduğu gibi her bir yargılama faaliyetiyle sürenin yeniden başlaması yerine, dava açılması yoluyla bütün yargılama süreci için sürelerin kesilmesinin düzenlenmesi (Tasarı m. 154) noktasında bir ilerleme söz konusudur. Ancak haksız fiildeki (İsviçre Borçlar Kanunu/OR m. 60) objektif ve sübjektif süre arasındaki ayrımın bütün taleplere aktarılması uygun görünmemektedir. Bunun dışında, ne yazık ki İsviçre Konfederasyonu'nun Adalet ve Polis Bakanlığı'nın benzer bir öntasarısının olduğunu söylemek gerekir²⁷. Tasarı m. 149/I, borçlunun ve talebe sebep olan olayların öğrenilmesiyle başlayan üç yıllık bir süre öngörmüştür. Bu öğrenme gözönüne alınmaksızın on yıllık kesin süre işlemektedir. Kesin sürenin yanında göreceli bir sürenin öngörülmesi sadece haksız fiil hukukunda ve tehlike sorumluluğunda bir anlam ifade etmektedir²⁸, çünkü bir kimsenin zararı ve/veya zarar vereni bilmeksizin bir zarara uğraması sadece burada söz konusu olabilir ve bir kimsenin zararı ve zarar vereni bilmesi halinde kendi hakkını korumak için harekete geçebilmesi ancak buraya özgü bir argüman olabilir. Sözleşmede ise durum farklıdır. Burada taraflar bir hukuki ilişki içerisinde bulunur ve başından beri birbirlerini tanımaktadırlar. Sadece haksız fiil için bir hakkın talep edilip edilmeyeceğine ilişkin açıklığın ivedi bir şekilde sağlanması açısından kısa bir sürenin öngörülmesi hükmün amacına uygun düşmektedir. Bu uygunluk sözleşme hukukunda söz konusu olmamakla birlikte yalnızca tesadüfen kusurlu olarak "karşı karşıya gelmede" bulunur. Bütün önemli olayların öğrenilmesiyle bir tazminat talebinin ileri sürülüp sürülmeyeceğine ilişkin kararın sonraya ertelenemeyeceği sadece haksız fiil hukukunda geçerlidir. Bu amaca uygunluğun örneğin sözleşmesel edimlerin yerine getirilmesinde söz konusu olmayacağı ortadadır. Niçin bir satıcı veya ödünç para veren, satış bedelini veya ödünç hakkını talep edip etmeyeceği hususunda açıklığın hızlı bir şekilde sağlanması için zorlanmaktadır? Satıcı veya ödünç para veren bu hakka sahiptir ve bu hakkını kesin zamaşaşımı süresinin sonuna kadar ileri sürebilir. Zararın tazmini²⁹ gibi ikincil sözleşmesel talepler için de farklı bir durum söz konusu değildir. Alıcı sözleşmede, hakkına ve borçluya ilişkin kural olarak bir bilgiye sahip olduğu için burada

26 **Thouvenin/Purtschert.**

27 Eleştiri için bkz. Honsell (2012) **Revision des Verjährungsrechts?**, Honsell/Huwyler/Scuhlin (Hrsg.), Liber Amicorum Nedim Peter Vogt, Basel, 107 vd.

28 Takriben §§ 12 ve 13 ProdHaftG.

29 İsviçre Borçlar Kanunu/OR m. 201, ayıp sorumluluğundaki ivedilik ihtiyacını karşılamaktadır.

hususî, sübjektif bir sürenin olması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Yine de sadece pratik sonuçları bakımından kısa (zamanaşımı) süre tasarıya yerleştirilmiştir ve sözleşmesel taleplerin genel zamanaşımı süresinin üç yıla indirilmesi sağlanmıştır. Zira daha uzun bir sürede, (sözleşme tarafının hakkına ve karşı tarafa ilişkin) bilgiye sahip olunmasından dolayı hemen hemen hiç harekete geçilmez ve bu da pratik bakımdan anlamsız olur. Fakat bütün sözleşme temelli talepler için üç yıllık süre şüphesiz oldukça kısadır.

Tasarı, isabetli bir yargı kararının kodifikasyonunda kuşkusuz aşırıya kaçan pozitivist bir bakış açısıyla örneğin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını/clausula rebus sic stantibus (Tasarı m. 19), sözleşme hükümlerinin kötüye kullanılmasını (Tasarı m. 33 vd.) veya sürekli sözleşmelere ilişkin normları (Tasarı m. 144) düzenlemektedir. Tasarıda dikkate alınmayan hukuki kurumlar (adeta kayıp listesi) ise örneğin kendisiyle sözleşme kurma ve ikame değerdir*.

V. SONUÇ

Tasarı, burada değinilemeyen birçok değişikliği de içermektedir. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun (hukuki) belirginliğini kaybettiğine, boşluklar ve oldukça detaylı, lüzumsuz ve çelişkili normlar içerdiğine ilişkin iddialar geniş ölçüde isabetli olmadığından, muazzam bilimsel çabalara rağmen İsviçre Borçlar Kanunu/OR'nun Tasarı temelindeki bütüncül değişimi, önerilmemektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki reform az ve gerçek ihtiyaçlarla sınırlandırılmalı ve aynı şekilde şekle ilişkin düzeltmelerin, bunun gibi yeterli olmayan, iyi düşünülmemiş yeniliklerin önüne geçilmelidir.

* Çevirenin notu: Alman Medeni Kanunu/BGB § 285'te düzenlenen, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlıkta imkânsızlaşan edim dolayısıyla borçlunun üçüncü kişiden bir karşı değer elde etmesine ikame değer denir, alacaklının talebi durumunda borçlu bu ikame değeri alacaklıya vermek zorundadır.

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce makaleler yayınlanmaktadır.
3. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basılabileceğini kabul ettikleri varsayılır. Bilimsellik ölçütlerine uymadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışı içerdiği tespit edilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda, yayın kurulu makaleyi üçüncü bir hakeme gönderir. Makale en az iki hakemin olumlu görüş bildirmesi durumunda yayınlanır. Yayınlanması uygun bulunmayan yazılara ait hakem değerlendirme formu yazarına e-posta yoluyla iletilir. Yayınlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
5. Dergimize ulaşan yazılar gönderiliş tarihlerine göre sıralanarak hakeme gönderilir ve hakem raporlarının geri dönüş tarihine göre sıraya konularak yayınlanır.
6. Dergiye gönderilen makaleler 3000 kelimedenden az ve 15.000 kelimedenden çok olamaz. Her makalede 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Makalenin başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce yazılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
8. Dergide yayınlanan çalışmaların idari, bilimsel ve her türlü sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir.
9. Makaleler ybhukukdergisi@ybu.edu.tr adresine e-posta yoluyla gönderilmelidir. Yazarların; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belge de aynı adrese gönderilmelidir.

10. Yazıların yayınlanıp yayınlanmayacağı yapılacak olan hakem denetimine uygun olarak Yayın Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve yazarına e-posta yolu ile bildirilir.
11. Yayınlanacak yazıların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Yıldırım Beyazıt Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır.
12. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere yazı gönderen Yazar bunu kabul etmiş sayılır.
13. Dergide, makaleler dışında; *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara* da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
14. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
15. Yazılar 'Microsoft Word' programında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı normal stil olmalıdır.
16. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜRÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN ve TÜRÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

17. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
18. Yayınlarımızın resmi web adresi www.ybhukukdergisi.com adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atif usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atif sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. Özgün bir esere (arşiv belgesi vb.) atif yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atif yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atif yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atif sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atif yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (Yazarın Soyadı (YIL), atif yapılacak sayfa) atif yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a,b harfleri konulmalıdır. (Yazarın Soyadı (YILa veya YILb), atif yapılacak sayfa)
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflar da ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır.
7. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2.Baskı, Ankara, Seçkin.

Çoklu yazar durumunda :

Yazarın Soyadı, Adı / 2. Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: **Acer, Yücel / Kaya, İbrahim** (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

Birinci atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, ikinci ve sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra “ve diğerleri” denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

Örnek:

Birinci atıf ve kaynakça: **Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

İkinci atıf: **Özbek / Doğan / Bacaksız ve diğerleri**, s.13.

Editörlü Kitap

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: **Dülger, İbrahim** (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4. Bası, Konya, Sayram.

Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı ‘Makalenin adı’: Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** ‘İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi’ : Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editörler) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1.B, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

Çeviri Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek: **Dworkin, Ronald** (1977) Taking Rights Seriously, 1.Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Baskı, Ankara, Dost).

Elektronik Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. TARİH.

Örnek: **Demircioğlu, A. Murat** (2010) Labor in law Turkey <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>>s.e.t. 10.08.2015.

Elektronik Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı 'Makalenin adı' : Editörün Soyadı, Adı (^Yıl) Kitap adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek: **Kaya, Emir** (2015) "Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice" Erçetin, Şefika Şule; Banerjee, Santo (Eds.) (2013) Chaos, Complexity and Leadership, <http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22> s.e.t. 10.08.2015.

Makale

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) 'Makale adı' Dergi adı, ^Cilt; Sayı; İlk ve Son Sayfa Sayfa Aralığı.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** (2008) 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

Elektronik Makale

Yazarın Soyadı, Adı (^Yıl) 'Makale ismi' , ^Dergi adı <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

Konferans Tebliği

Yazarın Soyadı, Adı (^Basım Yılı) 'Tebliğin Başlığı', Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans ismi, Tarih, Yer.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği': Toprak, Ahmet (Editör) 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

Tez

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) 'Tez Başlığı', (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek: **Kılınç, Ahmet** (2013) 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (Doktora), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Mahkeme Kararı

^**Dava Adı**, Mercii, ^Başvuru no, ^E:, K:, T:, ^Kaynak

Örnek 1: **Burak Günay Başvurusu (2)**, AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Örnek 2: Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

İnternet Adresi

Soyadı, Adı Mecra, Başlık, <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: **Uşan, M. Fatih** Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, „Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları“, <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>>, s.e.t. 27.07.2015.

İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

Örnek: **Uşan**, dn. 24.

Rapor

Soyadı, Adı (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No:, <İNTERNET ADRESİ> s.e.t. Tarih.

Örnek: **Oğuz, Fuat & Kent, Bülent** (2011) İstanbul Ticaret Odası, 'Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler', <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>>, s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINES

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal that is being published semiannually.
2. The journal publishes articles written in Turkish, German, French, and English.
3. It is assumed as authors have reviewed articles which are submitted to the journal and approve that they can be published as are. Articles, which were found in unconformity with scientificity criteria and include misspelling above average, are refused by editorial board.
4. The articles are send at least two referee for review depending on the first decision of the Editorial Board. According to blind peer review system, author names are concealed from the article before sending. Upon the request of correction report of the referee, the author can only make changes in the framework of the amendment report. If the report of one referee is positive and other one is negative the article is send to third peer review. The articles must take at least two positive report for publication. A "Referee Assessment Form" for articles that have not been qualified for publication, is sent by e-mail to the author of the article. Unpublished articles will not be sent back to the author.
5. The articles are processed with the date of sending and published with respect to date of return of referees.
6. Articles that are sent to the journal can not be less than 3000 or more than 15.000 words. Each article should include a summary of 150-250 words and 5 to 10 key words. The summary and key words should also written in English.
7. The articles which are submitted to the journal must be unpublished elsewhere.
8. The whole responsibility of the submissions belongs to the concerned author.
9. Articles should be emailed to ybhukukdergisi@ybu.edu.tr. Authors should notify about their degree, mission agencies, contact addresses, phone numbers and e-mail addresses.

10. Whether the article is going to be published is determined within 1 month and announced by e-mail to authors.
11. If the articles are accepted for publication, as including the full text electronically, all broadcasting rights to publish belong to Yildirim Beyazit University. Authors are deemed to have accepted to transfer the copyright to the University.
12. Apart from articles that are reviewed and qualified for publication by referee is also given place in the journal to book reviews, legislative assessments and informative remarks. The acceptance or refusal of such writings is made by editorial board.
13. Studies that do not return from referee review in due of time, are evaluated in the next issue unless otherwise stated by its author.
14. Articles should be written in the "Microsoft Word" Program with font type Times New Roman, font size 12, normal style and aligned to the left and the right.
15. Titles within the text should be organized as follows:

I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

A. ALL CAPITAL LETTER BOLD

1. Only First Letter Capital and Bold

a. Only First Letter Capital and Regular

i. Only First Letter Capital and Regular

16. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be shown as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
17. Official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com.

RULES OF CITATION

1. The articles that are submitted for Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. Unless there is no rules in this attribution system, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.
4. If it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article citation should be with abbreviation such (Author`s Surname, page to be cited) maintained. If to more than one treatise of same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating of year (Author`s Surname (year), page to be cited) which treatise is published.
6. Author`s surname and first name should be bold in first place where cited to it and bibliography; in the ongoing parts of article the only the Author`s surname should be bold in footnotes.
7. If there is information on the issue of resource type , “^” sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The “l.a.d.” expression refers to the date of last access.

Book

Author`s Surname, Name (Year) Book`s Name, Edition, City, Publisher

Example: **Uşan, M. Fatih** (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of Multi-author:

Author`s Surname, Name & 2. Author`s Surname, Name (Year) Book`s Name, Edition, City, Publisher

Example: **Acer, Yücel & Kaya, İbrahim** (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of 4 and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

Example:

First Citation and Bibliography: **Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar / Tepe, İlker** (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

Second Citation: **Özbek / Doğan / Bacaksız and others**, s.13.

Edited Book

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example: **Dülger, İbrahim** (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

Book Section

Author's Surname, Name, 'Article title': Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book title, Edition, City, Publisher.

Example: **Uşan, M. Fatih** 'İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi': Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editors) (2014) Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskişehir, Anadolu University Publications.

Translation Book

Author's Surname, Name (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher.)

Example: **Dworkin, Ronald** (1977) Taking Rights Seriously, 1.Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Edition, Ankara, Dost.)

Electronic Books

Author's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> I.a.d. Date.

Example: **Demircioğlu, A. Murat** (2010) Labor in law Turkey <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> I.a.d. 10.08.2015.

Electronic Book Chapter

Author's Surname, Name 'Article's Name': Editor's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> I.a.d. (last accessed date) Date.

Example: **Kaya, Emir** "Injustice as a Judicial Product: A Problematic Tendency in Legal Thinking and Practice" Erçetin, Şefika Şule; Banerjee, Santo (Eds.) (2013) Chaos, Complexity and Leadership, <http://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-3-319-09710-7_22> I.a.d. 10.08.2015.

Article

Surname, Name (Year) 'Article's Name' Journal's Name, Issue: Volume;, The first and last page range: .

Example: **Uşan, M. Fatih** (2008) 'Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları' Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Electronic Article

Surname, Name (Year) 'Article's Name' Journal's Name <Internet address> I.a.d. (last accessed date) Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) 'Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı', e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> I.a.d. 28.07.2015.

Conference Proceeding

Author's Surname, Name, "Title of the Annunciation", Editor's Surname, Name (Editor), Conference Name, Date, Place.

Example: **Uşan, M. Fatih**, 'Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği': Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry - Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

Thesis

Author's Surname, Name (Year) 'Thesis Head' (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example: **Kılıç, Ahmet** (2013), 'Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir' (PhD), Gazi University Institute of Social Sciences.

Court Decision

^**Case Name**, Mercier, ^Application No, ^E; K; T.: ^Citation.

Example 1: **Burak Günay Başvurusu (2)**, AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015

Example 2: Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

Web Address

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> I.a.d. Date.

Example: **Uşan, M. Fatih**, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları" <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>>, I.a.d. 07/27/2015.

If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

Example: **Uşan**, fn. 24.

The Report

Surname, Name, Institution (Year), Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> I.a.d. Date.

Example: **Oğuz, Fuat & Kent, Bülent**, Istanbul Chamber of Commerce (2011) "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler" <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>>, I.a.d. 07/27/2015.