



KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ



KIRKLARELİ UNIVERSITY
JOURNAL OF LAW FACULTY

HAZİRAN 2024 ————— CİLT: 2 / SAYI: 1

K L Ü H F D

ISSN: 2980-2245

VOLUME: 2 / NUMBER: 1

JUNE 2024



KIRKLARELİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: 2

SAYI: 1

HAZİRAN 2024

ISSN: 2890-2245

KIRKLARELİ 2024

DERGİ KURULLARI

Editörler Kurulu

- Dr. Öğr. Üyesi Eray Aksın Atar (Editör)
Arş. Gör. Volkan Erdur (Editör Yardımcısı)
Arş. Gör. Tekincan Akif Karaarslan (Editör Yardımcısı)
Arş. Gör. Gürkan Küçük (Teknik Editör)
Arş. Gör. Burak Taha Alpagut (Yazım Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Burçin Aydoğdu (İngilizce Dil Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Rifat Cankat (Almanca Dil Editörü)
Arş. Gör. Dr. Barkın Asal (Fransızca Dil Editörü)

Dergi Kurulu

- Prof. Dr. Ahmet M. Güneş, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fulya Erlüle, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol Pohlreich, Europa-Universität Viadrina
Prof. Dr. Seçkin Yavuzdoğan, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Tahir Muratoğlu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ahmet Türkmen, Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Halil Altındağ, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Serdar Acar, Trakya Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi
Doç. Dr. Ali Ersoy KCONTACTI, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Güzide Burcu Günveren, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Asst. Dr. Maria Căzănel, Universitatea Ovidius Constanta

Yayın veya Danışma Kurulu

- Prof. Dr. Tolga Ayoğlu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Gökhan Antalya, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem Özen, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hacı Can, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süheyla Suzan Gökalp, Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim Subaşı, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi Gedikli, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Varol Karaaşlan, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İpek Sağlam, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ramazan Yıldırım, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yasemin Işıktaç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bernd Dieter Meier, Universität Leibniz, Fakultät Für Rechtswissenschaft
Prof. Dr. Andreas Fisahn, Universität Bielefeld, Fakultät Für Rechtswissenschaft
Prof. Dr. Chhaya Bhardwaj, Jindal Global University, Law School
Prof. Dr. Florica Brasoveanu, Universitatea Ovidius Constanta
Doç. Dr. Sevgi Kayak, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Asst. Prof. Dr. Erol Gökhan Tolay, Temple University, Beasley School of Law

AMAÇ VE KAPSAM

Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (KLÜHFD), Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez e-dergi olarak yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir.

KLÜHFD temelde hukuk alanında ve hukukla bağlantılı diğer bilim alanlarında, özgün ve nitelikli bilimsel çalışmalara dayanan makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkıda bulunmayı amaç edinmiştir. KLÜHFD temelde hukuk alanında ve hukukla bağlantılı diğer bilim alanlarında, özgün ve nitelikli bilimsel çalışmalara dayanan makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkıda bulunmayı amaç edinmiştir.

Gönderilen makaleler, çift taraflı kör hakem değerlendirmesine tabi tutulmakta ve en az iki hakemin olumlu görüşü sonrasında yayınlanmaktadır.

Dergimize gönderilecek makaleler hazırlanırken KLÜHFD Yazım Kuralları ve Etik İlkelerine dikkat edilmelidir. Yazarlar, Etik Beyan Formu ve Telif Hakkı Devir Formu'nu imzalı olarak sisteme yüklemelidir.

Dergide yayınlanmak üzere gönderilen tüm eserler, "Turnitin" intihal programında incelenir. Bu incelemenin sonucunda intihal/benzerlik oranı, kaynakçasız en fazla %25 olabilir.

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

- Dergimiz Dergipark portalı üzerinde “Hakemli Dergi” statüsünde Haziran ve Aralık aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanmaktadır.
- Dergi Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından çıkarılmakta olup kısaltması KLÜHFD’dir.
- Dergimiz yayın etiği ve açık erişim politikası gereği, Yayın Etiği Komitesi (Committee on Publication Ethics, COPE), Açık Erişim Dergiler Rehberi (Directory of Open Access Journals, DOAJ) ve Açık Erişim Akademik Yayıncılar Birliği (Open Access Scholarly Publishers Association, OASPA) tarafından yayımlanan kılavuzlar ve politikalar doğrultusunda yayın sürecinin tüm bileşenlerinin bu etik ilkelere uymasını sağlamaya çalışır. COPE Yayın Etiği Kılavuzları, "Dergi Editörleri İçin Davranış Kuralları ve En İyi Uygulama İlkeleri-Code Of Conduct And Best Practice Guidelines For Journal Editors" ile "Bilimsel Yayıncılıkta Şeffaflık ve En İyi Uygulama İlkeleri-Principles of Transparency and Best Practice in Scholarly Publishing" dergi editörler kurulu tarafından benimsenmiştir.
- Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
- Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.
- Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının %25’in üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.
- İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu’na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

- Hakemler, yalnız uzmanlık alanı ile ilgili makaleleri değerlendirmeyi kabul ederler. Değerlendirmeyi uygun bir süre içerisinde yansızlık ve gizlilik içinde yaparlar. Çıkar çatışması-çıkar birliği olduğunu anladıklarında, makaleyi değerlendirmeyi reddederek, editörlere bilgi verirler.
- Hakem raporlarının sonucunda eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının derginin hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Her makale en az iki hakeme gönderilir, eğer iki hakem de kabul verirse makale yayımlanmak üzere kabul edilir. Makaleye iki hakemin de ret vermesi durumunda makale reddedilir. Hakemlerden biri kabul biri ret verirse makale üçüncü bir hakeme gönderilir ve onun kararına göre kabul veya reddedilir.
- Makalelerle ilgili olumlu ya da olumsuz karar verirken, makalelerin özgün değeri, alana katkısı, araştırma yönteminin geçerli ve güvenilirliği, anlatımın açıklığı ile derginin amaç ve kapsamını göz önünde tutulur.
- Dergide makale yayımlamak isteyen yazarlar, 200-300 kelimededen oluşan özete, en az 5 en fazla 10 adet anahtar kelimelere, 200-300 kelimededen oluşan İngilizce özete (abstract), İngilizce en az 5 en fazla 10 adet anahtar kelimelere (keywords) eserlerinde yer vermelidir.
- Almanca ya da Fransızca dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; İngilizce ve Türkçe özet ve anahtar kelimelere yer verilmelidir.
- İngilizce dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; Türkçe özet ve anahtar kelimelere yer verilmelidir.
- Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Dergipark sistemi üzerinden makaleye ilişkin bilgiler girilirken, yazar veya yazarların iletişim bilgilerine (unvanları, kurumları, kurumsal elektronik posta adresleri, ORCID numaraları) tam olarak yer verilmelidir.
- Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA (Oxford Standard for the Citation of Legal Authorities) (4. Ed) atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf.

- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
- Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları ile bu haklar için gerekli manevi hakların kullanım yetkisi basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.
- Dergide makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. FSEK gereğince çeviri metni ile birlikte asıl eser ve hak sahibinin izni de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.
- Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk, Kamu Hukuku ve tüm sayılarda eşit makale dengesini koruma amacı güderek belirleyecektir.
- Yazarlar, Etik Beyan Formu ve Telif Hakkı Devir Formu'nu imzalı olarak sisteme yüklemelidir. Etik Beyan Formu için <https://dergipark.org.tr/tr/download/journal-file/27562>, Telif Hakkı Devir Formu için <https://dergipark.org.tr/tr/download/journal-file/27561> taslakları kullanılmalıdır.

İÇİNDEKİLER

Araştırma Makaleleri

DENİZ YOLUYLA YOLCU TAŞIMALARINDA YOLCU BİLETİ KAVRAMI
VE BİLETİN İÇERİĞİ

THE CONCEPT OF PASSENGER TICKET AND THE CONTENT OF THE
TICKET IN PASSENGER TRANSPORT BY SEA

Arş. Gör. Tekincan Akif KARAARSLAN.....1-37

1921 ANAYASASI MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİ VE BİRİNCİ MİLLET
MECLİSİ İLE FRANSA ULUSAL KONVANSİYON MECLİSİNİN
KARŞILAŞTIRILMASI

1921 CONSTITUTION PARLIAMENTARY GOVERNMENT SYSTEM AND
COMPARISON OF THE FIRST NATIONAL ASSEMBLY AND THE
FRENCH NATIONAL CONVENTION ASSEMBLY

Arda ERGENE.....39-68

SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLARA YÖNELİK DEĞERLENDİRME
EVALUATION OF JUVENILE DELINQUENCY

Dr. Öğr. Üyesi Tülay KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL.....69-110

TÜKETİCİ KREDİLERİNDE KREDİ VERENİN SÖZLEŞMENİN
KURULMASINDAN ÖNCEKİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

OBLIGATION OF CREDITORS TO PROVIDE PRE-CONTRACTUAL
INFORMATION ON CONSUMER CREDIT

Arş. Gör. Sema AYDIN.....111-133

HALKI YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA SUÇUNA İNTERNETTE
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE HABER VERME HAKKI PERSPEKTİFİNDEN
BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION OF THE OFFENCE OF PUBLICLY DISSEMINATING
MISLEADING INFORMATION FROM THE PERSPECTIVE OF FREEDOM
OF EXPRESSION AND THE RIGHT TO INFORM ON THE INTERNET

Arş. Gör. Mehmet Bahadır POLAT.....135-179

MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBININ
GERÇEKLEŞMESİ İÇİN GEREKEN SESSİZ KALMA SÜRESİ

REQUIRED SILENCE PERIOD FOR THE REALIZATION OF LOSS OF
RIGHT DUE TO REMAINING SILENT IN TRADEMARK LAW

Arş. Gör. Egemen IŞIK.....181-209

KANUN KOYUCU ABESLE İŞTİĞAL EDER Mİ? VEKALET VE HAKEM
ÜCRETLERİ İLE SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU'NUN ETKİLİLİĞİ
ARASINDAKİ İLİŞKİLER

IS THE LAWMAKER ALWAYS RIGHT? RELATIONSHIPS BETWEEN
ATTORNEY AND ARBITRATOR FEES AND THE EFFECTIVENESS OF
THE INSURANCE ARBITRATION BOARD

Doç. Dr. Serdar ACAR.....211-271

Çeviri Makaleler

İNSAN HAKLARI AÇISINDAN GÜNEY AFRİKA NİHAİ ANAYASASI'NIN
YAPIM SÜRECİ

THE DRAFTING OF THE FINAL SOUTH AFRICAN CONSTITUTION
FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Jeremy SARKIN

(Çev.: Dr. Arş. Gör. Melisa AYDIN YAMAKOĞLU).....273-308



DENİZ YOLUYLA YOLCU TAŞIMALARINDA YOLCU BİLETİ KAVRAMI VE BİLETİN İÇERİĞİ

Tekincan Akif KARAARSLAN

Araştırma Makalesi

Araştırma Görevlisi, Kırklareli Üniversitesi, Özel Hukuk Bölümü, Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı,
akifkaraarslan@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5594-0380.

ÖZET

Deniz yoluyla yolcu taşımalarında uygulanacak olan 2002 tarihli "Deniz Yoluyla Yolcuların Taşınmasına Dair 2002 Atina Konvansiyonu" ve 6012 sayılı TTK, yolcu bileti hakkında hüküm içermemektedir. Bu durumla beraber yolcu bileti hem taşıma sözleşmesinin varlığını ispat eden hem de taşıma sözleşmesinden doğacak haklardan kimin yararlandığını gösteren bir ispat belgesi olduğundan ve 6100 sayılı HMK tarafından belirli bir sınırı aşan hukuki işlemlerin senetle ispat edilmesi gerektiğinden kavram olarak önem kazanmaktadır. Çalışmada yolcu bileti kavramı, biletin hukuki niteliği, bilet üzerinde yer alan kayıt ve bilgilerin neler olduğu bu yazan bilgilerin dolaylı yoldan sözleşmeye etkisi ele alınmış ayrıca tarafların yazan bilgiler bakımından yükümlülükleri değerlendirilmiştir. Daha sonra ise bagaj kuponları, promosyon biletleri ele alınmış söz konusu kurumlar 2002 tarihli Konvansiyon ve TTK hükümleri ışığında değerlendirilmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma, 2002 Atina Konvansiyonu, Yolcu Bileti, Biletlerin Hukuki Mahiyeti, Yolcu Taşıma Hukuku

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayrıTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

DOI: 10.62124/kluhfd.1317759.

THE CONCEPT OF PASSENGER TICKET AND THE CONTENT OF THE TICKET IN PASSENGER TRANSPORT BY SEA

Tekincan Akif KARAARSLAN

Research Article

Research Assistant, Kırklareli University, Faculty of Law, Department of Private Law, Department of Maritime Law, akifkaraarslan@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5594-0380.

ABSTRACT

The "2002 Athens Convention on the Carriage of Passengers by Sea" dated 2002 and the TCC No. 6012, which are applicable to passenger carriage by sea, do not establish a provision on the passenger ticket. However, since the passenger ticket is a proof document that both proves the existence of the contract of carriage and shows

who benefits from the rights arising from the contract of carriage, and since the CCP No. 6100 requires legal transactions exceeding a certain limit to be proved by deed, it gains importance as a concept. In this study, the concept of passenger ticket, the legal nature of the ticket, the records and information on the ticket, the indirect effect of this written information on the contract, and the obligations of the parties in terms of the written information are evaluated. Afterwards, baggage vouchers and promotional tickets are discussed and these institutions are evaluated in the light of the provisions of the Convention of 2002 and the TCC.

KEYWORDS: Carriage of Passengers by Sea, 2002 Athens Convention, Passenger Ticket, Legal Nature of Tickets, Passenger Carriage Law

GİRİŞ

Deniz yoluyla yolcuların taşınmasına dair 2002 Atina Konvansiyonu ve 6102 sayılı TTK taşıma konusu yolcuya verilecek yolcu bileti konusunda hüküm ihtiva etmemekte ve neden hüküm ihtiva etmediği sorusu açık kalmaktadır¹. Buna rağmen Atina Konvansiyonundan önce yürürlüğe giren ve Hava Yoluyla Yolcuların Taşınmasına Dair “1999 Montreal Konvansiyonu” yolcu biletleri hakkında çeşitli hükümler içermektedir². Belirtmek gerekir ki yolcu biletleri

¹ Emine Yazıcıoğlu, Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku (17. Baskı, Filiz Kitapevi 2022) 432; Ergon Çetingil, Türk Hukukunda Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi ve Sigorta, Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu (Sigorta Hukuku Türk Derneği 1985) 133, 136; Kerim Atamer, “2002 Atina Sözleşmesi’nde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi”, (2008) 24 (3), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 103, 152; Melda Taşkın, Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Gemi Kazasından Doğan Sorumluluğu (Onikilevha Yayınları 2016) 56; İsmail Demir, 2002 Atina Sözleşmesi Çerçevesinde Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma (Yetkin Yayınları 2020) 147; Fevzi Topsoy, Deniz Ticareti Hukuku I (Legal Yayınları 2020) 521; Şaban Kayıhan, Deniz Ticareti Hukuku (3. Baskı, Umuttepe Yayınları 2022) 226; Salih Önder, “1974 Tarihli Atina Konvansiyonu Bağlamında Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesi”, iç Sabih Arkan vd. (edr), Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan (Turhan Kitapevi 2010) 1537, 1542; İlknur Uluğ Cicim, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi, (2012) 18 (2) MÜHFHAD, 526, 527; Can, bu durumun şekil serbestisi olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmekte ve taraflar arasında sözleşmenin geçerliliğini etkileyen şekil şartlarının kanunlar ihtilafı kuralları dairesinde tayin edilecek milli kurallara göre belirleneceğini belirtmektedir; Mertol Can, Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi (İmaj Yayınları 2001) 28; Konvansiyonun Türkçe çevirisi için: <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss152.pdf>> Son Erişim Tarihi: 13.06.2023; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu için: <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6102.pdf>> Son Erişim Tarihi: 13.03.2023; Mülga 6762 sayılı Ticaret Kanunu için: <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/5.3.6762.pdf>> Son Erişim Tarihi: 13.06.2023.

² Asgari içerik konularında aynılık söz konusu olmasa da Türk Sivil Havacılık Kanunu m.

içerdikleri bilgilerle ve kayıtlarla dolaylı olarak yolcunun ve taşıyanın hak ve yükümlülüklerine ihtiva ettiğiinden incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle önce yolcu biletlerinin ve bagaj kuponlarının hukuki mahiyeti incelenecek ardından 1999 Montreal Konvansiyonu hükümlerinden faydalanılarak deniz yoluyla yolcu taşımalarında kullanılacak olan biletinin muhteviyatı belirlenecektir.

I. DENİZ YOLU TAŞIMALARINDA YOLCU BİLETİ

A. HUKUKİ MAHİYETİ

1. Kıymetli Evrak Hukuku Bakımından

TTK m. 645 kıymetli evraktaki hakkın senetten ayrı ileri sürülemediğini, başkalarına da devredilemediğini düzenlemektedir. Öğretide iki grup senet olan ibraz senedi ve teşhis senetlerinin ise kıymetli evraka benzediği ancak kıymetli evrak olarak kabul edilmediği zira bu tür senetlerde temsil olunan alacak hakkı ile senet arasında bağlantı olmadığı belirtilmektedir³. Deniz yoluyla yolcu biletlerinin maddi hukuk bakımından ilk görünümü akdin yapıldığını ve yolcunun taraf sıfatıyla taşınma hakkına sahip olduğunu gösteren teşhis fonksiyonu olmasıdır⁴. Yine yolcunun bileti kullandığı hallerde başka hiçbir formaliteye gerek kalmadan ibraz ile haktan yararlanması mümkündür. Yolcu biletinin bu teşhis ve ibraz fonksiyonlarıyla borçlu taşıyan taşıyacağı yolcusunu teşhis etmiş olmakta alacaklı yolcu da edimin ifasını talep edebilecektir. Bu çıkarımla yolcu

107, Varşova Konvansiyonu m. 3, Montreal Konvansiyonu m. 3 yolcu bileti düzenlenmesi hükümlerini ihtiva etmektedir: Sinan Sami Akkurt, “Havayolu Taşımacılığında Yolcu Bileti ve Bagaj Kuponu”, (2013) 21(1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 277, 287; Türkay Özdemir, “Uluslararası Havayolu ile Taşımada Taşıma Senetleri ve İspat İşlevleri”, iç İlyas Gölcüklü (edr), Uluslararası Sivil Hava Taşımacılığında Güncel Gelişmeler Konferansı (Onikilevha Yayınları 2020) 98.

³ Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (22. Baskı, Vedat Kitapevi 2018) 58; Turgut Kalpsüz, Kıymetli Evrak Kambiyos Senetleri Ders Notları (1976) 5; Hüseyin Ülgen ve diğerleri, Kıymetli Evrak Hukuku (13. Baskı, Vedat Kitapçılık 2021) 52 vd.

⁴ Mertol Can, “Yolcu Biletlerinin Hukuki Mahiyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, (1992) 16 (4) 101; Can (n 1) 29.

biletlerinin hem teşhis hem de ibraz fonksiyonunu taşıdığı görülmektedir ayrıca biletler taşıyana yolcunun söz konusu taşımanın yapıldığı gemiye girişi ve bilette yazılı olan kabini veya koltuğu emre hazır tutacağı borcunu da yüklemektedir⁵. Ancak bileti zayi olan yolcu, bilet kıymetli evrak olmadığından kıymetli evrakın zıya ve iptali hükümlerine dayanamayacaktır. Söz konusu durumda yolcu sözleşmenin varlığını her türlü şekilde ispatlayıp hakkını kullanabilecektir⁶. Bu durumda kanaatimizce ayrıca TBK m. 105'in de gündeme gelebileceği kabul edilmelidir. Zira ilgili madde alacaklının borç senedini kaybettiği durumlarda borçludan kendisine bir tekrardan onaylı bir belge vermesini düzenlemektedir. Bu hüküm uyarınca biletini kaybeden yolcu taşıyandan yeni bir bilet vesikası vermesini isterse taşıyan bu istemi kabul etmekle mükellef olmalıdır⁷. Buradan çıkacak sonuç hakkın kullanılmasının bilet vasıtasıyla oluşudur. Bu nedenle yolcunun hakkını talep edebilmesi için binişe kadar bilete zilyet olması gerekmektedir. Ancak görüldüğü üzere bu durum mutlak olarak geçerli değildir yolcu her türlü delille hakkını ispat edebilmektedir⁸. Diğer yandan yolcu biletlerinde bu senedi düzenleyen taşıyanın amacı bileti tedavüle sokmak değil senedi ilk teslim ettiği yolcuya ifada bulunmaktır⁹. TTK m. 1249/II de taşıma sözleşmesinde yolcunun adının bulunması durumunda taşınma hakkını bir başkasına devredemeyeceğini düzenlemektedir¹⁰. Kanaatimizce bu durum TBK

⁵ Can (n 4) 102; Ülgen (n 3) 53; Can (n 1) 30 vd.

⁶ Biletin sınırlı bir zaman içerisinde kullanılması gerektiği bu zamanın geçmesi durumunda bileten yararlanmanın mümkün olmayacağı bu nedenle ağır bir yükümlülük gerektiren zıya hükümlerine dayanmanın doğru olmadığı yönünde Demir (n 1), 148; İlyas Gölcüklü, Hava Hukuku (2. Baskı, Onikilevha Yayınevi 2021) 21.

⁷ Ülgen (n 3) 53; Hüseyin Ülgen, Hava Taşıma Sözleşmesi (Banka ve Ticaret Hukuku Yayınları, 1987) 136.

⁸ Can (n 4) 31.

⁹ Ülgen (n 3) 55.

¹⁰ İsmail Doğanay, "Denizde Yolcu Taşıma Mukavelesi", (1976) 1 (2) Yargıtay Dergisi 125, 128; Çetingil (n 1) 136; Can (n 1) 32; Demir (n 1) 148; TTK mezkûr maddenin gerekçesinde söz konusu hükmün mülga TK m. 1119'dan alındığını belirtmiş ancak bu düzenlemenin neden var olduğuna dair herhangi bir açıklama yapmamıştır; Bilet üzerinde ismin yer alması durumunda artık biletin nama yazılı bir biniş kartı olduğu yönünde;

m. 183'te yer alan kanuni bir engel olmadığı sürece alacağın devrinin borçlunun rızası aranmayacağını düzenleyen hükümde yer alan "kanuni engel" kavramına örnektir¹¹. Öğretide TTK m. 1249'un sadece deniz yoluyla yolcu taşımalarında geçerli olduğu diğer taşıma türlerinde bilette adın bulunması ihtimalinde devrin kabil olduğu kabul edilmektedir¹². Mezkûr maddenin mefhum-u muhalifinden çıkacak sonuç ise biletin istisnai olarak hamiline düzenlediği hallerde, bilet hamilinin yolcu sayılacağıdır. Bu yolcu taşımanın başladığı ana kadar biletin teslimiyle taşınma hakkını diğer bir müstakbel yolcuya¹³ devredebilecektir¹⁴.

Atamer (n 1) 139; Böyle bir belirtide yolcunun şahsının artık taşıyan için önemli olduğu varsayıldığı yönünde: Can (n 1) 47; Çetingil (n 1) 136; Doğanay (n 10) 127; Ülgen/Helvacı' da üzerlerinde isim yazılı olan biletlerde borçlunun alacaklının kimliğini denetleyebileceğini ve sadece bu kişiye ifada bulunacaklarını ileri sürerek edimden kaçınabileceklerini ayrıca senedin üzerine devrin yasak olduğunu belirten bir ibare ile devrin yasaklanabileceğini belirtmektedirler; Ülgen (n 3) 55; Atamer ve Demir bilet üzerinde ismi yazılı olan yolcunun taşınma hakkını devretmesinin borçlu olan taşıyanın onayına tabi olduğunu belirtmektedir. Atamer (n 1) 139; Demir (n 1) 220; İki müellifin ayrıldığı nokta devrin şekli yönündendir; Atamer sözleşmenin kurulmasının şekle bağlı olmadığından hareketle temlik sözleşmesi bakımından da şekil şartı aranmayacağını belirtmektedir; Atamer (n 1) 139; Demir ise TBK m. 184'ün geçerlilik şekli bakımından yazılı şekil şartını aradığını ve mezkûr hükmün emredici olduğunu bu nedenle TTK m. 1249 kapsamında yapılacak devirlerin de yazılı şekil şartına tabi olduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce söz konusu durum bakımından Demir'in görüşüne üstünlük tanınmalıdır zira TBK, şekle bağlı olmayan sözleşmeler bakımından alacağın devrinin de şekle bağlı olmadığı yönünde herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir.

¹¹ Atamer (n 1) 139.

¹² Can (n 1) 32.

¹³ Burada müstakbel yolcu kavramının kullanılmasında herhangi bir yanlış yoktur zira bileti devralacak kişi henüz yolcu sıfatına erişmemiştir. Yolcu adaydır.

¹⁴ Hamiline yazılı yolcu biletlerinin kısa mesafede kullanıldığı yönünde; Çetingil (n 1) 136; Doğanay (n 10) 128; Can (n 1) 32; Demir (n 1), 148; Bu biletlerin devri durumunda taşıyanın artık bileti verdiği kişiden başka bir kişiyi taşımakla mükellef olduğu yönünde: Hans Jürgen Abraham, Das Deutsche Seerecht (2. Baskı, Walter de Gruyter 1962) 812 m. 7; Ülgen/Helvacı ise üzerinde isim yazılı olmayan senetlerin üzerlerine konulacak kayıtlarla teorik olarak dolaşımın yasaklanabileceğini belirtmekte ve Almanya'daki tramvay biletlerinin üzerinde devrolunamaz ibaresinin yazıldığını belirtmektedirler; Ülgen (n 3) 56; Ayrıca belirtmek gerekir ki kanaatimizce hamile yazılı biletlerin kötü niyetli kişilerin eline geçmesi durumunda taşıyan asıl kişiyi tespit edemeyeceğinden bu kötü niyetli kişilere ifa ile yükümlüdür; aynı yönde; Çetingil (n 1) 136 dn. 12'de Alman Hukukunda bu kabulün kraesyon (yaratma) teorisine dayandığını belirtmektedir. Zira ilgili teoride

2. Sözleşmeler Hukuku ve Usul Hukuku Bakımından

Yolcu bileti sözleşmenin kurulması ispat şartını sağlamasının yanı sıra sözleşmenin kurulması konusunda da öneme haizdir¹⁵. Zira öğretilerde bir görüş taşıyan belirli limanlar arasında yolcu taşıyacağını ilan etmesi ve rotasını paylaşması¹⁶ durumunda taşıyanın yaptığı beyanın öneriye davet sayılacağını ve yolcunun taşıyanın acentesine giderek yahut internet üzerinden rezervasyon yapması durumunun ise öneri olarak kabul edileceğini belirtmektedir. Yine aynı görüş yolcu biletinin düzenlenip yolcuya verilmesi ise kabul beyanını oluşturacağını belirtmekte biletin taşıma ücretinin ödenmesinden sonra verildiğini kabul etmektedir¹⁷. Öğretilerde diğer bir görüş ise biletin düzenlenerek

senedin düzenlenmesi ile tek taraflı, kabule ihtiyaç duymayan hukuki bir işlemin ortaya çıktığı ve senedin rıza olmadan tedavüle çıktığı durumlarda bunun bir öneminin olmadığı kabul edilmektedir; Abuzer Kendigelen ve İsmail Kırca, Kıymetli Evrak Hukuku (2. Baskı, Onikilevha Yayınları 2020) 79.

¹⁵ Çetingil (n 1) 136; ancak belirtmek gerekir ki yolcu sıfatının kazanılması biletten bağımsızdır. Bilet belirtildiği gibi önemli bir ispat vesikasıdır. Yolcu sıfatı taşıma sözleşmesinin kurulması ile kazanılır ve varış limanında inilmesiyle beraber son bulur.; Havayolu ile yolcu taşımada aynı yönde: Gölcüklü (n 6) 50.

¹⁶ Sözleşmenin yapılması bakımından taşıyan tarafından önceden ilan edilen rotaların sözleşmenin ayrılmaz bir parçası olduğu yönünde; Adil İzveren ve diğerleri, Deniz Ticareti Hukuku (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 1994) 287; Abraham (n 14) 813 rn. 9; Demir, söz konusu bu duyuruların öneriye davet olmasını kabul etmekle birlikte tüm esaslı unsurların sayılması durumunda TBK m. 8'den hareketle öneri olarak da sayılabileceğini kabul etmektedir; Demir (n 1) 152.

¹⁷ Doğanay (n 10) 127; Çetingil (n 1) 136; Alman Hukukunda yolcu taşıma sözleşmesinin şekle tabi olmadığı ve yolcu biletinin teslimi ile sözleşmenin kurulduğu hakkında; Heinz Prüssmann, Dieter Rabe, Seehandelsrecht: Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorsschriften und Internationalen Übereinkommen (4. Baskı, 2000) 851; Abraham (n 14) 812 rn. 7; İngiliz Hukukunda ise bilet yolcu taşımanın bir ön şartı olarak kabul edilmekte ne zamanki yolcunun bileti itiraz kabul etmesiyle sözleşmenin kurulduğunu kabul etmektedirler; Kate Lewins, Carriage of Passengers (Sweet Maxwell 2016) 42; Söz gelimi Avustralya Yüksek Mahkemesi *Oceanic v. Fay* davasında mahkeme bileti sözleşmesinin ön koşulu olarak kabul etmiştir: <<https://www.studocu.com/my/document/universiti-malaya/conflict-of-laws/oceanic-sun-line-special-shipping-co-inc-v-fay-1988/8275520>> (Son Erişim Tarihi: 21.06.2023); Ancak İngiliz Hukukunda *Hollingworth v Southern Ferries* [1977] davası ilgi çekicidir. Söz konusu davada tatile çıkmak isteyen davacı, yol arkadaşından biletleri almasını istemiş arkadaşı bu talep üzerine seyahat acentesine gitmiştir. Acentede kendisine davalı

yolcuya teslim edilmesinin sözleşmenin kurulması bakımından için olmadığını aksine sözleşmenin seyahat acentesinde rezervasyon formunun imzalanması ve

taşıyanın, broşürü verilmiş, broşürde feribot şirketinin taşıma koşullarının bilet kapaklarının içinde basılı olduğu belirtilmiştir. Birkaç hafta sonra davacının arkadaşı biletleri satın almıştır. Ancak söz konusu bilet taşıma koşulları genel bir istisna maddesi içermektedir. Davacı ve arkadaşı yolculuğa başladıktan sonra çıkan ani fırtınada koltuğunun devrilmesi sonucu ciddi şekilde yaralanmışlardır. Daha sonra taşıyana karşı bir dava açmışlardır. Taşıyan ise açılan davada sorumsuz olduğu ileri sürerek söz konusu muafiyet klozunun bilette yazdığını belirtmiştir. Ancak mahkeme genel bilet kabulünden uzaklaşarak bilet verilmeden da sözleşmenin kurulabileceğini olayda rezervasyonun yapılıp ücretin ödenmesiyle sözleşmenin kurulduğunu belirtmiştir; <<https://www.lawteacher.net/cases/hollingworth-v-southern-ferries.php> > Son Erişim Tarihi: 14.06.2023; *Queensland'daki Gill v. Charter Travel Co* davasında, geminin havuzunda oynarken yaralanan bir yolcu ortaya çıkan zararını istemiş taşıyan ise sözleşmede yer alan \$90,000'lik bir tazminatını ileri sürmüştü. Mahkeme olayda davacının arkadaşı aracılığıyla gemiye binmeden birkaç ay önce tam ücreti rezerve etmiş ve ödediğini ancak taşıyanın sorumluluğunu sınırlama hükmünü içeren bilet sadece seyahatten beş gün önce teslim edildiğini göz önüne alarak geleneksel analizin uygulamış ve sözleşmenin biletin düzenlendiği zaman kurulmuş olduğunu zira davacının bileti alıp seyahate devam ederek teklifi kabul ettiğini belirtmiştir: Karar için: Kate Lewins, *International Carriage of Passengers by Sea* (Sweet Maxwell 2016) 53; 1999 yılında *Knight v. Adventure Associates Pty Ltd* davası, bir taşıyıcının münhasır yargı yetkisi hükmünü temel alan bir duruşmanın durdurulması başvurusunu içermektedir. Mezkûr olayda yolcu Antarktika seyahati hakkında bilgi almak için taşıyıcının acentesine başvurmuş acenteden kendisine bir broşür ve bir rezervasyon formu almıştır. Verilen broşürde acentenin şartları ve koşulları belirtilmiş ve taşıyıcıların kendi şartlarında sözleşme yapacakları belirtilmiştir. Davacı akabinde rezervasyon formunu doldurdu ve Mart 1995'te depozitoyu ödemiştir. Seyahatten yaklaşık üç hafta önce acente tarafından evine "seyahat sözleşmesi" adlı bir posta almış ve postanın içinden çıkan belgede münhasır yargı yetkisi hükmü bulunduğunu belirtmiştir. Yolculuk zamanı sözleşmeyi imzaladıktan sonra gemiye binen yolcu seyahatin ikinci gününde davacı kayarak düşmüş ve kafatası ve bileğinde kırılmıştır. Mahkeme gününde taşıyan sözleşmenin klasik bilet davalarına dayanarak yorumlanması için argüman sunmuş davacının sözleşmeyi imzaladığını ve gemiye bindiğini belirtmiştir. Ancak olayda hâkim *Malpass M.* sözleşmenin seyahat sözleşmesinin alındığı zamandan önce rezervasyonla kurulduğunu belirtmiştir: Karar için: Lewins (n 17) 55; Rezervasyon konusunda aksi görüşte; Can (n 1); ilgili müellif, rezervasyon konusunda, yolcunun talebi üzerine rezervasyon yapılmasının sözleşmenin akdedilmesi anlamına gelmeyeceğini belirtmekte, yolcunun bu talebinin öneriye davet yer ayrılmasının da öneri olduğunu ifade etmektedir; Demir ise burada rezervasyon talebinin her somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. İlgili müellife göre yolcu, taşıma ücreti de dahil olmak üzere sözleşmenin esaslı unsurları hakkında bilgi sahibi olarak rezervasyon isteğinde bulunmuşsa bu durumda bu istek öneri olarak kabul edilecek rezervasyonun yapılmasıyla sözleşme tamamlanmış olacaktır; Demir (n 1) 152.

yolcunun rezervasyonun yapıldığı zamanda sözleşmenin tamamlanmış olduğunu ileri sürmektedir¹⁸. Aynı şekilde üçüncü bir görüşte acentenin ya da taşıyanın ücreti tahsil etmesi durumunda da sözleşmenin kurulduğunu belirtmektedir¹⁹. Kanaatimizce her üç görüş de kabul edilebilir niteliktedir zira öğretide ittifakla biletin sözleşmenin kurulmasında esaslı unsur olmadığı kabul edilmektedir²⁰. Böylece taşıyanın hem bilet düzenleyip vermesinde hem de bileti düzenlemeden ücreti almasında hem de rezervasyonun yapılmış olduğu durumlarda sözleşme kurulmuş sayılmalıdır. Zira deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmeleri kanun gereği şekle tabi tutulmadığından sözleşmenin kurulmasının ispatı, her ne kadar zorluk içerse de, sözlü olarak dahi ispat edilebilecektir²¹.

Yukarıda belirtildiği üzere biletin hamili şahıs sözleşmeler hukuku bakımından taşınma hakkına sahip olacaktır²². Böylece bilete sahip olan yolcu, kendisinin taşıya taşımanın yapıldığı gemiye girişi ve bilette yazılı olan koltuğun taşıyan

¹⁸ Önder (n 1) 1544; Christopher Hill, Maritime Law, (2. Baskı, Lloyds London Press 1985) 338; Rezervasyon konusunda bir hususun altının çizilmesinde fayda vardır. Zira kimi zaman rezervasyonlar kesin ya da opsiyonlu rezervasyon olarak karşımıza çıkmaktadır. Kesin rezervasyonlarda yolcu biletini kredi kartı ya da başka şekilde satın aldığı ve sözleşmenin kurulmuş olduğu durumdur. Opsiyonlu rezervasyonlarda ise yolcunun henüz gemiye binip binmeyeceği belli olmadığından ve taşıma tarihine kadar ödemeyi yaparak bileti alabileceği gibi taşınmadan da vazgeçebilir. Belirtilen süre içerisinde ödeme de yapılmadığı için rezervasyon iptal olacaktır. Bu nedenle kesin rezervasyonlarla sözleşmenin kurulduğunun kabulü gerekirken opsiyonlu rezervasyonlarda süreye bağlı bir önerinin varlığı kabul edilmelidir: aynı yönde: Gölcüklü (n 6) 25.

¹⁹ Canan Özlem Ilgın, Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Bir Değerlendirme, (2007) 6 (12) İTÜSBD 231, 237.

²⁰ Taşkın (n 1) 56; Çetingil (n 1) 137; İzveren ve diğerleri, (n 16) 288; Can (n 1) 33; Demir (n 1) 147.

²¹ Yargıtay'ın bir kararında "Yasalarımızda, taşıma sözleşmesinin geçerliliği açısından herhangi bir biçime bağlılık koşulu öngörülmemiştir. Yolcu bileti taşıma sözleşmesinin varlığı konusunda önemli bir kanıttır" şeklinde hüküm kurmuştur: karar için: Çelik Ahmet Çelik Karayoluyla Yolcu Taşıma, (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2021) 73 dn. 27; Vergi Usul Kanununun 233. maddesi yolcu bileti düzenleme yükümlülüğünü ihtiva etmektedir; <<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.4.213.pdf>> Son Erişim Tarihi: 17.06.2023.

²² Doğanay (n 10) 127; Çetingil (n 1) 136.

tarafından emrine hazır tutulacağını bilmekte söz konusu bu durumları ispatlayan bir vesikaya sahip olmaktadır²³. Kanaatimizce bilette gösterilen koltuğun başka birine verilmiş olması durumunda TTK m. 914/III kıyasen uygulanmalı ve yolcu bilet parasının üç katı kadar tazminata hak kazanmalıdır. Ancak bu durum yalnızca kamaranın hiç sağlanmaması ile sınırlandırılmamalıdır. Örneğin taraflar geminin dış tarafında yer alan ve deniz manzarasına sahip olan bir koltuk konusunda anlaşmışlar ancak taşıyan geminin iç bölgesinde bulunan koltuk sunmuşsa bu durumda da TTK m. 914/III yine kıyasen uygulanabilmelidir.

Bir diğer husus ise kişinin biletinin onu yolcu olduğunu ispat etmesi ve TTK-Konvansiyonun koruma hükümlerinden yararlanmasını sağlamasıdır. Bu nedenle bilete sahip olmadan yolculuk yapan kişi “kaçak” yolcu sayılacaktır zira bu kişiler taşıyanın veya kaptanın bilgisi olmadan gizlice gemiye binip yolculuk yaptıklarından ve taşıma sözleşmesi tarafı olmadıklarından yolcu olarak sayılmayacaklardır²⁴. Bu durumda kaptan kaçak yolcuyu ilk fırsatta gemiden uzaklaştırabileceği gibi²⁵ kaçak yolcunun ücret karşılığı taşınmasına razı olabilecektir. Bu kabul sonucu kaçak kişi TTK m. 1252/III uyarınca hareket

²³ Yargıtay 11. HD., E. 3736 K. 5048, 4.11.1980 kararında “davacıların biletlerinde gösterilen yerlerde başka yolcuların oturduğu ve dolayısıyla davacıların biletlerinde kendilerine ayrılan kamarada seyahat etmedikleri gerek tanık beyanlarından gerekse ibraz edilen ve dosyada bulunan Kamara Yolcu Kayıt Defteri içeriğinden kesin olarak anlaşılmıştır. Bu durum TBK 96. vd. hükümlerine göre sözleşmeye aykırı bir davranıştır. Aynı yasanın 98.maddesine göre de sözleşmeye aykırı eylemlerde BK.’nın haksız eyleme ilişkin hükümleri uygulanabilir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, deniz yolu ile yolcu taşıma sözleşmesinden doğmakta ise de TTK, 1119 hükümlerinde, kamaradaki yerin başka birine verilmiş olması nedeniyle yolcunun oturma salonundaki sandalye ve koltuk üzerinde yolculuk zorunda kalması hususuna ilişkin düzenleme bulunmaması karşısında kararda TTK m. 1 aracılığıyla TBK’nın anılan hükümlerinin uygulanması gereği sonucuna varılmıştır. Kararda mahkemenin görüşünün aksine TTK m. 806 vd. hükümlerinden uygulanıp uygulanılmayacağı üzerinde durulmuştur. Çünkü TTK m. 806’da farklı olarak yerini kaybeden yolcunun hiç taşınmaması hipotezi ele alınmıştır: Fahiman Tekil, Deniz Hukuku (5. Baskı, Alkım Kitapevi 1998) 347.

²⁴ Can (n 1) 27; Çetingil (n 1) 135; Demir (n 1) 218.

²⁵ Can (n 1) 54.

saatinde, hareket limanında biletli yolcu gibi binmiş gibi sayılarak en yüksek taşıma ücreti istenebilecek ve böylece Konvansiyon ve TTK anlamında yolcu sayılarak korumadan faydalanacaktır²⁶. İkinci durum ise hamile yolcunun yolculuk esnasında doğum yapması durumudur. Söz konusu bu durum Konvansiyon ve TTK'nda hüküm altına alınmadığından öğretide tartışmalı bir mesele haline gelmiştir. Bir görüş doğan çocuğun doğrudan Atina Konvansiyonu 1/IV anlamında yolcu sıfatını kazanmayacağını taşıyanın rıza göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Yine aynı görüş taşıyanın bilgilendirilmesi üzerine zımni olarak susması durumunun sözleşmenin kurulmadığını belirtmektedir²⁷. Kanaatimizce söz konusu yorum doğru olmakla beraber taşıyanın zımni olarak susması sözleşmenin kurulmuş olduğu yönünde değerlendirilmelidir. Böylece doğmuş olan bebekte Konvansiyon- TTK bakımından yolcu sayılacak, hukuki korumadan yararlanacak ve tarafların arzu etmesi durumunda ispat vesikası bilet düzenlenecektir. Üçüncü durum ise hem Atina Konvansiyonu 1/IV hem de TTK m. 1249/I düzenlenmiş olan yolcu taşıma sözleşmesi olmaksızın akdedilen

²⁶ Çetingil (n 1); Demir (n 1) 218; mülga TK döneminde en yüksek taşıma ücretinin ödeneceği hüküm altına alınmamıştı. Söz konusu olan dönemde Can 6762 sayılı TK m. 1025 (6102 m. 1158/II)'den hareketle en yüksek taşıma ücreti olacağını belirtiyordu; Can (n 1) 55; Kaçak yolcuların zarara uğraması durumunda 2002 tarihli Konvansiyona dayanamayacağı ve zararlarını haksız fiil hükümleri uyarınca talep edebilecekleri kabul edilmektedir; Çetingil (n 1); Taşkın (n 1); Demir (n 1) 219; Kanaatimizce burada ihtimal olarak değerlendirilmesi gereken husus şudur: Şayet kaptan ve kaçak yolcunun ücrette irade uyuşmaları nedeniyle yolcunun gemide taşınmaya devam etmesi sonucu arada bir sözleşme kurulmuş sayılabilecek midir? Kanaatimizce bu hususu borçlar hukukunun genel hükümleri kapsamında kabul etmemiz gerekmektedir. Zira hem TTK hem de Konvansiyon sözleşmenin kurulmasını herhangi bir şekil şartına bağlamamıştır. Bu kabul halinde kaçak yolcu, irade uyuşması hasebiyle yolcu gibi sayılacak ve zayıf olanın korunması gayesini güden Konvansiyon ve TTK hükümlerinden faydalanabilecektir; Kişinin yolcu sayılacağı şeklinde aynı yönde: Uluğ Cicim (n 1) 529; Önder (n 1) 1548; aksi görüşte: Banu Bozkurt Bozobalı, Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu (Seçkin Yayınları, 2013) 31 dn. 48; Yazar söz konusu kaçak yolcuları hava taşıma hukuku bakımından değerlendirilmiş yolcu sayılması kabulünün taşıyanı hem kamusal olarak zor duruma sokabileceğini hem de sorumluluğunu arttırabileceği nedeniyle kabul etmemiştir.

²⁷ Demir n (1) 217.

navlun sözleşmesine dayanarak bu sözleşmenin konusunu oluşturan hayvan ve araçlara nezaret etmek üzere gemide taşınan kimselerdir²⁸. Bu kişiler hem konvansiyon hem de kanun gereği yolcu sayıldığından bilet kesilmesi konusunda bir hukuki engel bulunmayacak, söz konusu şahıslar için bilet kesilebilecek ve bu kişilerde korumadan faydalanacaklardır²⁹. Ancak mevzuat gereği de olsa ülkelerine tekrar geri götürülen gemi adamlarının yolcu sayılıp sayılmayacağı dolayısıyla da bu kişilere bilet kesilip kesilmeyeceği konusu tartışmalıdır. Öğretide bir görüş görüş geri götürülen gemi adamlarının yolcu sayılmayacağını belirtmektedir³⁰. Bu görüşün kabulü halinde gemi adamları için bilet kesilmeyecek ve bu kişiler korumadan faydalanamayacaktır. İkinci görüş ise göre geri götürülen gemi adamları yolcu sayılacak ve korumadan faydalanacaklardır³¹. Kanaatimizce gemi adamının geri götürülmesi bakımından ikinci görüşe üstünlük tanınmalıdır. Zira gemi adamının donatan ile arasındaki ilişki hizmet ilişkisidir ancak taşınması ayrı bir taşıma sözleşmesi oluşturmaktadır. Bu nedenle geri götürülecek olan gemi adamları yolcu sayılmalı ve onlara bilet kesilmesi bakımından hukuki bir engel olmamalıdır.

Bagajların bilete kararlaştırılan gemiden başka bir gemiye aktarılması konusunda Mülga 6762 sayılı kanun döneminde TK m. 1128 gemiye getirilen bagaj hakkında TK m. 1028'in uygulanacağını belirtmekteydi. O dönemde m. 1128 gereği şayet taşıyan yolcunun muvafakatini almadan onun bagajını kararlaştırılan gemiden başka bir gemiye yükleyecek olursa bundan doğacak olan

²⁸ Demir, araç ve canlı hayvanlar dışında taşınan yüklere nezaret eden kişilerin de yolcu sayılması gerektiğini belirtmektedir: Demir (n 1) 215; Kanaatimizce ilgili müellifin görüşü isabetlidir. Kişilerin sözleşme kapsamı dışarısında bırakılması için makul bir neden yoktur. Bu kişilerin yolcu sayılması durumunda onlara bilet kesilmesi bakımından herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır; aynı yönde, Uluğ Cicim (n 1) 529.

²⁹ Taşkın (n 1) 31; Atamer (n 1) 138; Demir (n 1) 214; Önder (n 1) 1548; Uluğ Cicim (n 1) 529.

³⁰ Çetingil (n 1) 135; Atamer (n 1) 140; Ilgın (n 19) 235.

³¹ Demir (n 1) 216.

zarardan sorumlu olacağı hüküm altına alınmaktaydı ancak taşıyan yolculuk başladıktan sonra ortaya çıkan bir tehlike dolayısıyla yolcunun bagajını başka bir gemiye aktarmış olsaydı bu durumda sorumlu olmayacaktı. Kanaatimizce m.1128'in karşılığı olan TTK m. 1150'nin kıyasen uygulanabileceği kabul edilebilecektir.

Bilet ayrıca yolculuğun tarih- saatini- biniş limanını da içermekte ve yolculuğu gerçekleştirmek isteyen yolcunun biletteki tarih ve saatte biniş limanında yolculuğa hazır olması gerekecektir³². Zira TTK 1253/I' de yolcunun, yolculuk başlamadan önce hareket limanında ve yolculuk devam ederken ara limanlarda gemiye zamanında gelmek zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Şayet yolcu bu yükümlülüğünü ihlal ederse bu takdirde kaptan yolcuyu beklemeden devam edecek ancak yolcu taşıma ücretinin tamamını ödeyecektir³³. Kanun koyucu aynı

³² Akkurt (n 2) 282; Belirtmek gerekir ki kalkış limanı taşıyanın taşıma sözleşmesinin ifasına ilk başladığı limandır. Varış limanı ise ifanın sona ereceği limandır; Yolcunun belirli zamanda kalkış limanında olması seferden önce belirli denetimlerin yapılması ve bagajın teslimi bakımından önemlidir: benzer yönde: Ülgen (n 7) 95; Yargıtay bir onama kararında “Mahkemece tüm dosya kapsamına göre; VK ve MK gereğince uçak biletlerinde uçuş tarihlerinin yıl, ay ve gün olarak belirtilmesinin gerektiği, davalı şirketin kesmiş olduğu biletlerde yıl ibaresinin bulunmadığı, kaldı ki düzenlenen uçak biletlerinin yabancı dilde düzenlendiği, orta vasıfta bulunan bir kişinin dahi İngilizce yazılan kısaltmalardan uçak biletlerindeki tarihleri kontrol edebilmesinin imkan dahilinde olmadığı, davalı Ce-Ce Turizm Tic. Ltd. Şti.'nin diğer davalı THY A.O acentesi şeklinde çalıştığı, her ne kadar bağımsız olarak biletleri acente kesmiş ise de davalılar arasında organik bir bağın bulunduğu gerekçesiyle 6.098,63 TL'nin davalılardan tahsiline karar verilmiş”, hükmünü onamıştır: Yargıtay 11. HD., E. 2016/913 K. 2017/1817, 27.03.2017 < www.uyap.gov.tr > Son Erişim Tarihi 20.06.2023.

³³ Yolcunun sözleşmede kararlaştırılan ve bilette belirtilen yer ve tarihte hazır olmasının yükümlülük olduğu ve taşıyanın bu durumu dava edemeyeceği, alacaklı temerrüdü oluşacağı yönünde; Atamer (n 1) 202; Uluğ Cicim (n 1) 531; Bu durumun esasında bir alacaklı temerrüdü oluşturduğu TBK m. 110 gereği borcun konusu bir şeyin tesliminin gerekmemesinden dolayı taşıyanın dönme hakkına sahip olduğunu ancak bu durumun taşıyan bakımından büyük bir yükümlülük yaratacağı ve taşıma hukukunun yapısına uygun olmayışından hareketle 1253/I'in alacaklı temerrüdünün özel bir görünüş biçimi oluşturduğu yönünde; Demir (n 1) 189; Ayrıca ele almak gerekir ki mülga 6762 TK m. 1122 yolcunun, yolculuk başlamadan önce gemiye yetişemeyeceğini düşünmesi sonucu taşıma sözleşmesinden caydığını açık olarak bildirmesi durumunda taşıma ücretinin yarısını ödeyeceğini düzenlemektedir ancak söz konusu hüküm 6102 sayılı TTK'ya

zamanda taşıyanın ücrete hak kazanmasını düzenlemekle beraber sebepsiz zenginleşmesi önlemek istemiş gemiyi kaçırarak yolcu yerine başka bir yolcu taşınması durumunda yeni yolcudan elde ettiği ücreti kaçırarak yolcudan istenecek olan ücretten düşüreceğini hüküm altına almıştır³⁴. Biletin taşımanın kalkış zamanını göstermesinin diğer bir görünümü de taşıyanın sorumluluğudur. Zira taşıyan, taşıma sözleşmesinde kararlaştırılan ve biletle de gösterilebilecek olan sürede ifaya başlamak ve bitirmekle mükelleftir³⁵. Bundan ötürü taşıyan kararlaştırılan tarih ve saatte limanda hazır olmalı ve gecikmesizin yolcunun binişini sağlamalıdır. Şayet taşıyan biletteki tarihten önce ya da sonra yola çıkarsa ya da bu tarihte yolculuğu gerçekleştiremediği durumlarda her ne kadar

alınmamıştır; yine m. 1122/II yolculuk başladıktan sonra da yolcunun sözleşmeden cayabileceğini ancak bu durumda taşıma ücretini tam olarak ödemesi gerektiğini düzenlemekteydi. O dönemde rotasında bir ara sefer kararlaştırmamış olan yolculuklarda yolcunun bu hakkını nasıl kullanacağı tartışılmış ve yolculuğun selametinin tehlikeye atılmadığı durumlarda ara limana girebileceği kabul edilmiştir: Can (n 1) 165; Kanaatimizce m. 1122 hala uygulamada karşılaşılabilecek bir sorunu hüküm altına aldığından 6102 sayılı TTK'nda da yer almalıydı; Yolcu biletlerinde kimi zaman hastalık halinde dahi bilet ücretinin iade olmayacağı açıkça yazmakta ve yolcunun yolculuk başlamadan sözleşmeden döndüğü durumlarda tam ücreti ödemesinin hakkaniyete uygun olup olmadığı tartışılmaktadır Söz gelimi hava yoluyla yolcu taşımalarında biletler zamanında kullanılmazsa ya da yolcu yolculuk başlamadan sözleşmeden dönmek isterse, taşıyan sadece biletin vergisini iade edilmektedir. BGH Alman Federal Yüksek Mahkemesi uçuş için promosyon sınıfta bileti olan yolcu hastalık sebebiyle uçuştan vazgeçmesi sonucu taşıyanın tamamı 7000 Euro olan bedelin 1400 Euro civarındaki vergisini iade ettiği olayda mahkeme eser sözleşmesinin sözleşmeden dönme hükümlerinin yolcu hava taşımaya uygulanabileceğine, bu bağlamda havayolunun sefer planlaması yaparken iade imkanı tanınmayan fiyat grubundan sunulan biletlerin kullanılacağına ilişkin güveninin korunması gerektiğine ve havayolunun yaptığı işin değerine ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebileceğine hükmetmiştir. <<https://openjur.de/u/974032.html>> Son Erişim Tarihi: 19.06.2023.

³⁴ Demir (n 1) 189; Atamer (n 1) 202; Uluğ Cicim (n 1) 532; Hava Taşımaları Bakımından: Gölcüklü, bazı durumlarda taşıyıcının zenginleşmediğini belirtmekte servis kiralanması, engelli vatandaşlar için özel servislerin sağlanması ya da başkaca ek giderlerin yapılması durumunda taşıyıcının daha ağır durumda olacağını belirtmektedir; Gölcüklü (n 6) 53.

³⁵ Yazıcıoğlu (n 1) 226; Demir (n 1) 180; Karayolu ile yolcu taşınmasında TTK m. 914/III'te taşıyıcının biletle gösterilen zaman, yer ve aracı değiştiremeyeceği hüküm altına alınmıştır; Çelik (n 21) 81.

Konvansiyon ve TTK’nda açık hüküm bulunmasa da mezkûr durum borçlar genel hukuku anlamında sözleşmeye aykırılık teşkil edeceği aşıkardır³⁶. Öğretide hakim görüş bu durumda TTK’nın karayoluyla yolcu taşıma hükümlerinin her ne kadar ilgili kısımda denizyoluyla taşımalar hariç tutulsa da bu taşımalara da uygulanabileceği yönündedir³⁷. Söz konusu düzenleme uyarınca geminin hareketi, yolcudan beklenemeyecek kadar geciktiyse bu durumda yolcu sözleşmeden cayacak ve uğradığı zararını tazmin ettirebilecektir. Yolcunun cayması bakımından herhangi bir şekil şartının aranmazken limandan ayrılması dahi cayma sayılabilecektir³⁸. Şayet yolcu bu gecikmeye rağmen caymamış yolculuğu tamamlamışsa bu takdirde uğradığı zararı tazmin ettirebilecektir. Ele almak gerekir ki yolcu bu zararını ispat edemese dahi kanun koyucu götürü taşıma ücretinin üç mislini gecikme tazminatı olarak belirlemiştir³⁹. Eğer bilette

³⁶ Demir (n 1) 180; Çetingil (n 1) 138.

³⁷ Taşkın (n 1) 181; Atamer (n 1) 159; Demir (n 1) 181; TTK m. 908 “Hareket, duruma ve şartlara göre yolcudan katlanılması istenmeyecek bir süre gecikirse, yolcu sözleşmeden cayıp ödediği ücreti ve varsa zararını isteyebilir. Yolcu, gecikmeye rağmen yolculuğu yapmışsa sadece gecikmeden doğan zararının tazminini dava edebilir. Cayma şekle bağlı değildir; hareket yerinden ayrılma cayma kabul edilir. Sözleşmeden cayılışın veya cayılmasının gecikme nedeniyle herhangi bir zarar ispat edilemese bile mahkemece bilet parasının üç misli tazminata karar verilir” hükmünü ihtiva etmektedir.

³⁸ Taşkın (n 1) 74; Demir (n 1) 181.

³⁹ Taşkın (n 1) 75; Atamer (n 1) 159; Demir (n 1) 181; Üç misli ibaresinin getirilmesinin isabetli olduğu bu zararı ispat etmenin zor olacağı yönünde: Hüseyin Ülgen, “Karayolu ile Yolcu ve Bagaj Taşıma” İkinci Taşımacılık Sempozyumu (Sigorta Hukuku Türk Derneği 1985) 2, 19; Yolcunun TTK m. 908’de yer alan cayma hakkı dahil olmak üzere diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi için taşıyana mehil verip vermeme hususu öğretide tartışmalıdır. Bir görüş taşımaların genellikle tarifeli hat seferlerinden oluştuğundan hareketle kesin vadenin söz konusu olduğunu belirtmiş bu nedenle taşıyana ayrıca mehil verilmemesi gerektiğini belirtmiştir; Taşkın (n 1) 75; diğer bir görüş ise götürü olarak bu sonucun kabulünün mümkün olmadığını her tip taşıma bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir; Demir (n 1) 182; Can (n 1) 78; Kanaatimizce bu durumda ilk görüşe üstünlük tanınmalıdır. Zira TBK m. 124/III borcun ifasının belirli bir zamanda gerçekleşmemesi durumunda ifanın artık kabul edilmeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda ihtar verilmesinin gerek olmadığını düzenlemektedir. Bu durum deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde de söz konusudur. Ayrıca bu işlemler ilk görüş taraftarlarının belirttiği gibi kesin vadeli işlemlerdir.

belirtilen tarihte sefer hiç yapılamazsa bu durumda ne olacağı konusunda da ne Konvansiyon ne deniz yoluyla yolcu taşıma kısmını ihtiva eden TTK hüküm içermemektedir. Kanaatimizce bu durumda TTK m. 907 hükmü kıyasen deniz yoluyla yolcu taşımalarına da uygulanabilir gözükmektedir. Eğer taşıma mücbir sebep dolayısıyla ifa edilememişse bu durumda sözleşme kendiliğinden geçersiz olacak ve tazmin yükümlülüğü doğmayacaktır bu durumda taşıma ücreti peşin alındıysa yolcuya tekrar iade edilecektir. Sefer, taşıyanın kusurundan bağımsız gemiyle ilgili bir nedenden dolayı yapılamıyorsa ⁴⁰veya her iki tarafın kusurdan doğan bir sebeple yahut yolculuğu tehlikeye sokan bir nedenden dolayı yapılamıyorsa bu durumda sözleşme geçersiz sayılacak ve tazmin yükümlülüğü doğmayacaktır yine taşıma ücreti alındıysa geri iade edilecektir. Ancak sefer taşıyanın fiili ve ihmali nedeniyle bilette yazılı saatte yapılamadıysa bu takdirde yolcunun tazminat isteme hakkı gündeme gelecektir. Nihai olarak bilette yazılı tarihte seferin başlamaması durumunda yolcu da zaten sefer saatinde limanda hazır değilse, taşıyan izleyen seferlerin herhangi birinde yolcuya yeni bir taşıma önerisinde bulunmakla mükellef olacaktır. Bu önerinin kabulü üzerine taraflar yeni bir bilet düzenleyeceklerdir. Şayet taşıyan bu öneriyi yerine getirmesse taşıma ücretinin üç katı kadar tazminat ödeyecektir. Ancak söz konusu bu durum taşıyana büyük bir mali yük oluşturacaksa ya da imkansızsa taşıyan böyle bir mükellefiyet taşımayacaktır. Taşıyanın seferin yapılmasında kusuru olmadığı durumlarda bütün yapılan önerilere rağmen yolcu kendisine önerilen seferi haklı bir sebep göstermeden reddederse bu durumda yolculuk yapmasa dahi taşıma

⁴⁰ Mülga 6762 sayılı TK döneminde m. 1124 geminin savaş çıkması nedeniyle serbest sayılmaması ya da zapt edilme tehlikesine maruz bulunması ya da kamu tasarrufu nedeniyle yolculuğun durdurulmasını yani tarafların kusurundan bağımsız gemi nedeniyle yolculuğun yapılmadığı durumları ele alıyordu. Mezkûr madde bu durumlarda yolcu ve taşıyanın birbirlerine tazminat ödmeden sözleşmeden cayabileceğini düzenliyordu: İsmail Doğanay, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt III (Feryal Matbaası 1990) 463; Can (n 1) 158.

ücretini ödemekle mükellef olacaktır⁴¹.

Bilet üzerinde taşıyanın taşıma rotası yer alıyorsa ve taşıyan sebepsiz yere olağan bir yol izlerse bu durumda yolcunun ne şekilde hareket edeceğine dair Konvansiyonda ve deniz yoluyla yolcu taşıma kısmını düzenleyen TTK'nda hüküm yoktur. Kanaatimizce bu gibi durumlarda TTK m. 909 kıyasen uygulanmalı taşıyanın sebepsiz yere⁴² olağan rotanın dışında bir rota izlemesi durumunda yolcunun sözleşmeden cayıp tazminat isteyebileceği kabul edilmelidir ayrıca burada bir zarar ortaya çıkmamış olsa dahi bu tazminat istenebilecektir. Zira öğretide de belirtildiği üzere insanlar her zaman bir yere ulaşmak adına deniz yolunu kullanabilecekleri gibi kimi zamanlarda da varna limanına ulaşılan kadar görülebilecek manzaralar, yaşanabilecek tabiat olayları veya ara limanlarda uğranılacak şehirleri gezmek ve alışveriş yapmak için tercih edebileceklerdir⁴³. Lakin borçlar hukuku ile eşdeğerlik sağlanması adına ifası

⁴¹ Kürşat Göktürk ve diğerleri, Karayoluyla Eşya ve Yolcu Taşıma Hukuku (2. Baskı, Adalet Kitapevi 2021) 118.

⁴² Mesela takip edilen rotanın geçtiği denizlerde büyük bir fırtınanın beklenmesi veya suların buzlarla kapanması gibi sebepler haklı sebeplerdir bu durumda kaptan belirlenen rotadan ayrılabilir; Gemide beklenmedik bir acil durum ortaya çıktığı durumlarda söz gelimi yangın, denizde karşılaşılan tehlikeli bir durum, makine arızası gibi durumlar ya da güvenlik ihtiyacı gibi nedenlerden ötürü Kaptan, gemi veya yolcuların güvenliğini sağlamak için rotadan sapabilir. Yahut hava muhalefeti, tehlikeli sular veya sığ bölgeler gibi durumlar güvenlik nedenleriyle rotadan sapmayı gerektirebilir Yine kaptan insan kurtarma Denizde mahsur kalmış veya yardıma ihtiyacı olan insanların kurtarılması durumunda kaptan rotadan sapabileceği kabul edilebilir. Gemilerin çatması, batması denizde kaybolması gibi durumlar insanlara yardım gerektirdiğinden kaptan bu gibi durumlarda rotadan sapabilir. Örneğin RMS Titanic battığında RMS Carpatica 70 kilometrelik bir rota değiştirerek Titanik'e yardıma gitmiştir. Ayrıca kaptan navigasyon zorlukları nedeniyle rotadan sapabilir sözcümlü sığ sular, buz dağları, tehlikeli mercan resifleri gibi durumlar kaptanın rotadan sapmasına yol açabilir. Yine Titanik yola çıktığının ertesi gününden itibaren rotasında buz dağlarının çokluğunu bu nedenle de rotasını değiştirmesi gereken ihtarlar almıştır ancak rotasını değiştirmemiştir. Nihayet kaptan, yetkililerden veya liman otoritelerinden gelen talimatlar veya emirler doğrultusunda rotadan sapabilir. Örneğin, güvenlik nedeniyle liman yetkilileri tarafından yönlendirilen rotadan sapma durumları yaşanabilir: Can (n 1) 80.

⁴³ Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu bu durumlar ancak karma nitelikte bir sözleşme olmadığı salt bir yolcu taşıma sözleşmesi yapıldığı zaman gündeme gelebilecektir. Zira

başlanan sözleşmeden cayılması değil sözleşmenin feshedilmesi gündeme gelmelidir⁴⁴.

Yolcuların bagaj olarak gemiye getirebileceği eşya miktarının sınırı çoğu zaman bilet üzerinde yer almaktadır⁴⁵. TTK md 1250/ III ise aksi kararlaştırılmış olmadıkça, deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesi gereğince yolcunun gemiye getirdiği bagaj için taşıma ücretinden başka bir ücret istenemeyeceğini hüküm altına almıştır. Şayet yolcunun beraberinde getirdiği bagaj biletle öngörülen sınırı aşıyorsa bu durumda taşıyana iki seçimlik hak tanınacaktır. Bu seçimlik haklardan ilki taşıyanın yükü taşımamayı tercih etmesi durumudur bu hakkın sınırı objektif iyi niyet kuralıdır. Eğer taşıyan durumu güçleşmiyorsa getirilen bagajı taşımakla yükümlü olmalıdır⁴⁶. Taşıyan üst sınırı aşan bagajı kabul

krvaziyer tipli tatil gemileri bakımından uygulanacak hükümler ve yaptırımlar daha farklıdır.; Can (n 1) 79; Yargıtay 11. HD., E. 1992/6392 K. 1993/5663, 20.09.1993 kararında “Belirli bir program dahilinde turist olan müşterilerini gezdirmeyi taahhüt eden firmanın gezi programında yer almasına rağmen onları Hawaii’ye götürmemiş olması sebebiyle açılan davada, böyle bir geziye kişilerin gezerek ve görerek alacakları zevkleri düşünerek çıktıklarını ve davalı firmanın bu şekilde davranmasının belki hayatın gelecek dönemlerinde elde edilmesi imkanı bir daha olmayan zevk ve tatmini engellediğini vurgulayarak davacı müşterinin manevi zarara da düşürdüğünü” hüküm altına almıştır: karar için: Can (n 1) 79 dn. 85.

⁴⁴ Taşkın (n 1) 77.

⁴⁵ Çetingil (n 1) 142; Can (n 1) 56; Atamer (n 1) 199; Demir (n 1) 185; Bagajın taşınmasının yolcu taşıma sözleşmesi içerisindeki bir yan edim olduğu bu edimin kapsamının sözleşme ile tayin edilebileceği, bazı taşıyıcıların biletlerinde ancak 15 kiloya kadar taşıyabileceklerini şeklinde kayıtlar koydukları yönünde: Sabih Arkan, “Yolcu Taşımalarında Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Düşünceler” (1983) 7 (1) BATİDER 13, 21; Aynı müellif bu tür kayıtlar koyulması durumunda edimin 15 kilo ile sınırlı olduğunu daha üstü bir bagaj getirilmesi durumunda ayrı bir taşıma sözleşmesi yapılması gerektiğini belirtmektedir.

⁴⁶ Can (n 1) 55; Ülgen (n 39)’de yer alan tebliğinde bagaj olarak kabul edilebilecek eşyaların taşıyan tarafından kabul edilmemesi durumunda sözleşmeden doğan borcun ihlalinin söz konusu olduğunu ve taşıyanın bagajın başına gelecek olan zıya ve hasarından sorumlu olduğunu belirtmektedir: Ülgen (n 39) 37; Yargıtay 11.HD., E. 1724 K. 2157, 4.4.1984 kararında “gemi ile yolculuk yapmak isteyen ve hem kendisi hem de otomobili için bilet alan kişinin otomobiline yer bulamaması yüzünden yolcuğunu karayolunda yapması halinde maddi tazminat olarak, ikinci yolculuk için yaptığı masraf ile gemi için aldığı bilet bedeli arasındaki farkı istemesi ve ayrıca manevi tazminat

edecekse bu durumda onun lehine ek ücret isteme hakkı doğacaktır. Bu ek ücret bilet üzerinde ya da sözleşmede gösterildiyse gösterilen meblağ esas alınacak gösterilmediyse TTK m. 1252/III kıyasen uygulanacak ve hareket limanındaki mutad ücret dikkate alınacaktır. Burada altı çizilmesi gereken husus m. 1252/III'te yer alan en yüksek ücret ibaresinin mezkûr olayda uygulanamıyor oluşudur. Zira 1252/III cezalandırma normu içerirken yolcunun bilette gösterilenden fazla bagaj getirmesi cezalandırma anlayışına dayanmamaktadır⁴⁷. Ayrıca bilette belirli bir ağırlığı aşan bagaj için ek ücret ödenmesi gerektiğine dair kayda rağmen bu ücreti almadan bagajları teslim alan taşıyan daha sonradan bagajın hasar ya da zıyana uğramış olması durumunda ek bagaj ücretinin ödenmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamalıdır⁴⁸. Bu belirlenen ağırlık üzerindeki bagajın taşıyanın kabulü ile taşınması durumu bagajın hukuki mahiyetini navlun sözleşmesi ile taşınan yüke dönüştürmeyecek yine yolcu taşıma sözleşmesinin bir parçası olmaya devam edecektir⁴⁹.

Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde ve genellikle yolcu biletlerinin üzerinde de yer alabilecek olan, sigara içme ya da içilecek alanı tahdit etme, kamaralarda yüksek sesle konuşma, yasak yerlere girilmeme, ortak yerler ve tesislerden yararlanma gibi yükümlülükler TTK m. 1251'de yer alan gemi düzenine uyma borcunun karşılığını oluşturmaktadır⁵⁰. Hem kaptanın vereceği

istememesi mümkündür" şeklinde hüküm kurmuştur: Tekil (n 22) 348.

⁴⁷ Can (n 1) 56; Demir (n 1) 185.

⁴⁸ Aynı yönde: Arkan (n 45) 24; Ülgen (n 39) 29.

⁴⁹ Can (n 1) 54; Demir (n 1) 186; aksi yönde: Çetingil ise bunlar için mümkünse yeni bir navlun mukavelesi akdedilebileceğini belirtmektedir; Çetingil (n 1) 143; Doğanay, gemi adamlarının gözetimine bırakılan piyano araç gibi bagajların navlun mukavelesine tabi olacağını belirtmektedir: Doğanay (n 10) 131.

⁵⁰ Can (n 1) 60; *The Eagle* davasında hakim *Ogden J.* biletlerin üzerinde yer alan bu sınırlamaları "Taşıyanın yolcuların güvenliği ve geminin düzgün işleyişi için uygulayabileceği çeşitli kurallar vardır. Bu kuralların bazıları rahatlıkla bir bilet kapağına yazılabilirken, diğerleri genellikle gemi üzerinde asılan duyurularda yer alır. Şahsen, böyle durumlarda sözleşmenin zımni bir hükmünün, gemi sahibinin yolcuların güvenliği ve geminin düzgün işleyişi için makul kurallar koyabileceği olduğunu belirtmek

talimatlar hem bilet üzerinde yer alan sınırlamalar hem de geminin muhtelif yerlerine asılan bilgilendirme panoları ve bırakılan broşürler geminin düzenini sağlamaya ilişkindir. Yolcu, geminin düzenini ilişkin kurallara aykırı davrandığı takdirde doğan zararlardan sorumlu olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki düzene aykırı davranıldığı takdirde cezai şart ödeneceğine dair sözleşmede bulunan ya da bilet üzerine koyulan kayıtlarda hukuken geçerli olacaktır⁵¹.

Belirtmek gerekir ki Atina Konvansiyonunun uygulanabilmesi için taşımanın uluslararası bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Konvansiyon m. 1/IX'da taşımanın ayrılış ve varış yerinin iki farklı devlette bulunması ya da ayrılış ve varış yerinin aynı devlette olmasına rağmen ara bir devlette uğrak limanı varsa söz konusu taşımanın uluslararası olacağını belirtmiştir. Kanaatimizce tıpkı hava yoluyla yolcu taşımalarında biletin içeriğinin düzenlendiği Montreal Konvansiyonu m. 3 gibi deniz yoluyla yolcu taşıma biletlerinde de bu hususla beraber taşımaya Atina Konvansiyonunun uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanmadığı takdirde ise taşıyanın belirli konularda sınırlı sorumluluk sahibi olduğu yazılması yolcunun lehinedir⁵².

Deniz yoluyla yolcu taşımalarında sözleşme akdedildikten sonra verilen biletlerin

konusunda tereddüt etmemeliyiz. Aslında, sözleşme yapılırken yanındaki kişinin omzuna dokunan ve taşıyanın bu şartları yolcu için koyup koymadığını soracak biri olduğumuzu düşünelim, hiç şüphe yok ki bu durumda her yolcu "Tabii ki, taşıyan güvenliğim ve geminin düzgün işleyişi için makul kurallar koyabilir" diyeceğini düşünüyorum." Şeklinde ifade etmiştir: Lewins (n 17) 57.

⁵¹ Atamer (n 1) 205; Demir (n 1) 192; Yargıtay 11. HD., E. 2017/3053 K. 2017/5191, 10.10.2017 kararında havayolu ile yolcu taşıma sözleşmelerinde kurallara uymayan yolcuları kural dışı yolcu saymış tazminat talep edilemeyeceğini ancak bilet parasının geri istenebileceği yönünde hüküm kurmuştur: <www.uyap.gov.tr> Son Erişim Tarihi: 20.06.2023.

⁵² Ülgen (n 7) 130; Akkurt (n 2) 283; Aksi hal için kusur veya özen ölçütü gözetilmeksizin herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Kanaatimizce taşıyanın bilgilendirilmesine de bir sonuç bağlanması gerekirdi. Hatta 1974 Atina Konvansiyonu'nun görüşülmesi sırasında böyle bir kuralın kabul edilmesi gerektiği gündeme gelmiş ancak bu öneri reddedilmiştir: Atamer (n 1) 196.

arka yüzlerinde çoğu zaman küçük puntolarla⁵³ yetkili mahkeme klozları, hukuk seçimleri veya taşıyanların kendi sorumlulukları sınırlayacak kayıtlar konulmaktadır⁵⁴. Bu kayıtların hukuki niteliği ise genel işlem koşulları olarak kabul edilmektedir⁵⁵. Bu tür kayıtların geçerli olabilmesi içinse yolcunun en geç sözleşmenin kurulması sırasında bilgilendirilmesi gerekmekte öğreti ise bu bilgilendirmenin gişelere asılacak duyurularla ya da benzeri yöntemlerle de

⁵³ Davacılar *Evelyn Lerner ve Jack Newton Lerner* 11 Kasım 1982'de yolcu olarak bulunduğu Yunan bayraklı bir geminin Yunanistan sularında davalı taşıyanın ihmali nedeniyle karaya oturması sonucunda yaralandıklarını iddia etmişler ve taşıyana karşı dava açmışlar ve zararlarını, 6.000 dolarlık yolcu ücretinin iadesini istemişlerdir. Davalı taşıyan ise zamanaşımı süresinin bilete 1 yıl olarak belirtildiğini bu nedenle de dolduğunu ifade etmiştir. New York Eyalet Mahkemesi ise bu hükmün bağlayıcı olması için bilet üzerinde en az 10 punto ile yazılması gerektiğini ancak taşıyanın dört punto ile söz konusu sınırlamayı yazdığından hareketle davacılar lehine hüküm kurmuştur. (*Lerner v. Karageorgis Lines, Inc.*, 108 A.D.2d 648 (N.Y. App. Div. 1985) <<https://casetext.com/case/lerner-v-karageorgis-lines-inc>> Son Erişim Tarihi: 15.06.2023; Konvansiyonda emredici olarak düzenlenmeyen ve bilet üzerine işlenen kayıtların sonradan reddedilip reddedilemeyeceği hususu *Baltic Shipping Co v Dillon* davasında tartışılmıştı. Bu davada hakim *Gleeson CJ*, bilet davalarında biletin verilmesiyle sözleşmenin kurulduğunu ifade eden geleneksel kabulün yolcu bakımından adil olduğunu çünkü yolcunun şartları içeren bir bilet aldığı ve ardından şartları okuma ve değerlendirme fırsatına sahip olduğunu belirtmişti. Zira böylece yolcu okuma fırsatı olan bir biletin çekincesiz kabul edilmesiyle sözleşmeyi kurmuş olacaktı ve sözleşmede kararlaştırılan koşullar biletin verilmesiyle yürürlüğe girecekti. Ancak hakim *Gleeson CJ* olaya farklı bir açıdan da bakmış biletin arka yüzünde yer alan şartlar hakkında taşıyan tarafından yolcuya bildirimde bulunulmadığını ve bunları gözden geçirme fırsatı vermediğini belirterek taşıyanın, bu maddeleri yolcuya bildirmek ve bu şartlar üzerine sözleşmeyi reddetme fırsatı vermek için gerekenleri yapması gerektiğini ileri sürmüştür: Lewins (n 17) 68.

⁵⁴ Atamer (n 1) 151; ayrıca ilgili müellif 224. dipnotta 2008 yılında İDO seferi biletlerinin arka kısmında yolcuların taşıma sözleşmesi şartlarını kabul ettiğine dair kayıtların olduğunu belirtmektedir; Demir (n 1) 162; *Bird v. Celebrity Cruise Line, Inc.*, 428 F. Supp. 2d 1275 (S.D. Fla. 2005) davasında geminin elverişsizliği ve gemi koşulları, yeme içme düzeni bakımından taşıyanın bilete koyduğu sorumsuzluk kayıtları tartışılmıştır. <<https://casetext.com/case/bird-v-celebrity-cruise-line>> Son Erişim Tarihi: 17.06.2023; Sözgelimi bilet üzerinde bagajların zıya ve hasarından sorumluluğun taşıyana ait olmadığı ya da bu sorumluluğun yalnızca kaptana ait olduğunu belirten kayıtlar geçersizdir; Arkan (n 30) 24.

⁵⁵ Yeşim Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi* (2. Baskı, Beta Yayınları 2001) 1 vd; Demir (n 1) 163.

yapılacağı belirtilmektedir⁵⁶.

Yolcu biletleri taşıyan sıfatı dolayısıyla davalı, davacı sıfatı ve yetkili mahkeme konusunda da önem arz etmektedir. Zira uygulamada çoğu zaman acenteler taşıyan adına sözleşme yapmaktadırlar. Acentelerin kimi durumlarda biletlere aracı komisyon ya da benzeri ifadeleri koymaları durumu onları taşıyan sıfatını kazanmaktan kurtarmayacak ve Konvansiyon hükümleri bakımından taşıyan sayılıp sorumluluğu sınırlandırma sisteminden faydalanacaklardır⁵⁷⁵⁸. Benzer şekilde konvansiyon fiili taşıyanın da sorumlu olduğunu hüküm altına almıştır. Amerikan Temyiz Mahkemesi'nin verdiği bir kararda fiili taşıyanın yolcu bileti

⁵⁶ Atamer (n 1) 151; Demir (n 1) 163; Atina Konvansiyonun yürürlüğe girmesinden sonra bilet davalarında oldukça azalma görüldüğü zira zaten Konvansiyonun taşıyanın sorumluluğunu emredici olarak düzenlediği yönünde; Demir (n 1) 166; Zira Konvansiyon m. 18 yolcunun ölümü, bedensel zarara maruz kalması ya da bagajının zıya ya da hasara uğraması olaylarından önce akdedilen sözleşmelerde ve dolaylı olarak biletlerde yer alan sorumluluğu kaldıran, daraltan ve ispat yükünü ters çeviren kayıtların geçersiz olduğunu hüküm altına almıştır. Ayrıca konvansiyon m. 17 yolcunun dava açma şansını sınırlayan yetkili mahkeme kayıtlarının da geçersiz olduğunu hüküm altına almıştır. Yine emredici hükümler başlığını taşıyan TTK m. 1271 sözleşme ile eşdeğer hükümler içermektedir. Mezkûr madde TTK m. 1256-1270 arasındaki hükümlerin emredici olduğunu düzenlemiş bu hükme aykırılığın yaptırımını da geçersizlik olarak belirlemiştir; ancak kanaatimizce burada gecikmeden doğan zararlara karşı sorumsuzluk kaydının koyulup koyulamayacağı hususu değerlendirilmelidir. Öğretide bir görüş bu tür kayıtların geçerli olduğunu belirtmektedir; Çetingil (n 1) 139; Ilgın (n 19); Can (n 1) 78. İkinci bir görüş ise TBK m. 115'ten hareketle söz konusu kayıtların geçersiz olduğunu kabul etmektedir; Demir (n 1) 174; Kanaatimizce burada ikinci görüşe üstünlük tanınmalıdır zira TBK m. 115 uyarınca yolcu taşıma faaliyeti uzmanlık gerektiren bir iş olduğundan önceden yapılmış kusura ilişkin anlaşmalar geçersiz sayılmalıdır.

⁵⁷ Aynı yönde Arkan (n 45) 15.

⁵⁸ Bu durumda kimin taşıyan sıfatını taşıyacağı durumu öğretide tartışılmış deniz yoluyla yolcu taşımalarında taşıyan taşıma taahhüdünde bulunan kimse olduğundan taşıyan sıfatının kazanması bakımından donatan ya da gemi işletme müteahhidi olması gerekmediği kanaatine varılmıştır: Atamer (n 1) 130; Can (n 1) 21; Demir (n 1) 197; Karayoluyla yolcu taşımalarında uzun yıllardan beri üçüncü kişilere ait otobüsleri kullanan taşımacı firmaların kazaya uğrayan yolcuların açtığı davalarda husumet itirazında buldukları ve kendilerinin taşıyan olmadığını ve komisyoncu olduklarını ileri sürmeleri üzerine KTK'nın zincirleme sorumluluk getirdiğini bu nedenle de taşıyan sıfatının belirlenmesi bakımından yolcu biletinin önemli bir işlev sahibi olduğu yönünde: Çelik (n 21) 74.

düzenlemek suretiyle yolcu ile sözleşme ilişkisi içine girdiğini ve bu şekilde artık taşıyan sıfatını kazandığını ifade edilmiştir. Mahkeme fiili taşıyanın sorumluluğunu kira ilişkisinden değil, sözleşme ilişkisinden kaynaklandığını kabul etmiştir⁵⁹. Yine yolcunun bedeni zarara maruz kalması ya da bagajının zıya ve hasara uğraması durumunda davacı sıfatına haiz olacağı açıktır. Bu nedenle davacı sıfatını ispat etmesinde namına yazılı bir yolcu bileti ispat vesikasına haiz olabilir. Yetkili mahkeme de ise Konvansiyon m. 17’de seçenekler halinde belirtilmiş ve bu hükümlerle yolcu, yakınlarının dava açmalarını kolaylaştırmak amaçlanmıştır⁶⁰. Mezkûr madde birinci fıkrada tüm şartların sağlanması halinde yolcunun veya yakınlarının, davalının yerleşim yeri veya işyeri merkezinin bulunduğu devlet mahkemesinde dava açılabilirliğini düzenlemiştir. Bu belirlemede ise biletlerin ispat fonksiyonu ortaya çıkmaktadır. Zira bilet üzerinde çoğu zaman taşıyan kişinin işyeri adresi bulunmaktadır. Bunun belirlenmesinin kolay olmadığı, yolcunun biletini internet üzerinden aldığı ve bilet üzerinde bilgilerin yazmaması hallerinde satışın gerçekleştiği yer yani davacının yerleşim yerinde de dava açılması kabul edilebilecektir⁶¹.

Yolcu biletleri zamanaşımı bakımından da önemli olabilecektir. Zira Konvansiyon m. 16/I yolcunun ölüm ve bedensel zarara uğraması ile bagajın hasar veya zıyaya uğramasından kaynaklanan tazminat taleplerinin iki yılda zamanaşımına uğrayacağı düzenlenmiştir. Ancak bu sürelerin başlangıç tarihi farklı olabilecektir. Şayet yolcu bedensel zarara uğradıysa bu durumda zamanaşımı süresi yolcunun gemiden indiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır⁶². Yolcu biletlerinin üzerlerinde geminin varış limanına varacağı

⁵⁹ *Chan v. Society Expeditions, Inc.*, 39 F.3d 1398 (9th Cir. 1994) <<https://casetext.com/case/chan-v-society-expeditions-inc-2>> Son Erişim Tarihi: 17.06.2023.

⁶⁰ Demir (n 1) 600.

⁶¹ Demir (n 1) 601; benzer yönde Arkan (n 45) 18.

⁶² Demir (n 1) 584; Can (n 1) 139.

tarih yazıyorsa bu durumda yolcu bileti ispat vesikası olarak işlem görecektir. Yolcunun taşıma sırasında ölmesi durumunda zamanaşımı süresinin gemiden inmesi gereken tarihte başlayacağı düzenlenmiştir⁶³. Bu durumda geminin varma limanına varması gereken tarih bilet üzerinde yer alacağından “yolcunun ineceği tarih” bakımından ispat vesikasına haiz olacaktır. Bagajın zayi olması veya hasara uğraması durumunda ise iki yıllık zamanaşımı süresi yolcunun gemiden indiği veya inmesi gereken tarihte başlayacaktır⁶⁴. Böylece yolcunun gemiden indiği ya da inmiş olacağı tarih bakımından üzerinde varma tarihini de içeren yolcu bileti ispat vesikasına haiz olacaktır. Söz konusu zamanaşımı süresinin karşılığı olan hak düşürücü süre bakımından da sonuç aynıdır. Zira Konvansiyon 16/III yolcunun gemiden indiği veya inmesi gereken tarihten itibaren beş yıl içinde dava açılmaması durumunda hak düşürücü sürenin meydana geleceğini hüküm altına almıştır⁶⁵. Bu nedenle hak düşürücü süre bakımından da varış tarihini içeren biletler ispat vesikası olabilecektir.

Usul Hukukunda yolcu biletlerinin görünümü ise onların belge olmasıdır. Medeni Usul Hukuku'nda belge HMK md. 199'da tanımlanmış gerçek bir olayı veya bir işlemi ispatlayan veya gösteren her türlü yazılı, sesli, görüntülü veya elektronik veriyi içeren doküman olduğu hüküm altına alınmış ve mahkeme huzurunda ispat faaliyetinde kullanılacağı dolaylı olarak belirtilmiştir. Kanaatimizce yolcu bileti HMK md. 199 uyarınca belge olarak sayılmalıdır zira bileti, bir kişinin belirli bir seyahat için ödeme yaptığını ve belli bir taşıyanla sözleşme yaptığını gösteren bir yazılı belgedir. Bu nedenle, yolcu bileti, seyahat eden kişinin taşıyanla olan sözleşmesini kanıtlamak ve gerektiğinde hukuki olarak korunmak için bir belge olarak kullanılabilir.

Yolcu bileti açısından değerlendirilebilecek başka bir durum 23 Kasım 2005

⁶³ Demir (n 1) 584.

⁶⁴ Demir (n 1) 585.

⁶⁵ Taşkın (n 1) 191; Atamer (n 1) 209; Demir (n 1) 588

tarihinde Avrupa Birliği Komisyonu tarafından ilan edilen ve deniz yolu ile yolcu taşımalarını da ilgilendiren “Deniz Ulaşımı Güvenliği nc Paketidir. İlgili paket bir bölümünde Avrupa Birliği’ne ye devletlerin Konvansiyona taraf olmasını ve sözleşmenin kapsamında kalan taşımalarda Konvansiyon hükümlerine paralel olması amacıyla iç hukuka aktarılmasını düzenlemektedir. Bu Şekilde taşıyanın sorumluluğu, sorumluluk sınırı ve zorunlu sigorta düzenlemesi biletlerini Avrupa Birliği yesi bir ülkede alan yolculara, Avrupa’dan dışarıya veya dışarıdan Avrupa’ya yapılan tüm taşımalara uygulanması amalanmıřtır⁶⁶.

II. DENİZYOLU TAŞIMACILIĞINDA BAGAJ KUPONU

Bagaj kuponu taşıyanın yolcu tarafından kendisine teslim edilen her türlü bagaj için düzenleyip yolcuya teslim ettiği bir ispat vesikasıdır. Her ne kadar Konvansiyonda ya da TTK’nda da düzenlenmemiş de olsa hava yoluyla yolcu taşımalarında açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle ispata kolaylık sağladığından ele alınması gereklidir⁶⁷. Deniz yoluyla yolcu taşımalarında bagaj kuponu, yolcunun taşıdığı bagajın kayıt altına alındığı ve yolculuk sırasında kullanılan bir belgedir. Bu kupon, yolcunun bagajının taşıma koşullarını belgelemek ve varış noktasında doğru bir Şekilde teslim alınmasını sağlamak

⁶⁶ <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_05_438> Son Erişim Tarihi: 17.06.2023.

⁶⁷ lgen (n 7) 136; lgen (n 39) 29; Akkurt (n 2) 284-285; Mustafa zen, “Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmenin Taraflarının Sözleşmeden Kaynaklanan Sorunları” (2018) 4 (1), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 57, 79; Arkan (n 45) 22: Arkan 25. dipnotunda aktardığı bir Hukuk Genel Kurulu Kararında, yolcunun elindeki biletten belirli bir tarihte seyahat ettiğinin anlaşılmasına rağmen bagaj fişinin ibraz edilememesi ve beyanların tutarlı olmadığından hareketle bagajın teslim edildiği iddiasının ispat edilmediğinin kabul edildiğini belirtmektedir; Ancak belirtmek gerekir ki denizyoluyla yapılan her yolculuk bakımından bagaj fişi düzenlenmemektedir. Örneğin Kadıköy-Eminönü seferinde yalnızca akbil basılmaktadır, Yenikapı-Yalova seferlerinde bagaj fişi düzenlenmediği durumlarda araç içinde özel eşyalar varsa bunlar incelenmekte yahut kayıt altına alınmaktadır. Trieste- İstanbul arasında yapılan seferler bakımından ise bagaj kuponu düzenlenmesi gümrük işlemleri için zorunlu olabilecektir.

amacıyla kullanılır. Hukuki olarak, bagaj kuponu, taşıyan ile yolcu arasında bir taşıma sözleşmesinin eki niteliğini taşır. Bu ek yolcunun taşınacak olan bagajının miktarını, ağırlığını, içeriğini ve diğer ilgili detayları belirler. Bagaj kuponu, taşıyan ya da acentesi tarafından düzenlenir ve yolcuya bagaj teslim karşılığında verilir. Bagaj kuponunun hukuki değeri, taşıma sözleşmesinin bir parçası olarak kabul edildiğinden belgeyi yolculuk boyunca saklamakla yükümlü olmalıdır zira kupon yolcu ve taşıyan arasında taşınan eşyanın durumunu belgelemek amacıyla kullanılmaktadır. Çünkü bagaj kuponu, yolcunun bagajının teslim edildiğini yönünde karine sağlamakla beraber bagajın kaybolması, hasar görmesi veya gecikmesi gibi durumlarda hukuki kanıt niteliği taşımakta eğer yolcu, varış noktasında bagajını kaybederse veya zarar görürse, mahkemeye başvurarak durumu bildirmesi ve bagaj kuponunu delil olarak eklemesi gerekmektedir. Bu durumda, bagaj kuponu kaybolmuş veya hasar görmüş eşyanın tespiti ve taşıyan ile yolcu arasında tazminat talepleri için önemli bir ispat niteliği taşımaktadır. Bagaj kuponu bakımından diğer bagajlar içinde yer alan ve kendine ayrı bir sorumluluk sınırı öngörülen değerli eşyanın belirtilmesi önem arz etmektedir. Taşıyanın sorumluluğunun doğması için değerli eşyanın zilyetliğinin yolcu tarafından taşıyana devredilmesi gereklidir. Şayet yolcu bu devri gerçekleştirmezse taşıyana bu değerli eşyaların zıya ve hasarı için sorumlu olmayacağı şeklinde özel bir sorumsuzluk kuralı Konvansiyonda hüküm altına alınmıştır⁶⁸. Bu nedenle bu tür eşyaların saklanması için taşıyana devredilmesi gerekmektedir⁶⁹. Bu durumda da ispat açısından taşıyana zilyetliği aktarılan değerli eşyanın cinsi ve değeri bagaj kuponunda gösterilmelidir⁷⁰. Yine bagaj

⁶⁸ Taşkın (n 1) 106; Atamer (n 1) 145; Demir (n 1) 235.

⁶⁹ Değerli eşyanın, yolculara tahsis edilen kamara içerisinde yine taşıyan tarafından koyulmuş olan kasada saklanması taşıyana zilyetliği geçirmeyeceği yönünde; Demir (n 1) 235.

⁷⁰ 6762 sayılı Mülga TK m. 1128 Kıymetli eşya, sanat eserleri, para ve kıymetli evrak için ancak malın cinsi ve kıymeti teslim sırasında kaptana veya memur edilen şahsa bildirilmiş olduğu takdirde taşıyanın mesul olacağını düzenlemekteydi.

kuponları ile ilişkilendirilebilecek bir diğer madde TTK m. 1252/I'dir. Mezkûr madde yolcunun gemiye getirdiği bagaj hakkında bagajın cinsi, niteliği ve tehlikelere hakkında taşıyana doğru bilgi verme yükümlülüğünü hüküm altına almıştır⁷¹. Böylece yolcunun bu maddeye istinaden verdiği bilgiler bagaj kuponuna işlenecektir. Şayet yolcu eşyanın ölçüsü, tartısı ve markası hakkında bildirim yükümlülüğüne aykırı davranırsa doğan zararlardan taşıyana karşı kusuru olmasa bile sorumlu, taşıyan dışındaki kişilerin uğradığı zararlardan ise kusuru varsa sorumlu olacaktır. Aynı şekilde yolcu bagaj olarak gemiye getirdiği eşyanın cins ve mahiyeti hakkında da doğru bilgi vermekle mükelleftir⁷². Kanun koyucu sadece yolcuya zararın tazmini mükellefiyetini yüklememiş m. 1252/II'de eksik ya da yanlış bilgi verilerek ya da gizlice gemiye getirilen bagaja kaptan tarafından el konulabileceğini gerektiğinde de bu bagajın gemiden uzaklaştırılabileceğini ve denize atılabileceğini hüküm altına almıştır. Denizde Mal ve Can Koruma Kanunu m. 12'de tehlikeli eşyalar hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde bu eşyalarında gemiye bir şekilde yüklenmesi durumunda TTK m. 1252/ II uygulanacaktır.

Dikkate alınması gereken bir diğer husus yolcu ve taşıyanın anlaşarak bagajlardan doğan sorumluluğu yükseltebilecekleri hususudur. Konvansiyon m. 10 ve TTK m. 1264 taşıyan ve yolcu yazılı şekilde anlaşarak belirlenen sınırdan daha yüksek bir sınırı belirleyebileceğini hüküm altına almıştır⁷³. Kanaatimizce

⁷¹ Uluğ Cicim (n 1) 531; Mülga 6762 sayılı TK döneminde m. 1128, m. 1023' e atf yapıyordu. Madde 1023 ise eşya hakkında doğru bilgilendirme yükümlülüğünü ihtiva etmekteydi.

⁷² Mülga TK döneminde eşyanın ölçü, sayı, tartı, markaları ve cins – mahiyeti hakkında hükümler kusurun niteliği bakımından farklı hükümler ihtiva ediyordu. Madde 1023 ölçü, sayı, tartı ve mahiyet bakımından taşıyana karşı kusursuz diğer kişilere karşı kusurlu olarak sorumlu olduğunu hüküm altına alırken m. 1024, cins ve mahiyeti hakkında hem taşıyan hem de diğer kişilere karşı ancak kusurları olduğunda sorumlu olduklarını hüküm altına almıştır. 6102 sayılı TTK m. 1252'de ise bu ayırım kalkmış taşıyana karşı kusursuz sorumluluk diğerlerine karşı ancak kusurun varlığı halinde sorumlu olunacağı düzenlenmiştir.

⁷³ Demir (n 1) 459.

yolcu ve taşıyanın anlaşarak bagajın değerini bagaj kuponuna işlemeleri ve bu işlenen sınırın da Konvansiyon ve TTK'nda yer alan sınırlardan yüksek olması halinde sorumluluk sınırı yükseltmiş sayılmalıdır.

III. PROMOSYON BİLETLERİ

Yolcu taşımaları kural olarak ücretli şekilde gerçekleştirilse de kimi durumlarda ücretsiz olarak gerçekleştirilmekte ve bu ücretsiz taşımaların bir kısmı promosyon biletleri ile yapılmaktadır⁷⁴. Promosyon bileti kavramı, taşıyan ya da acenteleri tarafından sunulan özel teklifler veya indirimler kapsamında verilen biletleri karşılamaktadır. Mezkûr bu biletler çoğu kez ücretsiz olarak pazarlama stratejileri kapsamında yolcu talebini artırmak, seyahat dönemlerinde doluluk oranlarını yükseltmek veya yeni güzergâhlara ilgi çekmek amacıyla sunulmakta belirli bir süre ve rota içermektedir. Bu şekilde yolcular seyahat maliyetlerini düşürmekte uygun bir şekilde seyahat etmektedirler. Söz konusu bu biletler bakımından tartışılması gereken en önemli nokta yolcuların Atina Konvansiyonuna tabi olup olmadığı yönündedir. Zira konvansiyonun taşımalar bakımından ücret şartını arayıp aramadığı öğretide tartışmalıdır. Taşımalarda ücretin şart olduğu kabul edildiğinde promosyon biletine sahip yolcular Konvansiyonun korumasından faydalanamayacak yolcular arasında eşitsizlik ortaya çıkacaktır⁷⁵.

⁷⁴ Bu promosyon biletleri kimi zaman yoğun talep gören rotalarda, önceden belirlenmiş tarihlerde veya belirli bir süre boyunca tatil dönemlerinde verilmiş olabilir. Böylece taşıyanlar bilet satışlarını teşvik etmiş olurlar. Aksi durumlarda da talebin düştüğü sezon dışı ya da hafta içine denk gelen zamanlarda taşıyanlar boş koltuklarını doldurmak, gemiyi daha kalabalık göstermek ve bilet satışlarını artırmak için promosyon biletleri sunabilir. Yine özel etkinlikler veya kampanya için taşıyanlar tarafından promosyon biletleri verilebilir. Nihayet uygulamada karşımıza çıktığı taşıyanların düzenli müşterilere promosyon biletler sunabilir; benzer yönde: Demir (n 1) 136; Kanaatimizce kişiye özgülenen promosyon biletleri bileti üçüncü bir kişiye devredilememelidir.

⁷⁵ Atamer (n 1) 150; Taşkın (n 1) 36; Demir (n 1) 137; Ilgın (n 19) 235; *Herald of Enterprise* adlı bir gemi kalkış limanı olan *Dover'den* hareket ettikten sonra su alarak alabora olmuş ve 193 yolcu hayatını kaybetmiştir. Bu kaza bakımından tartışılması

6102 sayılı düzenlemede taşımanın mutlaka bir ücret karşılığında yapılmasının gerekli olduğu konusu açık değildir zira TTK m. 1247/I ve Konvansiyon taşımanın ücret karşılığında olması gerekliliğini açıkça hüküm altına almamıştır⁷⁶. Öğretide bir görüş Konvansiyonun sadece ücretli taşımalara uygulanacağı dolayısıyla da ücretsiz taşınan promosyon biletli yolcuların Konvansiyonun kapsama alanı dışında kalacağını kabul etmektedir⁷⁷. Bu görüş taraftarları savlarını “Sözleşmenin devlet veya diğer kamu otoriteleri tarafından icra edilen ticari taşımalara uygulanacağını” düzenleyen Konvansiyonun 21.maddesine dayandırılmış ve kamu gemileri ancak “ticari” olduğunda konvansiyona tabi olacaktır şeklinde belirtilmiştir. Diğer görüşteki yazarlar ise Konvansiyonun uygulama alanı bakımından ücretin esaslı unsur olmadığını belirtmiş Konvansiyonun 21.maddesinde yer alan kamu gemilerinin ancak ticari taşıma yaptıklarında Konvansiyona tabi olduğunu diğer gemilerin ise hem ticari

gereken en önemli olgulardan biri ise yolcuların büyük çoğunluğunun *The Sun* gazetesinden kazandıkları promosyonlu biletler ile seyahat etmeleri olmuştur. Zira ücretin sözleşme bakımından şart olduğu kabul edildiği takdirde promosyon bilete sahip olan yolcular sözleşmenin koruma normlarından faydalanamayacaklardır. <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/54c1704ce5274a15b6000025/FormalInvestigation_HeraldofFreeEnterprise-MSA1894.pdf> Son Erişim Tarihi: 16.06.2023.

⁷⁶ Ancak hava yoluyla yolcu taşımalarına ilişkin Montreal Konvansiyonu açıkça “ücret karşılığında” kavramını içermektedir. Bu nedenle bu tür taşımalarda ücret alınmayan durumlar kural olarak kapsam dışında bırakılmıştır: Ülgen (n 7) 17; Gölcüklü (n 6); Bozkurt Bozobalı (n 24) 25; ancak mezkûr konvansiyon bakımından dikkat edilmesi gereken husus m. 1/I’dir ilgili madde karşılıksız olarak yolcuya yolcu taşıma taahhüdünde bulunulması durumunda Montreal Konvansiyonun uygulanacağını belirtmektedir. Bu nedenle promosyon biletle seyahat eden yolcular bakımından da Montreal Konvansiyonu uygulama alanı bulabilecektir: Gölcüklü (n 6) 41.

⁷⁷ Can (n 1) 120; Uluğ Cicim (n 1) 529; mülga TK döneminde deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinin ücret karşılığında kurulabileceği ve ücretin esaslı unsur olduğu kabul edilmekteydi: Çetingil (n 1) 135; Mülga TK m. 1121 yolcunun gecikmesi durumunda taşıma ücretini tam olarak ödeyeceğini, m. 1122 yolcunun şahsından kaynaklanan sebeplerle sözleşmenin hükümden düşmesi durumunda taşıma ücretinin yarısının ödeneceğini, m. 1125/II yolculuğun başlamasından sonra sözleşmesinin hükümden düşmesi durumunda oran yoluyla ücretin ödeneceğini, m. 1126 yolculuk başladıktan sonra geminin tamir edilmesi durumunda ücretin yarısının ödeneceğini, m. 1127 bagaj için ayrıca ücret kararlaştırılmayacağını öngören düzenlemeler içermekteydi ve bu lafızdan hareketle ücretin esaslı unsur olduğu kabul ediliyordu.

hem de ticari olmayan taşımalarında şartları sağlaması halinde Konvansiyona tabi olacağını belirtmişlerdir⁷⁸. Kanaatimizce burada iki unsura dikkat edilmelidir ilki 6102 sayılı TTK m. 1247’de yolcu taşıma sözleşmelerinin tanımlanmış olmasıdır. Mezkûr madde “yolcu ve yolcu bagajının taşınması için yapılan” sözleşme olarak tanımlamış ücret unsurundan bahsetmemiştir ancak gemi kira sözleşmesini tanımlayan 1119, zaman çarterini tanımlayan m. 1131 ve navlun sözleşmelerini tanımlayan m. 1138 ile söz konusu sözleşmelerinin esaslı unsurunun “ücret” olduğunu hüküm altına almıştır. Bu nedenle kanun koyucunun amacının yolcu taşıma sözleşmelerinin ücret olmadan akdedilmesi hallerinde de TTK’na tabi olacağı yönündedir. Diğer taraftan m. 1253’ün yolcunun gemiye zamanında gelmemesi durumunda ücreti ödemekle yükümlü olduğunu ve taşıyanın hapis hakkının olduğunu hüküm altına alan m 1254’ün varlıkları deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin esas unsurunun ücret olduğunu göstermemektedir. İlgili hükümlerin varlığı ancak bir ücret kararlaştırıldıysa gündeme gelebilecektir. Bu nedenle ücretsiz taşımalar dolayısıyla promosyonlu biletler de TTK’na tabi olmalıdır. Zira aynı kabul Konvansiyon bakımından da yapılabilecektir. Zira Konvansiyon m.1 1974 tarihli Konvansiyonda yer alan sözleşme tanımını değiştirmemiş, olduğu gibi almış ücreti tartışma konusu haline getirmemiştir⁷⁹. Bu nedenle Konvansiyonun ilgili durumu milli hukuka bıraktığı, Türk Hukuku

⁷⁸ Atamer (n 1) 149; Taşkın (n 1) 35; Önder (n 1) 1549; Demir (n 1) 143.

⁷⁹ Demir (n 1) 137; Işıklar, ücret meselesinin 1974 tarihli Konvansiyon döneminde tartışıldığını, tartışmalar sonucunda ücret unsuruna yer verilmemesinin uygun olduğunu belirtmiştir: Güneş Karol Işıklar, 2002 Tarihli Atina Sözleşmesi Çerçevesinde Deniz Yolu ile Yolcu Taşımalarında Zorunlu Sorumluluk Sigortası (Onikilevha Yayınları, 2018) 108-109; Demir ise 2002 tarihli Konvansiyon hükümlerinin müzakere aşamasında CMI’nın üyelerine gönderdiği ankette Konvansiyonun yalnızca ücretli taşınmalara uygulanması gerekip gerekmediğini sormuş bu soruya çok farklı yanıtlar gelmiştir. Hırvatistan, Almanya, Japonya ve Hollanda ücretsiz taşımalara da sözleşmenin uygulanması gerektiğini kabul ederken Yunanistan, İrlanda, Slovenya, Güney Afrika ve İngiltere’nin cevabı ise olumsuz olmuştur; Atamer ise Alman Hukukunda 1986 öncesi dönemde ücretin esaslı bir unsur olarak kabul edildiğini ancak 86 reformuyla ücretin zorunlu unsur olarak kabul edilmediğini belirtmektedir: Atamer (n 1) 148.

bakımından ücret şartının aranmadığı kabul edilmelidir. Ancak kanaatimizce en doğru çözüm Montreal Konvansiyonu m. 1/I'de olduğu gibi promosyon biletle taşınan yolculara da Konvansiyonun uygulanacağına dair bir hüküm yer almasıdır.

SONUÇ

Söz konusu olan bu çalışmada yolculuğu ispat eden bir mezuniyet belgesi olan yolcu biletleri hem 2002 Tarihli Deniz Yoluyla Yolcuların Taşınmasına Dair 2002 Atina Konvansiyonu hem 6012 sayılı TTK hükümleri çerçevesinde incelenmiştir. Ancak söz konusu hükümler yolcu biletleri ile ilgili hüküm ihtiva etmediğinden 1999 Tarihli Montreal Konvansiyonu ve 6762 sayılı Mülga Ticaret Kanunu hükümlerinden faydalanılmıştır. İncelemeler sonucunda ilk olarak yolcu biletlerinin kıymetli evrak hukuku yönünden hukuki mahiyeti incelenmiş ve biletlerin ibraz-teşhis senedi özelliklerini beraber taşıdığı kabul edilmiş ayrıca biletin hamiline yazılı olması durumunda buradan doğan hakkını biletle beraber başkasına devredebileceği sonucuna varılmıştır. Daha sonra yolcu biletlerinin sözleşmenin esaslı bir unsuru olmadığı zira sözleşmenin şekle bağlı olmadığı ve borçlar hukuku açısından bilet verilmeden de sözleşmenin kurulacağı belirtildikten sonra yolcu biletlerinin sözleşmeyi kurması üzerindeki öneminde durulmuştur ve her ne kadar özel hukuk hükümleri açısından deniz yoluyla yolcu taşınması için bilet kesilmesi zorunluluk şartı olmasa da Vergi Usul Kanununun ilgili maddeleri yolculuk için bilet kesilmesini zorunlu tutmaktadır. Çalışmada bu esasa da değinilmiştir. Yolcu biletinin teşhis ve ibraz fonksiyonundan hareketle taşıyanın yolcu biletinde gösterilen koltuğu yolcuya sağlamakla mükellef olduğu zira yolcuda güven oluşturulduğu kabul edilmiştir. Taşıyanın bu mükellefiyetini ihlal etmesi durumunda ise Konvansiyonda ve TTK'nda hüküm olmamasından hareketle karayoluyla yolcu taşımalarını düzenleyen TTK m. 914/III'ün kıyasen uygulanabileceği ve yolcuya biletinin üç katı kadar tazminat ödeyeceği sonucuna varılmıştır. Yolcunun bileti olmadan gemiye binmesi durumunda yolcunun

“kaçak” yolcu olarak adlandırılacağı kaptanın bu konuda seçimlik yetkiye sahip olduğu isterse kaçak yolcuyu en yakın limanda indirebileceği isterse de gemiye zamanında gelmiş biletli bir yolcu gibi ancak mutata hareket limanındaki en yüksek ücretten bilet parası isteyebileceği belirtilmiş bilet parasının alınması durumunda TTK ve Konvansiyon bakımından yolcu sıfatına haiz olduğu kabul edilmiştir. Yolcu sıfatı bakımından hamile yolcunun yolculuk esnasında doğum yapması, yolcu taşıma sözleşmesi olmaksızın akdedilen navlun sözleşmesine dayanarak bu sözleşmenin konusunu oluşturan hayvan ve araçlara nezaret etmek üzere gemide taşınan kimseler, geri götürülen gemi adamlarının yolcu statüsünde olduğu ve korumadan yararlandıkları kabul edilmiş bilet düzenlenebileceği sonucuna varılmıştır. Bilet yolculuğun tarih- saatini ve biniş limanını da içerdiğinden yolcunun biletteki tarih ve saatte biniş limanında yolculuğa hazır olması gerektiği belirtilmiş bu durumu ihlal etmesi durumunda alacaklı temerrüdünün özel bir görünüm hali olan TTK m. 1252'nin uygulanacağı ve yolcunun bilet ücretini ödemekle mükellef olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak taşıyanın başka bir yolcuyu taşıması durumunda ücretten taşıdığı yolcunun ücretini keserek yolcuya geri iade edileceği belirtilmiştir. Bu durum taşıyan tarafındaki yansıması olan taşıyanın bilette yazılan zaman ve yerde seferi geciktirmemesi ya da yapmaması değerlendirilmiş seferin yolcudan beklenemeyecek kadar gecikmesi durumunda yolcu sözleşmeden cayacağı ve uğradığı zararını tazmin ettirebileceği bu gecikmeye rağmen yolculuk yapması durumunda bilet parasının üç katı kadar tazminat alabileceği sonucuna varılmıştır. Taşıma geminin zayi olmasından hariç mücbir sebep dolayısıyla ifa edilememişse bu durumda TTK m. 907'nin kıyasen uygulanacağı ve sözleşme kendiliğinden geçersiz olup tazmin yükümlülüğü doğurmayacağı aynı zamanda taşıma ücreti peşin alındıysa iade edileceği belirtilmiştir. Bilet üzerinde yer alan bagaj sınırları değerlendirilmiş yolcunun beraberinde getirdiği bagaj bilette öngörülen sınırı aşması durumunda taşıyanın iki seçimlik hakka sahip olduğu

sonucuna varılmış taşıyanın seçimlik haklarından ilkinin taşıyanın yükü taşımamayı tercih etmesi durumu olduğu ancak lakin hakkın sınırı objektif iyi niyet kuralı olduğu taşıyanın durumu güçleşmiyorsa getirilen bagajı taşıması gerektiği sonucuna varılmıştır. Yine bu durumda ek bagaj için kalkış limanındaki mutad ücretin esas alınacağı ayrıca aşan bagaj bakımından sözleşmenin niteliğinin navlun değil hala yolcu taşıma sözleşmesi olduğu belirtilmiştir. Deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmelerinde ve genellikle yolcu biletlerinin üzerinde de yer alabilecek sigara içme yasakları gibi yasakların TTK m. 1251’de yer alan gemi düzenini sağlama borcunun karşılığı olduğu belirtilmiş yolcunun bu yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda tazminat borcunun doğacağı sonucuna varılmıştır. Yolcu biletlerin arka yüzlerinde çoğu zaman küçük puntolarla yetkili mahkeme klozları, hukuk seçimleri veya taşıyanların kendi sorumlulukları sınırlayacak kayıtlar konulduğu bu kayıtların hukuki niteliğinin genel işlem koşulları olduğu geçerli olabilmesi içinse yolcunun en geç sözleşmenin kurulması sırasında bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca Konvansiyon ve TTK’nda yer alan emredici hükümlere aykırı olan klozların geçersiz olduğu belirtilmiştir. Yolcu biletlerinin davacı, davalı ve yetkili mahkemenin belirlenmesi durumlarında da öneme haiz olduğu belirtilmiş, yolcunun daha sonra açtığı davada taraf sıfatlarını sağlamak adına kendisinin yolcu olduğunu ispat etmesi bakımından ve davalı karşı tarafın kişiliğinin belirlenmesi bakımından yolcu biletini ispat vesikası olarak kullanabileceği belirtilmiştir. Ayrıca yetkili mahkemelerden birinin davalı taşıyanın iş yeri adresi olduğundan hareketle bu yerin bilet üzerinden anlaşılabilirdiği durumlarda ispat aracı olarak kullanılabilirdiği sonucuna varılmıştır. Yolcu biletleri zamanaşımı bakımından da önemli olabileceği hususu ele alınmış Konvansiyon m. 16/I yolcunun ölüm ve bedensel zarara uğraması ile bagajın hasar veya ziyaya uğramasından kaynaklanan tazminat taleplerinin iki yılda zamanaşımına uğrayacağını düzenlemesinden hareketle bu zamanaşımı tarihlerinin başlangıç sürelerinin gemiden inildiği ya da

inilmesi gereken tarih olduğu durumlarda bu tarih belirlemesinin bilet üzerinden ispat edilebileceği sonucuna varılmıştır. Yolcu biletleri bakımından gündeme gelebilecek bir diğer hususun HMK m. 199 olduğu ve böylece biletin belge sayılarak ispat faaliyetinde kullanılabileceği belirtilmiştir. Daha sonra bagaj kuponu ele alınmış taşıyanın yolcu tarafından kendisine teslim edilen her türlü bagaj için düzenleyip yolcuya teslim ettiği bir ispat vesikası olduğu belirtilmiştir. Bu kuponlar ile ilişkilendirilebilecek bir diğer madde TTK m. 1252/I olduğu mezkûr madde yolcunun gemiye getirdiği bagaj hakkında bagajın cinsi, niteliği ve tehlikelere hakkında taşıyana doğru bilgi verme yükümlülüğünün hüküm altına alınmış ve bu beyanların bagaj kupona işleneceği yalan beyan durumunda yolcunun zararlarla mükellef olduğu belirtilmiştir. Konvansiyon m. 10 ve TTK m. 1264 taşıyan ve yolcu yazılı şekilde anlaşarak belirlenen sınırdan daha yüksek bir sınırı belirleyebileceğini hüküm altına alınmasından hareketle yolcu ve taşıyanın anlaşarak bagajın değerini bagaj kuponuna işlemleri ve bu işlenen sınırın da Konvansiyon ve TTK’nda yer alan sınırlardan yüksek olması halinde sorumluluk sınırı yükseltmiş sayılacağı sonucuna varılmıştır. Son olarak yolcu taşımalarının kural olarak ücretli şekilde gerçekleştirildiği ancak kimi durumlarda ücretsiz olarak gerçekleştirildiği, bu ücretsiz taşımaların bir kısmı promosyon biletleri ile yapıldığı belirtilmiş öğretilerde var olan tartışmalar değerlendirilerek ve kanunun lafzından hareketle ücretin deniz yoluyla yolcu taşıma sözleşmesinin esaslı unsuru olmadığından hareketle promosyon biletine sahip yolcularında diğer yolcular gibi Konvansiyon ve TTK korumasından yararlanması gerekliliği kabul edilmiştir.

Özetle çalışmada yolcu biletinin hukuki niteliği, üzerindeki kayıtlar ve bu kayıtların hukuki sonuçları, bagaj kuponları ve hukuki etkileriyle beraber promosyon biletlerine sahip yolcularının hukuki olarak durumları incelenmiş ve bir ispat belgesi olan biletin aslında ne kadar önemli hukuki sonuçları dolaylı olsa da içerdii sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

- Abraham HJ, *Das Deutsche Seerecht* (2. Bası, Walter de Gruyter 1962).
- Akkurt SS, “Havayolu Taşımacılığında Yolcu Bileti ve Bagaj Kuponu”, (2013) 21 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 277, 296.
- Atamer K, 2002 Atina Sözleşmesi’nde ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi”, (2008) 24 (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 103, 213.
- Atamer Y, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi* (2. Bası, Beta Yayınları 2001).
- Arkan S, “Yolcu Taşımalarında Karşılaşılan Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Düşünceler” (1983) 7 (1) BATİDER 13, 25.
- Bozkurt Bozobalı B, *Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu* (Seçkin Yayınları, 2013).
- Can M, *Türk Hukukunda ve Milletlerarası Hukukta Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesi* (İmaj Yayınları 2001).
- Can M, “Yolcu Biletlerinin Hukuku Mahiyeti”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, (1992) 16 (4), 101, 105.
- Çelik AÇ, *Karayoluyla Yolcu Taşıma* (2. Baskı Seçkin Yayınları 2021).
- Çetingil E, “Türk Hukukunda Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi ve Sigorta”, *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu* (Sigorta Hukuku Türk Derneği 1985).
- Demir İ, 2002 Atina Sözleşmesi Çerçevesinde Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma (Yetkin Yayınları 2020).

Doğanay İ, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt III (Feryal Matbaası 1990)

Doğanay İ, “Denizde Yolcu Taşıma Mukavelesi”, (1976) 1 (2) Yargıtay Dergisi 125, 139.

Gölcüklü İ, Hava Hukuku (2. Bası, Onikilevha Yayınevi 2021).

Göktürk K vd., Karayoluyla Eşya ve Yolcu Taşıma Hukuku (2. Bası, Adalet Kitapevi 2021)

Hill C, Maritime Law (2. Bası, Lloyds London Press 1985).

İlgin CÖ, “Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Bir Değerlendirme”, İTÜSBD (2007) 6 (12) 231, 258.

Işıklar GK, Güneş Karol Işıklar, 2002 Tarihli Atina Sözleşmesi Çerçevesinde Deniz Yolu ile Yolcu Taşımalarında Zorunlu Sorumluluk Sigortası (Onikilevha Yayınları, 2018).

İzveren A, Franko N, Çalık A, Deniz Ticareti Hukuku (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 1994).

Kalpsüz T, Kıymetli Evrak Kambiyo Senetleri Ders Notları (1976).

Kayıhan Ş, Deniz Ticareti Hukuku (3. Bası, Umuttepe Yayınları 2022).

Kendigelen A ve Kırca İ, Kıymetli Evrak Hukuku (2. Bası, Onikilevha Yayınları 2020).

Lewins K, Carriage of Passengers (Sweet Maxwell 2016).

Prüssman H ve Rabe D, Seehandelsrecht: Fünftes Buch des Handelsgesetzbuches mit Nebenvorschriften und Internationalen Übereinkommen (4. Baskı, 2000).

Önder S, “1974 Tarihli Atina Konvansiyonu Bağlamında Denizde Yolcu Taşıma Sözleşmesi”, iç Sabih Arkan vd. (edr), Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan (Turhan Kitapevi 2010) 1537, 1558.

Özen M, “Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmenin Taraflarının Sözleşmeden Kaynaklanan Sorunları” (2018) 4 (1), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 57, 89.

Özdemir T, “Uluslararası Havayolu ile Taşımada Taşıma Senetleri ve İspat İşlevleri”, iç İlyas Gölcüklü (edr), Uluslararası Sivil Hava Taşımacılığında Güncel Gelişmeler Konferansı (Onikilevha Yayınları 2020) 97, 120.

Poroy R ve Tekinalp Ü, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (22. Baskı, Vedat Kitapevi 2018).

Taşkın M, Deniz Yolu ile Yolcu Taşıma Sözleşmesinde Taşıyanın Gemi Kazasından Doğan Sorumluluğu (Onikilevha Yayınları 2016).

Tekil F, Deniz Hukuku (5. Bası, Alkım Kitapevi 1998).

Uluğ Cicim İ, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesi”, (2012) 18 (2) MÜHFHAD 525, 544.

Ülgen H, Helvacı M, Arslan K, Nomer Ertan F, Kıymetli Evrak Hukuku (13. Bası, Vedat Kitapçılık 2021).

Ülgen H, Hava Taşıma Sözleşmesi (Banka ve Ticaret Hukuku Yayınları, 1987).

Ülgen H, “Karayolu ile Yolcu ve Bagaj Taşıma” İkinci Taşımacılık Sempozyumu (Sigorta Hukuku Türk Derneği 1985) 2, 41.

Topsoy F, Deniz Ticareti Hukuku I (Legal Yayınları 2020).

Yazıcıoğlu E, Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku (17. Bası, Filiz Kitapevi 2022).

İNTERNET KAYNAKLARI

<<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss152.pdf>>

<<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6102.pdf>>

<<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/5.3.6762.pdf>>

<<https://www.lawteacher.net/cases/hollingworth-v-southern-ferries.php>>

<<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.4.213.pdf>>

<<https://openjur.de/u/974032.html>>

<<https://casetext.com/case/lerner-v-karageorgis-lines-inc>>

<<https://casetext.com/case/bird-v-celebrity-cruise-line>>

<<https://casetext.com/case/chan-v-society-expeditions-inc-2>>

<<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6100.pdf>>

<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_05_438>

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/54c1704ce5274a15b6000025/NormalInvestigation_HeraldofFreeEnterprise-MSA1894.pdf>

<www.uyap.gov.tr>



1921 ANAYASASI MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİ VE BİRİNCİ MİLLET MECLİSİ İLE FRANSA ULUSAL KONVANSİYON MECLİSİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Arda ERGENE

Araştırma Makalesi

Öğretim Görevlisi, Kırklareli Üniversitesi, Babaeski Meslek Yüksekokulu, Büro Hizmetleri ve
Sekreterlik Bölümü, av.ardaergene@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5428-4772.

ÖZET

Kuramsal temelleri Jean-Jacques Rousseau'nun düşüncelerine dayanan meclis hükümeti sisteminin özünde, egemenliğin teklifi ve bölünmezliği ilkesi bulunmaktadır. Egemenlik tek ve bölünmez olduğuna göre, bu sistemde egemenlik, yasama ve yürütme kuvvetlerinin bir arada bulunduğu bir mecliste toplanır. Dolayısıyla, bu meclis, millî iradeyi açıklamaya yetkili tek organdır. Bu sistemde, yürütme işlerinin doğrudan doğruya üye sayısı çok fazla olan meclis tarafından icra edilmesi mümkün olmadığından, yürütme işleri bir heyete devredilir. Bu sistemde, yürütme tamamen yasamaya bağımlıdır; bu yüzden, yürütmenin meclis üzerinde tesir yaratabilecek bir kuvveti bulunmamaktadır. Teoride, yürütme yasamaya bağımlı olsa da uygulamada bunun tersi görülmektedir. Yürütme, kısa sürede güçlenip, meclis üzerinde fiili üstünlük sağlar. 1921 Anayasası Dönemindeki uygulamayı incelediğimizde, İcra Vekilleri Heyeti'nin liderlik rolünü üstlenerek, Birinci Millet Meclisi üzerinde fiili üstünlük sağlamıştır. Birinci Millet Meclisi ile Fransa Ulusal Konvansiyon Meclisi arasında birtakım benzerlikler bulunmasına rağmen, göze çarpar nitelikte farklar da bulunmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: Meclis Hükümeti Sistemi, 1921 Anayasası, Kuvvetler Birliği, Meclisin Üstünlüğü, Fransız Konvansiyon Meclisi

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

DOI: 10.62124/kluhfd.1357575.

1921 CONSTITUTION PARLIAMENTARY GOVERNMENT SYSTEM AND COMPARISON OF THE FIRST NATIONAL ASSEMBLY AND THE FRENCH NATIONAL CONVENTION ASSEMBLY

Arda ERGENE

Research Article

Lecturer, Kırklareli University, Babaeski Vocational School, Office Services and Secretarial
Department, av.ardaergene@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5428-4772.

ABSTRACT

The principle of unity and indivisibility of sovereignty is at the core of the parliamentary government system, which is based on the ideas of Jean-Jacques Rousseau. Since sovereignty is one and indivisible, in this system, sovereignty gathers in a parliament where the legislative and executive powers are together. Therefore, this assembly is the only organ authorized to express the national will. In this system, executive affairs are delegated to a committee, since it is not possible to carry out the executive works directly by the assembly, which has a large number of members. In this system, the executive is completely subordinate to the legislature; therefore, the executive has no power to exert influence over the parliament. In theory, the executive is subordinate to the legislature, but in practice the opposite is seen. The executive becomes stronger in a short time and gains de facto superiority over the parliament. When we examine the practice in the 1921 Constitutional Period, the Executive Committee assumed the leadership role and gained de facto superiority over the First National Assembly. Although there are some similarities between the First National Assembly and the French National Convention Assembly, there are also striking differences.

KEYWORDS: The Assembly Government System, The 1921 Constitution, Union of Powers, Supremacy of the Parliament, French National Convention

GİRİŞ

Jean-Jacques Rousseau'ya göre meşru bir hükümet, egemenle aynı olmamalıdır. O, meşru hükümetin, egemenin vekili olması gerektiği düşüncesindedir. Dolayısıyla, egemenden aldığı emirleri halka ileten hükümet, egemene bağımlı olacaktır. Böylece meclis vasıtasıyla insanları iktidarın sahibi yapma düşüncesiyle, Jean-Jacques Rousseau esasen, meclis hükümeti sistemini öngörmektedir¹. Jean-Jacques Rousseau'nun meclis hükümeti sistemi, halk egemenliği ile egemenliğin bölünmezliği ilkelerine dayanmaktadır. Bu sistemde meclis, en büyük iktidarın sahibidir. Fakat, uygulamada bu organın tüm işleri tek başına yürütmesinin olanağı yoktur. Dolayısıyla, bu organ, üyelerini kendisinin seçeceği ve tamamen kendisine karşı sorumlu başka bir yürütme yardımcısına gereksinim duymaktadır. Diğer taraftan bu sistem, tarihsel süreç içinde yürütme yetkisini alan yardımcı organın gitgide kuvvetlendiği ve sanki yasamayı kontrolü altına aldığı bir şekle dönüşmüştür. Dolayısıyla, meclis hükümeti sistemi ekseriyetle, olağanüstü dönemlerin bir yansıması olarak görülmüştür².

¹ Alper Işık, '1921 Anayasası'nda Rousseau Etkisi' iç Ömer Anayurt ve Yusuf Tekin (edr), 1921 Anayasası'nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu (21-23 Ocak 2021) (TBMM Basımevi 2022) 153.

² Sezen Kama Işık, '1921 Anayasası Meclis Hükümeti Sisteminin Özgünlüğü ve Tarihten Günümüze Karşılaştırmalı Bir Analizi' iç Ömer Anayurt ve Yusuf Tekin (edr), 1921 Anayasası'nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu (21-23 Ocak 2021) (TBMM Basımevi 2022) 458.

Millî Mücadele Döneminde toplumsal meşruiyetin kabulüyle, Kongreler Döneminde somutlaşmaya başlayan siyasi katılım anlayışı, 23 Nisan 1920 tarihinde Meclisin faaliyete geçmesiyle birlikte, hukukileşme sürecini tamamlamıştır. Bu süreçte Meclis, milli egemenlik temeline dayanarak, milli egemenlik ilkesinin kurumsallaştığı yer olmuştur. Meclisin üstünlüğü anlayışıyla güçlenen bu durumla birlikte Meclis, siyasal iktidarı kendisine toplayan, milli egemenliği temsil eden tek meşru siyasi yapı hâline dönüşmüştür³.

Çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak meclis hükümeti sistemi ele alınacak, bu bağlamda, meclis hükümeti sisteminin teorik kökeni ile meclis hükümeti sisteminde yasama ve yürütme organlarına ait özellikler irdelenecektir. İkinci bölümde, 1921 Anayasası'nda uygulama alanı bulan meclis hükümeti sistemi tartışılacak, bu bağlamda, Birinci Büyük Millet Meclisi Döneminde meclis hükümeti özellikleri ve uygulamada meclis hükümeti sisteminden sapmalar incelenecektir. Son bölümde ise, 1920 ila 1923 yılları arasında faaliyet göstermiş Birinci Büyük Millet Meclisi ile 1792 ila 1795 yılları arasında faaliyet göstermiş Fransa Ulusal Konvansiyon Meclisi karşılaştırılacaktır.

I. MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİ (KONVANSİYONEL SİSTEM)

Meclis hükümeti sistemi, tarihsel süreç içinde ortaya çıkmış, genellikle olağanüstü dönemlerde uygulama alanı bulmuş, kuvvetler birliğine dayanan ve kuvvetlerin yasama organında toplandığı bir sistemdir⁴. Bu hükümet sisteminde yasama organı, kanunları yapmakla birlikte, kendi yaptığı kanunları da icra etmektedir⁵.

³ Abdulkadir Saka, 'Niyet ile Kısmet Arasında Siyasal İktidarın Kullanımı: 1921 Anayasası Uygulamasında Yasama Üstünlüğünden Yürütme Hâkimiyetine Geçiş' iç Ömer Anayurt ve Yusuf Tekin (edr), 1921 Anayasası'nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu (21-23 Ocak 2021) (TBMM Basımevi 2022) 432.

⁴ Kama Işık (n 2) 459; Saka (n 3) 435.

⁵ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I (Ekin Yayınları 2011) 556-557.

A. TEORİK KÖKENİ

Meclis hükümeti sisteminin kuramsal temelleri, Jean-Jacques Rousseau'nun savunduğu, egemenliğin teklifi ve bölünmezliği ilkesine dayanmaktadır. Egemenlik, tek ve bölünmez nitelikte olduğuna göre, tek ve bölünmemiş biçimde temsil edilmeli; başka bir deyişle, egemenlik yetkileri, yasama ve yürütme, ayrıca yargı tek bir organa verilmedir. Bu organ da demokratik bir seçimle belirlenmiş, halkın temsilcilerinden meydana gelen meclistir. Dolayısıyla meclis, özellikle yasama ve yürütme olmak üzere tüm kulvarlarda milli iradeyi izhar etmeye yetkilidir⁶.

B. MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİNDE YASAMA ORGANINA AİT ÖZELLİKLER

Meclis hükümeti sisteminde, egemenlik tek ve bölünmez olduğu için; egemenlik, yasama ve yürütme kuvvetlerinin bir arada bulunduğu bir mecliste toplanır⁷. Yürütme kuvvetinin mecliste bulunmasının gerekliliğinin yanında; halkın iradesinin de meclise yansması, bu hükümet sisteminin bir diğer gerekliliğidir. Dolayısıyla, meclis hükümeti sisteminin, tek meclisli olması gerekir⁸. İkinci meclislerde halkça seçilmemiş temsilcilerin bulunma olasılığı, halkın iradesini engelleyen bir işleve sahiptir. Dolayısıyla, ikinci bir meclise gerek yoktur⁹.

Meclis hükümeti sisteminde, meclis kendi kendini toplantıya çağırır. Başkalarının meclisi toplantıya çağırma yetkisi yoktur. Yine bu sistemde, meclis kendi kendini feshedebilir. Başka bir deyişle, meclisin özfesih hakkı bulunmaktadır. Meclisin kendisi dışında bir başkasının, meclisi feshetme hakkı

⁶ Mehmet Turhan, 'Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)', (1991) 46 (1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 455; Gözler (n 5) 557.

⁷ Kama Işık (n 2) 460.

⁸ Turhan (n 6) 458.

⁹ Gözler (n 5) 558.

yoktur¹⁰.

Meclis hükümeti sisteminde meclis, mütemadiyen faaliyet gösterir. Bu durum, meclisin sürekliliği veya eski tabirle meclisin istimrarı olarak ifade edilir. Her ne kadar meclis, yasama işlevi yönünden tatil yapabilse de yürütme işlevi yönünden böyle bir olanağa sahip değildir. Çünkü, yürütme süreklilik gösterir, devletin idari hizmetlerinin kesintisiz sürdürülmesi gerekir¹¹.

C. MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİNDE YÜRÜTME ORGANINA AİT ÖZELLİKLER

Meclis hükümeti sisteminde, yürütme işlerinin doğrudan doğruya meclisçe veya meclisin komisyonlarınca yapılması zorunluluk arz etmemektedir. Üstelik, yürütme işlerinin üye sayısının çok fazla olduğu bir meclis tarafından yapılması da olanaklar dâhilinde değildir. Dolayısıyla bu sistemde, yürütme işleri farklı adlarla anılan bir kurula veya komiteye bırakılmaktadır. Yürütmenin, yasama organından ayrı bir varlığı söz konusu değildir. Yürütmenin kendine özgü bir kimliği ve teşebbüs erki olmadığı için; yürütme, külliyen meclisin emri, işareti ve kontrolü altındadır. Bu da doğal olarak, yürütme kurulunun kendine özgü bir hükümet ve siyasal programının olmayışında kendini gösterir¹². Bu sistemde yürütme kurulu, meclisin tayin ettiği esaslar çerçevesinde görev yapar. Bu da yürütme kurulunun, meclisin iradesini ifa etmekle görevli olduğunun bir göstergesidir. Yürütme kurulu, meclisin istediklerini yerine getirmek mecburiyetindedir¹³. Meclis hükümeti sisteminin bu özelliğinin bir uzantısı

¹⁰ 558.

¹¹ Hüseyin Murat Işık, 'İsviçre Konfederasyonu Hükümet Sisteminin Meclis Hükümeti Sistemi Bakımından Değerlendirilmesi', (2022) 27 (47) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 536.

¹² Ergun Özbudun, 'Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Hukuki Niteliği' iç Hamit Emrah Beriş (ed), TBMM'nin 100. Yılına Armağan (TBMM Basımevi 2022) 166-167.

¹³ Gözler (n 5) 559.

olarak, meclis, yürütme kuruluna emir ve talimat verebilir. Meclis ayrıca, yürütme kurulunun kararlarını dilediği zaman dilediği şekilde değiştirebilir veya bozabilir, hatta onun yerine geçerek gereken işlemi tesis edebilir¹⁴. Başka bir şekilde ifade etmeye çalışırsak, yürütme kurulunun özerk bir hukuki varlığının ve siyasal programının bulunmayışı sebebiyle, yürütme kurulunun aldığı kararlar üzerinde meclisin re'sen tasarruf etme yetkisinin bulunduğunu söyleyebiliriz¹⁵.

Devlet başkanlığı makamının varlığı, meclis hükümeti sistemiyle bağdaşmaz¹⁶. Tüm yetkiler mecliste toplandığı için devlet başkanına ihtiyaç yoktur¹⁷. Meclis hükümet sisteminde sembolik yetkilere sahip olan bir devlet başkanı olsa dahi, kendisinin yürütme kurulu içinde özel ve üstün bir konumu düşünülemez. Bundan başka, kendisinin, meclise karşı sorumsuzluğundan da bahsedilemez¹⁸.

Yürütme kurulu üyeleri, meclis içinden ve meclis tarafından seçilir, gereken durumlarda da yine meclis tarafından azledilirler. Yürütme kurulu üyelerinin arasında, kolektif sorumluluk bulunmazken, dayanışma da mevcut değildir¹⁹. Yürütme kurulu üyeleri, meclise karşı bireysel olarak, tek tek sorumludur. Bu sorumluluk mutlaktır²⁰.

Meclis hükümeti sisteminde yürütme organı, külliyen yasama organına bağımlı olduğu için, meclis üzerinde etki yaratabilecek herhangi bir güce sahip değildir. Yürütme organı, meclisi feshedip, meclisin toplanmasını engelleyemeyeceği gibi,

¹⁴ Özbudun (n 12) 167; Gözler (n 5) 561.

¹⁵ Abbas Kılıç, 'Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi', (2016) 1 (8) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 280.

¹⁶ Yüksel Metin ve Ayşe Yaman Kaplan, '1921 Anayasası Döneminde Yürütme Organının Yasama Organından Ayrışması Sürecinde Devlet Başkanlığı ve Başbakanlık Makamlarının Oluşumu' iç Ömer Anayurt ve Yusuf Tekin (edr), 1921 Anayasası'nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu (21-23 Ocak 2021) (TBMM Basımevi 2022) 513.

¹⁷ Gözler (n 5) 560.

¹⁸ Özbudun (n 12) 168.

¹⁹ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku (Beta Yayınları 2019) 500.

²⁰ Gözler (n 5) 561.

çalışma süresine de etki edemez²¹.

Meclis hükümeti sisteminde, kuvvetler ayrılığı yoktur, sadece işlevsel bir uzmanlaşma vardır²².

D. MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİNİN UYGULANMASI

Meclis hükümeti sistemi, ekseriyetle olağanüstü ve krizli dönemlere has bir hükümet şeklidir²³. Her ne kadar, kuramsal olarak, yürütme meclise bağımlı olsa da, uygulamada bunun tersi görülür. Yürütme kurulu üyeleri, kısa vakit içerisinde güçlenerek, meclis üzerinde fiili üstünlük sağlarlar²⁴. Kalabalık meclislerde oligarşinin demir kanununu²⁵ teyit eder nitelikte bir grup, iktidarın sahibi olmaktadır. Jacques Cadart, meclis hükümeti sisteminin, ütöpik, düzenli bir şekilde işlemesi mümkün olmayan, uygulamada dejenere olmuş, diktatörlüğe dönüşen bir sistem olduğunu vurgulamaktadır²⁶. Ali Fuat Başgil de meclis hükümeti sisteminde demokratik dengenin oluşturulmasının imkânlar dâhilinde olmadığını üzerine basmaktadır. Zira, siyasi sürecin işleyişine, yürütme kurulundaki dar bir kadro hâkimdir²⁷.

Meclis hükümeti sistemine ilk kez, 1792 ila 1795 tarihleri arasında, Fransız

²¹ Metin ve Yaman Kaplan (n 16) 516; Işık (n 11) 536-537; Özbudun (n 12) 169.

²² Claude Klein, 'The Powers of the Caretaker Government: Are They Really Unlimited?', (1977) 12 (3) Israel Law Review 278.

²³ Murat Aygen ve Yıldız Atmaca, 'Kuruluşunun İlk Yıllarında Türkiye Cumhuriyeti'nde Uygulanan Hükümet Sistemleri', (2019) 2 (2) Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi 388.

²⁴ Turhan (n 6) 459.

²⁵ Alman sosyolog Robert Michels'e göre, oligarşinin demir yasası, evrensel geçerliliği olan sosyolojik bir yasadır. Hatta Michels buna, oligarşinin tarihsel zorunluluğu yasası adını vermiştir. Michels'in vurgulamaya çalıştığı ana ve can alıcı nokta, iyi niyetlere rağmen oligarşinin her zaman ortaya çıkacağıdır. Oligarşiyi haklı çıkarmasa da ampirik çalışmalarını onu, oligarşinin kaçınılmaz olduğu şeklindeki oldukça kötümser bir sonuca götürmüştür. Thomas Diefenbach, 'Why Michels' 'Iron Law of Oligarchy' Is Not an Iron Law – and How Democratic Organisations Can Stay 'Oligarchy-free'', (2018) 40 (4) Organization Studies 1-2.

²⁶ Gözler (n 5) 562.

²⁷ Saka (n 3) 439.

İhtilali'nin "la Convention Nationale" (Ulusal Konvansiyon) döneminde rastlanmaktadır. Dönemin Fransa Kralı XVI. Louis'in idamının akabinde; yeni bir anayasa yapmak için toplanan meclis, kuvvetler ayrılığı ve iktidarın dengelenmesi gibi kavramları bir kenara atarak, iktidarı kullanan tek organ hâlini almıştır²⁸.

II. 1921 ANAYASASI VE MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİ

Pratik ve teorik gerekçelerle hem görüşülmesinde hem de kabulünde özel yöntem ve özel kabul sayısı aranmayan 1921 Anayasası, 20 Ocak 1921 tarihli, 85 sayılı Yasayla kabul olunmuştur. Yirmi üç madde ile birlikte bir de ayrı maddeden meydana gelen 1921 Anayasası, kısa bir çerçeve anayasa niteliğindedir. 1921 Anayasası, her ne kadar bir geçiş dönemi için hazırlanan kısa bir anayasa olsa da hazırlanış ve kabul hususiyetleri itibarıyla Osmanlı-Türk anayasacılığının en demokratik anayasası olarak kabul edilmektedir. Bunun yanında 1921 Anayasası²⁹, Cumhuriyet anayasacılığı bakımından uzun süre kalıcı hatta silinmez izler bırakarak, sonrasında kabul edilen anayasaları da etkilemiştir³⁰.

²⁸ Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasanın Anlamı (11. Bası, Gerçek Yayınevi 1997) 29.

²⁹ Öztürk, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun şeklen bir kanun olduğu düşüncesindedir. Zira, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, adi kanunlar gibi kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Buna ilaveten, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun adi kanunlardan üstün olduğunu belirten ve açıkça bildiren herhangi bir madde metnine de rastlanmaması, Öztürk'ün tezini güçlendirmektedir. Öztürk ayrıca, 1876 Kanun-i Esasi'sinin çelişmeyen hükümlerinin devam ettiğinin öğretide kabul edildiğini dikkate alarak, daha sonra yapılan söz konusu değişikliği; olsa olsa, bir anayasa değişikliği olarak adlandırılabileceğini düşünmektedir. Söz konusu anayasa değişikliğinde, yargı ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümlerin bulunmaması da, Öztürk'ün perspektifini destekler niteliktedir. Zira, bahsi geçen hususlara ilişkin hükümler zaten 1876 Kanun-i Esasi'sinde bulunmaktadır. Fatih Öztürk, '1921 Bir Anayasa Değişikliği Mi Yoksa Yeni Bir Anayasa Mı?' (2021) 4 (23) Stratejik Rekabet Dergisi 29.

³⁰ Bülent Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980) (19. Bası, Yapı Kredi Yayınları 2010) 250, 253.

A. BİRİNCİ BÜYÜK MİLLET MECLİSİ DÖNEMİNDE MECLİS HÜKÜMETİ ÖZELLİKLERİ

Birinci Büyük Millet Meclisini, normal zamanların normal bir meclisi olarak kabul etmenin olanağı yoktur. Birinci Büyük Millet Meclisi, kurucu meclis kimliğiyle ortaya çıkan, rejimi değiştirme yetkisine haiz olan olağanüstü bir meclistir³¹.

1921 Anayasası, kurduğu meclis hükümetiyle, 1876 Kanun-u Esasi’de bulunan anayasal monarşi sistemini sürdürmeyip, alenen kuvvetlerin birliğine ve milli egemenlik ilkesine dayalı bir meclis hükümeti öngörmektedir³². 1921 Anayasası, meclis hükümeti sisteminin temeli olan kuvvetler birliği ilkesini 2. madde³³ ile açıkça ilan etmiş, 3. madde³⁴ de bunu iyice güçlendirmiştir³⁵.

Mustafa Kemal, kurulacak yeni düzene uygun bir basamak oluşturmak için, kuvvetler birliği ilkesinde ısrarlı olmuştur. Mustafa Kemal, kendisine “Bizimki ne tür bir rejimdir?” diye soranlara, kuvvetler birliği ilkesini savunurken, ara sıra söz dalaşına girdiği de olmuştur³⁶:

“Bizim hükümetimiz demokratik bir hükümet değildir, sosyalist bir hükümet değildir. Bilimsel niteliği yönünden kitaplardaki hükümet şekillerinden hiçbirine benzemeyen bir hükümettir. Fakat ulusal egemenliği, ulusal iradeyi gerçekleştiren tek hükümettir. Bilimsel ve sosyal niteliği bakımından Halk

³¹ Özbudun (n 12) 173.

³² Kama Işık (n 2) 473.

³³ “İcra kudreti ve teşri salâhiyeti milletin yegâne ve hakikî mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder (Yürütme kuvveti ve yasama yetkisi, milletin tek ve gerçek temsilcisi olan Büyük Millet Meclisi’nde belirir ve toplanır)”.

³⁴ “Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükümeti “Büyük Millet Meclisi Hükümeti” unvanını taşır (Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından idare edilir ve hükümeti “Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti” adını taşır)”.

³⁵ Soysal (n 28) 30.

³⁶ Ahmet Yücekök, 100 Soruda Türk Devrim Tarihi (Gerçek Yayınevi 1984) 58-59.

Hükümetidir. Sosyal meslek bakımından düşünürsek biz, hayatını ve bağımsızlığını kurtarmak için çalışan işçileriz, zavallı halkız. Kurtulmak, yaşamak için çalışan ve çalışmak zorunda olan bir halkız. Çalışarak haklara ve yetkilere sahip oluruz. Arka üstü yatmak ve çalışmadan yaşamak isteyenlerin sosyal topluluğumuz içinde yeri yoktur, hakkı yoktur. Halkçılık: sosyal düzenini çalışmaya dayamak isteyen bir sosyal meslektir. Bunun için bizler; bizi yok etmek isteyen emperyalizme karşı ve bizi yutmak isteyen kapitalizme karşı milletçe mücadeleyi gerekli gören bir mesleği izlemekteyiz. İşte bizim hükümetimizin şekli, esası budur. Fakat ne yapalım ki, demokrasiye benzemiyormuş, sosyalizme benzemiyormuş, hiçbir şeye benzemiyormuş. Biz benzememekle ve benzetmemekle övünmeliyiz. Çünkü biz, bize benzeriz.”

Mustafa Kemal, kuvvetler birliği modelini değişik sebepler yüzünden ısrarla savunmuştur. Mustafa Kemal'in Fransız İhtilali ve Jean-Jacques Rousseau'nun düşüncelerinden etkilenmiş olması bu sebeplerden ilkinin oluşturmaktadır. Ayrıca, Mustafa Kemal, kuvvetler birliği modeliyle sıcak savaşın daha kolay yönetilebileceğini düşünmektedir. Padişah'tan ayrı bir devlet başkanı ve bakanlardan oluşan bir kurul, Meclisteki padişah yandaşlarının tepkisini çekebilirdi. Bunların yanında Mustafa Kemal, kuvvetler ayrılığına dayanan parlamenter sistemin uygulanacak olması durumunda, padişahlık makamının muhafaza edileceğinin önceden kabul edilmiş olacağını düşünüyordu. Mustafa Kemal, savaştan sonra saltanatı ve halifeliği külliyen yok etmek isteğinden, parlamenter sistemden uzak durmuştur. Tüm bu sebeplerle Mustafa Kemal, kuvvetler birliğine dayanan meclis hükümeti sisteminin 1921 Anayasası'nda garanti altına alınmasını sağlamıştır³⁷.

Ali Fuat Başgil'in de belirttiği gibi, meclis hükümeti sisteminin “en saf” ve “en

³⁷ Hatice Cemre Akyılmaz, ‘1921 Anayasası ile Değişen Egemenlik Anlayışının Yasama ve Yürütme İlişkilerine Etkisi’ iç Murat Alper Parlak (ed), 1921 Teşkilât-I Esâsiye Kanunu ve Makaleler (Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları 2022) 289.

güzel” örneği olarak nitelenen Büyük Millet Meclisi hükümeti sisteminin en kilit ögesi, şüphesiz meclistir. Nutukta da bahsedildiği gibi, “selahiyet-i fevkaladeyi haiz” olan bu meclis, yasama yetkisi ile yürütme kuvvetinin sahibidir. Dolayısıyla, kuvvetler birliği ilkesinin gereği olarak, yürütme organı Büyük Millet Meclisine bağımlıdır³⁸.

Büyük Millet Meclisi, yasama yetkisini aracı olmadan kullanırken; yürütme yetkisini ise, kendi üyelerinden seçtiği İcra Vekilleri Heyeti vasıtasıyla kullanmaktadır. Görüleceği üzere, yürütme organı olan İcra Vekilleri Heyetinin ayrı bir hukuki varlığı bulunmamaktadır. İcra Vekilleri Heyeti, Meclisin talimatları istikametinde hareket eden bir memurlar topluluğudur. Gerçekten de meclis hükümeti sisteminin temel özelliklerinden biri olan bu durum, 1921 Anayasası’nda aleni bir biçimde belirtilmiştir. 1921 Anayasası’nın 8. maddesine³⁹ göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi, İcra Vekilleri Heyetini dilediği zaman değiştirebilir ve onlara yön gösterebilir⁴⁰.

1921 Anayasası, İcra Vekilleri Heyeti’nin nasıl seçileceğini öngörmezken; 8. maddesinde, icra vekillerinin özel kanun gereğince seçileceğini öngörüyordu⁴¹. Bu suretle kabul edilen, Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair 3 sayılı Yasayla, vekillerin Büyük Millet Meclisi tarafından ve kendi üyeleri arasından mutlak çoğunlukla ve teker teker seçilecekleri öngörülmüştü⁴². Bu uygulama, birtakım sakıncalı kişilerin vekil olmasına sebebiyet vereceğinden,

³⁸ Kama Işık (n 2) 475.

³⁹ “Büyük Millet Meclisi Hükümetinin inkisam eylediği devairi kanunu mahsus mucibince intihapkerdesi olan vekiller vasıtasıyla idare eder. Meclisi icraî hususat için vekillere veche tâyin ve ledelhace bunları tebdil eyler (Büyük Millet Meclisi, hükümeti oluşturan bakanlıkları, özel kanun gereğince seçtiği bakanlar vasıtasıyla yönetir. Meclis, yürütme ile ilgili işlerde bakanlara görev tayin eder; gerekirse bunları değiştirir)”.

⁴⁰ Elif Özpolat, ‘Osmanlı-Türk Anayasaları’nda Hükümet Sistemleri’ (Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi 2014) 102.

⁴¹ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku (Ekin Yayınları 2000) 52.

⁴² Özbudun (n 12) 176.

yapılan bir değişiklikle vekillerin, Büyük Millet Meclisi Reisinin meclis üyeleri arasından göstereceği adaylar içinden mutlak çoğunlukla seçileceği kabul edilmiştir. Buna rağmen, 1921 Anayasası'nın kabulünün akabinde, vekillerin seçim usulü tekrardan değiştirilerek, ilk usule geri dönmüştür. Bunun sonucunda da vekillerin azledilmesi, Meclisin sorumluluğunda olan bir yetki olarak kabul görmüştür⁴³. Söz konusu hükümet kurma usulü, yürütme işlerini gerçekleştiren icra vekilleri arasında kabine dayanışmasını güçsüzleştiren, hatta bu tür bir dayanışmanın bulunmamasına olanak veren bir nitelikte olduğu söylenebilir⁴⁴.

Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair 3 sayılı Yasa, aynı zamanda, İcra Vekilleri arasında çıkacak uyuşmazlıkların Büyük Millet Meclisi tarafından çözüme kavuşturulacağını hükme bağlamıştır. Nitekim, Nurettin Paşa'nın yargılanıp yargılanmaması mevzusunda, İcra Vekilleri Heyeti ile, Mustafa Kemal ve onunla aynı görüşteki Fevzi Çakmak arasında oluşan uyuşmazlık, Meclisçe çözüme kavuşturulmuştur⁴⁵.

1921 Anayasası, parlamenter ve başkanlık hükümet sistemlerindeki gibi, bir devlet başkanlığı makamını öngörmemiştir⁴⁶. Bunun en olası sebebi olarak, Meclis üyelerinden bazılarının saltanat yanlısı olmaları gösterilebilir⁴⁷. Bunun yanı sıra, 1921 Anayasası'nda devlet başkanlığı makamının öngörülmemiş olması, Anayasanın geçici niteliğine alamet olarak idrak edilmiştir. Fakat, 1921 Anayasası'nın Meclisi düzenleme ve siyasal işleyişin merkezine yerleştirme şekli

⁴³ Hatice Cemre Akyılmaz, '100. Yılında "1921 Anayasası'nın Ruhu": 20 Ocak 1921 Tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Öngördüğü Hükümet Sistemi ile Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin Mukayesesi (Mümkün Mü?)', (2021) 4 (1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137.

⁴⁴ Özbudun (n 12) 176; Kama Işık (n 2) 478.

⁴⁵ Tanör (n 29) 259.

⁴⁶ Osman Can, '1921 Anayasası'nın 100. Yılı: Bir İstisnai Başarı ve Dramatik Başarısızlık Hikâyesi', (2021) 38 (1) Anayasa Yargısı 150.

⁴⁷ Gözler (n 40) 51.

dikkate alındığında, aslında devlet başkanlığı yetkisinin egemen milleti temsile tek yetkili olan Meclise ait olduğu ve Meclis Başkanınca temsil edildiği kesinlikle söylenebilir. Belirtmekte fayda vardır ki, Ergun Özbudun'un da işaret ettiği gibi, 1921 Anayasası, 9. maddesi⁴⁸ ile, normalde devlet başkanının sahip olduğu yetkileri, Meclis Başkanına tanımaktadır⁴⁹.

Yürütme işlevi, yasama işlevinin tersine süreklilik göstereceği ve çabucak karar verilmesini gerektirdiği için, meclis hükümeti sisteminde meclis aralıksız faaliyet halindedir. 5 Eylül 1920 tarih ve 18 sayılı Nisab-ı Müzakere Kanunu'nun 1. maddesinde⁵⁰ ve 1921 Anayasası'nın ek maddesinde⁵¹ de belirtildiği üzere, Meclis amacına ulaşana kadar aralıksız toplantı hâlinde olacaktır⁵².

İcra Vekilleri Heyeti'nin, aralıksız faaliyet gösteren Meclisin çalışma süresini kısaltmaya veyahut Meclisi tatil etmeye yönelik yetkileri bulunmamaktadır. Bunların yanı sıra, İcra Vekilleri Heyeti'nin Meclisi feshetmesinin olanağı da

⁴⁸ “Büyük Millet Meclisi Heyeti Umumiyesi tarafından intihap olunan reis bir intihap devresi zarfında Büyük Millet Meclisi Reisidir. Bu sıfatla Meclis namına imza vazına ve Heyeti Vekile mukarreratını tasdika salâhiyettardır. İcra Vekilleri Heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler. Ancak Büyük Millet Meclisi Reisi Vekiller Heyetinin de reisi tabiidir (Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu tarafından seçilen başkan, bir seçim dönemi süresince Büyük Millet Meclisi Başkanıdır. Bu sıfatla Meclis adına imza atmaya ve Bakanlar Kurulu kararlarını onaylamaya yetkilidir. Bakanlar Kurulu üyeleri içlerinden birini kendilerine başkan seçer. Ancak Büyük Millet Meclisi Başkanı, Bakanlar Kurulu'nun da tabii başkanıdır)”.

⁴⁹ Can (n 45) 150.

⁵⁰ “Büyük Millet Meclisi, hilâfet ve saltanatın, vatan ve milletin istihlâs ve istiklâlinden ibaret olan gayesinin husulüne kadar şeraiti âtiye dairesinde müstemirren inikat eder”.

⁵¹ “İşbu kanun tarihi neşrinden itibaren meri olur. Ancak eylevm münakit Büyük Millet Meclisi 5 Eylül 1336 tarihli nisabı müzakere kanununun birinci maddesinde gösterildiği üzere gayesinin husulüne kadar müstemirren müçtemi bulunacağı cihetle işbu Teşkilâtı Esasiye Kanunundaki 4'üncü, 5'inci, 6'ncı maddeler gayenin husulüne eylevm mevcut Büyük Millet Meclisi adedi mürettebinin sülusanı ekseriyetle karar verildiği takdirde ancak yeni intihabdan itibaren meriyül icra olacaktır”.

⁵² Gülден Çamurcuoğlu, ‘1921 Anayasası'nın Kuramsal Temelleri ve Dayandığı Egemenlik Anlayışı’ (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2011) 164.

yoktur⁵³.

1921 Anayasası'nda yargı düzenlenmemiştir. Ancak, 1921 Anayasası ve milli mücadele döneminde, yargı yetkisinin, Meclise ait olduğu düşüncesi hâkimdi. İstiklal Mahkemeleri'nin kuruluşu bu düşünceye dayanıyordu. İstiklal Mahkemeleri'nin üyeleri, Meclisçe kendi üyeleri arasından seçiliyordu. İster istemez söz konusu mahkemelerin teşekkülü, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesine ve kanuni hâkim güvencesine tamamen aykırılık oluşturmaktaydı⁵⁴.

B. UYGULAMADAKİ DURUM: MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİNDEN SAPMALAR

1921 Anayasası uygulamasına baktığımızda, meclis hükümeti sisteminden mühim sapmaların olduğunu görebiliriz. İlk göze batan konu, yasama ve yürütme ilişkileri bakımından, kuvvetler birliği ilkesinin temin edilememiş olmasıdır⁵⁵. Bunun yanında, kuvvetler birliği uygulamasının meydana getirdiği parlamenter tikanıklık, İcra Vekilleri Heyetini daha özgür davranabilme şartlarını aramaya mecbur bırakmıştır⁵⁶. İcra vekillerin Meclis encümenlerine danışması veya Meclis'in icra vekillere yön göstermesi gibi anayasal nizamlar uygulama alanı bulamamış; yürütme işleri bizzat İcra Vekilleri Heyetince üstlenilmiştir⁵⁷. Son kertede icra vekilleri, sorumluluklarının icap ettirdiği yetkileri istemekte ve kullanmakta gayretli davranmışlardır⁵⁸. Böyle bir durumda, Meclis'in yürütme işlerini etkilemesi, yalnızca icra vekillerinin siyasal sorumluluğunu harekete geçirmek, yani icra vekillerini görevlerinden almak şeklinde olmaktadır. İcra

⁵³ Özbudun (n 12) 178.

⁵⁴ Tanör (n 29) 261; Gözler (n 40) 52.

⁵⁵ Saka (n 3) 442.

⁵⁶ Muzaffer Sencer, '1980'e Kadar Türkiye'de Siyasal ve Anayasal Süreçler', (1984) 17 (4) Amme İdaresi Dergisi 6.

⁵⁷ Tanör (n 29) 270.

⁵⁸ Hayrettin Kaldırmacı, '1921 Anayasası ve Meclis Hükümeti Dönemi (Hukuki Açıdan)' (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi 1997) 119.

Vekilleri Heyeti, 1921 öncesinde, meclisin seçtiği bir vekil olan Nazım Bey'i istifaya zorlamış; 1921 Anayasası Döneminde de vekil Bekir Sami Bey'i çekilmeye davet etmiştir. Bunun da parlamenter sistemin uygulamalarından farklı olduğu söylenemez⁵⁹.

Meclis hükümeti sisteminin esasları doğrultusunda 1921 Anayasası, bir devlet başkanlığı makamı öngörmemiş olsa da meclis başkanlığı makamı öngörmüştür⁶⁰. Her ne kadar sistem, esasen devlet başkanlığını resmi olarak tanımasa da bunu uygulamada yaratmak için nelerin yapılması olası ve gerekiyorsa, onları sağlamıştır⁶¹. 1921 Anayasası'nın 9. maddesi uyarınca, Meclis'in bir seçim dönemi için kendisine bir meclis başkanı seçmesi öngörülmüştür. Meclis Başkanının elinde bulundurduğu yetkilerin, parlamenter sistemdeki devlet başkanının yetkilerine benzediği açıkça görülmektedir. Nitekim, Anayasanın söz konusu maddesi, Meclis Başkanına, Meclis adına imza yetkisini ve İcra Vekilleri Heyeti'nin kararlarını onama yetkisini vermiştir. Aynı maddede, İcra Vekilleri Heyeti'nin aralarında oylama yaparak, kendilerine bir başkan seçmesi öngörülmüş; maddenin devamında, Meclis Başkanının, İcra Vekilleri Heyeti'nin doğal başkanı olduğu belirtilmiştir⁶². Büyük Millet Meclisi Hükümeti döneminde fiilen mevcut olan devlet başkanlığı ile parlamenter sistemdeki devlet başkanlığı arasında, yalnızca tek bir fark göze çarpmaktadır; o da başkanın birinci durumda sorumlu, ikinci durumda sorumsuz olmasıdır⁶³.

Büyük Millet Meclisi Hükümeti döneminde, devlet başkanlığı makamının ihdas edilmemiş olması, pratik düşüncelerle açıklanabilir. Millî mücadelenin tüm hızıyla sürdüğü göz önüne alındığında; saltanat karşısında, milli mücadelede

⁵⁹ Özbudun (n 12) 183; Tanör (n 29) 270, 273.

⁶⁰ Akyılmaz (n 42) 137.

⁶¹ Tanör (n 29) 272.

⁶² Akyılmaz (n 42) 137.

⁶³ Özbudun (n 12) 184.

ciddi çatlaklara sebep olabileceği kaygısıyla, devlet başkanlığı makamının ihdas edilmediğini pekâlâ söyleyebiliriz⁶⁴. Görünüştteki başkansız devlet formülü, zamanından önce saltanat yanlılarının mukavemet göstermesine sebep olmamak ve milli mücadelenin bütünlüğünü bozmamak adına faydalı olmuştur⁶⁵.

Meclis hükümeti sisteminden büyük ölçüde uzaklaşıldığının bir diğer kanıtı da İcra Vekilleri Heyeti'nin siyasal sorumluluğu noktasındadır. İcra vekillerinin hem bireysel hem de kolektif sorumluluğu ilk günden kabul edilmiştir. İcra Vekilleri Heyeti'nin tamamı hakkında gensoru önergesi verildiği ve sonuç olarak yine Heyetin tamamına güven gösterildiği ya da Heyet Reisinin güven istediği ve aldığı durumlar olmuştur⁶⁶.

Kolektif sorumluluk ilkesi gereği, İcra Vekilleri Heyeti'nin ortak bir siyaset ve hükümet programı olmuştur. Nitekim, seçilen ilk İcra Vekilleri Heyeti, bir program hazırlayarak Meclise sunmuştur. Niteliği ve içeriğiyle parlamenter sistemdeki kabine programlarına benzeyen bu program, iç ve dış siyasete ilişkin türlü sorunlara değiniyordu. Meclis tarafından görüşülerek, genel bir onayla karşılanan bu programla ilgili olarak Meclis, hiçbir değişiklikte bulunmamıştır. Meclis ayrıca, İcra Vekilleri Heyetine bu hususta herhangi bir talimat vermemiştir⁶⁷.

8 Temmuz 1922 tarihinde kabul edilen bir yasayla, icra vekillerinin meclisçe ayrı ayrı seçilmesi usulü kabul edilmiştir. Söz konusu yasayla, meclis reisinin icra vekillerini aday göstermesi usulü sona erdirilmiştir. Bundan başka, İcra Vekilleri Heyeti Reisinin, her ne kadar Anayasa'da Heyet içinden seçileceği düzenlenmişse de söz konusu yasayla reisin de Meclisçe seçilmesi

⁶⁴ Kaldırımcı (n 57) 119.

⁶⁵ Özbudun (n 12) 184.

⁶⁶ Tanör (n 29) 271.

⁶⁷ Özbudun (n 12) 187.

öngörülmüştür⁶⁸. Bu değişiklik, meclis hükümeti sisteminden kaynaklanan, meclisin üstünlüğü anlayışına dayandırılabilir. Ancak, Ergun Özbudun bu şekilde düşünmemektedir. O'na göre, bu değişiklikle beraber, İcra Vekilleri Heyeti Reisinin konumu güçlenmiş, benimsenen sistem de parlamenter sisteme yaklaşmıştır⁶⁹. Ayrıca, söz konusu değişikliğin, parlamenter sistem bağlamında, İcra Vekilleri Heyeti'ni kabineye, İcra Vekilleri Heyeti Reisini de başbakana dönüştürdüğü söylenebilir⁷⁰.

İcra Vekilleri Heyeti, parlamenter sistemde olduğu gibi, Büyük Millet Meclisine önemli ölçüde yön vermiştir. İstatistiklere göre, Büyük Millet Meclisi'nin açıldığı tarih olan 23 Nisan 1920'den, 28 Şubat 1921'e kadar geçen sürede yasalaşan 104 metnin 83'ü, yani yüzde 79.8'i İcra Vekilleri Heyeti'nin tasarısı iken; bu metinlerden 21'i, yani yüzde 20.2'si Meclis üyeleri tarafından verilen tekliflerden oluşmaktadır⁷¹.

Büyük Millet Meclisi'nde bugünkü anlamıyla siyasi parti grupları bulunmuyordu. Siyasi parti gruplarının olmayışına, Meclis üyelerinin bileşimindeki çeşitlilik de eklenince, birçok konuda fikir birliği sağlanamıyor; dolayısıyla, verimli çalışmalar yapılamıyor ve karar alma sürecinde tikanıklıklar yaşanıyor⁷². Karar alınamaması sebebiyle, pek çok konuda sorunun sürüncemede kalmasından yakınan Mustafa Kemal, çözümü kendisine yakın üyelerden oluşan, Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Grubunu kurmakta bulmuştur. Birinci Grubun kurulmasından hemen hemen bir yıl sonra, İkinci Grup kurulmuştur⁷³. Birinci Grup, Mustafa Kemal'i ve hükümeti desteklerken; İkinci Grup, Birinci Gruba muhalif olan vekillerden oluşuyordu. Ancak, bu iki

⁶⁸ Saka (n 3) 444.

⁶⁹ Akyılmaz (n 42) 137.

⁷⁰ Saka (n 3) 444.

⁷¹ Özbudun (n 12) 190.

⁷² Tanör (n 29) 272.

⁷³ Özpolat (n 39) 104.

grup arasındaki sınır çizgisi net değildi⁷⁴. Her iki gruba bağlı bulunmayan üyeler olduğu gibi, bir grubun kimi üyelerinin bazı oylamalarda diğer grupla birlikte hareket ettiği durumlar da görülmüyordu⁷⁵. Birinci Grup, Mecliste çoğunluğu elinde bulundurduğu için, hükümete de siyasi destek sağlamıştır. Böylelikle, hükümetin gücünde artış sağlanmıştır. Bu şekilde oluşan siyasi tablo da parlamenter sistemin mantığı ve kurallarına uygun şekilde işlemiştir⁷⁶.

III. BİRİNCİ MİLLET MECLİSİ (1920-1923) İLE FRANSA ULUSAL KONVANSİYON MECLİSİ'NİN (1792-1795) KARŞILAŞTIRILMASI

Feodalite ve mutlak monarşinin devrilişi ile birlikte, cumhuriyet düşüncesinin yerleşmesi bağlamında 1789 Fransız İhtilali, dünya tarihinde bir dönüm noktasını oluşturmaktadır. Fransız İhtilali, beraberinde hukuk düzenini etkilemiş; anayasal monarşiyle devamında konvansiyonel rejim olarak da adlandırılan, meclis hükümeti sistemi kurulmuştur. Fransız İhtilali'nin akabinde kabul edilen 1791 Anayasası, ilk anayasal metin olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁷.

1791 Anayasası'na göre, tek meclisli Ulusal Meclis, yasama kuvvetinin sahibidir. Ancak, meclis bu gücünü kralın onayıyla kullanabilmektedir. Yürütme ise hem ulusa hem de yasaya bağlı kalma sözünde bulunan, karşı imza kuralı çerçevesinde bakanlar ve diğer sorumlu görevliler vasıtasıyla bu yetkisini kullanan kraldır. Karşılıklı ilişkiler bağlamında baktığımızda da Ulusal Meclis'in, cezai ve mali konularda krala müdahale edemediğini görmekteyiz. Ulusal Meclis, her ne kadar bakanların cezai sorumluluklarını gündeme getirebilse de bakanları siyasi açıdan sorumlu tutamamaktadır. Diğer yandan, kralın da Ulusal Meclisi toplama, dağıtma ya da erteleme yetkileri bulunmamaktadır⁷⁸.

⁷⁴ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (11. Bası, Yetkin Yayınları 2010) 29.

⁷⁵ Özbudun (n 12) 192.

⁷⁶ Tanör (n 29) 272.

⁷⁷ Kama Işık (n 2) 462.

⁷⁸ Ibid 462.

Lakin, 1791 Anayasası, burjuvaziyle asiller arasında denge sağlayamamış; her ne kadar 4 Ağustos 1789 tarihinde imtiyazlar kaldırılmış olsa da asillerin feodal haklar üzerinde ayak dirmesi gerginliği başlatmıştır⁷⁹. Fransa Kralı XVI. Louis'in Fransa'dan kaçmaya çalışırken yakalanması ve Avrupa'daki bazı hanedanların, Paris'e geri getirilen XVI. Louis'i, "Pillnitz Demeci" ile koruma istekleri, daha önce oluşan gerginliği şiddetlendirmiştir. Radikalleşen İhtilal Yönetimi, 20 Nisan 1792 tarihinde, Fransız İhtilali Savaşlarını başlatmış; Kral XVI. Louis ile Kraliçe Marie Antoinette'nin ihanet söylentilerinden dolayı Fransız halkı, Tuileries Sarayına kanlı baskında bulunmuştur. Yasama Meclisi yerine seçilen Konvansiyon Meclisi, 21 Eylül 1792 tarihinde monarşiyi kaldırarak, Birinci Cumhuriyeti ilan etmiştir. Kral XVI. Louis de 21 Ocak 1793 tarihinde, Concorde Meydanında idam edilmiştir⁸⁰. 1793 yılının Haziran ayının başlarında yeni bir anayasa yapmak için çalışmalara başlayan Konvansiyon, 1. Yılın Anayasası veya Montagnard Anayasası olarak da bilinen, 1793 Anayasası'nı, 24 Haziran 1793 tarihinde kabul etmiştir.

Fransa Ulusal Konvansiyon Meclisi ile Birinci Millet Meclisi'nin oluşum süreçlerini incelediğimizde, her iki meclisin de olağanüstü ve krizli dönemlerde oluşturulan meclisler olduğunu görmekteyiz⁸¹. Her iki meclisin oluşum süreçleri açısından böyle bir benzerlik bulunsa da Millî Mücadele Döneminde yapılan devrim, Fransa'da 1792 yılında yapılan devrim gibi kanlı gerçekleşmemiştir. Fransa'daki devrimin ardından, Kral XVI. Louis ve eşi Kraliçe Marie Antoinette idam edilmiştir. Millî Mücadele Döneminde saltanat, pratik sebepler yüzünden, 1 Kasım 1922 tarihine kadar kaldırılmamış, Sultan Vahdettin idam edilmeyerek, ailesiyle birlikte ülke dışına sürgüne gönderilmiştir.

⁷⁹ Çamurcuoğlu (n 51) 127-128.

⁸⁰ İsmet Giritli, 'Fransız İhtilali ve Etkileri', (1989) 5 (15) Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 539-540.

⁸¹ Özpolat (n 39) 22.

Konvansiyon Meclisi Dönemiyle birlikte Fransa'da, uzunca bir süre, siyasal istikrarsızlık ve kaos hâkim olmuştur. Fransa, bu dönemde, ekonomik krizlerle, işgallerle ve savaşlarla karşı karşıya kalmıştır⁸². Her şeyden önce, siyasal iktidarın Konvansiyon Meclisi'nden Kamu Selameti Komitesi'ne geçtiği 10 Ağustos 1792 ile 26 Ekim 1795 tarihleri arasındaki Terör Döneminin bu bağlamda özel bir önemi bulunmaktadır⁸³. Mustafa Kemal, Fransız İhtilali'nden etkilenmiştir; ancak, Fransız İhtilali'ni öykünmemiş, Fransız İhtilali'nin şiddetli ve kanlı veçhesini onaylamamıştır. Mustafa Kemal, parlamento çoğunluğunun despotluğuna dönüşebilen ve Fransa Konvansiyon Meclisi'nin 1793 ile 1794 yılları arasında terör rejimine neden olan yani, kaynağını halktan alan ancak özgürlükçü olmayan çoğunlukçu demokrasiye değil; çoğunlukçu demokrasinin karşısında bulunan ve azınlık ile muhalefete de çoğunluk durumuna geçebilme hakkını veren çoğulcu demokrasiyi benimsemiş, bu nedenle Atatürk Devrimi, Fransız Devrimi'nin aşırılık, sarsıntı ve bunalımlarına sürüklenmemiştir. Bunun en güzel örneğini, Atatürk'ün söylediği şu sözler oluşturmaktadır⁸⁴:

“Türkiye’yi derece derece mi ilerletmeli, ani olarak mı? İki sistem var. Bir bilinen Fransız İhtilalindeki yöntem; Rejimler değişecek. İhtilallere karşı mukabil ihtilaller yapılacak. Sağ solu tepeler, sol sağı süpürürken, bir bakılacak ki bir buçuk asırlık zaman geçmiş. Bu milletin damarlarında o kadar bol kan ve önünde o kadar geniş zaman var mı?”

Konvansiyon Meclisi Döneminde olduğu gibi Birinci Millet Meclisi Döneminde de, meclis hükümeti sistemi uygulanmıştır. Bu doğrultuda, yasama, yürütme ve hatta yargı kuvvetleri Meclisin elinde toplanarak, kuvvetler birliği tesis edilmiştir.

⁸² Hüdayi Şencan, ‘Çatışmacı Parlamentarizmden Melez Bir Çözüme: Fransa’da Yarı Başkanlık Sistemi’ iç Semra Gökçimen (ed), Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Yarı-Başkanlık Sistemi (Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri) (2. Bası, TBMM Basımevi 2017) 29.

⁸³ Kama Işık (n 2) 464.

⁸⁴ Giritli (n 79) 542, 547.

Her iki meclis kuvvetler birliğini uygularken, yeni bir anayasadan yararlanmıştı. Fransa'nın en demokratik anayasasının, Ulusal Konvansiyon Dönemindeki, 1793 Anayasası⁸⁵ olduğu kabul edilmektedir. Türkiye'nin en demokratik anayasasının da Millî Mücadele Dönemindeki, 1921 Anayasası olduğundan şüphe duyulmamaktadır. Her iki anayasanın çerçeve anayasa niteliğinde olması, iktidarın esas sahibini belirlerken milli egemenliğe vurgu yapması ve yasama üstünlüğüne dayanması gibi sebeplere bağlı olarak iki dönem arasında hem hükümet sistemi hem de kurumsal açıdan benzerlik bulunduğunu söyleyebiliriz⁸⁶. Ancak, meclis hükümeti sistemi, Ulusal Konvansiyon Döneminde tasarlanmaksızın uygulamaya konulurken; Millî Mücadele Döneminde ise, daha ilk zamanlarda tasarlanarak uygulamaya konmuştur⁸⁷.

Tüm meclis üyelerinin yürütmede görev almasının olanaksızlığı, Ulusal Konvansiyon Döneminde Kamu Selameti Komitesi'nin oluşumuna uygun ortam yaratırken; Millî Mücadele Döneminde de, İcra Vekilleri Heyeti'nin oluşumuna zemin hazırlamıştır⁸⁸. Fransa'da Ulusal Konvansiyon Döneminde, teorik olarak, Kamu Selameti Komitesi'nin Konvansiyon'a bağımlı olması gerekiyordu⁸⁹. Ne yazık ki, teorik olarak Konvansiyon Meclisi'nde toplanan tüm yetkiler, pratikte Kamu Selameti Komitesince kullanılmıştır⁹⁰. Millî Mücadele Dönemindeki uygulamaları, yaygın şiddet ve terör ortamının varlığıyla ünlenen, Robespierre'nin başını çektiği, Ulusal Konvansiyon Dönemiyle kıyaslamamızın

⁸⁵ 1793 Anayasası aslında toplumdaki insan haklarını tercih etmiştir; bu, sol kanadın birden fazla temsilcisinin paylaştığı bir önceliktir, ancak her şeyden önce Meclisin gücünü ve sermayenin rolünü azaltma eğilimindedir. Annie Jourdan, *La Révolution, une Exception Française?* (Flammarion 2006) 61-62.

⁸⁶ Rukiye Saygılı, 'Verba Docent, Exempla Trahunt: Birinci Meclis ile Fransa Ulusal Konvansiyon Meclisi Arasındaki Kurumsal ve Düşünsel Benzerlikler', (2021) 23 (41) Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 554.

⁸⁷ Kama Işık (n 2) 479.

⁸⁸ Saygılı (n 84) 553.

⁸⁹ Turhan (n 6) 455.

⁹⁰ Gözler (n 5) 563.

olanağı yoktur. Ancak, yürütmenin sürece hâkimiyeti, her iki dönem için de geçerlidir. İki dönem arasında, yürütmenin sürece hâkimiyeti temelinde birbirinden uzaklaşan iki nokta vardır. Ulusal Konvansiyon Döneminde, yürütme faaliyetleri kontrolden çıkarak, siyasi işleyiş kuvvetlerin yürütmede birleştiği bir diktatörlük hâline gelmiştir. Millî Mücadele Döneminde ise, yürütmenin sürece hâkimiyeti kırılmasa da, bu üstünlük ara sıra Meclisçe frenlenmiş ve işleyiş parlamenter sisteme benzemiştir⁹¹.

Cumhuriyeti kabul eden Ulusal Konvansiyon Meclisi'nde, bir yanda Jironenler Grubu, diğer yan da Montagnardlar Grubu bulunuyordu. Aslında her iki grup da Mecliste azınlıktaydı, vekillerin çoğu ortada bulunuyordu. Bu iki grup arasında kişisel nefretin dışında, bir sınıf çatışması da söz konusuydu. Büyük burjuvaziyi temsil eden Jironenlerin lideri Vergniaud iken; küçük ve orta burjuvaziyi temsil eden Montagnardların lideri de Robespierre⁹² idi. Diktatör Paris Komününe karşı büyük bir kin tutan Jironenler, halkın anarşik hareketlerine karşıydı ve ılımlı burjuvazinin çıkarlarını savunuyordu. Montagnardlar ise, 10 Ağustos'un getirdiği rejimi sürdürmek, dış ilişkilerde Cumhuriyetçi Fransa'nın Kralcı Avrupa'ya üstün gelene kadar savaşması gerektiği savunuyorlardı. Aşırı merkeziyetçi olan Montagnardlar; bu amaçlar doğrultusunda olağanüstü tedbirlerin alınmasının ve büyük kitlelerin desteğinin sağlanmasının gerektiğine inanıyorlardı⁹³.

Birinci Millet Meclisi'nde de Ulusal Konvansiyon Meclisi'nde olduğu gibi,

⁹¹ Saka (n 3) 442.

⁹² 1758 yılında Arras'ta doğan Maximilien Robespierre, Genel Meclise (États Généraux) seçildiğinde, babası gibi burada avukatlık mesleğini icra ediyordu. Hem paratoner davasındaki savunuculuğu, hem de akademisyen olarak yaptığı çalışmalarla, 1789'dan önce belli bir üne kavuşmuştu. Çok erken bir zamanda, Kurucu Meclis döneminde, halkın haklarını savunduğu şevk, ona yurtseverlerin saygısını ve kamuoyunun desteğini kazandırdı. Çok az şeyle yaşadığı için parayı ve şerefi küçümseyen Robespierre, gazetesinde 1791 Anayasasını savunmuştur. Marc Bouloiseau, Le comité de salut public (1793 - 1795) (2ème Édition, Presses Universitaires de France 1968) 32.

⁹³ Murat Sarıca, 100 Soruda Fransız İhtilali (2. Bası, Gerçek Yayınevi 1981) 82-83, 89-90.

meclis üyelerinin bileşiminde çok çeşitlilik mevcuttur. Bununla beraber, her iki mecliste de birbirine muhalif olan iki ana grup ve her iki gruba da bağlı bulunmayan vekiller bulunmaktadır. Ancak, Birinci Millet Meclisi'nde bulunan iki ana grup arasındaki sınır çizgisinin net olmadığını söyleyebilecekken, Ulusal Konvansiyon Meclisi'nde bulunan iki ana grup arasındaki sınır çizgisinin kesin olduğunu söyleyebiliriz.

Birinci Millet Meclisi ile Ulusal Konvansiyon Meclisi'ni birbirine yaklaştıran konulardan biri de Milli Mücadele Döneminde kurulan İstiklal Mahkemeleri'nin Ulusal Konvansiyon Döneminde kurulan İhtilal Mahkemelerinden esinlenerek kurulmasıdır. Ancak, İstiklal Mahkemeleri'nin yetki alanı dışında işleyiş usulü de İhtilal Mahkemelerinden farklı bir seyir izlemiştir. İhtilal Mahkemeleri üyeleri dışarıdan atanırken, İstiklal Mahkemeleri'nin üyeleri doğrudan Birinci Millet Meclisi içinden seçilmiştir. Bunun yanında İhtilal Mahkemeleri, Ulusal Konvansiyon Meclisine karşı sorumlu tutulmazken; İstiklal Mahkemeleri, Birinci Millet Meclisine karşı sorumlu tutulmuştur⁹⁴.

Birinci Millet Meclisi ile Ulusal Konvansiyon Meclisi arasındaki benzerliklerden bir diğeri de halkçılıktır. Fransa'da, Jirondenler, hem ruhban sınıfa hem de aristokraziye karşı başlatılan savaşı devam ettirmiş, fertten vatandaşa, vatandaştan da topluma varmaya çalışarak halkı merkeze almışlardır. Jirondenler, Eski Rejimin tersine, meşruiyetin kaynağını, ilahi boyut ve geleneklerden alarak halka dayandırmışlardır. Mustafa Kemal'in halkçılık konusundaki baskın eğilimi de Fransa'dakine benzemektedir. Millî Mücadele Dönemindeki halkçılık söyleminin, milli egemenliğe atıfta bulunması ve meşruiyetin kaynağını halka dayandırmasından ötürü, halk yönetimi olarak zihinde canlandırılan cumhuriyetin gelişini anlatması bakımından olabildiğince manalıdır⁹⁵.

⁹⁴ Saygılı (n 84) 554-555.

⁹⁵ Ibid 557-558.

18 Eylül 1920 tarihinde, Büyük Millet Meclisi genel kuruluna takdim edilen “Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Lâyihası”, bir anayasa tasarısı başlığı taşımanın yanında, aynı zamanda içerik bakımından da bir hükümet programı niteliğindedir⁹⁶. Otuz bir maddeden oluşan bu metin, siyasi literatürümüzde “Halkçılık Programı” olarak bilinmektedir. Bu metnin bir kanun tasarısı mı yoksa hükümet programı mı olduğu öncelikle tartışılmıştır⁹⁷. Nihayetinde bu belge, Encümen-i Mahsus adını taşıyan, özel ve geçici bir komisyona gönderilmiştir. Halkçılık Programı’nın ilk dört maddesi, Encümen tarafından ayrı bir beyanname hâline getirildikten sonra, Büyük Millet Meclisince kabul edilip yayımlanmıştır⁹⁸. Beyannamenin sol bir yaklaşıma sahip olduğu ve sosyalizan bir hava taşıdığı gözlerden kaçmamaktadır. Bunun en büyük sebebi, Bolşevik Devrimi’nin etkisinin yanında, Büyük Millet Meclisi içindeki sol grupların da etkisidir⁹⁹. Ayrıca, önem verilmesi gereken bir başka husus, Teşkilat-ı Esasiye Kanunu taslağında, “Türkiye Halk hükümeti” ifadesinin kullanılmasıdır. Şüphesiz, kökenleri Rus Narodnizmine¹⁰⁰ kadar giden Halkçılık, Büyük Millet Meclisi’nin kendisini tanımladığı ideolojidir. Bu ideoloji, meşrutiyetten cumhuriyete süreklilik gösteren düşünce hareketlerinin içinde, en güçlüsüdür¹⁰¹.

⁹⁶ Tanör (n 29) 247.

⁹⁷ Rıdvan Akın, TBMM Devleti (1920-1923) Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkları ve İdare (İletişim Yayınları 2001) 205.

⁹⁸ Tanör (n 29) 248.

⁹⁹ Ibid 248.

¹⁰⁰ Lenin’e göre, Narodnizm, komüne dayanan köylülüğü kapitalizme tercih eden, hatta tercih etmekle kalmayıp Rus ekonomik sistemini ve köylülüğünü idealleştiren bir akımdır. Onur Alp Yılmaz, ‘Atatürk’ün Halkçılık İlkesi Üzerine Bir Tartışma: Halkçılık Mı Popülizm Mi?’, (2022) 17 (37) Memleket Siyaset Yönetim 145. “Rus Popülizmi (Narodnizm), her şeyden önce, halkı (özellikle köylülüğü) ve onun kurumlarını (özellikle miri) putlaştıran ve kendi yaşamlarını ve özgürlüklerini halk için kurban etmeye hazır olan bir aydın hareketiydi. Ancak, Rus Popülizmi (Narodnizm), öncelikle köylüler tarafından yaratılan veya kökleri köylülükte bulunan bir ideoloji değil, köylülük hakkında bir ideolojidi”. Levent Köker, Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi (10. Bası, İletişim Yayınları 2007) 111.

¹⁰¹ Akın (n 94) 207.

“Diğer taraftan, Samet Ağaoğlu’nun 1. basısı 1944’te yayınlanan, Kuva-i Milliye Ruhu adlı eserinde vurguladığı gibi, Birinci Millet Meclisi ile Fransız İhtilal Dönemi Konvansiyon Meclisi arasında benzerlikler vardır. Örneğin, Merhum Ağaoğlu, Birinci Millet Meclisi tutanaklarının birçok oturumlarda bazı vekillerin birbirlerinin üzerine yürüdüklerini gösterdiğini yazmakta ve aynı manzaranın Konvansiyonun birçok oturumlarında varolduğunu söylemektedir. Yine Ağaoğlu, Birinci Millet Meclisinde bir kısım vekilin zaman zaman gösterdikleri korkunun Meclisin bütünlüğünü etkilemediğini, Konvansiyon’da vekil olan Sieyès, Fouché ve Talleyrand-Périgord gibi üyelerin şahsi menfaat ve ihtirasları ile hareket ettiklerini söylemekte ve fakat bu münferit olayların bu iki meclisin bütünü ile büyük ve muhteşem bir meclis olmaları gerçeğini değiştirmediklerini vurgulamaktadır. Kısaca, yazara göre Birinci Millet Meclisi, Fransız İhtilali’nin Konvansiyonu ile birçok bakımdan karşılaştırılabilir”¹⁰².

SONUÇ

Tarihsel süreçte ortaya çıkmış ve ekseriyetle olağanüstü dönemlerde uygulama alanı bulan meclis hükümeti sistemi, Jean-Jacques Rousseau’nun egemenlik anlayışı olan, egemenliğin tekliği ve bölünmezliği ilkesine dayanmaktadır. Demokratik seçimlerle oluşturulan meclis, tek ve bölünmez egemenliği temsil etmektedir. Milli iradeyi temsil etmeye ve açıklamaya yetkili yegâne organ olan meclis, dolayısıyla da yasama ve yürütme, hatta yargı kuvvetlerinin toplandığı organ durumuna gelmektedir.

Egemenliğin tekliği ve bölünmezliği ilkesi gereğince, siyasi iktidar meclis tarafından kullanılmaktadır. Bu doğrultuda, yürütmenin yasama organından ayrı bir varlığı ve yasama organı karşısında bağımsızlığı yoktur. Yürütme organının kendine has bir kimliği ve girişim kuvveti olmaması sebebiyle; yürütme, tamamen yasama organının emri, işareti ve kontrolü altındadır. Meclis hükümeti

¹⁰² Giritli (n 79) 543.

sisteminin işleyebilmesi için, yasama organı tarafından alınan kararları icra edecek bir heyete gereksinim duyulmaktadır. Meclis hükümeti sisteminin özelliği gereği, meclis, bu heyete emir ve talimat verebilir, heyetin kararlarını istediği zaman istediği şekilde değiştirebilir veya bozabilir, üstelik heyetin yerine geçerek işlem tesis edebilir. Ancak teoride, yürütme meclise bağımlı olmasına rağmen, uygulamada bunun tersinin gerçekleştiği görülmektedir. Yürütme kurulu heyeti, kısa sürede güçlenip, meclise karşı fiili üstünlük kurmaktadır.

Birinci Millet Meclisi Dönemindeki hükümet sistemi, zahiren meclis hükümeti sisteminin niteliklerini taşımasına rağmen, uygulamada bazı noktalarda sapmalar göstermiştir. Teorik olarak, üstün bir meclis ile yürütme işlerinin aracı konumunda olan İcra Vekilleri Heyeti tasarlansa da Milli Mücadele Döneminin kendine has şartları, Birinci Millet Meclisi'nin birtakım konularda mesuliyeti tamamen İcra Vekilleri Heyetine bırakması, İcra Vekilleri Heyetinin Mecliste sahip olduğu siyasi çoğunluk ve İcra Vekilleri Heyeti üyelerinin kişilik özelliklerinden ötürü, İcra Vekilleri Heyeti zaruri otoriteyle birlikte, liderlik rolünü kazanmıştır. Dolayısıyla, bu durum uygulamada, parlamenter sistemi andıran özelliklerin oluşmasına yol açmıştır.

Birinci Millet Meclisi ile Fransa Ulusal Konvansiyon Meclisi arasında bazı benzerlikler bulunsa da önemli farklılıkların olduğu gözlerden kaçmamaktadır. İki meclisin olağanüstü ve krizli dönemlerde oluşturulması, iki dönemdeki anayasalarının demokratik olması, iki dönemde yürütme işleriyle görevlendirilen heyetlerin bir süre sonra güçlenip fiili üstünlük sağlaması, iki dönemdeki meclislerin bileşiminin çok çeşitli olması ve iki dönemdeki halkçılık uygulamaları, iki dönem arasında gözlemlenen benzerlikler olarak dikkat çekmektedir. Fransa'da yapılan devrimin kanlı gerçekleşmesine rağmen, Milli Mücadele Dönemindeki devrimin kanlı gerçekleşmemesi; Konvansiyon Meclisi Dönemine siyasi istikrarsızlık ve kaos hâkim olurken, Milli Mücadele döneminde aşırı sarsıntı ve bunalımların görülmemesi, Ulusal Konvansiyon Dönemindeki

sistem tasarlanmaksızın uygulamaya konurken, Milli Mücadele Döneminde sistemin tasarlanarak uygulamaya konması ve Ulusal Konvansiyon Döneminde yürütme faaliyetleri kontrolden çıkarken, Milli Mücadele Döneminde yürütmenin üstünlüğünün Meclis tarafından frenlenmesi, iki dönem arasındaki farklılıklar olarak göze çarpmaktadır.

KAYNAKÇA

Akın R, TBMM Devleti (1920-1923) Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkleri ve İdare (İletişim Yayınları 2001).

Akyılmaz HC, '100. Yılında "1921 Anayasası'nın Ruhu": 20 Ocak 1921 Tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Öngördüğü Hükûmet Sistemi ile Cumhurbaşkanlığı Hükûmet Sisteminin Mukayesesi (Mümkün Mü?)', (2021) 4 (1) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 123-146.

Akyılmaz HC, '1921 Anayasası ile Değişen Egemenlik Anlayışının Yasama ve Yürütme İlişkilerine Etkisi' iç Murat Alper Parlak (ed), 1921 Teşkilât-I Esâsiye Kanunu ve Makaleler (Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları 2022).

Aygen M ve Atmaca, Y, 'Kuruluşunun İlk Yıllarında Türkiye Cumhuriyeti'nde Uygulanan Hükümet Sistemleri', (2019) 2 (2) Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi 386-401.

Bouloiseau M, Le comité de salut public (1793 - 1795) (2ème Édition, Presses Universitaires de France 1968).

Can O, '1921 Anayasası'nın 100. Yılı: Bir İstisnai Başarı ve Dramatik Başarısızlık Hikâyesi', (2021) 38 (1) Anayasa Yargısı 127-170.

Çamurcuoğlu G, '1921 Anayasası'nın Kuramsal Temelleri ve Dayandığı Egemenlik Anlayışı' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2011).

Diefenbach T, 'Why Michels' 'Iron Law of Oligarchy' Is Not an Iron Law – and

How Democratic Organisations Can Stay ‘Oligarchy-free’, (2018) 40 (4) Organization Studies 1-18.

Giritli İ, ‘Fransız İhtilâli ve Etkileri’, (1989) 5 (15) Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi 539-549.

Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I (Ekin Yayınları 2011).

Gözler K, Türk Anayasa Hukuku (Ekin Yayınları 2000).

Işık A, ‘1921 Anayasası’nda Rousseau Etkisi’ iç Ömer Anayurt ve Yusuf Tekin (edr), 1921 Anayasası’nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu (21-23 Ocak 2021) (TBMM Basımevi 2022).

Işık HM, ‘İsviçre Konfederasyonu Hükümet Sisteminin Meclis Hükümeti Sistemi Bakımından Değerlendirilmesi’, (2022) 27 (47) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 533-561.

Jourdan A, La Révolution, une exception française? (Flammarion 2006).

Kaldırımcı H, ‘1921 Anayasası ve Meclis Hükümeti Dönemi (Hukuki Açından)’ (Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi 1997).

Kama Işık S, ‘1921 Anayasası Meclis Hükümeti Sisteminin Özgünlüğü ve Tarihten Günümüze Karşılaştırmalı Bir Analizi’ iç Ömer Anayurt ve Yusuf Tekin (edr), 1921 Anayasası’nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu (21-23 Ocak 2021) (TBMM Basımevi 2022).

Kılıç, A ‘Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi’, (2016) 1 (8) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 269-299.

Klein, C ‘The Powers of the Caretaker Government: Are They Really Unlimited?’, (1977) 12 (3) Israel Law Review 271-287.

Köker L, Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi (10. Bası, İletişim Yayınları 2007).

Metin Y ve Yaman Kaplan A, '1921 Anayasası Döneminde Yürütme Organının Yasama Organından Ayrışması Sürecinde Devlet Başkanlığı ve Başbakanlık Makamlarının Oluşumu' iç Ömer Anayurt ve Yusuf Tekin (edr), 1921 Anayasası'nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu (21-23 Ocak 2021) (TBMM Basımevi 2022).

Özbudun E, 'Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Hukuki Niteliği' iç Hamit Emrah Beriş (ed), TBMM'nin 100. Yılına Armağan (TBMM Basımevi 2022).

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku (11. Bası, Yetkin Yayınları 2010).

Özpolat E, 'Osmanlı-Türk Anayasaları'nda Hükümet Sistemleri' (Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi 2014).

Öztürk F, '1921 Bir Anayasa Değişikliği Mi Yoksa Yeni Bir Anayasa Mı?' (2021) 4 (23) Stratejik Rekabet Dergisi 24-29.

Saka A, 'Niyet ile Kısmet Arasında Siyasal İktidarın Kullanımı: 1921 Anayasası Uygulamasında Yasama Üstünlüğünden Yürütme Hâkimiyetine Geçiş' iç Ömer Anayurt ve Yusuf Tekin (edr), 1921 Anayasası'nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu (21-23 Ocak 2021) (TBMM Basımevi 2022).

Sarıca M, 100 Soruda Fransız İhtilali (2. Bası, Gerçek Yayınevi 1981).

Saygılı R, 'Verba Docent, Exempla Trahunt: Birinci Meclis ile Fransa Ulusal Konvansiyon Meclisi Arasındaki Kurumsal ve Düşünsel Benzerlikler', (2021) 23 (41) Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 548-563.

Sencer M, '1980'e Kadar Türkiye'de Siyasal ve Anayasal Süreçler', (1984) 17 (4) Amme İdaresi Dergisi 3-32.

Soysal M, 100 Soruda Anayasanın Anlamı (11. Bası, Gerçek Yayınevi 1997).

Şencan H, ‘Çatışmacı Parlamentarizmden Melez Bir Çözüme: Fransa’da Yarı Başkanlık Sistemi’ iç Semra Gökçimen (ed), Karşılaştırmalı Hükümet Sistemleri: Yarı-Başkanlık Sistemi (Fransa, Polonya ve Rusya Örnekleri) (2. Bası, TBMM Basımevi 2017).

Tanör B, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980) (19. Bası, Yapı Kredi Yayınları 2010).

Teziç E, Anayasa Hukuku (Beta Yayınları 2019).

Turhan M, ‘Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)’, (1991) 46 (1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 453-463.

Yılmaz OA, ‘Atatürk’ün Halkçılık İlkesi Üzerine Bir Tartışma: Halkçılık Mı Popülizm Mi?’, (2022) 17 (37) Memleket Siyaset Yönetim 143-172.

Yücekök A, 100 Soruda Türk Devrim Tarihi (Gerçek Yayınevi 1984).



SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLARA YÖNELİK DEĞERLENDİRME

Tülay KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Anabilim Dalı, tulaykitapcioglu@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-6631-1109.

ÖZET

Suçta sürüklenen çocuklar konusu, çoğunlukla suçun işlenmesinden sonraki süreç bakımından incelenmekte ve çocukların suçta sürüklenmesinin azaltılması amacıyla yönelik önleyici sistemler üzerinde daha az çalışılmaktadır. Bu çalışmada, suçta sürüklenen çocuklar konusu, hem kriminoloji hem de ceza hukuku perspektifiyle bütüncül olarak ele alınmış ve bu konudaki temel problemler ve bu problemlere yönelik çözüm önerilerimiz sunulmuştur. Bu bağlamda, suçta sürüklenen çocuk kavramı, çocuk adalet sistemi, suçta sürüklenen çocuk oranları, çocuğu suçta sürükleyen nedenler ve çözüm önerilerimiz, suçta sürüklenen çocukların cezai sorumluluklarının belirlenmesinde TCK'da kabul edilen sistem ve çocuklara özgü güvenlik tedbirleri konuları incelenmiştir. Bu inceleme, istatistik veriler, normatif düzenlemeler, doktrindeki görüşler, tespit ettiğimiz problemler ve çözüm önerilerimiz çerçevesinde yapılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Suça Sürüklenen Çocuk, Çocuk Adalet Sistemi, Çocuğu Suça Sürükleyen Nedenler, Suça Sürüklenen Çocukların Cezai Sorumluluğu, Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri

İntihal / Plagiarizm: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

DOI: 10.62124/kluhfd.1360506.

EVALUATION OF JUVENILE DELINQUENCY

Tülay KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL

Research Article

Asst. Prof., Kırklareli University, Faculty of Law, Department of Public Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, tulaykitapcioglu@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-6631-1109.

ABSTRACT

The issue of juvenile delinquency is mostly examined in terms of the process after the crime is committed and preventive systems to reduce the dragging of children into crime are less studied. In this study, the issue of juvenile delinquency has been handled holistically from the perspectives of both criminology and criminal law, and the main problems in this regard and our suggestions for solutions to these problems have been presented. In this context, the concept of juvenile delinquency, juvenile justice system, the rate of juvenile delinquency,

the reasons that juvenile delinquency and our solution suggestions, the system accepted in the Turkish Penal Code in determining the criminal responsibility of juvenile delinquency and children specific security measures are examined. This review has been made within the framework of statistical data, normative regulations, opinions in the doctrine, the problems we have identified and our solution suggestions.

KEYWORDS: Juvenile Delinquency, Juvenile Justice System, Reasons That Lead Children To Crime, Criminal Responsibility Of Juvenile Delinquency, Children Specific Security Measures

GİRİŞ

Suçta sürüklenen çocukların işledikleri suçların ceza hukuku yönüyle ve yargılama süreçleri bakımından da ceza muhakemesi yönüyle incelenmesi son derece önemli olmakla birlikte, çocukların suçta sürüklenmesindeki nedenlerin göz önüne alınmadan yapılan incelemelerin eksik kaldığı düşüncesindeyiz. Bu sebeple çocukların suçta sürüklenmesindeki nedenlerin, bu konudaki problemlerin ve eksiklerin, suçta sürüklenme oranlarının, önleyici sistemin, çocukların suçta sürüklenmesinin azaltılması ve engellenmesi için yapılabileceklerin araştırılıp değerlendirilmesi ve bu şekilde çocukların ceza hukuku yönünden sorumluluklarının incelenmesi, bütüncül bakış açısı sağlaması sebebi ile daha iyi netice ve çözümler sağlayacaktır.

Çalışmamızda, kriminoloji ve ceza hukuku yöntemlerinden faydalanılacaktır. Kriminoloji perspektifiyle yapılan incelemeden elde edilen bulgu ve neticeler, problemlerin tespiti ve çözüm önerilerinin sunulmasına katkı sağlayacak ve böylece ceza sorumluluğu bakımından yapılacak incelemeye farklı bir bakış açısı imkanı getirmiş olacaktır.

İlk olarak, suçta sürüklenen çocuk kavramı ve kavramın önemi izah edilecek. İkinci olarak, çocuk adalet sistemi, bu sistemdeki problemlere ve çözüm önerilerimize yer verilecektir. Üçüncü olarak, suçta sürüklenen çocuk oranları ve bu konudaki tespit ve değerlendirmelerimiz ifade edilecektir. Çalışmanın en önemli kısmı olduğunu düşündüğümüz kısım, dördüncü başlıkta yer alacaktır. Bu kısımda, çocuğu suçta sürükleyen nedenler, ülkemizde bu konudaki problemler, eksiklikler ve çözüm önerilerimiz izah edilecektir. Beşinci olarak, suçta sürüklenen çocukların cezai sorumluluklarının belirlenmesinde TCK'da kabul

edilen sistem ele alınacaktır. Altıncı olarak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri konusuna yer verilecektir. Bu konu, normatif düzenlemeler, doktrindeki görüşler, tespit ettiğimiz problemler ve çözüm önerilerimizle birlikte değerlendirilecektir.

I. SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUK KAVRAMI

5237 sayılı TCK m.6/1/b hükmüne göre çocuk, “*henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.3/1/a hükmüne göre, “*Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi*” ifade etmektedir. Hukuk sistemimizde, 18 yaşını doldurmamış her bireyin çocuk olduğu kabul edilmiştir.

Çocuklar bakımından, “*suçlu*” ifadesi yerine “*suça sürüklenen çocuk*” ifadesinin kullanımının amacını bilmek, çocuk adalet sisteminin amaçlarına ulaşmak bakımından oldukça önemlidir. Bu bilinç, şekli olarak kullanılması gereken bir terimden çok daha fazlasını ihtiva etmektedir. Kimi zaman uygulamada, suça sürüklenen çocuk bakımından suçlu, şüpheli, sanık ifadelerinin kullanıldığını görmekteyiz. Çocuk tarafından bir suçun işlendiği değil, çocuğun ancak bir suça sürüklenebileceği kabul edilmelidir. Çocuğun suçlu olduğu yönündeki kabul, çocuğun daha çok suç alanına yönelmesine teşvik edilmesini sağlayacaktır. Çocuğun ailesi, yaşadığı sosyal çevre ve koşulları çocuğun suça sürüklenmesinde büyük öneme sahiptir. Dolayısıyla “*suça sürüklenen çocuk*” ifadesinin kullanılması, aynı zamanda çocuğun suç işlemesi üzerinde değil, çocuğu suç işlemeye yönelten nedenler üzerinde yoğunlaşmayı da sağlamaktadır.

Çocukların “*suçlu*” olarak damgalanmalarının onlar üzerinde ciddi ölçüde olumsuz etkileri bulunmaktadır¹. Çocuğun suça sürüklendiğini kabul eden bu anlayış, çocuğu suç işleyen bir suçlu olarak görmeyip, çocuğun psikolojik, sosyal ve ekonomik nedenler ile suça sürüklendiğini kabul etmektedir. Bu sebeple suça

¹ İlbilge Selcen Peker, Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri (Seçkin Yayıncılık 2022) 119.

sürüklenen çocuğun cezalandırılması değil, korunması temel amaçtır². Doktrinde kullanılan “*çocuk suçluluğu*” kavramı da suçu işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış bireyler için kullanılmaktadır³.

Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) m.3/1/a’da, suça sürüklenen çocuk kavramı, “*Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen*” şeklinde tanımlanmıştır.

“*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” başlıklı Anayasa’nın 41.maddesinin 4.fıkrasına göre, “*Devlet her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır*”. ÇKK m.1’e göre, “*Bu Kanunun amacı, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir*”. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere devletin, suça sürüklenen çocuklara, suç mağduru çocuklara ve korunma ihtiyacı olan çocuklara yönelik olarak onların haklarını koruma ve güvence altına alma hususunda yükümlülükleri bulunmaktadır.

II. ÇOCUK ADALET SİSTEMİ

Çocuk adalet sistemi, genel anlamda yetişkinler için olan adalet sisteminden farklıdır. Bu adalet sisteminin en önemli özelliği, çocuğu ve çocuğun üstün yararını merkezde kabul etmesidir. Çocuğun, adalet sisteminde merkezde olduğuna yönelik kabul, çocuğun cezalandırılmasından ziyade, korunmasını ve iyileştirilerek topluma bir birey olarak kazandırılmasını amaçlamaktadır. Çocuk adalet sistemi, çocuğa özgü bir yargılama sistemini öngörmektedir.

Çocuk adalet sistemi, bir çocuk koruma mekanizmasıdır⁴. Güçlü bir çocuk

² Cengiz Apaydın, *Çocuklar İçin Ceza Hukuku Bilinci* (Legal Yayıncılık 2015) 22.

³ Timur Demirbaş, *Kriminoloji* (Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020) 192.

⁴ Göktan Koçyıldırım, ‘*Adalet Erişim Hakkı Bağlamında Çocuklara Özgü Meseleler*’,

koruma sisteminin kurulması ile çocuğu suça sürükleyen risklere karşı güçlü koruyucu hizmetlerin sağlanması mümkün olacaktır⁵.

Çocuk adalet sistemi, onarıcı adalet ilkelerini benimsemiştir⁶. Çocuk mahkemeleri, çocukların topluma yeniden kazandırılmalarını ve yeniden suç işlemelerini önlemeyi amaçlamaktadır⁷. Çocuk adalet sistemi, çocuğun yüksek menfaatine öncelik veren, çocuğu koruyan, onun cezalandırılmasından ziyade suç işlemesini engelleyen, iyileştirilmesi ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçlayan bir sistemdir⁸. Hayatlarının başında olan ve özellikle çevresel etkenlerle suç işleyen çocukları cezalandırmak yerine yaptıklarının hatalı olduğunu anlamalarını sağlamaları, iyileştirilmeleri ve topluma yeniden kazandırılmaları son derece önemlidir⁹.

Çocuklar, etkin bir şekilde korunmadıklarında, çocuk adalet sistemi ile karşılaşmaktadırlar. Çocuk koruma sistemi, erken uyarı alanı yani koruyucu önleyici hizmetlerle başlamaktadır¹⁰.

Esas amaç, çocuğun yargılama sisteminin dışında tutulmasının sağlanmasıdır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m.40/3-b’de de “*Uygun bulunduğu ve istenilir olduğu takdirde, insan hakları ve yasal güvencelere tam saygı gösterilmesi koşulu ile bu tür çocuklar için adli kovuşturma olmaksızın*

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin Kabulünün 32. Yılında Çocuk Hakları Sempozyumu (Antalya Bilim Üniversitesi, Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu 2022) 47, 50.

⁵ Zeki Karataş ve Aliye Mavili, ‘Çocuk Adalet Sisteminde Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Uygulamalarda Karşılaşılan Sorunlar’, (2019) 19 (45) Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi 1013, 1015.

⁶ Apaydın (n 2) 22.

⁷ Apaydın (n 2) 23.

⁸ Peker (n 1) 37.

⁹ Peker (n 1) 74.

¹⁰ Zeki Karataş, ‘Adalet Sistemi İçinde Çocukların Korunması: Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklara Çalışma Uygulamaları’, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin Kabulünün 32. Yılında Çocuk Hakları Sempozyumu (Antalya Bilim Üniversitesi, Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu 2022) 60, 61.

önlemlerin alınması” denilerek çocuğun adalet sistemine uzak tutulmasının sağlanması gerektiği kabul edilmiştir. Çocuğun mağdur ya da fail olarak ceza adalet sistemine dahil olmasını geciktirmek ve en aza indirmek amaçlanmalıdır.

Çocuk adalet sistemini, yetişkin adalet sisteminden ayıran en temel özellik, tedbirlerin yahut yaptırımların niteliğine göre sınırlandırılması, genişletilmesi yahut kademeli şekilde uygulanmasıdır. Örneğin, tutuklama tedbirinin uygulanmasında koşulların ağırlaştırılması, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesinin zorunlu olması gibi düzenlemeler, bu farklılıkları göstermektedir¹¹. Pekin Kuralları m.11’de de çocukların kendilerine özgü olarak kurulmuş yargılama makamları tarafından yargılanması gerektiği düzenlenmiştir.

Çocuk adalet sistemini, sosyal hizmetler disiplininin bakış açısıyla ele alan bir çalışmada, refah yaklaşımının yerine cezalandırma yaklaşımının kabul edildiği, yargılama süreçlerinde çocuk haklarına ve çocuğun gelişimine uygun davranılmadığı, çocukların yeniden topluma kazandırılması bakımından sistemin yetersiz olduğu, çocukların suç işlemeye devam ettiğinin tespit edildiği ifade edilmiştir¹². Yazarlara göre, çocuk adalet sistemi, iyileştirme ve eğitim odaklı olmalı, çocuğu sosyal çevresi ile birlikte ele alarak onarıcı yaklaşımla psiko-sosyal müdahale uygulanmalıdır¹³.

Çocuk adalet sisteminin amacını tam olarak sağlayabilmesi için çocuk adalet sistemi süjelerinin meslek içi eğitime tabi tutulmaları, çocuk hakları alanında uzmanlaşmaları ve konunun özünü ve ruhunu algılamaları gereklidir¹⁴. Uygulamada, çocukların hukuki süreçlerinde yer alan tüm süjelerin, hakimlerin, Cumhuriyet savcılarının ve avukatların, çocuk ceza hukuku alanında belirli aralıklar ile eğitim almalarının sağlanması oldukça önemlidir. Soruşturma

¹¹ Peker (n 1) 34.

¹² Karataş ve Mavili (n 5) 1013.

¹³ Karataş ve Mavili (n 5) 1037.

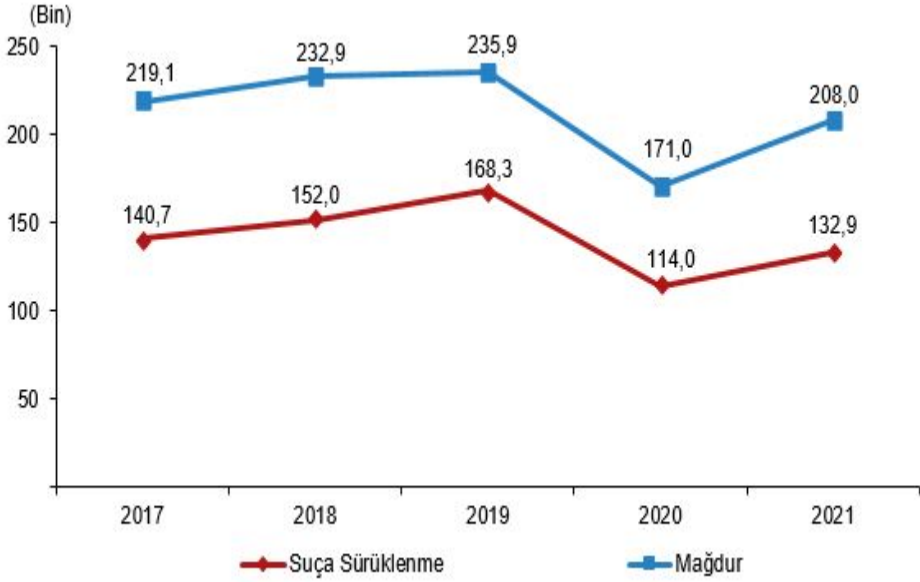
¹⁴ Peker (n 1) 68.

aşamasında suça sürüklenen çocuk ile ilk temas kuran kolluk görevlilerine, devamında Cumhuriyet savcılarına ve kovuşturma aşamasında Çocuk Mahkemelerinde görev yapan hakimlere yönelik çocuk adalet sistemi sürecine dair özel uzmanlık eğitimleri belirli aralıklarla sürdürülebilir şekilde verilmelidir. Daha evvel Çocuk Mahkemelerinde görev yapmamış bir hakim, özel bir eğitim dahi almadan bir anda kendisini çocuk adalet sisteminin içerisinde bulabilmektedir. Dolayısıyla çocuk adalet sisteminde yer alan yargılamanın her bir süjesine çocuğun merkezde olduğu çocuk adalet sistemi eğitimleri verilmelidir.

III. SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUK ORANLARI

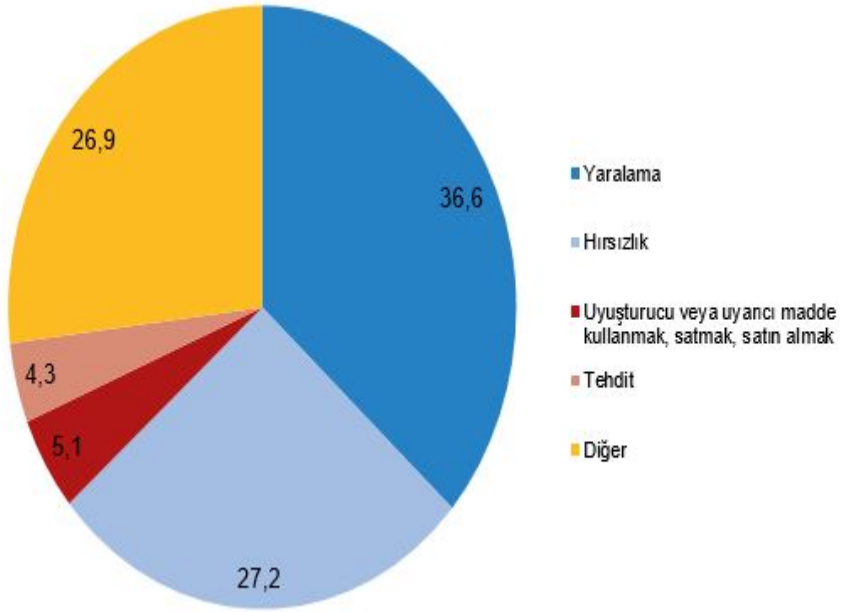
Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) 2021 verilerine göre, güvenlik birimlerine getirilen veya gelen çocukların karıştıkları olay sayısı, 499 bin 319 olarak belirlenmiştir. 2020 yılına göre %10,8 oranında artış olmuştur. Bu verilere göre, çocukların 207 bin 999'u mağdur olarak, 132 bin 943'ü suça sürüklenme sebebiyle, 70 bin 905'i bilgisine başvurma amacıyla, 67 bin 518'i kabahat işlediği iddiasıyla, 19 bin 277'si kayıp olması sebebiyle, 677'si de bu sebeplerin dışında başkaca sebeplerden dolayı güvenlik birimlerine gelmiş ya da getirilmiştir¹⁵.

¹⁵<<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Guvencuk-Birimine-Gelen-veya-Getirilen-Cocuk-Istatistikleri-2021-45586>> Son erişim tarihi: 04.05.2023.



Tablo-1: TÜİK 2021 - Güvenlik Birimine Gelen veya Getirilen Çocuk İstatistikleri

Çocukların suça sürüklenme oranlarında, 2020’de azalışın ve 2021’de tekrar artışın olmasındaki en önemli sebeplerden birisi, Covid-19 salgınıdır. Pandemi döneminin koşulları dolayısıyla evde kalış süresinin arttığı ve dolayısıyla dışarıya kıyasla ev içerisinde işlenen suçların arttığı, sokağa çıkma yasakları gibi döneme özgü koşullar sebebiyle bu olayların adli makamlara yansımada da azalışın olduğu düşüncesindeyiz.



Grafikteki rakamlar yuvarlamadan dolayı toplamı vermeyebilir.

Tablo-2 : TÜİK 2021 - Suça Sürüklenen Çocuklara İsnat Edilen Suç Türlerinin Dağılımı

İsnat edilen suç türü Type of offence charged	2020			2021		
	Toplam Total	Erkek Male	Kadın Female	Toplam Total	Erkek Male	Kadın Female
Toplam	114 038	95 496	18 542	132 943	110 796	22 147
Öldürme	579	514	65	646	605	41
Yaralama	35 808	29 066	6 742	48 621	39 433	9 188
Cinsel suçlar	3 208	2 935	273	4 998	4 571	427
Tehdit	5 029	3 888	1 141	5 693	4 333	1 360

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma	1 810	1 295	515	2 296	1 672	624
Konut dokunulmazlığının ihlali	735	583	152	937	701	236
Hakaret	1 867	1 291	576	1 964	1 325	639
Hırsızlık	34 809	31 085	3 724	36 134	31 761	4 373
Yağma (Gasp)	2 184	2 088	96	2 418	2 318	100
Mala zarar verme	3 830	3 396	434	4 318	3 833	485
Genel ahlaka karşı suçlar	175	137	38	249	186	63
Çevreye karşı suçlar	114	109	5	80	75	5
Görevli memura mukavemet	911	804	107	844	727	117
Adliyeeye karşı suçlar	416	246	170	475	271	204
Sahtecilik	1 746	1 597	149	1 963	1 820	143
Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak, satmak, satın almak	5 718	4 560	1 158	6 748	5 390	1 358
Toplumsal olaylar	499	427	72	683	592	91
Pasaport kanununa muhalefet	3 897	2 595	1 302	3 697	2 542	1 155

Aile düzenine karşı suçlar	1 187	851	336	1 442	1 028	414
Bilişim suçları	202	173	29	333	291	42
Dolandırıcılık	580	447	133	552	394	158
Malvarlığına karşı diğer suçlar	1 725	1 526	199	1 891	1 674	217
Kamu sağlığına karşı suçlar	1 027	815	212	709	530	179
Genel tehlike yaratan suçlar	2 984	2 858	126	3 514	3 399	115
Göçmen kaçakçılığı	2 031	1 412	619	1 181	870	311
Diğer	967	798	169	557	455	102

Tablo-3 : TÜİK 2020, 2021 - İsnat Edilen Suç Türü ve Cinsiyete Göre Güvenlik Birimine Gelen veya Getirilen Çocukların Karıştığı Olay Sayısı

2020 ve 2021 yıllarına ait olan suçların türlerine ve suça sürüklenen çocukların cinsiyetlerine göre çocukların karıştığı olay sayıları incelendiğinde, en çok işlenen suçların vücut dokunulmazlığına karşı ve malvarlığına karşı olduğunu ve erkek çocukların kız çocuklarına oranla daha fazla suça sürüklendiğini görmekteyiz.

IV. ÇOCUĞU SUÇA SÜRÜKLEYEN NEDENLER VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİMİZ

A. ÇOCUĞU SUÇA SÜRÜKLEYEN NEDENLER

Çocuğu suça sürükleyen nedenler, bireysel özellikleri, bu kapsamda fiziksel ve

psikolojik özellikleri yahut sosyal çevreden kaynaklanabilir.

Bireylerin sahip oldukları bazı psikolojik ve biyolojik özellikler, suç işleme eğilimlerini artırmaktadır. Ancak bu özelliklerin suçun işlenmesinde tek başına etkili olmadığı, çevresel nedenler ile birlikte suçluluğa neden olduğu kabul edilmektedir¹⁶. Toplum içerisindeki rol ve görevlerini öğrenme sürecinde olan çocuklar, birçok sebepten dolayı suça sürüklenmektedir¹⁷.

“Suça Sürüklenen Çocuklarda Şiddet Eğilimi ile Benlik Saygısı Arasındaki İlişkinin İncelenmesi” başlıklı çalışmada, suça sürüklenen çocukların ailelerinin maddi durumlarının kötü olduğu, eğitim düzeylerinin iyi olmadığı, çocuk sayısının beş ve beşten fazla olduğu tespit edilmiştir¹⁸. Ayrıca yapılan bu incelemeler neticesinde, çocukların aile içinde fiziksel şiddete maruz kalmaları, eğitim durumları, madde kullanma durumları, aile türleri, ebeveyn tutumları, gelir durumları, mükerrirlik durumları ile şiddet eğilimleri arasında önemli ilişki olduğu anlaşılmıştır¹⁹.

“Suça Sürüklenen Çocuk ve Aile Faktörü” başlıklı çalışmada da, en önemli nedenlerden birisinin ailenin dinamikleri olduğu, ailenin yapısı, çocuk yetiştirme tarzları, eğitim ve gelir seviyeleri, çocuk sayısı, şiddet/istismar varlığı, madde kullanım durumu gibi etmenlerin çocuğun suça sürüklenip sürüklenmeyeceği konusunda önemli bulgular ortaya koyduğu ifade edilmiştir²⁰. Bu araştırmalar, çocuğun içinde yaşadığı aile ortamının suça sürüklenmesi üzerinde oldukça

¹⁶ Peker (n 1) 56.

¹⁷ Sema Özcan, ‘Kriminal, Psikolojik ve Sosyal Açından Suça Sürüklenen Çocuklar (SSÇ)’, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/komisyonmerkez/gencavukatlar/6.pdf>> Son Erişim Tarihi: 19.04.2023, 5.

¹⁸ Fatih Göger, ‘Suça Sürüklenen Çocuklarda Şiddet Eğilimi ile Benlik Saygısı Arasındaki İlişkinin İncelenmesi’ (Yüksek Lisans Tezi, İnönü Üniversitesi 2020) 113.

¹⁹ Göger (n 18) 113.

²⁰ Veda Bilican Gökkaya, ‘Juvenile Delinquent And The Family Factor’, (2022) 46 (2) CUJOSS 193, 2801.

önemli bir etkisi olduğunu ortaya koymaktadır.

Sosyal öğrenme teorisi, insanların şiddete eğilimli şekilde doğmadıklarını, yaşamları içerisinde saldırgan davranışları öğrendiklerini ileri sürmektedir. Bu teoriye göre, çocuklar yetişkinlerin şiddet içerikli davranışlarından saldırgan davranışları öğrenirler²¹. Saldırgan davranışların üç kaynağının olduğu ifade edilmektedir: ebeveynlerinin saldırgan davranışlarının olması, çevresel faktörler kapsamında hukuk kurallarına aykırı hareket etmenin yerleşmiş olması, kamuoyunda şiddetin kabul edilen bir davranış biçimi olarak sunulması ve yaptırıma maruz kalmamaları olarak ifade edilmektedir²². Bu sebeple sadece aile yaşamında değil, aynı zamanda toplumsal yaşam içerisinde de şiddetin bir davranış biçimi olarak yer almaması, yer aldığı istisnai hallerde bunun yanlış olduğu ve yaptırım ile karşılandığının gösterilmesi gereklidir.

1970'ten itibaren yayımlanan 2500 çalışmanın incelenmesinin neticesinde, çocukların TV'de şiddeti izlemesinin saldırganlık ile pozitif ilişkili olduğu ortaya konulmuştur²³. Medyanın potansiyel önemi bulunmaktadır ve çocuklara şiddeti normalmiş gibi gösteren programlar yerine eğitici programlar sunulması gerekmektedir²⁴.

Sosyal ve ekonomik durumu kötü olan, yoksul olan bir ailede büyüyen ya da annesi babası tarafından ihmal edilen çocuklar suça sürüklenebilmektedir. Çocukların suça sürüklenme nedenleri, biyolojik veya psikolojik nedenlerden kaynaklanabileceği gibi aile, okul, sosyal çevre, ekonomik ve sosyal etmenler gibi toplumsal nedenlerden de kaynaklanabilir ve günümüzde toplumsal nedenlerin daha fazla olduğu ifade edilmektedir²⁵.

²¹ Tülin Günşen İçli, Kriminoloji (Genişletilmiş 11. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021) 131.

²² İçli (n 21) 132.

²³ İçli (n 21) 139.

²⁴ Demirbaş (n 3) 227.

²⁵ Demirbaş (n 3) 192.

Çocuğun öğretmenleri ve ebeveynlerinin devamlı olarak iletişim içerisinde olmaları, birbirlerine destek olmaları ve çocuğun yaşamında olumlu örnekler olmaları sağlanmalıdır. Çocuğun içerisinde bulunduğu sosyal çevredeki olumsuzluklar, ihtiyaçlar tespit edilerek uygun müdahaleler sağlanmalı, yerel yönetimlerle işbirliği yapılarak her bölgeye özgü ihtiyaç duyulan destekler verilmelidir²⁶. Aile içi iletişim konusunda ailelere yönelik kapsayıcı eğitimler verilerek ailelerin bilinçlendirilmesi sağlanmalıdır. Çocukların suça sürüklenmesini engellemek için okul rehberlik bölümü ve diğer kurumlar tarafından ebeveynlere yönelik eğitimler verilmelidir²⁷.

“Suça Sürüklenen Çocuklar ve Suç Mağduru Çocuklara Yönelik Bir Değerlendirme” başlıklı araştırmada, ihmal ve istismar edilen çocukların suça sürüklenme ihtimallerinin, suça sürüklenen çocuk ve ergenlerin de ihmal ve istismara uğrama ihtimallerinin çok yüksek olduğu ifade edilmektedir. Bilhassa psikiyatri hemşirelerinin çocuk ve ergen ile anne-babası arasında sağlıklı iletişim kurulabilmesi için aileleri yönlendirmesi, ihmal ve istismara karşı korunmayan her çocuğun gelecek açısından tehdit oluşturduğu hususunda toplumun bilgilendirilmesinin gerekli olduğu da ifade edilmektedir²⁸.

Anne babası ayrılmış, yurttan büyümüş çocukların suçluluk oranının da ortalama gruba göre açıkça yüksek olduğu ifade edilmektedir²⁹. Ayrıca, çocukların sokakta yaşamalarının doğurduğu önemli bir risk, suça sürüklenmedir³⁰. Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından 2004 yılında yapılan bir araştırmaya göre, kapkaç ve

²⁶ Göger (n 18) 118.

²⁷ Gökaya (n 20) 201.

²⁸ Sevcan Karataş, ‘Suça Sürüklenen Çocuklar ve Suç Mağduru Çocuklara Yönelik Bir Değerlendirme’, (2020) 12 (4) Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry 575 583, 584.

²⁹ Demirbaş (n 3) 194.

³⁰ Demirbaş (n 3) 236.

hırsızlık suçları, çoğunlukla sokak çocukları tarafından işlenmiştir³¹.

California'da 4.000'den fazla öğrenci ile yapılan bir çalışmada, okulu sevmeyen, okul başarısı düşük, otoriteyi reddeden çocukların suça sürüklendikleri tespit edilmiştir³². Çocuğun suça sürüklenmesi ile eğitimin ve eğitimde devamlılığının önemli bir ilişkisi bulunmaktadır.

Ekonomik sıkıntıların yaşandığı çok çocuklu ailelerde, çocukların eğitim hayatlarına erken dönemde son verilerek aileye katkı sunmaları için risk teşkil edebilecek işlerde çalışmaları da suça sürüklenmelerine neden olabilmektedir. Bu sebeple de kişilerin eğitim düzeylerinin yükseltilmesinin, meslek sahibi olmalarının sağlanması, suç işleme oranını azaltacaktır³³.

Önleyici suç politikalarının merkezinde çocuklar ve gençler yer alır. Sosyal politika, kültür ve ekonomi politikası ile suç teşkil eden davranışların azaltılması amaçlanmalıdır³⁴. Devletin çocuk suçluluğu ile etkili bir şekilde mücadele edebilmesi için suç öncesi ve sonrası dönemlerin ayrı ayrı incelenmesi ve politikaların etkili şekilde uygulanması gerekir. Suça sürüklenen çocukların iyileştirilmesi ve hiç suç işlememiş çocukların da devlet tarafından desteklenmesi şeklinde iki farklı yönden çalışma yapılması gereklidir³⁵.

Düşüncemize göre, internetin yaygınlaşması, çocukların özel yaşamlarının ve kişisel verilerinin dijital ortamda kolaylıkla paylaşılması ve yayılması, sosyal medya kullanımının çocuklar tarafından da aktif şekilde kullanılması, çocuklara uygun olmayan haber yahut diğer içeriklere kolaylıkla erişebilmeleri de, suça sürüklenme nedenleri arasında önemli birer faktördür.

³¹ Demirbaş (n 3) 284.

³² İçli (n 21) 112.

³³ İçli (n 21) 210.

³⁴ Demirbaş (n 3) 57.

³⁵ Peker (n 1) 64.

Teknolojinin hayatımızdaki yeri ve gelişimi ile bilgilerin yayılma hızı arttıkça, özel hayata ve kişisel verilere yönelik müdahaleler ile ihlaller de bu oranda artmaktadır. Bu fiillerin muhatabı, kendisini henüz savunamayacak yahut rıza veremeyecek durumda olan çocuklar olduğunda ise, konunun önemi ile hukukun bu alandaki korumasına duyulan ihtiyaç daha da belirgin hale gelmektedir.

Çocukların basında ya da sosyal medyadaki temsillerinde nesneleştirildikleri görülmektedir. Çocuğun belirlenebilir olmasını sağlayan tüm ses, görüntü, kimlik bilgileri, ebeveynlerine ait bilgiler, yaşadığı yere ait bilgiler, kişisel veri kapsamında olup, haber içeriğinde bu bilgilere sıklıkla yer verilmektedir. Günümüzde, basında yer alan haberler kadar hatta ondan daha fazla sosyal medyada, internet ortamında yapılan haberlerin önemi bulunmaktadır. İnternet ortamında yayınlanan bir haber, çok hızlı yayılmakta, tüm dünyada herkes tarafından ulaşılabilir olmakta ve kalıcı hale gelmektedir. Bunun yanı sıra, çocuk hakkında paylaşılan bilgilerin, çocuğu daha başka tehditlere açık hale getirebilmesi ve geleceği bakımından ciddi riskler doğurabilmesi de mümkündür. Çocuğun henüz kendi haklarını bizzatıhi savunamayacağı bir dönemde, ileride karşılaştığında kendisini rahatsız edebilecek, yaşadığı travmayı tetikleyebilecek, kişilik haklarını ya da özel hayatının ve kişisel verilerinin korunması hakkını ihlal edebilecek, geleceği açısından tehlike oluşturabilecek nitelikte paylaşımların, yayımların yapılmaması gerekmektedir.

Medyada yer alan detaylı haberler, suçlular bakımından ödül niteliğini taşımaktadır. Kimi suçlular, negatif yönleri de olmakla birlikte medyada kendi reklamları açısından kullanmak istemektedirler³⁶.

Medya tarafından kullanılan çocuklar, sömürülen çocuklar arasındadır³⁷.

³⁶ Demirbaş (n 3) 226.

³⁷ Feridun Yenisey ve diğerleri, Mağdur Çocuk Haklarına İlişkin Öneriler (Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları 2017) 124.

Çocuğun kişisel verilerinin ve kişilik haklarının, maddi ve manevi bütünlüğünün korunması için haberde çocuğa dair bilgilerin mümkün olduğu kadar bulanıklaştırılarak ve anonimleştirilerek kamuoyuna sunulması gerektiği ifade edilmektedir³⁸.

B. ÇÖZÜM ÖNERİLERİMİZ

Çocukları suça sürükleyen nedenleri, diğer disiplinlerin ortaya çıkardığı bulgular da göz önüne alarak değerlendirmek ve bu alanda ihtiyaç duyulan çalışmaları yapmak, çocukların suça sürüklenmesini önemli ölçüde azaltacaktır. Bu konu, sadece hukuk disiplini içerisinde kalarak değil, sosyoloji, psikoloji, sosyal hizmetler alanlarıyla ve bu alanların çalışmalarından faydalanılmasıyla çözümlenmeye çalışılmalıdır.

Suçta sürüklenmede çocukların yaşayacakları bir konutun olmaması, çocukların sokakta yaşaması da öneme sahiptir. Bu sebeple her çocuğun güven içerisinde bir konutta yaşamasının sağlanması gereklidir.

Çocukların suça sürüklenmesinde, önemli bir etkenin aile içi şiddet olduğunu ifade etmiştik. Çocuklar, ailenin en zayıf üyeleri olduğundan aile içi şiddetin en kötü sonuçları çocuklar üzerinde ortaya çıkar.

Suçta sürüklenen çocukların en fazla işledikleri suçların, şiddet suçları olduğunu ifade etmiştik. Bu konuda, önemli bir husus da, çocukların TV’de, çizgi filmlerde yahut dijital ortamda izledikleri şiddete özendirici içeriklerdir. Bu içerikler yönünden denetimin etkin bir şekilde sağlanması gereklidir. Kitle iletişim araçlarının çocukların suça sürüklenmelerindeki etkisi göz önüne alındığında hem devlet tarafından hem de ebeveynler tarafından içerik denetiminin sağlanması gerekir. Bu bağlamda, şiddet yahut cinsel içerikli yayınlardan

³⁸ Cemile Turgut, ‘Dijital Medya ve Haberlerdeki ‘Mağdur Çocukların’ Hukuki Durumuna İlişkin Değerlendirme’, (2022) KHAS Hukuk Bülteni, 2021-2022 Akademik Yılı Derlemesi 333, 346.

çocukların korunması önem taşımaktadır. Çocukların oyuncakları bakımından da şiddete yönlendiren, şiddeti normalleştiren oyuncaklar yönünden de tedbirler alınmalıdır.

Çocukların suça sürüklenmesinde okula devam etmemenin de etken olduğunu ifade etmiştik. Tüm çocukların okula gitmesinin ve eğitimde devamlılığın sağlanması için düzenli denetim ve çalışmaların yapılması gerekmektedir.

Çocuğun haber içeriklerinde özel yaşamlarının ve kişisel verilerinin paylaşılmasının önemini, risklerini ve neticelerini ifade etmiştik. Düşüncemize göre, çocuğun haber içeriğinde görüntü, ses, kimlik bilgileri, anne ve babasına ait bilgiler, sağlık durumuna veya eğitimine devam ettiği kurum ya da yaşadığı yer hakkındaki bilgiler gibi kişisel verilerine yer verilmemesi gereklidir. Haber içeriğinde çocukla ilgili bir bilgiye yer verilmesi gerekli görülmekte ise, burada çocuğun üstün menfaatinin korunması noktasından hareket edilmelidir. Bu bağlamda, haber içeriği oluşturulurken göz önüne alınması gereken önerdiğimiz mutlak sınır, çocuğun kimliğinin belli olmaması olmalıdır. Basının haber verme, insanların haber alma hakları ile çocuğun kişisel verilerinin ve özel hayatının gizliliğinin korunması hakları karşı karşıya geldiğinde, çocuğun haklarının daha üstün olduğu kabul edilerek bu kapsamdaki bilgilere yer verilmemesi gereklidir. Örneğin, doğal afet gibi hallerde insanların umuda ihtiyacı olabilir, güncel durumu öğrenmek isteyebilir. Depremde hayatını kaybedenler ya da hayatta kalanların durumu ile ilgili bilgi alma konusunda menfaatleri olabilir. Bir çocuğun ya da bebeğin kurtarıldığına ilişkin haber, doğal olarak herkes için umut kaynağı olabilir. Dolayısıyla bu örnekte olduğu gibi çocuk hakkındaki haber, kamu menfaati taşıyor olabilir. Böyle durumlarda, çocuğun kimliğinin belirlenmesine imkan verecek bilgiler sunulmadan da haberin verilmesi mümkün olduğundan dikkat edilmesi gereken yegane sınır, çocuğun kişisel verilerinin paylaşılmamasıdır. Haber içeriklerinde çocuğun özel yaşamına, kişisel verilerine yer verilmesi, çocuğun suça maruz kalması yahut suça sürüklenmesindeki

etkenlerden birisi olduğu için çocuğun kimliğini ortaya çıkaracak nitelikteki bilgilere yer verilmemesi gerekir.

Suçta sürüklenen çocuğun infazından sonraki döneme önem verilmesi, yeniden suça sürüklenmemesi bakımından gereklidir. Çocuk hükümlülerin infaz sürecinden sonra devlet tarafından gözlenmesi, hayatlarının nasıl devam ettiğinin takip edilmesi, ihtiyaç olunan konularda desteklenmeleri gereklidir. Çocukların barınma, sağlık, eğitim, bakım, danışmanlık, meslek edinme gibi konularda desteklenmeleri, suça yeniden sürüklenmelerini engelleyebilecek olduğundan devlet tarafından gözlemlenmeli ve ihtiyaç duyulan konularda destek sağlanmalıdır. Çocukların tahliye edildikten ve koşullu salıverildikten sonraki süreçleri de takip edilmelidir.

Çocuklara, ilk çocukluk dönemlerinden itibaren hem hakları hem de toplumsal davranış normları, hangi fiillerin suç oluşturduğu, bu fiillerin karşılığındaki yaptırımlar, hukuk kurallarına uyma bilinci konularında eğitim verilmelidir. İlk çocukluk döneminden itibaren kurallara uygun davranma bilincinin hem ebeveynler hem öğretmenler tarafından geliştirilmesi oldukça önemlidir. Çocukların suça sürüklenmelerinin azalması, toplumsal barışın tesisi için çocuklara hakları ve sorumlulukları konusunda yaş dönemlerine uygun eğitim hizmeti sunulmalıdır. Böylece okul öncesi eğitimden itibaren eğitim programına çocukların hakları, kendilerinin mağdur olabilecekleri suçlar ve yapılabilecekler ile hukuk kurallarına uygun davranma ve suç teşkil eden fiilleri işlememe konusundaki bilincin ve farkındalığın geliştirilmesine yönelik çalışmalar eklenmelidir. Araştırmalar, bilhassa cinsel suçlardan mağdur olan çocukların yetişkin olduklarında bu suçların faili olabildiklerini göstermektedir. Dolayısıyla bu eğitim, hem çocuğun suça sürüklenmesini engellemeye katkı sağlamaya hem de çocuğun mağduru olabileceği suçlara karşı bilinçlenmesini ve farkındalıklarının artmasını sağlamaya yönelik olacaktır.

Doktrinde, çocuklara “*ceza hukuku bilinci*” eğitiminin verilmesi gerektiği ve böylece çocukların aile içerisinde, okulda ya da sosyal yaşamın diğer alanlarında hukuk güvenliği ve insan hakları anlayışının geliştirilmesinin mümkün olabileceği ifade edilmektedir³⁹.

Çocukların suça sürüklenmesindeki en önemli etkenlerden birisinin aile olduğunu ifade etmiştik. Bireylere ebeveyn olmadan evvel yahut ebeveyn olacaklarını öğrenmelerinden itibaren eğitimlerin verilmesi ve doğumdan sonra da belirli aşamalarla bu eğitimlerin sürmesini önermekteyiz. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlı “*Aile Merkez*”lerinin kurulması ve herkesin eşit bir şekilde bu merkezlere ulaşımının sağlanması, bu merkezde görev alan psikologlar, doktorlar, spor ve sanat alanlarındaki branş uzmanları tarafından çocukların ve ebeveynlerin gözlemlenmeleri ve desteklenmelerinin sağlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu merkezlerde, uzmanların önemli gördükleri risk teşkil eden konuları bakanlığa bildirdiği ve böylece önlem alınmasının sağlandığı, merkeze gelmeyen ebeveynlerin evlerine psikolog ve çocuk gelişim uzmanları tarafından ziyaretlerin yapıldığı bir sistem önermekteyiz. Böyle bir sistem, sağlıklı çocuk ve sağlıklı aile yaşamının tesisini sağlayacak, toplumsal barışa katkı sunarak çocukların suça sürüklenmesindeki nedenlerin ortadan kaldırılmasını sağlayan önleyici bir işleve sahip olacaktır.

Almanya’da “*Familienbildungsstätte*” adı verilen ve Türkçe’ye “*Aile Eğitim Merkezi*” olarak tercüme edebileceğimiz bir kuruluş bulunmaktadır. Bu kuruluşlar, hemen her şehirde çok sayıda bulunmakta olduğundan ebeveynlerin ulaşılabilmesi bakımından son derece elverişlidir.

Bu merkezlerde, ebeveynlerin güçlendirilmesi, çocukla yaşam, sağlıklı yaşam⁴⁰, doğum hazırlığı, doğum ve bebeklerin ilk yılı, bebekler için yüzme, masaj,

³⁹ Apaydın (n 2) 25.

⁴⁰ <<https://familienbildungsstaette.bochum.de/>> Son Erişim Tarihi: 21.09.2023.

ebeveyn kafesi, baba kahvaltısı, ebeveynli çocuk grupları, çocuk grupları, çocuklar ve gençler için çeşitli kurslar, yoga, pilates ve dans kursları, yeni doğum yapmış anneye çocuğun bakımı konusunda gönüllü destek⁴¹, ebeveynli çocuk jimnastik kursları, ebeveynler, çocuklar ve bebekler için hazırlanmış kurslar⁴² bulunmaktadır.

Çocuğu suça sürükleyen nedenler tespit edilmeli, önleyici mekanizmalar geliştirilmeli ve suça sürüklenen çocukları topluma yeniden kazandırmak, iyileştirmek, topluma katkı sağlayan bireyler olabilmelerini sağlamak gereklidir. Çocukların ilk dönemlerinden itibaren fiziksel, psikolojik, sosyal açılardan desteklenmeleri, ilerleyen dönemlerde suç işleme ihtimallerini azaltacaktır. Çocuk söz konusu olduğunda, adli sistemden, yaptırımdan daha öncelikli olması gereken konu, önleyici sistemdir. Bu sebeple, önerdiğimiz sistem hayata geçirildiğinde, çocukların suç işlemeye yönelmeleri azaltılmış ve hatta engellenmiş olacaktır.

Çocuk koruma sisteminde, çocuğun bir suça bağlantı kurmasının, bir suçun mağdurunun olmasının öncesinde, bu süreç içerisinde ve sonrasında gerek psikolojik sağlığı gerek bedensel ve zihinsel sağlığının korunması, eğitimi ve sosyal çevresi incelenmeli ve gerekli koruma yöntemleri sağlanmalıdır. Bu bağlamda, çocuğun yaşadığı sosyal çevre, ailesi, dijital ağlar, sosyal medya, eğitimi, psiko-sosyal gelişimi, sağlık gelişimi izlenmeli ve çocuk sağlıklı bir birey olarak topluma kazandırılmalıdır. Suçluluk tehlikesinde olan, psikolojik, ruhsal, zihinsel yahut sosyal çevresinden kaynaklanan sebepler ile suç yoluna yakın olan çocukların korunması ve iyileştirici önlemlerin alınması gereklidir. Suçun işlenmesinden sonra, çocuğun yeniden topluma kazandırılması için rehabilitasyon ve iyileşme sürecine özellikle önem verilmesi gerekir.

⁴¹ <<https://familienbildungsstaette.de/>> Son Erişim Tarihi: 21.09.2023.

⁴² <<https://www.fbs-koeln.org/>> Son Erişim Tarihi: 21.09.2023.

V. SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUKLARIN CEZAI SORUMLULUKLARININ BELİRLENMESİNDE TCK'DA KABUL EDİLEN SİSTEM

Pekin Kuralları ve BMÇHS'de asgari ceza sorumluluğu yaşının belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir. BMÇHS m.40/3-a'da, "Ceza Yasasını ihlal konusunda asgari bir yaş sınırı belirleyerek, bu yaş sınırının altındaki çocuğun ceza ehliyetinin olmadığı kabulü" denilerek sözleşmeye taraf devletlerin çocukların cezai sorumluluklarının belirlenmesi açısından asgari bir yaş sınırının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Ülkemizde, yaş küçüklüğünün ceza sorumluluğu bakımından neticeleri, TCK m.31'de düzenlenmiştir. "Yaş küçüklüğü" başlıklı TCK'nın 31.maddesine göre;

(1) *Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.*

(2) *(Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz".*

(3) *(Değişik : 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç,*

ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu halde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz”.

Yaşı küçük olan bireyler, yetişkinler gibi doğruyu yanlıştan ayırt edebilme yeteneğini haiz değildir. Kusur yeteneği ile yaş arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır⁴³. Bireyin fiziksel gelişimi ile birlikte toplumda kabul edilen değer yargılarını algılama yeteneği gelişmekte ve davranış normlarının gereklilikleri doğrultusunda hareketlerini yönlendirme yani irade yeteneği de gelişmektedir⁴⁴.

TCK m.31’de benimsenen sisteme göre, çocuklar üç yaş grubuna ayrılmakta ve buna göre cezai sorumluluklarının bulunup bulunmadığı, bulunmakta ise ne şekilde olduğu öngörülmektedir. TCK’da yaş küçüklüğünün kusur yeteneğine etkisi bakımından üç yaş grubu öngörülmüştür. Bu yaş grupları; 0-12, 12-15, 15-18 şeklindedir.

A. 0-12 YAŞ GRUBU

12 yaşını tamamlamamış bir çocuğun, kanunen gerçekleştirdiği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı ve davranışlarını yönlendiremediği kabul edildiğinden cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu yaş grubundaki çocuklar hakkında, hapis ya da adli para cezasının uygulanması mümkün değildir. Ancak hakimın takdirine bağlı olarak güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına hükmedilebilir.

Bu yaş grubundaki çocuklar, gerçekleştirdikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve davranışlarını yönlendirebilme yeteneğinden tam

⁴³ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 15. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022) 320; Apaydın (n 2) 90.

⁴⁴ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022) 467.

olarak yoksun değillerdir. Ancak izlenen suç politikası gereği suç işlemelerini önleme ve tekrar topluma kazandırılmalarını sağlama amacı ile kanun koyucu, bu yaş grubundaki çocukların mutlak şekilde cezalandırılmamaları gerektiğini kabul etmiştir⁴⁵. Madde gerekçesinde, 0-12 yaş grubundaki çocuklar hakkında yargılama yapılmasının psikolojik gelişimlerini olumsuz yönde etkileyebileceği ifade edilmiştir.

Bu yaş grubundaki çocuklar hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir⁴⁶. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, TCK m.56 atfıyla ÇKK m.11'de düzenlenmiştir.

Çocuk hakimi, çocuğun içinde bulunduğu sosyal ve aile koşullarını dikkate alarak çocuklar hakkında güvenlik tedbirleri olarak koruyucu ve destekleyici tedbirlere hükmedebilir. Bu konuda hakim takdir yetkisini haizdir⁴⁷. Çocuklara özgü koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun üstün menfaati gözetilerek çocuğun öncelikle aile ortamında yaşamını sürdürmesine yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınması gerekli tedbirlerdir⁴⁸.

B. 12-15 YAŞ GRUBU

12-15 yaş arasındaki çocuk bakımından, gerçekleştirdiği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığı veya davranışlarını yönlendirip yönlendiremediği araştırılır ve ceza sorumluluğu buna göre belirlenir. Suça sürüklenen çocuk tarafından işlenen suçun niteliğine göre algılama yeteneği değişkenlik göstereceğinden her bir suç için ayrı değerlendirme yapılması gereklidir.

Örneğin, bu yaş aralığındaki çocuğun işlediği hırsızlık suçu açısından kusur

⁴⁵ Apaydın (n 2) 92; Özgenç (n 44) 468.

⁴⁶ Koca ve Üzülmöz (n 43) 321; Özgenç (n 44) 468; Apaydın (n 2) 94.

⁴⁷ Özgenç (n 44) 469; Apaydın (n 2) 94.

⁴⁸ Apaydın (n 2) 94.

yeteneğinin bulunduğu kabul edilebilir iken, ergenlik dönemindeki çocuğun işlediği cinsel suçlar bakımından kusur yeteneğinin önemli ölçüde zayıfladığı ve kimi zaman ise tamamen kalktığı kabul edilebilecektir. Bu sebeple hakimın her somut olayda kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığını ayrı ayrı incelemesi gereklidir⁴⁹.

Bu yaş grubundaki çocuklar, çoğunlukla gerçekleştirdikleri fiilin hukuka aykırılığının farkındadırlar, ancak bazı hallerde, davranışlarını hukuk kurallarına uygun şekilde yönlendirme yetenekleri zayıflamakta bazen de hiç olmamaktadır⁵⁰.

Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 20.maddesine göre, 12-15 yaş aralığındaki çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığının takdiri bakımından sosyal inceleme yapılması gerekmektedir. Sosyal inceleme yapan bilirkişi, çocuğun yaşadığı aile ortamını, sosyal çevre koşullarını, gördüğü eğitimi, psikolojik ve fiziksel gelişimi hakkında bir rapor düzenlemektedir. Hakim, kusur yeteneği hakkında karar verirken bu raporu göz önünde bulundurmaktadır.

ÇKKUY m.20/4'e göre, 12-15 yaş grubundaki çocuklar hakkında hem bilirkişi raporuna başvurulması hem de sosyal inceleme yaptırılması gereklidir. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da, çocuğun kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespitinde, sosyal inceleme raporu ve bilirkişi raporunun birlikte değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵¹.

Sosyal inceleme raporu, çocuğun bireysel özellikleri ile sosyal çevresi hakkında bilgi edinmek amacı ile hazırlanan bir rapor iken, bilirkişi raporu ise, çocuğun

⁴⁹ Koca ve Üzülmez (n 43) 323; Özgenç (n 44) 470.

⁵⁰ Apaydın (n 2) 98.

⁵¹ Yargıtay 4 CD, K. 19492/27417, 27.11.2012 (Peker (n 1) 110, dipn. 354).

işlediği fiil ile ilgili kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığını belirlemek amacı ile alınan ve adli tıp uzmanı, psikiyatrist yahut uzman hekimin değerlendirmesini içeren rapordur⁵². Sosyal inceleme raporlarının suça sürüklenen çocuğun yaşadığı ev görülmeden düzenlenmesi eksiklidir. Bu sebeple sosyal inceleme raporu, ev ziyareti yapılarak hazırlanmalıdır⁵³.

Fiilin türü ve işlenme biçimi ile çocuğun zeka gelişimi, ruhsal durumu ile etkisinde olduğu sosyo-kültürel ortam bir bütün olarak değerlendirilir⁵⁴.

Bilirkişi raporunda, çocuğun kusur yeteneği hakkında değerlendirmede bulunulmaması gereklidir⁵⁵. Çocuğun işlediği fiil ile ilgili olarak kusur yeteneğinin bulunup bulunmadığına hakim karar verecektir. Bu konudaki değerlendirme yetkisi, mahkemeye aittir. Bu husus, TCK m.31'in gerekçesinde ve ÇKK m.35'de belirtilmiştir.

ÇKK m. 35'e göre;

“(1) Bu Kanun kapsamındaki çocuklar hakkında mahkemeler, çocuk hâkimleri veya Cumhuriyet savcılarınca gerektiğinde çocuğun bireysel özelliklerini ve sosyal çevresini gösteren inceleme yaptırılır. Sosyal inceleme raporu, çocuğun, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin mahkeme tarafından takdirinde göz önünde bulundurulur.

(2) Derhâl tedbir alınmasını gerektiren durumlarda sosyal inceleme daha sonra da yaptırılabilir”.

(3) Mahkeme veya çocuk hâkimi tarafından çocuk hakkında sosyal inceleme

⁵² Peker (n 1) 111.

⁵³ Karataş ve Mavili, (n 5) 1037, 1038.

⁵⁴ Bahri Öztürk ve Durmuş Tezcan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (15. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021) 854.

⁵⁵ Koca ve Üzülmöz (n 43) 322; Özgenç (n 44) 471; Apaydın (n 2).99.

yaptırılmaması hâlinde, gerekçesi kararda gösterilir.

Bu düzenlemeden sosyal inceleme raporunun alınmasının, hakimın takdirine bağılı olduğu anlaşılmaktadır. ÇKKUY m.20/2’de ise, 12-15 yaş aralığındaki çocuklar bakımından sosyal inceleme raporunun zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Bu iki düzenleme arasında çelişki olduğu görülmektedir. Sosyal inceleme raporu, suçta sürüklenen çocuğun psikolojik durumu, algılama yeteneğı, içerisinde yaşadığı ortam, eğitimi ve ailesiyle ilgili önemli bilgiler sunduğundan bu raporun alınmasının zorunlu olması gerektiğı düşüncesindeyiz.

Doktrinde, ÇKK m.35’te sosyal inceleme yaptırılmasının mahkemenin takdirine bırakılması, zorunlu olarak öngörülmemesi eleştirilmektedir⁵⁶. Pekin Kuralları m.16/1’de de çocuklar tarafından işlenen önemsiz suçlar dışındaki tüm suçlarda sosyal inceleme yaptırılması gerektiğı kabul edilmiştir.

Bu yaş grubundaki çocuğun kusur yeteneğı bakımından yapılan araştırmanın neticesinde hakim, çocuğun kusur yeteneğinin bulunmadığı kanaatinde ise, CMK m.223/3/(a) hükmü doğrultusunda, “ceza verilmesine yer olmadığı kararı” verir ve çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmeder. Birinci gruptan farklı olarak hakim, güvenlik tedbirine hükmedip hükmetmeme hususunda takdir yetkisini haiz değildir, zorunludur. Bu yaş grubunda olan çocuklara özgü güvenlik tedbirleri bulunmaktadır. Hakim aksi kanaatte ise, cezaya hükmedecek ve cezasını TCK m.31/2’de öngörülen oranda indirecektir ve çocuklara özgü güvenlik tedbirine hükmetmeyecektir.

C. 15-18 YAŞ GRUBU

15-18 yaş aralığındaki çocuklar, gerçekleştirdikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğini haiz olduklarından kusur yeteneğı bakımından araştırma yapılmaz.

⁵⁶ Peker (n 1) 200.

TCK m.31 hükmünün gerekçesine göre, bu yaş grubundaki çocukların irade yeteneğinin zayıf olduğu normatif olarak kabul edildiğinden haklarında indirilmiş cezaya hükmedilecektir. Bununla amaçlanan, suça sürüklenen bu yaş grubundaki çocukların topluma yeniden kazandırılmaları ve bir daha suç işlemlerinin önlenmesidir⁵⁷.

Bu yaş aralığındaki çocukların işledikleri suçlar bakımından kusur yeteneklerinin bulunup bulunmadığını araştırmaya gerek olmamakla birlikte, ÇKK m.35/1 uyarınca sosyal inceleme yaptırılabilir.

15-18 yaş aralığındaki çocuklar hakkında ceza verilir, ancak cezada indirim yapılır. Bu yaş grubundaki çocukların kusur yeteneklerinin bulunduğu, ancak zayıf olduğu kabul edilmiştir.

Doktrinde, 15-18 yaş grubundaki tüm çocukların kusur yeteneklerinin bulunduğunu normatif olarak kabul eden bu düzenleme, çocukları yetişkin olarak görmekte ve çocuk adalet sistemine uygun olmaması sebebi ile eleştirilmektedir⁵⁸. Çocuk adalet sisteminin en önemli ilkelerinden birisi olan hapis cezasının son çare olarak uygulanması ilkesinin tam olarak uygulanabilmesi için yaptırım türlerinin çeşitlendirilmesi ve alternatif yöntemlerin geliştirilmesi gereklidir⁵⁹. Çocuklar hapsedilmemeli, yatırımlar, çocuk cezaevlerine değil, bizzatihi çocuklara ve onların içinde yaşadığı topluma yapılmalıdır⁶⁰.

Düşüncemize göre de, çocuklar bakımından hapis cezası son çare olmalı, koruyucu ve destekleyici tedbirler ön planda olmalıdır. BMÇHS m.40/4'de, "*Koruma tedbiri, yönlendirme ve gözetim kararları, danışmanlık, şartlı salıverme, bakım için yerleştirme, eğitim ve meslek öğretme programları ve diğer*

⁵⁷ Koca ve Üzülmöz (n 43) 473.

⁵⁸ Peker (n 1) 114.

⁵⁹ Peker (n 1) 73.

⁶⁰ Koçyıldırım (n 4) 52.

kurumsal bakım seçenekleri gibi çeşitli düzenlemelerin uygulanmasında, çocuklara durumları ve suçları ile orantılı ve kendi esenliklerine olacak biçimde muamele edilmesi sağlanacaktır” denilerek çeşitli önlemlerin alınmasına vurgu yapılmıştır. Sözleşme m. 37/a’da yer alan idam cezası yasağı ve salıverilme imkanı olmayan ömür boyu hapis cezası verilemeyeceğine ilişkin düzenleme de bunu desteklemektedir.

Hapis veya adli para cezasına hükmedilen suça sürüklenen çocuklar hakkında güvenlik tedbirlerinin ve koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanamaması da, doktrinde eleştirilmektedir⁶¹.

Uygulamada çocuklar, çocuk adalet sistemi içerisinde çocuk oldukları unutulmadan yargılanmaları gerekir iken, suçlu olarak görülmekte ve adeta yetişkin ceza adalet sistemine göre yargılanmaktadırlar. Güvenlik tedbirleri yerine cezaya hükmedilmesi, tutuklama kararının verilmesi, çocuğun suça yeniden dönmesine elverişli bir zemin hazırlamaktadır. Düşüncemize göre, bu yaş grubundaki çocukların da eğitim, danışmanlık, sağlık, barınma gibi pek çok konuda desteklenmeleri gereklidir. Bu potansiyel ihtiyacın göz ardı edilerek sadece yaptırım olarak cezanın öngörülmüş olması, çocuk adalet sisteminin ilkelerine uygun değildir.

VI. ÇOCUKLARA ÖZGÜ GÜVENLİK TEDBİRLERİ

Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin amacı, TCK ve ÇKK’da yer almamaktadır. Doktrinde, çocuğun korunması, iyileştirilmesi ve eğitilmesi olarak ifade edilmektedir⁶². Düşüncemize göre, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin amacı, suça sürüklenen çocukların ceza ile karşılaşmasının son çare olmasının bilinci ile çocukların iyileşmesi ve topluma yeniden kazandırılmasına yönelik sağlık,

⁶¹ Mahir Topaloğlu, Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri (Legal Yayıncılık 2010) 75.

⁶² Peker (n 1) 126.

eğitim, danışmanlık, barınma ve bakım ihtiyaçlarının karşılanması ve korunmalarıdır.

TCK m.56'ya göre;

“(1) Çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin neler olduğu ve ne suretle uygulanacakları ilgili kanunda gösterilir”.

Bahse konu kanun, Çocuk Koruma Kanunu'dur. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, ÇKK m.11'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

“(1) Bu Kanunda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirler, suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuklar bakımından, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak anlaşılır”.

Kanunilik ilkesinin bir gereği olarak çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, bir yaptırım olduğundan kanun ile ve açık olarak belirlenmesi gereklidir. Bu doğrultuda, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, ÇKK m.5'de “Koruyucu ve destekleyici tedbirler” başlığı altında düzenlenmiştir. Şöyle ki;

“(1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,

b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,

c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir

nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya, yönelik tedbirdir.

(2) Hakkında, birinci fıkranın (e) bendinde tanımlanan barınma tedbiri uygulanan kimselerin, talepleri hâlinde kimlikleri ve adresleri gizli tutulur.

(3) Tehlike altında bulunmadığının tespiti ya da tehlike altında bulunmakla birlikte veli veya vasisinin ya da bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin desteklenmesi suretiyle tehlikenin bertaraf edileceğinin anlaşılması hâlinde; çocuk, bu kişilere teslim edilir. Bu fıkranın uygulanmasında, çocuk hakkında birinci fıkrada belirtilen tedbirlerden birisine de karar verilebilir”.

Çocuk Koruma Kanunu’nda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler, sadece suça sürüklenen çocuk için değil, tüm çocuklar bakımından uygulanma kabiliyetini haizdir. Kanunun 1.maddesinde yer alan korunma ihtiyacı olan çocuklar ifadesinden, bu tedbirlerin, desteğe ihtiyacı olan tüm çocuklar bakımından uygulanabilmesinin güvence altına alındığı anlaşılmaktadır. Tüm bu tedbirlerin amacı, çocuğun korunmasıdır.

Danışmanlık tedbiri kapsamında, aileye yol gösterilmesi, çocuğun suça sürüklenmesindeki önemli nedenlerden birisi olan aile faktöründeki yanlışların giderilmesi bakımından son derece önemlidir. Ailenin eğitimi, aileye danışmanlık verilmesi, kök sorunların çözümü için gereklidir. Ailedeki kronik problemler

çözülmediği sürece çocuğa yansması ve çocuğun suça sürüklenmesi devam edebilecektir.

Eğitim tedbiri, çocukların suça sürüklenmedeki önemli faktörlerden birisi olan okula devam etmeme, okulda başarısızlık gibi nedenlerin ortadan kaldırılması bakımından son derece önemlidir.

Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu kişilerin bu yükümlülüklerini yerine getiremediklerinde gündeme gelir. Çocuğun yüksek menfaati ailesinin yanında olmamasını gerektirdiğinde bu tedbire başvurulmalıdır⁶³. Bu tedbirin, çocuğun aile ortamından alınarak sosyal hizmet kurumuna verilmesi, koruyucu aileye verilmesi yahut evlat edinilmesi suretiyle uygulandığı hallerde, bu kurumların çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimine uygun ve insan onuru ile bağdaşacak nitelikte olması gereklidir⁶⁴.

Barınma tedbiri, çocuğun kendi aile ortamında yaşamını sürdürmesini sağlamak amacı ile barınma ihtiyacının karşılanmasını öngörmektedir⁶⁵.

Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi amacı ile öngörülmüştür. ÇKKUY m.12'de akıl hastası çocuklar hakkında, çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Alkol ve uyuşturucu madde kullanan çocuklarda, bu durum akıl hastalığına neden olmuş ise, ÇKK m.12 gereğince çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması gereklidir. Bu bağlamda, öncelikle sağlık tedbirine başvurulmalı ve madde bağımlılığı durumunda da yine bu tedbire başvurulmalıdır.

Doktrinde, akıl hastası çocuklar hakkında verilen sağlık tedbiri kararının 18 yaşına kadar sürmesi, 18 yaşının tamamlanması ile sona ermesini öngören düzenleme, tedbirin amacı ile bağdaşmaması sebebi ile eleştirilmekte ve çocuğun

⁶³ Peker (n 1) 131.

⁶⁴ Peker (n 1) 126.

⁶⁵ Peker (n 1) 133.

hem kendisi hem de toplum açısından tehlikelilik halinin ortadan kalkmasına kadar devam etmesine yönelik düzenleme yapılması önerilmektedir.⁶⁶

ÇKK m.7/6'da yer alan hükme göre, *“Tedbirin uygulanması, onsekiz yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden sona erer”*. Yetişkinler bakımından akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin düzenlendiği TCK m.57/2'de, *“Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmiş olan akıl hastası, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca düzenlenen raporda toplum açısından tehlikeliliğinin ortadan kalktığına veya önemli ölçüde azaldığına belirtilmesi üzerine infaz hâkimi kararıyla serbest bırakılabilir”* ve m.57/7'de *“Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine infaz hâkimi kararıyla serbest bırakılabilir”* hükümleri yer almaktadır. Böylece tehlikelilik hallerinin ortadan kalkmasına yahut madde bağımlılıklarından kurtulmalarına kadar güvenlik tedbirleri sürmektedir. Düşüncemize göre, çocuklar bakımından da tedbirin, yetişkinler bakımından uygulanan akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi iyileşene kadar sürmesi gereklidir. Yetişkinler için öngörülen tedbirin uygulanma zaman aralığı, daha çok korunmaya ihtiyacı olan çocuklar bakımından evleviyetle öngörülmelidir.

Çocuk Koruma Kanunu'nda, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına yönelik hükümler düzenlenmiştir. ÇKK m.4'de temel ilkeler düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

⁶⁶ Peker (n 1) 201.

(1) Bu Kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla;

- a) Çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması,*
- b) Çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi,*
- c) Çocuk ve ailesinin herhangi bir nedenle ayrımcılığa tâbi tutulmaması,*
- d) Çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması,*
- e) Çocuğun, ailesinin, ilgililerin, kamu kurumlarının ve sivil toplum kuruluşlarının işbirliği içinde çalışmaları,*
- f) İnsan haklarına dayalı, adil, etkili ve süratli bir usûl izlenmesi,*
- g) Soruşturma ve kovuşturma sürecinde çocuğun durumuna uygun özel ihtimam gösterilmesi,*
- h) Kararların alınmasında ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimi ve öğrenimini, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin desteklenmesi,*
- i) Çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması,*
- j) Tedbir kararı verilirken kurumda bakım ve kurumda tutmanın son çare olarak görülmesi, kararların verilmesinde ve uygulanmasında toplumsal sorumluluğun paylaşılmasının sağlanması,*
- k) Çocukların bakılıp gözetildiği, tedbir kararlarının uygulandığı kurumlarda yetişkinlerden ayrı tutulmaları,*
- l) Çocuklar hakkında yürütülen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlenememesine yönelik*

önlemler alınması,

ilkeleri gözetilir”.

Çocuklara tedbir uygulanmasının temel sebebi, sadece suç işlenmesinin engellenmesi ve mağdurun korunması değil, aynı zamanda çocuğun yaşadığı çevreden de korunması ve iyileştirilmesidir⁶⁷.

Doktrinde bir görüşe göre, çocuğu korumak ve desteklemek için öngörülen tedbirlerin, çocuklara özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanması isabetli değildir. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri, yaptırım olduğundan ve koruyucu ve destekleyici tedbirler, yaptırım olmadığından dolayı güvenlik tedbirlerinin uygulanması için gerektiğinde zor kullanılabilecekken koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanmasında çocuğa zor kullanılmayacaktır. Bu görüşe göre bu sebeple, bu tedbirlerin güvenlik tedbiri yerine koruyucu ve destekleyici tedbir olarak uygulanması daha doğru olurdu⁶⁸.

Düşüncemize göre, suça sürüklenen çocuklar ve korunmaya ihtiyacı olan çocuklar hakkındaki tedbirlerin aynı kanun içerisinde yer alması ve hatta aynı hüküm dahilinde uygulanması, her iki çocuk grubunun özellikleri ve ihtiyaçlarının farklılık arz etmesi sebebi ile doğru değildir.

Alman hukukunda ceza hukukunun özel dallarından biri olan “*Çocuk Ceza Hukuku*”, çocukluk ile yetişkinlik arasındaki geçiş döneminde olan genç faillere yönelik özel ceza hukuku ve özel ceza muhakemesi hukukunu ifade etmektedir.

Özel bir ceza kanunu olan Alman Gençlik Mahkemeleri Kanunu “*Jugendgerichtsgesetz (JGG)*” § 1’de kanunun, suç teşkil eden fiili işlediği sırada 14 yaşında olup 18 yaşına girmemiş olan gençler ve fiili işlediği sırada 18 yaşında olup 21 yaşını doldurmamış genç yetişkinler bakımından uygulanacağı

⁶⁷ Apaydın (n 2) 23.

⁶⁸ Topaloğlu (n 61) 67.

düzenlenmiştir. Kanunun amacının düzenlendiği § 2'de, gençlerin ve genç yetişkinlerin yeni suç işlemlerinin engellenmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir. Bu amaca ulaşabilmek için hukuki neticelerin ve ebeveynlerin velayet hakkı dikkate alınarak öncelikle yetiştirme düşüncesiyle uyumlu bir usulün oluşturulması gerekmektedir.

Ülkemizde de Alman ceza hukukunda olduğu gibi çocuk ceza hukuku alanına özgü ayrı bir kanunun olması ve suça sürüklenen çocuklar bakımından tüm düzenlemelerin bir bütün olarak bu kanunda bulunmasını önermekteyiz.

SONUÇ

Bu çalışma ile çocukların suça sürüklenme nedenleri, bu konudaki problemler ve eksikler, suça sürüklenme oranları, önleyici sistemin önemi, çocukların suça sürüklenmelerinin azaltılması ve engellenmesi için yapılabilecekler değerlendirilerek çözüm önerilerimiz sunulmuş ve bu şekilde çocukların cezai sorumlulukları hem kriminoloji hem ceza hukuku açısından bütüncül bir bakış açısı ile incelenmiştir. Bu inceleme neticesinde ulaştığımız görüş ve öneriler şöyledir:

1. Çocuk adalet sisteminin amacına uygun şekilde uygulanmasının sağlanması için bu alana özgü uzmanlık eğitimlerinin verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Uygulamada, çocukların hukuki süreçlerinde yer alan kolluk görevlilerinin, hakimlerin, Cumhuriyet savcılarının ve avukatların, çocuk ceza hukuku alanında belirli aralıklar ile eğitim almalarının sağlanması oldukça önemlidir.

2. Çocukları suça sürükleyen nedenleri, diğer disiplinlerin ortaya çıkardığı bulgular da göz önüne alarak değerlendirmek ve bu alanda ihtiyaç duyulan çalışmaları yapmak, çocukların suça sürüklenmesini önemli ölçüde azaltacaktır. Bu konu, sadece hukuk disiplini içerisinde kalarak değil, sosyoloji, psikoloji, sosyal hizmetler alanlarıyla ve bu alanların çalışmalarından faydalanılmasıyla çözümlenmeye çalışılmalıdır.

3. İnternetin yaygınlaşması, çocukların özel yaşamlarının ve kişisel verilerinin dijital ortamda kolaylıkla paylaşılması ve yayılması, sosyal medya kullanımının çocuklar tarafından da aktif şekilde kullanılması, çocuklara uygun olmayan haber yahut diğer içeriklere kolaylıkla erişebilmeleri de suça sürüklenme nedenleri arasında önemli bir faktördür.

4. Suça sürüklenen çocukların en fazla işledikleri suçların, şiddet suçları olduğunu ifade etmiştik. Bu konuda, önemli bir husus da, çocukların TV’de, çizgi filmlerde yahut dijital ortamda izledikleri şiddete özendiren içeriklerdir. Bu içerikler yönünden denetimin etkin bir şekilde sağlanması gereklidir. Kitle iletişim araçlarının çocukların suça sürüklenmelerindeki etkisi göz önüne alındığında hem devlet tarafından hem de ebeveynler tarafından içerik denetiminin sağlanması gerekir. Bu bağlamda, şiddet yahut cinsel içerikli yayınlardan çocukların korunması önem taşımaktadır. Çocukların oyuncakları bakımından da şiddete yönlendiren, şiddeti normalleştiren oyuncaklar yönünden de tedbirler alınmalıdır.

5. Çocukların suça sürüklenmesinde okula devam etmemenin de etken olduğunu ifade etmiştik. Tüm çocukların okula gitmesinin ve eğitimde devamlılığın sağlanması için gerekli denetim ve çalışmaların yapılması gerekmektedir.

6. Çocuğun haber içeriğinde görüntü, ses, kimlik bilgileri, anne ve babasına ait bilgiler, sağlık durumuna veya eğitimine devam ettiği kurum ya da yaşadığı yer hakkındaki bilgiler gibi kişisel verilerine yer verilmemesi gereklidir. Haber içeriğinde çocukla ilgili bir bilgiye yer verilmesi gerekli görülmekte ise, burada çocuğun üstün menfaatinin korunması noktasından hareket edilmelidir. Bu bağlamda, haber içeriği oluşturulurken göz önüne alınması gereken önerdiğimiz mutlak sınır, çocuğun kimliğinin belli olmaması olmalıdır. Haber içeriklerinde çocuğun özel yaşamına, kişisel verilerine yer verilmesi, çocuğun suça sürüklenmesindeki etkenlerden birisi olduğu için çocuğun kimliğini ortaya

çıkaracak nitelikteki bilgilere yer verilmemesi gerekir.

7. Suça sürüklenen çocuğun infazından sonraki döneme önem verilmesi, yeniden suça sürüklenmemesi bakımından gereklidir. Çocuk hükümlülerin infaz sürecinden sonra devlet tarafından gözlenmesi, hayatlarının nasıl devam ettiğinin takip edilmesi, ihtiyaç olunan konularda desteklenmeleri gereklidir. Çocuklar tahliye edildikten ve koşullu salıverildikten sonra toplumda ne yaptıkları da takip edilmelidir. Barınma, sağlık, eğitim, meslek edinme gibi konularda desteklenmeleri suça yeniden sürüklenmelerini engelleyebilecek olduğundan devlet tarafından bu gözlem ve ihtiyaç duyulan konularda destek sağlanmalıdır.

8. Çocuklara, ilk çocukluk dönemlerinden itibaren hem hakları hem de toplumsal davranış normları, hangi fiillerin suç oluşturduğu, karşılığındaki yaptırımlar, hukuk kurallarına uyma bilinci konularında eğitim verilmelidir. İlk çocukluk döneminden itibaren kurallara uygun davranma bilincinin hem ebeveynler hem öğretmenler tarafından geliştirilmesi oldukça önemlidir. Çocukların suça sürüklenmelerinin azalması, toplumsal barışın tesisi için çocuklara hakları ve sorumlulukları konusunda yaş dönemlerine uygun eğitim hizmeti sunulmalıdır. Böylece okul öncesi eğitimden itibaren eğitim programına çocukların hakları, kendilerinin mağdur olabilecekleri suçlar ve yapılabilecekler ile hukuk kurallarına uygun davranma ve suç teşkil eden fiilleri işlememe konusundaki bilincin ve farkındalığın geliştirilmesi son derece önemlidir.

9. Çocukların suça sürüklenmesindeki en önemli etkenlerden birisinin aile olduğunu ifade etmiştik. Bireylere ebeveyn olmadan evvel yahut ebeveyn olacaklarını öğrenmelerinden itibaren eğitimlerin verilmesi ve doğumdan sonra da belirli aşamalarla bu eğitimlerin sürmesini önermekteyiz. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına bağlı “*Aile Merkez*”lerinin kurulması ve herkesin eşit bir şekilde bu merkezlere ulaşımının sağlanması, bu merkezde görev alan psikologlar, doktorlar, spor ve sanat alanlarındaki branş uzmanları tarafından

çocukların ve ebeveynlerin gözlemlenmeleri ve desteklenmelerinin sağlanması gerektiği düşüncesindeyiz. Böyle bir sistem, sağlıklı çocuk ve sağlıklı aile yaşamının tesisini sağlayacak, toplumsal barışa katkı sunarak çocukların suça sürüklenmesindeki nedenlerin ortadan kaldırılmasını sağlayan önleyici bir işleve sahip olacaktır.

10. 15-18 yaş aralığında bulunan çocuklar bakımından indirilmiş cezanın uygulanmasının çocuk ceza adaletine uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Çocuklar bakımından hapis cezası son çare olmalı, koruyucu ve destekleyici tedbirler ön planda olmalıdır. Uygulamada çocuklar, çocuk adalet sistemi içerisinde çocuk oldukları unutulmadan yargılanmaları gerekir iken, suçlu olarak görülmekte ve adeta yetişkin ceza adalet sistemine göre yargılanmaktadırlar. Güvenlik tedbirleri yerine cezaya hükmedilmesi, tutuklama kararının verilmesi, çocuğun suça yeniden dönmesine elverişli bir zemin hazırlamaktadır. Düşüncemize göre, bu yaş grubundaki çocukların da eğitim, danışmanlık, sağlık, barınma gibi pek çok konuda desteklenmeleri gereklidir. Bu potansiyel ihtiyacın göz ardı edilerek sadece yaptırım olarak cezanın öngörölmüş olası, çocuk adalet sisteminin ilkelerine uygun değildir.

11. Akıl hastası olan çocuklar bakımından çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanma süresinin 18 yaşının dolmasına kadar olmasını doğru bulmamaktayız. Yetişkinler bakımından akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, TCK m.57/2 ve m.57/7 hükümleri gereğince tehlikelilik hallerinin ortadan kalkmasına yahut madde bağımlılıklarından kurtulmalarına kadar sürmektedir. Düşüncemize göre, çocuklar bakımından da tedbirin, yetişkinler bakımından uygulanan akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinde olduğu gibi iyileşene kadar sürmesi gereklidir.

12. Suça sürüklenen çocuklar ve korunmaya ihtiyacı olan çocuklar hakkındaki tedbirlerin aynı kanun içerisinde yer alması ve hatta aynı hüküm dahilinde

uygulanması, her iki çocuk grubunun özellikleri ve ihtiyaçlarının farklılık arz etmesi sebebi ile doğru değildir. Çocuk ceza hukuku alanına özgü ayrı bir kanunun olması ve suça sürüklenen çocuklar bakımından tüm düzenlemelerin bir bütün olarak bu kanunda bulunmasını önermekteyiz.

KAYNAKÇA

Apaydın C, Çocuklar İçin Ceza Hukuku Bilinci (Legal Yayıncılık 2015.)

Bilican Gökkaya, V, “Juvenile Delinquent And The Family Factor”, (2022) 46 (2) CUJOSS 193-204.

Demirbaş T, Kriminoloji (Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Seçkin Yayıncılık 2020).

Göger F ‘Suça Sürüklenen Çocuklarda Şiddet Eğilimi ile Benlik Saygısı Arasındaki İlişkinin İncelenmesi’, (2020) İnönü Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Adli Tıp Anabilim Dalı.

Günşen İçli T, Kriminoloji (Genişletilmiş 11.Bası, Seçkin Yayıncılık 2021).

Karataş Z ve Mavili A, ‘Çocuk Adalet Sisteminde Suça Sürüklenen Çocuklara Yönelik Uygulamalarda Karşılaşılan Sorunlar’, (2019) 19 (45) Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi 1013,1044.

Karataş Z, ‘Adalet Sistemi İçinde Çocukların Korunması: Suça Sürüklenen ve Suç Mağduru Çocuklara Çalışma Uygulamaları’, (2022) Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin Kabulünün 32. Yılında Çocuk Hakları Sempozyumu, Antalya Bilim Üniversitesi, Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu 60, 65.

Karataş S, ‘Suça Sürüklenen Çocuklar ve Suç Mağduru Çocuklara Yönelik Bir Değerlendirme’, (2020) 12 (4) Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry 575, 586.

Koca M ve Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Gözden Geçirilmiş

ve Güncellenmiş 15.Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).

Koçyıldırım G, 'Adalete Erişim Hakkı Bağlamında Çocuklara Özgü Meseleler', (2022) Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin Kabulününün 32. Yılında Çocuk Hakları Sempozyumu, Antalya Bilim Üniversitesi, Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu 47, 52.

Öztürk B ve Tezcan D, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (15.Bası, Seçkin Yayıncılık 2021).

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).

Peker İS, Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri (Seçkin Yayıncılık 2022).

Suçta Sürüklenen Çocuklara Hukuki Yardım Eğitimci El Kitabı (Gaziantep Barosu Çocuk Hakları Merkezi 2010).

Topaloğlu M, Türk Hukukunda Çocuklara Özgü Güvenlik Tedbirleri (Legal Yayıncılık 2010).

Turgut C, 'Dijital Medya ve Haberlerdeki 'Mağdur Çocukların' Hukuki Durumuna İlişkin Değerlendirme', (2022) KHAS Hukuk Bülteni, 2021-2022 Akademik Yılı Derlemesi 333, 349.

Yenisey F, Mağdur Çocuk Haklarına İlişkin Öneriler (Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları 2017).

İNTERNET KAYNAKLARI

<<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Güvenlik-Birimine-Gelen-veya-Getirilen-Cocuk-Istatistikleri-2021-45586>>

<<https://familienbildungsstaette.bochum.de/>>

<<https://familienbildungsstaette.de/>>

<<https://www.fbs-koeln.org/>>

<<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/komisyonmerkez/gencavukatlar/6.pdf>>



TÜKETİCİ KREDİLERİNDE KREDİ VERENİN SÖZLEŞMENİN KURULMASINDAN ÖNCEKİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sema AYDIN

Araştırma Makalesi

Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD,
sema.aydin@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5430-6222.

ÖZET

Tüketici kredileri özel ihtiyaçlarını karşılamak isteyen ancak bunun için yeterli maddi gücü olmayan tüketicinin başvurduğu bir finansman sistemidir. Bu finansman sisteminin tüketici açısından yaratabileceği en büyük problem konuya ilişkin bilgisizliği nedeniyle kendisi açısından uzun vadede öngörülemez sorunların ortaya çıkmasıdır. Ortaya çıkabilecek bu durumu dikkate alan kanun koyucu tüketicinin korunmasının ve özgür iradesinin sözleşmeye sağlıklı bir şekilde yansımını sağlamak açısından kredi verene tüketiciyi sözleşme öncesinde aydınlatma yükümlülüğü yüklemiştir. Bu yükümlülük, yapılması gereken zaman, şekil, vasıtalar ve içerik bakımından ayrıntılı düzenlemeye tabi tutulmuştur.

ANAHTAR KELİMELE: Tüketici, Kredi Veren, Kredi Sözleşmesi, Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğü, Tüketicinin Korunması

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

DOI: 10.62124/kluhfd.1438979.

OBLIGATION OF CREDITORS TO PROVIDE PRE-CONTRACTUAL INFORMATION ON CONSUMER CREDIT

Sema AYDIN

Research Article

Research Assistant, Marmara University, Institute of Social Sciences, Private Law,
sema.aydin@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5430-6222.

ABSTRACT

Consumer loans are a financing system applied by consumers who want to meet their special needs but do not have sufficient financial power to do so. The biggest problem that this financing system may create for the consumer is the emergence of problems that cannot be foreseen in the long term due to his/her ignorance on the subject. Taking this situation into consideration, the legislator has imposed an obligation on the creditor to inform the consumer before the contract in order to ensure that the consumer is protected and his/her free will

is reflected in the contract in a healthy way. This obligation is regulated in detail in terms of time, form, means and content.

KEYWORDS: Consumer, Creditor, Credit Agreement, Pre-contractual Information Obligation, Consumer Protection.

GİRİŞ

Tüketiciler açısından meydana gelebilecek riskli durumlardan biri, kendisi için öngöremeyeceği bir yük doğurma potansiyeline sahip sözleşmenin tarafı olmaktır.¹ Özellikle kredi sözleşmeleri açısından bu durum iyice görünür olmaktadır. Çünkü tüketici ya elde ettiği nakit parayı küçük küçük ve zamana yayılmış parçalar halinde ödeme imkânına sahip olduğu gibi, vakti gelmiş bir ödemeyi aylar sonra yapabilmektedir. Bu durum da tüketicinin aldığı krediyi daha sonra ödemede sorunlar yaşamasına ve aşırı borçlanmasına neden olabilmektedir. Kredi sözleşmeleri açısından ortaya çıkabilecek bu riskleri göz ardı edemeyen Kanun Koyucu, bu konuda AB mevzuatını takip etmektedir. Hem AB mevzuatı hem de onu takip eden Türk Hukuku, tüketiciyi koruyucu bir yöntem olarak sözleşmenin belirli aşamalarında bilgilendirilmesini öngörmektedir. Bu bilgilendirme yükümlülüğü sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada ve sözleşmenin kurulması esnasında söz konusudur. Biz de tüketicinin özgür iradesinin sözleşmeye yansımaları bakımından büyük önemi olduğunu düşündüğümüz sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü ilgili mevzuatta düzenlenme şekli ve bunun yargı kararlarına yansımaları makale çerçevesinde ele almaya çalışacağız.

I. KREDİ VERENİN SÖZLEŞME ÖNCESİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN VE 2008/48 SAYILI AVRUPA BİRLİĞİ DİREKTİFİ'NDE DÜZENLENME BİÇİMİ

¹ Yeşim Atamer, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması (On İki Levha Yayıncılık 2016) 59.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)² m. 22 ve 31 arasında tüketici kredilerine ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Konuya ilişkin hükümler düzenlenirken Kanun Koyucunun 2008/48 sayılı AB direktifini dikkate aldığı TKHK'un genel gerekçe kısmında da ifade edilmektedir. Bu bakımdan tüketici kredilerine ilişkin TKHK'da yer alan hükümler değerlendirilirken 2008/48 sayılı AB Direktifi³ de dikkate alınmalıdır. Hem Türk hem de Avrupa Birliği Kanun koyucusu, tüketicinin kredi veren karşısındaki zayıf konumunu dikkate alarak kredi veren bakımından sözleşmenin kurulmasından önce tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü öngörmüştür. TKHK m. 23 tüketici kredilerinde ön bilgilendirmeyi açık bir şekilde düzenlemekte⁴, içeriğine ilişkin ayrıntıların TKSİ ile düzenlendiği görülmektedir⁵. Direktif ise, m. 5'te⁶ ön

² Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün üç farklı bileşeninin olduğu savunulmaktadır. Bunlardan ilki bunun bir yükümlülük olması, ikincisi bu yükümlülüğün konusunun bilgi olması ve son olarak da bunun zamansal olarak sözleşme öncesi süreç ile sınırlandırılmış olmasıdır. Bkz. Stephan Hartmann, 'Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung - Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht' (2001) (201) Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, 3, 3.

³ "Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on Credit Agreements for Consumers and Repealing Council Directive 87/102/EEC" <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008L0048>> Son Erişim Tarihi: 05.02.2024. (2008/48/EU) Ancak söz konusu Direktif, 30.11.2023 tarihinde, '2023/2225 30.10.2023 DIRECTIVE (EU) 2023/2225 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 18 October 2023 on credit agreements for consumers and repealing Directive 2008/48/EC' (2023/2225/EU) ile değiştirilmiştir. <<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2023/2225/oj>> Son Erişim Tarihi: 10.01.2024.

⁴ Şebnem Akipek, 'm. 23 Şerhi' iç Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (edr), Milli Şerh (Aristo Yayınları 2016) 501; Burak Özen, 'm. 4 Şerhi' iç Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (edr), Milli Şerh (Aristo Yayınları 2016) 70; Abdülhamit Yılmaz, Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri (On İki Levha Yayıncılık 2018) 91. Sözleşmenin zorunlu içeriğine dâhil olan bu bilgilerin tüketiciyi aydınlatma amacı olduğu yönünde bkz. Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2021) 494. Aynı yönde Atamer (n 1) 95.

⁵ Sözleşmenin kurulmasından önceki bu ayrıntılı bilgilendirme kredinin tüketici üzerindeki mali yükünü anlayabilmesi ve diğer kredi verenlerin teklifler ile karşılaştırabilmesine olanak vermektedir. Atamer (n 1) 72; Yılmaz (n 4) 92.

⁶ Direktif, 7. Maddesinde kredili mevduat hesabı ve belirli bazı kredi sözleşmeleri için de ön bilgilendirme yükümlülüğünü düzenlemektedir.

bilgilendirme yükümlülüğünü hüküm altına almaktadır. Hükmümde ön bilgilendirme formunda bulunması zorunlu unsurlar yer almaktadır. Bununla birlikte TKSŞY m. 8’de ve Direktif m. 7’ de sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünden muaf tutulan kişiler birbiri ile örtüşen şekilde belirtilmektedir.

B. TÜKETİCİNİN BİLGİLENDİRİLMESİ İLE İZLENEN AMAÇ

6502 sayılı TKHK’dan önceki dönemde kredi verenin tüketiciyi bilgilendirme yükümlüğü bulunmamaktaydı⁷. Ancak, düzenleme öncesi dönemde bile kredi verenin TBK’nın genel hükümler kısmında irade bozukluğu hallerinden hileye ilişkin düzenleme sayesinde tüketiciye karşı hem sözleşmenin iptali hem de haksız fiil sorumluluğunun bulunması söz konusuydu⁸. TBK sistematüğinde, karşı tarafta yanlış bir düşünce oluşturmak ve bu yolla sözleşmenin kurulmasını sağlamak şeklinde ortaya çıkan aktif hile kadar, karşı taraftaki mevcut yanlış kanaati düzeltmemek ve bu sayede sözleşmenin kurulmasına neden olmak da pasif hile olarak kabul edilmektedir⁹. Her ne kadar hukuken genel bir aydınlatma yükümlülüğünden söz etmek mümkün olmasa da, somut olayın özelliği ve taraf

⁷ Başak Baysal, ‘Tüketici Kredisi (md. 22-31)’ iç M. Murat İnceoğlu (ed), Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (On İki Levha 2015) 292; Çabri (n 4) 497. Avusturya Hukuku’nda da Direktifin iç hukuka aktarılmasından önceki dönemde kredi verenin tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktaydı. Ancak bu duruma rağmen, tüketicinin bilgisizliğinin kredi veren tarafından anlaşıldığı durumlarda kredi verenin sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü içtihatlar ve doktrinde kabul edilmekteydi. Bu yükümlülük adil ticaretin bir gereği olarak kabul edilmekte ve kredi verenin özellikle olağanın üzerinde bir ücretlendirmenin söz konusu olduğu veya riskin bulunduğu durumlarda tüketiciyi uyarması beklenmekteydi. Bkz. Wilma Dehn, ‘Verbraucherkreidite’ iç Peter Apathy, Gert Michael Iro, Helmut Koziol (edr), Österreichisches Bankvertragsrecht: Band IV: Kreditgeschäft (2. Auflage Verlag Österreich 2015) 220.

⁸ Yeşim Atamer ve Kerem Cem Sanlı, ‘Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları’, (2010) 26 (4), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 17, 32; Kübra Ercoşkun Şenol, ‘Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları’, (2013) 17(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81, 84.

⁹ Atamer, Sanlı (n 8) 32; Ercoşkun Şenol (n 8) 83; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26. Bası, Yetkin Yayınları 2021) 459; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (16. Bası, 2018 Vedat Kitapçılık) 110.

menfaatleri göz önüne alındığında¹⁰, bilgi bakımından eli daha güçlü olan kredi verenin, kendisine karşı zayıf konumdaki tüketicinin kredi sözleşmesi ile ilgili yanlış bir izlenime kapılmış tüketici karşısında konuşması gerekirken kasıtlı olarak susması halinde sorumluluğu doğabilmekteydi¹¹. Esasen bu noktada tüketici karşısında özellikle kredi gibi bir konuda daha fazla bilgiye sahip olan kredi verenin bir aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğu söylemek mümkündür¹².

Hem TKHK hem de Direktif'te yer alan özel ve ayrıntılı düzenleme ile sözleşmenin kurulması öncesinde kredi verene yüklenen bilgilendirme yükümlülüğünün hizmet ettiği amaç, Direktif ve TKHK'un genel gerekçelerinde açıklanmıştır. Söz konusu gerekçeler incelendiğinde amacın, esasen kredinin maliyeti, krediye ilişkin koşullar ve kredinin tüketici üzerine yükleyeceği diğer sorumlulukların netleştirilmesi ve bu yolla tüketicinin tercihini daha özgür bir iradeyle yapmasının sağlamak olduğu ifade edilmektedir¹³.

¹⁰ Eren (n 9) 460.

¹¹ Atamer, Sanlı (n 8) 32; Dehn (n 7) 220.

¹² Fakat TMK m.2'den doğan bu aydınlatma yükümlülüğünün TKHK'da düzenlendiği kadar geniş bir şekilde gerçekleşmesi gerektiğini söylemek mümkün değildir. Bu bakımdan, sözleşme öncesi ve sözleşme esnasında olmak üzere kredi verene bu şekilde bir bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğünün getirilmesi oldukça yerindedir. Öte yandan Doktrinde de yerinde bir şekilde belirtildiği üzere, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü tavsiye vermek veya taraflardan birinin talebi üzerine bir hesap vermeden ayıran noktalar bulunmaktadır. Tavsiye vermek doğru davranış modelini göstermek ve öyle bir durumda kendisinin nasıl hareket edeceğini açıklamaktır. Hesap vermek ise karşı tarafın talebi üzerine yerine getirilen bilgilendirmedir. Oysa bilgilendirme yükümlülüğünde tavsiye vermektan farklı olarak durum ile ilgili bilgi verilip nasıl hareket edileceğinin kararı tüketiciye bırakılırken; hesap verme yükümlülüğünden farklı olarak da tüketicinin talebi beklenmeden açıklama yapılması gerekmektedir. Hartman, (n 2) 5.

¹³ 2008/48 S. AB Genel gerekçesi Nr. 24 ve Nr. 32; Akipek (n 4) 500-501. Yargıtay da bilgilendirme yükümlülüğü bakımından "*Fakat bilgilendirme yükümlülüğü konusunda 4077 sayılı Yasanın 10. maddesinde düzenlenen tüketici kredilerinde böyle bir hüküm olmamasına karşın yeni yasanın 31/4. maddesiyle tüketici kredisi sözleşmelerinde özel düzenleme yer almaktadır. 4077 sayılı Yasanın m.10/B maddesinde konut finansman kredilerinde olduğu gibi genel olarak tüm tüketici sözleşmelerinin kurulması öncesinde ve kurulması sırasında tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğünün düzenlendiği bütün*

Kredi verenin bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin düzenlemenin temelinde yatan düşünce esasen iki uçludur¹⁴. Bunlardan ilki, neoliberal yaklaşımın bir görünümü olan tüketicinin bilgilendirme sayesinde güç kazanmasını sağlamaktır. Bu yaklaşımda bilgilendirilmiş olan tüketicinin kendisi için en doğru, en makul kararı vereceği varsayılır. Bu sebeple krediler bakımından getirilmiş kredi verenin bilgilendirme yükümlülüğü ve haksız şartlara ilişkin düzenlemeler gibi diğer kısıtlamalar ise kredi koşullarının kontrol edilmesi, bilinçli borçlanmanın sağlanması ve finansmanın devam ettirilebilmesi açısından önem taşıyan araçlardır¹⁵. Diğer uçta yer alan düşünce ise ilkinde kıyasla daha müdahaleci, daha ataerkildir. Bu yaklaşım ekonomik temelleri önelememekte ancak, uygulanacak zorunlu faiz sınırı, borç verenin sorumluluğu, temerrüt veya sözleşmenin sona erdirilmesi gibi hallere ilişkin müdahalelerde bulunmaktadır. Burada amaçlanan ekonomik zeminin güçlendirilmesinden ziyade dağıtıcı adaleti sağlamaktır¹⁶. AB

hallerde amaç, taraflar arasındaki dengesiz durumu gidermek ve tüketicinin de bilgilendirilmiş bir şekilde sözleşme kurmasına imkân tanınmaktadır. Zaten Tüketicinin Korunması hakkındaki Kanunun varlık nedeni muazzam örgütlülüğe sahip banka ve sigorta gibi dev kurumlarla imzalanan sözleşmelerde birey olarak zayıf konumdaki tüketiciyi korumaktır.” şeklinde tespitlerde bulunmaktadır. Yargıtay 13 HD, E 2014/27392 K 2015/26413, 07.09.2015, (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası Son Erişim Tarihi: 15.01.2023). Bilgilendirme yükümlülüğü sözleşme özgürlüğünü teminat altına yarayan önemli bir araçtır. Yapmak istediği sözleşme konusunda yeterli bilgiye sahip olan tüketici ancak bu yolla sözleşmenin kendisine sağlayacağı avantaj ve dezavantajları makul bir şekilde değerlendirebilir. Bkz. Hartman (n 2) 18.

¹⁴ Bugün tüketicinin işlem yaptığı satıcı/sağlayıcı veya kredi sözleşmesi kapsamında kredi veren karşısında korunabilmesini iki yol izlenerek gerçekleştirilmek istenmektedir. Sözleşme öncesi veya sözleşme esnasında yapılması gereken bilgilendirme bu yollardan biridir. Diğer yol ise tüketicinin yalnızca bilgilendirilme yolu ile korunmasının yetersiz olduğunu kabul edip hukuki sınırlamalar yolu ile korumaktır. İlgili düzenlemelerden görüldüğü üzere kanunlar tüketiciyi hem bilgilendirme hem de korumayı amaçlamaktadır. Tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeler tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar, cayma hakkı, faiz oranlarındaki sınırlamalar, erken ödeme imkânı gibi düzenlemelerdir. Aynı yönde bkz: Sebastian Martens, ‘BGB § 13’ iç Hau/Poseck (edr), Bercher Online Kommentar zum BGB (68. Bası, C. H. Beck 2023) N. 1-5.

¹⁵ Catherine I Garcia Porras, ve Willem H. van Boom, ‘Information Disclosure in the EU Consumer Credit Directive: Opportunities and Limitations’, iç James Devenney ve Mel Kenny (edr), Consumer Credit, Debt and Investment in Europe (Cambridge 2012) 5.

¹⁶ Garcia Porras ve van Boom (n 15) 6.

Hukuku bakımından değerlendirme yapmak gerekirse, benimsenen yaklaşım neoliberal yaklaşımdır. Çünkü burada tüketici pasif bir objeden ziyade, bilgilendirilme gibi koruyucu araçlar sayesinde, kendisi için en doğru kararı verebilecek aktif bir piyasa öznesi olarak görülmektedir¹⁷. AB hukukundaki tüketicinin korunması politikasını benimseyen TKHK bakımından da aynı sonuca varmak mümkündür. Diğer bir deyişle TKHK'da da hedeflenen bilgilendirilme yoluyla korunan, piyasaya aktif bir şekilde katılım sağlayan tüketici modeli oluşturmaktır. Bu şekilde bir bilgilendirilme yoluyla piyasaya aktif bir şekilde katılım sağlayan bilinçli tüketici de kurmak istediği sözleşmede gerçek iradesini ortaya koyabilmektedir¹⁸.

C. SÖZLEŞME ÖNCESİNDEKİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kanun Koyucu TKHK m. 23'te tüketicinin sözleşme henüz kurulmadan önceki aşamada kredi veren tarafından bilgilendirilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. Bilgilendirmenin kapsamına, şekline ve bağlayıcılık süresine ilişkin kuralları ise TKSİ ile belirlemiştir. TKHK'da yer alan düzenleme Direktif m. 5'te yer alan düzenlemeye denk gelmekte ve bu maddede kredi sözleşmeleri bakımından tüketiciye sunulması gereken bilgiler liste halinde ayrıntılı olarak ele alınmaktadır¹⁹. Kanun Koyucu bu noktada, Direktifin 6. maddesinde sözleşme öncesi bilgilendirmeye ilişkin ayrıntılı düzenlemeyi TKHK m.23'te genel olarak ifade etmiş ayrıntıları ise TKSİ m.5 ve m.6'da düzenleme yoluna gitmiştir. Söz konusu ayrıntıların yönetmelikle düzenlenmesinin nedeni ise, TKHK'nun genel gerekçesinde sık sık değişebilen Direktif hükümlerine hızlı bir şekilde uyum sağlamak ve Kanunu teknik ayrıntılardan arındırmak şeklinde ifade edilmiştir²⁰.

¹⁷ Garcia Porras ve van Boom (n 15) 6.

¹⁸ İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku (6. Bası, Ekin Yayınevi 2022) 437.

¹⁹ Atamer (n 1) 67.

²⁰ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Genel Gereke Bölüm III. Kanun Değişikliğine İlişkin Maddi Ayrıntılar.

1. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğünün Şekli

TKHK, tüketici kredilerinde sözleşme öncesi bilgilendirmenin hangi şekle tabi olduğunu düzenlememiştir. Ancak, TKHK m.4 tüketici işlemleri bakımından genel ilkeleri düzenlemektedir. Genel ilkelerde yer alan bu hüküm ve TKSŞY m.5'te gösterildiği üzere tüketiciye yapılması gereken bilgilendirmelerde kullanılan yazının 12 punto büyüklüğünde, açık, sade ve anlaşılır bir dilde olması gerekmektedir. Bilgilendirmenin yer aldığı bu form basılı bir şekilde verilebileceği gibi kalıcı veri saklayıcısı yoluyla da tüketiciye sunulabilir (TKSŞY m.5)²¹. Buradaki amaç tüketicinin söz konusu forma ihtiyaç duyduğu anda ulaşılabilirliğine sahip olması olduğundan, kalıcı veri saklayıcısı kullanılarak yapılan bilgilendirmelerin de kabul edilmiş olması isabetlidir²². Ortaya çıkabilecek bir uyumsuzluk halinde bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğine ilişkin ispat yükünün kimin üzerinde olduğuna dair Direktif²³ ve TKHK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bilgilendirmenin yerine getirildiğini ispat yükü kredi veren üzerindedir²⁴.

Direktif'te yer alan düzenlemede ise ilgili bilgilendirme bakımından bir standart

²¹ Atamer (n 1) 69; Yılmaz (n 4) 92; Çabri (n 4) 502.

²² Atamer (n 1) 69; Dehn (n 7) 222.

²³ ATAD, CA Consumer Finance SA v Ingrid Bakkaus, Charline Bonato, née Savary, Florian Bonato kararında bilgilendirmenin yapıldığına dair ispat yükünün kimde olduğunun Direktif'te açıkça düzenlenmediğine dikkati çekmiştir (Para 22). Öte yandan ispata ilişkin kuralın bir iç hukuk meselesi olduğunu belirtmişse de usuli özerklik kapsamında kalan usul hukuku kurallarının AB hukukundan doğan hakların kullanılmasını engelleyemeyecek veya imkânsızlaştırmayacak düzenlemeler olması gerektiğini belirtmiştir (Nr. 23- 25). Case C- 449/13 *CA Consumer Finance SA v Ingrid Bakkaus, Charlie Bonato, née Savary, Florian Bonato* [2014] <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62013CJ0449>> Son Erişim Tarihi 11.02.2024.

²⁴ Çabri, (n 4) 502. İlgili durumun ele alındığı Bakkaus kararında, Mahkeme sözleşme öncesi bilgilendirmenin tam ve doğru şekilde yapıldığına dair ispat yükünün kredi verenin ve varsa kredi aracısının üzerinde olduğuna hükmetmiştir (Para. 32, Para. 50(1)).

oluşturmak ve tüketicinin bu yolla diğer kredi imkânlarını da rahatça karşılaştırmasını sağlamak açısından üye devletlerde kullanılmak üzere standart formlar sunulmaktadır. AB hukuku kapsamında da yapılması gereken bu bilgilendirmelerin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı kullanılarak yapılması ve bu yolla da ihtiyaç duyduğunda erişebilme imkânına sahip olması gerekmektedir (m. 5/f.1). Bununla birlikte 2023/2225 sayılı AB direktifi başlangıç kısmında şekle ilişkin sözleşme öncesi bilgilendirme formunun bir akıllı telefon ekranına sığacak şekilde olması gerektiğini önermektedir (N37). Bu sayede tüketicinin tüm bilgileri tek bir sayfada görmesi mümkün olmakta ve bütüncül bir bakış altında diğer tekliflerle karşılaştırması daha kolay olmaktadır.

Bu noktada, kredi verenin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmesi ile bağlantılı olarak, kredi sözleşmesine eklenen ve tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirme formunu aldığına dair bir şartın ispat yükünü tersine çevirip çevirmeyeceği değerlendirilmelidir. Konu ile ilgili olarak ATAD'ın da değindiği gibi kredi sözleşmesine eklenen böyle bir şart, yalnızca kredi verenin sözleşme öncesi bilgilendirme formunu tüketiciye teslim ettiğine dair eyleminin yerine getirildiğine bir kanıt olabileceksin de, tüketicinin gerçekten aydınlatıldığına, sözleşme öncesi bilgilerin tam ve doğru bir şekilde sağlandığına dair bir kanıt oluşturmamaktadır²⁵.

2. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğünün İçeriği

Tüketici kredilerinde yapılacak ön bilgilendirmenin içeriği TKSŞ. m.6 ve TKSŞ. m.7'de tüketicinin kullanmak istediği kredinin belirli ya da belirsiz süreli olmasına göre bir ayırım yapılarak ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Buna göre hem belirli süreli hem de belirsiz süreli kredi sözleşmeleri bakımından tüketiciye verilmesi gereken bilgiler, kredi verenin kimliğine ilişkin bilgiler, aylık faiz oranı, tüketicinin temerrüde düşmesinin sonuçları, gecikme halinde uygulanacak faiz

²⁵ CA Consumer Finance Sa v Ingrid Bakkaus, C-449-13, Para. 32 ve Para. 50 (2).

oranı, sigorta yapılmasına ilişkin şartlar, varsa teminatlar ile ilgili bilgiler gibi ortak bilgilerdir. Bunların yanında kredinin türüne bağlı olarak değişen bilgiler de yer almaktadır. Örneğin belirli süreli kredi sözleşmeleri için sözleşmenin süresi, toplam tutarı, tüketicinin istediği miktar ve süreye göre hesaplanmış kredinin tüketiciye bütün maliyetini gösteren örnek bir plan, tüketicinin cayma hakkı ve kredi bir bağlı kredi ise satıcı veya sağlayıcıya ilişkin bilgiler gibi bilgiler yer almalıdır. Belirsiz süreli krediler bakımından da tüketicinin fesih imkânı, akdi faiz oranının değişmesi halinde izlenecek yol gibi bilgiler yer almaktadır. Hem belirli süreli hem de belirsiz süreli kredi sözleşmesinde standart olarak aranan bu bilgilerden özellikle tüketici bakımından ayrı bir önem taşıyan nokta tüketicinin kredi sözleşmesi kapsamında ödemek zorunda olduğu akdi faiz ve yıllık faiz oranlarıdır. Tüketici bu yolla kredinin kendisine yükleyeceği gerçek maliyeti ancak bu kalemlerin doğru bir şekilde gösterilmesi ve hesaplanması halinde görebilmektedir²⁶.

TKSY’de özellikle belirli süreli kredileri bakımından dikkat çeken nokta tüketiciye sunulması beklenen bilgilerin soyut, genel bir kredi teklifi değil; esasen somut bir ihtiyaca cevap verebilecek bilgileri içeren bir belge olması gerektiğidir²⁷. Bu bakımdan TKSŞ m.6/1/g’de tüketicinin kullanmak istediği kredi tutarı ve geri ödemek istediği vade süresi göz önüne alınarak bir ödeme planı çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi tüketici ancak bu yolla kredinin kendisi için maliyetini gerçekçi bir şekilde görebilmektedir.

Görüldüğü üzere tüketiciye yapılması gereken sözleşme öncesi bilgilendirmenin

²⁶ Mustafa Alper Gümüş, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C.1 Madde 1-46 (2014 Vedat Kitapçılık) 182; Baysal (n 7) 295; Atamer (n 1) 62-63.

²⁷ Atamer (n 1) 70. Esasen AB hukuku kapsamında tüketiciye sunulması gereken sözleşme öncesi standart formlarda da tüketicinin talep etmesi halinde kurmak istediği kredi sözleşmesine ilişkin bir taslak verilmesi gerektiği yer almaktadır.

kapsamı oldukça geniş düzenlenmiştir. Bu bakımdan yöneltilebilir bazı eleştiriler bulunmaktadır. Bunlar temelde, tüketici açısından özellikle sözleşme henüz kurulmadan önem arz eden noktaların iyi tespit edilmesi gerektiği yönündedir. Tüketicie sunulan bilgiler arttıkça bunların tüketici açısından daha az dikkat çekmesi söz konusu olduğundan²⁸ verilecek bilgilerin ayıklanması gerektiği ve kredinin maliyetini gösteren bilgiler ile kredinin ödenmemesi halinde ortaya çıkacak hukuki sonuçları gösteren bilgilerin ayrı ayrı verilmesi gerektiği haklı olarak savunulmaktadır²⁹.

Tüketicie sunulması zorunlu bilgiler dışında kredi verenin kendi inisiyatifi veya tüketicinin isteği üzerine bunlardan farklı bilgilerin de sunulması mümkündür. Ancak bu bilgilerin ayrı bir form üzerinde sunulması gerekmektedir (TKSY m. 6/3).

3. Sözleşme Öncesi Bilgilendirme Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği

Sözleşmenin henüz kurulmadığı, sözleşme görüşmelerinin yapıldığı bu aşamada yer alan bilgilendirme yükümlülüğünün temelinde yatan mantık, esasen sözleşme yapmak amacıyla bir araya gelmiş kişiler bakımından ortaya çıkan özen gösterme, aydınlatma³⁰ ve koruma yükümlülüğüdür. Sözleşme görüşmelerinin başlaması ile birlikte taraflar birbirlerinin hukuk alanına müdahale etme imkânı yakalamaktadır. İşte bu noktada taraflardan her biri, karşı tarafın kendi malvarlığı

²⁸ Burada esasen verilen bilgilerin kapsamının aşırı artması nedeniyle bireylerce bunların önemsenmediğini ortaya koyan çalışmalar bulunmaktadır. Atamer ve Sanlı (n 8) 32. Sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada verilmesi gereken bilgilerin tüketicinin kredi maliyeti ve risklerini anlamasına yardımcı olacak sade bir şekilde düzenlenmesi gerektiği, geriye kalan hususlardaki bilgilendirmenin işlevsiz olacağı yönünde Bkz. Atamer (n 1) 72-73.

²⁹ Atamer (n 1) 73.

³⁰ Esasen bu noktada konumuz bakımından var olan aydınlatma yükümü sözleşme görüşmelerinde ortaya çıkan ve ifa menfaatine yönelen bir aydınlatma (bilgi verme) yükümüdür. Aydınlatma yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özge Erbek, 'Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları' (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE 2010) 75 vd.

ve bütünlük değerlerine zarar vermeyeceğine ilişkin bir güven duyar³¹. Bu temasa dayalı güvenin temel kaynağını dürüstlük kuralı oluşturur³². Bu noktada doktrinde edim yükümlüğünden bağımsız borç ilişkisi olarak ifade edilen bir sorumluluk kaynağı doğmaktadır^{33 34}. Kurulmasına niyet edilen kredi sözleşmesi de bu aşamada henüz hukuken bir varlık kazanmadığından ortada bu bilgilendirme yükümlülüğünü dayandırabileceğimiz somut bir edim ilişkisi yoktur³⁵. Çünkü sözleşme görüşmeleri sözleşmenin kendisinden ayrı, bağımsız bir alandır³⁶. Ancak Kanun koyucu tüketicinin özel durumunu dikkate alarak, henüz sözleşmenin kurulmasından önceki aşamadaki bu koruma yükümlülüğünü, kredi veren bakımından ayrıntılı şekilde düzenleme altına aldığı somut bir davranış şekli ile TKHK m. 23'te kanun düzeyinde kredi verene yüklemiştir³⁷.

³¹ Rona Serozan, 'Culpa in Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi', (1968) 2 (3), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 108, 122; Cem Baygın, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", (2000) 4 (1-2) AÜEHFD 345, 361; Huriye Reyhan Demircioğlu, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu) (Yetkin Yayınları 2009), s. 129; Davut Gürses, Banka Genel Kredi Sözleşmesi (On iki Levha Yayıncılık 2018) 230.

³² Eren (n 9) 45.

³³ Serozan (n 31) 119; Eren (n 9) 43; Demircioğlu (n 31) 128.

³⁴ Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi, sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurlu davranışlarla verilen zararın tazmin edilmesini sağlayan, Culpa in Contrahendo sorumluluğunun da dahil olduğu bir üst başlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Culpa in Contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında bkz. Demircioğlu (n 31) 133 vd. Ancak doktrinde Culpa In Contahendo sorumluluğunun özel ve bağımsız bir sorumluluk olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Ümit Gezder, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa In Contrahendo Sorumluluğu (Beta Yayınevi 2009) 108.

³⁵ Eren (n 9) 43. Bu noktada henüz sözleşme görüşmeleri aşamasında olan taraflar bakımından korunması gereken edim yükümlülükleri bulunmadığı yönünde bkz. Gürses (n 31) 232.

³⁶ Mustafa Arıkan, 'Culpa in Contrahendo Sorumluluğu' (2009) 17 (1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 72.

³⁷ Esasen kredi sözleşmeleri bakımından getirilen bu ön bilgilendirme yükümlülüğüne ilişkin yapılan ilk kanun düzeyinde düzenleme ABD'de 1968 senesinde Truth In Lending Act (TILA) düzenlemesi ile yapılmıştır. Söz konusu kanun kredi verenlerin kredi işlemi yaparken bazı bilgileri kredi alana açıklamasını zorunlu kılan bir düzenlemedir. Daha fazla bilgi için bkz: Elwin Griffith, 'Lenders and Consumers Continue the Search for the

Sözleşme müzakereleri esnasında gerçekleşmesi beklenen bu dürüst davranış sayesinde tüketici yapmak istediği sözleşme bakımından gerekli bütün bilgileri elde edip sözleşmeyi yaparken kendisi için en doğru en makul kararı verme imkânına sahip olabilecektir. Bu sayede de kredi piyasası bakımından gerekli olan doğru davranış şekli güvence altına alınmış olacaktır. Bu karar bazen söz konusu bilgilendirme sayesinde sözleşmeyi kurmaktan vazgeçmek, bazen de kendisi için daha cazip şartlar içeren başka bir kredi verenin teklif ettiği sözleşmeyi kurmak şeklinde gerçekleşebilecektir³⁸. Bu durumda sözleşme görüşmeleri esnasında tüketicinin kendisi bakımından doğru bir karar vererek korunmasına neden olmaktadır.

Tüketicinin sözleşme öncesi bilgilendirilmesi, onun söz konusu sözleşme ile bağlanmadan önce kendisine yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı üzerinde sunulmuş teklifi ayrıntılı olarak değerlendirme ve diğer kredi verenlerden gelen tekliflerle karşılaştırma amacına yönelmektedir³⁹. Tüketici ancak bu şekilde bir bilgilendirilme sayesinde kendisine sunulan tekliflerden en uygun olanını seçme imkânını yakalayabilecektir⁴⁰.

Sözleşme öncesi bilgilendirme formunun da hukuki açıdan bir öneri olup olmadığını ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Formda sunulan bilgiler ve tüketici kredisi sözleşmelerini düzenleyen TKHK m. 22'yi birlikte ele alıp bir karara varmak yerinde olacaktır. TKHK m. 22/ f. 1'de tüketici kredisi

Truth in Lending under the Truth in Lending Act and Regulation Z', (2007) 44(3) San Diego Law Review 611, 611.

³⁸ Atamer, Sanlı (n 8) 293.

³⁹ Atamer (n 1) 67; Çabri, (n 4) 497.

⁴⁰ Aydınlatma yükümlülüğünün esasen sözleşme özgürlüğünün temin edilmesi bakımından da önemli bir yönü bulunmaktadır. Kanunun gerektirdiği gibi kapsamlı bir şekilde aydınlatılmış olan tüketici tamamen özgür iradesi ile sözleşmeyi kurma ya da kurmama yönünde karar vermektedir. Bu durum da tüketici bakımından sözleşme özgürlüğünün bir görünümü olan sözleşme yapıp yapmama kararına etki etmektedir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Erbek (n 30) 82.

tanımlanmaktadır. İlgili tanımdan yola çıkarak tüketici ve kredi verenin asli edimleri kredi veren bakımından nakit para ödücü, ödeme ertelemesi veya benzeri bir yol ile tüketicinin finansal olarak desteklenmesi iken tüketicinin asli edimi de bunların karşılığında faiz veya başka türlü bir maddi menfaati kredi verene kazandırmaktır⁴¹. Sözleşme öncesi bilgilendirme formunda yer alan bilgilerde de kredi verenin kullanıacağı nakit paranın miktarının ve tüketicinin ödeyeceği faiz miktarının gösterilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan kanaatimizce ilgili formun kredi sözleşmesi açısından bir öneri niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

4. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Gereken Zaman

Bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi için bilgilendirme formunun sözleşme kurulmadan makul bir süre önce tüketiciye sunulması gerekmektedir (TKHK. m. 23). Direktif m. 5/ 1’de yer alan düzenleme incelendiğinde orada da belirli bir zamanın belirtilmeyip “in good time before” şeklinde uygun bir zaman öncesinde gibi bir kavramın kullanıldığı görülmektedir. Her iki düzenlemede de belirli bir zamana işaret edilmeyip makul bir zaman üzerinde durulduğundan, makul süre kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Konu ile ilgili doktrinde birbirinden farklı fikirler yer almakta ve savunulan görüşlerden birinde sözleşme kurulmadan en az bir iş günü önce yapılan bilgilendirmenin makul süre kapsamında olduğu ifade edilmektedir⁴².

İleri sürülen diğer bir görüş ise, makul sürenin somut olay dikkate alınarak belirlenmesi gerektiğidir⁴³. Bu bakımdan söz konusu tüketici kredisini kurmak

⁴¹ Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (Seçkin Yayınevi 2016) 228 vd.

⁴² Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, Tüketici Hukuku Dersleri (Adalet Yayınevi 2021) 421.

⁴³ Zevkliler ve Özel (n 41) 244; Burak Özen, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkına Kanun Çerçevesinde Tüketici Kredileri’ iç Hakan Tokbaş ve İsa Döner (edr), 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları

isteyen tüketicinin sakin bir şekilde kendisine sunulan bu kredi teklifini düşünebilmesi, diğer tekliflerle karşılaştırabilmesi, kendi içinde değerlendirme ve sonra da uygun olan kararı verme aşamalarından geçtiği ve bu aşamalar göz önünde tutularak makul bir sürenin hesaplanması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁴.

Son olarak ileri sürülen bir diğer görüş ise, tüketicinin kendisine sunulan teklifi diğer kredi verenlerin teklifleri ile karşılaştırabilmesine imkân verebilecek sürenin makul süre olacağı yönündedir. Bu bakımdan tüketiciye verilecek 3-4 günlük süre makul kabul edilebilecektir⁴⁵.

Bize göre de, makul sürenin tespitinde somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerekmektedir. Kredi sözleşmeleri bakımından özellik arz eden husus kredinin miktar olarak büyüklüğü, kaç taksit halinde geri ödeneceği ve tüketicinin ödeme gücü hususları olduğundan düşük miktarda bir kredi için bir günlük düşünme süresi yeterli olabileceken, daha yüksek miktarlar için süre daha uzun belirlenmelidir. Ancak her iki durumda da tüketicinin ödeme gücü ve mali durumunun da dikkate alınması gerekmektedir.

2008/48 Sayılı AB direktifini değiştiren 2023/2225 sayılı AB direktifi bu konuda getirdiği bir hükümle konuyu açıklığa kavuşturmuş gibidir. 2023/2225 sayılı Direktif esasen sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünü düzenleyen 5. maddedeki “*in good time before*” ifadesini korumaktadır. Ancak, 2023/2225 sayılı Direktif m.10/ 1’in ikinci paragrafında, kredi sözleşmesinin bir günden daha kısa bir süre önce sağlanmış olduğu durumlarda, kredi verene tüketicinin kredi sözleşmesinden cayma hakkının olduğunu ve hakkın kullanılması için izlemesi gereken yolu açıklayan bir hatırlatma gönderme yükümlülüğü altıdadır.

(Bilge Yayın Evi 2015) 19; Baysal, (n 7) 296.

⁴⁴ Baysal, (n 7) 296; Dehn (n 7) 223.

⁴⁵ Atamer (n 1) 71; Cüneyt Bellican, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Bilgilendirme Yükümlülüğünün değerlendirilmesi’, (2017) 16 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 305, 311.

Bu hatırlatma tüketicinin tercihine göre, kâğıt ile veya kalıcı veri saklayıcısı ile kredi sözleşmesinin akdedilmesinden itibaren 1-7 gün içerisinde yapılmalıdır. Bu düzenlemeden yola çıkılacak olursa kabul edilebilir ki, ön bilgilendirmenin üzerinden 24 saat geçmeden de kredi sözleşmesi yapılmasının önünde bir engel yoktur.

5. Bilgilendirme Yükümlülüğünü Yerine Getirmesi Gereken Kişi

TKHK ve ilgili Direktif'te tüketiciye karşı sözleşme öncesi bilgilendirme borcunu yerine getirecek kişi esasen kredi veren veya kredi aracılarıdır. Bilgilendirme yükümlülüğü altında olan kredi aracısı TKSŞ m. 4'te yer alan tanımlar başlıklı hükümde tanımlanmaktadır. İlgili düzenleme Direktif ile uyumlu bir şekilde kaleme alınmıştır. Buna göre, kredi aracısı *“Ticari veya mesleki amaçlarla tüketicilere kredi sözleşmesi sunan veya teklif eden, kredi sözleşmeleri için hazırlık çalışmaları yaparak tüketicilere yardım eden ya da kredi veren adına tüketicilerle kredi sözleşmesi kuran gerçek ya da tüzel kişiyi...”* şeklinde tanımlanmaktadır. Öte yandan bağlı krediler özelinde, özellikle kredi sözleşmesinin yapılmasında satıcı veya sağlayıcının sözleşmenin yapılmasına yardımcı olarak katıldığı durumlarda TKSŞ m. 8'de bu kişilerin sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünden muaf tutulduğu kabul edilmiştir⁴⁶. Aynı düzenleme Direktif m.7'de de yer almakta ve ilgili hükümde krediye aracılık eden satıcı veya sağlayıcılar ön bilgilendirme yükümlülüğünden muaf tutulmaktadır. Her ne kadar, sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü hem kredi verene hem de kredi aracısına yüklenmiş olsa da bu kredi aracısı vasıtasıyla kredi

⁴⁶ Aynı yönde bkz. Mahmut Yılmaz, Ekrem Kurt, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Kredi Sözleşmesinin Kurulması' (2018) 4 (1) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 129. Ancak belirtilmelidir ki, doktrinde henüz ilgili Yönerge'nin çıkmasından önce kredi verenin temsilcisi olarak hareket eden satıcı veya sağlayıcının TKHK m. 23'te ifade edilen kredi aracısı olduğundan bu bilgilendirme yükümlülüğünün onun tarafından yerine getirileceği de ileri sürülmektedir. Söz konusu görüş için bkz: Gümüş (n 26) 184.

sözleşmesinin kurulduğu durumlarda tüketicinin iki defa bilgilendirileceği anlamına gelmemekte; kredi veren ve kredi aracısının ortak bir bilgilendirme yükümlülüğü altında olduğunu göstermektedir⁴⁷.

Öte yandan belirtilmek gerekir ki, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada yer alan bu ön bilgilendirme yükümlüğünü yerine getiren kredi veren buna dayanarak tüketiciyi kredi sözleşmesini kurmaya zorlayamaz⁴⁸. Ancak söz konusu sözleşme öncesi bilgi formunun kredi veren bakımından bağlayıcı nitelikte olduğunu ve kredi verenin bu bağlayıcı formlar üzerinde yalnızca kendi iradesi ile değişiklik yapamayacağını kabul etmek gerekir⁴⁹. Sunulan bu ön bilgilendirme formunun niteliğinin bir öneri olduğunu kabul ettiğimizden vardığımız bu sonuç mecburi bir sonuçtur. Çünkü kredi veren tarafından tüketiciye yöneltilen bu form kredi sözleşmesinin kurulabilmesi için gerekli esaslı unsurları bünyesinde barındırmaktadır⁵⁰.

⁴⁷ Dehn (n 7) 221.

⁴⁸ Baysal (n 7) 299.

⁴⁹ Çabri (n 4) 502-503; Atamer (n 1) 70.

⁵⁰ Çabri, (n 4) 503. Bu noktada değinilmesi gereken bir husus da 5582 Sayılı kanun döneminde çıkarılan Yönetmelik'in 5. maddesidir. Söz konusu düzenleme, bilgilendirme kapsamında yer alan bilgilerin konut finansmanı bakımından bağlayıcı nitelikte olduğunu ifade etmektedir. İlgili düzenlemeye yöneltilen eleştiriler mevcuttur. Söz konusu eleştiri bu düzenlemenin yalnızca tüketiciyi bilgilendirme amacı taşıdığı ve bu nedenle bağlayıcı olamayacağı yönündedir. Buna bağlı olarak da ilgili Yönetmelikte yer alan düzenlemenin esasen 5582 Sayılı Kanun ile verilmeyen bir yetkinin kullanılması niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir. Öte yandan konut finansman kuruluşu bakımından ifade edilen bu bağlayıcılığın, bilgilendirme formunu bir öneri düzeyine taşıyacağı ve bunun da ancak Kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Seza Reisoğlu, 'Konut Edinme Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları', (2007) 61 Bankacılar Dergisi 75, 82. Öte yandan, doktrinde de ifade edildiği üzere, söz konusu bilgilendirmenin bir bağlayıcılığının olmaması, sözleşme öncesi bilgi verme zorunluluğunu anlamsız hale getirecektir. Bkz. Çabri, (n 4) 502, dn.9. Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus, öneri niteliğindeki irade beyanının bağlayıcı olmasının mutlaka kanunda düzenlenmesi gerekmediğidir. Söz konusu hem 5582 S. Kanuna dayalı çıkarılan yönetmelikte hem de 6502 sayılı TKHK'a dayalı olarak çıkarılan TKSY'de yer alan bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında verilmesi gereken bilgiler incelendiğinde bir kredi sözleşmesinin kurulması için gerekli esaslı unsurların bu formların içeriğinde yer aldığıdır. Bu nedenle söz konusu bağlayıcılık Yönetmelik veya

6. Bilgilendirme Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Halinde Uygulanacak Yaptırım

Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin idari yaptırımı TKHK m. 77'de düzenlendiği üzere sözleşme başına 200 TL şeklinde öngörülmüştür⁵¹.

Sözleşme öncesi bilgilendirmenin gereği gibi yapılmamasının sözleşmenin geçerliliği üzerine etkisi değerlendirildiğinde, bu yükümlülüğün ihlalinin sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı, bu şekilde bir yaptırımın ağır ve ölçüsüz olduğu ve bilgilendirmeye ilişkin eksikliğin TKHK m. 4 uyarınca, kredi veren tarafından derhal giderilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵².

Ancak, kredi verenin eksikliği gidermesi halinde de bir zararın meydana geldiği durumlarda, yükümlülüğün gereği gibi ifa edilmemesi, kredi verenin koruma yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle culpa in contrahendo kaynaklı tazminat sorumluluğunu doğurabilmektedir⁵³.

Buna karşılık, sözleşme öncesi bilgilendirmenin yapıldığı zamanın bir kesin vade gibi değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürülen yazarlar konuya bilgilendirme yükümlülüğünün zamanına verilen önemden yola çıkarak burada bir kesin vade olduğunu savunmakta ve sözleşme öncesinde yapılmayan bilgilendirmenin sonraki bir zaman diliminde ifasının mümkün olmadığını dolayısıyla bu durumun

Kanun düzeyinde belirtilmese de işin doğası gereği mevcuttur.

⁵¹ Kanunda öngörülen sözleşme başına 200 TL idari para cezasının, kredi verenin birden fazla sözleşme akdettiği göz önüne alındığında uygun ve caydırıcı olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Baysal (n 7) 298. Ancak, ilgili Direktifi iç hukukuna aktaran Avusturya Kanun Koyucusu, Avusturya Tüketici Kredisi Kanunu m. 28'de bilgilendirmenin hiç yerine getirilmemesi veya yerine getirilse bile eksik veya hatalı yerine getirilmesi halinde uygulanacak para cezası yaptırımının üst sınırını 10.000 Euro olarak belirlemiştir.

⁵² Baysal (n 7) 297; aynı yönde Yılmaz (n 4) 178.

⁵³ Atamer (n 1) 11.

bir imkânsızlığa yol açtığını kabul etmektedir⁵⁴.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş ise bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin esnek geçersizlik sonucunu doğuracağını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, sözleşme öncesi bilgilendirmenin gereği gibi yerine getirilmemesi sözleşme görüşmelerinden meydana gelen kusurdan dolayı sorumluluğu doğurabilmektedir. Sözleşme görüşmelerinde tüketiciye eksik, yanlış veya hiç bilgi verilmemesi ve bunun sonucunda da bir zararın doğması halinde kredi veren sözleşme görüşmelerindeki bu kusurlu davranışından dolayı sorumlu tutulabilmektedir⁵⁵.

TKHK'da açık bir şekilde kredi verene yüklenen sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğünün kredi veren tarafından hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi halinde, bu durumun tüketici açısından aldatma hile teşkil edeceği ve bu nedenle tüketicinin sözleşmeyi iptal edebilmesi mümkündür⁵⁶.

SONUÇ

Kredi sözleşmelerinde tüketicinin özgür iradesinin kredi sözleşmesine yansımaları temin edebilmek ve sağlıklı bir şekilde işleyen bir kredi pazarının oluşmasını sağlamak için tüketicinin yapmak istediği işlemle ilgili olarak bilgilendirilmesi oldukça önemlidir. Bu bakımdan karışık hesaplamaların ve tüketicinin sözleşmenin kuruluşu aşamasında ihtiyaç duymayacağı bilgilerin yer aldığı form yerine, sade, açık yalnızca gerekli bilgilerin yer aldığı bir formun verilmesi yeterlidir. Öte yandan ön bilgilendirme formunun sözleşmenin kurulmasından ne kadar vakit önce verilmesi gerektiği kanaatimizce asgari bir süreye bağlanmalıdır. Son olarak da, ön bilgilendirmenin önemine binaen bu konuda kredi verenler üzerinde bir baskı oluşturmak amacıyla sözleşme başına

⁵⁴ Yılmaz (n 4) 178.

⁵⁵ Dehn (n 7) 225; Yılmaz (n 4) 257.

⁵⁶ Oğuzman ve Öz (n 9) 110.

uygulanması gereken idari para cezasının her sene gözden geçirilerek arttırılması gerektiğini düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

Akipek Ş, ‘m. 23 Şerhi’ iç Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (edr), Milli Şerh (Aristo Yayınları 2016).

Arıkan M, ‘Culpa In Contahendo Sorumluluğu’ (2009) 17 (1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 69, 89.

Aslan İY, Tüketici Hukuku (6. Bası, Ekin Yayınevi 2022).

Atamer Y ve Sanlı KC, ‘Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları’, (2010) 26 (4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 17, 60.

Atamer Y, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması (On İki Levha Yayınevi 2016).

Aydoğdu M ve Kahveci N, Tüketici Hukuku Dersleri (Adalet Yayınevi 2021).

Baygın C, ‘Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması’ (2000) 4 (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 345, 377.

Baysal B, ‘Tüketici Kredisi (md. 22-31)’ iç M. Murat İnceoğlu (ed), Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (On İki Levha 2015).

Bellican C, ‘6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Bilgilendirme Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi’, (2017) 16 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 305, 340.

Çabri S, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2021).

Dehn W, ‘Verbrauchercredite’ iç Peter Apathy, Gert Michael Iro, Helmut Koziol

(edr), Österreichisches Bankvertragsrecht: Band IV: Kreditgeschäft (2. Auflage Verlag Österreich 2015).

Demircioğlu HR, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu) (Yetkin Yayınevi 2009).

Erbek Özge, "Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları" (Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi SBE, 2010).

Ercoşkun Şenol K, Türk Borçlar Hukukunda Hilenin Münferit Uygulama Alanları, (2013) 17 (4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81, 116.

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26. Bası, Yetkin Yayınları 2021).

Garcia Porras CI ve van Boom WH, 'Information Disclosure in the EU Consumer Credit Directive: Opportunities and limitations', iç James Devenney ve Mel Kenny (edr), Consumer Credit, Debt and Investment in Europe (Cambridge 2012).

Gezder Ü, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa In Contrahendo Sorumluluğu (Beta Yayınevi 2009).

GRIFFITH Elwin, "Lenders and Consumers Continue the Search for the Truth in Lending under the Truth in Lending Act and Regulation Z", (2007) 44 (3) San Diego Law Review 611, 676.

Gümüş MA, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi Cilt I (Madde: 1-46) (Vedat Kitapçılık 2014).

Gürses D, Banka Genel Kredi Sözleşmesi (On İki Levha Yayıncılık 2018).

Hartmann S, 'Die vorvertraglichen Informationspflichten und ihre Verletzung - Klassisches Vertragsrecht und modernes Konsumentenschutzrecht' (2001) (201),

- Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz 3, 23.
- Martens S, 'BGB § 13' iç Hau/Poseck (edr), Bercher Online Kommentar zum BGB (68. Bası, C. H. Beck 2023).
- Oğuzman K, ve Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (16. Bası, Vedat Kitapçılık 2018).
- Özen, B, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkına Kanun Çerçevesinde Tüketici Kredileri' iç Hakan Tokbaş ve İsa Döner (edr), 6502 Sayılı Kanun'a Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Bilge Yayın Evi 2015).
- Özen, B, 'm. 4 Şerhi' iç Hakan Tokbaş ve Özlem Tüzüner (edr), Milli Şerh (Aristo Yayınları 2016).
- Reisoğlu, S, 'Konut Edine Amaçlı Konut Finansmanı Sözleşmeleri ve Uygulama Sorunları' (2007) 61 Bankacılar Dergisi 75, 84.
- Serozan R, 'Culpa İn Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi', (1968) 2 (3) İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 108-129.
- Yılmaz A, Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmesi (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Yılmaz M ve Kurt E, '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Tüketici Kredi Sözleşmesinin Kurulması' (2018) 4 (1), İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 136.
- Zevkliler A ve Özel Ç, Tüketicinin Korunması Hukuku-Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (Seçkin Yayınevi 2016).

İNTERNET KAYNAKLARI

<<https://www.beck-online.beck.de/Home>>

<<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>>

<www.lexpera.com.tr>



HALKI YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA SUÇUNA İNTERNETTE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE HABER VERME HAKKI PERSPEKTİFİNDEN BİR DEĞERLENDİRME

Mehmet Bahadır POLAT

Araştırma Makalesi

Kırklareli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, Arş. Gör., Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, mpolat@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3963-4898.

ÖZET

İfade özgürlüğü hem 1982 Anayasası hem de AİHS’de düzenlenmiş olan temel hak ve özgürlüklerden biridir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılması, ancak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin kurallara uygun olarak yapılabilir. Kamu otoritesi; çoğunluğun tasvip etmediği, onlar açısından şok edici olsa da bireylerin ifade özgürlüğü ile bunun kapsamında olan bilgi alma ve verme hakkını korumalıdır. Gereğesinde internet ve sosyal medya hedeflenerek hazırlandığı belirtilen “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma” (TCK m.217/A) başlıklı yeni bir suç, ihdas edilmiştir. Bu suç, özellikle suçun konusunu oluşturan “gerçeğe aykırı bilgi” açısından ifade özgürlüğünü zedeleyici bir konumdadır. Düzenlemedeki elverişlilik şartı ile saikin tespiti hususunda da sorunlu bir durum söz konusudur. Ceza yaptırımını içeren kanun metinlerinin tartışmaya mahal vermeyecek şekilde açık olması gerekir. Aksi durumda demokratik toplumun temelini oluşturan ifade özgürlüğü zedelenbilir.

ANAHTAR KELİMELER: İfade Özgürlüğü, İnternet, Sosyal Medya, Yanıltıcı Bilgi, Gerçeğe Aykırı Bilgi, Ceza Yaptırımını, Haber Verme Hakkı

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

DOI: 10.62124/kluhd.1440770.

AN EVALUATION OF THE OFFENCE OF PUBLICLY DISSEMINATING MISLEADING INFORMATION FROM THE PERSPECTIVE OF FREEDOM OF EXPRESSION AND THE RIGHT TO INFORM ON THE INTERNET

Mehmet Bahadır POLAT

Research Article

Kırklareli University, Institute of Social Sciences, Public Law PhD Programme Student, Research Assistant, Kırklareli University Faculty of Law, Department of Public Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, mpolat@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3963-4898.

ABSTRACT

Freedom of expression is one of the fundamental rights and freedoms regulated in both the 1982 Constitution and the ECHR. Freedom of expression can only be restricted in accordance with the rules on the restriction of fundamental rights and freedoms. The public authority should protect individuals' freedom of expression and their right to receive and impart information, even if it is not approved by the majority and may be shocking for them. A new offence titled "Publicly Disseminating Misleading Information" (Article 217/A of the TPC), which is stated in its preamble to have been prepared by targeting the internet and social media, has been introduced. This offence is in a position to harm the freedom of expression, especially in terms of "false information" that constitutes the subject of the offence. There is also a problematic situation with regard to the determination of the condition of convenience and motive in the regulation. Legal texts containing criminal sanctions must be clear in a way that does not leave room for debate. Otherwise, the freedom of expression, which constitutes the basis of democratic society, may be harmed.

KEYWORDS: Freedom Of Expression, Internet, Social Media, Misleading Information, False Information, Criminal Sanction, Right To Inform

GİRİŞ

İnternet yalnızca teknolojik bir ürün olmayıp hayatımızı derinden etkileyen bir araç haline gelmiştir. Başlangıçta tek taraflı sabit bir bilgi sağlayıcı olan internet, daha sonra interaktif bir saha haline gelerek kendi içerisinde dönüşüme uğramıştır. “Web 2.0” olarak da anılan bu dönemde sosyal ağlar büyümeye, bireyler de internet vasıtasıyla birbirleriyle etkileşime girmeye başlamıştır¹. Yakın döneme kadar radyo, televizyon ve gazete gibi geleneksel basın araçlarıyla bilgiye erişim tek taraflı olarak mümkün olmuştur. Oysa günümüzde internet ve özellikle sosyal medya üzerinden kullanıcıdan kullanıcıya, karşılıklı olarak yoğun bir bilgi akışı söz konusudur. Bu yoğun bilgi akışının getirdiği sakıncalardan biri de manipülatif bilgilerdir. Manipülatif bilgi ile mücadele hususunda denetim sağlamak, internetin yapısı ve anonimliği sebebiyle zor olmakla birlikte, bu görev mümkün mertebe devlete düşmektedir. Yalnızca yanıltıcı bilgi ile mücadele değil; kişi özgürlüğü ve güvenliğinin internet üzerinde sağlanması da önem arz etmektedir. Bunun için idari denetimin geleneksel basın araçlarında olduğu gibi internet üzerinde de sağlanması gereklidir. Ancak bu

¹ Graham Cormode ve Balachander Krishnamurthy, ‘Key differences between Web 1.0 and Web 2.0.’ (2008) 13 (6) First Monday <<https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/2125/1972>> Son Erişim Tarihi: 11.11.2023.

denetim ve müdahale gerçekleştirilirken bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalede aşırıya gidilmemesi; yasama ve yürütme organlarının daima uyması gereken bir prensiptir.

Devletin “yanıltıcı” bilgi ile mücadele kapsamında verdiği tepki, ifade özgürlüğü bağlamında bazı problemlere yol açabilir. İfade özgürlüğü, sınırları olmayan bir insan hakkı değildir. Ancak devletin ifade özgürlüğünü sınırlarken dikkatli davranması gerekir. Nitekim gerçekleştirilen müdahaleler, yeni müdahaleleri doğuracak bir sürecin başlangıcı olabilir. Bu noktada Anayasa m. 13, 14 ve 15 hükümlerine riayet edilmesi; ifade özgürlüğü bakımından da gereklidir. Nesnel kriterler, bir hakkın sınırlanmasında önemli olsa da sınırlamanın amaca uygun olması da gerekir. Bu noktada AİHM ve AYM yüksek mahkeme içtihatlarının özellikle önem taşıdığı belirtilmelidir.

Devletin manipülatif bilgiye karşı tepkilerinden biri de yaptırım uygulamaktır. Hukukumuzda yaptırım türlerinden biri de son çare (*ultima ratio*) olarak uygulanan ceza hukuku yaptırımlarıdır. 5237 sayılı TCK’da ifade özgürlüğünü sınırlayan birçok suç tipi mevcuttur. Bu suçlara, 5237 sayılı TCK’da yer alan “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma” başlıklı 217/A maddesi eklenmiştir.

Bu çalışmada öncelikle internet ve sosyal medya, yanlış ve yanıltıcı bilgi kavramları ile sosyal medya ve internet haberciliği konularına temas edilerek ifade özgürlüğünün internetteki farklı görünümü ele alınacaktır. Akabinde TCK m. 217/A’da düzenlenen “halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu” internette ifade özgürlüğü bağlamında irdelenecek ve son olarak ulaştığımız neticeler sonuç başlığı altında ortaya konacaktır.

I. İNTERNETTE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

İnternette ifade özgürlüğünün görünümünü ele almadan önce, internet ve sosyal medya kavramlarından bahsetmek gerekir. İnternetin dünyada yayılmaya başladığı ilk zamanlarda sosyal medyanın oluşumuna vücut veren karşılıklı

iletişim kısıtlıydı. Bu dönemde, geleneksel basın araçlarına benzer şekilde bilgi, internet kullanıcılarına tek taraflı olarak sağlanmaktaydı². İlerleyen dönemde hızla yayılan internet, tek taraflı bilgi sağlayıcı konumundan karşılıklı bilgi alışverişinin sağlandığı bir teknoloji haline gelmiştir. Nitekim sosyal medya platformları, bugün dünyada en yaygın kullanılan bilgi kaynakları arasında yer almaktadır. Günümüzde internete kolay ve pahalı olmayan erişim sayesinde sosyal medyada çok sayıda kayıtlı kullanıcının var olması, bu platformları bilgi yaymanın en kolay ve etkili yollarından biri haline getirmektedir. Salgın, doğal afet, spor etkinliği, seçim gibi büyük toplumsal olaylar sırasında insanlar, haber ve bilgi arayışı içerisine girmektedirler³. Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan bir araştırmada, yetişkinlerin %62'sinin bilgi ve haberleri tamamen sosyal medya üzerinden aldığı, %18'inin ise sıklıkla sosyal medya üzerinden bilgi ve habere ulaştığı belirtilmiştir⁴. Benzer oranların ülkemiz açısından da oluşabileceğini değerlendirdiğimizde, bugün bilginin en önemli kaynağının internet ve sosyal medya olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Buradaki kritik bir nokta, bilginin kapsamıdır. Bilgi, anlam olarak gerçeklikle eşdeğer kullanıma sahiptir⁵. Bu bağlamda yanıtlanması gereken ilk soru, düşünce açıklamaları ve değer yargılarının bilgi sayılıp sayılmayacağıdır. AİHM'ye göre bilgi ile düşünce açıklamaları ve değer yargıları arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Bilginin doğru veya yanlışlığı ortaya konulabilirken, değer

² Sibel Can ve diğerleri, 'İfade Özgürlüğü Kapsamında Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK MADDE 217/A)' (2023) 10 (33) EJSSH 57, 63.

³ Daniel A. González-Padilla ve Leonardo Tortolero-Blanco, 'Social Media Influence in the COVID-19 Pandemic' (2020) 46 (1) International Braz J Urol 120, 120.

⁴ Jeffrey Gottfried ve Elisa Shearer, 'News Use Across Social Media Platforms 2016', <www.pewresearch.org/journalism/2016/05/26/news-use-across-social-media-platforms-2016>, Son Erişim Tarihi: 13.11.2023.

⁵ Bilgi kavramı "İnsanın, toplumsal emeği ile meydana çıkardığı nesnel dünyanın yasalı ilişkilerinin, düşüncesinde yeniden üretimi" olarak tanımlanmıştır. "Mantık açısından bilgi, önergelerin ve yargıların gerçekliğe uygunluğunu dile getirir. Örneğin, "bir dörtgen, dört kenarlıdır" önermesi ve yargısı bilgidir, çünkü gerçeğe uygundur; buna karşı "bir dörtgen, üç kenarlıdır" önermesi bilgi dışıdır, çünkü gerçeğe uygun değildir.", Orhan Hançerlioğlu, 'Felsefe Ansiklopedisi: Kavramlar ve Akımlar (Cilt 1) (Remzi Kitabevi 1976) 165, 166.

yargılarının ve düşüncelerin doğruluğu veya yanlışlığı tartışılmaz. Dolayısıyla düşünce açıklamaları ve değer yargılarının objektif olarak doğru veya yanlış olarak nitelenmesi mümkün değildir. Bu bakımdan bilgi, ‘varlığı kanıtlanabilen gerçeklik’ olarak ifade edilebilir⁶. Bu noktada çalışmamızla doğrudan ilgili olduğu için ‘yanlış bilgi’ ve ‘yanıltıcı bilgi’ kavramlarından söz etmek gerekir.

A. YANLIŞ VE YANILTICI BİLGİ KAVRAMLARI

Bilgi almanın ve vermenin yüksek hızlarda gerçekleştiği internet ve sosyal medyada herkes bir şekilde bilgi paylaşımı yapabilmektedir. Bu çerçevede doğru olan bilginin yanında yanlış ve yanıltıcı bilginin de bu deryada yer bulması kaçınılmazdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yanlış bilgi ve yanıltıcı bilgi kavramları benzer kavramlardır. UNESCO; yanlış bilgi ya da mezenfermasyonu (*misinformation*), manipülatif veya kötü niyetli olmadan oluşturulmuş, doğru olduğuna inanılan fakat doğru olmayan bilgi olarak tanımlamıştır. Yanıltıcı bilgi ya da dezenformasyon (*disinformation*) ise kullanıcılara gerçek olmayan bilgiler sunarak kafalarını karıştırmaya veya onları manipüle etmeye yönelik kasıtlı girişimler olarak ifade edilmiştir⁷. Bu durumda dezenformasyon; genellikle çeşitli iletişim stratejileri, bilgisayar korsanlığı ya da bireylerin gizliliğini ihlal etme gibi bir dizi başka taktikle birleştirilir. Yanlış bilgiyi yayan ise çoğunlukla yaydığı bilginin yanlış olduğunu bilmemektedir⁸. Bunun yanında zararsız olan yanlış

⁶ Lings v Austria App no 9815/82 (ECHR, 8 July 1986); AİHM, Jerusalem v. Austria kararında da bilgi ve fikir arasında açıkça bir ayrım yaparak, hoş olmayan bilginin de ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı vurgulanmıştır; App no 26958/95 (ECHR, 27 February 2001); AİHM, Oberschlick v. Austria kararında değer yargılarının bilgi olamayacağını, bu nedenle yanlışlanmalarının da mümkün olmayacağını ifade etmiştir; App no 11662/85 (ECHR, 23 May 1991).

⁷ Cherylın Ireton ve Julie Posetti, Journalism, "Fake News" & Disinformation Handbook for Journalism Education and Training (UNESCO 2018) <<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000265552>> Son Erişim Tarihi: 13.11.2023, 7; Benzer tanımlamalar için bkz. Samet Tatar, ‘Amerikan Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber’, iç Bülent Kent ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim (edr), Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber (Ülke İncelemeleri) (Adalet Yayınevi 2022) 106, 107.

⁸ Tatar (n 7) 106.

bilgiler vardır ki dışarıdan bu bilginin yanlış olduğu açık bir şekilde belli olmaktadır. Ancak bunlar ‘mezenformasyon’ olarak sınıflandırılmamaktadır⁹.

Hem yanlış bilgi hem de yanıltıcı bilgi, toplum için sorun teşkil etmektedir. Ancak yanıltıcı bilgi, yanlış bilgiden çok daha vahim sonuçlara yol açabilme potansiyeline sahiptir. Çünkü yanıltıcı bilgi, sıklıkla kötü niyetli bir kişi veya grup tarafından organize edilen, yapay zeka ve diğer yazılımlar vasıtasıyla otomatik hale getirilerek güçlendirilen bir yapıdadır¹⁰. Son dönemde sahte haber (*fake news*) kavramı da hem yanlış bilgi hem de yanıltıcı bilgiyi içine alacak şekilde sıklıkla kullanılmaktadır¹¹. Ancak bu terim, günümüzde yalnızca gerçek anlamıyla değil politik olarak beğenilmeyen haberler için de kullanılması sebebiyle genel olarak kullanımı tercih edilmemektedir¹².

B. SOSYAL MEDYADA YANLIŞ VE YANILTICI BİLGİ

Yanlış ve yanıltıcı bilgi, insanlık tarihinde yeni bir olgu değildir. Tarihte bilinen ilk örneklerine Roma döneminde rastlamak mümkündür¹³. Ancak bugün süregelen teknolojik gelişmelerle birlikte sosyal medyanın ortaya çıkışı, yanlış ve yanıltıcı bilgiyi farklı boyutlara ulaştırmaktadır. Bugün ‘*Deepfake*’ gibi görüntü ve sesin tamamen yapay zeka yoluyla oluşturulduğu ve gerçeğinden ayırt edilemeyecek video kayıtlarının oluşturulabildiği bir döneme girilmiştir¹⁴. Sosyal

⁹ European Commission, A Multi-dimensional Approach to Disinformation - Report of the Independent High Level Group on Fake News and Online Disinformation (Publications Office of the European Union 2018) <https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50271> Son Erişim Tarihi: 13.11.2023, 11.

¹⁰ Ireton ve Posetti (n 7) 7.

¹¹ Tatar (n 7) 107; Ireton ve Posetti (n 7) 7.

¹² Fernando Nunez, ‘Disinformation Legislation and Freedom of Expression’, (2020) 10 (2) UC Irvine Law Review 783, 786.

¹³ Ireton ve Posetti (n 7) 15.

¹⁴ “Deepfake” terimi, “derin öğrenme” (*deep learning*) ve “sahte” (*fake*) kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır. Gerçek bir ses ve görüntüden ayırt edilemeyen, yapay zeka ile oluşturulan ses ve görüntüden oluşan sahte içeriklerdir. Deepfake teknolojisi ile yeterince görüntü ve ses kaydı olan bir kişinin, herhangi bir şey söyleyecek şekilde video kaydı oluşturulabilir. Teknolojinin hukuka aykırı pek çok eylemde kullanıma potansiyeli mevcuttur. Ancak özellikle yanıltıcı bilgi açısından teknolojinin tehlikeliliğini vurgulamak gerekir. Deepfake'lerin oyunu değiştiren faktörü, ilgili

medyanın gücü, yanlış ve yanıltıcı bilginin yayılması açısından yadsınamaz durumdadır. Sosyal medya platformları, uyguladıkları paylaşma ya da yeniden yayımlama (*repost*) gibi özelliklerle yanıltıcı ve yanlış bilgi paylaşımını hiç olmadığı kadar hızlı hale getirmiştir¹⁵. Yapılan bir araştırmada, yanlış veya yanıltıcı bilginin sosyal medyada gerçek bilgiden altı kat daha hızlı yayıldığı tespit edilmiştir. Bu durum, yanlış ve yanıltıcı bilgi ile ilgili tehlikeli bir gerçeği de gözler önüne sermektedir¹⁶. Bu araştırmaya göre kitlelerin hızla yayılan sahte haberler yoluyla manipüle edilebilmesi çok daha kolay olabilmektedir.

Özellikle kasıtlı olarak gerçekleştirilen yanıltıcı bilginin yayılması; siyasi, ekonomik, sosyal nedenlere dayanabilmektedir. Bu bilgi, kısmen ya da tamamen yanlış olabilir. Sosyal medyada yanıltıcı bilgiye maruz bırakılan bireyler, bu gerçek olmayan bilgileri bilerek veya bilmeyerek paylaşımlar yoluyla daha geniş kitlelere yayabilmektedirler. Yanıltıcı ve yanlış bilgi sorunu, dünya genelinde özellikle seçimleri etkileme yöntemi olarak kullanılması sebebiyle son dönemde dikkatleri üzerine toplamıştır. Bunun yanında halkı kin ve düşmanlığa sevk etmeye yönelik doğru olmayan bilgilerin paylaşıldığı da görülmektedir¹⁷. Son dönemde internet kullanımının artması sonrası, internet kullanıcılarının büyük bölümünün internet haber siteleri ve sosyal medya üzerinden haber takibi yaptığını ve bilgiye ulaştığını yukarıda belirtmiştik. Kullanıcı sayısı ile orantılı şekilde ilginin artması, sosyal medya haberciliği yapan kişi sayısını da artırmıştır. Herhangi bir düzenleyici mevzuata tabi olmayan sosyal medya haberciliği,

teknolojinin kapsamı, ölçeği ve karmaşıklığıdır; çünkü bilgisayarı olan hemen herkes, gerçek medyadan neredeyse ayırt edilemeyen sahte videolar üretebilir. "Deepfake" ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Mika Westerlund, 'The Emergence of Deepfake Technology: A Review', (2019) 9 (11) Technology Innovation Management Review 39, 39.

¹⁵ Nunez (n 12) 786.

¹⁶ Soroush Vosoughi, Deb Roy ve Sinan Aral, 'The Spread of True and False News Online', (2018) 359 (6380) Science 1146, 1146.

¹⁷ Merve Ayşegül Kulular İbrahim, 'Avustralya Hukukunda Yalan Haber', iç Bülent Kent ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim (edr), Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber (Ülke İncelemeleri) (Adalet Yayınevi 2022) 79.

günümüzde doğru bilginin yanında gerçek olmayan bilginin yayılmasında da etkili bir konumdadır. Bu noktada devletlerin yanıltıcı bilgiyi önlemesi ve önleme amacı kapsamında ceza hukukuna başvurduğu durumlarda, ifade özgürlüğü açısından ortaya çıkacak problemlerin mercek altına alınması önem arz eder.

C. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN YANLIŞ VE YANILTICI BİLGİ

1. İfade Özgürlüğü

Demokratik düzenin temel yapı taşlarından biri olan ifade özgürlüğü, bugün pek çok ülke anayasasının yanı sıra uluslararası antlaşmalarda da güvence altına alınmıştır. AYM ve AİHM içtihatlarında da ifade özgürlüğünün, işlevsel bir demokrasinin merkezinde yer aldığı ve bu özgürlüğün olmadığı yerde demokrasinin korunamayacağı açıkça ortaya konmuştur. İfade özgürlüğü; en önemli özgürlüklerden biri olmanın yanında, diğer temel hakların kullanılması için gerekli olan kamuoyunun özgürce oluşmasını sağladığından, özgür ve demokratik bir toplumun temel direklerinden biridir¹⁸. İfade özgürlüğü; kanaat özgürlüğü, fikrini açıklama özgürlüğü, bilgi alma ve bilgi verme özgürlüğü ile düşünceyi açıklamaya zorlanmamayı kapsar¹⁹. İfade özgürlüğü sadece kişilerin düşünsel ve entelektüel gelişimini sağlamaz, aynı zamanda toplumun da gelişmesine katkı sağlar²⁰. İfade özgürlüğü, 1982 Anayasasının 25. maddesinde düşünce ve kanaat hürriyeti²¹, 26. maddesinde ise düşünceyi açıklama ve yayma

¹⁸Christina Pauner Chulvi, 'Fake News And Freedom Of Expression And Information The Legal Framework and Policy Actions at the EU Level to Address Online Disinformation' iç Georgios Terzis ve diğerleri (edr), Disinformation and Digital Media As A Challenge For Democracy (Intersentia 2020) 269.

¹⁹ Durmuş Tezcan ve diğerleri, İnsan Hakları El Kitabı (9. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021) 517.

²⁰ Tezcan ve diğerleri (n 19) 518.

²¹ Anayasanın 25. maddesi şöyledir: "*Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.*"

hürriyeti²² olarak karşımıza çıkar²³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesinde güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğü, kanaat sahibi olma ve bu kanaatini paylaşma özgürlüğü ile bilgi alma ve verme özgürlüğünü içerir²⁴. Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesinde de ifade özgürlüğüne ilişkin hüküm mevcuttur²⁵. AYM, ifade özgürlüğünü "kişilerin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi" olarak belirtmiştir²⁶. Düşüncelere tolerans gösterilmesi, farklı düşüncelerin dinlenilmesine ve toplumun perspektifinin genişlemesine de katkı sağlayacaktır²⁷.

İfade özgürlüğünün içerik bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığı görülmektedir. Hem pozitif hukuka hem de AİHM içtihatlarına bakıldığında

²² Anayasanın 26. maddesi şöyledir: "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*

Bu hürriyetlerin kullanılmasında, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

²³ Hukuk tarafından tanınan ve güvence altına alınan hak ve özgürlüklere "kamu özgürlükleri" adı verilirken; bu hak ve özgürlüklerden Anayasada düzenlenmiş olanlar ise "temel hak ve özgürlükler" olarak adlandırılmaktadır; Ahmet Mithat Güneş, İnsan Hakları Hukukuna Giriş (4. Bası, Adalet Yayınevi 2023) 29.

²⁴ Mehmet Semih Gemalmaz, 'İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü', Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 8 1999) 297.

²⁵ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (1966) Madde 19, <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0150.pdf>> Son Erişim Tarihi: 15.12.2023.

²⁶ Anayasa Mahkemesi Bekir Coşkun Kararı, B. No: 2014/12151, 4.6.2015, §§ 33-35; Mehmet Ali Aydın Kararı, B. No: 2013/9343, 4.6.2015, §§ 42-43; Tansel Çölaşan Kararı, B. No: 2014/6128, 7.7.2015, §§ 35-38.

²⁷ Tezcan ve diğeri (n 19) 520.

böyle bir sınırlama getirilmediği ifade edilebilir. Bu kapsamda ifade özgürlüğünün konusu siyasi, ticari, sanatsal her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır²⁸. İfadenin bir kesim için değerli ya da değersiz, yararlı veya yararsız olması; bu ifadeyi ifade özgürlüğünün kapsamı dışına çıkarmayacaktır. Bu bağlamda irdelenmesi gereken husus, ifade özgürlüğünün kapsamının ne kadar genişleyebileceğidir. AİHM içtihatları incelendiğinde, ifade özgürlüğünün kapsamına bazı sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Özellikle nefret söylemi, ırkçılık, faşizm, ayrımcılık, savaş propagandası içeren ifadelerin; ifade özgürlüğünün norm alanına girmediği belirtilmiştir²⁹. Gerçekten de ifade özgürlüğü kapsamında ayrımcılık, nefret söylemi, ırkçılık içeren ifadelerin kullanılması sonucu bu ifadelerin yöneltildiği bireylerin yaşam hakkının dahi tehlikeye girebileceği söylenebilir. Dolayısıyla internette ifade özgürlüğünün kullanımı bakımından da nefret söylemi, ırkçılık, şiddeti övme şeklindeki ifadelerin, ifade özgürlüğünün konusunu oluşturamayacağını belirtmek gerekir³⁰.

İfade özgürlüğünün hangi yolla kullanılacağı sorusuna da değinmek gerekir. Açıklamanın niteliği ve bu açıklamanın hangi araç ile kullanıldığı, ifade özgürlüğünün kapsamına girmektedir. Bu çerçevede AİHM'nin *Oberschlick v. Austria* kararında da belirtildiği üzere kullanılan aracın niteliği, ifade özgürlüğünü etkilemez³¹. İnternette ifade özgürlüğü bakımından da bu husus geçerlidir: Araçlar değişse de ifade özgürlüğünün sağladığı koruma sürecektir.

İfade özgürlüğü yalnızca toplumun çoğunluğunun benimsediği görüşleri değil, çoğunluğun rahatsız olduğu, devletin beğenmediği, politikalarına aykırı olan, rahatsız eden; hatta şok eden bilgi ve düşünce açıklamalarını da kapsamına

²⁸ Ulaş Karan, *İfade Özgürlüğü - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2* (Strasbourg: Avrupa Konseyi Yayınları 2018) 6.

²⁹ Karan (n 28) 6-7.

³⁰ Karan (n 28) 7.

³¹ "Madde 10 (md. 10) sadece ifade edilen fikir ve bilgilerin özünü değil, aynı zamanda bunların aktarıldığı biçimi de korur." *Oberschlick v. Austria*, App no 11662/85 (ECHR, 23 May 1991) par. 57.

almalıdır³². Nitekim yalnızca çoğunluğun belirttiği görüşlerin ve bu çoğunluğun kabul ettiği bilginin ifade özgürlüğü kapsamında kalması, demokratik toplum düzenine aykırı bir durum oluşturacaktır. Aynı zamanda sorunların çözümünde çok sesliliğin getirdiği uzlaşma ortamının yerine güçlü olanın kuvvetiyle çözümlendiği bir ortamı meydana getirecektir³³. İnternette bu demokratik ortam, devlet tarafından sağlanmalıdır³⁴. Ayrıca nefret söylemi, ırkçılık, şiddeti övme gibi ifade özgürlüğünün konusunun dışında olan ifadeler ile bu söylemlerin birbirinden ayırt edilmesi, bu hakkın korunması açısından önem arz etmektedir³⁵.

Düşünce özgürlüğü ile ifade özgürlüğü kavramları arasındaki ilişkiye de temas

³² "...Mahkeme'nin denetim işlevi, "demokratik bir toplumu" karakterize eden ilkelere azami dikkat göstermesini zorunlu kalmaktadır. İfade özgürlüğü, böyle bir toplumun temellerinden birini, ilerlemesinin ve her insanın gelişmesinin temel koşullarından birini oluşturur. Bu özgürlük, 10. maddenin 2. paragrafına (md. 10-2) tabi olarak, sadece olumlu karşılanan veya zararsız veya kayıtsız kalınan "bilgi" veya "fikirler" için değil, aynı zamanda Devleti veya nüfusun herhangi bir kesimini rencide eden, şok eden veya rahatsız eden fikirler için de geçerlidir. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve geniş fikirliliğin gerekleridir ki bunlar olmadan "demokratik toplum" olmaz. Bu, diğer hususların yanı sıra, bu alanda uygulanan her "formalite", "koşul", "kısıtlama" veya "cezanın" izlenen meşru amaçla orantılı olması gerektiği anlamına gelir." Handyside v. UK, App no 5493/72 (ECHR, 7 Aralık 1976) par. 49.

³³ Tezcan ve diğerleri (n 19) 524.

³⁴ "...63. İnternetin, özellikle bilgi saklama ve ileme kapasitesi bakımından basılı medyadan farklı bir bilgi ve iletişim aracı olduğu doğrudur. Dünya çapında milyarlarca kullanıcıya hizmet veren elektronik ağ, aynı düzenlemelere ve denetime tabi değildir ve potansiyel olarak hiçbir zaman da tabi olmayacaktır. İnternet üzerindeki içerik ve iletişimin, başta özel hayata saygı hakkı olmak üzere, insan hak ve özgürlüklerinin kullanılması ve bunlardan yararlanılması açısından yarattığı zarar riski, basının yarattığı riskten kesinlikle daha yüksektir. Bu nedenle, basılı medya ve internetteki materyallerin çoğaltılmasına ilişkin politikalar farklılık gösterebilir. Bu politikaların, ilgili hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesini güvence altına almak için teknolojinin kendine has özelliklerine göre ayarlanması gerektiği yadsınamaz.

64. Bununla birlikte, internetin profesyonel medya faaliyetleri bağlamında oynadığı rol (bkz. Yukarıdaki 29-32. Paragraflar) ve genel olarak ifade özgürlüğü hakkının kullanılması açısından önemi dikkate alındığında (bkz. Times Newspapers Ltd v United Kingdom (no. 1 ve 2), no. 3002/03 ve 23676/03, § 27, 10 Mart 2009), Mahkeme, gazetecilerin yaptırma maruz kalma korkusu olmadan internette elde ettikleri bilgileri kullanmalarına izin veren ulusal düzeyde yeterli bir yasal çerçevenin bulunmamasının, basının "kamu bekçisi" olarak hayati işlevini yerine getirmesini ciddi şekilde engellediğini düşünmektedir (bkz. Mutatis mutandis, Observer ve Guardian / United Kingdom, 26 Kasım 1991, § 59, Seri A no. 216). Mahkeme'ye göre, bu tür bilgilerin gazetecilerin özgürlüğüne ilişkin yasal güvencelerin uygulama alanının tamamen dışında bırakılması, Sözleşme'nin 10. Maddesi kapsamında basın özgürlüğüne haksız bir müdahaleye yol açabilir..." Case of Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine, App no 33014/05 (ECHR, 5 May 2011) par. 63, 64.

³⁵ Karan (n 28) 7.

etmekte fayda vardır. İfade özgürlüğünün temelinde düşünme eylemi yatar. Belirli bir zihinsel süreçle ortaya çıkan düşüncenin oluşumuyla hukukun ilgilenmeyeceği düşünülse de hem uluslararası sözleşmeler de hem de anayasalarda kişilerin serbestçe düşünce edinebilmeleri ve düşüncelerinden ötürü kınanmamaları, bunları açıklamak zorunda bırakılmamaları gerekliliği ifade edilmektedir³⁶. Bu bağlamda ifade özgürlüğü yalnızca düşünceyi ifade edebilmeyi değil, “düşünme süreci”ni ve düşüncenin kendisini de korumaktadır. Bu kapsamda hukuk ilk aşamada düşünme sürecini korur. İkinci aşamada düşünme süreci çerçevesinde ortaya çıkmış düşüncenin ancak istenirse ifade edilebileceği hususunu korur. Üçüncü aşamada ise düşünceyi açıklayabilmesi veya bu düşüncenin yansıması olan eylemi gerçekleştirebilmesi özgürlüğünü korur³⁷. İfade özgürlüğü bu bağlamda düşüncenin kendisi ve düşünce üzerinde bireyin serbestçe tasarrufunun güvencesini sağlar. İfade etme ve bilgi verme hakkı ile bilgi alma ve ifadeye erişme hakkı, birbirini tamamlayan ve ifade özgürlüğünde birleşen kavramlardır³⁸.

Bilgi alma (bilgiye erişim), bilgi verme (bilgiyi yayma) gibi hakların ifade özgürlüğü ile ilişkisinin de irdelenmesi gerekmektedir. İfade özgürlüğünün kapsamına giren bilgi alma hakkı, 1982 Anayasası'nın 74. maddesinde “*Herkes, bilgi edinme...hakkına sahiptir.*” ifadesiyle düzenlenmiştir. Bilgi edinme hakkının sistematik olarak ifade özgürlüğü altında düzenlenmediği ve sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'da bir hüküm mevcut olmadığı görülmektedir. Benzer şekilde ifade özgürlüğünün düzenlendiği AİHS'nin 10. maddesinde de yer alan bilgi edinme hakkı, genel olarak erişilebilecek bir bilgiye ulaşılması yönünde bir engelin olmaması şeklinde hakkın muhataplarına negatif

³⁶ Aydın Turhan, ‘Düşünce ve İfade Özgürlüğü Kapsamında Türk Ceza Kanunu’nun 301. Maddesinin Değişimi’ (2011) 1 (2) TAAD 285, 288.

³⁷ Turhan (n 36) 288.

³⁸ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku (5. Bası, Seçkin Yayıncılık 2017) 505.

bir yükümlülük yüklemektedir³⁹. Bu konuda AİHM tarafından bilgi edinme hakkının ihlal edildiğine dair verilmiş kararlar mevcuttur. Örneğin *Open the Door ve Dublin Well Women v. İrlanda* davasında AİHM, kürtajın yasak olduğu İrlanda’da yurt dışında kürtaj işlemini yapan kliniklerle ilgili danışmanlık hizmeti veren firmaların kapatılmasını, bilgi alma hakkının engellenmesi olarak görmüş ve ihlal kararı vermiştir⁴⁰. AİHM, bilgi alma hakkını yalnızca bireyler arası iletişimde bilgi almanın engellenmemesi şeklinde kabul etmektedir⁴¹.

Bilgi verme (yayma) hakkının ise ifade özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa m.26 ile AİHS m.10’da düzenlendiği görülmektedir. Anayasa m.26’da bilgiyi yaymanın söz, yazı, resim veya başka yollarla yapılabileceğini düzenlemesi; bilgiyi yayma aracının sınırlı sayıda sayılmadığını göstermektedir. Dolayısıyla internet Anayasa m.26 kapsamında bilgiyi yayma yollarından biri olabilir. Anayasa’nın 26. maddesi, bilgiyi yayma hakkı kapsamında basın ve yayın organlarının haber alma ve haber vermek haklarını da tanımaktadır. Anayasa’nın 28. maddesinde “basın hürriyeti” ayrıca düzenlenmiştir. 28. maddenin üçüncü cümlesinde basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında Anayasa’nın 26. ve 27. maddelerinde yer alan hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Akademik ifadeler de bilgi verme hakkı kapsamında ifade özgürlüğü olarak değerlendirilmektedir. Anayasa m. 27’de de akademik ifadelerin bilgi verme hakkı kapsamında olduğu düzenlenmiştir⁴².

Bazı temel hakların ve özgürlüklerin öznelere, yalnızca belirli kişilerden

³⁹ AİHS m.10/1 “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.”

⁴⁰ *Open Door ve Dublin Well Woman v. Ireland* Seri N. A 246 (29.10.1992). akt. Cavidan Soykan, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı’ (2007) 56 (2) 63 AÜHFD 53, 70.

⁴¹ Karan (n 28) 70.

⁴² Anayasa m. 27 c. 1 “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.”

oluşabilmektedir⁴³. Örneğin bazı haklar yalnızca o hakkı tanımlayan ülkenin vatandaşlarının kullanımı ve yararlanması içindir⁴⁴. Bazı haklar ise “her kimse, herkes” şeklinde ifadeler kullanılmak suretiyle herkes tarafından kullanılabilir ve yararlanılabilir. Anayasa m.25’te ve m.26’ya göre ifade özgürlüğünden yararlanacak ve bu hakkı kullanacak olanlar, toplumdaki herkestir. AİHM’ye göre ifade özgürlüğü yalnızca bilgi ve düşünce açıklamasında bulunanlar açısından değil; bu bilgi ve düşünceyi dinleyen, gören ve alan kişiler açısından da geçerlidir⁴⁵. Yani ifade özgürlüğünün öznesi, toplumu oluşturan herkestir⁴⁶. Bu bağlamda vatandaş olup olmamak, sıfat, hükümlü olmak, tutuklu olmak gibi hususlar; ifade özgürlüğünün öznesi olmak açısından önem arz etmemektedir⁴⁷. İfade özgürlüğünün muhatabı (yükümlüsü) ise devletin kendisidir⁴⁸. Nitekim ifade özgürlüğü demokratik bir toplum temelini oluşturuyorsa, bunu sağlaması gereken ve koruması gerekenin devlet olması gerekir. Her temel hak ve özgürlükte olduğu gibi ifade özgürlüğünün de keyfi müdahalelerden korunması önemlidir. Bu korumanın kapsamına yalnızca devletin kendisinden gelen

⁴³ Temel hak ve özgürlüklerin öznelere, bu temel hak ve özgürlüklerden yararlanan ve bunları kullanan kişilerdir. Bkz. Güneş (n 23) 156.

⁴⁴ Güneş (n 23) 154.

⁴⁵ Gemalmaz (n 24) 300, 301; "Bu ilkeler basın söz konusu olduğunda özel bir öneme sahiptir. Bu durum toplumun genelinin çıkarlarına hizmet eden ve aydınlanmış bir kamuoyunun iş birliğini gerektiren adalet yönetimi alanında da eşit derecede geçerlidir. Mahkemelerin boşlukta çalışamayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Mahkemeler uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulduğu bir forum olsa da bu durum uyuşmazlıkların başka yerlerde; ister uzmanlaşmış dergilerde, ister genel basında, isterse de genel olarak halk arasında önceden tartışılmayacağı anlamına gelmez. Ayrıca, kitle iletişim araçları adaletin düzgün bir şekilde yerine getirilmesi için konulan sınırları aşmamalıdır. Ancak kamu yararını ilgilendiren diğer alanlarda olduğu gibi mahkemelerin önüne gelen konularla ilgili bilgi ve fikirleri aktarmakla yükümlüdür. Medyanın görevi sadece bu tür bilgi ve fikirleri aktarmak değildir: halkın da bunları alma hakkı vardır." The Sunday Times v United Kingdom (1979) 2 EHRR 245, par. 65.

⁴⁶ Güneş (n 23) 145; Karan (n 28) 4.

⁴⁷ Karan (n 28) 4.

⁴⁸ Hak ve özgürlükleri kullanan ve bunlardan yararlanan öznelere karşısında bu hakkın kullanımı ve yararlanılması noktasında muhatapları da mevcuttur. Genel olarak hak ve özgürlüklerin muhatabı devlet olsa da bazı hak ve özgürlükler açısından özel kişiler de bu hakların kullanımı ve haklardan yararlanma noktasında muhatap olabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Güneş (n 23) 150-154.

müdahaleler değil; diğer kişi ve gruplardan gelecek olan müdahaleler de girer⁴⁹. İfade özgürlüğünün öznesi ve muhatabı belirlenirken, yatay etki ve dikey etki kavramlarından da bahsetmek gerekir. Dikey etki, temel hak ve özgürlüklerin devlet ve birey arasında mevcut olduğunu ifade etmektedir⁵⁰. Bu kapsamda devletin bireyin hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği durumlar, “dikey ihlal” olarak adlandırılır⁵¹. Temel hak ve özgürlüklerin ihlali, büyük ölçüde devletin kendisi tarafından gerçekleştirildiği için genelde temel kuralın dikey etki olduğu belirtilmektedir⁵². Bu anlayışla bireyin devletten (iktidardan ve siyasi baskıdan) koruması amaçlanır⁵³. Yatay etki ise temel hak ve özgürlüklerin bireyler arasındaki ilişkilerde de geçerli olduğunu ifade eder⁵⁴. Bu bağlamda insan hakları, bireyler arasındaki ilişkilerde de bağlayıcıdır⁵⁵. Devletin insan hakları ihlallerinin önlenmesindeki yükümlülüğü, yalnızca dikey etki bağlamında değil, bireyler arası ilişkilerde hak ve özgürlükleri dikkate alan yatay etki açısından da mevcuttur⁵⁶. AYM ve AİHM, ifade özgürlüğünün yatay etkisini kabul etmiştir⁵⁷. İfade özgürlüğü açısından bu durum irdelendiğinde; bu hakkın kullanılması sırasında çoğunlukla devlet ve bireyin karşı karşıya kaldığı görülmektedir. Ancak zamanla değişen toplumsal ve ekonomik yapı, ifade özgürlüğünün yatay etkisini ortaya çıkarmıştır. Örneğin ifade özgürlüğü kullanılırken bireylerin ekonomik hak ve menfaatleri zaman zaman zedelenmektedir. Bu bağlamda Almanya Federal Anayasa Mahkemesi tarafından verilen *Lüth* kararında, boykota çağrı

⁴⁹ Mustafa Erdoğan, ‘Özgürlük-Güvenlik Dengesi mi?’ <<http://erdoganmustafa.org/ozgurluk-guvenlik-dengesi-mi/>> Son Erişim Tarihi: 05.02.2024. Mustafa Erdoğan, ‘Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif’ (2001) (24) *Liberal Düşünce* 8, 9.

⁵⁰ Dilara Dönmezkuş, Temel Hakların yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü (On İki Levha Yayıncılık, 2021) 17; Güneş (n 23) 154.

⁵¹ Güneş (n 23) 154.

⁵² Ibid.

⁵³ Dönmezkuş (n 50) 19.

⁵⁴ Güneş (n 23) 154.

⁵⁵ Güneş (n 23) 154.

⁵⁶ Ibid 155.

⁵⁷ Karan (n 28) 95.

eylemine diğer bireylerin ekonomik menfaatlerini zedelediği belirtilmiştir⁵⁸. İfade özgürlüğü de hem bireyler arasında hem de bireyle devlet arasında hakların çatışmasına sebep olabilir.

2. Özgürlük ve Güvenlik Dengesi

Özgürlük ve güvenlik, demokrasilerde denge bulması zor olan iki unsurdur. Nitekim devletler, çoğunlukla güvenliği özgürlüğe tercih ederler. Hatta iktidarlar, güvenliği artırmak için özgürlük-güvenlik dengesi söylemine başvurmak suretiyle bireylerin özgürlüklerinden feragat etmesi gerektiğini savunurlar⁵⁹. Özgürlük-güvenlik ilişkisinin öğretide özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra tekrardan tartışma konusu yapıldığı görülmektedir. Özgürlük, demokratik toplumlar için vazgeçilmez bir esastır. Ancak güvenlik olmayan bir ortamda da özgürlükten bahsedilebileceğini söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla özgürlük ve güvenlik, birbirini tamamlayan iki unsurdur. Buna rağmen özgürlük ve güvenlikten birinin terazide ağır basması halinde, diğeri açısından tehlike oluşmaktadır. Halbuki güvenlik için özgürlüklerden vazgeçmek, demokrasinin öncelikli amacı olan özgürlüklerin korunmasına aykırı bir eylemdir. Çünkü, güvenlik ile özgürlük arasında aslında eşitlik bulunmaz. Güvenlik, özgürlük için bir araçtır. Bu çerçevede güvenlik için özgürlükten vazgeçilmesi bir çelişki haline gelmektedir⁶⁰.

İfade özgürlüğü açısından da benzer bir değerlendirme yapmak mümkündür. Güvenlik amacıyla ifade özgürlüğünden vazgeçmek, güvenliği artırmayacağı gibi bir özgürlüğün sınırlarının da daraltılmasına neden olacaktır. Bu arada güvenliğin de sağlanacağına garanti bulunmamaktadır. Anayasanın farklı maddelerinde insan hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin hükümler bulunması, devletin

⁵⁸ Dönmezkuş (n 50) 161.

⁵⁹ Mustafa Erdoğan, 'Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik' (2013) 12 (24) İTÜSBD 21, 23.

⁶⁰ Erdoğan (n 59) 26.

insan haklarının korunmasındaki yükümlülüğünün vurgulanması amacını taşır⁶¹. İfade özgürlüğünün de güvenlik lehine sınırlandırılmasında “özgürlük karinesi” esas alınmalıdır. Aşağıda anlatılacağı üzere sınırlama, meşru ve güçlü bir nedene dayanmadığı sürece yapılamaz. Bu sebeple özgürlüklere getirilecek sınırlamanın somut ve özgürlüklere tehdit oluşturan tehlikeleri önleyeceği kanıtlanmalıdır⁶². Nitekim TCK m.1’de eylemlerin ceza hukuku yaptırımlarına bağlanmasının temel sebeplerinden biri, kişi hak ve özgürlüklerini korumak olduğu, düzenlenme altına alınmıştır. Dolayısıyla kişi hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla başka bir hakka ve özgürlüğe sınırlama getirilirken, arada mevcut bulunan dengenin güvenlik lehine yitirilmesi, aslında iki hak ve özgürlüğün birden zarar görmesine neden olacaktır.

II. İNTERNETTE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

Sınırlama, hak ve özgürlüklerin kullanım alanını daraltan dış müdahale olarak tanımlanmıştır⁶³. İfade özgürlüğü de diğer hak ve özgürlükler gibi üzerinde meşru ve açık bir sınırlama olmadığı sürece mutlak olarak geçerlidir. Özgürlüklerin geniş, sınırlamaların dar yorumlanması gerekliliği de göz önüne alınmalıdır⁶⁴. İnsan haklarına ilişkin uluslararası belgeler ve Anayasa m. 13’te bu sınırlamaların nasıl ve hangi gerekçelere dayanılarak yapılması gerektiği ifade edilmektedir. İnternette ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından da aynı hususlar geçerli olacaktır. Bununla birlikte AYM’nin internette ifade özgürlüğüne ilişkin bir sınırlama yapılırken çok daha dikkatli davranılması gerektiği yönünde görüşü mevcuttur⁶⁵.

⁶¹ Anayasa m.2, m. 5, m. 14, m. 68, m. 81 ve m.103’te insan haklarının korunması ile ilgili genel nitelikte hükümler mevcuttur.

⁶² Erdoğan (n 59) 28.

⁶³ Güneş (n 23) 156.

⁶⁴ Güneş (n 23) 159.

⁶⁵ "81. 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesinin (9) numaralı fıkrasının iptaline ilişkin inceleme sırasında Anayasa Mahkemesi bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanırken devletin müdahalesine uğrayacakları endişesi taşımalarının bireylerin bu hak ve hürriyetlerini serbestçe kullanmalarını

İfade özgürlüğünün mutlak olduğunu savunanlara göre bu hak ve özgürlük, hiçbir koşul altında sınırlandırılmaz; düşüncenin birine imtiyaz sağlanırken diğerini görmezden gelmek, ifade özgürlüğünü bir ayrıcalık haline getirerek ilkenin temel amacına aykırılık oluşturacaktır. Benzer bir görüş; ifade özgürlüğü kullanılırken herhangi bir şiddet, zor unsurlarına başvurulmadığı sürece bu özgürlüğün sınırsız olması gerektiğini savunmaktadır⁶⁶. Ancak uygulamada ifade özgürlüğü de sınırlandırılabilen hak ve özgürlüklerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre AİHS'nin 10. maddesinde bu özgürlüğün sınırları çizilerek belirtilmiştir. Bu hak ve özgürlük kullanılırken belirli müdahalelere tabi tutulabilecektir⁶⁷. İnternette ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için temel hak ve özgürlüklerin genel sınırlama şartları olan kanunilik, nedene bağlılık, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olma, ölçülülük, öze dokunmama, laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama ve demokratik toplumda gereklilik ilkelerine uygun davranma yükümlülüğüne uyulması gereklidir⁶⁸.

Kanunilikten kasıt, halk tarafından seçilmiş yasama organını oluşturan meclis

engellediği ve onların demokratik toplum düzeninin temellerini inşa etme fonksiyonunu geri dönülmez biçimde zedelediği tespitini yapmıştır. Anayasa Mahkemesi bahsi geçen kararda bireylerin interneti Anayasa'da tanımlanan birçok hak ve hürriyetin kullanılması noktasında araçsallaştırdığı, örneğin haberleşme özgürlüğünün, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü ile bu kapsamda haber veya fikir alma özgürlüğünün, eğitim ve öğrenim hürriyetinin, haber alma hürriyetinin, iktisadi girişim hürriyetinin internet yoluyla kullanılabilirdiği tespitini yapmıştır (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 166).

82. Dolayısıyla başta ifade ve basın özgürlüğü olmak üzere internet özgürlüğü ile bağlantılı diğer hak ve özgürlüklerin demokratik bir toplumdaki yaşamsal önemi (bkz. § 45) nazara alındığında internet konusunda kamu gücünü kullanan makamların ve mahkemelerin çok hassas davranmaları gerektiği açıktır (AYM, E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014; internetin vazgeçilmez niteliğine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015, § 116). İnternete erişimin engellenmesi tedbiri en son başvurulacak çare olmalıdır. İnternet ortamında bulunan zararlı içeriklerle, diğer başka usullerle mücadele etmek mümkünse ya da erişimin engellemesi ile korunan menfaate karşılık daha büyük bir zarar doğmuşsa böyle bir durumda erişimin engellenmesi kararı, ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin teşkil edecektir.", Anayasa Mahkemesi, B 2014/5552, 26.10.2017, par. 81, 82.

⁶⁶ Tezcan ve diğerleri (n 19) 540.

⁶⁷ Gemalmaz (n 24) 298.

⁶⁸ Güneş (n 23) 234.

tarafından çıkarılan kanunlarla bu sınırlamanın yapılmasıdır⁶⁹. Buna ‘kanuna dayalılık’ ilkesi de denir⁷⁰. Burada belirtilmesi gereken husus, Anayasada hiçbir şekilde sınırlandırılmayacağı öngörülen hak ve özgürlüklerin, kanunla bile olsa sınırlandırılmayacağıdır⁷¹. İfade özgürlüğü, bu hak ve özgürlüklerden değildir. AİHM için kanunilik ilkesinden anlaşılması gereken; sınırlamanın öngörülebilir, belirlenebilir olmasıdır⁷². Nedene bağlılık ilkesi, ifade özgürlüğünü sınırlamanın bir diğer şartını oluşturmaktadır⁷³. Anayasa m.13’e göre temel hak ve özgürlüklerden olan ifade özgürlüğü de ancak belirtilen nedenlere dayanarak sınırlandırılabilir. İfade özgürlüğü açısından bu nedenler Anayasa m.26’da sayılmış olup, internette ifade özgürlüğü açısından da geçerli olacaktır. AİHM, nedene bağlılık ilkesi için bir devletin takdir yetkisini denetlerken o devletin kendine özgü durumuna göre (örf ve adet gibi) değerlendirme yapmaktadır⁷⁴.

İnternette ifade özgürlüğüne yönelik sınırlama, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olma ilkesine göre yapılmalıdır⁷⁵. Anayasanın sözüne uygun olmasından, Anayasada açıkça düzenlenmiş hükümlere aykırı olmaması anlaşılmalıdır⁷⁶. Anayasanın ruhuna uygun olmaktan anlaşılması gereken, sınırlama yapılırken Anayasanın tamamının gözetilmesidir⁷⁷. Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa m. 13’te belirtilen bir diğer sınırlama şartıdır. Sınırlama durumunda, bu sınırlamanın amacına ulaşmasında en elverişli ve sınırlamayı en alt düzeyde tutacak olan seçilerek dengenin oluşturulması,

⁶⁹ Ibid 236, 237; Gemalmaz (n 24) 299.

⁷⁰ Gemalmaz (n 24) 299.

⁷¹ Güneş (n 23) 237.

⁷² Ramazan Özkepir ve diğerleri, Sosyal Medya ve Basın Hukuku, (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022) 66.

⁷³ Ibid 237, 238; Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukukuna Giriş (5. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023) 101.

⁷⁴ Özkepir ve diğerleri (n 72) 66.

⁷⁵ Güneş (n 23) 240.

⁷⁶ Ibid 239, 240; Kalabalık (n 73) 107, 108.

⁷⁷ Güneş (n 23) 240.

ölçülülüktür⁷⁸. Başka bir ifade ölçülülük; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvuru araçlarının, ulaşılmak istenen amaç ile asgari düzeyde sınırlandırma yapılarak dengelenmesini ifade eder⁷⁹. Ölçülülük ilkesinin üç unsuru elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁰. AYM, internette ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından ölçülülük ilkesine dikkat çekerek, çok daha hassas davranılması gerektiğini ifade etmiştir⁸¹.

İnternette ifade özgürlüğünün sınırlandırılması noktasında bir diğer husus, öze dokunma yasağına aykırı davranılmamasıdır⁸². Öze dokunma yasağından anlaşılması gereken, sınırlama yapıldığı takdirde o temel hak ve özgürlüğün kullanımının son derece zorlaşacağı veya imkansız hale geleceği bir seviyeye getirilmemesi gerekliliğidir⁸³. Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama, Anayasa m. 13'te düzenlenen ve internette ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için gerekli diğer şartlardır. AİHS ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de ifade özgürlüğü dahil temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriteri mevcuttur⁸⁴. Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin çağdaş batılı devletlerde mevcut olan demokratik toplum düzeni olduğunu belirtmiştir⁸⁵. AİHM; demokratik düzenden anlaşılması gerekenin çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olduğunu ifade etmiştir⁸⁶. Demokratik düzenin gereklerine uygunluk ilkesi ile öze dokunma yasağının sık sık birlikte değerlendirildiği belirtilmiştir⁸⁷.

⁷⁸ Kalabalık (n 73) 108.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Güneş (n 23) 241-243.

⁸⁰ Ibid 241; Özkeper ve diğerleri (n 72) 67.

⁸¹ Anayasa Mahkemesi, B 2014/5552, 26.10.2017, par. 82.

⁸² Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından öze dokunma yasağı, Anayasa m. 13'te belirtilmiştir; Güneş (n 23) 244.

⁸³ Ibid 244.

⁸⁴ Ibid 245; Özkeper ve diğerleri (n 72) 67.

⁸⁵ Güneş (n 23) 245.

⁸⁶ Özkeper ve diğerleri (n 72) 67; Castells v Spain, App no 11798/85 (ECHR, 23 Apr 1992) par. 42.

⁸⁷ Kalabalık (n 73) 111.

Laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama ilkesi bakımından öncelikle laik cumhuriyetin ne olduğunun irdelenmesi gerekmektedir. Laiklik, din özgürlüğü ve din ve devlet işlerinin ayrılması olarak iki farklı anlama tekabül eder⁸⁸. Bu anlamda sınırlamanın din özgürlüğüne engel teşkil etmemesi, aynı zamanda farklı din mensuplarına veya herhangi bir dine mensup olmayanlara farklı muamele yapılmasına neden olmaması gerekmektedir⁸⁹. İnternette ifade özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından da yapılacak sınırlandırmanın bu gerekliliğe uygun olması şarttır.

İnternette dolaşan bilgi ve haberlerin sınırlandırılması, ifade özgürlüğü açısından değerlendirilmesi gereken bir konudur. Çünkü sınırlandırma, bizi internette ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkının ne kadar ileri gitmesi gerektiğini tanımlamaya zorlamaktadır. Hem öğretilerde hem de mahkeme içtihatlarında, bilgi ve görüşlerin internet üzerinde yayımlanması ve paylaşılması, ifade özgürlüğünün bir biçimi olarak kabul edilmelidir. Bir haber veya bilgi yayımlayan web siteleri ya da sosyal medyada yayımlanan bir görüş ve bilgi, geleneksel medya ile aynı sınırlar dahilinde bu özgürlüğün kapsamına girmektedir. Öte yandan yanlış veya yanıltıcı olmasına bakılmaksızın bilginin doğru olmaması, hukuk düzeni tarafından korunan hukuki değerlerin bir veya birden fazlasının zarar görmesi ihtimalini doğurmaktadır. Bu nedenle doğru olmayan bilginin paylaşılması, orantılı sınırlamalara veya yaptırımlara tabi tutulabilir. Örneğin, doğru olmayan bilginin ilgili internet sitesinden kaldırılması için bir düzenleme yapılabilir. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesinde, bireyin kişilik haklarını ihlal eden internet içeriklerinin kaldırılması için Sulh Ceza Hakimliğine başvurabilmesine imkan veren bir düzenleme mevcuttur. Benzer şekilde, her bir bireye internetteki doğru

⁸⁸ Güneş (n 23) 247.

⁸⁹ Ibid 247.

olmayan bilgilerin kaldırılması için Sulh Ceza Hakimliğine başvurma imkanı tanınabilir.

Yanılıcı bilgi ve haberler ise farklı değerdendirilmesi gereken bir konudur. Çünkü yanılıcı bilgiler ve haberler, amacına göre korunan hukuki değerdere zarar vermekte ve halkın gerçek haberlere erişim hakkını da elinden almaktadır. Gerçekten yanılıcı bilgi paylaşımı, korunan hukuki değerdere ihlal edebilmektedir. Yanılıcı bilgi paylaşımı yoluyla kitleler manipüle edilerek suç işlemeye tahrik edilebilir, toplum sağlığının bozulmasına (örneğin aşular hakkında ortaya atılan yanılıcı bilgiler sonucu aşı karşıtlığının oluşmasıyla bulaşıcı hastalıkların yayılması) yol açılabilir⁹⁰. Bu nedenle, yanılıcı bilgiye karşı belirli önleyici tedbirlerin alınması kaçınılmazdır. Ceza hukuku yaptırımı da bu bağlamda karşımıza çıkan bir seçenektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu tedbirlerin “son çare” olması bakımından ceza hukukunda suç düzenlemesi yapılırken, ifade özgürlüğü açısından yapılacak sınırlamanın belirttiğimiz ilkeler bağlamında aşılmamasına dikkat edilmesidir. İfade özgürlüğünü sınırlandırırken gerçeği mutlak bir ölçüt olarak kabul etmek doğru olmayacaktır. Zira gerçek, hukuki açıdan var olan bir kavram değildir. Bununla birlikte bu iki özgürlük, eşit düzeyde değildir. Gerçekleri kanıtlamak mümkündür, dolayısıyla gerçekleri ifade edenlerden bunları kanıtlamaları beklenebilir. Öte yandan değer yargıları doğrulanamaz ve bu nedenle doğru olmaları istenemez. Bu kriter, AİHM tarafından da kabul edilmiş olup pek çok kararda görülebilmektedir⁹¹. Ancak AİHM, değer yargılarının bile yeterli olgusal dayanak taşımadığı takdirde aşırıya kaçtığını vurgulamaktadır⁹². AYM tarafından verilen kararlarda da değer yargılarının somut unsurlar ile desteklenebilir olup olmadığı incelenmektedir. Bu

⁹⁰ Tülay Kitapçioğlu Yüksel, ‘Halkı Yanılıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Hakkında Bir Değerlendirme’ (2023) (207) THD 94, 102.

⁹¹ App no 11662/85 (ECHR, 23 May 1991); Otegi Mondragon v Spain, App no 4184/15 (ECHR, 6 Kasım 2018); Chulvi (n 18) 281.

⁹² App no 11662/85 (ECHR, 23 May 1991) par. 43.

konuda AYM, değer yargılarının kısmi de olsa somut unsurlarla desteklenmiş olması gerektiğini belirtmektedir. Bu çerçevede kısmen de olsa somut bir unsurla desteklenemeyen değer yargılarının ölçüsüzlüğüne karar verilmektedir⁹³.

Bir bilginin aktarılması veya düşünce açıklaması sırasında kasıtlı olarak doğru bilginin kullanılmaması durumu hariç olmak üzere; yanlış bilgilerin yorumu ve haberleştirilmesi, ifade özgürlüğü kapsamında kalması gereken niteliktedir. Dolayısıyla bazıları doğru ve bazıları yanlış (yanıltıcı değil) olsa da değer yargılarının ve değerlendirmelerin doğruluğu, siyah-beyaz bir mesele değildir. Benzer şekilde, gerçekleri belirli bir politik çizgiye göre yorumlayan partizan haberler, gazeteciliğin yanlış uygulanmasına örnek teşkil etse de ifade özgürlüğüne aykırı bir durum oluşturmaz. Eleştiriler yanlış veya hatalı ifadeler içerebilir ya da tamamen 'yanlış' olabilir. Buna rağmen bu tür ifadeler, ironi veya mizah amacıyla üretildiği için haber ya da bilgi olarak sınıflandırılmazlar⁹⁴. İspanya Anayasa Mahkemesi, tam doğruluğu tartışmalı olsa bile dürüstçe derlenen ve dağıtılan haberlerin dahi ifade özgürlüğü kapsamında kaldığına hükmetmiştir. Mahkeme, haberlere karşı nesnel bir tutum takınarak gerçeklerin sadece tartışmasız versiyonlarına izin vermek yerine, “*özgür bir tartışmada yanlış iddiaların kaçınılmaz olduğuna, dolayısıyla bu hakkın tanınması için doğruluğun bir koşul olarak dayatılması halinde, kişinin kendi güvenliğini tek yolunun sessiz kalmak olacağını*” belirterek çoğulculuğun sağlanması için bilginin doğruluğu tartışmalı da olsa sınırlandırılırken demokratik toplumun gereklerine aykırı davranılmaması gerektiğini vurgulamak istemiştir⁹⁵.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması şartları bakımından TCK m.217/A düzenlemesini irdeleyecek olursak, öncelikle Anayasa m.13'te öngörülen sınırlama nedenlerinin bu suç ihdas edilirken dikkate alınmadığını belirtmek

⁹³ Karan (n 28) 77; AYM, Nilgün Halloran Kararı, B. No: 2012/1184 16.7.2014, par. 56.

⁹⁴ Chulvi (n 18) 283-284.

⁹⁵ İspanya Anayasa Mahkemesi, 6/1988 21 Ocak 1988; aktaran Chulvi (n 18) 283.

gerekir. Çünkü ifade özgürlüğünü sınırlayan bu düzenleme; aşağıda açıklanacağı üzere nedene bağıllık, ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama şartlarını sağlamamaktadır. Bu şartları taşınamaması, TCK m.217/A’da yer alan düzenlemenin hukuka aykırılığı sonucunu doğuracaktır. Öğretideki benzer bir görüş, TCK m.217/A’da düzenlenen suçun temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırması şartlarından demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ve hukuken öngörülebilir olmayı sağlamadığını ifade etmektedir⁹⁶. Düzenlemenin en tehlikeli yanlarından birisi de sosyal medya ve internette ifade özgürlüğünü zedeleyecek olmasıdır. Bu suç, aşağıda da değinileceği üzere belirsizlikler ile doludur. Bu belirsizliklerin ortadan kaldırılması halinde dahi ceza hukukunun son çare olması ilkesi dikkate alınmadığından, maddenin ciddi bir revizyona ihtiyacı bulunmaktadır.

A. CEZA HUKUKUNUN SON ÇARE OLMASI

Ultima ratio, diğer bir tabirle ceza hukukunun son çare olması ilkesi; uluslararası sözleşmeler ve anayasal metinlerde düzenlenmemiştir. Buna rağmen hukuk düzeninde temel hak ve özgürlüklerin korunması ve sınırlandırılmasında öncelikle hukukun diğer dallarına başvurularak ceza hukuku yaptırımlarının son çare olarak tercih edilmesi, hukukun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir⁹⁷. Hangi haksızlığın suç ihdası gerektireceği konusunda da belirlilik mevcut değildir. Bu konuda bir düzenleme olmadığından kanun koyucu, hangi eylemleri suç olarak nitelendireceğine kendi karar vermektedir. AYM tarafından verilen kararlarda da hangi eylemlerin suç oluşturacağı hususunda kanun koyucunun takdir hakkının bulunduğu belirtilmektedir⁹⁸. Bununla birlikte kanun

⁹⁶ Kitapçıoğlu Yüksel (n 90) 101.

⁹⁷ Soner Demirtaş, ‘Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi’ (2019) 21 (Özel S.) 491, 493; Kitapçıoğlu Yüksel (n 90) 96.

⁹⁸ “...Yasa koyucunun ceza politikasının, öncelikle Anayasanın 2 nci maddesinde nitelikleri, 5 inci maddesinde de temel amaç ve görevleri belirtilen hukuk devleti ilkesine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine ve 38 inci maddedeki güvencelere uygun olması gerekir. Bu doğrultuda ceza önemiyle toplumsal barışı amaçlayan Anayasa, suçların niteliği, işlenme biçimi ve kamu düzeni

koyucu, suç ihdas etme konusundaki takdir yetkisini kullanırken Anayasa m.13'te yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kurallarını da göz önünde tutmak zorundadır. Dolayısıyla suç ihdası kanunla, meşru bir nedene bağlı olarak, anayasanın sözüne ve ruhuna uygun bir şekilde, ölçülülük ilkesine riayet edilerek, temel bir hak ve özgürlüğün özüne dokunmayan, laik cumhuriyetin gereklerine aykırı olmayan ve demokratik toplumda gereklilik ilkelerine uygun bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Bu bağlamda son çare ilkesinin ceza hukuku açısından uygulanmasının temel nedenlerinden biri, temel hak ve özgürlüklere en ağır sınırlama getiren yaptırım türü olmasındandır⁹⁹.

Demokratik bir düzende ceza hukuku, hak ve özgürlükleri sınırlandırmaktan ziyade onları koruma amacı taşır. Bu durum TCK m.1'de de belirtilmiştir. Dolayısıyla demokratik toplumlarda ceza hukuku yaptırımıyla bir hak ve özgürlüğün sınırlandırılması, ancak başka bir hak ve özgürlüğün korunması amacıyla gerçekleştirilebilir. Suç ihdası yapılırken bir tarafın hakkını kısıtladığı, diğer tarafın da hakkının korunmasını sağladığı düşünüldüğünde, aradaki dengenin bozulması halinde artık idari yaptırımların da düşünülmesi gerekmektedir. Bu nedenle TCK m.217/A'da düzenlenen eylem açısından bir ceza hukuku yaptırımı öngörülmeden önce idare hukuku yaptırımı öngörülmesi daha isabetli olacaktır¹⁰⁰. Öğretide bu yöndeki benzer bir görüşe göre ceza hukuku yaptırımlarının son çare olması ilkesi dikkate alındığında, yanıtıcı bilgi ile mücadelede bu şekilde bir yaptırım öngörülmesi, Anayasa m.13'te temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında geçerli olan ölçülülük, nedene bağlılık şartlarının sağlanmadığını, cezaya layık bir eylemin bulunmaması sebebiyle idari

için yarattığı tehlikeyi gözeterек ne miktar ceza verileceğinin ve hangi ceza tedbirlerinin ne yolda uygulanacağıın saptanmasını yasa koyucuya bırakmıştır.”AYM, E 2011/17 K 2011/171, 22.12.2011.

⁹⁹ Demirtaş (n 97) 499.

¹⁰⁰ Kitapçoğlu Yüksel (n 90) 96.

yaptırım öngörülmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰¹.

III. HALKI YANILTICI BİLGİYİ ALENEN YAYMA SUÇU

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması yollarından biri de bu özgürlüğe aykırı olan durumları ceza hukuku yaptırımına tabi kılmaktır. TCK'da ifade özgürlüğünü sınırlayan pek çok suç tipi mevcuttur¹⁰². 18.10.2022 tarihinde 7418 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle TCK'ya 217/A maddesi olarak eklenen "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma" başlıklı suç tipi, çalışmamızın konusunu oluşturmaktadır. İnternet üzerindeki yayımlara erişimin engellenmesi şeklinde sınırlandırma, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8, 8/A, 9 ve 9/A maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, Anayasada belirtilen sınırlandırma nedenlerini dikkate alarak yanıltıcı bilgiye ilişkin sınırlayıcı idari tedbirler getirmiştir. Ancak bu tedbirlerin yeterli olmadığı noktasındaki kanaatini, konu hakkında bir suç tipi ihdas ederek ortaya koymuştur. Bu bağlamda demokratik düzenin temelini oluşturan ifade özgürlüğü bakımından TCK m.217/A'da gösterilen suç tipinin irdelenmesi gerekir.

A. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Hukuk düzeni tarafından pozitif hukuka dahil edilen her ceza hukuku haksızlığı, korunan bir hukuki değeri ihlal eder. Nitekim suçların ihdasında korunan hukuki değerler temel alınır. Failin eyleminin korunan bir hukuki değeri ihlal etmediği

¹⁰¹ Kitapçıoğlu Yüksel (n 90) 97.

¹⁰² TCK m.125'te hakaret suçu, m.130'da kişinin hatırasına hakaret, m.132'de haberleşmenin gizliliğini ihlal, m.190/2'de uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımını alenen özendirme, m.214'te suç işlemeye tahrik, m.215 suçu ve suçluyu övme, m.216'da halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama, m.217'de kanunlara uymamaya tahrik, m.220/8'de suç örgütünün propagandasını yapma, m.299'da cumhurbaşkanına hakaret, m.300'de devletin egemenlik alametlerini aşağılama, m.301 Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama, m. 318'de halkı askerlikten soğutma, m. 319'da askerleri itaatsizliğe teşvik, m. 323'te savaşta yalan haber yayma, m. 325'te düşmandan unvan ve benzeri payeler kabulü; ifade özgürlüğünün sınırlandırıldığı bazı suç tipleridir. Bkz. Aslı Ekin Yılmaz, 'İfade Özgürlüğü Bağlamında Tehlike Suçlarının Düzenlenişine İlişkin Bir Değerlendirme', (2020) 17 (3) YÜHFD 155, 165.

hallerde suç oluşmayacaktır¹⁰³. “Halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma” suçu; TCK’da, “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmın “Kamu Barışına Karşı Suçlar” başlıklı beşinci bölümünde düzenlenmiştir. Ayrıca madde metninde bulunan “kamu barışını bozmaya elverişli nitelikte” olması şartı da korunması amaçlanan hukuki değer, kamu barışı olduğunu göstermektedir¹⁰⁴. Bu kapsamda kamu düzeni ve kamu barışı kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır.

Bir görüşe göre kamu düzeni ile kamu barışı, birbirinden farklı kavramlardır. Bu kavramlardan kamu barışı, kamu güvenliğinin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁰⁵. Korunan hukuki değer olarak kamu barışı; sosyal düzen, toplumun huzuru, güven ortamını ifade eder. Ayrıca 765 sayılı Eski TCK döneminde kullanılan “amme nizamı” kavramıyla da benzer kavram olarak kullanıldığı belirtilmiştir¹⁰⁶. Kamu düzeni ise kamu barışını kapsayan bir şekilde dirlik, esenlik, sağlık, genel ahlak gibi unsurları içine alır¹⁰⁷. Kamu barışına karşı suçların düzenlenmesi, toplumun huzur ve güvenliğini sağlarken; aynı zamanda kamu güvenliğinin teminatını oluşturmaktadır. Dolayısıyla kamu güvenliğinin sağlanması amacına da sahip gözükmektedir¹⁰⁸. Bu çerçevede halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçunun, kamu barışını korumaya yönelik olarak başka suçların işlenmesini önleme amacı taşıdığını da söylemek mümkündür¹⁰⁹. Anayasanın 26. maddesinde kamu düzeni; devletin bölünmez bütünlüğünün

¹⁰³ Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu (Savaş Yayınevi 2019) 159.

¹⁰⁴ Can ve diğerleri (n 2) 72; Kitapçıoğlu Yüksel (n 90) 96.

¹⁰⁵ Cem Şenol, ‘Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)’, (2022) (50) CHD 331, 333.

¹⁰⁶ Haluk Toroslu, ‘Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı’ iç Muharrem Özen ve diğerleri, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan CILT-II (Ankara Üniversitesi Basımevi 2015) 1201.

¹⁰⁷ Şenol (n 105) 340.

¹⁰⁸ Tolga Babayağmur ve diğerleri, ‘The Crime of Publicly Disclaiming Information to the Public Added to the Turkish Criminal Law No. 5237 by the Disinformation Law’ (2023) 29 GSI Articleletter 286, 291.

¹⁰⁹ Toroslu (n 106) 1204.

korunması, suçların önlenmesi gibi ifade özgürlüğünü sınırlama nedenleri göz önüne alındığında; korunan hukuki değerlerin ifade özgürlüğü ile çeliştiğini söylemek pek mümkün değildir. Demokratik bir toplumun temini için öncelikle bireylerin huzur ve güven içerisinde yaşayabilecekleri bir ortam sağlanmalıdır. Düzen ve huzur, ifade özgürlüğünü getirirken; ifade özgürlüğü de demokratik düzenin oluşmasını sağlar. Kamu barışı ve kamu güvenliği, ifade özgürlüğünün karşısında değil yanında konumlanmaktadır. Ancak sınırlama nedenleri tek başına yeterli değildir. Temel hak ve özgürlüklerin diğer sınırlama şartları sağlandığı ölçüde ifade özgürlüğü, kamu barışı ve kamu güvenliği için sınırlandırılabilir. Diğer yandan bu suçun koruduğu başka bir hukuki değer, bireylerin ifade özgürlüğüdür. Zira yanıltıcı haberin yasaklanması, düzenlemenin amacının bireylerin doğru habere erişim hakkını korumak olduğunu göstermektedir¹¹⁰.

B. TİPİKLİĞİN OBJEKTİF (NESNEL) UNSURLARI

1. Fail, Mağdur ve Konu

TCK m.217/A'nın metninde, bu suçun yalnızca internet üzerinde işlenebileceğine ilişkin bir bilgi mevcut değildir. Kanun teklifinin gerekçesinde ise internet ve dijital platformlarda yanıltıcı bilginin yayılmasının önlenmesi amacı olduğu görülmektedir. Madde metni ve teklif gerekçesinde, yanıltıcı bilgiyi yayma eylemi gerçekleştirilirken internet ve dijital platform kullanma konusunda bilgiye sahip olma şartı da aranmamıştır. Dolayısıyla bu suç özgü suçlardan değildir, herkes tarafından işlenebilir¹¹¹.

Bu suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu söylenebilir¹¹². Korunan hukuki değerlerin kamu barışı, kamu düzeni, ifade özgürlüğü olduğu nazara

¹¹⁰ Şenol (n 105) 333, 334.

¹¹¹ Ibid 337; Murat Balcı ve Kerim Çakır, 'Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)', (2023) 9 (1) AndHD 1, 8.

¹¹² Can ve diğerleri (n 2) 73; Şenol (n 105) 337; Balcı ve Çakır (n 111) 8.

alındığında; bireylerden ziyade tüm toplumu etkileyen bir yapıda olması nedeniyle eylem, tüm topluma karşı işlenmiş sayılır. Madde metni ve başlığında da ‘halk’ sözcüğünün kullanıldığı görülmektedir. ‘Halk’ sözcüğünden toplumu oluşturan herkes anlaşılmalıdır¹¹³.

Suçun konusuna baktığımızda “*ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili gerçeğe aykırı bir bilgi*” ifadesi dikkat çekmektedir. Daha önce de belirttiğimiz üzere ‘bilgi’ kavramı, AİHM kararlarında “gerçek” ile bir tutulmaktadır. Buna karşılık değer yargıları, bilginin kapsamına girmediği için bu suçun konusunu oluşturamaz. Madde gerekçesinden, belirli değer yargıları ve kanaat açıklamalarının da bu kapsama girebileceği anlaşılmaktadır¹¹⁴. Ancak TCK m.217/A’dan yalnızca “bilgi” kavramına ilişkin bir çıkarım yapılabilir. Dolayısıyla gerekçeye rağmen bilginin kapsamına girmeyen değer yargılarının bu suçun konusunu oluşturmayacağına şüphe yoktur¹¹⁵. Burada madde metni ile teklif gerekçesinin çeliştiğini belirtmek gerekir. Metin, gerekçe ile çeliştiğinde madde metni esas alınmalıdır. Aksi durumda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir güvencesi olan belirlilik ilkesi ihlal edilmiş olur¹¹⁶.

“Gerçeğe aykırı bilgi”, yukarıda da belirttiğimiz üzere yanıltıcı bilgi kavramından daha geniş olan yanlış bilgi kavramı ile eşdeğer bir anlama sahiptir. Başlığında “yanıltıcı bilgi” ifadesi yer almasına rağmen madde metninde “gerçeğe aykırı bilgi” kavramının kullanılması, bir çelişkiye yol açmıştır. Çünkü gerçeğe aykırı

¹¹³ Balcı ve Çakır (n 111) 8.

¹¹⁴ Nitekim gerekçede ifade özgürlüğünün korunması bakımından tipik eylemin gerçekleşmesi için halk arasında endişe, korku veya panik yaratma saiki aranmışsa da bu durumda değer yargıları da eylem unsuruna dahil kabul edilmiş sayılmaktadır.

¹¹⁵ Şenol (n 105) 338; Yazara göre lafzi yorum metodu kullanıldığında, düşünce açıklamaları bu suçun konusunu oluşturamayacaktır. Bunun yanında yazarın bizim de katıldığımız görüşüne göre haber verme sınırı kapsamındaki düşünce açıklamaları da bu suçun konusunu oluşturamayacaktır. Aksi takdirde ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında gerekli olan şartların sağlanmayacağı kanaatindeyiz. Örneğin gelecekte olmasını beklediği bir hususa ilişkin düşüncesini paylaşan kişinin paylaşımı, bu suçun konusunu oluşturamayacaktır.

¹¹⁶ Kitapçoğlu Yüksel (n 90) 98.

bilgi, yanıltıcı bilgiyi de kapsayan daha geniş bir kavramdır. Bu kapsamda failin gerçeğe aykırı olduğunu bildiği bir bilgiyi yayması eylemi ile gerçeğe aykırı olduğunu bilmediği bir bilgiyi yayması eylemi arasında niteliksel bir farklılık bulunmalıdır. Ancak bu durum, tipikliğin subjektif unsuru başlığında ele alınacaktır. Ayrıca yanıltıcı bilgi ile gerçeğe aykırı bilgi, birbirinden farklı kavramlardır. Suç tipinde “gerçeğe aykırı bilgi” nitelemesi yapmak, bu suçu ifade özgürlüğünü daha geniş sınırlayacak bir konuma taşımıştır. Venedik Komisyonu Görüşü’nde de bu husus eleştirilerek kavramların birbirlerinden farklı olduğu; yanlış ve yanıltıcı bilgi kavramları ile suçun konusunu oluşturacak gerçeğe aykırı bilginin ne olacağı noktasındaki ölçütlerin açık olarak belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır¹¹⁷. Dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus, bilginin gerçek olup olmadığının tespitinin hangi kaynaktan yapılacağıdır. Nitekim gerçeğin yalnızca siyasal iktidar ve buna bağlı idare tarafından yapılması, ifade özgürlüğü bakımından sakıncalıdır¹¹⁸. Bilginin gerçek olup olmadığı her somut olayda ayrıca değerlendirmeye tabi tutulmalı; bağımsız ve tarafsız olmayan idare, bu konuda başvurulacak tek kaynak olmamalıdır.

Madde metninde bilginin niteliği de belirtilmiştir. Buna göre “ülkenin iç ve dış güvenliği, kamu düzeni ve genel sağlığı ile ilgili” gerçeğe aykırı bir bilgi, bu suçun konusunu oluşturmaktadır. İç ve dış güvenlik kavramı, kanun tarafından açıklanmadığı ve kavramın neyi ifade ettiği belirli olmadığı için madde metni, belirlilik ilkesine uygunluk taşımamaktadır. Kamu düzeni kavramının zaten iç ve dış güvenlik kavramını kapsadığı, bu kavramın madde metninde bulunmasına da lüzum olmadığı eleştirisi haklı olarak getirilmiştir¹¹⁹. Dış güvenliğin “ülkeye karşı dışarıdan yapılan müdahalelere karşı savunma” olarak tanımlanabileceğini

¹¹⁷ Venedik Komisyonu, Acil Ortak Görüşü
[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2022\)032-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2022)032-e)
 par. 40, Son Erişim Tarihi: 01.12.2023.

¹¹⁸ Balcı ve Çakır (n 111) 9.

¹¹⁹ Şenol (n 105) 339.

söyleyebilesek de öğretide uzlaşmış bir tanımı bulunmamaktadır¹²⁰. Benzer şekilde iç güvenliği de “ülke içinde yaşanan kamu düzenini bozucu faaliyetlere karşı savunma mekanizması” olarak tanımlamak mümkündür. Kamu düzeni kavramı, korunan hukuki değer başlığında belirtildiği üzere kamu barışının yanında dirlik, esenlik, genel sağlık ve ahlaki da kapsayan geniş bir kavramdır¹²¹. Bu nedenle genel sağlığın da maddede sayılması tekrara düşmekten başka bir şey değildir¹²².

2. Eylem

Gerçeğe aykırı bilginin, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde ‘alenen yayılması’, bu suçun eylem unsurunu oluşturmaktadır. Yayma eylemi sözlükte “birçok kimseye duyurmak” anlamına sahiptir¹²³. Bu kapsamda suçun konusu olan gerçeğe aykırı bilginin fail tarafından birden fazla kişinin ulaşabileceği şekilde erişilir hale getirilmesi, suçun eylem unsurunu oluşturacaktır¹²⁴. Yayma eyleminin alenen gerçekleştirilmesi gerekir. Bu durumda kapalı bir özel grup içerisindeki yayma eylemi, bu suçun eylem unsurunu oluşturmaz. Aleniyetin arandığı diğer suç tiplerine bakıldığında “belirsiz sayıdaki kişi tarafından algılanabilir olma” şeklinde açıklandığı görülmektedir¹²⁵. Nitekim aleni kelimesi; “açık, ortada, meydanda, herkesin içinde yapılan” anlamına gelmekte olup¹²⁶; herkesin açık erişime sahip olmadığı bir ortamda yayma eyleminin gerçekleşmesi durumunda, bu suçun eylem unsuru oluşmaz. Gereğesinden anlaşılacağı üzere sosyal medya ve internet hedeflenerek ihdas edilmiş bu düzenleme açısından örneğin; belirlenebilir sayıda kişinin olduğu kapalı bir sosyal medya grubunda

¹²⁰ Ibid 340.

¹²¹ Ibid 340.

¹²² Toplumun bulaşıcı, yaygın hastalıklardan uzak ve uygun koşullarda yaşamını sürdürmesi, ‘genel sağlık’ olarak tanımlanmaktadır; Ibid 340.

¹²³ TDK, <<https://sozluk.gov.tr/>> Son Erişim Tarihi: 02.12.2023.

¹²⁴ Şenol (n 105) 334.

¹²⁵ Can ve diğerleri (n 2) 74.

¹²⁶ TDK, <<https://sozluk.gov.tr/>> Son Erişim Tarihi: 02.12.2023.

yapılan bir paylaşımın bu suçu oluşturmayacağını söyleyebiliriz.

Yayma suretiyle paylaşılan bilginin birden fazla kişi tarafından öğrenilmesinin suçun tamamlanması açısından bir şart olmadığı ve eylem gerçekleştiği anda suçun tamamlanacağı, öğretide genel olarak kabul görmektedir¹²⁷. Madde gerekçesinde, yayma eyleminin kamu barışını bozmaya ‘elverişli’ olması ölçütünün; suçun somut tehlike suçu olduğunun vurgulanması amacına yönelik olduğu belirtilmiştir. Bir görüşe göre elverişlilik şartı burada bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak, cezalandırmanın daraltılması amacını ihtiva eder ve tipiklik unsurunun dışındadır¹²⁸. Bu bakımdan suçun elverişlilik unsurunun oluşmaması halinde ceza verilmeyecektir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre bu suçun kamu barışını bozmaya elverişli olma ölçütü, tipiklik unsuruna dahildir. Bu kapsamda yayma eyleminin bir sonuca ulaşmaması, bu suçun bir tipik unsurunun eksikliği demektir. Suçun bir unsuru eksik olacağından beraat kararı verilecektir. Dolayısıyla elverişlilik şartı, bu madde bakımından tipikliğin bir unsuru olarak kabul edilmelidir¹²⁹. Gerçeğe aykırı bilginin yayılmasının kamu barışını bozmaya elverişli olup olmadığının değerlendirilmesinde AİHM, AİHS’nin 10. maddesinin sınırlandırma kriterlerinin esas alınması gerektiğini belirtmiştir¹³⁰. Gerçekten AİHM’nin kararlarında da sıklıkla belirttiği üzere ifade özgürlüğü, yalnızca toplumun çoğunluğunun benimsediği görüşleri değil; çoğunluğun rahatsız olduğu, devletin beğenmediği, politikalarına aykırı olan, rahatsız eden; hatta şok eden bilgi ve düşünce açıklamalarını da kapsar¹³¹. Bu bağlamda toplum açısından her ne kadar rahatsız edici olursa olsun, kamusal birimler bu ölçütleri gözeterek bilgi yanlış da olsa madde kapsamında korunan hukuki değerleri ihlal amacı bulunmayan failin eylemini tolere etmelidir.

¹²⁷ Şenol (n 105) 334.

¹²⁸ Balcı ve Çakır (n 111) 3.

¹²⁹ Şenol (n 105) 336.

¹³⁰ Ibid 336.

¹³¹ Handyside v. UK, App no 5493/72 (ECHR, 7 Aralık 1976) par. 49.

Sosyal medyada yeniden paylaşma (*repost*) veya beğenme şeklinde gerçeğe aykırı bilginin yayılmasının bu suçun eylemini oluşturup oluşturmayacağı, bu suç bağlamında yanıtlanması gereken diğer bir sorudur. Görünüşte gerçek gibi duran bir bilgi veya haberin sosyal medyada beğenilmesi veya yeniden paylaşılması durumunda; kullanıcıya ait hesabın takipçileri, bu beğeni ve paylaşımları görebilmektedir. Bu eylemi gerçekleştiren failin kastı ve gerçeğe aykırı bilgiyi önceden bilip bilmemesi, kritik noktadır. Bu çerçevede fail, bilginin gerçeğe aykırı olduğunu bilmesine rağmen bir paylaşım yapıyorsa, artık korunan hukuki değeri ihlal etme iradesinin varlığından söz edilebileceği için yayma amaçlı yeniden paylaşma ve beğenme bu suçun eylem unsurunu oluşturabilir. Ancak böyle bir amaca sahip olmayan bir eylem, bu suçun tipik unsurunu oluşturmaz¹³². Dolayısıyla her olayda bu belirlemenin somut koşullar çerçevesinde yapılması gerekmektedir.

3. Nitelikli Haller

a. TCK m.217/A'da Yer Alan Nitelikli Haller

Failin gerçek kimliğini gizlemesi veya bir örgütün faaliyeti çerçevesinde eylemi gerçekleştirmesi halinde; verilen cezanın yarı oranında arttırılacağı, TCK m.217/A f.2'de belirtilmiştir. Burada iki farklı nitelikli hal, tek cümlede ele alınmıştır. Fıkra da yer alan iki durumdan birinin gerçekleşmesi, nitelikli halin oluşması bakımından yeterli sayılacaktır. Gereğesinde sosyal medya ve internette yer alan gerçeğe aykırı bilgiye karşı ihdas edildiği vurgulanan bu suç işlenirken, failin kimliğini gizlemesinin cezayı artıran bir nitelikli hal olması, düzenlemeye uygun düşmektedir. Nitekim anonim bir hesapla internet üzerinden bu suçun işlenmesi, failin suçtan kurtulma imkanını artırarak suçun işlenişini de kolaylaştırmaktadır. Sosyal medyada kimliğini gizleyerek (örneğin sahte bir kullanıcı adı almak suretiyle) eylemi gerçekleştiren fail, bu nitelikli halden

¹³² Balcı ve Çakır (n 111) 8.

sorumlu olacaktır. Failin gerçek kimliği, IP adresi aracılığı ile kolluk tarafından tespit edilebilecek durumda olsa bile sosyal medyada bu gerçek kimliğinin anlaşılabilmesi, nitelikli halden sorumluluk bakımından yeterlidir¹³³. Aynı fıkrada belirtilen diğer nitelikli hal olan suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hali için failin örgütün üyesi olması gerekmemektedir. Örgüt üyesi olmamakla birlikte bir örgütün faaliyeti çerçevesinde bu suçun işlenmesi halinde de bu suç oluşacaktır¹³⁴. Fıkrada sözü edilen örgüt kavramının TCK m.220 kapsamında örgüt olarak kabul edilen suç örgütünün yanında terör örgütlerini de kapsayıp kapsamadığı noktasında belirsizlik mevcuttur¹³⁵. Bu durum, hukuki güvenlik (suçta ve cezada kanunilik) ilkesi açısından ciddi tereddütlere yol açmaktadır.

b. TCK m.218'de Yer Alan Nitelikli Hal

TCK m. 218'de Kamu Barışına Karşı Suçlara ilişkin Beşinci Bölümde gösterilen m.213, m.214, m.215, m.216, m.217 ve m.217/A kapsamında yer alan suçlar açısından; bu suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir. TCK m.6/1-g'de "basın ve yayın yolu ile" deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınların anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. 7418 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle "internet haber siteleri", 5187 sayılı Basın Kanunu kapsamına alınmıştır. Bu bağlamda eylemin internet haber siteleri aracılığı ile gerçekleştirilmesi durumunda, bu nitelikli hal söz konusu olabilecektir.

¹³³ Şenol (n 105) 342; Aksi bir görüşe göre ise failin kimliği belirlenebilir durumda ise bu nitelikli halden sorumlu olmayacaktır. Bkz. Balcı ve Çakır (n 111) 11; Ersan Şen, 'Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu', <www.hukukihaber.net/halki-yaniltici-bilgiyi-alenen-yayma-sucu-1> Son Erişim Tarihi: 08.12.2023.

¹³⁴ Şenol (n 105) 342. Örgüt üyesi olarak da failin bu suçu işlemesi mümkündür. AYM'nin 20.10.2023 tarih E.: 2023/132; K.: 2023/183 sayılı kararı ile TCK m.220/6 hükmü iptal edilmiştir. İptal kararının 08.04.2024 tarihinde yürürlüğe gireceği kararlaştırılmıştır. Bu kapsamda eylemi gerçekleştirenin örgüt üyesi olması halinde ayrıca m.220 kapsamında cezalandırılmayacağı söylenebilir.

¹³⁵ Can ve diğerleri (n 2) 80.

Öğretideki bir görüşe göre sosyal medyada yer alan paylaşımların suçun konusunu teşkil etmesi halinde bu nitelikli hal oluşacaktır¹³⁶. Bu görüşün esas alınması halinde, gerekçesinde internet ve sosyal medya hedeflenerek ihdas edildiği belirtilen m.217/A'nın her uygulanmasında bu nitelikli halin uygulanması söz konusu olacaktır. Bu durumda, suçun temel halinin neredeyse hiçbir zaman uygulanmaması gibi bir durumla karşılaşılacaktır¹³⁷. Bu bakımdan m.218'de yer alan nitelikli halin sosyal medyayı kapsamadığı görüşü, daha isabetli görünmektedir.

C. TİPKLİĞİN SUBJEKTİF (ÖZNEL) UNSURU

TCK m.217/A'da düzenlenen suç, ancak kasten işlenebilir. Kanunda taksirli hali düzenlenmediği için taksirle bu suçun işlenebilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak suçun tipiklik unsurunun tamamlanması için subjektif unsura saik eklenmiş ve "sırf halk arasında endişe, korku veya panik yaratmak saiki", suçun oluşması için gerekli kılınmıştır¹³⁸. Bu çerçevede fail, eylemi kasten gerçekleştirmesine rağmen bu saik dışında hareket ediyorsa; bu durumda failin eylemi suç oluşturmayacaktır¹³⁹. Dolayısıyla olası kast ile eylemin gerçekleştirilmesi halinde tipikliğin subjektif unsurunun oluşmayacağı söylenebilir¹⁴⁰. Failin gerçeğe aykırı olduğunu bildiği ve bilmediği bir bilgiyi

¹³⁶ Şenol (n 105) 343.

¹³⁷ Can ve diğerlerine göre bu nitelikli halin düzenlenme amacı basın ve yayın organlarının bu suçun işlemleri halinde daha ağır ceza ile cezalandırılmaları isteğidir. Çünkü demokratik bir düzende toplumu aydınlatma görevini de üstlenen basının bu görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle belirtilen eylemleri gerçekleştirmesinin daha ağır bir yaptırım gerektirdiği düşünülmüştür; Can ve diğerleri (n 2) 80.

¹³⁸ Güçlü Akyürek, 'Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Üzerine Düşünceler (TCK m.217/A)' (2022) 1 (2) MEFHFD 207, 211.

¹³⁹ Kanun koyucu olası kastı devre dışı bırakmak maksadıyla kanun metnine bu şekilde bir saik, maksat eklemek yoluna gitmektedir. Bkz. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (23. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023) 245.

¹⁴⁰ Şenol (n 105) 343. Kast, TCK m.21/1 c. 2'de "*Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*" olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde ise olası kast "*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi*" olarak tanımlanmıştır.

yayması eylemleri arasında niteliksel bir farklılık bulunduğunu, yukarıda belirtmiştik. Failin tipiklikte yer alan unsurların tümünü bilmesi; diğer deyişle subjektif unsur olan kastın kapsamına tipiklikte yer alan öğelerin tamamının girmesi gerekmektedir¹⁴¹. Bu kapsamda suçun konusunu oluşturan gerçeğe aykırı bilginin aslında doğru olduğunu düşünerek bu eylemi gerçekleştiren fail, bu hatasından yararlanacaktır¹⁴². Benzer şekilde “kamu barışını bozmaya elverişlilik” şeklinde maddede belirtilen ve tipikliğin içerisinde kabul ettiğimiz unsurun da failin kastının kapsamında olması gerekmektedir¹⁴³.

Bunların dışında halk arasında endişe, korku veya panik yaratma saikinin varlığının nasıl saptanacağına ortaya konması gerekir. Endişe, “üzücü veya kötü bir şey olacağı korkusundan doğan tedirginlik” anlamına gelmektedir. Korku, “bir tehlike karşısında duyulan tedirginlik”tir. Panik ise ani ve büyük korku anlamına gelmektedir¹⁴⁴. TCK m.217/A’da düzenlenen saik son derece subjektif bir değerlendirmeye konu olabilecek niteliktedir, ifade özgürlüğü bakımından problemlili bir durumdadır. Çünkü endişe, korku, panik gibi kavramlar gözlemlenebilir gibi gözükse de her bireyde aynı seviyede ortaya çıkmaz. Endişe, korku, panik kavramlarından failin ne anladığı da subjektif bir yargı konusudur. Dolayısıyla fail tarafından belirlenebilir bir olgu olmayan bu kavramlara dayanılarak demokratik bir toplumda suç ve özgürlüğü bağlayıcı yaptırım ihdas edilmesi doğru değildir. Ceza hukukunun bakış açısı yalnızca teorik noktadan değil, uygulama penceresinden de irdelenmelidir. Pratikte yanıltıcı bilginin halk arasında bir endişe, korku ya da panik oluşturup oluşturmayacağı hususu; subjektif yargıları içerecektir. Dolayısıyla bunların kesin olarak tespiti mümkün değildir. Bu durum, yargılama safhasında da problemlerin doğmasına yol açacak

¹⁴¹ Öztürk ve Erdem (n 139) 243; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023) 161.

¹⁴² Suçun konusunun özelliği hususunda hataya düşen fail, bu hatasından yararlanır. Bkz. Koca ve Üzülmöz, (n 141) 258; Balcı ve Çakır (n 111) 12.

¹⁴³ Şenol (n 105) 344.

¹⁴⁴ TDK, <<https://sozluk.gov.tr/>> Son Erişim Tarihi: 09.12.2023.

niteliktedir¹⁴⁵. Nitekim bu suçun yargılama konusu teşkil ettiği her olayda, hakim tarafından farklı değerlendirme yapılmasına yol açacak bir düzenleme mevcuttur. Bu durumda kanunun nasıl uygulanacağı konusunda bir belirsizlik ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesinin güvencesi olan belirlilik ilkesinin ihlali gündeme gelecektir. Aynı zamanda belirttiğimiz hususlar bağlamında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması şartlarının da ihlal edildiği görülmektedir.

D. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

TCK m.218'in 2. cümlesinde suçun tipik unsuru tamamlansa bile haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu suç açısından "bir hakkın kullanılması" hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde haber verme hakkı ve ifade özgürlüğünü ele almak gerekir. TCK m.26'da yer alan "bir hakkın kullanılması", genel bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. TCK m.218'de ise çalışmamızın konusu olan TCK m.217/A'yı da kapsayan bazı suç tipleri açısından özel olarak haber verme hakkı ve ifade özgürlüğünün hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlendiği görülmektedir. Ancak tipikliğin objektif ve subjektif unsurlarının gerçekleştiği bir durumda gerçeğe aykırı bilgiyi kamu barışını bozmaya elverişli şekilde halkta korku ve panik yaratmak amacıyla yayan failin eylemi, ne haber verme hakkı ne de ifade özgürlüğü bakımından hukuka uygun kabul edilmez¹⁴⁶. Bu kapsamda m.218'in ikinci cümlesinde yer alan düzenleme m.217/A'yı kapsamına alsa da uygulama alanı bulacağı bir nokta bulunmamaktadır.

E. KUSUR

Öğretide bu suç açısından kusuru azaltan veya kaldıran bir durum olmadığı

¹⁴⁵ Balcı ve Çakır (n 111) 12.

¹⁴⁶ Şenol (n 105) 345-346.

belirtilmektedir¹⁴⁷. Gerçekten de suçun ihdas ediliş biçimi sebebiyle herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin oluşma imkanı olmadığı gibi kusurluluğu etkileyen herhangi bir neden de bulunmamaktadır.

F. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1. Teşebbüs

TCK m.217/A'da tipikliğin içerisinde “kamu barışını bozmaya elverişlilik” şartına yer verilmiştir. İlgili gerekçede “somut tehlike suçu” olduğunu belirtmek için özellikle maddeye eklendiği belirtilen elverişlilik koşulu değerlendirildiğinde; sırf hareket suçu olarak icra hareketlerinin kısımlara bölünebildiği durumlarda teşebbüsün mümkün olduğunu söyleyebiliriz¹⁴⁸. Örneğin çok fazla ziyaret edilen bir internet haber sitesinde, bir sorumlunun yanıltıcı bilgiyi siteye yerleştirdikten sonra görünür kılmasından hemen önce kolluk tarafından müdahale edildiği varsayımında eylem, teşebbüs aşamasında kalacaktır.

2. İçtima

TCK m.217/A bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Nitekim, TCK m.43 son cümlede mağduru belli olmayan suçlar bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda failin farklı zamanlarda, aynı suç işleme kararı kapsamında bu suçu işlemesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir¹⁴⁹. Örneğin, failin aynı yanıltıcı bilgiyi önce internet sitesinde yayınlaması, daha sonra sosyal medya hesaplarından paylaşması eylemleri; zincirleme suç olarak kabul edilerek tek bir ceza uygulanmalıdır. Ancak TCK m.43/2'de düzenlenen aynı neviden fikri içtima hükümleri, bu suç bakımından uygulama alanı bulmayacaktır¹⁵⁰. TCK m. 219'da

¹⁴⁷ Şenol (n 105) 346; Can ve diğerleri (n 2) 82.

¹⁴⁸ Öztürk ve Erdem (n 139) 470; Devrim Aydın, ‘Suça Teşebbüs’ (2006) 55 (1) AÜHFHD 85, 110.

¹⁴⁹ Şenol (n 105) 347.

¹⁵⁰ Ibid 347.

yer alan “görev sırasında din hizmetlerini kötüye kullanma” suçu ile çalışmamızın konusunu oluşturan m.217/A’da yer alan suç tipi arasında TCK m.44’te düzenlenen farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanabilecektir¹⁵¹. TCK m.267’de gösterilen iftira suçu ile m.217/A’da gösterilen suçun aynı anda gerçekleştiği bir varsayımda, bu iki suç tipi arasında fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır¹⁵². TCK m.220/4’te de belirtildiği üzere, suç işlemek amacıyla kurulan örgütün faaliyeti çerçevesinde bu suç işlendiği takdirde, örgüt üyesi hem m.220/2 kapsamında hem de m.217/A/2’de gösterilen nitelikli halden sorumlu olacaktır. AYM’nin iptal kararı gereği örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına bu suçu işleyen fail, örgüte üye olma suçundan ayrıca cezalandırılmaz¹⁵³.

3. İştirak

TCK m.217/A’da düzenlenen suç bakımından genel iştirak hükümlerinin uygulanacağını belirtmek gerekir¹⁵⁴. İştirak açısından özellikli bir durum mevcut değildir. İnternet haber sitesi veya sosyal medyada fail tarafından gönderilmiş gerçeğe aykırı bilginin beğenilmesi ve paylaşılması hususunda iştirak noktasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Sırf bu suçun işlenmesi için fail ile ortak suç işleme kararı kapsamında paylaşım yapan kişi de bu suçun müşterek faili olacaktır. Ancak fail ile ortak bir suç işleme kararı olmaksızın yapılan paylaşım, iştirak oluşturmayacaktır¹⁵⁵.

SONUÇ

İnternet, hayatımızda pek çok kolaylık sağlamıştır. Bunlardan biri de iletişimin anlık, sansürsüz ve sınırsızlığıdır. İnternete ulaşım kolaylığı sayesinde insanlar;

¹⁵¹ Ibid 347.

¹⁵² Babayağmur ve diğerleri (n 108) 326.

¹⁵³ AYM, 26.10.2023 tarih ve E.: 2023/132; K.: 2023/183 sayılı kararı ile TCK m.220/6 hükmünü iptal etmiştir. İptal kararı 08.04.2024’te yürürlüğe girecektir.

¹⁵⁴ Şenol (n 105) 346; Can ve diğerleri (n 2) 83.

¹⁵⁵ Bu ortak karar, kastın yanında aranıyorsa saiki de kapsmalıdır. Bkz. Öztürk ve Erdem (n 139) 409-410.

tarihin hiçbir döneminde olmadığı kadar başkalarına fikirlerini duyurabilme, bilgi alma ve verme imkanına sahip olmuştur. Ancak bu durum, korunan hukuki değerlerin ihlaline neden olabilecek eylemlerin de kolaylaşmasına neden olmaktadır. Sahte haber ve bilginin varlığı yeni değildir, ancak özellikle son yıllarda sosyal medyanın da popülerliği sayesinde yayılma hızı inanılmaz boyutlara ulaşmıştır. Bunun önüne geçebilmek için devletler ve düzenleyici kurumlar, çeşitli önlemler almaya başlamıştır. Ancak bu önlem ve sınırlamalar uygulanırken ifade özgürlüğü, bilgi alma ve verme hakkı gibi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin Anayasada, AYM ve AİHM kararlarında öngörülen kurallara göre hareket edilmelidir. Ülkemizde de yanıltıcı bilgiye karşı kanun koyucu tarafından 13.10.2022 tarihinde TCK'ya m.217/A hükmü konulmuştur. İlgili düzenleme bağlamında öncelikle yanıltıcı bilgiye karşı son çare olarak uygulanması gereken ceza hukukuna başvurulmasının gerekli olup olmadığı sorusunu sormak gerekir. Burada ayrıca ifade özgürlüğü ile bilgi alma ve verme hakkının da yanıltıcı bilgi açısından değerlendirmelerinin yapılması, bu soruların özgürlük ve güvenlik dengesi bağlamında cevaplanması gerekmektedir.

Devletin yanıltıcı bilgiye karşı verdiği sınırlandırma tepkisi, titizlikle yaklaşması gereken hassas bir konudur. Nitekim bu sınırlandırma, ifade özgürlüğünü zedeleyecek farklı sınırlandırmaların bir başlangıcı sayılabilir. İfade özgürlüğünün de güvenlik lehine sınırlandırılmasında “özgürlük karinesi”ne riayet edilmelidir. Sınırlama, meşru ve güçlü bir nedene dayanmadığı sürece yapılamaz. Bu sebeple özgürlüklere getirilecek sınırlamanın somut ve özgürlüklere tehdit oluşturan tehlikeleri önleyeceği kanıtlanmalıdır. Nitekim TCK m.1'de de eylemlerin ceza hukuku yaptırımlarına bağlanmasının temel sebeplerinden birinin, kişi hak ve özgürlüklerini korumak olduğu vurgulanmıştır. Dolayısıyla kamu düzenini korumak amacıyla başka bir hakka ve özgürlüğe sınırlama getirilirken arada mevcut bulunan dengenin ifade özgürlüğü aleyhine kaybolması, aslında korunmak istenen hukuki değerlerin de kanun koyucu eliyle

ihlaline neden olabilir.

Kanun koyucunun ceza hukuku yaptırımına bağladığı eylemler, aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri de sınırlandırmaktadır. Anayasa m.13'te öngörülen sınırlama nedenlerinin TCK m.217/A düzenlemesi bakımından dikkate alınmadığını belirtmek gerekir. Çünkü ifade özgürlüğünü sınırlayan bu düzenleme; nedene bağlılık, ölçülülük, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama şartlarını sağlamamaktadır. TCK m.217/A hükmü, mevcut haliyle hukuka aykırıdır. Kanun koyucu, madde metninde geçen ifadeleri hukuki güvenlik ilkesi gereği titiz bir biçimde seçmelidir. TCK m.217/A'da belirtilen düzenleme bakımından yanıltıcı bilgi kavramı yerine madde metninde “gerçeğe aykırı bilgi” kavramı kullanılmıştır. Kanun koyucu kısmen ve tamamen yanlış üretilen yanıltıcı bilgi ile doğru olmayan bilgi arasındaki farkı ortadan kaldırarak sorumluluğun genişlemesine yol açmıştır. İfade özgürlüğü ile bilgi alma ve verme hakkı bağlamında sınırlamayı aşma ihtimali bulunan düzenlemede, madde metninde “gerçeğe aykırı bilgi” yerine “yanıltıcı bilgi” kavramının kullanılması isabetli olacaktır. Aksi durumda mevcut haliyle TCK m.217/A, hukuki güvenlik ilkesine aykırıdır.

Gerçeğe aykırı bilginin “kamu barışını bozmaya elverişli olması” durumu ile halk arasında “sırf endişe, korku ve panik yaratma” saiklerinin nasıl tespit edileceği, uygulamada sıkıntılara yol açacak niteliktedir. Bu kavramlar objektif olmayan; herkes tarafından farklı anlaşılabilir nitelik taşımaktadır. Suçların önceden belirlenebilir ve anlaşılabilir olması, hukuk devletinin ve demokratik düzenin temel bir unsurudur. Bu kapsamda subjektif kavramlara suç ihdasında mümkün olduğunca yer verilmemesi gerekmektedir. Bilginin gerçeğe aykırı olup olmadığının kontrolü, kanun koyucu veya idare tarafından değil, çeşitli uzmanlıklara sahip toplumun farklı kesimlerinin katılım sağladığı bağımsız bir kuruluş tarafından yapılmalıdır.

Gerçeğe aykırı bilgi ve yanıltıcı bilgi kavramlarının tipikliğin subjektif unsuru bakımından da nitelik farkına neden olduğunu belirtmemiz gerekir. Nitekim bir kişinin gerçeğe aykırı olduğunu bildiği bir bilgiyi yayması ile yanıltıcı bir bilgiyi yayması arasında ciddi bir fark mevcuttur. Ancak madde metninde bu ayrım belirtilmediği için fark mevcut değilmiş gibi gözükmektedir. Çalışmada belirttiğimiz hususlar kapsamında ilgili düzenlemede değişiklik yapılması veya söz konusu düzenlemenin ilga edilmesi gerekmektedir. Yanıltıcı bilgiyle mücadelenin önemli olduğu konusu, şüphe götürmez. Ancak ceza hukuku yaptırımlarının son çare olması gerektiği unutulmamalıdır. Yanıltıcı bilgiye karşı ceza hukuku yaptırımını yerine idari yaptırım uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA

Akyürek G, ‘Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Üzerine Düşünceler (TCK m.217/A)’ (2022) 1 (2) MEFHFD 207, 218.

Aydın D, ‘Suça Teşebbüs’ (2006) 55 (1) AÜHFD 85, 113.

Babayağmur T ve diğerleri, 'The Crime of Publicly Disclaiming Information to the Public Added to the Turkish Criminal Law No. 5237 by the Disinformation Law' (2023) 29 GSI Articletter 286, 329.

Balcı M ve Çakır K, ‘Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)’, (2023) 9 (1) AndHD 1, 17.

Can S ve diğerleri, ‘İfade Özgürlüğü Kapsamında Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK MADDE 217/A)’ (2023) 10 (33) EJSSH 57, 89.

Chulvi CP, ‘Fake News And Freedom Of Expression And Information The Legal Framework and Policy Actions at the EU Level to Address Online Disinformation’ iç Georgios Terzis ve diğerleri (edr), Disinformation and Digital Media As A Challenge For Democracy (Intersentia 2020).

Cormode G ve Krishnamurthy B, ‘Key differences between Web 1.0 and Web

2.0.' (2008) 13 (6) First Monday
<<https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/2125/1972>> Son Erişim Tarihi: 11.11.2023.

Demirtaş S, 'Türk Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma ve Ceza Vermekten Kaçınma Eğilimi' (2019) 21 (Özel S.) 491, 515.

Erdoğan M, 'Anayasal-Demokratik Bir Rejimde Özgürlük ve Güvenlik' (2013) 12 (24) İTÜSBD 21, 29.

Erdoğan M, 'Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif' (2001) (24) Liberal Düşünce 8, 13.

Erdoğan M, 'Özgürlük-Güvenlik Dengesi mi?'
<<http://erdoganmustafa.org/ozguruluk-guvenlik-dengesi-mi/>> Son Erişim Tarihi: 05.02.2024.

Gemalmaz MS, 'İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü', Prof. Dr. Sahir ERMAN'a Armağan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 8 1999).

González-Padilla DA ve Tortolero-Blanco L, 'Social Media Influence in the COVID-19 Pandemic' (2020) 46 (1) International Braz J Urol 120, 124.

Güneş AM, İnsan Hakları Hukukuna Giriş (4. Bası, Adalet Yayınevi 2023).

Hançerlioğlu O, 'Felsefe Ansiklopedisi: Kavramlar ve Akımlar (Cilt 1) (Remzi Kitabevi 1976).

Ireton C ve Posetti J, 'Journalism, "Fake News" & Disinformation Handbook for Journalism Education and Training (UNESCO 2018)'
<<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000265552>> Son Erişim Tarihi: 13.11.2023.

Kalabalık H, İnsan Hakları Hukuku (5. Bası, Seçkin Yayıncılık 2017).

- Kalabalık H, İnsan Hakları Hukukuna Giriş (5. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Karan U, İfade Özgürlüğü - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2 (Strasbourg: Avrupa Konseyi Yayınları 2018).
- Kitapçioğlu Yüksel T, ‘Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu Hakkında Bir Değerlendirme’ (2023) (207) THD 94, 106.
- Koca M ve Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Kulular İbrahim MA, ‘Avustralya Hukukunda Yalan Haber’, iç Bülent Kent ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim (edr), Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber (Ülke İncelemeleri) (Adalet Yayınevi 2022).
- Nunez F, ‘Disinformation Legislation and Freedom of Expression’, (2020) 10 (2) UC Irvine Law Review 783, 798.
- Özkepir R ve diğerleri, Sosyal Medya ve Basın Hukuku, (2. Bası, Seçkin Yayıncılık 2022).
- Öztürk B ve Erdem MR, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (23. Bası, Seçkin Yayıncılık 2023).
- Şen E, ‘Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu’, <www.hukukihaber.net/halki-yaniltici-bilgiyi-alenen-yayma-sucu-1> Son Erişim Tarihi: 08.12.2023.
- Şenol C, ‘Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)’, (2022) (50) CHD 331, 352.
- Tatar S, ‘Amerikan Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber’, iç Bülent Kent ve Merve Ayşegül Kulular İbrahim (edr), Sosyal Medya Hukuku ve Yalan Haber (Ülke İncelemeleri) (Adalet Yayınevi 2022).
- Tezcan D ve diğerleri, İnsan Hakları El Kitabı (9. Bası, Seçkin Yayıncılık 2021).

Toroslu H, 'Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı' iç Muharrem Özen ve diğerleri, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan CILT-II (Ankara Üniversitesi Basımevi 2015).

Toroslu N, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu (Savaş Yayınevi 2019).

Vosoughi S ve diğerleri, 'The Spread of True and False News Online', (2018) 359 (6380) Science 1146, 1151.

Westerlund M, 'The Emergence of Deepfake Technology: A Review', (2019) 9 (11) Technology Innovation Management Review 39, 52.

Yılmaz AE, 'İfade Özgürlüğü Bağlamında Tehlike Suçlarının Düzenlenişine İlişkin Bir Değerlendirme', (2020) 17 (3) YÜHFD 155,176.

İNTERNET KAYNAKLARI

<www.pewresearch.org/journalism/2016/05/26/news-use-across-social-media-platforms-2016>

<https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50271>

<[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2022\)032-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2022)032-e)>

<<https://sozluk.gov.tr/>>

<<https://hudoc.echr.coe.int/>>

<<https://www.jurix.com.tr/>>

<<https://www.lexpera.com.tr/>>

<www.tbmm.gov.tr/>



MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBININ GERÇEKLEŞMESİ İÇİN GEREKEN SESSİZ KALMA SÜRESİ

Egemen İŞİK

Araştırma Makalesi

Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu,
egemen.isik@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1093-219X.

ÖZET

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için kanun koyucu tarafından belirlenmiş süre boyunca sessiz kalınması gerekmektedir. Bu süreyi, konunun ruhuna uygun olarak “sessiz kalma süresi” olarak adlandırmak mümkündür. Sessiz kalma süresinin uzunluğu tartışmaya yer bırakmayacak şekilde kanunda belirtilmiştir. Bununla birlikte sessiz kalma süresinin hukuki niteliği ile özellikle sürenin başlaması ve sona ermesine ilişkin açıklığa kavuşturulması gereken pek çok nokta vardır. Çalışmamız ile amaçlanan sessiz kalma süresine ilişkin sorunların öğretilerdeki görüşler ve mahkeme kararları esas alınarak tartışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELELER: Sessiz Kalma, Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Sessiz Kalma Süresi, Marka Sahibinin Sessiz Kalması, Beş Yıl Boyunca Sessiz Kalma

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

DOI: 10.62124/kluhfd.1483218.

REQUIRED SILENCE PERIOD FOR THE REALIZATION OF LOSS OF RIGHT DUE TO REMAINING SILENT IN TRADEMARK LAW

Egemen İŞİK

Research Article

Research Assistant, Marmara University, Vocational School of Justice, egemen.isik@marmara.edu.tr,
ORCID: 0000-0002-1093-219X.

ABSTRACT

In order for the loss of right due to remaining silent in Trademark Law, it is necessary to remaining silent for the period determined by the legislator. It is possible to call this period the “period of silence” in accordance with the spirit of the subject. The length of the period of silence is specified in the law without the need for any discussions. However, there are many points that need to be clarified regarding the legal nature of the period of

silence and especially the start and end of the period. The aim of this study is to discuss the problems related to the period of silence based on the views in the doctrine and court decisions.

KEYWORDS: Remaining Silent, The Loss of Right Due to Remaining Silent, Period of Silence, Silence of the Trademark Holder, Remaining Silent for Five Years

GİRİŞ

10 Ocak 2017’de yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun en önemli yeniliklerinden biri “sessiz kalma yoluyla hak kaybı”dır. Esasen bu kurum, Türk marka hukukuna yabancı değildir. SMK’nın yürürlüğe girmesinden önce marka hukukunun temel düzenlemesi olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin pozitif bir düzenleme bulunmamaktaysa da bu kurum içtihat yoluyla Türk marka hukukunda uygulama alanı bulmaktaydı. Kanun koyucu, önemli bir yenilikle sessiz kalma yoluyla hak kaybını Türk hukukunda ilk kez SMK m. 25 f. 6 hükmüyle pozitif bir dayanağa kavuşturdu.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybını konu alan SMK m. 25 f. 6’ya bakıldığında sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için birtakım koşulların bir arada bulunması gerektiği anlaşılmaktadır¹. Bu koşullardan biri, hükümde yer alan “(...) *beş yıl boyunca sessiz kalmışsa* (...)” ifadesinden anlaşılacağı üzere “beş yıl boyunca sessiz kalma”dır. Kanun koyucu, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için belirli bir süre sessiz kalmanın varlığını aramıştır. Bu süre, kanun koyucu tarafından beş yıl olarak belirlenmiştir ve konuya uygun olarak “sessiz kalma süresi” olarak adlandırılabilir².

Çalışmamızda ilk olarak sessiz kalma süresinin hukuki niteliği ele alınacaktır. Bu sürenin hukuki niteliğine dair öğretilerde ileri sürülen görüşler açıklandıktan sonra sessiz kalma süresinin uzunluğuna ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Son

¹ Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşulları için bkz Egemen Işık, Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı (On İki Levha 2017) 65 vd.; Mahmut Arif Koçak, Marka Hukukunda Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı İlkesi (On İki Levha 2021) 81 vd.

² Işık (n 1) 148; Koçak (n 1) 124.

olarak sessiz kalma süresinin başlaması ve sona ermesi ele alınacaktır. Bu konu ele alınırken sessiz kalma süresinin nasıl başlayacağı, sessiz kalma süresinin başlayabilmesi için hangi hâllerin varlığına ihtiyaç duyulduğu, hangi hâllerde sürenin sona ereceği, davanın, dava dışı araçların ve markanın devrinin sessiz kalma süresine olan etkileri açıklanacaktır.

I. SESSİZ KALMA SÜRESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hukukta sürelerle ilişkin en bilindik ayırım, hiç kuşkusuz zamanaşımı süresi ve hak düşürücü süre ayırımıdır. Hukuk sisteminde öngörülen süreler, çoğunlukla bu iki süre tipinden biri kapsamındadır. Ancak hukukta süreler bunlardan ibaret değildir. Ne zamanaşımı süresi ne de hak düşürücü süre kapsamında olan süreler de mevcuttur³. Bazı süreler, ayrı bir tip oluştururlar ve bu sürelerle zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü sürelerin tabi olduğu esaslar kıyas yoluyla uygulanmaz⁴. Bunları “istisnai süre” olarak adlandırmayı tercih ediyoruz⁵. Ezcümle hukukta süreler, zamanaşımı süresi, hak düşürücü süre ve istisnai süre olarak üçe ayrılmaktadır.

Kanun koyucu, sessiz kalma süresini açık bir şekilde nitelendirmemiştir. Sessiz kalma süresinin hukuki niteliği, sürelerle ilişkin yapılan ayırma göre belirlenmeye çalışılacaktır.

A. ZAMANAŞIMI SÜRESİ GÖRÜŞÜ

Fransız öğretisindeki bir görüş, sessiz kalma süresini zamanaşımı süresi olarak nitelendirmektedir. Ne var ki bu, bilindik bir nitelendirmeden farklıdır. Şöyle ki bu görüşe göre sessiz kalma süresi, “borçlar hukuku anlamında” bir zamanaşımı

³ Şakir Berki, ‘Hukukta Müddet Çeşitleri’ (1968) 25 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99, 99; Selâhattin Sulhi Tekinay, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku (6. Bası, Filiz 1992) 1033; Ejder Yılmaz, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler’ (2013) 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 3167, 3168.

⁴ Berki (n 3) 101.

⁵ Işık (n 1) 148.

süresi değildir. Zira sürenin sona ermesi, hakkın sona ermesi için yeterli değildir. Bunun yanı sıra hak sahibinin bir davranışta bulunması gerekir. Bu nedenle sessiz kalma süresi, zamanaşımı süresi olmakla birlikte borçlar hukuku anlamında bir zamanaşımı süresi değildir⁶.

Alman hukukunda sessiz kalma süresinin zamanaşımı süresi olarak nitelendirilmediği anlaşılmaktadır. Alman Markalar Kanunu'nun 20. paragrafında zamanaşımı, sessiz kalma yoluyla hak kaybından ayrı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu nedenle Alman kanun koyucusunun sessiz kalma yoluyla hak kaybı ile zamanaşımını birbirinden bağımsız hukuki kurumlar olarak nitelendirdiği söylenebilir.

B. HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE GÖRÜŞÜ

MarkKHK döneminde sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin Yargıtay kararlarında, hak düşürücü süreye dair açıklamalar yapıldığı görülür. Bu kararlardaki hak düşürücü süre nitelendirmesi, sessiz kalma süresine ilişkin değildir. Yargıtay, söz konusu kararlarda markanın hükümsüzlüğü davası için öngörülen “dava açma süresi”nin hukuki niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapmıştır ve bunu hak düşürücü süre olarak nitelendirmiştir⁷. Sessiz kalma

⁶ Sylviane Durrande, ‘Droit des Marques’ (2003) (2) Recueil Dalloz 125, 130 (naklen: Hamdi Yasaman ve Fülürya Yusufoglu, ‘Madde 42’ iç Hamdi Yasaman (ed), Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi Cilt II (Vedat 2004) 860 dn 36).

⁷ “(...) 556 sayılı KHK'nin 42.maddesinin birinci fıkrasının a bendi uyarınca; tanınmış markalarla ilgili hükümsüzlük davasının tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılması gerekir. Markanın tescilinde kötü niyet varsa iptal davası süreye bağlı değildir. Yargıtayın yerleşik içtihatlarında bahsi geçen bu beş yıllık süre, hak düşürücü süre olarak kabul edilmiş ve genel olarak bu sürenin sadece tanınmış markalara değil, tescil edilmiş tüm markalara uygulanacağına karar verilmiştir.” (Yargıtay HGK, E 2013/11-1573 K 2015/1055, 18.03.2015 (Kazancı)); “(...) hükümsüzlük davası 556 Sayılı KHK'nin 8. ve 42. maddelerine dayalı olarak açılmıştır. 556 Sayılı KHK'nin 8. ve 42. maddelerine dayalı davanın Dairemiz yerleşik kararlarında da ifade edildiği üzere markanın tescilinden itibaren 5 yıllık hak düşürücü süre içinde açılması gereklidir.” (Yargıtay 11 HD, E 2017/4199 K 2019/1437, 21.02.2019 (Kazancı)). Aynı yönde bkz Yargıtay 11 HD, E 2019/773 K 2019/2100, 13.03.2019 (Kazancı); Yargıtay 11 HD, E 2016/10331 K

yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için gereken sessiz kalma süresi ile markanın hükümsüzlüğü davası için öngörülen dava açma süresi birbirinden farklı sürelerdir. Yargıtay, sessiz kalma süresine ilişkin değil, dava açma süresine ilişkin bir hukuki değerlendirmede bulunmuştur.

SMK dönemindeki kararlarda ise Bölge Adliye Mahkemesinin sessiz kalma süresini hak düşürücü süre olarak nitelendirdiği görülmektedir⁸.

İsviçre öğretisinde ileri sürülen bir görüş, sessiz kalma süresinin hak düşürücü süre olduğu yönündedir⁹. Türk öğretisindeki bir görüşe göre SMK m. 25 f. 6'daki beş yıllık süre, yani sessiz kalma süresi, hak düşürücü süre niteliğindedir¹⁰. Başka bir görüşe göre ise, eğer sessiz kalma süresi hak düşürücü süre olarak kabul edilirse, beş yılın sona ermesiyle hak sahibinin dava hakkı sona erer¹¹.

C. İSTİSNAİ SÜRE GÖRÜŞÜ

Öğretide, sessiz kalma süresinin istisnai süre olarak nitelendirilmesinin sonuçları üzerinde duran bir görüş mevcuttur. Bu görüşe göre, sessiz kalma süresinin istisnai süre olarak nitelendirilmesi hâlinde, bu nitelendirmenin bazı sonuçları olur. Önceki hak sahibinin söz konusu istisnai süre içinde sonraki marka sahibini uyarması, ona ihtarname göndermesi veya onunla müzakerelerde bulunması,

2018/8143, 20.12.2018 (Kazancı).

⁸ “(...) SMK'nun 25/6. maddesindeki 5 yıllık hak düşürücü sürenin (...)” (İstanbul BAM 16 HD, E 2021/1926 K 2023/1423, 06.10.2023 (Kazancı)); “(...) marka hükümsüzlüğü davasının 5 yıllık süre içinde açılması gerektiğine ilişkin mülga 556 Sayılı KHK'nin 42. maddesi ve 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Yasası'nın 25/6.maddesindeki süre hak düşürücü süre niteliğindedir.” (İstanbul BAM 44 HD, E 2020/1291 K 2022/657, 14.04.2022 (Kazancı)).

⁹ Pierre-Alain Killias, La Mise en Oeuvre de la Protection des Signes Distinctifs (Cedidac 2002), 110 vd. (naklen: Yasaman ve Yusufoglu, KHK (n 6) 860 dn 36).

¹⁰ Sabih Arkan, Ticarî İşletme Hukuku (23. Bası, BTHAE 2017) 326; Mehmet Şahin, ‘Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2020) 85; Hamdi Yasaman ve Fülurya Yusufoglu, ‘Madde 25’ iç Hamdi Yasaman (ed), Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt III (Madde: 10 – 32, 146 – 165) (Seçkin 2021) 2545.

¹¹ Yasaman ve Yusufoglu, KHK (n 6) 860.

ihlale sessiz kalmadığını gösterir. Dolayısıyla bu sürenin istisnai süre olarak nitelendirilmesi, sessiz kalma yoluyla hak kaybının oluşabilmesi için gerekli olan sessiz kalma unsurunun çok kolay bir biçimde bertaraf edilebilmesine yol açar¹².

MarkKHK'nın yürürlükte olduğu dönemde ileri sürülen başka bir görüşe göre, sessiz kalma süresini zamanaşımı süresi olarak da hak düşürücü süre olarak da nitelendirmek mümkün olmaz. Zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü süreler, kanun koyucu tarafından belirlenen sürelerdir. Oysa sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için gereken süre kanunda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla her somut olay bakımından hâkim tarafından belirlenen sessiz kalma süresi ne zamanaşımı süresi ne de hak düşürücü süre olarak nitelendirilebilir¹³. Yazar, "istisnai süre" ifadesini kullanmamış olsa da sessiz kalma süresinin zamanaşımı süresi ve hak düşürücü süre olmadığını belirtmiştir.

SMK'nın yürürlükte olduğu dönemde ileri sürülen başka bir görüş ise sessiz kalma süresini, sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir parçası olarak kabul etmekte ve bu süreyi istisnai süre olarak nitelendirmektedir¹⁴. Ne var ki bu görüşe şu yönde eleştiriler getirilmiştir: Sessiz kalma süresinin sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir unsuru olarak nitelendirilmesi ve bu süreye sessiz kalma yoluyla hak kaybına özgü gerçekleşme koşullarının yüklenmesi doğru değildir. Yazarın sessiz kalma süresini, sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir unsuru olarak görmesi, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşullarına dair aksaklıkların sessiz kalma süresine etki edebileceği anlamına gelir. Bu nedenle bu görüşün kabulü mümkün değildir¹⁵.

¹² Yasaman ve Yusufoglu, KHK (n 6) 860.

¹³ Mücella Yurtoğlu Can, Marka Hukukunda Sessiz Kalmak Suretiyle Hak Kaybı (Turhan 2016) 85.

¹⁴ Işık (n 1) 151-152.

¹⁵ Şahin (n 9) 87-88.

D. DEĞERLENDİRME

Sessiz kalma süresinin zamanaşımı süresi olduğuna ilişkin görüş, hukuki dayanağı olan bir görüş değildir. Sessiz kalma süresinin zamanaşımı süresi olduğu ileri sürülürken “borçlar hukuku anlamında zamanaşımı süresi” ile “borçlar hukuku anlamında olmayan zamanaşımı süresi” gibi yapay ve hukuki dayanaktan yoksun bir ayırım yapılmıştır. Böyle bir ayırma gidilmesinin nedeni, yalnızca sürenin sona ermesinin, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için yeterli olmamasıdır. Yazar, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için gerekli olan diğer durumların varlığını göz ardı edemeyeceğinden sessiz kalma süresini “borçlar hukuku anlamında olmayan bir zamanaşımı süresi” olarak nitelendirmeyi tercih etmiştir. Oysa bir süre, zamanaşımı süresi olarak nitelendirilemiyorsa bunun alternatifi borçlar hukuku anlamında olmadığını vurgulayarak yine de bu sürenin bir zamanaşımı süresi olduğunu ileri sürmek, başka bir ifadeyle yeni bir kavram üretmek olmamalıdır. Sessiz kalma süresinin zamanaşımı süresiyle örtüşmediği anlaşıldığında, bunun zamanaşımı süresi olmadığını belirtmek ve hak düşürücü süre veya istisnai süre olup olmadığını değerlendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

Sessiz kalma süresinin hak düşürücü süre olduğuna ilişkin görüş de tıpkı zamanaşımı süresi görüşü gibi benimsemediğimiz bir görüştür. Kanaatimizce sessiz kalma süresi ne zamanaşımı süresi ne de hak düşürücü süredir. Hak düşürücü sürelerin özelliği, bu süreler içinde hak sahibinin hakkını kullanmaması hâlinde hakkın sona ermesine yol açmalarıdır. Hak düşürücü sürenin sona ermesi, hakkın sona ermesi için yeterlidir. Oysa sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için yalnızca beş yıl boyunca sessiz kalma yeterli değildir. Önceki hak sahibi, beş yıl boyunca sessiz kalmış olsa da sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için gereken diğer koşulların gerçekleşmemesi hâlinde hak sona ermez. Dolayısıyla sessiz kalma süresinin, hak düşürücü süre olmadığını söyleyebiliriz. Hak düşürücü sürenin kavramsal olarak “sessiz kalma süresi”yle

değil, “sessiz kalma yoluyla hak kaybı” ile karşılaştırılması daha doğrudur. Hak düşürücü süre kavramı, sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir parçası olmayıp ondan bağımsız niteliktedir. Öte yandan sessiz kalma süresi, sessiz kalma yoluyla hak kaybının ayrılmaz bir parçasıdır¹⁶.

Arkan, SMK m. 25 f. 6’daki beş yıllık süreyi hak düşürücü süre olarak değerlendirmektedir. Yazar, bu süreyi markanın hükümsüzlüğü davası için bir dava açma süresi olarak nitelendirmektedir¹⁷. Kanaatimizce beş yıllık sürenin yazar tarafından dava açma süresi olarak algılanması, bu sürenin hak düşürücü süre olarak değerlendirilmesine yol açmıştır. Oysa SMK m. 25 f. 6’da yer alan beş yıllık süre, kanun koyucu tarafından markanın hükümsüzlüğü davası için dava açma süresi olarak öngörülmemiştir.

Işık’ın istisnai süre görüşüne Şahin tarafından getirilen eleştiriye katılmadığımızı belirtmek isteriz. Işık, istisnai süre görüşünü savunurken sessiz kalma süresini sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir parçası olarak nitelendirmiştir. Şahin ise sessiz kalma süresinin, sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir unsuru olarak kabul etmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Oysa sessiz kalma süresi, gerçekten de sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir unsurudur. Kanunda “birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalma” gerekliliği belirtilmiştir. “Sessiz kalma” nasıl ki sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir unsuru ise kanunun getirdiği -bizim istisnai süre olarak nitelendirdiğimiz- “beş yıllık süre” de bir unsur olarak kabul edilmelidir. Sessiz kalma davranışının ve bu davranışın yasal süresinin birbirinden ayrı düşünülmesi ve sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir unsuru

¹⁶ Işık (n 1) 151.

¹⁷ “Bazı özel durumlarda haksız rekabet hükümlerine dayanılması, kanun koyucunun amacına ters düşeceğinden, mümkün değildir. Örneğin, sahibinden izin alınmadan bir başkası adına tescil edilen tanınmış markanın hükümsüzlüğüne ilişkin davanın dahi beş yıl içinde açılması gerekir (SMK 25.1 ve 6). Bu hak düşürücü süre geçiren tanınmış marka sahibi, markayı tescil ettiren aleyhine haksız rekabet hükümlerine dayanarak da dava açamaz.” (Arkan, Ticarî İşletme (n 8) 336).

değilmiş gibi nitelendirilmesi katılabileceğimiz bir görüş değildir. Ayrıca Işık'ın ifadesinden, Şahin'in eleştirisinde belirttiği “sessiz kalma süresine, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşullarının yüklenmesi” anlamı çıkmaz. Işık'ın bu yönde bir argümanı yoktur. O, sessiz kalma süresi ile sessiz kalma yoluyla hak kaybını eş tutmamış, yalnızca sessiz kalma süresini, sessiz kalma yoluyla hak kaybının bir parçası olarak ifade etmiştir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, pek çok parçası olan bir kavram iken sessiz kalma süresi, sessiz kalma yoluyla hak kaybının içeriğinde yer alan bir kavramdır¹⁸.

Sessiz kalma süresini zamanaşımı süresi ve hak düşürücü süre olarak nitelendiremediğimize göre bu sürenin istisnai süre olduğunu söyleyebiliriz. Sessiz kalma süresinin ne zamanaşımı süresi ne de hak düşürücü süre kavramları ile örtüşüğünü bir kez daha belirtmek gerekir. Bu yüzden sessiz kalma süresi, istisnai süre olarak nitelendirilmelidir.

II. SESSİZ KALMA SÜRESİNİN UZUNLUĞU

Sessiz kalma süresinin uzunluğu, kanunda açıkça düzenlenmiştir. SMK m. 25 f. 6'da görüldüğü üzere, sessiz kalma süresi kanun koyucu tarafından beş yıl olarak öngörülmüştür. Kanun koyucu, “belirli bir süre” veya “makul bir süre” gibi ifadeler kullanmamış, süreyi tartışmaya yer vermeyecek ve hâkimin takdirine bırakmayacak şekilde düzenlemiştir. SMK'nın yürürlüğünden önce sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için gereken sürenin uzunluğu hem yargı

¹⁸ Işık'ın görüşü için bkz Işık (n 1) 151-152. Işık'ın görüşünün eleştirisi için bkz Şahin (n 9) 87-88.

uygulamasında¹⁹ hem de öğretide²⁰ son derece tartışmalıydı.

¹⁹ Yargıtayın sessiz kalma süresine ilişkin tavrı bir hayli çeşitlidir. Yargıtay, beş yıldan uzun süreyi sessiz kalmanın gerçekleşmesi için yeterli görür (“(...) yaklaşık 12 yıl boyunca davacı şirket, davalının bu kullanımına sessiz kalmıştır. (...) Bu nedenle anılan süre sessiz kalma yoluyla hak kaybına yol açmayı sağlayacak yeterli bir süredir (...)” (Yargıtay 11 HD, E 2008/8718 K 2010/4163, 13.04.2010 (Kazancı)). Aynı şekilde on yıla yakın ve on bir yıllık sürelerin sessiz kalma için yeterli olduğu yönünde bkz Yargıtay 11 HD, E 2019/681 K 2019/7447, 25.11.2019 (Kazancı); Yargıtay 11 HD, E 2014/6474 K 2014/12940, 04.07.2014 (Kazancı). Sekiz yıllık ve yedi yıllık sürelerin yeterli olduğu yönünde bkz Yargıtay 11 HD, E 2019/2591 K 2020/571, 20.01.2020 (Kazancı); Yargıtay 11 HD, E 2014/14929 K 2015/752, 21.01.2015 (Legalbank). Beş yıldan kısa sürelerde ise Yargıtayın tutumu farklılık gösterir. Yargıtayın 2005 yılında vermiş olduğu bir kararda, üç yıllık süre sessiz kalmanın gerçekleşmesi için yeterli görülmemiştir (Yargıtay 11 HD, E 2004/8579 K 2005/6539, 21.06.2005 (UYAP Bilgi Bankası)). Yargıtay, 2010 yılında vermiş olduğu bir kararda ise dört yıllık süreyi yeterli görmüştür (Yargıtay 11 HD, E 2009/4173 K 2010/10835, 26.10.2010 (Kazancı)). Öte yandan Yargıtay 2012 yılında vermiş olduğu bir kararda, dört yıllık süreyi yeterli görmemiş, önceki kararının aksi yönde bir karar vermiştir (Yargıtay 11 HD, E 2011/11189, K 2012/17956, 12.11.2012 (Uğur Çolak, Türk Marka Hukuku (3. Baskı, On İki Levha 2016) 793)). Aynı yönde bkz Yargıtay 11 HD, E 2011/12623 K 2012/19165, 26.11.2012 (Çolak (n 18) 793). Yargıtay 2015 yılında ise üç buçuk yılın sessiz kalmanın gerçekleşmesi için yeterli uzunlukta olduğuna hükmetmiştir (“Bu kadar yakın ilişki içinde bulunduğu halde 3,5 yıllık bir süre içinde ... ibaresine dair herhangi bir itirazda bulunulmaması sessiz kalmak suretiyle hak kaybına uğramak için yeterli bir süredir” (Yargıtay 11 HD, E 2014/4099, K 2015/1628, 10.02.2015 (Kazancı)). Yargıtay, 2019 yılında ise üç buçuk yılı yeterli bir süre olarak kabul etmemiştir (Yargıtay 11 HD, E 2018/5827 K 2019/6770, 04.11.2019 (Kazancı); Yargıtay 11 HD, E 2018/5243 K 2019/6505, 21.10.2019 (Kazancı)). İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin bir kararında da iki yıllık sürenin yeterli bulunmadığı görülür (İstanbul BAM 16 HD, E 2017/3383 K 2019/2713, 10.12.2019 (Kazancı)).

²⁰ Arkan, sessiz kalma süresinin beş yıl gibi uzun bir süre olması gerektiğini düşünmekteydi (Sabih Arkan, Marka Hukuku Cilt II (AÜHF Yayınları 1998) 161). Tekinalp’e göre kesin bir süre vermek mümkün değildir ve sessiz kalma süresi her somut olaya göre belirlenmelidir (Ünal Tekinalp, Fikrî Mülkiyet Hukuku (5. Bası, Vedat 2012) para 26 N 58b). Yasaman ve Yusufoglu, karşılaştırmalı hukuktaki gibi katı bir biçimde beş yıllık bir sürenin belirlenmesinin haksız sonuçlara yol açabileceğini, bu yüzden sessiz kalma süresinin her olayın kendi özelliğine göre dürüstlük kuralına göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmekteydi (Yasaman ve Yusufoglu, KHK (n 6) 864, 867). Kaya, sessiz kalma süresinin uzunluğuna dair kanunda bir düzenleme bulunmadığı için hâkimin somut olaya göre sürenin uzunluğunu belirlemesi gerektiğini ifade etmekteydi (Arslan Kaya, Marka Hukuku (Arkan 2006) 342-343). Yanlı, sessiz kalma süresi için baştan kesin bir sınır belirlenmemesi gerektiğini, hakkın kullanılmayacağı hususunda muhatapta güven yaratılmasına neden olan durumlara göre sürenin belirlenmesinin doğru olacağını savunmaktaydı (Veliye Yanlı, ‘İltibas Nedeniyle Dava Açma Hakkının Kaybı’, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler - Tartışmalar XXI, 9-10 Aralık

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında sessiz kalma süresinin beş yıl olarak düzenlendiği görülür. AB hukukunda, 2015/2436 sayılı Direktif ile 2017/1001 sayılı Tüzük'te sessiz kalma süresi beş yıl olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde Alman Markalar Kanunu'nun 21. paragrafında da sessiz kalma süresinin beş yıl olarak düzenlendiği görülmektedir.

Sessiz kalma süresi, esnek bir süre değildir²¹. Bu süre, sabit bir süredir. Dolayısıyla sürenin her somut olaya göre kısılması gibi bir durumdan söz edilemez²². Sessiz kalma süresinin esnek olmaması, onun kısalamayacağı sonucuna yol açtığı gibi uzayamayacağı sonucuna da yol açar²³. Özetle bu sürenin sert bir yapıya sahip olduğunu, tavize açık olmadığını belirtmek yerinde olur²⁴.

2005 (BTHAE 2006), 291, 308). Karan ve Kılıç'a göre sessiz kalma süresi her somut olayda değişebilir de başkaca haklı gerekçe olmadığı sürece süre beş yıl olarak kabul edilmelidir (Hakan Karan ve Mehmet Kılıç, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat (Turhan 2004) para 42.4.3). Battal, sessiz kalma süresinin TMK m. 2'yi somut olaya uygulayacak olan hâkimin takdirinde olduğunu ve bu sürenin somut olaya göre değişebileceğini belirtmekteydi (Ahmet Battal, 'Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler - Tartışmalar XVIII, 22 Haziran 2001 (BTHAE 2001) 27, 51). Çolak'a göre sessiz kalma süresi, her somut olaya göre olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmelidir (Çolak (n 18) 792). Cengiz, sessiz kalma süresinin kesin bir ölçü ile belirlenemeyeceğini, bu sebeple her somut olaya göre dürüstlük kuralına göre sürenin belirlenmesi gerektiğini belirtmekteydi (Dilek Cengiz, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz (Beta 1995) 181-182). Uzunallı'ya göre sessiz kalma süresine dair genel bir kural getirilemez; süre somut olaya göre dürüstlük kuralına göre belirlenmelidir ve bu süre beş yıldan daha uzun olabileceği gibi beş yıldan daha kısa da olabilir (Sevilay Uzunallı, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi (Adalet 2012) 558).

²¹ Franz Hacker, 'MarkenG § 21' in Paul Ströbele and Franz Hacker (edr), Markengesetz Kommentar (8th edn, Heymann 2006) para 21 Rn 11.

²² Michael Goldmann, 'MarkenG § 21' in Annette Kur, Verena von Bomhard and Friedrich Albrecht (eds), Beck'scher Online-Kommentar Markenrecht (26th edn, C H Beck 2021) para 21 Rn 8.

²³ Reinhard Ingerl and Christian Rohnke, Markengesetz Kommentar (3rd edn, C H Beck 2010) para 21 Rn 12.

²⁴ Işık (n 1) 154.

III. SESSİZ KALMA SÜRESİNİN BAŞLAMASI VE SONA ERMESİ

A. SESSİZ KALMA SÜRESİNİN BAŞLAMASI

ABAD'a göre sessiz kalma süresinin başlayabilmesi için bazı durumların bir arada gerçekleşmesi gerekir²⁵. Bunlardan biri dahi mevcut değilse sessiz kalma süresi başlamaz²⁶. Bunlar, (1) sonraki markanın tescil edilmiş olması, (2) sonraki marka tescil başvurusunun dürüstlük kuralına uygun olması, (3) sonraki markanın kullanılması, (4) önceki hak sahibinin sonraki markanın tescilinden ve kullanımından haberdar olmasıdır. ABAD'a göre, sessiz kalma süresinin başlayabilmesi için gerekli olan bu dört durumun varlığı, Direktif m. 9 f. 1 hükmünün lafzından anlaşılmaktadır.

SMK m. 25 f. 6 hükmünün, Direktif m. 9 f. 1 hükmünün Türkçeleştirilmiş hâli olduğu dikkate alınır, ABAD kararında yer alan dört durumun Türk hukuku bakımından da geçerli olduğu söylenebilir.

1. Sonraki Markanın Tescil Edilmiş Olması

Sessiz kalma süresinin başlayabilmesi için ilk olarak sonraki markanın tescil edilmiş olması gerekir²⁷. Direktif m. 9 f. 1'de kullanılan "sonraki tescilli marka" ifadesi, bu zorunluluğun hükmün lafzından kaynaklandığını gösterir. Sonraki

²⁵ Case C-482/09 Budějovický Budvar, národní podnik v Anheuser-Busch Inc. [2011] ECR I-8701, para 53. Bu kararın Türkçe çevirisi için bkz Yasaman ve Yusufoglu, SMK (n 10) 2616 vd. Hukuk Sözcüsünün Görüşü, ABAD kararından farklıdır. Hukuk Sözcüsünün Görüşü'ne göre sessiz kalma süresinin başlaması için Direktif m. 9 f. 1 hükmünün lafzı ve ruhu gereği üç adet koşulun varlığı gerekir: (1) Sonraki marka tescil edilmiş olmalıdır. (2) Sonraki marka kullanılmalıdır. (3) Önceki hak sahibi, tescilden ve kullanımdan haberdar olmalıdır (Case C-482/09 Budějovický Budvar, národní podnik v Anheuser-Busch Inc. [2011] ECR I-8701, Opinion of AG Trstenjak, para 74).

²⁶ Işık (n 1) 158.

²⁷ Case C-482/09 Budějovický Budvar, národní podnik v Anheuser-Busch Inc. [2011] ECR I-8701, para 54. Aynı yönde bkz Case C-482/09 Budějovický Budvar, národní podnik v Anheuser-Busch Inc. [2011] ECR I-8701, Opinion of AG Trstenjak, para 74.

marka tescil edilmemişse sessiz kalma süresi başlamaz²⁸.

Bu duruma ilişkin önemli bir sorun, işaretin tescilden önce de kullanılmış olması durumunda²⁹, sessiz kalma süresinin başlama anı olarak hangi tarihin esas alınacağına ilişkindir. Başka bir deyişle, beş yıllık süreyi hesaplarken tescil öncesi kullanım sürelerinin dikkate alınıp alınmayacağı önemli bir sorun olarak karşımıza çıkar. Bu konuyu şöyle bir kurgu ile açıklayabiliriz: Söz gelişi işaretin tescil öncesi kullanım süresinin üç yıl, tescil sonrası kullanım süresinin dört yıl olduğu bir ihtimalde, sessiz kalma süresinin hesabında dikkate alınması gereken sürenin her iki aşamanın toplam süresi olan yedi yıl mı, yoksa tescil sonrasına ilişkin süre olan dört yıl mı olduğu belirlenmelidir. Zira eğer toplam süre dikkate alınırsa, söz konusu kurguda toplam süre yedi yıl olduğundan kanunun aradığı beş yıllık süre koşulu sağlanmış olur. Eğer yalnızca tescil sonrası süre dikkate alınırsa, söz konusu kurguda tescil sonrası süre dört yıl olduğundan kanunun aradığı beş yıllık süre sağlanmamış olur ve böylece sessiz kalma yoluyla hak kaybı gerçekleşmez.

ABAD'a göre sessiz kalma süresinin başlangıç anı olarak işaretin tescilsiz kullanım tarihi esas alınmaz³⁰. ABAD, sonraki marka tescil edilmediği takdirde sessiz kalma süresinin başlamayacağını kabul ettiğinden tescil öncesi kullanıma ilişkin süreleri, sessiz kalma süresinin hesabında dikkate almaz. Yargıtay ise sessiz kalma süresinin hesabında yalnızca tescil sonrası süreyi dikkate alır³¹.

²⁸ Işık (n 1) 158.

²⁹ Sonraki marka sahibi, bir işareti tescilsiz olarak kullandıktan sonra bu işarete ilişkin marka tescil başvurusunda bulunmuş olabilir. Başvuru süreci olumlu sonuçlanırsa tescil gerçekleşir. Böylece söz konusu işarete ilişkin kullanım, tescilden önce ve tescilden sonra olmak üzere iki aşamadan oluşmuş olur.

³⁰ Case C-482/09 Budějovický Budvar, národní podnik v Anheuser-Busch Inc. [2011] ECR I-8701, para 54.

³¹ Yargıtay 11 HD, E 2010/12137 K 2012/16604, 18.10.2012 (Kazancı). Bu uyuşmazlıkta, ihlalde bulunan, 2002 yılından beri işareti tescilsiz biçimde kullanmış, 2009 yılında ise işaretin tescilini sağlamıştır. Önceki hak sahibi ise, tescil tarihinden iki ay sonra markanın hükümsüzlüğü davası açmıştır. Somut olayda yerel mahkeme, sessiz

Yargıtayın bu tutumu, Çolak tarafından tescil öncesi ve tescil sonrası sessiz kalınan eylemlerin ve bunlara yönelik hukuki başvuru yollarının farklı olduğu gerekçesiyle isabetli bulunmuştur³².

Sessiz kalma süresinin hesabında dikkate alınması gereken sürenin yalnızca tescil sonrasına ilişkin süre olduğu kanaatindeyiz. Tescilden önceki kullanım süresi, sessiz kalma süresinin hesabında dikkate alınmamalıdır. Zira sessiz kalma süresinin başlaması için sonraki markanın tescil edilmiş olması bir zorunluluktur. Sonraki marka tescil edilmeden sessiz kalma süresi başlamaz. Bu soruya cevap ararken şu noktayı da gözden kaçırmamak gerekir: Sonraki marka tescil edilmemişse, önceki hak sahibinin markanın hükümsüzlüğü davası açma hakkı doğmaz. Zira ortada hükümsüz kılınmak istenebilecek bir marka yoktur. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının en önemli sonucu, SMK m. 25 f. 6'da da ifade edilen markanın hükümsüzlüğü davası açma hakkının sona ermesidir. Mahkeme, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirirken önceki hak sahibinin markanın hükümsüzlüğü davası açma hakkı doğmadan önceki süreyi dikkate alarak bu dava hakkının sona ermesi sonucuna yol açacak bir karar verirse, bu karar hukuka aykırı olur. Önceki hak sahibini, dava hakkını gecikerek kullandığı için hak kaybına uğrattırken, daha hak doğmadan önceki süreyi esas alarak bu süreden de sorumlu tutmak makul olmaz. Dolayısıyla ABAD ve Yargıtayın kararlarına katıldığımızı, bu konuda sergilenen tutumun son

kalma süresinin hesabında başlangıç tarihi olarak tescilsiz olarak işaretin kullanılmaya başlandığı 2002 yılını esas almış, hak sahibinin yedi yıl boyunca söz konusu ihlale sessiz kaldığına hükmetmiştir. Yargıtay ise yerel mahkemenin kararını, sessiz kalma süresinin hesabında tescil öncesi kullanma süresinin dikkate alınamayacağını belirterek bozmuştur. Aynı yönde bkz “(...) davalı markasının tescilden önceki kullanımının da işbu davada dikkate alınarak sessiz kalma yoluyla hak kaybı sebebiyle hükümsüzlük isteminin reddine karar verilmesi isabetli değildir.” (Yargıtay 11 HD, E 2016/6070 K 2016/6690, 16.06.2016 (Kazancı)).

³² Çolak (n 18) 708-709.

derece doğru olduğunu belirtmek isteriz³³.

2. Sonraki Marka Tescil Başvurusunun Dürüstlük Kuralına Uygun Olması

Sessiz kalma süresinin başlayabilmesi için sonraki markanın tescil edilmiş olması yeterli değildir. Aynı zamanda bu tescile ilişkin tescil başvurusu, başka bir ifadeyle sonraki tescil başvurusu, dürüstlük kuralına uygun bir başvuru olmalıdır³⁴. Eğer söz konusu tescil başvurusu kötü niyetli ise sessiz kalma süresi başlamaz. Direktif m. 9 f. 1'e göre sonraki tescil başvurusunun kötü niyetli olması, sessiz kalma yoluyla hak kaybını önler. Dolayısıyla bu durum, sessiz kalma süresinin başlamasının da önüne geçer. Ezcümle sessiz kalma süresinin başlayıp başlamadığını ele alırken ilk olarak sonraki markanın tescil edilmiş olup olmadığı incelenmeli, ardından bu tescil başvurusunun dürüstlük kuralına uygun olarak yapılıp yapılmadığı belirlenmelidir³⁵.

3. Sonraki Markanın Kullanılması

ABAD'a göre, sessiz kalma süresinin başlayabilmesi için sonraki markanın tescil edilmiş olduğu ülkede kullanılması gerekir³⁶. Sessiz kalma süresi, sonraki markanın kullanılması hâlinde başlayabilir³⁷. Sonraki marka sahibi, marka tescil edilmiş olmasına rağmen markayı kullanmazsa sessiz kalma süresi başlamaz³⁸. Sonuç olarak sonraki markanın kullanılmasının sessiz kalma süresinin başlayabilmesi için bir zorunluluk olduğu söylenebilir³⁹.

³³ Işık (n 1) 162. Aynı yönde bkz Koçak (n 1) 131.

³⁴ Case C-482/09 Budějovický Budvar, národní podnik v Anheuser-Busch Inc. [2011] ECR I-8701, para 56. Hukuk Sözcüsünün Görüşü'nde bu durumdan söz edilmemiştir. Öğretide bu durum "sonraki tarihli marka tescil başvurusunun iyiniyetli yapılmış olması" olarak da ifade edilmektedir (Koçak (n 1) 128).

³⁵ Işık (n 1) 158.

³⁶ Case C-482/09 Budějovický Budvar, národní podnik v Anheuser-Busch Inc. [2011] ECR I-8701, para 57.

³⁷ Goldmann (n 21) para 21 Rn 9.

³⁸ Goldmann (n 21) para 21 Rn 13.

³⁹ Sonraki markanın kullanılmasının ne anlama geldiği hakkında bkz Işık (n 1) 115 vd.;

Sessiz kalma süresinin başlayabilmesi için sonraki markanın tescil edilmiş olması ve kullanılması gerektiğinden, iki farklı tarihin ortaya çıkma ihtimali söz konusu olur. Sonraki markanın tescil edildikten bir süre sonra kullanılmaya başlanması hâlinde, tescil tarihi ile kullanım tarihi farklılık gösterir. Böyle bir durumda, sessiz kalma süresinin başlama anı olarak hangi tarihin esas alınacağı sorunu ortaya çıkar.

Bir görüşe göre, SMK m. 25 f. 6'da yer alan beş yıllık sessiz kalma süresi, sonraki markanın sicile kaydedildiği tarihten itibaren işlemeye başlar⁴⁰. Bu görüşü ileri sürerken yazar, Yargıtayın bir kararına atıf yapmıştır⁴¹. Bu görüşe katılmadığımızı belirtmek isteriz. Kanaatimizce sessiz kalma süresinin tescil ile başlayacağını kabul etmek, ABAD kararı ve kararın dayanağı olan Direktif m. 9 f. 1 hükmüyle bağdaşmaz. Zira belirttiğimiz üzere ABAD, sessiz kalma süresinin başlayabilmesi için sonraki markanın tescil edilmiş olmasını yeterli görmemiş,

Koçak (n 1) 83 vd.

⁴⁰ Arkan, Ticarî İşletme (n 9) 321 dn 3. Ayrıca bkz ve karşı Tamer Pekdinçer, Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar - II (Seçkin 2019) 462: “SMK dava açma süresini markanın tescil tarihinden itibaren başlatmamaktadır. Ancak dava hakkını kullanan kişinin markanın kullanıldığını bilmemesi durumunda, bu sürenin aleniyetin sağlandığı tescil ve ilan tarihinden itibaren başlayacağı izahatın varestedir.”

⁴¹ Yazarın atıf yaptığı Yargıtay kararının konuya ilişkin kısımları şöyledir: “Öncelikle belirtmekte yarar vardır ki, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararneme'nin 42.maddesine dayalı hükümsüzlük davasının, “markanın tescil tarihinden” itibaren, “5 yıl” içinde açılması gerektiği konusunda, yerel mahkeme ile özel daire arasında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; hak düşürücü sürenin başlangıcına esas alınacak “tescil tarihi” nin belirlenmesinde, marka tescil belgesinde gösterilen tarihin mi yoksa markanın sicile kaydının gerçekleştirildiği tarihin mi, esas alınacağı ve varılacak sonuca göre de eldeki davanın yasal hak düşürücü sürede açılıp açılmadığı, noktasındadır. (...) O halde, 5 yıllık dava açma süresine başlangıç alınarak tarihin tespitinde “tescil” konusunda açık düzenleme içeren KHK.39. maddesine gidilecektir. Bu maddede tescil için gerçekleştirilecek prosedür açıklanmakta ve sonuçta tüm aşamaların tamamlanmasıyla, markanın tescil edilerek sicile kaydedileceği, ifade edilmektedir. İşte bu tescil ve sicile kayıt tarihi hükümsüzlük davası açma süresinin başlangıcına esas alınacak “tescil” tarihidir.” (Yargıtay HGK, E 2007/11-974 K 2007/962, 12.12.2007 (Kazancı)).

sonraki markanın tescilinden başka durumların da varlığını aramıştır. Oysa sessiz kalma süresinin tescil tarihinde başlayacağını savunan bu görüş, sessiz kalma süresinin başlaması için sonraki markanın tescil edilmiş olmasını yeterli görmektedir. Ayrıca yazar, sessiz kalma süresinin başlayabilmesi için sonraki markanın kullanılması gerekliliğini göz ardı etmektedir. Öte yandan görüş açıklanırken atıf yapılan Yargıtay kararı, markanın hükümsüzlüğü davası açma süresine ilişkindir. Kararda Yargıtay, dava açma süresinin başlama anını belirlerken sonraki markanın tescil tarihini dikkate almaktadır. Oysa sessiz kalma süresi, bir dava açma süresi olmadığından sessiz kalma süresinin başlama anını belirlerken söz konusu Yargıtay kararının dikkate alınamayacağı düşüncesindeyiz⁴².

4. Önceki Hak Sahibinin Sonraki Marka Tescilinden ve Kullanımından Haberdar Olması

Sessiz kalma süresinin başlayabilmesi için önceki hak sahibinin, sonraki markanın tescil edilmiş olmasından ve kullanımından haberdar olması gerekir⁴³. Zira önceki hak sahibi, yalnızca farkında olduğu bir duruma karşı sessiz kalabilir. Eğer önceki hak sahibi, sonraki markanın tescil edilmiş ve kullanılmakta olduğunu bilmiyorsa sessiz kalma süresi başlamaz. Sessiz kalma süresi, önceki hak sahibinin bu durumlardan haberdar olmasıyla başlar⁴⁴.

Sonraki markanın tescil edilmiş olması ve kullanılması, birbirinden farklı durumlardır. Dolayısıyla önceki hak sahibinin tescilden haberdar olup kullanımdan haberdar olmaması gibi bir ihtimal mümkün olabilir. Kanaatimizce

⁴² Işık (n 1) 159-160. Aynı yönde bkz Koçak (n 1) 128 dn 150.

⁴³ Case C-482/09 Budějovický Budvar, národní podnik v Anheuser-Busch Inc. [2011] ECR I-8701, para 58.

⁴⁴ Karl-Heinz Fezer, *Markenrecht* (4th edn, C H Beck 2009) para 21 Rn 13; Ingerl and Rohnke (n 22) para 21 Rn 10; Hacker (n 20) para 21 Rn 16. İsviçre Federal Mahkemesinin sessiz kalmanın gerçekleşebilmesi için haberdar olmanın gerekliliğine ilişkin kararı için bkz BGE 117 II 575.

böyle bir ihtimalde sessiz kalma süresi, sonraki markanın kullanılmasından haberdar olunmadığı sürece başlamaz. Önceki hak sahibi, yalnızca sonraki markanın tescil edilmiş olduğundan haberdar olup kullanımdan haberdar değilse, sessiz kalma süresinin başlamayacağını düşünüyoruz. Sessiz kalma süresinin başlaması için sonraki markanın tescil edilmiş olmasının yanı sıra sonraki markanın kullanılmasından da haberdar olunmalıdır⁴⁵. Nitekim Yargıtayın bir kararında, sonraki markanın kullanılmasından haberdar olunmasıyla sessiz kalma süresinin başlayacağı ifade edilmiştir⁴⁶.

Sonuç olarak sessiz kalma süresinin başlangıç anı, önceki hak sahibinin sonraki markanın kullanımından haberdar olduğu andır⁴⁷. Yukarıda belirtilen durumların gerçekleşme zamanlarına bakıldığında, sonraki markanın kullanımından haberdar olma anının sonuncu sırada yer aldığı görülür. Bu nedenle bu an, sessiz kalma süresinin başlangıç anı olarak kabul edilmelidir.

B. SÜRENİN SONA ERMESİ

Sessiz kalma süresinin sona ermesini üç bakımdan incelemek gerekir: (1) Dava açmanın, (2) dava dışı araçları kullanmanın ve (3) markanın devrinin sessiz kalma süresinin sona ermesine olan etkileri ele alınmalıdır.

Söz konusu durumların sessiz kalma süresine olan etkilerini incelemeye geçmeden önce öğretilen ileri sürülen “sessiz kalma süresinin kesilmesi”ne değinmek gerekir. Bir düşünceye göre, sessiz kalma süresinin kesilmesi mümkündür. Sessiz kalma süresinin kesilmesi, önceki hak sahibinin sonraki marka sahibine karşı bir müdahalede bulunmasına kadar sessiz kalınan sürenin geçici olarak dikkate alınmaması olarak ifade edilir. Bu görüşe göre ihtar, ihtiyati

⁴⁵ Fezer (n 43) para 21 Rn 13; Işık (n 1) 160; Koçak (n 1) 131.

⁴⁶ “(...) markasal kullanım şekillerini öğrenmesi ile sessiz kalma süresi başlar.” (Yargıtay 11 HD, E 2008/8488 K 2010/3849, 05.04.2010 (Legalbank))

⁴⁷ Aynı yönde bkz Koçak (n 1) 128. Ayrıca bkz ve karşı Pekdinçer (n 39) 462.

tedbir istemi veya davanın açılması, sessiz kalma süresini kesebilir⁴⁸. Öğretide başka bir yazar, “sessiz kalma hâlini kesen eylemler” ifadesini kullanmış, böyle bir eylemin gerçekleşmesinin sessiz kalma süresini sona erdireceğini belirtmiştir⁴⁹.

Kanaatimizce sessiz kalma süresinin duraklaması ve daha sonra kaldığı yerden devam etmesi mümkün değildir. Önceki hak sahibinin sonraki marka sahibine yönelik müdahalesi, önceki hak sahibinin sessizliğini sona erdirdiği sonucuna varılmasını sağlarsa, bu durumda sürenin geçici olarak dikkate alınmaması değil, tamamen sona ermesinden söz etmenin doğru olduğunu düşünüyoruz⁵⁰. Dolayısıyla sessiz kalma süresinin kesilmesi fikrine katılmadığımızı, belirtilen durumların varlığı hâlinde sürenin sona erip ermediğinin değerlendirilmesi gerektiğinin amaca daha uygun olacağını belirtmek isteriz.

1. Dava Açmanın Etkisi

Önceki hak sahibinin, sonraki markanın hükümsüzlüğüne yönelik markanın hükümsüzlüğü davası açması, sessiz kalma süresini sona erdirir⁵¹. Markanın hükümsüzlüğü davası açmanın, sessiz kalma süresi üzerinde böylesine önemli bir etkisi mevcuttur. Önceki hak sahibinin markanın hükümsüzlüğü davası açmasıyla birlikte artık sonraki marka sahibinin davranışına sessiz kalma hâli son bulmuş olur. Dolayısıyla yukarıda belirtilen durumların bir araya gelmesiyle başlamış olan sessiz kalma süresi, dava açılmasıyla birlikte sona erer. Yargıtay da bu görüştedir⁵².

⁴⁸ Yanlı (n 19) 309-310.

⁴⁹ Koçak (n 1) 132.

⁵⁰ Işık (n 1) 163. Beş yıllık sürenin durması veya kesilmesinin söz konusu olmayacağı yönünde bkz Yasaman ve Yusufoglu, SMK (n 10) 2563.

⁵¹ Yasaman ve Yusufoglu, KHK (n 6) 862; Çolak (n 18) 788; Yurtoğlu Can (n 12) 85; Işık (n 1) 162; Koçak (n 1) 109; Yasaman ve Yusufoglu, SMK (n 10) 2562.

⁵² “Önceki hak sahibi, ticari ad ve işaretin bir başkası tarafından ticaret unvanı olarak tescil edilmesine veya kullanılmasına sessiz kalmayarak dava yoluna başvurursa artık

2. Dava Dışı Araçların Etkisi

Önceki hak sahibinin, markanın hükümsüzlüğü davası açmak yerine başka enstrümanlar kullanarak sonraki marka sahibinin ihlaline karşı çıktığı durumlara da rastlanır. Önceki hak sahibi, sonraki marka sahibine ihtarname gönderebilir veya sonraki marka sahibiyile müzakere edebilir. Bunlar gibi dava dışı enstrümanların sessiz kalma süresine olan etkisi ele alınması gereken bir diğer konudur⁵³.

Dava dışı araçların sessiz kalma süresine etkisi, öğreti ve uygulamada son derece tartışmalıdır. Bu tartışmalar daha çok ihtarname etrafında toplanmaktadır. Yargıtay, kimi kararlarında ihtarnamenin sessiz kalma süresine herhangi bir etkisi olmadığına hükmetmiştir⁵⁴. Öte yandan kimi kararlarda ihtarnamenin sessiz kalma süresini etkilediğine hükmedilmiştir⁵⁵. Görüldüğü üzere Yargıtayın ihtarnamenin nasıl bir sonuç doğuracağına ilişkin çelişkili kararları mevcuttur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yeni bir kararında şöyle bir değerlendirme

sessiz kalma sebebiyle hak kaybı söz konusu olmamaktadır.” (Yargıtay HGK, E 2020/11-532 K 2020/1011, 09.12.2020 (Kazancı)).

⁵³ Işık (n 1) 144.

⁵⁴ “(...) daha önceki bir tarihte davalı markasının önceki sahibine yönelik olarak ihtarname gönderilmesinin de tek başına karşı konulma olarak değerlendirilemeyecek bulunmasına göre (...)” (Yargıtay 11 HD, E 2014/14929 K 2015/752, 21.01.2015 (Legalbank)). Aynı yönde bkz “(...) 2008 yılında davalıya ihtarname gönderdiğini ifade eden davacının uzun bir süre sessiz kaldıktan sonra 29/04/2013 tarihinde bu davayı açmakla, sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğramış olduğu (...)” (Yargıtay 11 HD, E 2015/10484 K 2016/6623, 15.06.2016 (Kazancı)); “(...) 3,5 yıldan fazla bir süre faaliyette bulunan davalı şirketin ticaret unvanında yer alan ... ibaresinin kullanıldığı davacı tarafından bilindiği halde bu kullanıma karşı anılan süre içinde her hangi bir ihtar, açılmış bir dava veya muaraza çıkarılmamış olması karşısında davacı tarafından anılan ibarenin kullanılmasının benimsediğinin kabulü gerekir.” (Yargıtay 11 HD, E 2014/4099 K 2015/1628, 10.02.2015 (Kazancı)).

⁵⁵ Yargıtay 11 HD, E. 2013/6839 K. 2014/12097, T. 25.06.2014 (Kazancı). Aynı yönde bkz “(...) marka hakkına tecavüz eyleminin sona erdirilmesi için davalıya ihtarname gönderildiği ve şikayet yollarına başvurulmak suretiyle davalının kullanımına sessiz kalınmadığı ve rıza gösterilmediği anlaşıldığından, davacı şirketin sessiz kalmak suretiyle MK.nun 2 nci maddesi uyarınca dava hakkını yitirdiğinden söz edilemez” (Yargıtay 11 HD, E 2005/9658 K 2006/13805, 26.12.2006 (Kazancı)).

yapılmıştır⁵⁶:

“Önceki hak sahibi, ticari ad ve işaretin bir başkası tarafından ticaret unvanı olarak tescil edilmesine veya kullanılmasına sessiz kalmayarak dava yoluna başvurursa artık sessiz kalma sebebiyle hak kaybı söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte önceki hak sahibi dava yoluna başvurmadan önce ihtarname göndermesi de sessiz kalmadığı anlamına gelmelidir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, uzun süre boyunca, belirli aralıklarla sadece ihtarname gönderen, fakat dava açmayan ve ihtarname dışında unvanın kullanılmaması için herhangi bir girişimde de bulunmayan önceki hak sahibinin sessiz kalmadığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. O hâlde kullanımın daha fazla devamını istemeyen önceki hak sahibi, bu arzusunu açıklayan bir ihtarname göndermiş ise de makul bir süre içinde bu iradesini dava yoluyla da göstermelidir.”

Öğretide savunulan bir görüşe göre, önceki hak sahibinin sonraki marka sahibi ile ciddi müzakereler yürütmesi gibi dava dışı enstrümanlar, sessiz kalma süresini etkiler. Dava dışı araçların sessiz kalma süresine olan etkisi, tarafların ekonomik durumları ve ihlalin yoğunluğu gibi durumların değerlendirilmesiyle belirlenebilir. Başka bir deyişle, hangi dava dışı aracın sessiz kalma süresi üzerinde nasıl bir etki doğuracağı hususunda somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir sonuca varmak mümkündür. Somut olaya özgü durumlara ilişkin bir değerlendirmek yapılmadan bir dava dışı aracın sessiz kalma üzerindeki etkisini belirlemek mümkün olmaz. Dolayısıyla bu görüş, bu konuda objektif bir ölçü belirlemenin mümkün olmadığını savunur. Kimi durumlarda dava açmanın yanı sıra ciddi müzakereler yürütmek de sessiz kalma süresini etkileyebilir. Bu görüş, devamında somut birtakım sonuçlar getirmeyen ihtarın, sessiz kalma süresi üzerinde etkisi olmayacağını savunmaktadır. İhtarname göndermenin sessiz

⁵⁶ Yargıtay HGK, E 2020/11-532 K 2020/1011, 09.12.2020 (Kazancı).

kalma süresini etkileyebilmesi için bu ihtarın sonraki marka sahibinin ihlaline yönelik ciddi bir karşı koyma anlamı taşıması gerekir. Öte yandan önceki hak sahibinin ihtarname dışındaki tüm araçları sonuna kadar kullanmasını beklemek de doğru olmaz. Dolayısıyla önceki hak sahibinin, sonraki marka sahibi ile ciddi müzakereler yürütmesi, sessiz kalma süresini etkiler niteliktedir. Örneğin marka kullanımının sınırlandırılmasına ilişkin bir anlaşmanın hazırlanması, önceki hak sahibinin sessiz kalmadığı şeklinde yorumlanmalıdır⁵⁷. Bu görüş ile benzer başka bir görüşe göre, önceki hak sahibinin sonraki marka sahibine yönelik sürekli uyarılarda bulunması, onunla lisans görüşmeleri yapması, anlaşmazlığı sulh yoluyla çözmeye çalışması sessiz kalma süresini etkiler⁵⁸.

Başka bir görüşe göre, önceki hak sahibinin sessiz kalma süresini sona erdirmek için doğrudan doğruya hukuki yollara başvurmasına gerek yoktur. Önceki hak sahibi, sonraki marka sahibiyle konu mahkemeye taşınmadan önce görüşebilir veya ona ihtarname göndererek ihlale sona vermesini isteyebilir. Önceki hak sahibinin bu davranışları bir sonuç doğurmazsa, onun derhal hakkını mahkeme önünde ileri sürmesi gerekir⁵⁹. Bu durumda önceki hak sahibi dava açmalı, gerekirse kanun yoluna da başvurmalıdır⁶⁰. Önceki hak sahibinden beklenen, beş yıllık sessiz kalma süresi boyunca ciddi bir biçimde hakkını ileri sürmesidir. Öte yandan önceki hak sahibinin başlattığı hukuki sürecin sessiz kalma süresi içinde sonuçlanması gerekmez⁶¹.

Bir diğer görüşe göre ise önceki hak sahibinin sonraki markanın kullanılmasından haberdar olduktan sonra makul bir süre içinde ihtarname göndermesi hâlinde,

⁵⁷ Fezer (n 43) para 21 Rn 15.

⁵⁸ Uzunallı (n 19) 558.

⁵⁹ Friedrich L. Ekey, Achim Bender and Georg Fuchs-Wisseman, Markenrecht (3rd edn, C F Müller 2014) para 21 Rn 41; Goldmann (n 21) § 21 Rn 12.

⁶⁰ Hacker (n 20) para 21 Rn 20; Ekey, Bender and Fuchs-Wisseman (n 58) para 21 Rn 41; Goldmann (n 21) para 21 Rn 12.

⁶¹ Hacker (n 20) para 21 Rn 20; Goldmann (n 21) para 21 Rn 12.

sessiz kalma süresi kesilir. Ne var ki daha sonra suç duyurusunda bulunma, dava açma gibi somut ve etkili yollara başvurmak gerekir. Sürekli ihtarname göndermek her defasında aynı etki gücüne sahip olmaz ve sessiz kalma süresi her ihtarname gönderildiğinde yeniden başlamaz. Sessiz kalma süresinin kesilebilmesi için önceki hak sahibinin somut ve ciddi birtakım eylemlerde bulunması ve sonraki markanın kullanılmaması önündeki iradesini tereddüt oluşturmayacak biçimde açıklaması yeterlidir; mutlaka dava açması şart değildir⁶².

Kanaatimizce önceki hak sahibinin sonraki marka sahibine ihlale son vermesi için ihtarname göndermesi, dava açma imkânına nazaran ciddi ve yeterli bir enstrüman değildir⁶³. Önceki hak sahibi, sonraki marka sahibinin yarattığı ihlalden haberdar olduğunda, sonraki marka sahibinin bu duruma son vermesini görüşmeler veya ihtarname gibi araçlarla isteyebilir. Ancak kullanılan bu araçlar başarısız olursa, başka bir ifadeyle sonraki marka sahibinin ihlali sürerse önceki hak sahibinin artık dava açması gerekir. Sonraki marka sahibinin yarattığı hukuki durumu gerçekten istemeyen önceki hak sahibi, bu isteğini dava açma yoluyla ortaya koymalıdır. Hatta yerel mahkeme tarafından davanın reddi hâlinde kanun yoluna başvurmalıdır⁶⁴. İhtarname göndermek, ucuz ve kolay bir yöntem olduğundan tercih edilebilir; ancak ihtarname göndermek, dava açmanın ciddiyetine ve ağırlığına sahip değildir. İhtarname sayısının birden fazla olması ve belli sıklıklarla yapılması da dava açmanın ağırlığını sağlamaz. Zira sonraki marka sahibinin, zamana yayılarak gönderilen çeşitli ihtarname karşısında dava açılmayacağı inancına kavuşması mümkündür. Yalnızca ihtarname göndermenin sessiz kalma süresini sona erdireceğinin kabulü hâlinde, önceki hak

⁶² Koçak (n 1) 113-114.

⁶³ Aynı yönde bkz Fatih Bilgili, Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması (Seçkin 2006) 213.

⁶⁴ Ingerl and Rohnke (n 22) para 21 Rn 11.

sahibinin büyük bir çaba sarf etmeden sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesini önleyebilmesi mümkün olurdu⁶⁵. Söz gelimi önceki hak sahibinin beşer yıllık arayla sonraki marka sahibine ihtarname göndermesiyle bunun sağlanması mümkün olurdu⁶⁶. Belirttiğimiz gibi önceki hak sahibinin sessiz kalmadığının kabulü için kendisinden yalnızca ihtarname göndermiş olması değil, hukuki enstrümanları sonuna kadar kullanmış olması beklenir⁶⁷.

3. Markanın Devrinin Etkisi

Sonraki marka sahibi, markayı başka bir kişiye devredebilir. Sessiz kalma süresi içinde sonraki marka sahibinin, markayı usulüne uygun bir biçimde üçüncü bir kişiye devretmesi hâlinde, bunun sessiz kalma süresine etkisinin ne olacağı da başka bir sorundur.

Kanaatimizce sonraki markanın sessiz kalma süresi içinde devri, sessiz kalma süresini sona erdirir. Önceki hak sahibi, devredenin kullanımına sessiz kalmıştır. Devralanın, devredenin kullanımına ilişkin sessiz kalma durumundan yararlanamayacağını düşünüyoruz⁶⁸. Başka bir ifadeyle, önceki hak sahibinin devredenin kullanımına sessiz kalması, devralanın kullanımına da sessiz kalmaya devam ettiği anlamına gelmemelidir. Dolayısıyla önceki hak sahibinin devredenin kullanımına karşı sessiz kaldığı süre, devralan için kaldığı yerden devam etmemelidir. Sonraki markanın devriyle birlikte sessiz kalma süresinin sona ereceği kanaatindeyiz. Eğer önceki hak sahibi, devralanın kullanımına da

⁶⁵ Ekey, Bender and Fuchs-Wissemann (n 58) para 21 Rn 41.

⁶⁶ Ingerl and Rohnke (n 22) para 21 Rn 12.

⁶⁷ Ingerl and Rohnke (n 22) para 21 Rn 12. İhtarname gönderme ve dava açmanın sessiz kalma süresine olan etkisinin aynı olduğu, her ikisinin de sessiz kalma süresinin yeniden başlamasına yol açtığı yönündeki aksi görüş için bkz Hayrettin Çağlar, Marka Hukuku Temel Esaslar (2. Baskı, Adalet 2015) 159.

⁶⁸ Aynı yönde bkz Fezer (n 43) para 21 Rn 55; Yanlı (n 19) 307. Aksi yönde bkz Şahin (n 9) 83.

sessiz kalırsa, yeni bir sessiz kalma süresi başlar⁶⁹.

SONUÇ

Marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi için gereken sessiz kalma süresi, hukuki niteliği bakımından istisnai süre olarak nitelendirilebilir. Bu süre, zamanaşımı süresi veya hak düşürücü süre olarak nitelendirilmeye elverişli değildir. Aynı zamanda bu süre, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme koşullarından biri olan “beş yıl boyunca sessiz kalma”nın bir parçasıdır. Başka bir ifadeyle, sessiz kalma yoluyla hak kaybının parçalarından yalnızca biridir.

Sessiz kalma süresinin uzunluğu, MarkKHK döneminde bu konuya ilişkin pozitif bir düzenleme bulunmadığından belirsizdi ve hâkimin takdirine bağlıydı. Dolayısıyla somut olaya göre sürenin uzunluğu değişiklik göstermekteydi. SMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte sessiz kalma süresinin uzunluğu belirlilik kazanmıştır. Kanun koyucu bu süreyi beş yıl olarak belirlemiştir. SMK öncesi dönemde sürenin uzunluğuna ilişkin tartışmalar, SMK ile birlikte son bulmuştur.

Sessiz kalma süresinin başlaması ve sona ermesi, yol açtığı hukuki sonuç nedeniyle son derece önemlidir. Sessiz kalma süresinin başlaması için ABAD'ın birtakım ölçütleri vardır. Bu ölçütler Türk hukukunda da uygulanabilir ölçütlerdir ve kanaatimizce son derece yerindedir. Zira ABAD, bu ölçütleri sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin hükmün amacına uygun olarak ortaya koymuştur. Bu çalışmada ortaya konulan sonuçlardan en önemlisi, sessiz kalma süresinin başlaması için gereken bu durumların bir arada olmasıyla bu sürenin başlayacağıdır. Bu durumlardan bir tanesi dahi olmadıkça sessiz kalma süresi başlamaz. Bu durumlara ilişkin tartışmaların odağında, sonraki markanın tescilinden haberdar olunması hâlinde sürenin başlayıp başlamayacağı yer alır.

⁶⁹ Işık (n 1) 163.

Kanaatimizce süre, yalnızca tescilden haberdar olunma ile başlamaz. Öğretide sürenin markanın tescili tarihinden itibaren başlayacağı yönünde görüşler mevcut olsa da bu görüşün kabulü mümkün değildir. Zira söz konusu süre, bir dava açma süresi değildir. Ne var ki öğretideki yazarlar, bu süreyi sanki bir dava açma süresiymiş gibi yorumlayıp bu sürenin markanın tescili tarihinden başlayacağını kabul etmektedirler. Oysa önemli olan, sessiz kalma yoluyla hak kaybının ruhuna uygun bir şekilde, tescil edilmiş markanın kullanımına sessiz kalınmasıdır. Kanun koyucu, markanın kullanılmasına sessiz kalınması hâlinde söz konusu hukuki sonucun gerçekleşeceğini öngörmektedir. Dolayısıyla tescil edilmiş olmakla birlikte markanın kullanılmaması veya söz konusu kullanımdan önceki hak sahibinin haberdar olmaması hâlinde sessiz kalma süresinin başlamaması gerekir. Bu nedenle sessiz kalma süresinin başladığı an, söz konusu durumların gerçekleştiği son an olan, markanın kullanılmasından haberdar olma anıdır.

Sessiz kalma süresinin sona ermesi, buna etki eden durumlar göz önünde bulundurularak ele alınması gereken bir konudur. Bu durumlar, dava açmak, dava dışı araçları kullanmak ve markanın devridir. Her birinin etkisi farklı olduğundan bunlara ilişkin varılacak sonuçlar, sessiz kalma süresinin sona erip ermediğinin belirlenmesi bakımından önemlidir. Dava açmak tereddütsüz bir biçimde sessiz kalma süresini sona erdirir. Dava dışı araçların, söz gelimi ihtarnamenin sessiz kalmanın sona ermesine olan etkisi son derece tartışmalıdır. Keza markanın usulüne uygun bir biçimde bir başkasına devredilmesi de tartışılması gereken bir durumdur. Bu nedenle her durum bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılarak sessiz kalma süresinin sona erip ermediği belirlenmelidir.

KAYNAKÇA

Arkan S, Marka Hukuku Cilt II (AÜHF Yayınları 1998) (Marka).

Arkan S, Ticarî İşletme Hukuku (23. Bası, BTHAE 2017) (Ticarî İşletme).

Battal A, 'Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye

Kullanılması', Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler - Tartışmalar XVIII, 22 Haziran 2001 (BTHAE 2001).

Berki Ş, 'Hukukta Müddet Çeşitleri' (1968) 25 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 99-116.

Bilgili F, Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması (Seçkin 2006).

Cengiz D, Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz (Beta 1995).

Çağlar H, Marka Hukuku Temel Esaslar (2. Baskı, Adalet 2015).

Çolak U, Türk Marka Hukuku (3. Baskı, On İki Levha 2016).

Durrande S, 'Droit des Marques' (2003) (2) Recueil Dalloz 125-133.

Ekey FL, Bender A and Fuchs-Wisseemann G, Markenrecht (3rd edn, C F Müller 2014).

Fezer K, Markenrecht (4th edn, C H Beck 2009).

Goldmann M, 'MarkenG § 21' in Annette Kur, Verena von Bomhard and Friedrich Albrecht (eds), Beck'scher Online-Kommentar Markenrecht (26th edn, C H Beck 2021).

Hacker F, 'MarkenG § 21' in Paul Ströbele and Franz Hacker (edr), Markengesetz Kommentar (8th edn, Heymann 2006).

Ingerl R and Rohnke C, Markengesetz Kommentar (3rd edn, C H Beck 2010).

Işık E, Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı (On İki Levha 2017).

Karan H ve Kılıç M, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat (Turhan 2004).

Kaya A, Marka Hukuku (Arıkan 2006).

Killias P, La Mise en Oeuvre de la Protection des Signes Distinctifs (Cedidac 2002).

Koçak MA, Marka Hukukunda Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı İlkesi (On İki Levha 2021).

Pekdiñer T, Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar - II (Seçkin 2019).

Şahin M, 'Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2020).

Tekinalp Ü, Fikrî Mülkiyet Hukuku (5. Bası, Vedat 2012).

Tekinay SS, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku (6. Bası, Filiz 1992).

Uzunallı S, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi (Adalet 2012).

Yanlı V, 'İltibas Nedeniyle Dava Açma Hakkının Kaybı' Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler - Tartışmalar XXI, 9-10 Aralık 2005 (BTHAE 2006).

Yasaman H ve Yusufoglu F, 'Madde 42' iç Hamdi Yasaman (ed), Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi Cilt II (Vedat 2004) (KHK)

Yasaman H ve Yusufoglu F, 'Madde 25' iç Hamdi Yasaman (ed), Yasaman Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt III (Madde: 10 – 32, 146 – 165) (Seçkin 2021) (SMK)

Yılmaz E, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler' (2013) 8 (Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 3167-3190.

Yurtoğlu Can M, Marka Hukukunda Sessiz Kalmak Suretiyle Hak Kaybı (Turhan 2016).

İNTERNET KAYNAKLARI

<<https://www.kazanci.com.tr>>

<<https://www.legalbank.net>>

<<https://beck-online.beck.de>>



KANUN KOYUCU ABESLE İŞTİGAL EDER Mİ? VEKALET VE HAKEM ÜCRETLERİ İLE SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU'NUN ETKİLİLİĞİ ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Serdar ACAR

Araştırma Makalesi

Doç. Dr., Trakya Üniversitesi, İ.İ.B.F., Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
avserdaracar@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-5973-1882.

ÖZET

Türkiye'de 2000'lerin başından beridir alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına giderek artan bir rağbet var. Bunların en önemlilerinden biri de yılda 500 bin dosya çözmesinden dolayı sitayişle bahsedilen Sigorta Tahkim Komisyonu'dur. Fakat son yıllarda STK'nın övgüden çok yergi aldığı görülüyor. Vekalet ve hakem ücretleri başlıca eleştiriler arasındadır. Fakat bu iki sorun, sistemdeki diğer sorunlardan bağımsız değildir. Bu çalışmada STK hakkında genel bilgi verildikten sonra, sistemdeki sorunlar üç mercekte incelenecektir. Bunlar; hukukun üstünlüğü, sigortacılık düzenlemeleri ve sigorta tahkimi şeklindedir. Üçüncü aşamada, bilinen hukuki tartışmaların bir kez daha tekrarı yerine STK bilançoları ve faaliyet raporları üzerinden ampirik bir inceleme yapılacaktır.

ANAHTAR KELİMELER: Sigorta Tahkim Komisyonu, Vekalet Ücreti, Sigorta, Tahkim, Hakem

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayrıTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

DOI: 10.62124/kluhfd.1483755.

IS THE LAWMAKER ALWAYS RIGHT? RELATIONSHIPS BETWEEN ATTORNEY AND ARBITRATOR FEES AND THE EFFECTIVENESS OF THE INSURANCE ARBITRATION

Serdar ACAR

Research Article

Assoc. Prof., Trakya University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Commercial Law, avserdaracar@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-5973-1882.

ABSTRACT

There has been an increasing demand for alternative dispute resolution methods in Turkey since the early 2000s. The most important of these is the Insurance Arbitration Board, which is praised for resolving 500 thousand

cases a year. However, in recent years it seems that the IAB has received more criticism than praise. Attorney and arbitrator fees are among the main criticisms. But these two problems are not independent of other problems in the system. In this study, after giving general information about the IAB, the problems in the system will be examined from three lenses: The rule of law, insurance regulations and insurance arbitration. In the third stage, an empirical examination will be made on the IAB balance sheets and activity reports instead of repeating the known legal debates once again.

KEYWORDS: The Insurance Arbitration Board, Attorney Fees, Insurance, Arbitration, Arbitrator

GİRİŞ

Türkiye’de 2000’lerin başından beridir alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına giderek artan bir rağbet var. Mahkemelere duyulan memnuniyetsizlik bu rağbeti açıklamakta yetersiz kalır. Devletin alternatif mekanizmalar kurarak bunların kullanılmasını teşvik ettiği, bazen de mecburi hale getirdiği görülüyor. Uzlaştırma, arabuluculuk, tüketici hakem heyetleri, ISTAC gibi tahkim mekanizmaları bu kapsamda sayılabilir. En önemlilerinden biri de çözdüğü dosya sayısından dolayı sitayişle bahsedilen Sigorta Tahkim Komisyonu’dur. Fakat son yıllarda STK’nın övgüden çok yergi aldığı görülüyor. Vekalet ve hakem ücretleri de başlıca eleştiriler arasındadır. Fakat bu iki sorun, sistemdeki diğer sorunlardan bağımsız değildir. Bu çalışmada STK hakkında genel bilgi verildikten sonra, sistemdeki sorunlar üç mercekten incelenecektir. Bunlar; hukukun üstünlüğü, sigortacılık düzenlemeleri ve sigorta tahkimi şeklindedir. Üçüncü aşamada, bilinen hukuki tartışmaların bir kez daha tekrarı yerine STK bilançoları ve faaliyet raporları üzerinden ampirik bir inceleme yapılacaktır. Kuralları kimin koyduğu, ne istediği, ne istediğini bilip bilmediği ve hangi sonuçları elde ettiği araştırılacak, STK’nın ne kadar etkili bir çözüm yolu olduğu sorgulanacaktır. Ardından, elde edilen bulgular ışığında, temel eleştiriler ve daha iyi bir uygulama için öneriler özetlenecektir.

I. SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU

Sigorta Tahkim Komisyonu 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nun 30. maddesi uyarınca kuruldu¹. Sigorta şirketlerinin üyeliklerinin yapılması ve hakem

¹ RG: 14.06.2007 – 26552.

listelerinin oluşturulması gibi bir buçuk yıl süren hazırlıkların ardından 12/08/2009 tarihinde uyuşmazlık kabulüne başladı²

STK'nın kurulma amacı “*Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü*” şeklinde ifade edilmektedir (SK.30/1). “*Tahkim sisteminin adil, tarafsız ve etkin bir biçimde işleyişini sağlamak için gerekli önlemleri almak*” görevi STK'ya aittir (SK.30/3(c)). Neden böyle bir komisyona ihtiyaç duyulduğu ise madde gerekçesinde şöyle açıklanmaktadır³

“Sigorta ettirenler veya sigorta sözleşmesinde 8-9n menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasındaki uyuşmazlıklar adli yargı mekanizmalarıyla çözümlenmektedir. Ancak sigortacılık alanında ihtisas mahkemelerinin olmaması, yargı sürecinin uzun zaman alması ve masraflı olması, sigortaluların mağduriyetine neden olmakta ve zararın telafisi uzun zaman aldığından sigortanın var olma amacına aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, sigortalılar, bazı uyuşmazlıklarda, riski üstlenen tarafların haksız da olsa önerdikleri tazminatı kabul etmek durumunda kalmaktadır. Bu durum, sigortacılık sektörüne duyulan güveni sarsan bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.

(...)

Madde ile getirilmek istenilen tahkim sistemi ile, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan tüm uyuşmazlıkların çözümü amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası uygulamalarda var olan “Ombudsman Sistemi”nin işleyişi esas alınmış, ülkemizdeki hukuk sistemi ile paralellik sağlanmasını teminen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda yer alan tahkim sisteminin

² 2022 Faaliyet Raporu, 2022, 8-9.

³ Madde Gerekçesi, 2006, 13.

temel esas ve usulleri çerçevesinde sistem şekillendirilmiştir.”

6456 sayılı “*torba kanun*” ile 30. maddede yapılan değişiklikle; zorunlu sigortalar için sisteme üye olmayan sigortacılar aleyhine de STK’da dava açılabileceği kabul edildi, ayrıca itiraz hakemliği mekanizması kuruldu (m.45)⁴. 7251 sayılı Kanun ile 5684 sayılı Kanun’a eklenen Ek Madde 6’da sigortacılardan ve Güvence Hesabı’ndan tazminat talep edebilecek ve bunlar nezdinde işlem yapabilecek kişiler sınırlandırıldı, bu işlemlerin ya bizzat ya kanuni temsilcileri, avukatları veya birinci derece yakınları tarafından vekaletle yapılabileceği kabul edildi (m.57)⁵.

STK halen iki dereceli yargılama yapmaktadır. Belli değer altındaki uyuşmazlıklar tek hakemle, bunun üstündekiler üç kişilik hakem heyetiyle çözülmektedir. Belli değer altındaki kararlar kesindir, bunun üstündeki kararlara üç kişilik itiraz hakem heyetinde itiraz edilebilir. Temyiz sınırının altındaki itiraz hakem heyeti kararları kesindir, bunun üstündeki kararlar ise temyiz edilebilir⁶. Uyuşmazlık hakemleri dört ay, itiraz hakem heyetleri iki ay içinde karar verirler; her iki tarafın muvafakati ile süre uzatımı yapılabilir. Kararlar dosya üzerinden verilir. Kusur, hasar, aktüerya, maluliyet gibi konularda kural olarak bir kez bilirkişi raporu alınabilir. Uyuşmazlık hakemleri mevzuatta

⁴ RG: 18.04.2013 – 28622. Bu değişikliğin madde metnini tekrar dışında herhangi bir gerekçesi yoktur. Madde Gerekçesi, 2013, 13.

⁵ RG: 28.08.2020 – 31199. Bu kanunun gerekçesi için yayınlanmış herhangi bir komisyon raporu yoktur. Fakat uygulamada “*hasar şirketi*” adı verilen, avukatlık ruhsatı bulunmayan kişilerce alacak temlik gibi yöntemlerle yapılan iş takipçiliğini engellemek için ihtiyaç duyulduğu açıktır.

⁶ Bu limitler Sigortacılık Kanununun 30 uncu Maddesinin On İkinci ve On Beşinci Fıkralarında Yer alan Parasal Sınırların Artırılmasına İlişkin Tebliğ ile belirlendiği ve her yıl güncellenmediği için adli yargıdaki limitlerden farklılık göstermektedir. 2024 yılı Mayıs ayında yürürlükte bulunan düzenlemeye göre (RG: 28.02.2023 – 31118); 50.000,00 TL altındaki uyuşmazlıklar tek hakemle üstündeki uyuşmazlıklar heyetle çözülür, kesinlik sınırı hakem kararları için 15.000,00 TL itiraz hakem kararları için 238.730,00 TL’dir. Bu konuda eleştiri için bkz. Işıl Ulaş, Sigortacılıkta Tahkim Hukuku (Turhan 2022) 58.

belirlenen mesleki eğitim ve tecrübe şartlarına sahip adaylar arasından sınavla alınırlar. İtiraz hakemleri de sınavla alınmakla beraber mesleki eğitim ve tecrübe şartları daha ağırdır. İtiraz hakem listesinde çok sayıda öğretim üyesi, Yargıtay, BAM ve ticaret mahkemesi hakiminin yanı sıra sektörden gelmiş yöneticiler de bulunmaktadır.

II. KANUN KOYUCU ABESLE İŞTİĞAL EDER Mİ?

A. GENEL OLARAK: ŞEHİR EFSANESİ Mİ?

Gerek tarihi gerekse evrensel olarak en önemli yorum yöntemi “lafzi” yorumdur. Çünkü hukuk kuralları normatiftir; emirler ve yasaklar içerir. Dolayısıyla, bir normu mantık kuralları yardımıyla bir olaya uygulayabilmek için o normun anlamını iyi bilmek gerekir. Bunun için de (tıpkı klasik ekonomi teorisindeki “*homo economicus*” gibi) normu koyan kişinin mantıklı ve düşünerek hareket eden biri olduğu kabul edilir⁷. Bu varsayım, bütün hukuklarda matematiksel bir sabit gibidir. Çünkü kaldıracı bulan Arşimet’ten tanrıça İnanna adına su bentleri inşa eden Sümerlilere kadar her konuda ilerlemenin gereği; bir sabite dayanmaktır. Fakat binlerce yıllık bentlerin içinden çok sular aktı. 1970’lerin sonundan itibaren, “*homo economicus*” diye birinin olmadığını, insanların son derece duygusal kararlar aldıklarını savunan davranışsal ekonomi (*behavioral economics*) adlı bir teori kök saldı⁸. Belki de “*kanun koyucu abesle iştigal etmez*” sözünü test etmenin zamanı da gelmiştir⁹.

⁷ Yorum yöntemleri ve normun olaya uygulanması hakkında Ernst E. Hirsch, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2001) 27 vd.; Ernst E. Hirsch, Pratik Hukukta Metot (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 1977) 35 vd.; Ali Himmet Berki, Hukuk Mantığı ve Tefsir (Güney Matbaacılık 1948) 9 vd.; Yaşar Karayalçın, Hukukta Öğretim Kaynaklar Metod Problem Çözme (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986); A. Şeref Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları (Turhan 2008) 75 vd.; Kemal Gözler, Hukuka Giriş (Ekin 2013) 258 vd.; Şener Akyol, Sözleşmenin Yorumu (Vedat 2010) 2 vd.

⁸ Mahfi Eğilmez, Ekonominin Temelleri (Remzi 2019) 110.

⁹ Felsefeciler somut örnek bulamadıklarından pozitif hukukla uğraşanlar da fazla teorik

Türkiye’de lafzi yorumun teorisi ve pratiği hakkındaki ilk temel kitaplar Hocamız Hirş tarafından yazıldı. Domaniç, Moroğlu gibi Hocalarımız ise bu dersleri “*kanun koyucu abesle iştigal etmez*” sözüyle aktardı. Bu bir tercüme farklılığından fazlasıdır, “*hikmet-i hükümet*” ya da “*idare-i maslahat*” anlayışını da yansıtmaktadır. Fransızca “*raison d’etat*” terimiyle ifade edilen bu anlayış Türk devlet geleneğine yabancı olmadığı için kolayca benimsendi¹⁰. Haklı bir gerekçesi olmayan ya da gerekçe bulma zahmetine katlanılmayan durumlarda “*maslahat*” diyerek geçiştirmek Tanzimat’tan beridir adet haline geldi. Aslında, kanun koyucunun her şeyi bilmediği, bazen ne istediğini de bilmediği, hatta Türkçeyi de çok iyi bilmediği Hirş’ten kanun koyucunun kendisine kadar herkes tarafından biliniyordu¹¹. Fakat hukuk bir sabite dayanmayı gerekli kıldığı gibi şehir efsaneleri de bilinir ama söylenmez. Nitekim, kanun koyucuyu açıkça eleştirmek yerine “*kanun koyucu şunu istemiştir, bunu istememiştir*” şeklinde birbirinin zıddı görüşlere kanun koyucuyu şahit tutmak uygulamada ve öğretilerde yaygın bir yaklaşımdır¹².

Sümerlilerden beri suyun akışı da hızlandı. Sanayi Devrimi’nin yol açtığı kanunlaştırma (*regulation*) yüzyıllara yayılmışken, 1970’lerin sonunda yükselen neo liberalizmin yol açtığı kuralsızlaştırma (*deregulation*) 2000’lerde yükselen küreleşmenin yol açtığı “*reregulation*” ile sonuçlandı¹³. Yasamanın yaptığı

bulduklarından böyle bir test yapmazlar. Burada da yalnızca somut bir örnek üzerinden bu şehir efsanesi sorgulanacaktır.

¹⁰ Geniş bilgi için Mustafa Erdoğan, ‘Hikmet-i Hükümet’ten Hukuk Devletine Yol Var mı?’, (2000) 4 (13) Doğu Batı 45, 45-58.

¹¹ Örneğin, 865 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun neden kötü bir kanun olduğu gerek Hirş gerekse 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun gerekçesinde; yanlış tercüme, terimlerdeki ahenksizlik, farklı kaynaklardan alınmış çelişkili hükümler ve ihtiyaçlara cevap verememekle açıklanıyordu. Hirsch (n 7) 64 vd.; Halid Kemal Elbir, Gerekçeli Notlu Sistematik Türk Ticaret Kanunu ile Tatbikat Kanunu (İsmail Akgün Matbaası 1956) 3-7.

¹² Aşağıda vekalet ücretleri bahsinde örnekleri görülecektir.

¹³ Geniş bilgi için Michel Ghertman, ‘Regulation, Deregulation Reregulation: Institutional Perspectives’ iç Claude Ménard (ed), The Puzzle of Regulation,

düzenlemeler ile yürütmenin yaptığı düzenlemeler birbirine karıştı. Günümüzde, bankalar, sigortacılar ve diğer büyük şirketlerin mevzuat takibi için uyum (*compliance*) adı verilen özel birimleri bulunuyor. Tabiatıyla, giderek karmaşıklaşan sistemin saat gibi işleyebilmesi için de hukukun üstünlüğü ve liyakat büyük önem taşıyor¹⁴.

Türkiye hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı alanında eskiden de çok parlak değildi. Fakat 1982 Anayasası yürütme erkini gereğinden çok güçlendirdi¹⁵. Güçlü liderler iş başına geldiklerinde yasama ile yürütme adeta birleşirken yargı bağımsızlığı da hiçbir zaman tesis edilemedi. Türkiye “*deregulation*” dönemine ekonomik kriz, 12 Eylül Darbesi ve güçlü bir liderle girdi. Serbest piyasa ekonomisine tam yol geçilirken, bakanların boş kağıda imza attıkları “*kanun hükmünde kararname*” uygulaması gelişti. KHK ile kanunlar değiştirildi. Türkiye “*reregulation*” dönemine ekonomik kriz, 28 Şubat Müdahalesi ve güçlü bir liderle girdi. Başta küreselleşme ve Avrupa Birliği hedefinde gaza basılırken, SPK, TMSF, BDDK gibi özerk kurumlar kendilerine kanun koyucu rolünü biçti. Yönetmelik gibi hazırlanan özel kanunlarla temel kanunlar işlevsiz hale getirildi. 2010 Anayasa değişikliği ile beraber “*torba kanun*” uygulaması gelişti. Adeta taraftar gibi kabul ya da red oyu verilen metinlerle bir gecede onlarca kanun değiştirildi¹⁶. Ardından, küreselleşme rüzgarı poyraza döndü. Türkiye’de ise 15

Deregulation and Reregulation (Edward Elgar 2010) 351 vd.

¹⁴ Türkiye’nin Hukukun Üstünlüğü Endeksi’nde 2013’te (99 ülke arasında) 54. sırada iken 2023’te (142 ülke arasında) 117. sıraya gerilediği görülmektedir. Mark David Agrast, Juan Carlos Botero, Joel Martinez, Alejandro Ponce, Christine S. Pratt, The ‘World Justice Project - Rule of Law Index 2012-2013’ < <http://www.worldjusticeproject.org/our-work/publications/rule-law-index-reports/wjp-rule-law-index-2012-2013-report>> Son Erişim Tarihi: 28.05.2024.

¹⁵ Bu dönemde parti liderini delegeler seçer, delegeleri de liderler belirler, böylece hiçbir lider değiştirilemezdi. Milletvekili listelerini liderler belirler, hiçbir milletvekili grup kararına aykırı bir kabul ya da red oyu veremezdi.

¹⁶ Bu dönemde hiçbir zaman maddeler üzerinde konuşulmayıp daima gündem dışı tartışmalar yapıldığından kanun koyucunun amacını tespit için TBMM Tutanak Dergisi okumak artık “*abesle iştigal*” haline geldi, bazen de trajikomik olaylar yaşandı. “AK

Temmuz Darbe Girişimi ile başlayan “OHAL KHK’ları” dönemi “*Türk Tipi Başkanlık*” ile sonuçlandı. Görüldüğü üzere, 1980’den beridir Türkiye’de kanunlar eskisi gibi yapılmıyor. Kanun koyucunun milletvekilleri mi yürütme mi yoksa yürütme içindeki birkaç kişi mi olduğu giderek belirsizleşirken, her konuda sürekli reformlar yapıldığı, daha bir öncekinin mürekkebi kurumadan yenisinin yapıldığı görülüyor. Kısacası, “*kanun koyucu abesle iştigal etmez*” sözü artık eski ağırlığını taşımıyor.

B. ÖZEL OLARAK: SİGORTACILIK DÜZENLEMELERİ

Sigortacılık, yukarıda açıklanan tablonun dışında değildir. Burada da sürekli kurallar koyan güçlü bir idare (öncesinde Hazine Müsteşarlığı iken halen SEDDK) vardır. Yönetmelik, tebliğ gibi düzenlemeler yapmak ve gerekli kanun değişiklikleri hakkında çalışmalar yapmak idarenin en tabii görevidir. Çünkü idare, sigortacılığın ihtiyaçlarını ve sorunlarını herkesten iyi bilmekle görevlidir. Fakat yasamayı ve yargıyı hafife almak, kanunlara aykırı yönetmelikler yapmak, bunlar iptal edilince aynı hükümleri torba kanunlara koymak suretiyle mahkemelerle inatlaşmak idarenin görevleri ve yetkileri arasında değildir. Bu çalışmanın konusu yalnızca iki örneği etraflıca incelemektir. Fakat temel sorunlardan birine yer verilmeden bu inceleme eksik kalır. Bu sorun; idarenin tazminat hesaplarına karışmasıdır. Daha açık ifade etmek gerekirse; hasar dosyalarında orijinal parça bedelleriyle mi yoksa eşdeğer veya çıkma parça bedelleriyle ve anlaşmalı servis ve tedarik iskontosuyla mı hesaplama yapılacağı, değer kaybı dosyalarında rayiç değer esasına göre mi yoksa Genel Şartlar’daki cetvele göre mi hesaplama yapılacağı, maluliyet ve destekten yoksun kalma dosyalarında progresif rant yöntemiyle mi yoksa teknik faizle mi hesaplama

Partili milletvekilleri, kendi verdikleri tasarı maddesine muhalefetin “kabul” oyu verdiğini görünce, toplu olarak “red” oyu kullandı. (...) durumu fark eden AK Parti milletvekilleri itiraz etti ancak Meclis Başkanvekili Sadık Yakut maddenin reddedildiğini, yapacak bir şeyin olmadığını söyledi.” (Habertürk, 2013).

yapılacağıdır. Uygulamadaki temel tartışmalar bunlardır¹⁷. Talep sahipleri yerleşik Yargıtay uygulamasına göre tazminat istemekte, sigortacılar ise Genel Şartlar uyarınca tazminat hesabı yapmaktadır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda¹⁸ o günkü çağdaş düzenlemelerde olduğu gibi mağdurların daha etkili tazmin edilmesini temin için işleten hakkında tehlike sorumluluğu esasını benimsenmiş, ödeme gücünü temin için de zorunlu sigorta ihdas edilerek sigortacıya karşı doğrudan dava hakkı tanınmıştır. Maddi ve manevi tazminatın belirlenmesi içinse Borçlar Kanunu'nun haksız fiil hükümlerine atıf yapılmıştır (KTK.90). Daha önceki (eski) 6085 sayılı KTK'da da zorunlu sorumluluk sigortası kabul ediliyor (m.51-56), tazminat hesabı içinse yine haksız fiil hükümlerine atıf yapılıyordu (m.50/4)¹⁹. Böylece, eski kanunun yürürlüğe girdiği 1953 yılından idarenin tazminat hesabına karışacağı 2015 yılına kadar 62 yıl boyunca trafik kazalarından doğan tazminat hesapları haksız fiil hükümlerine göre yapılmıştır. Haksız fiil ise Roma hukukundaki “*iniuria*” kaynaklıdır, “*civil law*” ülkelerinin tamamında da aynıdır.

İdarenin tazminat hesabına ilk karışması 2015 tarihli Genel Şartlar ile oldu²⁰. Ardından Genel Şartlar'da bazıları dar kapsamlı bazıları da geniş kapsamlı dört

¹⁷ Başvuru şartı, usulsüz maluliyet raporları gibi 2015 düzenlemelerinden sonra çıkan başka önemli tartışmalar hakkında Rauf Karasu, ‘Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri’, (2016) (26) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 49, 54 vd.; Vural Seven, ‘Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu’, (2018) İzmir Barosu Dergisi 95, 96 vd.; Vural Seven, ‘Mahkemeye-Tahkime Başvurulmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğunda Sunulacak Belgelerin (Özellikle Sağlık Kurulu Raporu) Dava Şartı ve Temerrüt İle İlişkisi’, (2022) 12 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 142, 143 vd.; Vural Seven, Trafik Kanunu'nun 94'üncü Maddesi Hakkında Vermiş Olduğu İptal Kararının Değerlendirilmesi' (2024) <<https://blog.lexpera.com.tr/anayasa-mahkemesinin-karayollari-trafik-kanununun-94un-c-u-maddesi-hakkinda-vermis-oldugu-iptal-kararininin-degerlendirilmesi/>> Son Erişim Tarihi: 12.05.2024.

¹⁸ RG: 18.10.1983 – 18195.

¹⁹ RG: 18.05.1953 – 6277.

²⁰ RG: 14.05.2015 – 29355.

değişiklik yapıldı²¹. Bu değişikliklerin bazıları sonradan isabetsiz bulunan hükümlerin değiştirilmesi niteliğinde iken bazıları da Danıştay'ın verdiği yürütmeyi durdurma ve iptal kararları nedeniyle yapıldı; ikinci gruptakilerin bazıları ise “yanlışta ısrar” niteliğindedir. Genel Şartlar, yetki gaspı ve emredici hükümlere aykırılık gibi gerekçelerle eleştirilere uğradı ve Danıştay'da pek çok iptal davasına konu oldu²². Bunun üzerine, iki “torba kanun” ile önce KTK.90²³ ardından SK.11'de²⁴ yapılan değişikliklerle yetki sakatlığı giderilmek istendi.

²¹ RG: 02.02.2016 – 29612, 02.08.2016 – 29789, 20.03.2020 – 31074, 04.12.2021 – 31679.

²² Söz konusu eleştiriler ve Danıştay kararları için örnek olarak bkz. Rayegan Kender, ‘Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarındaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi’, (2016) 8 (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8-46; Ülgen Aslan Düzgün, ‘Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları ile Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler’, (2019) 7 (14) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 153, 153-193.; Esin Gürhan Eren, ‘Karayolları Trafik Kanununda 6704 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler ve Hukuki Etkileri’ (2018) 92 (6) İstanbul Barosu Dergisi 156, 156-195.

²³ 14.04.2016 tarih ve 6704 sayılı bu kanunun adı; 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'dur (RG: 26.04.2016 – 29695). 3. madde ile KTK.90'a şu ilave yapıldı: “MADDE 90- Zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamındaki tazminatlar bu Kanun ve bu Kanun çerçevesinde hazırlanan genel şartlarda öngörülen usul ve esaslara tabidir. Söz konusu tazminatlar ve manevi tazminata ilişkin olarak bu Kanun ve genel şartlarda düzenlenmeyen hususlar hakkında 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri uygulanır.” 4. madde ile KTK.92'ye şu istisna eklendi: “i) Bu Kanun çerçevesinde hazırlanan zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartları ve ekleri ile tanımlanan teminat içeriği dışında kalan talepler.” Ayrıca, 5. madde ile KTK.97'de “başvuru şartı” hakkındaki şu değişiklik yapıldı: “MADDE 97- Zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.”

²⁴ 18.01.2017 tarih ve 6770 sayılı bu kanunun adı; Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dur (RG: 27.01.2017 – 29961). 32. Madde ile SK.11'e şu fıkra eklendi: “(6) Hasarın giderilmesine ve tazminatın ödenmesine yönelik olarak ilgili mevzuat çerçevesinde orijinale eşdeğerliği belgelendirilmiş parçaların kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar ilgili sigorta genel şartlarında belirlenir.”

Böylece, idare tazminat hesaplarının nasıl yapılacağı belirleme konusunda kanuni yetki kazandı. Fakat Danıştay 15. Dairesi, 2015 tarihli Genel Şartlar'ın bazı hükümleri hakkında önce yürütmeyi durdurma, ardından iptal kararı verdi²⁵. İdare ise kanundaki yetkiye dayanarak aynı minvalde başka düzenlemeler yaptı²⁶. Bunlar da barolar tarafından dava edildi, bu kez Danıştay 8. Dairesi tarafından yine yürütmeyi durdurma kararı verildi²⁷. Ayrıca, yaşanan karmaşadan rahatsızlık duyan ilk derece ve bölge adliye mahkemeleri KTK'daki değişiklikleri 2019 ve 2020 yıllarında Anayasa Mahkemesi'ne taşıdılar. AYM, tazminatların KTK ve TBK uyarınca hesaplanması gerektiği, idarenin yaptığı düzenlemelerin uygulamada karışıklığa, sigorta açığına ve mağdurların tazmin edilememesine yol açtığı gerekçesiyle 6704 sayılı Kanun ile KTK.90 ve 92'de yapılan değişiklikleri iptal etti²⁸. Böylece, idare yetkisini kaybettiğinden Genel Şartlar'daki tazminat hesabına ilişkin hükümler de kanuni dayanağını yitirdi. Fakat çok geçmeden, bu kez de 7327 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile KTK.90'a (iptal edilen hükümlerle paralel) üç bent eklendi²⁹. Tekrar yetki kazanan idare

²⁵ TBB tarafından açılan davada verilen YD kararı için Danıştay 15. Daire, E 2015/6014, 04.10.2016, Ankara Barosu tarafından açılan davada verilen YD kararı için Danıştay 15. Daire, E 2015/5277, 04.10.2016 iptal kararı için K 2018/6090, 27.06.2018.

²⁶ RG: 02.02.2016 – 29612, 02.08.2016 – 29789, 20.03.2020 – 31074.

²⁷ Örneğin 2020 tarihli değişiklik için Danıştay 8. Daire, E 2020/6493, 31.03.2021.

²⁸ Anayasa Mahkemesi, E 2019/40 K 2020/40, 17.7.2020. (RG: 09.10.2020 – 31269).

²⁹ RG: 19.06.2021 - 31516. “MADDE 18 – 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 90 ıncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Kanun” ibareleri “Kanunda” şeklinde değiştirilmiş, fıkraya birinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Bu tazminatlardan;

- a) Değer kaybı tazminatı, aracın; piyasa değeri, kullanılmışlık düzeyi, hasara uğrayan parçaları ile hasar tutarı dikkate alınarak,
- b) Destekten yoksun kalma tazminatı, ulusal doğum ve ölüm istatistikleri kullanılarak hazırlanan hayat tablosu ve zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yüzde 2'yi geçmemek üzere belirlenen iskonto oranı esas alınarak hayat anüiteleri ile genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun olarak,
- c) Sürekli sakatlık tazminatı, ulusal doğum ve ölüm istatistikleri kullanılarak hazırlanan hayat tablosu, zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarında yüzde 2'yi geçmemek üzere belirlenen iskonto oranı ve sürekli sakatlık oranı esas alınarak hayat anüiteleri ile

Genel Şartlar ile tekrar aynı minvalde düzenleme yaptı³⁰. Fakat 7327 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile KTK.90'da yapılan değişiklik de AYM tarafından iptal edildi³¹. Böylece, Genel Şartlar'daki hükümler bir kez daha kanuni dayanağını yitirdi.

Buraya kadarki açıklamalar idarenin tazminat hesabına karışmadaki ısrarının nasıl bir karmaşaya yol açtığını anlamak için yeterli değildir. Anayasa'nın 153/5, 6216 sayılı Kanun'un 66/2. maddeleri uyarınca AYM'nin verdiği iptal kararları geçmişe etkili değildir. Dolayısıyla, kanunların yürürlük tarihleri ile iptal kararlarının yürürlük tarihleri arasındaki hukuki durum tartışmalıdır. AYM'nin üst üste verdiği iki iptal kararı ve yerleşik Yargıtay uygulamasına itibar edildiğinde iptal kararlarının geçmişe etkili olmadığı itirazı yapılmaktadır. Yasama ve idarenin iptal edilen düzenlemeleri yeniden yapmak şeklindeki tutumuna itibar edildiğinde ise tam bir karmaşa çıkmaktadır. Birincisi, KTK değişiklikleri ile AYM iptal kararlarının yürürlük tarihleri karşılaştırılarak kaza tarihi itibarıyla idarenin düzenleme yapma yetkisi bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekmektedir³². İkincisi, kaza tarihi, poliçe tarihi ve ilgili genel şartların yürürlük maddeleri karşılaştırılarak uyumsuzluğun hangi tarihli genel şartlara tabi olduğunu tespit etmek gerekmektedir³³. Üçüncüsü, şayet idarenin düzenleme

genel kabul görmüş aktüerya kurallarına uygun olarak, hesaplanır.”

“Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir.”

³⁰ RG: 04.12.2021 – 31679.

³¹ Anayasa Mahkemesi, E 2021/82 K 2022/167 , 29.12.2022. (RG: 14.02.2023 – 32104).

³² Bu tespit şöyledir: 18.10.1983 - 26.04.2016: Yetkisi yok. 26.04.2016 - 09.10.2020: Yetkisi var. 09.10.2020 - 19.06.2021: Yetkisi yok. 19.06.2021 - 14.02.2023: Yetkisi var. 14.02.2023 - Karar tarihi: Yetkisi yok.

³³ 2015 tarihli Genel Şartlar'da 2021 yılına kadar toplam beş değişiklik yapılmıştır. Fakat yürürlük maddeleri birbirinden farklı ve karmaşık şekilde kaleme alındığından, üstelik bazıları hakkında da yürütmeyi durdurma ve iptal kararları verildiğinden, bu tespit beş metinden birini seçmek kadar basit değildir. Örneğin, Genel Şartlar'da yapılan 20.03.2020 tarih ve 31074 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan değişiklikler 01.04.2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir (m.10). Geçici Madde 1'de ise *“Bu maddenin yürürlük*

yetkisi var ve uygulanacak genel şartlar da belliyse, bir yürütmeyi durdurma veya iptal kararı bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekmektedir³⁴. Böylece, basit bir trafik kazası adeta müşterek avarya hesabına dönmektedir. Bütün bu külfete katlanılarak doğru sonuca ulaşıldığında ise aynı durumdaki iki kişi için sırf birkaç gün arayla kaza yaptıkları için farklı tazminatlar hesaplanmaktadır. Dolayısıyla, ikinci yorumun usul ekonomisine de hukuk güvenliğine de uygun olmadığı açıktır. Fakat AYM'nin bütün bu kuralları ve sakıncaları bildiği halde her iki davadaki yürütmeyi durdurma taleplerini reddettiği de açıktır³⁵. STK uygulamasında ise bazen AYM iptal kararlarının eldeki davalara da

tarihinden önce akdedilmiş sözleşmelere sözleşmenin akdedilme tarihinde geçerli Genel Şartlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra akdedilen sözleşmelere ise bu Genel Şartlar uygulanır.” denilmiştir. Ayrıca, Genel Şartlar C.11'in bu tarihteki metninde *“Bu Genel Şartlar yürürlük tarihinden sonra akdedilmiş sözleşmelere uygulanır.”* denilmektedir. Genel Şartlar'daki 04.12.2021 tarih ve 31679 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan değişiklikler ise yayını tarihinde yürürlüğe girmiştir (m.18). Ayrıca, *“Bu Genel Şartlar yürürlük tarihinden sonra akdedilmiş sözleşmelere uygulanır.”* şeklindeki Genel Şartlar C.11'e *“Bu Genel Şartların yürürlük tarihinden sonra yapılan değişiklikler, söz konusu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra akdedilen sözleşmelere uygulanır.”* hükmü eklenmiştir (m.13).

³⁴ YD ve iptal kararları kısmen verildiği, sağlıklı şekilde de yayınlanmadığı için güncel olmayan bir genel şart hükmü hakkında geriye doğru tespit yapabilmek çok güçtür. Örneğin, 2015 tarihli Genel Şartlar hakkında verilen yukarıdaki kararlar dışında sonraki tarihli değişiklikler için de Danıştay 15. Dairesi, E 2015/5029 K 2018/6097, 27.06.2018 sayılı iptal kararı, Danıştay 8. Dairesi, E 2020/5413, 26.01.2021 sayılı YD kararı, Danıştay 8. Dairesi, E 2020/6493, 31.03.2021 sayılı YD kararı, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E 2022/471, 06.10.2022 sayılı YD kararı vardır.

³⁵ Mahkeme kararlarında söylenenler kadar söylenmeyenler de önemlidir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın söylemedikleri ile *“hukuka aykırılık ruhsatı”* verdiği örnekler pek çoktur. Öğretide yapılan karar incelemelerinde nedense ikincisi üzerinde durulmaz. Bu örnekte; üç mahkeme tarafından 2019 başında dosyalar gönderildiği halde (karara göre) 17.07.2020 tarihinde *“koşulları oluşmadığından”* YD taleplerinin reddine, dava konusu hükümlerin iptaline karar verilmiştir. Yürütmeyi durdurmanın en önemli koşulu açık hukuka aykırılıktır. AYM'nin bu talepleri öncelikle incelemek yerine neden esas hakkındaki karara kadar beklettiği, aynı tarihte iptal kararı verirken neden YD vermediğinin gerekçesi açıklanmamıştır. AYM'nin 2022 tarihli iptal kararında ise 2021 başında dava açıldığı halde 29.12.2022 tarihinde YD talebinin reddine, dava konusu hükümlerin iptaline karar verilmiştir. Burada 2020 tarihli iptal kararı karşısında AYM'nin işi çok daha kolayken, neden YD vermediğinin ve neden iptal için önceki dosyadan daha fazla düşündüğünün gerekçesi de açıklanmamıştır.

uygulanacağı, çoğunlukla da yürürlük tartışmasına girmeden AYM iptal kararları karşısında Genel Şartlar'ın kanuni dayanağının bulunmadığı gerekçesiyle yerleşik Yargıtay uygulaması doğrultusunda sonuca varıldığı görülmektedir⁽³⁶⁾.

Hukuk muhafazakarlık gerektirir. Uygulama böyle yerleşir, içtihatlar böyle kökleşir, öğreti böyle derinleşir. Bu da hukuk güvenliğini beraberinde getirir. Yerleşik hukuki kabullerin çok yavaş değişmesi bu işin tabiatı gereğidir. Nitekim, 2918 sayılı KTK yapılmadan önce de yapıldıktan sonra da sorumluluk ve sigorta hükümleri Yargıtay ve öğretinin önde gelen isimleri tarafından pek çok kez tartışılmıştır³⁷. Yargıtay içtihatları ve öğretideki görüşler yerleşik olduğunda, gerek ilk derece mahkemeleri ve bilirkişiler gerekse taraf vekilleri bunları iyi bilirler, gereksiz gecikmeler ve hak kayıpları yaşanmaz. Kurallar sık sık

³⁶ Bu konuda atf yapılan kararlar ise şöyledir: “Anayasaya aykırı bulunarak iptal edildiği bilinmesine rağmen idari işlemlerin Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre tesis edilmesinin Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceğini kabul etmek gerekir.” Danıştay 3. Dairesi, E 2011/4756 K 2013.3727, 27.09.2013. “Anayasa Mahkemesince iptal edilen bir kanun hükmünün iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış bulunan davalara konu işlemlerin hukuki dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı açıktır.” Danıştay 3. Dairesi, tarih E 2011/4756 K 2013/3727, 27.09.2013 “Bir düzenleyici işlemin dayanağı olan yasa kuralının Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi halinde bu düzenleyici işlem bir idari davaya konu edilmemiş olsa bile iptal kararından etkilenir.” Danıştay 8. Dairesi, E 2007/2125 K, 2009/6646, 11.11.2009 “Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının görülmekte olan bütün davalara uygulanmasının gerekmesine göre iptal edilen kanun hükmünün görülmekte olan davanın hukuki dayanağını oluşturması karşısında anılan iptal kararından sonra oluşan yeni duruma göre karar verilmesinin zorunlu olduğu dikkate alınmalıdır.” Yargıtay HGK, E 2005/9-118, K 2015/152, 16.03.2005; İsmet Demirağ, Sigorta Hukuku Uygulamasında Öne Çıkan Kararlar (Platon 2023) 85-118.

³⁷ Örneğin, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü ile Sigorta Hukuku Türk Derneği tarafından 25 – 28 Nisan 1973 tarihleri arasında düzenlenen Sigorta Hukuku Haftası'nda Ulaştırma Bakanlığı tarafından hazırlanan yeni taslak 1969 ve 1971 tarihli konvansiyonlar, Avrupa hukukları ve Türk hukuku çerçevesinde tartışılmıştır. Bu programda tebliğ sunan hukukçular şöyledir: Prof. Dr. Ali Bozer, Kemal Özüm, İclal Asimgil, Prof. Dr. Faruk Erem, Prof. Dr. Ergun Özsunay, Hayri Başer, Prof. Dr. Kemal Tahir Gürsoy, Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Prof. Dr. Zahit İmre, Dr. Mehmet Zeki Akın, Erdoğan Arıbal, Haşim Ekener, Prof. Dr. Rayegan Kender, İlhan Kutay, Prof. Dr. Kudret Ayiter, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Trafik Sigortası, V. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, 25 – 28 Nisan 1973, (Sevinç Matbaası 1975).

değiştğinde ise tam tersi olur; hakimler, bilirkişiler ve taraf vekillerinin yeni kuralları öğrenmeleri ciddi bir külfet olduğu gibi gerek iyi bilmemeleri ve gerekse fikir ayrılıkları yüzünden çıkan tartışmalar iş yükünü artırır, gecikmelere ve hak kayıplarına yol açar, Yargıtay ve öğretideki görüşlerin yerleşmesi zaman alır ve bütün bu karmaşa hukuk güvenliğini bozar. Üstelik, haksız fiile tabi bütün tazminat hesapları aynı iken yalnızca trafik sigortası için farklılık yaratıldığında ve bu kurallar da sık sık değiştirildiğinde kimse bunları öğrenme külfetine girmek istemez. Nitekim, sigortacılar yararına yapılan bu düzenlemelerden son tahlilde sigortacıların zararlı çıktıkları da aşağıda görülecektir.

III. VEKALET ÜCRETLERİ

A. İLGİLİ MEVZUAT

SK.30'un ilk metninde vekalet ücretleri hakkında özel bir hüküm yoktu. HMK ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca çıkarılan AAÜT uyarınca vekalet ücretine hükmediliyordu. Bu konudaki ilk düzenleme 6327 sayılı “*torba kanunun*” 58. maddesi ile SK.30'a eklenen 17. fıkra ile yapıldı³⁸. “*Talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine hükmolunacak vekalet ücreti, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen vekalet ücretinin beşte biridir.*” şeklindeki bu hükme neden ihtiyaç duyulduğu madde gerekçesinde şöyle açıklanmaktadır³⁹:

“*Diğer taraftan Sigorta Tahkim Komisyonuna genellikle düşük meblağlar için başvurulmaktadır. Bu durumda talebi kısmen veya tamamen reddedilen taraf için, yargılama giderleri arasında yer alan avukatlık ücretinin uyuşmazlık konusu miktarla karşılaştırıldığında yüksek kalabildiği dikkate alınarak maddede gerekli düzenleme yapılmıştır.*”

Görüldüğü üzere, hüküm muğlak kaleme alınmıştır. Aleyhine 1/5 vekalet ücreti

³⁸ RG: 29.06.2012 – 28338.

³⁹ Madde Gerekçesi, 2012, 13.

takdir edilecek tarafın talep sahibi mi sigortacı mı yoksa her iki taraf mı olduğu tartışmaya açıktır. Gerekçede ise ne yapıldığı ve neden yapıldığı açıklanmak yerine hükmün tekrar edildiği görülmektedir. Gerekçedeki tek yararlı bilgi STK'ya genellikle düşük meblağlar için başvuru yapıldığı, vekalet ücretlerinin uyuşmazlık değerine nazaran yargılama giderlerini yükselttiğidir. STK 2009 ortasında uyuşmazlık kabulüne başladığından gerekçe de ilk üç yıllık tecrübeye dayalıdır. Bunun doğru olup olmadığı ileride (Par.28) ele alınacaktır. Şimdilik, 6327 sayılı Kanun ile yapılan başka bir değişikliğin de STK tarafından uyuşmazlık çözümüne ilişkin verilen hizmetlere KDV istisnası tanınması olduğu (m.12), gerekçesinin de “*uyuşmazlıkların daha hızlı çözümünü yaygınlaştırmak*” şeklinde açıklandığı belirtilmelidir⁴⁰.

Hüküm bazı tartışmalar çıkarmış ise de gerek STK hakem kararları gerekse Yargıtay kararlarının çoğunluğunda “*talep sahibi lehine tam, sigortacı lehine 1/5*” şeklinde yorumlandı. Bunun üzerine, idare tarafından Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik'in⁴¹ 16. maddesine “*her iki taraf lehine 1/5*” şeklinde bir ilave yapıldı⁴².

Bu hüküm barolar tarafından tepkiyle karşılandı. Fakat Danıştay 10. Dairesi tarafından yürütmeyi durdurma talepleri ve davalar reddedildi, temyiz talepleri de İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından “*gerekçesiz*” şekilde reddedildi⁴³. Ayrıca, TBB tarafından 2016 ve 2017 asgari ücret tarifelerine 17/2.

⁴⁰ Madde Gerekçesi, 2012, 7.

⁴¹ RG: 17.08.2007 – 26616.

⁴² Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 6. maddesi ile 16. maddeye eklenen 13. fıkraya şöyledir: “*Tarafların avukat ile temsil edildiği hallerde, taraflar aleyhine hükmedilecek vekalet ücreti, her iki taraf için de Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde yer alan asliye mahkemelerinde görülen işler için hesaplanan vekâlet ücretinin beşte biridir.*” (RG: 19.01.2016 – 29598).

⁴³ Ankara Barosu tarafından açılan davada verilen YD red kararı için Danıştay 10. Dairesi, E 2016/735, 17.05.2016 İstanbul Barosu tarafından açılan davada verilen red kararı için Danıştay 10. Dairesi, E 2016/422 K 2020/3413, 01.10.2020. Temyiz üzerine verilen onama kararı için Danıştay İDDGK, E 2021/786 K 2022/579, 23.02.2022. Son karardaki

madde olarak talep sahibi lehine tam vekalet ücreti takdiri gerektiği yönünde STK yargılamasına özel hükümler konuldu⁴⁴. Fakat bu hükümler için de Adalet Bakanlığı tarafından açılan davalarda yürütmeyi durdurma ve iptal kararları verildi⁴⁵. İlginç şekilde, Danıştay 8. Dairesi tarafından verilen iptal kararında, SK.30/17’de talep sahibi lehine pozitif ayrımcılık yapıldığından bahisle Yönetmelik hükmünü göz ardı eden bir gerekçe yazılmıştır⁴⁶. Bununla beraber,

gerekçe “*Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir*” şeklindedir. Karara göre, baronun temyiz gerekçesi vekalet ücretlerini belirleme yetkisinin TBB’ye ait olduğu, Yönetmelik hükmünün fonksiyon gaspı ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğu şeklindedir.

⁴⁴ 2016 AAÜT için RG: 21.12.2015 – 29569, 17/2. maddede yapılan değişiklik için RG: 30.11.2016 – 29904, 2017 AAÜT için RG: 02.01.2017 – 29936. Geniş bilgi için Şaban Kayıhan ve Mustafa Ünlütepe, ‘Sigorta Tahkim Yargılamasına Konu Uyuşmazlıklarda Hükmedilecek Vekalet Ücreti’, (2016) 6 (12) Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 109, 113-114.

⁴⁵ 2016 tarifesinde yapılan 30.11.2016 tarihli değişiklik hakkında hükmün muğlak olduğu gerekçesiyle verilen YD kararı için Danıştay 8. Dairesi, E 2016/15202, 11.04.2017; 2017 tarifesi hakkında verilen iptal kararı için Danıştay 8. Dairesi, E 2018/229 K 2022/2405, 05.04.2022.

⁽⁴⁶⁾ “2017 yılı Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin “Genel Hükümler” Bölümünde yer alan 17. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklik yönünden; Tarifenin “Tahkimde ve Sigorta Tahkim Komisyonunda ücret” başlıklı 17. maddesinin dava konusu 2. fıkrasında, “Sigorta Tahkim Komisyonları, vekalet ücretine hükmederken, Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde asliye mahkemeleri için öngörülen ücretin altında kalmamak kaydıyla Tarifenin üçüncü kısmına göre avukatlık ücretine hükmeder. Tarifenin üçüncü kısmına göre nispi avukatlık ücretine hükmedilen durumlarda da talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine tarifeye göre hesaplanan nispi ücretin beşte birine hükmedilir. Ancak hesaplanan miktarın maktu ücretin altında kalması halinde maktu ücrete hükmedilir. Konusu para ile ölçülemeyen işlerde, Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde asliye mahkemeleri için öngörülen maktu ücrete hükmedilir. Sigorta Tahkim Komisyonlarınca hükmedilen vekalet ücreti, kabul veya reddedilen miktarı geçemez.” düzenlemesine yer verilmiştir.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesinin 17. fıkrasında “Talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine hükmolunacak vekalet ücreti, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen vekalet ücretinin beşte biridir.” hükmü yer almaktadır. Anılan Kanun hükmü, vekalet ücreti ile ilgili özel bir düzenleme getirmekte olup, Kanun'un madde gerekçesinde, Sigorta Tahkim Komisyonuna genellikle düşük meblağlar için başvurulmakta olduğu, bu durumda talebi kısmen veya tamamen reddedilen taraf için yargılama giderleri arasında yer alan avukatlık ücretinin uyuşmazlık konusu miktarla karşılaştırıldığında yüksek kalabildiği dikkate alınarak maddede gerekli düzenleme

yazılan gerekçe 10. Daire ve İDDGK'dan farklı bir görüşün benimsendiği ve Yönetmelik hükmünün uygulanmayacağına kabulü için yeterli de değildir. Zira SK.30/17 ile talep sahibi lehine pozitif ayrımcılık yapıldığı kabulünün tabii sonucu talep sahibi lehine tam sigortacı lehine 1/5 ücret takdiri iken, 8. Daire talep sahibinin haklı çıkması halinde 1/5 oranının uygulanıp uygulanmayacağı ihtimalini cevapsız bırakmıştır. Bu nedenle, maktu vekalet ücretinin de 1/5 kuralına tabi olduğu hususu dışında, söz konusu kararın sorunun çözümüne bir katkısı yoktur. Müteakiben, TBB tarafından çıkarılan tarifelerde de 17/2. madde yoruma açık şekilde kaleme alınmıştır⁴⁷.

yapıldığı belirtilmiştir. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu çerçevesinde sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla getirilmiş alternatif bir çözüm yolu olan tahkim yoluna başvurulmasında, diğer bir ifade ile Sigorta Tahkim Komisyonunda takip edilen işlerde, talebi tamamen veya kısmen reddedilenlerin sigorta poliçesinden menfaat temin edenler, sigortalılar olduğu ve bu tür bir başvurunun sigorta şirketlerine karşı yapıldığı hususları ile 5684 sayılı Kanunun madde gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuran sigortalılar ve sigorta poliçesinden menfaat temin edenler lehine pozitif bir ayrımcılık yapılarak, talebin kısmen veya tamamen reddedilmesi halinde sigorta şirketleri lehine hükmedilecek vekalet ücretinin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen vekalet ücretinin beşte biri olacağı düzenlenmiştir.

Dava konusu düzenlemeye bakıldığında ise, 5684 sayılı Kanunun 30. maddesinin 17. fıkrasındaki amir hükümden farklı bir düzenleme getirilerek, talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine tarifeve göre hesaplanan nispi ücretin beşte birinin, maktu ücretin altında kalması halinde maktu ücrete hükmedileceği öngörülmüş, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunundaki beşte birlik orana uyulmamıştır. Öte yandan, konusu para ile ölçülemeyen işlerde, Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde asliye mahkemeleri için öngörülen maktu ücrete hükmedileceği öngörülerek, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunundaki beşte birlik oran hiç dikkate alınmamıştır. Bu durumda, 5684 sayılı Kanunun amacına aykırı bir düzenleme getiren, dava konusu Tarifenin “Genel Hükümler” Bölümünde yer alan 17. maddesinin 2. fıkrasında hukuka uyarlık görülmemektedir.” Danıştay 8. Dairesi, E 2018/229 K 2022/2405, 05.04.2022.

⁴⁷ 2024 AAÜT 17/2 şöyledir: “Sigorta Tahkim Komisyonları, vekalet ücretine hükmederken, bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde asliye mahkemeleri için öngörülen ücretin altında kalmamak kaydıyla bu Tarifenin üçüncü kısmına göre avukatlık ücretine hükmeder. Ancak talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine bu Tarifeve göre hesaplanan ücretin beşte birine hükmedilir. Konusu para ile ölçülemeyen işlerde, bu Tarifenin ikinci kısmının ikinci bölümünde asliye mahkemeleri için öngörülen maktu ücrete hükmedilir. Ancak talebi kısmen ya da tamamen reddedilenler aleyhine

B. ÖĞRETİDEKİ YORUMLAR

SK.30/17'nin ne anlama geldiği ve bu hükme neden ihtiyaç duyulduğu hakkındaki ilk yorum KABUKÇUOĞLU ÖZER'den gelmiştir. Yazarın görüşleri kanun koyucunun amacını tespit bakımından dikkate değerdir⁴⁸. Müteakiben, ÖZDAMAR da bu görüşe katılmıştır⁴⁹. KABUKÇUOĞLU ÖZER'e göre⁵⁰:

“Dolayısıyla maddedeki, talebi ret olunanlar ifadesi, hem sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayanları hem de risk üstlenen kuruluş ve Güvence Hesabı'nu ifade eder. Zira tahkimde, uyuşmazlığın taraflarından her biri, hakemden kendi lehine hüküm kurulmasını ister. (...) Ayrıca, tahkim yargılamasının çekişmeli yargı olduğu da göz önünde bulundurulduğunda hakem, uyuşmazlık taraflarından birisinin talebini kabul ettiği oranda diğer tarafın talebini de ret etmiş demektir. Bu noktada, maddede geçen talebi ret edilen kavramı, sadece davacı konumundaki sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayanlara yönelik değildir. Diğer taraftan, kanaatimizce Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde belirlenen vekalet ücretinin beşte biri olarak hükmedilecek vekalet ücreti, avukatlık asgari ücret tabanı altına düşmemelidir.”

YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA ise yaygın kabul görececek bir aksi görüş yazmışlardır. KAYIHAN, KARASU, BUDAK, BAĞATUR/ÖGE, YAŞAR, DEKAK, BİLGİN/KÜÇÜK, TUNÇ, TAŞKALE de bu görüşe katılmışlardır⁵¹.

öngörülen maktu ücretin beşte birine hükmedilir. Sigorta Tahkim Komisyonlarınca hükmedilen vekalet ücreti, kabul veya reddedilen miktarı geçemez.” RG: 21.09.2023 – 32316.

⁴⁸ Yazarın o tarihte Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü bürokrati olduğu, 2010-2015 yıllarında STK üyeliğinde bulunduğu, ardından itiraz hakemi olduğu görülmektedir. (Faaliyet Raporu, 2010, s. 4); Faaliyet Raporu, 2015, 54; (Faaliyet Raporu, 2016, 56. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu ve Sigortacılık Kanunu hazırlık çalışmalarında yer aldığı, 17. fıkrayı bizzat kaleme aldığı çeşitli vesilelerle ifade ettiği de bilinmektedir.

⁴⁹ Mehmet Özdamar, ‘Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi’, (2013) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17 (1) 831, 849.

⁵⁰ Fatma Dilek Kabukçuoğlu Özer, Sigortacılık Kanunu Şerhi (Oniki Levha 2012) 513.

⁵¹ Şaban Kayıhan ve Ömer Bağcı, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri (6.Bası, Umuttepe

YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA'ya göre⁵²:

“Kanununun 30/17. maddesinde, özellikle ve doğal olarak sadece davacılar yönünden uygulanabilir, son derece ilginç bir hükme yer verilmiştir. (...) Böyle bir hükmün, yargılama giderleri içerisinde, yekûn olarak çoğu kez en büyük oranı teşkil eden avukatlık vekalet ücreti konusunda, açtıkları davayı kaybeden davacılar -sigorta ettiren ile sigortalılar ve hatta Hesaptan faydalanacak kişiler- lehine çok büyük bir imkân getirdiği ve Komisyona başvurmak bakımından ciddi bir cazibe yarattığı açıktır. Devlet mahkemelerine ve hatta olağan tahkim yoluna nazaran sigortacılık tahkimi lehindeki bu hüküm, davacı bakımından, davayı kaybetse de üstlenmek zorunda kalacağı/üzerinde bırakılacak yargılama giderlerinde büyük bir indirim yol açmaktadır.

Sanıldığına aksine bu hükmün her daim davalı olacak sigorta şirketleri için ve onların lehine de uygulanması mümkün değildir. Zira davalı sigorta şirketlerinin yargılama içerisinde, mahkemeden/hakemden hüküm altına alınmasını istediği bir talebi olamaz. Dava, davacının mahkemeden olan hukuki korunma talebidir. Karşılık dava açılmadığı sürece –ki bu durum, sigortacılık tahkiminde olası değildir- davalı ancak savunma halindedir ve savunması, usule yahut esasa ilişkin olabilir. Esasa yönelik savunma ise inkar yollu veya varsa kimi itiraz yahut

Yayımları 2022) 268; Kayıhan ve Ünlütepe (n 44) 119-121; Karasu (n 17) 66-67; Ali Cem Budak, ‘Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklikler’, (2016) 13 (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 129; Mehmet Çağrı Bağatur ve Hande Öge, Sorularla Sigorta Tahkim (Oniki Levha 2017) 53; Tuğçe Nimet Yaşar, ‘Sigorta Hukukunda Tahkim’, (2018) (36) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 211, 231; Mehmet Tuğberk Dekak, Sigorta Tahkiminde Yargılama Usulü (Yetkin 2019) 111; M. Tunç, ‘Sigorta Tahkim Yargılamasında Vekalet Ücreti’, Sigorta ve Şirketler Hukuku Sempozyumu 25-26 Kasım 2022 (Hacettepe Üniversitesi 2023), 170-174; Kemal Taşkale, ‘Sigorta Tahkim Yargılamasında Vekalet Ücreti’ (2022) < <https://blog.lexpera.com.tr/sigorta-tahkim-yargilamasinda-vekalet-ureti/>> Son Erişim Tarihi: 30.01.2024, 11-12.

⁵² Ecehan Yeşilova Aras ve Bilgehan Yeşilova, ‘Sigortacılık Tahkimi – Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırddedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30)’, (2013) 8 Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 275, 351-352.

def'ilerin ileri sürülmesi şeklindedir. Bu esnada lafzen davalının davanın reddini istemesi, teknik ve bilinen anlamıyla davanın konusu olan; hukuki korunmanın içeriğini teşkil eden; müddeabihi oluşturan ve üzerinden bir yargulama gideri olarak avukatlık vekalet ücretinin hesap edileceği talep değildir. Bütün bu nedenlerle söz konusu hükmün amacına da uygun olarak sadece davacılar lehine uygulanması gerekecek olup davalı sigorta şirketlerinin de bu hükümden faydalanması beklenmemelidir.”

Diğer yazarlar yukarıdaki görüşü Yönetmelik'ten sonra savunmuşlardır. Gerek öğreti gerekse uygulamacılar tarafından ileri sürülen ilave gerekçeler ise vekalet ücretlerini belirleme yetkisinin TBB'ye ait olduğu, Yönetmelik ile kanuna aykırı düzenleme yapıldığı, dolayısıyla idarenin fonksiyon gaspı yaptığı, talep sahibi lehine tam sigortacı lehine 1/5 ücretin tahkimi teşvik için konulduğu ve aksi yorumun tahkimi zayıflatarak mahkemelerin tercih edilmesine yol açacağı şeklinde özetlenebilir⁵³. Danıştay'ın tartışmaya açık tutumuna rağmen Yönetmelik hükmünün nasıl göz ardı edilebileceği ise Yargıtay'ın 1996 tarihli içtihadı birleştirme kararına dayanılarak açıklanmaktadır⁵⁴. Kabul veya

⁵³ Kayıhan ve Ünlütepe (n 44) 119-121; Karasu (n 17) 66-67; Tunç (n 51) 170-174; Taşkale (n 51) 11-12.

⁵⁴ “Anayasa’da kanun çıkarma yetkisi yasama organına verilmiştir. Yasama organı Anayasa çerçevesinde konu ile sınırlı olmaksızın kanun çıkarabilir. Bir başka deyimle kanun, Yasama Organı tarafından yapılan bağımsız bir hukuksal düzenlemedir. Buna karşılık yönetmelik, kanunu açıklayan, kanunun uygulanmasını sağlayan ve kanunu tamamlayan bir idari tasarruftur. Yönetmelikle kanun arasında organik bağ mevcut olup, yönetmelik kanuna bağımlıdır. Bu sebeple öncelikle üstün norm olan kanunun, kanuna aykırı olmayan hallerde ise yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerekir. Bir başka anlatımla; kanunla yönetmeliğin çatışması halinde üstün norm durumunda bulunan kanuna değer verilerek uyumsuzluğun çözümlenmesi zorunludur. Öğretide bazı hukukçular yönetmeliklerin kanuna aykırı olmasının adli yargıda incelenemeyeceği, bu gibi hallerde ilgili tarafa idari yargıya başvurarak yönetmeliğin iptalini sağlamak üzere önel verilmesi ve bunun bekletici sorun yapılması gerektiği konusunda görüş bildirmektedirler. Gerek Anayasa’da ve gerekse kanunlarımızda yönetmelikle kanunun çatışması halinde bunun bekletici sorun sayılması gerektiği hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, adli yargı içinde ceza ve hukuk ayırımı yapılarak sonuca varılması da isabetli değildir. Yorum yaparken yargı yolunu bir bütün olarak kabul

reddedilen tutarın maktu ücretin altında kalması halinde de 1/5 kuralının uygulanacağı üzerinde ise önemli bir tartışma yoktur⁵⁵.

C. UYGULAMADAKİ YORUMLAR

STK'nın faaliyete başladığı 2009 yılından SK.30/17 hükmünün konulduğu 2012 yılına kadar verilen tahkim kararlarında AAÜT uyarınca nispi veya maktu vekalet ücreti takdirinde bir tartışma yoktu (Par.28). 2012 yılından Yönetmelik hükmünün konulduğu 2016 yılına kadar verilen tahkim kararlarında ise büyük çoğunlukla ikinci görüşün tercih edildiği, talep sahipleri lehine tam sigortacı lehine 1/5 vekalet ücreti takdir edildiği görülmektedir. 2016'dan sonra da aynı eğilim çoğunlukta olmakla beraber, farklı yöndeki Yargıtay kararları doğrultusunda farklı yönde kararlar da verilmiştir⁵⁶. Bunlardan temyiz yolu açık olanlar Yargıtay'a gitmiştir.

Yargıtay 11. HD. ve (kapatılan) 17. HD.'nin Yönetmelik'ten önceki kararlarında talep sahibi lehine tam, sigortacı lehine 1/5 vekalet ücreti takdir ediliyordu⁵⁷. Yönetmelik'ten sonra ise iki daire de her iki taraf lehine 1/5 vekalet ücreti görüşünü kabul etmiştir⁵⁸. Her iki dairenin aksi yöndeki bazı kararları nedeniyle

zorunludur. Yargıtay'ın süregelen uygulamalarında ayırım yapılmaksızın yönetmeliğin kanuna aykırı olması halinde, kanuna değer verilerek uyumsuzlukların çözümlenmesi ilkesi benimsenmiştir. Yönetmeliğin kanuna bağımlı olması açıklanan şekilde yorum ve uygulama yapılmasını gerektirmektedir.” Yargıtay İBGK, E 1993/5 K 1996/1, 22.03.1996. Kayıhan ve Ünlütepe (n 44) 119-121.

⁵⁵ Yalnızca Kabukçuoğlu/Özer 2012 yılında maktu tutar altında vekalet ücretine hükmedilemeyeceğini bir cümle ile savunmuş, fakat öğreti ve uygulama aksi görüşü benimsemiştir. Kabukçuoğlu ve Özer (n 50) 513; Özdamar (n 49) 894; Kayıhan ve Ünlütepe (n 44) 119-121; Karasu (n 17) 68.

⁵⁶ Geniş bilgi ve karar örnekleri için Kayıhan ve Ünlütepe (n 44) 115-118.

⁵⁷ Yargıtay 11. HD., E 2012.16507 K 2013/971, 13.05.2013. Yargıtay 11. HD., E. 2013/2396 K. 2013/9711 13.05.2013; Yargıtay 17. HD., E. 2014/2255 K. 2014/3620, 13.03.2014; Yargıtay 17. HD., E 2013/11349 K 2013/14120, 22.10.2013. Geniş bilgi için Kayıhan ve Ünlütepe (n 44) 119-121; Tunç (n 51) 158-164.

⁵⁸ “6327 sayılı Kanunla Sigortacılık Kanunu'na eklenen 30/17. fıkrası uyarınca, talebi kısmen veya tamamen reddedilenler aleyhine hükmolunacak vekalet ücretinin AAÜT'de belirlenen vekalet ücretinin 1/5'i olacağı öngörülmüştür. Madde hükmünde söz konusu

içtihadı birleştirme kararı istenmiş ise de 11. HD. ve 17. HD.'nin görüşleri alındıktan sonra Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından 30/10/2017 tarih ve 365 sayı ile söz konusu kararlar arasında devamlılık içeren bir uyumsuzluk olmadığı gerekçesiyle içtihatların birleştirilmesine gerek görülmemiştir⁵⁹. 17. HD.'nin işlerini devralan 4. HD.'nin yerleşik içtihadı da her iki taraf lehine 1/5 vekalet ücreti şeklindedir; aksine ücret takdir edilen kararlar istikrarlı şekilde bozulmakta veya düzeltilerek onanmaktadır⁶⁰.

olan talep, tahkim yargılamasında karşılıklı yer alan uyumsuzluk taraflarının talepleridir. Dolayısıyla maddedeki "talebi red olunanlar" ifadesi hem sigorta sözleşmesinde menfaat sağlayanları hem de risk üstlenen kuruluş ve güvence hesabını ifade eder. Zira, tahkimde uyumsuzluğun taraflarından her biri hakemden kendi lehine hüküm kurulmasını istemektedir. Diğer bir ifadeyle, sigorta sözleşmesiyle menfaat sağlayanlar kendi lehine ancak risk üstlenen kuruluş ve güvence hesabına hüküm kurulmasını talep ederken risk üstlenen kuruluş ve güvence hesabı da haksız olduğu iddiası ile karşı tarafın talebinin reddedilerek, kendi lehine hüküm kurulmasını talep eder. Ayrıca tahkim yargılamasının çekişmeli yargı olduğu göz önünde bulundurularak hakem, uyumsuzluk taraflarından birisinin talebini kabul ettiği oranda diğer tarafın talebini de reddetmiş demektir. Bu noktada maddede geçen reddedilen kavramı sadece davacı konumundaki sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayanlara yönelik değildir. Diğer taraftan AÜTT'de belirlenen vekalet ücretinin 1/5'i olması ve hükmedilecek vekalet ücretinin her iki yan bakımından göz önüne alınması gereken bir ücret olup, bu sebeple karşı yan lehine belirlenen avukatlık ücretinin 1/5'ine hükmedilmesi gerekirken, tamamına hükmedilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir" Yargıtay 11. HD., E 2016/64 K 2016/1453, 15.02.2016; ayrıca Yargıtay 11. HD., E 2016/1573 K 2016/7620, 29.09.2016. "19.01.2016 tarih ve 29598 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmeliğin 16 ncı maddesinin 13 üncü fıkrasına "(13) Tarafların avukat ile temsil edildiği hallerde, taraflar aleyhine hükmedilecek vekalet ücreti, her iki taraf için de Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde yer alan asliye mahkemelerinde görülen işler için hesaplanan vekalet ücretinin beşte biridir." hükmü eklenmiştir. Heyetçe verilen 12.02.2016 tarihli kararda davacı lehine hükmedilecek vekalet ücreti için Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmeliğin 16/13 maddesi gereğince hesaplanan vekalet ücretinin 1/5'i oranında vekalet ücretine hükmedilmesi gerekirken tam nispi vekalet ücretine hükmedilmesi doğru görülmemiştir." Yargıtay 17. HD., E 2015/6820 K 2018/493, 01.02.2018; ayrıca Yargıtay 17. HD., E. 2016/10994 K.2018/4624, 07.05.2018. Geniş bilgi için Kayıhan ve Ünlütepe (n 44) 115-116; Tunç (n 51) 158-164; Halil Akkanat, Murat Atalı ve Vural Seven, Yargıtay Kararlarında Sigorta Tahkimi (Yetkin 2022) 769-773.

⁵⁹ Tunç (n 51) 164.

⁶⁰ Yargıtay 4. HD., E 2021/25078 K 2022/9641, 29.06.2022. Ayrıca Yargıtay 4. HD. E 2021/3539 K 2021/3260, 17.06.2021. Akkanat, Atalı ve Seven (n 58) 787-788.

4. HD.'nin içtihadının ardından STK uygulamasında “*her iki taraf lehine 1/5 ücret*” görüşü ağırlık kazanmıştır. Bilhassa maluliyet ve destekten yoksun kalma gibi daha yüksek değerli uyuşmazlıklarda tam nispi ücret takdir edilen hakem kararları görülebilmekle beraber, bunlar itiraz hakem heyetleri tarafından çoğunlukla 1/5 olarak düzeltilmektedir. Değer kaybı gibi düşük değerli uyuşmazlıklarda ise maktu tutarın altındaki kabul kararlarında talep sahibi lehine tam, red kararlarında ise sigortacı lehine 1/5 vekalet ücreti takdir edilmektedir⁶¹. 17. HD. ve 4. HD.'nin içtihatları da kısmen bu yöndedir⁶².

4. HD.'nin içtihadı belli olduğundan artık uygulamada birlik sağlanmış görünmektedir. Bununla beraber, 11. HD. kararlarına muhalefet şerhi koyan aksi görüşte üyeler de olduğu, dolayısıyla ileride tekrar içtihat uyuşmazlığı çıkabileceği de ifade edilmektedir⁶³. Nitekim, bu yönde bazı kararlar da

⁶¹ Örneğin; 30.000,00 TL değer kaybı istenmiş 10.000,00 TL'si kabul edilmiş ise talep sahibi lehine kabul edilen kısım için (1/5 uygulanmadan) 10.000,00 TL sigortacı lehine reddedilen kısım için (17.900,00 TL maktu yerine) 4.000,00 TL vekalet ücreti takdir edilmektedir. 20.000,00 TL'sinin kabul edilmesi halinde ise talep sahibi lehine 17.900,00 TL maktu sigortacı lehine 1/5 oranında 2.000,00 TL nispi vekalet ücreti takdir edilmektedir. Yerleşik uygulama bu şekildedir.

⁶² 1/5 oranındaki 1.198,50 TL vekalet ücretinin 3.400,00 TL maktu ücret (2020 AAÜT) şeklinde düzeltilerek onanması için Yargıtay 17. HD., E 2020/9994 K 2021/3296, 25.03.2021. Aynı yönde Yargıtay 17. HD., E 2021/4391 K 2021/3399, 05.04.2021. 1.576,28 TL vekalet ücretinin 2.725,00 TL maktu ücret (2019 AAÜT) şeklinde düzeltilerek onanması için Yargıtay 4. HD., E 2021/2714 K 2021/2311, 02.06.2021. Aynı yönde Yargıtay 4. HD., E 2021/3521 K 2021/4047, 01.07.2021. Akkanat, Atalı ve Seven (n 58) 789-796. Fakat bu kararlarda kabul edilen alacak tutarının maktu ücretin üzerinde olduğuna dikkat çekilmelidir.

⁶³ 11. HD. üyesi Mehmet Tunç'un 25.11.2022 tarihli sempozyumda yaptığı açıklamaya göre; aksi görüşteki üyeler, kanunun doğru yorumuna göre yalnızca sigortacı lehine 1/5 vekalet ücreti takdiri gerekiyorken Yönetmelik ile Avukatlık Kanunu ve Sigortacılık Kanunu hükümlerinin değiştirilmesinin “*fonksiyon gaspı*” olduğunu, kanuna açıkça aykırı ve yok hükmündeki Yönetmelik hükmünün uygulanamayacağını, “*talebi reddedilen*” ibaresi ile sigortacının kastedilmediğini düşünmektedir. Nitekim, bütün 11. HD. üyelerinin katıldıkları tartışma ve oylamada talep sahibi lehine tam nispi vekalet ücreti, sigortacı lehine 1/5 vekalet ücreti sonucuna varıldığı, bunun yeniden içtihat uyuşmazlığı çıkarabileceği, içtihadı birleştirmenin ise uzun zaman alabileceği, 4. HD. önündeki binlerce dosyada gecikmeler yaşanabileceği, dolayısıyla kanuni düzenleme yapılması gerektiği, ifade edilmiştir. Tunç (n 51) 170-174.

görülmektedir⁶⁴. Vekalet ücreti hakkındaki gelişmeler nedeniyle STK artık motorlu araç sigortaları dışındaki uyuşmazlıklarda avukatlar tarafından tercih edilmediği için sorun da 11. HD. önüne nadiren gitmektedir. 4. HD. içtihat değiştirmedikçe uygulamanın değişmeyeceği anlaşılmaktadır.

D. GÖRÜŞÜMÜZ: NEYE NİYET NEYE KISMET?

Biz “*talep sahibi lehine tam, sigortacı lehine 1/5 ücret*” görüşündeyiz. Bu kısımda aynı hukuki tartışmaları tekrar etmek ya da kanun koyucunun amacı hakkında spekülasyon yapmak yerine, kanun koyucunun ne amaçladığı somut bulgular üzerinden tespit edilecek, ardından elde edilen sonuçlar çerçevesinde kanun koyucu ve idarenin ne yapmak istediğini bilip bilmediği, yapılmak istenenler ile yapılanların tutarlı olup olmadıkları, vekalet ücreti hakkında yaratılan karmaşanın STK’nın etkililiği üzerinde hangi sonuçlara yol açtığı sorgulanacaktır.

1. Amaçlar

STK Hakem Karar Dergisi’nin ilk sayısı Mart 2010 tarihlidir. O tarihte davacıların ve bazen sigortacıların bile vekille temsil edilmedikleri görülmektedir⁶⁵. Nitekim, 2009 ve 2010 faaliyet raporlarında kayda değer bulunmayan bu rakamlara hiç yer verilmemiş, 2011 Faaliyet Raporu’nda ise vekaleten başvuru oranı gerçek kişilerde %15 tüzel kişilerde %19 (2010 içinse gerçek kişilerde %10 tüzel kişilerde %22) olarak verildikten sonra “*Komisyonla başvurunun diğer hak arama yollarına göre kolay ve ucuz olması nedeniyle vekil aracılığı ile yapılan başvuru oranının nispeten düşük olduğu görülmektedir.*”

⁶⁴ Tüpgaz zorunlu sorumluluk poliçesi kapsamındaki maluliyete ilişkin tam nispi vekalet ücreti yönündeki karar için Yargıtay 11. HD., E 2020/926 K 2021/3970, 22.04.2021. Akkanat, Atalı ve Seven (n 58) 779-780.

⁶⁵ Örneğin; STK K-2010/4, 13.01.2010 Hakem Heyeti Kararı (STK Hakem Karar Dergisi, 15); K-2010/27, 08.02.2010 Hakem Kararı (STK Hakem Karar Dergisi, 19); K-2009/18, 29.12.2009 Hakem Heyeti Kararı (STK Hakem Karar Dergisi, 23).

denilmiştir⁶⁶. 2012 yılında vekille temsil oranları gerçek kişilerde %17 tüzel kişilerde %20 olmakla henüz kayda değer bir artış görülmemişken⁶⁷, 6327 sayılı Kanun ile yapılan 1/5 düzenlemesi için yukarıdaki gerekçenin nereden bulunduğu ancak büyük bir öngörü ile açıklanabilir. Çünkü 2022’de vekille temsil oranları gerçek kişilerde %99 tüzel kişilerde ise %100’e çıkacaktır⁶⁸. Fakat aceleci olmadan, yapılan düzenlemenin izlerini Hakem Karar Dergisi, STK faaliyet raporları ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi’nde sürmekte yarar vardır.

2010 AAÜT’nin 16. maddesi “*Hakem önünde yapılan her türlü hukuki yardımlarda da bu Tarife hükümleri uygulanır.*” şeklindeydi. Maktu ücret ise asliye hukuk mahkemelerinde 1.000,00 TL, sulh hukuk mahkemelerinde 500,00 TL idi⁶⁹. 2011 Tarifesi’nde maktu ücretler 1.100,00 TL ve 550,00 TL⁷⁰, 2012 Tarifesi’nde 1.200,00- TL ve 600,00- TL şeklindeydi⁷¹. 2010 ve 2011 tarifelerine göre dava değerine bakılmaksızın maktu tutarın altında ücret takdir edilemiyor (m.12), 2012 Tarifesi’ne göre 3.333,33 TL’ye kadar olan davalarda asıl alacağı geçmemek kaydıyla maktu tutarın altında ücret takdir edilemiyordu (m.12). 2010-2012 yılları arasında verilen hakem kararlarında nispi ücret ve genellikle sulh hukuk mahkemelerine ait maktu ücretlerin takdir edildiği görülmektedir⁷².

⁶⁶ Faaliyet Raporu, 2011, 27, 48.

⁶⁷ Faaliyet Raporu, 2012, 30.

⁶⁸ 2022 Faaliyet Raporu, 2022, 30.

⁶⁹ RG: 24.12.2009 – 27442.

⁷⁰ RG: 03.12.2010 – 27774.

⁷¹ RG: 21.12.2011 – 28149.

⁷² Örneğin; 5.900,00- TL tazminat için 708,00- TL nispi vekalet ücreti için K-2010/279, 22.07.2010 Hakem Heyeti Kararı (STK Hakem Karar Dergisi, 26); 1.364,54- TL tazminat kabul edilmiş iken reddedilen kısım üzerinden sigortacı lehine hükmedilen 1.528,00- TL nispi vekalet ücreti için K-2010/393, 08.09.2010 sayılı Hakem Heyeti Kararı (STK Hakem Karar Dergisi, 31); tamamen reddedilen talep için sigortacı lehine hükmedilen 1.662,00- TL nispi vekalet ücreti için K-2010/276, 21.07.2010 Hakem Heyeti Kararı (STK Hakem Karar Dergisi, 35); kabul edilen 1.453,94- TL tazminat için 500,00- TL maktu vekalet ücreti için K-2010/341, 18.08.2010 Hakem Kararı (STK Hakem Karar Dergisi, 48). Sonraki yıllara ait kararlar da genellikle aynıdır. Buna karşılık, reddedilen 25.000,00- TL tazminat talebi için sigortacı lehine hükmedilen 1.100,00- TL maktu ücret

Yüksek bedelli uyuşmazlıklarda ise yüksek nispi ücretler görülebilmektedir⁷³. Buna göre, ilk üç yılda 10.000,00 TL'ye kadar olan kabul ve red kararlarında vekalet ücretleri şöyledir:

Tablo 1. 2010 – 2012 Yıllarına Ait Vekalet Ücretleri

YILLAR	KABUL/RED TUTARI						
	500 TL	1.000 TL	2.000 TL	3.000 TL	4.000 TL	5.000 TL	10.000 TL
2010	500 TL	500 TL	500 TL	500 TL	500 TL	600 TL	1.200 TL
2011	550 TL	550 TL	550 TL	550 TL	550 TL	600 TL	1.200 TL
2012	500 TL	600 TL	600 TL	600 TL	600 TL	600 TL	1.200 TL

Kanun koyucunun yüksek vekalet ücretlerinden talepte bulunanları mı sigortacıları mı yoksa her iki tarafı mı korumak istediği tartışmaya açıktır. Nitekim, tartışılmıştır. Kuşkusuz, kanun koyucu ne yapmak istediğini açıkça ifade etseydi bu kadar çok spekülasyon yapılmazdı. 5.000,00 TL altındaki uyuşmazlık oranları 2009'da %46 (19), 2010'da %61 (697), 2011'de %59 (1.096), 2012'de %52 (1.225) şeklinde, bu tutardaki uyuşmazlıklar için başvuru ücreti ise 30,00 - 35,00 TL idi⁷⁴. Dolayısıyla, vekil ile temsil oranı giderek artarken toplam yargılama giderinin 15 katı tutarındaki maktu vekalet ücretleri dikkat çekmiş olmalıdır. Nitekim, düşük değerli uyuşmazlıklarda vekalet

(asliye hukuk mahkemesi tarafesi) için K-2011/542, 30.06.2011 sayılı Hakem Heyeti Kararı (STK Hakem Karar Dergisi, 5).

⁷³ Örneğin; 165.282,00- TL tazminata 13.616,96- TL nispi vekalet ücreti ve reddedilen kısma 3.906,37- TL nispi vekalet ücreti için K.2010/520, 28.10.2010 sayılı Hakem Heyeti Kararı (STK Hakem Karar Dergisi, 20).

⁷⁴ Faaliyet Raporu, 2009, 14; Faaliyet Raporu, 2010, 11; Faaliyet Raporu, 2011, 37; Faaliyet Raporu, 2012, 25. Geniş bilgi için ileride Tablo 7.

ücretlerinin yüksek bulunduğu değişiklik gerekçesinde açıkça ifade edildiği gibi⁷⁵, tahkimin düşük masrafı bir çözüm yolu olmasına da önem verilmektedir. Bu bulgular ile KABUKÇUOĞLU ÖZER'in açıklamaları birlikte değerlendirildiğinde; *“kanun koyucunun her iki taraf için de vekalet ücretlerini 1/5'e düşürmek istediği, zira tahkimin düşük masraflı bir uyuşmazlık çözüm yolu olması amacını güttüğü, bu sayede mahkemelere giden uyuşmazlıkları tahkime çekebileceğini düşündüğü”*, anlaşılmaktadır.

Tabiatıyla, yukarıdaki amaçların ne kadarını kanun koyucunun düşündüğü ne kadarını idarenin onun adına düşündüğü tartışılabileceği gibi idarenin bu amaçları nasıl yorumladığı da önem taşır. Bu ilave amaçlar ve yorumlar; *“tahkim masraflarını düşük tutmak, sigortacıların uyuşmazlık çözüm masraflarını düşük tutmak, vekalet ücretlerini yüksek bulmak ve STK'yu düşük değerli uyuşmazlıklarla sınırlamak”* şeklinde özetlenebilir. Nitekim, başvuru ücretlerinin yıllarca sabit tutulup çok küçük artışlar yapılması bunun göstergesidir. Bilerek böyle yapıldığı STK faaliyet raporlarında açıkça ifade edilmektedir⁷⁶ Ayrıca, SK.30/17'de yapılan 2012 tarihli kanuni düzenlemenin ardından yerleşen *“talep sahibi lehine tam, sigortacı lehine 1/5 ücret”* şeklindeki STK ve Yargıtay uygulamasının idare tarafından beğenilmeyip *“her iki taraf lehine 1/5”* yönündeki Yönetmelik, m.16/13'ün yapıldığı görülmektedir. Fakat idarenin her şeyin en doğrusunu bildiği şeklindeki yasama ve yargı erklerini hafife alan tutumuna rağmen ciddi bir kafa karışıklığı yaşadığı anlaşıldığından, bu sayılanlardan hangisinin amaç hangisinin sonuç olduğu karmaşıktır. Değişik şekillerde pek çok kez kamuoyuna yansıyan bu karmaşık görüşler, SEDDK Başkanı tarafından 2023 yılında şöyle özetlenmiştir⁷⁷:

⁷⁵ Madde Gerekeçesi, 2012, 13.

⁷⁶ Faaliyet Raporu, 2011, 28.

⁷⁷ SEDDK Başkanı Eroğlu'ndan Sert Eleştirisi: Tahkim Rant Kapısı Haline Geldi, 2023. Açıklamanın diğer kısmı için aşağıda Dipnot 88.

“SEDDK Başkanı Mehmet Akif Eroğlu, sigortalı ile sigorta şirketi arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için kurulan Sigorta Tahkim Komisyonu'nun alternatif yargı sistemi olarak amacının dışına çıktığını, ciddi rant kapısı haline geldiğini açıkladı.

Eroğlu, Tahkim Komisyonu'na gelen değer kaybı tazminatı dosyalarının her geçen gün arttığını ve Komisyon'daki maliyetlerin sigorta sistemi üzerinde ciddi yük oluşturduğunu ifade ederek, hakem ücreti, bilirkişi ücreti, avukatlık vekalet ücreti, icra masrafları ile ortalama birim maliyetin 5 lira iken 10 liralara çıktığını kaydetti.

Maliyetlerin büyük kısmının da aracılık maliyetlerinden kaynaklandığını vurgulayan Eroğlu, “Tahkim sigortalıyı haklı bulmuş, sigorta şirketi de ödemeyi yapacak, avukat ödemeyi beklemeden icraya koyuyor ki, oradan da ayrı bir para alsın. (...) Neymiş; tahkim sistemine başvuruyu özendiririm, vatandaşın başvurusunu kolaylaştıralım. İlk kurulduğunda belki teşvik için kurgulanmış ama şimdi, tahkime gelen dosya sayısı 500 bini geçti ve trafik sigortasında, sigorta şirketleri üzerinde ciddi maliyet oluşturuyor. Ayrıca tahkime gelen dosyaların yüzde 80'ini sigorta şirketleri kaybediyor” dedi.

Eroğlu, tahkimde yapılacak düzenlemeye Barolar Birliği'nin, vatandaşın başvuru hakkı zorlaştırıyor gerekçesi ile itiraz ettiğini de belirterek, sözlerini şöyle sürdürdü: “Niye itiraz ediyorlar? şu anda Tahkim Komisyonu'nda en çok dosya alan 20 tane avukatlık bürosu var. Bu 20 tane avukatlık bürosu 116 bin dosyaya bakıyor.

Tahkim sisteminde değişiklik yapılmasına yönetmeliğin Meclis'e gönderildiğine, ancak önceliklerin değişmesi nedeniyle beklediğine ve seçim sonrasında çıkacağını ümit ettiklerine değinen Eroğlu, “Yapacağımız değişikliklerle 800 milyon lira avantaj sağlayacağız. (...)” dedi.”

2. Sonuçlar

STK'nın "*etkililiğini*" sağlamakla görevli SEDDK Başkanı tarafından da ifade edildiği üzere tahkimin adeta bir sorun yumağı haline geldiği görülmektedir. Bu yüzden, sebepler ve sonuçlar arasındaki bütün kabloları sökmek gerekir. Doğru yere bağlanması gereken ilk kablo zihniyettir. Avukatlar, bürokratlar ve hakimler tarafından sık sık küçümsenirler. Adaletin kurucu unsuru oldukları göz ardı edilerek önemsiz görülürler. Fakat avukatların fonksiyonu üstlendikleri davalarda esas hakkındaki iddia ve savunmayı belirlemekle sınırlı değildir. Yetkili mahkemenin ve hukukun seçilmesi, para ve kurun seçilmesi, alacak davası ya da itirazın iptali/kaldırılması, haciz ya da rehnin paraya çevrilmesi gibi kullanılacak dava ve takip yolunun seçilmesi, arabuluculuk, tahkim, sulh gibi uyuşmazlık çözüm yolunun seçilmesi gibi gerek hukuki gerekse ekonomik konularda kontrol sahibidirler. Avukatların tercih etmediği bir tahkim sisteminin başarılı olma şansı yoktur. Nitekim, STK'nın ilk yılları bu yüzden hummalı bir tanıtım faaliyeti ile geçmiştir⁷⁸. Avukatlık, felsefecilerin şan şöhret için yaptıkları binlerce yıl önceki pratik bir kenara bırakılırsa, dünyanın her yerinde para için yapılan profesyonel bir iştir.

Avukatlık ücreti mülkiyet hakkına dahildir. Bütün temel haklar gibi ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir (AY.35/2). Sigortacı lehine hükmedilecek avukatlık ücretinin 1/5 ile sınırlanmasında kamu yararı bulunduğu kabul edilebilir. Zira karşı vekalet ücreti kural olarak avukata ait olmakla beraber (AvK.164/5), taraf lehine hükmedildiğinden iç ilişkide aksi kararlaştırılabilir. Sigorta şirketleri ise ya hizmet akdiyle çalışan maaşlı avukatlar ya da toplu dosya verilen avukatlık büroları tarafından temsil edildiklerinden aksini kararlaştırırlar. Bunda Anayasa'ya aykırılık olmadığı gibi, bu yolla tahkimi teşvikte yalnızca talep sahiplerinin değil sigortacıların da yararı vardır. Çünkü diğer yargılama giderlerinin düşüklüğü nedeniyle talepleri daha ucuza hallettikleri gibi, yıllarca

⁷⁸ (Faaliyet Raporu, 2009, s. 10); (Faaliyet Raporu, 2010, s. 19); (Faaliyet Raporu, 2011, s. 67).

süren yargılamaya nazaran maksimum 6 ayda halletmek suretiyle daha kolay bilanço tutarlar. Buna karşılık, talep sahibi lehine hükmedilecek vekalet ücretinin 1/5 ile sınırlanmasında durum tam tersidir. Çünkü avukatlar karşı vekalet ücretini de dikkate alarak iş üstlenirler. Dolayısıyla, ya 1/5 sınırlamasından dolayı talep sahibinden daha yüksek ücret isterler (ki, bu da hak aramayı zorlaştırır) ya da STK yerine mahkemeye gitmeyi tercih ederler. İlk ihtimal, ilk bakışta sigortacıların lehine gibi görünmekle beraber, bir tarafın lehine diğer tarafın aleyhine olan bir sonuçta kamu yararı bulunduğu kabul edilemeyeceği gibi borcunu ödemediği için dava edilen bir tarafın bu yolla kayırılmasında da kamu yararı yoktur. İkinci ihtimal ise ne talep sahiplerinin ne sigortacıların lehinedir. Bu nedenlerle, SK.30/17’de “*her iki taraf lehine 1/5*” ibaresi bulunsaydı bile AYM tarafından iptali gerekirdi.

Kanunda olmayan sınırlamanın idare tarafından yönetmelik ile konulması ise açık bir yetki gaspıdır. İdare bir yandan kanun koyucu gibi hareket etmiş, bir yandan kanun ile vekalet ücretlerini belirleme yetkisi verilen TBB’nin yetkisine müdahale etmiş, bir yandan da sigorta ve itiraz hakemleri ile Yargıtay 11. HD. ve 17. HD. tarafından yapılan yargısal yorumu ilga etmiştir. Benzer şekilde, öğreti ve Yargıtay uygulamasında onlarca yıldır kabul gören tazminat hesaplamasını sigorta şirketleri lehine değiştirdiği, AYM ve Danıştay tarafından verilen iptal kararlarına rağmen bu tutumunda ısrar ettiği de yukarıda açıklanmıştı (Par.12). Bu kibirli tutum, her şeyin en doğrusunu bildiği şeklindeki vehim, vahim sonuçlara yol açmıştır.

Avukatlar, pratik zekalı ve pragmatik insanlardır. 1/5 sınırlaması gibi bir kurala karşı (aşlında kolayca tahmin edilebilecek) iki basit çözüm geliştirirler. Birincisi, tahkim yerine mahkemeye gitmektir. Nitekim öyle yaptıkları, SK.30 gerekçesinde “*sigorta sözleşmesinden doğan tüm uyuşmazlıkların çözümü amacıyla*” kurulduğu belirtilen STK’nın adeta bir “*trafik komisyonu*” haline

geldiği görülmektedir⁷⁹. Bunun tablosu şöyledir:

Tablo 2. 2009 – 2022 Yıllarına Ait (Branşa Göre) STK Dosya Sayıları ve Yüzelik Dağılımı

	TOPLAM DOSYA	TRAFİK		KASKO		İHTİYARİ MM	
		SAYI	YÜZDE	SAYI	YÜZDE	SAYI	YÜZDE
2009	137	55	40,15	53	38,69	0	0,00
2010	1.133	446	39,36	350	30,89	0	0,00
2011	1.857	821	44,21	533	28,70	0	0,00
2012	2.353	902	38,33	798	33,91	1	0,04
2013	4.322	2.103	48,66	2.153	49,81	0	0,00
2014	10.692	8.137	76,10	1.355	12,67	4	0,04
2015	26.039	23.421	89,95	1.293	4,97	8	0,03
2016	42.029	39.707	94,48	1.207	2,87	30	0,07
2017	88.456	80.503	91,01	2.280	2,58	73	0,08
2018	106.812	98.613	92,32	5.354	5,01	542	0,51
2019	120.804	104.649	86,63	7.881	6,52	5.130	4,25
2020	128.878	115.704	89,78	8.777	6,81	1.978	1,53
2021	294.472	279.409	94,88	9.928	3,37	2.189	0,74

⁷⁹ Faaliyet raporlarında verilen dosya sayılarına göre; 2009 yılında konut %5, yangın %4, sel %2, makine kırılması %2, diğer %4 (Faaliyet Raporu, 2009, s. 11); 2010 yılında yangın %11, hırsızlık %3, makine kırılması %2, mesleki sorumluluk %2, diğer %8 (Faaliyet Raporu, 2010, s. 13); 2011 yılında yangın %8,19, işsizlik %4,42, makine kırılması %1,45, hırsızlık %2,15, mesleki sorumluluk %1,40 (Faaliyet Raporu, 2011, s. 33-34); 2012 yılında yangın %9,18, makine kırılması %2,76, kredi %1,78, hırsızlık %1,74, elektronik cihaz %1,23, mesleki sorumluluk %1,06, nakliyat 0,93 (Faaliyet Raporu, 2012, s. 23); 2013 yılında yangın %6,94, kredi %2,15, hırsızlık %1,55, makine kırılması %1,25, işsizlik %1,04 (Faaliyet Raporu, 2013, s. 21); 2014 yılında yangın 2,59, kredi 1,33 (Faaliyet Raporu, 2014, s. 21); 2015 yılında yangın %1,11 (Faaliyet Raporu, 2015, s. 22); 2016 yılında ise trafik ve kasko dışındaki bütün branşlardaki toplam dosya sayısı %1'in altındadır. (Faaliyet Raporu, 2016, s. 22).

2022	501.032	476.556	95,11	18.980	3,79	2.572	0,51
------	---------	---------	-------	--------	------	-------	------

STK'nın nasıl düşük değerli uyuşmazlıkların çözüm mercii haline geldiğinin tablosu da aşağıdaki gibidir. 2009'da 3.248,86 USD değerinde olan 5.000,00 TL'nin 2016'da 1.693,82 USD, 2022'de 371,29 USD, 2024'te 167,98 USD değerine düştüğü dikkate alınır, tablonun anlamı daha iyi anlaşılır⁸⁰.

Tablo 3. 2009 – 2022 Yıllarına Ait (Dava Değerine Göre) STK Dosya Sayıları ve Yüzdeler Dağılımı

	0-5.000 TL		5.000-15.000 TL		15.000-40.000 TL		40.000 TL +	
	SAYI	YÜZDE	SAYI	YÜZDE	SAYI	YÜZDE	SAYI	YÜZDE
2009	19	13,87	11	8,03	7	5,11	4	2,92
2010	697	61,52	229	20,21	131	11,56	76	6,71
2011	1.096	59,02	447	24,07	193	10,39	121	6,52
2012	1.225	52,06	528	22,44	354	15,04	246	10,45
2013	2.096	48,50	936	21,66	591	13,67	699	16,17
2014	6.573	61,48	1.086	10,16	926	8,66	2.107	19,71
2015	17.241	66,21	5.221	20,05	1.588	6,10	1.989	7,64
2016	30.972	73,69	5.698	13,56	2.390	5,69	2.969	7,06
2017	64.964	73,44	4.370	4,94	5.411	6,12	9.711	10,98
2018	80.685	75,54	13.705	12,83	6.539	6,12	5.883	5,51
2019	82.253	68,09	19.105	15,81	10.397	8,61	9.049	7,49
2020	89.616	69,54	22.468	17,43	9.475	7,35	7.319	5,68
2021	219.858	74,66	48.046	16,32	15.146	5,14	11.422	3,88

⁸⁰ Aşağıda görüleceği üzere, 1/5 sınırlaması nedeniyle davaların bölünerek açılmasının da (hasar ve değer kaybı taleplerini ayrı dosyalarda ileri sürmek gibi) bu tabloda payı vardır.

2022	385.965	77,03	83.000	16,57	21.803	4,35	10.264	2,05
------	---------	-------	--------	-------	--------	------	--------	------

2010 Faaliyet Raporu'nda yüksek değerli ticari sigortalarda STK'ya duyulan rağbetin memnuniyetle karşılandığı görülmektedir. “Öte yandan, makine kırılması, elektronik cihaz, mesleki sorumluluk, inşaat ve nakliyat sigortaları gibi daha kapsamlı teknik uzmanlık gerektiren branşlardaki uyumsuzlukların çözümü için de Komisyona azımsanamayacak sayıda başvuru yapılmış olması, Komisyonun bir ihtisas kurumu olarak da kabul görmeye başladığına yönelik bir gösterge olarak kabul edilebilir” denilmektedir⁸¹. 2010'da olmasa bile sonraki yıllarda bunun gerçekleştiği görülmektedir. STK itiraz hakem listesinde makine kırılmasından antrepo yangınına, CMR sigortasından tekne sigortasına, savaş sigortasından inşaat sigortasına kadar her branşta uzmanlıkları bulunan öğretim üyeleri ve Yargıtay üyeleri vardır. Fakat 1/5 sınırlaması karşısında hiçbir avukat yüksek değerli bir uyumsuzluğu STK'ya getirmez. Artık ticari sigortalar için STK yerine mahkemeler tercih edildiği gibi, maluliyet ve destekten yoksun kalma talepleri ile kasko poliçelerinden çıkan davalar için bile mahkemelere gidilmektedir.

Avukatların 1/5 sınırlaması karşısında bulacakları (yine kolayca tahmin edilebilecek) ikinci çözümse davaları bölmektir. Nitekim, öyle yapıldığı görülmektedir. Örneğin; 80.000,00 TL hasar 20.000,00 TL değer kaybı talebinin kabul edildiği bir dosyada 2023 tarifesine göre %16 oranında 16.000,00 TL vekalet ücreti takdiri gerekiyorken, 1/5 uygulandığında 3.200,00 TL ücret takdiri gerekir, ardından yerleşik STK uygulamasına göre 9.200,00 TL maktu tutara hükmedilirdi. Halbuki hasar için ayrı değer kaybı için ayrı dava açıldığında 2 X

⁸¹ Faaliyet Raporu, 2010, 8. Raporun aynı sayfasında yer alan şu cümle ise STK'nın kuruluş amacı hakkında kafa karışıklığı bulunduğunu göstermektedir: “Komisyon 2010 yılında, kuruluş amacına uygun olarak, düşük miktarda uyumsuzlukların mahkemelere taşınmadan basit ve hızlı bir şekilde çözümlenmesine hizmet etmiştir”.

9.200,00 TL maktu ücret alınabilir, hatta hasar talebi için kısmi dava açıldığında 3 X 9.200,00 TL vekalet ücreti alınabilirdi. STK uygulamasında hasar için ayrı değer kaybı için ayrı dava açılması adet haline geldiği gibi, dosyaların yaklaşık yarısının değer kaybına ilişkin olduğu bilinmektedir. Aynı uygulama sürekli iş göremezlik ile geçici iş göremezlik ve geçici bakıcı gideri talepleri için de söz konusudur. Görüldüğü üzere, idarenin haksız 1/5 ısrarı sigortacılara yüklenen karşı vekalet ücretlerini azaltmak yerine artırmıştır. Dosya sayısının iki katına çıkması nedeniyle iki kat fazla hakem ücreti, bilirkişi ücreti, başvuru ücreti gibi yargılama giderleri çıktığı dikkate alınır, bu ısrarın faturası daha iyi anlaşılır. Fakat idarenin bu tabloyu doğru okumak yerine hakem ücretlerini düşürmek, hakem sayısını artırmak ve başvuru ücretlerini sabit tutmak gibi yöntemlerle yanlış yanıyla düzeltmeye çalıştığı, her sorunu çözmek için daha büyük bir sorun çıkardığı görülmektedir.

2015'ten sonra STK'ya gelen dosya sayısının her yıl katlanarak artmasının tek nedeni avukatların dosyaları bölmeleri ya da araç/kaza sayısındaki artış değildir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın iptal kararlarına rağmen idarenin yerleşik tazminat hesaplarını değiştirmesi, üst üste yapılan kanun ve genel şart değişiklikleri ile uygulamayı alt üst etmesi dava sayısındaki artışı açıklayan en önemli faktörlerden biridir. Dosya sayısının 500 bini aşması idarenin yüksek mahkeme kararlarına karşı çıkmasından kaynaklandığı gibi, sigortacıların açılan davaların %80'ini kaybetmesinin nedeni de aynıdır. Nitekim, son dönemde pek çok sigortacının Genel Şartlar'daki cetvel yerine yerleşik Yargıtay uygulaması doğrultusunda rayiç değer esasına göre değer kaybı ödemesi yaptığı görülmektedir. Yerleşik tazminat hesaplarının sigortacılar lehine değiştirilmesi doğru olmadığı gibi, bunun sigortacıların yararına değil zararına yol açtığı da artık sektör tarafından anlaşılmıştır.

Bir avukatlık bürosunun çok iş yapması ayıplanamayacağı gibi çok para kazanması da rantiyecilik olarak adlandırılmaz. Fakat idare tarafından yapılan

haklı eleştiriler de vardır. Avukatlık bürolarının çağrı merkezleri kurup kaza yapan insanları bezdirinceye kadar arayıp vekalet toplamaları ve/veya hasar satın almaları doğru değildir. Avukatlık ruhsatı olmayan eski sigortacıların hasar şirketi adı altında avukatlık yapmaları da doğru değildir. Bunlar, avukatlık, sigortacılık ve KVK mevzuatında idari ve cezai yaptırıma bağlanmış faaliyetlerdir. Barolar da bu faaliyetlerle mücadele etmektedir. Dolayısıyla, barolara antipatiyle bakmak yerine SEDDK, TBB ve KVKK iş birliği yapmalı, sigortacılar da gerekli idari ve cezai şikayetleri yapmalıdır. Yakınılan kişilerin kimlikleri belli mevzuat da açık olduğuna göre, yapılan mücadelede ya iş birliği eksikliği ya samimiyet eksikliği vardır⁸².

Son olarak, maktu vekalet ücretleri hakkındaki STK uygulamasını gözden geçirmek gerekir. 4. HD.'nin *"her iki taraf lehine 1/5"* içtihadından beri itiraz hakem heyetlerin büyük çoğunlukla bu içtihada uydukları yukarıda açıklanmıştı (Par.24). Fakat AAÜT uyarınca *"(...) avukatlık ücreti, (...) bu Tarifinin ikinci kısmında belirtilen maktu ücretlerin altında kalmamak kaydıyla (...) bu Tarifinin üçüncü kısmına göre belirlenir."* (m. 1), *"Ancak, hükmedilen ücret kabul veya reddedilen miktarı geçemez."* (m.13/2), *"(...) davanın kısmen reddi durumunda, karşı taraf vekili yararına (...) hükmedilecek ücret, davacı vekili lehine belirlenen ücreti geçemez."* (m.13/3), *"Maddi tazminat istemli davaların tamamının reddi durumunda avukatlık ücreti, bu Tarifinin ikinci bölümüne göre hükümlenir."* (m.13/4). Bu hükümler, itiraz hakem heyetleri tarafından çoğunlukla şöyle uygulanmaktadır⁸³:

⁸² Nitekim, 2020 yılında hasar şirketleri aleyhine kanuni değişiklik yapılmıştı. Dip not 5. 2023 yılında SEDDK Başkanı'nın benzer yakınmalarda bulunduğu görülmektedir. Dipnot 77.

⁸³ 2024 AAÜT uyarınca tamamen kabul, tamamen red ihtimaline göre hazırlanmıştır. 15.000,00 TL itiraz sınırı, 50.000,00 TL heyet sınırıdır. 2023 trafik sigortası limitleri araç başı maddi zararlar 120.000,00 TL bedeni zararlar 1.200.000,00 TL, 2024 limitleri maddi 200.000,00 TL bedeni 1.800.000,00 TL şeklindedir. 1/5 vekalet satırı STK uygulamasını, diğer satırlar tam vekalet ücretlerini (asliye hukuk/ticaret mahkemesi uygulaması)

Tablo 4. Tam ve 1/5 Vekalet Ücretleri

KABUL/RED DEĞERİ	5.000,00	15.000,00	50.000,00	120.000,00	200.000,00	1.200.000,00	1.800.000,00
BAŞVURAN VEKALET	5.000,00	15.000,00	17.900,00	19.200,00	32.000,00	118.000,00	140.000,00
BŞVRN. 1/5 VEKALET	5.000,00	15.000,00	17.900,00	17.900,00	17.900,00	23.600,00	28.000,00
SİGORTACI VEKALET	5.000,00	15.000,00	17.900,00	17.900,00	17.900,00	17.900,00	17.900,00
SGRT. 1/5 VEKALET	1.000,00	3.000,00	3.580,00	3.580,00	3.580,00	3.580,00	3.580,00

Görüldüğü üzere, düşük değerli uyuşmazlıklarda, her ne kadar 4. HD. içtihadı gerekçe gösterilerek karar veriliyor ise de pratikte “başvuran lehine tam, sigortacı lehine 1/5” vekalet ücreti takdir edilmektedir. Bu kararlar kesindir. Dolayısıyla, 4. HD. tarafından nispi ücretlerin 1/5 olarak düzeltilmesi yalnızca (halen) 238.730,00 TL olan temyiz sınırı üzerindeki davalar yönünden bağlayıcıdır. Bu dosyaların sayısı 1/5 sınırlaması yüzünden oldukça azdır ve gitgide azalmaktadır. 4. HD.’nin içtihadı “STK’yı düşük değerli trafik uyuşmazlıkları ile sınırlamak” şeklindeki yanlış uygulamaya destek olmaktadır. Öte yandan, düşük değerli uyuşmazlıklarda uygulamada ikiliğe yol açmakta, yanı sıra davaların bölünmesi gibi dosya sayısını ve yargılama giderlerini artıran uygulamalara neden olmaktadır. Bu nedenle, Yönetmelik’ten önceki içtihadı geri dönülmesi doğru olacaktır.

IV. HAKEM ÜCRETLERİ

A. İLGİLİ MEVZUAT

SK.30/18 uyarınca⁸⁴; hakem ücretleri, başvuru ücretleri ve üyeliğe katılma

göstermektedir.

⁸⁴ Başta 17. fıkra iken 2012 yılında 6327 sayılı Kanun ile vekalet ücretleri hakkındaki 17.

payları STK'nın görüşü alınarak Müsteşarlık (halen SEDDK) tarafından belirlenir. Yönetmelik'in 7/3(e) maddesinde üç hususta görüş bildirme STK'nın görevleri arasında sayılmış, 11/3. maddesinde ise hakem ücretleri, başvuru ücretleri ve üyeliğe katılma paylarının her yıl Ocak ve Temmuz aylarında gözden geçirilerek “gerektiğinde” revize edileceği hükme bağlanmıştır. Yapılan gözden geçirmeler incelendiğinde “gerektiğinde” ibaresinin cömert yorumlanmadığı, başvuru ücretleri ve üyeliğe katılma payları uzun süre sabit tutulurken hakem ücretlerinin de gitgide düşürüldüğü görülmektedir.

B. UYGULAMA

STK'nın faaliyete geçtiği 2009 yılından 2016'ya kadar hakem ücretleri, asgari ve azami tutarlar arasında kalmak kaydıyla, uyuşmazlık değerine göre nispi olarak hesaplanıyordu. İlk tarifeye göre; 0,00 - 14.999,00 TL arasındaki uyuşmazlıklarda tek hakem için %3 heyet için %9, 15.000,00 TL ve üzeri (heyetle görülen) uyuşmazlıklarda ise %6 ücret ödeniyor, heyetle görülen uyuşmazlıklarda ücret eşit olarak paylaştırılıyor, fakat nispi ücret 200,00 TL'den az 1.000,00 TL'den çok olamıyordu. İtiraz hakem heyetleri kurulunca tek hakem için %3,5 heyet için %10,5 nispi ücret ödenmesi kabul edildi. Maktu tutarlar ise hiçbir zaman yılda iki kez artırılmadı, bazı yıllar üst üste sabit tutulup bazı yıllarda küçük artışlar yapıldı. 2016 yılında gerek uyuşmazlık hakemi – itiraz hakemi ayrımı gerekse nispi ücret uygulaması ve asgari – azami tutarlar kaldırıldı, bütün hakemlere dosya başına 350,00 TL ödenmesi kabul edildi. Bu uygulama da üç yıl devam etti⁸⁵. 2019'dan itibaren “*Hakem ücretleri SEDDK tarafından belirlenmekte, STK tarafından ödenmektedir*” gibi bir ibareyle

fıkranın eklenmesiyle yeniden teselsül ettirilerek 18. fıkra haline gelmiş, fakat fıkra metni değişmemiştir.

⁸⁵ Faaliyet Raporu, 2011, 18; Faaliyet Raporu, 2012, 12; Faaliyet Raporu, 2013, 11; Faaliyet Raporu, 2014, 11; Faaliyet Raporu, 2016, 11; Faaliyet Raporu, 2017, 11; Faaliyet Raporu, 2018, s. 11.

yetinildiği, gerek STK gerekse SEDDK tarafından kamuoyuna bilgi vermekten kaçınıldığı görülmektedir⁸⁶. 2009 – 2024 yıllarına ait tespit ve tahmin edebildiğimiz hakem ücretleri şöyledir⁸⁷:

Tablo 5. Karşılaştırmalı Olarak Hakem Ücretleri ve Dosya Sayıları

	AYLIK DOSYA SAYISI	HAKEM ÜCRETLERİ (TL/USD)				VEKALET ÜCRETLERİ	AYLIK HAKEM ÜCRETLERİ (ORT)	
		ASGARİ	AZAMI	ORT.	USD		TL	USD
2009	0,11	200,00	1.000,00	600,00	389,86	310,00	67,82	44,07
2010	0,69	200,00	1.000,00	600,00	402,60	500,00	413,50	277,46
2011	1,03	225,00	1.000,00	612,50	393,28	550,00	631,90	405,74
2012	1,32	250,00	1.000,00	625,00	330,92	600,00	828,05	438,43
2013	3,05	275,00	1.000,00	637,50	357,74	1.320,00	1.945,82	1.091,93
2014	7,19	300,00	1.100,00	700,00	321,25	1.500,00	5.029,84	2.308,32

⁸⁶Faaliyet Raporu, 2019, 20; (Faaliyet Raporu, 2020, 17; Faaliyet Raporu, 2021, 15; 2022 Faaliyet Raporu, 2022, 15. Nitekim, bilirkişi ücret tarifesi daima STK internet sayfasında yayınlandığı halde hakem ücret tarifesi ne STK ne SEDDK internet sayfasında yayınlanmaktadır.

⁸⁷ Bu tablo fikir verme amaçlıdır, kesin veriler içermez. Faaliyet raporlarında açıklanmayan yıllara ait ücretler özel olarak temin edilmiştir. İtiraz hakemlerine ait veriler daha eksik olduğu için yalnızca uyuşmazlık hakemlerine ait ücretler gösterilmiştir. Usulden red verilen dosyalarda yarım ücret ödenmesi gibi dönemsel farklılıklar göz ardı edilmiştir. “Ortalama” sütunu asgari (değer kaybı) ve azami ücret tutarlarının aritmetik ortalamasını gösterir, dosya sayıları bilinmeden kesin hesap yapılamaz ise de değer kaybı dosyalarının %50 civarında olduğundan bu ortalama fikir vericidir. “Aylık ücret” sütunu ortalama ücret ve ortalama dosya sayısının çarpımıdır. Tarifedeki dönemsel farklılıklar göz ardı edilmiştir (Örneğin; 2024 tarifesinde ücretler dosya sayısına göre değişen bir cetvele tabidir, 1 – 100 dosya için 1.650,00 TL – 1.980,00 TL ... 251 ve üstü dosya için 1.250,00 TL – 1.500,00 TL şeklindedir.) Her hakem farklı sayıda dosya aldığı, bazı dosyalar tek hakemle bazıları heyetle çözüldüğü, heyetle çözülen dosyalarda koordinator hakeme ve üye hakeme ödenen ücret farklı olduğundan bu sütun da fikir verme amaçlıdır. Tablodaki rakamlar brüt ücretleri gösterir. Dolar için 1 Ocak tarihli TCMB efektif satış kuru, avukatlık ücreti için STK uygulamasına göre 2009-2012 yılları için sulh hukuk mahkemelerine ait maktu ücret 2013-2024 yılları için asliye hukuk mahkemelerine ait maktu ücret esas alınmıştır.

2015	14,28	300,00	1.100,00	700,00	297,54	1.500,00	9.993,04	4.247,66
2016	20,72	350,00	350,00	350,00	118,57	1.800,00	7.253,53	2.457,24
2017	43,11	350,00	350,00	350,00	98,72	1.980,00	15.087,52	4.255,40
2018	50,86	350,00	350,00	350,00	92,65	2.180,00	17.802,00	4.712,52
2019	56,56	350,00	420,00	385,00	71,97	2.725,00	21.774,13	4.070,54
2020	51,14	390,00	470,00	430,00	72,06	3.400,00	21.991,09	3.685,20
2021	121,48	438,00	528,00	483,00	65,41	4.080,00	58.675,73	7.945,80
2022	179,20	600,00	725,00	662,50	49,20	5.100,00	118.717,35	8.815,82
2023	–	1.000,00	1.200,00	1.100,00	58,62	9.200,00	–	–
2024	–	1.650,00	1.980,00	1.815,00	55,43	17.900,00	–	–

Görüldüğü üzere, hakem ücretleri başta makul seviyede iken yıllar içinde trajikomik bir seviyeye düşürülmüştür. Yalnızca 2015'te 700,00 TL olan dosya başı ortalama ücretin 2016'da 350,00 TL'ye düşürülmesi değil, yılda iki kez gözden geçirilmesi gereken ücretlerin hiçbir zaman yılda iki kez artırılmaması, enflasyonla yaşayan bir ülkede yıllarca hiç artış yapılmayıp diğer yıllar çok düşük artışlar yapılması da “*ücret düşürme*” anlamına gelmektedir. Kurumsal tahkimlerde adet olan nispi ücret terk edildiği gibi 2009 – 2012 arasında maktu vekalet ücreti kadar olan hakem ücretleri maktu vekalet ücretinin onda birine düşmüş, Dolar karşısında ise sekiz kat değer kaybetmiştir.

Tıpkı 2019'dan itibaren hakem ücret tarifesi açıklanmadığı gibi bu ücret politikasının nedenleri de açıklanmadığından ancak bazı verilerden ve ipuçlarından hareketle bazı tahminler yürütülebilir. Bu nedenler; “*tahkim masraflarını düşük tutmak, sigorta şirketlerinin uyumsuzluk masraflarını düşük tutmak, STK'yı düşük değerli uyumsuzluklarla sınırlamak ve hakem ücretlerini yüksek bulmak*” olabilir. Nitekim, SEDDK Başkanı tarafından 2023 yılında

verilen beyanatta şu ifadeler yer almaktadır⁸⁸:

“Erođlu, “(...) Tahkimde maliyetleri dűşürmek için başta hakem ücretlerini dűşürmek olsun, bazı tedbirler aldık ve 142 milyon lira tasarruf sağladık. Başka gariplikler de var. Mesela, sistem öyle kurulmuş ki, sigortalı, davayı kaybediyor, hakem ücretini de tahkim ödüyor. Neymiş; tahkim sistemine başvuruyu özendiririm, vatandaşın başvurusunu kolaylaştıralım. İlk kurulduğunda belki teşvik için kurgulanmış ama şimdi, tahkime gelen dosya sayısı 500 bini geçti ve trafik sigortasında, sigorta şirketleri üzerinde ciddi maliyet oluşturuyor. (...)” dedi.

Eroğlu sözlerini şöyle sürdürdü: “(...) Tahkimde toplam sigorta hakemi sayısı 258. 500 bin dosyaya 258 hakem bakmaya çalışıyor. Bunun mahsuru yok ama biz istiyoruz ki, dosyalar kaliteli incelensin, hakkı verilsin ve ranta yol açmasın. (...) Yapacağımız değişikliklerle 800 milyon lira avantaj sağlayacağız. Bizim hakem sayısını artırmamız lazım. Bu yıl içinde iki tane sınav açacağız. Herkese günde üç tane dosya düşecek şekilde hakem sayımızı 300’e çıkaracağız.””

C. GÖRÜŞÜMÜZ: SINE QUA NON

Tahkim (*arbitration, arbitrage, schlichtung*) hakem (*arbitrator, arbitre, schiedsrichter*) sözcüğünden türetilmektedir. Buradan anlaşılacağı üzere, tahkim yargılamasının merkezinde hakemler vardır. Gerek hakemlerin işlerini titizlik ve şevkle yapmaları gerekse tahkime saygı duyulması için tatmin edici bir ücret politikası bulunmalıdır. Hakem ücretinin maktu vekalet ücretinin onda biri olması, diğer deyişle hakemin tek dosyadaki maktu vekalet ücreti kadar ücret alabilmesi için on tane dosyayı karara bağlaması doğru bir politika değildir. Bu ücret politikası hakemlerin de STK’nın da saygınlığına gölge düşürmektedir.

STK’dan sonra Türkiye’deki en önemli kurumsal tahkim olan İSTAC tarifesine

⁸⁸ SEDDK Başkanı Eroğlu’ndan Sert Eleştirisi: Tahkim Rant Kapısı Haline Geldi, 2023.

göre; 1 milyon TL'ye kadar olan uyuşmazlıklarda tek hakem için %5 heyet için %7, 5 milyon TL'ye kadar uyuşmazlıklarda tek hakem için 50.000,00 TL + %4,5 heyet için 70.000 TL + %5,6 şeklinde devam eden bir çizelgeye göre ücret ödenmektedir⁸⁹. Yüksek değerli karmaşık ticari uyuşmazlıkların çözüldüğü bir tahkim ile dosyalarının %90'dan fazlası düşük değerli motorlu taşıt sigortalarından oluşan bir tahkim elbette ki birebir kıyaslanamaz. Fakat STK listesinde diğer kurumlarda da hakemlik yapabilecek/yapan çok sayıda öğretim üyesi ve Yargıtay üyesi bulunduğu, STK yüksek değerli karmaşık sigorta uyuşmazlıklarını çözebilecek yetkinlikte bir kurumken idarenin yanlış uygulamaları nedeniyle adeta trafik komisyonuna dönüştüğü, yetkin itiraz hakemlerinin listeden çıkmaları nedeniyle kurumun kan kaybettiği de unutulmamalıdır.

Hakem ücretlerinin yüksek bulunması, son yıllarda yapılan bir spekülasyonla ilgilidir. SEDDK Başkanı tarafından da ücretlerin bilerek düşürüldüğü ve ranta yol açmaması gerektiği ifade edilmektedir. Halbuki daha önce kamuoyuna açıklanan hakem ücret tarifesinin 2019'dan beridir açıklanmaması suretiyle spekülasyona idare yol açmıştır. Ayrıca, SEDDK Başkanı'nın sözünü verdiği yeni düzenlemede SEDDK başkan ve üyelerine itiraz hakemliğine sınavsız girme hakkı tanınmak istenmesi manidardır⁹⁰. Son olarak, bu spekülasyon gerçek

⁸⁹<<https://istac.org.tr/tr/uyusmazlik-cozumu/masraflar-ve-ucretler/tarifeler/>> Son Erişim Tarihi: 07.04.2024.

⁹⁰ “SEDDK Başkanı Mehmet Akif Eroğlu, SEDDK Üyeleri ve Başkan Yardımcılarının İtiraz Hakemi olmaları için yönetmelik taslağı hazırlandığı ve bakanlığa sunulduğu hatta onay alındığı bilgisi sektöre bomba gibi düştü. Sızan taslağa göre; SEDDK'da bir gün çalışan başkan, üye ve başkan yardımcıları sınava gerek olmaksızın otomatik olarak İtiraz Hakemi olabiliyor. (...) Diğer taraftan, Hakem olmak için 5 yıl hukukçuluk veya 10 yıl sigortacılık deneyimi gerekli iken SEDDK'da çalışan herkes hukuk fakültesi mezunu olmasa da hukukçu olarak kabul edilecek. Daha da garip olan sektörde çalışıp da bir gün dahi SEDDK'da çalışanların sektörde geçen süresi de hukukçuluk deneyimine dahil edilmiş. Böylece, sınava girip kazanamayan SEDDK Başkan ve üyeler kendilerini otomatik İtiraz Hakemi yapmış oluyorlar.” Taslak metni ve geniş bilgi için SEDDK'da Bir Gün Çalışanlar İtiraz Hakemi Olacak, 2023. Haber konusu hükümler Yönetmelik'e

dışıdır. Zira Tablo 5'e göre; 2022'de aylık ortalama hakem ücreti 118.717,35 TL (8.815,82 USD) aylık ortalama dosya sayısı 179,20'dir. İleri sürüldüğü gibi aylık 300 bin TL ücret için 452,83 adet, 500 bin TL ücret için 754,72 dosyayı karara bağlamak gerekir; ki bu da mümkün değildir⁹¹. Buna karşılık, ayda 179,20 (yılda 2.150,40) dosyayı karara bağlamak takdir edilecek bir iştir. 2022 rakamlarına göre; adli yargıdaki hakim sayısı 9.578 iken, gelen dosya sayısı 7.940.146, hakim başına düşen dosya sayısı (yılda) 829'dur⁹². Bu da ortalama bir hakemin ortalama hakimden 2,59 kat fazla iş yükü altında olması demektir.

Buna karşılık, bilhassa dosya sayısına yönelik eleştirilerde haklılık payı da vardır. 300 dosya kotasına göre bir hakemin bir günde çözmesi gereken dosya sayısı 10'dur. Üstelik, dosya üzerinden karar verilmekle beraber, en az bir bilirkişi atandığı ve eksiklerin ikmali için çeşitli yazışmalar yapıldığı dikkate alındığında, bunun insan takatini zorlayan bir iş olduğu anlaşılır. Fakat pek çok hakem bunu asli iş olarak yapmadığından asgari kotadan (50) dosya almaktadır, diğerlerinin 179,20 olan ortalama dosya sayısının üstüne çıkabilmeleri bu sayede olmaktadır. Emekli bir ticaret mahkemesi hakimi içinse günde 5-10 tane hasar veya değer kaybı dosyasını çözmek fazla zorlayıcı değildir. Öte yandan, ortalama dosya sayısı 2015'te 14,28 iken sonraki yıllarda katlanarak artmış, hakem ücretleri ise Dolar ve vekalet ücretleri karşısında katlanarak azalmıştır. Dosya sayısındaki

girememiştir. Değişiklik için RG: 07.06.2023 – 32214. Bununla beraber, itiraz hakemi olma kriterleri haklı olarak ağır tutulmuşken 10.08.2021 tarih ve – 31564 sayılı RG'de yayınlanan başka bir değişiklikte de Yargıtay ve BAM üyeleri ile Cumhurbaşkanı Kararnamesi ile kurulan kurumların başkan ve üyelerine sınavsız itiraz hakemi olma hakkı tanınmış, bu düzenlemeye karşı Ankara Barosu tarafından yürütmeyi durdurma talebiyle dava açılmıştı. Duyuru metni ve dava dilekçesi için (Duyuru, 2021).

⁹¹ Her hakemin aldığı dosya sayısı farklı olduğu, heyetle görülen dosyalarda ise koordinatör hakeme ödenen ücret ile üye hakeme ödenen ücret farklı olduğundan (2022 rakamlarına göre dosyaların %88,68'i tek hakemle %11,32'si heyetle çözülmüştür), buradaki hesaplama da fikir verme amaçlıdır. Kotalar dahilinde, bazı hakemler ortalamadan az bazıları da çok dosya almaktadır. 2022 dosya kotaları bilinmemekte, Ağustos 2023 itibarıyla en az 50 en çok 300 şeklindedir.

⁹² Haber Bülteni: Adalet İstatistikleri 2022, 6.

artışın idarenin yanlış uygulamalardaki ısrarından kaynaklandığı yukarıda açıklanmıştı. Dolayısıyla, bu sorunlara hakem ücretlerini düşürmek ve hakem sayısını arttırmak suretiyle çözüm aranması, idarenin kendi yarattığı sorunları çözmek için yeni sorunlar yaratmak suretiyle sisteme zarar vermesi anlamına gelmektedir. Eğer idare 2015'ten beri sigorta şirketleri lehine tazminat hesabına karışmak suretiyle yerleşik uygulamayı alt üst etmeseydi, en azından AYM ve Danıştay'ın iptal kararları ve Yargıtay içtihatlarına değer vermek yerine yanlış uygulamada ısrar etmeseydi sigortacılar ile talep sahipleri arasındaki uyuşmazlık noktaları bu kadar artmaz, bu kadar çok dava açılmazdı; eğer 1/5 sınırlamasında ısrar etmeseydi avukatlar emeklerinin karşılığını alırlar ve davaları bölmek gibi yöntemlerle dosya sayısını artırmazlar, ayrıca yangın, yük, vb. sigorta davalarını da STK'da açarlardı; böylece hakemler çok daha az dosyayı daha büyük bir özenle inceleyip karara bağlarlar, hakem sayısını artırmaya da hakem ücretlerini düşürmeye de gerek kalmazdı. Tabiiyle, sigortacılar da çok daha az dava masrafı ile karşılaşarlardı.

Yukarıda muhtemel olan diğer nedenler ise *“tahkim masraflarını düşük tutmak, sigorta şirketlerinin uyuşmazlık masraflarını düşük tutmak ve STK'yı düşük değerli uyuşmazlıklarla sınırlamak”* şeklinde özetlenmişti. Bunlar da birbirleri ile korelasyon içindedir. Fakat idarenin neyi amaçlayıp neye yol açtığı hakkında berrak bir zihne sahip olmadığı anlaşıldığından, STK bilançoları ve faaliyet raporlarındaki verilere bakmak gerekir. Gelir tabloları şöyledir⁹³:

⁹³ 2009 ila 2011 bilançoları açıklanmamış, ilk defa 2012 Faaliyet Raporu ile birlikte bilançolar yayınlanmaya başlamıştır. (Faaliyet Raporu, 2012, 50; (Faaliyet Raporu, 2013, 48; Faaliyet Raporu, 2014, 48; Faaliyet Raporu, 2015, 49; Faaliyet Raporu, 2016, 51; Faaliyet Raporu, 2017, 51; Faaliyet Raporu, 2018, 51; (Faaliyet Raporu, 2019, 59; Faaliyet Raporu, 2020, 50; Faaliyet Raporu, 2021, 50; 2022 Faaliyet Raporu, 2022, 51.

Tablo 6. STK Gelir Tabloları

	SİGORTACI	BAŞVURAN		FAALİYET GELİR	FAALİYET GİDER	FAALİYET DIŞI GELİR	FAALİYET KAR/ZARAR	DÖNEM NET KAR/ZARAR
	SABİT KATILIM PAYI	DOSYA BAŞI KATILIM PAYI	BAŞVURU ÜCRETİ					
2012	1.020.000	423.231	172.332	1.687.116	3.272.200	1.050.000	-1.585.084	-458.662
2013	1.080.000	1.028.429	366.049	2.519.853	5.688.379	2.900.000	-3.168.526	-241.946
2014	1.100.000	3.289.222	875.421	2.519.853	7.322.133	4.004.000	-4.802.280	777.917
2015	1.375.000	8.369.064	1.566.378	11.434.935	18.451.060	6.409.500	-7.016.124	-580.932
2016	1.560.000	16.262.324	7.211.200	25.177.882	28.477.812	54.193	-3.299.929	-3.245.735
2017	1.530.000	26.903.077	13.342.209	41.986.673	45.526.670	115.619	-3.539.997	-3.427.378
2018	1.500.000	43.988.100	23.914.092	69.710.611	64.182.934	1.683.860	5.527.677	-2.039.088
2019	1.530.000	57.064.607	45.391.649	108.527.607	100.541.033	7.606.899	7.986.576	12.365.074
2020	1.530.000	78.683.502	61.448.519	175.284.520	172.035.046	5.855.935	7.986.576	7.083.396
2021	1.530.000	160.760.558	77.814.312	311.050.592	314.004.418	12.343.933	-2.953.826	6.989.857
2022	1.380.000	345.200.596	148.712.301	665.280.121	669.109.559	26.020.437	-3.829.438	16.927.275

Hakem ücretleri faaliyet gideridir. Başvuru ücretleri ile sigortalılardan alınan sabit ve dosya başı katılım payları ise faaliyet gelirdir. Daha yüksek hakem ücreti ödenebilmesi için daha yüksek başvuru ücreti ve katılım payı alınması gerekir. Bunun tersi de doğrudur. Başvuru ücretleri aşağıda ayrıca incelenecektir. Sigortalılardan alınan sabit katılım payının ise 10 yıldır neredeyse sabit tutulduğu görülmektedir. 1 Ocak tarihli TCMB Dolar kuruna göre; 2012’de 540.054,00 USD olan sabit katılım payı 2022’de 102.477,27 USD’ye düşmüştür, aynı Dolar kuruna göre karşılığı ise 7.272.583,19 TL’dir. Halbuki sigortalıların kendi yararlarına olan bir sistemin idamesi için ellerini taşın altına koymakta biraz daha

istekli olmaları beklenir. Fakat sigortacılar lehine yanlış düzenlemeler yapma ısrarıyla en sonunda sigortacıların katlandıkları talep masraflarını birkaç kat artıran idarenin onlardan daha fazlasını isteyebilmesi hiç kolay değildir. Nitekim, dosya başı katılım paylarının nasıl katlanarak arttığı tabloda görülmektedir. STK sistemi gönüllülük esasına dayalıdır; başta bütün sigortacılar memnuniyetle katılmışlar ise de son yıllarda memnuniyetsizliğin arttığı ve sistemden çıkanlar olduğu görülmektedir⁹⁴.

STK'nın faaliyet dışı gelirleri de vardır. 2015 yılına kadarki finansal tablolarda Güvence Hesabı tarafından yüklü ödemeler yapılarak STK'nın desteklendiği, fakat 2016'dan itibaren bu ödemelerin kesildiği görülmektedir. Halbuki STK'nın faaliyet zararlarının devlet tarafından sübvansede edilmesinde kamu yararı vardır. 2022 itibarıyla bir hakeme düşen yıllık ortama dosya sayısının bir hakime düşen dosya sayısından 2,59 kat fazla olduğu (aksi halde, bir hakem başına $2.150 / 829 = 2,59$ hakim çalıştırılması gerekir) yukarıda açıklanmıştı. Öte yandan, 2018 ila 2020 yıllarında devlet katkısı olmadığı halde STK'nın faaliyet karı elde ettiği, önceki yıldan gelen faaliyet zararını kapatarak 2022 yılına kadar net kara geçtiği, görülmektedir. Toplanan kaynakların atıl tutulmak yerine faiz, repo gibi yöntemlerle nemalandırılması doğrudur. Fakat faaliyet dışı gelir başkadır, faaliyet karı elde etmek başkadır. STK bir ticarethane değildir. Bu tür kurumlar kar etmeleri için değil taleplerin hallini (*claims handling*) hızlandırıp daha ucuza getirmek için kurulurlar⁹⁵. Dolayısıyla, böyle bir kurumu kara geçirmek övünülecek bir husus değildir. Halbuki SEDDK Başkanı'nın yukarıdaki beyanatında hakem ücretlerini düşürmek gibi tedbirlerle 142 milyon TL tasarruf

⁹⁴ Faaliyet raporlarına göre sistemdeki sigortacıların sektördeki payları şöyledir: 2009 - %90,06, 2010 - %90,10, 2011 - %97,23, 2012 - %96,21, 2013 - %96,73, 2014 - %96,41, 2015 - %90,67, 2016 - %86,26, 2017 - %88,18, 2018 - %88,25, 2019 - %90,97, 2020 - %91,29, 2021 - %75,94, 2022 - %83,17.

⁹⁵ Nitekim 200 yıldır başarıyla faaliyet gösteren mütüel P&I kulüpleri de aynı mantığa dayalıdır. Serdar Acar, Kulüp Sigortası Protection & Indemnity (Vedat 2008) 34-39 519-520.

ettikleri ve yapacakları yeni değişikliklerle 800 milyon TL daha avantaj sağlayacakları ifade edilmektedir.

Yıllara göre başvuru ücretleri ile dosya sayıları ise şöyledir⁹⁶:

Tablo 7. Başvuru Ücretleri ve Dosya Sayıları

	BAŞVURU ÜCRETİ			DOSYA SAYISI			
	0 – 5.000	5.000 – 10.000	10.000 – 50.000	0 – 5.000	5.000 – 15.000	15.000 – 40.000	40.000 +
2009	30,00	90,00	225,00	19	11	7	4
2010	30,00	90,00	225,00	697	229	131	76
2011	35,00	100,00	250,00	1.096	447	193	121
2012	35,00	100,00	250,00	1.225	528	354	246
2013	35,00	100,00	250,00	2.096	936	591	699
2014	50,00	125,00	300,00	6.573	1.086	926	2.107
2015	50,00	125,00	300,00	17.241	5.221	1.588	1.989
2016	100,00	250,00	350,00	30.972	5.698	2.390	2.969
2017	100,00	250,00	350,00	64.964	4.370	5.411	9.711
2018	100,00	250,00	350,00	80.685	13.705	6.539	5.883
2019	100,00	250,00	350,00	82.253	19.105	10.397	9.049
2020	100,00	250,00	350,00	89.616	22.468	9.475	7.319
2021	150,00	350,00	500,00	219.858	48.046	15.146	11.422
2022	150,00	350,00	500,00	385.965	83.000	21.803	10.264
2023	200,00	450,00	650,00	–	–	–	–
2024	320,00	715,00	1.030,00	–	–	–	–

Yukarıdaki tabloda yılda iki kez gözden geçirilmesi gereken başvuru ücretlerinin

⁹⁶ Başvuru ücretlerine ait cetvel 2015 yılına kadar 0-5.000 TL, 5.000-15.000 TL, 15.000 TL üstü olarak kalmış, 2016'da 0-5.000 TL, 5.000-10.000 TL, 10.000-20.000 TL, 20.000 TL üstü olarak değiştirilmiş, 20.000 TL sınırı 2023'te 30.000 TL 2024'te 50.000 TL olarak güncellenmiştir. 50.000 TL üst limitten sonrası için uyuşmazlık değerinin %1,5'u kadar nispi ücret ödenir.

iki, üç, hatta beş yıl üst üste sabit tutulduğu görülmektedir. Başvuru ücretleri sabit tutulduğunda hakem ücretlerinin de sabit kalması, enflasyonist ortamda gitgide satın alma gücünü yitirmesi kaçınılmazdır. Bunun aksi ancak iki halde mümkün olabilir: Birincisi, STK faaliyet zararlarının devlet tarafından sübvansede edilmesidir; ki, 2016'dan itibaren buna son verildiği açıklanmıştır. İkincisi, hakemlerin dosya sayılarının artması, birim ücretleri düşerken tabiri caizse sürümden kazanmalarındır. Nitekim, 2016 yılından itibaren bunun olduğu Tablo 5'te açıkça görülmektedir. Eğer öyle olmasaydı, belki de hakemler şikayetlerini daha yüksek sesle dile getirirler ve/veya idare durumunun vahametini daha erken anlardı. 2023 ve 2024 yıllarında ise başvuru ücretlerinde artış yapıldığı, hakem ücretlerinde de paralel bir iyileştirme yapıldığı görülmektedir. Fakat aynı yıllarda görülen yüksek enflasyon nedeniyle Dolar bazındaki birim ücret (2022 dışında) tarihin en düşük seviyesindedir.

Tablodaki diğer tuhaflık 5.000,00 TL sınırının hiç güncellenmemiş olmasıdır. Halbuki 2009'daki 5.000,00 TL sınırı 3.210,48 USD'ye karşılık gelirken 2024 başında 167,98 USD'ye karşılık gelmektedir; Dolar karşısındaki güncel değeri 95.561,54 TL'dir. "*Küçük uyuşmazlık*" terimine verilen anlam zaman içerisinde gitgide küçülmüştür. Bu durum bir yandan yargılama giderlerini artırırken⁹⁷ diğer yandan düşük değerli uyuşmazlıkların tahkime taşınmasını teşvik etmekte, böylece "*tahkim masraflarını düşük tutmak ve sigortacıların uyuşmazlık masraflarını düşük tutmak*" amaçları yerine tam tersine hizmet etmektedir. 2024 rakamlarına göre 4.999,99 TL değerindeki hasar dosyası tahkime taşındığında, sigortacı iyi ihtimalde %145 kötü ihtimalde %176 yargılama masrafı öder, yanı sıra iyi ihtimalde 1.660,00 TL kötü ihtimalde 6.290,00 TL fark hakem ücreti

⁹⁷ 4.999,99 TL değerindeki bir uyuşmazlık için 2009 çizelgesindeki 30,00 TL başvuru ücreti %0,60 iken 2024 çizelgesindeki 320,00 TL başvuru ücreti %6,40'tır. Tahkim yargılama pahalı hale geldiği hakkında daha önce de eleştiriler yapılmıştır. Bu konuda Çelik Ahmet Çelik, Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu (4.Baskı, Seçkin 2023) 1136-1137.

çıkarak⁹⁸. Günümüzde, 4.999,99 TL değerindeki bir dava normal bir avukat tarafından uğraşmaya değer bulunmadığından ya hiç üstlenilmez ya da sulh yoluyla çözülür. Binlerce dosyayı seri halde üstlenen bir büro içinse her dosyada 4.999,99 TL maktu vekalet ücreti iyi bir gelir kaynağı olarak görülür. Nitekim, enflasyona rağmen 5.000,00 TL altındaki uyuşmazlıkların yıllar içinde nasıl dramatik şekilde arttığı Tablo 3 ve Tablo 7’de görülmektedir. Bu durum avukat suiistimallerinin sistematikleşmesine de yol açmaktadır⁹⁹.

Halbuki başvuru ücretlerinin neden düşük tutulması gerektiği SK.30’un

⁹⁸ İlk derece yargılamasında 4.999,99 TL hasar talebinin kabulüne, 4.999,99 TL vekalet ücreti ile 320,00 TL başvuru ücreti 35,00 TL tebligat gideri 1.900,00 TL bilirkişi ücreti olmak üzere 2.255,00 TL yargılama giderinin sigortacıya yüklenmesine karar verilir. Bu da sigortacının 100 birim tazminat 145 birim masraf ödemesi anlamına gelir. Tek hakemle görülen bu yargılamada başvuru ücreti hakem ücretini karşılamaz, $1.980 - 320 = 1.660,00$ TL fark hakem ücreti de sigortacılar tarafından ödenir. Kötü ihtimalde ise belirsiz alacak davası açılarak usulden red edilmiş itiraz hakem heyetince kusur ve hasar için iki bilirkişi atanmışsa; 4.999,99 TL hasar talebinin kabulüne, 4.999,99 TL vekalet ücreti ile 320,00 TL başvuru ücreti 35,00 TL tebligat gideri 3.100,00 TL bilirkişi ücreti 320,00 TL itiraz başvuru ücreti 35,00 TL tebligat gideri olmak üzere 3.810,00 TL yargılama giderinin sigortacıya yüklenmesine karar verilir. Bu da sigortacının 100 birim tazminat 176 birim masraf ödemesi anlamına gelir. Ayrıca 320,00 TL başvuru ücretinin karşılamadığı 1.660,00 TL hakem ücretine ilave olarak itiraz hakemleri için 4.630,00- TL fark ücret çıkar (koordinatör için tam üyeler için %75), böylece bu tutar da 6.290,00 TL’ye ulaşır.

⁹⁹ Bu konudaki yaygın bir şema şöyledir: Avukat, kişisel verilerin korunması mevzuatına rağmen (her nasılsa) kaza yapan kişinin bilgilerine ulaşır ve kurduğu çağrı merkezi vasıtasıyla kendisine ulaşır, bu kişiden vekaletname ya da hasar satın alır, ardından tahkim prosedürünü başlatmak için trafik sigortacısına başvuru yapar, başvuruyu eksik belgeyle yapar ve aracı da sigortacının eksperine göstermez, sigortacı inceleme yapamadığı için 15 günlük süre içinde aracın tamirini veya hasar ödemesini yapamaz, çoğu zaman Genel Şartlar, B.2.2 uyarınca başvurudan itibaren 2 iş günü içinde yapılması gereken anlaşmalı servis bildirimini de tebliğ ettirmez, ardından dava açılır ve eksik belge ile başvuru yapmanın dava şartı olmayıp tamamlanabilir eksiklik olduğu, sigortacıya araç gösterme mecburiyeti olmadığı, kendi sundukları eksper raporu ve fotoğraflar üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak hasar tespiti gerektiği, anlaşmalı servis bildirimini yapılmadığı için iskonto uygulanamayacağı, KDV istemek için de tamir faturası sunma mecburiyeti bulunmadığı, ileri sürülür. Çoğunlukla, yerleşik Yargıtay uygulaması ve TTK.1479 ile Genel Şartlar, B.2.2 hükümlerine uygun yazılı bir bildirim bulunmadığı gerekçe gösterilerek bu talep kabul edilir. Buna benzer başka şemalar da vardır. Tabiatıyla, bütün taraf vekilleri suiistimal peşinde olmadıkları gibi sigorta şirketlerinin kötü uygulamalarına da çeşitli örnekler gösterilebilir.

gerekçesinde şöyle ifade edilmektedir: “Sistemin gereksiz kullanımından kaçınılması amacıyla başvuruda bulunacak kişilerden (...) cüzi bir ücret alınması tasarlanmıştır.” KABUKÇUOĞLU/ÖZER’in bu konudaki açıklaması ise şöyledir¹⁰⁰:

“Uluslararası uygulamalara bakıldığında, sistemin finansmanının genellikle sigorta şirketleri tarafından sağlandığı görülür. (...) Kanaatimizce, ülkemiz koşullarında cüzi olmak kaydıyla başvuru ücreti alınması doğru bir yaklaşımdır. Bu şekilde, sigorta ettirenler veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişilerin, uyuşmazlık olmasa bile sadece kontrol amacıyla sisteme başvurusunun ve sistemin gereksiz yere meşgul edilmesinin önlenmesi sağlanabilir.”

Son olarak, fark hakem ücretlerini ön plana çıkarmak gerekir. Başvuru ücreti, tebligat gideri ve bilirkişi ücreti yargılama gideri olarak davayı kaybeden tarafa yüklenir ise de hakem ücretlerinin başvuru ücretleri ile karşılanmayan kısmı STK’nın faaliyet gideridir. Dolayısıyla, sigortacıların dosya başı katılım paylarından karşılanır. 2024 itibarıyla tablo şöyledir¹⁰¹:

Tablo 8. Başvuru Ücretleri ve Fark Hakem Ücretleri

DAVA DEĞERİ	5.000,00	15.000,00	50.000,00	120.000,00	200.000,00	1.200.000,00	1.800.000,00
BAŞVURU ÜCRETİ	320,00	1.030,00	1.030,00	1.800,00	3.000,00	18.000,00	27.000,00
HAKEM ÜCRETİ	1.980,00	1.980,00	4.950,00	4.950,00	4.950,00	4.950,00	4.950,00
İTİRAZ H. ÜCRETİ	-	4.950,00	4.950,00	4.950,00	4.950,00	4.950,00	4.950,00

¹⁰⁰ Kabukçuoğlu ve Özer (n 50) 508.

¹⁰¹ 15.000,00 TL itiraz sınırı, 50.000,00 TL heyet sınırıdır, heyetle görülen dosyalarda koordinatör hakemler için tam üyeler için %75 ücret ödenir. 2023 trafik sigortası limitleri araç başı maddi zararlar 120.000,00 TL bedeni zararlar 1.200.000,00 TL, 2024 limitleri maddi 200.000,00 TL bedeni 1.800.000,00 TL şeklindedir. 1/5 vekalet satırı yerleşik STK uygulamasını göstermektedir.

TOPLAM H. ÜCRETİ	1.980,00	6.930,00	9.900,00	9.900,00	9.900,00	9.900,00	9.900,00
KARŞILA MA ORANI	-1.660,00	-5.900,00	-8.870,00	-8.100,00	-6.900,00	8.100,00	17.100,00

Görüldüğü üzere, hasar ve değer kaybı dosyalarında başvuru ücretleri hakem ücretlerini karşılamamaktadır. Maluliyet ve destekten yoksun kalma dosyalarında durum tam tersi iken 1/5 vekalet ücreti ısrarı yüzünden bu dosyalar da artık tahkime gelmemektedir. Bu şartlar altında, STK'nın sürekli faaliyet zararı yazması, sigortacıların yüksek maliyetlerden hakemlerin düşük ücretlerden yakınması gayet tabiidir. Halbuki 1/5 ısrarından vazgeçilip maktu başvuru ücretleri artırıldığı takdirde düşük değerli uyuşmazlıklar azalıp yüksek değerli uyuşmazlıklar yeniden tahkime gelebilir, böylece sigortacıların maliyetleri düşerken hakem ücretleri de yükselebilir. Elde edilen sonuçlara göre, %1,5 olan nispi başvuru ücretinin uyuşmazlık değerine göre azalan bir cetvel şeklinde (%1,5, %1, %0,5 gibi) yeniden düzenlenmesi, nispi hakem ücretine yeniden geçilmesi, makine, yük gibi yüksek değerli ticari sigortalarda hakem ücretinin kaybeden tarafa yüklenmesi gibi başka iyileştirmeler düşünülebilir¹⁰². Yukarıdaki tablo bir trafik komisyonu için sürdürülebilir olmadığı gibi, STK'nın ticari sigortalardan çıkan uyuşmazlıklara bakan bir ihtisas komisyonu olabilmesi için de bu iyileştirmeler gereklidir.

V. ELEŞTİRİLER VE ÖNERİLER

“Tahkim sisteminin adil, tarafsız ve etkin bir biçimde işleyişini sağlamak için gerekli önlemleri almak” görevi STK'ya aittir (SK.30/3(c)). TDK'ya göre *“etkin”* sözcüğü *“faal, aktif”* anlamına gelmektedir. Eğer istenen buysa, STK'ya

¹⁰² Ticari sigortalardan çıkan uyuşmazlıklarda ve sigortacıların birbirlerine karşı açacakları rücu davalarında farklı dinamikler olduğundan bunlar farklı kurallara tabi tutulabilir. Önemli olan niyettir. Kuralların öngörülmesi, elde edilen bulgulara göre revize ve yeniden kalibre edilmesi zor değildir.

yılda 500 bin dosya gelmesinden şikayet edilmemelidir. Fakat STK'nın “*etkili*” bir çözüm yolu olması kastediliyorsa, bunun ne kadar başarılılabildiği tartışılır. Bu görev STK'ya verilmekle beraber asıl sorumluluk idareye aittir¹⁰³.

STK'nın misyonu ve vizyonunun belli olması, internet sayfasında açıklanması ve buna uygun politikalar izlenmesi gerekir. Kanun metninde STK'nın düşük değerli trafik sigortası uyuşmazlıklarının çözümü için kurulduğuna dair hiçbir sınırlama olmadığı gibi, tam tersine 30. madde gerekçesinde “(...) *sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan tüm uyuşmazlıkların çözümü amaçlanmaktadır.*” denilmektedir. Halbuki daha başından beridir bu konuda kafa karışıklığı yaşandığı görülmektedir¹⁰⁴. Ardından, vekalet ücretlerine 1/5 sınırlaması getirilmesi, hakem ücretlerinin düşürülmesi ve başvuru ücretlerinin düşük tutulması gibi politikaların tabii sonucu olarak kurum adeta “*trafik komisyonu*” haline gelmiştir. Böyle önemli bir konu bürokratların takdirine bırakılamaz. Misyon ve vizyon belli olduğunda bir yönetimden diğerine değişmez, sapmalar denetlenebilir ve düzeltilebilir.

İdare tazminat hesaplarına karışmamalı, kanuna aykırı genel şartlar yapmak ve

¹⁰³ Yönetmelik, m.5 uyarınca STK beş üyeden oluşur. Birlik temsilcisi olan iki üye dışında, bir üye SEDDK temsilcisidir, bir akademisyen hukukçu SEDDK tarafından belirlenir, bir tüketici derneği temsilcisi yine SEDDK tarafından seçilir. SK.30/18 ve Yönetmelik, m.7/3(e) ve 11/3 uyarınca hakem ücretleri, başvuru ücretleri ve sigortacıların katılım payları STK'nın görüşü alınarak SEDDK tarafından belirlenir. Yönetmelik, m.16/13'teki “*her iki taraf için de 1/5*” sınırlaması da yine idare tarafından konulmuştur.

¹⁰⁴ STK'nın 2010 Faaliyet Raporu'nda kendi kendine rol biçtiği, bir yandan “*Komisyon 2010 yılında, kuruluş amacına uygun olarak, düşük miktarda uyuşmazlıkların mahkemelere taşınmadan basit ve hızlı bir şekilde çözümlenmesine hizmet etmiştir.*” denilirken yine aynı sayfada “*Öte yandan, makine kırılması, elektronik cihaz, mesleki sorumluluk, inşaat ve nakliyat sigortaları gibi daha kapsamlı teknik uzmanlık gerektiren branşlardaki uyuşmazlıkların çözümü için de Komisyona azımsanamayacak sayıda başvuru yapılmış olması, Komisyonun bir ihtisas kurumu olarak da kabul görmeye başladığına yönelik bir gösterge olarak kabul edilebilir.*” denilmektedir. Faaliyet Raporu, 2010, 8.

torba kanunlara hükümler eklemek suretiyle kural dayatmamalı, AYM, Yargıtay ve Danıştay kararlarına saygılı olmalıdır. İdarenin sigorta şirketleri yararına tazminat hesabına karışma ısrarı, son tahlilde yine sigortacıların zararına yol açmıştır. İdare yalnızca sigortacıların değil, sigortalılar ve sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayanlar dahil olmak üzere kamunun yararını gözetmekle görevlidir. Bilinenden farklı bir tazminat hesabı gerek mağdurların iyi tazmin edilmemesine gerekse araç sahipleri için sigorta açığına yol açmakla trafik sigortasının amacına aykırıdır. Hukuka aykırı düzenlemelerdeki ısrar hukuki kesinliği bozmakta, gereksiz davalara ve gecikmelere yol açmakta, mahkemeleri ve tahkimi tıkamakta, sigortacıların yükledikleri yargılama masraflarını da artırmaktadır.

İdare vekalet ücretlerindeki “*her iki taraf lehine 1/5*” ısrarından vazgeçmeli, Yargıtay 4. HD. eski içtihadı geri dönmelidir. Sigorta davalarının STK tarafından çözülmesinde kamu yararı vardır, sigortacı lehine 1/5 vekalet ücreti verilmek suretiyle tahkimin teşvik edilmesi talep sahiplerinin de sigortacıların da yararınadır, bunda Anayasa ve kanunlara herhangi bir aykırılık da yoktur. “*Talep sahipleri lehine 1/5 ücret*” ise hak aramayı güçleştirdiği ve tahkimi zayıflatığı için kamu yararına değildir, kamu yararı içermeyen bir sınırlama kanunla konulsa bile mülkiyet hakkına haksız bir karışma olduğundan iptali gerekir (AY.35/2), SK.30/17 böyle bir sınırlama içermediği gibi yönetmelikle bunun yapılması yetki gaspıdır, yanı sıra 11. HD. ve 17. HD.’nin eski içtihatları ile öğretide ifade edilen diğer nedenlerle de hukuka aykırıdır.

İdarenin “*her iki taraf lehine 1/5 ücret*” ısrarı STK gibi güzide bir kurumu adeta trafik komisyonu haline getirmiştir. Tekne, makine, yük, yangın, inşaat gibi ticari sigortalardan çıkan uyuşmazlıkları layıkıyla çözecek yetkinlikte hakemler varken artık bu uyuşmazlıklar tahkime gelmemekte, motorlu taşıt sigortalılarından çıkan maluliyet ve kasko hasarları gibi daha yüksek değerli uyuşmazlıklarda bile mahkemeler tercih edilmektedir. Avukatların tercih etmedikleri bir tahkim sisteminin başarı şansı yoktur.

İdarenin “*her iki taraf lehine 1/5 ücret*” ısrarı sigortacıların yararına değil zararına olmuştur. Davaların bölünmesi, düşük değerli uyuşmazlıklar için dava açılması gibi gelişmeler karşısında sigortacıların yüklendikleri karşı vekalet ücretleri ile yargılama giderleri azalmak yerine katlanarak artmıştır. İdarenin tabloyu doğru okumak ve yüksek mahkeme kararlarına saygı duymak yerine yanlış yanılıyla düzeltmeye çalışması nedeniyle fatura gitgide kabarmıştır.

Hakem ücretleri başlangıçta makul seviyede iken yıllar içinde trajikomik bir seviyeye düşürülmüştür. Kurumsal tahkimlerde adet olan nispi ücret terk edildiği gibi, 2009 – 2012 arasında maktu vekalet ücretine eşit olan hakem ücretleri günümüzde maktu vekalet ücretinin onda birine düşmüş, Dolar karşısında ise sekiz kat değer kaybetmiştir. Bu ücret politikası hakemlerin de STK’nın da saygınlığına gölge düşürmektedir.

İdare, tazminat hesabına karışma ısrarı yüzünden dava sayıları ve yargılama giderleri katlanarak artınca, sistem gereği sigortacılardan daha çok katkı toplaması gerektiği halde hakem ücretlerini düşürmüş, çözdükleri dosya sayısı artan hakemler aylık bazda daha çok ücret almaya başlayınca ücretleri daha çok düşürüp hakem sayısını artırmış, önceleri kamuoyuna açıklanan hakem ücret tarifelerini 2019’dan beri yayınlamamak suretiyle hakemlerin saygınlığına gölge düşüren spekülasyonlara yol açmıştır. Hakemlerin idarenin yaptığı düzenlemeler yerine kanun, AYM, Danıştay ve Yargıtay kararları doğrultusunda hüküm vermelerinde bir yanlışlık olmadığı gibi dosya sayısının artmasında bir kusurları da yoktur. Yargılama giderlerindeki artışın faturası ücretleri düşürülmek suretiyle hakemlere kesilmek yerine sigortacılara kesilseydi, sigortacılar tarafından bu fatura sorgulanır, yanlışta ısrar etmenin sigortacıların yararına değil zararına olduğu daha erken anlaşılır, doğruya daha kolay dönülürdü.

İdarenin başvuru ücretlerini yıllarca sabit tutup 5.000,00 TL sınırını hiç güncellememiş olması, tahkim masraflarını düşük tutmak ve sigortacıların

uyuşmazlık masraflarını düşük tutmak amaçlarına değil tam tersine hizmet etmektedir. Çünkü düşük değerli uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli yerine tahkime taşınmasını teşvik etmektedir, bunların tahkimde çözümü (uyuşmazlık değerine nazaran) çok pahalıdır. Öte yandan, bu politika STK'yı düşük değerli uyuşmazlıklarla sınırlayan faktörlerden biridir.

Hakem ücretleri STK'nın faaliyet giderlerindedir. Dolayısıyla, başvuru ücretleri ile sigortacılardan alınan katılım paylarının düşük tutulması hakem ücretlerini baskılamaktadır. Hakem ücretlerinin artırılabilmesi bunların artırılmasına bağlıdır. Tabiatıyla, sigortacılar lehine yanlış düzenlemeler yapmakta ısrar ederek en sonunda sigortacıların talep masraflarını birkaç kat artıran idarenin onlardan daha fazlasını isteyebilmesi kolay değildir. Fakat her yanlış diğer yanlışla nasıl zincir gibi bağlıysa, aynısı doğrular için de geçerlidir.

Hakem ücretlerini etkileyen diğer faktör STK'nın faaliyet dışı gelirleridir. Daha önceki finansal tablolara göre Güvence Hesabı tarafından yapılan ödemelerle STK desteklenmiş iken, 2016'dan itibaren bu desteğin kesildiği görülmektedir. Halbuki STK'nın faaliyet zararlarının devlet tarafından sübvansede edilmesinde kamu yararı vardır. 2022 rakamlarına göre her hakem adli yargının üzerinden 2,59 hakim kadar iş yükü almaktadır. Bundan sitayişle bahsedildiğine göre, sadece sigortacıların değil devletin de taşın altına elini koyması gerekir. Öte yandan, son yıllarda STK'nın faaliyet karı elde ettiği, bunun da hakemlere gereğinden az ücret ödenmesi anlamına geldiği, nitekim SEDDK Başkanı tarafından hakem ücretlerinin düşürülmesiyle ilişki kurularak kurumun kara geçirilmesinden başarıymış gibi söz edildiği görülmektedir. STK bir ticarethane değildir, böyle kurumlar kar elde etmek için değil taleplerin hallini hızlandırıp daha ucuza getirmek suretiyle kamu yararına hizmet için kurulurlar.

SONUÇ

Sigorta Tahkim Komisyonu'nun misyonu ve vizyonunun belli olması gerekir.

Kanunda düşük değerli trafik uyuşmazlıkları ile sınırlanmadığı, tam tersine sigorta sözleşmesinden çıkan bütün uyuşmazlıkların çözümü için kurulduğu madde gerekçesinde açıkça ifade edildiği halde, idare bu hususta kafa karışıklığı yaşamaktadır. İdare tazminat hesaplarına karışmamalıdır. 2015 yılından itibaren idarenin bu konudaki ısrarı, AYM ve Danıştay tarafından verilen iptal kararları ile yerleşik Yargıtay uygulamasına rağmen aynı düzenlemeleri tekrar tekrar yapması, bunlara güvenen sigortacılar ile Yargıtay içtihatlarına güvenen talep sahipleri arasındaki uyuşmazlıkları artırmış, gecikmelere ve uygulamada karışıklığa yol açmış, son tahlilde sigortacıların yararına değil zararına olmuştur. İdarenin “*her iki taraf için 1/5 vekalet ücreti*” ısrarı hukuka aykırı olduğu gibi, sigortacıların yükledikleri karşı vekalet ücretlerini azaltmak yerine artırmıştır. Ayrıca, yüksek değerli ticari sigortalardan çıkan uyuşmazlıkları çözebilecek yetkin hakemlere sahip olan güzide bir kurumu adeta düşük değerli uyuşmazlıklara bakan bir trafik komisyonu haline getirmiştir. Bu yanlış politikalar nedeniyle sigortacıların ödedikleri vekalet ücretleri ve yargılama giderleri ile ödemeleri gereken STK katılım paylarının artması hoşnutsuzluğa yol açmış, idare ise yukarıdaki iki yanlışı düzeltmek yerine hakem ücretlerini düşürmek suretiyle başvuru ücretleri ile katılım paylarını düşük tutmayı tercih etmiştir. Böylece, bir kısır döngüye girilmiştir. Küçük dosya sayısı arttıkça, sigortacıların yüksek masraflardan hakemlerin düşük ücretlerden yakınmaları da artmıştır. Bu politikaların sürdürülebilir olmadığını, STK'nın etkili bir uyuşmazlık çözüm yolu olmaktan giderek uzaklaştığını kabul etmek gerekir. 15 yıldır büyük emek verilen kurum çok daha iyi bir yerde olmayı hak etmektedir.

KAYNAKÇA

Acar S, Kulüp Sigortası Protection & Indemnity (Vedat 2008).

Akkanat H ve Atalı M ve Seven V, Yargıtay Kararlarında Sigorta Tahkimi (Yetkin 2022).

Akyol Ş, Sözleşmenin Yorumu (Vedat 2010).

Bağatur MÇ ve Öge H, Sorularla Sigorta Tahkim (Oniki Levha 2017).

Berki AH, Hukuk Mantığı ve Tefsir (Güney Matbaacılık 1948).

Budak AC, 'Sigortacılıkta Tahkim Alanında Meydana Gelen Değişiklik ler', (2016) 13 (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-129.

Çelik ÇA, Trafik Kazalarında Tazminat ve Sigorta Hukuk ve Ceza Sorumluluğu (Seçkin 2023).

Dekak MT, Sigorta Tahkiminde Yargılama Usulü (Yetkin 2019).

Demirağ İ, Sigorta Hukuku Uygulamasında Öne Çıkan Kararlar (Platon Hukuk 2023).

Düzgün Ü, 'Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları ile Getirilen Yenilikler ve Değişiklikler', (2019) (14) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 153-193.

Eğilmez M, Ekonominin Temelleri (Remzi Kitabevi 2019).

Ekşi N, Türkiye'de Kurumsal Tahkim (Beta 2020).

Elbir HK, Gerekçeli Notlu Sistematik Türk Ticaret Kanunu ile Tatbikat Kanunu (İsmail Akgün Matbaası 1956).

Erdoğan M, 'Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var mı?', (2000) (13) Doğu Batı 45-58.

Ghertman M, The Puzzle of Regulation, Deregulation and Reregulation (Cheltenham: Edward Elgar 2009).

Gözler K, Hukuka Giriş (Ekin 2013).

Gözübüyük Ş, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları (Turhan Kitabevi 2008).

Gürhan Eren E, 'Karayolları Trafik Kanununda 6704 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler ve Hukuki Etkileri', (2018) 92 (6) İstanbul Barosu Dergisi 156-195.

Hirş E, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2001).

Hirş E, Pratik Hukukta Metot (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü 1977).

Hirş E, Ticaret Hukuku Dersleri (İsmail Akgün Matbaası 1946).

İzgi MF, Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları (Oniki Levha 2023).

Kabukçuoğlu Özer FD, Sigortacılık Kanunu Şerhi (Oniki Levha 2012).

Karasu R, 'Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri', (2016) (26) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 49-69.

Karayalçın Y, Hukukta Öğretim Kaynaklar Metod Problem Çözme (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1986).

Kayıhan Ş ve Bağcı Ö, Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri (Umuttepe 2016).

Kayıhan Ş ve Ünlütepe M, 'Sigorta Tahkim Yargılamasına Konu Uyuşmazlıklarda Hükmedilecek Vekalet Ücreti', (2016) 6 (12) Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 109-124.

Kender R, 'Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartlarındaki Değişikliklerin Değerlendirilmesi', (2016) 8 (1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (20. Yıl Armağanı) 8-46.

Meclisi TB (2007). Türk Ticaret kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324). Dönem: 23, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 96.

Özdamar M, 'Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi', (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 831-855.

Seven V, 'Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu', (2018) İzmir Barosu Dergisi 95-130.

Seven V, 'Mahkemeye-Tahkime Başvurulmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğunda Sunulacak Belgelerin (Özellikle Sağlık Kurulu Raporu) Dava Şartı ve Temerrüt İle İlişkisi' (2022) 12 Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 143-146.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2009). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2010). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2011). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2012). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2013). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2014). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2015). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2016). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2017). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2018). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim

Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2019). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2020). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2021). Faaliyet Raporu. İstanbul: Sigorta Tahkim Komisyonu.

Sigorta Tahkim Komisyonu. (2022). 2022 Faaliyet Raporu. İstanbul: STK.

Tunç M, 'Sigorta Tahkim Yargılamasında Vekalet Ücreti', Sigorta ve Şirketler Hukuku Sempozyumu 25-26 Kasım 2022 (Hacettepe Üniversitesi 2023), 154-179.

Türkiye Büyük Millet Meclisi. (2006). Sigortacılık Kanunu Tasarısı ile ... Sigorta Murakabe Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi ve Avrupa Birliği Uyum ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonları Raporları (1/1218, 2/87). Dönem: 22, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 1364. Ankara: Türkiye Büyük Millet Meclisi.

Türkiye Büyük Millet Meclisi. (2012). Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile ... Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu (1/612, 2/360, 2/600). Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 271. Türkiye Büyük Millet Meclisi.

Türkiye Büyük Millet Meclisi. (2013). Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile ... Plan ve Bütçe Komisyonu Raporları (1/747, 1/36, 2/883, 2/1285, 2/1325). Ankara: Türkiye Büyük Millet Meclisi.

Ulaş I, Sigortacılıkta Tahkim Hukuku (Turhan 2022).

Yaşar TN, 'Sigorta Hukukunda Tahkim', (2018) (36) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 211-240.

Yeşilova Aras E ve Yeşilova B, 'Sigortacılık Tahkimi- Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m.30)', (2013) 8 (Özel) 275-379.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_Index_Report_2012.pdf>

<<https://ankarabarusu.org.tr/duyuru/ca631048-09b4-11ec-86d5000c29c9dfce>>

<<https://sigortagundem.com/seddkda-bir-gun-calisanlar-itiraz-hakemi-olacak/>>

<<https://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/seddk-baskani-eroglund-an-sert-elestiri-tahkim-rant-kapisi-haline-geldi-42248573>>

<<https://www.haberturk.com/gundem/haber/858749-ak-parti-kendi-teklifini-reddetti>>

<<https://adliscil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2062023110333Haber%20Bülteni%202022.pdf>>

<<https://blog.lexpera.com.tr/anayasa-mahkemesinin-karayollari-trafik-kanununun-94uncu-maddesi-hakkinda-vermis-oldugu-iptal-kararinin-degerlendirilmesi/>>

<<https://blog.lexpera.com.tr/sigorta-tahkim-yargilamasinda-vekalet-ucreti/>>



İNSAN HAKLARI AÇISINDAN GÜNEY AFRİKA NİHAİ ANAYASASI'NIN YAPIM SÜRECİ

Melisa AYDIN YAMAKOĞLU

Çeviri Makale

Dr. Araştırma Görevlisi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı, melisa.aydinyamakoglu@yeniyuzyl.edu.tr, ORCID:0000-0003-0616-5028.

ÖZET

Bu çalışma anayasa yapım süreçlerinin kapsayıcılığı bakımından önem taşıyan Güney Afrika Anayasası yapım sürecine ilişkin olarak Jeremy Sarkin tarafından yazılmış olan "The Drafting of the Final South African Constitution from a Human Rights Perspective", makalesinin Türkçeye çevrilmiş halidir. Makalede anayasa yapım süreci insan hakları açısından ele alınmış ve yeni anayasal düzenin Apartheid sonrası Güney Afrika'nın demokratikleşmesine ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesine katkısı değerlendirilmiştir. Bu çeviri ile Türk öğretisine katkı sunulması amaçlanmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: İnsan Hakları, Güney Afrika, Anayasa, Anayasası Yapım Süreci, Güney Afrika'nın Son Anayasası

İntihal / Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış olup en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.



Bu çalışma Creative Commons Atıf-GayriTicari-Türetilemez 4.0 Uluslararası (CC BY-NC-ND 4.0) olarak lisanslıdır.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

DOI: 10.62124/kluhfd.1483970.

THE DRAFTING OF THE FINAL SOUTH AFRICAN CONSTITUTION FROM A HUMAN RIGHTS PERSPECTIVE

Melisa AYDIN YAMAKOĞLU

Translated Article

Research Assistant Dr., İstanbul Yeni Yüzyıl University, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, melisa.aydinyamakoglu@yeniyuzyl.edu.tr, ORCID:0000-0003-0616-5028.

ABSTRACT

This study is the Turkish translation of the article 'The Drafting of the Final South African Constitution from a Human Rights Perspective' by Jeremy Sarkin, which is significant in terms of the inclusiveness of constitutional drafting processes. The article examines the constitutional drafting process from a human rights perspective and evaluates the contribution of the new constitutional order to the democratization of South Africa and the

protection and promotion of human rights in the post-Apartheid. This translation aims to contribute to the Turkish academic literature on the subject.

KEYWORDS: Human Rights, South Africa, Constitution, Constitutional Drafting Process, South African Final Constitution

GİRİŞ

Demokrasinin temel ilkelerine uygun olarak yapılan 1994 seçimleri öncesinde yürürlüğe giren Geçici Anayasa'ya kadar, Güney Afrika'da 1910, 1961 ve 1983 tarihli üç anayasa daha kabul edilmiştir¹. Bu anayasalarda Güney Afrika toplumunun çok etnikli, çok dilli ve çok kültürlü yapısı ise dikkate alınmamış² neredeyse sadece beyaz, Hristiyan, Hollanda asıllı Afrikalı ataerkil bir azınlığın ihtiyaçları gözetilmiştir³. Güney Afrika'nın son derece kutuplaşmış ve bölünmüş bir toplum olduğu göz önüne alındığında ise bu durum hiç şaşırtıcı olmayacaktır⁴. Birçok insanın topraklarına el konulmuş, dil ve kültürleri ötekileştirilmiş ve ağır insan hakları ihlalleri yaşanmıştır⁵. Güney Afrikalıların çoğunluğunun, en başta devlet kurumlarında olmak üzere birçok yer ve istihdam biçimi de dahil çeşitli olanaklara, fırsatlara ve kurumlara erişimleri engellenmiştir. Devlet siyahilerin haklarını sistematik olarak ihlal etmiş ve sosyo-ekonomik açıdan yoksunluğa

* Jeremy Sarkin, "The Drafting of the Final South African Constitution from a Human Rights Perspective", *The American Journal of Comparative Law*, XLV11 (1) 67. Makale yazarın izniyle Türkçe'ye çevrilmiştir.

¹ Bkz. Jeremy Sarkin, 'Innovations in the Interim and 1996 South African Constitutions', (1998) June *The Review* 57.

² Bkz. Stephen Ellmann, 'The New South African Constitution and Ethnic Division', (1994) 26 *Columbia Human Rights Law Review* 5.

³ Bkz. Jeremy Sarkin, 'The Effect of Patriarchy and Discrimination on Apartheid South Africa's Abortion Laws', (1998) 4 *Buffalo Human Rights Law Review* 141. Çevirenin notu: Yazar burada Hollanda asıllı Afrikalı olarak çevrilen kelime için "Afrikaans" terimini kullanmıştır. "Afrikaans" Güney Afrika Cumhuriyeti ve bazı Afrika ülkelerinde, genellikle Hollanda kökenli Boer soyundan gelenlerin konuştuğu, Hollandaca'nın zaman içinde yerel diller, diğer Avrupa ve Asya dilleriyle karışması sonucu oluşan dildir. Dolayısıyla burada kastedilen Hollanda asıllı ve Afrikan dilini konuşan beyazlardır.

⁴ Bkz. Jeremy Sarkin ve Howard Varney, 'Traditional Weapons, Cultural Expediency and the Political Conflict in South Africa: A Culture of Weapons and a Culture of Violence', (1993) 6 *South African Journal of Criminal Justice* 2.

⁵ Bkz. Jeremy Sarkin, 'The Development of a Human Rights Culture in South Africa', (1998) 20 (3) *Human Rights Quarterly* 628, 644.

maruz bırakmıştır⁶. Güney Afrikalı siyahiler haklarından mahrum edilmiş, birçoğu yaşadıkları yerleri terk etmeye zorlanmış ve vatandaşlıktan çıkartılmıştır⁷.

Devlet çalışanları, devletin yardımı ve onayı ile hareket eden kişiler; sistematik olarak işkence, saldırı ve öldürme eylemleri gerçekleştirmişlerdir⁸. Çok sayıda gözaltı⁹ ve gözaltında ölüm vakası yaşanmış, ifade ve örgütlenme özgürlüğü ciddi derecede sınırlandırılmıştır. Parlatmentonun üstünlüğü ilkesinin bir sonucu olarak Parlamento, mahkemelerin hiçbir yargısal denetimi olmaksızın yasama yetkisini kullanmıştır.

Güney Afrika'nın Apartheid politikası döneminde insan hakları bakımından vahim sicili; anayasanın üstünlüğü ilkesini ve Haklar Bildirisi'ni düzenleyen 1996 Anayasası'nın yapım sürecine ilişkin tüm tartışmaların temelini oluşturmuştur.

Yeni anayasal düzen ve kişisel hakların korunması birçok farklı etkenin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Bu etkenler; eski düzenin müzakere sürecindeki gücü ve içinde bulunulan yeni koşullara karşı duyduğu şüphe ile Afrika Ulusal Kongresi'nin (African National Congress/ANC) temel haklar kavramına bağlılığı ve birçok Güney Afrikalı'nın etnisite ve bölünmenin Apartheid sonrası Güney Afrika'nın bir parçası olmaması gerektiğine dair güçlü inancı olarak ifade edilebilir¹⁰.

⁶ Jeremy Sarkin, 'Can South Africa Afford Justice? The Need and Future of a Public Defender System', (1993) 4 Stellenbosch Law Review 261.

⁷ Bkz. D.D. Mokgatle, 'The Exclusion of Blacks from the South African Judicial System', (1987) 3 South African Journal on Human Right, 44.

⁸ Bkz. Howard Varney ve Jeremy Sarkin, 'Failing to Pierce the Hit Squad Veil: An Analysis of the Malan Trial', (1997) 10 South African Journal of Criminal Justice 141.

⁹ Bkz. Jeremy Sarkin, 'Preventive Detention in South Africa', iç Andrew Harding ve John Hatchard (edr) Preventive Detention and Security Law:A Comparative Survey (1993) 209.

¹⁰ Bkz. Jeremy Sarkin, 'The Effect of Constitutional Borrowings on The Drafting of

Eski Güney Afrika Hükümeti ve (Özgürlük) Hareketi Örgütü (Liberation Movements of Southern Africa/LMSA); 1990'da başlayan ve dört yılı aşan bir süreçte, demokrasiye iki aşamalı geçişi başarıyla müzakere etmişlerdir. Sürecin ilk aşamasında; çoğu çok az meşruiyete sahip ve yetkisi bulunmayan yirmi altı parti tarafından Geçici Anayasa¹¹ hazırlanmıştır¹². Bu Anayasa 27 Nisan 1994¹³ tarihinde yürürlüğe girmiş ve ülkenin bir ulusal birlik hükümeti tarafından yönetilmesini sağlayan sistemi oluşturmuştur. Buna ek olarak, demokrasi ilkelerine uygun olarak yapılan ilk seçimle belirlenen temsilcilerin nihai bir anayasa yapmaları için gereken süreci de düzenlemiştir. Sürecin ikinci aşaması Nihai Anayasa'nın Kurucu Meclis (Constitutional Assembly/CA)¹⁴ tarafından yapılmasıdır¹⁵.

Bu makale, anayasayı hazırlayanların gerek süreç gerekse de içerik bakımından

South Africa's Interim Bill of Rights and the Role Played by Comparative and International Law in the Interpretation of Human Rights Provisions By the Constitutional Court', (1998-1999) 1 (2) Journal of Constitutional Law 176.

¹¹ 1993 tarihli 200 sayılı Güney Afrika Anayasası Kanunu.

¹² Müzakerelerdeki siyasi örgütler arasında "hükümet" ve anavandaki sözde bağımsız partiler de bulunmaktaydı. Geçici Anayasa'nın hazırlanması sürecine halkın katılımı çok sınırlı düzeyde kalmıştır. Süreç; müzakerelere katılanların uzlaşmaya varılabilmesi için gerekliliğini vurguladıkları belirli bir derecede gizlilik içinde gerçekleştirilmiştir. Ancak müzakerelere katılan taraflar Nihai Anayasa'nın hazırlık sürecinin; halkın katkısının aranacağı ve bu katkının dikkate alınacağı şeffaf bir süreç olacağını güvencesini verdiler.

¹³ Parlatentonun üstünlüğü anlayışından anayasanın üstünlüğü anlayışına geçiş; Güney Afrika'nın demokrasiye geçiş sürecinde ortaya çıkan muhtemelen en ciddi değişimdir. 1994 yılının Nisan ayında denetlenebilir bir anayasanın yürürlüğe girmesine kadar parlatentonun egemenliği söz konusuydu ve devlet gücünün sınırları bakımından da herhangi bir denetim de bulunmamaktaydı.

¹⁴ Kurucu Meclis, seçilmiş Ulusal Meclis ve Senato'nun dört yüz doksan üyesinden oluşuyordu. Kurucu Meclis'e Geçici Anayasa'da yer alan ve müzakere edilmiş otuz dört anayasal ilke ile bağdaşacak bir anayasa hazırlaması için iki yıl süre verildi. Nihai Anayasa'nın kabul edilebilmesi için Kurucu Meclis'in üçte iki çoğunluğunun oyu ve metnin otuz dört anayasal ilkeye uygun olduğunun Anayasa Mahkemesi tarafından onaylanması gerekiyordu.

¹⁵ 1993 tarihli 200 sayılı Güney Afrika Anayasası Kanunu, Bölüm 40(1) ve 48(1) ile birlikte Bölüm 68(1)'e bakınız.

insan haklarına bağılıklarını tespit etmek amacıyla Nihai Anayasa'nın yapım sürecini ve bazı temel hükümlerini incelemektedir.

I. SÜREÇ

Geçici Anayasa'nın müzakere süreci ve kabulü sonucunda bu anayasayı hazırlayanlar 1996 Anayasası'nın hazırlanma süreci üzerinde de önemli nüfuza sahip olmuştur. Bu nüfuz; Nihai Anayasa yapım sürecine kısıtlamalar getiren bir mekanizma oluşturulması ve bazı temel koşullar belirlenerek bunların otuz dört anayasal ilke biçiminde Nihai Anayasa'da yer almasının zorunlu tutulması şeklinde kullanılmıştır. Söz konusu anayasal ilkeler, 1994 seçimleri öncesinde yapılan çok partili müzakerelerde şekillendirilmiştir. Geçici Anayasa'yı hazırlayanlar; ilkelere uyulmasını, Anayasa Mahkemesi'nin¹⁶ Nihai Anayasa'yı onaylaması için ön koşul haline getirerek, bu ilkelere bağlı kalınmasını sağlamışlardır. Böylece ilkeler anayasa yapım sürecinin "temeli" olmuştur¹⁷.

Nihai Anayasa'nın yapım süreci;

a) Mayıs 1994'te başlayan ve anayasa metnine son halinin verilmesi için son tarih olan Mayıs 1996'ya kadar devam eden ve 8 Mayıs 1996'da yapılan kabul töreniyle sona eren müzakereler;

b) Mayıs 1996'da görüş bildirimi ile başlayan ve 6 Eylül 1996'da Anayasa Mahkemesi'nin düzeltilmiş metni onaylamayı reddetmesi ile sona eren Anayasa Mahkemesi'nin¹⁸ ilk onay süreci;

¹⁶ Bkz. Jeremy Sarkin, 'The Political Role of the South African Constitutional Court', (1997) 114 South African Law Journal 134.

¹⁷ Bkz. Makua wa Mutua, 'Hope and Despair for a New South Africa, The Limits of Rights Discourse', (1997) 10 Harvard Human Rights Journal 63, 80.

¹⁸ Apartheid politikası döneminde atanan tüm yargıçların neredeyse tamamının beyaz erkek olması ve Güney Afrika halkını daha yüksek düzeyde temsil eden bir mahkemenin anayasaya ilişkin konularda karar vermesi gerektiğine duyulan inanç nedeniyle Geçici Anayasa'ya dayanarak bir Anayasa Mahkemesi kuruldu. Zira önceki yargıçlara yargı denetimine ilişkin ilave yetkilerin verilmesi; çoğunluk tarafından oluşturulan demokratik

c) 4 Aralık 1996'da Anayasa Mahkemesi'nin metni onaylamasıyla sona eren 1996 Eylül sonu ve 1996 Ekim ayı başlarındaki ikinci tur müzakere süreci olarak üç farklı döneme ayrılabilir.

A. İLK DÖNEM: MAYIS 1994-MAYIS 1996

Nihai Anayasa yapım süreci yavaş bir şekilde başlamıştır. Ancak ikinci yılın özellikle son aşamalarında yoğun müzakereler ve siyasi uzlaşma çabası ülkede günlük gündemi oluşturmuştur¹⁹. Demokrasinin açıklık ve kapsayıcılık ilkelerini gözetmek isteyen Kurucu Meclis, bu dönemde halkın da sürece katılımını sağlamak amacıyla bir program başlattı²⁰. Karmaşık bir sürecin anlaşılmasına katkısı ve kamunun ilgisini çekmesi dolayısıyla Kurucu Meclis'in tanıtım ve eğitim kampanyaları övgüye değerdi²¹. Sürecin ilk aşamasında vatandaşlardan, çoğunluğu dilekçe olmak üzere 1.7 milyondan fazla öneri gelmiştir²². Altı farklı konuyu incelemek ve değerlendirmek amacıyla kurulan komiteler²³ halktan ve

hukuk sisteminin, taraflı ve izole bir azınlıktan oluşan mahkeme tarafından aşındırılmasına izin vermek anlamına gelecekti.

¹⁹ Anayasa metninin kesinleşmesi; siyasette uzlaşmacı yaklaşımdan, muhalif siyasete doğru kayda değer bir geçişle sonuçlandı. 8 Mayıs 1996'da ilk metnin kabulünden hemen sonra Ulusal Parti (National Party/NP) Ulusal Birlik Hükümeti'nden ayrıldığını açıkladı. Her ne kadar Inkatha Özgürlük Partisi hükümetteki konumunu korumuş olsa da azınlık partileri ciddi bir biçimde kendilerini geçerli muhalefet güçleri olarak kabul ettirme çalışmalarına başladılar.

²⁰ Genel olarak bkz. 'Public participation kicks off', Constitutional Talk 1, February 10-23, 1995; 'Towards a new constitution', Constitutional Talk 1, 3, June 30-August 10, 1995.

²¹ 'Excellent results for CA media campaign', Constitutional Talk ,7, April 22-May 18, 1996.

²² 'First phase of PPP draws to a close', Constitutional Talk 1, 7, June 9-29, 1995.

²³ Konulara göre ayrılan altı farklı komite kurulmuş olup değerlendirmekle görevlendirildikleri konular;

- 1) Devletin ideolojisi,
- 2) Devletin yapısı,
- 3) Devlet kademeleri arasındaki ilişki,
- 4) Temel haklar,
- 5) Yargı ve hukuk sistemi,
- 6) Uzman kurumlar'dır.

partilerden gelen talepleri gündeme alarak oturumlar düzenlemiştir. Komitelerin konuları müzakere yetkisi bulunmayıp taleplerde yer alan konulardan üzerinde uzlaşa bulunanları ve ihtilafli olanları belirlemekle görevlendirilmişlerdir. Komiteler; kendi görev alanlarındaki konuda rapor hazırlamış ve raporları çok partili bir müzakere oturumu olan ve Kurucu Meclis'in alt komitesi olarak görev yapan Anayasa Komitesi'ne havale etti. İhtilafli konuların çoğu 1995'in sonunda bu oturumda ve ikili görüşmelerde tartışıldı. On bir resmi dilin tamamında hazırlanan taslak metin beş milyonun üzerinde basılarak Kasım 1995'te dağıtıldı²⁴.

Kurucu Meclis sürecin devamında halkın katılımı için son tarih olan 20 Şubat 1996'ya kadar 1500'ün üzerinde öneri ve toplamda 248.500 adet imzalı dilekçe daha aldı²⁵.

Kurucu Meclis'in “Damgamı vur(dun)”²⁶ “Şimdi söz senin” gibi sloganlar kullanarak yürüttüğü tanıtım ve eğitim kampanyalarını içeren programı büyük beğeni topladı. Tanıtım ve halk eğitimi programın merkezinde yer alıyordu. Çok sayıda televizyon ve radyo programı, dört yüz seksen altı adet anayasal eğitim çalıştay düzenlendi ve sade bir dille hazırlanan “anayasal tartışma” bülteni düzenli olarak dağıtıldı. Kurucu Meclis tarafından yaptırılan Sosyal Araştırmalar Topluluk Ajansı'nın (Community Agency for Social Enquiry/CASE) yürüttüğü bir araştırma; Kurucu Meclis kampanyalarının, Güney Afrikalıların geneline anayasal süreç konusunda farkındalık kazandırılması ve geniş bir katılımın sağlanması bakımından son derece başarılı olduğunu ortaya koydu²⁷. Araştırmada

²⁴ ‘The working draft reaches millions’, Constitutional Talk 2, February 9-29, 1996. Sade bir dil kullanılarak metnin tüm Güney Afrikalılar için kolay anlaşılabilir olmasına büyük önem verilmiştir. Ancak kimi zaman taslak metinde istenilen açıklık ve netliğin sağlanamadığı da olmuştur.

²⁵ ‘Nearly 250,000 submissions received’, Constitutional Talk 5, March 8-28, 1996.

²⁶ 1994 seçimlerine atıfta bulunarak.

²⁷ ‘Excellent results for CA media campaign’, Constitutional Talk 7, April 22-May 18, 1996.

temel eksiklik olarak belirtilen durum; marjinal grupların bu süreçten en az faydalanan kesim olduğunun tespit edilmesidir. Bu sebeple eğitim programının devam etmesi gerektiği kaydedildi.

İstatistikler halkın, sürece katılım davetine yüksek oranda yanıt verdiğini göstermekle birlikte, halkın görüşlerinin nihai metin üzerindeki etkisinin ne ölçüde olduğu belirsiz kalmıştır. Sosyal Araştırmalar Topluluk Ajansı'nın araştırması katılımcıların yüzde 41'inin fikirlerinin ciddi oranda dikkate alınacağına inandığını göstermiştir. Araştırma sonucunda ayrıca bu konuda beyazların en düşük, kırsal kesimde yaşayanların ise en yüksek inanca sahip olduğu tespit edilmiştir.

Taslak metin Kasım 1995'te kamuoyunun görüşüne sunulmak üzere yayımlandığında otuz iki tartışmalı konudan bazıları çözülememişti. Daha sonraki müzakerelerde; genellikle zor siyasi seçimler yapılmasını gerektiren ve bunun sonucu olarak süreçte, gizliliğin artırılması eğilimini doğuran konulara odaklanıldı. 1995'in sonlarında müzakerelerin, Kurucu Meclis'teki sürecin aksine halka ve medyaya kapalı olarak "ikili ve çok taraflı" toplantılarla devam etmesi gerektiğine karar verilmişti. Sürecin bu şekilde yürütülmesinin tarafların güvenilirliğini zedelemeyen anlaşmaya varabilmelerine olanak tanıyarak "siyasi uzlaşma" şansını en üst düzeye çıkarmak için gerekli olduğu düşünülüyordu. Müzakereler; halkın görüşlerini temel alarak hazırlanan "Kasım Taslakları"²⁸ üzerinden devam etti. Halkın yorum ve görüşlerini bildirmesi için son tarih olan 20 Şubat 1996'ya gelindiğinde iki yeni anayasa taslağı hazırlanmış ve pek çok önemli sorun çözüme kavuşturulmuştu.

Ancak süreçteki bu gizlilik; anlaşmazlıkların nasıl giderileceği konusunda halkın bilgisiz kalmasına ve görüşlerinin ne ölçüde dikkate alınacağı konusunda ciddi

²⁸ İnsan Hakları Komitesi, tartışmaları canlandırmak amacıyla Ocak 1996'da Haklar Bildirisi hakkında bir konferans düzenlemiştir.

şüphelerinin oluşmasına sebebiyet verdi. Sonuç olarak siyasi parti dinamikleri halkın sürece katılımı ve şeffaflığın önüne geçmeye başladı. Halkın görüşlerini içeren başvurulara atıfta bulunan bir taslağın yayınlanması da dahil olmak üzere, görüşlerin dikkate alınmadığı yönündeki endişeleri gidermek için bazı girişimlerde bulunuldu. Bununla birlikte, halktan gelen görüşlerin etkili olup olmadığı ve aslında bu son müzakerelerin, uzlaşmaların ve verilen tavizlerin gerçek öyküsü henüz açıklığa kavuşturulmamıştır. İlgili kişilerin açıklamaları, gelecekteki yasama ve yürütme süreçlerine yönelik katılımcı programlara olan güvenin sağlanması açısından hayati önem taşıyacaktır.

Metnin tamamlanması için gereken iki yıllık sürenin sonuna yaklaşılırken son müzakerelerin çoğu gece boyu devam eden oturumlarda gerçekleştirildi. Nihayetinde Anayasa, doksan senatörün sekseni ve dört yüz ulusal meclis üyesinin üç yüz yirmi birinin oyuyla ezici bir çoğunluk ile 8 Mayıs tarihinde kabul edilmiştir. Afrika Ulusal Kongresi, Pan Afrikan Kongresi (Pan Africanist Congress/PAC), Ulusal Parti (National Party/NP) ve Demokrat Parti (Democratic Party/DP) lehe oy kullanırken, beyaz sağcı bir parti olan Özgürlük Cephesi (Freedom Front) çekimser kaldı. İki sandalyeye sahip Afrika Hristiyan Demokrat Parti (The African Christian Democratic Party/ACDP) ise anayasaya karşı oy kullanan tek parti oldu.

B. ONAY SÜRECİ MAYIS 1996-EYLÜL 1996

8 Mayıs'taki kabul töreninden sonra Anayasa; özellikle, hükümlerinin 1994 seçimleri öncesinde müzakere edilen ve Geçici Anayasa'nın otuz dört anayasal ilkesinde yer alan "siyasi uzlaşma"ya uyup uymadığının belirlenmesi amacıyla ve metnin geçerliliği²⁹ konusunda nihai hakem olmak gibi daha önce benzeri görülmemiş bir yargı görevini yerine getirmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne

²⁹ Bölüm 73(2)'yi bölüm 71(2) ve (3) ile birlikte okuyunuz.

gönderildi³⁰.

Mahkeme içtüzüğünde, siyasi partilerin anayasanın onaylanması konusunda Anayasa Mahkemesi'ne yazılı ve sözlü görüşlerini sunabilmelerine olanak tanıyan bir usul düzenlendi. Ancak gerek müzakerelerin son aşamasında şeffaflığın azaltılması ve gerekse de metne yansıyan “siyasi uzlaşma”nın kapsamı göz önünde bulundurulduğunda İnsan Hakları Komitesi içtüzüğün, halkın da mahkemeye kendi itirazlarını göndermesine izin verecek şekilde düzenlenmesi gerektiği önerisinde bulundu³¹. Bu öneri kabul görerek halka 31 Mayıs 1996 tarihine kadar yazılı itirazlarını mahkemeye sunma olanağı sağlandı. İnsan Hakları Komitesi'nin konuya ilişkin görüşünde kefaletle serbest bırakılma hakkı, olağanüstü hal düzenlemeleri, temel hakların sınırlandırılması, yargının ve insan hakları kurumlarının bağımsızlığı ve anayasa değişikliği usulüne ilişkin hususlara değiniliyordu³².

Halka açık oturumlar 01-12 Temmuz arasında gerçekleştirildi ve Demokrat Parti'nin bölge yönetimlerinin yetkilerinin önemli ölçüde azaltılmış olduğu eleştirisiyle bölge yönetimlerinin yetkileri sorununun siyasi partiler bakımından önemli bir endişe kaynağı olduğu ortaya çıktı. Bireyler ve çıkar grupları da; toplu pazarlık hakkı, mülkiyet hakkı, kürtaj hakkı³³, sosyo-ekonomik hakların düzenlenmesi ile olağanüstü hal ilanına ve idari yargıyı düzenleyen hükümlere itiraz ettiler.

Anayasa Mahkemesi, 6 Eylül'de yayımlanan 288 sayfalık kararıyla, Anayasa'nın

³⁰ Bölüm 73(1) ve 71(1).

³¹ İnsan Hakları Komitesi Ulusal Başkanı'ndan Anayasa Mahkemesi Başkanı'na Mektup, 16 Nisan, 1996.

³² Bkz. İnsan Hakları Komitesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne 29 Mayıs 1996'da sunulan “Kurucu Meclis Tarafından 8 Mayıs 1996'da Kabul Edilen Anayasa'nın Onaylanması” başlıklı belge.

³³ Genel olarak Bkz. Jeremy Sarkin, ‘Why There Should Be An Abortion Clause in the Final Constitution’, (1995) 11 (4) South African Journal of Human Rights 582.

tüm hükümlerinin anayasal ilkelere uygunluğunu tespit edemeyeceğine oybirliğiyle karar verdi³⁴. Ancak kararda, metnin büyük çoğunluğunun anayasal ilkelere uygun olduğu belirtilerek yalnızca uygunsuzluk tespit edilen on düzenlemeye yer verildi.

Anayasa Mahkemesi, Nihai Anayasa metnini onaylama görevinde temkinli bir yaklaşım benimseyerek³⁵, metnin kapsamını dar yorumlamış ve dikkatle hazırlanmış “siyasi uzlaşma”ya müdahale etme veya bu siyasi uzlaşma konusu hususları yeniden tartışmaya açmaya imkan vermek bakımından açık bir isteksizlik sergilemiştir. Mahkeme, KwaZulu-Natal Anayasası’na³⁶ uyulmadığına ilişkin sonraki bir kararında ise daha cesur davranarak; bu anayasada Geçici Anayasa kapsamında bölgeye bırakılan yetkilerden daha fazla yetkinin düzenlenmesinin yetki gaspı girişimi olarak değerlendirilebileceğini kesin bir biçimde vurgulamıştır. Ancak ulusal anayasa konusunda mahkeme, siyasi partilerin ve kamuoyunun Haklar Bildirisi’ndeki hükümlere yönelik itirazlarının çoğunu kabul etmemeyi tercih ederek ve onayladığı hükümleri de dar yorumlayarak çekimser bir yaklaşım benimsemiştir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararının iki bölümünün Hakları Bildirisi bakımından önemli sonuçları olmuştur. İlk olarak mahkeme; Ulusal Meclis’in³⁷ üçte iki çoğunlukla Haklar Bildirisi’nde değişiklik yapmasına olanak tanıyan düzenlemenin, Haklar Bildirisi’nde değişiklik yapılma usulünü Anayasal İlke

³⁴ Kurucu Meclis Başkanı’nın gıyabında; Güney Afrika Anayasası’nın Yeniden Onaylanması Kararı, 1996 (10) BCLR 1253(CC).

³⁵ Mahkemenin onay süreci ve siyasi konulardaki rolü hakkında daha fazla detay için bkz. Sarkin, *The Political Role* (n 16).

³⁶ Bkz. KwaZulu-Natal Bölge Anayasası’nın Onaylanması Kararı, 1996 (11) BCLR 1419 (CC).

³⁷ Nihai Anayasa’da bölgelere ulusal yasama bakımından daha doğrudan bir konum vermek amacıyla Senato kaldırılarak yerine yeni bir ikinci meclis olan Ulusal Bölgeler Konseyi (National Council of Provinces/NCOP) kurulmuştur. Ancak Ulusal Bölgeler Konseyi’nin kanunların tamamı bakımından yetkisi bulunmamaktadır.

II'nin gerektirdiği şekilde sağlamak için yetersiz olduğuna karar verdi. İkinci olarak mahkeme, olağanüstü hal ilanına ilişkin hükümlerden de ciddi endişe duyduğunu ifade etti. Olağanüstü hallerde sınırlandırılmayan haklar listesinin “keyfi olarak nitelenebilecek kadar açıklanması güç” olduğunu tespit etti³⁸. Bu endişe, metnin anayasal ilkelere uygun olmadığının tespitinin gerekçelerinden biri olmasa da mahkeme, olağanüstü hallerle ilişkin hükümlerin gözden geçirilmesi gerektiği görüşündeydi.

Mahkemenin eleştirdiği diğer hükümler ise şu şekildedir;

Anayasa değişiklikleri: Mahkeme, nitelikli çoğunluklar gerektiren özel usuller öngören Anayasal İlke XV bağlamında, anayasa değişikliği bakımından, ek usullerin gerekli olduğunu vurgulamıştır. Haklar Bildirisi'nde yapılacak değişiklikler de anayasanın diğer hükümlerine göre daha zor usulleri gerektirmektedir.

İnsan Hakları Kurumları: “Ombudsmanlık” ve “Genel Denetçi” ile ilgili olarak mahkeme, oy çokluğu ile görevden alınabilmeye imkan tanıyan düzenlemenin bu kurumların bağımsızlığının korunmasında yetersiz kaldığı sonucuna varmıştır. “Kamu Hizmeti Komisyonu” ile ilgili olarak ise bu kurumun yetkisinin, işlevlerinin ve bağımsızlığının nasıl korunacağına belirlenmemiş olmasının sorunlu olduğuna karar vermiştir.

Hakikat Komisyonu³⁹ ve Çalışma İlişkileri Kanunları: Bu kanunları anayasaya uygunluk denetimi kapsamında çıkartan bölümlerin; anayasanın o topraklar üzerindeki en üstün norm olduğu; yargının anayasayı, temel hakları koruma ve uygulama yetkisi ve görevine sahip olduğunu belirten Anayasal İlkeler IV ve VII

³⁸ Bkz. 1295'te.

³⁹ Genel olarak bkz. Jeremy Sarkin, ‘The Trials and Tribulations of South Africa’s Truth and Reconciliation Commission’, (1996) 12 The South African Journal of Human Rights 617; Ayrıca bkz. Varney ve Sarkin, Failing to Pierce the Hit Squad Veil: An Analysis of the Malan Trial (n 8).

ile çeliştiği tespit edilmiştir.

Yerel Yönetimler: Yerel yönetimler ile ilgili hükümlerin yer aldığı kısmın; yerel yönetimlerin yapısı, mali yetkilerinin ve işlevlerinin belirlenmesi ve bu konudaki yasama usulleri konusunda bir çerçeve sağlayamaması dolayısıyla yetersiz olduğu tespit edilmiştir.

Bölge Yetkileri: Bölge yetkileri ile ilgili bölümler, bölge yetkileri ve işlevlerinin Geçici Anayasa'da yer alanlardan önemli ölçüde daha az olması nedeniyle sorunlu olarak nitelendirilmiştir.

Toplu Pazarlık: Mahkeme, metnin, bireysel olarak işverenlerin toplu pazarlık yapma hakkını koruma anlamında eksik kalması dolayısıyla özellikle bu hakkın korunması gerektiğini ifade eden Anayasal İlke XVIII ile bağdaşmadığı görüşüne varmıştır.

C. İKİNCİ TUR SÜRECİ, EYLÜL 1996-ARALIK 1996

Kurucu Meclis'teki müzakereler 1996 yılının Eylül ayı ortalarında yeniden başlamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin kararı kural olarak hassas müzakerelerin birçok konuda yeniden başlatılması sonucunu doğurabilecekken Kurucu Meclis, metni 11 Ekim itibariyle neticelendirmeyi ve kendisini sadece Anayasa Mahkemesi tarafından sorunlu olarak değerlendirilen hükümlerle sınırlamayı görev edinmiştir. Bu zaman dilimi, Anayasa Mahkemesi'nin yıl sonundan önce anayasanın son halinin onayı için metni yeniden gözden geçirebilmesine ve Nihai Anayasa'nın bazı bölümlerinin 1997 yılı başında yürürlüğe girmesine olanak tanınması bakımından elverişli olmuştur.

30 Eylül'de Inkhata Özgürlük Partisi'nin (Inkhata Freedom Party/IFP) müzakere süreciyle ilgili olarak on sekiz aylık boykotunu sona erdirme niyetinde olduğuna dair yaptığı duyuru dolayısıyla söz konusu zaman dilimi ve son tarih ile ilgili belirsizlik ortaya çıkmıştır. Göstergeler, Inkhata Özgürlük Partisi'nin sürecin son

aşamasını, özellikle yerel yönetimler bağlamında geleneksel liderlerin ve Zulu Kralı'nın rolüyle ilgili hükümleri güçlendirmek için kullanmak istediği yönündeydi. Bununla birlikte, Afrika Ulusal Kongresi ve Inkhata Özgürlük Partisi'nin uzlaşmaya vardıkları açıklanmakla birlikte Inkhata Özgürlük Partisi'nin Kurucu Meclis Genel Kurulu'na dönüşü uzun süreli olmadı ve parti düzeltilmiş metnin kabulüne ilişkin olarak 11 Ekim'de yapılan oylamaya katılmadı.

Anayasa Mahkemesi tarafından gerekli görülen düzeltmeler için müzakere oturumu olarak görev yapacak iki alt komite kuruldu ve yıl başında müzakerelerin son aşamalarında belirlenmiş olan usul takip edilerek ikili ve çok taraflı kapalı toplantılarda konuların çoğu müzakere edildi. Daha önceki süreçlerden farklı olarak bu aşamada halka sürece katılma olanağı sağlanmamıştır.

Yapılan son değişiklikler şu şekildedir:

- Toplu pazarlık hakkını düzenleyen hüküm, bu hakkın işçiler için olduğu kadar işverenler tarafından kullanılmasını sağlayacak şekilde genişletildi⁴⁰.
- Olağanüstü hallerde sınırlandırılmayacak haklar olarak belirlenen haklar listesine⁴¹ on beş yaşın altındaki çocukların silahlı çatışmalardan korunma hakkı,⁴² adil yargılanmaya ilişkin bazı haklar⁴³ ve eşitliğin daha kapsamlı şekilde korunması sağlayacak haklar da dahil olmak üzere başka haklar eklendi.

⁴⁰ Bölüm 23(5).

⁴¹ Bölüm 37.

⁴² Bölüm 37'deki tabloya bakınız.

⁴³ Bölüm 35.

- Anayasa değişikliği usulü⁴⁴ zorlaştırıldı⁴⁵. Pek çok durumda⁴⁶ gereken üçte iki çoğunluğa ek olarak altı bölgenin destek oyu da gerekli kılındı⁴⁷. Anayasa değişikliği usulüne dahil edilen diğer düzenlemeler arasında halk⁴⁸ ve bölge parlamentolarının⁴⁹ görüşlerinin dikkate alınmasına yönelik usuller ve uyulması zorunlu süreler yer almıştır⁵⁰.

- Hakikat Komisyonu ve Çalışma İlişkileri Kanunları'nı anayasaya uygunluk denetimi kapsamında çıkartan maddeler kaldırıldı.

- Ombudsman ve Genel Denetçi'nin atanma ve görevden alma usulleri; atama⁵¹ için Ulusal Meclis'in yüzde altmış oyunu, görevden alma için ise üçte iki

⁴⁴ Anayasa değişikliklerinin birçok ülkede geçersiz kılındığı yönünde Bkz. Walter F. Murphy ve Joseph Tanenhaus, *Comparative Constitutional Law Cases and Commentaries* (New York 1977) 659. Güney Afrika Anayasası Bölüm 167(4)(d)'de belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi bir anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluğunu denetleyebilir. Ancak Geçici Anayasa yürürlükteyken on adet anayasa değişikliği yapılması ve Anayasa Mahkemesi'nin bu dönemde yaptığı açıklamaların çelişkili görülmesi dolayısıyla bu konu sorun yaratmıştır. *Executive Council of the Western Cape Legislature and Others and Others v. President of the Republic of South Africa and Others CCT/27/95: 1995 (4) SA 877 (CC); 1995 (10) BCLR 1289 (CC)* kararında Sachs J, 1369'da şunu belirtmiştir: "Meclis, belirli usulleri izlemesi halinde kendisine hayat veren anayasayı değiştirebilir. Meclis'in görev ve yetkileri, 'yasayla yaratılan' olarak kabul edilen yerel yönetimlerin yetkileri gibi açıkça tanımlanmamıştır."

Ancak, mahkemenin tüm dikkatini, özellikle bölgelerin yetkilerine ilişkin olarak Meclis'in Geçici Anayasa'yı değiştirme yetkisine odakladığı *Premier of KwaZulu-Natal and Others v President of the Republic of South Africa and Others CCT/36/95; 1995 (12) BCLR 1561 (CC)*" (1579) kararında Mahomed J, aşağıdakileri ifade etmiştir:

"Anayasa değişikliği ile ilgili olarak belirlenmiş bir usul vardır ve bu usul takip edilmek zorundadır. Eğer bu usule uyulursa değişikliğe anayasal açıdan itiraz edilemez. Dolayısıyla belki de Anayasa'nın öngördüğü (şekli) usullere uygun, ancak anayasanın temel dayanaklarını kökten ve temelden değiştiren ve yeniden düzenleyen 'sözde' bir Anayasa değişikliği, hiçbir şekilde 'değişiklik' olarak nitelendirilemeyecektir."

⁴⁵ Bölüm 74.

⁴⁶ Bölüm 74(1)(a).

⁴⁷ Bölüm 74(1)(b).

⁴⁸ Bölüm 74(5)(a) ve (c).

⁴⁹ Bölüm 74(5)(b).

⁵⁰ Bölüm 74(7).

⁵¹ Bölüm 193(5)(b)(i).

çoğunluğunun oyunu gerektirecek şekilde değiştirildi⁵². İnsan Hakları Komisyonu gibi diğer organların üyelerinin hem atama⁵³ hem görevden alınması için oy çokluğu gerekli kılındı⁵⁴.

Kurucu Meclis'te 11 Ekim'de yapılan oylama; Afrika Hristiyan Demokrat Parti'nin anayasanın kabulüne karşı oy kullanması ve Özgürlük Cephesi'nin çekimser kalmasıyla 8 Mayıs'taki sonucun benzerini yansıtmıştır.

Düzeltilmiş metin ile ilgili görüş ve itirazlar 18-20 Kasım 1996 tarihleri arasında Anayasa Mahkemesi'nde dinlenmiştir. Demokrat Parti, Inkhata Özgürlük Partisi ve KwaZulu Natal Hükümeti, mahkemeden metni ikinci kez reddetmesini talep etmiştir. Bunun haricinde on sekiz farklı kurumdan ve kişilerden de çeşitli itirazlar gelmiştir. Mahkeme, 4 Aralık'ta oybirliğiyle metni onayladığını açıklamıştır⁵⁵. Başkan Nelson Mandela, Nihai Anayasa'yı 10 Aralık Uluslararası İnsan Hakları Günü'nde, 1994 seçimleri sonrası başlayan anayasal müzakere sürecinin noktalandığının göstergesi olarak Sharpeville'de imzalamıştır⁵⁶. Geçici Anayasa'nın bazı bölümleri yürürlükte kalmaya devam etmekle birlikte düzeltilmiş haliyle 4 Şubat 1997'de Nihai Anayasa yürürlüğe girmiştir.

II. İÇERİK

Bu bölümde anayasanın içeriği insan hakları açısından değerlendirilecektir. Bu

⁵² Bölüm 194(2)(a).

⁵³ Bölüm 193(5)(b)(ii).

⁵⁴ Bölüm 194(2)(b).

⁵⁵ Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nın Düzeltilmiş Metninin Onay Süreci 1996 CCT 37/96.

⁵⁶ 'Mandela signs new constitution into law', Cape Times 5, December 11, 1996. Çevirenin notu: Anayasa'nın Sharpeville kasabasında imzalanması sembolik olarak büyük öneme sahiptir. 21 Mart 1960 yılında kasabada Apartheid'in uygulamalarına karşı yapılan protestolar sırasında güvenlik güçlerinin siyahi halkın üzerine ateş açması sonucu altmış dokuz kişi ölmüştür. Tarihe Sharpeville katliamı olarak geçen bu olay Güney Afrika'nın Apartheid politikaları altında gerçekleşen insan hakları ihlalleri bakımından vahim sicilinin önemli bir örneğidir. 1994'ten itibaren Güney Afrika'da İnsan Hakları Günü katliamın yıl dönümü olan 21 Mart'ta kutlanmaktadır.

nedenle bu bölüm, Haklar Bildirisi ile yargı ve insan hakları kurumlarına yönelik atama usullerine odaklanmaktadır. Değerlendirme; özellikle Haklar Bildirisi ile ilgili olarak ilgili bölümlerin lafzına odaklanırken, anayasanın lafzının yargısal yorumu yönlendiren çok sayıda etkenden yalnızca biri olduğu göz önünde tutulmalıdır⁵⁷. Yeni cumhuriyetin mahkemeleri metnin lafzına büyük önem vermemiş, metni hazırlayanların niyetlerine de sınırlı bir önem vermiştir. Anayasa Mahkemesi, anayasayı yorumlamada, “amaca uygun” ve “geniş” bir yaklaşım benimseyeceğini zaten belirtmiştir⁵⁸.

Nihai Anayasa’da yer alan Haklar Bildirisi, bazı sosyo-ekonomik hakların tanınması gibi açılardan, Geçici Haklar Bildirisi’nden daha geniş bir düzenlemedir⁵⁹. Ancak kullanılan dil bu hakların pek çoğunu sınırlandıran bir nitelikte olup devletin görevi yalnızca bu hakların “kademeli olarak hayata geçirilebilmesi için gereken ‘makul yasal ve diğer tedbirleri’ almak” olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu sosyo-ekonomik hakların uygulanabilmesi büyük ölçüde devletin yeterliliğine ve istekliliğine bağlı olacaktır⁶⁰.

Yükselen suç oranları⁶¹ sebebiyle halk arasında artan panik dolayısıyla kamuoyunda en çok tartışılan düzenleme Haziran 1995’te ölüm cezasının Anayasa Mahkemesi tarafından kaldırılmasına karşı kamuoyunun tepkisinin de

⁵⁷ Bkz. Sarkin (n 16); Jeremy Sarkin, ‘Abortion and the Courts’, iç S. Liebenberg (edr), *The Constitution of South Africa From a Gender Perspective* (1995) 217.

⁵⁸ S v. Makwanyane & another kararı, 1995 BCLR 665 (CC); 1995 (3) SA 391 (CC) para. 9.

⁵⁹ Bölüm 24 (Çevre), Bölüm 26 (Barınma), Bölüm 27 (Sağlık, Gıda, Su ve Sosyal Güvenlik), Bölüm 29 (Eğitim). İnsan Hakları Komitesi, bu hakların Nihai Anayasa’nın Haklar Bildirisi’ne dahil edilmesi için lobi faaliyetleri yürüten ve ulusal çapta faaliyet gösteren bir hükümet dışı örgüt kampanyasının parçasıydı.

⁶⁰ Bkz. Jeremy Sarkin, ‘The Constitutional Court’s Decision on Legal Representation: S v. Vermaas and S v. Du Plessis’, (1996) 12 (1) *South African Journal on Human Rights* 55.

⁶¹ Bkz. Jeremy Sarkin, ‘Panic Over Crime Could Poison South Africa’, (1996) *March Democracy in Action* 628.

habercisi olan yaşam hakkı maddesiydi⁶². Kamuoyundaki hassasiyete⁶³ ve Ulusal Parti'nin ölüm cezasını yeniden yürürlüğe koyma konusundaki sürekli çağrılarına rağmen Afrika Ulusal Kongresi, -insan hakları savunucularını rahatlatacak biçimde- ölüm cezasına karşı duruşunda kararlı davrandı. Ancak üç önemli düzenleme, kamuoyunun suça karşı duyarlılığının kurbanı oldu ve bu da yeni anayasanın bazı açılardan geriye giden yönleri olduğunu gösterdi.

İlk hüküm; ciddi durumlarda, kefaletle serbest bırakılma için ispat yükümlülüğünü suçlanan taraf için ortadan kaldıran 1995 tarihli Kefalet Kanunu'nu, anayasaya uygunluk denetimi⁶⁴ kapsamında çıkartmayı hedefleyen düzenlemeydi⁶⁵. Bölüm 35(1)(f) de ifade edildiği üzere: Bir suç işlediği iddiasıyla tutuklanan herkes, makul şartlar dahilinde, adalete uygun olarak serbest kalma hakkına sahiptir.

Bu hüküm, Geçici Anayasa'da bulunan ve mahkeme tarafından onaylanan, kefalet davalarında ispat yükümlülüğünün devlete ait olacağını ifade eden kefalet hükmüne göre düzenlenmişti⁶⁶. Anayasa Mahkemesi aynı zamanda, evrensel

⁶² S v. Makwanyane 1995 (6) BCLR 665 (CC) ve 1995 (3) SA :391 (CC). Genel olarak bkz., Jeremy Sarkin, 'Problems and Challenges Facing South Africa's Constitutional Court: An Evaluation of its Decisions on Capital and Corporal Punishment', (1996) 113 South African Law Journal 71; J. Milton, 'Demise of the Death Penalty: The Constitutional Court Pronounces', (1995) 8 South African Journal of Criminal Justice 188-204; G. Carpenter, 'Constitutional Court Sounds the Death Knell for Capital Punishment', (1996) 59 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg 145; P.M. Maduna, 'The Death Penalty and Human Rights', (1995) 12 South African Journal of Human Rights 193-213.

⁶³ Bkz. 'Dangling the Noose', 141/2 Financial Mail, 1996; '3000 demand the return of the death penalty', The Sunday Independent, 2, October 29, 1995; 'The death penalty; Will crime stop?', The Saturday Paper, 11, 1995; 'Death penalty vote?', The Saturday Paper 3, 1995.

⁶⁴ Bkz. Sarkin Panic Over Crime (n 61).

⁶⁵ 1995 tarihli 75 sayılı Ceza Muhakemesi İkinci Değişikliği. Ayrıca bkz.: 'Tougher Bail: Next, Witness Protection', Weekend Argus, 10, 1995. Anayasal açıdan kefaletle ilişkin hususlarda tartışma için bkz. M. Cowling, 'A Constitutional Right To Bail', (1996) 1 (1) Human Rights and Constitutional Law Journal of Southern Africa 36.

⁶⁶ Bkz. Elish en Andere v. Prokureur-Generaal, Witwatersrand 1994 (5) BCLR 1.

olarak kabul edilen masumiyet karinesi ve kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmaması hakkını temel haklar olarak belirlemiştir. İspat yükümlülüğüne ilişkin düzenleme, kefalet davalarında bu temel hakları ihlal etmekte kalmıyor aynı zamanda Güney Afrika yasaları bağlamında, yargılama sürecinde temsil edilmeyen sanıklar için bir ayrımcılık yaratıyordu. Bu düzenleme her ne kadar düzenlemeyi savunanlar tarafından suçun önlenmesi ihtiyacı bakımından “haklara hukuka uygun bir sınırlama” getirdiği şeklinde ifade edilse de özellikle amaca ulaşılabilirliği kesin olmaktan son derece uzak olduğundan insan hakları açısından bakıldığında kesinlikle kabul edilebilir değildir.

İkinci sorunlu hüküm; Kurucu Meclis’in yeni anayasayı onaylamak üzere toplanmasından bir gece önce geç saatlerde Afrika Ulusal Kongresi delegeleri tarafından son değişiklik olarak sunulan ve yürürlüğe giren bölüm 35(1)(e) düzenlemesidir. Buna göre tutukluya tutuklandıktan sonraki ilk duruşmada; suçlanma, tutukluluk halinin devamı için gerekçenin bildirilmesi ya da serbest bırakılma “hakkı” tanınmaktadır. Bu bağlamda ortaya çıkan sorun; tutukluluğa sebep olan suçlamalar dışında tutukluluk hali için daha başka sebeplerin de isnat edilebilmesi olasılığıdır. Dolayısıyla bu bölüm, kendisine suç isnat edilen kişiye sağlanan hukuki korumayı sınırlamayı amaçlamaktadır.

Suçla ilişkin endişelerden etkilenen üçüncü düzenleme; devletin hakları doğrudan sınırlandırabileceği bir araç olarak kullanabileceği sınırlandırma hükmüdür⁶⁷.

⁶⁷ Bölüm 39(1);

Haklar Bildirisi’ndeki haklar sadece insan onuru, eşitlik ve özgürlüğe dayalı olarak, açık ve demokratik bir toplumda “makul ve haklı” olduğu ölçüde ancak hukukun genel ilkelerine uygun olarak sınırlandırılabilir ve sınırlandırmada aşağıdakiler de dahil olmak üzere ilgili tüm ölçütler dikkate alınır:

- a) hakkın niteliği
- b) sınırlandırma amacının önemi
- c) sınırlandırmanın niteliği ve kapsamı
- d) sınırlandırma ile sınırlandırmanın amacı arasındaki ilişki ve
- e) sınırlandırma amacına ulaşmada asgari müdahale gerektiren araçların kullanılması

Anayasa Komitesi'nde ilgili madde üzerindeki müzakereler, haklara ilişkin sınırlandırmaların “gerekli” mi yoksa yalnızca “makul ve haklı” gerekçeyle mi yapılacağı üzerine yoğunlaşmıştır. İkinci gerekçe, ilk gerekçeye göre genellikle daha düşük seviyede bir güvence sağlamaktadır. En nihayetinde delegeler arasında hâkim olan “hükümetin suça karşı savaşmasını kolaylaştırması” savunması, ikinci gerekçenin benimsenmesiyle sonuçlandı⁶⁸.

Bununla birlikte, insan hakları kavramı; hakların sınırlandırılmasında devlet gücünün kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla daha güçlü koruma öngören bir ölçüt gerektirmektedir. Güney Afrika'nın insan hakları ihlalleriyle dolu geçmişi ve değişikliğin getirdiği zorluklar dikkate alındığında anayasanın insan haklarını en üst düzeyde koruması son derece önemlidir. Demokratik yönetimin ilk iki yılında siyasi menfaatler uğruna insan haklarının zaman zaman feda edilmiş olması⁶⁹ hükümete güven duymak isteyenler için tehlikenin devam ettiğini göstermektedir. Güney Afrika'da bir insan hakları kültürü oluşturabilmek için devletin hakların niteliğinden gereksiz yere taviz vermeyecek çözümler bulmaya zorlanması hayati önem taşımaktadır. Toplumun küçük bir kısmı hükümetin suçla mücadelesindeki kararlılığını tamamıyla desteklemezken insan haklarına sağlanan korumanın azaltılması da meşru bir yöntem değildir. Üstelik, sınırlandırma hükmünün getirdiği korumanın daraltılması yalnızca suçu önlemeye ilişkin tedbirler üzerinde etki doğuran hakları değil diğer tüm temel hakları da etkilemektedir. Bununla birlikte amaç, sınırlandırma hükmünün

⁶⁸ Ancak, du Plessis'e göre; “(a) makul ve haklılığın birlikte uygulanmasına dayalı sınırlandırma ölçütü; zorunluluk ölçütünün temel alınması gerektiğini savunanlar için dahi çok zayıf olmak durumunda değildir. Bölüm 35(1) uyarınca yapılan sınırlandırmalar sadece sınırlandırma ölçütünün çeşitli unsurları ile uyumlu olduğu ölçüde geçerli olacaktır. “Sadece ve ölçüde” ifadeleri, “sınırlandırma ölçütlerini daha da daraltan” orantılılık kavramını niteler. Bkz. Jeremy Sarkin, ‘The Bill of Rights in the Working Draft of the New Constitution: An Evaluation of Aspects of a Constitutional Text Sui Generis’, (1996) 7 (1) Stellenbosch Law Review 12.

⁶⁹ Örnek olarak bkz. ‘Exodus as rainbow nation's iridescence fades’, 142 (9), Financial Mail, October 25, 1996.

daraltılması olsa da bunun mahkemeler tarafından nasıl yorumlanacağı hala belirsizliğini sürdürmektedir.

Temel Haklar Bildirisi'nin Gelişimi

Nihai Anayasa'daki Haklar Bildirisi, Geçici Anayasa'ya göre daha fazla sayıda hakkı korumaktadır. Haklar Bildirisi'nde kişisel hakların korunmasının kapsamı, yöntemi ve bu hakların sayısında önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu bölümde Haklar Bildirisi'nin son halinde yer alan bazı yeni haklar ve buna ek olarak Geçici Anayasa'da yer alan ama üzerinde önemli değişiklikler yapılan bazı haklar üzerine değerlendirme yapılacaktır.

Yatay ve Dikey Etki⁷⁰

Haklar Bildirisi son şekliyle; yalnızca devlet bakımından değil (dikey etki) aynı zamanda hakların doğası izin verdiği ölçüde gerçek ve tüzel kişiler bakımından da (yatay etki) bağlayıcılığı önem taşımaktadır⁷¹. Yatay etkinin nasıl uygulanacağı ve kapsamı Anayasa Mahkemesi'nin vereceği kararlarla belirlenecektir. Hakların kapsamı konusunda ortaya çıkan belirsizlik de endişe vericidir. Bununla birlikte bu düzenleme en azından; insan haklarını temel alan bir demokrasinin gelişimi için hayati derecede önem taşıyan içtihat hukukunun Haklar Bildirisi'ne dayalı olarak uygulanmasını etkili bir şekilde sağlayacaktır. Daha geniş kapsamlı bir yorumla ise bu düzenlemenin; özel alanda ayrımcılığın önlenmesi açısından önemli anayasal sonuçlar doğmasına imkan vereceği söylenebilir.

⁷⁰ Bölüm 8(2).

⁷¹ Yatay etkinin doğrudan uygulamasının sonuçlarına ilişkin bir tartışma için bkz. P. Leon, 'Nanny or Watchman-the role of the Bill of Rights Under South Africa's Final Constitution', 1996 July De Rebus, 461-464. Genel olarak bkz. 'Judiciary could make a minefield of Constitution', Business Day 15, May 16, 1996.

Eşitlik⁷²

Eşitlik ilkesini düzenleyen hüküm kapsamı bakımından genişletilmiştir. Yeterli olmamakla birlikte; ayrımcılık yasağı kapsamına hamilelik, medeni hal ve doğum da eklenmiştir. Bir diğer önemli değişiklik; “kanun önünde eşitlik” ifadesinin metne dahil edilmesiyle maddi eşitliğin korunmasıdır. Dolayısıyla Nihai Anayasa, kanunların işlevselliği ve uygulaması bakımından da eşitliğin sağlanmasını öngördüğünden şekli bir eşitlikten daha fazlasını gerektirmektedir.

Üreme Hakları⁷³

Cinsiyet eşitliği; kişi özgürlüğü ve güvenliğinin düzenlendiği 12. bölüm uyarınca üreme haklarının korunmasının temelini oluşturur. Bu bölümdeki düzenleme; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını genişleterek, hakkı keyfi tutuklama ve işkencenin önlenmesi gibi geleneksel koruma kapsamının ötesine taşımıştır. Düzenleme, tıbbi veya bilimsel deneylere ilişkin konuları da kapsamakla birlikte, özellikle üremeye ilişkin kararlar alma ve kişinin kendi bedeni üzerinde söz sahibi olma hakkını da korumaktadır. Bu düzenleme kürtajla ilgili içeriği nedeniyle kaçınılmaz olarak tartışmalıydı. Düzenlemeye Ulusal Parti'nin karşı çıkması kamuoyunda da dikkat çekerek konunun gündemde kalmasına sebep olmuştur⁷⁴. Düzenleme; kürtajı⁷⁵ açık olarak yasal hale getirmemekle birlikte kadınların bu konudaki seçim hakkı için önemli ölçüde koruma sağlamaktadır⁷⁶. Bunun

⁷² Bölüm 9.

⁷³ Bölüm 12 (2) ve 27(1)(a). Konunun genişletilmiş incelemesi için bkz. Jeremy Sarkin, ‘Health’, (1996) 7 The South African Human Rights Yearbook 115.

⁷⁴ Bkz. Sarkin, (n 73) 118.

⁷⁵ Talep üzerine kürtaj yapılabilmesine izin veren yeni bir kanun 1996'nın sonunda kabul edilerek Şubat 1997'de yürürlüğe girmiştir. Genel olarak bkz. Jeremy Sarkin, ‘Suggestions For A New Abortion Law For South Africa’, (1996) 9 South African Journal of Criminal Justice 125 ve Sarkin, id.

⁷⁶ Genel olarak bkz. Jeremy Sarkin, ‘The Effect of a Constitution and Bill of Rights on Abortion in South Africa: A Comparative Study’, (LLD. Thesis, University of the Western Cape 1995).

yanında 27. Bölüm de, üreme sağlığını içeren sağlık hizmetlerine erişim hakkını düzenlemesi dolayısıyla, üreme hakkı ile ilgili içeriğe sahiptir.

İfade Özgürlüğü⁷⁷

Afrika Ulusal Kongresi'nin Nihai Anayasa'da nefret söyleminin yasaklanmasını öngören teklifi, ifade özgürlüğünü savunan grupların yanı sıra Demokrat Parti'nin de muhalefetine yol açarak tartışma yaratmıştır. Teklife göre ifade özgürlüğü, hakların sınırlandırılmasına ilişkin hükmünde yer alan “makul ve haklı olma” şartıyla sınırlandırmanın ötesinde bir düzenlemeyle sınırlandırılmıyordu. Afrika Ulusal Kongresi'nin görüşü baskın gelerek ve savaş propagandası, olası şiddet teşviki ya da ırk, etnik köken, cinsiyet veya din temelli her türlü tahrik ve teşvik sayılabilecek nefret savunması ifade özgürlüğü kapsamından çıkartıldı.

İdari Yargı⁷⁸ ve Bilgiye Erişim⁷⁹

İdari yargı ve bilgiye erişim ile ilgili hükümlerde de şeffaf ve hesap verebilir bir yönetim kurmanın temel alındığı önemli değişiklikler yapılmıştır⁸⁰. Bilgiye erişim hakkı; artık sadece devlete karşı değil aynı zamanda bilginin herhangi bir hakkın kullanılması veya korunması için gerekli olması durumunda kişilere karşı da ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla hükümet artık 32. ve 33. bölümde düzenlenen hakların uygulanması için gerekli ulusal mevzuatı yapmakla yükümlüdür.

Çocuk Hakları⁸¹

⁷⁷ Bölüm 16.

⁷⁸ Bölüm 32.

⁷⁹ Bölüm 33.

⁸⁰ Ek olarak Anayasa Bölüm 41(1)(c)'de “Bir bütün olarak Cumhuriyet için hükümetin tüm işlem ve eylemleri ve devletin tüm organlarının etkili, şeffaf, hesap verebilir ve tutarlı bir yönetimi her alanda sağlanmalıdır.” hükmü yer almaktadır.

⁸¹ Bölüm 28.

Özellikle memnuniyet verici bir gelişme, çocuk haklarına daha kapsamlı koruma sağlanmasıdır. Geçici Anayasa'daki haklar tamamen korunurken bunlara ek olarak; hukuk davalarında hukuki temsil ve tutukluluk koşullarına ilişkin haklar ile kötü muamele ve aşağılanma yasağı ile silahlı çatışmalardan korunma hakkı ve barınma hakkı düzenlenmiştir.

Yargı ve İnsan Hakları Kurumlarına Atamalar⁸²

Özellikle anayasanın üstünlüğünün hakim olduğu sistemlerde, yargıçların atanmasının nasıl ve kimler tarafından yapıldığı demokrasi açısından son derece önemlidir⁸³. Yargı Hizmeti Komisyonu (The Judicial Service Commission/JSC), yargıçların atanmasında esas sorumluluğa sahiptir ve atanmaların, devletin diğer organlarından bağımsızlığının sağlanması konusunda gereken yetkiyi haiz olmalıdır. Bu ilke, kuvvetler ayrılığının sağlanması ve dolayısıyla da demokratik bir yönetim sisteminin kurulması için en temel koşuldur. Yargı Hizmeti Komisyonu'nun oluşumunda yasama ve yürütmenin ağırlıklı etkisi olduğundan yargıçlarının atanması bakımından bağımsız bir yargının oluşumunun sağlanması için gerekli dengenin sağlandığından söz edilemez⁸⁴.

Geçici Anayasa'ya göre komisyon; dört parlamenter (senatör), dördü hükümet ile istişarede bulunularak Başkan tarafından atanmak üzere beş üst düzey yönetici, hukuk mesleğinden beş ve yüksek yargı organlarından üç üye olmak üzere toplamda on yedi daimi üyeden oluşuyordu.

Nihai Anayasa ile komisyonun daimi üyelerinin sayısı yirmi üçe çıkartıldı⁸⁵. On

⁸² Anayasa'nın 9. Kısmı.

⁸³ Bkz. Sarkin, 'Problems and Challenges' (n 62); Sarkin, 'Abortion and the Courts' (n 57).

⁸⁴ Bu görüş diğer ülkelerde tartışmalı olsa da Güney Afrika'nın geçmişindeki yargı atamaları sisteminin siyasi mülahazalarla önemli ölçüde zedelenmiş olması dolayısıyla öncelikli ihtiyaç bu organların güvenilirliğini ve meşruiyetini zedeleyen siyasi atamalardan kaçınmak olarak ortaya çıkmıştır.

⁸⁵ Anayasanın 178(1)(k) maddesi uyarınca, Yargı Hizmeti Komisyonu'nun bir bölge

tanesi parlamenter⁸⁶, dördü siyasi parti liderlerine danıştıktan sonra Başkan tarafından atanan beş üst düzey yönetici⁸⁷ olmak üzere on beş üye seçilmektedir. Yüksek yargının ve hukuk mesleğinin temsili ise Geçici Anayasa'daki haliyle aynı şekilde düzenlenmiştir⁸⁸.

Dolayısıyla komisyona yapılacak atamalar bakımından Geçici ve Nihai Anayasa arasındaki temel fark, yasama organından gelen üye sayısının altı kişi artırılmasıyla yasamanın ağırlığının artmasıdır. Bunun yanında üst düzey yönetici atamalarının da dört tanesinin siyasi parti liderlerine danışılarak yapılması zorunluluğu ile siyasiler, komisyon üyelerinin yüzde 60'ından fazlası üzerinde söz sahibi olmuştur. Dolayısıyla siyasiler yürütme ve yasama organları birlikte değerlendirildiğinde Komisyon üyelerinin yüzde 65'inden fazlasının atanması üzerinde kontrol sahibidirler. Bu düzenlemeler dolayısıyla yargı atamalarında etkili bir role sahip olmuşlardır. Bu durum; komisyon kararlarının basit oy çokluğuyla alındığı göz önünde bulundurulduğunda, siyasi atamalar yapılması tehlikesini yaratmıştır⁸⁹.

Yargı atamaları ile ilgili Geçici Anayasa'da yer alan hükümler, hükümetin ve sivil toplumun temsili arasındaki dengeyi sağlayamaması bağlamında eleştirilmiştir⁹⁰. Nihai Anayasa metninde buna ek olarak temsilin yasama ve

veya yerel yönetimlere ilişkin konuları ele aldığı durumda; o bölge veya yerel yönetimin Başyargıcı ve bölge veya yerel yönetimin yöneticisi veya bir yedeğinin komisyonda yer alması sağlanarak komisyon sıklıkla yirmi beş üyeden oluşturulur.

⁸⁶ Bölüm 178(1)(i) uyarınca dört tanesi en az altı bölgenin olumlu oyu ile Ulusal Bölgeler Konseyi tarafından atanır ve Bölüm 178(1)(h) uyarınca en az üçü muhalefet partilerine üye olma şartıyla altı tanesi Ulusal Meclis tarafından belirlenir. Bölüm 178(5) uyarınca parlamento üyeleri Yargı Hizmeti Komisyonu'nda yalnızca yargıçların atanması gerektiğinde görev alabilirler. Komisyonun yargı veya adalet idaresi ile ilgili konularda tavsiyelerde bulunma biçimindeki anayasayla belirlenmiş görevlerini yerine getirdiği durumlarda komisyonda bulunamazlar.

⁸⁷ Bölüm 178 (1) (d) & (j).

⁸⁸ Bölüm 178 (1) (a), (b), (c), (e), (D & (g).

⁸⁹ Bölüm 178 (6).

⁹⁰ Sivil toplumun rolüne anayasada birkaç defa yer verilmiştir. Bölüm 59(1)(a) ve

yürütme organlarının lehine olacak şekilde daha ağırlıklı şekilde belirlenmesi söz konusudur.

Yeni anayasa ile ortaya çıkan başka bir sorun ise devlet başkanının Parlamento ve Yargı Hizmeti Komisyonu'nda temsil edilen siyasi parti liderlerine yalnızca usulen danıştıktan ve muhtemelen onların tavsiyelerini reddettikten sonra Anayasa Mahkemesi Başkanı'nı⁹¹ ve Başkan Yardımcısı'nı atayabilme yetkisinin olmasıdır⁹². Buna benzer şekilde Başyargıç ve yardımcısının atanmasında da Başkan'ın temel olarak Yargı Hizmet Komisyonu'na başvurma gerekliliği olmasına rağmen tavsiyeleri⁹³ göz ardı edebilecektir. Anayasa Mahkemesi'nin diğer yargıçlarının atanmasında⁹⁴ ise komisyonun, boşalan kadro sayısından üç fazla sayıda isimle liste oluşturması gerekmektedir⁹⁵. Bu durum, komisyonun rolünü zayıflatırken, yargıya siyasi atama yapılma ihtimalini artırmaktadır. Bundan daha da fazla sorun yaratabilecek olan durum, Devlet Başkanı'nın bu

72(1)'de Ulusal Meclis ve Ulusal Bölgeler Konseyi; halkın yasama ve diğer süreçlere katılımını kolaylaştırmaya ve iş ve işlemlerini açık bir şekilde yürütmeye yönlendirilmektedir. Ancak ne yazık ki 59(1) ve 72(b) bölümleri “medya erişim de dahil olmak üzere kamu erişimini düzenlemek amacıyla makul tedbirlerin alınabileceğini” düzenlemektedir. 59(2) ve 72(2) bölümlerinin her ikisi de “açık ve demokratik bir toplumda bunu yapmanın makul ve haklı olması” durumunda halkın komite dışında bırakılmasına izin vermektedir. Dolayısıyla yalnızca bu bölümlerin dar yorumlanacağını ve Ulusal Meclis'in “meselelerin kamuoyunda tartışılacağı ulusal bir forum” sağladığını belirten 42(3) bölümüne gereken ağırlığın verileceği umulabilir. Anayasal demokrasiyi destekleyen devlet kurumlarına yapılan atamalar açısından da sivil toplumun rolünden bahsedilmektedir. Ancak, 193(6) maddesi son derece zayıf bir şekilde ifade edilmiştir. Sadece “Sivil toplumun tavsiye sürecine katılımı 59(1)(a) maddesinde öngörüldüğü gibi sağlanabilir” ifadesi yer almaktadır.

⁹¹ Bölüm 174(1), Anayasa Mahkemesi yargıçlarının Güney Afrika vatandaşı olma zorunluluğunu şart koşmaktadır. Ancak diğer yargıçların atanmasında bu şart öngörülmemiştir.

⁹² Bölüm 174(3).

⁹³ Bölüm 174(3).

⁹⁴ Bölüm 176 uyarınca; Anayasa Mahkemesi yargıçları bir defa atanabilir ve 12 yıl için görev yapar ancak 70 yaşında emekliye ayrılmak zorundadırlar. Bölüm 174(5)'e göre ise, Anayasa Mahkemesi yargıçlarından en az dördü atandıkları tarihte yargıç olarak görev yapıyor olmak zorundadırlar.

⁹⁵ Bölüm 174(4)(a).

isimlerden herhangi birini atamayı reddetme yetkisinin olmasıdır. Bu durum, Başkan'ın verdiği kararlar⁹⁶ ilgili gerekçe göstermesi ve yeni atamanın komisyon tarafından oluşturulan bir başka liste içinden yapılması zorunluluğu şartıyla kısmen hafifletilmiştir⁹⁷. Neyse ki, yargı atamalarının ağırlıklı kısmında Başkan, komisyonun önerdiği kişiler içinden atama yapmak zorundadır⁹⁸.

Benzer zorluklar, “Anayasal demokrasiyi destekleyen devlet kurumları”ndaki atamalarda da ortaya çıkmaktadır⁹⁹. Kurumların kendisi demokrasi ve insan haklarına yönelik anayasal bir bağlılığı yansıtırsa da atama usulleri, atanmış kişilerin siyasi tercihle atanmalarından ziyade insan hakları odaklı olanların atanmasını sağlamakta başarısız olabilmektedir¹⁰⁰. Bu kurumlar; Ombudsmanlık¹⁰¹, İnsan Hakları Komisyonu¹⁰², Kültür Dil ve Din Topluluklarının Haklarını Koruma ve Geliştirme Komisyonu, Cinsiyet Eşitliği Komisyonu, Genel Denetleme ve Seçim Komisyonu'dur. Bu kurumlardan dördü (Ombudsmanlık, İnsan Hakları Komisyonu, Cinsiyet Eşitliği Komisyonu ve Genel Denetçi) Geçici Anayasa'da

⁹⁶ Bölüm 174(4)(b).

⁹⁷ Bölüm 174(4)(c).

⁹⁸ Bölüm 174(6).

⁹⁹ Geçici Anayasa uyarınca oluşturulan organlar üzerinde bir tartışma için genel olarak bkz., Rika Pretorius, ‘Enforcement mechanisms in the 1993 Constitution’, (1994) 9 South African Public Law 273-274.

¹⁰⁰ Bkz. Barbara Whittle, ‘The Public Protector, Auditor-General, Public Service Commission and SA Reserve Bank’, (1996) July De Rebus, 407; ‘Independence of the HRC threatened’, Cape Times 2, November 28, 1996; ‘SA gaan al dieper wegsink in outokrasie’, Die Burger, 8, August 17, 1996.

¹⁰¹ Bkz. G. Barrie, ‘The public protector: fiat ombudsman’, (1995) September De Rebus 580-583.

¹⁰² İnsan Hakları Komisyonu üyelerinin atanmasında da tartışma ve anlaşmazlıklar ortaya çıkmıştı. Örnek olarak bkz., ‘Row over racist liberals’, 12 (8), Weekly Mail and Guardian 32, February 23-29, 1996; ‘Davis-Pityana row cools to a simmer’, 12 (12) Weekly Mail and Guardian 4, March 22-28, 1996; ‘Liberals and racism’, 12 (12) Weekly Mail and Guardian 24, March 22-28, 1996; ‘Parker’s Patch’, The Saturday Paper, 8, March 23, 1996; ‘The great debate: whites must put up or shut up’, Sunday Times, 15, March 24, 1996; ‘The washer woman, the wimp, and the racial tirade’, The Saturday Paper, March 30, 1996; ‘Intellectuals have a role’, The Citizen, March 30, 1996; ‘Go to hell’, says Barney Pityana, Weekend Argus, 13, March 31, 1996.

da yer almıştır. Kültür, Dil ve Din Topluluklarının Haklarını Koruma ve Geliştirme Komisyonu¹⁰³ ve seçimlerin serbest ve adil biçimde yapılması sorumluluğunu bağımsız bir kuruma devretme iradesiyle oluşturulan Seçim Komisyonu ise yeni kurumlardır. Güney Afrika toplumunu geniş çapta temsil eden, adalet ve görüş çeşitliliğinin sağlanması amacıyla, radyo ve televizyon yayıncılığının düzenlenmesi ile ilgili bağımsız bir kurum da oluşturulmuştur. Geçici Anayasa'da yer almasına rağmen Nihai Anayasa'da bulunmayan tek kurum ise Arazi Talepleri Komisyonu'dur¹⁰⁴. Bu kurumun Nihai Anayasa'da yer almama gerekçesi, kısmen kurumun öngörülen kısa faaliyet süresi kısmen de arazi reformu önlemleri ile ilişkili mülkiyeti düzenleyen hükümlerdir¹⁰⁵.

İnsan hakları kurumları ile ilgili müzakereler sırasında ortaya çıkan tartışma ve uyuşmazlık; kurumlara yapılacak atama ve görevden alma yetkilerinin, çoğunluk partisine bırakılıp bırakılmaması veya daha yüksek düzeyde bir fikir birliğinin ve uzlaşmanın aranmasının gerekip gerekmediği hususunda yaşanmıştır. Afrika Ulusal Kongresi atama ve görevden alma bakımından oy çokluğunun yeterli olduğunu savunurken Demokrat Parti ve Ulusal Parti üçte iki çoğunluğun gerekli olduğu görüşündeydi. İnsan Hakları Komitesi tartışmayı bir adım daha ileri götürerek, bu yetkinin tek başına parlamentonun elinde olmaması gerektiğini, bunun başlı başına kurumların bağımsızlığını zayıflatacağını ileri sürmüştür. Sonuç olarak atama usulü, “Meclis'teki tüm partilerin orantılı temsiline dayanan, Meclis içinde kurulacak bir komite” tarafından belirlenecek adayların Ulusal Meclis Genel Kurulu'na sunulması olarak kabul edilmiştir¹⁰⁶. Bu düzenleme; Meclis'teki her partiden birer üyeden oluşan bir komitenin adayları insan

¹⁰³ Kurum, Ulusal Parti'nin dil ve kültürel hakların özel olarak korunması taleplerini karşılamak amacıyla yapılan Nisan 1996'da ünlü Waenhuiskrans çok taraflı müzakerelerinde varılan uzlaşmayı temsil etmektedir.

¹⁰⁴ Genel olarak bkz., AJ Walt, 'Land reform in South Africa since 1990-an overview', (1995) 10 South African Public Law 18.

¹⁰⁵ Bölüm 25.

¹⁰⁶ Bölüm 193(5).

haklarına bağılıkları veya deneyimlerine göre değil komitede temsil edilen partilere gerçek veya göstermelik siyasi bağılıklarına göre belirledikleri Geçici Anayasa'nın yarattığı siyasi yönü açık ve baskın olan sürece göre bir ilerlemeydi¹⁰⁷. Ancak, Hakikat ve Uzlaşma Komisyonu'na¹⁰⁸ benzer şekilde bağımsız bir atama usulünün oluşturulamamasının hayal kırıklığı yarattığı söylenebilir. Adaylık sürecine sivil toplumun katılımına imkan veren düzenleme de siyasi atamalar karşısında yeterli bir güvence teşkil etmemektedir.

SONUÇ

Nihai Anayasa, insan haklarını Güney Afrika demokrasisinin temel taşı olarak daha da sağlamlaştırmıştır. Anayasa yapım süreci yalnızca emsalsiz olarak değil aynı zamanda tarihteki en demokratik ve kapsayıcı anayasa yapım süreçlerinden biri olarak takdir görse de izlenen süreç ve metnin özü kusursuz değildir. Ancak bu kusurlarına rağmen Nihai Anayasa, Güney Afrika'da insan hakları kültürünün geliştirilmesi için bir temel sağlamıştır¹⁰⁹.

Metnin uzlaşmayla nihai haline getirilmiş olması dikkate değer bir başarıyı yansıtmaktadır. Bu başarıda en büyük pay, özellikle azınlıkların korkularını ve diğer tarafların endişelerini dikkate alma konusunda çoğunluk partisinin gösterdiği istekliliktir. Genel seçimlerin yenilenmesini de içeren, sistemdeki tıkanmayı ortadan kaldıracak usullerin, özellikle azınlık partilerini uzlaşmaya teşvik etmek için güçlü gerekçeler olduğu kabul edilmeli ise de Nihai Anayasa'nın büyük ölçüde özgün bir katılımcı süreci yansıttığı da aynı derecede doğrudur.

Bir anayasa ve haklar bildirisi ulusal birlik için temel güç oluşturabileceğinden,

¹⁰⁷ Bkz. Jeremy Sarkin, 'The Human Rights Commission Bill', (1994) September 7, Cape Times ve Jeremy Sarkin, 'Choice of Commissioners is Crucial', (1995) May 22, Cape Times.

¹⁰⁸ Genel olarak bkz. Sarkin The Trials and Tribulations (n 39).

¹⁰⁹ Bkz. Sarkin (n 5).

meşru bir anayasa yapım süreci hayati öneme sahiptir¹¹⁰. Bunlar, Güney Afrika bağlamında çok önemli konular olan ulus inşasına ve ulus düzeyinde uzlaşmanın sağlanmasına yardımcı olabilecek araçlardır. Bu araçların sembolik önemi ve ortak amaç ve isteklere ulaşmaya yönelik mücadeleyi teşvik etme güçleri, büyük ölçüde anayasa yapım sürecinin ne ölçüde kapsayıcı ve meşru olduğuna bağlıdır. Kapsayıcılık, ulusal bir aidiyet duygusuna yol açarken; kapsayıcı olmayan, dışlayıcı bir süreç ise toplumsal gerginliğin ve daha çok bölünmenin temel sebebi olarak ortaya çıkabilir. Güney Afrika'da anayasa yapım sürecine odaklanan sorunlara yönelik ilgisizliğin ve eleştirilerin arkasında belki de bu nitelikteki düşünceler yatmaktadır.

Ancak bir anayasa ve insan hakları bildirisinin kabul edilmesinden önceki kapsayıcı sürecin dahi; temel yükümlülüklerin tüm sıradan vatandaşlar tarafından kabul edilip benimsenmesini sağlamakta yeterli olmayabileceğini kabul etmek gereklidir. Güney Afrika'da barışçı, demokratik, insan haklarına dayalı bir toplumun sağlanabilmesi için hukuka ve hukuk sistemine saygının yeniden tesis edilmesi gereklidir. Anayasa'da yer alan hakların tüm Güney Afrikalılar için gerçek bir anlamı olması isteniyorsa, ulusal çapta bir insan hakları eğitim programının gerekliliği de önem arz etmektedir. Aynı zamanda, Anayasa'da yer alan haklardan özellikle sosyo-ekonomik hakların, vatandaşların yaşamlarında somut değişikliklere yol açmaması durumunda bu Anayasa'ya sahip olmanın yarattığı gurur ve saygı da azalacaktır. Bu ihtimal Apartheid'dan kalan mirasın; yoksulluk, eğitimsizlik, evsizlik ve diğer sosyal sorunlar şeklinde ortaya çıkarak genç demokrasiye zarar vermeye devam etmesi dolayısıyla asla göz ardı edilmemelidir. Aynı zamanda hükümet bütçesi; savunmaya yapılan aşırı hükümet

¹¹⁰ Bkz. Sarkin Abortion Clause in the Final Constitution (n 33); Peter W. Hogg, Constitutional Law of Canada (3rd ed., 1992) 796-797 ve Peter H. Russell, 'The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms', (1983) 61 (1) Canadian Bar Review 30.

harcamaları, siyasilerin maaşları, lüks harcamaları ve şişirilmiş bir kamu hizmeti ve savunma gücü harcamaları nedeniyle de zorlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kaynak tahsisine ilişkin konular hakkında karar vermede etkili bir tutum sergileyemeyeceğini halihazırda açıklamıştır¹¹¹. Çünkü, ikinci ve üçüncü kuşak haklar Nihai Anayasa’da yer almış olsa da bunların uygulanabilmesi için gereken kaynak önceliklendirmesi yalnızca hükümetin bu konudaki kararlılığına bağlı olacağından, uygulamada çok az önem taşıyacaktır. Bu bağlamda, müzakereler sırasındaki tavizler neticesinde şu anda belirsiz ve uygulanamaz görünen bu hakları mahkemelerin anlamlandırması da önem taşımaktadır¹¹².

KAYNAKÇA

‘3000 demand the return of the death penalty’, The Sunday Independent, 2, October 29, 1995.

‘Dangling the noose’, 141/2 Financial Mail, 1996.

‘Davis-Pityana row cools to a simmer’, 12 (12) Weekly Mail and Guardian 4, March 22-28, 1996.

‘Death penalty vote?’, The Saturday Paper 3, 1995.

‘Excellent results for CA media campaign’, Constitutional Talk ,7, April 22-May 18, 1996.

‘Exodus as rainbow nation’s iridescence fades’, 142 (9) Financial Mail, October

¹¹¹ Bkz. Sarkin S v. Vermaas and S v. Du Plessis (n 60).

¹¹² Kanada’dan yararlı bir örnek olarak; 1985’te hükümet tarafından finanse edilen ve 9 milyon dolar harcanarak, yüzlerce kamu yararı davasının finanse edilmesi için oluşturulan Adli Yardım Programı’dır. Buna benzer ama çok daha sınırlı bir başka program ise yine Kanadalılar tarafından Güney Afrika’da kamu yararına çalışan bir hukuk firması olan Adli Kaynaklar Merkezi’ne (Legal Resources Centre/LRC) adli yardım ve mahkeme süreciyle ilgili olarak destek olmak amacıyla oluşturulmuştur.

25, 1996.

‘First phase of PPP draws to a close’, *Constitutional Talk* 1, 7, June 9-29, 1995.

‘Go to hell’, says Barney Pitjana, *Weekend Argus*, 13, March 31, 1996.

‘Independence of the HRC threatened’, *Cape Times* 2, November 28, 1996.

‘Intellectuals have a role’, *The Citizen*, March 30, 1996.

‘Judiciary could make a minefield of Constitution’, *Business Day* 15, May 16 1996.

‘Liberals and racism’, 12 (12) *Weekly Mail and Guardian* 24, March 22-28, 1996.

‘Mandela signs new constitution into law’, *Cape Times* 5, December 11, 1996.

‘Nearly 250,000 submissions received’, *Constitutional Talk* 5, March 8-28, 1996.

‘Parker’s Patch’, *The Saturday Paper*, 8, March 23, 1996.

‘Public participation kicks off’, *Constitutional Talk* 1, February 10-23, 1995.

‘Row over racist liberals’, 12 (8), *Weekly Mail and Guardian* 32, February 23-29, 1996.

‘SA gaan al dieper wegsink in outokrasie’, *Die Burger*, 8, August 17, 1996.

‘The death penalty; Will crime stop?’, *The Saturday Paper*, 11, 1995.

‘The great debate: whites must put up or shut up’, *Sunday Times*, 15, March 24, 1996.

‘The washer woman, the wimp, and the racial tirade’, *The Saturday Paper*, March 30, 1996.

‘The working draft reaches millions’, *Constitutional Talk* 2, February 9-29, 1996.

‘Tougher Bail: Next, Witness Protection’, *Weekend Argus*, 10, 1995.

‘Towards a new constitution’, *Constitutional Talk* 1, 3, June 30-August 10, 1995.

Barrie G, 'The public protector: fiat ombudsman', (1995) September De Rebus 580-583.

Carpenter G, 'Constitutional Court Sounds the Death Knell for Capital Punishment', (1996) 59 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins Hollandse Reg 145.

Cowling M, 'A Constitutional Right To Bail', (1996) 1(1) Human Rights and Constitutional Law Journal of Southern Africa 36.

Ellish en Andere v. Prokureur-Generaal, Witwatersrand 1994(5) BCLR 1.

Ellmann S, 'The New South African Constitution and Ethnic Division', (1994) 26 Columbia Human Rights Law Review 5.

Executive Council of the Western Cape Legislature and Others and Others v. President of the Republic of South Africa and Others CCT/27/95: 1995 (4) SA 877 (CC); 1995 (10) BCLR 1289 (CC).

Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nın Düzeltilmiş Metninin Onay Süreci 1996 CCT 37/96.

Hogg PW, Constitutional Law of Canada (3rd ed., 1992).

Kurucu Meclis Başkanı'nın gıyabında; Güney Afrika Anayasası'nın Yeniden Onaylanması Kararı, 1996 (10) BCLR 1253(CC).

KwaZulu-Natal Bölge Anayasası'nın Onaylanması Hakkında Karar, 1996 (11) BCLR 1419 (CC).

Leon P, 'Nanny or Watchman-the role of the Bill of Rights Under South Africa's Final Constitution', (1996) July De Rebus 461-464.

Maduna PM, 'The Death Penalty and Human Rights', (1995) 12 South African Journal of Human Rights 193-213.

Milton J, 'Demise of the Death Penalty: The Constitutional Court Pronounces',

(1995) 8 South African Journal of Criminal Justice 188-204.

Mokgatle D.D, 'The Exclusion of Blacks from the South African Judicial System', (1987) 3 South African Journal on Human Rights 44.

Murphy WF ve Tanenhaus J, *Comparative Constitutional Law Cases and Commentaries* (New York, 1977).

Mutua M, 'Hope and Despair for a New South Africa, The Limits of Rights Discourse', (1997) 10 Harvard Human Rights Journal 63, 80.

Premier of KwaZulu-Ntatal and Others v President of the Republic of South Africa and Others CCT/36/95; 1995 (12) BCLR 1561 (CC) (1579).

Pretorius R, 'Enforcement mechanisms in the 1993 Constitution', (1994) 9 South African Public Law 273, 274.

Russell PH., 'The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms', (1983) 61(1) Canadian Bar Review 30.

S v. Makwanyane 1995 (6) BCLR 665 (CC) ve 1995 (3) SA :391 (CC).

Sarkin J ve Varney H, 'Traditional Weapons, Cultural Expediency and the Political Conflict in South Africa: A Culture of Weapons and a Culture of Violence', (1993) 6 South African Journal of Criminal Justice, 2.

Sarkin J, 'Abortion and the Courts', (1995) *The Constitution of South Africa From a Gender Perspective*, eds. S. Liebenberg, 217 ('Abortion and the Courts').

Sarkin J, 'Can South Africa Afford Justice? The Need and Future of a Public Defender System', (1993) 4 Stellenbosch Law Review 261.

Sarkin J, 'Choice of Commissioners is Crucial', (1995) May 22, Cape Times.

Sarkin J, 'Health', (1996) 7 *The South African Human Rights Yearbook* 115.

Sarkin J, 'Innovations in the Interim and 1996 South African Constitutions',

(1998) June *The Review* 57.

Sarkin J, 'Panic Over Crime Could Poison South Africa', (1996) March *Democracy in Action* 628 ('Panic Over Crime').

Sarkin J, 'Preventive Detention in South Africa', iç Andrew Harding ve John Hatchard (edr) *Preventive Detention and Security Law: A Comparative Survey* (1993) 209.

Sarkin J, 'Problems and Challenges Facing South Africa's Constitutional Court: An Evaluation of its Decisions on Capital and Corporal Punishment', (1996) 113 *South African Law Journal* 71('Problems and Challenges').

Sarkin J, 'Suggestions For A New Abortion Law For South Africa', (1996) 9 *South African Journal of Criminal Justice* 125.

Sarkin J, 'The Bill of Rights in the Working Draft of the New Constitution: An Evaluation of Aspects of a Constitutional Text Sui Generis', (1996) 7 (1) *Stellenbosch Law Review* 12.

Sarkin J, 'The Constitutional Court's Decision on Legal Representation: S v. Vermaas and S v. Du Plessis', (1996) 12 (1) *South African Journal on Human Rights* 55 ('S v. Vermaas and S v. Du Plessis').

Sarkin J, 'The Development of a Human Rights Culture in South Africa', (1998) 20 (3) *Human Rights Quarterly* 628, 644.

Sarkin J, 'The Effect of a Constitution and Bill of Rights on Abortion in South Africa: A Comparative Study', (LLD. Thesis, University of the Western Cape, 1995).

Sarkin J, 'The Effect of Constitutional Borrowings on The Drafting of South Africa's Interim Bill of Rights and the Role Played by Comparative and International Law in the Interpretation of Human Rights Provisions By the

- Constitutional Court', (1998-1999) 1 (2) Journal of Constitutional Law 176.
- Sarkin J, 'The Effect of Patriarchy and Discrimination on Apartheid South Africa's Abortion Laws', (1998) 4 Buffalo Human Rights Law Review 141.
- Sarkin J, 'The Human Rights Commission Bill', (1994) September 7 Cape Times.
- Sarkin J, 'The Political Role of the South African Constitutional Court', (1997) 114 South African Law Journal 134 ('The Political Role').
- Sarkin J, 'The Trials and Tribulations of the South African Truth and Reconciliation Commission', (1996) 12 (1) South African Journal on Human Rights 617 ('The Trials and Tribulations').
- Sarkin J, 'Why There Should Be an Abortion Clause in the Final Constitution', (1995) 11 (4) South African Journal of Human Rights 582 ('Abortion Clause in the Final Constitution').
- Varney H ve Sarkin J, 'Failing to Pierce the Hit Squad Veil: An Analysis of the Malan Trial', (1997) 10 South African Journal of Criminal Justice 141.
- Walt AJ, 'Land reform in South Africa since 1990-an overview', (1995) 10 South African Public Law 18.
- Whittle B, 'The Public Protector, Auditor-General, Public Service Commission and SA Reserve Bank' (1996) July De Rebus 407.