



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Yıl 7 Sayı 2 - Aralık 2021

Volume 7 Issue 2 - December 2021

Genel DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018

Cilt 7 Sayı 2 DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/2021.702

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN : 2149-5890 / E-ISSN 2757-5209

Sahibi

Doç. Dr. Mustafa AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Zeynep AKYAR

Editör/Editor

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

Editör Yardımcıları/Associate Editor

Arş. Gör. Cansu BAŞARAN

Arş. Gör. Merve ERDOĞAN

Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

İdari Koordinatör/Administrative Coordinator

Süheyla AĞAN

Türkçe Redaksiyon/Turkish Proofreading

Süheyla AĞAN

İngilizce Redaksiyon/English Proofreading

Neslihan İSKENDER

Grafik Tasarım/Graphic Desing

Deniz Selen KAĞITCI

Dil/Language

Türkçe

Yayın Periyodu/Publication Period

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

Yıl 7 Sayı 2 - Aralık 2021

Volume 7 Issue 2 - December 2021

Yazışma Adresi/Correspondence Address

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

Tel: 0212 444 1 428 - 23410

Fax: 0212 425 57 97

Web: www.aydin.edu.tr

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

Baskı/Printed by

Levent Baskı Merkezi - Sertifika No: 35983

Adres: Emniyetevler Mahallesi Yeniçeri Sokak No:6/A

4. Levent / İstanbul, Türkiye

Tel: 0212 270 80 70

E-mail: info@leventbaskimerkezi.com

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Yadiğar İZMİRLİ, İstanbul Aydın Üniversitesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN, İstanbul Aydın Üniversitesi

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Kadir ARICI, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Erciyes Üniversitesi

Bilimsel Danışma Kurulu

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA, Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ebru CEYLAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emre ESEN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Nami NOMER, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin BAĞCI, Orta Doğu Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Tevfik GÜLSOY, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- Prof. Dr. Murat ATALI**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat TOPUZ, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Murat Volkan DÜLGER, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ufuk AYDIN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL, Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Doç. Dr. Cavid ABDULLAHZADE, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ekrem KURT, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Musa AYGÜL, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nuri ERDEM, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Pakize Ezgi AKBULUT, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Umut YENİOCAK, İstanbul Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslı TOPUKÇU, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan ÖZTEZEL, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Ayşen ÇİLENTİ KONURALP, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Burçak TATLI, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt PEKMEZ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Derya KESKİNCİ, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu
Dr. Öğr. Üyesi Ender DEMİR, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Evrim KERMAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gizem PERÇİN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hakan GÜNDÜZ, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İlhan YİĞİT, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kemale Leyla BİNGÖL, İstanbul Aydın Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed DEMİREL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cahit GÜNEL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İŞLETEN, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Şaban Cankat TAŞKIN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba SEMERCI VURALOĞLU, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İçindekiler

Araştırma Makalesi

AB'nin Temel Dayanağı Olarak GATT'ın Değerlendirilmesi

The Evaluation of GATT as EU's Basic Foundation

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA211

Amerika Birleşik Devletleri'nin, Avrupa Birliği'nin ve Türkiye'nin Su Hukukuna Genel Bir Bakış

An Overview of the Water Law in the United States, the European Union, and Turkey

Doç. Dr. Deniz ŞAHİN225

Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Yönelik Rekabet Analiz Sürecinin ABD, AB ve Türk Mevzuatları Açısından Karşılaştırılması

Comparison of the Competition Analysis Process of Technology Transfer Agreements in terms of the US, EU, and Turkish Judicial Legislation

Dr. Yakup Önder MERCANGÖZ241

Uluslararası Sözleşme Metinleri Kapsamında: Ciddi Ölçüde Sınır Aşan Çevresel Kirliliğe Neden Olma Yasağı Üzerine Gelişmelerin Değerlendirilmesi

Within the Scope of International Convention Texts: Evaluation of Developments on the Prohibition of Causing Serious Transboundary Environmental Pollution

Öğr. Gör. Onur KORU289

7242 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Hapis Cezasının Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı

Execution of Imprisonment by Applying Probation in the Light of the Amendments with Law No 7242

Arş. Gör. Cansu TÜRKMEN315

İnternet Ortamında İfade ve Basın Özgürlüğü

Freedom of Expression and Press in the Internet Environment

Av. Jindar UÇAR349

Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk Hallerinin Değerlendirilmesi

Legal Liability of Autonomous Vehicles

Av. Sema BAYINDIR383

Doi Listeleri - DOI Numbers

Genel DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018

Cilt 7 Sayı 2 DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/2021.702

AB'nin Temel Dayanağı Olarak GATT'ın Değerlendirilmesi

The Evaluation of GATT as EU's Basic Foundation

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i2001

Amerika Birleşik Devletleri'nin, Avrupa Birliği'nin ve Türkiye'nin Su Hukukuna Genel Bir Bakış

An Overview of the Water Law in the United States, the European Union, and Turkey

Doç. Dr. Deniz ŞAHİN

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i2002

Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Yönelik Rekabet Analiz Sürecinin ABD, AB ve Türk Mevzuatları Açısından Karşılaştırılması

Comparison of the Competition Analysis Process of Technology Transfer Agreements in terms of the US, EU, and Turkish Judicial Legislation

Dr. Yakup Önder MERCANGÖZ

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i2003

Uluslararası Sözleşme Metinleri Kapsamında: Ciddi Ölçüde Sınır Aşan Çevresel Kirliliğe Neden Olma Yasağı Üzerine Gelişmelerin Değerlendirilmesi

Within the Scope of International Convention Texts: Evaluation of Developments on the Prohibition of Causing Serious Transboundary Environmental Pollution

Öğr. Gör. Onur KORU

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i2004

7242 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Hapis Cezasının Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı

Execution of Imprisonment by Applying Probation in the Light of the Amendments with Law No 7242

Arş. Gör. Cansu TÜRKMEN

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i2005

İnternet Ortamında İfade ve Basın Özgürlüğü

Freedom of Expression and Press in the Internet Environment

Av. Jindar UÇAR

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i2006

Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk Hallerinin Değerlendirilmesi

Legal Liability of Autonomous Vehicles

Av. Sema BAYINDIR

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i2007

Editörden

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, on üçüncü sayısı ile akademisyenlerin ve hukuk uygulamacılarının, hukuki görüşlerini bildirdikleri değerli eserlerini yayımlamaya devam etmektedir.

Derginin bu sayısında; Prof. Dr. Ayşe Füsün Arsava'nın "AB'nin Temel Dayanağı Olarak GATT'ın Değerlendirilmesi" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Deniz Şahin'in "Amerika Birleşik Devletleri'nin, Avrupa Birliği'nin ve Türkiye'nin Su Hukukuna Genel Bir Bakış" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Yakup Önder Mercangöz'ün "Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Yönelik Rekabet Analiz Sürecinin ABD, AB ve Türk Mevzuatları Açısından Karşılaştırılması" başlıklı araştırma makalesi, Öğr. Gör. Onur Koru'nun "Uluslararası Sözleşme Metinleri Kapsamında: Ciddi Ölçüde Sınır Aşan Çevresel Kirliliğe Neden Olma Yasağı Üzerine Gelişmelerin Değerlendirilmesi" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Cansu Türkmen'in "7242 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler Işığında Hapis Cezasının Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı" başlıklı araştırma makalesi, Av. Jindar Uçar'ın "İnternet Ortamında İfade ve Basın Özgürlüğü" başlıklı araştırma makalesi ve Av. Sema Bayındır'ın "Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk Hallerinin Değerlendirilmesi" başlıklı araştırma makalesi bulunmaktadır.

Derginin bilim dünyasına kazandırılmasında katkısı olan kıymetli yazarlara teşekkür ederim.

Editör

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

AB’NİN TEMEL DAYANAĞI OLARAK GATT’IN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA^{2**}

Öz

AB’nin temel dayanağı olarak GATT’ın değerlendirildiği makalede GATT’ın Avrupa entegrasyonunun yolunu açan rolü ve günümüzdeki işlevi ele alınmaktadır. GATT’ın WTO’na (Dünya Ticaret Örgütü) dönüştüğü 1995’te AB WTO’da üye devletler yanı sıra bağımsız olarak yerini almıştır. WTO hukuku bu şekilde AB ticaret politikasının ayrılmaz parçası haline gelmiştir. İki taraflı ve çok taraflı tercihli ticaret anlaşmalarının artmasının iki örgütün karşılıklı etkileşiminde doğuracağı sonuçlara makalede ışık tutulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cenevre Konferansları, Kennedy, Tokyo, Uruguay, Doha Round, Bilateral ve Multilateral Tercihli Ticaret Anlaşmaları, Yatay (Horizontal) Müzakereler.

The Evaluation of GATT as EU’s Basic Foundation

Abstract

The article evaluates the role of the GATT as the EU’s basic ground which paved the way for the European integration and its function at the present day. In 1995, the GATT has transformed into the World Trade Organization (WTO), alongside its member states the EU took place independently within the WTO. Thus, the law of the WTO has become an indivisible part of the EU’s trade policy. The increase of bilateral and multilateral preferential trade arrangements which result in two organizations’ mutual interactions will be clarified in the article.

^{1*}Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.03.2021- Kabul Edildiği Tarih: 10.12.2021

^{2**}Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, fusun.arsava@atilim.edu.tr, mahmutarsava@hotmail.com, ORCID: 0000-0003- 2275-7664
DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i2001

Keywords: *Geneva Conferences, Kennedy, Tokyo, Uruguay and Doha Rounds, Bilateral and Multilateral Preferential Trade Arrangements, Horizontal Negotiations.*

Giriş

1947 tarihli Tarifeler ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) AET'nin temel taşlarını oluşturan çerçeveyi belirlemiştir. GATT en çok kayırlan ülke kuralından sapmayı sadece serbest ticaret anlaşmaları ve gümrük birliği anlaşmaları için kabul etmiş, bu şekilde aynı zamanda Avrupa entegrasyonunun da yolu açılmıştır. AB, EFTA'dan farklı olarak gümrük birliği olarak, GATT'ın XXIV. maddesine göre başlangıçtan itibaren dış ticaret politikası ile iştigal etmiştir Ekonomik entegrasyon süreci iç pazar ve dış ticaret ile sıkı bir bağ içinde gelişmiştir. Bu nedenle GATT Avrupa entegrasyonunda merkezi bir role sahip olmuştur. Avrupa entegrasyon sürecinin başından itibaren Topluluk Cenevre Konferanslarına katılmıştır. Topluluk ABD ile birlikte Kennedy Round'da, Tokyo Round'da, Uruguay Round'da belirleyici olmuştur. Cenevre anlaşması dış ticaret politikasında Topluluğun tek sesli konuştuğu ilk platform olmuştur. 1995'te WTO'nun (Dünya Ticaret Örgütü) kuruluşunda AB örgüte üye devletler yanı sıra, bağımsız olarak kendi adına yer almıştır. Birlik uyuşmazlıkların çözümünde de WTO'da önemli bir rol oynamaya başlamıştır. 1995'den 2016 ortalarına kadar Birlik 96 uyuşmazlıkta davacı, 82 uyuşmazlıkta davalı olarak, 157 uyuşmazlık prosedüründe müdahil olarak yer alarak WTO hukukunun gelişmesi çerçevesinde katkı sağlamıştır.³ WTO bu şekilde AB ticaret politikasının ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir.⁴ Ancak söz konusu durumun zayıflamaya yüz tuttuğuna ilişkin olarak günümüzde ipuçları ortaya çıkmaya başlamıştır. Kimi ekonomi hukukçuları sistemin çöktüğünden söz etmektedir. Tercihli anlaşmaların artması WTO'yu devre dışı bırakmaktadır. Makalede söz konusu öngörü ve WTO'nun gelecekteki rolü değerlendirilmektedir.

I. Algı ve Gerçekler

A. Tercihli anlaşmaların artması

Uruguay Round'un başarı ile tamamlanması ile birlikte WTO 1995'de Birliğin ticaret politikasında merkezi bir yer edinmiştir. Ancak durumun

³https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_by_country_e.htm (28.01.2021)

⁴COTTIER, Thomas/TRINBERG, Lorena, Gemeinsame Handelspolitik, Vorbemerkung zu den Artikeln 206 ve 207 AEUV, bkz.: von der Groeben/Schwarz/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7.Auflage, 2015, Band IV, s. 270-292.

daha sonra değiştiği görülmektedir. 2001’de başlayan gelişmeleri gündemine alan Doha Round akamete uğramış ve şimdiye dek de gündem konusu kapatılamamıştır. Çin’in 2001’de, Rusya’nın daha sonra WTO’ya girmesi ile kartlar yeniden karılmıştır. Devletler artan bir şekilde yeni pazarlara giriş haklarını düzenlemek için tercihli anlaşmalar yapmaya başlamıştır. Sovyetler Birliği’nin dağılmasından itibaren bu tür anlaşmaların sayısının arttığı görülmektedir. Günümüzde 800 kadar tercihli anlaşmanın mevcut olduğu World Trade Institute’un veri bankası DESTA tarafından tespit edilmiştir.⁵ Bu anlaşmaların 350’si WTO’da tescil edilmiştir. AB de Avrupa ekonomik alanı gibi gerçek entegrasyon anlaşmaları ve İsviçre ile yapılan iki taraflı *anlaşmalar (Brexit ertesi İngiltere ile yapılacak anlaşma da bu model içinde yer alabilir)* yanı sıra 23 serbest ticaret anlaşması ve gümrük birliği ilişkileri üzerinden bu sarmalın içine girmiştir. Birlik bunun ötesinde 35’i aşkın devletle ve örgütle (*Andean Community, Mercosur ve Körfez Ülkeleri Konseyi*) müzakereler yapmakta ve yoğun şekilde tercihli ilişkiler içine girme çalışmaları yapmaktadır.⁶

Son yılların ticari ilişkilerinin bu şekilde yeni çok taraflı tercihli anlaşmalarla şekillendirildiği görülmektedir. Japonya ve ABD’nin de dahil olduğu 12 üyeli Transpasifik Ticaret Anlaşması 2015’de yapılmıştır.⁷ ABD ve AB arasında müzakere edilen Transatlantik Ticaret ve Yatırım Ortaklığı Anlaşması müzakereleri de Trump’ın yönetime gelmesi ertesinde şu an için akamete uğramış durumdadır.⁸ ASEAN çerçevesinde aynı şekilde Çin ile ekonomik işbirliği için müzakereler cereyan etmektedir.⁹ Bu anlaşmaların yeni jenerasyonu oldukça karmaşık nitelikleriyle eski serbest ticaret anlaşmalarından ve ortaklık anlaşmalarından oldukça farklıdır. Bu anlaşmalar sadece malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını değil, yatırımları, çevre standartlarını, işçilerin haklarını, kısmen kartel hukukunu düzenlemektedir. AB’nin Kanada ile yapmış olduğu anlaşma bu çerçevede yeni jenerasyon anlaşmalara model olarak alınmaktadır¹⁰.

B. WTO’nun tasarrufları

WTO konusunda basın ve kamuoyunda şu an suskunluk hüküm sürmektedir. Birçok yorumcu Cenevre müzakerelerinin yıllardır akamete

⁵DESTA, <http://www.designoftradeagreements.org/www.designoftradeagreements.org/index.html>.(28.01.2021)

⁶bknz.: http://trade.ec.europa.eu/doelib/does/2006/december/tradoc_118238.pdf. (28.01.2021)

⁷bknz.: <https://ustr.gov/tpp/>); ABD başkanı Trump’ın yönetime gelmesi ertesinde ABD anlaşmadan çekilmiştir

⁸bknz.: <http://cc.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttipl>.(28.01.2021)

⁹bknz.: <http://dfat.gov.au/trade/agreements/rcep/pages/regional-comprehensive-economic-partnership.aspx>(28.01.2021)

¹⁰<http://cc.europa.eu/trade/policy/infocus/ceta/>. (28.01.2021)

uğraması ışığında çok taraflılığın çöküşe geçtiğini dile getirmektedir. Bu algılama bir gerçek olarak siyaseti etkilemektedir. Ancak bu durum tam gerçeği de yansıtmamaktadır. Resme daha yakından bakıldığında durumun farklı olduğu görülmektedir. Tercihli anlaşmaların öncelikle uygulanmasına ve işleyişine ilişkin hükümlerinin üye devletlerin hukukuna aktarılması ve uygulanması bağlamında geçerli WTO hukukunun şeffaflık ve denetim ilkelerinin katkı yaptığı görülmektedir. Trade Policy Review Mechanism düzenli şekilde üye devletlerin ticaret politikalarına ilişkin olarak bilgilendirme yapmakta ve dolaylı olarak WTO üyelerinin ticaret politikalarının uyumuna ve anlaşmaların ulusal hukuka aktarılmasına katkı yapmaktadır. WTO hukukunun kalkınmada işbirliği ve teknik işbirliği programları bu anlaşmaların gelişmekte olan ülkelere aplikasyonu sürecinde destek olmaktadır. WTO sekreterliği önemli görevlerin yerine getirilmesinde International Trade Centre (ITC) ile işbirliği yapmaktadır.

Bunun ötesinde son yıllarda Cenevre müzakerelerinde kimi başarıların sağlandığının da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Patent ile korunan ilaçlara erişim olanağının iyileştirilmesine yönelik anlaşma, kamu ihtiyaçlarının karşılanması anlaşmasının revizyonu, ticaretin kolaylaştırılmasına ilişkin anlaşma, yan alanlarda, örneğin hizmetlerin serbest dolaşımı, çevre ürünleri ve enformasyon teknolojisine erişim konusunda yapılan müzakereler bu örnekler arasında yer almaktadır. 2015 Aralık'ta tarım alanında ihracat sübvansiyonlarının kaldırılması gelişmekte olan ülkelerin ekonomilerinin teşvikinde kilometre taşı teşkil etmektedir. WTO'nun uyuşmazlıkların çözümünde oynadığı rolün de göz ardı edilmemesi gerekmektedir. 1995'den itibaren bu rolün önemi artmıştır. Bu tarihten beri 450'yi aşkın uyuşmazlık WTO önüne gelmiş ve karara bağlanmıştır. İkili sistem olarak, paneller ve temyiz merci olarak Appellate Body kendini kanıtlamış ve WTO'nun prensip ve kurallarını yorumlayarak ve duruma göre sürekli bir süreç olan hukukun gelişmesi muvacehesinde WTO hukukunu geliştirerek kapsamlı bir içtihat hukukunun oluşumunu sağlamıştır.

WTO hukukunda Retortion ve karşı önlemin uyuşmazlıkların çözümü prosedürü olarak öngörülmesi, bu önlemlerin mali ve borç krizleri bağlamında alınan koruma önlemlerine karşı etkin bir enstrüman olarak kullanılmasını mümkün kılmaktadır. WTO krizlerin üstesinden gelmeyi başarmıştır. Medyanın sadece müzakerelerin akamete uğraması üzerinden

örgütün çalışmalarını değerlendirerek, örgütün özellikle uyuşmazlıkların çözümünde oynadığı role ve içtihat hukukunun oluşumuna yer vermemesi, örgütün gerçek işlevinin göz ardı edilmesine yol açmaktadır.

C. WTO hukukunun uluslararası ortak ticaret hukuku niteliği

Zikredilen modern tercihli anlaşmalar WTO hukukunun prensip ve esaslarına istinat etmektedir. Tercihli anlaşmalar temel esaslarını WTO hukukundan üstlenmekte ve onları icra etmektedir. Bu anlaşmaların WTO hukuku dayanağı dışında anlaşılması ve uygulanması mümkün değildir. Tercihli anlaşmalarda sorunlu konu olarak kabul edilen pazarın açılması ve kamu çıkarlarının korunması arasında denge sağlanması, çevre konusunda WTO hukukunun istisna düzenlemelerine atıf yapılması ve WTO içtihadının iktibas edilmesi tercihli anlaşmalara WHO hukukunun esas alındığını göstermektedir. Kanada ile yapılan CETA anlaşmasının 28.3 maddesinde yer alan “Article xx of the GATT 1994 is incorporated into and made part of this Agreement” hükmü açık şekilde bu yaklaşımı ortaya koymaktadır.¹¹

WTO hukukundan kurtularak kendini yeni anlaşmalarla sınırlamak isteyen devletlerin bu anlaşmaların hepsinin aynı sistemin parçası olduğunu göz ardı etmemesi gerekmektedir. Bu tablo ortak bir uluslararası ticaret hukukunun mevcudiyetini ortaya.¹² Tarihin de gösterdiği gibi iki taraflı ve çok taraflı anlaşmalar diyalektik bir ilişki içinde gelişmiştir.¹³ İki taraflı (bilateral) anlaşmaların büyük bir kısmı çok taraflı (multilateral) anlaşmaların dayanağını oluşturmuştur. 1883 ve 1886 tarihli Paris ve Bern Fikrî Mülkiyet Hakları Örgütü Anlaşmaları bunun bir örneğini oluşturmaktadır. Bu durum GATT için de geçerlidir. Bu anlaşmanın dayanaklarını ABD'nin iki dünya savaşı arasında yaptığı ikili ticaret anlaşmaları oluşturmuştur. Bunun tersine olarak tercihli anlaşmalar da önemli ölçüde multilateral anlaşmalardan doğmuştur. Avrupa Topluluğu hukukundan bağımsız olarak hizmetlerin serbest dolaşımı ilk kez 1995 tarihli GATS anlaşması ile hukuken bağlayıcı olarak kabul edilmiştir.

Yeni birtakım alanlar da önce tercihli anlaşmalarda düzenlenmektedir.

¹¹ bknz.: http://trade.cc.europa.eu/doclib/does/2014september/tradoc_152806.pdf (Fassung Sept.2015)

¹² COTTIER, Thomas, The Common Law of International Trade and the Future of the World Trade Organization, Journal of International Economic Law 2015 (18), s. 20.

¹³ COTTIER, Thomas/ SIEBER-GASSER, Christian Charlotte/ WERMELINGER, Gabriela, The dialectical relationship of preferential and Multilateral trade agreements, bknz.: Andreas Dür/Manfred Elsig, Trade Cooperation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements, World Trade Institut, Cambridge University Press, 2015, s. 465-496.

Çevre standardı, işçilerin haklarının korunması, ticaret ve yatırım ilişkisinin artan bir şekilde birbirine bağlanması, menşe işaretlerinin ve geleneksel bilgilerin korunması, kartel hukukunda güçlendirilmiş iş birliği bu çerçevede yer alan örnekler arasındadır. Çok taraflı anlaşmalar ve tercihli anlaşmalar serbest ticaret düzeninin ortak dayanaklarını oluşturmaktadır. Bu durum uyuşmazlıkları ve ticaret sapmalarını ortadan kaldırmamaktadır. Bu anlaşmaların işlevi ortak düzenin temel taşları olmalarıdır. WTO hukuku ve tercihli anlaşmalar birlikte uluslararası ticaret hukuku müktesebatını oluşturmaktadır. Bu nedenle bu anlaşmaların çapraz uygulanması ve yorumlanması gerekmektedir. WTO hukuku uyuşmazlıkları çözme prosedürü bu çerçevede temel dayanak oluşturmaktadır. Bu durum özellikle uyuşmazlıkları çözme bakımından sürekli kurumsal yapısı olmayan tercihli anlaşmalar bakımından söz konusudur. Yapılan düzenlemeler kâğıt üzerinde WTO hukuku esas alınarak yapılmaktadır. Bunun çeşitli nedenleri bulunmaktadır. Ortaklık anlaşmaları için söz konusu olduğu gibi pazar payı itibariyle asimetric durumların ortaya çıkması mümkündür. Örneğin gelişmekte olan hiçbir devlet yararlarını kaybetme endişesi taşımadan AB'yi dava etme cesareti gösterememektedir. NAFTA çerçevesinde olduğu gibi ABD ile doğan uyuşmazlıkların WTO seviyesinde ele alınmasının öngörülmesi de ayrıca asimetric ilişkilere yol açmaktadır. Kaynak, tecrübe ve kurumsal yapı eksikliği de ayrıca asimetric ilişkilere yol açmaktadır. Transatlantik Pasifik (TTP) anlaşmasında olduğu gibi birçok anlaşma sürekli bir sekretarya ve uyuşmazlıkları çözmeye matuf kurumsal bir organ öngörmemektedir. Hukuk tarihi güçlü bir kurumsal yapının mevcudiyeti halinde hukukun gelişebileceğini ve icra edilebileceğini ortaya koymuştur. Böyle bir durumun söz konusu olmaması halinde hukuk kâğıt üzerinde kalmaya mahkûmdur. Bütün bu nedenlerle WTO ortak ticaret politikalarında temel direktir. Tercihli anlaşmaların bugün sahip olduğu öncelik çerçevesinde AB'nin gelecekte nasıl bir rol üstlenmesi gerektiğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

II. Pazar Erişiminden Hukuk İhdasına Yönelik Evrim

A. Pazar erişimi müzakereleri

WTO çerçevesinde yürütülen çok taraflı müzakerelerde karşılaşılan zorlukların değişik nedenleri bulunmaktadır. WTO prensiplerinin uygulanması memnun edici şekilde gelişmekte olan ülkelerde ve eşik ülkelerde ekonomik büyümeye yol açmıştır. Bu durum onların çok kutuplu dünyada müzakere pozisyonunu güçlendirmiştir. Bu devletlerin artık eski

dönemlerde olduğu gibi transatlantik ilişkiler içinde tutulması mümkün değildir. BRICS devletlerinin (*Brezilya, Rusya, Hindistan, Çin ve Güney Afrika*) bu çerçevedeki rolünün hesaba katılması gerekmektedir. Çin Halk Cumhuriyeti'nin 2001 yılında WTO'ya katılımı ve ihracata istinat eden büyümesi birçok devletin multilateral seviyede yeni tavizler vermekten kaçınmasına, daha çok Çin dışındaki devletlerle tercihli anlaşmalar yapmasına yol açmıştır.

Önümüzdeki yıllarda büyük bir ihtimalle söz konusu nedenlerle tercihli anlaşmalar bağlamında pazar erişimi müzakereleri sürdürülecektir. Bu durum gerek gümrük vergileri, gerekse tarife dışı ticaret engellerinin kaldırılması müzakerelerinde hizmet edimi pazarına erişim ve göçmen işçiler bakımından söz konusu olacaktır. Bu bağlamda multilateral bölgesel anlaşmalar önem kazanacaktır. Bu anlaşmalarda öngörülen teknik standartlar ve hizmet edimi düzenlemeleri üçüncü devletleri de etkileyecektir. Üçüncü devletler mümkün olduğu nispette bu normları pazar erişimini gereksiz zorlaştırmamak için unilaterale üstlenecektir. Bu şekilde ortaya çıkan standartlar sonraki aşamada WTO veya başka bir örgüt bünyesinde multilateral düzenlemelerin dayanağı olacaktır. Söz konusu gelişme pazar erişimine ilişkin klâsik alanların müzakerelerinin bundan böyle WTO'nun tekelinde olmadığını göstermektedir. WTO'nun ve AB'nin ticaret politikasını yeniden şekillendirmesi gerekmektedir. Bu bağlamda müzakere başlıklarından hangilerinin tercihli ticaret anlaşmaları müzakerelerinde, hangisinin multilateral ticaret anlaşmaları müzakerelerinde ve WTO seviyesinde tamamlayıcı olarak ele alınmasının doğru olacağını tespiti önem taşımaktadır.

B. Klâsik ticari konferanslar döneminin sona ermesi

Ortaya çıkan tablo klâsik ticari konferanslar döneminin sona erdiğini göstermektedir. Şimdiye dek Uruguay-Round'la beraber gerçekleştirilen sekiz konferansta bilateral müzakere edilen gümrük indirimlerinin multilateral düzenlenmelere dönüştürmesi, hizmet edimi ve fikri mülkiyet konularında düzenleme yapılması ve bu düzenlemelerin geliştirilmesi hedefi gütmüştür. Pazar erişimi müzakerelerinin sonlanması ile beraber kapsamlı paket müzakereler yapma dayanağı ortadan kalkmıştır. WTO gelecekte daha çok 2001'den beri Doha-Round hariç olmak üzere, farklı konulara ilişkin başarılı şekilde sonuçlanan müzakereler için olduğu gibi münferit konulardaki pazar düzenlemelerine yoğunlaşacaktır. WTO, Doha kalkınma

ajandası ile birlikte yahut bunu tamamlaması ertesinde diğer uluslararası örgütler için olduğu gibi yeni projelerle yoluna devam edecektir. Bu durum WTO'nun kapsamlı bir ajandaya sahip olmasına, ticaret, iklim değişikliği gibi konuları gündem dışı bırakmasına neden olmayacaktır. Öncelikle, menşelerinden bağımsız olarak pazara giren ve üye devletlerin ulusal düzenlemelerine tabi olan ürünlerin statüleri ile ilgili konular ele alınacaktır. Bu düzenlemeler uluslararası hukuk üzerinden kısmen yakınlaştıracak ve harmonize edilecektir.

C. Sektörel müzakereler

1. Yardım ve Sübvansiyonlar

Tercihli anlaşmaların ele almadığı bir konu olarak yardımlar karşımıza çıkmaktadır. Sübvansiyon hukuku sanayi ürünleri alanında ve tarım ekonomisi alanlarında WTO hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Tercihli anlaşmalarda kural olarak bu konular multilateral düzenleme gerekliliğine istinaden düzenlenmemektedir. İki taraflı sınırlamaların üçüncü taraflar bakımından sonuç doğurmaması nedeniyle yardım sınırlamalarına tabi olmayan tercihli anlaşma tarafı devletler pazara giriş kolaylığı elde etmektedir. Sübvansiyon hukuku bu nedenle WTO'nun en önemli müzakere konusunu teşkil etmektedir. Bu bağlamda refahı arttıran devlet katkılarının yapılması, koruyucu etkisi olan katkıların ise sona erdirilmesi hedeflenmektedir.

Geçerli anlaşma ve kurallar çerçevesinde ortaya çıkan sorunlar arasında askıya alınan, dava edilemeyen sübvansiyonlar (öncelikle araştırma ve kalkınma, tarım ekonomisi ve deniz balıkçılığı alanında) karşımıza çıkmaktadır. GATT'ın XV. maddesinde öngörülen müzakere yetkisi bu bağlamda şimdiye dek kullanılmamıştır. Önemli bir sektör olarak sivil havacılık alanında ortaya çıkan problemler mevcut anlaşmayı aşmaktadır. Petrol üreten devletlerin hava yolu şirketlerine yaptıkları kapsamlı destekler haksız rekabet üstünlüğü sağlamaktadır. WTO hukuku ancak tarifeli uçuşları ve iniş hakkını düzenlememektedir. Bu konuda düzenleme yapılması öncelikle bu konudaki dayanakların müzakere edilmesini gerektirmektedir. Sektörel bağlamda yeni sorunlar iklim değişikliği ile bağlantılı olarak enerji alanında ortaya çıkmaktadır. Henüz çözümlenmemiş bir sorun olarak gelecek yıllarda fosil yakıtlar için yapılan sübvansiyonların bir sosyal anlaşma ile kaldırılması teknoloji transferinin sağlanması koşulu ile mümkün olabilecektir. Petrol üreten ülkelerin hemen hemen hepsinin

günümüzde WTO'nun üyesi olması böyle bir anlaşmanın yapılabileceği ümidini arttırmaktadır.

2. Sürdürülebilir elektrik enerjisi üretimi

Elektrik enerjisi konusunda sektörel bir anlaşmanın yapılması da bir olasılık olarak düşünülebilir. Elektrik enerjisi üretiminin sürdürülebilirliğinin ve gelişme için öneminin anlatılmasına gerek bulunmamaktadır. Bu çerçevede sınır aşan smartgrids, yatırım, hizmet edimi, sübvansiyon ve teknoloji transferi konularında enterkonnekte ağların oluşturulması gerekmektedir. Üretimin ne şekilde sağlanacağı konusunda "Production and Process Methods" büyük önem taşıması nedeniyle bununla ilgili teknolojiye erişimin müzakere edilmesi öncelikli konudur.¹⁴ Sürdürülebilir üretilen enerji ile ihtiyaçların karşılanması büyük ölçüde uluslararası ticarete bağlıdır. İklim koşullarının uygun olduğu yerlerde rüzgâr ve güneş enerjisi üretiminin mümkün olması nedeniyle dezentral enerji üretiminin tamamlayıcısı olarak sürdürülebilir enerji gereksinimi ancak söz konusu koşulların olduğu yerlerden karşılanabilir. Uzun vadeli bir proje olarak bugün internet için olduğu gibi diğer uluslararası örgütlerle işbirliği ilişkisi içinde küresel bir elektrik enerji ağının oluşturulması WTO'nun yeni bir görev alanı olarak düşünülebilir. Bu ve bunun gibi sektörel müzakereler günümüzde mallar, hizmet edimi, yatırımlar, rekabet ve fikri mülkiyet konuları arasındaki geleneksel ayrımlar yapılmaksızın kapsamlı ve entegre edici ve münferit sektörlerin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde yürütülmektedir.

D. Yatay müzakereler

Mevcut anlaşmalar çerçevesinde yeni sorunlar için sektörel müzakereler yanı sıra yatay (horizontal) müzakereler de ortaya çıkmaktadır. Örneğin malların dolaşımından farklı olarak sınır ve gümrük korumasının kural olarak bulunmadığı hizmet edimine ilişkin olarak haksız rekabet bağlamında koruma önlemleri alınması yahut mineraller, nadir metaller ve tarım ekonomisi çerçevesinde gıda ürünleri için GATT çerçevesinde ihracat sınırlamaları getirilmesi mümkündür. Hizmet edimi alanında daha detaylı bir sınıflandırma yapılması sorunlar doğurma potansiyeline sahiptir. Fikri mülkiyet alanında öncelikle gen teknolojisi ürünlerinin patentlendirilmesi biyolojik yöntemler konusunda yeni sorunlar ortaya çıkartmaktadır. Elektronik ticaretin düzenlenmesi her zaman olduğu gibi

¹⁴COTTIER, Thomas, Renewable Energy and WTO Law: More Policy Space or Enhanced Disciplines?, Renewable Energy Law and Policy Review, 2014(5), s. 40-51.

rekabet hukuku, yatırımların korunması ve bu alanların ticari düzenlemelerle ilişkisi cazibe merkezi alanlar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu alanların ilk adım olarak çalışma programlarında ele alınması, elde edilen sonuçların daha sonra tercihli anlaşma müzakerelerinin gündemine alınması uygun gözükmektedir. Devletler, tercihli anlaşma müzakerelerden farklı olarak Cenevre müzakerelerinde WTO sekreterliğinin ve sayısız non-governmental kurumların bilgi ve tecrübelerinden yararlanma imkânına sahiptir. Bu durum öncelikle ticaret politikası bağlamında büyük kaynaklara sahip olmayan gelişmekte olan ülkeler bakımından caziptir.

III. Kurumsal Gelişmeler

A. Uzlaşma diplomasisinde reform

Sektörel ve yatay müzakereler WTO'nun karar mekanizmasına uyum konusunu gündeme getirmiştir.¹⁵ Çok kutuplu bir dünyanın oluşumu ve önemli ölçüde değişen koalisyonlar uzlaşma prensibinin düşünülmesini gerektirmektedir. Tek bir devletin kararları bloke edebilmesi Cenevre Konferanslarında sözü edilen konuların müzakere edilme şevkini kırmaktadır. Uzlaşma prensibinden şeklen ağırlıklı oy sistemine dönüş ise olası bir durum olarak gözükmemektedir. Diplomatik bir uygulama olarak uyuşmazlıkların çözümlenmesi bağlamında başarılı bir şekilde kullanılan konsensüsten bir eksik oyu ifade eden uzlaşma prensibinin benimsenmesi mümkündür. Bu yöntem 1947 GATT çatısı altında AET tarafından da tarım alanında sayısız kez uygulanan engelleyici yöntemden önemli farklılık göstermektedir. Bu yöntemin WTO'nun çekirdeğini oluşturan alanlarda yeni multilateral çözümlerin bulunması bağlamında uygulanmaması için hiçbir engel bulunmamaktadır.

B. WTO sekreterliğinin statüsü

Anlaşmalarda sadece çerçevesi düzenlenen WTO sekreterliğinin fonksiyonunun ve statüsünün de değerlendirilmesi gerekmektedir. Sekreterliğin müzakerelerde ve uyuşmazlıkların çözümü prosedüründeki rolünün şeffaflaştırılması gerekmektedir. Sekreterliğin komite çalışmalarında ve uyuşmazlıkların çözümü prosedüründe kendi görüşünü ortaya koyabilmesi gerekmektedir. Sekreterlik için panellerin ve Appellate Body üyelerinin istişare hizmeti yanı sıra redaksiyon çalışmaları ötesinde hizmet verecek bir "legal counsel"ın oluşturulması düşünülebilir. Bu

¹⁵STEGER,Debra P., Redesigning the World Trade Organization for the Twenty-First Century, Wilfrid Laurier University Press, Ottawa 2010

DAVEY,William J./JACKSON,John H, The Future of International Economic Law, 2008, Oxford University Press, Oxford

şekilde sekreterlik de yükümlülüklerini yerine getirmeyen üye devletlere karşı dava açma olanağına sahip olabilir. AB bünyesinde anlaşmaların bekçisi rolü oynayan Komisyonun WTO için örnek alınması mümkündür. WTO'nun bu bağlamda supranasyonalleşmesi değil, uluslararası örgüt olarak fonksiyonlarının iyileştirilmesi hedeflenmektedir.

C. BM ve diğer uluslararası örgütlerle işbirliği

Sektörel müzakerelerden hareketle diğer uluslararası örgütlerle işbirliğinin yeni dayanaklara ihtiyaç gösterdiği ortaya çıkmaktadır. Hemen hemen tüm yaşam alanlarında, örneğin kalkınma, sağlık, çevre ve iklim, çalışma ve mülteci, fikri mülkiyet, insan hakları yahut denetim sorunlarında ticari enstrümanların kullanması yanı sıra BM'in uzman kuruluşları, IMF ve Dünya Bankası grupları ile ve non-governmental kuruluşlarla sıkı bir iş birliğinin gerekli olduğu görülmektedir. Bunun anlamı uzman kuruluşların görevlerinin üstlenilmesi değil, non-trade concern'lerle daha sıkı işbirliğine matuf uygun ticari kuralların oluşturulmasıdır. Onlarla uyumu temin eden uluslararası ekonomi hukuku alanında küresel yönetimi iyileştirecek konferansların Cenevre'de yapılması ayrıca iyi bir şans olarak görülmektedir.

D. Uyuşmazlıkların çözüm prosedürünün genişletilmesi

WTO'nun uyuşmazlıkların çözümü prosedürünün tercihli anlaşmalara genişletilmesi belki de gündeme getirilen en önemli kurumsal yenilik olarak değerlendirilmektedir. Bugünkü hukuki durum birbirini tamamlayan iki alanın birbirinden izole edildiğini göstermektedir. Panels ve Appellate bugün bu gereksinimi ancak marjinal olarak dikkate almaktadır. Tercihli anlaşmalara istinat eden bir davanın WTO önüne getirilmesi mümkün değildir. Yetkilerin genişletilmesi ile sadece tercihli anlaşmaların kurumsal yapılarının iyileştirilmesi değil, özellikle uzlaşma prosedürü konusunda WTO'nun mevcut bilgilerinin ve büyük tecrübelerinin tercihli anlaşmalar alanında kullanılması mümkün olacaktır. Bu durum ayrıca WTO hukuku ve tercihli anlaşmaların maddi hukuk olarak uyumunu temin edecektir. WTO'nun dünya ticaret mahkemesi yönünde inkişafı, yatırım anlaşmalarının dünya ticaret mahkemesi yetki alanına dahil edilmesi ile WTO'nun merkezi rolünü güçlendirecektir).¹⁶

¹⁶FLETT, James, Referring PTA disputes to the WTO dispute settlement system, bknz.: A.Dür/M.Elsig (Hrsg.), Trade Corporation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements, 2015, s. 555-579.

IV. Birliğin Görevi

WTO'nun geliştirilmesinde AB'ne önemli bir görev düşmektedir. AB uluslararası örgütlerin şekillendirilmesi konusunda hiçbir üyenin sahip olmadığı tecrübeye ve çok katmanlı bir sistemde (beş katlı bir ev gibi) yerel, subfederal, federal devlet, bölgesel ve küresel seviyede rol oynamaktadır.¹⁷ Avrupa entegrasyonunun söz konusu tecrübeleri yeryüzünün diğer yerlerine nazaran Avrupa'da uluslararası hukukun anayasallaşma çalışmalarının daha hızlı ilerlemesine yol açmıştır (Jan Klabbers/Anne Peters, Geir Ulfstein, "The Constitutionalization of International Law", 2009, Oxford University Press, Oxford). Bu durumdan WTO'nun ve diğer uluslararası örgütlerin gelişmesi ve küresel ticaretin hukuken düzenlenmesi bağlamında yararlanması önem taşımaktadır. WTO anlaşmasının tercihli anlaşmalarının da dayanağı olduğunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir. WTO'nun bu özelliğinin gelecekte mevcut anlaşmalara ilişkin yatay müzakereler, öncelikle sektörel anlaşmalar ve kurumsal yenilenmeler üzerinden daha fazla geliştirilmesi mümkündür.

Kısaltmalar

AEUV	Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel (madde)
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
Aufl.	Auflage (bası)
BRICS	Brezilya, Rusya, Hindistan, Çin ve Güney Afrika Cumhuriyeti
DESTA	Design of Trade Agreements
GATT	Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Anlaşması
Hrsg	Herausgeber (editör)
NAFTA	North American Free Trade Agreement
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
WTO	World Trade Organisations

¹⁷COTTIER, Thomas, Towards a five storey house, bkz.: Christian Joerges/Ernst –Ulrich Petersmann (Hrsg.), Constitutionalism, Multilevel Governance and International Economic Law, 2011, International Trade Law, Vol 12, s. 495, Hart Publishers, Oxford

Kaynakça

[1] COTTIER, Thomas: The Common Law of International Trade and the Future of the World Trade Organization, *Journal of International Economic Law* 2015 (18)

[2] COTTIER, Thomas: Renewable Energy and WTO Law: More Policy Space or Enhanced Disciplines?, *Renewable Energy Law and Policy Review*, 2014(5)

[3] COTTIER, Thomas: Towards a five storey house, bkz.: Christian Joerges/Ernst –Ulrich Petersmann (Hrsg.), *Constitutionalism, Multilevel Governance and International Economic Law*, 2011, *International Trade Law*, Vol 12, s. 495, Hart Publishers, Oxford).

[4] COTTIER, Thomas/ TRINBERG Lorena: Gemeinsame Handelspolitik, Vorbemerkung zu den Artikeln 206 ve 207 AEUv, bkz.: von der Groeben/Schwarz/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7.Auflage, 2015, Band IV

[5] COTTIER, Thomas/SIEBER-GASSER Christian Charlotte / WERMELINGER Gabriela: Thedialectical relationship of preferential and Multilateral trade agreements, bkz.: A.Dür/M.Elsig(Hrsg.), *Trade Cooperation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*, 2015

[6] DAVEY, William J./JACKSON, John H.: *The Future of International Economic Law*, 2008, Oxford University Press, Oxford

[7] DÜR, Andreas/ELSIG, Manfred: *Trade Cooperation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*, World Trade Institut, Cambridge University Press, 2015

[8] FLETT,James: Referring PTA disputes to the WTO dispute settlement system, bkz.: A.Dür/M.Elsig (Hrsg.), *Trade Corporation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements*, 2015

[9] KLABBERS, Jan / PETERS, Anne/ ULFSTEIN,Geir: “The

Constitutionalization of
International Law", 2009, Oxford University Press,Oxford).

[10] STEGER,Debra P.: Redesigning the World Trade Organization for
the Twenty-First Century, Wilfrid Laurier University Press, Ottawa 2010

AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ’NİN, AVRUPA BİRLİĞİ’NİN VE TÜRKİYE’NİN SU HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ^{1*}

Doç. Dr. Deniz ŞAHİN^{2**}

Öz

Bu çalışmanın amacı Amerika Birleşik Devletleri’nin, Avrupa Birliği’nin ve Türkiye’nin su hukukuna bakış açısını konuya ilişkin uygulanan yasal mevzuat ve yapılması gereken düzenlemeler çerçevesinde incelemektir. Kamuya ait sular devletin hüküm ve tasarrufundadır. Su kalitesini koruma ve sürdürme koşulu ile su kaynaklarından optimum faydanın sağlanması için “kirleten öder” ilkesi hemen her ülkenin yasasında yer almaktadır. Devletler, üzerinde savaş senaryoları üretilen su kaynaklarının nasıl korunacağı ve yönetileceğine dair, Modern Su Hukuku ve Uluslararası Su Hukukunda artık yeni normlar oluşturmak durumunda kalacaklardır. Türkiye’de çalışmaları sürdürülen “Su Kanunu Tasarısı Taslağı” da bu normlar dikkate alınarak hazırlanmalıdır.

Anahtar Sözcükler: *Amerika Birleşik Devletleri Su Hukuku, Avrupa Birliği Su Hukuku, Türkiye Su Hukuku, Su Kaynakları, Su Kaynakları Yönetimi, Su Yasaları.*

An Overview of the Water Law in the United States, the European Union, and Turkey

Abstract

The purpose of this study is to examine the point of view of the United

^{1*} Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.05.2021 - Kabul Edildiği Tarih: 04.08.2021

^{2**} Gazi Üniversitesi Fen Fakültesi, dennoka1k@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3519-4434

DOI:10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_y07i2002

States, the European Union, and Turkey on water within the framework of and the legislation applied and the necessary regulations. Public waters are fully owned by the government. The principle of “polluter pays” for the protection and maintenance of water quality and the protection of its resources is included in the laws. Countries will have to establish new norms in Modern Water Law and International Water Law on how to protect and manage water resources on which war scenarios are produced. “Water Law Draft” in Turkey should be prepared considering these norms.

Keywords: *The United States Water Law, The European Union Water Law, Turkey Water Law, Water Resources, Water Resources Management, Water Law.*

Giriş

Gündelik yaşantımızın vazgeçilmez bir ögesi olarak suyun önemi sanayileşme ile başlayıp günümüze kadar gelen süreçte artış göstermektedir. Hızla artan ekonomik faaliyetler açısından da zaruri bir kaynak olması nedeni ile suyun hukuki boyutu da ulusal ve uluslararası alanda giderek daha önemli hale gelmektedir. Su Hukukunun ulusal boyuttaki düzenlemeleri ülkenin ait olduğu coğrafi bölgenin iklimsel ve jeolojik şartlarına göre belirlenir. Uluslararası düzenlemeler ise 2. Dünya Savaşı sonrasına kadar olan dönemde daha çok kıyıdaş devletlerin arasındaki ikili veya çok taraflı anlaşmalarla belirlenmiştir. 2. Dünya Savaşı'ndan sonra ise yaşanan su kıtlığı ve su kaynaklarından yararlanmaya ilişkin siyasi ihtilaflar nedeniyle Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenmeye başlanmış ve 1977'de Birleşmiş Milletler Su Konferansı düzenlenmiştir³. 2010 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda su hakkı insan hakları kapsamına alınmış ve rapor 140'tan fazla ülke tarafından imzalanmıştır⁴. 1997 yılında Fas'ın Marakeş kentinde düzenlenerek başlayan Dünya Su Forumunun her bir Zirvesinde su ve çevre sağlığı, paylaşılan suyun yönetimi, suyun verimli kullanımı, atık su arıtımı ve su için akıllı teknolojiler gibi farklı gündem başlıkları öne çıkmıştır. Türkiye 2009 yılında bu organizasyonun 5. zirvesinin ev sahipliğini yapmıştır⁵. Tüm bu kuruluşlar tarafından yapılan konferanslar ve sunulan raporlar, su kaynaklarının karşı karşıya bulunduğu tehlikelere ve su kıtlığına dikkat çekmekte ve su yönetiminin su kirliliğinin

³ BİLEN, Ö, Türkiye'nin Su Gündemi, Su Yönetimi ve AB Su Politikaları, Ankara, 2008.

⁴ <https://un.org/es/comun/doc/symbol/A/RES/64/292>, 2013.

⁵ T.C. Kalkınma Bakanlığı, On Birinci Kalkınma Planı, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2018.

de getirdiği olumsuzluklar nedeniyle küresel bir sorun olduğu sonucunu ortaya koymaktadırlar. Bu kapsamda Amerika Birleşik Devletleri ve su koruma hukukuna ilişkin uzun zamandır birçok yönerge kabul etmiş olan Avrupa Birliği'nin etkisi ile artık su hukuku başlı başına bir hukuk disiplini olarak kabul edilmektedir. Avrupa Birliği adaylık sürecinde olan Türkiye'nin uyumlulaştırma çalışmalarını devam ettirdiği önemli alanlardan biri de çevre alanıdır. Türk Hukuku açısından değerlendirildiğinde suların korunması konusunda gerek yasal gerek yasa altı düzeyde birçok düzenleme mevcut olmakla birlikte genel esas ve usulleri ortaya koyan ulusal bir su çerçeve yasası henüz bulunmamaktadır. Bu çalışmada Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği ve Türk su hukuk sistemleri hakkında genel bilgi verilerek, Türk su hukukunun diğer ülke hukuk sistemleri karşısındaki durumunun değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

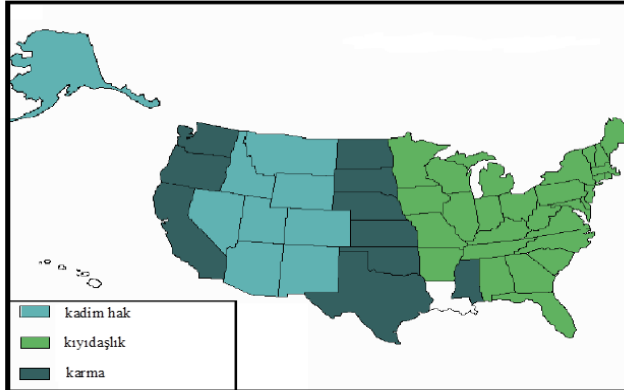
I. Yöntem

A. Amerika Birleşik Devletleri Su Hukukunun Genel Yapısı

Anglo-Sakson hukuk sistemine yakın olan Amerika Birleşik Devletleri hukuk sisteminde su hukukunun ilk ilkesi 'Kıyıdaşlık Doktrini'dir (Riparian Right Principle)⁴. Bu doktrine göre; *bir su kaynağını (örneğin göl, nehir, dere) kullanım hakkına sahip olabilmek için kıyısı bulunan arazinin maliki olmak gerekmektedir*. Ancak bu hak sahibine suyu biriktirme hakkını vermez, şöyle ki; hak sahibi suyun doğal akışından yararlanabilir, suyu faydalı amaçlar için kullanabilir ancak biriktiremez ve suyun nitelik veya niceliğini değiştiremez. Bu kural zaman içinde suyun başkalarına zarar vermeden kullanılabilmesi şeklinde düzenlenmiştir. Kıyıdaşlık Doktrini var olan su miktarının ihtiyacı karşıladığı dönemlerde uygulanmış, ancak nüfus artışı ve sanayileşme ile birlikte ülkenin bütün bölgelerine uygun olmadığı anlaşılmıştır. Özellikle ABD'nin batısında mevcut su miktarını artırmanın yolları aranırken madencilik faaliyetlerinde madenciler arazi sahibi olmadıkları için su kullanımlarını Kıyıdaşlık Doktrini'ne dayandıramamışlar ve Kaliforniya'da 'Kadim Hak Doktrini'nin (Prior Appropriation Principle) kabul edilmesine öncülük etmişlerdir. Kadim Hak Doktrini'ne göre; *faydalı kullanım amacı ile (endüstriyel, tarımsal veya evsel) bir su kaynağından su alan ilk kişi o suyu bu amaçla kullanmaya devam etme hakkına da sahip olur*⁶.

⁴ AKTAŞ, M: Sınırtaşan Suların Ulaşım Dışı Kullanımının Hukuki Rejimi, DEÜ Doktora Tezi, İzmir, s.132-138,

Günümüzde Amerika Birleşik Devletleri'nde yüzeysel su kaynaklarının tahsisi ve kullanımı eyaletlerin yetki alanındadır. Kaynağın bulunduğu eyaletin yüzüncü meridyenin doğusunda veya batısında olmasına göre ülkede su hukuku iki kategoriye ayrılmaktadır. Doğuda yer alan eyaletlerin büyük kısmı su hukukunda Kıyıdaşlık Doktrinini uygularken, bazı eyaletler *su kullanım hakkının sabit bir yıla sınırlı olduğu ve merkezi bir kurumun iznine bağlı olan* 'Geliştirilmiş Kıyıdaşlık' (Regulated Riparianism) Doktrinini uygulamaktadır. Batıdaki eyaletlerin çoğu ise su hakkını hala kadim hak doktrinine dayandırmaktadır. Bunların dışında mevcut su potansiyelleri, coğrafi ve iklimsel koşullardaki farklılıklar nedeniyle her iki doktrinden de unsurlar ihtiva eden karma bir sistem uygulayan eyaletler de bulunmaktadır. Kıyıdaşlık Doktrinini, Amerika Birleşik Devletleri'nde yirmi dokuz eyalette uygulanmaktadır. Bu eyaletler: Alabama, Arkansas, Connecticut, Delaware, Florida, Georgia, Illinois, Indiana, Iowa, Kentucky, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, New Hampshire, New Jersey, New York, North Carolina, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Tennessee, Vermont, Virginia, West Virginia, Wisconsin'dir. Kadim Hak Doktrinini ise dokuz eyalette uygulanmaktadır ki bu eyaletler; Alaska, Arizona, Idaho, Kolorado, Montana, Nevada, New Mexico, Utah ve Wyoming'dir⁷. Karma doktrin sistemin uygulandığı eyaletler ise Kaliforniya, Kansas, Mississippi, Nebraska, North Dakota, Oklahoma, Oregon, South Dakota, Texas ve Washington'dur (Şekil 1)⁸.



2004.

⁷ DAVID, H.G. Water Law in a Nutshell, West Publishing, St. Paul., 1997.

⁸ <http://academic.evergreen.edu/g/grossmaz/BINNEBBD/> 2014.

Şekil 1: Eyaletlerdeki Su Hukuku Doktrinleri

Amerika Birleşik Devletleri'nde yeraltı su kaynaklarının çoğu yüzey sularına bağlı olmasına rağmen eyaletlerin yeraltı sularını tahsis ve kullanım sistemleri yüzey suyu sistemlerinden farklılık göstermektedir. Bu kapsamda 'Mutlak Hakimiyet Doktrini', 'İlişkili Haklar Doktrini', 'Makul Kullanım Doktrini', 'Kadim Hak Doktrini' ve 'Yeniden Beyan Doktrini' kullanılmaktadır.

'Mutlak Hakimiyet Doktrini' veya 'İngiliz Doktrini' olarak da adlandırılan Mutlak Hakimiyet Doktrini (Absolute Ownership) uyarınca, bir arazi sahibi arazinin altındaki suyun da malikidir, dolayısıyla suyu dilediği zaman ve dilediği amaçla kullanabilir ayrıca satış yahut kiralama gibi tasarruflarda da bulunabilir. Çoğu eyalet, su kaynaklarından kötü niyetle su çekilmesinin önüne geçilemeyeceği için bu doktrini reddetmekle birlikte, Connecticut, Georgia, Indiana, Louisiana, Maine, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Rhode Island, Texas, and Vermont'da bu yöntem uygulanmaktadır⁹.

'Bağlantılı Haklar Doktrini' (Correlative Rights Rule), Mutlak Hakimiyet Doktrini gibi toprak mülkiyetine dayalı olarak yeraltı suyundaki hakları belirler. Bununla birlikte, fark, aynı kaynağın üzerindeki arazi sahiplerinin, yeraltı suyu için mutlak veya sınırsız hakka sahip olmalarından ziyade, her birinin kullanabileceği su miktarının arazilerinin yüzölçümü ile sınırlı olmasıdır. Bu doktrini uygulayan eyaletler: Arkansas, California, Iowa, Minnesota, Oklahoma ve Vermont'tır.

Bazı eyaletler ise suyun makul amaçlar için kullanılmasına öncelik veren ve suyun çıktığı arazide kullanılmasını zorunlu kılan 'Makul Kullanım Doktrini' (Reasonable Use Rule)'ni benimsemişlerdir. Bu doktrinde arazi sahibi arazinin altındaki suyun da malikidir, bu sebep ile Mutlak hakimiyet doktrininin değişik bir şekli olarak düşünülebilir. Makul Kullanım Doktrini Alabama, Arizona, Delaware, Illinois, Kentucky, Kuzey Carolina, Maryland, Michigan, Missouri, New Hampshire, New Jersey, New York, Oklahoma, Pensilvanya, Virginia ve Batı Virginia'da kullanılmaktadır⁷.

Batıdaki eyaletlerin çoğu yeraltı suları için de önceden bahsettiğimiz

⁹ <https://nationalaglawcenter.org/overview/water-law/2020>.

'Kadim Hak Doktrini (Prior Appropriation Principle)'ni benimsenmiştir. Yüzey suyu sistemine benzer şekilde, suyu bir yeraltı suyu kaynağından faydalı bir şekilde kullanan ilk arazi sahibine, sonraki kullanıcılara göre öncelik verilir. Suyun taşınması, hak satışı ya da devri mümkündür⁸. Bugün birçok eyalet, bu doktrini yüzey suyu izin sistemine benzer bir izin sistemi ile değiştirmiştir.

Son olarak, Ohio ve Wisconsin, su kullanımının uygun olup olmadığını belirlemek için çeşitli faktörleri içeren 'Yeniden Beyan Doktrini (Restatement of Torts)'ni kullanmaktadır. Bu doktrine göre; yeraltı suyunun çekilmesi arazi sahibine ve su kaynağına zarar vermedikçe arazi sahibi, başka birinin su kullanımına müdahale edemez¹⁰.

Bazı eyaletler de karma uygulamalar benimsemiştir. Örneğin; Wyoming, yeraltı suları için Kadim Hak Doktrini ile birlikte Makul Kullanım Doktrinini kullanırken, Nebraska, Bağlantılı Haklar Doktrini ve Makul Kullanım Doktrinini birlikte kullanmaktadır.

Eyaletler düzeyinde şekillenen Amerika Birleşik Devletleri su hukuku sistemi söz konusu suyun kullanımında kamunun menfaat ve ihtiyaçlarına ilişkin konuları eyaletlerin yetki alanından çıkarmış ve federal koruma esasını benimsemiştir. Kamusal Su Hakları; Seyrüsefer Hakkı, Kamu Güven Doktrini ve Mahfuz Federal Su Doktrini gibi kategorilere ayrılır.

Seyrüsefer Hakkı (Navigation) Amerika Birleşik Devletleri su hukuku tarihindeki en eski kamu hakkıdır ve federal yetki kanununun ticaret hükmünün bir uzantısı olarak su yollarının ticari seyrüseferde kullanılmasına ilişkin kuralları düzenler.

Ancak günümüzde pek çok eyalette, halkın suları kullanma hakkı, ticari seyrüseferin ötesine geçmiş ve suların tanımı gezinti tekneleri tarafından kullanılan su yollarını da içerecek şekilde genişletilerek, rekreasyonel amaçlı halka açık suların sayısı da artırılmıştır⁵.

Kamu Güveni Doktrini (Public Trust Doctrine) ise Roma hukukuna dayanan ve seyrüsefere elverişli suların kamu yararı için süresiz olarak korunduğunu ve kamusal amaç olmaksızın devredilemeyeceğini kabul eden bir hukuk

¹⁰HUTCHINS W.A/ STEELE A.H. "Basic water rights, doctrines and their implications for river basin development". Law and Contemporary Problems, Cilt 22 sayı 2, s.276-300, 1957.

doktrinidir. Bu doktrin Kaliforniya’da eyaletin en büyük gölü olan Mono Gölü’nün su beslemesi Los Angeles havzasına yönlendirildiğinde özel su haklarının sınırlandırılmasının gündeme gelmesi ile oluşturulmuştur. Bazı eyaletler bu doktrini değişen şekillerde yorumlamış ve suları “gezilebilir sular” veya “devletin suları” şeklinde tanımlamışlardır⁷.

Amerika Birleşik Devletleri’nde kamu arazileri belli bir amaçla tahsis edildiğinde bu amaca ulaşmak için gereken su hakkı da tahsis edilmiş olur. Örneğin, ulusal ormanlar tahsis edildiğinde, havza koruması ve kereste hasadı için ayrılmış su hakkı da tahsis edilmiştir. Milli parklar ve anıtlar, ulusal yaban hayatı sığınakları, vahşi ve manzaralı nehirler ve ulusal rekreasyon alanları, Kızılderili bölgelerinin hepsinde su hakları saklıdır. Mahfuz Federal Su Hakları olarak adlandırılan bu doktrin 1908 yılında görülen Winters-Birleşik Devletler arasındaki davanın Fort Belknap’taki yerlilerin orada yaşayan kişilerden öncelikli su kullanım hakkına sahip oldukları yönündeki kararı ile uygulanmaya başlanmıştır. McCarran değişikliği uyarınca, federal hükümet su haklarına hükmetme dokunulmazlığından feragat etmiş ve su yönetimine ilişkin karar verme yetkisini eyaletlere vermiştir. Bu doktrine göre, su hakkı tahsis yapıldığı tarihte başlar. Tahsisten önce edinilen haklar, saklı haklar üzerinde önceliğe sahiptir. Federal hak, kullanılmama nedeniyle terk edilemez veya kaybedilemez. Kullanılmayan bir hak iddia edilirse tahsis yapıldıktan sonra hak sahiplerinden su istenebilir¹¹.

Batı eyaletlerinde, ilk su hakkı tahsisi veya hakta yapılan değişiklikler kamu yararı incelemesini yasal olarak zorunlu kılar, bir idari kurumdan ödenek iznini gerektirir ve bu iznin yalnızca önerilen ödeneğin kamu yararına veya kamu refahına uygun olması durumunda verilmesine izin verir. Geçmişte kamu yararı kriterini hak sahibinin su kullanımından ekonomik olarak faydalanması karşılıken, günümüzde bu kriterleri çevresel ve kümülatif diğer kamusal kaygıları içerecek şekilde genişletilmiştir.

Su hukuku açısından özetle, Amerika Birleşik Devletleri’nde eyalet hukuk düzenlerinin suyun kullanımını düzenledikleri, federal devletin ise su kaynaklarına finansal destek sağladığı, kamusal alanlara ilişkin protokolleri belirlediği, çevre düzenlemelerini yaptığı ve su paylaşımı konusunda karar verici olduğu sonucu çıkarılmaktadır.

¹¹http://www.waterplan.water.ca.gov/docs/cwpu2009/0310final/v4c21a03_cwp2009.pdf

Amerika Birleşik Devletleri'nde su kirliliği yasası ihlal ve ihmal gibi sebeplerle son derecede karmaşık olmakla birlikte dayanağı Temiz Su Yasası (Clean Water Act) olan federal ve eyalet tüzük ve düzenlemelerinden oluşan birbiriyle bağlantılı bir ağ içerir. Temiz Su Yasası'nın amacı; ulusal suların fizisel, kimyasal ve biyolojik bütünlüğünü sağlamak ve sürdürmek şeklinde özetlenebilir. Genel hatları itibarı ile Temiz Su Yasası yüzeysel su kirliliğine ilişkin düzenlemeler içermekte, yeraltı sularına ilişkin doğrudan uygunabilir hükümler kanunda yer almamaktadır. Bu amaçla; Güvenli İçme Suyu Kanunu (Safe Drinking Water Act) yeraltı suyu kalitesinin korunmasına ilişkin düzenlemeleri içerirken, Kaynak Koruma ve İyileştirme Kanunu (The Resource Conservation and Recovery Act) da yeraltı sularının kirliliğine ilişkin düzenlemeleri içermektedir¹².

Amerika Birleşik Devletleri su hukukunda bir diğer konu komşu Meksika ve Kanada ile yaşanan anlaşmazlıklardan doğan sınıraşan sular konusudur. Bu bağlamda yukarı kıyıdaş olması nedeniyle Amerika Birleşik Devletleri geçmişte Meksika'ya karşı mutlak hakimiyet doktrinini savunurken, günümüzde adil kullanım doktrinini savunmaktadır.

B. Avrupa Birliği Su Hukukunun Genel Yapısı

Avrupa Birliği su politikası üç dönem boyunca değişikliğe uğramıştır. 1973-1986 yılları arasındaki ilk dönemde Avrupa Komisyonu'nca hazırlanan ve yüzeysel ve yer altı sularında tehlikeli maddelerin deşarjı, "balık yaşamını desteklemek için korunmaya veya iyileştirmeye ihtiyaç duyan tatlı sular" gibi çeşitli konulara ilişkin hükümleri içeren ilk direktif kabul edilmiştir. 1987'den itibaren başlayan ikinci dönemde, Kentsel Atık Su, Su Arıtma Direktifi ve Nitrat Direktifleri çıkarılmıştır. 1993-2000 yılları arasındaki üçüncü dönemde ise revize edilen İçme Suyu Direktifi Ve Kirliliğin Entegre Olarak Önlenmesi ve Kontrolü Direktifleri kabul edilmiş ve sanayi tesislerine teknoloji kıstasları getirilmiştir.

Çok sayıda dağılık direktiften oluşan Avrupa Birliği su hukuku tam adı "Topluluğun su politikası alanındaki tedbirlerine hukuki bir çerçeve oluşturmaya yönelik direktif" olan ve 2000 yılında Parlamento ve Konsey tarafından ortak karar prosedürü ile kabul edilen Su Çerçeve Direktifi (SÇD) (Water Framework Directive (WFD)) ile tek bir çatı altında

¹²TARLOCK A.D/ JAMES N.C.Jr./ DAVID H.G/ REED D. Water Resource Management: A, Casebook in Law and Public Policy. s. 689, 2009.

birleştirilmiştir¹³.

2020 yılında revize edilen İçme suyu direktifi insan tüketimine yönelik su için kalite standartlarını tanımlamaktadır. Bu direktifle üye ülkeler kendi bölgelerine ait içme suyunun kalitesini hem tüketicilere düzenli olarak bildirmekle, hem de her üç yılda bir Komisyon'a rapor etmekle yükümlüdür.

Kentsel Atık Su Arıtma Direktifi, çevreyi kentsel ve sanayi atık sudeşarjlarının olumsuz etkilerinden korumayı amaçlamaktadır. Yönerge, kentsel atık suların toplanması, arıtılması ve boşaltılması için asgari standartları ve zaman çizelgelerini belirlemekte, atıkların denize boşaltılmasının aşamalı olarak kaldırılmasını gerektirmektedir. Komisyon, arıtılmış atık suyun tarımsal sulama için yeniden kullanımını kolaylaştırarak su kıtlığını daha iyi önlemek amacı ile bu yönergeyi güncellemeyi planlamaktadır¹².

Nitrat Direktifi, suları tarımsal kaynaklı nitrat kirliliğinden korumayı amaçlamaktadır. Üye ülkeler tamamlayıcı bir düzenleme ile her dört yılda bir Komisyona, tarım uygulamalarının kodlarını, nitrata karşı savunmasız bölgelerini (nitrate vulnerable zones (NVZ)) ve suya ilişkin eylem programlarının özetini içeren bir rapor sunmak zorundadır. Hem direktif hem de yönetmelik içme suyunu korumayı ve ötrofikasyondan kaynaklanan hasarları önlemeyi amaçlamaktadır. Mayıs 2018'de Komisyon, son yirmi yılda tarımdan kaynaklanan nitratların neden olduğu su kirliliğinin Avrupa'da azaldığını, ancak endişe verici bölgelerin hala bulunduğunu ve daha güçlü eylem planlarına ihtiyaç duyulduğunu vurguladığı raporunu yayınlamıştır.

Kirliliğin Entegre Olarak Önlenmesi ve Kontrolü Direktifi, sular için risk oluşturan 33 öncelikli maddenin ve yüzey sularındaki diğer sekiz kirleticinin konsantrasyonlarına ilişkin sınırları belirler. Mevcut listeye sonradan 12 yeni madde eklenmiş ve Komisyon'a, öncelikli maddeler listesinin gelecekteki incelemelerini oluşturmak amacı ile tüm üye ülkelerde izlenecek ek bir madde listesi (izleme listesi) oluşturma yükümlülüğü getirilmiştir¹⁴.

¹³ Güneş A.M. Avrupa Birliği Su Çerçeve Direktifi ve Türk Su Hukuku. Yeditepe Üniversitesi Dergisi, Cilt 7 sayı 2, s. 1-17. 2010.

¹⁴ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/74/water-protection-and-management> 2020.

Su Çerçeve Direktifi'nin 17. maddesinde yer alan Yeraltı Suları Direktifi'ne göre, tehlikeli maddeler için limit değerleri (Avrupa Birliği mevzuatı tarafından limitleri belirlenen nitratlar ve pestisitler hariç) üye ülkeler kendileri belirler.

Yüzme Suyu Direktifi, yüzme suyunun izlenmesi ve sınıflandırılması (dört kategoride) için hükümler belirleyerek ve halkı bu konuda bilgilendirerek halk sağlığını ve çevre korumasını geliştirmeyi amaçlamaktadır.

Yüzme sezonu boyunca üye ülkeler, her yüzme suyu sahasında ayda bir kez sudan numune almak ve en az iki spesifik bakteri konsantrasyonunu değerlendirmek ve "yüzme suyu profilleri" aracılığıyla halkı bilgilendirmek zorundadır. Yüzme suyu sınıflandırması ve her türlü yüzme yasağı hakkında halkı bilgilendirmek için standart bir sembol vardır. Yüzme suyunun kalitesine ilişkin bir özet rapor, Komisyon ve Avrupa Çevre Ajansı (European Environment Agency (EEA)) tarafından yıllık olarak yayınlanmaktadır¹².

Su Çerçeve Direktifi, suyun ticari bir mal olmadığı hükmü ile başlamakta ve yukarıda sözü geçen spesifik mevzuatlar ve uluslararası anlaşmalarla tamamlanmaktadır. Su Çerçeve Direktifi, yüzeysel su kaynaklarının, geçiş sularının, kıyı sularının ve yeraltı su kaynaklarının korunması, su kirliliğinin önlenmesi ve azaltılması, sürdürülebilir su kullanımının teşvik edilmesi, sel ve kuraklık etkisinin azaltılması ilkelerini benimseyen bütüncül bir akış açısı sergilemektedir. Su Çerçeve Direktifi'nin yüzey suları ve yer altı suları için öngördüğü su yönetimi modeli havza bazında yönetim modelidir. Bu modele göre, idari veya politik sınırlara göre belirlenen bir idari yapılanma değil, doğal, coğrafi ve hidrolojik özelliklere göre oluşturulan tek bir birim söz konusudur. Direktifin 3. maddesi bu bağlamda, üye ülkeleri kendi toprakları içindeki su havzalarını belirlemek ve her bir su havzası için direktifin amaçlarını esas alan bir nehir havza bölgesi oluşturmakla yükümlü kılmaktadır. Ayrıca, birden çok ülkenin toprağından geçen küçük havzalar için uluslararası tek bir nehir havza bölgesinin oluşturulabileceğinden söz edilmektedir. Su Çerçeve Direktifi'nin 4. maddesinde yüzeysel sular, yeraltı suları ve korunmuş alanlarına ait geçerli olacak hedefler herbiri ayrı ayrı ele alınmaktadır. 5-8. maddeleri suların analizi ve izlenmesi konusundaki kapsamlı düzenlemeleri içermektedir. Bu amaçla 5. madde'de, nehir havza bölgelerinin analizine, insan aktivitelerinin sular üzerindeki etkisinin denetlenmesine ve direktifte belirlenen hedeflere göre su kullanımının

analizinin yapılmasına ilişkin hususlar düzenlenmektedir. 6. madde ile korunan alanlar tüzüğü oluşturulmakta, 7. madde de ise insani kullanım amaçlı suları belirleyen hükümler yer almaktadır. Son olarak, 8. madde yerüstü ve yeraltı sularının durumunun izlenmesi amacıyla üye ülkeleri program oluşturmakla mükellef kılmaktadır. Su Çerçeve Direktifi'nin 9. maddesi kirleten öder ilkesi uyarınca üye ülkeleri su hizmeti bedelinin ödenmesi ile 11. maddesi ise üye ülkeleri 4. maddede geçen hedeflerin gerçekleştirilmesi için her bir nehir havza bölgesi veya uluslararası nehir havza bölgelerinin kendi topraklarındaki kısmı için önlemler programı hazırlamakla yükümlü kılmaktadır. Direktifte belirlenen hedeflerin gerçekleştirilebilmesine yönelik idari düzenlemelere ilişkin hükümler de 3. maddenin ilgili fıkralarında yer almaktadır¹⁵.

Su Çerçeve Direktifi ile getirilen düzenlemeler sınıraşan suları da kapsamakta olup fark gözetilmeksizin üye ülkelerde uygulanması öngörülmektedir. Sınıraşan su konusu ile ilgili hükümler; giriş bölümünün 35. maddesinde ve 13. maddede yer almaktadır. Sözü geçen maddeler de sınırı aşan suların söz konusu olduğu durumlarda ilgili ülkeler uluslararası bir nehir havza bölgesi oluşturmak ve bu bölge için yetkili bir otorite belirlemekle yükümlü kılınmaktadır¹³.

C. Türk Su Hukukunun Genel Yapısı

Türkiye'de sular hakkında kanun gibi bazı düzenlemeler 1920'li yıllarda kabul edilmiştir. Ancak ilk detaylı Anayasa olan 1924 Anayasası'nda, su kaynaklarına ve suların kullanma biçimine ilişkin herhangi bir kural bulunmamaktadır. 1961 Anayasası'nda 'Tabii Servet ve Kaynakların Aranması ve İşletilmesi'ne ilişkin kural suları özel mülkiyet konusu olmaktan çıkarmış, 1982 Anayasası'nda ise 1961 Anayasası'na paralel bir düzenleme ile birlikte ayrı olarak özel şirketler eliyle doğal kaynakların aranması ve işletilmesi kolaylığı sağlanmıştır. 4721 sayılı Medeni Kanunda sular; genel sular, özel mülkiyet ve özel hukuk konusu olan sular olarak ikiye ayrılmıştır. Genel sular; özel mülkiyete konu olmayıp, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan, örneğin; denizler, göller, akarsular ve yeraltı sularıdır. Genel sulardan herkes kadim hakkı ihmal etmeden yararlanma hakkına sahiptir. Özel mülkiyet ve özel hukuk konusu olan sular ise Medeni Kanunda arazinin ayrılmaz parçası kabul edilmiş ve arazi sahibinin mülkiyetinde olan kaynaklar, gözeler ve bunlara benzeyen sular

¹⁵ GÜNEŞ A. M. Avrupa Birliği Çevre Hukuku, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

olarak tanımlanmıştır. Medeni Kanunla ayrıca bu suların mülkiyet, irtifak ve kullanma hakları da düzenlenmiş ve tapu sicili esasına tabi tutulmuştur¹⁶.

Hususi olarak suları konu edinen hukuki düzenlemeleri yasalar ve tüzük, yönetmelik, tebliğ v.s. gibi yasa altı düzenlemeler olarak ikiye ayırmak gerekir. 1926 yılında kabul edilen 831 sayılı Sular Hakkında Kanun, kent, kasaba ve köylerde kamu gereksinimini karşılayan suların tedarik ve yönetimine yönelik hükümler içermektedir. 1960 yılında kabul edilen 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun, yer altı sularının araştırılması, kullanılması, korunması ve mülkiyetine ilişkin hükümlere yer vermektedir. Bu kanunların dışında 1930 yılında kabul edilen 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu, 1953 yılında kabul edilen 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkında Kanun, 1971 yılında kabul edilen 1380 sayılı Su Ürünleri Kanunu, 1981 yılında kabul edilen 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon Genel Müdürlüğü (İSKİ) Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunu, 1982 yılında kabul edilen 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu ve aynı yıl kabul edilen 2674 sayılı Karasuları Kanunu, 1990 yılında kabul edilen 3621 sayılı Kıyı kanunu, 2004 yılında kabul edilen 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 2005 yılında kabul edilen 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 2007 yılında kabul edilen Jeotermal Kaynaklar ve Doğal Mineralli Sular Kanunu suları konu edinen Türk hukukundaki diğer bazı yasal düzenlemelerdir. Suların korunmasına ve yönetimine ilişkin hükümlere yer veren yasa altı düzenlemeler ise özellikle 2004 yılından sonra Avrupa Birliği mevzuatına uyum çalışmaları kapsamında hazırlanan düzenlemelerdir. 1961 yılında kabul edilen ve Yeraltı Suları Hakkında Kanunun uygulanışını gösteren 1465 sayılı Yeraltı Suları Tüzüğü halen yürürlükte olup yeraltı suları işletme sahalarına ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

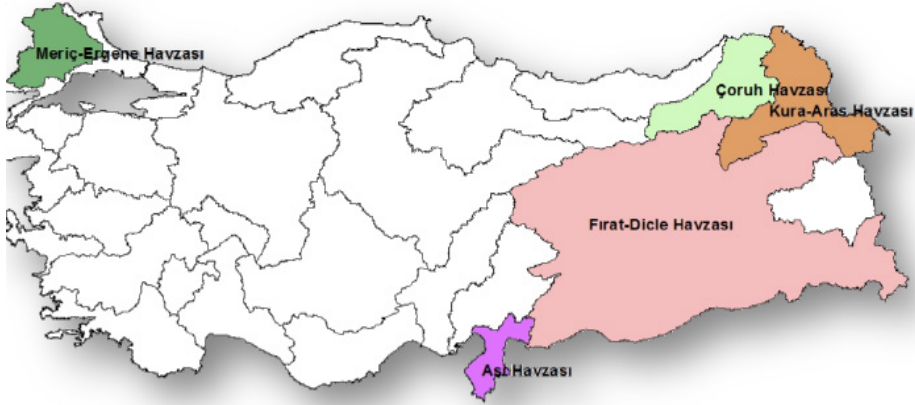
Su kirliliğinin önlenmesi ve kontrolüne ilişkin yönetmeliklerinin başlıcaları; 2004 yılında yürürlüğe giren Su Kirliliğinin Kontrolü Yönetmeliği, aynı yıl kabul edilen Tarımsal Kaynaklı Nitrat Kirliliğini Karşı Suların Korunması Yönetmeliği, 2005 yılında yürürlüğe giren Tehlikeli Maddelerin Su ve Çevresinde Neden Olduğu Kirliliğin Kontrolü Yönetmeliği ve İnsani Tüketim Amaçlı Sular Hakkında Yönetmeliği'dir.

Yönetmeliklerin uygulanması amacıyla kabul edilen tebliğlerin başlıcaları ise 2009 ve 2010 yıllarında kabul edilmiş olup daha önce kabul edilen

¹⁶www.imo.org.tr/ İnşaat Mühendisleri Odası Su Hakkı Raporu

tebliğlerin yerini almışlardır. Bu tebliğlerin başlıcaları: Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği İdari Usuller Tebliği, Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği Numune Alma ve Analiz Metodları Tebliği, Kentsel Atıksu Arıtımı Yönetmeliği Hassas ve Az Hassas Su Alanları Tebliği, Atıksu Arıtma Tesisleri Teknik Usuller Tebliği'leridir.

Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında Türk su hukukundaki kanunların genel ve bütüncül bir çerçeveden yoksun olduğu görülmektedir. Ayrıca Türkiye'de su yönetimini gerçekleştirmekle görevli 10'un üzerinde kurum olması da yetki kargaşasına neden olmaktadır. Avrupa Birliğine adaylık sürecinde olan ve bu nedenle ulusal mevzuatını Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlulaştırma yükümlülüğü altında bulunan Türkiye'ye ilişkin Avrupa Komisyonu'nun 2020 yılına ait ilerleme raporunda, özellikle atık su arıtımı ve mevzuat uyumu kapasitesinin artırılması konularında biraz ilerleme sağlandığı ancak uygulamada hala zayıf kaldığı ifade edilmektedir.



Şekil 2: Türkiye'nin Sınırtaşan Havzaları

¹⁷ Havza Yönetimi ve Su Bilgi Sistemi Çalışma Grubu Raporu HYSBSÇGR), T.C. Orman ve Su İşleri Bakanlığı, Ormanlık ve Su Şûrası, 2012, s. 5.

Sınıraşan havzalarının bir kısmında yukarı paydaş bir kısmında ise aşağı kıyıdaş konumunda bulunan Türkiye bu konuda *'her ülke sınıraşan nehirlerden aşağı kıyıdaş ülkelere zarar vermemek şartı ile faydalanma hakkına sahiptir'* ilkesini benimsemektedir. Sınıraşan sular politikasının Dış İşleri Bakanlığı tarafından oluşturulan diğer ilkeleri; suyun yararlarının paylaşılması, hakça, akılcı ve etkin biçimde kullanılması ve sorunlara kıyıdaş ülkeler arasında çözüm bulunup aracı ülkelerin girişimlerinin kabul edilmemesi olarak sıralanabilir.

II. Sonuç

Amerika Birleşik Devletleri su hukukunda su kaynaklarının yönetilmesinde ve kurumsal yapıda her bir eyaletin kendi hukuk düzeni olmakla birlikte Fedaral Devletin düzenlemesine tabi esaslar da bulunmaktadır. Mevcut su potansiyelleri, coğrafi ve iklimsel koşullardaki değişiklikler nedeni ile farklı eyaletlerde yüzeysel ve yeraltı sularının kullanımlarına ilişkin farklı doktrinler uygulanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri ayrıca, komşu Meksika ve Kanada ile olan sınıraşan su sorununu anlaşmalarla çözüme kavuşturmuştur.

Avrupa Birliği su hukuku üç dönem boyunca değişikliğe uğramış ve bu dönemlerde çok sayıda dağınık direktiften oluşmuşken, günümüzde 2000 yılında kabul edilen Su Çerçeve Direktifi ile tek bir çatı altında birleşmiştir. Su Çerçeve Direktifi, yüzeysel, yeraltı, geçiş ve kıyı sularına ilişkin hükümlerin yanısıra sınıraşan suların yönetimine ilişkin düzenlemeler de içermektedir.

Türk su hukukunda suların korunması ve yönetimine ilişkin genel esas ve usulleri ortaya koyan ulusal bir su yasası mevcut değildir. Türkiye'de su mevzuatı ve konuya ilişkin kurumlar dağınık bir görünüm arz etmektedir. Avrupa Birliği adaylık sürecinde olan Türkiye'nin Su Çerçeve Direktifi'ni esas alarak oluşturacağı bir çerçeve su yasası ile su kaynaklarını etkin ve verimli bir şekilde kullanabilmesi oldukça önemlidir.

Kaynakça

[1] BİLEN, Özden: Türkiye'nin Su Gündemi, Su Yönetimi ve AB Su Politikaları, Ankara, 2008.

[2] <https://un.org/es/comun/doc/symbol/A/RES/64/292>, 2013 (Erişim

tarihi: 20.03.2020)

[3] T.C. Kalkınma Bakanlığı, On Birinci Kalkınma Planı, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara, 2018.

[4] AKTAŞ, M: Sınıraşan Suların Ulaşım Dışı Kullanımının Hukuki Rejimi, DEÜ Doktora Tezi, İzmir 2004.

[5] DAVID, G.: Water Law in a Nutshell, (3rd ed. pp.7) West Publishing, St. Paul., 1997.

[6]<http://academic.evergreen.edu/g/grossmaz/BINNEBBB/> (Erişim tarihi: 20.03.2020)

[7]<https://nationalaglawcenter.org/overview/water-law/> (Erişim tarihi: 20.03.2020)

[8] HUTCHINS Wells A./ STEELE Harry A.: *Basic water rights and doctrines and their implications for river basin development*. 22 Law and Contemporary Problems ss. 276-300, 1957.

[9]http://www.waterplan.water.ca.gov/docs/cwpu2009/0310final/v4c21a03_cwpu2009.pdf (Erişim tarihi: 20.03.2020)

[10] TARLOCK, Dan/ CORBRIDGE, James / DAVID, Getches/ REED, Benson: *Water resources development-law and legislation*. Water Resource Management: A, Casebook in Law and Public Policy. Thomson Reuters Foundation Press, New York, 6th ed., 2009.

[11] GÜNEŞ, Ahmet: Avrupa Birliği Su Çerçeve Direktifi ve Türk Su Hukuku. *Yeditepe Üniversitesi Dergisi*, Cilt 7 sayı 2, 2010. s. 1-17.

[12]<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/74/water-protection-and-management> (Erişim tarihi: 20.03.2020)

[13] GÜNEŞ, Ahmet: Avrupa Birliği Çevre Hukuku, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.

[14]www.imo.org.tr/İnşaat Mühendisleri Odası Su Hakkı Raporu (Erişim tarihi: 20.03.2020)

[15]Havza Yönetimi ve Su Bilgi Sistemi Çalışma Grubu Raporu (HYSBSCGR), T.C. Orman ve Su İşleri Bakanlığı, Ormanlık ve Su Şûrası, 2012, s. 5.

TEKNOLOJİ TRANSFERİ ANLAŞMALARINA YÖNELİK REKABET ANALİZ SÜRECİNİN ABD, AB VE TÜRK MEVZUATLARI AÇISINDAN KARŞILAŞTIRILMASI^{1*}

Dr. Yakup Önder MERCANGÖZ^{2}**

Öz

Teknolojik olarak ortaya konan yenilikler; yeni ürünler ve yeni süreçlerin önemli bir kaynağı olup rekabeti arttıran bir unsurdur. Bu nedenle rekabet otoritelerince çoğunlukla teşvik edilmektedir. Fakat bazı durumlarda teknoloji transferi aşamasında rekabeti olumsuz etkileyecek uygulamalarla da karşı karşıya kalmak mümkündür. Yasal ve ekonomik anlamda bakıldığında fikri mülkiyet hakları ile Rekabet Hukukunun ikisi de tüketici refahını yükseltmeyi amaçlamaktadır. Bu iki sistem aynı amaca hizmet ederken kullandıkları araçlar farklı olduğu için zaman zaman aradaki dengeyi kurmak zorlaşabilmektedir. Bir yandan teknoloji transferinin sağlıklı ve devamlı olarak gerçekleşmesi gerekirken, diğer yandan korunan fikri mülkiyet haklarının ilgili piyasada tekel oluşturmak suretiyle rekabet düzenini bozmaması gerekmektedir. Bu çalışmanın temel amacı, teknoloji transferi anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkileri analiz edilirken ABD, AB ve Türk yargı sistemlerinde nasıl bir yol izlendiğini değerlendirmektir. Üç yargı sisteminin teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin rekabet analizinde süreç açısından benzerlikleri ve farklılıklar analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Teknoloji Transferi Anlaşmaları, AB Rekabet Hukuku, ABD Rekabet Hukuku, Türk Rekabet Hukuku, Muafiyet Sistemi.*

^{1*} Yayın Kuruluma Ulaştığı Tarih: 26.07.2021- Kabul Edildiği Tarih: 10.11.2021

Bu makale yazar tarafından "Teknoloji Transferi Anlaşmalarının Rekabete Etkisinin AB, ABD ve Türk Yargı Sistemlerinde Karşılaştırmalı Analizi" adlı kendi doktora çalışmasından yararlanılarak hazırlanmıştır.

^{2**} Mercangöz Hukuk Bürosu, onder@mercangoz.av.tr, ORCID: 0000-0002-8301-6635

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i2003

Comparison of the Competition Analysis Process of Technology Transfer Agreements in terms of the US, EU, and Turkish Judicial Legislation

Abstract

Technological innovations are an important source of new products and new processes and increase competition. Thus, it is mostly encouraged by competition authorities. However, in some cases, it is possible to encounter applications that will negatively affect competition during transferring technology. In legal and economic terms, both intellectual property rights and Competition Law aim to increase consumer welfare. While these two systems serve the same purpose, the tools they use are different, therefore it sometimes can be difficult to balance between them. On the one hand, technology transfer should be carried out in a healthy and continuous manner, on the other hand, protected intellectual property rights should not disrupt the competition by creating a monopoly in the relevant market. The main purpose of this study is to evaluate how technology transfer agreements are dealt with in the US, EU, and Turkish legal systems while analyzing the effects on competition. In the competition analysis of technology transfer agreements of three legal systems, similarities and differences in terms of process are analyzed.

Keywords: *Technology Transfer Agreements, EU Competition Law, US Antitrust Law, Turkish Competition Law, Exemption System.*

I. Giriş

Son on yıl içinde Endüstri 4 devrimi ve hızlı dijitalleşme ile tüm dünyada hızlı bir teknoloji ve yenilik üretimi hakimdir. Dolayısıyla bir düşünce faaliyeti neticesinde ortaya çıkan fikri hakların sayısı da her geçen gün artmaktadır. Bu hakların transferi, lisanslanması ve rekabete etkileri de bir o kadar önemli hale gelmiştir. Fikri hak sahiplerinin maddi ve manevi haklarını koruyan hukuk sistemi Fikri Mülkiyet Hukuku olup, yenilikleri teşvik etmek ve bunların sürekliliğini sağlamak amacını gütmektedir. Rekabet Hukuku ise piyasalarda serbest rekabet ortamının oluşturmak ve bu şekilde tüketici refahını arttırmak temel hedefini taşımaktadır. İki hukuk sisteminin koruduğu menfaatler bakımından aralarında önemli bir ilişki vardır. Fikri Mülkiyet Hukuku; fikri mülkiyet hak sahibinin şahsına

özel yetkiler vermekte ve buluşunun hakkının koruyucusu olarak bireysel çıkarları korumakta iken, Rekabet Hukukunun koruduğu temel alan, ekonomik kamu düzenidir. Fikri mülkiyet koruması da aslında sadece bireysel bir koruma değildir, aynı zamanda teknoloji üretimini teşvik ederek dolaylı yoldan bir kamusal menfaat koruması da sağlamaktadır.³ Fikri Mülkiyet Hukukunun buluş sahiplerine verdiği tekel hakkı ile Rekabet Hukukunun yasakları arasında yer alan tekelleşme iki konunun hassas alanını oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle fikri mülkiyet haklarının sağladığı tekel hakkının rekabette olumsuz etki yaratması endişesi hasıl olmaktadır. Ticaretin önündeki engellerin kaldırılması, pazara giriş ve çıkışların serbest olması, hâkim durumun kötüye kullanılmaması, Rekabet Hukukunun temel ilkelerini oluşturmaktadır. Bunun yanında, fikri mülkiyet hakları ile yenilik sahiplerine münhasır koruma hakkı verilmektedir. Çünkü fikri mülkiyet haklarının etkin bir şekilde korunması, yeniliğin teşviki, sürdürülebilir bir teknolojik ilerlemenin sağlanmasındaki en önemli unsur olarak görülmektedir. Fikri mülkiyet haklarının korunduğu yasalar ile hakkın sahibine sağlanan mutlak koruma, hak sahibini piyasadaki diğer kişilerin rekabetinden koruyabilmektedir. Bunun yanında rakiplerine karşı rekabet avantajı da sağlamaktadır. Fikri mülkiyet sahiplerine verilen bu haklar, bazı durumlarda sahiplerinin piyasada tekel haline gelmesine yol açabilmekte ve piyasaya girişin önünde engel oluşturabilmektedir. Rekabet kurallarını uygulamakla görevli olan otoriteler, hak sahiplerinin tekel oluşturma, piyasa paylaşma gibi durumlara karşı, piyasanın rekabetçi yapısını koruyabilecek denge noktaları bulmaya çalışmaktadırlar.⁴ Rekabet kurallarının uygulanmasında, fikri mülkiyet haklarının korunmasından beklenen toplumsal faydalara eş değer yarar beklenmektedir. Gerçekte her iki sistem de etkinliği ve verimi, buna bağlı olarak toplumsal refahı artırmayı inovasyonları özendirmeyi ve tüketicilerin artan bu toplumsal refahtan faydalanmasını hedeflemektedir. Rekabet Kuralları ve fikri mülkiyet hakları aslında farklı araç ve yöntemler kullanılarak bu ortak hedef üzerinde çalışmaktadırlar.⁵ Fikri mülkiyet hakları korumasını kapsayan hukuk ile Rekabet Hukuku arasındaki dengenin doğru bir şekilde kurulması tüm yargı sistemleri için son derece önemli bir konudur. Kurulan denge

³ F. M. Parlakyıldız, E.A. Güvel, "Fikri Mülkiyet Hakları ve Bu Hakları Korumanın Ekonomik Önemi", Niğde Üniversitesi, İİBF Dergisi, Ekim 2015, 8(4), ss. 29-39, s. 30.

⁴ M. Ateş, Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII. Nisan, Kayseri. 2009, s. 29.

⁵ M. Van, O. Demirsöz, "Rekabet Hukuku ile Fikri Mülkiyet Hukuku İlişkisi", Ağustos 2012. http://www.mertvan.av.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=36:rekabet-hukuku-ile-fikri-mulkiyet-hukuku-iliskisi&catid=34&Itemid=127&lang=tr

sayesinde tüketici refahının artırılması ve yeniliklerin özendirilmesi hedeflenmektedir. Yargı sistemlerinde bu amaca yönelik uygulamalarda benzerlik ve farklılıklar görülmektedir. Bu çalışmada teknoloji transferi anlaşmalarının rekabet analiz süreci ABD, AB ve Türk hukuk sistemleri açısından incelenmiştir.

Devam eden bölümlerde konuyla ilgili temel kavramlar verildikten sonra, üç yargı sisteminin konuyla ilgili yasal çerçevesi çizilmiş, daha sonra yine bu üç yargı sisteminin teknoloji transferi anlaşmalarının rekabet analizini gerçekleştirirken nasıl bir prosedür izledikleri ve genel çerçevesi açıklanmıştır. Son olarak da üç yargı sisteminin konuya yaklaşımında tespit edilen benzerlikler ve farklılıklar değerlendirilmiştir.

II. Temel Kavramlar

ABD, AB ve Türk yargı sistemlerinde teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin rekabet analizinde mevzuat ve uygulamalar açısından benzerliklerin ve farklılıkların değerlendirildiği bu çalışmada konuyla ilgili temel terminoloji verilerek devam edilen bölümlerde kavram bütünlüğü sağlanmaya çalışılmıştır.

Fikrî mülkiyet terimindeki “fikrî” kelimesi mülkiyetin çeşidini, “mülkiyet” kelimesi ise “sahipliği” ifade etmektedir.⁶ Mülkiyet bilgiye dayanmaktadır. Sonuç olarak “fikrî mülkiyet” kavramıyla bir düşünce faaliyeti neticesinde ortaya çıkan sonuç üzerinde doğan hak sahipliği ifade edilmektedir.⁷ **Fikri Mülkiyet Hukuku** ise fikri mülkiyet haklarının sahiplerine ve sahibinden sonra gelen mirasçılarının hakları üzerinde maddi ve manevi koruma sağlayan hukuk sistemidir.⁸ **Fikrî mülkiyet hakları** genel olarak iki ana gruba ayrılmaktadır. Uluslararası hukukta bu ayrım “**intellectual property**” ana başlığı altında; “**industrial property**” ve “copyright” şeklindedir. Bu ayrım Türk hukukunda “**Fikri mülkiyet hakları**”; “**sınaî mülkiyet hakları**” ve “**fikir ve sanat eserleri hakları**” şeklinde yer almıştır. Fikir ve sanat eserleri hakları yerine, ayrıca “copyright-telif hakkı”, “fikrî hak” veya “eser hakkı” terimlerinin de kullanıldığı görülmektedir.⁹ Sınai mülkiyet hakları kapsamına; patent, faydalı model, tasarım, coğrafi işaret ve marka girmektedir. Fikir ve sanat eserleri hakları kapsamına da ilim ve edebiyat eserleri, sinema eserleri, bilim ve sanat eserleri, güzel sanat eserleri, musiki

⁶ Ü. Tekinalp, “Fikrî Mülkiyet Hukuku”, 4. bs, İstanbul 2005, s. 2.

⁷ A.M., Kılıçoğlu, “Sınaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar”, Ankara 2007, s. 2-3.

⁸ Ü. Tekinalp, “Fikri Mülkiyet Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s. 1., F. Öztan, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku”, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 38.

⁹ M. K. Dericioğlu, “Fikri Haklar”, 2016, s. 22-24.

eserler, işleme ve derlemeler gibi eser sahibinin hakları ile bunlara bağlantılı (komşu) haklar girmektedir.¹⁰

Rekabet Hukuku ise devletler tarafından ekonomiyi düzenlemek ve aynı zamanda piyasalar üzerinde rekabeti artırıcı etkiler yaratmak için kurulmuş bir sistemdir.¹¹ Genel olarak Rekabet Hukuku sistemleri; (i) rekabeti bozucu etkiye sahip anlaşma, uyumlu eylem, teşebbüs birliği karar ve eylemlerinin yasaklanması, (ii) hâkim durumdaki teşebbüslerin pazar güçlerini kötüye kullanmalarının önüne geçilmesi ve (iii) yoğunlaşmaların (birleşme ve devralmaların) denetlenmesi esaslarına dayanmaktadır. Sadece anlaşmalar değil **teşebbüs birliği karar ve eylemleri** de Rekabet Hukuku sisteminin inceleme alanına girmektedir. Benzer ekonomik faaliyetleri yürüten şahıslar ve teşebbüslerin tecrübelerinin paylaşımı ve sorunlarına ortak çözüm bulma amacıyla zaman içinde teşebbüslerin bir birlik çatısı altında toplanmaları fikri oluşmuştur.¹² Teşebbüs birlikleri genel olarak ticaret ve sanayi odalarını ve sektörel birlik ve dernekleri ifade etmektedir.¹³ Yargı sistemlerinde, sınırlama getirilen anlaşmalar, sadece teşebbüsler arası yazılı sözleşmeler değil, ayrıca teşebbüslerin uyumlu eylemleri, teşebbüs birliklerinin karar ve eylemleri, niteliklerine bağlı olarak yatay ve dikey anlaşmalar da bu kapsama alınmaktadır. Rekabet Hukuku yine teşebbüsler arasındaki rekabeti sınırlaması olası **uyumlu eylemleri** de kendi inceleme alanı kapsamına almaktadır. Literatürde uyumlu eylemlere; “uyumlu davranışlar”, “uyumlu uygulamalar” veya “önceden mutabık kalınmış uygulamalar” gibi farklı isimler de verildiği görülmektedir.¹⁴ Türk Rekabet Mevzuatında uyumlu eylemlerle ilgili hükümler yer almaktadır. “*Bir anlaşmanın varlığının ispatlanmadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder*” hükmüyle¹⁵ ne zaman uyumlu eylemden bahsedileceğini, “*Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir*” hükmüne¹⁶

¹⁰Doğan, Gülmelihat, “Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları”, Çankaya Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim dalı, Özel Hukuk Doktora Tezi, Temmuz, 2020.

¹¹ M.Y. Öztürk, Ç. E. Ergün, Rekabet Hukukunun Önemi, Çakmak Ortak Avukatlık Bürosu, 9 Temmuz 2004, s. 1.

¹² M. Topçuoğlu, “Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri”, 2001, s. 130.

¹³ K. Karabakır, “Rekabet Hukuku’nda Teşebbüs Birlikleri”, Rekabet Bülteni, 2000, sayı 2.

¹⁴Z. Arı, “Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları”, Ankara, 2004 s. 77.

¹⁵ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) madde 4/3.

¹⁶RKHK madde 4/4.

yer vererek ispat edilebildiği takdirde sorumluluktan kurtulabileceğini vurgulamıştır. AB Rekabet Hukuku 101/1. maddesinde “*concerted action*” ibaresiyle “uyumlu eylemler”den bahsetmiştir. ABD açısından Sherman Kanunu 1. maddesinde “*ticareti sınırlamaya yönelik her çeşit sözleşme (contract), bağlantı (combination) ve gizli anlaşma (conspiracy) yasalarına aykırı*” ifadeleri yer bulmaktadır.¹⁷ Görüldüğü gibi **Rekabet Hukukunda anlaşma** ile kastedilen, iki veya daha çok sayıda teşebbüsün belirli bir konuda her şekilde uyuşması, ortak bir noktada buluşmasıdır. Yazılı, sözlü ya da fiili her türlü eylem sonucu ulaşılan mutabakatlar, anlaşma statüsünde değerlendirilmektedir.¹⁸ Tavsiyeler, bir başka ifadeyle bağlayıcılığı olmayan fakat uygulanan hususlar, ticari birliklerin aralarındaki anlaşmaları, üyeleri arasında verilen kararlar da, yine “anlaşma” olarak nitelendirilmektedir.¹⁹ Örnek olarak fiyat bildirimleri, gizli gerçekleştirilen toplantılar ve telefon görüşmeleri, değişik sirküler yollamak ve bunlara benzer davranışlar bu tip yasaklar kapsamındadır. Rekabet Hukuku açısından anlaşmaların yatay ya da dikey olması önem arz etmektedir. Yatay anlaşmalar ile dikey anlaşmalar arasındaki en önemli husus, rekabetin aynı veya farklı üretim/dağıtım/hizmet seviyesindeki teşebbüsler arasında olup olmamasıdır. Yatay anlaşmalar²⁰ aynı üretim/dağıtım/hizmet seviyesindeki teşebbüsler, bir başka ifadeyle, rakipler arasındaki anlaşmalardır. Dikey anlaşmalar ise, üretim, toptan satış, perakende satış, dağıtım, tedarik vb. üretim zincirinin farklı aşamalarında faal olan teşebbüsler arasındaki anlaşmalardır. Yatay anlaşmalar tekel koşullarını oluşturmaya daha çok zemin hazırlarlar ve genellikle rekabet üzerinde olumlu etkileri olmaktadır. Bu nedenle Rekabet Hukuku sistemlerinde genelde yatay anlaşmalar, dikey anlaşmalara

¹⁷ G.A. Jentz, R.L. Miller, F.B. Cross, K.W. Clarkson, West’s Business Law, 4th Ed., St.Paul, 1997, s. 741.

¹⁸ Z. Akın, “Rekabet Hukuku Bağlamında Devlet Yardımları”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, yüksek lisans tezi, Isparta, 2010, s. 59.

¹⁹ Y. Şaylı, Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Toplulukları (Hukuk), Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005, s. 33.

²⁰ Türk Rekabet Müktesebatında “yatay anlaşmalar”a ilişkin açıklamalar, Rekabet Kurumunun, “Yatay İşbirliği Anlaşmaları Hakkında Kılavuzunda” (30 Nisan 2013 Tarihli, 13-24/326-Rm (6) sayılı) bulunmaktadır.

ABD müktesebatında “competitor collaboration” ifadesiyle yer bulmuştur. FTC ve DOJ tarafından hazırlanan “Rakipler Arası İşbirlikleri için Antitrost Rehberi”nde (US, DOJ and FTC, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 7 Nisan 2000) “birleşmelerden farklı olarak, rakipler arasında bir ekonomik faaliyeti yerine getirmek için yapılan bir ya da birden fazla anlaşma” şeklinde tanımlanmaktadır. (Kaynak: Rehber, s. 2; M. Altun, “Yatay İşbirliği Anlaşmalarının 4. madde Kapsamında Değerlendirilmesi”, Rekabet Kurumu, Uzmanlık Tezleri, No. 129, s. 3.)

AB müktesebatında ise competitor collaboration” ifadesiyle “ABİHA 101. maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanabilirliğine Dair Rehberde”inde yer bulmuştur. (European Commission (EC), Guidelines on the Applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Horizontal Co-Operation Agreements, 14 Ocak 2011, OJ C11.).

göre, rekabete daha olumsuz etkileri olduğu yönünde değerlendirilir ve yasak olma ihtimali de daha yüksek görülür.²¹ Uygulamaya bakıldığında piyasaların işleyebilmesi için dikey anlaşmaların yapılması, genel bir zorunluluktur. Bu nedenle yatay anlaşmalar gibi çoğunluklu direk yasak kapsamında değerlendirilmezler. Ancak dikey anlaşmalar da rekabeti sınırlayabilmektedir.²² Teknoloji transferi anlaşmaları dikey nitelikte bir anlaşma olduğundan dikey anlaşmalarla ilgili mevzuat ile teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin mevzuat birlikte değerlendirilir.²³

Rekabet Hukukunun inceleme alanına giren bir diğer konu da hâkim durumda olan teşebbüslerin eylemleridir. **Hâkim durumda** olan teşebbüslerin ellerinde bulunan gücü, piyasadaki rekabeti sınırlayacak biçimde **kötüye kullanmaları** yasak kapsamında değerlendirilir.²⁴ Hâkim durum, “*belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücünü*” ifade eder.²⁵ Piyasada hâkim durumda olduğunun kabulü için ekonomik bir güç ve bu gücün devamlılığı gerekmektedir. İlgili madde gereği bir anlaşmanın yasak kapsamında değerlendirilmesi için; teşebbüs olma, hâkim durumda olma ve bunu kötüye kullanma olmak üzere üç hususun varlığı gerekmektedir. Hâkim durumun tespitinde; genel olarak ilgili piyasanın (ilgili ürün, ilgili teknoloji ve ilgili coğrafi piyasa) pazar payı, talep durumu, zaman unsurları

²¹ Z. Arı, 2004, s. 42-43.

²² İ. Y. Aslan, “Rekabet Kurulunun Dikey Anlaşmalar İlişkin Yeni Grup Muafiyeti Tebliğinin Getirdikleri (Grup Muafiyeti)”, Ünal Tekinalp’e Armağan, 2, İstanbul, 2003, s. 66.

²³ 2008 TR Uygulama Rehberi, paragraf 51-52, Türkiye’de 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği arasındaki ilişki şu şekilde açıklanmıştır: “Sadece iki taraf arasındaki anlaşmaları kapsamaması ve lisansı verilen teknolojiyi içeren ürünlerin satışını da yapan lisans alanın 2002/2 sayılı Tebliğ bakımından bir sağlayıcı olması dolayısıyla, bu iki grup muafiyeti tebliğinin aynı anda uygulanması söz konusu olabilmektedir. Bu durumda lisans veren ile lisans alan arasındaki anlaşma 2008/2 sayılı TR Tebliğ’e tabi olurken, lisans alanla onun alıcıları arasında yapılan anlaşmalar 2002/2 sayılı Tebliğ’e tabi olacaktır.”

²⁴ Hâkim durumun kötüye kullanılması terimi, Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan “*Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz*”da yer almaktadır. Kılavuzda yapılan tanıma göre (paragraf 22), hâkim durumun kötüye kullanılması; “*hâkim durumdaki teşebbüslerin sahip oldukları pazar gücünün avantajından faydalanarak doğrudan ya da dolaylı olarak tüketici refahını azaltması muhtemel davranışlarda bulunmalarıdır*”.

ABİHA madde 102’ye göre; “*hâkim durumdaki bir veya birden fazla teşebbüsün iç pazarın tümünde veya önemli bir bölümünde bu durumunu Üye Devletler arası ticareti etkileyecek şekilde kötüye kullanması iç pazarın işleyişi ile bağdaşmaz nitelikte olduğundan yasaktır*”.

US, Sherman Act, section 2. ABD Rekabet Hukukunda, Sherman Kanunu’nun “Ticarette Tekelcilik ve Cezası” (Monopolizing trade a felony; penalty) başlıklı 2. maddesinde, “*Amerika Birleşik Devletleri’nin kendi arasında veya ABD ile diğer devletler arasında tekel oluşturmak ve tekelleşmeye yönelik sözleşme/gizli anlaşma*” suç kabul edilmiş veya cezalandırılacağı belirtilmiştir.

²⁵ RKHK madde 3.

ve rekabet seviyesi gibi hususlar dikkate alınmaktadır.²⁶ Ancak Rekabet Hukuku sistemlerinde küçük teşebbüsler açısından bazı istisnai durumlar söz konusu olabilmektedir. Rekabet üzerinde etkisi olamayacak kadar küçük teşebbüslerin, aralarındaki anlaşmaların, rekabet yasaklarından istisnasını ifade eden “De Minimus” kuralı da AB Müktesebatında kendine yer bulmuştur.²⁷ AB’de “*De Minimis*” kuralı ile ilgili en güncel düzenleme, 2014 yılında yürürlüğe giren, 2014 De Minimis Bildirimi’dir.²⁸ Bu bildirim, hangi tür anlaşmaların amaç yönünden rekabeti kısıtladığı hususunu içermemektedir. De Minimis Bildirimi’nin beraberinde, 2014 De Minimis Rehberi²⁹ yürürlüğe girmiştir. İlgili Rehberde, hangi anlaşmaların bu kuraldan faydalanabileceğine ilişkin olarak, rekabeti sınırlayıcı amaç açısından ihlallerin yer aldığı özellikle yakın tarihteki kararlara dayanan “gösterge” özelliğinde bir liste yer almaktadır.³⁰ AB Rekabet Hukukunda varlığını gösteren “De Minimis” kuralı, 7246 sayılı RKHK’da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Türk Rekabet Hukuku Sistemine de girmiştir. İlgili hükme göre; “*Kurul; pazar payı ve ciro gibi ölçütleri esas alarak rakipler arasında fiyat tespiti, bölge veya müşteri paylaşımı ve arz miktarının kısıtlanması gibi açık ve ağır ihlaller hariç olmak üzere, piyasada rekabeti kayda değer ölçüde kısıtlamayan anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği karar ve eylemlerini soruşturma konusu yapmayabilir. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından çıkarılan tebliğ ile belirlenir.*”

Ayrıca Rekabet Hukukunda **muafiyet** kavramı da kendine yer bulmaktadır. Rekabeti koruma amacını güden rekabet kurallarının, bu amaç doğrultusunda yasakladıkları ve hukuka aykırı kabul etikleri anlaşma, uyumlu eylem ve kararların; ekonomi, rekabet ve tüketiciler üzerinde yarattığı etkilerin bir arada ele alınması suretiyle, olumlu ve olumsuz yönlerinin değerlendirilmesi neticesinde, olumlu yönlerinin daha ağır basması durumunda hukuka uygun

²⁶E. Baytekin, “Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Hâkim Durum, Örnek Kararlar Işığında Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Hâkim Durum ve Hâkim Durum Tespitinde Kullanılan Kriterler”, Aralık 2003. <https://www.xing.com/communities/posts/tuerk-ve-avrupa-birligi-rekabet-hukukunda-hakim-durum-av-ergin-baytekin-1002156291>.

²⁷ M. Ateş, “Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 7(2), 2008, ss.47-76, s. 58.

²⁸EC, “Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union”, 2014 De Minimis Bildirimi, OJ [2014] C 291.

²⁹ EC, “Guidance on Restrictions of Competition ‘By Object’ for The Purpose of Defining Which Agreements May Benefit From The De Minimis Notice”, Revised Version of 03 June 2015.

³⁰A. Scordamaglia-Tousis, “New De Minimis Communication: ‘De Minimis’ and ‘By Object’ Restrictions of Competition Law”, Journal Of Competition Law & Practice Current Intelligence, December 2014, s. 2. Erişim Tarihi: 05.05.2017, [Http://Jeclap.Oxfordjournals.Org/Content/Early/2014/10/10/Jeclap.Lpu092](http://Jeclap.Oxfordjournals.Org/Content/Early/2014/10/10/Jeclap.Lpu092).

olmalarını sağlayan sistem olarak tanımlanabilmektedir. Temel olarak “*bireysel muafiyet*” ve “*grup muafiyeti*” olmak üzere 2 tür muafiyet sistemi vardır. **Bireysel Muafiyet**; somut bireysel vakanın özellikleri sebebiyle rekabeti engelleyici bir ilişki hakkında verilen ve anılan ilişkiyi hukuka uygun ve yasaklanan faaliyetlere uygulanan müeyyidelerden muaf hale getiren bir sistemdir. **Grup muafiyeti**; belirli konulardaki anlaşma türlerini, yasak getiren rekabet kurallarının uygulanmasından blok olarak muaf tutan, ilgili herkese uygulanan, genel ve objektif özellik taşıyan muafiyet sistemidir.³¹

Bazı durumlarda teşebbüsler arası anlaşmaların rekabet üzerindeki olumsuz etkileri son derece büyük olup, kesin yasaklar arasında sayılır. Bu tip sınırlamalar “*Per se yasak*” olarak ifade edilmekte olup, bu terim özellikle ABD rekabet müktesebatında karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında AB ve Türk Rekabet Hukukunda da kesin yasaklar olup, kara liste kısıtlamalar, açık rekabet kısıtlamaları başlığı altında kendine yer bulmaktadır. Kesin yasaklar kapsamında genellikle; satış fiyatı belirleme, rakipler arasında pazar paylaşımı ve/veya müşteri tahsisi, rakipler arası danışıklı hareket edilmesine yönelik anlaşmalar (bid-rigging), AR-GE faaliyetlerinin kısıtlanması ve bazı bağlama anlaşmaları sayılabilir. Bu tip anlaşmaların muafiyetlerden yararlanma olasılığı oldukça düşüktür. Ancak bazı durumlarda anlaşmalarda yer alan rekabeti sınırlayıcı nitelikteki bir hüküm, aslında tüm etkileri toplu olarak değerlendirildiğinde rekabet üzerinde net bir olumlu etkiye sahipse, bu tip sınırlayıcı hükümler içeren anlaşmalar, makul kabul edilerek yasak hükümleri kapsamına girmemektedir. Bu analize ABD müktesebatında “*rule of reason*” analizi denilmektedir ve literatürde makul sebep doktrini olarak anılmaktadır. ABD Rekabet Hukuku Sisteminde yer bulan bu kavram aslında, AB ve Türk Rekabet Hukukunda yer bulan muafiyet sistemleriyle aynı görevi yerine getirmektedir. Her ikisi de anlaşmalarda geçen rekabeti kısıtlaması muhtemel hükümleri tüm yönleriyle değerlendirerek rekabet ihlali yaratıp yaratmadığına karar vermektedir.

Rekabet Hukuku sitemiyle Fikri Mülkiyet Hukuku arasında denge kurulmasının, serbest rekabet ortamını temin etme ve tüketici faydası sağlamada kilit öneme sahip olduğundan yukarıda bahsedilmiştir. Bu dengenin kurulmasında yararlanılan araçlardan biri “fikri mülkiyet haklarına ilişkin tükenme ilkesi”dir. Fikri Mülkiyet Hukuku ile fikri mülkiyet hak

³¹ E. Esen, “Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”, MHB, yıl 19-20, 1999-2000, s. 317-318.

sahibine tanınmış olan mutlak hak aslında sınırsız bir hak değildir. Bu hakların sınırını belirlemede dikkate alınması gereken ilkelerden biri, **tükenme ilkesidir**^{32, 33} Tükenme ilkesi Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukuku arasında çatışma noktası olan tekelciliğe yönelik çözüm olarak faydalanılan çözüm yollarından birisidir. İnceleme konusu olan ABD, AB ve Türk rekabet yargı sistemlerinde hakkın nerede tükendiği hususunda farklılıklar bulunmaktadır. Bu konu devam eden bölümlerde incelenmiştir.

Tüm bu genel çerçeveden sonra Rekabet Hukuku açısından incelenen asıl konu olan **Teknoloji Transferi Anlaşmaları** kavramına baktığımızda teşebbüsler arasında farklı fikri mülkiyet hakkını içeren teknolojinin ya da know-how'ın transfer edilmesini sağlayan anlaşmalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Teknoloji transferi anlaşmalarında; teknolojiyi elinde bulunduran taraf (lisans veren), bu teknolojinin lisansını karşı tarafa (lisans alan) vermektedir. Lisans veren, lisans alana lisansı verilen teknolojiyle anlaşma konusu ürünleri **üretmek** için izin vermektedir. Teknoloji transferi anlaşmalarında, anlaşmaya konu olan lisanslamanın kapsayacağı teknik bilgiler, tarafların beklediği hizmetler, bu teknik bilgi ve hizmetler karşılığında ödenecek bedel, ödeme detayları, devir süresi, lisanslanan hakların kapsamı (zaman, kullanım alanı, bölge vs.), taraflara verilen münhasır haklar, sınırlamalar ve bağlayıcı hükümler gibi tüm konuları tespit etmektedirler.

Ticaretin önündeki engellerin kaldırılması, pazara giriş ve çıkışların serbest olması, hâkim durumun kötüye kullanılmaması, Rekabet Hukukunun temel ilkelerini oluşturmaktadır. Bunun yanında, fikri mülkiyet hakları ile yenilik sahiplerine münhasır koruma hakkı verilmektedir. Çünkü fikri mülkiyet haklarının etkin bir şekilde korunması, yeniliğin teşviki, sürdürülebilir bir teknolojik ilerlemenin sağlanmasındaki en önemli unsur olarak görülmektedir. Teknoloji transferinin konusu olan fikri mülkiyet haklarının korunduğu yasalar ile hakkın sahibine sağlanan mutlak koruma, hak sahibini piyasadaki diğer kişilerin rekabetinden koruyabilmektedir. Bunun yanında rakiplerine karşı rekabet avantajı da sağlamaktadır. Ancak fikri mülkiyet sahiplerine verilen bu haklar, bazı durumlarda sahiplerinin piyasada tekel haline gelmesine yol açabilmekte ve piyasaya girişin önündeki en önemli engeli oluşturabilmektedir. Bu nedenle teknoloji transferi anlaşmalarının rekabet ihlali doğurma ihtimali ortaya çıkmaktadır. Rekabet kurallarını

³² Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi [Tükenme İlkesi (Principal of Exhaustion)]

³³ İ.Y. Aslan, 2017, s. 981.

uygulamakla görevli olan otoriteler, hak sahiplerinin tekel oluşturma, piyasa paylaşma olasılığına karşı, piyasanın rekabetçi yapısını koruyabilecek denge noktaları bulmaya çalışmaktadırlar.³⁴

Fikri mülkiyet hakları, yeniliklerin ortaya çıkması için önemli ve gereklidir. Bu haklar, yenilikleri ve buluşları koruma altına alarak desteklemektedir. Bu durum, başka şekilde ortaya çıkamayacak yeniliklere fırsat vermekte, bu yönüyle de daha rekabetçi bir ekonomiye katkı sağlamaktadır.³⁵ Diğer taraftan rekabet kurallarının uygulanmasında, fikri mülkiyet haklarının korunmasından beklenen toplumsal faydalara eş değer yararlılıklar beklenmektedir. Gerçekte her iki sistem de, etkinliği ve verimi, buna bağlı olarak toplumsal refahı artırmayı ve tüketicilerin artan bu toplumsal refahtan faydalanmasını hedeflemektedir. Rekabet Kuralları ve fikri mülkiyet hakları farklı araç ve yöntemler kullanarak, ortak hedefleri olan toplumsal refahın arttırılmasına çalışmaktadırlar. Özellikle yeniliklerin, endüstrinin ve rekabetin desteklenmesi, her iki hukuk sisteminin birbirlerini tamamlayıcı yönleri olarak ifade edilebilir. Fikri mülkiyet hakları ileri teknoloji piyasalarında; arz miktarı, hizmet çeşitleri ve ürün kalitesi gibi geleneksel rekabet unsurlarına katkısı olmasının yanında, teknolojik yenilikleri teşvik ederek, dolaylı olarak da rekabetçi etkiler yaratmaktadır. Fikri mülkiyet haklarının sıkı bir şekilde koruma altına alındığı ülkelerde, rekabet avantajının da sağlandığı görülmektedir.³⁶ Bu nedenle teknoloji transferi anlaşmalarında da belirli kriterleri sağlanmak koşuluyla yasak ilkesinden muafiyet sistemi sunulmaktadır. Çünkü teknoloji transferi anlaşmalarının rekabeti sınırlayıcı yönleri bulunmakla birlikte, ekonomik fayda da yaratmaktadır. Rekabet üzerinde net olumlu etki yaratan teknoloji transferi anlaşmalarının kurulabilmesini teminen muafiyet rejimi getirilmiştir.

III. Konuyla İlgili Mevcut Yasal Çerçeve

Bir teknoloji transferi anlaşmasının rekabete olumsuz etkilerinin varlığı ve içerdiği hükümler açısından hukuk ihlallerine sebep olup olmadığı incelenirken yargı sistemlerinde yararlanılan başlangıç noktası kanunlar vardır. ABD açısından bakıldığında; **Sherman Kanunu 1.**

³⁴ M. Ateş, 2009, s. 29.

³⁵ M. Ateş, 2009, s. 34.

³⁶ A.D. Helvacioğlu, I.H.Eraslan, “Dijitalleşen Dünyada Fikri Mülkiyet Haklarının Ülkeler Açısından Küresel Rekabet Avantajı Oluşturmadaki Rolü”, 3. Ulusal Bilgi, Ekonomi ve Yönetim Kongresi, 25-26 Kasım 2004, Eskişehir, s. 4.

ve 2. maddeleri³⁷, Clayton Antitröst Kanunu (1914) ve Federal Ticaret Komisyonu Kanunu (1914) gibi yasal düzenlemeler incelemenin başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Sherman Kanunu'nun 1. maddesi, rekabeti sınırlayıcı her türlü anlaşmaları ve uyumlu eylemleri, 2. maddesi ise, hâkim durumun kötüye kullanılmasını içeren tekelleşmeyi (monopolization) düzenlemektedir. İlgili kanun hükümleri yanında ABD Adalet Bakanlığı (Department of Justice-DOJ) ve Federal Ticaret Komisyonu (Federal Trade Commission-FTC) birlikte rekabet ihlalini ilişkin uygulamaları takip etmek üzere standartlar geliştirmiştir. En güncel haliyle standartlar **“2017 Fikrî Mülkiyete İlişkin Antitröst Lisanslama Rehberi”**³⁸ (2017 ABD Antitröst Rehberi)'nde yer almaktadır.

AB'de teknoloji transferi anlaşmalarının rekabet analizine ilişkin en güncel kanun Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşmasıdır (ABİHA).³⁹ ABİHA 101. maddesi çerçevesinde, teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliği kararlarına ilişkin rekabet kuralları koyulmaktadır. ABİHA 102. maddesi ise, hâkim durumun kötüye kullanılması yasaklamaktadır. Bu şekilde AB Rekabet Hükümleri temelde ABİHA'nın 101. ve 102. maddelerinden oluşmaktadır. Ayrıca AB Rekabet Hukukunda muafiyet rejimi kurulmuştur. AB Rekabet Hukukunda, bireysel muafiyet için gerekli koşullar ABİHA 101/3. madde kapsamında sayılmaktadır. ABİHA 101/3. maddesinde sayılan şartlarının tamamının varlığı halinde ilgili anlaşmanın ABİHA 101/1. madde yasaklarından muaf tutulacağı belirtilmiştir. AB Rekabet Hukukunda grup muafiyeti rejiminde AB Komisyonu tarafından hazırlanan iki temel mevzuattan yararlanılmaktadır.⁴⁰ Bunlar ana **tüzük (regulation)** ile tüzüğün uygulanmasına ilişkin **uygulama rehberi (notices)**'dir. **“316/2014 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarını İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü”**⁴¹ (316/2014 sayılı AB Tüzüğü) AB'nin teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin olarak grup muafiyetlerini düzenleyen en son komisyon tüzüğüdür. Tüzüğün uygulanmasına ilişkin hükümler içeren grup muafiyetinin diğer kaynağı ise **“Teknoloji Transferi Anlaşmalarına ABİHA 101. maddesinin**

³⁷ Sherman Act, section 1 and 2.

³⁸ Department of Justice (DOJ) and Federal Trade Commission (FTC), 2017 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, USA

https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1049793/ip_guidelines_2017.pdf

³⁹ TFEU- Treaty on the Functioning of the European Union

⁴⁰ M. Bekcan, Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin AB Grup Muafiyet Rejiminde Başlıca Değişiklikler ve Türkiye Uygulaması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7(1), 2016, ss. 185-218, s. 187.

⁴¹ EC Regulation No 316/2014 of 21 March 2014 on The Application of Article 101/3 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Categories of Technology Transfer Agreements.

uygulanmasına ilişkin uygulama rehberi”⁴² (2014 AB Uygulama Rehberi)’dir.

Türkiye konuyla ilgili olarak AB mevzuatına paralel hareket etmektedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) kapsamında, teknoloji transferi anlaşmalarıyla ilgili rekabet incelemesi ve değerlendirme, temel rekabet hükümlerinin yer bulduğu 4. ve 6. maddelerine göre gerçekleştirilmektedir. ABİHA 101. madde ile paralel olan RKHK’nın 4. maddesi teşebbüs birliklerinin rekabeti kısıtlayıcı anlaşmaları, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerini yasak kapsamına almaktadır.⁴³ ABİHA 102. madde ile paralel olan RKHK’nın 6. maddesi ise hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. Ayrıca, RKHK’nın “Muafiyet” başlıklı 5. maddesi, bireysel muafiyet şartlarını hüküm altına almıştır. RKHK 5. maddesinde, ilk önce muafiyet verilebilmesi için aranan şartlar sıralanmış ve muafiyetle ilgili sıralanan bu şartların tamamının karşılanması durumunda 4. madde kapsamına giren bir anlaşmaya muafiyet verileceği belirtilmiştir. Grup muafiyetleri Türk Rekabet Hukukunda, Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan ana **Tebliğ** ile **Kılavuz** şeklinde ikincil mevzuat kaynaklarıyla yürütülmektedir. **“2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”dir⁴⁴ (2008/2 sayılı TR Tebliğ)** teknoloji transferi anlaşmalarının hangi durumlarda RKHK’nın 4. maddesinden grup olarak muaf olacağını belirleyen hükümler içermektedir. Grup muafiyeti tebliğinin anlaşılabilirliği ve kolay uygulanabilirliği için Türkiye’de yayınlanmış olan son uygulama kılavuzu; **“4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4 ve 5. maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz”dur (2008 TR Uygulama Kılavuzu).**⁴⁵ Türkiye, AB mevzuatındaki son güncellemeleri, henüz kendi mevzuatına adapte etmemiştir. Türkiye’de, konuyla ilgili mevcut Tebliğ ve Kılavuzlar, AB Tüzük ve Rehberlerinin bir öncekiyle uyumludur.⁴⁶

⁴² EC Notice; “Guidelines on the application of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to Technology Transfer Agreements”, OJ C89, 28 Mart 2014. (2014 AB Uygulama Rehberi)

⁴³E. Badur, “Türk Rekabet Kurumunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar)”, Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi, 6(64), Ankara, 2001, s. 70.

⁴⁴Rekabet Kurumu (RK), “2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği”, 23 Ocak 2008 Tarih ve 26765 Sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır.

⁴⁵ RK, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4 ve 5. maddelerinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına Uygulanmasına Dair Kılavuz, 13 Mayıs 2009 tarihli, 09-22/486 sayılı kurul kararı.

⁴⁶ Bir önceki AB tüzük ve rehberi: 772/2004 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tüzüğü (EC Regulation No 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to Categories of Technology Transfer Agreements. No 772/2004 of 27 April 2004).

RA 81/3. maddesinin Teknoloji Transferi Anlaşmalarına uygulanmasına ilişkin 2004 AB Uygulama Rehberi;

IV. Yargı Sistemlerinde Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Rekabet Analizinde Genel Çerçeve ve Prosedür

Üç yargı sisteminin teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin rekabet analizi yapılırken takip ettiği prosedür ve yaklaşıma bakıldığında, ABD Rekabet Hukuku sisteminde grup muafiyeti rejimi olmadığı için bazı farklıklar olmakla birlikte, aslında yaklaşım benzerdir. AB ve Türk yargı sistemlerinde teknoloji transferi anlaşmalarına yaklaşım ve prosedür genel hatlarıyla; ilgili pazarın belirlenmesi, pazar payı eşiklerinin belirlenmesi, teknoloji transferi anlaşmasının içerdiği hükümler bakımından rekabeti sınırlayıcı olup olmadığının belirlenmesi, Tebliğ/Tüzük ile sunulan grup muafiyetinden yararlanıp yararlanamayacağını değerlendirilmesi, ilgili anlaşma Tebliğ/Tüzük ile sunulan grup korumasından yararlanamıyorsa, anlaşmanın bireysel muafiyet koşullarından yararlanıp yararlanamayacağı analiz edilmesi şeklindedir. ABD Rekabet Hukuku sisteminde muafiyete ilişkin özel hükümler olmadığı için teknoloji transferi anlaşmalarının rekabete ilişkin analizi temel olarak “*per se yasak*” olup olmadığının belirlenmesi ve “*rule of reason*” analizinin gerçekleştirilmesi aşamalarından oluşmaktadır. Diğer iki yargı sisteminde olduğu gibi burada da analizin başlangıç noktası ilgili pazarın ve pazar paylarının belirlenmesi şeklindedir.

A. AB ve Türk Rekabet Hukukunda Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Düzenlemelerinin Genel Yapısı

AB ve Türk Rekabet Hukukunda teknoloji transferi anlaşmaları, grup muafiyetine ilişkin Tüzük ve Tebliğde öngörülen şartları sağladıkları takdirde grup olarak muafiyet kapsamına girecektir. Tüzük ve Tebliğin öngördüğü bu koruma, teknoloji transferi anlaşmaları için bir “**güvenli bölge**”⁴⁷ oluşturmaktadır.

316/2014 sayılı AB Tüzüğü Çerçevesi: Tüzüğün ilk maddesinde tanımlar, 2 ile 5. maddeler arasında esasa ilişkin hükümler, yer almaktadır. **Muafiyet (Exemption)** başlıklı 2. maddede, tanınacak muafiyetin kapsamına, **Pazar Payı Eşikleri (Market-share Thresholds)** başlıklı 3. maddede, muafiyet verilebilecek anlaşma taraflarına ilişkin pazar payı eşiklerine yer verilmektedir. Teknoloji transferi anlaşmalarını tümüyle grup muafiyeti

(Guidelines on the application of Article 81 of the EC Treaty to technology transfer agreements, OJ C 101, 27.04.2004)

⁴⁷ **Güvenli bölge:** Rekabet üzerinde nette olumlu etki beklenen anlaşmaların tarafları için bir güven oluşturan ve teknoloji transferini teşvik eden bir mekanizma olarak tanımlanabilir.

“**Safety Zone**” ya da “**Safe Harbour**” terimlerinin çevirisi olarak literatürümüze girmiştir. “**Safety Zone**” daha çok ABD Rekabet Mevzuatında kullanılırken, “**Safe Harbour**” daha çok AB Rekabet Mevzuatında kullanılmaktadır. Literatürümüzde M. Bekcan (2016) tarafından “**Güvenli Liman**” şeklinde çevrildiği de görülmektedir.

dışına çıkaracak nitelikteki kısıtlamaları gösteren, “**kara liste**” (**hardcore restrictions**)⁴⁸ olarak da adlandırılan, **açık (aleni) rekabet kısıtlamaları** tüzüğün 4. maddesinde ele alınmaktadır. 5. madde ise, anlaşmaları tamamen grup muafiyetinden çıkarmayan, ancak anlaşmalarda bulunması “**yasak kısıtlamaları (excluded restrictions)**” belirlemektedir.⁴⁹ Esasa ilişkin hükümler dışında, devam eden maddelerde, “muafiyetin geri alınması”, “pazar payı eşiklerinin uygulanması”, “tüzüğün diğer tüzüklerle ilişkisi”, “tüzükle ilgili geçiş periyodu” ve “tüzüğün geçerlilik süresi” gibi konular bulunmaktadır.

2008/2 sayılı TR Tebliğ’in Çerçevesi: Tebliğin, ilk dört maddesinde, sırasıyla amaç, kapsam, dayanak ve tanımlar bölümleri yer almaktadır. 5 ile 8. maddeler arasında esasa ilişkin hükümler yer almaktadır. “**Muafiyetin genel koşulları**” başlıklı 5. maddede, grup muafiyetinden yararlanmada uygulanacak genel koşullar belirlenirken, 6. maddede, teknoloji transferi anlaşmalarını grup muafiyetinden çıkaran, rakip ve rakip olmayan taraflar arasındaki anlaşmaları kapsayan, “**açık rekabet kısıtlamaları**”nın (kara liste kısıtlamalar) bir listesini yer almaktadır. 7. madde ise, anlaşmaları tamamen grup muafiyetinden çıkarmayan, ancak anlaşmalarda bulunması yasak olan “**yasak kısıtlamaları**” belirlemektedir. Esasa ilişkin hükümler dışında devam eden maddelerde; “muafiyetin geri alınması”, “pazar payı eşiklerinin uygulanması”, “tebliğin uyumlu eylemlere ve teşebbüs birliği kararlarına uygulanması” ile ilgili maddeler içermektedir.

B. AB ve Türk Yargı Sistemlerinde Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyetinin Kapsamı ve Muafiyet Koşulları

316/2014 AB Tüzüğünde **teknoloji hakları (“technology rights”)**⁵⁰; “*patentler, yazılım telif hakkı, tasarım hakları ve know how’tan ve bazı komşu fikri mülkiyet türlerinden veya bunların herhangi bir kombinasyonu*” şeklinde tanımlanarak “**Fikri mülkiyet hakları**”nın kapsamı verilmiştir.⁵¹ 2008/2 sayılı TR Tebliğ’de, “**Fikri mülkiyet hakları**”; “*Patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, entegre devre topoğrafyası ve ıslahçı hakkını, bunlarla ilgili başvuruları ve yazılım üzerindeki hakkı*”, “**know-how**” ise, “*Tecrübe ve denemeler sonucu elde edilen uygulamaya yönelik, gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi*” şeklinde tanımlanarak kapsam verilmiştir.

⁴⁸Aslan kara liste kısıtlamalara “**ağır kısıtlamalar**” ifadesini kullanmıştır. (İ.Y. Aslan, 2017, s. 630.)

⁴⁹ 316/2014 sayılı AB Tüzüğü, madde 5.

⁵⁰ 316/2014 sayılı AB Tüzüğü, madde 1/1(b).

⁵¹ 316/2014 sayılı AB Tüzüğü, madde 1/1(b); 2014 AB Rehberi paragraf 44; M. Bekcan, 2016, s. 192.

Tüzük ve Tebliğ'deki “**Teknoloji transferi anlaşması**” tanımı⁵²; iki **teşebbüs** arasında lisansı verilen teknolojiyle anlaşma konusu ürünlerin üretimine izin veren bir teknoloji hakları lisans sözleşmesi olarak belirtilmiştir. Fikri mülkiyet hakları veya know-how'ın tek tek veya karma halde lisansının verildiği anlaşmalar olup, anlaşmanın konusu ürünlerin **üretimiyle** ilgili olmalıdır.⁵³

316/2014 sayılı AB Tüzüğü⁵⁴, teknoloji transferi anlaşmaları tüzüklerdeki şartları sağlamaları halinde, ABİHA'nın 101/1. maddesinden grup olarak muafiyet alabilmektedirler. Tüzüğün “**Muafiyet**” başlıklı 2. maddesi tanınacak muafiyetin genel kapsamını belirlemektedir. Buna göre; madde 101/3 uyarınca ve bu Tüzük hükümlerine tabi olan teknoloji transferi anlaşmalarına ABİHA'nın 101/1. maddesi uygulanmayacaktır.⁵⁵

2008/2 sayılı TR Tebliğ, 5. maddesinde “**muafiyetin genel koşulları**” için gerekli hükümler sıralanmaktadır. Tebliğin 5. maddesinin birinci fıkrası, muafiyetin geçerlilik süresinden bahsederken, Tebliğ'in 5/2-5/4 arası fıkralar muafiyetten yararlanabilmek için gerekli pazar payı eşiklerine yer verir. 316/2014 sayılı AB Tüzüğünde, **pazar payı** eşiklerine ilişkin hükümler, muafiyet başlığı altında değil, “Pazar payı eşikleri” başlıklı ayrı bir maddede yer almaktadır. Pazar payı eşikleri ilgili pazarlar “**İlgili Pazar (Relevant Market)**” açısından hesaplanmaktadır.

1. İlgili Pazar (*Relevant Market*)

Lisans anlaşmalarının etkilendiği pazarlar; “ilgili ürün pazarları”, “ilgili coğrafi pazarlar” ve “ilgili teknoloji pazarları” olarak karşımıza çıkmaktadır. Pazar tanımları ve analizleri aşaması, Rekabet Hukuku uygulamalarında, özellikle teknoloji transferi anlaşmalarının rekabete etkisi açısından kilit aşamadır. Çünkü teknoloji pazarları, yapısı gereği geleneksel pazarlara göre daha dinamik ve son dönemde yaşanan dijital dönüşüme bağlı olarak sürekli yenilikler üretir durumdadır.⁵⁶ Türkiye’de 2008/2 sayılı TR Tebliğinde, ilgili pazar kavramı konusunda yoğun olarak **ilgili ürün**⁵⁷ ve **ilgili**

⁵²316/2014 sayılı AB Tüzüğü, madde 1/1 (c); 2008/2 sayılı TR Tebliğ, madde 2

⁵³ 2008/2 sayılı TR Tebliğ, madde 4/1(a).

⁵⁴ 2014 AB Rehberi, EC Regulation No 316/2014 of 21.03.2014 On the Application of Article 101/3 of the Treaty on The Functioning of the European Union to Categories of Technology Transfer Agreements.

⁵⁵ 316/2014 sayılı AB Tüzüğü, madde 2/1.

⁵⁶ F. Gözlükaya, 5. Dönem Uzmanlık Tezi, s. 25.

⁵⁷ 2008/2 sayılı TR Tebliğ, madde 4(e)/1, madde 4(e)/2, madde 4(e)/2-1, madde 4(e)/2-2, madde 5/2, madde 5/3, madde 5/4

teknoloji⁵⁸ pazarlarından bahsedilmektedir. Ancak, rakip teşebbüslerden bahsedilen madde 4(e)/2 altında, **ilgili coğrafi pazar**⁵⁹ kavramından da bahsedildiği görülmektedir. Ayrıca, 2008/2 sayılı TR Tebliğin öngördüğü, grup muafiyetinden yararlanmaya ilişkin incelemeler yapılırken, sınırların net bir şekilde çizilmesi, bunun için ilgili ürün ve ilgili coğrafi pazarların belirlenmesi gerektiği, 2008 TR Uygulama Rehberinde belirtilmiştir.⁶⁰ 316/2014 sayılı AB Tüzüğü'nde, tanımlar bölümünde, ilgili pazarın **ilgili ürün pazarı, ilgili coğrafi pazar ve ilgili teknoloji pazarı** bileşiminden oluştuğu açık bir şekilde ifade edilmektedir.⁶¹ Yine tanımlar bölümünün alt maddelerinde de, **ilgili ürün pazarı, ilgili coğrafi pazar ve ilgili teknoloji pazarı** tanımları ayrı ayrı verilmektedir.

AB ve Türkiye açısından, teknoloji transferi anlaşmalarının tarafları olan teşebbüslerin faaliyetlerini değerlendirirken, yasak kapsamına girip girmediği bu ilgili pazarlar kapsamında yapılmaktadır. İlgili pazarın belirlenmesinden sonra, ilgili eylemin tarafı olan teşebbüslerin, pazar payları dikkate alınarak pazardaki güçleri belirlenmektedir. Pazar payı eşiklerine bağlı değerlendirmeden sonra, rekabet üzerindeki olumsuz etkilerin değerlendirilmesine geçilir ve tarafların rekabeti engellemesi veya bozması muhtemel eylemleri/faaliyetleri incelenmeye başlanır.

2. Pazar Payı Eşikleri (Market Share Thresholds)

Teknoloji transferi anlaşmalarında tarafların grup muafiyetinden yararlanması için, tarafların ilgili pazarda, pazar payı eşiklerini aşmaması gerekmektedir. Pazar payları, teşebbüslerin piyasadaki nispi güçlerinin önemli göstergelerinden biridir. Çünkü yüksek pazar paylarına sahip teşebbüslerin, bu tip anlaşmalar içerisine girmesinin rekabeti olumsuz etkileme olasılığı daha yüksektir. Anlaşmanın, ilgili pazardaki etkisinin değerlendirilmesinde pazar payı eşikleri gibi bir ön koşulun seçilmesinin sebebi, ülkelerin konuyu ekonomi temelli ele almalarından kaynaklanmaktadır.⁶² Belirlenen pazar payı eşik oranlarının altında olan anlaşmalar, diğer şartları da sağladığı takdirde güvenli bölge içinde sayılmıştır. Pazar payını aşan anlaşmalar için ise bireysel muafiyet değerlendirmesine geçilir.

⁵⁸ 2008/2 sayılı TR Tebliğ, madde 4(e), madde 5/2, madde 5/3, madde 5/4.

⁵⁹ 2008/2 sayılı TR Tebliğ, madde 4(e)/2-1, madde 4(e)/2-2.

⁶⁰ 2008 TR Uygulama Rehberi, paragraf 105.

⁶¹ 316/2014 Sayılı AB Tüzüğü, madde 1/(m)

⁶² G. Schindler, "Wagging the Dog? Reconsidering Antitrust-based Regulation of IP-Licensing", 12 Marq. Intell. Propr. L. Rev. 49, 2008, 57.

Pazar payı eşikleri, anlaşma taraflarının **rakip olup olmamasına** göre farklılık göstermektedir. Türkiye’de anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin rakip olduğu hallerde, grup muafiyeti⁶³; “*tarafların toplam pazar payının etkilenen ilgili teknoloji ve ürün pazarında %30’u geçmemesi koşuluyla*” geçerli olacağı, anlaşmaya taraf olan teşebbüslerin rakip olmadığı hallerde⁶⁴ ise, “*muafiyet taraflardan her birinin etkilenen ilgili teknoloji ve ürün pazarında sahip olduğu pazar payının %40’ı geçmemesi koşuluyla*” geçerli olacağı, hükme bağlanmıştır. AB Tüzüğünde anlaşmanın tarafları rakip ise “*her bir tarafın ilgili teknoloji ve ürün pazarındaki payının %20’yi*”; anlaşmanın tarafları rakip olmadığı durumda “*bu pazarlardaki toplam paylarının %30’u aşmaması*” koşuluyla grup muafiyetinden yararlanabileceği belirlenmiştir.⁶⁵

3. Kara Liste Kısıtlamalar (Açık/Aleni Rekabet Kısıtlamaları-Ağır Kısıtlamalar-Hardcore Restrictions)⁶⁶

Pazar payı eşikleri yanında, teknoloji transferi anlaşmalarının grup muafiyetinden yararlanabilmesi için gerekli diğer önemli bir ön şart, anlaşmada “**kara liste kısıtlamalar**” (**hardcore restrictions**) olarak adlandırılan sınırlandırmaların yer almamasıdır.⁶⁷ 316/2014 sayılı AB Tüzüğü kara liste sınırlamaları “*hard core restrictions*” başlıklı 4. maddesinde, 2008/2 sayılı TR Tebliğde, “*grup muafiyeti kapsamı dışına çıkaran sınırlamalar*” başlıklı 6. maddesinde saymaktadır. Pazar payı eşiklerinde olduğu gibi, kara liste kısıtlamalara ilişkin hükümlerde **de rakip olma-rakip olmama** ayırımına gidilmiştir.

Taraf teşebbüslerin **rakip olmaları** halinde aşağıdaki hükümler kesin yasak kapsamındadır⁶⁸;

a) Taraflardan birinin kendi satış fiyatını belirleme hakkının sınırlanması.

b) Anlaşma konusu ürünlerin üretim ve satış miktarının sınırlanması.

⁶³ 2008/2 sayılı TR Tebliğ madde 5/2

⁶⁴ 2008/2 sayılı TR Tebliğ madde 5/3

⁶⁵ 316/2014 sayılı AB Tüzüğü, madde 3/1 ve madde 3/2.

⁶⁶ “Hardcore Restrictions” için Açık (Aleni) Rekabet Kısıtlamaları, Kara Liste Kısıtlamalar, Ağır Kısıtlamalar gibi ifadelerle karşılaşmak mümkündür. Bu çalışmada tüm bu ifadelerden “kara liste kısıtlamalar” ifadesi kullanılmıştır. ABD müktesebatında ise bu tip hükümlere “Per Se Yasak” denilmektedir.

⁶⁷ 2008/2 sayılı TR Tebliğ madde 6/1

⁶⁸ 2008/2 sayılı TR Tebliğ madde 6/2. İlgili madde 316/2014 AB Tüzüğü madde 4/1 ile paralel olmakla birlikte son AB Tüzüğü bazı değişiklikler içermektedir.

c) Aşağıdaki haller hariç olmak üzere, pazarların veya müşterilerin paylaşılması:

1) Lisans verene ve/veya lisans alana getirilen, lisansı verilen teknolojiyle, bir ya da daha fazla teknik kullanım alanı, ürün pazarı veya bölgede üretim yapma veya yapmama yükümlülüğü.⁶⁹

2) Lisans verene getirilen, belirli bir bölgede üçüncü bir kişiye lisans vermeme ve kendisinin de lisans konusunu kullanmama yükümlülüğü.⁷⁰

3) Lisans verenin ve/veya lisans alanın diğer tarafa ayrılan bölge veya müşteri grubuna aktif satışlarının sınırlanması. Ancak tarafların kendi bölgelerinde bulunan ve ülke içindeki başka bölgelere veya müşteri gruplarına satış yapacak üçüncü kişilere satış yapmaları doğrudan veya dolaylı olarak sınırlanamaz.

4) Bir lisans alanın, lisans veren tarafından başka bir lisans alana tahsis edilen bölge veya müşteri grubuna yapacağı aktif satışların sınırlanması. Ancak tarafların kendi bölgelerinde bulunan ve ülke içindeki başka bir bölge veya müşteri grubuna satış yapacak üçüncü kişilere satış yapmaları doğrudan veya dolaylı olarak sınırlanamaz.

5) Lisans alana getirilen anlaşma konusu ürünleri sadece kendi kullanımı için üretmesi yükümlülüğü. Ancak lisans alanın anlaşma konusu ürünleri kendi ürünlerinin yedek parçası olarak aktif veya pasif şekilde satmasının sınırlanmaması gerekmektedir.

6) Belirli bir müşteri için alternatif arz kaynağı oluşturmak amacıyla lisans verilmesi halinde, lisans alanın anlaşma konusu ürünleri yalnızca söz konusu müşteri için üretmesi yükümlülüğü.

ç) Lisans alanın kendi teknolojisini kullanma hakkının sınırlanması ya da lisansı verilen know-how'ın üçüncü kişilere ifşasını engellemek için zorunlu olmadıkça anlaşma taraflarından herhangi birinin araştırma ve geliştirme faaliyetinde bulunmasının sınırlanması.”

⁶⁹ 772/2004 sayılı AB Tüzüğüne uyumlu olan [madde 4/1c(ii)] bu madde 316/2014 sayılı AB Tüzüğünde kaldırılmıştır. Bir başka ifadeyle AB Tüzüğünde rakip teşebbüsler arasındaki anlaşmaların içerdiği kullanım alanına ilişkin kısıtlamalar artık kara liste istisnası olmaktan çıkarılmıştır. Yani ilgili kısıtlayıcı hüküm artık AB kapsamında kara liste kısıtlaması olarak değerlendirilmektedir.

⁷⁰ 772/2004 sayılı AB Tüzüğüne uyumlu olan bu madde [madde 4/1c(ii)] 316/2014 sayılı AB Tüzüğünde kaldırılmıştır. 772/2004 sayılı AB Tüzüğünde lisans verenin, aynı bölgede başka bir rakip müteşebbise teknoloji lisansını verme kısıtlamasını kara liste istisnası olmaktan çıkarılmıştır. Bir başka ifadeyle ilgili kısıtlayıcı hükmün AB kapsamında artık kara liste kısıtlaması olarak değerlendirilmektedir.

Genel olarak bakıldığında rakip teşebbüsler arasında yapılan teknoloji transferi anlaşmalarının içerdiği; **fiyat belirleme, üretim ve satış miktarı kısıtlaması, pazar ve müşteri paylaşımı, AR-GE faaliyetlerinin ya da lisans alanın kendi teknolojisini kullanmasının sınırlandırılması** gibi hükümler kesin yasak kapsamında sayılmıştır.

Taraf teşebbüslerin **rakip olmamaları** halinde aşağıdaki hükümler kesin yasak kapsamındadır⁷¹;

“a) Taraflardan birinin kendi satış fiyatını belirleme hakkının sınırlandırılması. Bununla birlikte, taraflardan herhangi birinin baskısı veya teşviki sonucu sabit veya asgari satış fiyatına dönüşmemesi kaydıyla, azami satış fiyatının belirlenmesi veya satış fiyatının tavsiye edilmesi mümkündür.

b) Aşağıdaki haller hariç olmak üzere, lisans alanın anlaşma konusu ürünleri pasif olarak satabileceği bölge ya da müşterilere ilişkin sınırlamalar getirilmesi:

1) Lisans verene ayrılan münhasır bölgeye veya münhasır müşteri grubuna yapılan pasif satışların sınırlandırılması.

2) Başka bir lisans alana tahsis edilen münhasır bölge veya münhasır müşteri grubuna yapılan pasif satışların, bu kişinin anlaşma konusu ürünleri bu bölgede veya bu müşteri grubuna sattığı ilk iki yıl boyunca sınırlandırılması.⁷²

3) Lisans alana getirilen anlaşma konusu ürünleri sadece kendi kullanımı için üretmesi yükümlülüğü. Ancak lisans alanın anlaşma konusu ürünleri kendi ürünlerinin yedek parçası olarak aktif veya pasif şekilde satmasının sınırlandırılması gerekmektedir.

4) Belirli bir müşteri için alternatif arz kaynağı oluşturmak amacıyla lisans verilmesi halinde, lisans alanın anlaşma konusu ürünleri yalnızca söz konusu müşteri için üretmesi yükümlülüğü.

5) Toptancı seviyesinde faaliyet gösteren bir lisans alanın son kullanıcılara yönelik satışlarının sınırlandırılması.

⁷¹ 2008/2 sayılı TR Tebliği madde 6/3. İlgili madde 316/2014 AB Tüzüğü madde 4/2 ile paralel olmakla birlikte son AB Tüzüğü bazı değişiklikler içermektedir.

⁷² 772/2004 sayılı AB Tüzüğüne uyumlu olan bu madde [madde 4/2(b)(ii)] 316/2014 sayılı AB Tüzüğünde kaldırılmıştır. AB’de, lisans alan tarafa sözleşme konusu lisanslı malları pasif olarak satabileceği bölge veya müşterilere ilişkin sınırlamalar getirilmesi, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda taraflar arasındaki sözleşmenin grup muafiyetinden faydalanamamasına sebep olan bir kara liste unsuruyken, 316/2014 sayılı AB Tüzüğüyle bu madde kaldırılmıştır. Eski tüzükte 4/2(b)(ii) maddesinde yer alan lisans alan tarafın diğer lisans alan tarafların pasif satışlarından iki yıl boyunca korunmasına olanak sağlayan bu istisnai durum artık yoktur. Bu revizyonla, AB içindeki taraflar arasındaki pasif satışların kısıtlanması artık yasak olarak değerlendirilmektedir. Türkiye’de, bu istisnai hüküm devam etmektedir.

6) Seçici dağıtım sistemi üyelerinin yetkili olmayan dağıtıcılara satış yapmasının sınırlanması.

c) Seçici dağıtım sisteminde bir sistem üyesinin yetkili olmadığı yerde faaliyet göstermesinin yasaklanması hakkı saklı kalmak kaydıyla, perakende seviyesinde faaliyet gösteren bir lisans alanın son kullanıcılara yapacağı aktif veya pasif satışların sınırlanması.

(4) Anlaşmanın yapıldığı sırada rakip olmayan anlaşma taraflarının daha sonra rakip duruma gelmeleri halinde, anlaşmanın yürürlükte olduğu süre boyunca, ikinci değil, üçüncü fıkra geçerli olacaktır. Ancak, üçüncü fıkranın geçerli olabilmesi için tarafların rakip hale gelmelerinden sonra anlaşmanın esasa ilişkin olarak değiştirilmemesi gerekmektedir.”

Genel olarak bakıldığında rakip olmayan teşebbüsler arasında yapılan teknoloji transferi anlaşmalarının içerdiği **kendi satış fiyatını belirleme, lisans alana getirilen pasif satışlarda bölge ve müşteri sınırlaması, lisans alana getirilen aktif veya pasif satışların sınırlanmasına** ilişkin hükümler kesin yasak hükümler olarak sayılmıştır.

4. Yasak Kısıtlamalar/Grup Muafiyetinden Yararlanamayan Kısıtlamalar (*Excluded Restrictions*)⁷³

AB ve Türkiye teknoloji transferi anlaşmaları grup muafiyeti mevzuatında yasak kısıtlamalar ayrıca sayılmıştır.⁷⁴ Anlaşmanın kara liste kısıtlamalar içermesi halinde, ilgili anlaşmanın tamamı grup muafiyeti tüzüklerinin güvenli bölgesi dışına çıkarken, yasak kısıtlamalar listesinde yer alan bir kısıtlama içermesi ve bu kısıtlamanın sözleşmenin geri kalanından ayrılabilir nitelikte olması durumunda, yalnızca ilgili kısıtlama hükmü grup muafiyeti kapsamı dışına çıkar, anlaşmanın geri kalan kısmı ise grup muafiyetinden yararlanabilir. 316/2014 sayılı AB Tüzüğü'nün 5. maddesinde, “**excluded restriction**” yani “**yasak kısıtlamaların**” listesi yer almaktadır. Yasak kısıtlamalara ilişkin olarak Türkiye'deki duruma bakıldığında, 2008/2 sayılı TR Tebliğ'in 7. maddesi, “**grup muafiyetinden yararlanmayan**

⁷³ *Excluded Restrictions*; Bozdağ tarafından yasak kısıtlamalar olarak çevrilmiş, bu çalışmada da yasak kısıtlamalar olarak kullanılmıştır. (G.G. Bozdağ, 2014, s.79.) Ayrıca Aslan bu hükümleri “Muafiyetten Yararlanamayan Özel Hükümler” şeklinde ifade etmiştir. (İ.Y. Aslan, 2017, s. 633.).

⁷⁴ 2008/2 sayılı TR Tebliğ, büyük ölçüde 772/2004 sayılı AB Tüzüğü ile paralellik göstermektedir. Bu nedenle, 772/2004 sayılı AB Tüzüğü'ndeki karar liste kısıtlamalar ve yasak kısıtlamalar, yukarıda Türkiye için sayılan hemen hemen aynı hükümleri içermektedir. Ancak 316/2014 sayılı AB Tüzüğü'nün getirdiği birtakım değişiklikler mevcut olup, ilgili değişiklikler dipnotlarda belirtilmiştir.

sınırlamalar” başlığı altında listelendiği görülmektedir. Sıralanan yasak bir kısıtlamanın, sözleşmenin kalanından ayrılamaması halinde ise, taraflar arasındaki sözleşmenin bütünü grup muafiyetinden faydalanamayacaktır.⁷⁵

Yasak kısıtlamalar taraf teşebbüslerin **rakip olmaları** halinde şu şekildedir:⁷⁶

“a) Lisans alana doğrudan veya dolaylı olarak, lisansı verilen teknoloji üzerinde yaptığı ve bu teknolojiden ayrılabilir nitelikte olan iyileştirmeler ya da lisansı verilen teknolojinin yeni uygulamaları bakımından, lisans verene veya lisans veren tarafından gösterilen üçüncü bir kişiye münhasır lisans vermesi yükümlülüğü (grant back clause)⁷⁷ getirilmesi,⁷⁸

b) Lisans alana doğrudan veya dolaylı olarak, lisansı verilen teknoloji üzerinde yaptığı ve bu teknolojiden ayrılabilir nitelikte olan iyileştirmeler ya da lisansı verilen teknolojinin yeni uygulamaları ile ilgili hakları kısmen veya tamamen lisans verene veya lisans veren tarafından gösterilen üçüncü bir kişiye devretmesi yükümlülüğü getirilmesi,

c) Lisans alana lisans verenin Türkiye’de sahip olduğu ilgili fikri mülkiyet haklarının geçerliliğine itiraz etmeme yükümlülüğü⁷⁹ getirilmesi. Ancak lisans alanın lisansı verilen ilgili fikri mülkiyet haklarından bir ya da daha fazlasının geçerliliğine itiraz etmesi durumunda, lisans verenin teknoloji transferi anlaşmasını feshetme hakkı saklıdır.”⁸⁰

⁷⁵ 2008 TR Uygulama Kılavuzu, paragraf 87; 2008/2 sayılı TR Tebliğ, madde 7/1

⁷⁶ 2008/2 sayılı TR Tebliğ, madde 7/2 bu maddeye paralel madde 316/2014 AB Tüzüğü madde 5/1 olup ancak AB Tüzüğü bazı değişiklikler içermektedir.

⁷⁷ Geriye lisans yükümlülüğü (*grant back clause*); “*lisans alan tarafı, lisanslı teknolojiyi/fikri mülkiyet hakkını kullanırken edinmiş olduğu tecrübeleri, bu teknolojiyle bağlantılı olarak geliştirmiş olduğu yeni teknoloji ve kullanım şekillerini veya yaptığı iyileştirmeleri lisans veren tarafa kullanılmakla sorumlu tutulmasını ifade etmektedir.*” Anlaşmalarda yer alan bu tür hükümler ve yükümlükler, “*grant back*” yani “geriye lisans” yükümlülükleri olarak adlandırılmaktadır. (N.A. Odman Boztosun, “Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü”, Perşembe Konferansları 15, s. 183.)

⁷⁸ 772/2004 sayılı AB Tüzüğüne uyumlu olan bu maddedeki [madde 5/1(a) ve madde 5/1(b)] iyileştirme konusu lisanslı teknolojiden ayrılabilir-ayrılmaz ayrımı, 316/2014 sayılı AB Tüzüğünde artık ortadan kaldırılmıştır. Böylece, tüm münhasır (ayrılabilir-ayrılmaz iyileştirmelere ilişkin) geriye lisans verme kısıtlamaları güvenli bölge dışında bırakılmıştır. (M. Warren, O. Zafar, “Technology licensing and settlements of IP disputes: implications of the European Commission’s new regime”, *Journal of European Competition Law & Practice*, May, 2014, s. 1.)

⁷⁹ Geçersizliğini ileri sürmeme / Geçerliliğini sorgulama yasağı/ Saldırmazlık / Hükümsüzlük / Yokluk ileri sürme yasakları (Non-Challenge Clauses / No-Challenge Clauses / Refusal to License) kavramları şeklinde de karşımıza çıkmaktadır.

⁸⁰ İlgili madde kapsamında ister münhasır isterse münhasır olmayan lisans anlaşması olsun, lisans alanın hükümsüzlük iddialarında bulunması durumunda lisans verenin anlaşmayı tek tarafı olarak feshetme hakkı saklı tutulmaktadır. Bu madde 772/2004 sayılı AB Tüzüğü, madde 5/1(c) ile paraleldir. 316/2014 sayılı yeni Tüzükte ise, itiraz etmeme hükümlerine getirilen yeni yaklaşım ile dengelerde özellikle lisans alan taraf lehine düzenlemeler getirilmiştir. Lisans alanın hükümsüzlük iddialarında bulunması durumunda münhasır lisans anlaşmalarında

Anlaşılacağı üzere rakip teşebbüsler arasındaki anlaşmalarda yer alan geriye **lisans yükümlülüğü ve fikri mülkiyet haklarının geçerliliğine itiraz etmeme yükümlülüğü** getirme yasak kısıtlamalardır.

Yasak kısıtlamalar tarafların **rakip olmamaları** halinde şu şekildedir⁸¹:

“a) Lisans alanın kendi teknolojisini kullanma hakkını sınırlayan ya da,

b) Lisansı verilen know-how’ın üçüncü kişilere ifşasını engellemek için zorunlu olmadıkça, anlaşma taraflarından herhangi birinin araştırma ve geliştirme faaliyetinde bulunmasını sınırlayan herhangi bir yükümlülük için geçerli olmayacaktır.”

Rakip olmayan teşebbüsler için ise yasak kısıtlamalar genel olarak **lisans alanın kendi teknolojisini kullanma hakkını ve tarafların AR-GE faaliyetlerinde bulunmasını sınırlandıran hükümlerden** oluşmaktadır.

C. AB ve Türk Hukukunda Teknoloji Transferi Anlaşmalarının Bireysel Muafiyet Çerçevesinde İncelenmesi

Grup muafiyeti kapsamında değerlendirilemeyen anlaşmalar bireysel muafiyetten yararlanabilir. Grup muafiyetinden yararlanamayan teknoloji transferi anlaşmaları, ya AB açısından ABİHA 101/1 kapsamında, Türkiye açısından RKHK 4. madde kapsamında yasak kapsamına girecek ya da ilgili anlaşmalar ABİHA 101/3. ve RKHK 5. maddelerinde sayılan tüm bireysel muafiyet şartlarını yerine getirerek bireysel muafiyetten yararlanacaktır. Bireysel muafiyet kararı verilen bir anlaşma kanunların öngördüğü yasak kapsamından kurtulmaktadır. İlgili maddelerde bireysel muafiyete ilişkin şartlar sayılmakta ve ancak sayılan şartların tamamının karşılanması durumunda inceleme konusu anlaşma bireysel muafiyetten yararlanabilmektedir. Rekabeti kısıtlayacak özellikteki anlaşmaların bireysel muafiyet şartlarını taşıyıp taşımadığı, Rekabet Kurulu/AB Komisyonu tarafından değerlendirilmektedir. Teknoloji transferi anlaşmalarının bireysel muafiyetten yararlanabilmesi için; üretimde, dağıtımda, teknik

lisans verenin anlaşmayı tek taraflı olarak feshetmesinin öngörülebileceği, ancak eski düzenlemenin aksine artık münhasır olmayan lisans anlaşmalarında lisans verenin anlaşmayı tek taraflı olarak feshetme hakkının olmadığı düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle münhasır olmayan lisans anlaşmalarında, karşı tarafın lisanslı teknolojiyle ilgili geçersizlik iddiası durumunda, lisans veren tarafa sözleşmeyi sonlandırmasına izin veren koşulları güvenli bölge dışına çıkarmıştır.

⁸¹ 2008/2 sayılı TR Tebliği, madde 7/3; bu maddeye paralel madde 316/2014 sayılı AB Tüzüğü madde 5/2’ye denk gelmektedir.

ve ekonomik anlamda iyileşme ve gelişme yaratacak nitelikte bir anlaşma olması, anlaşmanın ortaya çıkarabileceği iyileşme ve gelişmelerden tüketicilerin yarar sağlaması, anlaşmanın etkisi altında olan ilgili piyasada anlaşma sonrasında anlaşma öncesiyle aynı düzeyde rekabetin devam etmesi, anlaşmada yer alan hükümlerin rekabeti zorunlu olandan fazla sınırlamaması gibi şartları bir arada gerçekleştirmesi gerekmektedir.

D. ABD Rekabet Hukuku Sisteminde Lisans Anlaşmalarının Rekabet Analizinde Prosedür ve Genel Çerçeve

Yukarıda AB ve Türkiye açısından bir teknoloji transferi anlaşmasının rekabet analizine ilişkin aşamalar ve detayları verilmiştir. Bu bölümde de ABD açısından aynı konu incelenmiştir. 2017 ABD Antitröst Rehberi, Rekabet Hukukunun fikrî mülkiyete uygulanması açısından dikkat edilmesi gereken unsurlarla ilgili, özellikle patent, telif hakları, ticari sır ve know-how çerçevesindeki hakların lisanslanmasıyla ilgili olarak detaylı açıklamalara yer vermektedir. Rehber toplamda altı bölümden oluşmaktadır. “*Fikri mülkiyet Hakları ve Antitröst Kanunları*” başlıklı ilk bölümde, FTC ve DOJ; Fikri Mülkiyet Hakları Kanunu ile Rekabet Kanununun ortak amaçları konularındaki görüşlerine yer vermektedir. “*General Principals*” başlıklı bir sonraki bölüm, Rehber’deki fikri mülkiyet ve antitröst yaklaşımlarının üç başlık halinde genel prensiplerini belirlemekte, bu bölümde lisans anlaşmalarından etkilenen ilgili ürün, teknoloji ve Ar-Ge pazarlarından bahsedilmektedir. “*Antitröst Kaygıları ve Analiz Modları*” başlıklı üçüncü bölümde, lisans anlaşmaları rekabet açısından değerlendirilirken, dikkat edilen ilgili pazarlar, anlaşmalardaki yatay ilişkiler, dikey ilişkiler vb. gibi kavramlar incelenmekte ve sözleşmelerdeki sınırlamaların nasıl ele alınacağına dair “*rule of reason*” analizi verilmektedir.⁸² Rehberin temel prensipleri arasında lisans anlaşmalarının rekabet üzerindeki etkisinin olumlu olması yer aldığı için, lisans anlaşmalarının içerdiği sınırlayıcı hükümlere karşı da direkt yasak değerlemesi yapılmamakta, yerine “*rule of reason*” analizi yapılmaktadır.⁸³ “*Lisans anlaşmalarını rule of reason analizi altında değerlendirirken dikkate alınan genel prensipler başlıklı*” dördüncü bölümde, ilgili otoritelerce uygulanacak olan “*rule of reason*” analizinin temel ilkeleri verilmektedir. “*Genel Prensiplerin*

⁸² 2017 ABD Antitröst Rehberi; F. Gözlükaya, 5. Dönem Uzmanlık Tezi, s. 23-24.

⁸³ J. K. Delbaum, D.Higbee, “United States: IP & Antitrust Know-How 2018”, October 31 2018, Shearman & Sterling LLP,

<http://www.mondaq.com/unitedstates/x/750422/Patent/IP+Antitrust+KnowHow+2018>

Uygulanması” başlıklı beşinci bölümde, ilgili “*rule of reason*” analizinin, lisans anlaşmalarının içerdiği dikey sınırlamalar, geriye lisans verme zorunluluğu, bağlama hükümleri, yeniden fiyat tespiti gibi özel birtakım rekabet kısıtlamalarına ne şekilde uygulanması gerektiği anlatılmaktadır. “*Geçersiz Fikri Mülkiyet Hakları*” başlıklı altıncı bölümde, fikri mülkiyet haklarının geçersizliğinin ileri sürülmesi durumunda, bu durumun nasıl değerlendirileceği anlatılmaktadır.

İlgili Rehberde, lisans anlaşmalarının değerlendirilmesinde kullanılan analizin ekonomik temelli olduğu ve katı olmayan bir tutum içinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Çünkü rehberde lisans anlaşmalarının firmaların üretimin tamamlayıcı faktörlerinin bir araya getirilmesine yardımcı olduğu ve rekabet üzerinde olumlu etkileri olduğu hususları kabul edilen temel prensipler arasındadır. Rehberde; patent, telif hakkı veya ticaret sır gibi bir fikri mülkiyet hakkının sahibine tek başına direkt bir piyasa gücü yaratmadığı görüşü hâkimdir. Çünkü çoğu durumda ilgili teknoloji için birçok yakın ikame ve alternatifler bulunmaktadır.⁸⁴ Bu temel prensipler çerçevesinde lisans anlaşmalarına “*rule of reason*” analiziyle yaklaşmış ve normal şartlar altında, yani kısıtlama “*per se yasak*” olmadığı müddetçe, lisans anlaşmaları için geçerli olacak bir “*güvenli bölge*” oluşturmuştur.⁸⁵ AB rekabet sisteminde olduğu gibi ABD rekabet sisteminde de rekabet analizlerinin başlangıç noktası ilgili pazarın belirlenmesidir. Rehberde, **ürün pazarı, teknoloji pazarı** ve AR-GE pazarından olmak üzere, üç pazar açısından rekabet incelemesi yapılmaktadır.⁸⁶ Tanımlarda ayrı bir şekilde verilmesine de ABD içtihatlarında rekabet incelemesi yapılan anlaşma için, ilgili coğrafi pazarın da belirlendiği görülmektedir.⁸⁷ Ayrıca yine diğer iki yargı sisteminde olduğu gibi burada da ilgili ürün pazar payı güvenli

⁸⁴Talking Tech, 2017.; T.L. Hayslett, “1995 Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property: Harmonizing the Commercial Use of Legal Monopolies with the Prohibitions of Antitrust Law”, March 1996, s.384.; 1995 ABD Antitröst Rehberi, General Principals, paragraf 2.0, s. 2.

⁸⁵ J. K. Delbaum, D.Higbee, “United States: IP & Antitrust Know-How 2018”, October 31 2018, Shearman & Sterling LLP,

<http://www.mondaq.com/unitedstates/x/750422/Patent/IP+Antitrust+KnowHow+2018>

⁸⁶ABD Antitröst Rehberi, madde 3.2. 2017 ABD Antitröst Rehberinden önceki 1995 ABD Antitröst Rehberinde, rekabet incelemesinde, ilgili pazar olarak; **ürün pazarı, teknoloji pazarı ve yenilik pazarından** bahsedilmektedir. US, Antitrust Guidelines for The Licensing of Intellectual Property, 1995, madde 3.2.

Daha önce “yenilik pazarı” olarak ele alınan “Ar-Ge pazarları” 2017 ABD Antitröst Rehberinde; “*genellikle yeni ürünlerin tanımlanması veya yeni veya geliştirilmiş ürünler yaratılması ile ilgili araştırma ve geliştirmede kullanılan varlıklardan oluşur*” şeklinde tanımlanmaktadır. Yeni rehber, Ar-Ge pazarları kavramını bir ürünün tanımlanmasıyla ilgili araştırma ve geliştirmeyi içermesi olarak tanımlayarak, orijinal rehberde göre genişletmektedir.

⁸⁷ US, Times-Picayune Publishing Company v. U.S., 345 U.S. 594 (1953), U.S. v. Microsoft Corporation, 253 F.3d 34, 35 (D.C. Cir. 2001), William Goldman Theatres Incorporation v. Loew’s, Incorporation, 150 F.2d 738 (3d Cir. 1945).

bölge'ye girebilme konusunda önemli bir kriterdir. Lisans veren taraf ile lisans alan tarafın ilgili ürün pazarlarının her birinin toplam pazar payları hesaplanır. Hesaplanan pazar paylarının toplamı %20'den yüksek olmadığı durumlarda, ilgili anlaşma, güvenli bölgeye girer ve anlaşmanın içerdiği rekabet sınırlaması konusunda herhangi bir yaptırım uygulanmaz.⁸⁸

FTC ve DOJ, 2017 ABD Antitröst Rehberinde belirli lisans anlaşmalarına karşı yaklaşım kriterlerini belirlemiştir. Devam eden bölümlerde başlıklar halinde bu kriterlerden bahsedilmiştir.

1. “Per se yasak”lar (2017 ABD Antitröst Rehberi / Bölüm 3.4)

Birçok vakada lisans sözleşmeleri *rule of reason* analiziyle değerlendirilse de rekabeti olumsuz etkilediği kesin olan bazı hükümler “per se yasak” olarak alınmaktadır. Rehberde; çıplak fiyat sabitleme (*naked price-fixing*), miktar kısıtlamaları (*output restraints*), yatay rakipler arasında piyasa paylaşma (*market division among horizontal competitors*) ve belirli grup boykotları kesin yasaklar arasında sayılmıştır.

2. Fiyat Kısıtlamaları (Price maintenance) (2017 ABD Antitröst Rehberi / Bölüm 5.2)

Geçmişte “per se yasak” olarak değerlendirilen fiyat kısıtlamaları zaman içinde “rule of reason” analizine tabi tutulduğu görülmektedir. Ancak yatay fiyat kısıtlamaları yine “per se yasak” olarak değerlendirilirken, dikey fiyat kısıtlamalarında farklılaşma oluşmuş “rule of reason” analiziyle değerlendirilmektedir.⁸⁹

3. Bağlama Anlaşmaları (2017 ABD Antitröst Rehberi / Bölüm 5.3)

ABD uygulamalarında bağlama ve birlikte satış hükümleri içeren lisans anlaşmaları direkt “per se yasak” kapsamına değerlendirilmemekte, “rule of reason” analizi altında incelenmektedir.⁹⁰ ABD 2017 Antitröst rehberinin yaklaşımına bakıldığında; lisans verenin bağlayan üründe (tying product) önemli bir pazar gücüne sahip olması, ilgili düzenlemenin bağlanan ürün (tied product) için ilgili pazardaki rekabeti önemli derecede olumsuz etkilemesi, tüm genel değerlendirmeler sonucu rekabete olumsuz etkilerin,

⁸⁸ 2017 ABD Antitröst Rehberi, Bölüm 4.3. Safety Zone.

⁸⁹ Leegin Creative Leather Products, Incorporation v. Psks, Incorporation, 551 U.S. 877 (2007). Değişen bu yaklaşım 2017 ABD Antitröst Rehberinde de belirtilmiştir.

⁹⁰ Illinois Tool Works, Incorporation v. Independent Ink, Incorporation, 547 U.S. 28, 31 (2006), Sidney Henry v. A.B. Dick Company, 244 US. I [1911],

verimlilik gerekçelerinden daha ağır basması gibi durumlarda muhtemelen bir bağlama anlaşması rekabet kurallarına aykırı kabul edilmektedir.

4. Rekabet Etmeme Hükümleri (*Exclusive Dealing*) (2017 ABD Antitröst Rehberi / Bölüm 5.4)

ABD müktesebatında, rekabet etmeme hükümleri yerine “*exclusive dealing*” terimi kullanılmaktadır. Lisans alan kişinin rakip teknolojileri lisanslaması, satması, dağıtması veya kullanmasını sınırlayan hükümler içeren sözleşmeler, *exclusive dealing* olarak değerlendirilir.⁹¹ Ayrıca, tarihsel olarak bakıldığında rekabet etmeme hükümleri ABD müktesebatında çoğunlukla “*exclusive dealing*” ya da “*tie-outs*” olarak adlandırılmaktadır. Bu tip hükümler genellikle antitröst ihlalleri olarak kabul edilmekle beraber “*rule of reason*” analiziyle değerlendirilmektedir.⁹² İlgili hükümler lisans verenin teknolojisinin verimli kullanımını teşvik ederken, rakip teknolojiler arasındaki rekabeti ise olumsuz etkiler. Tarafların pazar gücü, dışarıdakilere piyasa kapama derecesi ve pazara giriş engelleri toplu olarak değerlendirilerek rekabet üzerindeki net etkiye göre karar verilir. ABD Rekabet Yasalarında, *exclusive dealing* anlaşmalarında en büyük rekabet riski olarak, rakilere piyasaların kapanması ve buna bağlı olarak rekabetin bozulması görülmektedir.⁹³

5. Geriye Lisans Yükümlülüğü (*Grant Back Clauses*) (2017 ABD Antitröst Rehberi / Bölüm 5.6)

DOJ ve FTC, geriye lisans hükümleri içeren anlaşmalara “*Rule of reason*” analizi ile yaklaşır.⁹⁴ İlgili hükmün, lisans sahibinin lisanslı teknolojiyi iyileştirme teşvikini azaltıp azaltmayacağı, lisans verenin ilgili teknoloji veya yenilik pazarında önemli bir pazar gücüne sahip olup olmadığı, geriye lisans verme şartının münhasır olup olmadığı gibi bir dizi faktöre odaklanarak bu tip düzenlemelerin rekabete aykırı olup olmadığını değerlendirilmektedir. Geriye lisans hükümlerinin bir tekel elde etmek veya bir tekel durumu sürdürmek için tüm lisans ve alt lisansları (iyileştirmeler üzerindeki lisanslar da dâhil) elde etmek amacıyla kullanıldığı durumlarda geriye lisans hükümlerinin rekabete aykırı olduğu değerlendirilmiştir.

⁹¹2017 ABD Antitröst Rehberi, Başlık 5.4.

⁹² Tampa Electric Company v. Nashville Coal Company, 365 U.S. 320, 329 (1961).

⁹³E. Elhaug, “United States Antitrust Law and Economics”, 2008, s. 316.

⁹⁴ Transparent Wrap Machine Corporation v. Stokes & Smith Company, 329 U.S. p.637, p.645-648 (1947); U.S. v. E.I. DuPont de Nemours & Company ¹¹⁸ F. Supp 41 (D.Del. 1953) Affirmed 351 U.S. 377 (1956), p. 533583.

V. İlgili Yargı Sistemlerinde Teknoloji Transferi Anlaşmalarının Rekabet Analizine İlişkin Yaklaşımda Benzerlikler ve Farklılıkları

A. Temel Amaç/ Yaklaşım

Her üç yargı sistemi Sherman Kanunu 1., ABİHA 101. ve RKHK 4. maddeleri kapsamında rekabete zarar verebilecek nitelikteki sınırlamaları önlemeye yönelik ortak hedefte birleşmektedir. Ayrıca, yaklaşım katılığı anlamında farklılıklar olmakla birlikte, her yargı sisteminin ortak noktası Sherman Kanunu 2., ABİHA 102. ve RKHK 6. maddeleri kapsamında hâkim konumda olan teşebbüslere güvensiz ve şüpheyile yaklaşmasıdır.

İlgili yargı sistemlerinde temel amaç tüketicilere fayda sağlamaktır. Lisans anlaşmaları, ekonomik etkilere dayalı bir yaklaşım altında analiz edilmekte ve genellikle kesin yasak kapsamında sınırlamalar olmadığı müddetçe rekabete arttırıcı olarak kabul edilmektedir. Her üç sistem de fikri mülkiyet haklarının otomatik olarak pazar gücü verdiğini varsaymaz. Çünkü çoğunlukla piyasada ikameler mevcuttur. Genel olarak, hem rekabet hukukunun hem de fikri mülkiyet hukukunun yenilikleri, sanayileşmeyi ve rekabeti teşvik etmeyi amaçladığı kabul edilmektedir. Bugün artık gerek AB, gerek ABD, gerekse Türk hukuk sisteminde Fikri Mülkiyet Yasaları ile Rekabet Yasalarının aynı hedefi paylaştıkları kabul edildiği için, bu iki hukuk sistemi, birbirlerinin tamamlayıcısı olarak görülmektedir.⁹⁵ Üç yargı sisteminde de fikri mülkiyet haklarının sağlam bir şekilde korunmasının, rekabeti arttırdığı kabul edilmektedir.⁹⁶ Rekabet Yasaları, rekabeti koruyarak, Fikri Mülkiyet Hukuku ise yenilikçiliği ödüllendirerek, her iki hukuk sistemi de yeni ürünlerin yaratılmasına yol açmaktadır.⁹⁷ Ancak teknoloji transferi anlaşmalarındaki kısıtlayıcı hükümlerin, pazarı kapama gibi rekabeti olumsuz etkiler doğuran sonuçları olabilmektedir. Fikri mülkiyet hakkının doğurduğu bu tip kısıtlayıcı hükümlerden dolayı Fikri Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukuku arasındaki ilişki, her zaman canlı kalmakta, ancak ortak olumlu hedefleri olmasından dolayı, direkt yasak kapsamında değerlendirilmeden, teknoloji transferi anlaşmalarının bu tip kısıtlayıcı hükümlerinin rekabet üzerindeki net etkisine göre karar

⁹⁵A. B. David, A. M. Wolman, "Intellectual Property and Antitrust: General Principles", 43 IDEA, 2003, ss. 396-397, s. 395.; B. Can, 2013, s. 10.

⁹⁶ S.K. Sandeen, "Intellectual Property Deskbook for the Business Lawyer: A Transactions-based Guide to Intellectual Property Law", 2d ed. 2009, s.252., A.D. Helvacioğlu, I.H.Eraslan, 2004, s. 4.

⁹⁷H. Apostolopoulos, "Refusal-to-Deal Cases of IP Rights at the Aftermarket in the US and EU Law: Converging of Both Law Systems through Speaking in the Same Language of Law and Economics", 7 JICL, 2007, s. 144-145.

verilmektedir.⁹⁸

B. Temel Motivasyon Kaynağı

ABD Rekabet Yasaları, tek bir ülkenin ulusal yasası olup, en temel motivasyon kaynağını, verimlilik ve serbest ticaret politikaları oluşturmaktadır. ABD’de serbest piyasa ekonomisi; ekonomik sistemlerin en etkin ve adil olanı olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, ABD Antitröst Yasaları, hâkim durumun kötüye kullanılmasını ya da serbest rekabeti olumsuz etkileyecek davranışları önlemeye çalışarak, serbest rekabeti korumayı amaçlamaktadır.⁹⁹ Bu nedenle ABD hukuk sisteminde, Antitröst Yasaları ile Fikri Mülkiyet Hukuku uzun yıllar birleriyle çatışmış gibi görülmüştür. Çünkü Antitröst Yasaları, tekelleri ortadan kaldırmaya çalışırken, fikri mülkiyet haklarına ilişkin yasaların, yeniliği teşvik etmek adına sahibine tanıdığı özel mülkiyet hakları yoluyla piyasada tekeller yarattığı düşüncesi hâkim olmuştur.¹⁰⁰ Ancak zaman içinde fikri mülkiyet haklarının ekonomik faydalarından daha fazla yararlanma eğilimine girilmiş ve fikri mülkiyet hak sahibinin lisanslama yoluyla yaptığı anlaşmaların, direkt tekelleşmeye sebep olmayacağı düşüncesinden hareketle, ayrıntılı analiz edilme yoluna gidilmiştir.¹⁰¹ AB Rekabet Yasaları ise, bir ulus üstü birliğin yasası olup, entegre bir Avrupa Pazarının geliştirilmesine dayanmaktadır. AB’nin sınırlar olmaksızın entegre bir iç pazar (ortak pazar) oluşturma hedefi ve üye devletler arasında sınırları olmayan entegre bir iç pazar yaratma amacı, rekabet analizleri sırasında dikkate alınmaktadır. Bir başka ifadeyle malların ve sermayenin AB sınırlarında serbestçe dolaşabilmesi AB’nin temel amaçları arasındadır.¹⁰² Fikri mülkiyetin de bu dolaşımın içinde olması ve teknoloji transferi anlaşmalarıyla bunun sağlanması, bu temel hedefe hizmet edecektir. AB mahkemelerinin içtihadına baktığımızda, ortak pazarın entegrasyonu amacının çoğunlukla en önemli amaç olarak görüldüğünü söylemek mümkündür.¹⁰³ Fikri mülkiyet hakları kapsamında buluş sahiplerine verilen hakların kullanımı, AB içinde serbest ticareti olumsuz etkilediği derecede, AB Rekabet Hukuku’nun müdahalesiyle karşı karşıya

⁹⁸F. Lévêque, H. Shelanski, “Antitrust, Patents and Copyright”, 2005, s. 85.

⁹⁹D. Broder, “U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice Introduction”, 2010, s. 3.

¹⁰⁰S. K. Sandeen, “Intellectual Property Deskbook for the Business Lawyer: A Transactions-based Guide to Intellectual Property Law”, 2. bs, 2009, s. 252.

¹⁰¹S. D. Anderman, “The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy”, 2007, s. 7.

¹⁰²“Sinai Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku İlişkisinin Mukayeseli Hukuk açısından İncelenmesi”, <http://gulperieldeniz.av.tr/yayinlarimiz/bilisim-hukuku/sinai-mulkiyet-haklari/>, Mayıs 2017.

¹⁰³Consten Grundig 1966, Continental Can 1973, GlaxoSmithKline 2009.

gelmektedir. Türkiye’de 1980’lerden sonra serbest piyasa ekonomisini benimsemesiyle birlikte; malların serbest dolaşımı ve rekabet kavramları ön plana çıkmıştır. Ayrıca, AB’ye uyum süreci ve Gümrük Birliği Anlaşması kapsamında ortak pazarda AB ile bütünleşme motivasyonu oluşmuştur. AB ile olan Gümrük Birliği Anlaşmasıyla birlikte, Türkiye’nin amaçlanan ekonomik bütünleşmeyi sağlayabilmesi için, kendi rekabet mevzuatını AB Rekabet Mevzuatı ile uyumlu hale getirmesi öngörülmüştür.¹⁰⁴ Ayrıca, Türkiye’nin 1980’lerde serbest piyasa ekonomisine geçmesinden sonra rekabet kavramı daha çok gündeme gelmiştir. Bu nedenle, Türkiye serbest piyasa ekonomisi ilkesini benimsemiş bir ülke olarak, yargı sistemlerince serbest rekabet ortamının temin edilmesini hedeflemektedir. AB’nin temel prensipleri arasında da mal ve hizmetlerin ortak pazarda serbest dolaşımı yer almaktadır.¹⁰⁵

C. Mevzuatların Detayı ve İçtihatlar

ABİHA 101. ve 102. maddeleri ile RKHK 4. ve 6. maddeleri Sherman Kanunu 1. ve 2. maddelerinden çok daha kapsamlıdır. Örneğin; ABİHA 101/3 ve RKHK 5. maddesi dört ayrı koşul içeren bireysel muafiyet maddesi içerirken, Sherman Kanunu 1. maddesi herhangi bir muafiyet sunmamaktadır. Aynı şekilde AB ve Türk müktesebatı, hâkim durumun kötüye kullanılma hallerini örneklerle detaylı olarak saymaktadır. ABD mevzuatı ilgili maddesinde ise hâkim durumun kötüye kullanılma hallerini saymamış, bu konuyu yoruma açık bırakmıştır. Bu nedenle ABD rekabet hukukunun detaylandırılmasında mahkeme kararları özellikle çok daha önemli hale gelmiştir. Ancak her üç yargı sisteminde de içtihatların rolü ve genel kavramların geliştirilmesine yardımcı olması azımsanmayacak düzeydedir.

D. Güvenli Bölge

Her üç yargı sistemi de lisans anlaşmaları için “güvenli bölge” oluşturmakta, belirli şartları sağlamaları durumunda lisans anlaşmalarını kanunların öngördüğü güvenli bölgeye almaktadır. Her üç yargı sisteminde de bir lisans anlaşmasının güvenli bölgeye girmesinin belirli şartları bulunmaktadır. Bunlar; incelemeye konu anlaşmanın taraflarının, pazar payları toplamalarının belirli bir oranı geçip geçmemesi ve kesin yasak kapsamında kısıtlamalar

¹⁰⁴ S. Nart, 2009, s. 119.

¹⁰⁵ M. Dalkıran, “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Açısından Marka Hukukunda Hakkın Tüketilmesi”, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ekonomi Maliye Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s. 85.

içerip içermemesidir.

2017 ABD Antitröst Rehberi ürün, teknoloji ve AR-GE pazarları olmak üzere üç pazar için güvenli bölge kriterlerini ayrı ayrı vermiştir. Teknoloji veya AR-GE pazarları için rekabet üzerindeki etkilerin incelenmesi gerekiyorsa ve pazar payı verileri mevcut değilse veya bu pazar payı oranları bu pazarlar için rekabet analizi için tam anlamıyla önemli değilse;¹⁰⁶

Teknoloji pazarında; (1) kısıtlama fiilen rekabete aykırı değilse/kesin yasak kapsamında değilse ve (2) buna ek olarak dört veya daha fazla bağımsız ikame teknoloji varsa,

AR-GE pazarında; (1) kısıtlama fiilen rekabete aykırı değilse/kesin yasak kapsamında değilse ve (2) buna ek olarak lisans alan ve lisans verenin faaliyetlerinin yakın bir ikamesi olan ve AR-GE faaliyetlerine katılmak için gerekli teşvik, varlık ve özelliklere sahip olan en az dört bağımsız ikame kuruluşu varsa,

rekabeti etkileyebilecek bir fikri mülkiyet lisanslama düzenlemesi güvenli bölgede kabul edilmektedir.

E. Pazar Payı Eşiklerinin Karşılaştırılması

Güvenli bölgeye girebilmek için ilk kriter lisans anlaşmasının taraflarının toplam pazar paylarının toplamına ilişkin kriterdir. Çünkü pazar payı rekabet analizlerinde rekabeti etkileme noktasında çok önemli bir unsurdur. Lisans veren taraf ile lisans alan tarafın ilgili ürün ve teknoloji pazarlarının her birinin hesaplanan pazar paylarının toplamı belirli bir eşik değeri/oranı geçerse, bu lisans anlaşması güvenli bölgeden çıkmaktadır.

Pazar payı eşiklerine ilişkin oranlar yargı sistemlerinde farklılık göstermektedir. 2017 ABD Antitröst Rehberine göre lisans veren taraf ile lisans alan tarafın ilgili ürün pazarlarının her birinin hesaplanan toplam pazar paylarının %20 oranını geçmemesi gerekmektedir. Yukarıda bahsedildiği gibi teknoloji ve AR-GE pazarlarında güvenli bölge kriterleri ayrıca sayılmıştır. 316/2014 sayılı AB Tüzüğüne göre pazar payı eşikleri lisans anlaşmasının tarafları rakip olmayan teşebbüsler ise, her bir tarafın ilgili pazarındaki payının %30'u; rakip teşebbüsler ise, bu pazarlardaki toplam paylarının %20'yi aşmaması gerektiği öngörülmüştür. 2008/2 sayılı TR Tebliğ'de ise, pazar payı eşikleri rakip olmayan taraflar için %40 ve rakip taraflar için ise %30 oranında belirlenmiştir. Pazar payı eşikleri açısından en

¹⁰⁶ 2017 ABD Antitröst Rehberi, bölüm 4.3. Safety Zone

katı tutumun ABD mevzuatında belirlendiği görülmektedir. Bunun sebebi, kanaatimizce ABD'nin tekelleşmeleri ortadan kaldırmaya yönelik temel motivasyonu olabilir. Ayrıca Türk Rekabet Hukuku'nun ise diğer iki büyük yargı sistemine kıyasla daha esnek bir tutum sergilediği anlaşılmaktadır. Türkiye'nin pazar payı eşiklerini yüksek tutarak daha fazla anlaşmayı güvenli bölgeye yani muafiyet kapsamına almaya çalıştığı söylenebilir.

F. Katı Kısıtlamalar, Kesin Yasaklar (Hardcore Restrictions)/ *Per se yasak* (Özü itibariyle Yasak Uygulamalar)

Üç yargı sistemi de mevzuatlarında lisans anlaşmalarında yer alabilecek “kesin yasak” niteliğindeki sınırlamaları sıralamıştır. Fiyat sabitleme (naked price fixing), rakipler arasında pazar paylaşımı ve müşteri tahsisi, grup boykotları ya da bazı bağlama anlaşmaları genel olarak her üç yargı sisteminde de kesin yasak sınırlamalar arasında sayılmaktadır. Ancak yargı sistemlerinde bazı kısıtlayıcı hükümlere zaman içinde yaklaşım değişebilmiştir.

1. Fiyat sabitleme (price fixing), genel olarak rekabete olumsuz etkileri net olduğu için, yargı sistemlerinde kesin yasak kapsamındadır. Fiyat sabitleme hükümleri, üçüncü şahıslara satış yaparken anlaşmanın taraflarından herhangi birinin ürün satış fiyatını belirleme hakkının kısıtlanmasına ilişkindir. Fiyat sabitlemeleri, çoğunlukla rekabeti azaltmakta ve daha yüksek fiyatlara sebep olmaktadır. Her üç yargı sistemindeki yaklaşım bu yöndedir. Ancak ABD Rekabet Hukukunun fiyat sabitleme hükümlerine zaman içinde bazı durumlarda daha ılımlı yaklaştığı görülmektedir. Yatay fiyat kısıtlamaları tüm yargı sistemlerinde hâlâ “per se yasak” olarak değerlendirilirken, dikey fiyat kısıtlamalarında zaman içinde ABD açısından farklılaşma oluşmuştur. 1995 ABD Antitröst Rehberinde yeniden satış fiyatı tespitine (resale price maintenance)¹⁰⁷ ilişkin hükümler, bunun “per se yasak” olduğu yönündeydi, ancak 2017 ABD Antitröst Rehberinde bu yaklaşım bırakılarak “rule of reason” analizine tabi tutulmasını öngörmektedir.¹⁰⁸ 2007 yılı Leegin Kararı'nda¹⁰⁹, yeniden

¹⁰⁷ Yeniden satış fiyatının belirlenmesi (resale price maintenance), “üretimden sonra gelen aşamalarda, ürünün bir sonraki alıcısına satışının yapıldığı fiyatın, ilgili satışı gerçekleştiren tarafta tek başına ve serbestçe belirlenmesine engel olunmak suretiyle tespit edilmesidir.” Bkz. E. Balkan, “Dikey Anlaşmalarda Minimum Fiyat Tespiti ve Leegin Kararı”, 2010, s. 3.

¹⁰⁸ 2017 ABD Antitröst Rehberi, Bölüm 5.2. Price Maintenance; G.J. Battersby, C. W. Grimes, “Devoted to Leaders in the Intellectual Property and Entertainment Community”, April 2017, 37(4), s. 2.

¹⁰⁹ Leegin Creative Leather Products, Incorporation v. Psks, Incorporation, 551 U.S. 877 (2007).

satış fiyatının tespitiyle ilgili uygulamalarda, satış öncesi fiyat belirleme anlaşmalarının, Antitröst Yasalarını ihlal etmediğine karar verilmiştir. Böylece yeniden satış fiyatının tespitiyle ilgili uygulamalarda çok uzun yıllardır var olan “per se yasak” yaklaşımı terk edilmiş ve yeri “rule of reason” analizine bırakılmıştır.

G. Rule of reason Analizi (Makul Sebep Doktrini)

Üç yargı sistemi de lisans anlaşmaları sınırlayıcı hükümler içerse dahi doğrudan yasak kapsamında değerlendirmeyiz. Rekabeti artırıcı faydaları ve rekabeti engelleyici etkileri birlikte değerlendirerek karar verilmektedir. Mahkemeler anlaşmalarda yer alan bu tip hükümlerin makul sayılıp sayılmayacağını değerlendirmektedir. Anlaşmada yer alan rekabeti sınırlayıcı nitelikteki bir hüküm, aslında tüm etkileri toplu olarak değerlendirildiğinde rekabet üzerinde net bir olumlu etkiye sebep oluyorsa, bu tip sınırlayıcı hükümler içeren anlaşmalar, makul kabul edilerek yasak hükümleri kapsamına girmemektedir. Böylece ABD yargı sisteminde adı “rule of reason” analizi olmakla beraber, her üç yargı sistemi de aynı yaklaşım sergilenmektedir.

H. Münhasır Lisans ve Bölgesel Kısıtlamalara İlişkin Yaklaşım

Lisans düzenlemelerindeki bölgesel kısıtlamalar, ABD’de nadiren yasa dışı olarak nitelendirilirken, AB’de, bölgesel kısıtlamaların rekabet yasalarını ihlal etme olasılığı daha yüksektir, bunun nedeni ortak bir iç pazar oluşturmak olduğu için pazar entegrasyonuna¹¹⁰ bir öncelik olarak yaklaşılmasıdır. Bu amaç neticesinde AB Yargı Sisteminde münhasırlık ve bölgesel kısıtlamalar içeren hükümlere ilk zamanlar katı yaklaşılmasına sebep olmuştur.¹¹¹ Ancak, daha sonra, bu tip kısıtlamalara karşı katı tutum yumuşamış ve açık münhasır lisans sözleşmeleri ile mutlak bölgesel koruma sağlayan lisans anlaşmaları yasak kapsamında değerlendirilmemiştir.¹¹² Mutlak münhasır haklar verildiğinde daha katı bir tutum sergilenirken, basit

¹¹⁰ Breeders’ rights: Roses OJ [1985] L 369/9, [1988] 4 CMLR 193 [1986], 9 EIPR 284. AB Komisyon’u ilgili kararında, her bir münhasır lisansın tek başlarına AB üye ülkeleri arasındaki ticareti etkileyecek derecede rekabeti kısıtlamadığı, fakat bütün münhasır lisansların oluşturduğu ağırlıklı etkisinin AB ortak pazarı genelinde hissedilir nitelikte olduğunu değerlendirmiştir.

¹¹¹ Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararı, Consten and Grundig v. Commission, Birleşik Davalar Dava C-56/64 ve Dava C-58/64, [1966] ECR 299

¹¹² ABAD Kararı, L.C. Nungesser KG and Kurt Eisele v. Komisyon; Dava 258/78, [1982], ECR 2015, [1983] 1 CMLR 278.; Erauw-Jacquery (Erauw-Jacquéry (Louis) Sprl v. La Hesbignonne Société Coopérative, Dava 27/87, [1988] ECR [1989]. EC, Coditel v. Ciné-Vog Films (Coditel II), Dava 262/81 [1982] ECR 3381.; Pronuptia v. Pronuptia, I Common Mkt. L.R. 414 [1986].

bir bölgesel kısıtlamaya dayalı olan hükümlerde rekabet yasalarını ihlal etmediği yaklaşımı hâkimdir. Kısacası, teknoloji transferi anlaşmalarının içerdiği münhasır haklar durum özelinde incelenip karar verilmektedir.¹¹³ ABD Hukuk Sistemi, AB'ye göre münhasır lisans anlaşmalarına daha ılımlı yaklaşmakta olup, dava kararlarına bakıldığında münhasır lisansları genellikle yasal olduğu kabul etmiştir.¹¹⁴ Ancak ABD Hukuk sisteminde de münhasır haklar içeren lisans anlaşmalarının yasak kapsamında değerlendirildiği durumlar söz konusudur.¹¹⁵ Türkiye'de Rekabet Kurulu'nun verdiği kararlara bakıldığında, münhasırlık hükümleri içeren teknoloji transferi anlaşmaları genellikle RHKK 4. maddesi içerisinde değerlendirilerek, bu tip kısıtlayıcı hükümler içermesinden dolayı menfi tespit¹¹⁶ talepleri reddedilmiş, ancak anlaşmanın özelinde yapılan incelemeler neticesinde 2008/2 sayılı TR Tebliğ kapsamında değerlendirilebilen lisans anlaşmalarında Tebliğ hükümlerini karşılayıp karşılamamalarına bağlı olarak grup muafiyetinden, RHKK 5. maddesindeki koşulların sağlanıp sağlanmamasına göre bireysel muafiyetten yararlanıp yararlanılmayacağına karar verilmiştir.¹¹⁷

¹¹³ EC, Volvo v. Veng, Dava 238/87, [1989], OJ.0 287, 30.10.1995, ECR 1989.;

Tetra Pak v. Komisyon, 1990, Dava T-51/89, ECR II-309;

Moosehead v. Whitbread Kararı, [1991], 4 CMRL 391;

Football Association Premier League and Others, Birleşik Davalar C-403/08 ve C-429/08 [3 February 2011]; Topps Europe v. Commission, Dava T-699/14, OJ [2014] C448/29.Cf. Judgment of the General Court, 11 January 2017, Dava T-699/14, EU: T:2017:2

¹¹⁴ Valley Drug v. Geneva Pharmaceuticals, 344 F.3d 1294, 1305 68 US 2d (BNA) (11th Cir. 2003); Continental T.V. v. GTE Sylvania, 433 U.S. 36 (1977); Dunlop Company v. Kelsey-Hayes Company, 484 F.2d 407 (6th Cir. 1973).; United States v. Westinghouse Electronics, 648 F.2d 642, 647 (9th Cir. 1981); Waterman v. Mackenzie, 138 U.S. 252 (1819).; Zenith Radio Corporation v. Hazeltine Research, Incorporation, 395 U.S. 100 (1969).; Virtue v. Creamery Package Mfg. Company, 227 US 8 (1913); Cataphote Corporation v. DeSoto ChemicalCoatings, Incorporation, 450 F.2d 769 (9th Cir. 1971); United States v. Studiengesellschaft Kohle, 670 F.2d 1122, 1127 (D.C. Cir. 1981); U.S. v. Studiengesellschaft Kohle, , 670 F. 2d 1122, 1135 (D.C. Cir 1981)

¹¹⁵ United States v. Parker-Rust-Proof Co., 61 F. Supp. 805 (E.D. Mich. 1945).; U.S. v. Singer Mfg. Company, 374 U.S. 174 (1963).; Fresenius ile Daiichi Sankyo, "FTC Challenges Vertical Agreement Between Fresenius and Daiichi Sankyo", September 15, 2008, FTC File No. 081-0146, <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2008/09/ftc-challenges-vertical-agreement-between-fresenius-and-daiichi>

¹¹⁶ RHKK madde 8 – "İlgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerinin başvurusu üzerine kurul, elinde bulunan bilgiler çerçevesinde bir anlaşmanın, kararın, eylemin veya birleşme ve devralmanın bu Kanunun 4, 6 ve 7. maddelerine aykırı olmadığını gösteren bir menfi tespit belgesi verebilir."

¹¹⁷Rekabet Kurulu Kararı (RKK), Bankalararası Kart Merkezi A.Ş. Kararı, 18.02.2016 tarihli ve 16-05/106-47 sayılı karar.; RKK, Sasa Polyester Sanayi A.Ş., 06.06.2012 tarihli ve 12-30/875-259 sayılı karar.

(RKK), Eastpharma S.A.R.L., F. Hoffmann ve La Roche Ltd., 12.6.2008 tarihli ve 08-39/519-192 sayılı karar. RKK, Sasa Polyester Sanayi A.Ş., 06.06.2012 tarihli ve 12-30/875-259 sayılı karar. RKK, Sodima SAS ve Pınar Süt A.Ş. Kararı, 25.9.2008 tarihli ve 08-56/891-352 sayılı karar.; RKK, Pınar Süt Mamülleri San AŞ v. Sodima SAS, 8.7.2004 tarih ve 04-46/597-145 sayılı karar.; RKK, Şişecam v Sierracin, 28 Eylül 1999 tarih ve 99-44/466-295 sayılı karar.

I. Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Tükenme İlkesi-*Principal of Exhaustion*)

Fikri mülkiyet hakları sahiplerine bir takım mutlak haklar vermektedir, ancak bu haklar bir noktada bir dereceye kadar son bulmaktadır. “Tükenme İlkesi” fikri mülkiyet hakları sahiplerinin, mutlak haklarının sınırlarını belirlemekte, nerede tükendiğini tespit etmekte ve rekabet ortamını temin etmekte kullanılmaktadır. Fikri Mülkiyet Hukukuyla korunan hakların tükenmesi ürünün “**piyasaya ilk defa sunulması**” ya da “**ilk satış**” ile ilgilidir. Bu kavramlardan anlaşılması gereken, hak sahibinin kendisi tarafından kanunlarla korunan ürünün serbest ticarete girmesidir. Ürün piyasaya sunulduktan sonra, ürünün piyasada serbest dolaşımı üzerine bir müdahalede bulunulamayacak, sadece ürün üzerinde üçüncü kişiler tarafından değişiklik yapılarak ticari amaçla kullanılması durumunda müdahale edilebilecektir. Fikri mülkiyet kanunlarıyla korunan ürünün piyasaya sunulması **ulusal/ülkesel, bölgesel** veya **uluslararası** düzeyde olabilir.¹¹⁸

Ülkesel tükenmede; Fikri Mülkiyet Hukukuyla korunan ürün, hakkın sahibi tarafından kendi ülkesinde piyasaya sunduktan sonra, artık ilgili ülke piyasasında haklarının tükenmesini ifade etmektedir.¹¹⁹ *Bölgesel tükenme,* özellikle birlik çatısı altında olan AB uygulamalarında ortaya çıkmıştır. İlgili ürün AB dâhilinde piyasaya sunulduktan sonra, AB'nin tamamı kapsamında hakkın tükenmesinden bahsedilir.¹²⁰ Burada AB'nin tamamı bir ülke gibi değerlendirilmektedir. Bu nedenle; fikri mülkiyet hak sahibi, belirli bir AB üyesi ülkesinde piyasaya sunduğu ürünlerini, AB bölgesinin tamamında hakkı tükendiği için, AB içerisinde başka bir ülkede satışı veya dağıtımına engel olamayacaktır.¹²¹ Son olarak *uluslararası tükenmede;* herhangi bir coğrafi sınırlama olmadan, fikri mülkiyet kanunlarıyla korunan ürün, nerede piyasaya sunulursa sunulsun, o hak dünya üzerinde tükenmiş olur. Bu noktada fikri mülkiyet hak sahibi paralel ithalatı da engelleyemez.¹²² Hakkın tükenmesinin başlangıç noktası olarak AB'de

¹¹⁸ O. Çerçi, “Fikri Mülkiyet Haklarında Hakların Tükenmesi İlkesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Ana Bilim Dalı, Ticaret Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Şubat 2013, s.iv.

¹¹⁹ E. Güllü, “Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat”, TPE Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara 2014, s.36.
¹²⁰ “Sinai Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku İlişkisinin Mukayeseli Hukuk açısından İncelenmesi”, <http://gulpericildeniz.av.tr/yayinlarimiz/bilisim-hukuku/sinai-mulkiyet-haklari/>, Mayıs 2017.;

Silhouette Int. Schmied v. Harlauer Handeksgesellschaft, 1998, Dava C-355/96, ECR I-4799

¹²¹ E. Güllü, 2014, s. 38.

¹²² “Sinai Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku İlişkisinin Mukayeseli Hukuk açısından İncelenmesi”, <http://>

“piyasaya ilk defa sunulma” kavramı kullanılırken, ABD uygulamalarında “ilk satış (first sale)” kavramı kullanılmaktadır.¹²³ ABD tükenme ilkesinin coğrafi sınırlarını genellikle “ulusal tükenme” ilkesine dayandırmaktadır.¹²⁴ Ancak yakın zamana kadar ülkesel tükenme ilkesi benimsenmesine karşılık, ABD yüksek mahkemesi *Impression Products v. Lexmark Int (2017)*¹²⁵, kararında patent hakları konusunda, uluslararası tükenme ilkesinin geçerli olduğuna hükmetmiştir.¹²⁶ Türk hukuk sisteminde hakkın tüketilmesi ilkesinin coğrafi sınırına bakıldığında uluslararası tükenme olarak öngörülmektedir. Türkiye’de Fikri Mülkiyet Hukuku tarafından korunan ürünlerin, dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya sunulması durumunda, o hak dünyada tükendiği için ilgili ürün üzerindeki fikri mülkiyet hakkı sahibinin, bu ürünlerin Türkiye’ye paralel ithalatını engellemesi mümkün olmayacaktır.¹²⁷

Anlaşılacağı üzere fikri mülkiyet haklarının sınırlarını belirleyen tükenme ilkesinin iki önemli yargı bloğu ve Türkiye açısından özellikle coğrafi sınırları yönünden farklılıkları bulunmaktadır. Türk müktesebatı AB ile uyumlaşma çabası içerisinde olmasına karşın, AB, bölgesel tükenme ilkesini, Türkiye ise uluslararası tükenme ilkesini benimsemiştir. AB yargı otoriteleri fikri mülkiyet haklarının üçüncü ülkelerden yapılan paralel ithalatı engellemek için kullanılmasını, fikri mülkiyet hakkının doğal bir sonucu olarak görmektedir. Bu nedenle de rekabete aykırı değerlendirmemektedir. RK ise, paralel ithalatın engellenmesinin rakiplerin piyasaya girişini zorlaştıracağını ve böylece rekabet üzerinde olumsuz etkisi olacağını belirterek, RKHK’ya aykırı bulmaktadır.¹²⁸ ABD ise, tükenme ilkesinin coğrafi sınırlarını genellikle “ulusal tükenme” ilkesine dayandırmakla beraber, son dönemde uluslararası tükenme ilkesinin geçerli olduğuna hükmetmiştir.¹²⁹ Oluşan içtihat farklı yönde kararlar var olduğu için

gulperieldeniz.av.tr/yayinlarimiz/bilisim-hukuku/sinai-mulkiyet-haklari/, Mayıs 2017.

¹²³ E. Güllü, 2014, s. 33;

“Sınai Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku İlişkisinin Mukayeseli Hukuk açısından İncelenmesi”, <http://gulperieldeniz.av.tr/yayinlarimiz/bilisim-hukuku/sinai-mulkiyet-haklari/>, Mayıs 2017.

¹²⁴ N.A. Odman Boztosun, “Fikri Mülkiyet ve Küresel Rekabet”, TÜSİAD, Sabancı Üniversitesi Rekabet Forumu, Kasım 2007, s.9. Y. Karakurt, “Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi İlkesi ve İstisnaları”, Başken Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 11.

¹²⁵ *Impression Products, Inc. v. Lexmark International, Inc.* May 30, 2017, Supreme Court of US.

¹²⁶ B. Rigby, “Beware of patent exhaustion-contrasts between EU and US”, July 2017, <https://inspiredthinking.dehns.com/post/102eadz/beware-of-patent-exhaustion-contrasts-between-eu-and-us>

¹²⁷ İ.Y. Aslan, 2017, s. 970.; RK Kararı, 00-44/472-257 sayılı, 06.11.2000 tarihli (Sesa 2000 kararı); RK Kararı, 01-25/238-61 sayılı, 29.5.2001 tarihli (Armada 2001 kararı)

¹²⁸ M. Dalkıran, 2008, s. 136

¹²⁹ B. Rigby, “Beware of patent exhaustion-contrasts between EU and US”, July 2017, <https://inspiredthinking.dehns.com/post/102eadz/beware-of-patent-exhaustion-contrasts-between-eu-and-us>

araştırmacılar tarafından bu konuda tam genel bir yargı oluşmamıştır. Bir başka ifadeyle literatürde ABD'nin tükenme ilkesi konusunda tam olarak hangi coğrafi sınırları kabul ettiği konusunda bir uzlaşma yoktur. Uluslararası tükenme ilkesinin hâkim olduğunu savunanlar yazarlar¹³⁰ yanında, ulusal tükenme ilkesinin kabul edildiğini savunanlar¹³¹ da vardır. ABD'nin ulusal ya da uluslararası tükenme ilkesinin uygulanması incelenen vaka özelinde değişmektedir.

J. Muafiyet Rejiminin Varlığı

ABD'de, AB ve Türk Rekabet Hukuku sistemlerindeki gibi ayrı bir muafiyet rejimi bulunmamaktadır. Bazen idari makamlar, gayri resmi menfi tespit sağlayabilmektedirler. Rekabet otoriteleri, belirli anlaşmalara muafiyet tanıyan kararlar verebilirler. Ancak, bu sistem AB ve Türk Hukuk sistemindeki gibi ayrı bir bireysel ya da grup muafiyeti düzenlemesi değildir. Serbest piyasa ekonomisini ve güçlü bir serbest rekabeti benimseyen ABD Rekabet Hukuku, muafiyetlere ve istisnalara çok ihtiyatlı yaklaşmaktadır. Bunun sebebi, Sherman Kanunu'nun ilk oluşturulduğu dönemde, rekabetin birçok konudan çok daha önemli görülmesi ve yine birçok konuda istenilen sonuçların elde edilmesinde en etkin yol bu olduğunun düşünülmesiydi.¹³² Ancak 2017 ABD Antitröst Rehberi, tam olarak grup muafiyeti sistemine yer vermemekle birlikte, lisans anlaşmaları için bir "güvenli bölge" çizmiş ve dolaylı yoldan da olsa bu sistemi işletmektedir. ABD'de, Rekabet Hukuku sisteminde uygulamada, "rule of reason" analiziyle temel amacı rekabete aykırılık taşımayan, hatta rekabete olumlu katkısı olan veya olumlu etkileri açısından haklı sebeplere dayandırılan anlaşmalar, Sherman Kanunu dışında tutulmuştur.¹³³ Ayrıca bu konuyla ilgili olarak, "Antitröst Modernizasyon Komisyonu"nda yorumlar yer almaktadır. ABD Antitröst Yasalarının, tam kapsamlı bir değerlendirmesini yapmak ve bu yasaların ne ölçüde güncellenmesi gerektiğini belirlemek amacıyla, 2002 senesinde "Antitröst

dehns.com/post/102eadz/beware-of-patent-exhaustion-contrasts-between-eu-and-us

¹³⁰ I. Calboli, "Market Integration and (the Limits of) the First Sale Rule in North American and European Trademark Law", 51/4 Santa Clara Law Review, 2011, s. 1262;

T. Ayoğlu, "Marka Hakkının Tüketilmesi", Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, yüksek lisans tezi, İstanbul, Ağustos 2001, s. 62.

¹³¹ S. Dobrin, Chochia, A., "The Concepts of Trademark Exhaustion and Parallel Imports: A Comparative Analysis between the EU and the USA", Baltic Journal of European Studies Tallinn University of Technology, 6/2 (21), Ekim 2016, ss. 36-40

¹³² I. Barnes "Legal Issues and Economic Evidence In Cartel Law in Cartel and Monopoly in Modern Law International Conference on Restraints of Competition", 1961, s. 808.

¹³³ D. L. Mclachlan, D. Swann, "Competition Policy in the European Community", London, 1967, s. 133.

Modernizasyon Komisyonu Kanunu¹³⁴ ile “Antitröst Modernizasyon Komisyonunu” kurmuştur.¹³⁵ Kurulan Komisyon, Kongre’nin detaylı bir analiz gerçekleştirilmeden, rekabet koşullarını yok etmemesi ya da rekabet koşullarını negatif yönde etkileyecek düzenlemelere gitmekten kaçınması gerektiğini ifade etmektedir. Bu yüzden, Antitröst Yasalarında; kanuni muafiyet veya istisna yapılması uygulamalarından kaçınılmalı ya da bu yola sadece belirli durumlarda başvurulmalıdır. Buna göre; sadece ABD ekonomisinin çıkarlarının serbest piyasa rekabet koşullarının üzerinde olduğu, bazı durumlarda muafiyet ve istisnalar tanınması gerekmektedir.¹³⁶ Yeniliklerin kolaylaştırılması, bilgilerin toplanması ve yayılması ve pazarlık gücünün dengelenmesi gibi gerekçelerle rekabet yasalarının uygulanmasından muafiyetler çeşitli gerekçelerle haklı görülebilmektedir.¹³⁷

ABD Antitröst Yasalarında, direkt hükümler yer almasa da, uygulamada bazı muafiyetler tanındığı görülmektedir. İlk muafiyetlerden bir tanesi patent sahiplerine ilişkindir. Ancak, verilen muafiyetin patent özelinin ötesine geçemeyeceği uygulamada¹³⁸ belirtilmiştir. Ayrıca, birleşme ve devralmalar için, ABD uygulama politikasına bakıldığında, bu konuda “savunma” yapılmasına (istisna sağlamak adına) izin verilmektedir.¹³⁹ Yine, bazı uygulamalarda “*per se yasak*” hükümler içeren anlaşmalara bile muafiyet tanınabilmektedir. Mesela taraflar, bir Ortak Girişim oluşturduğunda, bu hükümler olmadan Ortak Girişimi oluşturamıyorsa, mahkeme buna, “*rule of reason*” analiziyle yaklaşmıştır.¹⁴⁰

K. Hâkim durumun kötüye kullanılması

Her üç yargı sisteminde de hâkim duruma şüpheyle bakılır. Ancak bir hâkim durum veya tekel konum tek başına hukuka aykırı görülmez, çünkü bunun için bir davranış unsuru gereklidir. Bu nedenle ekonomi temelli bir analiz gerçekleştirilir. ABİHA 102. madde ve RKHK 6. maddesi hâkim bir pozisyonun olası kötüye kullanma hallerini farklı

¹³⁴ Antitrust Modernization Commission Act of 2002, Publication No. 107-273, 107th Congress, ss. 11051-11060.

¹³⁵ J. Roberti, K. Moen, J. Steenholdt, “The Role and Relevance of Exemptions and Immunities in US Antitrust Law”, çevrimiçi, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1042806/download>, s.2; M. Şahin, ABD Rekabet Hukuku Politikasında Reform Çalışmaları, Pamukkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, 9, 2011, ss. 1-8, s. 1.

¹³⁶ M. Şahin, 2011, s. 6.

¹³⁷ R.S. Khemani, 2002, s. 35.

¹³⁸ *Carbice Carbice Corporation v. Patents Development Corporation*, 283 US 27 (1931).

¹³⁹ R.S. Khemani, 2002, s. 16.

¹⁴⁰ “Antitrust Standards of Review: The Per Se, *Rule of reason* and Quick Look Tests”; çevrimiçi, <https://www.businessjustice.com/antitrust-standards-of-review-the-per-se-rule-of-reason-and-quick.html>, Bona Law PC.

kategorilerini listelemektedir. AB müktesebatında söz konusu kötüye kullanma durumlarına örnek olarak; haksız bir şekilde ticari koşulların belirlenmesi; üretim, pazar veya teknik bir gelişimi, tüketicinin zararına olacak şekilde kısıtlama; aynı tip sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarını rekabet edebilirlikleri açısından dezavantajlı konuma getirecek hükümler koyma veya sözleşmelerde, sözleşme konusu ile ilgili olamayan ağır ek yükümlülükler koyma verilebilir. Türk Rekabet Hukukunda; pazara giriş engelleri koymak ve rakip teşebbüsleri zor duruma sokmak, tedarigi kesmek, sadece tekel konumundaki teşebbüsten alma zorunluluğu getirmek, haksız ticari koşullar koymak, ayırıcılık, çok uzun süreli, alıcıyı bu süre içinde çok almaya özendiren ve herkese aynı şartlarda olmayan indirim sistemleri, ağır ek yükümlülükler koymak, bir pazardaki hâkim durumun diğer pazarda kötüye kullanılması, zorunlu unsurun verilmemesi, fiyat aracılığıyla kötüye kullanmalar, üretim ve teknolojinin kısıtlanması hâkim durumun kötüye kullanılması hallerine örnek olarak verilmiştir.¹⁴¹ Bununla birlikte, Sherman Kanunu 2. maddesinin içeriğine bakıldığında tekel oluşturmak ve buna yönelik faaliyetlerin detayının verilmediği, yoruma açık bırakıldığı görülmektedir. ABD içtihatlarında özellikle, teşebbüslerin dışlayıcı nitelikteki tek taraflı davranışlarına odaklanılmıştır. Bir başka ifadeyle teşebbüslerin rakiplerinin rekabetçi konumuna zarar verici ya da rakipleri tamamen pazar dışına iten davranışlar hâkim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir.¹⁴²

Hâkim durumda olan teşebbüslerin davranışlarının incelenmesi; ilgili pazarın belirlenmesi, ilgili pazardaki hâkim durumun tespiti, davranışın piyasadaki etkilerinin analizi, olası makul gerekçelerin varlığının araştırılması ve gerekiyorsa yaptırımların uygulanması aşamalarından oluşur. Her üç yargı sistemi de, tek başına yeterli olmamakla birlikte, hâkim durumun tespitinde ilk adım olarak ilgili piyasa paylarını dikkate almaktadır. Ancak bu konuda AB Rekabet Yargı mercilerinin ABD Yargı mercilerine kıyasla daha katı bir tutum sergilediği anlaşılmaktadır. Örneğin AB rekabet otoritelerince %40'lık bir pazar payında veya biraz altında bir hâkimiyet tespiti yapılırken, ABD rekabet otoritelerince ise %50 düzeyindeki pazar payı bile pazar gücü oluşturmak için yetersiz olarak değerlendirilmiştir.¹⁴³

¹⁴¹ D. Karaman, Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşmanın 102 ve Türkiye'nin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 6. maddeleri Açısından Bağlama Anlaşmaları, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2015; (34), ss. 63-73, s. 64.

¹⁴² Ç. Ünal, "Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar", Rekabet Dergisi, 2010, 11(4), ss. 111-164 s. 113.

¹⁴³ Kovacic (2008);

Dava-27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207.;

Türk rekabet mevzuatında pazar payı %40'ın altında olan bir teşebbüsün hâkim durumda sayılmadığını belirtmiştir.¹⁴⁴

Sonuç ve Genel Değerlendirme

Teknoloji transferi son on yılda hızlanmış ve daha önemli hale gelmiştir. Üretilen, geliştirilen ve iyileştirilen tüm yeni teknolojiler fikri mülkiyet lisanslarının transferi yoluyla toplum refahını arttırmaktadır. Ancak taraflar arasındaki ilgili transfer anlaşmalarının rekabet düzenine de etkileri olabilmektedir. Rekabet en az fikri mülkiyet kadar toplumun refahını etkileyen bir unsurdur. Bu nedenle iki sistem arasında denge korunmalıdır. Son dönemde birçok rekabet avantajı sağlamasından dolayı teknoloji transferi anlaşmalarına ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuku sistemlerinin bakış açıları oldukça olumludur. Bu çalışmada üç yargı sisteminin teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin rekabet analizindeki yaklaşımları analiz edilmek istenmiş, bu nedenle ilgili yargı sistemlerinin mevzuatı ve takip edilen süreci incelenmiştir.

Yapılan incelemeler sonucunda varılan sonuçlar özetlenmiştir. Rekabet Hukuku bağlamında her üç yargı sistemi de rekabete zarar verebilecek nitelikteki sınırlamaları önleme yönündeki ortak hedefte birleşmektedir. Ayrıca, hâkim konumda olan teşebbüslere güvensiz ve şüpheyle yaklaşmaktadır. Tüm yargı sistemlerindeki temel amaç tüketicilere fayda sağlamaktır. Bu temel amaç doğrultusunda, yargı bloklarının kendi iç dinamikleri konuya nasıl yaklaştıklarını şekillendirmektedir. ABD Rekabet Yasalarının en temel motivasyon kaynağı, verimlilik ve serbest ticaret politikalarıdır. Bu nedenle, ABD Rekabet Yasaları, serbest rekabeti olumsuz etkileyecek davranışları önleme amacındadır. AB Rekabet Yasaları ise, bir birliğin yasa olup, AB'de sınırlar olmaksızın entegre bir iç pazar (ortak pazar) oluşturma amacı hakimdir. Bir başka ifadeyle malların ve sermayenin AB sınırlarında serbestçe dolaşabilmesi hedeflenmektedir. Türkiye'de 1980'lerden sonra serbest piyasa ekonomisini benimsemesiyle birlikte; malların serbest dolaşımı ve rekabet kavramları ön plana çıkmıştır. Ayrıca, AB'ye uyum süreci ve Gümrük Birliği Anlaşması kapsamında ortak

FTC v. Tenet Health Care, 186 F.3d 1045, 1052 (8th Circular1999),

US v. Dentsply International, 399 F.3d 181, 187 (3d Circular 2005)

Katarzyna Czapracka, 2009. *Intellectual Property and the Limits of Antitrust: A Comparative Study of US and EU Approaches* 4.

¹⁴⁴ Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının

Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz, 2014, 2.2. hâkim durumun tespiti

pazarda AB ile bütünleşme motivasyonu oluşmuştur.

Yargı sistemlerinde iki hukuk sistemi arasında denge kurulurken yararlanılan bir araç “Tükenme İlkesi”dir. Bu ilke fikri mülkiyet hakları sahiplerinin, mutlak haklarının sınırlarını belirlemekte, nerede tükendiğini tespit etmekte ve rekabet ortamını temin etmekte kullanılmaktadır. Tükenme ilkesinin iki önemli yargı bloğu ve Türkiye açısından coğrafi sınırları yönünden farklılıkları bulunmaktadır. Entegre bir ortak pazar oluşturmak isteyen AB için bölgesel tükenme söz konusudur. Bu nedenle; fikri mülkiyet hak sahibi, belirli bir AB üyesi ülkesinde piyasaya sunduğu ürünlerini, AB bölgesinin tamamında hakkı tükendiği için, AB içerisinde başka bir ülkede satışı veya dağıtımına engel olamayacaktır. Bu durum AB yargı otoritelerinin, fikri mülkiyet haklarının üçüncü ülkelerden yapılan paralel ithalatı engellemek için kullanılmasını, fikri mülkiyet hakkının doğal bir sonucu olarak gördüğünün göstergesidir. Türk hukuk sisteminde hakkın tükendiği coğrafi sınır “uluslararası tükenme”dir. Herhangi bir coğrafi sınırlama olmadan, fikri mülkiyet kanunlarıyla korunan ürün, nerede piyasaya sunulursa sunulsun, o hak dünya üzerinde tükenmiş olur. Bu noktada fikri mülkiyet hak sahibi paralel ithalatı da engelleyemez. Bu da Türk yargı otoritelerinin, paralel ithalatın engellenmesinin rakiplerin piyasaya girişini zorlaştıracağı ve böylece rekabet üzerinde olumsuz etkisi olacağı görüşünde olduğunun bir göstergesidir. ABD ise, tükenme ilkesinin coğrafi sınırlarını ilk başlarda “bölgesel tükenme” ilkesine dayandırsa da, son dönemde uluslararası tükenme ilkesinin geçerli olduğuna dair kararları mevcuttur. Son dönemdeki bu kararlarında serbest rekabeti koruma amacı doğrultusunda paralel ithalatın engellenmesinin önüne geçerek rekabeti korumaya çalıştığı söylenebilir.

Üç yargı sisteminin mevzuatlarının detaylarına bakıldığında AB ve Türk Rekabet Hukukunun çok daha detaylı ve kapsamlı olduğu görülmektedir. ABD Rekabet Hukukunun detaylandırılmasında içtihatlar çok daha önemli hale gelmiştir. Ancak her üç yargı sistemi de ister mevzuata ister içtihata dayandırılınsın aslında birçok konuda benzer yaklaşım sergilemektedir. Örneğin; ABD mevzuatlarında diğer iki yargı sisteminde olduğu gibi bir muafiyet sistemi olmamasına karşın, aslında lisans anlaşmaları için bir “güvenli bölge” çizmiş ve dolaylı yoldan da olsa bu sistemi işletmektedir. Her üç yargı sistemi de lisans anlaşmaları için “güvenli bölge” oluşturmakta, belirli şartları sağlamaları durumundalisans anlaşmalarını güvenli bölgeye almaktadır. Aynı şekilde bu yargı sistemlerinin tümünde lisans anlaşmasının güvenli bölgeye girmesinin belirli kıstasları bulunmaktadır. Bunlar;

incelemeye konu teknoloji transferi anlaşmasının taraflarının, ilgili pazar payları toplamalarının belirli bir oranı geçip geçmemesi ve kesin yasak kapsamında kısıtlamalar içerip içermemesidir. Ancak detaylarda farklılıklar vardır. Örneğin, pazar payı eşiklerine ilişkin oranlar yargı sistemlerinde farklılık göstermektedir. ABD yargı sisteminde güvenli bölgeye girebilmenin ilk şartı olan pazar payı eşiği tarafların toplam ilgili ürün pazarının %20'si olarak belirlenmiştir. AB'de ise bu oran rakip taraflar için %20; rakip olmayan taraflar için ise %30 olarak belirlenmiştir. Türkiye'de de pazar payı eşiklerinde rakip olan ve rakip olmayan ayrımına gidilmiş ve eşikler sırasıyla %30 ve %40 olarak belirlenmiştir. Pazar payı eşikleri konusunda en katı tutum ABD yargı sisteminde. Bunun sebebi ABD'nin tekelleşmeleri ortadan kaldırmaya yönelik temel motivasyonu olabilir. Ayrıca Türk Rekabet Hukuku'nun ise diğer iki büyük yargı sistemine kıyasla daha esnek bir tutum sergileyerek daha fazla anlaşmayı güvenli bölgeye yani muafiyet kapsamına almaya çalıştığını söylemek mümkündür. Tüm yargı sistemlerinde pazar payı eşikleri ilgili pazarlar için belirlenmektedir.

Güvenli bölgeye girebilmenin diğer önemli şartı teknoloji transferi anlaşmalarında kesin yasak ("per se yasak") olarak değerlendirilen kısıtlamaların olmamasıdır. Fiyat sabitleme, rakipler arasında pazar paylaşımı ve müşteri tahsisi, grup boykotları ya da bazı bağlama anlaşmaları genel olarak her üç yargı sisteminde de kesin yasaklar arasındadır. Çünkü bu tip hükümler rekabeti çoğunlukla olumsuz etkilemektedir. Bazı kesin yasak hükümlere zaman içinde yargı bloklarında yaklaşım değişebilmiştir. Örneğin yatay fiyat kısıtlamaları tüm yargı sistemlerinde hala "per se yasak" olarak değerlendirilirken, dikey fiyat kısıtlamalarına zaman içinde ABD yargı sistemi daha ılımlı yaklaşmaya başlamıştır.

Teknoloji transferi anlaşmalarına karşı yaklaşım değerlendirildiğinde, genel olarak kesin yasak sınırlamalar olmadığı müddetçe rekabete arttırıcı olarak değerlendirildiği görülmektedir. İlgili yargı sistemlerinde temel amaç tüketicilere fayda sağlamaktır. Her üç sistemi de fikri mülkiyet haklarının taraflara direkt pazar gücü verdiğini düşünmez. Çünkü çoğunlukla günümüz piyasalarında alternatifler çoktur. Bu nedenle bu tip anlaşmalarına "rule of reason" analiziyle yaklaşılır. Bir başka ifadeyle rekabeti arttırıcı faydaları ve rekabeti engelleyici etkileri birlikte değerlendirilerek net etkiye göre karar verilmektedir.

Yargı sistemleri arasında bir takım kısıtlayıcı hükümlere de yaklaşım farklılıkları gözlenmektedir. Örneğin anlaşmaların içerdiği bölgesel

kısıtlamalar, ABD’de nadiren yasa dışı olarak nitelendirilirken, AB’de, bölgesel kısıtlamaların rekabet yasalarını ihlal etme olasılığı daha yüksektir, bunun nedeni ortak bir iç pazar oluşturmak olduğu için pazar entegrasyonuna bir öncelik olarak yaklaşılmasıdır. Ancak zaman içinde AB yargı sisteminde de bu tip kısıtlamalara karşı katı tutum yumuşamıştır. Kısacası, teknoloji transferi anlaşmalarının içerdiği münhasır haklar durum özelinde incelenip karar verilmektedir. Türkiye’de Rekabet Kurulu’nun verdiği kararlara bakıldığında, münhasırlık hükümleri içeren teknoloji transferi anlaşmaları genellikle yasak madde içerisinde değerlendirilerek, bu tip kısıtlayıcı hükümler içermesinden dolayı menfi tespit talepleri reddedilmiş, ancak anlaşmanın özelinde yapılan incelemeler neticesinde muafiyet koşullarından yararlanabilmiştir.

Tüm incelemeler neticesinde genel olarak değerlendirmek gerekirse yargı bloklarının kendi iç dinamikleri ve motivasyon kaynaklarında farklılıklara bağlı olarak detaylarda ve içtihatlarda bazı farklılıklar olmasına karşın, genel anlamda iki yargı bloğunun ve buna bağlı olarak Türk yargı sisteminin teknoloji transferi anlaşmalarına yaklaşımlarının birbirlerine yaklaştığını söylemek mümkündür. İnceleme konusu yargı blokları vaka özelinde inceleme yaparak net etkiye göre karar vermektedir.

Kaynakça

[1] AKIN, Z.: Rekabet Hukuku Bağlamında Devlet Yardımları, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2010.

[2] ANDERMAN, S. D.: The Interface between Intellectual Property Rights and Competition Policy, 2007, ss. 396-397.

[3] Antitrust Standarts of Review: The Per Se, *Rule of reason* and Quick Look Tests”; çevrimiçi, <https://www.businessjustice.com/antitrust-standards-of-review-the-per-se-rule-of-reason-and-quic.html>, Bona Law PC.

[4] APOSTOLOPOULOS, H.: Refusal-to-Deal Cases of IP Rights at the Aftermarket in the US and EU Law: Converging of Both Law Systems through Speaking in the Same Language of Law and Economics”, 2007, 7 *JICL*.

[5] ARI, Z.: Rekabet Hukukunda Danışıklılık Kavramı (Anlaşma, Karar, Uyumlu Eylem) ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2004.

[6] ASLAN, İ. Y.: Rekabet Kurulunun Dikey Anlaşmalar İlişkin Yeni

Grup Muafiyeti Tebliğinin Getirdikleri (Grup Muafiyeti), Ünal Tekinalp'e Armağan, 2, İstanbul, 2003.

[7] ASLAN, İ.Y.: Rekabet Hukuku, Teori-Uygulama-Mevzuat, Ekin Yayıncılık, 5.bs., İstanbul, 2017.

[8] ATEŞ, M.: Son Yapılan Düzenlemeler Işığında AB Rekabet Hukuku, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 2008, 7(2), ss. 47-76.

[9] ATEŞ, M.: Fikri Mülkiyet Koruması ve Rekabet Hukuku, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII. Nisan, Kayseri, 2009.

[10] AYOĞLU, T.: "Marka Hakkının Tüketilmesi", Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001.

[11] BADUR, E.: Türk Rekabet Kurumunda Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşmalar (Uyumlu Eylem ve Kararlar), Rekabet Kurumu, Lisansüstü Tez Serisi, 6(64), Ankara 2001. [Http://Www.Rekabet.Gov.Tr/Dosya/Akademik-Calismalar/6-Pdf](http://Www.Rekabet.Gov.Tr/Dosya/Akademik-Calismalar/6-Pdf)

[12] BALKAN, E.: "Dikey Anlaşmalarda Minimum Fiyat Tespiti ve Leegin Kararı". 2010.

[13] BARNES, I.: Legal Issues And Economic Evidence In Cartel Law, In Cartel And Monopoly In Modern Law International Conference On Restraints Of Competition, June 1961, 2, Karlsruhe, 1961.

[14] BATTERSBY, G.J. and GRIMES W.C.: Devoted to Leaders in The Intellectual Property and Entertainment Community, April 2017, 37 (4)

[15] BAYTEKİN, E.: Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Hakim Durum, Örnek Kararlar Işığında Türk ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Hakim Durum ve Hakim Durum Tespitinde Kullanılan Kriterler, Aralık 2003. <https://www.xing.com/communities/posts/tuerk-ve-avrupa-birliigi-rekabet-hukukunda-hakim-durum-av-ergin-baytekin-1002156291>

[16] BEKCAN, M.: Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin AB Grup Muafiyet Rejiminde Başlıca Değişiklikler ve Türkiye Uygulaması, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7(1), 2016, ss. 185-218.

[17] BOZDAĞ, G.G.: Technology Transfer Block Exemption Regulation (240/96) and Guidelines in Terms of Hard Core and Excluded Restrictions, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVIII, 1, 2014, ss. 79-90.

[18] BRODER, D.: U.S. Antitrust Law and Enforcement: A Practice

Introduction 35, 2010.

[19] CALBOLÌ, I.: “Market Integration and (the Limits of) the First Sale Rule in North American and European Trademark Law”, 51/4 *Santa Clara Law Review*, 2011, ss. 1241-1282.

[20] CAN, B.: Motorlu Taşı Sektöründe Fikri Mülkiyet Hukuku ve Rekabet Hukuku İlişkisi, Gazi Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim dalı, Ticaret Hukuk Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.

[21] ÇERÇİ, O.: Fikri Mülkiyet Haklarında Hakların Tükenmesi İlkesi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İşletme Ana Bilim Dalı, Ticaret Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Şubat 2013.

[22] CZAPRACKA, K.: Intellectual Property and the Limits of Antitrust: A Comparative Study of US and EU Approaches 74, 2009.

[23] DALKIRAN, M.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Açısından Marka Hukukunda Hakkın Tüketilmesi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ekonomi Maliye Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.

[24] DALKIRAN, M.: “Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Açısından Marka Hukukunda Hakkın Tüketilmesi”, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ekonomi Maliye Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s. 85.

[25] DAVID, A. B. & WOLMAN, A. M.: “Intellectual Property and Antitrust: General Principles”, 43 *IDEA*, 2003, 2003, ss. 396-397.

[26] DELBAUM, J.K., HIGNEE, D.: United States: IP & Antitrust Know-How 2018, October 31, Shearman & Sterling LLP, 2018, <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/750422/Patent/IP+Antitrust+KnowHow+2018>

[27] DERİCİOĞLU, M.K.: Fikri Haklar, 2016.

[28] DOBRİN, S., CHOCHĪA, A.: “The Concepts of Trademark Exhaustion and Parallel Imports: A Comparative Analysis between the EU and the USA”, *Baltic Journal of European Studies Tallinn University of Technology*, 6/2 (21), Ekim 2016, ss. 36-40.

[29] DOĞAN, Gülmelahat: “Teknoloji Transfer Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Uygulamaları”, Çankaya Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim dalı, Özel Hukuk Doktora Tezi, Temmuz 2020.

- [30] ELHAUGE, E.: “United States Antitrust Law and Economics”, 2008.
- [31] ESEN, E. (1999-2000). Motorlu Taşıtlar Dağıtım ve Servis Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, *MHB*, 19-20.
- [32] GÖZLÜKAYA Angi, F.: Lisans Sözleşmelerinde Yer Alan Bazı Hükümlere İlişkin Rekabet Uygulaması, *Rekabet Kurumu Dergisi*, 2005, Sayı 3, Temmuz.
- [33] GÖZLÜKAYA, F.: Teknoloji Transferi Sözleşmelerinin Ekonomik ve Hukuki Unsurları, *Rekabet Kurumu*, 5. Dönem Uzmanlık Tezleri.
- [34] GÜLLÜ, E.: Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, TPE Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara, 2014.
- [35] HELVACIOĞLU, A. D. ERASLAN, I. H.: “Dijitalleşen Dünyada Fikri Mülkiyet Haklarının Ülkeler Açısından Küresel Rekabet Avantajı Oluşturmadaki Rolü”, 3. Ulusal Bilgi, Ekonomi ve Yönetim Kongresi, 25-26 Kasım, Eskişehir, 2004, s. 4.
- [36] JENTZ, G. A., MİLLER, R. L., CROSS, F. B., CLARKSON, K. W.: *West’s Business Law, Fourth Edition*, 1997, St. Paul.
- [37] KARABAKIR, K.: Rekabet Hukuku’nda Teşebbüs Birlikleri, *Rekabet Bülteni*, 2, 2000.
- [38] KARAKURT, Y.: Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi İlkesi ve İstisnaları, Başken Üniversitesi, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007.
- [39] KARAMAN, D.: Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşmanın 102 ve Türkiye’nin 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 6. maddeleri Açısından Bağlama Anlaşmaları, *Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2015; (34), ss. 63-73.
- [40] KATARZYNA, Czapracka: “Intellectual Property and the Limits of Antitrust: A Comparative Study of US and EU Approaches”, Edward Elgar Publishing, 2009.
- [41] KHEMANİ, R.S.: *Application of Competition Law: Exemptions and Exceptions*, UNCTAD, New York & Geneva, 2002.
- [42] KILIÇOĞLU, A.M.: “Sınaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar”, Ankara, 2007.
- [43] KOVACIC, William E.: “Competition Policy in the European Union and

the United States: Convergence or Divergence?”, Bates White 5th Annual Antitrust Conference, Washington, 2008.

[44] LÉVÊQUE, F. & SHELANSKI, H.: “Antitrust, Patents and Copyright”. “Sınai Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku İlişkisinin Mukayeseli Hukuk açısından İncelenmesi”, 2005, <http://gulperieldeniz.av.tr/yayinlarimiz/bilisim-hukuku/sinai-mulkiyet-haklari/>, Mayıs 2017.

[45] MCLACHLAN, D. L., SWANN, D.: Competition Policy in the European Community”, London, 1967.

[46] NART, S.: Rekabetin Korunması Kapsamında Fikri ve Sınai Hakların Sınırları, *Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2009, 11(1).

[47] ODMAN BOZTOSUN, N.A.: Fikri Mülkiyet ve Küresel Rekabet, TÜSİAD, Sabancı Üniversitesi Rekabet Forumu, Kasım 2007.

[48] ODMAN BOZTOSUN, N.A.: “Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü”, Perşembe Konferansları 15.

[49] ÖZTAN, F. (2008). “Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku”, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

[50] ÖZTÜRK, Y. M., ERGÜN, Ç.E.: Rekabet Hukukunun Önemi, Çakmak Ortak Avukatlık Bürosu, 9 Temmuz, 2004.

[51] PARLAKYILDIZ, F. M. & GÜVEL, E.A.: Fikri Mülkiyet Hakları ve Bu Hakları Korumanın Ekonomik Önemi, *Niğde Üniversitesi, İİBF Dergisi*, Ekim 2015, 8(4), ss. 29-39.

[52] RIGBY, B.: Beware of patent exhaustion-contrasts between EU and US, july 2017, <https://inspiredthinking.dehns.com/post/102eadz/beware-of-patent-exhaustion-contrasts-between-eu-and-us>

[53] ROBERTI, J., MOEN, K. STEENHOLDT, J.: The Role and Relevance of Exemptions and Immunities in US Antitrust Law, çevrimiçi, 2011, <https://www.justice.gov/atr/page/file/1042806/download>.

[54] SANDEEN, S.K.: Intellectual Property Deskbook for the Business Lawyer: A Transactions-based Guide to Intellectual Property Law, 2009, 2d ed.

[55] SCHINDLER, G.: “Wagging the Dog? Reconsidering Antitrust-based Regulation of IP-Licensing”, 12 Marq.Intell. Propr. L. Rev. 49, 2008.

[56] SCORDAMAGLIA-TOUSIS, A.: New De Minimis Communication: ‘De Minimis’ And ‘By Object’ Restrictions of Competition Law”, *Journal Of Competition Law & Practice Current Intelligence*, 2014, Erişim Tarihi: 03 Ağustos 2016 <http://jeclap.oxfordjournals.org/content/early/2014/10/10/jeclap.lpu092>.

[57] ŞAHİN, M.: ABD Rekabet Hukuku Politikasında Reform Çalışmaları, *Pamukkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi*, 2011, 9, ss. 1-8.

[58] ŞAYLI, Y.: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukukunda Uyumlu Eylem, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Avrupa Toplulukları (Hukuk), Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2005.

[59] Talking Tech: U.S. DOJ and FTC Issues Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, 27 April, 2017, Erişim Tarihi: <https://talkingtech.cliffordchance.com/en/ip/ftc-issues-antitrust-guidelines-for-the-licensing-ip.html>.

[60] TEKİNALP, Ü.:“Fikrî Mülkiyet Hukuku”, 4. bs, İstanbul, 2005.

[61] TEKİNALP, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yayınları, 1. bs. İstanbul, 1999.

[62] TOPÇUOĞLU, M.: Rekabet Hukuku Uygulamasında Teşebbüs Birlikleri, 2001.

[63] ÜNAL, Ç.: Rekabet Hukukunda Tek Taraflı Sömürücü Davranışlar, *Rekabet Dergisi*, 11(4), 2010, ss. 111-164.

[64] VAN, M., DEMİRSÖZ, O.: Rekabet Hukuku ile Fikri Mülkiyet Hukuku İlişkisi, Ağustos 2012.

[65] WARREN, M., MATTHEW, W., ZAFAR, O.: Technology Licensing and Settlements of IP Disputes: Implications of the European Commission’s New Regime, *Journal of European Competition Law & Practice*, 5(6), May, 2014, ss. 364-367.

ULUSLARARASI SÖZLEŞME METİNLERİ KAPSAMINDA: CİDDİ ÖLÇÜDE SINIR AŞAN ÇEVRESEL KİRLİLİĞE NEDEN OLMA YASAĞI ÜZERİNE GELİŞMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ^{1*}

Öğr. Gör. Onur KORU^{2**}

Öz

Çevre hukuku, son yıllarda gelişme göstermiş ve uluslararası boyut kazanmıştır. Ülkelerin sınırlarını aşan çevre kirliliklerinin varlığı, bu gelişmenin sebeplerindedir. Uluslararası çevre hukukunun kaynaklarından birisi, teamüllerdir. Ciddi ölçüde sınır aşan çevresel kirliliğe neden olma yasağı, bu teamüllerden biri ve en önemlisidir. Bu çalışmada, uluslararası çevre hukukunun en önemli teamülü olan bu kuralın geçmişi ve bugünü incelenecektir. Ciddi ölçüde sınır aşan çevresel kirliliğe neden olma yasağı gereği devlet, oluşturduğu çevresel kirlilik sınırlarını aşıp başka bir devlete zarar verdiğinde bu zararı karşılamakla yükümlüdür. Öncesinde, bu zararın oluşmaması için gereken tüm önlemleri almak da devletin yükümlülüklerindedir. Sınır aşan zararlara başlıca; hava kirliliği, su kirliliği, petrol kirliliği ve nükleer faaliyetler sebep olmaktadır. Uluslararası sözleşme metinlerinde ciddi ölçüde sınır aşan kirliliğe neden olma yasağı ile ilgili birçok hüküm yer almaktadır. Bu hükümler tarihsel açıdan incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Çevre Hukuku, Sınır Aşan Zarar, Çevresel Kirlilik, Uluslararası Hukuk, Sınır Aşan Kirlilik.

^{1*} Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.06.2021- Kabul Edildiği Tarih: 17.08.2021

^{2**} İstanbul Gelişim Üniversitesi İstanbul Gelişim Meslek Yüksekokulu Adalet Programı Öğretim Görevlisi, okoru@gelisim.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8943-1031
DOI:10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i2004

Within the Scope of International Convention Texts: Evaluation of Developments on the Prohibition of Causing Serious Transboundary Environmental Pollution

Abstract

Environment law has developed in recent years and gained international dimension. The environmental pollution that crosses the borders of the countries is the reason for this development. One of the sources of international environmental law is customary. Prohibition of causing serious transboundary environmental pollution is one of these practices and most important. In this work, the past and present of this rule, the most important custom of international environmental law, will be examined. Pursuant to the prohibition of causing serious transboundary environmental pollution, the state is obliged to meet the damage when it exceeds the environmental pollution limits it creates and harms another state. It is also the obligation of the state to take all necessary precautions to prevent this harm. Transboundary damages; air pollution, water pollution, oil pollution, and nuclear activities cause it. There are many provisions regarding the prohibition of causing serious transboundary pollution in the texts of international conventions. These provisions will be examined from a historical perspective.

Keywords: *Environmental Law, Transboundary Damage, Environmental Pollution, International Law, Transboundary Pollution.*

Giriş

Bir ülkede meydana gelen ciddi çevre kirlilikleri, günümüzde pek çok dünya devletini ilgilendirir boyutlara ulaşabilmektedir. Dünyada her şey gibi çevre kavramı da küreselleşmiş ve dolayısıyla çevre kirliliği de sınırları aşan bir boyuta ulaşmıştır. Sözgelimi, dünyanın bir bölgesindeki faaliyetler sebebiyle ortaya çıkan asit yağmurları, o bölgeye oldukça uzak bir noktaya ulaşarak tahribatlara yol açabilmektedir. Yine sınıra yakın bölgede kurulan nükleer santral sınırdaş ülkeyi, hatta bazen sınırı olmayan ülkeleri de etkileyebilecek zararlar meydana getirebilmektedir. Çevre sorunlarının sınır tanımayan ve birbirine bağlı sorunlardan oluşan karmaşık özellikleri çoğu kez, yarattıkları olumsuz sonuçların aynı anda hem yerel hem ulusal hem

de uluslararası düzeyde etkili olmasına yol açmaktadır³.

Uluslararası çevre hukukunun kaynaklarından birisi teamül hukukudur. Uluslararası teamül hukuku kurallarından birisi ve en önemlisi, ciddi ölçüde sınır aşan çevresel kirliliğe neden olma yasağıdır. Bu kurala göre devletler, tehlike arz edebilecek faaliyetleri gerçekleştirirken gerekli bütün önlemleri alarak oluşabilecek zararı minimize etmek zorundadır. Devletlerin çevre kirliliğine ve zarara sebebiyet verebilecek bir faaliyetinde önlem alma dışında ayrıca faaliyeti yürütürken de birtakım sorumlulukları vardır. Faaliyeti yürüten devlet, ciddi ölçüde sınır aşan bir çevre kirliliğine neden olmamak için azami dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Örnek vermek gerekirse; denizde petrol taşımacılığı yapan bir devlet, bu faaliyeti sırasında bir kazanın olmaması ve petrol sızıntısının yaşanmaması için her türlü işlemlerinde diğer devletlere karşı sorumluluk altındadır.

Devletlere birtakım yükümlülükler yükleyen bu teamül kuralının gereği olarak pek çok uluslararası sözleşme metninde düzenlemeler yer almaktadır. Çalışmada, öncelikle ciddi ölçüde sınır aşan çevresel kirliliğe neden olma yasağına kısaca değinilecek, daha sonra bu kuralın uluslararası sözleşmelerde ne şekilde yer aldığı üzerinde durulacaktır. Uluslararası sözleşme metinleri tarihsel akış içerisinde başlıklar halinde incelenerek bu teamül kuralının geçmişten günümüze nasıl geliştiği ve gelişmeye devam ettiği tartışılacaktır.

I. Çevre Kavramı ve Çevre Sorunları

Çevre teriminin birçok yönü vardır. Sözelimi bir babanın hafta sonu çocuklarını götürdüğü çocuk parkı, sosyal bir alan olarak çevreyi anlatırken; iki devlet arasında sınır olan bir denizden yararlanma hakkı söz konusu olduğunda ekonomik anlamda çevreden söz edilir.

Son yirmi yılda dünya kamuoyunun gündeminde gün geçtikçe daha fazla ön plana çıkan çevre kavramı, boyutları, kapsadığı alanın sınırlarının genişliği ve bütüncül bir bakış açısını gerektiren niteliği nedeniyle karmaşık bir özellik sergilemektedir⁴. Çevre, insanların içerisinde yaşadığı alanı ifade eder. Kara, deniz ve hava alanlarından oluşmaktadır. Bu alanlar bir devlet sınırları içerisinde olabileceği gibi; aynı kara, deniz veya hava alanının birden fazla devletin ortak kullanımında olması veya bir devletteki çevre alanının kullanımının diğer devletlere etkilerinin olması mümkündür.

³ ALGAN, Nesrin: "Çevre Gerçeğinin Küresel Düzeyde Ele Alınışı", Yeni Türkiye Dergisi, S: 5, 1995, s. 211.

⁴ ALGAN: s. 210.

İnsanların çevreden beklentileri arttıkça çevreye verdikleri zarar da bununla orantılı olarak artmıştır. Çevre, müdahalenin olmaması durumunda kendi kendini sürdürebilecek bir ortamdır. Bu ortamda insan aklı ile yapılan müdahaleler zamanla çevre sorunlarına yol açmış ve hatta çevrenin içinden çıkılamayacak karmaşık bir yapı haline gelmesiyle sonuçlanmıştır.

Çevre kirliliğini “doğanın kendini temizleme gücünün üstünde olan yüklerin çevrede meydana getirdiği birikimler” olarak tanımlamak mümkündür⁵. Berwick’e göre; çevreye verilecek zarar, ekonomik değerdeki kayıp, mal kaybı, kişisel zarar ve ölümleri kapsar; ayrıca çevresel kaygılar göz önüne alındığında söz konusu zarar bu değerlerin ötesine geçer⁶. Çevre, kendisini koruması gereken bir varlık olarak kendisine yönelik olumsuz etkileri zarar kapsamı içerisinde algılar. Buna göre zarar, yukarıda sayılan değerlerden fazlasıdır. Çevreyi tehdit eden her olgu, zarar kapsamı içerisinde değerlendirilebilir. Dolayısıyla çevre kirliliği de çevreyi tehdit eden birçok olgudan doğabilir.

Endüstrinin hızla gelişmesi, bir yandan insanların yaşam düzeyinin yükselmesini ve konforun artmasını sağlamakta, diğer yandan da doğal dengenin giderek bozulmasına ve böylece insan yaşamının olumsuz etkilenmesine neden olmaktadır⁷. Daha çok tüketen ve gittikçe doyumsuz hale gelen insanlar, çevreye ciddi zararlar vermiştir. Endüstri ve teknoloji alanında meydana gelen hızlı gelişmeler, bir yandan insanın doğa üzerindeki tasarruf ve yeteneğini artırıp yaşam düzeyinin yükselmesini sağlarken diğer yandan doğal dengenin giderek bozulması sonucunda tüm canlıları tehdit edecek boyutlara varan hava, su ve toprak kirlenmesine neden olmaktadır⁸. Bu kirlilikler bazen basit düzeyde insan yaşamında etkiler oluştururken bazen de çok ciddi sorunlara yol açıp ülkenin bir bölümünde yaşayan insanlarda ölümlere ve sakat doğumlara sebep olabilmektedir.

Önceleri çevrede meydana gelen bozulma çevre tarafından tamir edilip doğa yeniden eski dengesine gelirken bilim ve teknolojinin hızla ilerlediği 19. yüzyıl sonlarında yaşanan endüstriyel üretim ve kentleşme çevrenin bozulma sürecini hızlandırmış, doğal dengelerin sarsılması ve çevresel

⁵KAYPAK, Şafak: “Çevre Hukukunun Ulusal ve Uluslararası Boyutları”, Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C: 5, S: 10, 2012, s. 209.

⁶BERWICK, Teresa A.: “Resolution on Responsibility and Liability: Responsibility and Liability for Environmental Damage: A Roadmap for International Environmental Regimes”, Georgetown International Environmental Law Review. C: 10, 1998, s. 5.

⁷YILMAZ, İsmet: “Tehlikeli Atıklar ve Sınır Aşan Tehlikeli Atıklarla İlgili Hukuki Düzenlemeler”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009, s. 1.

⁸YILMAZ: s. 2.

kaynakların tahribinin ağır sonuçları kendini göstermeye başlamıştır⁹. 19. yüzyıl sonlarından itibaren çevre artık daha geniş bir kavram olarak ele alınır olmuştur. Çevreye yönelik artan tehditler çevrenin önemini arttırarak çevrenin korunması gerekliliğinin daha fazla hissedilmesine yol açmış ve bu durum, çevrenin en etkin koruma yöntemi olan hukukun kapsamına alınmasıyla sonuçlanmıştır¹⁰.

II. Çevre Sorunlarının Uluslararası Boyut Kazanması

Dünyadaki gelişmelere paralel olarak insanlar, eskiden olduğu gibi evinin önü kadar dar bir alan ile ilgilenmekle kalmayıp tüm dünyadaki çevre sorunlarının etki alanında bulunmak durumunda kalmışlardır. Bununla birlikte çevre kirliliğinin kapsamı da genişlemiş ve uluslararası bir boyut kazanmıştır. Bir devletteki sanayi faaliyetleri ve petrol taşıma gibi faaliyetlerde bir hata olması durumunda o devletin sınırlarını aşan ciddi boyutta kirliliklerle karşı karşıya kalınabilir. Çevre sorunlarının büyüklüğü, karmaşıklığı ve çok boyutluluğu karşısında, ulusal düzeyde yürütülen politikaların tek başına yeterli olmadığı ve çevrenin korunması için uluslararası alanda sıkı bir iş birliğinin zorunlu olduğu anlaşılmıştır¹¹. Çevre sorunlarının küresel boyut kazanması, sorunlara cevap olacak yerel, ulusal, bölgesel kimi düzenlemelerin yetersiz kalması ve bu şekilde global bir eylem ihtiyacının doğması çevrenin diğer alanlarda olduğu gibi uluslararası hukuk disiplini de ele alınması sonucunu beraberinde getirmiştir¹².

Pek çok konudaki ciddi çevre sorunları bir ya da birkaç ülkeyi değil, bütün ülkeleri, insanları ve canlı yaşamını doğrudan ilgilendirmektedir. Bu sınır aşan durumlar, çevre hukukunu ulusal bir alan olmaktan çıkarıp uluslararası bir boyut kazanmasına yol açmıştır. Mesela; fabrika bacasından çıkan dumanın, orman yangınının, volkan patlamasının, okyanuslara boşaltılan atıkların, nükleer tesislerin sadece içerisinde buldukları devletin sınırları içerisinde çevre kirliliği meydana getirip devletin sınır çizgisine geldiğinde çizginin öte tarafına geçmemesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Özellikle 20. yüzyılda teknolojik sürecin ve sanayileşme sürecinin daha da hız kazanması ve buna bağlı hızlı kentleşmenin ve nüfus artışlarının çevre üzerinde yarattığı baskıların çoğu kez geri dönülemez bir şekilde kaynak tahribine yol açtığı ve yaşam çevresinde ciddi sorunlar doğurduğunun

⁹ ALGAN: s. 212.

¹⁰ SÜRMEİİÖĞLU, Derya: "Uluslararası Çevre Hukukunda Sınırşan Zararlar", Y.Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Trabzon 2010, s. 51.

¹¹ GÜNEŞ, Ahmet: Çevre Hukuku, 12 Levha Yayıncılık, 2015, s. 341.

¹² SÜRMEİİÖĞLU: s. 2.

farkına varılması toplumları, başta Batılı ülkeler olmak üzere, çevreleriyle olan ilişkilerini yeni bir bakış açısıyla sorgulamaya itmiştir¹³. Bilim, sanayi ve teknolojiadaki hızlı ilerleyiş, çevre sorunlarını da hızla artırmıştır. Özellikle 1960'lar sonrası çevre sorunları artış hızının tehlikeli boyutlara ulaşması, artık bireysel ve ulusal önlemleri yetersiz durumda bırakmıştır. Böylece dünya kamuoyunun duruma kayıtsız kalması imkânsız hale gelmiştir.

III. Uluslararası Çevre Hukuku ve Teamül Hukuku

Çevre sorunlarının sınır tanımayarak evrensel bir kaygıya neden olması sonucunda çevrenin uluslararası alanda korunmasını sağlayacak uluslararası çevre hukuku ismiyle yeni bir hukuk dalı ortaya çıkmıştır. Uluslararası çevre hukuku ağırlıklı olarak kuruluş yoluyla gelişir ve son derece dinamik çevresel antlaşmalardan meydana gelir¹⁴.

Uluslararası çevre hukukunun doğum yılı için Stockholm Konferansı'nın yapıldığı tarih olan 1972 yılı söylenebilir. Konferans, yaşam ortamının önemini küresel düzeyde göstererek sorunları dünyanın geleceği açısından ayrıntılarıyla irdelemiştir. Dünya ülkelerini harekete getirci etki yaratarak sorunun küresel bir sorun haline geldiğini vurgulamış; konferans ve konferans sonunda kabul edilen deklarasyon, Birleşmiş Milletler'in (BM) ve ülkelerin benimseyerek uygulayacakları stratejilere yol gösterici öneriler getirmiştir. Ayrıca tüm ülkelerin artan nüfus, sanayileşme ve kentleşme gibi gelişmeler karşısında çevrenin korunması ve yaşam ortamının tahrip edilmesi karşısındaki sorumluluklarını belirterek tüm hükümet ve bireyleri, sorunun dünya için önemini görmeye ve benimsetmeye davet etmiştir¹⁵.

Uluslararası teamül hukuku, uluslararası antlaşmaların aksine yalnızca taraf ülkeler için değil, tüm ülkeler için geçerlidir¹⁶. Uluslararası hukukun yazılı olmayan kurallarından olan uluslararası teamülden (örf âdet) söz edebilmek için objektif unsur olarak da adlandırılan maddi unsur ve psikolojik unsur olarak da anılan manevi unsur olmak üzere iki şartın varlığı gereklidir¹⁷. Yani teamül hukuku kuralının oluşması için devletlerin benzer tutum ve davranışlarını tekrarlamaları ve bu davranış kuralının devletler arasında zorunlu olduğu algısının oluşması gerekir. Uluslararası teamüller de tıpkı iç hukuktaki örf ve âdet kuralları gibi yazısız nitelikte, uzun süre

¹³ YAVUZ, Sabri: "Çevre Üzerine Düşünceler", Yeni Türkiye Dergisi, S: 5, 1995, s. 132.

¹⁴ GEHRING, Thomas: Treaty-Making and Treaty Evolution, Oxford Handbook, 2008, s. 468.

¹⁵ SÖNMEZ, Necmi: "Ortak Geleceğimiz Stockholm 1972 – Rio 1992 ve Sonrası", Yeni Türkiye Dergisi, S: 5, 1995, s. 194-195.

¹⁶ GÜNEŞ: s. 365.

¹⁷ GÜNEŞ: s. 365.

tekrarlanmakla meydana gelmiş kurallar olmalarına karşın, onlar gibi yardımcı kaynak değil, uluslararası hukuk bakımından asli kaynaktır.

Uluslararası çevre hukukunda, yaptırımları daha çok hukuki sorumluluk kapsamında olan bazı ilkeler kabul edilmiştir. Bu ilkelerin uluslararası çevre hukukunun birer kuralı haline gelmesi bir anda gerçekleşmemiş, bunlar devletler arasında sürekli uygulanmak suretiyle artık yerleşmiş kurallar haline gelmişlerdir. Çevre hukuku ilkeleri birbirleri ile yakın ilişki içerisinde olduklarından birbirinden bağımsız ele alınmaları mümkün değildir¹⁸. Bu ilkelerden bazılarında çalışmamız kapsamında yer verilecektir.

A. İhtiyatlılık İlkesi

İhtiyatlılık ilkesindeki temel amaç, öngörülemeyen zarar riskinin önüne geçmek, bu sayede çevrenin daha etkin bir şekilde korunmasını sağlamaktır¹⁹. Bu ilkenin ortaya çıkmasında en önemli etken, “bilimsel belirsizlik” ve “karmaşıklık” olgularıdır²⁰. İhtiyatlılık ilkesine göre devlet, faaliyetlerini gerçekleştirirken çevreyi koruma konusunda her önlemi alma zorunluluğu altındadır. Herhangi bir zarar doğması durumunda devletin bu önlem zorunluluğunu yerine getirmediği ortaya çıkarsa, devlet aleyhine uluslararası alanda sorumluluk doğar.

B. Kirleten Öder İlkesi

Kirleten öder ilkesi gereği kirlilik zararının yol açtığı bütün maliyetler, kirleten yani sınır aşan zararı veren ülkeye yüklenir. Kirleten öder ilkesi, gidericilik ve önleyiciliğin sağlanmasında ve çevrenin bu surette korunmasında yardımcı olan ilkedir. İlkede kirletenlerin çevreyi bozucu davranışlardan vazgeçirilmesi amaçlanmıştır²¹. İlke gereği, kirlenmenin önlenmesi amacıyla yapılacak masraflar da yine kirlenmeye sebep olacak faaliyeti gerçekleştiren ülke tarafından karşılanmalıdır²². Bu sayede kirliliğin yol açtığı zarardan doğan sorumluluk, gerçek sahiplerine dağıtılmaktadır²³.

C. İyi Komşuluk İlkesi

İyi komşuluk ilkesi, 1945 tarihli BM Anlaşması²⁴nda yer almaktadır.

¹⁸ TURGUT, Nükhet: Çevre Hukuku, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 1998, s. 183.

¹⁹ SÜRMEİİOĞLU: s. 85.

²⁰ TURGUT: s. 307.

²¹ SÜRMEİİOĞLU: s. 87.

²² YOKUŞ SEVÜK, Handan: Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 19.

²³ TURGUT: s. 195.

²⁴ Birleşmiş Milletler Anlaşması (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01).

Bu ilkede; “*BM üyeleri anavatan topraklarındaki politikaları kadar, bu bölümün konusunu oluşturan bölgelerdeki politikaların da dünyanın geri kalan kesiminin çıkarları ve refahı göz önünde tutulmak koşuluyla, sosyal, ekonomik ve ticari alanlarda iyi komşuluk genel ilkesine dayanması gerektiği konusunda da anlaşmaya varmışlardır*” ifadesine yer verilmiştir²⁵. Ülke gereği, devletler tüm faaliyetlerini gerçekleştirirken, dünyada yalnız olmadıklarının bilinciyle hareket edecek ve iyi komşu olmanın gerektirdiği şekilde bu faaliyetlerini gerçekleştirecektir. Ülkenin çalışmanın konusuyla ilgili olan kısmı ise ülkelerin sınırı aşan kirliliğe sebep olma ihtimalinin olduğu faaliyetlerini gerçekleştirirken komşu ülkelerin zarar görmemesi için dikkatli ve sorumlu davranması gerekmesi durumudur. Ciddi ölçüde sınır aşan çevresel kirlilik yasağının çıkış noktası esasen iyi komşuluk ilkesidir.

D. Ciddi Ölçüde Sınır Aşan Çevresel Kirliliğe Neden Olma Yasağı

Ciddi ölçüde sınır aşan çevresel kirliliğe neden olma yasağı genel olarak, devletlerin kendi topraklarında sınır aşan çevresel zararlara neden olabilecek faaliyetleri yürütmekten ve bunlara onay vermekten kaçınmasını öngörmektedir²⁶. Bu kural, devletlerin kendi topraklarını başka ülkelerde veya devletlerin hakimiyet alanları dışındaki bölgelerde ciddi çevresel zararlara sebebiyet verecek tarzda kullanılmasına engel olmayı amaçlamaktadır²⁷.

IV. Sınır Aşan Zararlar

Birbirine bağlı olan dünyamızda suni sınırların oluşu, çevresel kirliliklerin sınır aşmasını engelleyememektedir. Uluslararası çevre hukukunun cevap aradığı önemli bir çevresel sorun da birçok devlet arasında uyumsuzluğa, kimi zaman küresel kaygılara sebebiyet veren ve bu yönüyle çözüm bulunması zorunlu konulardan biri olan sınır aşan zararlardır²⁸. Sınır aşan zararlar, bir ülkede gerçekleşen fakat başka ülkede olumsuz sonuç doğuran çok çeşitli faaliyetleri kapsar. Sınır aşan zarar kavramını Xangin: “*bir ülke tarafından ya da bir ülke toprağında gerçekleşen endüstriyel, tarımsal ve teknik faaliyetlerin yol açtığı çevresel zararlar, can ve mal kaybı, fiziksel zarar gibi çevresel tahribatların o ülkeyle sınırlı kalmayıp*

pdf, Erişim Tarihi: 21.06.2021)

²⁵ Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 74.

²⁶ GÜNEŞ: s. 368.

²⁷ GÜNEŞ: s. 368.

²⁸ SÜRMEİOĞLU: s. 48.

başka ülke topraklarını ya da ulusal yetki ve kontrolün dışında kalan ortak diğer deyişle uluslararası alanları olumsuz etkileyen çevresel zararlar” şeklinde tanımlamıştır²⁹.

Eski çağlarda ulusal sınırlar içerisinde kalan kirlilik, zamanla sınırdaş ülkeler arasında ve hatta küresel boyutta çevre sorunlarının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir³⁰. Birbirine bağlı bir dünyada, Afrika, Güney Amerika ve Güneydoğu Asya’da meydana gelen orman yangını, küresel iklim dinamiklerini ve adı geçen bölgelerde olduğu kadar diğer bölgelerdeki çevresel sistemin sürekliliğini etkilemektedir. Okyanuslara boşaltılan atıklar, ulusal, suni sınırlara bakmaksızın kıyı sistemlerini ve deniz kaynaklarını tehdit etmekte; kaynakların aşırı kullanımı ve kaynakların kullanımına ilişkin oluşturulan tesislerden dolayı Kuzey Kutup bölgelerinde meydana gelen kirlilik sınırlarını Avrupa ve Asya’ya kadar genişletmektedir. Kirli ürünler, zehirli kimyasallar gibi zararlı atıkların ulusal sınırları aşan hareketi, çevre ve insan sağlığı yönetimi sorunlarına yönelik yeterli denetim sistemleri bulunmayan ülkeleri olumsuz etkilemektedir³¹. Çeşitli şekillerde ortaya çıkan ve uluslararası çevre hukuku açısından önem arz eden sınır aşan zararlar ve buna ilişkin diğer sorunlar, günümüzde birtakım uluslararası çevre düzenlemelerinde yerini almış, konuya ilişkin devletlere birtakım uluslararası sorumluluklar yüklenmiştir³².

Sınır aşan zarar, farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Devletler arasındaki sınırlar genellikle sun’i olduğundan su ve hava kaynaklı kirliliklerin meydana getirdiği zarar, devlet sınırlarını aşabilmektedir. Bir ülkenin sebep olduğu çevresel zarar yalnızca o ülke alanıyla sınırlı kalmamakta, birden fazla devleti hatta tüm insanlığı olumsuz etkileyerek sınırının çok ötesine geçmektedir. Bunun en bilinen ve en acı örneği Çernobil felaketidir. 26 Nisan 1986’da Ukrayna’nın başkenti Kiev’deki Çernobil Nükleer Santrali’nde meydana gelen patlama sonucu atmosfere büyük oranda radyasyon yayılmış ve çevreye yayılan radyasyon sadece olayın meydana geldiği Sovyetler Birliği’nde değil, başta İskandinav ülkeleri olmak üzere Batı Avrupa’da hissedilmiştir³³.

²⁹ XANQIN, Xue: *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Pres, 2003, s. 14.

³⁰ TURGUT: s. 351.

³¹ INYANG, Hilary: “Emergence of Transboundary Environmental Problems”, *Journal of Environmental Engineering*, 1999, s. 995.

³² SÜRMELOĞLU: s. 50.

³³ KARA, Pelin Özcan / GÜNAY, Emel Ceylan: “Çernobil Kazası ve Etkileri”, *Lokman Hekim Journal*, 3(2), 2013, s. 32-33.

V. Ciddi Ölçüde Sınır Aşan Çevresel Kirliliğe Neden Olma Yasağının Tarihsel Seyri

Devletlerin daha çok teknolojik alanlarda birtakım faaliyetleri sonucu ciddi ölçüde sınır aşan zararlar meydana gelebilmektedir. Bu zararlar; hava kirliliği, su kirliliği, petrol kirliliği ve nükleer faaliyetler şeklinde sınıflandırılabilir. Bu dört kirlilik türü ile de alakalı farklı tarihlerde çeşitli uluslararası sözleşmeler imzalanmıştır.

Çalışmanın bu bölümünde çevrenin korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmeler tarihsel olarak sıralanacak, ciddi ölçüde sınır aşan çevresel kirliliğe neden olma yasağının gelişimi bu uluslararası sözleşme metinleri kapsamında incelenecektir.

A. Denizlerde Petrol Kirliliğinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme³⁴ – 1954

Birçok devlet arasındaki sınırı deniz ve okyanus gibi sular oluşturmaktadır. Bu sular devletlerin arasını kesin bir çizgiyle çizmemekte, bunların büyük bir kısmı iki devlet arasında ortak kullanılan alanlar olarak varlık göstermektedir. Bu sebeple suyun bir tarafındaki devletin yaptığı faaliyet, öte taraftaki devlete olumsuz yansiyabiliyorken, bu devletlerin ortak sularda gerçekleştirdiği taşıma vesaire faaliyetlerle de söz konusu zararlar yaşanabilmektedir.

Su kirliliği sorununa ilk olarak, devletler arasında çözümler aranmıştır. Fransa ile İspanya arasındaki Lanoux gölü hakem mahkemesi kararı bu konudaki ilk örnektir. Bu davada mahkeme, iki ülkenin ortak kullanımındaki gölün bir ülke tarafından kirletilmesi sonucu diğerinin zarar görmesinin sorumluluğa yol açacağını belirlemiştir.³⁵ ABD ile Meksika arasındaki Colorida Nehri Salirity Davası ve ABD ile Kanada arasındaki Gut Dam Davası'nda da aynı doğrultuda kararlar verilmiştir.

Denizdeki uluslararası sorumluluğa yol açan kirliliklerin önlenmesi için ilk önemli gelişme 1954 tarihli Denizlerde Petrol Kirliliğinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme'dir. Bu sözleşmede 1969 yılında yapılan değişiklik ile gemilerden denizlere petrol boşaltımı yasaklanmıştır.³⁶

³⁴Denizlerde Petrol Kirliliğinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (<http://www.admiraltylawguide.com/conven/oilpol1954.html>, Erişim Tarihi: 24.06.2021)

³⁵TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur: "Lanoux Gölü Hakem Mahkemesi Kararı: Hukukun Kodlaştırılmasında Örnek Olay Olarak Etkisi ve Kararın Özeti", İHFM C. LVI – S. 1-4 (1998), s. 307-310.

³⁶Sözleşme, m. 3: "IV ve V. Maddelerin hükümlerine tabi olarak, Sözleşmenin A Ekinde belirtilen yasaklı bölgelerden herhangi biri içinde, Sözleşmenin uygulandığı bir gemi olan herhangi bir tankerden aşağıdaki tankerlerle ilgili olarak yapılan boşaltma:

(a) yağ;

B. Petrol Kirliliği Kazalarına Açık Denizlerde Müdahale Edilmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme³⁷ – 1969

Denizde özellikle petrol taşımacılığı sırasında meydana gelen çeşitli kazalar sonucu yalnızca kıyı devletlerinin doğal çevre ve yaban hayatı değil, açık denizler gibi diğer alanlar da olumsuz etkilenmektedir³⁸. Bu durum öyle ciddi bir boyuta ulaşmıştır ki, denizdeki petrol oranı artık ölçülebilir seviyeye gelmiştir. Petrol kirliliğinin sebebi yalnızca kazalar değildir. Pek çok gemide iradî olarak petrol kirliliğine sebebiyet verilmekte ve çoğu zaman bu kirlilik sınır aşan boyutlara ulaşabilmektedir. İradî kirliliğin başlıca sebeplerini ise tankerlerdeki safra suyunun boşaltılması ve tankların yıkanarak petrol artıklarının suya salınması oluşturmaktadır³⁹. Bu yolla suya karışan petrol, suya karıştığı bölgenin çok uzaklarına da ulaşarak kirliliğe sebep olmaktadır.

1969 tarihli Petrol Kirliliği Kazalarına Açık Denizlerde Müdahale Edilmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme’de taraf devletlere kıyı şeridine yönelik kirlenme tehlikesi veya tehdidinin varlığı halinde kirliliği önleme imkânı verilmiştir. Taraf devletler, bu amaçla açık denizlere müdahalede bulunabilecektir. Bu surette de kazanın yol açtığı sınır aşan zararın artmasının önüne geçilmesi için devletlere yetki verilmiş olmaktadır.

C. Stockholm Deklarasyonu⁴⁰ – 1972

Stockholm Deklarasyonu’nda, devletlerin her ne kadar kendi çevre politikalarını belirleme hakları olsa da aynı zamanda diğer devletlerin alanlarına zarar vermemek sorumluluğunu taşıyacakları ilkesi getirilmiştir⁴¹. Bu ilke doğrudan ciddi ölçüde sınır aşan çevresel kirliliğe neden olma yasağına vurgu yapmaktadır. Yine deklarasyonun 22. ilkesinde bu

(b) deniz yüzeyini kirlüten herhangi bir yağlı karışım, yasaklanacaktır.

Bu paragrafın amaçları için, karışımın 1.000.000 kısmında 100 kısım petrolden daha az yağlı bir karışımdaki yağın deniz yüzeyini kirlittiği kabul edilmeyecektir.”

³⁷ Petrol Kirliliği Kazalarına Açık Denizlerde Müdahale Edilmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (<https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/formidable/18/1969-International-Convention-relating-to-Intervention-on-the-High-Seas-in-Cases-of-Oil-Pollution-Casualties-1.pdf>, Erişim Tarihi: 22.06.2021)

³⁸XANQIN: s. 24-25.

³⁹ ABDULLAHZADE: s. 696.

⁴⁰ Stockholm Deklarasyonu (<https://hukukbook.com/birlesmis-milletler-insan-cevresi-konferansi-stockholm-deklarasyonu>, Erişim Tarihi: 10.06.2021)

⁴¹ Deklarasyon, m. 21: “Ülkeler, Birleşmiş Milletler kuralları ve uluslararası hukuk prensiplerine göre, kendi kaynaklarını kendi çevre politikalarına uygun olarak kullanma hakkına sahiptirler. Aynı zamanda kendi iç hukukları ve kontrollerindeki faaliyetlerin çevreye ve diğer ülkelere veya ulusal hükümlerle sınırları dışındaki alanlara zarar vermemesi konusunda sorumlulukları vardır.”

sorumluluğun ve tazminatın hukuki altyapısının oluşturulması için⁴², 24. ilkesinde ise bu konuda ikili ve çoklu uluslararası anlaşmalar yapılması için⁴³ devletlere ödevler yüklenmiştir.

Ç. Atıkların ve Diğer Maddelerin Denize Boşaltılması Yoluyla Deniz Kirliliğinin Önlenmesi Hakkında Sözleşme⁴⁴ – 1972

Sözleşmeye göre, önceden izin alınması veya sözleşme hükümlerince serbesti getirilmesi durumları hariç olmak üzere gemilerden denize madde boşaltılması yasaklanmıştır⁴⁵. Sözleşmede, bu amaçla pek çok önlem gereklilikleri düzenlenmiştir. Buna göre, bölgesel ortak çıkarları olan taraf devletler, birlikte hareket ederek ortak bölgelerde kirlenmenin önlenmesi için çalışacaklardır⁴⁶. Sözleşmenin bu hali ile sınır aşan zararların önlenmesi için taraf devletlere sorumluluk yüklediği açıktır. Zira, ortak deniz alanlarında meydana gelebilecek kirlilik için, o alana etki edebilecek tüm devletler için birtakım ödevler bulunmaktadır.

D. Gemilerden Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme⁴⁷ (MARPOL 73/78)

1978 yılındaki protokolle yürürlüğe giren 1973 tarihli Gemilerden Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 4'te, sözleşmeye aykırı olarak deniz kirliliğine sebep olan hareketin ya

⁴² Deklarasyon, m. 22: “Devletler, uluslararası hukukun, çevre zararlarının kurbanları ile ilgili borç ve tazminat maddelerini daha da genişletecek kendi hükümlerlik alanları içindeki diğer çevre bozulmaları veya kendi hükümlerlik hakları dışındaki kontroller için iş birliği yapacaktır.”

⁴³ Deklarasyon, m. 24: “Çevrenin iyileştirilmesi ve korunması ile ilgili uluslararası konular, iş birliği ruhu ile, büyük küçük bütün ülkelerce eşit olarak ele alınmalıdır. Çok taraflı veya iki taraflı anlaşmalarla veya diğer uygun yöntemlerle iş birliği bütün ülkelerin egemenlik ve çıkarlarını dikkate alarak her alanda istenmeyen çevresel etkilerin etkin kontrolünün önlenmesi, azaltılması, ortadan kaldırılması için şarttır.”

⁴⁴ Atıkların ve Diğer Maddelerin Denize Boşaltılması Yoluyla Deniz Kirliliğinin Önlenmesi Hakkında Sözleşme (<http://www.avrupadenizcilikkursu.com/deniz-kirlenmesinin-onlenmesi-hakkinda-sozlesme-1972/icerik/146>, Erişim Tarihi: 24.06.2021)

⁴⁵ KAYA, İslam Safa: “Gemi Kaynaklı Deniz Kirliliğini Önleme Amaçlı Sözleşmelerin Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *International Journal of Social Sciences and Education Research*, C: 2, S: 4, 2016, s. 1312.

⁴⁶ Sözleşme, m. 8: “Bu sözleşmenin müteakip amaçları için, belirli bir coğrafi alanda deniz çevresinin korunmasında ortak çıkarları olan taraflar bölgesel özellikleri dikkate alarak özellikle suya batırma yoluyla kirlenmenin önlenmesi için bu sözleşme ile uyumlu olarak bölgesel anlaşmalar yürürlüğe koymaya çalışacaklardır. Bu sözleşmenin tarafları, Örgüt vasıtasıyla kendilerine bildirecek bu bölgesel anlaşmaların hükümleri ve amaçları ile uyumlu faaliyetler yapmaya çalışacaklardır. Taraflar, farklı ilgili sözleşmelere taraflar tarafından izlenen prosedürlerle uyumu geliştirmek için bölgesel anlaşmaların tarafları ile iş birliği arayacaklardır. Bilimsel araştırmalar ve izleme alanlarında iş birliğine özel önem verilecektir.”

⁴⁷ Gemilerden Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20558.pdf>, Erişim Tarihi: 20.06.2021)

taraf devlet ulusal yasalarınca cezalandırılacağı ya da taraf devletin bu aykırı hareket hakkında bilgi vereceği hüküm altına alınmıştır. Sözleşme m. 12’de ise kirliliğe sebep olabilecek derecedeki kazaların taraf devletlerce inceleme ve soruşturmaya tabi tutulabileceği düzenlenmiştir. Sözleşmede ayrıca, sınır aşan zararların önlenmesi amacıyla hangi önlemlerin alınması gerektiği, teknik detayları ile birlikte düzenlenmiştir.

E. Akdeniz’in Deniz Ortamı ve Kıyı Bölgesinin Korunması Sözleşmesi⁴⁸ – 1976

Barselona’da imzalanan sözleşmeye göre taraf devletler, gemi ve uçakların boşaltım ve yakmadan kaynaklı kirliliği⁴⁹, gemi atıklarından kaynaklanan kirliliği⁵⁰, Akdeniz’deki deniz alanlarında inceleme ve kullanılmadan kaynaklanan kirliliği⁵¹, kara kökenli kaynakların yol açtığı kirliliği⁵² engellemek ve ortadan kaldırmak için gerekli her türlü tedbiri almak zorundadır. Sözleşme ayrıca taraf devletlere, kirlilikle ilgili acil bir durum ortaya çıktığında birlikte müdahale etmek amacıyla iş birliği yapma zorunluluğu getirmiştir⁵³.

Kirliliğin önlenmesi için taraf devletlere bazı sorumluluklar yükleyen bu sözleşmenin asıl dikkat çeken tarafı ise, bahsedilen kirliliklerin sınır aşan zarara sebebiyet vermesi durumunda devletlere yüklediği yükümlülüklerdir.

⁴⁸ Akdeniz’in Deniz Ortamı ve Kıyı Bölgesinin Korunması Sözleşmesi (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/08/20020822.htm#1>, Erişim Tarihi: 10.06.2021)

⁴⁹ Sözleşme, m. 5: “*Akit Taraflar Akdeniz Alanı’nın gemilerden ve uçaklardan boşaltım veya denizde yakmadan kaynaklanan kirliliğini önlemek, azaltmak ve mümkün olan en üst düzeyde ortadan kaldırmak için tüm uygun önlemleri alacaklardır.*”

⁵⁰ Sözleşme, m. 6: “*Akit Taraflar, Akdeniz Alanı’nın gemi atıklarından kaynaklanan kirliliğini önlemek, bu kirlilikle mücadele etmek ve bu kirliliği mümkün olan en üst düzeyde ortadan kaldırmak için ve bu tür kirliliğin kontrolüyle ilgili olarak uluslararası düzeyde genel olarak kabul edilen kuralların bu alanda etkin biçimde uygulanmasını güvence altına almak için, uluslararası hukuka uygun olan tüm önlemleri alacaklardır.*”

⁵¹ Sözleşme, m. 7: “*Akit Taraflar, Akdeniz Alanı’nın kütahya sahanlığının, deniz yatağının ve altındaki toprağın incelenmesi ve kullanılmasından kaynaklanan kirliliğini önlemek, azaltmak, bu kirlilikle mücadele etmek ve bu kirliliği mümkün olan en üst düzeyde ortadan kaldırmak için tüm uygun önlemleri alacaklardır.*”

⁵² Sözleşme, m. 8: “*Taraflar, Akdeniz Sahası’nda kendi sınırları içinde bulunan alanlardan ırmaklar aracılığıyla dökülen, kıyılarda bulunan kuruluşlar veya mahreçler yoluyla veya karada bulunan herhangi bir kaynaktan dışarıya akan kirliliği önleme, azaltma ve kirlenmeyle mücadele etme konularında bütün uygun tedbirleri alırlar. Bu önlemler,*

a) Tarafların ülkeleri içindeki kara kökenli kaynakların yol açtığı ve- Denizin içine boşalan kanallarla doğrudan veya kıyıdan atma yoluyla yapılan, - Irmaklar, kanallar veya yeraltı su yolları dahil diğer su yolları veya su kaçakları yoluyla dolaylı olarak denize ulaşan kirliliğe;

b) atmosfer tarafından taşınan kara kökenli kaynakların yol açtığı kirliliğe uygulanacaktır.”

⁵³ Sözleşme, m. 9: “*1. Taraflar, Akdeniz Sahası içinde kirlenme sonucu meydana gelebilecek fevkalâde hâllerde, tehlikenin sebebi ne olursa olsun, gerekli tedbirlerin alınması ve bu durum sonucu ortaya çıkan zararın hafifletilmesi ve ortadan kaldırılması için iş birliği yaparlar.*

2. Herhangi bir Taraf Devlet, Akdeniz’de kirlenme sonucu bir tehlikenin varlığının farkına varırsa, gecikmeden Teşkilâtın ve Teşkilât vasıtasıyla veya doğrudan doğruya, bu durumdan zarar görmesi muhtemel olan diğer Tarafların dikkatini çeker.”

İlk olarak sözleşme, taraflara bu kirliliklerin önlenmesi için tüm uygun önlemleri alma yükümü yüklemiştir⁵⁴. İkinci olarak ise, bu kirliliğin takibi amacıyla bir kirlilik izleme sistemi kurulması ve bu konuda kurallar meydana getirilmesi için çaba gösterme zorunluluğu getirilmiştir⁵⁵ Son olarak taraf devletlere, meydana gelebilecek zararın tazmini konusunda iş birliği yapma zorunluluğu yüklenmiştir⁵⁶

Sözleşme'nin tarihi dikkate alındığında, sözleşmede kirlilik kavramı ile birlikte sınır ötesi kirlilikten de bahsedilmiş olması dikkat çekicidir. Devletler, hem genel olarak kirliliklerin önlenmesi için hem de sınır aşan kirliliklerin önlenmesi ve meydana gelecek zararların tazmini için iş birliği yapmaya zorunlu tutulmuştur.

F. Uzun Menzilli Sınırlarötesi Hava Kirlenmesi Sözleşmesi⁵⁷ – 1979

Sınır aşan hava kirliliği hakkında devletler arasında ortaya çıkan ilk uyuşmazlık, “Trail-Smelter Davası”dır. “Trail-Smelter Davası”, sonraki davalar ile normlara örnek olması bakımından büyük önemi haizdir. Dava, Kanada'nın Trail şehrinde işletilen çinko ve kurşun fabrikasının yol açtığı hava kirliliği sonucu ortaya çıkmıştır. Hava kirliliği, Kanada sınırını aşarak ABD'nin bir bölgesine ciddi zararlar vermiştir. Uyuşmazlık öncelikle taraflar arasında uzlaşma ile çözülmeye çalışılmış, başarılı olunamayınca sorun, iki ülke arasında kurulması kararlaştırılan karma hakem mahkemesine taşınmıştır. 1941 yılında verdiği kararda mahkeme, söz konusu faaliyetin ilgili düzenlemelere tamamen uygun olmasına rağmen, bu uygunluğa bakmaksızın, doğası gereği tehlikeli olan bu faaliyeti gerçekleştirip zarara yol açan Kanada'nın, ABD'de meydana gelen zararı tazmin etmesi gerektiği

⁵⁴ Sözleşme, m. 11: “Akit Taraflar çevrenin tehlikeli atıkların sınır ötesi hareketleri ve bertaraf edilmesinden kaynaklanabilecek kirliliğini önlemek, azaltmak ve mümkün olan en üst düzeyde ortadan kaldırmak ve bu tür sınır ötesi hareketleri asgari düzeye indirmek ve mümkünse ortadan kaldırmak için tüm uygun önlemleri alacaklardır.”

⁵⁵ Sözleşme, m. 12: “Akit Taraflar yetkisini kabul ettikleri uluslararası organlarla yakın iş birliği halinde, uygun görüldüğü takdirde ikili ve çok taraflı düzeydeki programları da içerecek şekilde, Akdeniz Alanı'nda kirliliğin izlenmesi için tamamlayıcı veya ortak programlar oluşturmaya çalışacaklar ve bu Alan için bir kirlilik izleme sistemi kurulmasını teminen çaba göstereceklerdir.

2. Bu amaçla, Akit Taraflar, ulusal yargı yetki alanlarında kirliliği izlemekten sorumlu yetkili makamları adlandıracaklar ve ulusal yargı yetkisi sınırlarının ötesindeki alanlarda kirliliğin izlenmesi için uygulanması mümkün olabildiği ölçüde uluslararası düzenlemelere katılacaklardır.

3. Akit Taraflar, sözleşmeye kirliliğin izlenmesine yönelik ortak usuller ve standartlar oluşturmak için ihtiyaç duyulabilecek eklerin hazırlanması, kabulü ve bunların yerine getirilmesi için iş birliği yapma yükümlülüğünü kabul ederler.”

⁵⁶ Sözleşme, m. 16: “Akit Taraflar Akdeniz Alanı'nın deniz ortamının kirliliğinden kaynaklanan zarara ilişkin mükellefiyet ve tazminatın belirlenmesi ile ilgili uygun kuralların ve usullerin hazırlanması ve kabulü konusunda iş birliği yapma yükümlülüğünü kabul ederler.”

⁵⁷ Uzun Menzilli Sınırlarötesi Hava Kirlenmesi Sözleşmesi (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc065/kanunmgkc065/kanunkanu06502667.pdf, Erişim Tarihi: 21.05.2021)

kararını vermiştir. Bu arada, Kanada tarafında davanın konusu olan faaliyet devam etmiş ve bu faaliyet mahkeme tarafından yasaklanmamıştır⁵⁸.

Hava kirliliği, 1979 tarihli Uzun Menzilli Sınırlarötesi Hava Kirlenmesi Sözleşmesi'nde; *“İnsanoğlu tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı olarak insan sağlığını tehlikeye sokan canlı kaynaklara ve ekosistemlere ve maddi varlığa zarar verici ve güzelliklerin ve çevrenin diğer yasal kullanımını tehlikeye düşürücü veya bunlara mâni olucu zararlı etkilere sahip maddelerin veya enerjinin havaya dahil edilmesi”* şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁹. Sözleşme'nin amacı, *...sınırlarötesi hava kirliliği dahil, hava kirliliğinin kısa ve uzun dönemde muhtemel ters etkilerinin mevcudiyetini kabul ederek, ... Hava kirleticilerin uzun- menzilli taşınmalarının doğuracağı sonuçların araştırılması ve belirlenen sorunların çözümlenmesi gereğini kabul ederek...”* şeklinde açıklanmıştır⁶⁰. Sözleşmede, tarafların kendi sınırları içerisindeki faaliyetlerde sınırları ötesindeki bölgelere zarar vermeme sorumluluğunda buldukları açıklanmıştır. Bu konuda taraf devletlere ödevler yüklenmiştir^{61 62}.

G. Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi⁶³ – 1982

1982 tarihli BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde deniz çevresinin kirlenmesi kavramı tanımlanmıştır: *“Canlı kaynaklara ve deniz yaşamına zarar verme, insan sağlığı için tehlike oluşturma, balıkçılık ve denizlerin diğer yasal amaçlarla kullanımı da dahil olmak üzere, denizcilik faaliyetlerini engelleme, deniz suyunun niteliğini değiştirme ve güzellikleri bozma gibi zararlı etkileri olan veya olabilecek maddelerin veya enerjinin, insan tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, haliçler de dahil olmak üzere, deniz çevresine dahil edilmesi.”*

Sözleşme m. 39'da *“Gemilerin sebep olduğu kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrol altına alınması ile ilgili olarak genellikle kabul edilmiş*

⁵⁸ BRATSPIES, Rebecca M. / MILLER, Russell A.: Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration, Cambridge, 2006, s. 309-312.

⁵⁹ Sözleşme, m. 1.

⁶⁰ Sözleşme, giriş metni.

⁶¹ Sözleşme, m. 4: *“Âkit Taraflar, ters etkileri olabilen hava kirleticilerin neşri ile mümkün olan ölçüde savaşmaya yönelik böylece uzun- menzilli sınırlarötesi hava kirliliği dahil hava kirliliğinin azaltılmasına katkıda bulunan politikaları, bilimsel araştırmaları ve teknik önlemleri hakkında bilgi değişiminde bulunacak ve bunları gözden geçireceklerdir.”*

⁶² Sözleşme, m. 5: *“Bir tarafta, uzun- menzilli hava kirliliğinden gerçekten etkilenen veya bunun önemli ölçüdeki tehlikesine maruz kalan Âkit Taraflar, diğer tarafta, kendi ülkesinde yürütülen veya düşünülen faaliyetlerle ilgili olarak uzun- menzilli hava kirliliğinin ortaya çıkmasına veya çıkabilmesine kendi yetki alanı içinde ve buna bağlı olarak önemli ölçüde katkıda bulunan Âkit Taraflar arasında erken bir aşamada istişareler yapılacaktır.”*

⁶³ Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (<https://denizmevzuat.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararası-sozlesmeler/denizhukuku.pdf>, Erişim Tarihi: 09.05.2021)

uluslararası kurallara, usullere ve uygulamalara, uygun davranacakları” hüküm altına alınmıştır.

Sözleşme m. 194, sınır aşan kirliliklere karşı devletleri ortak sorumluluk altına sokan en önemli hükümdür. Bu madde ile devletlere kendi kontrolleri altındaki bölgelerde kirliliği önleyerek bu kirliliğin sınır aşan boyutlara ulaşmasını engelleme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen ve gereken tedbirleri almayan devletin uluslararası hukuk anlamında sorumluluğuna gidileceği söylenebilir.

H. Nükleer Kazaların Erken Bildirimi Sözleşmesi⁶⁴ – 1986

Nükleer zarara sebep olabilecek faaliyetler, açıkta yapılan nükleer denemeler, nükleer santraller, nükleer gemiler ve nükleer maddelerin taşınması sırasındaki sızıntılar ve kazalar ile atılan radyoaktif atıklardır⁶⁵. Savaş halindeki devletlerin kullanacağı nükleer silahların yol açabileceği özellikle radyoaktif kirlenme ve nükleer patlamalar sınır tanımayarak yalnızca savaşın cereyan ettiği alanı değil tarafsız devletlere de zarar verebilmektedir⁶⁶.

Askerî amaçla yapılan nükleer faaliyetlerde meydana gelen zararlar dışında, barışçıl amaçla gerçekleştirilen faaliyetlerde de söz konusu zararlar oluşabilmektedir. Bunun en bilinen örneği Çernobil felaketidir. Nükleer santrale sahip ülkelerin tamamında kirlenme sorunu yaşanmakta ve bu sorunların büyük bir kısmını nükleer atıklar oluşturmaktadır⁶⁷. Sayıları özellikle belli ülkelerde oldukça fazla olan nükleer santraller, dünya için büyük tehdit olarak algılanmaktadır. Nükleer santral bakımından zengin ülkeler, bir yandan kendi topraklarındaki nükleer santrallerin sayısını gittikçe arttırırken, bir yandan da enerji vesaire konularda kendisine bağımlı olmasını istedikleri ülkelerde nükleer santral kurulmaması için kamuoyu oluşturma çabalarına girmektedirler.

Sınır aşan nükleer faaliyetler konusunda örnek olarak gösterilebilecek olan Fransa nükleer deneme davaları, Fransa'nın, Güney Pasifik Okyanusu'nda yaptığı nükleer denemeler sebebiyle Yeni Zelanda ve Avustralya'nın Fransa'ya karşı açtığı davalardır. Bu davalar, Fransa'nın bölgede 1973'ten itibaren artık nükleer denemeler yapmamayı taahhüt etmesi sebebiyle

⁶⁴ Nükleer Kazaların Erken Bildirimi Sözleşmesi (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc073/kanuntbmmc073/kanuntbmmc07303610.pdf, Erişim Tarihi: 24.06.2021)

⁶⁵ PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2005, s. 310.

⁶⁶ TÖTÜNCÜ, Ayşe Nur: “Nükleer Silahların Kullanımının Yasaklanması Sorunu”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 4(2), 2004, s. 18.

⁶⁷ YILMAZ: s. 33.

reddedilmiştir. Dava reddedilmiş olsa da mahkeme, verdiği kararda ihtiyat ilkesi ile ciddi ölçüde sınır aşan zararlara değinmiş ve verdiği ret kararının, devletin bu yükümlülüklerini kaldırmayacağını ifade etmiştir.

Mox Plant davası, İngiltere'nin, İrlanda Denizi'nin doğu sahillerinde inşa ettiği nükleer yakıt üretim tesisine ilişkindir. 1997 yılından itibaren tesisin işletilmesine karşı çıkan İrlanda, tesise onay verilmesinden sonra, kendisi için ekonomik açıdan büyük öneme sahip İrlanda Denizi'ne doğrudan ya da dolaylı olarak karışacak nükleer atıklara ilişkin iddialarını uluslararası toplumun ve uluslararası yargının önüne getirmiştir⁶⁸. 2001 yılında İrlanda, konuyu uluslararası yargıya taşımıştır. İrlanda ihtiyatlılık ilkesinin uluslararası örf âdet hukuku kuralı oluşturduğunu ileri sürerek Mox tesisinin kurulmasına onay veren ve böylece söz konusu tesisin zararlı etkileri konusunda bilimsel belirsizlik ışığında, oradaki faaliyetlerden kaynaklı radyoaktiflerin taşınmasına neden olan İngiltere'nin söz konusu ilkeyi ihlal ettiğini savunmuştur⁶⁹. Taraflar arasında 2003 yılında hakemlik süreci başlamıştır. Davada zararı kanıtlaması gereken tarafın İrlanda olduğu belirlenmiştir. Dava, İrlanda'nın söz konusu zararı kanıtlamadığı gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Yine de Mox Plant davası, nükleer faaliyetten doğan sınır aşan zararın tazmin edilebileceğini göstermesi bakımından büyük önem taşımaktadır⁷⁰.

Hem askerî hem barışçıl amaçla gerçekleştirilen nükleer faaliyetlerin zararını engellemek amacıyla 1986 tarihli Nükleer Kazaların Erken Bildirimi Sözleşmesi düzenlenmiş ve devletlere bu konuda bazı sorumluluklar yüklenmiştir. Sözleşmenin amacı, "...sınırlarötesi radyolojik sonuçlarının en aza indirilmesi için devletlerin nükleer kazalara ilişkin bilgileri mümkün olan en kısa zaman içinde vermesi gerektiğine inanarak..." şeklinde ifade edilmiştir⁷¹. Sözleşmede taraf devletlere nükleer kazanın zaman geçirmeksizin bildirilmesi yükümü yüklenmiştir⁷². Böylece, sınır aşan

⁶⁸ FORSTER, Malcolm: "The Mox Plant Case – Provisional Measures in The International Tribunal for The Law of The Sea", Leiden Journal of International Law, 16 (3), 2003, s. 612-613.

⁶⁹ SÜRMEİÖĞLU: s. 120.

⁷⁰ SHANY, Yuval: "The First Mox Plant Award: The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures", Leiden Journal Of International Law, 17, 2004, s. 815-817.

⁷¹ Sözleşme, giriş kısmı.

⁷² Sözleşme, m. 2: "Birinci maddede belirtilen bir kazanın olması halinde (bundan sonra "nükleer kaza" olarak zikredilecektir) aynı maddede zikredilen Taraf Devlet:

(a) nükleer kaza mahiyeti, vukubulduğu zamanı ve uygun görüldüğü hallerde tam yerini doğrudan veya Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (bundan sonra "Ajans" olarak zikredilecektir) kanalıyla birinci maddede belirtildiği gibi fiziksel olarak etkilenmiş veya etkilenebilecek devletlere ve Ajansa derhal bildirecek ve

(b) ajansa ve paragraf (a) da zikredilen devletlere bu ülkelerdeki radyolojik sonuçların en aza indirilmesine ilişkin 5. maddede tanımlanan bilgilerden temin edebildiklerini derhal doğrudan veya Ajans kanalıyla, iletacaktır."

zarara sebebiyet verebilecek kazanın etkileri en aza indirilmek istenmiştir. Taraf devletlerin kaza ile ilgili hangi bilgileri vermeleri gerektiği ile ilgili Sözleşme m. 5 incelendiğinde, bildirim sınır aşan zararı önlemek amacıyla yapılmakta olduğu anlaşılacaktır⁷³.

I. Nükleer Kaza ve Radyoaktif Acil Hallerde Yardımlaşma Sözleşmesi⁷⁴ – 1986

Sözleşmede devletlere, faaliyetlerde güvenliğin sağlanması ve iş birliği ile hareket edilmesi konusunda sorumluluklar yüklenmiştir. Nükleer bir felaket vukuunda devletlerin birbirlerine yardımcı olacakları öngörülmüştür⁷⁵. Sözleşmede esasen nükleer kazaların sınırlarını genişleterek daha kapsamlı zararlara sebebiyet vermeden önlenmesi amacıyla iş birliği amaçlanmış ve bu amaçla devletlerin birbirlerine yardım etmesi sağlanmak istenilmiştir⁷⁶. Bu surette nükleer kaza ve radyoaktif kirliliğin meydana getirdiği sınır aşan zararın önlenmesi veya en aza indirilmesi sağlanabilecektir.

⁷³Sözleşme, m. 5: “1. İkinci maddenin (b) paragrafı uyarınca temin edilecek bilgiler; bildirim yapan Taraf Devletin o ana kadar temin edebildiği aşağıdaki verileri ihtiva edecektir:

(a) nükleer kazanın ne zaman vukubulduğu; mahiyeti ve uygun görüldüğü hallerde tam yeri;

(b) ilgili tesis veya faaliyet;

(c) kazanın, tahmin veya tespit edilen nedeni ve radyoaktif maddelerin sınırlarötesi yayılımına ilişkin olarak nükleer kazanın tahmini gelişimi;

(d) Radyoaktif salınımın uygun ve elverişli olduğu ölçüde mahiyeti, muhtemel fiziksel ve kimyasal yapısı ve miktarı, terkibi ve etkili salınım yüksekliği de dahil olmak üzere genel özellikleri;

(e) radyoaktif maddelerin sınırlarötesi yayılımının tahmini için gerekli olan meteorolojik ve hidrolojik şartlara ilişkin o sırada geçerli ve tahmini bilgiler;

(f) radyoaktif maddelerin sınırlarötesi yayılımına ilişkin çevresel ölçüm sonuçları,

(g) tesis sahası dışında alınmış veya planlanmış koruyucu tedbirler;

(h) radyoaktif salınımın zamana bağlı tahmini gelişimi.”

⁷⁴ Nükleer Kaza ve Radyoaktif Acil Hallerde Yardımlaşma Sözleşmesi (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbmmc073/kanunbmmc073/kankanuntb07303609.pdf, Erişim Tarihi: 24.06.2021)

⁷⁵Sözleşme, m. 2/1,2: “Eğer Taraf Devletlerden biri, nükleer bir kaza veya radyolojik tehlike durumunda, bu kaza veya acil hal kendi topraklarında, kendi egemenlik veya kontrol alanında olsun veya olmasın, yardıma ihtiyaç duyarsa doğrudan veya Ajans kanalı ile diğer herhangi bir Taraf Devletin ve Ajans’tan veya uygun olan hallerde diğer Uluslararası Hükümetlerarası Kuruluşlardan (bundan sonra “Uluslararası Kuruluşlar” olarak anılacaktır) yardım talebinde bulunabilir.

2. Yardım talep eden Taraf Devlet, istenilen yardımın kapsamını ve türünü belirtecek ve uygulanabilir hallerde, yardım edecek Tarafın yardım talebini ne ölçüde karşılayabileceğine karar vermesinde yardımcı olabilecek bilgileri temin edecektir. Yardım talep eden Taraf Devletin yardımın kapsamını ve türünü belirlemesinin pratikte mümkün olmadığı durumlarda, yardım talep eden ve yardım temin edecek Taraflar, ihtiyaç duyulan yardımın türü ve kapsamı konusunda karşılıklı görüşmeler yoluyla, birlikte karar vereceklerdir.”

⁷⁶ Sözleşme, m.1/1: “Taraf Devletler bir nükleer kaza veya radyolojik acil hal vukuunda, olayın sonuçlarının en aza indirilmesini ve canlıların, eşyanın ve çevrenin radyolojik salınımın etkilerinden korunmasını teminen, derhal yardım sağlanması için, kendi aralarında ve Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (Bundan sonra “Ajans” olarak anılacaktır) ile bu Sözleşmenin hükümleri uyarınca iş birliği yapacaklardır.”

İ. Tehlikeli Atıkların Sınırlar Ötesi Taşınımının ve Bertarafının Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesi⁷⁷ - 1989

Sözleşmede, bir devletin atıklarını ülke sınırları dışına çıkararak bertaraf etmesi esnasında uyulması gerekli kurallar belirlenmiştir⁷⁸. Tehlikeli bir atığın sınırlar aşan taşınımını da ciddi ölçüde sınır aşan zarar olarak isimlendirmek mümkündür. Sözleşme, taraf devletlere tehlikeli atıkların taşınımını konusunda iş birliği yapma zorunluluğu yüklemiştir⁷⁹.

J. Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İş Birliğine İlişkin Sözleşme⁸⁰ – 1990

Petrol kirliliği, 1990 tarihli Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İş Birliği ile İlgili Uluslararası Sözleşme’de “*aynı kökenli olan, petrol akıntısı ile sonuçlanan veya sonuçlanabilecek olan ve deniz çevresi veya kıyılara veya bir veya daha fazla Devletin ilgili çıkarlarına bir tehdit oluşturan veya oluşturabilecek ve acil işlem veya diğer acil müdahaleleri gerektiren olay veya olaylar dizisinin görülmesi*” şeklinde tanımlanmıştır.⁸¹

⁷⁷ Tehlikeli Atıkların Sınırlar Ötesi Taşınımının ve Bertarafının Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesi (https://webdosya.csb.gov.tr/db/kimyasallar/editordosya/Basel_Tr.pdf, Erişim Tarihi: 10.06.2021)

⁷⁸ Sözleşme, m. 4/2: “*Taraflar, aşağıdaki hususlarda gerekli tedbirleri alacaktır:*

- a) Toplumsal, teknolojik ve ekonomik hususları da göz önüne alarak, tehlikeli atıkların ve diğer atıkların oluşumunun asgariye indirilmesini temin etmek;*
- b) Bertaraf yerleri ne olursa olsun, tehlikeli atıkların ve diğer atıkların çevreyle uyumlu yönetimi amacıyla, mümkün olduğu ölçüde kendi içinde yer seçecek uygun bertaraf tesislerini temin etmek;*
- c) Tehlikeli atıkların veya diğer atıkların yönetiminde görev alan şahısların, bu yönetim işleminden kaynaklanan tehlikeli atıkların ve diğer atıkların yaratacağı kirliliği önlemek ve kirlilik olduğu takdirde de bu kirliliğin insan sağlığı ve çevre üzerindeki sonuçlarını asgariye indirmek için gereken tedbirleri almasını temin etmek;*
- d) Tehlikeli atıkların ve diğer atıkların sınırlarötesi taşınımında bu atıkların asgari seviyeye indirilen miktarının çevreyle uyumlu ve etkin yönetiminin garantisini ve insan sağlığını ve çevreyi, bu taşınımın olumsuz etkilerinden koruyacak şekilde yürütülmesini temin etmek;*
- e) Tehlikeli atıkların veya diğer atıkların, mevzuatları gereğince tüm ithalatları yasaklamış olan veya bu atıkların, Taraflar’ın ilk toplantılarında kararlaştırılacakları kriterlere göre çevreyle tutarlı bir şekilde yönetilmeyeceğine inanan Taraf bir Devlet’e ve ekonomik ve/veya politik bütünleşme teşkilatına üye Taraf Devletler’e ve özellikle de geliştirmekte olan ülkelere ihracına izin vermemek;*
- f) Tehlikeli atıkların ve diğer atıkların öngörülen sınırlarötesi taşınımına ait bilgilerin, Ek V A uyarınca, söz konusu taşınım işleminin insan sağlığı ve çevre üzerindeki etkilerini de açıkça belirtecek şekilde ilgili Devletler’e temin edilmesi hususunu hükme bağlamak;*
- g) Çevreyle tutarlı bir şekilde yönetilmeyeceğine inandığı tehlikeli atıkların ve diğer atıkların ithalini önlemek;*
- h) Tehlikeli atıkların ve diğer atıkların çevreyle tutarlı bir şekilde yönetimini geliştirmek ve yasadışı trafiği engellemek amacıyla, bu atıkların sınırlarötesi taşınımına ilişkin bilgilerin açıklanması da dahil olmak üzere, doğrudan ya da Sekreteryaya aracılığıyla diğer taraflarla ve ilgili teşkilatlarla iş birliğinde bulunmak.”*

⁷⁹ Sözleşme, m. 10/1: “*Taraflar, tehlikeli atıkların ve diğer atıkların çevreyle uyumlu bir şekilde yönetimini sağlamak ve geliştirmek amacıyla, birbirleriyle iş birliği yapacaklardır.*”

⁸⁰ Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İş Birliğine İlişkin Sözleşme (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc087/kanuntbmmc087/kanunkanun08704882.pdf, Erişim Tarihi: 21.06.2021)

⁸¹ Sözleşme, m. 2/2.

Sözleşmede taraf devletlerin petrol kirliliğine müdahale edebilmek için ulusal bir sistem belirlemesi öngörülmüştür. Bu sistemin neleri ihtiva edeceği, Sözleşme m. 6'da sayılmıştır. Bu hüküm 1982 tarihli Deniz Hukuku Sözleşmesi m.194/2'de düzenlenmiş olan ve devletlere petrol kirliliğine karşı tedbir alma yükümlülüğü getiren hükmün ayrıntısını oluşturmaktadır. 1990 tarihli Sözleşme m. 7'de ise, petrol kirliliğine müdahale etmek için uluslararası iş birliği yapılacağı öngörülmüştür. Gemilerden kaynaklanan petrol kirliliği sorununun kapsamlı olması ve tek başına ulusal düzenlemelerle çözülemeyecek bir sorun olmaması uluslararası iş birliğini zorunlu kılmış ve olumsuz durumun önüne geçmek amacıyla çeşitli önlemler alınmaya başlanmıştır⁸².

K. Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğuyla İlgili Uluslararası Sözleşme⁸³ – 1992

Petrol kirliliğine sebep olunması durumunda sorumluluğun donatana ait olacağı 1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili Uluslararası Sözleşme'de açıklanmış ve zararın karşılanması amacıyla bir uluslararası fon oluşturmak üzere aynı yıl içerisinde Petrol Kirliliği Zararının Tazmini İçin Bir Uluslararası Fonun Kurulması ile İlgili Uluslararası Sözleşme imzalanmıştır.

L. Petrol Kirliliği Zararlarının Tazmini İçin Uluslararası Fon Kurulmasına İlişkin Sözleşme⁸⁴ – 1992

1992 tarihli Fon Sözleşmesi'nde ise kirlilik kaynaklı zararların tazmini için fon oluşturulması öngörülmüştür. Sınır aşan zararın varlığı halinde devletin ödemesi gereken tazminat, ilk olarak bu fondan sağlanacaktır.

Sınır aşan petrol kirliliği zararı ile ilgili hükümler içeren sözleşmeler sonrası bu konuda yakın tarihli bazı uyuşmazlıklar ortaya çıkmıştır. 2009 tarihli uyuşmazlıkta, sınır aşan zararlar ile ilgili tazmin yükümlülüğü kuralları gereği gibi işletilmemiştir. 21 Ağustos 2009'da Timor Denizi'ndeki Avustralya münhasır ekonomik bölgesinde meydana gelen Montara Petrol Sızıntısı, büyük bir deniz alanında ciddi kirliliğe sebep olmuş ve özellikle Endonezya'ya ciddi zararlar vermiştir⁸⁵. Ancak açılan davaların yetersiz ve

⁸² ABDULLAHZADE, Cavid: "Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği: Türk Hukukundaki Son Gelişmelerin Değerlendirilmesi", Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 58 (4), 2009, s. 696.

⁸³ Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/07/20010724.htm#1>, Erişim Tarihi: 10.06.2021)

⁸⁴ Petrol Kirliliği Zararlarının Tazmini İçin Uluslararası Fon Kurulmasına İlişkin Sözleşme (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/07/20010718.htm#7>, Erişim Tarihi: 10.06.2021)

⁸⁵ DEMİR, İsmail: "Kıyı Ötesi (Offshore) Tesislerin Sebep Olduğu Kirlenme Zararları Dolayısıyla Hukuki

sonuca götürücü olmaktan uzak olması, ayrıca medyanın da etkisiyle yasal süreç gereği gibi işlememiş, meydana gelen sınır aşan zarar giderilmemiştir. 28 Nisan 2010'da Meksika Körfezi'nde Deepwater Horizon isimli platformda meydana gelen patlama ve sonrasında üç ay boyunca devam eden petrol sızıntısı, çok büyük bir çevre kirliliğine sebep olmuştur⁸⁶. Zararın sebebiyet veren BP şirketi, ABD'nin bu kirlenme dolayısıyla açtığı davalar sonucu yüklü tazminatlar ödemek zorunda kalmıştır⁸⁷. Söz konusu olay, gerek zarara uğrayan devletin ABD olması, gerekse tazminat yükümlüsünün bir devlet değil, şirket olması sebebi ile çalışmamız için ölçü olarak alınamasa da sonuç olarak sınır aşan zararın tazmin ettirilmiş olması bakımından önemlidir.

M. Tehlikeli ve Zararlı Maddelerle Kirlenme Olaylarına Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İş Birliği Protokolü⁸⁸ – 2000

Su kirliliğine sebebiyet olan maddelerden bazıları, yangın veya patlama gibi hallerde suya yayılan maddelerdir ki bunlar uluslararası hukukta tehlikeli ve zararlı maddeler olarak ayrıca değerlendirilmektedir. 2000 tarihli Tehlikeli ve Zararlı Maddelerle Kirlenme Olaylarına Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İş Birliği Protokolü ile bu haller ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu hallerden birinin varlığı durumunda birden fazla devletin zarar görme ihtimali yani zararın sınır aşan bir zarar olma ihtimali oldukça yüksektir. Bu doğrultuda Sözleşme m. 5'te, kirlilikten etkilenen ve etkilenebilecek olan devletlerin kirliliğe müdahale amacıyla uluslararası iş birliği talep edebilecekleri öngörülmüştür⁸⁹. Maddeden anlaşılacağı üzere, bahsedilen kirlilik, büyük ölçekte bir kirliliktir ki sınırları aşan boyutta olması da mümkündür. Sözleşmede ayrıca kirliten öder ilkesine atıf yapılmıştır⁹⁰.

Sonuç

Çevre zararlarının önüne geçmek için önlemler almak, dünya üzerindeki

Sorumluluk ve Tazminat Meselesi Üzerine Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 1, 2015, s. 42-43.

⁸⁶ ADILOĞLU, Burcu / YÜCEL, Göksel: “Dünyanın En Büyük Karşılıkları: BP PLC ve VW AG”, Mali Çözüm Dergisi, Mayıs Haziran 2017, s. 20

⁸⁷ DEMİR: s. 43-44.

⁸⁸ Tehlikeli ve Zararlı Maddelerle Kirlenme Olaylarına Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İş Birliği Protokolü (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/06/20130627M1-11-1.pdf>, Erişim Tarihi: 10.06.2021)

⁸⁹ Protokol, m. 5/1: “*Taraflar, kabiliyetlerine ve ilgili kaynaklarının bulunmasına bağlı olarak bir kirlilik olayının şiddeti gerekli kılırsa, bu kirlilikten etkilenen veya etkilenebilecek olan Tarafın talebi üzerine, söz konusu olaya müdahale etmek amacıyla iş birliği ve danışmanlık hizmeti, teknik destek ve donanım sağlamayı kabul ederler...*”

⁹⁰ Protokol, giriş metni.

bütün devletlerin sorumlu olması gereken bir meseledir. Bunun için uluslararası hukukta birtakım sorumluluk yükleyen düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu ihtiyaca binaen, bir uluslararası teamül hukuku kuralı olarak gelişen ciddi ölçüde sınır aşan çevresel kirliliğe neden olma yasağı, devletlere sorumluluklar yüklemiştir.

Ciddi ölçüde sınır aşan çevresel kirliliğe neden olma yasağına uyulmamasının yaptırımını daha çok hukukidir ve bu konudaki düzenlemeler oldukça genel ifadeler içermektedir. Bu konunun daha somut ve özele indirgeyerek düzenlenmesi ve bu zarara yol açmaması için devletlerin faaliyetlerinin sıkı bir şekilde denetlenmesi gerekmektedir.

Devletler, başta kendi vatandaşları olmak üzere dünya insanlarının zarar görmemesi için, doğası gereği tehlikeli olan faaliyetleri gerçekleştiren her devlet büyük bir titizlikle ve dikkatle buna devam etmeli ve ihtiyat ilkesi gereği bütün önlemleri alarak faaliyetlerini sürdürmelidir. Kusurlu insan davranışları sonucu meydana gelen bu zararları önceden öngörmeli ve bu konuda katı ve uygulanabilir kurallar koyarak bu kuralların uygulanmasını denetlemelidir. Aksi halde, uluslararası çevre hukuku kuralları gereği sorumlu olacak ve bir bedel ödeyecektir.

Ancak sınır aşan zararlar konusundaki uluslararası uyuşmazlıklar tarihsel çerçevede incelendiğinde, yeni tarihli uyuşmazlıkların bu konuda daha dar kapsamlı çözümler sunduğu görülmektedir. Özellikle Montara ve Deepwater Horizon petrol sızıntılarında sınır aşan zararların göz ardı edilmesi, bunun somut göstergesidir. Bu sebeple, sınır aşan zararların eski vurgusunu yitirdiği söylenebilir.

Yeni tarihli uluslararası sözleşmelerde sınır aşan zarar vurgusunun yapılmaması, bu konuda son ciddi hükme yer veren uluslararası sözleşmenin 2000 tarihli oluşu da göstermektedir ki, bu alanda eski tarihli uluslararası sözleşmelerin öneminin vurgulandığı, teknolojik gelişmelere uyumlu yeni uluslararası sözleşmelere ihtiyaç bulunmaktadır. Yeni bir uluslararası sözleşmenin akdedilmesi, ciddi ölçüde sınır aşan zararın tazmin edilmesinin teminatı olacaktır. Her ne kadar söz konusu kural bir teamül kuralı olsa da bunun uluslararası sözleşme metninde vurgulanması oldukça büyük öneme sahiptir.

Kaynakça

Makale ve Kitaplar

[1] ABDULLAHZADE, Cavid: “Gemilerden Kaynaklanan Petrol Kirliliği: Türk Hukukundaki Son Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, 58 (4), 2009.

[2] ADILOĞLU, Burcu / YÜCEL, Göksel: “Dünyanın En Büyük Karşılıkları: BP PLC ve VW AG”, *Mali Çözüm Dergisi*, Mayıs Haziran 2017.

[3] ALGAN, Nesrin: “Çevre Gerçeğinin Küresel Düzeyde Ele Alınışı”, *Yeni Türkiye Dergisi*, 5, 1995.

[4] BERWICK, Teresa A.: “Resolution on Responsibility and Liability: Responsibility and Liability for Environmental Damage: A Roadmap for International Environmental Regimes”, *Georgetown International Environmental Law Review*, C: 10, 1998.

[5] BRATSPIES, Rebecca M. / MILLER, Russell A.: *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*, Cambridge 2006.

[6] DEMİR, İsmail: “Kıyı Ötesi (Offshore) Tesislerin Sebep Olduğu Kirlenme Zararları Dolayısıyla Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Meselesi Üzerine Değerlendirmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 6, S: 1, 2015.

[7] FORSTER, Malcolm: “The Mox Plant Case – Provisional Measures in The International Tribunal for The Law of The Sea”, *Leiden Journal of International Law*, 16 (3), 2003.

[8] GEHRING, Thomas: *Treaty-Making and Treaty Evolution*, 2008.

[9] GÜNEŞ, Ahmet M.: *Çevre Hukuku*, 12 Levha Yayıncılık, 2015.

[10] INYANG, Hilary: “Emergence of Transboundary Environmental Problems”. *Journal of Environmental Engineering*, 1999.

[11] KARA, Pelin Özcan / GÜNAY, Emel Ceylan: “Çernobil Kazası ve

Etkileri”, *Lokman Hekim Journal*, 3(2), 2013.

[12] KAYA, İslam Safa: “Gemi Kaynaklı Deniz Kirliliğini Önleme Amaçlı Sözleşmelerin Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”. *International Journal of Social Sciences and Education Research*, 2(4), 2016.

[13] KAYPAK, Şafak: “Çevre Hukukunun Ulusal ve Uluslararası Boyutları”. *Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 5(10), 2012.

[14] PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2005.

[15] SHANY, Yuval: “The First Mox Plant Award: The Need to Harmonize Competing Environmental Regimes and Dispute Settlement Procedures”, *Leiden Journal Of International Law*, 17, 2004.

[16] SÖNMEZ, Necmi: “Ortak Geleceğimiz Stockholm 1972 – Rio 1992 ve Sonrası”. *Yeni Türkiye Dergisi*, 5, 1995.

[17] SÜRMEİİÖĞLU, Derya: “Uluslararası Çevre Hukukunda Sınıraşan Zararlar”, Y. Lisans Tezi, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Trabzon 2010.

[18] TURGUT, Nükhet: *Çevre Hukuku*, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 1998.

[19] TÖTÖNCÖ, Ayşe Nur: “Lanoux Gölü Hakem Mahkemesi Kararı: Hukukun Kodlaştırılmasında Örnek Olay Olarak Etkisi ve Kararın Özeti”, *İHFM C. LVI – S. 1-4* (1998), s. 299-316.

[20] TÖTÖNCÖ, Ayşe Nur: “Nükleer Silahların Kullanımının Yasaklanması Sorunu”. *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4(2), 2004.

[21] XANQIN, Xue: *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Pres., 2003.

[22] YAVUZ, Sabri: “Çevre Üzerine Düşünceler”. *Yeni Türkiye Dergisi*, 5, 1995.

[23] YILMAZ, İsmet: “Tehlikeli Atıklar ve Sınırşan Tehlikeli Atıklarla İlgili Hukuki Düzenlemeler”, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009.

[24] YOKUŞ SEVÜK, Handan: Çevre Hukuku Doğal Çevrenin Korunması, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2017.

İnternet Kaynakları

[1] Akdeniz’in Deniz Ortamı ve Kıyı Bölgesinin Korunması Sözleşmesi (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/08/20020822.htm#1>, Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[2] Atıkların ve Diğer Maddelerin Denize Boşaltılması Yoluyla Deniz Kirliliğinin Önlenmesi Hakkında Sözleşme (<http://www.avrupadenizcilikkursu.com/deniz-kirlenmesinin-onlenmesi-hakkinda-sozlesme-1972/icerik/146>, Erişim Tarihi: 24.06.2021)

[3] Birleşmiş Milletler Anlaşması (https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf, Erişim Tarihi: 21.06.2021)

[4] Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (<https://denizmevzuat.uab.gov.tr/uploads/pages/uluslararası-sozlesmeler/denizhukuku.pdf>, Erişim Tarihi: 09.05.2021)

[5] Denizlerde Petrol Kirliliğinin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (<http://www.admiraltylawguide.com/conven/oilpol1954.html>, Erişim Tarihi: 24.06.2021)

[6] Gemilerden Kaynaklanan Kirliliğin Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20558.pdf>, Erişim Tarihi: 20.06.2021)

[7] Nükleer Kazaların Erken Bildirimi Sözleşmesi (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc073/kanuntbmmc073/kanuntbmmc07303610.pdf, Erişim Tarihi: 24.06.2021)

[8] Nükleer Kaza ve Radyoaktif Acil Hallerde Yardımlaşma Sözleşmesi

(https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc073/kanuntbmmc073/kankanuntb07303609.pdf, Erişim Tarihi: 24.06.2021)

[9] Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/07/20010724.htm#1>, Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[10] Petrol Kirliliğine Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İş birliğine İlişkin Sözleşme (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc087/kanuntbmmc087/kanunkanun08704882.pdf, Erişim Tarihi: 21.06.2021)

[11] Petrol Kirliliği Kazalarına Açık Denizlerde Müdahale Edilmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme (<https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/formidable/18/1969-International-Convention-relating-to-Intervention-on-the-High-Seas-in-Cases-of-Oil-Pollution-Casualties-1.pdf>, Erişim Tarihi: 22.06.2021)

[12] Petrol Kirliliği Zararlarının Tazmini İçin Uluslararası Fon Kurulmasına İlişkin Sözleşme (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/07/20010718.htm#7>, Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[13] Stockholm Deklarasyonu (<https://hukukbook.com/birlesmis-milletler-insan-cevresi-konferansi-stockholm-deklarasyonu>, Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[14] Tehlikeli Atıkların Sınırlar Ötesi Taşınımının ve Bertarafının Kontrolüne İlişkin Basel Sözleşmesi (https://webdosya.csb.gov.tr/db/kimyasallar/editordosya/Basel_Tr.pdf, Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[15] Tehlikeli ve Zararlı Maddelerle Kirlenme Olaylarına Karşı Hazırlıklı Olma, Müdahale ve İş Birliği Protokolü (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/06/20130627M1-11-1.pdf>, Erişim Tarihi: 10.06.2021)

[16] Uzun Menzilli Sınırlarötesi Hava Kirlenmesi Sözleşmesi (https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc065/kanungkc065/kanunkanu06502667.pdf, Erişim Tarihi: 21.05.2021)

7242 SAYILI KANUN İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER İŞİĞİNDA HAPİS CEZASININ DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ UYGULANARAK İNFAZI^{1*}

Arş. Gör. Cansu TÜRKMEN^{2**}

Öz

Denetimli serbestlik gerek suç işleyen kişinin gerek mağdurun gerekse toplumun güçlendirilmesinde ceza adaleti sistemini destekleyen, son derece önemli bir kurumu ifade etmektedir. Denetimli serbestlik sistemi infaz rejiminde konumlandığı yerin ötesinde, ceza adaleti sistemi üzerinde bütüncül bir etkiye sahiptir. Çalışmamızın denetimli serbestlik kurumunu genel olarak incelediğimiz ilk kısmında denetimli serbestliğin tanımı ve hukuki niteliği, tarihsel gelişimi ve mevzuatımızdaki uygulama alanı kısaca açıklanacak; ardından hapis cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı (CGTİK m. 105/A), 14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Kanun'la getirilen önemli değişiklikler çerçevesinde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Denetimli Serbestlik, Hapis Cezasının İnfazı, Hapis Cezasının Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı, Denetimli Serbestlik Şartları, 7242 Sayılı Kanun.

Execution of Imprisonment by Applying Probation in the Light of the Amendments with Law No 7242

Abstract

Probation refers to a highly important institution that supports the criminal justice system by empowering the perpetrator, the victim, and the society.

^{1*} Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 23.11.2020- Kabul Edildiği Tarih: 06.07.2021

^{2**} Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, turkmcansu@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3842-950X

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i2005

Beyond its functions in penal execution system, probation has a holistic effect on the criminal justice system. In the first part of our study, where we examine probation by the definition and legal nature in general, its historical development and the scope of application in our legislation are briefly explained; then, the execution of imprisonment by applying probation (CGTİK Art. 105/A) is discussed within the framework of the significant amendments with Law No. 7242 which entered into force on 14.04.2020.

Keywords: *Probation, Execution of Imprisonment, Execution of Imprisonment by Applying Probation, Conditions of Probation, Law No. 7242.*

Giriş

Hapis cezasının yerine getirilmesinde kişi özgürlüğü lehine daha hafif sonuçları olan uygulamalar benimsenmesi giderek yaygınlaşmaktadır. Cezanın rehabilitasyon amacına da hizmet eden bu uygulamaların ülkemizdeki görünümünden biri hapis cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı kurumudur. Bu kurum, koşullu salıverilme tarihine belirli bir süre kalan hükümlülerin mevzuatla öngörülen bir denetim rejimi altında ceza infaz kurumundan salıverilmesini sağlarken toplumla uyum sürecini güçlendirmeyi hedeflemektedir. Nitekim cezanın rehabilitasyon amacı, suç işleyen kişinin topluma yeniden kazandırılmasını, kendisi ve toplum adına olumlu katkı üretebilen bir karaktere kavuşturulmasını gerektirir. Bu da ancak hapis cezasının infazında, belirli aşamalar izlenerek hakkındaki denetim devam ederken hükümlünün toplumla temasının sağlanması ile mümkün olabilir.

Hapis cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazına dair kanuni düzenlemeler, ülkemizde sık sık değişikliğe uğramaktadır. Bu yöndeki esaslı değişikliklerden sonuncusu, kamuoyunda “infaz paketi” olarak anılan 14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Kanun ile getirilmiştir. Bu değişiklik ile belirli suç kategorilerine ve belirli tarihten önce işlenmiş suçlara özgü düzenlemeler yapılarak denetimli serbestlik kurumuna ilişkin rejim değiştirilmiştir. Öyle ki öğretinin bir kısmı tarafından bu değişikliklerin bir bütün olarak “özel af” görünümünde olduğu ileri sürülmüş, bu yöndeki iddia Anayasa Mahkemesine de taşınmıştır. Çalışmamızda da denetimli serbestlik kurumuna ilişkin genel bilgilendirmeler yapılarak hapis cezasının

denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı açıklanırken, 7242 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklikler ile öğreti ve kamuoyunda tartışma alanı bulan hususlar aktarılacaktır.

I. Denetimli Serbestlik

A. Tanımı ve Hukuki Niteliği

Denetimli serbestlik, oldukça geniş kapsamlı bir ceza adaleti kurumunu ifade etmektedir. Bu kurum, bir mahkûmiyet türü olarak doğrudan hapis cezasına alternatif bir yaptırıma mahkûm edilen kişiler ile hapis cezasını destekleyen ya da ona seçenek olarak getirilen yaptırımların yerine getirilme yöntemi olarak düzenlenmiştir. Bu bağlamda koşullu salıverilen, cezası tamamen veya kısmen ertelenen, şartlı cezaya mahkûm edilen ya da koşullu salıverilme tarihine belirli bir süre kalan kişilerin infaz rejimi uyarınca düzenli olarak belirli bir merkezdeki kişilerin denetimi, gözetimi veya tedavisine tabi olarak çeşitli yaptırımlara ya da takibe tabi tutulmasını kapsar³. Aşağıda da aktarılacağı üzere, denetimli serbestlik farklı amaçlara hizmet eden ve çok çeşitli yöntemleri olan bir infaz kurumudur.

İnfaz sistemindeki fonksiyonu bakımından denetimli serbestlik, suç işleyen kişinin rehabilite edilerek topluma yeniden uyum sağlamasına katkıda bulunacak tüm faaliyetleri içerir⁴. Bunun da ötesinde suç işleyen kişinin yakalanması veya teslim olması anından başlayarak, yargılama sonucunda verilen hükmün infazının tamamlanmasına kadar devam eden süreç içinde; fail ve onunla eş zamanlı olarak mağdur üzerinde uygulama alanına sahiptir⁵.

Denetimli serbestlik sistemi ile amaçlanan, adli makamların talepleri doğrultusunda toplumdaki suç faillerinin denetimini sürdürmek, etkin bir gözetim sağlayarak bu kişileri iyileştirmek; gereken sosyal ve psikolojik desteğin iletilmesi ile toplumla yeniden uyumlu hale getirilmelerini kolaylaştırmak, onarıcı adalet süreçleriyle mağduru korumak ve suçun yinelenmesi tehlikesini azaltarak toplumu korumaktır⁶. Dolayısıyla denetimli serbestlik cezanın amaçlarını gerçekleştirme ve kendisinden beklenen faydaları bakımından, cezalandırmanın tüm fonksiyonlarına hizmet etmektedir.

³DEMİRBAŞ, Timur: İnfaz Hukuku, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 603.

⁴USTA, İbrahim / ÖZTÜRK, Hakan: "Denetimli Serbestlik", Ceza Hukuku Dergisi, Y:5 S: 13, 2010, s. 11.

⁵YAVUZ, Hakan A.: "Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemi İçerisindeki Genel Görünümü Üzerine", Adalet Dergisi, Y: 2012 S: 42, s. 60.

⁶DEMİRBAŞ: İnfaz, s. 504; ÇALIŞKAN Suat / GÜREL Ali: Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Adalet, Ankara, 2020, s. 240.

Denetimli serbestlikle ilgili önemli bir reform niteliğinde olan 05.04.2012 tarih ve 6291 sayılı Kanun'un gerekçesinde denetimli serbestlik yeni bir "ceza infaz rejimi" olarak tanımlanmıştır. Öğretide ise denetimli serbestliğin tüm fonksiyonlarıyla oldukça geniş bir uygulama alanı olduğu için bu tanımın kabul edilemeyeceği savunulmuştur⁷. Öte yandan mevzuatımızda denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı haller için ahenkli ve tutarlı bir kavram kullanılmadığı; bazı düzenlemelerde "denetimli serbestlik tedbiri" kavramı kullanılırken bazı düzenlemelerde "yükümlülük", "güvenlik tedbiri" gibi kavramlar benimsendiği görülmektedir⁸. Oysa denetimli serbestlik bağımsız bir yaptırım türü olarak değil; temelde tedbir özelliği olan, hapis cezasının veya diğer güvenlik tedbirlerinin infazı sürecinde bu yaptırımları tamamlayan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır⁹. Öyleyse denetimli serbestlik, infaz rejimini ve bu rejimde yerine getirilen yaptırımları tamamlayıcı, kendine özgü, alternatif bir tedbir türüdür¹⁰.

B. Tarihsel Gelişimi ve Mevzuattaki Uygulama Alanları

Denetimli serbestlik anlayışı, Orta Çağ uygulamalarından filizlenerek başta Anglo-Amerikan hukukunda uygulanmaya başlamış, ardından Kara Avrupa'sına yayılmıştır¹¹. ABD'de 1830'larda kefalet benzeri bir sistemde denetimli serbestliğin bugünkü görünümüne yakın tedbirler uygulanmaya başlamış; 1841 tarihinde John Augustus isimli ayakkabı ustasının bir mahkûmun "ıslahı" hakkında bireysel sorumluluk alma isteğinin mahkemece kabulü ile uygulamadaki yerini almıştır¹². İngiltere'de de benzer yıllarda denetimli serbestlik, modern anlamdaki ilk örneklerini vermeye başlamıştır. Nitekim 1839'dan 1865'e kadar uygulanan yerel bir sistem dâhilinde genç failler halk arasından seçilen kişilerin denetiminde salıverilmeye başlamış, bu denetimciler failleri belirli aralıklarla denetleme, kayıt altına alma gibi

⁷TURHAN, Faruk / ALTİKAT, Abdurrahim: "Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları", S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C:2 S:2, 2012, s. 7.

⁸YAVUZ: Genel Görünüm, s. 68.

⁹ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 950, 951.

¹⁰CİHAN, Erol / CANKURT, Ezgi / KİTAPÇIOĞLU, Tülay: "Denetimli Serbestlik", Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2 S: 3, 2016, s. 55.

¹¹DEMİRBAŞ: İnfaz, s. 603. Anglo-Amerikan hukukundaki denetimli serbestlik anlayışı, Britanya'da orta çağdan itibaren uygulanan suçluların iyi davranma ve huzursuzluk çıkarmama sözüyle salıverildiği pratiklere ve kefaletle salıverilmeye dayanır. Bu pratikler göçlerin başladığı ilk tarihlerden itibaren Amerikada da uygulanmaya başlamıştır. Başta bu salıverilme denetimlerinde bir gözetim/denetim faaliyeti yokken kefalet sistemine gönüllü üçüncü kişilerin dahil ile üçüncü tarafın gözetimi anlayışı yerleşmeye başlamıştır, HARRIS, Robert: "Probation Round the World: Origins and Development", in: Probation Round the World: A Comparative Study, Ed.: HAMAI, Koichi / VILLÉ, Renaud, HARRIS, Robert / HOUGH, Mike / ZVEKIC, Ugljesa, Taylor & Francis, New York, 2005, s. 28.

¹²HARRIS, s. 28, 29; TÜRKMEN, Metin: "Ceza Sosyolojisi Açısından Türkiye'de Ceza Adalet Politikaları ve Denetimli Serbestlik", Mediterranean Journal of Humanities, C: 8 S: 1, 2018, s. 390.

görevlendirmelere tabi tutulmuştur¹³. ABD ve İngiltere’de ortaya çıkan bu örnekler gönüllülüğe, insancılığa ve suçlulara rehberlik edilmesi anlayışına dayanan Anglo-Amerikan modelinin ana hatlarını belirlemiştir¹⁴. İlerleyen yıllarda hâkimlerin kendiliğinden başlattığı bölgesel uygulamalar, yerini ulusal kanunlara bırakmış ve suç işleyenlerin hapsedilmek yerine denetim ve gözetim altına alınarak salıverilmesi anlayışı yerleşik bir hal almıştır¹⁵. Anglo-Amerikan hukukunda denetimli serbestlik genellikle ceza yerine uygulanıp cezanın askıya alınmasına karşılık gelirken Kara Avrupa’ında ilk örneklerinden itibaren hükmün infazının belirli şartlara bağlı şekilde ertelenmesi şeklinde uygulanmıştır¹⁶. Nitekim denetimli serbestlik anlayışının Kara Avrupa’ında yayılımına vesile olduğu kabul edilen ve 1880’li yıllarda ortaya çıkan Franko-Belçika modelinde (*sursis*); suçluya sunulan rehberlik ve danışmanlık imkânları değil, doğrudan ertelenen ceza ön plandadır¹⁷. Koşullu salıverilme olarak da anılabilecek bu modele gözetim, denetim ve rehberlik gibi imkânların eklenmesi ise II. Dünya Savaşı sonrasına rastlamaktadır. Ülkeler arasında güçlenen iş birliği, devletlerin birbirlerinin sistemlerini inceleyerek model almalarını sağlarken Birleşmiş Milletler de denetimli serbestliği öncelikli konulardan biri olarak ele almış, salıverilen kişilerin iyileştirilmesine yönelik tedbirler alma anlayışı yaygın kabul görmeye başlamıştır¹⁸.

Denetimli serbestliğin Türk hukuk tarihi bakımından ilk örneklerinin Osmanlı Devleti döneminde ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Osmanlı Devleti’nde, Cumhuriyet dönemine dek “şahsa kefalet” kurumunun uygulandığı bilinmektedir. Kökenini İslam Hukukundan alan şahsa kefalet kurumu, şüpheli veya sanığın mahkemeye veya önceden tayin edilmiş belirli bir yere getirileceğine dair bir kişinin kefil olmasını ifade etmektedir¹⁹. Buna göre kefil olan kişi, şüpheli veya sanığı mahkemeye teslim sorumluluğunu kusurlu olarak yerine getirmez ise kendisi de hapsedilebilmekteydi²⁰.

¹³HARRIS, s. 32; CİHAN/CANKURT/KİTAPÇIOĞLU, s. 55.

¹⁴VANSTONE, Maurice: “The International Origins and Initial Development of Probation: An Early Example of Policy Transfer”, *British Journal of Criminology*, C: 48 S: 6, 2008, s. 737.

¹⁵NELLIS, Mike: “Humanising Justice: The English Probation Service up to 1972”, in: *Handbook of Probation*, Ed. GELSTHORPE, Loraine / MORGAN, Rod, Willan Publishing, Devon/Oregon, 2007, s. 28, 29.

¹⁶HARRIS, s. 41.

¹⁷DURNESCU, Ioan: “The Future of Probation in Europe: Common in the Middle and Diverse at the Edge”, *Probation Journal*, C. 60, S. 3, 2013, s. 318; HARRIS, s. 42

¹⁸HARRIS, s. 50; VANSTONE, s. 744, 745.

¹⁹YAVUZ, Hakan A.: “Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci”, *TBB Dergisi*, Y:2012 S:100, s. 318.

²⁰UYYSAL, Osman: “XIX. Yüzyılda Osmanlı’da İç Güvenlik ve Asayişin Temini Açısından Kefalet Sistemi”, *Balıkesir Üniversitesi F.E.F. Karesi Tarih Kulübü Bülteni*, Y: 2007 S:1, s. 4.

Tanzimat Dönemi'nde çıkarılan üç farklı ceza kanunnamesi ile bugünkü denetimli serbestliğe benzetilen üç yaptırım türü kabul edilmiştir: Nefy cezası, zaptiye nezareti altında bulundurulma cezası ve kalebentlik cezası²¹. “Sürgün cezası” olarak da anılan nefy cezası ile mahkûm, devlet tarafından belirli bir yere gönderilir ve başka bir yere gidemezdi²². Zaptiye nezareti altında bulundurulma cezası ise kişinin devletçe menedildiği ikamette kalamaması anlamına gelmekteydi. Kalebentlik cezasında ise kişi, sınırları belirli olan kalenin dışına çıkmamak şartıyla kale içerisinde özgür bir kimsenin sahip olduğu hakların hemen hepsine sahip olurdu²³. Sayılan bu üç yaptırım türünün kişinin hapsedilmesi yerine alternatif tedbirlerin uygulanması anlayışını yansıttığı söylenebilecekse de bunlar, bir denetim memurunca denetlenme ve bu doğrultuda belirli sorumlulukları gerçekleştirme benzeri görev tanımları bulunmadığından günümüzdeki denetimli serbestlik uygulamasından farklıdır²⁴.

Cumhuriyet dönemi incelendiğinde, denetimli serbestlik kurumunun bugünkü görünümünü 5237 s. Türk Ceza Kanunu'nun kabulünü izleyen 2005 sonrası dönemde aldığı söylemek mümkündür. Bununla birlikte 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un yürürlükte bulunduğu dönemde de bugünkü denetimli serbestlik kurumuna benzer tedbirler uygulanmıştır.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda sürgün cezası, emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurma cezası ve tedbiri, uyuşturucu madde ve alkol bağımlıları hakkında güvenlik tedbirlerine yer verilmişti. Sürgün cezası, yukarıda da açıklanan Osmanlı Devleti dönemindeki “nefy” cezası ile benzerlik göstermektedir. Bu ceza, kişinin mahkemece belirli bir süre boyunca belirli bir yere gönderilerek orada yaşamaya mecbur edilmesi anlamında gelmekteydi²⁵. Bu yaptırım türü, 1965 yılında 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile kaldırılmıştır²⁶. Emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurma cezası ve tedbiri ise genel olarak hapis cezasının infazından sonra veya hapis cezası yerine uygulanması öngörülen bir tedbir görünümünde idi²⁷. Bu tedbir uyarınca hükümlü, hapis cezasının infazı azaltılır veya ortadan kaldırılırsa, belirli

²¹YAVUZ: Tarihsel Gelişim, s. 319.

²²APAYDIN Cengiz / KAPLAN Hasan: “Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y:5 S: 2, 2019, s. 195.

²³YAVUZ: Tarihsel Gelişim, s. 321.

²⁴APAYDIN / KAPLAN, s. 196.

²⁵YAVUZ: Tarihsel Gelişim, s. 324.

²⁶APAYDIN / KAPLAN, s. 197.

²⁷YAVUZ: Tarihsel Gelişim, s. 324.

sürelerde kolluk nezareti altında bulundurulurdu. Bu kapsamda kolluk tarafından kişinin belirli yerlerde ikametinin yasaklanması gibi tedbirler alınabilmekteydi. Bu yükümlülüklerle aykırı davranılması başlı başına suç teşkil etmekteydi²⁸. Bu kurum, mahkûmların toplum içinde damgalanması gibi olumsuz sonuçlara neden olması yönüyle eleştirilmiş, 1987 yılında çıkarılan 3352 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kanun döneminde ceza yerine güvenlik tedbiri niteliğindeki seçenek yaptırımlar uygulanmakta idiye de bu tedbirler, uzman bir denetim görevlisinin gözetimi öngörülmediğinden bugünkü denetimli serbestlik görünümünde değildir²⁹.

Modern anlamda denetimli serbestlik tedbiri, 2005 yılında yapılan ceza hukuku reformu kapsamında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİK) ile infaz sistemimizdeki yerini almıştır. Bu kapsamda 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu çıkarılmış, daha sonra 6291 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile bu kanunun adı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu (DSHK) olarak değiştirilmiştir. Denetimli serbestlik hizmetlerinin yerine getirilmesindeki usul ve esaslar ise 05.03.2013 tarih ve 28578 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği (DS Yönetmeliği) ile düzenleme altına alınmıştır.

Denetimli serbestlik hizmetleri, merkezde Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü’ne bağlı Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı tarafından yürütülür. DSHK m. 6/1 uyarınca adalet komisyonu (adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu) bulunan yerlerde denetimli serbestlik müdürlükleri ve koruma kurulları kurulur. Bu hizmetlere ilişkin danışma görevi, Adalet Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Denetimli Serbestlik Hizmetleri Danışma Kurulu tarafından yerine getirilir. Bu çerçevede hizmetler Bakanlık merkez teşkilatında Daire Başkanlığı, taşra teşkilatında müdürlükler ve koruma kurulları tarafından yürütülür (DSHK m. 7).

Çalışmamızın inceleme konusu, CGTİK m. 105/A ile düzenlenen hapis cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı olsa da denetimli serbestlik tedbiri, ceza adaleti sistemimizde aslında bu özel infaz biçiminden çok daha fazlasını ifade eder. Öyle ki mevzuatımızda pek çok kez farklı kurumlar çerçevesinde tamamlayıcı bir tedbir olarak “denetimli serbestlik”

²⁸YAVUZ: Tarihsel Gelişim, s. 326.

²⁹YAVUZ: Tarihsel Gelişim, s. 330.

kavramına atıfta bulunulmuş ya da denetimli serbestlik teşkilatına farklı farklı görevler biçilmiştir. Hapis cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazını aşağıda detaylı şekilde inceleyeceğiz. Bunun yanında denetimli serbestlik tedbirinin uygulandığı diğer haller ise şunlardır:

Hapis cezasının ertelenmesi (TCK m. 51/1) halinde uygulanacak denetim süresi, mükerrerler hakkındaki cezanın infazından sonraki süreç, kullanmak için uyuşturucu madde satın alma suçunu (TCK m. 191) işlediğine dair yeterli şüphe elde edilen kişi hakkında bir defaya özgü kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde geriye bırakma süresi (CMK m. 231/8), suçta sürüklenen çocuklar hakkındaki yaptırımların infazı ve koruyucu ve destekleyici tedbirlerin yerine getirilmesi (Çocuk Koruma Kanunu), koşullu salıverilen kişinin infazının sona erdiği tarihe dek izlenmesi (CGTİK m. 107/6).

Görüldüğü üzere, denetimli serbestlik tedbiri; infaz hukuku ile sınırlı bir anlam taşımamakta, ceza adaleti sisteminin koruyucu ve destekleyici fonksiyonunu yerine getiren son derece önemli ve kapsamlı bir koruyucu-önleyici kurumu ifade etmektedir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki denetimli serbestlik tedbirine uygulama alanı veren mevzuat; yaptırım, yükümlülük, tedbir, güvenlik tedbiri ve denetimli serbestlik kavramları, tutarlı ve sistemli şekilde kullanılmadığı için eleştiriye de uğramaktadır³⁰.

II. Hapis Cezasının Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak İnfazı

A. Genel Olarak

Denetimli serbestlik tedbirinin uygulama alanlarından biri, hapis cezasının infazı sürecinde koşullu salıverilmeden belirli bir süre önce salıverilen hükümlülerin gözetim ve denetimidir. Denetimli serbestliğin temel fonksiyonlarından birini oluşturan bu kurum, CGTİK m. 105/A ile düzenlenmiştir. Buna göre hükümlülerin dış dünyayla uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla, belli şartları taşıyan hükümlülerin talebi halinde cezaların koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilebilir. Diğer bir ifadeyle koşullu salıverilme tarihi öncesinde tahliye edilen hükümlüler denetimli serbestlik

³⁰YAVUZ, Hakan A.: Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Seçkin, Ankara, 2018, s. 163.

tedbirine tabi tutularak ıslahları ve topluma kazandırılmaları amaçlanır³¹.

Buna göre denetimli serbestlik kural olarak, hükümlünün ceza infaz kurumunda geçirdiği dönem ile koşullu salıverildiği tarih arasında uygulanan bir ara dönem tedbiridir. Bu kurumun “ön koşullu salıverilme” olarak uygulandığı ve yalnızca koşullu salıverilme süresinin uzatılması anlamına geldiği de savunulmaktadır³². Öyle ki hukuk uygulamamızda bu kurumun salt cezaevinde bulunan hükümlü sayısını azaltarak artan sayıyla ortaya çıkan sorunları azaltma amacına yönelik uygulandığı da ileri sürülmüştür³³. Bu yöndeki uygulamanın cezanın caydırıcılık etkisini ortadan kaldırıcı sonuç doğurduğu ve bu sebeple ceza siyaseti bakımından yerinde olmadığı, yerinde olarak ileri sürülmektedir³⁴.

İnfaz rejimine ilişkin yasalar kural olarak derhal uygulanır (TCK m. 7/3). 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesinden sonraki süreçte, koşullu salıverilme için hükümlünün infaz kurumunda geçirmesi gereken sürenin düzenlendiği hükümlerin de derhal uygulama ilkesinin dışında tutulması gerektiği savunulmuş, nitekim 5377 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik ile koşullu salıverilmeye ilişkin değişiklikler TCK m. 7/3 kapsamında derhal uygulama ilkesinin istisnalarından biri olarak düzenlenmiştir³⁵. Öyleyse denetimli serbestlik tedbiri ile infazın koşullu salıverilme tarihine belirli süre kalma koşulu bakımından, hükümlünün koşullu salıverilme tarihi yönünden lehine olan hükmün göz önünde bulundurulması gerekir.

Öte yandan denetimli serbestlik, ceza adaleti siyasetine ilişkin tercihleri de yansıtan bir kurumdur³⁶. Bu doğrultuda, başta CGTİK m. 105/A olmak üzere denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilecek hükümlüler için aranacak şartların düzenlendiği kanun hükümleri sıklıkla değişikliğe uğramaktadır. Bu değişiklikler zaman zaman uygulamada akıl karışıklığına yol açmakta, lehe olan hükümlerin belirlenmesinde zorluk yaşanması veya istisnai hükümlerin gözden kaçması gibi sonuçlara yol açmaktadır. Sıklıkla

³¹ARTUK Mehmet Emin / GÖKCEN Ahmet / ALŞAHİN M. Emin / ÇAKIR Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s. 922.

³²KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 629; YAVUZ, Hakan A.: “Türkiye’de Denetimli Serbestlik Mümkün müdür? Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Türk Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik”, Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı “Uluslararası Yaklaşımlar”, Ed. Deniz Özyörük, Atalay Matbaacılık, İstanbul, 2016, s. 19.

³³ÖZBEK, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 371; ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 550, dn. 193.

³⁴ÖZGENÇ, s. 953, dn. 368.

³⁵DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 141, 142.

³⁶YAVUZ, Hakan A.: “Olmaması Gerekenin Ne Kadar Uzağımızda? Denetimli Serbestlik Uygulamaları Bağlamında Türk Ceza İnfaz Sistemi Üzerine Düşünceler”, Uluslararası Denetimli Serbestlik Bağlamında Suç Sosyolojisi ve Rehabilitasyon Uygulamaları Sempozyumu Bildiri Kitabı, Atatürk Üniversitesi, Erzurum, 2018, s. 135.

yapılan bu değişiklikler “af benzeri” olarak değerlendirildiğinden bunların toplumda suçların cezasız kaldığı ile ilgili genel bir algı oluşturarak ceza adaletine ve dolayısıyla hukuka olan güveni sarstığı da savunulmaktadır³⁷.

Aynı doğrultuda, ceza infaz kurumlarında artan nüfusa dair tartışılan çözümlerin daha kalıcı yollar olması gerektiği, infaz rejiminin bir bütün olarak ele alınıp yeniden düzenlenmesi gerektiği öne sürülmektedir³⁸. Özellikle denetimli serbestlik kurumunun “ön koşullu salıverilme” olarak uygulandığı düşünüldüğünde, CGTİK m. 105/A ve koşullu salıverilmenin düzenlendiği m. 107’nin birlikte düzenlenmesi ile adeta “iki aşamalı koşullu salıverilme” şeklinde beliren mevcut sistemden dönülmesi yerinde olacaktır³⁹.

14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Kanun ile hapis cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı da dâhil olmak üzere infaz rejimimizde önemli değişiklikler yapılmıştır. Kamuoyunda “infaz paketi” olarak da anılan bu değişiklikler, pek çok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Nitekim 7242 sayılı Kanun’la getirilen değişikliklerin denetimli serbestlik kurumunun içini boşalttığı, kurumun getiriliş amacından uzaklaşarak adeta koşullu salıverme uygulamasına ve cezaevlerinin boşaltılması aracına dönüştürüldüğü ileri sürülmüştür⁴⁰.

Aşağıda detayını inceleyeceğimiz üzere, CGTİK Geçici m. 6’nın 7242 sayılı Kanun’la değişik hali ile 31.03.2020 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından, CGTİK m. 105/A’da öngörülen düzenlemeden çok daha erken salıverilmeye imkân tanıyan denetimli serbestlik düzenlemeleri yapılmıştır. Yapılan bu değişiklikler akabinde, hükmün “örtülü af” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hakkında tartışmalar ortaya çıkmıştır. Öğretide de ağırlık bulan görüş, 7242 sayılı Kanun’la değiştirilen ve 30.03.2020 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından olağan düzenlemeye kıyasla çok daha erken tahliyeye izin veren CGTİK’in Geçici 6. maddesinin “örtülü af” görüntüsü verdiği yönündedir⁴¹. Buna göre 7242 sayılı Kanunla getirilen

³⁷TÜRKMEN, s. 395.

³⁸ÖZGENÇ İzzet / BAYRAKTARLI İhsan Yılmaz, “İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sayısındaki Artış Sorunu ve Çözüm Önerisi”, Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:23 S:1, 2019, s. 139.

³⁹ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem/KOCA, Mahmut: “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E-yayın; [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86erlendirmesi-\(2020.04.06\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86erlendirmesi-(2020.04.06).pdf)), § 4/d (Erişim tarihi: 13.11.2020); KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 637.

⁴⁰ÖZBEK: İnfaz, s. 9, 10.

⁴¹ÖZGENÇ/SÖZÜER/KOCA, § 4/h; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 629, dn. 174; ALAN-AKCAN, Esra: “7242 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Değerlendirilmesi”, in: Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu: Bildiri Tam

düzenlemeler, aslında özel af niteliğinde olmasına rağmen; özel affın gerektirdiği yasama sürecinin zorluğundan kaçmak için getirilmiş ve aslen infaz kurumlarındaki doluluğu giderme amacı taşıyan hükümlerdir^{42, 43}. 7242 sayılı Kanunun örtülü af tartışmasına konu düzenlemeleri, iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Düzenlemeleri inceleyen Anayasa Mahkemesi, 2020/44 E., 2020/41 K. sayılı ve 17.07.2020 tarihli kararı ile iptal isteminin reddine karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde öncelikle, inceleme bakımından önemli olanın düzenlemenin anayasal özerk yorum çerçevesinde belirlenen af kavramının unsurlarını taşıyıp taşımadığı olduğunu bildirmiştir⁴⁴. Bu çerçevede yaptığı incelemede Mahkeme, bir düzenlemenin özel af niteliği taşıdığı kabul edilebilmesi için, (1) Düzenlemenin sadece geçmişe yönelik olması; (2) Düzenlemenin cezayı ortadan kaldırmak, miktarını azaltmak veya türünü değiştirerek hafifletmek suretiyle kapsamına etki etmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁵. Buna göre cezanın miktarında ve türünde herhangi bir değişikliğe neden olmayıp sadece infaz şeklini veya rejimini değiştiren/belirleyen düzenlemelerin özel af olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁴⁶. Anayasa Mahkemesi, 7242 sayılı Kanun’la değişik CGTİK Geçici m. 6 hakkında şunlara dikkat çekmiştir: Koşullar oluşsa dahi infaz hâkimliği hükümlünün denetimli serbestlikle tahliyesine dair takdir hakkına sahip olduğundan hükümlünün kendiliğinden tahliyesi söz konusu değildir⁴⁷; hükümlülerin ceza infaz kurumunda geçirecekleri süre kısaltılmışsa da cezada değişiklik yaratılmadığı, yalnızca infaz biçimi değiştirildiği için infaz edilecek toplam ceza miktarında değişikliğe sebep olunmamış ve cezanın niteliği değil yalnızca infaz biçimi değiştirilmiştir⁴⁸. Zira gerek denetimli serbestlikte gerek koşullu salıverilmede devletin hükümlü üzerindeki denetim ve

Metin Kitabı (29-30 Mayıs 2020), Ed. ÇALIŞKAN, Yusuf / GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz Bozkurt / EROL, Ömer Faruk / DÜLGER, Ahmet / AHTER-YAKACAK Gülnihal, KAFALI, Ömer Faruk, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 657.

⁴²DEMİRBAŞ: İnfaz, s. 7.

⁴³7242 sayılı Kanun’un tasarı aşamasına ilişkin değerlendirmesinde *Özbek*, CGTİK m. 107’de yapılan koşullu salıverilmeye ilişkin değişiklikler hakkında, kurumun uygulama şartlarını değiştirmeyen ve kurumun esasını koruyan hükümlerin özel af görüntüsü vermediğini vurgulamıştır, *ÖZBEK*, Veli Özer: “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Hakkındaki Değerlendirmelerimiz”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 15 S. 42, 2020, s. 312. Bunun yanında *Özbek*, hiçbir yükümlülük uygulanmadığı sürece koşullu salıverilen hükümlünün başına buyruk bir süre geçirdiğini ve bu haliyle koşullu salıverilmenin örtülü af görüntüsü verdiğini ileri sürmektedir, *ÖZBEK*: İnfaz, s. 10.

⁴⁴AYM, 2020/44 E., 2020/41 K., 17.07.2020 T. Kararı, prg. 22

⁴⁵Adı geçen karar, prg. 45.

⁴⁶Adı geçen karar, prg. 46.

⁴⁷Adı geçen karar, prg. 53.

⁴⁸Adı geçen karar, prg. 56, 57.

gözetimi devam etmekte, şartları sağlamayan hükümlü yeniden infaz kurumuna gönderilebilmektedir⁴⁹. Bu sebeplerle Anayasa Mahkemesi, 7242 sayılı Kanunla getirilen düzenlemelerin “özel af” niteliğinde olmadığına kanaat getirerek iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi Başkanvekili Hasan Tahsin Gökcan’ın karşı oyunda da dile getirildiği üzere, infaz düzenlemeleriyle af kurallarını ayıran ilk ölçüt, af düzenlemelerinin geçmişe yönelik belirli ve sınırlı bir süreyi kapsamaması olduğundan sınırları belirlenen bir zaman aralığında işlenen suçları kapsayan bir düzenleme, ceza yaptırımını etkiliyorsa akla af gelecektir⁵⁰. Ayrıca Gökcan, düzenleme uyarınca pek çok durumda hükümlünün iyi hal koşulunun gözlemlenebileceği kadar dahi infaz kurumunda kalmayacağına; hapis cezalarını anlamsız kılar biçimde ve geçmişte işlenen suçlarla sınırlı biçimde düzenleme yapılmasının düzenlemeyi özel af niteliğine dönüştürdüğüne dikkat çekmiştir⁵¹.

Gerçekten de cezalandırmanın amaçları gözetildiğinde, belirli bir tarihten önce işlenen suçları kapsayan ve uygulamada infaz kurumunda geçirilecek süreyi önemli ölçüde düşüren bu türden bir düzenlemenin özel affa dair yasama süreci izlenerek kabul edilmesinin daha yerinde olacağı görüşünderiz.

B. Şartları

1. Açık Ceza İnfaz Kurumunda veya Çocuk Eğitimevinde Bulunmak ve Koşullu Salıverilme Tarihine Belirli Bir Süre Kalmak a. 30.03.2020 Tarihinden Önce İşlenen Suçlar Bakımından

Hükümlünün cezasının denetimli serbestlik tedbiriyle infazı için kural olarak açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunması gerekir. Buna karşılık CGTİK Geçici m. 6/3’e göre 30.03.2020 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından, aynı maddenin 1. ve 2. fıkraları kapsamında kalan hükümlüler için bu şart aranmayacaktır. Diğer bir ifadeyle ilgili fıkralar kapsamındaki hükümlüler, açık veya kapalı ceza infaz kurumunda olmaları fark etmeksizin denetimli serbestlik tedbirinden yararlanacaktır. CGTİK Geçici m. 6/1’e göre, 30.03.2020 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması için kural olarak hükümlünün koşullu salıverilme tarihine üç yıl kalmış olması gerekir. Buna karşılık TCK’da düzenlenen kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83);

⁴⁹Adı geçen karar, prg. 65-71.

⁵⁰AYM, 2020/44 E., 2020/41 K., 17.07.2020 T. kararına Başkanvekili Hasan Tahsin Gökcan’ın karşı oyu, prg. 8.

⁵¹Adı geçen karşı oy, prg.12.

üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları; neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (madde 87, fıkra iki, bent d); işkence suçu (madde 94 ve 95); eziyet suçu (madde 96); cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105); özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138); uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar söz konusu ise bu süre bir yıl olarak uygulanacaktır. Yukarıda da işaret edildiği üzere, bu istisna suçlardan mahkûmiyetlerine karar verilen hükümlüler için açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunma şartı da aranmaya devam edecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazda suç kategorileri esasına göre farklı uygulamalar yaratmak, anayasal güvence altındaki eşitlik ilkesine gölge düşürür⁵². Çünkü infaz hukukunda hangi suçun işlendiği değil, hükümlü ve onun cezası ön plana çıkarılmalı; hükümlülerin örgütlülük, tehlikelilik, mükerrirlik gibi durumları göz önünde bulundurularak tekrar suç işlemelerini engellemeye ve onları infaz sisteminin dışına çıkarmaya yönelik önleyici tedbirlere ağırlık verilmelidir⁵³. CGTİK Geçici m. 6/2'ye göre ise 30.03.2020 tarihinde önce işlenen suçlar bakımından 0-6 yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler koşullu salıverilme tarihine dört yıl kala denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilirler. Aynı hükme göre 65 yaşını bitirmiş hükümlülerden ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyenlerin cezası, herhangi bir süre şartına tabi olmaksızın denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması suretiyle infaz edilebilir. Bu haller, Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca veya Adli Tıp Kurumunca düzenlenen bir raporla belgelendirilmelidir. CGTİK Geçici m. 6/2 ile yapılan düzenlemelerden TCK'nın kasten öldürme suçları (madde 81, 82

⁵²KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 632, dn. 175; ÖZBEK: Değerlendirmelerimiz, s. 306-308. *Özgenç/Sözüer/Koca*, istisnalar arasında sayılan suçların gelişigüzel belirlenmesinin, suçların niteliğinin ve haksızlık içeriğinin gözetilmemesinin adaletsiz uygulamalara neden olabileceğine dikkat çekmiştir, ÖZGENÇ/SÖZÜER/KOCA, § 4/h; *Alan Akcan* da düzenleme ile hariç tutulan suçların hangi ölçülere göre belirlendiğinin ve suçun niteliğinin mi korunan hukuki yararın mı suçun konusunun mu esas alındığının anlaşılmasının mümkün olmadığını; suçların haksızlık içeriği olarak yakın olmadığını ve bunun uygulamada adaletsizlikler ortaya çıkarabileceğini belirtmektedir, ALAN-AKCAN, s. 651, 652.

⁵³ÖZBEK: İnfaz, s. 375; KOCA/ÜZÜLMEZ: s. 632, dn. 175.

ve 83), cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan hüküm giyenler hariç tutulmuştur.

CGTİK Geçici m. 6'nın 1. ve 2. fıkralarında yer alan istisna suçlardan mahkûmiyetine karar verilen hükümlüler bakımından doğrudan CGTİK m. 105/A uygulanacaktır. Bu doğrultuda aranan koşullar çalışmamızın 30.03.2020 tarihinden sonra işlenen suçların incelendiği bölümünde açıklanmıştır.

Bu noktada CGTİK Geçici m. 6'nın 14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Kanun ile değişik halinden önceki düzenlemelerine de değinmek gerekir. Sözü edilen Geçici 6. madde ilk olarak 09.11.2016 tarih ve 6757 sayılı Kanun ile değiştirilerek kabul edilen 15.08.2016 tarih ve 671 sayılı KHK ile yürürlüğe girmiştir. İlgili hükmün bu önceki hali ile 01.07.2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından denetimli serbestlik süresinin hesaplanmasına ilişkin birtakım düzenlemelere yer verilmişti. Madde kapsamında, 7242 sayılı Kanun ile değişik halinde olduğu gibi birtakım istisnai suçlar belirlenerek bunlar haricindeki hükümlüler için denetimli serbestlik için koşullu salıverilme süresine kalan süre şartının “iki yıl” olarak uygulanacağı düzenlenmişti. Bu kapsamda istisna tutulan suçlar ise TCK'nın kasten öldürme suçları (madde 81, 82), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104, 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar idi. Buna göre 7242 sayılı Kanun ile, Geçici m. 6'nın 671 sayılı KHK ile kabul edilen ilk halinden farklı olarak, TCK m. 83 ile düzenlenen ihmali davranışla kasten öldürme suçu, TCK m. 87/2-d'de düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu, TCK m. 94 ve 95'te düzenlenen işkence suçu ile TCK m. 96'da düzenlenen eziyet suçu da Geçici m. 6'da yer alan düzenlemenin istisnası olarak düzenlenmiştir. Ayrıca 7242 sayılı Kanun ile getirilen değişikliğin hükmün önceki halinden bir diğer farkı da 0-6 yaş grubu çocuğu olan kadın hükümlüler, 70 yaşını bitirmiş hükümlüler ile ağır hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle

hayatını yalnız idame ettiremeyen 65 yaşını bitirmiş hükümlüler için özel istisna suçlar ve özel süreler düzenlenmesidir.

b. 30.03.2020 Tarihinden Sonra İşlenen Suçlar Bakımından

30.03.2020 tarihinden sonra işlenen suçlar ile CGTİK Geçici m. 6'da sayılan istisnai suçlar bakımından denetimli serbestlik tedbirinden yararlanma şartları CGTİK m. 105/A uyarınca belirlenecektir.

CGTİK m. 105/A'ya göre denetimli serbestlikten yararlanmanın koşullarından biri açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunmaktır. Çocuk eğitimevlerinde bulunmanın şartları CGTİK m. 15 ile gösterilmiş olup suça sürüklenen çocukların cezalarının infazı kural olarak bu kurumlarda gerçekleştirilmektedir⁵⁴.

Açık ceza infaz kurumları, hükümlülerin çalıştırılmalarına, meslek edinmelerine imkân ve öncelik tanınan, firara karşı dış güvenlik görevlisi bulunmayan, denetim ve gözetimin kurum görevlileri tarafından yapıldığı ceza infaz kurumlarıdır⁵⁵. Hükümlünün açık ceza infaz kurumunda bulunması ise farklı ihtimallerde gerçekleşebilir. İlk ihtimal, infazın doğrudan açık ceza infaz kurumunda gerçekleştirildiği hallerdir. CGTİK m. 14/2'nin 14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Kanun ile değişik haline göre aşağıdaki hükümlülerin cezası doğrudan açık ceza infaz kurumunda gerçekleştirilmektedir:

- Terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkûm olanlar ile ikinci defa mükerrir olanlar ve koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle cezası aynen infaz edilenler hariç olmak üzere, kasıtlı suçlardan toplam üç yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olanlar,
- Taksirli suçlardan toplam beş yıl veya daha az süreyle hapis cezasına

⁵⁴CGTİK m. 15/1'e göre çocuk hükümlüler çocuk eğitimevinde kalır. Hükümün ikinci fıkrasına göre kurum içinde veya dışında herhangi bir eğitim ve öğretim programına devam eden ve 18 yaşını dolduran çocukların eğitim ve öğretimlerini tamamlayabilmeleri bakımından 21 yaşına kadar bu tesislerde kalmalarına izin verilebilir. Eğitimevinde kalamayacak çocukların gösterildiği üçüncü fıkraya göre ise hakkında tutuklama kararı bulunanlar ve çocuk kapalı ceza infaz kurumlarında kalması gereken suça sürüklenen çocuklar, çocuk eğitimevinde kalamazlar. Çocuk kapalı ceza infaz kurumları ise CGTİK m. 11'de düzenlenmiştir. Buna göre tutuklu çocuklar ya da çocuk eğitimevinden disiplin ya da diğer nedenlerle ceza infaz kurumuna nakline karar verilen çocuklar, çocuk kapalı ceza infaz kurumlarında kalırlar. Ayrıca bkz. Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği m. 7: "Çocuk eğitimevinde cezası infaz edildiği sırada eğitime devam etmeyenler on sekiz yaşını bitirdiklerinde, eğitime devam edenler ise yirmi bir yaşını bitirdiklerinde suç türüne bakılmaksızın açık kuruma gönderilir. Açık kuruma gönderilenlerin on sekiz yaşını doldurmadan önce işlediği diğer suçların cezaları da açık kurumlarda infaz edilir."

⁵⁵TOK, Türker: "Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları", THD, S: 31, Mart 2009, s. 115.

mahkûm olanlar,

- Adlî para cezası infaz sürecinde hapis cezasına çevrilenler,
- 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu gereğince tazyik hapsine tabi tutulanlar.

İkinci ihtimal ise cezasının infazına kapalı ceza infaz kurumunda başlanan hükümlülerin sonradan açık ceza infaz kurumuna ayrılmalarıdır. CGTİK m. 14/4'ün 7242 sayılı Kanun ile değişik haline göre toplam on yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkûm olanlar ile terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar, kasten öldürme suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından mahkûm olanların kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmasına ilişkin idare ve gözlem kurulu kararları, infaz hâkiminin onayından sonra uygulanır. Öyleyse bu fıkra da sayılan suçlar haricindeki suçlardan mahkûm olanlar, açık cezaevine ayrılmaları için diğer şartların oluşması halinde açık ceza infaz kurumuna ayrılabilir. CGTİK m. 14/6 ile de açık ceza infaz kurumlarına ayrılma ile ilgili usul ve esasların yönetmelikle gösterileceği düzenlenmiştir. 02.09.2012 tarih ve 28399 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği m. 6 ile kapalı kurumdan açık kuruma ayrılmanın şartları detaylı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre aşağıdaki kişiler kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılabilir:

- Toplam cezaları 10 yıldan az olanlardan cezasının bir ayını kapalı ceza infaz kurumunda geçiren, iyi halli olan ve koşullu salıverilme tarihine 7 yıl veya daha az süre kalanlar;
- Toplam cezaları 10 yıl ve üzeri olanlardan cezasının onda birini kapalı ceza infaz kurumunda geçiren, iyi halli olan ve koşullu salıverilme tarihine 7 yıl veya daha az süre kalanlar;
- Müebbet cezasına mahkûm olanlardan koşullu salıverilme tarihine 5 yıl veya daha az süre kalanlar,
- Cezaları yüksek güvenli kapalı kurumlar veya diğer kapalı kurumların yüksek güvenli bölümlerinde infaz edilenlerden toplam cezalarının üçte birini bu kurumlarda iyi halli olarak geçiren ve koşullu salıverilme tarihine üç yıl veya daha az süre kalanlar.

Açık ceza infaz kurumuna ayrılmak için hükümlünün ayrıca Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği m. 6/2'de sayılan şartları da

taşıması gerekir⁵⁶. Buna göre bazı suçlardan mahkûm olanlar için açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları ayrıık şekilde düzenlenmiştir. Öte yandan Yönetmeliğin 8. maddesinde ise ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar ile hakkında ikinci defa tekerrür hükümleri uygulananlar da dahil olmak üzere, açık kuruma ayrılamayacak hükümlüler sayılmıştır. Yukarıda açıklanan düzenlemeler uyarınca açık kurumda bulunan hükümlüler, denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilirler. CGTİK m. 105/A'nın 14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önceki haline göre denetimli serbestlikten yararlanabilmesi için hükümlünün cezasının bir kısmını açık ceza infaz kurumu veya çocuk eğitimevinde çekmiş olması şartı da aranmaktaydı⁵⁷. Buna göre açık ceza infaz kurumundaki hükümlünün cezasının son altı ayını kesintisiz olarak bu kurumda geçirmesi, çocuk eğitimevindeki hükümlünün de cezasının beşte birini bu kurumda geçirmesi şartı aranıyordu⁵⁸. 7242 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile bu şart kaldırılmıştır. Yine 7242 sayılı Kanun'la değişik CGTİK m. 105/A/2'ye göre açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılamayan veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilen iyi halli hükümlüler, diğer şartları taşımaları halinde denetimli serbestlik tedbirinden yararlanma hakkına sahiptir. Bununla birlikte hükümlülerin koşullu salıverilmelerine belirli bir sürenin kalmış olması gerekir. CGTİK m. 105/A'ya göre denetimli serbestlikten yararlanmasına karar verilebilmesi için açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunan hükümlünün koşullu salıverilme tarihine bir

56Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği m. 6/2: "Açık kurumlara ayrılabilmek için, ayrıca;
a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 142, 148, 149, 188 ve 190 nci maddeleri ile 1/3/1926 tarihli ve mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 403, 404, 491/3-4, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498 ve 499 uncu maddelerinden mahkûm olanların koşullu salıverilme tarihine beş yıldan az süre kalmaması,
b) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 ve 103 üncü maddeleri ile eşe karşı işlenen 82/1-d, 86/3-a ve 96/2-b maddeleri ve 1/3/1926 tarihli ve mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 414, 416/1, 418/1 maddeleri ile eşe karşı işlenen 449/1, 456 ve 457/1 maddelerinden mahkûm (Değişik ibare: RG-11/4/2019-30742) olanların koşullu salıverilme tarihine üç yıldan az süre kalmaması,
c) 29/7/2003 tarihli ve 4959 sayılı Toplum Kazandırma Kanunu, 30/7/1999 tarihli ve mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanununun 14 üncü maddesi ve 5237 sayılı Kanunun 221 inci maddesinden yararlananların koşullu salıverilme tarihine iki yıldan az süre kalmaması,
ç) Terör ve örgütlü suçlardan hükümlü olup, mensup oldukları örgütten ayrıldıkları idare ve gözlem kurulu kararıyla tespit edilenlerin koşullu salıverilme tarihine bir yıldan az süre kalmaması, şartı aranır."

⁵⁷ATALAY, Osman, "7242 Sayılı Yeni İnfaz Yasasının Getirdikleri", Terazi Hukuk Dergisi, C: 15, S: 166, 2020, s. 1245.

⁵⁸Sözü edilen şart, CGTİK Geçici m. 4'ün ilk hali ile bu maddede 6411 s. Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde, 7242 s. Kanun ile kaldırıldığı 14.04.2020 tarihine dek uygulanmamıştır. CGTİK Geçici m. 4: "Bu Kanunun 105/A maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ve ikinci fıkrasında belirtilen altı aylık süre şartı ile birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen cezanın belirli bir süre infaz edilmesine ilişkin şart 31/12/2020 tarihine kadar uygulanmaz."

yıl veya daha az süre kalmış olması gerekir.

CGTİK m. 105/A/3'e göre ise:

- 0-6 yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlüler, koşullu salıverilmesine iki yıl veya daha az süre kaldı ise,
- Ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen hükümlüler, diğer şartları da taşımaları halinde denetimli serbestlik tedbirinden yararlanabilirler. Ağır hastalık, engellilik veya kocama halinin Adli Tıp Kurumu veya Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan bir raporla belgelendirilmesi gerekir.

CGTİK m. 105/A kapsamında 0-6 yaş grubunda çocuğu bulunan kadın hükümlüler hakkında istisnai düzenleme yapılırken hamile kadınlar için düzenleme yapılmaması öğretide eleştirilmektedir⁵⁹.

2. Talepte Bulunmak

CGTİK m. 105/A ile gösterildiği üzere kişinin denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmak üzere talepte bulunması gerekir. Diğer bir deyişle hükümlü denetimli serbestlikten yararlanmak üzere infaz kurumu tarafından re'sen tahliye edilmeyecektir. Cezanın infazına denetimli serbestlik hükümlerine göre devam edilmesi için bunun hükümlü tarafından talep edilmesi gerekir. Hükümlü bu talebini infaz kurumu idaresine sunmalıdır. İdare, hükümlü hakkındaki değerlendirmeyi yaptıktan sonra bu talebi yetkili İnfaz Hâkimliğine gönderir.

3. İyi Halli Olmak ve Değerlendirme Raporu

CGTİK m. 105/A uyarınca kişinin cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri ile devam edilmesi için kişinin "iyi halli" olması gerekir. Bunun anlamı, denetimli serbestlikle ilgili şekli şartları taşıyan tüm hükümlülerin kendiliğinden bu imkândan yararlanamayacağıdır. İyi hal şartının aranması, infaz sürecindeki bu tahliyeyi "örtülü af" görünümünden çıkarmaya da hizmet eder⁶⁰.

Hükümlünün iyi halli olup olmadığı, hakkında infaz kurumu idaresi tarafından düzenlenen değerlendirme raporuna göre belirlenecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hükümlünün iyi halinin gözlemlenebilmesi ve bu şartın ortaya konulabilmesi için hükümlünün kurumda buna yetecek

⁵⁹TURHAN / ALTİKAT, s. 32.

⁶⁰ÖZBEK: İnfaz, s. 377, 363.

süre boyunca bulunması gerektiğidir⁶¹. Diğer bir deyişle iyi halin gösterildiği değerlendirme raporu, hükümlünün şekli şartları taşıyıp taşıyamamasından ve infaz kurumunda uğradığı disiplin yaptırımlarından ibaret bir rapor olmamalıdır⁶². Bu süreçte hükümlünün topluma kazandırılmaya hazır olup olmadığı, psiko-sosyal durumu, yeniden suç işlemeye eğilimli olup olmadığı gibi hususların titizlikle incelenmesi gerekir. Hükümlünün infaz kurumunda bir gün veya daha az süreyle kaldığı durumlarda hazırlanan raporların iyi halin tespitine hizmet edeceğini söylemek mümkün değildir⁶³. Bu incelemelerin sosyal ve kriminolojik araştırmaya dayanması, “otomatik” olmaması gerekir⁶⁴.

7242 sayılı Kanun ile değişik CGTİK m. 89/1’e göre hükümlüler, ceza infaz kurumlarında buldukları tüm aşamalarda kurum idaresi tarafından en geç altı ayda bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır⁶⁵. Kanuna göre bu değerlendirmede hükümlünün katıldığı iyileştirme ve eğitim-öğretim programları ile spor ve sosyal faaliyetler, kültür ve sanat programları, aldığı sertifikalar, kitap okuma alışkanlığı, diğer hükümlü ve tutuklular ile ceza infaz kurumu görevlileri ve dışarıyla olan ilişkileri, işlediği suçtan dolayı duyduğu pişmanlık, ceza infaz kurumu kuralları ile kurum bünyesindeki çalışma kurallarına uyumu ve aldığı disiplin cezaları dikkate alınacaktır. Yine CGTİK m. 89/3 ile gösterilen birtakım suçlar ve yaptırımlar uyarınca mahkûm edilen hükümlülerin iyi hal değerlendirmelerine Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başkanlık edileceği, idare ve gözlem kurullarında ilgili bakanlıkların görevlendireceği uzmanların yer alacağı belirtilmiştir. Yapılacak değerlendirmelerde izlenecek usul ve esaslar, 29.12.2020 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanarak 01.01.2021 tarihinde yürürlüğe giren Gözlem ve Sınıflandırma Merkezleri ile Hükümlülerin Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik’te düzenlenmiştir.

7242 sayılı Kanun ile getirilen bu düzenlemeler uyarınca iyi hal değerlendirmelerinin her hükümlünün kendi özel durumu ve tehlikelilik hali gözetilerek yapılması gerekecekse de aynı kanun ile denetimli serbestlikten yararlanacak hükümlünün açık ceza infaz kurumunda belirli bir süre kalmış olma şartı da kaldırılmıştır. Bu durumda hükümlü açık ceza infaz kurumunda en fazla birkaç gün kalacak, infaz kurumu tarafından CGTİK m. 89 uyarınca titiz bir gözlem ve değerlendirme yapılması imkânı olmayacaktır.

⁶¹TURHAN / ALTIKAT, s. 25.

⁶²USTA / ÖZTÜRK, s. 29.

⁶³TURHAN / ALTIKAT, s. 26.

⁶⁴YAVUZ: “Türkiye’de Denetimli Serbestlik Mümkün müdür”, s. 20.

⁶⁵ATALAY, s. 1237.

C. Karar Vermeye Yetkili Makam

CGTİK m. 105/A/1 uyarınca kişinin denetimli serbestliğe tabi tutulmak üzere ceza infaz kurumundan salıverilmesine ilişkin takdir yetkisi, hükmün infazına ilişkin işlemleri yapan Cumhuriyet başsavcılığının bulunduğu yer infaz hâkimine aittir.

4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu m. 6'ya göre infaz hâkimliğinin kararlarına karşı tebliğden itibaren 7 gün içinde itiraz yolu açıktır. İtiraz, infaz hâkimliğinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi tarafından incelenir. İtiraz incelemesi, CMK'da gösterilen usul uyarınca yapılır ve karara bağlanır.

D. Denetimli Serbestlikte Yerine Getirme Usulü

İnfaz hâkimi tarafından denetimli serbestlik kararının verilmesinin ardından dosya, hükümlünün talebinde belirttiği denetimli serbestlik müdürlüğüne gönderilir. Denetimli serbestlik dosyasının açılmasıyla denetimli serbestlik müdürlüğü bir vaka sorumlusu belirler; hükümlü hakkındaki yükümlülükler ile alınacak tedbirleri belirleyerek bir denetim planı oluşturur ve bu doğrultuda hükümlüye gerekli bilgilendirmeleri yaparak süreci takip eder. Hükümlü, salıverilmesinden sonraki beş gün içinde talebinde belirttiği denetimli serbestlik müdürlüğüne başvurmakla yükümlüdür⁶⁶. Beş gün içinde başvurmazsa, dosyası denetimli serbestlik müdürlüğüne kapatılır. Bu beş günlük süreyi izleyen iki gün içinde de müdürlüğe başvurmayan hükümlüler kaçak sayılır ve CGTİK m. 105/A/8'in göndermesiyle haklarında TCK m. 292 ve m. 293 hükümleri uygulanır. Eğer hükümlü, denetimli serbestlik sürecini talebinde belirttiğinden bir başka yerde geçirmek istiyorsa DS Yönetmeliği m. 43 uyarınca nakil talebinde bulunma hakkına sahiptir.

E. Denetimli Serbestlikten Yararlanamayacak Kişiler

CGTİK m. 105/A ile gösterilen ve yukarıda incelenen şartları taşımayan kişiler, denetimli serbestlikten yararlanamayacaktır. Bununla birlikte CGTİK m. 105/A/4 ile adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle cezası hapse çevrilen hükümlülerin denetimli serbestlikten yararlanamayacağı düzenlenmiştir. Ancak CGTİK sisteminde adli para cezasının ödenmesi halinde çevrilen hapis cezası, teknik anlamda hapis cezası değil zorlama

⁶⁶CGTİK Geçici m. 9/3 ile sözü edilen beş günlük sürenin 01.01.2021 tarihine dek "yirmi beş gün" olarak uygulanacağı düzenlenmiştir.

hapsidir. Bu sebeple, ilgili 4. fıkranın hatalı bir düzenleme olduğu savunulmaktadır⁶⁷.

Cezasının özel infaz usullerine göre çektirilmesine karar verilen hükümlüler hakkında da CGTİK m. 105/A ile düzenlenen usulün uygulanmayacağı, Kanun'un 110/5 hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Yine CGTİK m. 110/7 uyarınca, cezası özel infaz usulüne göre çektirilirken infaz hâkimi tarafından usulün uygulanmasına son verilmesi üzerine cezasının infazına açık ceza infaz kurumunda devam edilen hükümlüler hakkında da denetimli serbestlik uygulanmayacaktır.

F. Denetimli Serbestlik Kapsamındaki Yükümlülükler

1. Kamuya Yararlı Bir İşte Ücretsiz Olarak Çalıştırılma Yükümlülüğü

CGTİK m. 105/A/5-a ile hükümlünün koşullu salıverilme tarihine kadar kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırılmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getiriliş biçimi ve kapsamı denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenecektir. Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılma yükümlülüğü, hükümlünün kurallara uyma becerisi ve çalışma disiplini kazanmasını, zaman planlaması yeteneğini geliştirmesini, bir meslek edinerek ekonomik bağımsızlığını kazanmasını ve bu yolla topluma kazandırmayı amaçlayan bir yükümlülüktür⁶⁸. Bu doğrultuda hükümlüler, denetimli serbestlik müdürlükleri tarafından işbirliği yapılan kurumlarda çalıştırılmakta, bu çerçevede ağırlıklı olarak temizlik ve çevre düzenleme işlerinde istihdam edilmektedirler⁶⁹.

Sözü edilen yükümlülüğün detayları DS Yönetmeliği m. 84 ile gösterilmiştir. Buna göre hükümlü, denetimli serbestlik altında geçireceği toplam sürenin üçte birini kamuya yararlı bir işte çalışmak suretiyle tamamlar. Çalışma süreleri günde dört, haftada yirmi saat olarak belirlenirken hükümlünün hafta sonları çalıştırılması da mümkündür. Bu yükümlülük kapsamında kişiler, bir kamu kurumunun veya kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluşun belirli hizmetlerinde çalıştırılabilir.

DS Yönetmeliği m. 84/7'ye göre aşağıdaki durumlarda, bu halleri belgelendiren ve yükümlülüğün kaldırılması yönündeki talebini ileten kişi hakkında, talebin doğruluğu ve haklılığı da araştırılarak kamuya yararlı işte çalışma yükümlülüğü kaldırılabilir:

⁶⁷KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 632.

⁶⁸TURHAN / ALTIKAT, s. 36.

⁶⁹GÖKTEPE Kaya, "Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı ve Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımının Tarihsel Gelişim Süreci", TAAD, Y: 10 S: 37, 2019, s. 258.

- Çalışmaya engel bir sağlık problemi bulunması,
- Örgün eğitime devam edilmesi,
- Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışılması,
- Hükümlünün kendi kurduğu işini işletiyor olması.

Yine bu yükümlülük, müracaat tarihi itibarıyla 18 yaşından küçük suça sürüklenen çocuklar ile 0-6 yaş arasında çocuğu bulunan kadınların bu durumu devam ettiği sürece uygulanmaz. Ayrıca 60 yaş üstündekilere, hayatını yalnız başına idame ettiremeyenlere ve doğumuna on hafta kalan hamile kadınlara da bu yükümlülük uygulanmayacaktır.

DS Yönetmeliği m. 83/4'e göre hakkında kamuya yararlı bir işte çalışma yükümlülüğü uygulanmayan her hükümlü hakkında, belirlenen bir bölgede denetim ve gözetim altında bulundurma yükümlülüğüne karar verilmesi zorunludur.

2. Bir Konut veya Bölgede Denetim ve Gözetim Altında Bulundurulma Yükümlülüğü

CGTİK m. 105/A/5-b ile hükümlünün koşullu salıverilme tarihine kadar bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğün ne şekilde yerine getirileceği denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından belirlenir.

DS Yönetmeliği m. 83/3'e göre, ancak denetimli serbestlik yükümlüsünün "yüksek riskli" olduğu durumlarda konutta denetim ve gözetim altında bulundurma yükümlülüğüne karar verilir. Yüksek riskli bu hükümlüler, denetimli serbestlik altında geçirecekleri toplam sürenin en az üçte birini konuttan çıkmamak suretiyle tamamlarlar. Detayları DS Yönetmeliği m. 85 ile gösterilen bu yükümlülük 18.00 ile 08.00 saatleri arasında belirlenecek, günde 10 ila 12 saat arasında olacak bir süreyle yerine getirilir.

DS Yönetmeliği m. 86 ile bir bölgede denetim ve gözetim altında bulunma yükümlülüğünün detayları gösterilmiştir. Bu yükümlülük uygulamada "imza yükümlülüğü" olarak da anılmaktadır. Buna göre hükümlü, belirlenen bölgenin sınırları dışına çıkmamakla veya belirlenen yere belirlenen tarih ve saatlerde başvurmakla yükümlü kılınabilir. Hükümlünün başvuracağı yer denetimli serbestlik müdürlüğü, kolluk, muhtarlık veya denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından takdir edilecek bir kamu görevlisi olarak belirlenebilir. DS Yönetmeliği m. 86/3 ile belirlenen yerlere başvurma şeklindeki yükümlülük hükümlünün yüksek riskli, orta riskli veya düşük riskli olmasına göre farklı takvimlere bağlanmıştır.

Yargıtay'a göre bu yükümlülük uyarınca kişinin denetimli serbestlik sürecini takip etme iradesi göstererek vaka sorumlusu ile görüşmesi "başvurma" olarak değerlendirmeye yeterli değildir; planda öngörülen polis merkezine giderek imzasını atmaması halinde yükümlülüğü ihlal etmiş sayılacaktır⁷⁰.

1. Belirlenen Yer veya Bölgelere Gitmeme Yükümlülüğü

CGTİK m. 105/A/5-c ile hükümlünün koşullu salıverilme tarihine dek denetimli serbestlik müdürlüğünce belirlenecek yer veya bölgelere gitmemesine karar verilebileceği düzenlenmiştir. DS Yönetmeliği m. 83/6'ya göre bu yükümlülüğün belirlenmesinde hükümlünün risk durumu, işlediği suçun nitelikleri, özellikle çocukların ve suç mağdurlarının korunması göz önünde bulundurulur.

2. Belirlenen Programlara Katılma Yükümlülüğü

CGTİK m. 105/A/5-d ile hükümlünün koşullu salıverilme tarihine dek belirlenen programlara katılma yükümlülüğü altına alınabileceği düzenlenmiştir. Bu programların içeriği, programlara katılma tarihi gibi hususlar denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından hükümlünün risk ve ihtiyaçları doğrultusunda belirlenir. Bu yükümlülüğe ilişkin detaylar DS Yönetmeliği m. 88 ile düzenlenmiştir. Bu doğrultuda belirlenecek program ve çalışmalar bireysel görüşme, grup çalışması, tedavi ve iyileştirme programları, diğer kurumlarca yürütülen meslek ve sanat edindirmeye yönelik faaliyetler, seminer, sosyal, kültürel ve sportif etkinlikler veya sivil toplum kuruluşlarınca kamu yararına yürütülen program ve çalışmalara katılma şeklinde olabilir.

3. Elektronik Cihaz ile Takip

DSHK m. 15/A'ya göre şüpheli, sanık ve hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, gözetimi ve denetimi elektronik cihazların kullanılması suretiyle de yerine getirilebilir. Bu kapsamda, adli kontrol tedbirlerinin yerine getirilmesinde, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların uygulanmasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hallerinde, hapis cezasının konutta infazına karar verilmesi halinde, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazında, mükerrirlere ve bazı suç faillerine özgü infaz rejimi kapsamında elektronik cihazla takip yoluna

⁷⁰Y. 1. CD. 2018/3187 E., 2018/4938 K. sayılı ve 26.11.2018 tarihli kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2018-3187.htm> (E.T.: 27.04.2020)

başvurulabilir⁷¹. Kişi hakkında elektronik cihaz ile izlemenin yapılmasında açık rızasının bulunması gerekir.

7242 sayılı Kanun ile DSHK m. 15/A/1'e eklenen cümleye göre elektronik cihazla izleme, rızası alınmak koşuluyla şüpheli, sanık ve hükümlüye ait elektronik cihazlar kullanılmak suretiyle de yapılabilir. Böylece kişinin kendisine ait akıllı telefon gibi cihazları kullanılarak elektronik takibin önü açılmış, uygulama alanı genişletilmiştir.

DS Yönetmeliği m. 104/1'e göre hakkında belirli yerlere gitmekten yasaklama, belirli konut, yer veya bölgeden çıkmama ya da belirlenen kişilere yaklaşmamaya dair denetimli serbestlik kararı verilen kişilerin durumları, elektronik cihazların kullanılması suretiyle izlenebilir. Elektronik cihazla takibin kimlere uygulanacağı mevcut risk durumu, tedbir, yükümlülük ve denetimin gereklilikleri, mağdurun veya toplumun korunma ihtiyacı dikkate alınarak belirlenir. Bu yöndeki karar, vaka sorumlusunun talebi ve komisyonun önerisi üzerine Adalet Bakanlığı Denetimli Serbestlik Daire Başkanlığı'na bağlı Elektronik İzleme Şube Müdürlüğü tarafından verilir. Bu kararın adli makamlar tarafından verilmesi gerektiği savunularak idare tarafından elektronik cihazla takip kararı verilmesi eleştirilmektedir⁷².

Elektronik cihazla takipte telefon robot, kilitli bilezik ve veri cihazları gibi teknolojiler kullanılmakla birlikte uygulamada sıklıkla kullanılan cihaz, "elektronik kelepçe" olarak bilinen kilitli bileziktir⁷³. Elektronik kelepçe ile takip edilecek şüpheli, sanık veya hükümlü cihazı kullanılır durumda bulundurma yükümlülüğü, kararın infazı için gerekli olan kısıtlamalar ve kullanım kuralları hakkında yazılı olarak detaylıca bilgilendirilmelidir. Kişinin kurallara aykırı davranması, yükümlülük ihlali sayılacaktır.

G. Denetimli Serbestlik Tedbirinin Sona Ermesi

1. Koşullu Salıverilme ile Sona Erme

CGTİK m. 105/A/9'a göre denetimli serbestlik sürecinde yükümlülüklerin gereklerine ve denetim planına uygun davranan hükümlü hakkında denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından gerekçeli bir rapor hazırlanır. Hükümlünün koşullu salıverilmesi için gerekli olan bu raporun hazırlanması neticesinde hükümlü hakkında CGTİK m. 107 ve m. 108 uyarınca koşullu salıverilme

⁷¹UMUDUM, Cafer Erdem: Denetimli Serbestlik Bağlamında Elektronik İzleme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 111-129.

⁷²UMUDUM, s. 110.

⁷³Elektronik cihazla takipte kullanılan sistemler hakkında bkz. YILDIRIM, Nilay / VAROL, Asaf: "Türkiye'de ve Dünyada Elektronik İzleme Yöntemleri ve Elektronik İzlemede Kullanılan Cihazlar Üzerine Bir Araştırma", Türkiye'de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı "Uluslararası Yaklaşımlar", Ed. Deniz Özyörük, Atalay Matbaacılık, İstanbul, 2016, s. 195-205.

hükümleri uygulanabilir. Böylece hükümlünün koşullu salıverilmesi ile denetimli serbestlik süreci sona ermiş sayılacaktır.

2. Ceza İnfaz Kurumundan Ayrıldıktan Sonra Denetimli Serbestlik Müdürlüğüne Müracaat Etmeme Sebebiyle Sona Erme

Hükümlünün, denetimli serbestlik kararı sonrası ceza infaz kurumundan ayrılmasını izleyen beş gün içinde, talebinde belirttiği denetimli serbestlik müdürlüğüne kendiliğinden müracaat etmesi gerekir. Aksi takdirde CGTİK m. 105/A/6-a uyarınca denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hâkimliği tarafından koşullu salıverilme tarihine dek açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilecektir.

3. Yükümlülük ve Programa Uymamada İsrar Etme Nedeniyle Sona Erme

CGTİK m. 105/A/6-b'ye göre hükümlünün denetimli serbestlik yükümlülüklerine, denetim ve iyileştirme programına ya da denetim planına uymamakta ısrar etmesi halinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hâkimliği tarafından koşullu salıverilme tarihine dek açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir.

Yükümlülükler uymamada “ısrar etme” halinin ne zaman oluşacağı kanunda olmasa da DS Yönetmeliği'nde gösterilmiştir. DS Yönetmeliği m. 44/1'e göre yükümlülüğün yerine getirilmesi için uyulması gereken kurallar ile karara uygun olarak hazırlanan programa ve denetimli serbestlik personelinin bu kapsamdaki uyarı ve çağrılarına uyulmaması yükümlülüğün ihlali sayılacaktır. İhlal halinde denetimli serbestlik altındaki kişiye bir uyarı yazısı tebliğ edilir. DS Yönetmeliği m. 44/3'e göre kişinin bir yıl içerisinde iki defa yükümlülük ihlali gerçekleştirmesi, yükümlülüğe uymamada ısrar etme sayılır. Gerçekten de ısrar unsurunun oluşması için yükümlülüğün tek bir kez ihlali yeterli olmamalı, hükümlü ilk ihlaline dair uyarılmasına rağmen yükümlülüğünü yeniden ihlal etmiş olmalıdır⁷⁴. Bir yıl içerisinde ikinci ihlalin tespit edilmesiyle denetimli serbestliğin infazı sonlandırılarak kişi hakkındaki kayıt kapatılır. Yargıtay'a göre bir yıl içindeki ikinci ihlal, ilk ihlalden dolayı yapılan uyarıya itiraz süresi içinde yapılırsa dahi denetimli serbestlik dosyasının kapatılması ile sonuçlanacaktır⁷⁵.

Kişinin denetimli serbestlik sürecini başarıyla tamamlaması için hakkında

⁷⁴MECİT, Kemal: İnfaz Hukuku, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2017, s. 573.

⁷⁵Yargıtay 1. CD. 2018/5599 E., 2019/853 K. sayılı ve 18.02.2019 tarihli kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=1cd-2018-5599.htm> (E.T.: 27.04.2020)

karar verilen yükümlülükler tam olarak uyması gerekir. Buna karşılık geçerli bir mazereti olması halinde kişinin hakkında belirlenen yükümlülüğü yerine getirmemesi, denetimli serbestlik sürecinin sonlandırılması ile sonuçlanmayacaktır. Bu mazeretlerin denetimli serbestlik müdürlüğüne, yükümlülüğün ihlalden önce bildirilmesi gerekir. DS Yönetmeliği m. 43 ile mazeretini bildiren yükümlüye beş güne kadar izin verilebileceği ve hakkında izin belgesi düzenleneceği belirtilmiştir. Yine DS Yönetmeliği m. 44/6 ile bildirilen mazeretin denetimli serbestlik komisyonu tarafından değerlendirileceği bildirilmiştir. Bu doğrultuda, yükümlülüğün ihlali sebebi sonradan bildirilir ve müdürlük tarafından haklı görülürse, ihlalin sonuçları ortadan kalkacaktır.

Hükümlü, yükümlülüğü ihlal ettiği gerekçesiyle kendisine gönderilen uyarıya karşı infaz hâkimliği önünde şikâyet hakkına sahiptir. Şikâyet ve şikâyet başvurusuna ilişkin karara itiraz yolları DSHK m. 18 ile gösterilmiştir. Bu şikâyet ve karara ilişkin itiraz süreçleri, 4675 s. İnfaz Hâkimliği Kanunu m. 6 uyarınca incelenecektir.

4. Ceza İnfaz Kurumuna Geri Dönmek İsteme Nedeniyle Sona Erme

CGTİK m. 105/A/6-c uyarınca denetimli serbestlik sürecindeki hükümlü, ceza infaz kurumuna geri dönmek istediğini bildirirse denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hâkimi, koşullu salıverilme tarihine dek cezanın açık ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verebilir. Denetimli serbestlik talebe bağlı bir kurum olduğuna göre, kişinin bu talebinden dilediğinde vazgeçebileceğini kabul etmek yerinde olacaktır.

5. Yeni Kamu Davası Açılması Nedeniyle Sona Erme

14.04.2020 tarihli ve 7242 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen CGTİK m. 105/A/7'ye göre hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başladıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılmış olması hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hâkimi tarafından, hükümlünün açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilmesi mümkündür. Kovuşturma neticesinde hükümlü hakkında beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde infaz hâkimi denetimli serbestlik tedbirine devam olunmasına karar verecektir.

CGTİK m. 105/A/7'nin 6291 sayılı Kanun ile yürürlüğe giren ilk halinde

de hükümlü hakkında yürütülen ceza soruşturması ve kovuşturmalarının denetimli serbestlik sürecini sonlandıracağı ve hükümlünün kapalı ceza infaz kuruma gönderileceği düzenlenmişti⁷⁶. İlgili maddenin ilk halinde yer verilen (b) bendi ile denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlamadan önce işlendiği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı hükümlü hakkında soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi halinde bu hüküm uygulanacaktı. Hükümün (c) bendi ile de denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı suçtan dolayı hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen hükümlü hakkında sözü edilen usulün uygulanacağı düzenlenmişti. Anayasa Mahkemesi, 2013/133 E., 2013/169 K. sayılı ve 26.12.2013 tarihli kararı ile bu bentleri iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesinde bu kurallar ile henüz işleyip işlemedikleri belli olmayan bir suç nedeniyle kişilerin denetimli serbestlik kurumundan yararlanamama yaptırımına tabi tutulduğunu, bunun suçsuzluk karinesine aykırı olduğunu, hukuk güvenliğini ihlal ettiğini değerlendirmiştir⁷⁷. Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı, öğretide de olumlu değerlendirilmiştir⁷⁸. Sözü edilen hükümün 7242 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen 7.

⁷⁶ CGTİK m. 105/A'nın 05.04.2012 tarih ve 6291 s. Kanun ile yürürlüğe girdiği haliyle 7. fıkrası şu şekilde düzenlenmişti: "Hükümlü hakkında;

a) İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100 üncü maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi,

b) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi,

c) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması, hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hâkimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir. Hükümlü hakkında soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verilir."

⁷⁷Anayasa Mahkemesi'nin 2013/133 E., 2013/169 K. sayılı ve 26.12.2013 tarihli kararından: "İtiraz konusu kurallar uyarınca hükümlüler hakkında; denetimli serbestlik kararının verilmesinden önce veya sonra, kurallarda cezalarının alt ve üst hadleri gösterilen suçları işledikleri iddiasıyla soruşturma veya kovuşturmaya başlanmış olması veya devam edilmesi hâlinde tekrar kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri kanun koyucu tarafından bir tedbir olarak düzenlenmiş ise de, söz konusu kurallar bu kişilerin suçlu sayıldıkları gerekçesiyle bir yaptırım niteliğine dönüşmektedir. Bunun yanında kurallar; denetimli serbestlikten yararlanma hakkını ve denetimli serbestlik kurumundan hükümlü ve toplu lehine beklenen kamusal yararı ortadan kaldırmaktadır. Kanunun çıkarılma amacı ile çelişen bu hususlar ise hükümlülerin henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan bir suçtan dolayı suçlu olarak nitelendirilmelerine yol açıp Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen "suçsuzluk karinesi" ile bağdaşmamaktadır. Öte yandan, itiraz konusu kurallar; ilgilileri, suçlulukları ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılmaları olanağından ve bu olanağı yürürlüğe koyan üstün hukuk kurallarından yararlanmalarını engellemekte ve hukuk devletinin ilkelerinden olan hukuki güvenlik ilkesini de ihlal etmektedir."

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8714f840-5fee-4cef-90c4-67f888432d9e?excludeGerekece=FaIse&wordsOnly=False> (E.T.: 25.04.2020)

⁷⁸DEMİRBAŞ: Ceza Genel, s. 614.

fıkrasının Anayasa Mahkemesinin anılan kararı ile uyumlu olmadığını ileri sürmek mümkündür. Zira hükmün yeniden düzenlenen haline göre kişi hakkında sabit görülen bir ceza mahkûmiyeti olmamasına rağmen, salt kovuşturma yürütülmesi gerekçesiyle denetimli serbestlik tedbirinin sona erdirilmesi mümkün hale getirilmiştir. Bu da Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinde işaret ettiği masumiyet karinesiyle bütünüyle bağdaşır bir düzenleme olmamıştır.

Sonuç

Denetimli serbestlik, kişi hürriyetini bağlayıcı cezaların yerine getirilmesine alternatif bir kurum olması yönüyle son derece önemlidir. Nitekim denetimli serbestlik benzeri uygulamalar 19. yüzyıl itibarıyla tüm dünyada kendine yer bulmaya başlamıştır. Aynı dönemde Osmanlı Devleti'nde de başta kefalet benzeri sistemler ve bir kısım Tanzimat dönemi cezaları olmak üzere denetimli serbestliğe benzer görünümdeki uygulamalar görülmeye başlamıştır. Ardından modern infaz sistemlerinde bugünkü görünümüyle denetimli serbestlik sistemleri kurulmaya başlamış, böylece denetimli serbestliğin denetim, yardım, rehberlik, koruma ve önleme fonksiyonları işler hale gelmiştir. Denetimli serbestlik tedbiri ülkemizde ise 2005 yılında yapılan ceza hukuku reformu ile kendine sistemli bir yer edinmiştir.

Denetimli serbestlik, infaz hukuku kapsamında akla ilk gelen anlamı ile hapis cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı kurumunu ifade etmektedir. Ancak aslen denetimli serbestlik sistemi bundan çok daha geniş amaç, araç ve usuller içermektedir. Öyle ki ülkemizde teşkilatlandırılan denetimli serbestlik sistemi, ceza adaleti sisteminde yerine getirilmesi kararlaştırılan pek çok tedbir ve programı hayata geçiren mekanizmalar barındırmaktadır. Denetimli serbestlik sistemi, suçlanan veya suç işlemiş kişilerin toplumdan dışlanmışlık hissinden kurtulmasını sağlayarak bu kişileri toplumla barıştıracak mekanizmalar içerir. Bu sistem içindeki kişiler kamuya yararlı işlerde çalışarak, sosyal ve kişisel becerilerini geliştirdikleri programlara katılarak yaşama dair yeni alışkanlık ve gayeler edinme şansı yakalamaktadırlar.

Çalışmamızın da konusunu oluşturan hapis cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazını ayrıca ele almak gerekir. Toplumda suç tartışıldığında akla çoğu zaman yalnızca bir kimlik olarak suçlu gelmekte, olaylara münferit yaklaşılarak suçluyu üreten mekanizmalarla bütüncül mücadeleler göz ardı edilmektedir. Bu da suça karışan her bir kişinin toplumdan izole yaşamasıyla sonuçlanmakta, ceza adaleti sistemindeki

infazı tamamlanan kişi, bu defa da toplumun acımasız sosyal yaptırımlarına maruz kalmaktadır. Bu kaçınılmaz sosyal olgu, devletlere cezalandırdığı kişileri yeniden topluma kazandırma yükümlülüğü yüklemektedir. Denetimli serbestlik, devletin bu amacı gerçekleştirme yönündeki en güçlü araçlarından biridir. Bu özelliği, denetimli serbestlik sistemini son derece dikkatli ele alınması gereken bir sistem haline getirmektedir. Çünkü burada ceza adaleti sisteminin devrede olduğu fakat hükümlüye kişi özgürlüğünün büyük ölçüde geri verildiği gri bir alan mevcuttur. Bu gri alanda devletin kişiyi yeniden suça karışmaktan alıkoyacak tüm önlemleri alarak başta suçun mağdurunu ve ardından tüm toplumu koruma yükümlülüğü de devam etmektedir. Diğer bir deyişle denetimli serbestlik, devletin hem toplumu hükümlüden hem hükümlüyü toplumdan koruması gereken kurumlar barındırmaktadır.

Ülkemizde denetimli serbestlik sisteminin işleyişiyle ilgili pek çok uygulama sorunu yaşanmakla birlikte bunlardan belki de en önemlisi denetimli serbestlikten yararlanacak hükümlülerin tabi olduğu şartların sık sık değişikliğe uğramasıdır. Öyle ki denetimli serbestlik ve koşullu salıverilmeye ilişkin hükümlerin değiştirilmesi, kanun koyucunun ceza ve infaz politikasına dair iradesini ortaya koymasında adeta bir refleks haline gelmiş durumdadır. Bu değişiklikler toplumun büyük bir kesimi ve aynı zamanda hukukçular tarafından “örtülü af” olarak değerlendirilirken hukuka duyulan güvenin sarsılmasına da yol açmaktadır. Ayrıca kanunlarda yapılan son derece karışık değişiklikler de uygulamada hukukçular için dahi duraksamalara yol açmakta, cezanın öngörülebilirliğine gölge düşürmektedir.

7242 sayılı Kanun ile hapis cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazına dair getirilen en önemli değişiklik, CGTİK Geçici m. 6’da yapılan değişikliktir. En başta 15.08.2016 tarih ve 671 sayılı KHK ile getirilen Geçici m. 6’nın 7242 sayılı Kanun’la değişik haline göre, 30.03.2020 tarihinden önce işlenen suçlar için özel bir rejim öngörülmüştür. Kural olarak bu tarihten önce işlenen suçların cezasının infazında, normalde bir yıl olan denetimli serbestlik süresinin “üç yıl” olarak uygulanacağı öngörülürken küçük çocuk sahibi kadın hükümlüler ile 70 yaşını bitiren veya 65 yaşını bitirip yaşamını idame ettiremeyen hükümlüler hakkında özel süreler düzenlenmiştir. Öte yandan, bu özel rejimden istisna tutulan suçlar, hükmün 2016 yılında yürürlüğe giren orijinal haline göre genişletilmiştir. İhmali hareketle kasten öldürme, işkence, eziyet, yüzde sürekli değişikliğe yol açacak surette yaralama suçları da bu defa istisna kapsamında tutulmuştur.

Ayrıca bu düzenlemeye göre 30.03.2020 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından, denetimli serbestlik rejiminin uygulanması için açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunma koşulu da aranmamaktadır. 7242 sayılı Kanun'un hapis cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazının genel rejimine ilişkin getirdiği önemli değişikliklerden biri ise daha öncesinde aranan “son altı ayını kesintisiz olarak ceza infaz kurumunda geçirme” koşulunun kaldırılmasıdır. Buna göre değişiklik sonrasında denetimli serbestlikten yararlanabilmek için hükümlünün açık ceza infaz kurumunda veya çocuk eğitimevinde bulunması yeterli görülmektedir. Yine ilgili Kanun'la getirilen ve denetimli serbestlik sistemini yakından ilgilendiren bir diğer değişiklik de iyi hal değerlendirmelerine ilişkindir. Değişikliğe uğrayan CGTİK m. 89/1 ile Gözlem ve Sınıflandırma Merkezleri ile Hükümlülerin Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik doğrultusunda, iyi hal değerlendirmeleri “otomatik” olmaktan çıkarılarak her bir hükümlü özelinde gözleme dayalı ve gerekçeli tahlillerin yapılmasının önü açılmıştır. Cezanın rehabilitasyon amacının yerine getirilmesinde bu düzenlemelerin oldukça yerinde olduğu belirtilmelidir.

Ceza adaleti sisteminde son derece önemli yeri olan denetimli serbestlik kurumunun yalnızca ceza infaz kurumlarındaki nüfusun azaltılması için kullanılacak bir araç olarak görülmemesi; psikolojik, sosyolojik, ekonomik pek çok boyutuyla sosyal bir mesele olarak ele alınması, toplumsal uzlaşa içinde tartışılması gerekir. Fikrimizce ancak bu şekilde kurgulanan yapısal değişikliklerle denetimli serbestlikten gerçekçi faydalar elde edilebilir.

Kaynakça

[1] ALAN-AKCAN, Esra: “7242 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Değerlendirilmesi”, in: Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu: Bildiri Tam Metin Kitabı (29-30 Mayıs 2020), Ed. ÇALIŞKAN, Yusuf / GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz Bozkurt / EROL, Ömer Faruk / DÜLGER, Ahmet / AHTER-YAKACAK Gülnihal, KAFALI, Ömer Faruk, İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020, s. 635-658.

[2] APAYDIN, Cengiz / KAPLAN, Hasan: “Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y:5 S: 2, 2019, ss. 185-207.

[3] ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin /

ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.

[4] ATALAY, Osman: “7242 Sayılı Yeni İnfaz Yasasının Getirdikleri”, Terazi Hukuk Dergisi, C: 15, S: 166, 2020, s. 1234-1248.

[5] CİHAN, Erol / CANKURT, Ezgi / KİTAPÇIOĞLU, Tülay: “Denetimli Serbestlik”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 2 S: 3, 2016, ss. 51-75.

[6] ÇALIŞKAN, Suat / GÜREL, Ali: Cezaların ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı, Adalet, Ankara, 2020.

[7] DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.

[8] DEMİRBAŞ, Timur: İnfaz Hukuku, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.

[9] DURNESEU, Ioan: “The Future of Probation in Europe: Common in the Middle and Diverse at the Edge”, *Probation Journal*, C. 60, S. 3, 2013, s. 316-324.

[10] GÖKTEPE, Kaya: “Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımı ve Kamuya Yararlı İşlerde Çalıştırma Yaptırımının Tarihsel Gelişim Süreci”, *TAAD*, Y: 10 S: 37, 2019, ss. 227-269.

[11] HARRIS, Robert: “Probation Round the World: Origins and Development”, in: *Probation Round the World: A Comparative Study*, Ed.: HAMAI, Koichi / VILLÉ, Renaud, HARRIS, Robert / HOUGH, Mike / ZVEKIC, Ugljesa, Taylor & Francis, New York, 2005

[12] KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.

[13] NELLIS, Mike: “Humanising Justice: The English Probation Service up to 1972”, in: *Handbook of Probation*, Ed. GELSTHORPE, Loraine / MORGAN, Rod, Willan Publishing, Devon/Oregon, 2007.

[14] MECİT, Kemal: İnfaz Hukuku, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2017.

[15] ÖZBEK, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 12. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.

[16] ÖZBEK, Veli Özer: “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Hakkındaki Değerlendirmelerimiz”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 15 S. 42, 2020, s. 301-312.

[17] ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı,

Seçkin, Ankara, 2020

[18] ÖZGENÇ, İzzet / BAYRAKTARLI, İhsan Yılmaz: “İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sayısındaki Artış Sorunu ve Çözüm Önerisi”, *Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:23 S:1, 2019, ss. 129-139.

[19] ÖZGENÇ, İzzet / SÖZÜER, Adem / KOCA, Mahmut: “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E-yayın; [https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86erlendirmesi-\(2020.04.06\).pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=i%CC%87nfaz-kanunu-deg%CC%86is%CC%A7iklik-teklifi-deg%CC%86erlendirmesi-(2020.04.06).pdf)) (Erişim tarihi: 13.11.2020)

[20] ÖZTÜRK, Bahri / ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020

[21] TOK, Türker: “Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılmaları”, *THD*, S: 31, Mart 2009, ss. 115-125.

[22] TURHAN, Faruk / ALTIKAT, Abdurrahim: “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları”, *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:2 S:2, 2012, ss. 1-46.

[23] TÜRKMEN, Metin: “Ceza Sosyolojisi Açısından Türkiye’de Ceza Adalet Politikaları ve Denetimli Serbestlik”, *Mediterranean Journal of Humanities*, C: 8 S: 1, 2018, ss. 379-397.

[24] UMUDUM, Cafer Erdem: Denetimli Serbestlik Bağlamında Elektronik İzleme, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

[25] USTA, İbrahim / ÖZTÜRK, Hakan: “Denetimli Serbestlik”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:5 S: 13, 2010, ss. 7-46.

[26] UYSAL, Osman: “XIX. Yüzyılda Osmanlı’da İç Güvenlik ve Asayişin Temini Açısından Kefalet Sistemi”, Balıkesir Üniversitesi F.E.F. Karesi Tarih Kulübü Bülteni, Y: 2007 S:1, ss. 1-30. http://karesitarikh.balikesir.edu.tr/1_XIX_yuzyil_kefalet.pdf (E.T.: 27.04.2020).

[27] VANSTONE, Maurice: “The International Origins and Initial Development of Probation: An Early Example of Policy Transfer”, *British Journal of Criminology*, C: 48 S: 6, 2008, s. 735-755.

[28] YAVUZ, Hakan A.: Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Seçkin, Ankara, 2018.

[29] YAVUZ, Hakan A.: “Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemi İçerisindeki Genel Görünümü Üzerine”, *Adalet Dergisi*, Y: 2012 S: 42, ss. 58-75.

[30] YAVUZ, Hakan A.: “Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci”, *TBB Dergisi*, Y:2012 S:100, ss. 317-342.

[31] YAVUZ, Hakan A.: “Olması Gerekenin Ne Kadar Uzağındayız? Denetimli Serbestlik Uygulamaları Bağlamında Türk Ceza İnfaz Sistemi Üzerine Düşünceler”, *Uluslararası Denetimli Serbestlik Bağlamında Suç Sosyolojisi ve Rehabilitasyon Uygulamaları Sempozyumu Bildiri Kitabı*, Atatürk Üniversitesi, Erzurum, 2018, ss. 128-139.

[32] YAVUZ, Hakan A.: “Türkiye’de Denetimli Serbestlik Mümkün müdür? Dünü, Bugünü ve Yarınıyla Türk Ceza Adalet Sisteminde Denetimli Serbestlik”, *Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı “Uluslararası Yaklaşımlar”*, Ed. Deniz Özyörük, Atalay Matbaacılık, İstanbul, 2016, ss. 15-23.

[33] YILDIRIM, Nilay / VAROL, Asaf: “Türkiye’de ve Dünyada Elektronik İzleme Yöntemleri ve Elektronik İzlemede Kullanılan Cihazlar Üzerine Bir Araştırma”, *Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı “Uluslararası Yaklaşımlar”*, Ed. Deniz Özyörük, Atalay Matbaacılık, İstanbul, 2016, ss. 195-205.

İNTERNET ORTAMINDA İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ^{1*}

Av. Jindar UÇAR^{2**}

Öz

Bu makalede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ve ifade özgürlüğü çatısı altında basın özgürlüğünün internet alanındaki yansımaları ele alınmıştır. İfade ve basın özgürlüğü kavramları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde tanımlanmış ve bu özgürlüklerin birbiriyle ilişkisi açıklanmaya çalışılmıştır. İnternetin ifade ve basın özgürlüğü alanında artan önemine vurgu yapılmış, dünyadan örneklerle konuya açıklık getirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları ile ifade ve basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin temel kriterler örnek kararlar üzerinden tartışılmıştır. Devamla, Türkiye'de internette ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin uygulamaların yanı sıra Anayasa Mahkemesi'nin Twitter, Youtube ve Wikipedia kararları incelenmiştir. Son yıllarda yaşanan gelişmeler ışığında kamuoyunun "Sosyal Medya Yasası" olarak bildiği 7253 sayılı yasa değişikliği incelenmiştir. Yasanın ifade özgürlüğüne üzerindeki etkileri tartışılmış ve Türkiye'nin internette ifade ve basın özgürlüğü ilişkin politikalarına eleştirel bir değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Basın Özgürlüğü, İnternet, Erişim Engellemeleri, 5651 Sayılı Kanun.

Freedom of Expression and Press in the Internet Environment

Abstract

This study will look at freedom of expression which is protected by Article 10 of the European Convention on Human Rights and freedom of press inherent to it, in relation to the reflection of that right on the field of internet.

^{1*} Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.05.2021- Kabul Edildiği Tarih: 21.09.2021

^{2**} Van Barosu, İstanbul Aydın Üniversitesi Bilişim Hukuku Yüksek Lisans Programı, jindarucar@stu.aydin.edu.tr; ORCID: 0000-0001-6946-0484

DOI:10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_y07i2006

Definitions of freedom of expression and press are evaluated within the scope of ECHR, as well as how one impacts the other. The core value of the internet among both fields is emphasized, whilst clarifying the subject through case-laws worldwide. The fundamental tenets of ECtHR regarding the restriction of freedom of speech and the press, discussed in light of well-established case-laws of the Court. In addition to impositions of restrictions in Turkey, judgments of the Constitutional Court, namely Twitter, Youtube, and Wikipedia, argued thereafter. In light of recent developments, the amendment of the law number 7253, which is known as “Social Media Law”, will be examined. The impact of relevant law and politics of Turkey on freedom of speech and the press have been assessed critically.

Keywords: *Freedom of Expression, Freedom of the Press, Internet, Access Blocking, Law No.5651.*

Giriş

Toplumsal bir varlık olarak birey, kamusal ve gündelik hayata dair fikir üretebilmekte ve dilediğinde bu fikirleri sahip olduğu haklarla ortaya koyabilmektedir. Toplumsal durum ve olaylardan etkilenen, sosyal politikaların hayatlarına doğrudan etki ettiği bireyler, söz konusu durum, olay ve politikaları destekleyen veya bunlara eleştirel yaklaşan düşünce ve kanaatlere ulaşabilirler. Düşünme sürecinin sonunda ulaşılan fikirlerin toplum ile paylaşılması noktasında ise ifade özgürlüğü ön plana çıkmaktadır. Dış dünyaya aktarılmayan ve bireyin iç dünyasında kalmış düşüncenin engellenebilmesi mümkün olmadığından ifade özgürlüğü esas olarak düşüncenin paylaşılması ile gündeme gelmektedir. Bu nedenle ifade özgürlüğünün esasını bilgi, haber ve düşüncelere erişebilme ile düşüncelerini herhangi bir engelleme ve kısıtlamaya maruz kalmadan açıklayabilme ve yayabilme özgürlüğü oluşturur. Toplumdaki bireylerin düşünsel olarak aynı noktada buluşması beklenemeyeceği gibi bireyin toplumu rahatsız edebilecek, toplumsal kabullere aykırı düşüncelere sahip olması da olağandır. Burada önemli olan, bireyin toplumun bir bölümünü ya da siyasal iktidarı rahatsız eden düşüncelerinin de ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerekliliğidir. Bu durum aynı zamanda özgürlükçü bir toplum olmanın gereklerinden biridir. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Handyside v. Birleşik Krallık³ davasında çoğulculuk, hoşgörü

³AİHM Handyside v. Birleşik Krallık Kararı; Başvuru No: 5493/72; 07/12/1976; paragraf 49, Bkz: <http://hudoc>.

ve açık fikirliliğin gereği olan ifade özgürlüğünü demokratik bir toplumun vazgeçilmezi olarak değerlendirmiş, ifade özgürlüğünün toplum ve bireyin gelişimi için önemine vurgu yapmıştır.

Demokrasi başta olmak üzere her yönetim anlayışında toplumun çeşitli şekillerde yönetime katılımı ve yönetim üzerinde denetimi söz konusu olmaktadır. Bu anlamda katılım ve denetim yetkisi, salt seçimlerde oy kullanma hakkından ibaret değildir. Gerçekten de toplumun kamusal alana dahil bir hak olduğu gibi aynı zamanda demokrasinin bir gereğidir. Bu açıdan ifade özgürlüğü çatısı altında basın özgürlüğü, toplumun kamusal alana katılımını sağlayan en önemli unsurlardan biridir. Zira basın, toplumun, yaşanan gelişmelerden haberdar olması, kamusal alanda meydana gelen gelişmeleri takip edebilmesi ve toplumsal politikalara itiraz edebilmesi noktasında ciddi bir rol üstlenmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de basın özgürlüğünün bu işlevlerinden yola çıkarak basının toplumsal alandaki temel rolünün kamu yararını ilgilendiren tüm konularda yükümlülükleri ve sorumlulukları ile tutarlı bir şekilde bilgi ve fikir vermek olduğunu, bu açıdan basının bir anlamda “*kamunun bekçi köpeği*” olduğu yönünde değerlendirmelerde bulunmuştur.⁴ Basının kamusal alanda üstlenmiş olduğu bu denetim fonksiyonu açısından yasama, yürütme ve yargı güçlerinden sonra dördüncü bir güç olarak ortaya çıktığı söylenebilir.⁵ Basının hükümetler tarafından engelleme ve kısıtlamalara maruz bırakılması ihtimali, basın özgürlüğünün güvence altına alınmasını ihtiyaç haline getirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İfade Özgürlüğü başlıklı 10. maddesinin 1. fıkrasında, ifade özgürlüğünün; kanaat özgürlüğünü, haber ve görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsadığını ifade edilmektedir. Sözleşme, basın özgürlüğünü de ifade özgürlüğü çatısı altında ele almaktadır. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları incelendiğinde, Mahkeme’nin basın özgürlüğü ihlaline ilişkin önüne gelen başvurularda AİHS 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı temelinde değerlendirme yaptığı görülmektedir.

Dünyada ve özelde Türkiye’de internetin ve teknolojinin gelişmesi ile birlikte ifade özgürlüğü de yeni bir boyut kazanmıştır. Öyle ki bireyler internet kullanımı ile dünyanın dört bir yanından anlık bilgiye saniyeler içerisinde erişebilmektedir. Toplum geçmiş dönemlerde gazete ve dergi

echr.coe.int/eng?i=001-57499 (Erişim Tarihi 30.12.2020)

⁴AİHM Rothe v. Austria Kararı; Başvuru No: 6490/07, 04/12/2012, paragraf 45, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-115005> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

⁵ İlker Erdoğan; “Dördüncü Güç Medyadan Beşinci Güç İnternete: Demokratik Bir Dönüşüm Mü Yaşanıyor?”, **Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, Yıl 2013, Cilt 8, Sayı 1, s. 176- 191

aracılığıyla bilgiye erişebilirken, zamanla radyo ve televizyon da bilgiye ulaşmada araç olarak ortaya çıkmıştır. Süreç boyunca genel itibariyle pasif konumda yer alan birey, günümüzde sosyal medya araçları üzerinden bilgiye erişmekle kalmayıp aktif bir içerik üretici konumuna geçmiştir.⁶ İnternette web 2.0 keşfi ile birlikte herhangi bir bilgisayar ya da mobil cihaz ile internete bağlanabilen her bireyin duygu ve düşüncelerini dünyanın her tarafından erişilebilir şekilde paylaşması mümkün hale gelmiştir.⁷ İnternetin daha hızlı ve etkin bir iletişim aracı haline gelmesi basın yayın organlarını da etkilemiştir. Öyle ki basılı gazete ve dergilerin yerini internet gazeteciliği ve e-dergiler almıştır. Yine birçok televizyon kanalı uydu frekansları ile yayın yapmanın yanı sıra internet üzerinden de canlı yayın yapmaya başlamıştır. Öte yandan Çin’de ortaya çıkıp dünyayı etkisi altına alan COVID-19 salgını sebebiyle 2020 yılı şubat ayından itibaren Dünya Sağlık Örgütü pandemi ilan etmiş ve birçok ülke karantina uygulamalarına geçmiştir.⁸ Bu süreçte kolektif ve bireysel internet kullanımını artmış, sosyal izolasyon toplumu internet kullanarak sosyalleşmeye sevk etmiştir.

I. İfade ve Basın Özgürlüğü

2.1. İfade Özgürlüğünün Kapsamı

Toplumsal eşitlik ve kapsayıcılık ile bireyin ve toplumun gelişimi açısından düşüncelerin açıklanabildiği ve tartışılabilirdiği bir ortamın varlığı elzemdir. Düşüncelerin özgürce açıklanabilmesi devletin pozitif yükümlülük olarak uygun tartışma ortamı sağlamasına bağlıdır. Aynı zamanda demokrasinin de gereği olan ifade özgürlüğü kavramı burada anlam kazanmaktadır.

Özek, ifade özgürlüğünün “*bir düşüncenin açıklanması hakkını*” kapsadığını ve “*bireylerin düşüncelerinin sınırlandırılmasının veya engellenmesinin*” mümkün olmadığını belirtmektedir.⁹ Akgül ise ifade özgürlüğünü kişinin iç dünyasındaki düşüncelerini, diğer bireyler tarafından bilinme özgürlüğü olarak tanımlamaktadır.¹⁰ Özek ve Akgül’ün tanımlarında olduğu gibi, bugüne değin ifade özgürlüğünün farklı tanımlamaları yapılmış olsa da bu çalışmada ifade özgürlüğün genel çerçevesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi esasları çerçevesinde açıklanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. maddesinde “*Herkes ifade*

⁶ Yavuz Selim Karakaya; “İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia’ya Erişim Engeli”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İNÜHF**- Cilt:9 Sayı:2 Yıl 2018, s. 106

⁷ Murat Volkan Dülger, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, Seçkin Yayınları, 2020 Ankara, s. 653

⁸ Bkz: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51614548> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

⁹ Çetin Özek, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul, İÜHF Yayını, 1978, s.27.

¹⁰ Mehmet Emin Akgül, **İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci Ve Milli Güvenlik Gereğiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması**, AUHFD, 61 (1) 2012:1-42.

özgürlüğü hakkına sahiptir.” ifadesinden sonra “*görüşlere sahip olma, bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerecektir.*” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.¹¹ Bu düzenleme uygulamada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından internet alanında ifade özgürlüğünü kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır. Mahkeme’nin, birçok kararında Sözleşme’yi “*yaşayan bir sözleşme*”¹² olarak değerlendirmesinin temel nedeni Sözleşme’nin günün koşullarına uygun yorumlanması gerektiğine olan inancıdır. Sözleşme, ifade özgürlüğünü genel hatlarıyla ele alsa da internette ifade özgürlüğünün de Sözleşme kapsamında güvenceye alındığı anlaşılmaktadır. Yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca 1966 yılında kabul edilen ve Türkiye’nin de 2000 yılında imzalayarak taraf olduğu Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi ifade ve basın özgürlüğünün uluslararası hukuktaki bir diğer güvencesidir. Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 19. maddesine göre; herkesin ifade özgürlüğü hakkı vardır, bu hak gerek sözlü, yazılı ya da basılı veya sanat eseri şeklinde, gerekse seçilen diğer herhangi bir yoldan, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, her türlü haber ve düşüncüyü araştırma, alma ve verme özgürlüğünü içerir.¹³ Uluslararası güvencelerin yanı sıra 1982 Anayasası da 26 vd. maddelerinde ifade özgürlüğü açısından ulusal güvence niteliğindedir. Bu noktada ifade ve basın özgürlüğü yönünden belirtilen güvencelerin sağlanabilmesi açısından devletlerin birtakım yükümlülükleri yerine getirmesi gündeme gelecektir.

2.2. İfade Özgürlüğünün Sağlanması Açısından Devletin Yükümlülükleri
İfade özgürlüğü, genel görünüş biçiminin aksine salt bireysel bir özgürlük alanı olmayıp esasen toplumsal alanda kitle iletişiminin ve siyasi alan çalışmalarının olmazsa olmazıdır.¹⁴ Bu temelde tanımlayacak olursak; ifade özgürlüğü, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın, bireysel veya kolektif olarak bilgi ve düşünceye erişme ile bilgi ve düşüncüyü yayma özgürlüğüdür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, taraf devletlere ifade özgürlüğünün güvenceye alınması noktasında pozitif ve negatif olmak üzere birtakım yükümlülükler yüklemiştir. Taraf devletlere düşen negatif

¹¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 10. Md. Sf: 11, Bkz: https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim Tarihi: 24.12.2020)

¹² AİHM Tyrer v. Birleşik Krallık Kararı; 5856/72, 25/04/1978, s. 15-16, paragraf 31, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587> (Erişim Tarihi: 24.12.2020)

¹³ Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi 04/06/2003 tarihinde 4868 Sayılı Kanun ile TBMM tarafından uygun bulunmuş, beyanlar ve çekince konulan maddeler ile birlikte 21/07/2003 tarih ve 25175 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Bkz: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm> (Erişim Tarihi: 24.12.2020)

¹⁴ Dülger, s. 652

yükümlülük, Sözleşme'nin 10/2 hükmünde yer alan ifade özgürlüğünün sınırlandırılma şartlarının bulunmadığı durumlarda bu hakka müdahale etmekten sakınmaktır. Bu açıdan taraf devletler, ifade ve basın özgürlüğünün dönük gerçekleştirecekleri her müdahalenin Sözleşme'de ifade edilen sınırlandırma şartları doğrultusunda gerekli ve zorunlu olduğunu ortaya koymak zorundadır. Taraf devletlere yüklenen pozitif yükümlülükler ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile şekillenmiştir. Mahkeme, Özgür Gündem v. Türkiye¹⁵ davasında pozitif yükümlülüğe atıfta bulunmuştur.

Merkezi İstanbul'da yer alan ve günlük yayın yapan Özgür Gündem, faaliyet gösterdiği 1992-1994 yılları arasında gazetecilik politikası sebebiyle birçok kez saldırıların hedefi olmuştur. Gazete bürolarına dönük bombalı saldırılar gerçekleşmiş, gazete çalışanları farklı zamanlarda gerçekleşen saldırılar nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Yine çalışanlarının birçok kez tehdit edilmesi ve gazetenin basım ve dağıtım faaliyetlerinin engellemesi açısından Mahkeme, devletin Sözleşme'den kaynaklı pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği yönünde tespitlerde bulunmuştur. Buna göre, ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili bir şekilde korunması, sadece kamu makamlarının bu özgürlüğe müdahale etmemesi olarak yorumlanamaz; kamu makamlarının aynı zamanda bireyler arası ilişkileri de içerecek şekilde koruma sunmak için tedbirler almasını da gerektirebilir. Mahkeme, pozitif yükümlülüğün taraf devletlere imkânsız ve orantısız bir yük getirecek şekilde yorumlanmaması gerektiği vurgusu ile birlikte somut olayda taraf devletten beklenebilecek tedbirlerin alınmadığına işaret etmiştir. Mahkeme, Hrant Dink v. Türkiye¹⁶ davasında da Özgür Gündem kararına atıfta bulunduktan sonra bazı durumlarda devletin, özel kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı ifade özgürlüğünü korumak yönünde pozitif yükümlülüğü olduğunu ifade etmiştir.

1996 tarihinden beri İstanbul'da Türkçe ve Ermenice olarak iki dilde haftalık yayın yapan Agos gazetesinin genel yayın yönetmeni olan Fırat (Hrant) Dink, 2004 yılında gazetede yayınlanan yazısı sebebiyle aşırı milliyetçi gruplar tarafından gönderilen ve bir kısmı yetkilere mercilere sunulan tehdit mektuplarının hedefi olmuştur. Süreç dahilinde yazıları sebebiyle birçok kez tehditlere maruz kalan ve uğradığı silahlı saldırı sonucu hayatını kaybeden Dink ile ilgili olarak Mahkeme, üçüncü kişilerden

¹⁵ AİHM Özgür Gündem v. Türkiye Kararı, 23144/93 16/03/2000, Paragraf 43, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58508> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

¹⁶ AİHM Hrant Dink v. Türkiye Kararı, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14.12.2010, paragraf 106, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121005> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

gelen saldırılara karşı etkili önlemlerin alınmadığını, başvuruçunun ifade özgürlüğünü korunmadığını, bu açıdan devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini ifade etmiştir. Mahkeme benzer bir yaklaşımı, Centro Europa 7 S.r.l - Di Stefano v. İtalya¹⁷ davasında ortaya koymuştur. Mahkeme, bu davada kamu makamlarının uydu frekans tahsisi konusunda kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirmediğini belirtmiş ve Yüksek İdare Mahkemesinin kararına dayanarak, bu konuda ana yükümlülüğün konuya ilişkin bir yasal düzenlemenin zamanında kabul edilmesi olduğunu vurgulamıştır. Kamu makamlarının bu ihmali, görsel-işitsel alanda frekansı olan diğer kuruluşların lehine bir sonuç ortaya çıkartırken, yeni yayıncı kuruluş olan başvuruçunun bu alana girişi fiilen engellemiştir. Mahkeme, ayrıca kamu makamlarının öngörülebilir ve açık bir yasal düzenleme kabul etme yükümlüklerini de yerine getirmediği sonucuna varmıştır. Bu açıdan pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

2.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Bakış Açısı

İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğünün birbiriyle olan sıkı ilişkisi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında sıkça yer bulmuştur. Mahkeme, verdiği kararlarda Sözleşme'de ele alındığı şekli ile ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünü birlikte ele almaktadır. Basın özgürlüğünü ifade özgürlüğü çatısı altında değerlendiren Mahkeme, Handyside v. Birleşik Krallık¹⁸ davasına konu olayda, başvuruçunun sahibi olduğu yayıncılık firması tarafından yayınlanan Küçük Kırmızı Ders Kitabı isimli kitabın Müstehcen Yayınlar Yasası'na aykırı olması sebebiyle toplatılmasına karar verilmiş ve başvuruçunun hakkında da para cezasına hükümlenmiştir. Başvuruyu inceleyen Mahkeme, ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme kararında ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temel kaynaklarından biri olduğuna atıf yapılmış, bu noktada sadece olağan karşılanan zararsız ya da önemsiz görülen bilgi ve düşüncelerin açıklanması açısından değil, devlete ve toplumun bir kısmına aykırı gelen onları rahatsız eden şaşırtıcı ve endişe veren düşüncelerin açıklanması açısından da bu özgürlüğün geçerli olduğunu ifade etmiştir.

Mahkeme'nin ifade ve basın özgürlüğü konusunda verdiği önemli kararlardan birisi de Sunday Times vs. Birleşik Krallık¹⁹ kararıdır. Etken

¹⁷ AİHM Centro Europa 7 S.r.l - Di Stefano v. İtalya Kararı, 38433/09, 07/06/2012, paragraf 134 vd., Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111399> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

¹⁸ Bkz: Dipnot 1

¹⁹ AİHM Sunday Times v. Birleşik Krallık Kararı, 6538/74, 26/04/1979, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

maddesi nedeniyle bebeklerin sakat doğmasına neden olduğu iddia edilen bir ilacın üreticisi hakkında Sunday Times gazetesinde eleştirel bir yazı yayınlanmıştır. Bunun üzerine şirket dava açılması için savcılığa başvurmuş ancak savcılık başvuruyu reddetmiştir. Gazetenin editörü yayınlanması planlanan ve şirketin kusurlarını ortaya koyan yeni bir yazıyı savcılığa sunmuştur. Ancak savcılık henüz yayınlanmayan yazı ile ilgili olarak yayın yasağı kararı almıştır. Mahkeme, söz konusu yazı ile ilgili yargının işleyişini engellemiş olacağı gerekçesiyle yayın yasağı konmasının, hedeflenen meşru amaçla orantılı olmadığı gerekçesiyle demokratik bir toplumda yargının otoritesinin korunması için gerekli olmadığına ve müdahalede ölçülülük kriterine uyulmadığına karar vermiştir.

Mahkeme'nin Jecker v. İsviçre²⁰ kararında ise kamu menfaatine ilişkin daha ağır basan bir sebep ile meşru gösterilmediği sürece, demokratik bir toplumda basın özgürlüğü için haber kaynaklarının korunmasının önemi ışığında bir gazeteciye haber kaynaklarını açıklaması için sunulacak herhangi bir zorunluluğun Sözleşme'nin 10. maddesi ile uyumlu olmadığını ifade etmiştir. Zira başvuru konusu olayda gazeteci olan başvurucu, yaşadığı bölgede yaklaşık on yıl boyunca esrar ve kenevir satan bir uyuşturucu satıcısı ile ilgili olarak bir köşe yazısı yazmasının akabinde savcılık tarafından ifade vermesi ve tanıklık yapması istenmiştir. Başvurucu tanıklık etmeme hakkını ileri sürmüştür ancak adli makamlar hafif uyuşturucu ticaretinin ağırlaştırılmış bir suç olduğunu ve söz konusu uyuşturucu satıcısının tespitine ilişkin tek yolun bu tanıklık olduğunu belirterek tanıklık etmeme hakkının kullanılamayacağına karar vermiştir. Başvurucu bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş ve Mahkeme verdiği kararda, ilgili hakka dönük bir müdahalenin gerekliliğinin ortaya konulmadığını, suçun belli bir kategoride yer almasının veya genel kavramlarla formüle edilmiş bir hukuki kurala konu olmasının müdahaleyi haklı kılacak bir zemini yaratmadığına vurgu yapmıştır. Yine Mahkeme, Mandli ve diğerleri v. Macaristan²¹ kararında gazetecilerin, sorularını önceden haber vermeden ve meclisin kayıt için belirlenen alanının dışında vekillere soru sorması nedeniyle beş ay boyunca Meclis'e giriş akreditasyonlarının askıya alınması, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi de çalışmanın ilerleyen bölümde inceleneceği üzere ifade ve basın özgürlüğünü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel

²⁰ AİHM Jecker v. İsviçre Kararı, 35449/14, 06/10/2020, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-205210> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

²¹ AİHM Mandli ve diğerleri v. Macaristan Kararı, 63164/16, 26/05/2020 Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202540> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

içtihatları ile paralel değerlendirmelerde bulunmaktadır. Özellikle Twitter, Youtube ve Vikipedi kararları ile Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü ile ilgili önemli tespitlere yer vermiştir.

II. İfade ve Basın Özgürlüğünün Sınırlandırılması

3.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Değerlendirme Ölçütleri

İnce Özer, ifade özgürlüğü ile düşüncelerin kamusal bir nitelik kazanmasının ancak düşünceyi aktarma özgürlüğü ile mümkün olabileceğini ifade etmektedir.²² Ancak ifade ve basın özgürlüğü demokratik sistemlerde olmazsa olmaz bir özgürlük olsa da bu hakkın sınırsız olması genel itibariyle kabul görmemiştir. Yaşam hakkı ve işkence yasağının aksine ifade ve basın özgürlüğü bazı durumlarda sınırlandırılabilir kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10. maddesi 1. fıkrasında ifade ve basın özgürlüğü güvence altına alınmış ancak maddenin 2. fıkrasında sınırlı sayıda olmak üzere sınırlandırma kriterleri sayılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünün sınırlandırma nedenlerini mümkün olduğunca dar yorumlayarak hakka sınırlamadan ziyade özgürlükçü bir bakış açısıyla yaklaştığını ortaya koymaktadır. Sözleşme ile taraf devletlere takdir yetkisi tanınmış olsa da Mahkeme, taraf devletlere tanınan takdir yetkisinin kötüye kullanılarak sözleşmenin ihlal edilip edilmediğini her somut olayda ayrıca değerlendirmektedir. Mahkeme Bergens Tidende ve diğerleri v. Norveç²³ kararında Sözleşme'de belirtilen istisnaların kesinlikle dar yorumlanması gerektiğini ve taraf devletçe herhangi bir kısıtlama ihtiyacının ikna edici bir şekilde belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önüne gelen davalarda ilk olarak yasallık veya kanunilik olarak ifade edebileceğimiz hukuken öngörülmuş olma kriteri açısından inceleme yapmaktadır. Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakkın sınırlandırılması açısından hakkın sınırlandırılma nedenlerinin kanunen düzenlenmiş olması gerekmektedir. Toplumdaki her birey söz konusu hakkın hangi durumlarda sınırlandırılabilirliğini öngörebilmelidir. Bu açıdan 1982 Anayasası'nın 26 ve 28. maddeleri de ifade ve basın özgürlüğünün hangi gerekçelerle sınırlandırılabilirliğini belirtmektedir. Mahkeme, hakkın sınırlandırılmasına dönük bir müdahalenin demokratik bir toplumda zorunluluğu da ayrıca tartışmaktadır. Bu ölçüt taraf devletlerin, Sözleşme 'de düzenlenen haklara ilişkin keyfi müdahalelerinin önüne

²² Esra İnce Özer, *İfade Özgürlüğü Ve Demokrasi Bağlamında Türkiye'de Sosyal Medya*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Gazetecilik Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, sf.24.

²³ AHM Bergens Tidende ve diğerleri v. Norveç Kararı, Başvuru No. 26132/95, 02.05.2000, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-58797> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

geçmeyi amaçlamaktadır. Demokratik toplumda zorunluluk, diğer hususların yanında hakka müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılması ve meşru amaçla orantılı olması gerekliliğini ifade etmektedir.²⁴ Bu açıdan taraf devletlerce hakka müdahale durumunda hakkın sınırlandırılmasının gerekliliğinin son çare olduğu somut bir şekilde ortaya konulmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kriterlerine atıfta bulunan Anayasa Mahkemesine göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez.²⁵

Ölçülülük veya orantılılık olarak ifade edilen son kriter ise esasen hukukun her alanında yer bulabilen bir ilkedir. Mahkeme, hakka dönük sınırlandırmanın amaçlanan hedef ile orantılı olup olmadığını her somut olayın koşullarına göre değerlendirmektedir. Bu açıdan demokratik toplumda zorunluluk ölçütü ile sıkı sıkıya bağlı olan bu kriter, taraf devletlere hakkın sınırlandırılması noktasında tanınan takdir yetkisinin çerçevesini çizmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından esas alınan bu ölçütler Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansımaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin Twitter kararı olarak bilinen Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu²⁶ kararında devletin bu takdir yetkisinin denetime tabi olduğunu ifade etmiş, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri çerçevesinde yapılacak denetimde genel ya da soyut bir değerlendirme yerine, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, sınırlama sebeplerinin niteliği gibi çeşitli unsurlara göre farklılaşan ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyacına vurgu yapmıştır.

3.2. Nefret Söylemi, Şiddete Teşvik ve Terör Propagandası Açısından

İfade ve basın özgürlüğü kapsamında yukarıda da açıklandığı üzere sınırsız bir koruma söz konusu değildir. Gerçekten de nefret söylemi, şiddete teşvik, terör propagandası durumlarında sınırlama Sözleşme'nin ihlali anlamına gelmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin nefret söylemi niteliğindeki ifadelerle ifade özgürlüğü kapsamında koruma sağlamamasının temel nedenlerinden biri de İkinci Dünya Savaşı sürecinde Yahudi ve

²⁴ AİHM, Silver ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 7136/75, 24/10/1983, paragraf 48-49, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57576> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

²⁵ AYM Youtube Llc Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, 2014/4705, 29/5/2014, Bkz: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4705> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

²⁶ AYM Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, 2014/3986, 02/04/2014, paragraf 41, Bkz: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3986> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

Çingenelere dönük gerçekleştirilen soykırımdır. Bu açıdan Mahkeme, nefret söylemi söz konusu olduğunda oldukça hassas davranmaktadır.

Mahkeme Carl Jóhann Lilliendahl v. İzlanda²⁷ kararına konu olayda, başvuru ilk ve orta öğretimde okullarda lezbiyen, gey, biseksüel ve transseksüellikle ilgili derslerin güçlendirilmesiyle ilgili kamuoyu tartışması sırasında internette yayımlanan bir yazıya cevaben yazdığı yorumlarında cinsel sapkınlık şeklinde eşcinselliği aşağılayan kelimeler kullanarak nefretini ifade etmiştir. Mahkeme, yerleşik içtihadı uyarınca bu söylemlerin nefret söylemi boyutuna vardığını tespit ederek, İzlanda Yüksek Mahkemesi'nin bu yorumların "ciddi, önyargıya dayalı ve ağır bir biçimde yaralayıcı" olduğu kararını desteklemiştir. Bu nedenle, söz konusu davada yerel mahkemelerin başvuruçunun ifade özgürlüğü ile cinsiyet ve cinsel azınlıkların haklarının korunması arasında bir denge kurarak verdiği kararların gerekçeli ve makul olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle, söz konusu davada yerel mahkemelerin başvuruçunun ifade özgürlüğü ile cinsiyet ve cinsel azınlıkların haklarının korunması arasında bir denge kurarak verdiği kararların gerekçeli ve makul olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme, benzer mahiyette bir kararı da Vejdeland ve diğerleri v. İsveç²⁸ davasında vermiştir. Başvuruçular, bir orta öğretim okulunda homoseksüellere karşı saldırı teşkil ettiği düşünülen yaklaşık 100 broşürü dağıtmaktan mahkûm olmuşlardır. Söz konusu broşürlerde homoseksüelliğin sapkın bir cinsel eğilim olduğu, toplumun temeli üzerinde ahlaki olarak tahripkâr bir etkisi bulunduğu, HIV ve AIDS'in artmasından sorumlu olduğu iddia edilmiştir. Mahkeme, bu ifadelerin nefret içeren eylemlere doğrudan çağrı yapmasa da ciddi ve önyargılı iddiaları içerdiğini tespit etmiştir. Mahkeme kararında, cinsel yönelime dayalı ayrımcılığın da ırk, köken veya renk ayrımcılığı kadar ciddi olduğunu vurgulamıştır. Başvuruçuların ifade özgürlüğü haklarını kullanmalarına yapılan müdahale İsveç makamları tarafından başkalarının şöhret ve haklarının korunması için demokratik bir toplumda gerekli görmüştür.

Mahkeme ifade özgürlüğünü tanımlarken toplumun belli bir kesiminde şok etkisi yaratabilecek rahatsızlık veren fikirlerin de ifade özgürlüğü çerçevesinde korunması gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Ancak şiddet çağrısı ve şiddetin övülmesi şeklindeki söylemler bu korumanın dışında

²⁷ AİHM Carl Jóhann v. İzlanda Kararı, 29297/18, 12/05/2020, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203199> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

²⁸ AİHM Vejdeland ve diğerleri v. İsveç Kararı, 1813/07, 09.05.2012, paragraf 54-55. Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109046> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

kalmaktadır. Leroy v. Fransa²⁹ davasında Mahkeme, Fransız karikatürist olan başvurucunun 11 Eylül saldırısı sonrası çizdiği karikatürün sadece ABD emperyalizminin eleştirilmesi ile sınırlı olmadığını, aynı zamanda şiddete başvurularak yok edilmesini desteklediğini ve bunu övdüğünü belirtmiştir. Mahkeme, karikatürün paylaşılmasında kullanılan başlık ve dil yönüyle binlerce sivil karşı gerçekleştirilen şiddeti meşru göstermeye çalıştığına ve faille moral sağladığına işaret etmiştir. Ayrıca söz konusu karikatürün Bask bölgesinde bir dergide yayınlanması sebebiyle Mahkeme, karikatür bölgede şiddeti artırmaya ve kamu düzeni üzerinde etki yaratmaya müsait belirli bir kamuoyu tepkisine neden olmuştur. Yerel mahkemelerin başvurucuyu mahkûm etme gerekçeleri “ilgili ve yeterli” kabul edilmiştir. Mahkeme, Selahattin Demirtaş v. Türkiye (No.3) kararında³⁰, 2005 yılında bir TV programına telefonla bağlanarak yaptığı konuşma ile ilgili olarak hakkında örgüt propagandası yaptığı iddiası ile yapılan yargılamayı Sözleşme’nin 10 maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen yargılama ile ilgili olarak Mahkeme, bir bütün olarak yapılan değerlendirmede söz konusu ifadelerin şiddete ve isyana teşvik etmediği, propaganda unsurlarını taşımadığı ve nefret söylemi niteliğinde olmadığına kararında yer vermiştir. Mahkeme, ertelenen ceza sebebiyle başvurucunun benzer bir açıklama yapması halinde cezaevine girme riskine de dikkat çekmiştir. Ayrıca söz konusu ifadelerin demokratik toplumu ilgilendirdiği bu açıdan ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Öte yandan Mahkeme, Zana v. Türkiye³¹ kararında, Diyarbakır eski Belediye Başkanı olan Mehdi Zana’nın 1987 yılında basına verdiği bir demeç nedeniyle halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu nedeniyle cezalandırılmasını ifade özgürlüğü kapsamında incelemiştir. Zana’nın verdiği demeçte katliamlara karşı olduğunu ifade ettikten sonra devamla “*herkes hata yapar, PKK kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyor*” şeklindeki ifadelerinin cezalandırılmasını demokratik toplumda gereklilik kriteri çerçevesinde değerlendirmiştir. Mahkeme verdiği kararda söz konusu açıklamaların çelişkili olduğu değerlendirmesine yer verdikten sonra Zana’nın söz konusu dönemde toplumdaki konumu ve Güneydoğu Anadolu’nun içerisinde

²⁹AIHM Leroy v. Fransa Kararı, 36109/03, 06/04/2009, paragraf 42-46. Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88715> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

³⁰AIHM Selahattin Demirtaş v. Türkiye Kararı, 8732/11, 09.07.2019, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-195137> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

³¹AIHM Zana v. Türkiye Kararı, 996/688/880, 25.11.1997, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58115> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

bulunduğu çatışmalı ortam göz önünde tutulduğunda söz konusu ifadelerin toplumsal açıdan ciddi riskler barındırdığını ifade etmiştir. Bu açıdan verilen cezanın meşru amaçla orantılı olduğu değerlendirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 10. Maddesine geniş bir perspektiften yaklaşmaktadır. Özgürlüğü kural, sınırlamayı istisna olarak ele alan Mahkeme, önüne gelen davalarda yukarıda örneklerle ifade edildiği üzere nefret söylemi, ırkçılık, terör propagandası ve şiddet çağrısı yapılmadığı sürece her düşüncenin korunması gerekliliğine inanır. Söz konusu düşüncelerin toplumun bir kesimini veya devleti rahatsızlık edebilecek, şok etkisi yaratan nitelikte olması Mahkeme'nin bu konudaki yaklaşımını değiştirmemektedir. Mahkeme'nin bu bakış açısının ifade ve basın özgürlüğü alanı olarak internet açısından da aynı doğrultuda olduğu söylenebilir.

III. İfade ve Basın Özgürlüğünün Yeni Alanı: İnternet

Günümüzde bilimin ilerlemesi ve gelişen teknoloji ile birlikte toplumsal alana hâkim olan internet, toplumun temel gereksinimleri arasında yerini almıştır. Ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile hacimce büyük haber ve fikirleri iletme imkânı gözetildiğinde internet, halkın haber almasında ve bilgilerin iletilmesinde önemli bir role sahiptir. Barındırdığı bilgilerle temel başvuru kaynağı haline gelen internet, kişilere milyonlarca içerik arasından özgür seçim şansı sunmakta; kamusal tartışmalara aktif katılım olanağı sunmaktadır. Bu çalışmanın kaleme alındığı tarihte We Are Social ve Hootsuite tarafından “Dijital 2020 Ekim Küresel Statshot Raporu”³² yayınlanmıştır. Dünyada internet erişimine ilişkin verilerin değerlendirildiği raporda, 2020 yılı Ekim ayı itibarıyla dünya çapında internet kullanıcı sayısının 4,66 milyar, sosyal medya kullanıcı sayısının ise 4,14 milyara ulaştığını tespit etmiştir. Bununla birlikte dünya nüfusunun yaklaşık %67'si olan 5,2 milyar kişinin cep telefonu kullandığına ilişkin değerlendirmenin ardından, her 10 internet kullanıcılarından 9'unun cep telefonu kullanarak internete bağlandığı tespitine yer verilmiştir. COVID-19 sebebiyle ilan edilen pandeminin internet kullanımına etkisinin de ele alındığı rapor bu çalışmanın hazırlandığı süreçte internetin dünya için önemini ortaya koymuştur.

³²We Are Social ve Hootsuite; “Dijital 2020 Ekim Küresel Statshot Raporu”, Söz konusu rapor periyodik olarak hazırlanan internet kullanımı değerlendirme raporudur. İnternet ve sosyal medya kullanımına ilişkin detaylı rapor için Bkz: <https://wearesocial.com/blog/2020/10/social-media-users-pass-the-4-billion-mark-as-global-adoption-soars> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

İnternetin yapısı itibariyle engellenmeye ve kısıtlanmaya uygun olmaması, onu özgürlüklerin kullanılması noktasında en etkin yöntem haline getirmiştir.³³ İnternetin giderek önem kazanmasının bir diğer nedeni ifade ve basın özgürlüğünün temel kullanım alanlarından biri olarak LinkedIn, Facebook, Youtube, Twitter, Instagram ve Tiktok gibi sosyal medya siteleri kullanıcılarına anlık ve direkt etkileşim kurma olanağı sağlamasıdır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki niteliği itibariyle Twitter, diğer sosyal medya sitelerine göre farklı bir konumda yer almaktadır. Yukarıda bahsi geçen “Dijital 2020 Ekim Küresel Statshot Raporu”nda; “*SEMrush’tan alınan en son veriler; Twitter’ın web sitesini her ay yaklaşık üç kat daha fazla kişinin ziyaret ettiğini gösteriyor. Bu şaşırtıcı görünse de hipotezimiz, bu “anonim” ziyaretçilerin önemli bir kısmının Twitter’a bir haber sitesi gibi davranmasıdır. Çoğu tweet, oturum açmadan bile erişilebilmesi, daha fazla ‘pasif’ ziyaretçinin bir Twitter hesabı oluşturması veya bir Twitter hesabı olsa bile oturum açması için belki daha az teşvik edici niteliktedir.*” şeklindeki değerlendirme Twitter’ın bireysel ve kolektif olarak ifade ve basın özgürlüğünün kullanımını noktasında yüklediği misyonu ortaya koymaktadır.³⁴

Son gelişmeler incelendiğinde yeni bir güç olarak nitelendirdiğimiz sosyal medya sadece ülkemizde değil dünyanın dört bir yanında önem kazanmıştır. 2009 yılında Moldova’da yapılan seçimleri Komünist Parti’nin kazanması üzerine seçimlere hile karıştığı iddiası eden binlerce kişi Twitter ve Facebook üzerinden örgütlenerek sokaklarda protesto eylemleri düzenlemiştir.³⁵ 2010 yılında ekonomik ve siyasi nedenlerle Tunus’ta başlayıp Ortadoğu coğrafyasında birçok ülkeyi etkisi altına alan ve “Arap Baharı” olarak nitelendirilen protesto eylemlerinde Twitter’ın yadsınamaz bir etkisi söz konusudur.³⁶ Yine 2011 yılında ABD’de gerçekleşen “Wall Street Occupy Eylemleri” gibi, ülkemizde 2013 yılında gerçekleşen “Gezi Parkı Eylemleri” sürecinde de kitleler eylem, haber ve bilgi paylaşımlarını genel itibariyle Twitter üzerinde gerçekleştirmiştir.³⁷ Ne var ki internetin ve buna bağlı olarak sosyal medyanın etkisi salt toplumsal alan ile sınırlı kalmamıştır. Greenpeace tarafından avlanılabilir asgari balık boyu ölçülerine ilişkin 2010

³³Dülger, s. 649

³⁴Bkz: Dipnot 27.

³⁵Bkz: <https://www.ntv.com.tr/dunya/moldovada-teknolojik-devrim,hjYfn-9CFU2C3IQ0m-0AYg> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

³⁶Ali Murat Kırık, “Arap Baharı Bağlamı’nda Sosyal Medya-Birey Etkileşimi ve Toplumsal Dönüşüm”, **21. YY’da Eğitim ve Toplum**, Cilt:1 Sayı:3 Kış 2012

³⁷Bkz: <https://www.ntv.com.tr/turkiye/gezi-parki-icin-24-saatte-2-milyon-tweet,EgVS7DclOUWNf0NZks6zUA> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

yılında başlatılan “Seninki kaç santim?” kampanyası sosyal medyada geniş yer bulmuş, sonuç olarak Tarım ve Orman Bakanlığı bu konuda kamuoyunu bilgilendirici çalışmalar yapmaya başlamıştır.³⁸

İnternetin ifade ve basın özgürlüğünün temel alanı haline gelmesi, doğal olarak bu özgürlüğe müdahaleleri de beraberinde getirmiştir. İfade ve basın özgürlüğüne dönük bir müdahale olarak erişim engellemeleri özellikle Türkiye’de sıklıkla başvurulan bir yöntem haline gelmiştir. Yakın geçmişte ülkemizde Youtube, Twitter, Wikipedia gibi sosyal medya siteleri ile birçok basın yayın kuruluşuna ait internet sitelerine erişim engeli getirilmiştir. Özellikle 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sonrası ilan edilen Olağanüstü Hal ve Olağanüstü Hal sürecinde çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler ile toplantı, gösteri ve yürüyüş hakkı kısıtlanmış, hükümet politikalarına eleştirel yaklaşan basın yayın organları üzerinde ciddi bir baskı oluşturulmuştur. 21 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen Olağanüstü Hal, 3’er aylık sürelerle olmak üzere toplamda 7 kez uzatılmıştır. Olağanüstü Hâl, 17 Temmuz 2018 gecesini itibarıyla hukuken sona ermiş olsa da fiili olarak toplumsal alanda etkilerini sürdürmektedir.³⁹ Süreç dahilinde basının maruz kaldığı kısıtlama ve engellemeler sansür olarak tanımlanabilir. Bunun bir sonucu olarak internet ifade özgürlüğünün temel merkezlerden biri haline gelmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de internette ifade ve basın özgürlüğüne ayrı bir önem atfetmektedir. Gerçekten de ifade özgürlüğünün ihlali iddiasıyla önüne gelen Newspaper Limited v. Birleşik Krallık⁴⁰ davasında Mahkeme, internet sitelerinin güncel haberlere erişimin ve daha genel olarak bilginin iletilmesinin kolaylaşmasına hizmet ettiği gerekçeleriyle internetin bütün olarak ifade özgürlüğünün korumasında olması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Karara konu olayda başvuru şirketin sahibi olduğu Times gazetesinde yayınlanan “*Kara para aklama suçundan şüpheli ikinci Rus*” ve “*Bir iş adamının karısı, eşinin mafya lideriyle ilişkisi olduğunu açıkladı.*” başlıklı iki farklı haber nedeniyle şirket hakkında yerel mahkemece tazminata hükmolunmuştur. Başvuru şirket, netice olarak söz konusu haberleri gazetenin internet sitesinden kaldırılmak zorunda kalmıştır. Şirketin başvurusu üzerine Mahkeme, ifade özgürlüğünün sadece haber içerikleriyle ilgili olmadığı, haberin veya düşüncenin yayılmasını sağlayan araçlar için de sağlanması gerektiğine karar gerekçesinde yer vermiştir.

³⁸ Bkz: <https://www.tarimorman.gov.tr/sayfalar/detay.aspx?ogecid=11&liste=slogan> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

³⁹ Bkz: <https://www.evrensel.net/haber/416560/vanda-ohal-yasaklari-4uncu-yilinda-hak-ihlalleri-artiyor> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

⁴⁰ AlHM Times Newspapers Limited v. Birleşik Krallık Kararı, 3002/03, 23676/03, 10/03/2009, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91706> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

Bu açıdan bakıldığında haber ve bilgi aktarımı noktasında önemli bir rol üstlenen internet ve sosyal medya araçlarının ifade özgürlüğü anlamında korunmalarının gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

İnternetin bireysel veya kolektif ifade özgürlüğünün yeni alanı haline gelmesi ile birlikte bu özgürlüğün kısıtlanmasına neden olabilecek gelişmeler yaşanmıştır. Gelinen noktada kamuoyunda “Sosyal Medya Yasası” olarak bilinen 7253 sayılı kanun bu konuda önemli bir yer tutmaktadır.⁴¹ 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’da değişiklik yapan ve sosyal ağ sağlayıcılarına ciddi yükümlülükler getiren kanun Resmî Gazete ’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Facebook, Instagram, Twitter, Periscope, Youtube ve Tiktok isimli sosyal ağ sağlayıcılarının her birine kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte tanınan süre içerisinde söz konusu yükümlülüklerini yerine getirilmemeleri sebebiyle 10 milyon TL idari para cezası kesilmiştir.⁴² Bu bölümde genel değerlendirmelere yer verilmiş olup konunun ayrıntıları çalışmanın devamında detaylıca tartışılacaktır.

IV. İfade ve Basın Özgürlüğüne Müdahale Olarak İnternete Erişim Engellemeleri

Devletler, internet ortamında hukuka aykırı veya zararlı içeriklere karşı toplumu korumak adına birtakım müdahaleler gerçekleştirmektedir. Bu durum Sözleşme kapsamında devletin pozitif yükümlülüğüdür. Genel itibariyle erişimi engelleme olarak tanımlanan bu müdahale yöntemleri ülkelerin gelişmişlik düzeyleri, teknolojileri ile insan haklarına yaklaşımlarına göre farklılık arz etmektedir.⁴³ Ülkemizde de bu yöntemler 5651 Sayılı Kanun ile düzenlenmiş ancak uygulama özellikle ifade ve basın özgürlüğü açısından birtakım ihlalleri beraberinde getirmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin aksine kazuistik bir metin niteliğindedir. Öyle ki yukarıda açıklandığı üzere Sözleşme’nin aksine 1982 Anayasası’nda basın özgürlüğü ayrı bir hükümde düzenlemiştir. Birçok Avrupa ülkesi temel hukuk metinlerinde bireyin internete erişim hakkını güvence altına alırken, 1982 Anayasası ifade özgürlüğünden ayrı olarak salt internete erişim hakkına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bununla birlikte Birleşmiş Milletler, internet

⁴¹7253 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmî Gazete, 30.07.2020, sayı: 31202 bkz: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200731-1.htm> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

⁴² Bkz: <https://twitter.com/ofatihsayan/status/1323912827917225984> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

⁴³ Mehmet Bedii Kaya, İnternet Hukuku, On İki Levha Yayınları, Ocak 2021, İstanbul sf: 96

erişimini hakkını başlı başına bir hak olarak değerlendirmiş ve üçüncü kuşak insan hakları arasında olduğunu kabul etmiştir.⁴⁴ Burada ifade edilen hak özü, toplumun internete erişimi açısından olanakların sağlanmış olmasıdır. Bu noktada ifade ve basın özgürlüğü ile ilişkili olsa da esas itibariyle devlete, dijitalleşen çağda bireyin internet erişimi sağlanması noktasında sorumluluk yükleyen bir haktır. İnternete erişim hakkı, özü itibariyle basın, toplantı, haberleşme, bilgi edinme, düşünceyi ifade, eğitim hakkı gibi haklardan farklı olmakla birlikte bünyesinde bu hakları barındıran sui generis bir haktır.⁴⁵ Bu anlamda bireyin salt ifade özgürlüğü çerçevesinde değil eğitim, sanat, oyun gibi amaçlarla da internete erişebiliyor olması önemlidir.

Türkiye’de internet erişimi hakkı açısından henüz Anayasal bir güvence sağlanmamışken, bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin ilk düzenleme olan 5651 sayılı kanun 2007 yılında Resmî Gazetede yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Öyle ki bu tarihten sonra 2010 yılında Anayasa değişikliği yapılmasına rağmen internet erişim hakkına değişiklikte yer verilmemiş olması, kanun koyucunun bu hakka yaklaşımını ortaya koymaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere Birleşmiş Milletler açısından bu hak temel insan hakları arasında yerini almışken, Türkiye’de hakka yaklaşım ilk andan itibaren kısıtlama yönünde olmuştur. Türkiye’de internet özgürlüğüne ilişkin hazırlanan raporlar da ülkemizin bu konuda özgürlükçü bakış açısından uzak olduğunu gözler önüne sermektedir.

5651 Sayılı kanunun yürürlüğü girdiği tarihten itibaren TİB⁴⁶ birçok siteye erişim engeli getirmiştir. 2011 yılına gelindiğinde Bilgi Teknoloji Kurumu “İnternetin Güvenli Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar” şeklinde düzenlemeyi 2011 yılında kabul etmiştir. Kurum, açıklamalarında internet filtresinin aile ve çocukların korunmasına dönük bir çalışma olduğunu ifade etse de⁴⁷ İnternet kullanımını filtrelemeyi öngören bu düzenleme, kullanıcıları dört farklı filtre profilinden birini tercih etmeye sevk etmektedir. Aile, çocuk ve yurtiçi filtrelerinden birini seçmeyen kullanıcılar standart filtre uygulamasına tabi olmaktadır. İnternet servis sağlayıcıları, BTK’nın kendilerine göndermiş olduğu kararlar doğrultusunda her profil grubuna dair filtre uygulamakla yükümlendirilmiştir. Bu açıdan ülke çapında internet

⁴⁴Bkz: <https://tr.euronews.com/2016/07/05/bm-interneti-temel-insan-hakki-olarak-kabul-etti> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

⁴⁵ Şaban Cankat Taşkın, **İnternete Erişim Yasakları**, Seçkin Yayınları, 2016 Ankara sf: 52

⁴⁶17 Ağustos 2016 tarihli 671 sayılı Olağanüstü Hal KHK’sının 20. Maddesi ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Başkanlığı şeklinde değiştirilmiştir, Resmî Gazete, 17.08.2016, sayı:29804 Karar sayısı: KHK/671

⁴⁷ Bkz: <https://internet.btk.gov.tr/guvenli-internet-hizmeti> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

kullanıcılarına zorunlu bir internet filtresi uygulandığı anlaşılmaktadır.⁴⁸ 5651 sayılı Kanunun 2007 yılında yürürlüğe girmesiyle birlikte TİB ve sonraki süreçte BTK tarafından birçok URL, alan adı ve web sitesine erişim engeli getirilmiştir. 5651 sayılı kanun incelendiğinde, erişim engeli kararı alınması veya talep edilmesi noktasında yargı makamları ile birçok kuruma yetki verildiği görülmektedir. Ancak erişim engelleme kararları sıklıkla Kanun'un 8, 8/A, 9 ve 9/A maddeleri kapsamında sulh ceza hakimlikleri tarafından verilmekle birlikte, Kanun'un 8. Maddesi kapsamında BTK Başkanı tarafından da doğrudan erişimin engellenmesine karar verilebilmektedir. Kanunun yürürlüğe girdiği 2007 yılından 2019 yılına değin Türkiye'de 408.494 alan adı ve web sitesine erişim engeli getirilmiştir. Yıllık ortalama 31.422 erişim engeli anlamına gelen bu uygulama 2020 yılında da artarak devam etmiştir. 2019 yılı içinde Türkiye'den toplam 61.049 alan adı erişime engellenmiştir. Bu engellemelerin büyük bir kısmı olarak 42.145 alan adı BTK Başkanı tarafından 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamında uygulanmıştır. 16.797 alan adına hakimlik, savcılık ve mahkeme kararlarıyla geri kalanı ise kanunun yetki verdiği kurumlar tarafından erişime engellenmiştir.⁴⁹

5.1. Anayasa Mahkemesi'nin Twitter Kararı

5651 sayılı kanun kapsamında hakkında erişimin engellenmesi kararı alınan twitter.com internet sitesi ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin kararının incelenmesi bu açıdan yerinde olacaktır. Zira Anayasa Mahkemesi, kararda ifade ve basın özgürlüğü açısından yerinde bir karar vermiştir. 2014 yılı Mart ayı içerisinde farklı tarihlerde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı ve bazı mahkemelerce twitter.com alan adlı web sitesinde mevcut bazı içeriklere ilişkin URL bazında erişim engeli kararı alınmış, bu kararlar erişim engelleme kararını o zamanlarda uygulamakla yetkili makam olarak TİB'e bildirilmiştir. TİB bahse konu kararlarda belirtilen içeriklerin bildirimine rağmen Twitter tarafından kaldırılmadığı gerekçesiyle web sitesine erişimi tamamen engellemiştir. Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı tarafından Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna karşı açılan yürütmeyi durdurma talepli idari işlemin

⁴⁸ Bkz: <https://m.bianet.org/biamag/ifade-ozgurlugu/131976-internet-filtresi-zorunlu-degil-ama-zorunlu> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

⁴⁹ Yaman Akdeniz ve Ozan Güven, "BUZ DAĞININ GÖRÜNMEYEN YÜZÜ Engelli web 2019: Türkiye'den Erişime Engellenen Web Siteleri, Haber ve Sosyal Medya İçeriklerinin Analiz Raporu", Temmuz 2020, Bkz: https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2019.pdf (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

iptali davasında Ankara 15. İdare Mahkemesi, erişime engelleme kararının yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Buna rağmen TİB söz konusu mahkeme kararının gereğini yerine getirmemiştir.

Anayasa Mahkemesi yapılan başvuru üzerine verdiği kararda, 5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemelere göz önünde bulundurarak TİB'in kararına dayanak gösterdiği mahkeme kararlarını aşan ve milyonlarca kullanıcısı bulunan bir sosyal medya ağı olan twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesini öngören işlemin kanuni dayanağının bulunmadığını ifade etmiştir. Hakkın sınırlandırılmasında orantılılık noktasına vurgu yapan Anayasa Mahkemesi, twitter.com'a erişimin kanuni dayanağı olmaksızın ve sınırları belirsiz bir yasaklama kararı ile engellenmesinin demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturduğuna karar vermiştir.⁵⁰ Sonuç itibariyle ifade özgürlüğüne dönük müdahalenin kabul edilebilir nitelikte olmadığı değerlendirilmiştir.

5.2 Anayasa Mahkemesi'nin Youtube Kararı

Twitter ile yakın tarihlerde TİB tarafından erişimi engellenen bir diğer sosyal medya platformu da youtube.com isimli web sitesidir. Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 15 farklı URL bazlı youtube.com hesabına erişim engeli kararı alınmış, ayrıca karar gereğinin yerine getirilmemesi halinde web sitesinin tümüyle erişime engellenmesi ve söz konusu içerikler kaldırılana dek erişim engelinin sürdürülmesi kararlaştırılmıştır. Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı tarafından karara itiraz edilmesi üzerine Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi 15 farklı URL için erişim engelinin devamına karar verirken youtube.com web sitesine tümünden erişimin engellenmesi kararının kaldırılmasına karar vermiştir.

Kararın tebliği üzerine TİB, siteyi erişime açmamış ve karara karşı Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi'ne itirazda bulunmuştur. Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi, Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi'nin ilk anda vermiş olduğu gibi siteye erişimin tümünden engellenmesi yönündeki orantısız bir karar vermiştir.

Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığı'nın alınan kararın yok hükmüne olduğu yönündeki itirazı üzerine bu kez Gölbaşı Asliye Ceza Mahkemesi orantısız kararından dönmüş, erişim engelinin 15 URL adresi ile sınırlı

⁵⁰AYM Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, 2014/3986, 2/4/2014 paragraf 48, Bkz: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3986> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

tutulup web sitesinin yeniden erişime açılmasına karar vermiştir. Ancak karar bildirilmesine rağmen TİB, kararın gereğini yerine getirmemiş ve yayınladığı açıklama ile söz konusu 15 URL içeriğinin kaldırılana kadar web sitesine erişimin tamamen engellenmesi yönündeki uygulamaya devam edileceğini kamuoyuna duyurmuştur. Yine TİB'in kararına karşı açılan yürütmenin durdurulması talepli açılan iptal davasında yürütmeyi durdurma kararı verilmesine rağmen TİB söz konusu web sitesi ile ilgili olarak erişim engelini sonlandırmamıştır.

Anayasa Mahkemesi yapılan başvuru üzerine verdiği kararda⁵¹ internetin sağladığı sosyal medya zemininin kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma, yayma ve haberleşmeleri için vazgeçilmez nitelikte olduğuna ve bu tür sitelere yapılan müdahalelerin milyonlarca bireysel kullanıcıyı etkilediğine vurgu yapmıştır. Twitter kararında olduğu gibi Youtube kararında da Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları ile paralel tespitlere yer vermiştir. Özellikle devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerine atıfta bulunan Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğünün birçok hakkı bünyesinde barındırdığına ilişkin içtihadı göndermede bulunmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Handyside v. Birleşik Krallık kararında tespit edilen sınırlandırma şartlarını kararında tartışan Anayasa Mahkemesi, Youtube erişim engelini orantısız olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Mahkeme, idari işlemle engellenen URL bazlı yapılması yerine sitenin tümünden erişime engellenebileceğine ilişkin bir düzenlemeye kanunun herhangi bir hükmünde yer verilmediğini bu açıdan idari işlemin yasal dayanaktan yoksun olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca kanunda idareye tanınan yetkinin kapsam ve sınırlarının öngörülemez olduğunu, bu açıdan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da temel kriterlerden biri olarak hukuken öngörülebilirlik şartının yerine getirilmediğini tespit etmiştir. Karara ilişkin farklı gerekçede ise TİB tarafından erişim engeline ilişkin verilen kararın gerekçesinde atıf yapılan 5651 sayılı kanunun 8/1-b maddesinin Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi kararında belirtilen tedbir konusu ile ilgisi olmadığı ortaya konulmuş bu anlamda kanunilik şartının sağlanmadığı ifade edilmiştir. Bu noktada ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.

5.3. Anayasa Mahkemesi'nin Vikipedi Kararı

⁵¹ AYM, Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, 2014/4705, 29/5/2014, paragraf 40, Bkz: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4705> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

Anayasa Mahkemesinin internette ifade özgürlüğü konusunda yakın geçmişte verdiği bir diğer karar ise Wikipedia kararıdır⁵². İnternet ansiklopedisi olarak da bilinen wikipedia, bireylerin birçok farklı dil seçeneği ile birlikte özellikle İngilizce, Almanca ve Fransızca içerik oluşturdukları ve bu içeriklerin editör denetimlerinin ardından erişime açıldığı bir yapıdadır. Dünyanın dört bir yanından içerik aktarımlarına olanak sağlaması açısından internet alanında önemli bir misyona sahiptir. Türkçe dili versiyonu olarak Vikipedi'nin bir milyonun üzerinde kullanıcısı bulunmaktadır. Bu açıdan söz konusu site ülkemiz internet kullanıcıları açısından da önemli bir bilgi kaynağı niteliğindedir.

Söz konusu web sitesinde paylaşılan ve devletlerin savaşlardaki rolü konulu iki farklı içerik açısından BTK erişim engeli kararı vermiş ve içeriklerin kaldırılması için web sitesine on dört saat süre tanımıştır. Sürenin sonunda Vikipedi tarafından kaldırılmayan içerikler nedeniyle siteye erişim tamamen engellenmiştir. Youtube.com sitesinin erişim engellenmesi sürecindeki kanunilik sorunu Vikipedi'nin erişime engellenmesi noktasında yeniden gündeme gelmiştir. BTK'nın erişim engelleme yönündeki kararını onaylayan Ankara 1. Sulh Ceza Hakimliği, karar gerekçesinde “...terörü öven, şiddete ve suça teşvik eden, kamu düzenini ve milli güvenliği tehdit eden, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, suç işlenmesinin engellenmesi...” şeklinde açıklamaya yer verirken yapılan itiraz üzerine verilen ret kararında “...Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, Uluslararası platformda ve ülke içerisinde saygınlık ve itibarını zedeleyecek terörü destekleyen bir devlet olduğu izlenimi verecek derecede haksız nitelikte saldırının...” şeklinde ifadeye yer vermiştir.⁵³ Söz konusu iki gerekçe incelendiğinde 5651 sayılı kanunun erişim engeline ilişkin hükümlerinde düzenlenmeyen gerekçeler ile erişim engellenmesi kararının verildiği anlaşılmaktadır. Gerek BTK'nın gerekse BTK kararını onaylamasının akabinde yapılan itirazları reddeden sulh ceza hakimliğinin kararının yasal dayanağı bulunmamaktadır. Zira ret gerekçesi olarak kararda yer verilen hususlar 5651 Sayılı Kanun tarafından düzenlenmemiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında, siteye erişimin Türkiye'den engellenmiş olmasının sadece içerik sağlayıcı başvurucunun bilgi ve fikirlerini yayma hakkına müdahale oluşturmadığını, aynı zamanda Türkiye'deki kullanıcıların bilgi ve fikirlere erişim hakkını da sınırlandırdığına vurgu yapmıştır.

⁵² AYM Wikimedia Foundation Inc. ve Diğerleri Başvurusu, 2017/22355, 26/12/2019 Bkz: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/22355> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

⁵³ AYM, Wikimedia Foundation Inc. ve Diğerleri Başvurusu, 2017/22355, 26/12/2019 paragraf 20

Mahkeme, devletlerin savaşlardaki rolü başlıklı içeriklerde Türkiye'nin Suriye'deki iç çatışmaları desteklediği yönündeki ifadelerin sahipleri bilindiği halde herhangi bir ceza soruşturulması yoluna başvurulmasının tercih edilmemiş olması nedeniyle aslında makale içeriklerinde sitenin tümünden erişime engellenmesini haklı gösterecek vahim nitelikte bir içerik bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme ayrıca sitenin süresiz olarak erişime engellenmesinin ifade özgürlüğünün orantısız bir müdahale niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında belirlenen kriterler doğrultusunda incelediği Twitter, Youtube ve Vikipedi kararlarında yukarıda belirtildiği üzere önemli tespitler yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi, erişim engelinin ifade ve basın özgürlüğüne dönük sınırlayıcı bir müdahale olup olmadığına ilişkin değerlendirme yaparken hukuken öngörülebilirlik, demokratik toplumda gereklilik ve meşru amaçla orantılılık kriterleri üzerinde durmaktadır. Üç önemli kararda da ortak nokta, uygulanan erişim engeli tedbirinin ölçsüz olduğu sonucuna ulaşılmasıdır. Mahkeme'nin en önemli tespitlerinden biri de kanun koyucu tarafından 5651 sayılı kanun ile idari bir merci olarak BTK'ya sınırları belirsiz ve somutlaştırılmamış bir yetki verilmiş olduğunun tespitidir. Mahkeme, bunun bir sonucu olarak söz konusu erişim engelleme tedbirlerinin ifade ve basın özgürlüğüne müdahale edecek boyutta uygulanmasına yol açtığını belirtmiştir. Gerçekten de Twitter ve Youtube web sitelerinin erişime engellenmesi açısından TİB, Vikipedi web sitesinin erişime engellenmesi açısından ise BTK, kendisine 5651 sayılı Kanun'un 8, 8/A ve 9. maddelerinde düzenlenen yetkiyi aşacak nitelikte kararlara imza atmıştır.

5651 sayılı Kanun'un genelinden çıkarılacak sonuç erişim engelleme kararlarının kovuşturma evresinde mahkeme ve soruşturma evresinde hakimliklerce verilmesinin esas olduğudur. Öyle ki Kanun'un 8/2 maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan halde cumhuriyet savcısının içeriğin kaldırılması veya erişim engelleme kararı verebileceği ifade edilse de bu kararın yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunulmasını zorunlu kılmıştır. 5651 sayılı Kanun'da belirtilen durumlarda dahi BTK'nın aldığı kararların Sulh Ceza Hakimliğine sunulması ve yargısal denetimden geçmesi gerekmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olan örneklerde görüldüğü üzere BTK'nın idare mahkemeleri tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararlarının gereğini dahi yerine getirmekten imtina etmektedir.

Bu noktada söz konusu Anayasa Mahkemesi kararlarına rağmen, 2020

yılında 7253 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmış ve kanun koyucu BTK'nın yetkilerinin daraltmak yerine genişletilmeyi tercih etmiştir. İnternet özgürlüğü açısından, geçmişteki pratikleri ortada olan bir idari makamın yetkilerinin genişletilmesi ülkemizde ifade ve basın özgürlüğü açısından yeni ihlallere zemin hazırlamaktadır.

V. Sansüre Giden Yolda Son Durak: 7253 Sayılı Değişiklik

Kamuoyunda, Yeni Sosyal Medya Yasası olarak bilinen 7253 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına dönük politikaların son ürünü olarak değerlendirilebilir. Zira kanun gerekçesinde belirtilen amaçları aşan ve orantısız yaptırımlar öngören düzenlemeler, ifade ve basın özgürlüğüne yakın zamanda ciddi bir müdahalenin habercisi niteliğindedir. 5651 Sayılı Kanun'un yürürlüğü girdiği tarihten itibaren TİB birçok siteye erişim engeli getirmiştir. 2011 yılına gelindiğinde Bilgi Teknoloji Kurumu "İnternetin Güvenli Kullanımına İlişkin Usul ve Esaslar" şeklinde ifade düzenlemeyi 2011 yılında kabul etmiştir. 15 Mayıs 2011 tarihinde Facebook ve Twitter "İnternetime Dokunma" başlığı altında bir araya gelen binlerce internet kullanıcısı başta İstanbul olmak üzere 31 ilde sokağa çıkarak söz konusu düzenlemeyi protesto etmiştir.⁵⁴ Geniş kitlelerin katılımı ile gerçekleşen eylemler "İnternetime Dokunma Eylemi" olarak kayıtlara geçmiştir.

Ülkemizde 2013 yılının mayıs ayında başlayıp ülke geneline yayılan ve toplumsal olaylara sahne olan Gezi Parkı Protestoları ile sosyal medyanın önemi yeniden gündeme gelmiştir. Özellikle Twitter üzerinden bir araya gelen protestocular, "DirenGezi" hashtagı altında kitlesel olarak internet ortamında protestolara destek vermiştir. Yine eylemlere fiilen katılamayan bireylerin büyük bir kısmı sosyal medya hesaplarından söz konusu eylemleri destekleyici içerik paylaşmıştır. Protesto gösterilerinin olduğu alanda gazeteci ve eylemcilerin sosyal medya üzerinden eylemlere ilişkin gelişmeleri yazılı ve görsel olarak anlık paylaşabilmeleri interneti eylemlerin temel haber ve bilgi kaynağını haline getirmiştir. Somemto'nun hazırladığı analize göre 31 Mayıs – 6 Haziran tarihleri arasında Gezi Parkı Protestoları ile ilgili 91.377.342 adet Türkçe tweet atılmıştır.⁵⁵

⁵⁴Bkz: <https://m.bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/130007-onbinler-haykirdi-internetime-dokunma> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

⁵⁵ Bkz: <https://sosyalmedya.co/gezi-parki-twitter-analizi-somento/> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

Yine Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nın, 8 Mayıs 2018 tarihinde yaptığı konuşmada geçen “*Şayet bir gün milletimiz tamam derse ancak o zaman kenara çekiliriz*” ifadesinin ardından çok sayıda Twitter kullanıcısı protesto olarak “TAMAM” ifadesini tweet olarak paylaşmıştır. Yaklaşık 24 saat içerisinde “#TAMAM” içerikli 1,9 milyon tweet atılmış ve “#TAMAM” Türkiye ve Dünya TT listesinde birinci sırayı alarak en çok konuşulan gündem haline gelmiştir.⁵⁶

Sosyal medyanın ifade özgürlüğü açısından bu kadar önemli hale gelmesi rastlantı değildir. Zira 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin ardından ülke çapında ilan edilen Olağanüstü Hal ve söz konusu süreçte çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler, toplumsal alan üzerinde yıkıcı bir etki yaratmıştır. Kanun Hükmünde Kararnameler ile birçok TV, radyo, gazete ve dergi kapatılmıştır. Türkiye Gazeteciler Sendikası'nın verilerine göre yaklaşık 2.500 gazeteci ve medya çalışanı bu nedenle işini kaybetmiş, öte yandan Basın, Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü 778 gazetecinin basın kartını iptal etmiştir. 120'den fazla gazeteci ve medya çalışanı tutuklanmıştır. Öyle ki, Gazetecileri Koruma Komitesi, Türkiye'yi 2016'da en fazla gazetecinin tutuklandığı ülke olarak tanımlamıştır.⁵⁷ Süreç dahilinde yaşanan gelişmeler yurttış gazetecilik kavramını ortaya çıkarmıştır. Yurttış gazetecilik, çalışmanın başından itibaren yer yer değindiğimiz internet ve sosyal medya araçları ile bireyin içerik üretici konuma gelmesinin bir sonucudur. Bu açıdan yazılı ve görsel basına dönük engelleme ve kısıtlamalara alternatif olarak ortaya çıkmıştır. Zira internet alanında içerik üretebilme olanağına sahip olması sebebiyle birey, tanığı olduğu olay ve durumlar ile ilgili detayların çok kısa sürede dünyanın her yerinden ulaşılabilir hale gelmesini sağlayabilmektedir.

7253 Sayılı Kanun'un yukarıdaki gelişmeler ışığında incelenmesi gerekmektedir. Zira kanun gerekçesinde her ne kadar kullanıcıların kişilik haklarının korunmasına dönük devletin pozitif yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacıyla bu kanunun hazırlandığı ifade edilse de söz konusu kanun ile 5651 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler bunun aksini göstermektedir. Söz konusu düzenleme ile günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurtdışı merkezli sosyal ağ sağlayıcılarına Türkiye'de temsilcilik açma zorunluluğı getirmiştir. Kanun koyucu her ne kadar sosyal ağ sağlayıcı ifadesini, *sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin,*

⁵⁶ Bkz: <https://www.evrensel.net/haber/351988/twitter-kullanicilari-erdogana-t-a-m-a-m-dedi> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

⁵⁷ Bkz: https://www.amnesty.org.tr/public/uploads/files/Rapor/FreeTurkeyMedia_.pdf (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişileri olarak tanımlasa da bu tanımdan ne anlaşılacağı, hangi platformların sosyal ağ sağlayıcı olarak nitelendirilebileceği tartışmalıdır. Bu noktada kanunun lafzi yorumlanması halinde ciddi problemler ortaya çıkacaktır.

7253 Sayılı Kanun ile günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı Twitter, Facebook, Instagram, Youtube, Tiktok gibi sosyal medya sitelerine Türkiye’de temsilci olarak Türk vatandaşı gerçek bir kişiyi atama yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre bu temsilci yapılacak yazışmalarda kanuni muhatap sayılacak ve kişilik haklarının ihlali ve özel hayatın gizliliği konularında içerik çıkarılması, erişimin engellenmesi gibi birçok talebin temsilciler tarafından karşılanması beklenecektir. Söz konusu temsilciliğin hukuki statüsü de kanunun sosyal ağ sağlayıcı tanımına benzer şekilde açık ve anlaşılabilir olmaktan uzaktır. 5651 sayılı Kanun’da yapılan değişiklik ile 7253 kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içerisinde temsilci belirleme ve bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir. Kanun’un Resmî Gazete’ de yayınlanmasından itibaren geçen sürede yukarıda belirtilen sosyal medya sitelerinin temsilci bildirmemesi sebebiyle her bir sosyal ağ sağlayıcısına 10 Milyon TL idari para cezası kesilmiştir.⁵⁸ Düzenlemeye göre, BTK tarafından sosyal ağ sağlayıcılarına idari para cezasının tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde söz konusu yükümlülük yerine getirilmediği takdirde bu kez 30 Milyon TL ceza kesilecektir. Bu çalışmanın hazırlandığı süreçte Rusya merkezli sosyal ağ sağlayıcı olan VK dışında diğer sosyal ağ sağlayıcılarının bu yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle her birine BTK tarafından 30 milyon TL ceza kesilmiştir.⁵⁹ Sosyal ağ sağlayıcılarından Youtube, ikinci idari para cezasının akabinde Türkiye’de temsilci atayacağını ancak veri paylaşma yönündeki politikalarında değişiklik olmayacağını açıklamıştır.⁶⁰

BTK kanundan düzenlenen aşamalı yaptırım uygulama yetkisi ile ikinci idari para cezasının tebliğine rağmen yükümlülüğe uymayan sosyal ağ sağlayıcılarına dönük bu kez reklam yasağı uygulayacaktır. Bu yasak ile Türkiye’de yerleşik gerçek ve tüzel kişi vergi mükelleflerinin söz konusu sosyal ağ sağlayıcılarına reklam vermesi yasaklanacaktır. Reklam yasağı kararının tebliğinden itibaren temsilci bildirme yükümlülüğü üç ay içerisinde yerine getirilmezse BTK Başkanı, Sulh Ceza Hakimliğinden sosyal ağ

⁵⁸ Bkz: 37. Dipnot.

⁵⁹ Bkz: <https://www.dw.com/tr/sosyal-medya-%C5%9Firketlerine-30ar-milyon-lira-ceza/a-55901906> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

⁶⁰ Bkz: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55330104> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

sağlayıcısının internet trafiği bant genişliğinin %50 oranında daraltılmasını talep edebilecektir. Söz konusu bant genişliği daraltma kararından itibaren 30 gün içerisinde söz konusu yükümlülük halen yerine getirilmemişse Sulh Ceza Hakimliği internet trafiği bant genişliğinin %90'a varacak oranda daraltılmasına karar verebilecektir. Bu durumda Türkiye'de bulunan kullanıcıların söz konusu web sitelerine erişimi olanaksız hale gelecektir. 7253 sayılı Kanun ile sosyal ağ sağlayıcılarına getirilen bir diğer yükümlülük de kullanıcı verilerini Türkiye'de tutulması zorunluluğudur. Buna göre sosyal ağ sağlayıcıları Türkiye'den erişim sağlayan kullanıcılarının verilerini yurtdışı serverları yerine Türkiye'de kurulu serverlarda bulundurmaları zorundadır. Bu durum, özellikle son dönemde kimliği tespit edilemeyen sosyal medya kullanıcıları ile ilgili olarak yürütülen soruşturmalarda adli makamların muhatap bulamaması ve söz konusu kullanıcıların kimlik bilgilerine erişemiyor olmalarının bir sonucudur. Kullanıcı verilerinin Türkiye'de kurulu serverlarda bulunması durumunda 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 332. Maddesi gereği soruşturma makamı bu verileri talep ettiği takdirde sosyal ağ sağlayıcı temsilcisi talebe cevap vermek zorunda kalacaktır. Bu bağlamda düzenlemenin amacı suç faillerini tespit etmek olsa da ifade ve basın özgürlüğüne dönük sınırlama ve müdahaleler göz önüne alındığında suiistimal edilme ihtimali yüksek bir düzenlemedir.

Son yıllarda internet alanında yoğunlaşan toplumsal muhalefetin yansıma alanlarında biri olarak Twitter, kullanıcılarına gerçek kimliklerini gizleme imkânı tanımaktadır. Bireylerin ifade özgürlüğü kapsamında korunması gereken söylemlerinden ötürü haklarında adli makamlarca soruşturulması yürütülmesi ve yargılanmaları ülkemizde sıklıkla karşılaşılan bir durum haline gelmiştir. Toplumsal muhalefetin cezai yaptırımlarla baskılanmaya çalışılması bireyleri kimliklerini gizleyerek düşüncelerini paylaşmaya itmektedir.

Avrupa Konseyi tarafından 2003 yılında kabul edilen "İnternet İletişim Özgürlüğüne İlişkin Deklarasyon", Sözleşme'nin 10. Maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü temelinde ilkeleri benimsemiştir. Söz konusu deklarasyonda yer alan son ilke, üye devletlere ifade özgürlüğünün gelişimine katkı sunmak amacıyla anonim kullanıcıların kimliklerini gizli tutmaya dönük taleplerine saygılı olması gerektiğini belirtmiştir.⁶¹ Yine Birleşmiş Milletler İnternet Hakları ve İlkeleri Dinamik Koalisyonu

⁶¹Avrupa Konseyi, Declaration on freedom of communication on the Internet, Bkz: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5 (Erişim Tarihi: 18.09.2021)

tarafından 2014 yılında hazırlanan “İnternette İnsan Hakları ve İlkeleri Şartı” insan hakları odaklı bir internet ortamının geliştirilebilmesi için saydığı ilkeler arasında özel hayatın gizliliği ve veri korunması başlığı altında bireylerin internet ortamında anonim olma hakkına da vurgu yapmıştır.⁶² İnternet ortamında anonim olma hakkı, bireylere kendilerini baskı altında hissetmeden fikirlerini özgürce ifade edebilme ve bu şekilde toplumsal tartışmalara katılabilme imkanı sunmaktadır. Bireylerin anonim olma hakkına dönük her müdahale aynı zamanda ifade özgürlüğüne dönük müdahale anlamına gelecektir. Bu doğrultuda yukarıda ifade edildiği üzere yetkili merciler gerekli gördükleri takdirde anonim kullanıcıların bilgilerini talep edebilecektir. Yeni düzenlemenin bu yönüyle internet ortamında temel bir hak olan anonim olma hakkına hanel getireceği açıktır.

Ülkemizde de faaliyet gösteren Uluslararası Af Örgütü, 5651 sayılı Kanun’da değişikliğin Türkiye büyük Millet Meclisinden kabul edilmesinin hemen öncesinde basın bildirisini ile bu düzenlemenin ifade ve basın özgürlüğüne doğrudan bir müdahale olduğuna vurgu yapmış ve düzenlemenin yasalaşması halinde sansürün artacağına işaret etmiştir.⁶³ Bu durum benzer şekilde Freedom House tarafından da tespit edilmiştir. Dünya çapında faaliyet gösteren, ülkelerin siyasi özgürlüklere ve insan haklarına yaklaşımını raporlayan bir sivil toplum kuruluşu olan Freedom House, 2020 yılı açısından Türkiye’yi internet özgürlükleri açısından özgür olmayan ülke sınıfında değerlendirmektedir.⁶⁴ Yukarıda genişçe yer verilen erişim engellemelerinden 5651 sayılı kanunda yapılan değişikliğe kadar birçok husus bu değerlendirmenin yapılmasında etkili olmuştur. 2019 yılında 100 üzerinden 37 puanla özgür olmayan ülke sınıfında yer alan Türkiye, 2020 yılında iki puan gerilemiş ve 100 üzerinden 35 puan ile bu değerlendirmede yer almıştır. Freedom House 2020 internet özgürlüğü raporuna; Almanya, Fransa, İngiltere ve İtalya özgür ülke sınıfında değerlendirilmiştir. Türkiye ise Bangladeş, Endonezya ve Malezya, Mısır ve Tunus gibi ülkelerin gerisinde kalmış olup Rusya, İran ve Çin gibi ülkeler ile aynı sınıfta yer almıştır.⁶⁵

Teknoloji ve internet kullanımında dünyanın önde gelen ülkelerinden biri olarak Çin, bu anlamda internet özgürlüklerinin kısıtlandığı ülkelerin

⁶²İnternette İnsan Hakları ve İlkeleri Şartı (The Charter of Human Rights and Principles For the Internet), İnternet Hakları ve İlkeleri Dinamik Koalisyonu (İHİDK) Birleşmiş Milletler İnternet Yönetimi Forumu, Ağustos 2014 Bkz: <http://internetrightsandprinciples.org/site/charter/>, (Erişim Tarihi: 18.09.2021)

⁶³Bkz: <https://amnesty.org.tr/icerik/turkiye-sosyal-medya-duzenlemesi-internet-ortamindaki-ifade-ozgurlugune-yonelik-buyuk-bir-tehdit> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

⁶⁴Bkz: <https://freedomhouse.org/country/turkey/freedom-net/2020> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

⁶⁵ Bkz: <https://freedomhouse.org/countries/freedom-net/scores> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

başında gelmektedir. Özellikle 2011 yılında ortaya çıkan ve neredeyse Çin’de yaşamın bir parçası haline gelen Wechat uygulaması, sesli ve yazılı iletişimin yanı sıra alışveriş, eğitim, kültürel faaliyetler dahil olmak üzere her alanda kullanılmaktadır. Kullanıcılar ile ilgili verilerin depolandığı ve hükümet yetkililerince denetlendiği uygulama Covid-19 salgını sürecinde salgının yayılımının engellenmesinde önemli rol oynamıştır. Bu olumlu etkiye rağmen ifade edildiği üzere uygulama bir yandan da bireyin her hareketini izleyerek raporlamakta ve risk değerlendirmesi yapmaktadır. Uygulama, kullanım şartlarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireyin uygulama hesabını askıya alabilirken, hesabın yeniden açılması için görsel ve sesli taahhüt talep etmektedir.⁶⁶ Bu anlamda toplumsal yapı üzerinde sürekli ve yoğun bir denetim uygulayan hükümet yetkilileri sakıncalı gördükleri bireyleri uygulamaya erişimin engelleyerek toplumsal alandan dışlamaktadır. Bu yönüyle ifade özgürlüğünün tamamen askıya alındığı söylenebilir.

VI. Sonuç Yerine

İnternet gün geçtikte bireysel ve toplumsal açıdan kullanım alanlarının çeşitlenmesi ile giderek vazgeçilmez bir araca dönüşmektedir. İnternet kullanımının bu denli yaygınlaşması devletleri buna ilişkin yasal düzenlemeler oluşturmaya zorlamaktadır. İnsan hakları güvenceye alınması noktasında belli standartlara ulaşan ülkelerde internet erişimi temel bir insan hakkı olarak ele alınmaktadır. Ne yazık ki ülkemizde buna dair bir gelişme söz konusu değildir. Ülkemiz açısından internete ilişkin ilk düzenleme 2007 yılında erişim engellemeleri amacıyla çıkarılan 5651 sayılı kanundur. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere 1982 Anayasası’nda bir hak olarak yer almayan internet erişim hakkının kanun ile sınırlandırılabilmesi 5651 sayılı kanun ile sağlanmıştır. Bu açıdan 5651 sayılı Kanun’un Anayasa’ya aykırılığından söz edilebilir. Çalışmada da ifade edildiği üzere Kanun koyucu 2010 yılında Anayasa’da değişikliği yapmasına rağmen bu hakka yer vermemiştir. Hal böyle iken 7253 sayılı kanun ile getirilen değişiklikler daha çok sınırlandırma ve hakkın özünü daraltmaya dönüktür. Bu anlamda kanun koyucunun internete erişim hakkına ve diğer yandan ifade özgürlüğüne özgürlükçü bir perspektiften bakmadığı söylenebilir. Bu noktada belirtmek gerekir ki 5651 sayılı kanunda BTK’ya verilen sınırları belirsiz yetki de Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olan erişim

⁶⁶ Bkz: <https://www.bbc.com/news/blogs-china-blog-48552907> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

engellemelerinde başrol oynamıştır. Bu açıdan kanunda BTK'ya verilen yetkilerin daraltılması ve idari işlemleri ile ilgili olarak sıkı denetiminin sağlanması hususunda düzenlemelere ihtiyaç vardır. Uluslararası Af Örgütü ve Freedom House tarafından hazırlanan raporlarda ülkemiz açısından yapılan internet özgürlüğü değerlendirmelerinde bu durumun ciddi bir etkisi söz konusudur. Yine benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin her yıl yayınlanan ülke bazlı hak ihlali istatistikleri incelendiğinde, son yıllarda Mahkeme'den Türkiye ile ilgili olarak adil yargılanma hakkının ihlalinden sonra en çok ihlal kararının ifade ve basın özgürlüğü alanında verildiği görülmektedir.

Bu açıdan toplumsal alanın vazgeçilmezi konumunda olan internet ve sosyal medyanın söz konusu düzenleme ile kısıtlanması ifade ve basın özgürlüğüne ağır bir darbe olacaktır. Uluslararası raporlar, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve komite kararları da dikkate alınarak kanun revize edilmeli ve sosyal medya yasası toplum nezdinde kişisel alan, ifade ve basın özgürlüğüne tehdit olmaktan çıkarılmalıdır. Aksi halde ifade ve basın özgürlüğü kadar toplumsal gelişiminin de olumsuz etkilenmesi kaçınılmaz olacaktır. Yine bir idari merci olan BTK'nın yetkileri daraltılmalı ve etkin bir hukuki denetim mekanizması oluşturulmalıdır.

Kaynakça

Kitaplar

- [1] DÜLGER, M. V. (2020). Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı.
- [2] TAŞKIN, Ş. C. (2016). İnternete Erişim Yasakları, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- [3] KAYA, M. B. (2021). İnternet Hukuku, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- [4] ÖZEK, Ç. (1978) Türk Basın Hukuku, İstanbul, İÜHF Yayını.

Makaleler

- [5] KARAKAYA, Y. S. (2018), “İfade Özgürlüğünün En Yeni İhlali: Wikipedia'ya Erişim Engeli”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi –İnÜHFD-* Cilt:9 Sayı:2 Yıl 2018, sf: 106
- [6] KIRIK, A. M. (2012). “Arap Baharı Bağlamı'nda Sosyal Medya-Birey Etkileşimi ve Toplumsal Dönüşüm”, *21. YY'da Eğitim ve Toplum*, Cilt:1 Sayı:3 Kış 2012

[7] AKGÜL, M.E. (2012), “İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci Ve Milli Güvenlik Gerekeçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi-AUHFD*, 61 (1) 2012:1-42.

Tezler

[8] İNCE ÖZER, E. (2016), “İfade Özgürlüğü Ve Demokrasi Bağlamında Türkiye’de Sosyal Medya”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Gazetecilik Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2016.

Raporlar

[9] Yaman Akdeniz ve Ozan Güven, “BUZ DAĞININ GÖRÜNMEYEN YÜZÜ Engelliweb 2019: Türkiye’den Erişime Engellenen Web Siteleri, Haber ve Sosyal Medya İçeriklerinin Analiz Raporu”, Temmuz 2020, Bkz: https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2019.pdf (Erişim Tarihi: 24.12.2020)

[10] We Are Social ve Hootsuite; “Dijital 2020 Ekim Küresel Statshot Raporu”, Bkz: <https://wearesocial.com/blog/2020/10/social-media-users-pass-the-4-billion-mark-as-global-adoption-soars> (Erişim Tarihi: 24.12.2020)

Mahkeme Kararları

[11] AİHM Handyside v. Birleşik Krallık Kararı; Başvuru No: 5493/72; 07/12/1976; Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[12] AİHM Rothe v. Austria Kararı; Başvuru No: 6490/07, 04/12/2012, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-115005> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[13] AİHM Centro Europa 7 S.r.l - Di Stefano v. İtalya Kararı, 38433/09, 07/06/2012, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111399> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[14] AİHM Tyrer v. Birleşik Krallık Kararı; 5856/72, 25/04/1978, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57587> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[15] AİHM Özgür Gündem v. Türkiye Kararı, 23144/93 16/03/2000, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58508> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[16] AİHM Hrant Dink v. Türkiye Kararı, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14.12.2010, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121005> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[17] AİHM Sunday Times v. Birleşik Krallık Kararı, 6538/74, 26/04/1979, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[18] AİHM Jecker v. İsviçre Kararı, 35449/14, 06/10/2020, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-205210> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[19] AİHM Mandli ve diğerleri v. Macaristan Kararı, 63164/16, 26/05/2020 Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202540> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[20] AİHM Times Newspapers Limited v. Birleşik Krallık Kararı, 3002/03, 23676/03, 10/03/2009, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91706> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[21] AİHM Bergens Tidende ve diğerleri v. Norveç Kararı, Başvuru No. 26132/95, 02.05.2000, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58797> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[22] AİHM, Silver ve diğerleri v. Birleşik Krallık, 7136/75, 24/10/1983, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57576> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[23] AİHM Carl Jóhann v. İzlanda Kararı, 29297/18, 12/05/2020, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-203199> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[24] AİHM Vejdeland ve diğerleri v. İsveç Kararı, 1813/07, 09.05.2012, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109046> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[25] AİHM Leroy v. Fransa Kararı, 36109/03, 06/04/2009, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88715> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[26] AİHM Selahattin Demirtaş v. Türkiye Kararı, 8732/11, 09.07.2019, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-195137> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[27] AİHM Zana v. Türkiye Kararı, 996/688/880, 25.11.1997, Bkz: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58115> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

[28] AYM Youtube Llc Corporation Service Company ve Diğerleri Başvurusu, 2014/4705, 29/5/2014, Bkz: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4705> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[29] AYM Yaman Akdeniz ve Diğerleri Başvurusu, 2014/3986, 2/4/2014, Bkz: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3986> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[30] AYM Wikimedia Foundation Inc. ve Diğerleri Başvurusu, 2017/22355, 26/12/2019 Bkz: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/22355> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

Mevzuat

[31] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 10. Md. Sf: 11, Bkz: https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[32] Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi 04/06/2003 tarihinde 4868 Sayılı Kanun ile TBMM tarafından uygun bulunmuş, beyanlar ve çekince konulan maddeler ile birlikte 21/07/2003 tarih ve 25175 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Bkz: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[33] 7253 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmî Gazete, 30.07.2020, sayı: 31202 bkz: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200731-1.htm> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

Diğer Kaynaklar

[34] <https://www.ntv.com.tr/turkiye/gezi-parki-icin-24-saatte-2-milyon-tweet,EgVS7DclOUWNf0NZks6zUA> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[35] <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51614548> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[36] <https://www.ntv.com.tr/dunya/moldovada-teknolojik-devrim,hjYfn-9CFU2C3IQ0m-0AYg> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[3 7] <https://www.tarimorman.gov.tr/sayfalar/detay.aspx?ogeid=11&liste=slogan> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[38] <https://www.evrensel.net/haber/416560/vanda-ohal-yasaklari-4uncu-yilinda-hak-ihlalleri-artiyor> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[39] <https://tr.euronews.com/2016/07/05/bm-interneti-temel-insan-hakki-olarak-kabul-etti> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

[40] <https://twitter.com/ofatihsayan/status/1323912827917225984> (Erişim Tarihi 30.12.2020)

- [41]<https://m.bianet.org/biamag/ifade-ozgurlugu/131976-internet-filtresi-zorunlu-degil-ama-zorunlu> (Erişim Tarihi 30.12.2020)
- [42]<https://m.bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/130007-onbinler-haykirdi-internetime-dokunma> (Erişim Tarihi 30.12.2020)
- [43]<https://sosyalmedya.co/gezi-parki-twitter-analizi-somento/> (Erişim Tarihi 30.12.2020)
- [44]<https://www.evrensel.net/haber/351988/twitter-kullanici-lari-erdogana-t-a-m-a-m-dedi> (Erişim Tarihi 30.12.2020)
- [45]https://www.amnesty.org.tr/public/uploads/files/Rapor/FreeTurkeyMedia_.pdf (Erişim Tarihi 30.12.2020)
- [46]<https://www.dw.com/tr/sosyal-medya-%C5%9Firketlerine-30ar-milyon-lira-ceza/a-55901906> (Erişim Tarihi 30.12.2020)
- [47]<https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-55330104> (Erişim Tarihi 30.12.2020)
- [48]<https://amnesty.org.tr/icerik/turkiye-sosyal-medya-duzenlemesi-internet-ortamindaki-ifade-ozgurlugune-yonelik-buyuk-bir-tehdit> (Erişim Tarihi 30.12.2020)
- [49]<https://freedomhouse.org/country/turkey/freedom-net/2020> (Erişim Tarihi 30.12.2020)
- [50]<https://freedomhouse.org/explore-the-map?type=fofn&year=2020> (Erişim Tarihi 30.12.2020)
- [51]<https://www.bbc.com/news/blogs-china-blog-48552907> (Erişim Tarihi 30.12.2020)
- [52] <http://internetrightsandprinciples.org/site/charter/>, (Erişim Tarihi: 18.09.2021)
- [53] https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5 (Erişim Tarihi: 18.09.2021)

OTONOM ARAÇLARDA SÖZLEŞME DIŞI HUKUKİ SORUMLULUK HALLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ^{1*}

Av. Sema BAYINDIR^{2**}

Öz

Gelişen teknolojiyle birlikte, yapay zekânın da katkılarıyla robotlar birçok alanda kullanılmaktadır. Yıllardan beri anlatılan bilim kurgu hikâyelerinin günümüzde gerçekleşmesine şahitlik etmekteyiz. Günlük hayatın birçok alanında kullanılmaya başlanan yapay zekâyâ sahip makineler insanların hayatlarına birçok kolaylık getirmektedir. Bu gelişmelerin yaşam kalitesini artırdığı ve teknolojinin daha güvenli kullanılmasını sağladığı söylenebilecektir. Nitekim Dünya Sağlık Örgütü tarafından 2018 yılında yayınlanan raporda yılda 1 milyon 350 bin kişinin trafik kazasından hayatını kaybettiği belirtilmekte ve bu kazaların yüzde 89'u sürücü hatalarından kaynaklandığı açıklanmaktadır. Otonom araçların kullanılmasıyla insanın trafikteki etkisi azalmaktadır. Hatta 2035 yılında araçların yüzde 75'inin otonom özelliklere sahip olması beklenmektedir. Otonom araçlardan kaynaklı bir kaza veya anlaşmazlık olduğunda sorumluluğun kimde olduğu meselesi ise ancak kanuni düzenlemelerle çözüme kavuşturulabilecektir. Bu makalede otonom araçların bir türü olan sürücüsüz araçların sözleşme dışı hukuki sorumlulukları açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Otonom Araç, Sürücüsüz Araç, Hukuki Sorumluluk.*

Legal Liability of Autonomous Vehicles

Abstract

Along with the developing technology, robots are used in many areas with the contributions of artificial intelligence. We are witnessing the realization of science fiction stories that have been told for years. Machines with artificial intelligence, which have started to be used in many areas of daily

^{1*} Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.05.2021- Kabul Edildiği Tarih: 12.07.2021

^{2**} İstanbul Barosu, İstanbul Aydın Üniversitesi Bilişim Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, semabayindir@stu.aydin.edu.tr; ORCID: 0000-0002-7839-4914

DOI:10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_y07i2007

life, bring many conveniences to people's lives. It can be said that these developments increase the quality of life and ensure safer use of technology. As a matter of fact, in the report published by the World Health Organization in 2018, it is stated that 1 million 350 thousand people die from traffic accidents annually and it is explained that 89% of these accidents are caused by driver errors. With the use of autonomous vehicles, the influence of people in traffic is reduced. In fact, it is expected that 75% of vehicles will have autonomous features by 2035. In the event of an accident or dispute caused by autonomous vehicles, the issue of who is responsible can only be resolved by legal regulations. In this article, non-contractual legal responsibilities of autonomous vehicles, which are a type of autonomous vehicles, will be explained.

Keywords: *Autonomous Vehicle, Driverless Vehicle, Legal Liability.*

Giriş

Otonom araçların üretilmesindeki en büyük motivasyon kaynaklarından biri, insan kaynaklı trafik kazalarının azaltmasını sağlamaktır. İnsan kaynaklı trafik kazaları, mekanik hatalar, güvensiz yol durumları, yaya davranışları veya tasarım hatalarından meydana gelebilmektedir³. Bunun yanında otonom araçların, engelli veya çok yaşlı bireylere kolay ulaşım imkânı sunmak, sera gazı emisyonlarını azaltmak, şehir altyapılarını daha etkili kullanmak gibi yararları olacağı öngörüsü de mevcuttur. Ayrıca otonom araçlar, insanların işe gidip gelirken ya da yolculuk yaparken zamanlarını daha verimli kullanmalarını sağlayacaktır.

Otonom araç teknolojisi dünyada ilerleme kaydederken bu araçlara uygun mevzuat çalışmaları da yapılmaya başlanmıştır. Ancak yapılan düzenlemeler soruları kısmen karşılamakta olup bazı alanlarda hukuki boşluklar mevcuttur. Bu makalede Türk Hukukundaki düzenlemeler ışığında otonom araçlarda hukuki sorumluluk değerlendirilecek ve hukuki boşluk olan alanlara dikkat çekilmeye çalışılacaktır.

Otonom araç, içindeki yapay zekâ yazılımı sayesinde kendisi karar alıp bağımsız hareket edebilme özelliğine sahip robot olarak tanımlanabilecektir. Bu nedenle otonom araç kavramının anlaşılabilirliği için öncelikle yapay

³ Steven Shavell, "On the Redesign of Accident Liability for the World of Autonomous Vehicle", National Bureau of Economic Research, Ekim 2019, s. 1.

zekâ ve robot kavramlarını açıklanması gerekmektedir.

A. Temel Kavramların Tanımı

1. Yapay Zekâ Teriminin Tanımı

Yapay zekâ kavramının üzerine uzlaşmış tek bir tanımı bulunmamaktadır. Yapay zekâ insanların yapabildiği ve zekâ gerektiren işleri yapabilen⁴ yazılım veya bilgisayar programıdır⁵. Yapay zekâda makine öğrenimi ve derin öğrenme olmak üzere iki bileşen vardır. Yapay zekâ makine öğrenimi sayesinde tıpkı bir insan gibi öğrenebilmekte ve kendini geliştirerek daha zeki bir hale gelebilmektedir⁶. Derin öğrenme ise, büyük sorunları çözme üzerine odaklanmakta ve büyük veri ile ilişkilendirilmektedir⁷.

Makine öğrenimi, yapay zekâ yazılımını tasarlayan kişi tarafından yapay zekâyâ öğretilen algoritmalarıdır. Makine öğrenmesi, yapay zekânın sahip olduğu yazılımın zeki olması için programlanması ve aynı zamanda çevreden öğrenmeyle birlikte performansını artırmasına yönelik kendini geliştirmesidir⁸. Makine öğrenimi makinanın insan gibi öğrenmesini hedeflemektedir⁹. Makine öğrenmesi istatistiksel veriler ve matematiksel yöntemler kullanarak geleceğe ilişkin çıkarımlar yapmaktadır¹⁰. Örneğin bir yapay zekâ yazılımı olan Google captcha, şifre korumalı bir hesaba giriş yapılma-ya çalışıldığında giren kişinin insan olduğunun ispatı için sorduğu sorunun resimlerle eşleştirilmesini istemektedir¹¹. Seçilen resimlerle bu yapay zekâ makine öğrenimini gerçekleştirmektedir¹². Makine öğrenmesinin bir alt tekniği olan derin öğrenme (*deep learning*) ise, insan beynin çalışmasını taklit etmekte¹³ ve yapay sinir ağları (*artificial neural networks*) kullanmaktadır. Derin öğrenme, belli kurallara göre değil deneyimleri sayesinde¹⁴ yapay zekânın öğrenmesidir.

⁴ Başak Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, TAAD, Yıl 9, Sayı 35, Temmuz 2018, s. 212.

⁵ Armağan Ebru Bozkurt- Yüksel, “Buluşçu Yapay Zekâ ve Patent Hukuku”, Aristo Yayınevi, İstanbul 2020, s. 16.

⁶ Bak, s. 211.

⁷ Bak, s. 212.

⁸ Bozkurt- Yüksel, “Buluşçu Yapay Zekâ ve Patent Hukuku”, s. 9.

⁹ Bozkurt- Yüksel, “Buluşçu Yapay Zekâ ve Patent Hukuku”, s. 12.

¹⁰ Sinan Okur, “Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk”, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 52.

¹¹ <https://support.google.com/a/answer/1217728?hl=tr> (Erişim Tarihi: 06.06.2021)

¹² <https://www.youtube.com/watch?v=YuhOCJ6FjC4> (Erişim Tarihi: 06.06.2021)

¹³ <https://www.youtube.com/watch?v=ODpcXEHXuS8> (Erişim Tarihi: 06.06.2021)

¹⁴ Okur, s. 54.

Yapılan bir çalışmada yapay zekânın sekiz alanda geliştirildiği vurgulanmaktadır. Bu alanlar; ulaşım, ev ve hizmet robotları, sağlık, eğitim, kamu güvenliği, çalışma hayatı, eğlence ve hizmete muhtaç topluluklar (service to unserved communities)¹⁵. Amazon, Google, IBM gibi şirketler tüketicilerin ulaşabileceği yapay zekâlar tasarlamakta ve bunları satışa sunmaktadır. Nitekim günlük hayatta kullandığımız teknolojik birçok uygulama aslında içinde yapay zekâ barındırmaktadır. Örneğin iPhoneun uygulaması Siri¹⁶, Microsoft Cortana¹⁷, Google Haritalar¹⁸, IBM Watson¹⁹ gibi uygulamalar içerisinde yapay zekâ barındıran ve insanların hayatını kolaylaştırmak için dizayn edilmiş uygulamalardır. Yapay zekânın her zaman bir fiziki varlığı olmak zorunda değildir. Ancak fiziki varlığı olmayan yapay zekâ sadece bir yazılımdır, robot değildir²⁰.

2. Robot Teriminin Tanımı

Robot kelimesinin de üzerinde uzlaşılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Türk Dil Kurumu tarafından robot, belirli bir işi yerine getirmek için manyetizma ile kendisine çeşitli işler yaptırılabilen otomatik araç olarak tanımlanmaktadır²¹. Robotlar fiziksel bir donanım ve o donanımı kontrol eden bir yazılımdan meydana gelmektedir²². Robotlar, çevreyi gözetleyen ve değişimleri algılayabilen sensörler, nasıl tepki verileceğine karar veren yapay zekâ ve robot tarafından verilen karar doğrultusunda bulunduğu yerde değişim sağlayarak etkileşime girmesine yardımcı olan efektörler olmak üzere üç bileşenden oluşmaktadır²³. Robotlar sahip olduğu yapay zekâ sayesinde karar alabilme ve dış etkilere ihtiyaç duymadan bu kararları eyleme dönüştürebilecek bir otonomiye sahiptir²⁴.

Robot bir makinedir ve yapay zekâyâ sahip olabilir²⁵. Robotlar, yapay zekâ-

¹⁵Mark Chinen, "Law and Autonomous Machines", Elgar Law, Technology and Society, Edward Elgar Publishing, 2019, s. 5.

¹⁶<https://www.apple.com/tr/siri/> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

¹⁷<https://support.microsoft.com/tr-tr/topic/what-is-cortana-953e648d-5668-e017-1341-7f26f7d0f825>

¹⁸<https://www.google.com/maps> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

¹⁹<https://www.ibm.com/tr-tr/watson> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

²⁰Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Robot Hukuku", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, Sayı 29, Ocak 2017, s. 89.

²¹<https://kelimeler.gen.tr/robot-nedir-ne-demek-260487#:~:text=a.%201.,%C3%A7e%C5%9Fitli%20i%C5%9Fler%20yapt%C4%B1r%C4%B1labilen%20otomatik%20ara%C3%A7> (Erişim tarihi: 06.06.2021).

²² Çağlar Ersoy, "Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk", On İki Levha Yayıncılık, 5.Baskı, Kasım, 2020, s. 5.

²³ Ersoy, s. 6.

²⁴ Ersoy, s. 12.

²⁵ Bozkurt Yüksel "Robot Hukuku", s. 88 vd.

dan farklı olarak fiziksel hareket edebilen yarı otonom veya tam otonom makinelerdir²⁶. Tam otonom robotlar, dışarıdan bir müdahale olmaksızın yapay zekâ sayesinde karar alabilir ve bu kararları yerine getirebilir²⁷. Yarı otonom robotlar ise dışarıdan bir operatörden komut almaktadır²⁸. Bu makale kapsamında incelenecek olan sürücüsüz araçlar içinde yapay zekâ bulunan birer robot olarak kabul edilmektedir.

3. Otonom Araç Teriminin Tanımı

Otonom araç kavramının anlaşılabilmesi için öncelikle otonom kelimesinin tam olarak ne olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Otonom kelimesi kullanımı itibarıyla kendi kendini idare edebilen, özerk, bağımsız anlamlarına gelmektedir. Otonom sistemler davranışta bağımsız sistemler olarak adlandırılabilir²⁹. Avrupa Parlamentosu Robotik Tavsiye Raporunda robotlarda otonomu, dış dünyada kontrol ve herhangi bir müdahaleden bağımsız olarak karar alma ve bunları dış dünyada uygulama yeteneği olarak tanımlamaktadır³⁰.

Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı tarafından 14.05.2020 tarihinde yayımlanan Motorlu Araçlar ve Römorkları ile Bunlar İçin Tasarlanan Aksam, Sistem Ve Ayrı Teknik Ünitelerin Genel Güvenliği Ve Korunmasız Karayolu Kullanıcılarının Ve Yolcuların Korunması İle İlgili Tip Onayı Yönetmeliği'nde (AB/2019/2144)³¹ otonom araç ve tam otonom araç kavramlarının tanımına yer verilmiştir. İlgili Yönetmelik'in Tanımlar başlıklı 3/1-t maddesinde “*Otonom araç: Sürücünün devamlı kontrolü olmadan, ancak sürücü müdahalesinin yine de beklendiği veya gerekli olduğu, belirli bir süre için otonom olarak hareket etmek üzere tasarlanmış ve imal edilmiş motorlu aracı*” olarak tanımlanmıştır. İlgili maddenin 3/1-z bendinde “*Tam otonom araç: Herhangi bir sürücü kontrolü olmadan otonom olarak hareket etmek üzere tasarlanmış ve imal edilmiş motorlu aracı*” ifade etmektedir.

Otomatik ve otonom kelimeleri uygulamada birbirinin yerine kullanılabilen kavramlardır. Bu kavramların da ayrıştırılması gerekmektedir. Bir makinenin otomatik mi otonom mu olduğunun anlaşılabilmesi için üç

²⁶ Bozkurt-Yüksel, “Buluşçu Yapay Zekâ ve Patent Hukuku”, s. 16.

²⁷ Armağan Ebru Bozkurt-Yüksel “Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri” Aristo Yayınevi, s. 3

²⁸ Bozkurt-Yüksel “Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri”, s. 3.

²⁹ Ersoy, s. 21.

³⁰ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

³¹ <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=34512&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> (Erişim Tarihi: 21.06.2021)

özelliğine bakılabilir. Makinenin dış dünyadan ne kadar bağımsız olduğu, çevre koşullarının değişkenliğine adaptasyonu ve değişen koşullarda risk alarak karar alabilmesi özellikleri makinenin ne kadar otonom olduğunun aslında göstergesi olacaktır³². Otomatik sistemler insan müdahalesine ihtiyaç duymadan işleyen ancak kendi kendine karar alamayan sistemlerken, otonom sistemler karar alabilir ve bir kişiden bağımsız olarak bu kararı uygulayabilir³³.

Makinenin sahip olduğu özelliklere göre otonom seviyeleri değişmektedir. Son seviye tam otonomidir ve bu seviyede makinenin tamamen herhangi bir dış faktör olmadan karar alabilmesi ve bağımsız olarak bunu uygulayabilmesi söz konusudur. Tam otonomi seviyesine ulaşmamış otonom makineler yarı otonom veya kısmi otonom olarak adlandırılmaktadır. Örneğin sürücüsüz araçlar bu anlamda tam otonomi seviyesine ulaştığında, herhangi bir yönlendirme olmadan verilen talimat uyarınca istediği konuma gitme yeteneğine sahip olacaktır. Tabii burada makine işlevi gerçekleştirirken içindeki yapay zekâya öğretilen sınırlar kapsamında ancak bunu gerçekleştirebilir. Sürücüsüz araca kırmızı ışıkta durması öğretilmişse araç duracak aksi halde araç kırmızı ışıkta yoluna devam edebilecektir.

Otonom araç kavramı, içinde bulunan yapay zekâ niteliğindeki yazılım sayesinde dışarıdan bir müdahale olmadan bağımsız olarak karar verebilen ve hareket edebilen robot veya makine olarak tanımlanabilir. İnsansız hava araçları, sürücüsüz arabalar, sürücüsüz denizaltılar otonom araçlara örnek olarak verilebilecektir. Otonom araç, bir otonom seviyesinde yer alan kara, deniz, hava yolu taşıtları veya bunların haricinde tamamen kendi kendine hareket edebilen robotlar için kullanılabilen bir üst kavramdır. Bu makinelerin sahip oldukları özelliklere göre yarı otonom veya tam otonom olduklarına karar verilebilecektir. İnsan müdahalesi olmadan kendi kendine gidebilen otonom araçlar sürücüsüz araç/araba, insansız araç veya otonom araç olarak adlandırılabilir³⁴. Bu makale de sürücüsüz araç kavramı yerine otonom araç veya insansız araç kelimeleri kullanılabilir.

³² Ersoy, s. 22.

³³ Ersoy, s. 24.

³⁴ Bozkurt-Yüksel “Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri”, s. 11 vd.

I. Otonom Araçların Özellikleri Ve Hukuki Açından Değerlendirilmesi

A. Sürücüsüz Araçların Özellikleri

Günümüzde teknolojik gelişmelerle birlikte otomotiv sektöründe otonom araçlardan olan sürücüsüz araçlara yapılan yatırım sürekli artmaktadır. Tesla, Mercedes, BMW, Audi, Ford, Volvo³⁵ gibi dünyanın önde gelen birçok otomotiv şirketi tarafından bu alanda test sürüşleri yapılmakta ve bu teknoloji geliştirilmektedir. Otonom araç üreticisi ya da kullanıcısı olan ya da olacak olan ülkeler bu araçlarla ilgili yasal düzenlemeye ihtiyaç duymaktadır. Otonom araçların kullanılmasıyla bu araçların karıştığı kazalarda artacaktır. Otonom araçlar çeşitli teknolojiler kullanılarak geliştirilmektedir. Fren kilitlemeyi önleyen sistem (*anti-lock brake system-ABS*), park sensörleri, otomatik acil fren destek sistemi, şerit takip sistemi, elektronik denge kontrol sistemi³⁶, trafikte sürüş asistanı gibi sistemler bu gelişmelere örnek olarak verilebilir.

Otonom araçlar çeşitli sensör ve bilgisayar yazılımlarını kullanarak çevre hakkında bilgi toplayabilir,³⁷ araç içi sensörler sayesinde otopark asistanı işlevini kullanılabilir, menzilli radar sistemler sayesinde yolda diğer araçların hızını tespit edebilir, lazer tarayıcı sistemler (*Light Detection and Ranging-LiDAR*) vasıtasıyla ortamın üç boyutlu haritasını çıkarabilir³⁸. Bu sistemler coğrafi konumlandırma sistemleri (GPS) ile birleştirilmekte ve aracın sahip olduğu bilgiler, diğer otonom araçlarla iletişim kurulan teknolojiler vasıtasıyla paylaşılmaktadır. Böylece elde edilen veriler analiz edilerek trafik durumu tahmini yapılabilmektedir³⁹. Ayrıca araca eklenen bir kamera vasıtasıyla yayaları ve bisikletli kişiler algılanmaktadır⁴⁰. Otonom araçlar trafik işaretleri ve kurallarıyla da bağlantılı olabilecektir⁴¹. Bu özelliklerinden dolayı otonom araçların daha güvenli olduğu söylenebilecektir⁴².

³⁵ Servet Yetim, "Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/ Getireceği Hukuki Sorunlar" Ankara Barosu Dergisi, 2016, s. 131.

³⁶ Yetim, s. 130.

³⁷ Nanci K. Carr, "As The Role of the Driver Changes With Autonomous Vehicle Technology, So, Too, Must the Law Change", St. Mary's Law Journal, 2019, s. 819.

³⁸ Cüneyt Pekmez, "Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda 20 Haziran 2017' de Yapılan Değişiklikle Çerçevesinde Türk/ İsviçre Hukuku'nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 77 (1), 2019, s. 183.

³⁹ Pekmez, s. 183.

⁴⁰ Carr, s. 822.

⁴¹ Jeffrey K. Gurney, "Sue My Car Not Me: Products Liability And Accidents Involving Autonomous Vehicles", Journal of Law, Technology & Policy, 2013, s. 254.

⁴² Gurney, s. 254.

1. Otonom Araçların Otonomi Seviyeleri

Sürücüsüz araçlar bağlamında otonom araçlar için de aracın seviyesine göre tam otonom ve yarı otonom ayrımı yapılabilmektedir. Otomotiv Mühendisler Derneği (SAE), J3016 Standart'ı ile araçların otonom derecelerini 6 seviyede incelemektedir⁴³. “Karayolu Motorlu Taşıtlar için Sürüş Otomasyon Sistemlerine İlişkin Terimlerin Sınıflandırılması ve Tanımları” isimli standart SAE tarafından 2014 yılında açıklanmış ve 2018 yılında son güncellenmesi yapılmıştır. Standartın adında da belirtildiği gibi bu otonom seviyeleri karayolundaki motorlu araçlar için belirlenmiş seviyelerdir. Bu makalede karayolu motorlu taşıtları olarak tasarlanan sürücüsüz araçlar ele alındığından doktrinde genel kabul gören ilgili Standartta yer verilen otonom seviyeleri dikkate alınacaktır.

İlgili Standartta Seviye 0 ve Seviye 5 arası farklı otonom sürüş seviyelerinden bahsedilmektedir⁴⁴. Seviye 5 hariç diğer seviyelerde araç içinde hep bir sürücü mevcuttur. Tam otonom olan Seviye 5 de ise artık bir sürücünden bahsedilemeyecek, kendi kendine giden yapay zekâya dayalı bir robot arabadan yani sürücüsüz araçtan bahsedilebilecektir. Otonom seviyeleri değişikçe sürücünün hukuki sorumluluğu da değişiklik gösterebileceği için her bir seviye kısaca incelenecektir.

Seviye 0- Otonom yok⁴⁵: aracın bütün hâkimiyetinin (gaz, fren, direksiyon) sürücüde olup sürücü hem aracı hem de yolu izlemek zorundadır⁴⁶. Araçta, şeritte ayrılma uyarısı (*Lane Departure Warning - LDW*), acil fren sistemi (*Autonomous Emergency Brake - AEB*) ve kör nokta uyarı sistemi (*Blind Spot Detection- BSD*)⁴⁷ bulunabilir. Bu seviyede araçta otomasyon yoktur. Günümüzde kullanılan araçların çoğu bu şekildedir.

Seviye 1- Sürüş Asistanı⁴⁸: Otonomlaştırılmış araçlarda sürücünün yönlendirmesiyle aracın hızlanması ve yavaşlaması mümkündür, araç park halindeyken yarı otonom sistem araç hâkimiyetini sürücünden devralabilir. Şerit hizalama veya hız sabitleme sistemi, bu seviyedeki otonomlaştırılmış

⁴³ https://www.sae.org/standards/content/j3016_201806/ (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

⁴⁴ Erkut Yiğit, A. Erdem Öner, Orçun Yöntem, “Otonom Araçların Otomotiv Sektörüne Etkileri ve Beraberinde Getirdiği Yenilikler”, Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi, Özel Sayı, Kasım 2020, s. 181-186.

⁴⁵ Carr, s. 820.

⁴⁶ Carr, s. 820.

⁴⁷ <https://www.sae.org/news/press-room/2018/12/sae-international-releases-updated-visual-chart-for-its-%E2%80%9C-levels-of-driving-automation%E2%80%9D-standard-for-self-driving-vehicles> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

⁴⁸ Carr, s. 821.

araçlar içerisinde yer alabilecek sistemlerdir. Bu seviyede aracın hâkimiyeti tamamen sürücüdür⁴⁹.

Seviye 2- Kısmi Otonom⁵⁰: Araç içinde şerit hizalama ve hız sabitleme sistemleri aynı anda kullanılabilir. Bunun anlamı, sürücü ayaklarını gaz pedalından ve ellerini direksiyondan çekebilecektir⁵¹. Aracın hızı ve direksiyon hâkimiyeti bu seviyede araca bırakılabilir⁵².

Seviye 0, 1 ve 2’de sürücü bu sistemleri kullanırken herhangi bir aksilikte araç hâkimiyetini devralacak şekilde hazır bulunmalıdır. Sürücünün dikkati her zaman yolda ve araçta olmalıdır.

Seviye 3- Şartlı Otonom⁵³: Bu seviyede trafik olduğunda sürücü bütün hâkimiyeti otomatik pilota devredebilecek⁵⁴ direksiyon hâkimiyeti, hız, yol kontrolü, seyir takibi araca bırakılabilecektir⁵⁵. Sürücü dikkatli olmalı ve ihtiyaç olduğunda sürüş kontrolünü devralmalıdır. Seviye 2 ve Seviye 3 arasındaki ayrım, sürücü seviye 3’te sürüş sırasında sürekli olarak sürüşü takip etmek sorunda değildir. Şu anda piyasada Seviye 3 otonom araç satışı mevcut değildir⁵⁶.

Seviye 4- Yüksek Otonom⁵⁷: Araç hâkimiyeti artık sistemdedir. Sürücü direksiyonu kontrol etmek veya ayaklarını pedala bulundurmamak zorunda değildir. Sürücü sürekli sürüşü izlemek mecburiyetinde de değildir. Araç hiçbir insan müdahalesi olmaksızın sürüşü gerçekleştirebilecektir⁵⁸. Seviye 3 ve Seviye 4’te sürücü, sürücü koltuğunda otursa bile aracı kullanmayacaktır⁵⁹. Ancak Seviye 3’te acil durumlarda aracın kontrolünü sürücünün devralması beklenmekteyken, Seviye 4’te ise sürücünden bu beklenmemektedir. Seviye 3 ve Seviye 4’te araç belirli şartlarda sahip olduğu özellikler dolayısıyla kendi kendini sürebilir.

⁴⁹ Pekmez, s. 153-184.

⁵⁰ Carr, s. 821.

⁵¹ Carr, s. 821.

⁵² Pekmez, s. 160.

⁵³ Carr, s. 821.

⁵⁴<https://media.ford.com/content/fordmedia/feu/en/news/2015/12/02/new-ford-autonomous-tech-turns-traffic-jams-into-chill-time-and-.html> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

⁵⁵ Pekmez, s. 161.

⁵⁶ Carr, s. 821.

⁵⁷ Carr, s. 821.

⁵⁸ Yiğit, s. 182.

⁵⁹<https://www.sae.org/news/press-room/2018/12/sae-international-releases-updated-visual-chart-for-its-%E2%80%9Clevels-of-driving-automation%E2%80%9D-standard-for-self-driving-vehicles> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

Seviye 5 – Tam Otonom⁶⁰: İlk 3 seviyede araç yarı otonomken, Seviye 4 ve 5’te sürücüye ihtiyaç duymayan tam otonom araç söz konusudur.⁶¹ Seviye 4’te araç belli durumlarda kontrolü sürücüye bırakırken, Seviye 5’te araç her durumda sürücüye ihtiyaç duymadan kendi kendine gidebilecektir. Seviye 4 ve 5 “sürücüsüz araç” olarak adlandırılan tam otonom seviyesidir.⁶² 2021 yılının ilk çeyreği için mevcut durumda tam otonom araçların henüz vaat edilmesine rağmen mevcut olmadığı, ancak otomotiv şirketlerinin bu konuda çalışmaları olduğu bilinmektedir. Bu konuda 2020 yılında tam otonom araçları piyasaya süreceğini söyleyen Tesla otonom araçlarda şu an ancak 3.seviyeye ulaşabilmiştir⁶³. Tesla, 30 Aralık 2020 tarihinde duyurduğu “kendi kendine sürüş sistemi” (Full Self-Driving), SAE’nin belirlediği 2. seviyeye otonomiye eşdeğerdir⁶⁴. Tesla tarafından kendi kendine sürüş gibi kavramlar sıklıkla araç özellik tanıtımlarında kullanılmaktadır. Bu hususta yapılan bir şikâyet üzerine, Alman Bavyera Eyalet Mahkemesi Tesla’nın otopilot yazılımıyla ilgili reklam ve açıklamalarının yanıltıcı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararında, Tesla şirketinin web sitesinde otopilot işlevinin kendi kendine gidebileceğine dair yanlış bir izlenim yarattığı ancak otopilot özelliğinin insan müdahalesi gerektiren bir sürücü yardım sistemi olduğunu belirtmiştir⁶⁵.

2. Otonom Araçların Trafığe Çıkmasının Hukuka Uygun Olup Olmadığı Sorunu

Otonom araçlar trafikte kullanılmaya başlamasıyla bazı soruları da beraberinde getireceği aşikârdır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda⁶⁶ yer alan otomobil ve otobüs, insan taşımak için; kamyonet ve kamyon ise

⁶⁰ Carr, s. 821.

⁶¹Xian Xu, Chiang-Ku Fan, “Autonomous Vehicles, Risk Perceptions and Insurance Demand: An Individual Surevy in China”, Transportation Research Part C: Emerging Technologies, s. 552.

⁶²Xu, s. 552.

⁶³ Sachin Sathish, “Case Study of Tesla: Supply Chain Challenges and Enablers”, 2019, https://www.academia.edu/42288805/Case_Study_of_Tesla_Supply_Chain_Challenges_and_Enablers (Erişim Tarihi: 02.01.2021)

⁶⁴ Sean Szymkoski, 31.12.2020, “Tesla sweetens new EV purchase with Full Self-Driving trial tossed in for free”, Road Show by Cnet, <https://www.cnet.com/roadshow/news/tesla-ev-full-self-driving-free-elon-musk/> (Erişim Tarihi: 04.01.2021) ilgili başka haber için; “Tesla’nın Tam Kendi Kendine Sürüş Beta Sürümü, Otonom Arabaların Henüz Var Olmadığını Hatırlatıyor”, <https://www.cnet.com/roadshow/news/teslas-full-self-driving-beta-is-a-reminder-autonomous-cars-dont-yet-exist/> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

⁶⁵Jack Ewin, “Alman Mahkemesi Tesla’nın Kendi Kendine Sürüş İddialarının Yanıltıcı Olduğunu Söyledi”, Newyork Times, 14.07.2020, <https://www.nytimes.com/2020/07/14/business/tesla-autopilot-germany.html> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

⁶⁶ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 18.10.1983 Tarih 18195 Sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

yük taşımak için kullanılan araç olarak açıklanmaktadır⁶⁷. Karayolları Trafik Kanunu'nda yer alan tanıma göre sürücü, karayolunda, motorlu veya motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare eden kişidir. Şoför ise, karayolunda, ticari olarak tescil edilmiş bir motorlu taşıtı süren kişidir. Yarı otonom ve tam otonom araçlar yük ve insan taşıyabileceğinden kanuni tanım kapsamında yer alacak⁶⁸ ve trafikte yük veya insan taşımaya uygun araçlar olacaktır.

Seviye 3 ve 4'te sürücü belli durumlarda sürüşü otonom sisteme bırakabilecektir. Ancak yukarıda da izah edildiği üzere bu iki seviyede de otonom sistem acil durumlarda sürücünün hakimiyeti devralmasını isteyebilecektir. Yani Seviye 3 ve 4'te aracın içinde sürücü olmak zorundadır. Bu nedenle seviye 3 ve 4'te aracı sevk ve idare eden kişinin sürücü olduğu söylenebilecektir⁶⁹. Seviye 3 ve 4 için yasal mevzuatımız uygulama alanı bulacaktır. Ancak Seviye 5'te artık araç içinde bir sürücünden bahsedilemeyecektir bu nedenle bu hususta bir kanun boşluğu olduğu söylenebilir.

Türkiye'nin de imzaladığı 1949 tarihli Cenevre Karayolları Trafik Sözleşmesi ve 1968 tarihli Viyana Karayolu Trafik Sözleşmesi bu minvalde incelenmesi gereken sözleşmelerdir. Cenevre Sözleşmesi araçta bir sürücünün olmasını şart koşmaktadır⁷⁰. Ancak imzalayan devletler tarafından sözleşme maddesi geniş yorumlanmakta ve hatta Amerika ve Çin'de otonom araçlar trafikte test sürüşlerini gerçekleştirebilmektedir. Viyana Sözleşmesi de Cenevre sözleşmesine paralel olarak aracı idare eden bir sürücü aramaktadır⁷¹. Ancak Cenevre Sözleşmesine göre daha kısıtlayıcı bir düzenlemeye sahiptir. Ancak her iki sözleşme de bir aracın insan bir sürücü tarafından kontrolünü kabul etmektedir.

Otonom seviyesi yüksek araçlar (Seviye 3, 4, 5) için Viyana Sözleşmesine uygun bulunmamaktadır. Avrupa'nın, Amerika ve Çin'e göre otonom araç teknolojisinde daha geride olmasının nedeni olarak Viyana Sözleşmesi eleştirilmektedir⁷². Bundan dolayı Sözleşmeyi imzalayan ülkeler kendi iç hukukunda sözleşmeye aykırılık oluşturacak düzenlemelere gitmektedir. Yakın zamanda Almanya ve Danimarka, Trafik Kanunlarında değişiklik

⁶⁷ Pekmez, s. 166.

⁶⁸ Pekmez, s. 166.

⁶⁹ Pekmez, s. 167.

⁷⁰ Mason Baranczyk, "Driving the Future: Antiquated Treaties, Unintended Effects, and Inconsistent Implementation of Auyonomous Vehicle Law", Wisconsin International Law Jurnal, Vol 37, No.1, s. 119.

⁷¹ İbrahim Yaşar Gök, "Otonom Taşıtlarda Sigorta", Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 59.

⁷² Baranczyk, s. 121.

yapmıştır. Danimarka Trafik Kanununda yapılan değişiklikle Seviye 4 otonom araçların özel izin alınarak belirli yollarda ve belirli zamanlarda trafiğe çıkmasının önü açılmıştır. Alman Trafik Kanununda 2017 yılında yapılan düzenleme ile Seviye 3 ve 4' te ki araçların trafiğe çıkmasına izin verilmiştir. İlgili Kanununda, sorumluluğun belirlenebilmesi amacıyla aracın insan hakimiyetinde mi yoksa otonom sistemde mi olduğunun netleşmesi için araç veri log kayıtlarının alınmasını zorunlu tutmaktadır⁷³. Otonom araç teknolojisinde Almanya'nın Amerika'yla beraber dünyada öncü olmasının, bu yasal değişikliğe neden olduğu söylenebilecektir.

Ancak burada esas nokta otonom bir araç kaza yaptığıında sürüşün otonom sistemde mi yoksa sürücü de mi olduğunun tespit edilebilmesidir. Otonom araçlar konusunda ciddi çalışmaları olan öncü araç firmaları, araç içi sensorlardan gelen ve kazalarda sorumluluğun tespitini sağlayacak verilere ilişkin bilgi işlem gücünün ve yeni işlemciler geliştirdiği bilinmektedir⁷⁴. Alman Trafik Kanunu'nda yapılan son düzenlemede bu sorunun çözümüne yönelik araç üreticilerine sorumluluk yüklemektedir.

Otonom araçların sosyal hayatta kullanılmaya başlamasıyla beraberinde trafik kazaları da meydana gelmektedir. Nitekim otonom araç üreticisi firmaların araçları otonom sistem tarafından idare edilirken karıştığı ölümlü kazalar mevcuttur. 2018 yılında Uber aracı otonom sistem tarafından idare edilirken bisikletli bir kişiye çarparak kişinin ölümüne neden olmuştur. İlgili olaya yönelik Amerika Ulusal Ulaşım Güvenliği Kurulu (NHTS) tarafından verilen raporda, kaza gerçekleşmeden 6 saniye önce otonom sistemin bisikletli kişiyi tespit ettiği belirtilmiştir. Olay gerçekleşmeden 1.3 saniye önce otonom sistem, acil fren manevrası yapması gerektiğine karar vermiş ancak araç bilgisayarın kontrolü altındayken bu manevrayı etkinleştirememiştir⁷⁵. Bu olayda öne sürülen bir varsayım ise sürücünün aracı otonom sisteme devrettiğinde akıllı telefonundan bir şey izlemesi ve yola dikkat etmemesidir⁷⁶. Otonom araçların karıştığı kazalarda sorumluluğu tespit ederken araç otonom sistemdeyken mi bu kaza meydana geldi, sürücü hatasıyla mı meydana geldiği durumunun tespiti önem taşımaktadır.

⁷³ Baranczyk, s. 123 vd.

⁷⁴ Baranczyk, s. 129.

⁷⁵ <https://www.nts.gov/investigations/AccidentReports/Pages/HWY18MH010-prelim.aspx> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

⁷⁶ Chinen, s. 26.

II. Otonom Araçlarda Araç İşletenin Sorumluluğu

A. Araç İşletenin Tehlike Sorumluluğu

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 18.10.1983 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun, karayollarında can ve mal güvenliği yönünden trafik güvenliğini sağlamak ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri belirlemek amacıyla oluşturulmuştur.

Karayolları Trafik Kanunu madde 85 ve devamında motorlu araç işletenin sorumluluğu düzenlenmiştir⁷⁷. Motorlu araç işletenin sorumluluğu hali Karayolları Trafik Kanunun’da düzenlenmiş tehlike sorumluluğu hallerinden biridir. Tehlike sorumluluğunda, zarara sebebiyet veren kişinin meydana gelen zararda sorumlu tutulabilmesi için bir kusurunun varlığı aranmamaktadır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu⁷⁸ madde 71/2 uyarınca bu sorumluluk halinde zarara sebebiyet veren kişi gereken tüm özeni gösterse dahi yine de zararın meydana gelmesini önleyemeyecektir⁷⁹. Tehlike sorumluluğunda meydana gelen zarar ve tehlikeli işletme arasında bir illiyet bağının bulunması sorumluluğun doğması için yeterli kabul edilmektedir⁸⁰.

Sorumluluğun Şartları

a. Bir zarar olmalı

Sorumluluktan söz edilebilmesi için öncelikle bir zarar meydana gelmiş olmalıdır. Zarar malvarlığına ilişkin maddi bir zarar olabileceği gibi şahıs varlığına ilişkin manevi bir zarar da olabilir⁸¹. Bu zararın motorlu araçtan kaynaklanan bir trafik kazası olması gerekmektedir⁸². Karayolları Trafik Kanunu madde 3’de trafik kazası “*Karayolu üzerinde hareket halinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararlı sonuçlanmış olan olay*” olarak tanımlanmıştır. Karayolları Trafik Kanunu’nda “*İşleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu*” başlıklı madde 85, motorlu bir aracın işletilmesinde bir zararın meydana gelmesi halinde, motorlu aracın işleteni veya bağlı olduğu teşebbüsün sahibini, zarardan sorumlu tutmaktadır⁸³. Burada motorlu aracın işletilmesi

⁷⁷Mehmet Ayan, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 12.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 349.

⁷⁸ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 04.02.2011 Tarih 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷⁹Eren, s. 501.

⁸⁰Ayan, s. 348.

⁸¹ Ayan, s. 354.

⁸² Eren, s. 674.

⁸³ Karayolları Trafik Kanunu madde 85, “Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya aralanmasına

halinde meydana gelen zarar “bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına” neden olmaktadır.

b. Zarar motorlu aracın işletilmesinden kaynaklanmalı

Karayolları Trafik Kanunu uyarınca motorlu aracın işletilmesinden kaynaklı bir zararın doğabilmesi için her şeyden önce bir motorlu aracın olması gerekmektedir. Karayolları Trafik Kanunu madde 3’te araç “*karayolunda kullanılabilen motorlu, motorsuz ve özel amaçlı taşıtlar ile iş makineleri ve lastik tekerlekli traktörlerin genel adıdır*”. Karayolları Trafik Kanunu kapsamında bir motorlu aracın sorumluluğundan bahsedebilmek için bu aracın öncelikle karayolunda kullanılıyor olması gerekmektedir⁸⁴.

Karayolları Trafik Kanunu madde 3’te araç işleten, “*araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehin gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişi*” olarak belirtilmektedir. Araç sahibi ise, “*araç için adına yetkili idarece tescil belgesi verilmiş veya sahiplik veya satış belgesi düzenlenmiş kişi*” olarak tanımlanmaktadır. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kişi de işleten sayılacaktır⁸⁵.

Motorlu araç işletenin tehlike sorumluluğunda tehlikenin nedenine ilişkin doktrinde “*makine tekniği*” ve “*aracı trafiğe çıkarma*” olarak iki ayrı görüş söz konusudur⁸⁶. Doktrinde hâkim olan görüş, tehlikenin nedeninin aracın sahip olduğu mekanik aksamdan kaynaklandığı, aracın motor ve ışık donanımının kullanılmasının başlı başına bu tehlikeyi oluşturduğudur⁸⁷. Kaza, aracın mekanik aksamının kullanılmasından yani aracın işletilmesi sırasında meydana gelmişse, tehlike sorumluluğundan bahsedilebilecektir⁸⁸.

c. Zarar ve motorlu araç arasında uygun illiyet bağı olmalı

Sorumluluktan bahsedilebilmesi için meydana gelen zarar ve motorlu araç arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Ancak motorlu araç işletenin sorumluluğu bir tehlike sorumluluğu olduğundan, araç işleten

yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar”. Hükmüne haizdir.

⁸⁴ Okur, s. 112.

⁸⁵Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, 29.05.2000 Tarih, 2000/3190 E. 2000/5210 K.

⁸⁶ Eren, s. 690 vd.

⁸⁷Mesut Serdar Çekin, “Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk”, TAAD, Yıl 9, Sayı 33, 2018, s. 288.

⁸⁸ Eren, s. 690.

kişinin kusurunun varlığı aranmamaktadır⁸⁹.

Motorlu araç ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının kesilmesi halinde araç işleten sorumluktan kurtulabilecektir. Araç işleten meydana gelen kazanın, mücbir sebepten veya zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusurundan kaynaklandığını ispatlarsa illiyet bağı kesilecektir⁹⁰. Karayolları Trafik Kanunu uyarınca araçtaki bozukluk sorumluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmemektedir. Motorlu araçta bir bozukluk olması halinde bu durum illiyet bağı kesmeyeceği için araç işletenin sorumluluğu devam edecektir⁹¹.

1. Otonom Araçlarda Araç İşletenin Sorumluluğunun Değerlendirilmesi

Otonom araçlarda araç işleten kavramının tanımında bir değişiklik söz konusu değildir⁹². Hukukumuzda araç işleten kişi belirlenirken aracın kim ve ne tarafından yönetildiği dikkate alınmadığından⁹³, otonom araçlarda araç işleten kişinin belirlenmesinde mevcut kanun hükümleri esas alınabilecektir.

Otonom araçlarda araç işletenin sorumluluğu değerlendirildiğinde, normal araçta aracın mekanik ve teknik donanımının kullanılması nedeniyle bu sorumluluk nasıl araç işletene yükleniyorsa, otonom araçlarda da aracın mekanik ve teknik özelliklerinin kullanılmasıyla tipik tehlike sorumluluğu mevcut olacaktır⁹⁴.

Motorlu araç işletenin tehlike sorumluluğu ancak illiyet bağının kesilmesiyle ortadan kalkacaktır⁹⁵. Yukarıda da belirtildiği üzere kanun koyucu, kazanın mücbir sebep, zarar görenin veya bir üçüncü kişinin ağır kusuruyla meydana gelmesi halinde illiyet bağının kesildiğini kabul etmektedir. Araçtaki bozukluğun illiyet bağı kesmeyeceği belirtilmektedir. Otonom bir araçta sensör veya yazılım kaynaklı bir kaza araçtaki bozukluk olarak nitelendirileceğinden, Karayolları Trafik Kanunu madde 85 uyarınca araç işleten veya teşebbüs sahibinin sorumluluğu devam edecektir⁹⁶. Seviye 1 ve 2 otonom araçlarda yer alan sürüş asistan sisteminden kaynaklanan bir

⁸⁹ Ayan, s. 355.

⁹⁰ Ayan, s. 355 vd.

⁹¹ Ayan, s. 355 vd.

⁹² Okur, s.123 vd.

⁹³ Okur, s. 125.

⁹⁴ Çekin, s. 289.

⁹⁵ Ayan, s. 355.

⁹⁶ Çekin, s. 289.

kazanın meydana gelmesinde, kaza araçtaki bir bozukluk veya eksiklikten kaynaklandığından araç işletenin sorumluluğunun devam edeceği söylenebilecektir⁹⁷.

Otonom araca bir siber saldırı olması halinin ise ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Otonom aracı yöneten yapay zekâ yazılımına dışarıdan gelen bir siber saldırı olması halinde otonom aracın bir kazaya karışması durumunda sorumluluğun kimde olacağı hususu doktrinde tartışılmaktadır. Otonom araç yazılımına yapılan siber saldırıyı mücbir sebep olarak kabul eden görüşler olduğu gibi, bu durumu üçüncü kişinin ağır kusuru olarak değerlendiren yazarlarda mevcuttur⁹⁸. Hukukumuzda aracın çalınması veya gasp edilmesi halinde araç işletenin sorumluluğuna ilişkin hususların burada uygulama alanı bulacağı söylenebilir⁹⁹. Araç işleten kişinin gereken bütün dikkat ve özeni gösterip göstermediği, örneğin yazılıma ilişkin anti-virüs programlarını güncelliğini sağlaması veya bir risk mevcutken yine de aracı kullanması gibi durumlarda araç işletenin kusuru değerlendirilebilecektir¹⁰⁰. Araç işletene bir kusur yüklenebilmesi halinde ise artık işletenin sorumluluğu devam edecektir¹⁰¹.

Yapılan açıklamalar ışığında, yarı otonom ve tam otonom araçların karıştığı kazalarda sorumluluk araç işletende olacağından mevcut kanunda değişikliğe gerek olmadığı söylenebilir¹⁰².

III. Otonom Araçlarda Sürücünün Kusur Sorumluluğu

Karayolları Trafik Kanunun' da sürücünün sorumluluğuna ilişkin genel hükümlere dayalı kusur sorumluluğu hem de Karayolları Trafik Kanunu madde 107' de kusursuz sorumluluk hali düzenlenmiştir¹⁰³. Karayolları Trafik Kanunu madde 107'de sürücü, aracın çalındığını veya gasp edildiğini biliyorsa veya gereken özeni göstermiş olsaydı bu durumu öğrenebilecek idiyse, araç işletenle birlikte müteselsilen sorumlu olduğu düzenlenmekte olup bu husus tehlike sorumluluğu başlığında incelenen araç işletenin

⁹⁷ Okur, s. 169 vd.

⁹⁸ Okur, s. 146 vd.

⁹⁹ Okur, s. 151.

¹⁰⁰ Okur, s. 152.

¹⁰¹ Okur, s. 153.

¹⁰² Pekmez, s. 169.

¹⁰³ Okur, s. 187.

kusursuz sorumluluk hali kapsamında olduğundan¹⁰⁴ bu başlıkta incelenmeyecektir. Türk Borçlar Kanunu madde 49 uyarınca sürücü, kusurlu ve hukuka aykırı bir fülle başkasına zarar vermesi halinde bu zararı gidermekle yükümlü tutulmaktadır. Bu nedenle sürücünün kusuruyla verdiği zararlar da, kusuru oranında sorumlu tutulacağı söylenebilecektir. Sürücünün kusuru yoksa meydana gelen zararda da sorumlu tutulamayacaktır¹⁰⁵.

Sürücü kavramı daha öncede belirtildiği gibi Karayolları Trafik Kanunu madde 3 kapsamında “*karayolunda, motorlu veya motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare eden kişi*” olarak tanımlanmaktadır. Sürücü tanımının da belirtildiği üzere sürücü “aracı sevk ve idare eden” kişidir. Ancak seviye 3,4 ve 5 olan bir otonom aracın yapay zekâ yazılımı tarafından sevk ve idare edilebileceği yukarıda belirtilmiştir. Bu kapsamda Karayolları Trafik Kanunu çerçevesinde araç için de bir sürücüden bahsedilemeyecektir. Araç içerisinde sürücü koltuğunda yer alan kişinin sürücü sıfatına sahip olup olmayacağı hususu tartışmalı olmakla birlikte¹⁰⁶ hukukumuzda bir aracın sevk ve idaresi için bir gerçek kişi aranmaktadır. Nitekim 2020 yılında yayınlanarak yürürlüğe giren ve daha önce de bahsettiğimiz Motorlu Araçlar ve Römorkları İle Bunlar İçin Tasarlanan Aksam, Sistem Ve Ayrı Teknik Ünitelerin Genel Güvenliği Ve Korunmasız Karayolu Kullanıcılarının Ve Yolcuların Korunması İle İlgili Tip Onayı Yönetmeliği (AB/2019/2144), otonom araçlarda sürücünün devamlı kontrolünü aramamakta ancak gerektiği durumlarda sürücünün müdahalesini beklemektedir. İlgili Yönetmelikte otonom araç ve tam otonom araç olmak üzere ikili bir ayırım söz konusudur. Yönetmelik otonom araçlar için, araç içinde bir gerçek kişi sürücü aramaktayken, tam otonom araç için herhangi bir sürücü olmadan hareketin gerçekleştirileceğini belirtmekte ve araç içinde gerçek kişi bir sürücü aramamaktadır. Yönetmelik sürücü müsaitliği/uygunluğu izleme sistemlerinden bahsetmekte ve acil durumlarda sürücünün sürüşü otonom araçtan alıp alamayacağını değerlendirmektedir. Tam otonom araç içerisinde bir sürücü olmadığından Yönetmelik madde 11/1’ de sürücü müsaitliği/uygunluğu izleme sisteminin tam otonom araçlar için uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Karayolları Trafik Kanunu madde 73’te sürücülerin seyir halindeyken cep ve araç telefonunu kullanması yasaklanmıştır. Ancak otonom araçlar tam da bu nokta da kişilerin araç ile seyahat ederken kitap okuyabileceği, film

¹⁰⁴ Okur, s. 187.

¹⁰⁵- Ayan, s. 287.

¹⁰⁶ Çekin, s. 290.

izleyebileceği ve telefonuyla uğraşabileceği bir kolaylık sunmayı hedeflemektedir¹⁰⁷. Yukarıda anılan Yönetmelik de tam otonom araçlarda gerçek kişi sürücü aramamakta bu kapsamda araç içinde yer alacak kişilerin istediği eylemleri gerçekleştirme serbestisine sahip olacağı belirtilmektedir. Karayolları Trafik Kanunu madde 73 bu kapsamda tam otonom araçlar için uygulama alanı bulamayacaktır.

Otonom araçlarda Seviye 0, Seviye 1, Seviye 2’de araç sürücünün hâkimiyetinde olduğundan, bu seviyelerde meydana gelen bir kazada mevcut hukuki düzenlemeler uygulanacaktır. Ancak Seviye 3 ve Seviye 4’te olduğu gibi geçici veya Seviye 5’teki gibi tamamen sürücü aracın hâkimiyetini otonom sisteme devrettiği durumlarda bir kaza meydana geldiğinde¹⁰⁸ sürücü kusuru oranında sorumlu tutulacaktır. Seviye 3, 4 ve 5’te araç hâkimiyeti otonom sistemde olduğundan, aracın sevk ve idaresi yani sürücüsü otonom sistem olacaktır. Bu durumda aracın sürücüsü bir insan yerine makine olacaktır¹⁰⁹. Nitekim Karayolları Trafik Kanunu madde 3’de sürücünün gerçek kişi olduğu vurgulanmaktadır. Seviye 3 ve 4’te sürücü her ne kadar bazı durumlarda kontrolü otonom sisteme bıraksa da olumsuz bir durumda sürücünün kontrolü ele alması gerekmektedir. Araç uyarı verdiğinde veya hava şartları aracın yol alması için uygun olmadığında sürücünün hâkimiyeti ele alması beklenmektedir. Böyle bir durumda Türk Borçlar Kanunu madde 49 uyarınca sürücünün kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği hususu değerlendirilmelidir. Ancak sürücü gerekenleri yapmış otonom sistem kontrolündeki araç yine de kaza yapmışsa artık sürücünün kusurundan bahsedilemeyecektir¹¹⁰. Tam otonom seviyesinde ise artık sürücü söz konusu olmadığından böylesi bir durumda sürücünün kusuru da söz konusu olamayacaktır¹¹¹.

IV. Otonom Araçlarda Araç Üreticisinin Sorumluluğu ve Sigorta Sorumluluğu

A. Otonom Araçlarda Araç Üreticisinin Sorumluluğu

1. Türk Hukukundan Üreticinin Sorumluluğu

Hukukumuzda üreticinin sorumluluğuna ilişkin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹¹² (“TKHK”) da açık bir düzenleme yer alma-

¹⁰⁷ Gurney, s. 255.

¹⁰⁸ Çekin, s. 290.

¹⁰⁹ Çekin, s. 290.

¹¹⁰ Çekin, s. 292.

¹¹¹ Çekin, s. 292.

¹¹² 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu 28.11.2013 Tarih ve 28835 ve Sayılı Resmî Gazetede

maktadır. 2020 yılında yayımlanan 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu¹¹³ (“ÜGTDK”) üreticinin sorumluluklarına ilişkin hükümler ihtiva etmektedir. ÜGTDK, ürün ve imalatçı kavramları açıklanmaktadır. İlgili kanun madde 3/1-g’de imalatçı, “ürünü imal ederek veya ürünün tasarımını veya imalatını yaptırarak kendi isim veya ticari markası ile piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmaktadır. İlgili maddenin devamında ürün, “her türlü madde, müstahzar veya eşya” olarak belirtilmektedir. Kanununda imalatçı yani üreticinin sorumluluğunun yanında ithalatçının ve tedarikçinin de sorumluluğu düzenlenmiştir. Kanun kapsamında ithalatçı, “ürünü ithal ederek piyasaya arz eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanırken, dağıtıcı yani tedarikçi, “Ürünü tedarik zincirinde yer alarak piyasada bulunduran, imalatçı veya ithalatçı dışındaki gerçek veya tüzel kişiyi” ifade etmektedir.

ÜGTDK “Ürün Sorumluluğu Tazminatı” başlıklı madde 6’da, “Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlü” olduğu düzenlenmiştir. Ancak imalatçının veya ürün ithal edildiyse eğer ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için maddenin devamında, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygun-suzluk ile zarar arasındaki illiyet bağımlı ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir. Dağıtıcı ise ürünün imalatçısı, ithalatçısı veya yetkili temsilcisinin belirlenemediği durumlarda sorumlu tutulmuştur. Ancak buradaki sorumluluk, dağıtıcıdan talep edilen imalatçı, ithalatçı veya yetkili temsilcilerin isim ve irtibat bilgilerini, bu bilgilere sahip değil ise tedarik zincirinde yer alan bir önceki iktisadi işletmecinin isim ve irtibat bilgilerini bildirmemesi halinde doğacaktır. Bu bilgilerin talebinden itibaren on iş günü içinde bu bilgiler vermeyen dağıtıcı aynı imalatçı gibi sorumlu olacaktır.

2. Otonom Araçlarda Üretici Sorumluluğunun Değerlendirilmesi

Günümüzde meydana gelen araba kazalarında, aracın hakimiyeti sürücüde olduğu için sürücünün sorumluluğu gündeme gelmektedir. Araç üreticisinin sorumluluğu sürücü, araç maliki, sigorta şirketinin sorumluluğundan sonra gelmektedir¹¹⁴. Ancak otonom araçların artık hayatımıza dahil olması ve trafikte sayılarının artmasıyla, otonom sistemin kontrol ettiği bir araçta bir kaza meydana geldiğinde, sürücüye bir kusur atfedilemediğinde kimin

yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹¹³ 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu 12.03.2020 ve 31066 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış ve yayım tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir.

¹¹⁴ Yetim, s. 157.

sorumluluğuna gidileceği meselesi tartışmalıdır. Örneğin otonom araç, lazer sensorların algılamaması nedeniyle yaklaşmakta olan bir cisimi algılayamazsa¹¹⁵ ya da araç sistemindeki yazılımın siber saldırıya uğramasından ya da donanım arızalarında dolayı otonom araç kavşağın ortasında durursa, araçta önemli hasarlar meydana gelebilir veya otonom araç içindeki kişisel veriler kötü niyetli üçüncü kişilerin eline geçebilir. Böyle durumlarda aracı tasarlayan ya da otonom araç için gereken altyapıyı sağlaması gereken üreticinin sorumluluğuna gitmek hakkaniyete uygun olacaktır¹¹⁶.

Otonom araç belli seviyelerde sistemin kontrolü devraldığı hatta tam otonom halinde aracın artık bir sürücüye ihtiyaç duymadan sürüşü gerçekleştirdiği zamanlarda, araç hâkimiyetin sürücü tarafından devralınmasına ilişkin bir uyarı vermediyse veya tamamen otonom sistemden kaynaklı bir kaza gerçekleşirse burada sürücünün sorumluluğuna gitmemek gerekecektir. Bu sorun üretim hatası olabileceği gibi eksik tasarımla ilgili bir hata da olabilecektir.

Seviye 1, 2, 3 ve 4 yarı otonom araçlarda, olumsuz bir durumda sürücüden aracın hakimiyeti alması beklendiği için bu seviyedeki araçlarda kaza meydana gelirse sürücünün sorumluluğu tartışılabilir. Ancak araç tam otonom seviyedeysen, sürücünün acil durumlarda dahil hiçbir müdahalesi beklenmezken, bir kaza veya ihlal olduğundan sürücüyü sorumlu tutmak hukuka aykırı olacaktır. Böyle durumlarda araç üreticisinin sorumluluğuna gidilebileceği söylenebilir¹¹⁷. Araç üreticisinin Seviye 4 ve 5 otonom araçlarda riski daha fazladır¹¹⁸. Bu kapsamda araç üreticisinin risklerini azaltmak için bazı önlemler alması gerekmektedir. Daha özenli tasarım yapmalı ve aracın kullanımı hakkında sürücüyü yeterince bilgilendirmelidir¹¹⁹.

Burada şu soru akla gelmektedir, araç üreticilerinin bu sorumluktan kurtulma ihtimali yok mudur? Araç üreticisi standartlarda belirtilen koşullara uyararak, bütün önlemleri alarak aracı imal etmiş olmasına rağmen, örneğin yapay zekânın makine öğrenimi yeteneğiyle hatalı öğrenmesi sonucu bir kaza meydana gelse yine de araç üreticisi mi sorumlu olacaktır?

Bu durumda meydana gelen kazada otonom sisteme yüklenebilecek herhangi bir kusur olmadığı hallerde yine de kaza meydana gelecekse bu durumda

¹¹⁵ Gurney, s. 259.

¹¹⁶ Chinen, s. 26

¹¹⁷ Carr, s. 837.

¹¹⁸ Carr, s. 838.

¹¹⁹ Carr, s. 838.

araç üreticisinin sorumluluğuna gidilemeyecektir¹²⁰. Eğer araç otonom sistem tarafından yönetilirken bir kaza meydana gelirse, geleneksel sürücünün değil yazılım üreticinin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği çünkü burada aracın içindeki yazılım tarafından yönlendirildiği belirtilmektedir¹²¹. ÜGT-DK’de yan ürün üreticinin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir¹²². Otonom araç sistemindeki yazılım, otonom araç şirketi tarafından yapıldıysa eğer bu hususta bir tartışma olmayıp araç üreticisi bu yazılımdan kaynaklı hatalardan da sorumlu tutulabilecektir. Ancak yazılım hizmeti üçüncü kişi programcı tarafından üretiliyse, programcının Türk Borçlar Kanunu madde 49 kapsamında kusur sorumluluğu değerlendirilebilecektir. Programcı tarafından önlenemeyecek riskler içinse programcının kusuru söz konusu olmayacağından tehlike sorumluluğu esaslarına dayanarak sorumluluğu değerlendirilebilecektir¹²³.

Araç üretici firmalar, otonom araçlara ilişkin tüketicinin güvenini sağlamaya ilişkin açıklamalar yapmaktadırlar. Örneğin 2015 yılında Volvo’nun “Volvo araçlarında otonom sistem tarafından yönetilirken bir kaza olursa bütün sorumluluğu Volvo şirketinin alacağına” ilişkin bir açıklama yapmıştır. Şirket donanımsal veya yazılım kaynaklı bir hata yaparsa bunun sorumluluğunu üsteleneceğini belirtmektedir¹²⁴.

Ancak araç üreticisinin sorumluluğunu bu kadar artırmak, otonom araçların üretilmesini engelleyebilecektir. Araç üreticilerinin bu ihtimali göze alarak araç fiyatlarını yüksek meblağlı belirleyeceği söylenmektedir¹²⁵. Bu nedenle sorumluluğun hakkaniyetli bir şekilde paylaşılması gerekmektedir.

B. Otonom Araçlarda Sigorta Sorumluluğu

1. Ürün Sorumluluk Sigortası¹²⁶

Ürün sorumluluğu, sorumluluk hukuku ve tüketici hukukuyla ilgili bir alandır¹²⁷. Ürün sorumluluğunda, güvenli olmayan bir ürün nedeniyle zarar uğrayan kişilerin korunması amaçlanmaktadır¹²⁸. Ürün sorumluluğu taz-

¹²⁰ Çekin, s. 298.

¹²¹ Gurney, s. 271.

¹²² Okur, s. 319.

¹²³ Okur, s. 319.

¹²⁴ “Sürücüsüz Otomobillerin Karıştığı Kazalarda Sorumlu Kim Olacak?”, <https://www.donanimhaber.com/Surucusuz-otomobillerin-karistigi-kazalarda-sorumlu-kim-olacak--81284> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

¹²⁵ Gurney, s. 272.

¹²⁶ Gök, s. 100 vd.

¹²⁷ Serdar Demirci, “Ürün Sorumluluk Sigortasında Sorumluluk Hukuku ve Genel Şartlar Çerçevesinde Güncel Bir Bakış”, Ankara Barosu Dergisi, 2019, Cilt 77, Sayı 3, s. 124.

¹²⁸ Demirci, s. 124 vd.

minatı yukarıda da belirtildiği üzere, ÜGTDK madde 6'da düzenlenmiştir. Bu madde de üründen kaynaklanan zararlarda sorumluluğun çerçevesi belirlenmiştir.

Ürün sorumluluk sigortasına ilişkin Türk Ticaret Kanunu¹²⁹'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. 2014 yılında Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından Ürün Sorumluluk Sigortası Genel Şartları¹³⁰ yayınlanmıştır. Bu metinde “*Bu sigorta sözleşmesi ile sigortacı, sigortalıya karşı, sözleşmede tanımlanan ürünlerin kusurundan kaynaklanan tazminat talepleri ve isteme ilişkin makul giderler için sözleşme ile kararlaştırılan şartlar ve limitler dahilinde teminat sağlar*” hükmü ile sigortanın konusu sigorta sözleşmesinde tanımlanan ürünler ile sınırlandırılmıştır¹³¹. Ürün sorumluluk sigortasında rizikonun kapsamına, “*sigortalının, sözleşme süresi içinde piyasaya sürmüş olduğu ürünler dolayısıyla gerek sözleşme dönemi gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde başkalarının zarara uğraması*” ve “*zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması halleri*” dahil edilmiştir. Ürün sorumluluk sigortası, üretim ve dağıtım süreçlerinde meydana gelecek rizikolara ilişkin bir koruma sağlamaktadır¹³². Otonom araçlardaki ürün sorumluluk sigortasının yapılması önerilmekte ve bu sigortanın kapsamı, “*yazılım hataları, sensör hataları, kamera görüşünün kaybı, LiDAR arızası gibi*”¹³³ hususlara ilişkin olacaktır. Bu sigortadan sadece üreticiler değil ithalatçı ve tedarikçilerde bu sigortalar kapsamında yararlanabileceklerdir. Ancak otonom araçlarda ürün sorumluluk sigortaları yapılması halinde araç trafiğe çıktığı için mevcut Karayolları Trafik Kanunu uyarınca zorunlu mali sorumluluk sigortası yapılması gerekecektir. Bu ise otonom araç üreticilerine hem iş yükü hem de mali bir külfet oluşturabilecek ve bu durum otonom araç üreticilerini olumsuz etkileyebilecektir¹³⁴.

2. Otonom Araçlarda Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası¹³⁵

Karayolları Trafik Kanunu madde 91 araç işletenlere mali sorumluluk sigortası yapma zorunluluğu getirmiştir. İlgili madde kapsamında araç işleten

¹²⁹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 14.02.2011 Tarih ve 27846 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹³⁰ https://www.tsb.org.tr/media/attachments/Urun_Sorumluluk_Sigortas%C4%B1_Genel_Sartlar%C4%B1.pdf (Erişim Tarihi: 21.06.2021)

¹³¹ Demirci, s. 146.

¹³² Gök, s. 100 vd.

¹³³ Gök, s. 120.

¹³⁴ Gök, s. 121 vd.

¹³⁵ Gök, s. 129 vd.

ve araç işletenin bağlı olduğu teşebbüsün sahibi Kanununun 85. maddesinde, *“Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa”* araç işleten ve teşebbüs sahibi müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır. Madde 85/2 *“İşletilme halinde olmayan bir motorlu aracın sebep olduğu trafik kazasından dolayı işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekir”* hükmüne haizdir. Mali sorumluluk sigortası kapsamında tutulan madde 85/4 *“İşleten ve araç işleticisi teşebbüs sahibi, hâkimin takdirine göre kendi aracının katıldığı bir kazadan sonra yapılan yardım çalışmalarından dolayı yardım edenin maruz kaldığı zarardan da sorumlu tutulabilir. Ancak, bu durumda işletici teşebbüs sahibinin sorumlu kılınabilmesi için kazadan kendisinin sorumlu olması veya yardımın doğrudan doğruya kendisine veya araçta bulunanlara yahut kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılması gerekir”*. Ayrıca araç işleten ve teşebbüs sahibi, sürücü veya yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumlu tutulmuştur. Araç işletenin ve araç işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğun azaltılması veya sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmıştır. Karayolları Trafik Kanunu madde 86 kapsamında araç sahibi veya araç işletenin bağlı olduğu teşebbüs sahibi araçtaki bir bozukluktan kaynaklı olmayan ve meydana gelen zararda ne kendisinin ne de eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin bir kusurunun bulmadığını, kazanın mücbir sebepten veya üçüncü kişinin ağır kusurundan meydana geldiğini ispatlarda, sorumluluktan kurtulabilecektir. Kanun madde 97 kapsamında zarar gören kişi doğrudan sigorta şirketinden zararının karşılanmasını talep edebilecektir. Bu hükümler kapsamında yarı otonom araçların karıştığı kazalarda sigorta şirketinin sorumluluğuna gidilebileceği söylenebilir.

Seviye 3 ve 4 otonom araçların Karayolları Trafik Kanunu kapsamında yer alan araç tanımı içinde değerlendirilebileceği yukarıda da belirtilmiştir. Otonom sistem tarafından aracın idare edilmesi halinde yaralanma, ölüm veya maddi bir zarar meydana geldiğinde sigorta şirketinin sorumluluğuna gidilmesi gerekmektedir. Otonom araçların sigortalanmasıyla, otonom sistemden kaynaklanan kazalarda sorumluluk araç üreticisinden sigorta şirketine transfer olmuş olacaktır¹³⁶. Ölüm, yaralanma veya ciddi hasarlı trafik kazalarında otonom araçların sigortalı olması sorumluluğun paylaşılmasını

¹³⁶ Xu, Fan, s. 549.

sağlayacaktır. Otonom araçlarda sigorta olmadan ticari pazarın büyümesi pek olası değildir¹³⁷. Nitekim araç üreticileri haksız fiil yükümlülüklerine karşı aracı sigorta yaptırarak riski azaltılabilecektir.

Seviye 5 tam otonom araçlar Karayolları Trafik Kanunu kapsamında kendine yer bulmadığından¹³⁸ henüz trafiğe çıkması için hukuki altyapı ülkemizde mevcut değildir. Öncelikle kanunun bu yönde revize edilmesi gerekmektedir. Nitekim tam otonom araçları için de zorunlu mali sigorta yapılması sorumluluğun paylaşılması açısından gerekmektedir.

V. Sonuç

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte insansız araçların geliştirilmesi ve sosyal hayatta kullanılmaya başlamasıyla bu araçlara ilişkin hukuki düzenlemelerin tekrar gözden geçirilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

İnsansız araçların trafikte kullanımın hukuka uygun olup olmadığı hususu tartışılmış, ilk 4 seviyede araçta bir insan sürücü bulunması gerektiğinden bu 4 seviye için mevcut mevzuatın uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Sürücüsüz otonom araçlar, yarı otonom veya tam otonom olarak SAE tarafından belirlenen 5 farklı seviyede sürüş gerçekleştirebilirler. Otonom aracın hangi seviyede hangi özellikleri kullanabileceği ve hangi seviyede bir kazanın gerçekleştiğinin tespiti çok önemlidir. Ayrıca otonom araçta gerçekleşen bir kazada, aracın şoför tarafından mı yoksa otonom sistem tarafından mı sevk ve idare edildiğinin tespiti sorumluluğun belirlenmesinde çok önemlidir. Eğer otonom araç sürücünün hâkimiyeti altındayken kaza meydana gelmişse burada klasik olarak sürücünün sorumluluğuna gidilecektir. Araç tam otonom konumundayken kaza meydana gelmişse burada araç üreticisinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Ancak otonom araçlarda her zaman topun ağzına araç üreticisini koymak, bu teknolojinin geliştirilmesinde olumsuz etkilere neden olacağından araç üreticisinin sorumluluğunun paylaşılması gerekmektedir. Bu nedenle mevcut mevzuatımızın zorunlu tuttuğu zorunlu mali sigortanın kapsamına otonom araçlarda dâhil edilmelidir. Bu nedenle mevzuatta değişikliğe gidilmesi gerektiği söylenebilecektir.

Otonom araçlarda araç sürücüsüne ve araç işletene sorumluluk yüklene-meyen hallerde araç üreticinin sorumluluğu gündeme gelecektir. Otonom

¹³⁷ Xu, Fan, s. 550.

¹³⁸ Gök, s. 134 vd.

araçta otonom teknoloji kaynaklı bir kaza meydana geldiğinde, programcı araç üreticisinden ayrı bir kişi ise artık yazılım üreten programcının sorumluluğu değerlendirilmelidir. Ancak hukukumuzda yan ürün üreticinin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme mevcut olmayıp mevzuatımızın bu hususta güncellenmesi gerekmektedir.

Kaynakça

Kitap

[1] AYAN, M. (2020) “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 12.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

[2] BOZKURT-YÜKSEL, A.E., (2021) “Yıkıcı Teknolojilerin Bedensel Zararlara Etkileri”, Aristo Yayınevi, İstanbul.

[3] BOZKURT-YÜKSEL, A.E., (2020) “Buluşçu Yapay Zeka ve Patent Hukuku”, Aristo Yayınevi, İstanbul.

[4] CHİNEN, M. (2019) “Law and Autonomous Machines”, Elgar Law, Technology and Society, Edward Elgar Publishing, UK, USA.

[5] EREN, F. (2013) “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, Ankara.

[6] ERSOY, Ç. (2020) “Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk”, On İki Levha Yayıncılık, 5.Baskı, İstanbul.

[7] GÖK, İ.Y. (2021) “Otonom Taşıtlarda Sigorta”, Adalet Yayınevi, Ankara.

[8] OKUR, S. (2021) “Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk”, Adalet Yayınevi, Ankara.

MAKALELER

[9] BAK, B. (2018), “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 9, sayı 35, s. 211-232.

[10] BARANCZYK, M. (2020) “Driving the Future: Antiquated Treaties, Unintended Effects, and Inconsistent Implementation of Autonomous Vehicle Law”, *Wisconsin International Law Journal*, Cilt 37, Sayı 1, s. 110-144.

[11] BOZKURT-YÜKSEL, A.E., (2017), “Robot Hukuku”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 7, Sayı 29, s. 85- 112.

[12] CARR, N. (2019) “As The Role of the Driver Changes With Autonomous Vehicle Technology, So, Too, Must the Law Change”, *St. Mary's Law Journal*, s. 817-843.

[13] CHİNEN, M. “Law and Autonomous Machines”, Elgar Law, *Technology and Society*, Edward Elgar Publishing, 2019

[14] ÇEKİN, M.S. (2018) “Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 9, Sayı 33, s. 283-301.

[15] DEMİRCİ, S. (2019) “Ürün Sorumluluk Sigortasında Sorumluluk Hukuku ve Genel Şartlar Çerçevesinde Güncel Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 77, Sayı 3

[16] GURNEY, J. (2013) “Sue My Car Not Me: Products Liability And Accidents Involving Autonomous Vehicles”, *Journal of Law, Technology & Policy*, 2013, s. 247-277.

[17] SATHİSH, S. (2019), “Case Study of Tesla: Supply Chain Challenges and Enablers”, https://www.academia.edu/42288805/Case_Study_of_Tesla_Supply_Chain_Challenges_and_Enablers (Erişim Tarihi: 02.01.2021)

[18] SHAVELL, S. (2019) “On the Redesign of Accident Liability for the World of Autonomous Vehicle”, *National Bureau of Economic Research*, s. 1-32.

[19] PEKMEZ, C. (2019) “Alman Karayolları Trafik Kanunu’nda 20 Haziran 2017’ de Yapılan Değişiklikle Çerçevesinde Türk/ İsviçre Hukuku’nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77 (1) s. 153-184.

[20] XU, X. FAN, C. (2019) “Autonomous Vehicles, Risk Perceptions and Insurance Demand: An Individual Survey in China”, *Transportation Research*

arch Part C: Emerging Technologies, s. 549-556.

[21] YETİM, S. (2016) “Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği / Getireceği Hukuki Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 1, s. 125-184.

[22] YİĞİT, E., ÖNER, A., YÖNTEM, O. (2020), “Otonom Araçların Otomotiv Sektörüne Etkileri ve Beraberinde Getirdiği Yenilikler”, *Avrupa Bilim ve Teknoloji Dergisi*, Özel Sayı, s. 181-186.

[23] Yargıtay 4.Hukuk Dairesi, 29.05.2000 Tarih, 2000/3190 E. 2000/5210 K.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

URL-1: <https://support.google.com/a/answer/1217728?hl=tr> (Erişim Tarihi: 06.06.2021)

URL-2: <https://www.youtube.com/watch?v=YuhOCJ6FjC4> (Erişim Tarihi: 06.06.2021)

URL-3: <https://www.youtube.com/watch?v=ODpcXEHXuS8> (Erişim Tarihi: 06.06.2021)

URL-4: <https://www.nts.gov/investigations/AccidentReports/Pages/HWY18MH010-prelim.aspx> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-5: <https://www.apple.com/tr/siri/> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-6: <https://support.microsoft.com/tr-tr/topic/what-is-cortana-953e648d-5668-e017-1341-7f26f7d0f825> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-7: <https://www.google.com/maps> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-8: <https://www.ibm.com/tr-tr/watson> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-9: <https://kelimeler.gen.tr/robot-nedir-ne-demek-260487#:~:text=a.%201.,%C3%A7e%C5%9Fitli%20i%C5%9Fler%20yapt%C4%B1r%C4%B1labilen%20otomatik%20ara%C3%A7.> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-10: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html?redirect (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-11: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=34512&->

MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5 (Erişim Tarihi: 21.06.2021)

URL-12: https://www.sae.org/standards/content/j3016_201806/ (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-13: <https://www.sae.org/news/press-room/2018/12/sae-international-releases-updated-visual-chart-for-its-%E2%80%9CLevels-of-driving-automation%E2%80%9D-standard-for-self-driving-vehicles> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-14: <https://media.ford.com/content/fordmedia/feu/en/news/2015/12/02/new-ford-autonomous-tech-turns-traffic-jams-into-c-hill-time-and-.html> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-15: Sean Szymkoski, 31.12.2020, “Tesla sweetens new EV purchase with Full Self-Driving trial tossed in for free”, Road Show by Cnet, <https://www.cnet.com/roadshow/news/tesla-ev-full-self-driving-free-elon-musk/> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-16: “Tesla’nın Tam Kendi Kendine Sürüş Beta Sürümü, Otonom Arabaların Henüz Var Olmadığını Hatırlatıyor”, <https://www.cnet.com/roadshow/news/teslas-full-self-driving-beta-is-a-reminder-autonomous-cars-dont-yet-exist/> (Erişim Tarihi: 02.01.2021)

URL-17: Jack Ewin, “Alman Mahkemesi Tesla’nın Kendi Kendine Sürüş İddialarının Yanıltıcı Olduğunu Söyledi”, Newyork Times, 14.07.2020, <https://www.nytimes.com/2020/07/14/business/tesla-autopilot-germany.html> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-18: “Sürücüsüz Otomobillerin Karıştığı Kazalarda Sorumlu Kim Olacak?”, <https://www.donanimhaber.com/Surucusuz-otomobillerin-karistigi-kazalarda-sorumlu-kim-olacak--81284> (Erişim Tarihi: 04.01.2021)

URL-19: https://www.tsb.org.tr/media/attachments/Urun_Sorumluluk_Sigortas%C4%B1_Genel_Sartlar%C4%B1.pdf (Erişim Tarihi: 21.06.2021)

Yazar Kılavuzu

Aşağıda belirtilen yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış yazılar, “makale sunum formu” ile birlikte e-posta yoluyla aşağıdaki adreslere gönderilebilir.

Çevirisi yapılmış makalelerin değerlendirmeye alınabilmesi için özgün metinlerin ve makale sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan izin yazılarının da gönderilmesi zorunludur.

Ön inceleme ve hakem değerlendirmesi doğrultusunda geliştirilmek ve/veya düzeltilmek üzere yazarlarına geri gönderilen yazılar, gerekli düzeltmeler yapılarak en geç bir ay içinde tekrar dergiye ulaştırılır.

Yapılan ön incelemede işbu yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen makaleler, düzeltilmesi için yazarına iade edilir ve yayım programına alınmaz.

Yayın İlkeleri

1. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli bir dergi olup, yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler, Microsoft Word programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 1,5 satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 12 punto, dipnotlar tek satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 9 punto olarak hazırlanmış olmalı, CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yazı dili Türkçedir. Makaleler Türkçe yazılmış olsalar da, her makalede en az 100, en çok 200 kelimedenden oluşan Türkçe ve İngilizce öz ile her iki

dilde yazı başlığı ve beşer anahtar kelimenin makalenin başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

5. Yazarlar unvanlarını, çalıştığı kuruluş bilgilerini, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini açık ve doğru bir şekilde bildirmelidirler.

6. Yazarların, dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.

Yayın kurulu, yabancı dil özeti ve eser metninde gerekli görülen imla düzeltmelerini yapabilir.

7. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılır, iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makalenin yayımlanmasına, editör görüşüne göre karar verilir. Yayımlanmayan makaleler, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı

tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları İstanbul Aydın Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu konuda Üniversite herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

11. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Yazım Kuralları

I. Ana Başlık

İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle, sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır.

II. Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i

Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğik karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot olarak belirtilmelidir.

III. Özet

Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcüklere (keywords) yer verilmelidir. Yazılan İngilizce

özetin (abstract) üzerinde yazının İngilizce başlığı da verilmelidir.

IV. Ana Metin

A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar Türkçe ve İngilizce özet, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

V. Bölüm Başlıkları

Yazıda, sistematik bir bilgi akışı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Yazıdaki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

VI. Kaynakça

Yazının sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yazılmalıdır.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Kitabın Adı, Baskı, Yer-Yıl. Örneğin: GÜVEN, Kudret: General Principles of Turkish Law, B.2, Ankara, 2007. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıf usulü: GÜVEN: s.135. Aynı yazarın birden fazla kitabına atıf usulü: GÜVEN (Enerji): s.80 ve GÜVEN (Kişilik Hakları): s.65

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, Sayı Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları. Örneğin: GÜVEN, Kudret: Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Başkent Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi, 1(2): 35-56. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda şu şekilde yapılmalıdır: GÜVEN: s.55.

İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

GÜVEN, Kudret: Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1 Sa.1, s.133-176, (<http://hukuk.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/3.kudretguven.pdf>, Erişim tarihi: 10 Şubat 2016), Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda şu şekilde yapılmalıdır. GÜVEN: s.135.

İLETİŞİM BİLGİLERİ:

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı
Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul
PK:34295

Tel: 444 1 428 / Dahili: 23410

Faks: 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr

Author's Guide

Author's may send their articles which are prepared in accordance with the below stated publishing and editorial principles, together with the "article presentation form" via e-mail to the provided addresses.

Providing the permissions of the authors (the main author or the rightful publishing house) is obligatory for the translated texts and articles as well. The articles which are sent to their authors for further improvement and/or proofreading following the preliminary reviews and referee evaluations, must be edited accordingly and delivered back to the journal in one month at the latest.

On the other hand, the articles which are found to be conflicting with this guideline, will be returned to their authors for further proofreading and will not be issued.

Publishing Principles

1. Hukuk Fakültesi is a peer-reviewed journal which is prepared and printed by Istanbul Aydın University, the Faculty of Law twice a year (June and December).
2. The journal only accepts articles, reviews of judgement and translations, which are not published or accepted to be published previously. Articles which are created from the reports that are not published but presented in a scientific gathering can be accepted provided that the case is clearly stated in the footnote.
3. The manuscripts that are to be published in the June issue of the journal must be delivered till the 1st of April and till the 1st of October for the December issue. The manuscripts received after these dates will be evaluated for the next issue of the journal.

4. The preliminary evaluation of the manuscripts to be published are done by the Editorial Board. Those manuscripts that are evaluated by the Editorial Board and found to conform with publishing principles of the journal are sent to two different referees. Referees decide whether to publish, revise or reject the manuscripts and in each case the authors are informed.

5. In case the referee demands a revision in his report, the author is expected to change the text only within the limits given by the referee. The manuscripts that are expected to be revised must be completed and resend to the Editorial Board within 30 days. Manuscripts that are sent within the specified period will be queued to be published in the next issue. The referees who demanded the changes may also evaluate manuscript revision.

6. In case referee decides to reject the manuscript in his report, a second referee review is conducted. The manuscripts that are not returned from referee reviews within the specified period are evaluated for the next issue of the journal unless the authors demand otherwise.

7. Editorial Board reserves the right to publish manuscripts which have positive referee reports, in the upcoming issues of the journal depending on the intensity of the related issue.

8. The manuscripts must be delivered to Istanbul Aydin University, Law Faculty Deanship prepared as a CD in addition to three other hard copies in A4 paper size, on the two of which the name of the author is not specified. The authors are expected to specify their titles, the institutions they work in, their open address, contact number and e-mail addresses.

9. A copy of the journal will be sent to the authors free of charge.

Editorial Principles

I. Main Title

Written in bold letters, the main title must be congruent with the text content expressing the treated subject in the best way. The main title must not exceed 10-12 words of which initials must be capitalized.

II. Author's Name(s) and Address(es)

The name(s) and surname(s) of the authors must be typed in bold whereas the addresses must be typed in italic letters. If there are any, the title(s) and the workplace(s) of the authors as well as their contact information must be indicated on the first page with a footnote.

III. Abstract

The article must include an abstract in both English and Turkish (özet) languages, which briefly and clearly summarizes the subject of the text and consists of at least 100 and at most 150 words. The abstract must not refer to the cited sources, figures and graphic numbers used in the text or contain footnotes. Authors must provide keywords consisting of at least 3 and at most 5 words leaving an empty line under the English and Turkish abstracts. The Turkish abstract must also have its title in Turkish.

IV. Main Text

The text must be written with Times New Roman font-type, 12-point font size leaving 1,5 space between lines and 3 cm margins on top, bottom and both sides of an A4-sized MS Word page. The pages must be numbered. The text must not exceed 6000 (six thousand) words including its Turkish and English abstracts, figures and table contents.

V. Sub-titles

The section and sub-titles may be preferred for delivering the information

in an orderly way. All the section (regular) and sub (italics) titles must be written in 12- point size, bold characters, capitalizing only the initial letters of each word in the title. Sub-titles must not be followed by a colon (:) and the text must begin after an empty line.

VI. Bibliography

The bibliography must be given at the end of the text in an alphabetical order.

CONTACT INFORMATION:

Istanbul Aydin University, Faculty of Law
Beşyol Mah. İnönü Cad. Nu:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

Postal Code: 34295

Tel: 444 1 428 / 23410

Fax: 0212 425 57 59

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr



Her türlü bilgiye ihtiyaç duyduğunuzda bilgi merkezi **7/24** kapıları sizlere açık!

"Aydınlık bir geleceğe"