



T. C. YENİ YÜZYIL ÜNİVERSİTESİ

İstanbul

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

2013

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ
Arş. Gör. M. Halit KORKUSUZ

Prof. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY

Prof. Dr. Emin MEMİŞ

Prof. Dr. Yavuz KAPLAN

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ
Arş. Gör. M. Halit KORKUSUZ

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

Yrd. Doç. Dr. Ramazan ARITÜRK
Serkan TÜRKDOĞRU

Koruma Altına Alınan Çocukların Hukuki Statüsü

İş Sözleşmesinde Ceza Koşulu

Kamu Avukatlarının Sorunları

Elektronik İmza Kanunumuz Ve Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Baz İstasyonlarının Yayıdığı Elektromanyetik Zararlardan Doğan Hukuksal Sorumluluk

Bireysel Başvuru Mekanizmasının Temel Hak Ve Özgürlükler Rejimine Etkisi

2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Tanımlanan Manipülasyon Suçunun "Halka Arzlar" Açısından Değerlendirilmesi



**T.C. YENİ YÜZYIL
ÜNİVERSİTESİ**
İstanbul

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

DERGİNİN SAHİBİ:

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ (Dekan)

SORUMLU MÜDÜRLER:

Araş. Gör. Selva KAYNAK KOÇ

Araş. Gör. Merve TURANLI

Araş. Gör. Nergiz KARADAĞ ÖZGÜN

TASHİH:

Araş. Gör. Fatma SÜMER

Araş. Gör. Ceren KAYA

Araş. Gör. Elif Merve SUBAŞI

Araş. Gör. Melisa AYDIN

Araş. Gör. Semih YÜNLÜ

EDİTÖR:

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ

YAYIN KURULU:

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ (Başkan)

Prof. Dr. Celal ERBAY

Prof. Dr. Emin MEMİŞ

Prof. Dr. Yavuz KAPLAN

Doç. Dr. Salih ŞAHİNİZ

Yrd. Doç. Dr. Mehtap CİVİR ENGİN

Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah BOZBAYINDIR

YIL: 1, SAYI: 1, Ocak 2013

YÖNETİM YERİ:

Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Cevizlibağ - İstanbul

YAYININ TÜRÜ:

Yerel süreli (Yılda 2 kez yayınlanır.)

İLETİŞİM ADRESİ:

Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dekanlığı

Yeni Yüzyıl Üniversitesi

Dr. Azmi Ofluoğlu Yerleşkesi

Cevizlibağ / Zeytinburnu İSTANBUL

Tel: 0 212 444 50 01 - 1200

Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi Hakemli bir dergidir.
Dergide yayınlanan yazılarda ileri
sürülen görüşler yazarlara aittir,
Fakülteyi bağlamaz.

HAKEMLER KURULU/ REFEREES BOARD

ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Fevzi DEMİR (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Fatih UŞAN (Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof.Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Talat CANBOLAT (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Fuat YILDIZ (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Saim OCAK (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

TİCARET HUKUKU

Prof. Dr. Sami KARAHAN (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç. Dr. Ali AYLI (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yard. Doç. Dr. Abdullah ERDOĞAN (Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Mehtap CİVİR ENGİN (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Nihat TAŞDELEN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

MEDENİ HUKUK

Prof. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Mehmet AYAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof.Dr. Süleyman YALMAN (Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Doç.Dr. C.Salih ŞAHİNİZ (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

MEDENİ USUL İCRA İFLAS HUKUKU

Prof. Dr. Abdurrahman KARSLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yrd. Doç. Dr. Nedim MERİÇ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DEVLETLER ÖZEL HUKUKU

Prof. Dr. Yavuz KAPLAN (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

Doç. Dr. Hakan SAMUR (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

ANAYASA HUKUKU

Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yavuz ATAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Servet ARMAĞAN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Abdurrahman EREN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

GENEL KAMU HUKUKU

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK (Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yard. Doç. Dr. Murat TÜMAY (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Celal ERBAY (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yard. Doç. Dr. Mustafa KOÇAK (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İDARE HUKUKU

Prof. Dr. Emin MEMİŞ (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Melikşah YASİN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Gürsel KAPLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Mehmet KARAASLAN (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

CEZA VE CEZA USUL HUKUKU

Prof. Dr. Hakan HAKERİ (Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Recep GÜLŞEN (Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Ramazan ARITÜRK (U.A. Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yrd. Doç. Dr. Mehmet TENGİZ (İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yard. Doç. Ali Emrah BOZBAYINDIR (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

TÜRK HUKUK TARİHİ

Prof. Dr. Celal ERBAY (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa AVCI (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan TANRIVERDİ (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

DEVLETLER UMUMİ HUKUKU

Doç. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

MALİ HUKUK

Prof. Dr. Ziyaettin BİLDİRİCİ (Anadolu Üniversitesi İİBF)
Yrd. Doç. Dr. Yusuf İLERİ (Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin Öz Değerleri

- ✓ Akıl ve bilim
- ✓ Dürüstlük, adalet ve etik
- ✓ Sevgi ve Hoşgörü
- ✓ Hukukun üstünlüğü ve egemenliği
- ✓ Demokrasi kültürü
- ✓ İnsan haklarına saygı

Temel Amacımız

Akıl ve bilim önderliğinde,
çağdaş ve mutlu bir toplum için
hukuku öğretmek ve geliştirmek



Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri

- 1 Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
- 2 Yazılar A-4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmeli veya derginin resmi e-posta adresine Office word formatında aşağıda belirtilen yazım kriterlerine uygun olacak şekilde gönderilmelidir.
- 3 Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
- 4 Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri il telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
- 5 Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor doğrultusunda düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
- 6 Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Komisyonu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
7. Hakem incelemesinden geçen ve yayınlanmasına ve/veya düzeltilerek yayınlamasına karar verilen yazılarına son şeklinin "Office Word" programı altında kaydedilmiş (98 sürümünden eski olmayacaktır) bir CD-Rom ile birlikte başlığının İngilizce karşılığı da eklenmek suretiyle A-4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmesi gerekmektedir.
8. Gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın CD-Rom'daki biçimiyle "basıla" verildiği kabul edilir.
9. Gönderilecek yazıların Times New Roman karakterinde, ana metnin 1,5 satır aralığında ve 12 punto olarak hazırlanması ve 30 sayfayı geçmemesi gerekmektedir.
10. Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; bu hususta Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

İÇİNDEKİLER

Koruma Altına Alınan Çocukların Hukuki Statüsü..... 1/ 16

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ, Arş. Gör. M. Halit KORKUSUZ

İş Sözleşmesinde Ceza Koşulu 17/ 40

Prof. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY

Kamu Avukatlarının Sorunları 41/ 76

Prof. Dr. Emin MEMİŞ

Elektronik İmza Kanunumuz Ve Yeni Düzenlemeler

Çerçevesinde Değerlendirilmesi 77 / 104

Prof. Dr. Yavuz KAPLAN

**Baz İstasyonlarının Yayıdığı Elektromanyetik Zararlardan Doğan
Hukuksal Sorumluluk..... 105 / 126**

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ, Arş. Gör. M. Halit KORKUSUZ

Bireysel Başvuru Mekanizmasının Temel Hak Ve Özgürlükler

Rejimine Etkisi 127 / 142

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

**2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Tanımlanan
Manipülasyon Suçunun "Halka Arzlar" Açısından**

Değerlendirilmesi..... 143 / 160

Yrd. Doç. Dr. Ramazan ARITÜRK, Serkan TÜRKDOĞRU

KORUMA ALTINA ALINAN ÇOCUKLARIN HUKUKİ STATÜSÜ

Legal Status of the Children Put Under the Protection of the Government

Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ*
Arş. Gör. M. Halit KORKUSUZ**

ÖZET

Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de, sosyal hizmet olarak en gözle görünen çalışmalardan biri de çocuklara ve gençlere yönelik hizmetlerdir. Yüzyıllardır dini ve ahlaki bir dürtü neticesinde, amatör ruhlu insanların ortaya koydukları koruma hizmetleri, bakım hizmeti modelleri dahil kamusal müdahaleyi de içeren sosyal hizmetler, özellikle ikinci dünya savaşı sonrasında daha da teknik bir boyuta taşınmıştır. Bir ihtiyaç durumunda kurumsal bakım modeli ile birlikte yürütülen “Pflege /Foster /Bakıcı (Koruyucu) Aile Modeli” uygulaması da ihtiyaçlara göre daha teknik ve profesyonel niteliği öne çıkaran ruhsatlı/ belgeli bir uygulamaya dönüşmüştür.

Kanun veya yönetmeliklerde düzenleyici işlemlerdeki görevler ne kadar artırılırsa arttırılsın, sonuçta vasıflı eleman ile söz konusu çocuklara ulaşabilme imkanı olduğu gerçeği de dikkate alınarak; daha hassas ve yetenekli kurum personelinin, sözü edilen işler için gerekli olduğu gerçeği ile, Kurumun bu alanda daha fazla efor sarfetmesi gerekir. Kurum gerektiğinde, kanunun verdiği yetkiyi kullanarak, dışarıdan hizmet satın almalıdır. Çocuk için koruma altına alınma kararının işleme alınmasından sona ermesine dek elektronik kayıt sistemi düzenli tutulmalı ve bunun için DATABANK oluşturulmalıdır. Halen kurumdan çıkanların dahi kayıtlarının elektronik ve sanal ortama aktarılması (kişisel veriler ve bilgilere saygı gösterilmek ve yasal yasaklara uymak şartıyla) gerekir. Mevcut yasal düzenlemenin yeterli olmadığı gerçeği dikkate alınarak tüm tarafların katkıda bulunacağı kanun ve yönetmelik değişikliklerine gitmek gerekir.

Anahtar Sözcükler: Sosyal hizmetler, koruyucu aile, diğer hizmetler, çocukların kayıtları, teknik ve profesyonel kalite.

* Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı (refik.korkusuz@yeniuyuzil.edu.tr).

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

ABSTRACT:

The most visible action within the concept of social services in our country, as in all around the world, is the services related to children and youngsters. Through centuries, as a result of religious and ethical stimulation, the protection services that set forth by the amateurs and the social services that contain public intervention including nursing services models have been carried to a technical dimension, especially after the Second World War. The “Pflege/Foster/Nursing (Protective) Family” Model, which is executed with the institutional nursing model in the need, improved into a licensed/documented application that highlights more technical and professional quality.

It does not differ, how much the duty given by laws or regulations are increased, the Institution has to show more effort, when it is taken into consideration that only the qualified staff has the ability and possibility to reach out to such children and that more sensible and capable institution staff is necessary for the mentioned services. The Institution should be able to outsource by the power vested by law, when it is necessary. The electronic register system has to be kept properly from the phase, which the protective custody decision put into process until the end and a DATABASE must be created accordingly. Moreover, the records of the children that was and still is in the system must be transferred into electronic and virtual medium. Taken into consideration that the current legal regulations are not adequate enough, an amendment in the law and in the related regulations is required, where all parties are included.

Keywords: Social services, Pflege/Foster/Nursing (Protective) Family, mentioned services, records of the children, technical and professional quality.

I. GENEL BAKIŞ VE ÜLKEMİZDEKİ TARİHİ GELİŞİM

Bilindiği gibi, Türk sosyal güvenlik hukuku sistemi “primli rejim” ve “primsiz rejim” olarak ikiye ayrılmaktadır. Primli rejim, bir sosyal güvenlik hizmetinden yararlanılabilmesi için, belli oranda kişinin katkısını talep eden sistemdir. “Primsiz rejim” ise, devletin sosyal devlet olması nedeniyle, herhangi bir katkı almaksızın, kamusal gelirleri ile karşıladığı sistemin adıdır. Bu sistemin önemli alt hizmetlerinden biri de “koruma altına alınan çocukları” da kapsayan sosyal hizmetler ve sosyal yardımlardır. Bu tür hizmetler ya da yardımlar, genellikle, primli rejimin kapsamı dışında kalmış, sosyal korunmaya en fazla gereksinimi bulunanlara hizmet götürmeyi amaçlayan, sosyal bütünleştirme işlevini üstlenen sosyal güvenliğin yaygınlaştırılma ilkesini hayata geçirmeyi amaçlayan yardım ve hizmetlerdir¹.

Özellikle koruma altına alınan çocukların büyük çoğunluğu sosyal açıdan bakıma muhtaçtırlar ve bu kişilerin önemli bir kısmı yoksul ve kimsesizlerden oluşmaktadır. Bu kişilerin sosyal güvenliklerinin sağlanması, geleneksel İslam kültüründe, fakir ve yetimlerin korunması sadedinde görülmüş ve özel olarak değerlendirilmiştir. Nitekim konu ile ilgili olarak temel İslam öğretisine kaynaklık eden ayet ve hadislerin bazılarını şu şekilde tespit etmiş bulunmaktayız.

- “Yetime karşı kahretme! (Kötü muâmelede bulunma!)”²

- “...Yetimlerin haklarını vermekte tam adâleti gözetin. Yaptığımız her iyiliği, Allah mutlaka bilir.”³

- “Yetime karşı şefkatli bir baba gibi ol!”⁴

- “Müslümanlar içinde en hayırlı ev; içinde yetime iyi davranılan evdir. Müslümanlar içinde en kötü ev de yetime kötü davranılan evdir”⁵.

- “Bir kimse, müslümanların arasında bulunan bir yetimi alarak yedirip içirmek üzere evine götürürse, affedilmeyecek bir suç işlemediği takdirde, Allah Teâlâ onu mutlaka cennete koyar”⁶.

- “Bir kimse sırf Allah rızası için bir yetimin başını okşarsa, elinin dokunduğu her saç teline karşılık ona sevap yazılır...”⁷.

- “Kim mes’ûliyeti altındaki kız veya erkek yetim çocuğuna iyi davranırsa; o ve ben cennette (şöylece) beraber bulunacağız.”, buyurarak iki parmağını yanyana getirmişlerdi⁸.

- “Eğer kalbinin yumuşamasını istiyorsan fakiri doyur, yetimin başını okşa!” tavsiyesinde bulundu⁹.

- “Ben, her mümine kendi nefisinden daha ileriyim, daha yakınım. Bir kimse

¹ UŞAN, M. Fatih, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-2009, s. 57; SÖZER, Ali Nazım, Türkiye’de Sosyal Hukuk, Ankara-1994, s. 30; ARICI, Kadir, Sosyal Güvenlik, Ankara-1999, s.138, KORKUSUZ, M. Refik, UĞUR, Suat, Sosyal Güvenlik Hukukuna Giriş, Ekin Yayınları, 2. Baskı, Bursa-2010, s. 113.

² Ed-Duhâ suresi, 9.

³ En-Nisâ Suresi, 127. ayet.

⁴ Heysemî, VIII, 163.

⁵ Sunen-i İbn-i Mâce, Edeb, 6.

⁶ Tirmizî, Birr, 14/1917.

⁷ Sunen-i Ahmed, V, 250.

⁸ Sahihi Buhârî, Edeb, 24.

⁹ Sunen-i Ahmed, II, 263, 387.

ölürken mal bırakırsa o mal kendi yakınlarına âittir. Fakat borç veya yetimler bıraksın, o borç bana âittir; yetimlere bakmak da benim vazîfemdir.”¹⁰

Genel olarak, İslam dinindeki “yetim ve fakir”e karşı sorumluluk hissi, küçük ve kendi bakımını gerçekleştiremeyecek kimseler için geliştirilen müesseselerle de zenginleştirilmiştir. Özellikle şartları tutan çocukların koruma altına alınması, bugün için batıdan alınma bir uygulama ise de, aslında geleneksel Osmanlı-İslam kültüründe var olan “yetime sahip çıkma” kültürünün günümüzdeki görünümünden başka bir şey değildir. Özellikle savaşlarda, büyük göçlerde veya salgın hastalıklarda ebeveynini kaybetmiş ve aile içinde yakınları da bulunmayan çocukların kamu kontrolü altında, ekonomik gücü olan ailelerin yanına verilmesi bir kültür olarak bizim toplumumuzun temel değerleri ile örtüşen bir durumdur.

İslam dininin yayılmaya başlamasıyla birlikte ekonomik durumu elverişli olan Müslümanlar, yetim ve kimsesiz çocukları evine alarak büyütme ve bu çocuklar reşit oluncaya dek bakımlarını üstlenmeye başlamıştır. Bu durum Osmanlı uygulamasında da yaygın olarak gerçekleşmiştir. Osmanlı İmparatorluğu yıkılma sürecindeyken bile savaşlarda mağdur olan çocukları korumaya yönelik bazı düzenlemelerde bulunulmuş, bu düzenlemeler günümüzdeki ÇHGM'nin temelini oluşturmuştur ¹¹.

Kurtuluş savaşının önde gelen komutanlarından Kazım Karabekir Paşa 15. Kordolu Komutanı olarak Doğu Anadolu'da görev yaptığı sürece başarılı askeri faaliyetlerinin yanısıra bölgenin sosyal, kültürel ve eğitim amaçlı faaliyetler bakımından kalkınmasını amaçlayan çalışmalar da gerçekleştirmiştir. Yıllar süren savaşlardan sonra Doğu vilayetlerinde yetim ve öksüz kalan binlerce şehit çocuğunun, gerek yurtlarda ve gerekse, bu günkü ifade ile koruyucu aileler vasıtasıyla devletin himayesine alınması ve bir kısmının bakımının köylülere bırakılması kimsesiz çocuklara gösterilen özenin yakın tarihimizdeki örneklerindedir ¹².

¹⁰ Sahih-i Müslim, Cuma, 43; Sunen-i İbn-i Mâce, Mukaddime, 7.

¹¹ Osmanlı imparatorluğu döneminde, bu günkü çocuk esirgeme kurumunun temelini oluşturan faaliyetlere yönelik olarak, resmi olarak aşağıdaki aşamalar kaydedildi.;

-1917 (6Mart) İstanbul Himaye-i Etfal Cemiyeti İstanbul'da kuruldu.

-1917 (1Mayıs) İstanbul Himaye-i Etfal Cemiyeti Kurucular Kurulu İlk toplantısı yapıldı.

-1917 (1Kasım) Şehzadebaşı Muayenehanesinin (Dispanser) açılışı gerçekleşti.

-1917 (28 Kasım) Firuz Ağa'da ilk Çocuk Misafirhanesinin açılışı yapıldı.

¹² Zira bu çocuklar sefalet içerisinde yaşam mücadelesi vermekteydi. Sahipsiz kalmış bu çocukların yeniden hayata kazandırılması için yapılması gereken belliydi: Sokaklardan kurtarmak ve iyi bir eğitim vererek meslek sahibi yapmak. Kazım Karabekir de bu amaçla bölgede bir çok eğitim öğretim kurumu kurarak yetim, sahipsiz kalmış bu çocukların eğitim alması için çabaladı. Karabekir'in bu yöndeki ilk faaliyeti Doğuya geldiği ilk günlerden itibaren başladı. 1919'da Erzurum'a giderken yol üzerinde Bayburt'ta gördüğü bakıma muhtaç çocukları Erzurum'a nakletme emri vermişti. Karabekir'in asıl çalışması ise Erzurum'da başladı. Kimsesiz çocuklara meslek kazandırmak amacıyla 24 Mayıs 1919'da Erzurum Darüleytam'ından (Yetim Yurdu) aldığı 12 yaşından küçük 33 çocuğu iki Kordulukluk sanayi takımlarına dahil etti. 1922 yılına gelindiğinde Çocuklar Ordusu Teşkilatı; Sarıkamış; Trabzon, Kars, Kağızman, Beyazıt, Iğdır, Ardahan, Artvin, Rize, Sürmene ve Erzincan dahil olmak üzere 17 Alay halinde örgütlenmişti. Tüm okullar Sarıkamış'ta bulunan Çocuklar Ordusu Teşkilatına bağlı idi. Her okulun aynı tarzda bir bayrağı vardı ve bayrak üzerinde alayın numarası bulunmaktaydı. 1923 yılında bu okullardaki çocukların sayısı 6000'e yaklaşmıştı. Karabekir yalnızca yetim Müslüman çocuklara değil yetim Ermeni çocuklarına da aynı muameleyi yapmıştı. Trabzon'da bir okulu yetim kalmış olan Ermeni çocukları için tahsis etmişti. Kazım Karabekir Paşa bizzat örgütlediği bu eğitim-öğretim faaliyeti ile bölgedeki yetim, öksüz çocuklara sahip çıktı. Sahipsiz çocukları ölümden sefaletten kurtararak onların meslek sahibi olmalarını sağladı. Bu çalışmaları ile Doğudaki askeri başarılarının yanına bölgedeki çocukların da babası oldu. Kendisine Yetimler Babası dendi. “1.

II. KORUMA ALTINA ALINAN ÇOCUKLARA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de, sosyal hizmet olarak en gözle görülen çalışmalarından biri çocuklara ve gençlere yönelik hizmetlerdir. Çocuk ve gençlerin korunup kollanmalarına yönelik bakım hizmeti modelleri dahil kamusal müdahaleyi de içeren sosyal hizmetler ile ilgili uygulamalar özellikle ikinci dünya savaşı sonrasında daha da teknik bir boyuta taşınmıştır. Bir ihtiyaç durumunda kurumsal bakım modeli ile birlikte yürütülen “Pflege /Foster /Bakıcı (Koruyucu) Aile Modeli” uygulaması da ihtiyaçlara göre daha teknik ve profesyonel niteliği öne çıkaran bir ruhsatlı/ belgeli bir uygulamaya dönüşmüştür. Tarihi gelişim itibarıyla, daha önce tamamen inanan insanların özverisi ve katkısı ile sağlanan “çocukların koruma altına alınması” imkanı terk edilerek, ihtiyaç gruplarına yönelik (sosyal) eğitimlik boyutu ön plana çıkaran bir sosyal hizmet kategorisine dönüşmüştür. Diğer bir deyimle kurum, bakım sürecinin bir parçası olarak veya belli bir ihtiyaca/işleve yönelik kamu adına nitelikli hizmet alınımının yapıldığı teknik bir bakım modeli olarak ortaya çıkmıştır.

Genel olarak çocukların, kendi ana babalarının velayetinde büyüüp yetişmesi, toplumun onurlu birer bireyi olarak yetişmesi asıldır. Devletler, genel olarak, bu ilkeyi, hayatın doğal akışı içinde önemserler¹³, ¹⁴. Ancak, her zaman çocuğun yetişmesi aile içinde olamamakta ve devletin de müdahalesini gerektiren çok karmaşık yapılar ortaya çıkabilmektedir.

Günümüzde ise, bu kurumun tıpkı diğer kurumlar gibi, daha fazla kurala bağlanmasıyla, belli durumlardaki çocukların geleceğe hazırlanması ve toplumun onurlu birer bireyi olarak toplumdaki yerlerinin hazırlanması amaçlanmaktadır.

Osmanlı İmparatorluğu'nun yıkılması ve yerine Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulması ile birlikte ülkemizde son bir asırdır Roma Hukuku felsefesine ve sistemine dayalı Kıta Avrupası hukuku uygulanmaya başlanmıştır. Bu anlamda çocuk ve gençler için medeni hukuk kapsamında idari bir görev ve yükümlülük çerçevesinde kamusal müdahale yetkisini de içeren “koruma” uygulamaları ile ceza hukuku alanında ayrı ayrı ve paralel uygulamalar ve yapılanmalar ortaya çıkmıştır. Bu gelişme

Kimsesiz kız çocuklarının arasında yaşları uygun olanlar, Karabekir'in açtığı okulları bitiren kimsesiz erkek çocuklarla evlendirilmektedir.

2. Kızların bir bölümü ebe ve diğış kurslarına gönderilerek köylere dağıtılmıştır.

3. Ancak daha küçükler ailelere dağıtılmaktadır.

Görüldüğü gibi olağandışı bir konjonktürde dahi, savaş koşullarında kimsesiz kalmış çocuklara yönelik ciddi çalışmalar yapmış olan Kazım Karabekir, o dönemde yaşanan savaş mağduriyetinin çocuklar üzerindeki olumsuz etkisini bir nebze olsun hafifletmiştir.

<http://www.dunyabulteni.net/?aType=haberYazdir&ArticleID=216889&tip=haber> E.T. 15.09.2012. Daha geniş bilgi için bkz. KARABEKİR, Kazım, Çocuk Davamız 1, İstanbul: Emre Yayınları, 1995, s. 9; KÖSTÜKLÜ, Nuri, “Kâzım Karabekir'in Açtığı Okullar,” Belgelerle Türk Tarihi Dergisi, Sayı 5, Temmuz 1985, İstanbul, s. 31.

¹³ Çocuk, doğumundan belirli bir süre sonra başlamak üzere dış çevreyi ve bu çevredeki süje ve olayları kendi yetenekleri ve içgüdüleri ile değerlendirmeye başlar. Fakat bu hal belirli bir süre sonra değişir ve çocuğun dış çevre hakkındaki bu değerlendirmelerinde ailenin önemli rol oynadığı görülür. Aile içindeki düzen, şartlar ve eğitim tarzı çocuğun kişiliği ve dış çevre ile olan ilişkileri üzerinde geniş ölçüde etkide bulunur. Bu hal, çocuğun kişisel ve ekonomik serbestiye kavuşmasına kadar, bazı hallerde belki bundan sonra da devam eder.

¹⁴ auhf.ankara.edu.tr/dergiler/.../AUHF-1968-25-01-02-Zevkliler.pdf Erişim tarihi 15.

dolayısıyla, bir yargısal hizmet olarak Çocuk Koruma Kanununda birlikte düzenlenmiştir¹⁵. Özellikle 2004 yılında Avrupa Sosyal Şartı'nın iç hukukun bir parçası olması bağlamında bu yöndeki hizmetleri vermekle yükümlü kılınan "idare" de, "bakım" hizmetini çok ciddi bir şekilde üstlenmeye başlamıştır. Karar ve denetim ise yargısal bir hizmet olarak işlevselleştirilmiştir. Dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı olabilecek yapısal sorunları da içeren kendine özgün bir uygulama ve yapılanma öngörülmüştür¹⁶.

Uluslararası düzeyde de düzenleme altına alınan (Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 1990), ve ülkemizde kabul edilen 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu (1983 tarihli SHÇEK Kanunu), ve bu kanuna bağlı yönetmelik, korunmaya muhtaç çocukların bakımını ve gelişmelerinin izlenmesi görevini devlete yüklemiştir. Sözü edilen kanunla düzenlenen kurum, 633 sayılı yasa ile "Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü" (ÇHGM) olarak değiştirilmiş ve "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı"na bağlanmıştır. Bu kanunun kabulünden sonra, Devlet adına, ağırlıklı olarak, söz konusu hizmeti, önceki dönemden daha fazla yoğunlukta olmak üzere, bu Kurum (ÇHGM) ifa etmeye başlamıştır. Özellikle de korunmaya muhtaç çocukları topluma kazandırma ve kendilerine yeterli bireyler olmalarını amaçlayarak hizmet sunmaktadır.

Yeni düzenleme; Kurum'da çalışan bütün profesyonellerin, bu durumdaki çocukların büyümesi, gelişmesi, sosyalleşmesi, olumlu kimlik kazanması, gelecekte kendi kendine yeterli bir birey konumuna gelmesine yönelik görev ve sorumluluklarını düzenlemektedir.

2828 ve sonradan kabul edilen 633 ve 5395 sayılı kanunun felsefesi, çocuğun bakım ve korunmasını kendi "öz ailesi içinde" mümkün hale getirmektir. Fakat öz aile içinde bu amaç gerçekleşmiyorsa, diğer bakım yollarına başvurmaktadır. Diğer bakım yolları arasında, öncelikle "koruyucu aile bakımı" yöntemine de başvurulması öngörülmektedir. "Kurum bakımı" ise, koruyucu aile bakımının çocuk için faydalı görülmediği veya koruyucu aile bakımı konusunda herhangi bir başvurunun olmadığı durumlarda öngörülen bir yoldur.

III.ÇOCUĞUN KORUMA ALTINA ALINMA SEBEPLERİ VE MEVCUT FİİLİ DURUM

A. Çocuğun Koruma Altına Alınma Gereçekleri

5395 sayılı yasa ile bu konuda kabul edilip yürürlüğe giren diğer yasalar; korunmaya muhtaç çocukları, "beden, ruh ve ahlaki gelişmeleri tehlikede olup, anne ve babasız, anne ve babası belli olmayan, anne ve babası tarafından terk edilen, anne ve babası tarafından ihmal edilip, fuhuşa, dilencilige, alkollü içkileri ve uyuşturucu maddeleri kullanmaya ve serseriliğe sürüklenmek tehlikesine maruz kalan çocuklar" olarak tanımlamıştır. Bu durumdaki çocukların koruma altına alınabilmesi için; yetkili ve görevli mahkemece koruma kararı veya acil hallerde valilik oluru gerekmektedir.

Kurumca koruma altına alınacak çocuklar için, ihtiyati tedbir mahiyetinde olmak üzere, çocuğun bakılacağı yerde bulunan çocuk mahkemesinden, bu mahkemenin bulunmaması halinde söz konusu yerleşim yerinde bulunan aile mahkeme-

¹⁵ <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/> E.T. 12.09.2012.

¹⁶ TARIMEVİ, Nihat, Çocuk Koruma (ma) Kanunu-2, SABEV Yayınevi, Aralık 2008, s.112.

sinden, bir alt başlık altında incelendiği üzere, “koruma kararı” alınır¹⁷.

B. Mevcut Fiili Durum

Kurumun kontrolünde, koruma altına alınan çocukların, korunma nedenlerinin başında “ekonomik ve sosyal yoksunluk (% 76,6)” gelmektedir. Ebeveynlerinin terk etmesi sonucu devlet tarafından korunan çocuk oranı % 25,6’ dır. Çocukların yaşadıkları yoksulluklar (ekonomik, sevgi ve aile) ve yoksunluklar (ait olmayı tam yaşayamama, karşılıklı ilişkilerde güvenli sevgi ile bağlanabilme, ilişkileri sürdürebilme) onların daha özenli bir bakıma gereksinim duymalarına neden olabilmektedir¹⁸.

Bütün çabalara rağmen, 2012 yılının temmuz ayına değin, Türkiye’de koruma altına alınan çocuk sayısı 1340’ tır. Öte yandan, ÇHGM verilerine göre, Kurum’dan evlatlık almak isteyen ailelerin sayısı 1.700’ dür. Aşağıda işaret edileceği üzere, iki farklı kurum olarak, pozitif hukuk düzenimizde düzenlenmiş olan bu kurumlardan, kanaatimize göre, koruyucu aile kurumu, evlat edinme kurumundan çok daha faydalı ve geleneksel yapımıza çok daha uygundur¹⁹.

ÇHGM’ nün verdiği şifahi bilgiye göre, aşağıdaki gerekçeler, ülkemizde “koruyucu aile müessesesi” nin gelişmesini engellemektedir.

- Ülkemizde ailelere “koruyucu aile müessesesi” hakkında yeterince bilgi sahibi değil. Genel olarak, bu kurum “evlatlık müessesesi” ile karıştırılıyor.

- Koruyucu aile olabilecek aileler, psikolojik olarak kendilerini bu konuda ikna edemiyorlar.

- Koruyucu aile olabilecek kimselere, tereddütlerini gidermeye yetecek ölçüde bilgi verilemiyor.

- Sosyo-kültürel sebepler de, bu kurumun gelişmesini engelliyor.

- Dini Saikler, örneğin dinimizde böyle bir kurumun olmadığı şeklindeki yanlış izlenim, bu kurumun gelişmesini engelliyor.

IV. MAHKEME TARAFINDAN KORUYUCU TEDBİR KARARI ALINMASI

A. Yetkili Mahkeme

5395 sayılı “Çocuk Koruma Kanunu”na göre, mahkeme tarafından koruyucu tedbir alınması sözü edilen yetkili hakim ile ve belirtilen usul ve esaslarda yapılır.

- Korunma ihtiyacı olan çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun menfaatleri bakımından kendisinin, ana, baba, vasisi veya birlikte yaşadığı kimselerin bulunduğu yerdeki çocuk hâkimince alınır.

- Tedbir kararlarının uygulanması, kararı veren hâkim veya mahkemece en geç

¹⁷ KORKUSUZ/ UĞUR, s. 113; 5395 sayılı yasa, m. 47 uyarınca çıkarılan Yönetmelik m. 8.

¹⁸ ÇETİN, Hacer, Korunmaya Muhtaç Çocuklar Nasıl Olmalıdır?, Fırat Sağlık Hizmetleri Dergisi, Cilt; 3, Sayı; 9, Yıl 2008, s. 142.

¹⁹ Aileye Döndürülen Çocuk 8457

Evlat Edindirme Hizmetlerinden Yararlanan Çocuk 15 0

Koruma Altına Alınmadan Aile Yanında Desteklenen Çocuk 31230

Koruyucu Aile Sayısı 1233

Koruyucu Aile Yanındaki Çocuk 1344

Ara Toplam: 42279 <http://www.cocukhizmetleri.gov.tr/tr/html/117/Istatistikler/> E.T. 15.09.2012

Oysa ülkemizde, ÇHGM’ nün verdiği verilere göre, ülkemizde 14 milyon civarında aile ve bunlardan 8 milyon kadarı, koruyucu aile olabilecek durumdadır. Ancak, yukarıda belirtilen gerekçeler, koruyucu aile müessesesinin gelişmesini engellemektedir

üçer aylık sürelerle incelettirilir.

- Hâkim veya mahkeme; denetim memurları, çocuğun velisi, vasisi, bakım ve gözetimini üstlenen kimselerin, tedbir kararını yerine getiren kişi ve kuruluşun temsilcisi ile Cumhuriyet savcısının talebi üzerine veya re'sen çocuğa uygulanan tedbirin sonuçlarını inceleyerek kaldırabilir, süresini uzatabilir veya değiştirebilir. Öte yandan, 5395 sayılı yasanın 47. Maddesine göre çıkarılan yönetmeliğe göre, acil hallerde Valilik onayı ile de koruyucu aileye çocuk teslim edilebilmektedir (5395 sayılı yasanın 47. Maddesine göre çıkarılan yönetmelik, m. 8).

B. Koruyucu Aileye Çocuğun Teslim Edilebilmesi İçin Gereken Kararın Alınmasında İzlenen Yol

Bir çocuğun koruma altına alınabilmesi ve koruyucu aileye teslim edilmesi için aşağıdaki usul ve esaslar izlenmelidir.

Çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı; çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, ÇHGM ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re' sen çocuk hâkimi tarafından alınabilir.

- Tedbir kararı verilmeden önce çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılabilir.

- Tedbirin türü kararda gösterilir. Bir veya birden fazla tedbire karar verilebilir.

- Hâkim, hakkında koruyucu ve destekleyici tedbire karar verdiği çocuğun denetim altına alınmasına da karar verebilir.

- Hâkim, çocuğun gelişimini göz önünde bulundurarak koruyucu ve destekleyici tedbirin kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verebilir. Bu karar acele hâllerde, çocuğun bulunduğu yer hâkimi tarafından da verilebilir. Ancak bu durumda karar, önceki kararı alan hâkim veya mahkemeye bildirilir.

- Tedbirin uygulanması, onsekiz yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden sona erer. Ancak hâkim, eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için ve rızası alınmak suretiyle tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verebilir.

- Mahkeme, korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında, koruyucu ve destekleyici tedbir kararının yanında 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre velayet, vesayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında da karar vermeye yetkilidir (5395 s.y. m.7). Ancak, çocuğun koruma altına alınmasına ilişkin verilen tedbir kararının içeriğinde, uygulamada, çoğunlukla, sözü edilen Medeni kanun hükmü tatbik edilmemekte ve mahkemeler, bu yönde karar almamaktadırlar.

C. Acil Korunma Kararı Alınması

- Derhâl korunma altına alınmasını gerektiren bir durumun varlığı hâlinde çocuk, ÇHGM tarafından bakım ve gözetim altına alındıktan sonra acil korunma kararının alınması için Kurum tarafından çocuğun Kuruma geldiği tarihten itibaren en geç beş gün içinde çocuk hâkimine müracaat edilir. Hâkim tarafından, üç gün içinde talep hakkında karar verilir. Hâkim, çocuğun bulunduğu yerin gizli tutulmasına ve gerektiğinde kişisel ilişkinin tesisine karar verebilir.

- Acil korunma kararı en fazla otuz günlük süre ile sınırlı olmak üzere verilebilir. Bu süre içinde Kurumca çocuk hakkında sosyal inceleme yapılır. Kurum, yaptığı inceleme sonucunda, tedbir kararı alınmasının gerekmediği sonucuna varırsa bu yöndeki görüşünü ve sağlayacağı hizmetleri hâkime bildirir. Çocuğun, ailesine teslim edilip edilmeyeceğine veya uygun görülen başkaca bir tedbire hâkim tara-

findan karar verilir.

- Kurum, çocuk hakkında tedbir kararı alınması gerektiği sonucuna varırsa hâkimden koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesini talep eder.

ÇHGM tarafından, kendisine intikal eden olaylarda gerekli önlemler derhâl alınarak çocuk, resmî veya özel kuruluşlara yerleştirilir(5395 s.y. m. 9, 10).

V. BAKIMA MUHTAÇ OLAN ÇOCUKLARA, DEVLETİN SAĞLADIĞI, BAKIM ÇEŞİTLERİ

Bakıma muhtaç olan çocuklar, ülkemiz sisteminde, başlıca iki türlü bakım imkanına sahiptirler.

A. ÇHGM (Kurum) Bakımı

Kuruma ait kurumları değişik şekilde tavsif etmek mümkün ise de, özde bu durumdaki çocuklar yetiştirme yurtları (13-18 yaş arası) ya da çocuk yuvaları'nda (0- 12 yaş) bakılabilmektedir. Bu Kurumdaki hizmetler günden güne gelişmekle beraber, II. Milli Sosyal Hizmetler Konferansı'nda belirtildiği gibi, bir çok faydalar yanında, bazı mahzurları da vardır²⁰. 2012 ağustos ayı itibarıyla Kurum'da kalan çocuk sayısı, 8.300'ün üzerindedir.

B. Koruyucu Aile Bakımı

Korunmaya muhtaç çocuklara yönelik bir sosyal hizmet türü olan “koruyucu aile bakımı”, çocuğa ailesinin bakamadığı veya çocuğun evlat olarak verilmesinin mümkün olmadığı ya da uygun görülmediği durumlarda, devletin sağlayacağı destek ile bu çocuğun öz ebeveyninin yerini alabilecek bir aile yanında geçici ya da sürekli olarak bakımının sağlanmasıdır²¹.

Koruyucu aile; Mahkemece hakkında korunma kararı alınan (acil hallerde valilik onayı ile korunma tedbiri altına alınan) çocuğun, ÇHGM il müdürlükleri denetiminde kısa veya uzun süreli, bedelli veya bedelsiz olarak bakımını üstlenen, çocuğun aile ortamında yaşamını sağlayan aile ortamında bakımını gerçekleştirecek ve öz ana-baba yerini tutabilecek aileler veya kişilerdir (Yönetmelik, m.4.).

Koruyucu aile bakımı ile evlat edinme kurumunu karıştırmamak gerekir. Evlatlık müessesesi, hukuki ve fiili şartları ile sonuçları açısından, Kurum aracılığı ile koruma altına alınan çocuğun bakılması sisteminden çok farklı bir kurumdur²². Öncelikle “evlat edinme” bir Medeni Kanun kurumu' dur. Evlat edinenle evlatlık arasında evlilik için soy bağına benzer olup; hakimın izni ile tamamlanan ve evlat edinene, evlat edinen kişinin mirasçısı olma ve soyadını taşıma hakkını da tanıyan hukuksal bir statü vermektedir. Koruyucu aile bakımı ise, çocuğun korunması

²⁰ ŞAHİN, Halit, Kimsesiz Çocuklar Konusunda Bakım Şekilleri ve Koruyucu Aile Uygulaması, (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara-1975, s.28; ŞENOCAK, Hasan, Korunmaya Muhtaç Çocuklara Sağlanan Bakım Yöntemleri, s.190.

²¹ ŞENOCAK, s.192.

²² Evlat edinmenin temel şartları;

Evlat edinen kişinin en az 30 yaşında olması ve evlat edinilen kişi arasında en az 18 yaş olması (karı-koca en az 5 yıldır evli olması halinde 30 yaş şartı aranmaz) gereklidir.

Evlat edinilen küçük olması durumunda ebeveynin muvafakatı gerekir.

Evlat edinilen mümeyyiz ise, evlat edinmeye rıza göstermesi lazımdır.

Evlat edinilen kişinin bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması gerekir.

Evlat edinme işleminin çocuğun yararına olması gerekir.

Mahkeme kararı ile bu statünün tanınması gerekir.

Bütün bu şartlardan sonra evlat edinmek mümkün olabilir (Bkz. MK. m.305).

amacını güden ve ÇHGM' nün denetimi ve gözetimi altında yürütülen bir çocuk refahı hizmetidir.

Çocuk koruyucu aile yanına kısa ya da uzun bir süre veya kimsesiz ise reşit oluncaya kadar yerleştirilir. Koruyucu aile yanına yerleştirme çocukla koruyucu aile arasında hısımlık bağı oluşturmaz, çocuk koruyucu ebeveynin velayeti altına girmez. Bununla birlikte eğer velisi yoksa, hakim koruyucu ana-babayı ya da bunlardan birisini çocuğa vasi atayabilir. Ancak, uygulamada çoğunlukla, Hakimlerin vasi atamaktan çekindiği görülmektedir. Bu durum da, koruyucu ailelerin eğitim aşamasında bulunan çocuğun okul ile olan ilişkilerinde “veli” ya da “vasi” sıfatını kullanamamalarına ve bu nedenle, çok problemlerin meydana gelmesine neden olmaktadır. Bu nedenle, bu konuda hakimlere “koruyucu aileye teslim kararı ile birlikte” teslim edilen aileye “vasilik” kararını da verecek şekilde yasada değişiklik yapılması gerekmektedir.

Öte yandan, Koruyucu ailelerin sayısının artırılması için “kamu spotu” reklamlarından yararlanılması mümkün olduğu gibi Diyanet İşleri Başkanlığı' nın vaaz ve hutbelerinden de yararlanılmalıdır. Esasen bizim kültürümüze hiç de yabancı olmayan bu müessese, günümüzde aşağıda belirtilen bazı çekinceler nedeniyle, yeterince, neşv-ü nema bulamamakta ve çocuklar da hak ettikleri şekilde bu kurumdan yararlanamamaktadır. Bu sorunun üstesinden kamunun aydınlatılması yolu ile gelinebileceğini düşünüyorum.

VI. KORUYUCU AİLE BAKIMININ FAYDALARI

Tarih boyunca, bu topraklarda benzer uygulaması çok sık görülen, “koruyucu aile bakımı” nın hem kuruma, hem çocuğa hem de aileye faydası bulunmaktadır. Başlıca faydaları şu şekilde tespit etmek mümkündür.

A. Çocuğa aile sıcaklığı imkanı tanımaktadır. Zira, bu tür koruma altına alınan çocuklar, kanuni ve fiili sebeplerle normal aile sıcaklığını elde edemedikleri için, yargı kararı (acil hallerde valilik onayı) ile koruyucu aileye gelmiş çocuklardır. Aile sıcaklığı, ortamında yetişen bir çocuğun toplumla kaynaşması ve toplumun kendisinden beklediği birey olmasında, çok önemli katkı sağlamaktadır

B. Çocuk kendi ailesinden uzak durduğu süre içinde sosyal hizmet uzmanlarının, çocuğun asıl ailesi ile ilgili sorunları tespit etmek için çalışma imkanı bulunmaktadır.

C. Koruyucu aile olan kişiler, bir takım yasal süzgeçten geçtikleri ve gerekli araştırmalar sonucunda seçim yapıldığı için, çocuğun kendi ailesinde çektiği sıkıntıyı çekmeyecektir.

D. Koruyucu aileler de, kendi bütçelerine katkı sağlama, yalnızlığa bir çözüm, aileyi daha da genişletme, evlat yetiştirmenin getirdiği sosyal konumu elde etme ve çocuk eksikliği sonucunda, içine düştüğü psikolojik sıkıntıyı, telafi etme imkanı elde etmektedirler.

E. Koruyucu aile, kurum bakımına nazaran daha ucuz bir sosyal hizmet üretmekte ve daha sıcak ilişkiler tesis ederek çocuğun geleceğini sağlama imkanına sahip olmaktadır²³.

F. Evlat edinmede, evlat edinilen kişinin, eski ailesi ile bağı kopmakta; koruyucu

²³ ŞENOCAK, s.201.

ailede ise, eski ailesi ile olan hukuksal ilişkiler devam etmektedir.

VII. KORUYUCU AİLE OLMA ŞARTLARI

A. Yasal Başvuruda Bulunmak

Koruyucu aile olmak isteyenlerin öncelikle, bu yöndeki beyanlarını havi, başvurularını, Kuruma ait il müdürlüklerine, yapmaları gerekir. Bu konuda başvurusu kabul edilenler hakkında çevre ve ekonomik koşulları, yaşlan, kişilik özellikleri, evlilik ve sosyal ilişkileri, çocuk yetiştirme konusunda tutum ve davranışları, diğer aile üyelerinin bu konudaki düşünceleri ve çocuk ile koruyucu aile ilişkileri açısından önem taşıyan benzeri hususlar dikkate alınarak sosyal inceleme yapılır.

B. Yapılan İnceleme Sonucunda “Koruyucu Aile Komisyonu” Tarafından Olumlu Rapor Verilmesi Gerekir

Yapılan inceleme ve değerlendirmeler sonucunda hazırlanan dosya “Koruyucu Aile Komisyonuna (il müdürü başkanlığında, aile ve çocuk hizmetleri şube müdürü, bulunmadığı illerde ise bu hizmetlerden sorumlu sosyal çalışmacı ve aile ile ilgili mesleki çalışmaları yürüten sosyal çalışmacıdan oluşan) iletilir.

İl Müdürlüklerince bir koruyucu aileye en çok 3 çocuk yerleştirilir. Çocukların kardeş olması durumunda çocuk sayısı sınırlandırılmaz. İl müdürlükleri ile yanına çocuk yerleştirilen koruyucu aile arasında sözleşme imzalanır ve çocuk aileye teslim edilir (Koruyucu Aile Yönetmeliği, R.G. 14.10.1983 T., 21728 S., m.12.).

C. Başvuranın Belli Şartlara Sahip Olması Gerekir

Koruyucu Ailenin Seçimi, ilgili yönetmeliğin 8. Maddesine göre yapılır. Buna göre koruyucu aile olmak istemi ile başvuru yapan kimsenin;

1. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı,

2. Türkiye’de sürekli ikamet eden, en az ilkokul mezunu,

3. 25-50 yaş arasındaki kişiler, evli iseler eşleriyle birlikte, koruyucu aile olmak üzere il müdürlüklerine başvurabilirler. Çocuğun velayet sorumluluğunu taşıyan kişiler, aynı çocuğun koruyucu ailesi olamazlar.

4. Akrabaların ya da belli bir süredir devam eden ana-baba-çocuk ilişkisinin kurulduğu ailelerin koruyucu aile olmak istemesi halinde, yapılacak sosyal inceleme sonucuna göre bunlardan yaş ve eğitim koşulu aranmayabilir. Koruyucu aile adayları ve çocuk arasında, ana-baba-çocuk ilişkisinin kurulması ve birebir ilişki sağlanması esasları çerçevesinde, aday ailenin yaşı değerlendirilir.

5. Koruyucu aile olmak üzere İl Müdürlüklerine başvuran kişilere koruyucu aile hizmetinin esasları ve işleyişi ile koruyucu aileye yerleştirilecek çocukların özellikleri hakkında bilgi verilerek ilk görüşme yapılır. İlk görüşme formu doldurulur ve müracaatçının yazılı başvurusu alınarak yönetmeliğin belirlediği belgeler istenir (Yönetmelik, m. 1,2).

6. Adli sicil kaydının bulunmadığına ilişkin yazılı beyan,

7. Koruyucu aile olacak kişilerin çocuğun bakımını, psiko-sosyal gelişimini ve eğitimini etkileyecek ya da çocuğa zarar verecek düzeyde fiziksel engeli, ruhsal rahatsızlığı ve bulaşıcı hastalığının olmadığını gösterir rapor istenir. Sosyal çalışmacı, gerekli görmesi halinde kişinin sağlığına, devam eden hastalığına veya bağımlılığına ilişkin ayrıntılı rapor da isteyebilir.

Kişilerin evli olması halinde her iki eş için de aynı belgeler istenir.

Aile ile birlikte yaşayan kişilerin bulunması halinde, bu kişilerden de adli sicil kaydının bulunmadığına ilişkin yazılı beyan ve ruhsal rahatsızlığı ile bulaşıcı hastalığı bulunmadığına dair rapor istenir (Yönetmelik değişik fıkra: 31/07/2009 - 27305 S.R.G Yön\1.m.).

VIII. KORUYUCU AİLENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Koruyucu aile, aşağıdaki yükümlülükleri yerine getirmek zorundadır;

a. Yanına yerleştirilen çocuğun öncelikle fiziksel ve psiko-sosyal gelişiminin sağlıklı olabilmesi için gerekli koşulları sağlamak,

b. Çocuğun yeteneklerinin ve becerisinin el verdiği ölçüde öncelikle eğitim ve öğretimi ya da meslek sahibi edindirilmesi için gerekli çabayı göstermek,

c. Çocuğun varsa öz ailesi ve akrabaları ile uygun görülen şekil ve zamanda görüşmesini sağlamak,

d. Koruyucu aileye ve yerleştirilen çocuklara ilişkin olarak mesleki çalışmalarını yürüten sosyal çalışmacılara gerekli koşulları hazırlamak,

e. Adres ve ikametgah değişikliklerini, bu değişiklik gerçekleşmeden önce İl Müdürlüğüne bildirmekle, yükümlüdür (Yönetmelik, m.13.).

f. Koruyucu aileden geri alınan çocuk öncelikle öz ailesi yanına, bunun mümkün veya uygun olmaması durumunda başka bir koruyucu aile yanına yerleştirilir. Uygun koruyucu aile bulunamaması halinde çocuk, yaş durumu dikkate alınarak bir kuruluştaki bakım altına alınır (Yönetmelik, m.17).

g. Koruyucu aile, yasa ve sözleşme ile hüküm altına alınan şekil ve şartlarda çocuğa bakmakla yükümlüdür. Koruyucu aile ve yanına yerleştirilen çocuk, görevli sosyal çalışmacı düzenli olarak izlenir. Ortaya çıkan sorunların çözümüne yönelik gerekli mesleki çalışmalar yapılır. Gerekirse, koruyucu aile statüsü iptal edilir (Yönetmelik, m.14,15, 16.).

Ancak, yukarıda belirtilen ve koruyucu aile statüsünün iptaline ilişkin hüküm, uygulamada, tartışmalara neden olmaktadır. Zira, bir sosyal çalışmacı görevlinin hazırlayacağı bir raporun her zaman objektif olmayabileceği ve bunun yerine en az üç kişiden oluşan bir sosyal çalışmacı ekibin vereceği karar ile koruyucu aile statüsünün iptal edilebilmesinin sağlanması için, yönetmelikte gereken değişiklik yapılması gerektiği, bu tür toplantılarda sürekli olarak, gündeme getirilmektedir.

Nitelikli ve teknik bir işleve yönelik “Koruyucu Aile” uygulaması ise hem böyle bir kurumsal bakım uygulamasının bir parçası olmalı ve bu bağlamda özellikle işleve yönelik belli bir eğitimden geçmiş ve belgelenmiş (ruhsatlandırılmış) “koruyucu aile” ler uygulamada daha çok “eğitmenlik” boyutu ile öne çıkartılmalıdır.” Bu bağlamda özellikle 0-4 yaş gurubuna yönelik hemşirelik, çocuk gelişimi veya ana okulu eğitimi gibi konularda eğitim almış (emekli de) aile üyeleri veya suçla sürüklenen gençlere yönelik başta meslek okulu öğretmenleri, psikologlar, veya belli eğitimden geçmiş Rehber ve Psikolojik Danışmanlık Eğitimi almış (emekli de) kişilerin yer aldığı ailelerin “Eğitmen Aile” başlığı altında belli bir eğitimden sonra yer almaları sağlanabilir. Öngörülen “uzmanlaşmış koruyucu aile” yerine ise bu şekilde öngörülecek bu yöndeki aile üyelerinin eğitim durumu, becerileri, yetkinlikleri ve de işlevsellik “merhametin” de önünde değerlendirilebilir olabilmelidir. Uygulamaya böylece farklı bir boyutta getirilmelidir.

Ayrıca sık sık gündeme getirilen STK'ların uygulamada yer alması ve işlevleşmelerine yönelik yapılan öneriler için de bu çerçevede kamu ve medeni hukuk alanında yasal düzenlemeler yapılmalıdır."Hayırseverlik/yardımseverlik" özel alanda güvence altına alınırken hizmetin niteliği ve ulaşılabilirliğinin de hizmet alan açısından ayrıca güvence altına alınması gerektiği gibi, denetim altına da alınmalıdır ²⁴.

Çocuğun yurtdışına tatil için gitmesi halinde bile, İl müdürlüğünün teklifi ve Valinin onayının gerektiği hükmü de yönetmelikte yer almaktadır. Ancak, günümüz itibarıyla, bu bürokratik zorlamanın gereğinin bulunmadığı kanaatindeyiz.

IX. KORUMA ALTINA ALINANLARIN BAŞLICA SAĞLIK SORUNLARI VE SAĞLIK HİZMETLERİ

Türkiyede korunmaya muhtaç olup kurum bakımı altındaki çocukların % 7,6'sı özürdür. Bu çocukların % 97'sinin ise Kurum bakımı süresince önemli bir fiziksel hastalık geçirmediği belirtilmektedir. Sosyal servis görevlilerinden elde edilen verilere göre yuvalarda kalan çocukların % 61'i kurum bakımı sürecinde uyum sorunu ya da psikolojik sorun yaşamaktadırlar. Bunların en önemlisi % 20,3 ile "içe kapanıklık" tır ²⁵.

Eski Çocuk Esirgeme ve Sosyal Hizmetler Kurumu (yeni ÇHGM) raporuna göre, koruma altındaki çocukların % 60'ında gelişme geriliği vardır. Bunların; % 57'si dil, % 33'ü bilişsel, % 31'i kaba motor, % 10'u büyüme problemidir. Koruma altına gelişimsel problemleri ile alınan ve uzun süre orada kalan çocuklar, gelişimsel problemleri gözlemlendiği ve ancak bu sorunların ortaya çıkma nedenleri arasında kurum bakımına alınmadan önce yaşanan; çocukların ailelerinde yaşadıkları şiddet ve karışıklık, bağlanma problemleri ve kişilerarası ilişkilerde güvenmeme gibi travmatik deneyimlerin etkisinden de söz edilmektedir ²⁶. Ancak bu durum, ülkemize has bir durum değildir. Örneğin ABD' de yapılan bir araştırmada, koruma altındaki çocukların bağımsız yaşama yeteneklerini artırabilmek için eğitimleri zorunludur. Bu durumdaki şahıslar, başarılarını arttırmadıkları ve bu eksikleri nedeniyle, 18 yaşından sonra bu sistem dışında bağımsız yaşamaya hazır olmalarına engel olduğu ve kurumdan ayrılan kişilerin psikolojik ve sosyal yönden kurum dışında yaşayan akranlarına göre daha fazla risk taşıdıkları; ayrılanların çoğunun hapse girmek evsiz kalmak, kötü davranışların kurbanı olmak, erken gebelik ve ebeveynlik gibi önemli sorunlarla karşı karşıya geldikleri tespit edilmiştir ²⁷. Ancak bu sıkıntıların asgariye düşürülmesi mümkündür. Bunun için sosyal çalışmacılara büyük görev düşüğü muhakkaktır.

Çocuğun özellikle sağlığının gelişiminin izlenmesi, çocuğun diğer maddi ve manevi gelişimi konularında olduğu gibi, ÇHGM il müdürlüğü' ne bağlı sosyal çalışmacıya aittir. Bunun için, mutlaka bilgisayar verilerinden yararlanmalı ve kendi bilgi ve görgüsünün yeterli olmadığı durumlarda da, uzman kişilerin (örneğin çocuk psikologunun) yardımından faydalanması gerektiği tartışma dışıdır. Bu anlamda, koruma altına alınan çocukların ruhi ve bedensel gelişiminin takibinde sos-

²⁴ <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/> E.T. 12.09.2012.

²⁵ SHCEK Çocuk koruma sisteminin değerlendirilmesi nihai rapor 2007.

²⁶ Bkz. Rapor, s. 15 ve aynı konuda ÇETİN, s. 149.

²⁷ KOOLS, S., KENNEDDY, C (2003), "Foster child health and development; implications for primary care" Pediatric Nursing January-February, 29;1, 39-46, ÇETİN, s.150.

yal çalışmacının çok büyük önemi vardır.

Koruyucu ailede bakılan çocukların sağlık harcamaları için 1/6/2006 tarihli ve 26200 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 31/5/2006 tarihinde kabul edilen ve 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu hükümleri uygulanır (Yönetmelik, m.18. Değişik madde: 29/12/2006-26392 S.R.G. Yön/4.m.). Bu anlamda, devletin sunduğu hizmet de, yukarıda belirttiğimiz gibi, primsiz rejim ilkeleri çerçevesindedir ve çocuğun eski sağlığına kavuşması için bütün imkanlar seferber edilmek durumdadır.

X. KORUYUCU AİLELERE YAPILACAK ÖDEMELER

A. Koruyucu Ailelere Yapılacak Ödemeler İlişkin Esaslar

Koruyucu aile yanına yerleştirilen çocukların bakım, eğitim ve yetiştirilmesine ilişkin harcamalara karşılık olmak üzere talepte bulunan koruyucu ailelere, çocuk başına her yıl Bütçe Kanunu ile tespit edilecek memur maaş katsayısının, en yüksek Devlet memuru gösterge rakamlarıyla çarpımı sonucu bulunacak miktarın, aşağıda gösterilen oran kadarı hiçbir kesinti yapılmaksızın aylık net ödeme, Genel Müdürlükçe gönderilen ödenekten, koruyucu aile ve çocuğun takip edildiği İl Müdürlüğüne yapılır (Yönetmelik, m. 5, Değişik Madde: 29/12/2006-26392 S.R.G. Yön/5.m.).

YAŞ ORANLARI

- 0-6 yaş % 45’i
- 7-12 yaş % 50’si
- 13-18 yaş % 55’i
- 19+yaş % 60’i

Özürlü çocuklar için yapılacak ödemeler Genel Müdürlükçe belirlenen özür ve yaş durumuna göre yukarıda belirtilen rakamlar iki kat olarak uygulanır.

Bu kapsama giren ödemeler bütçe imkanları dahilinde yapılır.

B. Yapılacak Ödeme Şekli

Yukarıda belirtilen tutarlar her ayın birinci gününde peşin olarak ödenir. Çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirildiği ay ile koruyucu aile ilişkisinin sona erdiği ayda bakım yapılan günler esas alınarak oranlı ödeme yapılır (Yönetmelik, m. 22,23.).

C. Çocuklar İçin Yapılacak Ödemeler

Koruyucu aile yanında bakılan çocuklar için koruyucu ailelere aşağıdaki ödemeler, yasa ve yönetmelikler çerçevesinde, tediye edilir;

1) Koruyucu aile yanında bakılıp okula giden çocuklara, her yıl bir defaya mahsus olmak üzere Eylül ayında okul masraflarının karşılanması amacıyla, Yönetmeliğe göre yapılacak ödemeler üç kat olarak uygulanır. Ayrıca, koruyucu aile yanındaki bütün çocuklara, yıllık giyim masraflarının da karşılanması için Şubat ve Ağustos ayları ödemeleri iki kat tutarında yapılır.

2) Koruyucu aile hizmeti kapsamındaki, okula devam eden ya da öğrenimini sürdürmemiş çocuklara, Kuruluş bakımındaki çocuklara verilen miktarlar üye-

rinden harçlık ödenir.

3) Tam gün öğrenim görüp de yemeklerini evde yeme olanağı bulamayan çocuklara, öğrenim süresince harçlıkları iki kat artırılarak ödenir.

4) Okulu ailenin bulunduğu yerden uzak olanlardan okul servisi ile okullarına gitmek zorunda olan çocukların okul servis ücretleri ile özürlü çocukların servis ücretleri, servis bulunmaması halinde gidiş gelişlerdeki ulaştırma giderleri karşılığı otobüs bilet ücretleri ödenir.

5) Koruyucu aileyi ve çocuğu izlemekle görevli sosyal çalışmacının rehberliğinde yapılacak başvurular üzerine, bir meslek edinmek üzere kamu ya da özel kuruluşlar tarafından açılan kurslara katılacakların kurs süresince kurs bedelleri, eğitim ve öğretimlerine ilişkin etüt, kurs, yaz okulu, harç, sınav ve kayıt ücretleri ödenir.

6) Başka illere öğrenim amacı ile gitmesi gereken çocukların ulaştırma giderleri ödenir.

Birinci fıkrada belirtilen tutarlar Genel Müdürlükçe gönderilen ödenekten, talepte bulunan koruyucu ailelere, çocuğun takip edildiği İl Müdürlüğünce ödenir. Bu kapsama giren ödemeler bütçe imkanları dahilinde yapılır (Yönetmelik, m. 24 - (Değişik madde: 29/12/2006-26392 S.R.G. Yön/6.m.)²⁸.

XI. KORUYUCU AİLE BAKIMININ SONA ERMESİ

Koruyucu aile statüsünün devam etmesinin sakıncalı olduğu saptanan durumlarda koruyucu aileyi izleyen sosyal çalışmacının hazırlayacağı sosyal inceleme raporu koruyucu aile komisyonuna iletilir. Komisyon kararı ile koruyucu aile statüsü iptal edilir.

Komisyonca koruyucu aile statüsü iptal edilen aileye bir daha çocuk verilmez. Koruyucu aileden geri alınan çocuk öncelikle öz ailesi yanına, bunun mümkün veya uygun olmaması durumunda başka bir koruyucu aile yanına yerleştirilir. Uygun koruyucu aile bulunamaması halinde çocuk, yaş durumu dikkate alınarak bir kuruluştaki bakım altına alınır (Yönetmelik, m. 16, 17).

Özet olarak koruyucu aile bakımının sona ermesini şu şekilde saymamız mümkündür.

- 1) Koruyucu ailenin statüsünün iptal edilmesi,
- 2) Koruyucu ailenin sözleşmeye aykırı davranması,
- 3) Çocuğun ölümü,
- 4) Çocuğun reşit olması (aksine Kurum ya da mahkeme kararı yok ise),
- 5) Çocuğun korunma kararının başka bir yargı kararı ile kaldırılması,
- 6) Çocuğun evlat edinilmesi (Uygulamada koruyucu aile, evlat edinmenin alt basamağı olarak uygulanmaktadır)²⁹.

²⁸ ÇHGM' den aldığımız şifahi bilgiye göre günümüz itibarıyla (2012 ağustos) itibarıyla, bir çocuğun ÇHGM'ne maliyeti 2.800.-TL. ile 3.300.-TL. arasında değişmektedir.

²⁹ Şenocak, s.204.

SONUÇ

Kanun veya yönetmeliklerde düzenleyici işlemlerdeki görevler ne kadar arttırılırsa arttırılsın, sonuçta vasıflı eleman ile söz konusu çocuklara ulaşabilme imkanı olduğu gerçeği de dikkate alınarak;

- Koruyucu aile müessesesi, uygulama olarak, bu topraklara yabancı bir kurum değildir.
- Daha hassas ve yetenekli kurum personelinin, sözü edilen işler için gerekli olduğu gerçeği ile, Kurumun bu alanda daha fazla efor sarfetmesi gerekir. Kurum gerektiğinde, kanunun verdiği yetkiyi kullanarak, dışarıdan hizmet satın almalıdır.

- Çocuk için koruma altına alınma kararının işleme alınmasından sona erinceye dek elektronik kayıt sisteminin düzgün tutulmalı ve bunun için DATABANK oluşturulmalıdır. Kurumdan çıkanların dahi kayıtlarının elektronik ve sanal ortama aktarılması (kişisel veriler ve bilgilere saygı gösterilmek ve yasal yasaklara uymak şartıyla) gerekir.

- Koruma altındaki çocuğun sorumlusu olan sosyal çalışmacıların yeteneklerini ve bilgilerini arttırmak ve onların yönlendirici kimlikleri ile ailelere de katkı sağlamasını ortaya koyacak bir çalışma yapmak gerekir.

- Koruyucu aileler, mutlaka belli bir eğitimden geçirilmelidir.

- Koruyucu aile sıfatı, bir sosyal hizmet uzmanının vereceği rapor ile değil, en az üç kişilik bir ekipten oluşan uzmanların vereceği rapor sonucunda iptal edilebilmelidir.

- Koruyucu ailelere, bu sıfatları devam ettiği müddetçe, vasilik sıfatı verilmelidir.

- Koruyucu ailelerin sayısının arttırılması için “kamu spotu” reklamlarından yararlanılması mümkün olduğu gibi Diyanet İşleri Başkanlığı'nın vaaz ve hutbelerinden de yararlanılmalıdır.

- Koruyucu aile sisteminin başarılı olması için sivil toplum örgütleri ile işbirliği yapılmalı ancak bu örgütlerin de mutlaka güvenilir ve akredite olacak şekilde yapılandırılması için gayret sarf edilmelidir.

İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZA KOŞULU

Penalty Clause on Labour Contract

Prof.Dr.Cevdet İlhan GÜNAY*

ÖZET

Türk Borçlar Kanununun ceza koşuluna ilişkin 179-182. maddeleri iş sözleşmesine de uygulanır. Bunun dışında, TBK.m.420'de hizmet sözleşmesine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulunun geçersiz olacağı yolundaki düzenleme, Yargıtay'ın yerleşik kararlarına uygun bulunmaktadır. İş sözleşmesinde taraflar cezanın miktarını seçmekte serbesttirler. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür. Böyle bir ceza koşulu Türk Borçlar Kanununun 408. maddesine göre talep konusu yapılabilecek olan, sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteğinden farklıdır. Gerçekten tarafların iradesi özel biçimde ceza koşulu düzenlemesi yönünde ortaya çıkmış olmakla birlikte, iradeye değer verilmeli ve ceza koşuluna ilişkin hükümlerine göre çözüme gidilmelidir. Aşırı ceza koşulu hâkim tarafından talep olmasa da kendiliğinden indirilmelidir.

Anahtar Sözcükler: Borçlar Kanunu, ceza şartı, hizmet Sözleşmesi, iş sözleşmesinin tarafları, Yargıtay

* Karatay KTO Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

ABSTRACT

Arts. 179-182 of Turkish Obligation Code nr.6098, which regulates the penal clause, are applied to labour contracts as well. Apart from that, the regulation regarding to the contract of service in the art.420 of Turkish Obligation Code, which states that “the penal clause issued against the worker shall be null and void”, is consistent with the precedent of Turkish Supreme Court of Justice. According to the related articles, the parties of labour contract are free with respect to determine the amount of the penalty. Accordingly, it is possible to determine a penalty clause that comprise of wage or its multiples for the remaining duration of the fixed term contract. This kind of penalty clause is different from the request of wage for the remaining duration of the contract, which can be drafted according to art.408 of Turkish Obligation Code. As a matter of fact, if the will of the parties are towards drafting a special penalty clause, then the will should be valued and the solution should be found according to the regulations regarding to penalty clause. It should be possible for the judge to reduce the extreme penalty clause, even when there is no plea.

Keywords: Turkish Obligation Code, penalty clause, contract of service, the parties of labour contract, Turkish Supreme Court of Justice.

GİRİŞ

Sanayideki gelişme, bağımsız çalışanların yanında bir veya birden çok işverene bağımlı olarak çalışmak zorunda kalan çok geniş bir topluluğun oluşmasına sebep olmuştur. Organize bir toplum içinde yaşayan, hak ve ödevleri olan çalışanların **haklarının** çalışma ve toplum barışını sağlayacak şekilde düzenlenmesi bir sosyal politika tedbiri olup, sosyal devletin başta gelen ödevidir. Devletleri çalışma koşullarını düzenlemeye sevk eden nedenlerin başında, toplumu ve işgücünü sağlıklı olarak korumak, bu suretle ulusal ekonominin daha verimli bir şekilde gelişmesini sağlamaktır. Bu nedenle çalışan kitlelerin emeklerinin karşılıklarını almalarını sağlayarak emekle sermaye arasındaki dengeyi kurmak ve böylece herkesin ulusal gelirden adil bir pay almasını sağlamak ve sosyal adaleti gerçekleştirmektir³⁰.

Gerçekten işçilerin özel ihtiyaçları yasa koyucuyu gittikçe artan ölçüde çalışma hayatına müdahale etmeye zorlamış ve Borçlar Hukuku ve İş Hukuku bağımlı çalışanların haklarını güvence altına almıştır. İşçilerin işverenleriyle ve iki tarafın devletle olan ilişkilerini düzenleyen “İş Hukuku”, özel hukuk ve kamu hukuku özelliklerini bir arada bulundurduğundan, İş Hukuku hakkında değişik zamanlarda değişik sınıflandırmalar yapılmıştır. Önce özel hukukun bir dalı olarak kabul edilirken, daha sonra kamu hukuku ağırlıklı bir ana bilim dalı olarak nitelendirilmiştir. Özel hukuk içerisinde karma yapılı bir hukuk dalı olarak kabul edilen İş Hukuku “işçiyi koruma” amacına hizmet eder.

Gerçekten bağımlı çalışanlar ve çalıştıranların hukuku olan İş Hukuku, Anayasada yerini bulan “sosyal devlet” ilkesinin doğal bir sonucu olarak bazı emredici hukuk kurallarıyla işçilerin korunduğu karma hukuk dalıdır. Bu konuda en güzel örnek İş Kanunudur. İş Kanunu, hizmet sözleşmesini düzenleyen hükümler yanında, Anayasadaki “sosyal hukuk devleti” anlayışının bir anlatımıdır.

Türkiye Cumhuriyeti, adalet anlayışı içinde insan haklarına dayalı demokratik sosyal bir hukuk devletidir. Anayasanın 2. maddesi değiştirilmesi dahi teklif edilemeyen ve Devletin niteliğini belirleyen bir madde olup burada yer alan “sosyal devlet” ilkesi Anayasamızın tüm hükümlerinin uygulanmasında, yorumlanmasında, yasama ve yargı yolu ile somutlaştırıp sınırlandırılmasında mutlaka uyulması gereken temel prensiplerden birisidir. Anayasa Mahkemesine göre, sosyal hukuk devleti, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen devlet demektir. Gerçekten sosyal devlette ne çalışanların çalıştıranları, ne de çalıştıranların çalışanları ortadan kaldırmasına fırsat verilmeyecektir. Devlet bu ilke uyarınca güçsüzü, ekonomik ve sosyal bakımdan zayıf olanı koruyucu ekonomik ve sosyal düzenlemeleri yaparak, sosyal adaleti sağlayıcı sosyal politika tedbirlerini uygulama alanına koymak zorunda olduğundan, çalışma hayatını, yasalarla düzenlemektedir.

Sosyal politika ve sosyal devletin amaçlarına uygun olarak, Türkiye Cumhuriyeti, gerek bireysel işçi-işveren ilişkilerini gerekse toplu işçi-işveren ilişkilerini ülkemizin milli, ekonomik, sosyal durumuna ve yeni gelişmelerle uluslararası sözleşmelere uygun olarak düzenlemeye, eski düzenlemeleri günün şartlarına ve gereksinimlerine uydurmaya çalışmaktadır³¹.

³⁰ Geniş bilgi için bkz. KOCAOĞLU, Mehmet: Sosyal Politika, Ankara, 1997, s.5 vd.

³¹ KOCAOĞLU, s.58-59.

1982 Anayasasının 49/2. maddesine göre Devlet, işçi-işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirler alır. Bu maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, günümüzün sosyal devleti, işçi-işveren ilişkilerinin seyircisi değil, dengeleyicisidir. Ancak devlet, çalışma barışını koruyacak tedbirleri alırken hiç bir zaman taraf tutamaz. Çünkü çalışma barışının bozulması üretimi düşürür, üretimin düşmesi ulusal geliri azaltır. Böylece, devlet, bütün bu olumsuz etkenlerin bilincinde olarak, çalışma barışını korumak için gerekli tedbirleri alır³². Anayasa Mahkemesi kararlarında “Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet³³” olarak nitelendirilmektedir. Toplum yaşamında ve özellikle sanayi toplumu olmuş ya da olma yoluna girmiş toplumlarda işverenler güçlü, işçiler ise güçsüz kişiler sayılmaktadır. Bu nedenle çalışanlarla çalıştıranlar arasındaki dengesizliğin giderilmesinin sosyal devletin alacağı önlemlerle sağlanacaktır. Elleri emeklerinden başka geçim kaynağı olmayan çalışanlar, karşılığında yer alan çalıştıranların üretim araçlarına sahip olduklarından birbirlerine denk değillerdir. İşçiye iş güvencesi sağlanmaksızın sadece işverene istihdam güvencesi veren işçi aleyhine tek taraflı düzenlenmiş olan ceza koşulu Yargıtay’ca geçersiz sayılıyordu. 6098 sayılı TBK.m.420’de yapılan düzenleme işçi aleyhine ceza koşulu kararlaştırılmasını engelleyen hüküm ve ibra ile ilgili kurallar getirilmiştir.

Cezai şart, gerek bireysel iş hukukunda ve gerek toplu iş hukukunda uygulanır. Eskiden ülkemizde grev ve lokavtın yasak olduğu (3008 sy.İş K. m.72) ve işçi ve işveren sendikaları yeni olduğu bir sırada hizmet sözleşmelerinde ceza koşuluna pek rastlanmıyordu³⁴. Ancak yabancı hukuklarda olduğu gibi artık iş hukukumuzda cezai şart kayıtlarına hizmet sözleşmesi ve toplu iş sözleşmelerinde sıkça rastlanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununda hizmet sözleşmesi terimi yerine “iş sözleşmesi” kavramı benimsenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun da ceza koşulu düzenlemesine yer verilmemiştir. Ancak 11.01.2011 tarihli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun “Hizmet Sözleşmeleri” ile ilgili “Altıncı Bölümü”nde düzenlenen 420. maddesinde, Özel hukukun temel kaynaklarından olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 393-469. maddeleri arasında düzenlenen hizmet sözleşmesi ile ilgili hükümler iş kanunlarında özel düzenleme bulunmadığı hallerde “genel hüküm” olarak iş sözleşmesiyle çalışanlara uygulanacaktır.

Biz iş sözleşmesi ile çalışanları yakından ilgilendiren ceza koşulunu, iş kanunları kapsamında bulunanları, TBK.nun m.179-182 ve m.420. kapsamında makalemizde ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz.

I- CEZA KOŞULU

1- GENEL OLARAK

Ceza koşulu borçlunun alacaklıya karşı mevcut olan borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde ödemeyi üstlendiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir³⁵. Alacaklının sözleşme gereği borcunu gereği

³² Günay, s.44.

³³ Any.Mah. 17.10.1972,16-49, Any.MKD, C. 10, s. 539.

³⁴ Bkz. Tunçomağ, Kenan:Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963,s.54

³⁵ Tunçomağ, s.6; Eren,Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.13, Ankara, 2012, s.1181 vd. Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B.16, Ankara, 2012, s.769. vd.,Tekinay/Akman/Bur-

gibi yerine getirmemesi veya hiçbir şekilde ifa etmemesi sıklıkla karşılaşılan bir olgudur. İsviçre'nin Fransızca yazılmış kitap ve yargı kararlarında “La clause pénale” veya “La peine conventionelle”, İsviçre'nin Almanca yayınlarında ise “Die Konventionalsatrafé” ya da “Die vertragsstrafe” terimleriyle ceza koşulu ifade edilmektedir³⁶. Öte yandan İngiliz Hukukunda “Liquidated Damages”, Avusturya Hukukunda “Vergütungsbeitrag” terimleriyle akdi tazminat³⁷, Fransız Hukukunda “La clause pénale”, olarak nitelendirilen ceza koşulu, Türk Borçlar Kanununda, İsviçre, Alman ve Fransız Medeni Kanunlarında olduğu gibi tanımlanmamıştır³⁸.

Genellikle ekonomik yönden önem taşıyan sözleşmelerde ceza koşuluna ilişkin hükümler yer almaktadır. Gerçekten ticari nitelikli satım sözleşmeleri, eser sözleşmesi, kira sözleşmeleri, kredi sözleşmeleri, iş sözleşmesi ile toplu iş sözleşmelerinde ceza koşuluna ilişkin hükümlere yer verilmektedir.

Her şeyden önce ceza koşulu, borçlu üzerinde maddi ve manevi bir baskı unsuru olarak onu ifaya zorlayacaktır. Gerek ifa etmeme ve gerek ifayı zamanında ve gereği gibi yerine getirmeyi sağlamak için öngörülen ceza koşulu çoğu kez uğranılacak zararın tazmini fikrinden daha fazlasıdır. Miktar olarak fazla kararlaştırılsa da aşırı ölçüdeki ceza koşulunun hakim tarafından indirilmesi söz konusu olsa da asıl amaç borçluyu ifaya zorlamaktır. Çünkü ceza koşulu konusu edim borçlu tarafından gereği gibi ifa edilirse ceza koşulu ödenmesi gerekmez.

Alacaklıyı tatmin amacını gerçekleştirmek için çok eskilere kökü dayanan ceza koşulu, Roma Hukukundan kaynaklanan bir müessesedir³⁹. Türk Hukukunda ve Batı Hukukunda değişik terimlerle ifade edilen ceza koşulu, yazarların bu kavramın değişik unsurlarına önem vermelerine göre “ceza şart⁴⁰”, “ceza koşulu”, “ceza sözleşme kaydı⁴¹-ceza kaydı” olarak adlandırılmaktadır.

Ceza koşulunun tam olarak tanımlamanın güçlüğü ve kanunların değiştirilmesindeki zorluk sonucu, yasalarda ceza koşulunun bir tanımı verilmemiştir. Ancak ceza koşulu, 1905 yılındaki İsviçre Borçlar Kanunu'nun Tasarısının, 1185. maddesinde “borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde mükellefi hak sahibine karşı belli bir edimi, ceza veya tazminat olarak, ödemeye zorlayan anlaşma” olarak tanımlanmıştır. Sonradan bu tanım kanundan, tanımın kapalı olmasının tehlikeli görülmesi ve edimin ceza veya tazminat olarak nitelendirilmesinin uygun bulunmaması nedeniyle çıkarılmıştır⁴².

Ceza koşulunun unsurlarını sayarak şöyle bir tanım yapmak da mümkündür: “Ceza koşulu, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değer taşıyan ayrı bir edimdir.⁴³” Gerçekten bir asıl borcun bulunması, bunun yanında ayrı ve bağımsız bir edimin yer alması, ikisinin birbirine bağlı olması ve bu ayrı ve bağımsız edimin sağlığta hüküm doğuran bir hukuki işlemde belirlen-

cuoğlu/Altıtop: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7., İstanbul, 1993, s.341 vd.; Günay, Cevdet İlhan: Ceza Şart(BK m.158-161), Ankara, 2002,s.5; Günay, Cevdet İlhan: Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara, 2012,s.1299 vd.

³⁶ Tuñçomağ, s.3.

³⁷ Secretan,s.34; Tuñçomağ,s. 4 den.

³⁸ Günay, s.5.

³⁹ Tuñçomağ, s.1.

⁴⁰ Arslanlı H.: Ticari Bey, B.3, İstanbul 1953, s.500 vd.

⁴¹ Saymen, F.H.-ELBİR: H.K.: Türk Borçlar Hukuku, I/2,İstanbul 1958,s.833 vd.

⁴² Tuñçomağ, s.5.

⁴³ Tuñçomağ, s.6.

mesi gerekir⁴⁴.

Ceza koşulu terimi birbirinden farklı iki anlamda kullanılır. Önce bu terim ceza koşulu doğuran hukuki işlemi ifade eder. Buna ceza koşulu anlaşması denir. İkinci olarak hukuki bir işlem ile belirlenen ve asıl borçtan bağımsız olan edime eklenen ve onu çoğaltan borca ceza koşulu adı verilir⁴⁵. Bir başka anlatımla borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde alacaklıya ödemeyi taahhüt ettiği ceza konusundaki anlaşmaya “ceza koşulu-ceza kaydı”, ödenecek cezaya da “ceza koşulu” denilir⁴⁶. Gerçekten Almanca karşılığı “ceza koşulu-vertragsstrafe” olan ceza koşulu, borcun ya ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde “ceza veya tazminat” olarak borçlu tarafından hak sahibine önceden belirlenmiş bir edada bulunma anlaşması olarak da tanımlanmaktadır⁴⁷.

Ekonomik değer taşıyan bir edim olan ceza koşulu, genel olarak bir miktar paradan ibaret olup. Sözleşmeden doğan borçlarda, borçlusuna güvenmeyen alacaklının istediği güvencelerdendir⁴⁸. Ceza koşulu miktarı, taraflarca BK. m. 182'nin sınırları içinde serbestçe belirlenir. Para dışındaki mameleki edimler de ceza koşulunun konusunu oluşturabilir. Manevi değerlerin ceza koşulu olarak kararlaştırılması söz konusu olmaz. Zira manevi değerlerin cebri icra yoluyla takibi mümkün değildir. Ceza koşulu ile kuvvetlendirilen borç, para borcu olabileceği gibi diğer bir borç da olabilir⁴⁹.

Ceza koşulu terimi, ayrıca ve özellikle, bir hukuki işlem ile tayin edilmiş ve asıl borçtan bağımsız olan edimi de gösterir. Örneğin binanın zamanında teslim edilmemesi halinde her gecikme günü için kararlaştırılan meblağ bu anlamdaki ceza koşulu ifade eder. Ceza koşulu terimini sadece buna hasretmek ve ceza koşulu doğuran hukuki işlem için “ceza koşulu anlaşması” terimini kullanmak daha isabetlidir⁵⁰.

Ceza koşulu asıl sözleşmenin yapıldığı sırada onun bir parçası olarak onun içinde yer alabileceği gibi sonradan ayrı bir sözleşme ile de kararlaştırılabilir.

Asıl sözleşme içinde kararlaştırılan ceza koşulu sözleşmenin bir parçası olduğu için buna Almanca'da Vertragsklausel-akdi kayıt da denilmektedir. Borçlar Kanunu ceza koşulunun bağlı bulunduğu biçim hakkında herhangi bir hüküm içermemektedir. Asıl borcun kaynaklandığı sözleşme bir geçerlilik şekline tabi olduğu için gerekli şekil koşuluna uyularak yapılmış olsa da, ceza koşulu aynı şekle uyularak kararlaştırılmadıkça geçerli olmaz⁵¹.

⁴⁴ Tunçomağ, s. 6; İnan, s. 440; Eren, s. 1170.

⁴⁵ Eren, s. 1181.

⁴⁶ Oğuzman-Öz, s. 870.

⁴⁷ Oser, H.-Schönenberger, W.: İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi (Çev. Ayiter, Ferid), Adalet Bakanlığı Neşriyatı, Ankara-1950, s. 948.

⁴⁸ Kılıçoğlu, s. 769.

⁴⁹ Eren, s. 1182.

⁵⁰ Eren, s. 1182; Hukuki işlem ile tayin edilmiş ve asıl borçtan bağımsız olan edimi ifade için cezai şart terimi kullanılmaktadır. Genellikle cezai şart terimi çoğu kez bu anlamda kullanılmaktadır. Örneğin bir sözleşmede, binanın zamanında teslim edilmemesi halinde borçlunun her gecikme günü için 750 000 000 lira ödeyeceğinin kararlaştırılmasında gecikilen her gün için 750 000 000 lira ödeneceğini kararlaştıran sözleşme, birinci anlamdaki cezai şartı, yani «cezai şart anlaşması» nı; 750 000 000 lira ise, ikinci anlamdaki «cezai şart» ı ifade eder Tunçomağ (cezai şart), s. 2.

⁵¹ Oğuzman-Öz, s. 874.

II- CEZANIN SÖZLEŞMENİN İFASI İLE İLİŞKİSİ

1-GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanunu'nun 112.(BK.96.) maddesine göre, borcunu ifa etmeyen veya gereği gibi yerine getirmeyen borçlu ancak alacaklının zarara uğradığını ispat etmesi durumunda tazmin ile yükümlüdür. Bu yükümlülüğünden kurtulmak isteyen alacaklı, zararı ispat koşuluna bağlı olmayan bir yaptırımını karşı tarafa kabul ettirmek suretiyle kendisini güvence altına almak ister. Öte yandan, borcun borçlunun kusuruyla imkânsızlaşması halinde de söz konusu olan bu güvence, ceza koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır⁵².

Ceza koşulu, alacaklının ifayı elde edebilmek için borçluya karşı kullanabileceği bir baskı aracıdır. Her ne kadar borçlu borcunu ihlal ederse, alacaklı onu aynen ifaya veya tazminat vermeye zorlayabilir ise de; genel kurala göre tazminat isteyen alacaklının, hem zarara uğradığını, hem de zararın miktarını ispat etmesi gerekir. Oysa borçlu ceza koşulu ödemeyi taahhüt etmiş ise, artık alacaklı herhangi bir zarara uğradığını iddia etmek veya zararının kapsamını ispat etmek zorunda kalmadan, tazminat elde etmek imkânına sahip olacaktır. Zira ceza koşulu, borcun ihlali halinde verilmesi gereken, önceden kararlaştırılmış kesin miktarlı (maktu-götürü) bir tazminattır⁵³.

Ceza koşulu ancak güçlendireceği asıl borç ile ortaya çıkar. Şayet bir borç mevcut değilse, ceza koşulu da yoktur. Yargıtay geçersiz sözleşmenin güçlendirilmesi için kararlaştırılan ceza koşulunu da hukuki yönden geçersiz saymaktadır⁵⁴. Öte yandan, ceza koşulu vaat edilen senedin geçersizliği kesinleşmesi halinde, bu geçersiz senette öngörülen ceza koşulu da geçersiz sayılmalıdır. Çünkü ceza koşulu fer'i nitelikte bir borç olup geçerli bir esas borcun varlığına lüzum gösterir.

Bir sözleşmeden doğabileceği gibi, tek taraflı hukuki işlemde de ceza koşulu kaynaklanabilir. Gerçekten borçlunun borcunu ifa etmemesi veya ifanın gereği biçimde olmaması halinde, ceza koşulu anlaşmasıyla borçlu alacaklıya belirli bir edimde bulunmayı taahhüt edebilir.

Ceza koşulu anlaşmasının meydana getirdiği borç, asıl borca bağlı fer'i bir borçtur. Bu bakımdan fer'i borçlara uygulanan hükümler ceza koşuluna da uygulanacaktır. Örneğin sulh sözleşmesi geçersiz olmakla bu sözleşmede öngörülen ceza koşulu da geçersiz sayılacaktır⁵⁵. Asıl borçla ceza koşulu arasında, asli borç-fer'i borç münasebeti yoksa bir seçimlik borç ortaya çıkar. Ceza koşulunun asıl borca bağlı olmasının doğuracağı sonuçlar birbirinden farklıdır. Ceza koşulunun doğu-

⁵² Oğuzman/Öz., s.869.

⁵³ Tekinay,Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler Yeniden Gözden Geçirilmiş 7.Bası İstanbul 1993 ,s.342 dn 1.

⁵⁴ "... Taraflar arasında kurulan eser sözleşmesinde yer alan 4. maddenin -F- bendinde öngörülen ceza, sözleşmenin ayakta kalmasını ve eserin geç teslim halini öngören bir ceza koşuludur.Sözleşme bozulduğuna göre, eserin geç tesliminden söz edilemeyeceği ve davalının gecikme cezası ile sorumlu tutulamayacağı bu nedenle istihkakından indirim yapılması mümkün olmadığı açıktır. Kaldı ki, sözleşme ile davalı O'a ait arsanın muayyen bir payı davacı yükleniciye temlik edileceği vadolanmıştır. Gayrimenkul mülkiyetini nakleden akitlerin MK. nun 634. BK. nun 213 ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri doğrultusunda Tapu Sicil Muhafızı önünde veya 1512 sayılı Noter Kanunu, m. 60 b. 3 gereğince noterde satış vaadi sözleşme biçiminde düzenlenmiş olması gerekir adiyen tanzim edilen ve taşınmaz mal mülkiyetinin devrini öngören bu sözleşme geçersiz bulunduğundan aktin fer'i niteliğindeki cezanın da hukuken geçersizliği mahkemece.gözden uzak tutulmuştur."Yrg 15. HD, 7.2.1977,E.1977/46,K.1977/254

⁵⁵ Yrg 13 HD, 4.11.1997, 8014-8727.

mu gibi, sona ermesi de asli borcun sona ermesine bağlıdır. Bu fer'i bağlılık, ceza koşulunun muacceliyet anına kadar devam edip borç muaccel olduğu andan itibaren, ceza koşulu bağımsız bir hal alır.

Özel Hukukun çeşitli bölümlerinde rastlamak mümkün olan ve özellikle taraflar için oldukça önemli durumlarda yüksek miktarlarda kararlaştırılan ceza koşulu kayıtlarıyla kendilerini sözleşmelerin yerine getirilmesi yönünde güvence altına almak istemektedirler. Ceza koşulunun sıkça uygulandığı özel hukuk anabilim dalları olan, medeni hukuk, borçlar hukuku, iş hukuku, ticaret hukuku ve devletler özel hukukudur.

Borcun konusunu teşkil eden birden fazla edim varsa ve borçlu, bu edimler arasında yapılacak bir seçim sonunda, bunlardan sadece birini yerine getirmekle yükümlü olacaksa, seçimlik bir borçtan söz edilir. İçlerinden ancak birisinin ifası gereken ve müteaddit edimleri içine alan borca seçimlik borç adı verilir. Bu çeşitli edimlerin birini seçmek ve borcun konusunu ona hasretmek yetkisi borçluya veya alacaklıya ya da bir üçüncü kişiye bırakılmıştır. Seçim beyanı değiştirici yenilik doğuran haklardan olup hüküm ifade edebilmesi için diğer tarafa varması gerekli ve yeterlidir⁵⁶.

Seçimlik borçlar, sözleşme yapılırken edimi kesin bir şekilde tayin etmekte görülen güçlük veya kararsızlık hallerinde pratik önem kazanırlar. Sözleşme veya işin mahiyeti, seçim hakkının alacaklı veya borçludan birine değil de üçüncü bir şahsa ait olmasını da gerekli kılabilir. Seçimin kime ait olduğu sözleşmeden veya işin mahiyetinden çıkarılamadığı takdirde, kanun bu hakkı borçluya vermektedir. Gerçekten, Türk Borçlar Kanunu'nun 87. maddesine göre borç birden ziyade şeylerin yapılmasını veya verilmesini kapsayıp da borçlu bunlardan sadece biri ile mükellef tutulabilirse işin mahiyetinden aksi anlaşılmadıkça seçim borçluya aittir. Seçim, bunu yapmaya yetkili olan tarafın, tek taraflı, muhataba erişmesi gerekli ve prensip itibarıyla koşuluna bağlanamayan bir irade beyanı ile meydana gelir. Seçim beyanı herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmamakla beraber, hukuki bir işlem oluşturduğu için Hukuk Mahkemeleri Kanunu uyarınca ispat şekline tabi olup ancak yazılı delille ispatlanabilir. Öte yandan, seçimlik borcu içeren hukuki işlemin örneğin, gayrimenkul satışı gibi sıhhat şekline bağlı bir işlemse, seçim beyanının da şekle bağlı olarak yapılması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir⁵⁷. Zira Türk Borçlar Kanununun 13/II. maddesi, şekle tabi sözleşmelerdeki her türlü değişikliği yine şekle bağlı tutmuştur.

Ceza koşulu geniş bir uygulama alanına sahip olup farklı amaçların gerçekleşmesine hizmet edebilir. Bunlardan bir kısmı, onun normal yapısına uygun amaçlarını oluşturur. Bunlar tazminat, borçluyu ifaya zorlama ve karma amaçlar olarak sayılabilir. Bunların dışında, borçluyu sorumluluktan tamamen veya kısmen kurtarma ve borçluyu bütün zarardan sorumlu tutma amaçlarında olduğu gibi ceza koşulunun yapısına az çok yabancı amaçlar da mevcuttur. Öte yandan, ceza koşulunun çeşitli amaçlarından her birini gerçekleştirme derecesi de farklıdır.

2-CEZA KOŞULU TÜRLERİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

Ceza koşulu, üç tür olarak, 6098 sayılı Kanunun 179. maddesinde, düzenlen-

⁵⁶ Tunçomağ, s.32; Tekinay, s.633.

⁵⁷ Tekinay, s.633.

miştir. Seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve dönme cezası olarak adlandırılan ceza koşulları farklı durumlarda sözleşmenin ifa edilebilmesi için taraflarca kararlaştırılabilir.

Seçimlik ceza koşulu bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine karşılık kararlaştırılabilir. Seçimlik ceza koşulu öngörülmesi halinde alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir. İfaya eklenen ceza koşulunda, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmış cezada alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir. Dönme cezasında ise, borçlu, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkilidir(TBK.m.179).

Gerçekten TBK.m.179/I de “ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.” şeklinde ki düzenleme “ifa yerine (seçimlik) ceza koşulu” olarak nitelendirilebilir. Öte yandan TBK.nun 179/II. maddesinde alacaklı “asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.” şeklinde ifade edilen ceza koşulu türüne öğretilerde “ifaya eklenen (kümülatif) ceza koşulu” denilmektedir. Ayrıca sözleşmenin dönme suretiyle sona erdirilmesine “dönme (veya fesih) cezası” denilmektedir. Koşula bağlı taahhütlerin en önemlilerinden birisi⁵⁸ olan ceza koşuluna bu nedenle “Takviyeli Borçlar”⁵⁹ın arasında yer verilmektedir.

Ceza koşulu bir tür geciktirici koşula bağlı borç olmasına rağmen, kanunda özel hükümlerle düzenlendiğinden TBK.m.179-182 (BK. m. 158-161), geciktirici koşula bağlı borçlara ilişkin TBK.m.170 vd. (BK. m.149 vd.) hükümlerinden önce bu özel hükümlere tabi bulunmaktadır. Bu nedenle ceza koşuluna, geciktirici koşula bağlı borçlara ilişkin hükümler, TBK.m. 179-182(BK.m.158-161)'de yer alan özel hükümlerde boşluk bulunması halinde ve niteliğine uyduğu ölçüde uygulanabilecektir⁶⁰.

Ceza koşulu, bir asıl borcun ifasına ilişkin olması sebebiyle böyle bir borç ilişkisi mevcut olmadığı takdirde bir anlam taşımaz. Bu bakımdan ceza koşulu, asıl borca kaynaklık eden sözleşmenin bir kaydı olabileceği gibi, ayrı bir ek sözleşmeyle de kabul edilebilecektir⁶¹. Ceza koşulunu biz de “ mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifa edilmesi halinde ödenmesi gereken, ekonomik değere sahip ve hukuki işlem ile belirlenmiş hayattakiler ile ilgi bir edim” şeklinde tanımlıyoruz⁶².

Ceza koşulu, borçlunun asıl borcuna eklenen ve onu artıran yeni bir borçtur. Örneğin borçlunun borçlarını ifa etmemesi halinde haklarının sona ermesi, ücretin veya satış bedelinin indirilmesi suretiyle haklarının azalması, zamanından önce borcun muacceliyeti, sözleşmenin feshi veya infisahi ceza koşulu olarak nitelendirilemez⁶³. Asıl borcu doğuran kaynak çoğunlukla bir sözleşmedir. Borçlar Kanununun 179. maddesi sıkça rastlanan bu hali göz önünde tutarak birinci fıkrasında «.. sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza ..»kararlaştırılabileceğini belirtmekle yetinmiştir.

⁵⁸ Arsebük, Esat, Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları, I, Kaynaklar, Ankara 1937, s.526.

⁵⁹ Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, B.2, İstanbul 1977, s.389.

⁶⁰ Oğuzman, M.Kemal-Öz, M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.3, İstanbul-2000, s.871.

⁶¹ Oğuzman-Öz, s.871.

⁶² Günay, s.8.

⁶³ Von Tuhr, s.823-824; Feyzioğlu, s.390.

Ancak sözleşmeden başka bir kaynaktan doğmuş borçların da ceza koşulu ile güçlendirilmesi mümkündür⁶⁴. Öte yandan, yasal borçların bir sözleşme ile yeniden taahhüt olunması mümkün olduğundan taahhüt olunan bu borç için bir ceza koşulu kararlaştırılabilir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bu konuya benzer şekilde yaklaşmıştır. Ancak öğretide, sözleşme dışı bir kaynaktan doğmuş borçlarda ceza koşulu kararlaştırılmasını imkânsız görenler bulunmaktadır⁶⁵.

Sözleşmeden doğmayan her hangi bir borcun ceza koşuluyla güçlendirilemeyeceği ileri sürülürken, ceza koşulunun yasal borcun değil de, yasal borca konu edilmiş sözleşmenin ifa edilmemesi halinde muaccel olacağı gerekçesine dayanılmıştır. Başka bir anlatımla, ceza koşulu kararlaştırılmamış olsaydı, tazminat, yasal borcun ifa edilmemesiyle ilgili kurallara, örneğin haksız fiil söz konusu ise, TBK. 49 vd. maddelerine göre tayin edilecekken, ceza koşulu tayini halinde TBK. 112 ve 179. maddeleri esas tutulacaktır. Ancak bu iki tür sorumluluk arasında önemli farklar bulunmaktadır. Zira haksız fiil tazminatının muacceliyet şartları ile ceza koşulunun muacceliyet koşulları arasında fark olduğu gibi, ispat yönünden de farklılıklar bulunmaktadır.

Yani haksız fiilde ispat yükü zarara uğrayana ait iken, ceza koşulunda durum bunun tam aksinedir. Bundan başka, taraflar ceza koşulu miktarını tayinde serbest bulduklarına göre, yasal borcun ifasını temin için kararlaştırılan ceza koşulunun miktarını pek düşük veya pek yüksek tayin edebilirler. Ayrıca haksız fiil sebebiyle tazminat halinde zamanaşımı süresi iki yıl olmasına rağmen, ceza koşulunda bu süre on yıldır. Son olarak, yasal sorumlulukla ilgili bütün hükümler emredici olup, sorumluluğu kaldıran, azaltan veya çoğaltan anlaşmalar kamu düzenine aykırılığı sebebiyle geçersizdir. Bu nedenle, «...Hakim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak suretini ve şumulünün derecesini tayin eder.» şeklindeki TBK. 51/I. maddeye aykırı anlaşmalar ahlaka, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı olduğundan batıldır⁶⁶.

Yasal borçların ceza koşuluyla güçlendirilmesiyle bir sorumluluk türünden ötekisine geçilmesi sonucu muacceliyet şartları, ispat yükü ve zamanaşımı süresi yönlerinden farklı durumlar ortaya çıkarabilir. Ancak bu değişikliğin amacı borçlunun sorumluluğunu azaltmak olmayıp belki de bunu çoğaltmak olduğundan, borçlunun sorumluluğunu arttıran anlaşmalar daima geçerlidir. Buna karşılık borçlunun sorumluluğunu daraltan veya tamamen kaldıran anlaşmalar ancak TBK. 115 ve 117. maddelerin çizdiği sınırlar içinde geçerli sayılmaktadır. Bu nedenle, yasal borcun ceza koşuluyla güçlendirilmesinin TBK. 51/I e ve dolayısıyla ahlak kurallarına, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı ve batıl olduğunu söylemek yanlış olacaktır. Öte yandan, TBK.m 51/I haksız fiillere değil, aynı zamanda akde aykırılıklara da uygulanması gereken bir hüküm olup sözleşmelerde bu maddeye aykırı anlaşmalar yapılabildiğinden ceza koşulu bunun güzel bir örneğini oluşturur. Bu bakımdan haksız fiillerde ceza koşulu kararlaştırılmasına engel bir hüküm bulunmadığı isabetli olarak belirtilmiştir⁶⁷.

⁶⁴ Von Tuhr, s.822; Tunçomağ(Cezai Şart), s. 9-10; Eren,s.1170.

⁶⁵ Secretan, s.67-68; Tunçomağ(Cezai Şart), s. 9-10 dan; Oğuzman-Öz,s. 871.

⁶⁶ Sécretan,s.67-68-Tunçomağ(Cezai Şart) s. 10 dan.

⁶⁷ Tunçomağ, s.11.

III-İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZA KOŞULU

1-GENEL OLARAK

İş sözleşmesi kişisel edim içeren, karşılıklı olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Belirli süreli yapılan iş sözleşmesinin belli süreden önce feshedilmesi halinde, taraflardan birisi ağır zarara uğrayabilir. Hatta belirsiz süreli iş sözleşmesi beklenmedik bir zamanda, önel verilerek de olsa feshedilse karşı taraf bundan zarar görebilir.

6098 sayılı TBK.nun 393.maddesinde, genel hizmet sözleşmesi tanımlanmaktadır. Gerçekten iş sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği bir sözleşme türüdür. Öte yandan işçinin işverene bir hizmeti kısmî süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de iş sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. “bağımlı olarak” ibaresi, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 319.maddesinin birinci fıkrasındaki “işverenin emrinde” (im Dienst des Arbeitgebers, au service de l’employeur) ifadesinin karşılığıdır. İşverene bağımlı olarak çalışma, onun emir ve talimatına uygun işgörmeyi ifade eder. Nitekim 4857 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasında da “bağımlı olarak işgörme”den söz edilmiştir. İşverene bağımlı olarak çalışma, belirli ya da belirli olmayan süreli olabilir. İşverenin ödemesi gereken ücret ya zamana göre ya da yapılan işe göre belirlenir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmî süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmelerin de hizmet sözleşmesi olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle, meselâ, işverenin yanında saatlik, yarım veya tam günlük bir hizmetin düzenli olarak yerine getirilmesi de hizmet sözleşmesi olarak kabul edilecektir.

Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu’nun “Tanım ve şekil” başlıklı 8.maddesinde “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi değildir. Süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur...Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür. Süresi bir ayı geçmeyen belirli süreli iş sözleşmelerinde bu fıkra hükmü uygulanmaz. İş sözleşmesi iki aylık süre dolmadan sona ermiş ise, bu bilgilerin en geç sona erme tarihinde işçiye yazılı olarak verilmesi zorunludur.” denilmektedir.

2- İŞ SÖZLEŞMESİNDE CEZA KOŞULU KARARLAŞTIRILMASI

İş sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şart çoğunlukla, haklı bir neden bulunmadan akdi feshedene yüklenmektedir. Bu nedenle hizmet sözleşmesi işverence haklı bir neden bulunmaksızın feshedilmesi halinde işçi, ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanmış olduğu gibi koşullar varsa bu durum işçinin ayrıca sözleşmedeki ceza koşulunu istemesine engel değildir. Yargıtay’ın bir kararında, belirli süreli hizmet sözleşmesinde, iki taraf için cezai şart öngörüldüğü halde, işçi tarafından sürenin bitmesi beklenmeden ve haklı bir sebep olmaksızın feshi halinde, cezai

şartın hüküm altına alınması gerektiği içtihat edilmiştir⁶⁸.

İşçi ve işveren arasında bağitlanan hizmet sözleşmesi işçinin fiilen çalışmaya başlamasıyla uygulamaya konulur. Belirli süreli bir sözleşme uygulamaya konulmadan da fesholunabilir. Bu durumda, sözleşmeden dönme nedeniyle, ceza koşulunun karşı tarafa ödenmesi gerekir. Örneğin işçi, bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olduğundan iş sözleşmesinde işgören olarak bir şirketin gösterilmesi halinde bu hüküm geçersizdir. Bu nedenle işe başlamayan kişi iş sözleşmesindeki dönme cezasını ödemekle yükümlüdür⁶⁹.

Belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde de ceza koşulu düzenlenmesi mümkündür⁷⁰. Belirli süreli hizmet sözleşmelerinin feshinde ihbar tazminatı söz konusu olmaz. Ancak bu tür sözleşmelere konulan ceza koşulu hükümleri geçerli olsa da işçi aleyhine tek taraflı olarak öngörülemez. Ayrıca fahiş miktarda öngörülen ceza koşulunu hâkim tarafından indirilmesi gerekir.

Ayrıca belirli süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi, belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde de ceza koşulu düzenlenmesi mümkündür⁷¹. Öte yandan toplu iş sözleşmesi ile de ceza koşulu işçinin bir kısım haklarını güvence altına almaya yarayabilir. Ancak iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçi toplu iş sözleşmesindeki ceza koşulunu işverenden isteyebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesine göre iş güvencesi kapsamında olan işçinin süresinde feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin dava açmaması nedeniyle geçersiz feshin önlenmesi için toplu iş sözleşmesinde öngörülen cezai şarta yönelik tazminatı talep etme hakkı bulunmaz. Zira süresinde feshin geçersizliği ve işe iade talebinde bulunmayan işçi feshin geçerliliğini kabul ettiğinden toplu iş sözleşmesi uyarınca ceza koşulu şart öngören hükmün uygulanması mümkün değildir⁷².

3-CEZA KOŞULUNUN İŞÇİ ALEYHİNE TEK TARAFLI OLARAK DÜZENLENEMEMESİ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420.maddesinde "Hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir." düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre, iş sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulacak ceza koşulu geçersizdir. Buna karşılık iş sözleşmelerine işçi lehine ceza koşulu konulabilir. Anılan hüküm nispi emredici bir nitelik taşımaktadır. Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatlarına uygun bu düzenlemeyi, Anayasa'nın "Sosyal Devlet" ilkesinin bir sonucu olarak, isabetli buluyoruz.

Ceza koşulu, daha çok işçi temininde zorluk bulunan işlerde çalışanların belirli süreli işlerde çalıştırılmaları halinde, onların süre bitiminden önce işten ayrılma- larını zorlaştırmak, caydırmak amacıyla iş sözleşmelerinde kararlaştırılmaktadır. Öte yandan işverenin işçiyi kolaylıkla işten çıkarmasını engellemek için de ceza koşulu öngörülebilir. Ancak, işçi ve işveren yararına kararlaştırılan cezai şart ile ilgili düzenlemelerde birbirine denklik olması gerekir.

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde yer alan işçinin sözleşmeyi süresinden önce feshetmesi halinde işçi aleyhine, işverenin akdi süresinden önce bozmasına

⁶⁸ Yrg.9. H.D. 10.11.1992, E.1992/6312,K.1992/12426.

⁶⁹ Yrg.9.H.D.10.11.2009, E.2008/23231,K.2009/33880.

⁷⁰ Yrg.9.HD. 8.6.2006, E.2005/33688,K.2006/16491.

⁷¹ Yrg.9.HD. 8.6.2006, E.2005/33688,K.2006/16491

⁷² Bkz.Yrg.9.HD. 15.5.2006, E.2006/11869, K.2006/14324

göre işverene yüklenen ve bunlar arasında olması gereken denklige aykırı olarak, daha fazla cezai şart öngörülmesi geçerli kabul edilemez. Zira TBK.m.420 uyarınca hizmet sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir. Başka bir anlatımla, işçinin aleyhine olarak daha fazla miktarda cezai şart öngörülmüş olması halinde de daha düşük olan işveren aleyhindeki cezai şartın göz önünde tutulması ve bunun üzerindeki kısmın geçersiz sayılması gerekir. Oysa işçiye iş güvencesi sağlamak gayesiyle işveren aleyhine daha fazla miktarda ceza koşulu öngören iş sözleşmesi hükmü geçerlidir.

Örneğin bilgisayar program yazılım işyerinde işçi olarak işe alınan bilgisayar mühendisi ile bağitlanan iki yıllık belirli süreli iş sözleşmesinde işçi veya işveren tarafından süre bitmeden sözleşmenin tek taraflı feshi halinde işçi aleyhine 50.000 ABD Doları işveren aleyhine ise 25.000 ABD Doları ceza koşulu sözleşmeye konulmuş olabilir. İş sözleşmesi hiçbir haklı neden bulunmadığı halde işçi tarafından tek taraflı olarak iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işverenin işçiden 50.000 ABD Doları değil, fakat kendisi aleyhine öngörülen 25.000 ABD Dolarını sadece talep etmesi mümkündür. Öte yandan, iş sözleşmesinin feshinde işçi yönünden performans koşulu getirilmiş olması, işçi aleyhine tek taraflı düzenlemeye gidildiğini gösterdiğinden, ceza koşulu hükmü geçersizdir. Örneğin işçinin iki yıllık süre dolmadan görevinden ayrılması halinde ayrılma tarihindeki aylık brüt ücretinin iki katı tutarında ceza koşulu ödemesi kararlaştırılmıştır. Oysa aynı süre içinde işveren tarafından iş akdinin feshedilmesi halinde işveren tarafından ödenmesi gereken ceza koşulu, işçinin kendisinden beklenen performansı gösterme şartına bağlanmış bulunması halinde işçi ve işveren yararına kararlaştırılan ceza koşulu ile ilgili düzenlemelerde denklik olmadığı kabul edilmelidir⁷³.

Öte yandan iş sözleşmesinde işverenin işçinin rızası dışında görev yerini daimi olarak değiştiremeyeceği aksi takdirde sözleşmenin ceza koşulu işçi lehine uygulanacağı yolundaki hüküm geçerlidir. Örneğin İş Kanununun işçiye tanıdığı bildirimsiz fesih hakkı doğuran şartların herhangi birisinin meydana gelmesinde veya işverenin mevcut işi her ne sebeple olursa olsun geçici veya devamlı tatil veya tasfiye etmesi halinde ceza koşulları işçinin lehine uygulanacağı yolundaki hüküm, işçi lehine düzenlenmiş olduğundan, ceza koşulunun olayın özelliğine göre yorumlanması gerekir⁷⁴. Ancak işçinin personel sözleşmesinin bitim tarihinden önce işveren tarafından kabul edilen bir mazereti olmaksızın işi bıraktığı takdirde işverenin yasal hakları dışında işi bıraktığı aydaki dört brüt maaşı tutarında tazminat ödemeyi peşinen kabul edeceğine ilişkin ceza koşulu geçerli sayılmaz. Gerçekten haklı bir neden olmadan personelin işine son verildiği takdirde işveren tarafından da personelin yasal hakları dışında iş akdinin feshedildiği aydaki dört brüt maaşı tutarında tazminat ödeneceği yolunda bir düzenleme birbirine denk değildir. Zira iş sözleşmesinde, sözleşmenin işçi tarafından feshi, işveren tarafından kabul edilir bir mazerete tabi tutulurken, sözleşmenin bitim tarihinden önce haklı bir neden olmadan işçinin işine işveren tarafından son verilmiş olması gibi bir düzenleme, ceza koşulunun oluşumunda işçi ve işveren arasında denklik-eşitlik ilkesinin dikkate alınmamış olduğunu gösterir. Yargıtay işçi aleyhine işveren lehine kurallar öngö-

⁷³ Yrg.9.H.D., 25.12.2009, E.2008/9413, K.2009/37413.

⁷⁴ Yrg.H.G.K.,17.5.2000, E.2000/9-881, K.2000/899.

rülmüş olduğundan ceza koşulunun geçerli kabul etmemiştir⁷⁵.

Ceza koşulu işçi aleyhine tek taraflı olarak kararlaştırılamasa da, iş sözleşmesinde sözleşmeyi haksız olarak fesheden tarafın karşı tarafa ceza koşulu ödeyeceği kararlaştırılıp, sözleşmenin işçi tarafından haklı fesih halinde ceza koşulunun işverence ödeneceğine dair bir düzenleme bulunmayabilir. Bu takdirde iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedilmesi halinde ceza koşulunun hüküm altına alınması mümkün değildir⁷⁶.

4-CEZANIN MİKTARI, GEÇERSİZLİĞİ VE İNDİRİLMESİ

a)Cezanın miktarı ve hükümleri

Ceza koşulunun götürü olması nedeniyle, bir zararın mevcudiyetini aramaya ve kararlaştırılan miktarın gerçek zarar miktarına uygunluğunu araştırmaya ihtiyaç bulunmamaktadır. Gerçekten TBK.m.180/I (BK.m.159/I) ceza koşulunun hukuki niteliğinin ceza olduğunu göstermekten çok, ceza koşulunun götürü niteliğine işaret etmektedir. Zira ceza ile zarar miktarı arasındaki ilgi kesilmekte ve ceza koşulunun götürü niteliği daha belirgin olarak kendini göstermektedir⁷⁷.

Ceza koşulu borca uygun hareket etmeme halinde ödenmek üzere götürü bir miktar olarak belirlenmektedir. Kural olarak, tespit edilen bu miktarın sonradan arttırılabiliş azaltılabilmesi mümkün değildir. Bu durumda, ceza koşulunun tarafların iradelerine tamamen uyduğu söylenebilir. Ceza koşulu tarafları, zarar miktarının kanıtlanması yükünden kurtarır. Zarar miktarının ispatıyla ilgili sorunların karışık olduğu açıktır. Gerçekten ceza koşulunda, her iki taraf da aynı derecede olmasa bile, kusur ve zararın belirlenme ve ispat yükü yönünden korunmuşlardır. Bir başka anlatımla, borçlu borcuna aykırılıkta bulunduğu takdirde, ödemekle sorumlu tutulacağı miktarı önceden bilmekte ve bunu kendisi taahhüt etmekte, alacaklı ise, kendisini, borcun ifa edilmemesinin zararlı sonuçlarına karşı korunmuş hissetmektedir⁷⁸.

TBK.m.180 (BK.m.159) hükmü alacaklı zarar görmemiş olsa bile ceza koşulu talep edebilmesine karşın ceza koşulundan fazla bir zarara uğrayan alacaklı borçlunun bir kusuru olduğunu kanıtlamadıkça fazlasını talep edemez⁷⁹. Borçlunun kusurlu imkânsızlığı sonucunda ise alacaklı zararın tamamını değil ceza miktarını aşan zararını isteyebilecektir. Örneğin iş sözleşmesinde hâkim belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine göre tüm aylık ücretlerin tamamına değil ceza koşulunu bir miktar indirerek karar verebilir.

Aynı eylem sebebiyle iki ayrı cezai şartın hüküm altına alınması doğru değildir. Gerçekten Yargıtay'ın bir kararında "Taraflar arasındaki sözleşmenin 3/c ve 7. maddelerinde düzenlenen cezai şartların haksız fesih halinde istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Davacının hizmet akdi haklı bir neden bulunmadığı halde işveren tarafından verilen eğitim sonucu 1 yıl süre geçmeden feshedildiğine göre sözleşmenin 7. maddesinde düzenlenen cezai şartın hüküm altına alınması ile yetinilmeli 3/c maddesine dayalı cezai şartın ise reddine karar verilmelidir. Tek eylem sebe-

⁷⁵ Yrg. 9 HD. 21.6.2004, E. 2004/3403 - K. 2004/15414.

⁷⁶ Yrg 9 HD 24.04.1996, E. 1995/35258 - K. 1996/9448; Taraflar arasındaki Yrg.9.H.D., 27/10/2004,E.2004 /5632,K.2004/24444.

⁷⁷ Tunçomağ(Cezai Şart)s. 26.

⁷⁸ Tunçomağ(Cezai Şart)s. 29;Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop ,s.342.

⁷⁹ Feyzioğlu,s.401.

biyle iki ayrı cezai şartın hüküm altına alınması doğru değildir⁸⁰” denilmektedir.

Öte yandan, asıl borç için kanunda bir biçim öngörülmemişse ceza koşulu da şekle bağlı sayılmamalıdır⁸¹. Ancak ceza koşulu kaydının yazılı olması ispat yönünden önemli olduğu açıkça ortadadır. Örneğin iş sözleşmesine konulan belirli süreli çalışma ve çalıştırma yükümlülüğünü güçlendirmek amacıyla konulan ceza koşulu bir yıl ve daha fazla süreli iş sözleşmeleri yazılı olma zorunluluğu nedeniyle yazılı şekil koşuluna bağlıdır. Gerçekten ceza koşulu asıl borcun fer'i olup, yazılı olması gereken bir sözleşmenin değiştirilmesi de yazılı olur. Ancak, bu sözleşmeye aykırı olmayan veya onu değiştirmeyen bütünleyici ve yan bağlantılar bu kuralın dışındadır.

Ceza koşulu kararlaştırılması için bir borcun halen mevcut olması gereklidir. Şayet önceden ifa edilmiş bir edimin kararlaştırılan şartlara uygun olmaması halinde bir para ödenecekse, ceza koşulundan söz edilemez. Öte yandan mücbir sebeple sözleşmenin ifa edilememesi halinde ceza koşulu ödenmesi gerekmez. Örneğin deprem nedeniyle işyerinin yıkılması sonucu oluşan imkansızlık sonucu iş sözleşmesinin sona ermesi, ceza koşulunun istenmesine engel oluşturur⁸².

Ceza koşulu meydana getiren hukuki işlem, çoğu zaman bir sözleşmedir. Buna karşın temerrüt faizi ödeme borcu bir kanun hükmünden doğar. Bu nedenle ortaya çıkış yönünden her ikisi arasında bir fark bulunmaktadır. Örneğin ceza koşulunun borçlunun kusurlu olması halinde ödenmesi gerektiği halde, borçlu kusurlu olmasa da, temerrüt faizlerini ödemek zorundadır.

Ceza koşulu ile teminat altına alınmış bir borç mevcut olmalıdır. Şayet borçlu bir edada bulunmayı ya da bir miktar para ödemeyi taahhüt etmiş ise seçim hakkının alacaklı veya borçluya ait olması önemli olmaksızın ortada ceza koşulu bulunmaz. Böyle bir durumda seçimlik borç söz konusu olur.

Alacaklı Türk Borçlar Kanunu'nun 123-126(BK.106 ve 107). maddelerine göre sözleşmenin feshi yoluna gitmişse, artık ceza koşulunun ödenmesini isteyemez. Zira fesih ile ceza koşulunun dayanağı sözleşme önceye etkili olarak ortadan kalkmış bulunmaktadır⁸³.

Öte yandan ifaya eklenen ceza koşulunda ceza koşulunun ödenmesini istemekten feragat eden veya ihtirazi kayıt dermeyeran etmeksizin ifayı kabul eden alacaklı kanımca ceza koşulunun aşan zararını istemekten de vazgeçmiş olacaktır. Her ne kadar kanunda ihtirazi kayıt ileri sürmeden asıl alacağı kabul sadece ceza koşulunun düşeceği yolunda bir hüküm taşıyor ise de, kanunun vazgeçmeye eşit sonuç çıkardığı bir hükmü dar yorumlamaya gerek olmadığını düşünmekteyiz⁸⁴. Ceza koşulu, sözleşme ehliyetine sahip olan kişiler karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile kararlaştırırlar. Ancak ceza koşulunun konusunun, TBK. 26. ve 27. maddelerine

⁸⁰ Yrg 9 HD 9.11.1999, E. 1999/13768 - K. 1999/16929.

⁸¹ Tunçomağ (Cezai Şart)s. 61;Eren, s.1172;Oğuzman-Öz, s. 875.

⁸² Davacının çalıştığı davalıya ait işyerinin deprem sebebiyle yıkıldığı bu nedenle işverenin davacıyı çalıştıramadığı ve hizmet akdinin bu suretle sona erdiği anlaşıldığından Borçlar Kanununun 161/2. maddesi gereğince hizmet sözleşmesinin feshine dayalı cezai şart isteminin reddi gerekirken kabulüne karar verilmiş olması da ayrı bir bozma nedenidir. Yrg 9.HD., 18.12.2002, E. 2002/10423, K. 2002/24438.

⁸³ Tunçomağ, s.126.

⁸⁴ Karşı görüş için bkz. Tunçomağ, s. 126.

aykırı bulunmaması gerekir⁸⁵. Asıl borç hukuken geçerli olmalıdır. Gerçekten geçerli olmayan borçları güçlendirmek için konmuş ceza koşuluyla geçerli değildir. Aksi çözüm tarzı kabul edilseydi, kanunun yasak ettiği hukuki işlemlerin bir başka yolla ifasını sağlamak mümkün olacaktı⁸⁶. Örneğin çalışma izni olmayan yabancı uyruklu işçi ile yasaya aykırı 20 yıllık belirli süreli iş sözleşmesini imza etmekte işverenin kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Sözleşme yapıldığı tarihte bile geçersiz (batıl) olduğuna göre buna bağlı tüm koşullarda geçersiz olacağından davacı sözleşmeye dayanarak ceza koşulunun ödetilmesini isteyemez⁸⁷. Bu tali sözleşme asıl borca ilişkin sözleşmenin muaccel olmasına bağlıdır⁸⁸.

Ceza koşulu asıl borçta bulunmayan, ondan ayrı bir edimdir. Bu nedenle asıl borcun yanında ikinci bir unsur olarak asıl borç yanında bağımsız bir edim asıl borca eklenmiş olabilir. Öte yandan, ceza koşulu, borcun çoğalmasını gerektiren bir edim şeklinde de olabilir. Örneğin, faizlerin ödenmemesi halinde faiz nispetinin yükseleceğinin kararlaştırılması ceza koşulu olarak nitelendirilir. Çünkü faizlerin ödenmemesi ile faiz oranının yükseltilmesi, asıl borcun miktarını çoğaltma yönünden niteliği dolayısıyla aynı cinsten, ancak ayrı miktarda bir edim olduğu için ceza koşulu kabul edilmektedir⁸⁹. Sözleşmede öngörülen her geçen gün için maktu olarak kararlaştırılan tazminatı da Yargıtay ceza koşulu olarak nitelendirmiştir⁹⁰.

Ceza koşulunun bir amacı da tarafların sözleşmeden kolayca dönebilmelerinin sağlanmasıdır. Gerçekten ifayı engelleyen koşulun amacı, borçlunun dilediği zaman ceza koşulu ödemek suretiyle taahhüdünden dönebilmesini sağlamaktır. Bu nedenle bu yapıdaki ceza koşullarına fesih cezası denilmektedir.

Türk Borçlar Kanunumuzun 445(BK.351/II).maddesi sadece iş sözleşmelerine yönelik rekabet yasaklarına konulan ceza koşulunda, borçlu kararlaştırılan ceza koşulu ödemek suretiyle yasaktan kurtulma imkânına sahip olmaktadır. Ancak zarar ceza koşulu miktarını aşkın ise, alacaklı istisnai olarak bu miktarı da isteme hakkına sahiptir TBK.m.445/II(BK.m.351/II). Buna karşın alacaklı diğer ifayı engelleyen ceza koşulları böyle bir imkâna sahip bulunmamaktadır. Öte yandan, borca aykırı hareket halinde ifa veya tazminat ile mükellef tutulamayacağı, şart edilen ceza koşulu ödemek suretiyle sözleşmeden dönmek hakkına sahip olduğunu iddia

⁸⁵ İnan, s.439-440.

⁸⁶ Von Tuhr,s.823.

⁸⁷ Yrg 15 HD 27.4.1989, E.1988/4461,K.1989/2129 "Borçlar Kanununun 20. maddesi hükmü gereğince, bir akdın konusu gayri mümkün bulunması halinde bu akit geçersizdir. Bunun gibi aynı Kanununun 19. madde hükmüne göre bir akdın konusu ancak kanunun gösterdiği sınırlar dairesinde serbestçe tayin edilebilir. Somut olayda inşaat yapılacak yerin SİT alanı içinde bulunduğu için başından beri olanaksızlık durumu itibarıyla sözleşmenin yerine getirilbilmesi mümkün olmadığı gibi taraflardan biri bu inşaatın yapılması konusunda diğer tarafı zorlamak hakkınada sahip değildir. Çünkü imar mevzuatı kamu düzeniyle ilgili olup buna aykırı davranışlar cezai ve hukuki yaptırımlarla önlenmiştir. Diğer bir deyimle, olayda olduğu gibi sözleşmenin ifası konusunda taraflardan biri diğer tarafı suç işlemeye zorlayamaz..Öte yandan, tebdirli bir işadami sıfatıyla davacı yüklenici SİT alanına giren arsa üzerinde sözleşmede yazılı inşaatı yapamayacağını bilmek durumundadır. O halde imar mevzuatına aykırı sözleşmeyi imza etmekte kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Sözleşme yapıldığı tarihte bile geçersiz (batıl) olduğuna göre buna bağlı tüm koşullarda geçersiz olacağından davacı sözleşmeye dayanarak cezai şartın ödetirilmesini isteyemez."

⁸⁸ Funk, Fritz, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler (Çev.Veldet, Hıfzı-Selek, Cemal Hakkı), İstanbul-1938,s.228-229.

⁸⁹ Von Tuhr,s. 823; Feyzioğlu ,s.390.

⁹⁰ Bkz. Yrg 13 HD 22.6.1987, 2528-369.

eden borçlu bunu ispat zorundadır⁹¹.

Öte yandan ceza koşulu kaydının asıl borcun bağlı olduğu şekilde tabi olduğunun kabulü gerekir. Çünkü ceza koşulu borçlunun yükümlülüğünü artırmaktadır⁹². Örneğin iki yıllık belirli süreli iş sözleşmesinin haklı olmayan feshi halinde öngörülen ceza koşulu kaydı da yazılı olmalıdır.

Ayrıca belirli süreli iş sözleşmesinde, sürenin bitmesinden önce haklı olmadan işveren tarafından fesi, TBK.m.408 uyarınca işverenin işi kabulde temerrüdü olup işçinin bakiye süre ücreti esas alınarak karşılaştırılmış olan ceza koşulu ifaya eklenen ceza koşulu olarak kabul edilmelidir. Zira sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin de Türk Borçlar Kanununun 408. maddesine göre talep edildiği gibi ceza koşulu da istenilebilir. Ancak bu durumda hakim ceza koşulunun aşırı hale gelmesi halinde TBK.m.182/III'e göre indirebilecektir. Gerçekten, Türk Borçlar Kanununun 179/II. maddesine göre, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için ceza koşulu karşılaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de ceza koşulunu talep edebilecektir.

İş sözleşmesindeki ceza koşulu faizine temerrüt tarihinden itibaren karar verilmelidir⁹³.

b) Cezanın indirilmesi

aa) Aşırı ceza koşulunun indirilmesi gerekliliği

Ceza koşulu genel olarak alacaklının uğradığı zarar miktarını karşılar. Bunun ötesinde çoğu zaman onu aşar şekilde karşılaştırılabilir⁹⁴. Ancak nadiren olsa da bazı hallerde, ceza koşulunun karşılaştırılması anında zararın tam bir isabetle tespit edilmemiş olması mümkündür. Böyle hallerde ceza koşulu miktarını aşan zararın istenebilmesi hakkaniyete uygun düşer. Öte yandan, buna benzer bir hale, alacaklıya geçmiş günler (temerrüt) faizlerinden fazla olan zararı isteme hakkını veren TBK.m.122 (BK.m.105)'te de rastlamaktayız. TBK. m.122 (BK.m.105) ile TBK.m.180/II (BK.m.159/II) arasındaki benzerlik önemli ölçüdedir⁹⁵.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesi gerekliliği konusunda öğretide iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre ceza koşulunda indirim yapılmamalıdır. Bu görüş sahipleri ceza koşulunun miktarının serbest tutulması gerektiğini iddia ederken, bu iddialarını hem hukuki hem de ekonomik sebeplere dayandırır. Onlara göre, cezanın serbest bırakılmasını gerektiren hukuki sebep, her özel hukuk düzeninin akit serbestisi esasına dayanmasının zorunlu bulunmasıdır. Ancak bunu sınırlama ortada bir kamu yararı bulunması halinde ve ölçüsünde mümkündür. Sadece kamu yararı bulunduğu takdirde bu esastan ayrılmak, hukuk düzeninin saflığını sağlamak konusunda da yararlı olacaktır. Böyle bir kamu yararı ise, ceza koşulunun borçlunun istismarına, ekonomik yönden yıkılmasına neden olmak için kullanılması halinde bulunmaktadır. Ancak o zaman da bu durumdaki ceza koşulu ahlaka aykırı sayılacağı için, ahlaka aykırı işlemlere uygulanacak yaptırım bunlara da uy-

⁹¹ Tunçomağ(Cezai Şart)s. 47.

⁹² Tunçomağ(Cezai Şart)s. 61.

⁹³ Yrg. 9. HD. 27.9.2004, E. 2004/5256 - K. 2004/2000.

⁹⁴ Yargıtay'ın bir kararında, toplu iş sözleşmesinin 26. maddesinde cezai şart tutarı kıdem tazminatı tavan tutarının 10 katı olarak belirlenmiştir. Mahkemece, istek doğrultusunda karar verilmiştir indirim hususunun Borçlar Kanununun 161/son maddesi uyarınca düşünülmemiş oluşu hatalıdır. (Yrg.9.H.D., 11/04/2006, E, 2006/8252,K.2006/9412).

⁹⁵ Tunçomağ, s.123.

gulanabileceğinden, bu nedenle sözleşme serbestisini kısıtlamanın haklı olmadığı ileri sürülmüştür⁹⁶.

Öte yandan, ceza koşulunun amaçlarından biri borçluyu ifaya zorlamak ve alacaklıya güvence sağlamak olduğundan, borçlu ceza koşulunun indirilmesi imkânına sahip bulunduğunu bilirse, borcunu vaat ettiği şekilde ifadan kaçınacaktır. Bu bakımdan indirmeyi isteme hakkının kabul edilmesiyle, ceza koşulu müessesesinden beklenen faydalar önemli ölçüde ortadan kalkacaktır. Ayrıca ceza koşulunun indirilmesi yararlı görülse de, bu kez de sınırlamanın hangi şekilde yapılacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Bu nedenle hakime sadece aşırı ceza koşulunda indirme hakkı tanımak görevi verilmesi kabul edilebilir. O zaman da hakime, kural olarak, kendisine ait olmayan bir görev yüklenmiş olacaktır. Hakimden hukuku uygulaması değil de, yapması istenmiş olacaktır. Ancak bu, hakimi hukuki sebepler yerine amaca uygunluk yönünden karar vermeye zorlayacağından kabul edilemez. Oysa taraflar bütün ilişkileri hakkında tam bir bilgi verseler de, hakimin, göz önünde tutulması gerekli bütün bu unsurları doğru olarak takdir edeceği de kuşkuludur. Son olarak Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku, İş Hukuku'nda indirme hakkının kabul edilmesine rağmen Ticaret Hukukunda indirmenin tacir için söz konusu olmaması nedeniyle bu hukuk dalları arasında bir fark ortaya çıkarılmış olacaktır⁹⁷.

İkinci görüşü yani indirme hakkını savunanlar ise, inandırıcı ve doyurucu bir çözüm tarzının sadece mantiki hükümlere dayanarak değil, aynı zamanda uygulamadan çıkarılacak sonuçlarla değerlendirilebileceğini, en iyi hukuk düzeninin, uygulamada en iyi işleyen hukuk düzeni olduğunu ifade etmektedirler. Sınırsız sözleşme serbestisini bugünkü sosyal ilişkiler içerisinde korumanın olanaksız bulunduğunu; sosyal sınıflar arasındaki mücadelenin amansız olması nedeniyle ekonomik yönden zayıf durumda bulunanın hukuk düzeni içinde özel şekilde korunmasının gerekli olduğunu ileri sürmektedirler. Zira yürürlükteki kanunların bu korumayı sağlayamadığını bütün hallere uygulanabilecek himayenin ancak hâkime tanınacak genel nitelikteki bir indirme yetkisi ile sağlanabileceğini savunmaktadırlar. Esasen hâkime indirme konusunda önemli bir yetki verilmiş olacağını ancak, hakimin delilleri serbestçe takdiri nedeni ile zaten ondan da büyük bir yetkiye sahip bulunduğunu iddia etmişlerdir. Aynı yazarlar hâkimin görevinin hukuku uygulamak olduğunu, hukuk yapmak olmadığını ancak kendisine böyle bir yetki tanınsa bile, onun, ceza koşulunun uygunluğunu tayin için gerekli bilgiyle donatılmış olduğunu söylemişlerdir. Çünkü hakim bir zararın doğup doğmadığını ve doğmuşsa, bunun yüksekliğini kendi takdirine göre tayin yetkisi diğer görevlerinden daha önemli değildir. Öte yandan, hâkime ceza koşulu miktarını indirme yetkisinin verilmesi halinde en doğru çözümün bulunamayacağı görüşü de indirmeyi red için bir sebep olamaz. Çünkü hakim bu yetkisini kullanırken hiç bir zaman maddi durumu daha fazla ağırlaştıramaz⁹⁸.

İki görüş karşılaştırıldığında; indirme hakkını reddedenlerin hukukun bireyciliği esasından hareketle özel hukuk alanında fertlerin sınırsız serbestisini istemekte ve her türlü devlet müdahalesini gereksiz saymakta olduklarını; buna karşılık;

⁹⁶ Seeliger, Leo:Das richterliche Ermassigungsrecht nach § 343 BGB,Braunschwig 1905, s.17-Tunçomağ(Cezai Şart) s. 131.

⁹⁷ Seeliger, s.17-18, Tunçomağ, s. 131.

⁹⁸ Tunçomağ,s. 132;Oğuzman-Öz,s. 884; Eren,s.1196.

ikinci görüş sahipleri fertlerin Borçlar Hukuku alanında bile sosyal devlet kuralları ile korunması gerektiğini öne sürdükleri açıkça görülür. Bizim de katıldığımız son görüş, teorik düşüncelerden çok, halkın bugünkü ekonomik ve ahlaki görüşlerine daha uygundur. Gerçekten ceza koşulunun, miktarı yönünden sınırlanması ve hakime indirim yetkisi verilmesi Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan “sosyal devlet” ilkesine uygun olduğu ve bu sınırı koyan BK.m.182/III’ ün⁹⁹ buna göre yorumlanması gerektiği düşüncesindeyim¹⁰⁰.

bb) Aşırı cezanın indirilmesi yöntemi

Aşırı derecede yüksek olan ceza koşulunu ödemek zorunda olan borçlu buna itiraz eder ise de; itiraz etmeyip, indirme yapılmasını istememiş olsa da ceza koşulunun aşırı olması halinde davayı açıkça kabul etmediği takdirde hakim indirim gitmelidir. Gerçekten TBK.m.182/III deki hükümden indirme için talep gerekmediği sonucu çıkarılacaktır. Her ne kadar bu hüküm sadece indirme zorunluluğu koymakta, bunun talep üzerine mi, yoksa talep olmadan mı yapılabileceği sorusunu cevapsız bırakmış olması da kuralın uygulanmasını, yani talebin aranması gerektirmez. Burada gabini (aşırı faydalanmayı) düzenleyen TBK.m.28 in emredici ve hatta kamu düzeni ile ilgili bir hüküm olmasına rağmen, işlemin hüküm doğurabilmesine engel olmak için borçlunun iradesini açıklamasının koşulu olması ile borçlunun ceza koşulunun aşırılığını savunması arasında bir ilişki kurmayı gerektirmez. Gerçekten borçlu ceza koşulunu ödemeyerek bir ölçüde onun aşırı bulunduğunu da kanımca zımnen ortaya koymuş olmaktadır¹⁰¹.

Cezai şarttan indirme tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme kabiliyeti ile birlikte borcunu yerine getirmiş olmasından dolayı sağladığı menfaat göz önünde tutulmak suretiyle bir ölçü içinde gerçekleştirilmelidir¹⁰².

İndirme hakkı zamanaşımına uğramayacağından bu nedenle borçlu hakimden her zaman aşırı ceza koşulunun indirilmesini isteyebilir. Ancak yazarlar bu talebin zamanaşımına uğramasını farklı sebeplere dayandırır. İndirmede bir butlan müeyyidesi görenler için hakkın zamanaşımına uğramayışının sebebi, burada bir butlan müeyyidesinin bulunmasıdır. Bununla birlikte aynı yazarlar, ifa olunmuş bir ceza koşulunun indirilmesi söz konusu olduğunda borçlunun aşırı kısmı geri alma

⁹⁹ Seeliger,s.21; Secretan, s.120-Tunçomağ, s. 133den.

¹⁰⁰ Günay, s.173.

¹⁰¹ Günay, s.197; Karş.Tunçomağ, s. 152-153.

¹⁰² Davacı okul idaresi, taraflar arasındaki ferdî hizmet sözleşmesinin 10. maddesinde öngörülen cezai şart kuralına aykırı biçimde son sözleşmenin uygulanmasına başlanılmasından sonra, sürenin bitimine takriben 5 ay kala davalı öğretmen tarafından sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle, cezai şart talebinde bulunmuştur. Mahkemece yapılan değerlendirme sonucu, öngörülen ceza şart miktarı 143.955.448 TL'nin çok fahiş olduğu düşünlerek 25.000.000 TL hüküm altına alınmıştır. Ferdî hizmet sözleşmesinde tarafların serbest iradesi ile anılan cezai şart kuralına yer verildiği ve indirim yapılmayacağı ayrı bir kural halinde açıklanmış olduğu gibi, davalı öğretmenin davalı okuldaki deneyimi sonucu diğer bir kısım öğretmenlerle birlikte ortak bir telif eserinde hazırlanmış olduğu ve başka bir yerde daha iyi şartlarla iş bulduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Borçlar Kanununun konuyla ilgili 161/son maddesinde hakime cezai şart miktarında indirim yetkisi veren kural kamu düzenine ilişkindir. Hakime istisnai olarak tanınmış olan bu hakkın ölçülü olarak kullanılması zorunludur. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre, cezai şarttan indirme tarafların iktisadi durumu, borçlunun ödeme kabiliyeti ile birlikte borcunu yerine getirmiş olmasından dolayı sağladığı menfaat göz önünde tutulmak suretiyle bir ölçü içinde gerçekleştirilmelidir. Tüm bu olgular dikkate alındığında somut olayda cezai şarttan mahkemece yapılan indirimin fahiş olduğu sonucuna varılmaktadır. O halde daha ılımlı bir oranda indirim yapılmak üzere kararın bozulması gerekmiştir. Yrg 9 HD 15.04.1997, E. 1997/609 - K. 1997/7438.

talebinin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre, iki yıl geçtikten sonra (TBK.m.82) öne sürülemeyeceğini ileri sürerler. Öte yandan, tasarrufi işlem sebebe bağlı kabul edilse de ceza koşulu olarak ödenmiş şeyler çoğu zaman alacaklının mal varlığı ile tamamen karışmaktadır¹⁰³. İndirme hakkını yenilik doğuran haklar arasında sayanlar da, bu hakkın kullanılması talebinin zamanaşımına uğramadığını kabul etmektedirler¹⁰⁴. Çünkü yenilik doğuran hakların mahiyeti bunların zamanaşımına uğramasına engeldir. Bu hakkın kullanılması zaman yönünden sınırlanmamıştır.

Ceza koşulu muaccel olduktan sonra ödenir. Ancak muaccel olmadan önce de ceza koşulunun ifa edilebilmesine engel yoktur. Ceza koşulunun muacceliyetinden sonra veya önce borçlu tarafından isteğiyle ödenmiş olması aşırı derecede yüksek bulunan ceza koşulunun indirilebilmesine engel oluşturur. Ancak bu konuda yazarlar ceza koşulunun ödenmiş olup olmamasına göre bir ayırım yaparlar. Bir görüşe göre ceza koşulu ödenmiş olsa da aşırı ceza koşulunun indirimi istenebilir¹⁰⁵. Öğretide TBK. m.181/I uyarınca, alacaklıya kalacağı taraflarca koşulu edilen kısmi ödemelerin aşırı derecede yüksek ise indirilmesi ceza koşulunun ödendikten sonra indirilebilmesine imkân sağladığı yolundaki görüş¹⁰⁶ kabul edilemez. Çünkü bedelin kısım kısım ödeneceği yolundaki borçlunun taahhüdüyle ceza koşulu meydana gelmez. Esasen kısmi ödemelerin temerrüt halinde alacaklıya kalmasını gerektiren anlaşmaların ceza koşulu hükümlerine tabi tutulmasının nedeni, benzer bir tehlikeye düşmüş bulunan borçluyu korumaktır. Gerçekten ceza koşulu olmayan bir durum için konulmuş bir hükmü, ceza koşulunun uygulanması gibi göstermek ve bu hükme dayanarak ceza koşulu müessesesini açıklamaya çalışmak bu iki müesseseyi birbirine karıştırmaktan ileriye geçemez. Buna ilişkin düzenlemelerin bu nedenle ödenmiş bir ceza koşulunun indirilmesiyle bir ilgisi bulunmamaktadır¹⁰⁷. Başka bir görüşe göre, ceza koşulu ödenmişse, indirme istenemez¹⁰⁸. Zira aşırı ceza koşulunun indirilmesi için gerekli koşullardan birisi de ceza koşulunun ödenmemiş olmasıdır. Bununla birlikte ceza koşuluyla doğan borç zamanaşımına uğramışsa, indirme talebinin zamanaşımına uğramamış olmasının bir önemi kalmayacaktır¹⁰⁹.

Ceza koşulunun kısmen ödenmesi halinde de, ceza koşulunun tamamı aşırı ise, kural olarak indirme yoluna gidilir. Ancak bu indirme sonucu borçlu ödemediği kısmı tamamen veya kısmen ödemekten kurtulur ise de, ödenmiş kısımda indirme yapılmasını isteyemez. Öte yandan, indirmenin kabul edilmemesi için ceza koşulunun ödenmiş olması gerekir. Sadece bir borç senedi veya rehin verilmesi aynı sonucu doğurmaya yetmeyecektir. Ayrıca, indirmeyi istemek hakkını saklı tutarak ceza koşulunu ödeyen borçlu daha sonradan indirme isteyebilmelidir¹¹⁰.

İş sözleşmesinin ceza koşulu gerektirecek şekilde taraflardan birisi tarafından feshedilmesi halinde zarar doğmasa da, borçlu ceza koşulunu ödemekten kurtarmaz. Aynı şekilde ceza koşulunun aşırı olması da ceza koşulunun tamamen orta-

¹⁰³ Bkz. Kunter, N.: Ödendikten Sonra da Azaltılabilmeleri Bakımından Fahiş Cezai Şartlar, Ad.Der. 1940, s.982-983.

¹⁰⁴ Scherrer,s.25-Tunçomağ,s. 154den.

¹⁰⁵ Scherrer,s.25.

¹⁰⁶ Kunter, s.991.

¹⁰⁷ Tunçomağ, s. 155.

¹⁰⁸ Tunçomağ, s. 154.

¹⁰⁹ Tunçomağ,154.

¹¹⁰ Betz.23-Tunçomağ, s. 156'dan.

dan kaldırılmasına sebep olamaz. Gerçekten TBK.m. 182'nin başlık ve metninde sadece indirmeden söz edilmesi, kanun koyucunun, TBK.m. 52/I de yaptığı gibi bir düzenlemeyi burada yapmaması ceza koşulunun tamamen kaldırılmasına cevaz vermediğini göstermektedir¹¹¹.

Aşırı ceza koşulunun indirilmesini hakime bir yükümlülük olarak yükleyen TBK. m. 182/III emredici hukuk kurallarındandır. Çünkü bu fıkra açık surette hakimi aşırı ceza koşulunu indirmekle mükellef tutmuştur. Yargıtay'ın bir kararında "Hakim aşırı gördüğü cezaları indirmekle ödevlidir. BK.md. 182/III. deki bu kuraldan dolayı borçlu ileri sürmese bile hâkimin ceza koşulundan indirim yapıp yapılmadığını doğrudan, görevinden ötürü saptaması gerekir.¹¹²"

Öte yandan, hâkim ceza koşulunun aşırı olup olmadığını takdir ederken bazı kıstasları göz önünde bulundurulmalıdır. Hâkim ceza koşulunun taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve "açıkça hakseverliliğe aykırı bulunması halinde" aşırılığın varlığının kabul edilmesi gerektiğini Yargıtay içtihat etmiştir¹¹³. Şayet hakim bu takdirde yanılmış ise Yargıtay kararı bu noktadan bozmaya yetkilidir. Zira takdirle ilgili hususlarda yanılma bozma sebebi olarak kabul edilmektedir.

Yargıtay, Türk Borçlar Kanunu m.182/sona göre indirim yapılarak tazminat miktarı belirlenirken, 4857 sayılı Yasanın 21. maddesindeki alt, üst sınır, davacının hizmet süresi yönünden göz önünde bulundurulmalıdır. Bu husus nazara alınarak mahkemece yapılan indirim az olduğundan yasa hükmüne paralel bir indirim yapılmak üzere hükmün bozulması gerektiğine karar verilmiştir¹¹⁴. Ceza koşulu söz konusu olduğuna göre günlük çıplak ücret tespit edilerek sonuca gidilmesi gerekir¹¹⁵. Mesai arkadaşlarıyla uyumsuz ve verimsiz işçi toplu iş sözleşmesindeki iş güvencesi tazminatına hak kazanamaz¹¹⁶. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesinin haksız feshi nedeniyle öngörülen kıdem ve ihbar tazminatı tutarının üç katı miktarındaki ceza koşulu fahiş olduğundan, bu nedenle işe başlatmama tazminatı olarak davacının sendikal nedenle çıkarılması nedeniyle bir yıllık ücreti tutarı esas alınarak ceza koşuluna hükmedilmesi gerektiğine Yargıtay karar vermiştir¹¹⁷.

¹¹¹ Tunçomağ, s. 153.

¹¹² Yrg 13 HD 24.3.1994,956-2941.

¹¹³ Yrg 13 HD,24.9.1991, 6737-8340.

¹¹⁴ Yrg.9.H.D., 22/01/2009,E.2007/35148,K.2009/35148; Yrg.9.H.D., 04/10/2007,E.2007/733, K.2007/29264).

¹¹⁵ Yrg 9 HD 8.9.1999 E. 1999/12940 - K. 1999/12824.

¹¹⁶ Dosya içeriğine göre davacı işçinin işini görmekte zaman zaman ihmalde bulunması mesai arkadaşlarıyla uyumsuz olması gibi halleri işverenlikçe belirlendiği ve kendisinden verilmiş bir çalışma beklenemeyeceği sonucuna varılarak sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, Toplu İş Sözleşmesinin 33. maddesinde öngörülen iş güvenliği tazminatı koşullarının gerçekleştiği sonucuna varılamaz. Fesih haksız olmasına rağmen meşru ve makul nedenler mevcut olduğundan bu tazminat isteği reddedilmelidir. Yrg. 9.HD., 1.5.2002, E. 2001/20883 - K. 2002/6999.

¹¹⁷ İş sözleşmesinde kararlaştırılan ceza şartın koşullarının oluşup oluşmadığı ve indirim hususu taraflar arasında uyumsuzluğu oluşturmaktadır. Ceza şart öğretide, mevcut borcun ifa edilmemesi veya eksik ifası halinde ödenmesi gereken mali değeri haiz ayrı bir edim olarak tanımlanmıştır (Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963).Borçlar Kanununun 158-161. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmemiştir. İş Hukuku açısından Borçlar Kanununun sözü edilen hükümlerini uygulamakla birlikte Dairemizce bazı yönlerden İş Hukukuna özgü çözümler üretilmiştir. İş Hukukunda İşçi Yararına Yorum İlkesinin bir sonucu olarak sadece işçi aleyhine yükümlülük öngören cezaî şart hükümleri geçersiz sayılmış ve bu yönde yerleşmiş içtihatlar öğretide de benimsenmiştir. Yine, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısının 419. maddesinde "Hizmet

SONUÇ

İşçi ve işveren arasında bağitlanan iş sözleşmesi işçinin fiilen çalışmaya başlamasıyla uygulamaya konulur. Belirli süreli bir sözleşme uygulamaya konulmadan da fesholunabilir. Bu halde sözleşmede yer alan ceza koşulu uyarınca karşı tarafa ödeme yapılması gerekir. Belirli süreli iş sözleşmelerinin feshinde ihbar tazminatı söz konusu olmaz. Ancak bu tür sözleşmelere konulan ceza koşulu hükümleri geçerli olsa da işçi

sözleşmelerine sadece işçi aleyhine konulan ceza koşulu geçersizdir" şeklinde kurala yer verilmiştir. Cezaî şartın işçi ve işveren hakkında ve iki taraflı olarak düzenlenmesi gereği, işçi aleyhine kararlaştırılan cezaî şartın işveren aleyhine kararlaştırıldan daha fazla olmaması sonucunu da ortaya koymaktadır. Başka bir anlatımla işçi aleyhine olarak belirlenen cezaî şartın, koşulları ve ceza miktarı bakımından işverenin sorumluluğunu aşması düşünülemez. İki taraflı cezaî şartta işçi aleyhine bir eşitsizlik durumunda, cezaî şart hükmü tümden geçersiz olmamakla birlikte, işçinin yükümlülüğü işverenin sorumlu olduğu miktarı ve halleri aşamaz. İşçiye verilen eğitim karşılığı belli bir süre çalışması koşuluna bağlı olarak kararlaştırılan cezaî şartın tek taraflı olarak değerlendirilemez. İşçiye verilen eğitim bedeli kadar cezaî şartın karşılığı bulunmakla eğitim karşılığı cezaî şart hükmü belirtilen ölçüler içinde geçerlidir. Belirli süreli iş sözleşmesinin süresinden önce feshi koşuluna bağlı cezaî şartın sonuç doğurabilmesi için öncelikle taraflar arasındaki iş sözleşmesinin belirli süreli olup olmadığının tespiti gerekir. Bundan başka asgari süreli iş sözleşmelerinde aynı türde hükümler konulması mümkündür.4857 sayılı İş Kanununun 21. maddesinde, kesinleşen işe iade kararı üzerine işçinin başvurusuna rağmen bir ay içinde işe başlatılmaması durumunda, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödeneceği öngörülmüştür. Aynı maddenin son fıkrasında ise, sözü edilen düzenlemenin mutlak emredici olduğu ve sözleşmelerle hiçbir şekilde değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Bu itibarla iş güvencesine tabi işçiler yönünden toplu iş sözleşmesinin iş güvencesi sağlayan hükümlerinin yasanın bu düzenlemesi karşılığında bir değeri kalmamıştır. Borçlar Kanununun 161. maddesine göre taraflar cezanın miktarını seçmekte serbesttirlir. Buna göre belirli süreli iş sözleşmesinin kalan süresine ait ücretlerinin ya da bunun katlarının ödenmesi gerektiği yönünde ceza miktarı belirlenmesi mümkündür. Böyle bir cezaî şart hükmü, Borçlar Kanununun 325. maddesine göre talep konusu yapılabilecek olan sözleşmenin kalan süresine ait ücret isteginden farklıdır. Bu durum, konuya dair yasal düzenlemenin tekrarı mahiyetinde de değildir. Gerçekten tarafların iradesi özel biçimde cezaî şart düzenlemesi yönünde ortaya çıkmış olmakla, iradeye değer verilmeli ve cezaî şart hükümlerine göre çözüme gidilmelidir. Bu arada işçinin bakiye süre ücreti ölçüt alınarak kararlaştırılmış olan cezaî şarttan başka sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin de Borçlar Kanununun 325. maddesine göre talep edilemeyeceği soruna değinmek gerekir ki, ifaya eklenen cezaî şart çözüme gidilmesi ve buna göre koşulların varlığı halinde sözleşmenin kalan süresine ait ücretlerin ayrıca talep edilebileceği belirtilmelidir. Gerçekten, Borçlar Kanununun 158/II. maddesine göre, borcun belli zaman ve yerde ifa edilmemesi hali için cezaî şart kararlaştırılmışsa, alacaklı hem ifa hem de cezaî şartı talep edebilecektir. Borçlar Kanununun 161/son maddesinde fahiş cezaî şartın hakim tarafından tenkis edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş Hukuku uygulamasında işçi aleyhine cezaî şart düzenlemeleri bakımından konunun önemi bir kat daha artmaktadır. Şart ve ceza arasındaki ilişki gözetilerek işçinin iktisadi açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere gidilmelidir. İşçinin belli bir süre çalışması şartına bağlanan cezalardan, sözleşme kapsamında çalışın ve çalışması gereken sürelere göre oran kurularak indirime gidilmelidir. Somut olayda davalı işyerinde geçerli olan toplu iş sözleşmesinin 84. Maddesinde " İşveren işyerinde çalışmakta olan taraf sendika üyesi işçileri 4857 sy ilgili maddesi ile TİS in ekinde bulunan ceza cetvelinin öngördüğü suçlar saklı tutulmak kaydıyla hiçbir şekilde işten çıkaramaz. İşveren yukarıda açıklanan sebeplerin dışında taraf sendika üyesi işçilerin iş akıtlarını feshetmesi durumunda işten çıkarılan işçilere hak ettikleri kıdem ihbar tazminatı dışında ayrıca kıdem ve ihbar tazminatı tutarının 3 katı kadarını iş güvencesi tazminatı olarak ödemeyi kabul eder" hükmü bulunmaktadır. Davacının iş sözleşmesinin davalı tarafça TİS hükümlerine aykırı olarak feshedildiği sabittir. Davalı işyerinde iş sözleşmesinin feshedildiği tarihte 19 işçi çalışmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 20.maddesinde belirtilen işe iade davası açma koşulları oluşmamıştır. Eğer işe iade davası açma koşulları oluşsa idi mahkemece feshin geçersizliğine karar verildiği takdirde işe başlatmama tazminatı olarak davacının sendikal nedenle çıkarılması nedeniyle 1 yıllık ücreti oranında işe başlatmama tazminatına hükmedilmesi gerekecekti. Toplu iş sözleşmesinde belirtilen kıdem ve ihbar tazminatı tutarının üç katı miktarı fahiştir. Bu durumda mahkemece iş güvencesi tazminatından BK 161/son maddesi uyarınca belirlenen miktara denk gelecek şekilde bir indirim yapılarak karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır. Yrg.9.H.D., 13.05.2010,E.2008/26 003,K.2010/13047.

aleyhine tek taraflı olarak öngörülemez. Ayrıca sadece fahiş görülen ceza koşulundan hakimin indirim yapması gerekir.

Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde de cezai şart düzenlenmesi mümkün bulunmaktadır. Öte yandan toplu iş sözleşmesi ile de cezai şart öngörülerek iş güvencesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Ancak iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçi toplu iş sözleşmesindeki ceza koşulu öngören tazminatı koşullar oluştuğunda işverenden isteyebilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18.maddesine göre iş güvencesi kapsamında olan işçinin süresinde feshin geçersizliği ve işe iadeye ilişkin dava açmaması nedeniyle geçersiz feshin önlenmesi için toplu iş sözleşmesinde öngörülen ceza koşuluna yönelik tazminatı talep etme hakkı bulunmaz. Zira süresinde feshin geçersizliği ve işe iade talebinde bulunmayan işçi feshin geçerliliğini kabul ettiğinden toplu iş sözleşmesi uyarınca ceza koşulu öngören hükmün uygulanması hukuken mümkün değildir.

Belirli süreli hizmet sözleşmelerinde yer alan işçinin sözleşmeyi süresinden önce feshetmesi halinde işçi aleyhine, işverenin akdi süresinden önce bozmasına göre işverene yüklenen ve bunlar arasında olması gereken denklige aykırı olarak, daha fazla cezai şart öngörülmesi geçerli kabul edilemez. Sadece işçi aleyhine öngörülmüş kısım ile ilgili cezai şart miktarı geçersizdir. Başka bir anlatımla, işçinin aleyhine olarak daha fazla miktarda cezai şart öngörülmüş olması halinde de daha düşük olan işveren aleyhindeki cezai şartın gözönünde tutulması ve bunun üzerindeki kısmın geçersiz sayılması gerekir. 6098 sayılı TBK. m.420 uyarınca işçi aleyhine tek taraflı ceza koşulu öngörülmesinin engellenmesi, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarının yasaya yansımadır. Bu düzenleme Türk Borçlar Kanununda işçi lehine yapıldığından, kanımızca isabetlidir.

Öte yandan işçi veya işveren tarafından talep edilmese de hakimin fahiş ceza koşulunu kendiliğinden indirmesi gerekmektedir. Borçlar Kanununun 182/son maddesinde aşırı ceza koşulunun hakim tarafından indirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş Hukuku uygulamasında işçi aleyhine ceza koşulu düzenlenememesi, koşul ile ceza arasındaki ilişki gözetilerek işçinin ve işverenin ekonomik açıdan mahvına neden olmayacak çözümlere hakim tarafından gidilmelidir.



KAMU AVUKATLARININ SORUNLARI

The Problems of the Public Lawyers

Prof. Dr. Emin MEMİŞ*

ÖZET

Ülkemiz mevzuatında Kamu Avukatlarının sorunları vardır. Kamu avukatları, memur ve sözleşmeli personel olarak istihdam edilmektedir. Özlük hakları eşit ise eşit ücret bağlamında çözümlenmiş değildir. Vekalet ücreti sorunu da çok önemlidir. 659 sayılı KHK da sorunları eşitlik bazında çözmemiştir. Mahkeme kararlarında da değişik çözümler gözlenmektedir. Bu anlamda kamu avukatları, ortak bir başlık altında, düzenleme konusu yapılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kamu Avukatları, Sözleşmeli Personel, Vekâlet Ücreti.

ABSTRACT

There are issues of public lawyers in the legislation of our country. Public Lawyers be employed as a officer and contract employee. Employee personal rights is not resolved in the context of "equal pay for equal". Attorneys' fees problems seriously important subject as well. The legislative degree which is numbered by 659 is not resolve the problems on the basis of equality. Alternative solutions also observed in the Court's decision. In this sense, public lawyers should be reorganization which means collect them under the same heading.

Keywords: Public Lawyers, Contract Employee, Fee of Attorney

*Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanı.

I- GENEL İDARE ESASLARI BAĞLAMINDA MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ, SÖZLEŞMELİ PERSONEL VE KAMU AVUKATI ÜZERİNE

Giriş

“Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yapılmasına İlişkin Tavsiye Kararı”, “AVUKAT” sözcüğü için şu tanımı yapar: “**Mahkeme önünde savunmaya, müvekkilleri adına hareket etmeye, yasayı uygulamaya, dava açmaya ya da danışmaya ve müvekkillerini temsile ulusal hukuka uygun olarak yetkili kılınmış ve bu sıfatı taşıyan kişi**”.

Bu tanımlamanın önemi, yargılamada “**silahların eşitliği**” ilkesi bazında, yargılama faaliyetinin kurucu unsuru olan SAVUNMANIN (avukatın) ve **savunmanın güvencesi olan yargı bağımsızlığı hakkının** üçayağından birini simgelemesidir.

Bir dönemi kavradığı için önemli olduğunu düşündüğüm ve üzerinde durulmasının yararlı olacağı amacıyla, değerlendirilmesine yer verdiğim 2 Şubat 1929 tarihinde yürürlüğe konulmuş ve nihayet 2012 yılında çıkarılan 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile “ilga” edilmiş olan 1389 Sayılı “Devlet Davalarını İntac (=sonuçlandıran) Eden Avukat Vesaireye Dair Kanun”la KAMU AVUKATLARINA parasal özlük haklarını verme, en azından 1961 Anayasanın gerçekleştirdiği çoğunlukçu demokrasi anlayışından çoğulcu demokrasiye geçişin en önemli göstergesi olan **hukuk devleti ilkesi** karşısında sorgulanması gereken (ki, 1389 Sayılı Kanun 2012 yılına dek uygulanmış) bir olaydır.

Mevzuattaki “Devlet davalarını intac (= sonuçlandıran) eden AVUKAT” (1389 Sayılı Kanun Başlığı), “devlet davalarını takip edenlere”, “devlet davalarını takibe yetkili Hazine Avukatları”(3717 S.K. md.1) gibi açıklamalardan bir genelleme yapılabilir: Devleti zarara sokan durumları kaldırmak için devleti ya da kamu kurum veya kuruluşlarını savunmak için savunma refleksini üstlenen Avukatlara, kamuyu savunmalarından ötürü **Kamu Avukatı** unvanını kullanabiliriz.

Özetle devlete ve/veya kamuya karşı yapılabilecek her türlü zararları gidermek için **genel idare esasları bazında savunma ile görevlendirilmiş asli ve sürekli görevler yapan memur ya da diğer kamu görevlilerinden kamuyu savunma işlevine sahip olanlara yönelik olarak Kamu Avukatlığı mesleğini oluşturup kamuyu savunacak olan bu mesleğe kabul olunanlara Kamu Avukatı denebilir.**

Ancak mevzuatta “kamu avukatı” terimi için direkt bir tanım yapılmış değildir. Altı çizilmesi gereken nokta, *kamu avukatının*, tıpkı devleti-kamuyu-toplumunu savunan Cumhuriyet Savcıları gibi benzer bir işlev türü uygulamasıdır. Başka söylemle, dolaylı olarak bireylerin tek başına sahip olduğu kamusal boyutlu haklarının oluşturduğu kamusal boyutunun savunmasını, *kamu avukatı* yapacaktır. Böylece kamu savunmasıyla devlet ve/veya kamunun alacağını tahsil etmesi kamu hizmetleriyle bireylere dönecektir. Kamunun kazanması, kamunun yararını yoğunlaştıracak ve bireylerin dolaylı olarak yararları da toplumsal bağlamda karşılanmış olacaktır.

Gerçekten kamu avukatı, devletin, kamu idareleri ve kurumlarının işlevlerinin hukuka uygunluğunu sağlama işlevi görürken ve kamuyu (devleti) zarara sokacak olaylarda bir koruma misyonu yüklenerek yargıç ve savcıların yüklediği bazı

alanlara koşut görev yaptığı görülecektir. Üstelik yargıç ve savcı gibi eğitim almış olan kamu avukatı, kamu görevi yaparken yapılan işin birbirinden daha değerli olduğu varsayımıyla davranmak da olanaksızdır.

Devlet örgütünün konumlandığı her çalışma alanında devleti kamu avukatı savunmuyor mu? Üstelik devlet adalet paradigmasını yerine getirirken doğacak bir uyuşmazlıkta **“diğer kamu görevlileri”** gibi yine *Kamu Avukatını* göreceğiz.

Devlet kamu çalışanlarının özlük haklarını düzenlemiyor mu? Öyleyse devlet kendini savunan unsurları en azından diğerleri ile birlikte düşünmek zorunda olacaktır. Burada **vurgulanmak istenen çalışanların özlük hakları düzenlenirken** Anayasanın-hukuk devletinin maymuncuk ilkesi **eşitlik** ilkesi bağlamında statüler oluşturulması gereğidir. Usul ve yargılama hukukunda benimsenmiş olan ve ihmal asla kabul olunamayacak kurallardan biri de *tarafların eşit olanaklardan yararlandırılması* anlayışıdır. Bu anlayış, bizi **eşit işe eşit ücret** konseptine, başka deyişle sosyal adalet unsurunu içeren sosyal devlete taşımaktadır.

Kamu avukatları da kuşkusuz özlük hakları bağlamında sosyal devletin önemli unsuru olan sosyal adalet ilkesini, **eşit işe eşit ücret** bazında istemek hakkına sahip olacaktır.

Kısaca Kamu Avukatları Mevzuatı

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi(md.7), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md.14), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Avukatlık Mesleğinin Özgürce Yapılmasına İlişkin Tavsiye Karar (*Rec(2000)21*), Avrupa Topluluğu Barolar Konseyi Meslek Kuralları (Strasbourg-28.10.1988), Anayasa, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, 657 Sayılı DEVLET MEMURLARI KANUNU(**bundan sonra kısaltılmış DMK kullanılacak**) madde 146; 233 ve 399 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK), 2 Şubat 1929 tarih ve 1389 Sayılı **“DEVLET DAVALARINI İntaç Eden Avukat... Hakkında Kanun”** (*Bu kanun 02. 10.2012 tarihinde 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ilga edilmiştir*), **Avukatlık Kanunu** (md.164), 3717 Sayılı Kanun (**ADLİ PERSONEL İLE DEVLET DAVALARINI** Takip edenlere yol gideri ve tazminat...Kanunu), 5393 Sayılı Belediye Kanunu(md.82), 1389 Sayılı Kanuna bağlı olarak çıkarılan **“1389 Sayılı Kanuna göre VEKALET ÜCRETİ Tevzi Yönetmeliği”** (Ki: Bu Yönetmelik Adalet Bakanlığının 05/07/2012 tarihli güncellemesine göre yürürlükte gözüküyor) ile **“Merkezi Yönetim Harcama Belgeleri Yönetmeliği”** (31.12.2005/RG 26040), **“Sosyal Sigortalar Kurumu Vekalet Ücreti Dağıtım Yönetmeliği”** (5.8.1963 T.) ve **659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuki Hizmetlerin Yürütülmesine İlişkin KHK** ilk planda gözleyebildiğim mevzuattır.

Kamu Avukatlarının Başlıca Özlük Konuları Nelerdir?

Kamu Avukatlarını ilgilendiren ve sorunlu olan başlıca konular, statü, mali ve özlük hakları (Özellikle EK Gösterge-derece alma), görev ve makam tazminatı / yan ödeme ve özel hizmet tazminatı, teftiş ve denetleme, Baro aidatı ve VEKALET ve son değişiklikle çinden çıkılmaz durumu daha da bozan bir sorun olarak görülen **“ücret-i vekalet”** konuları olarak özetlenebilir. Bu konuların sorulu olması, hukuk devletinin önemli bir unsuru olan *“kanun önünde eşitlik”* ilkesinden kay-

naklanmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi, “*kanunda eşitlik*” terimini kullanır.

Memur ve Sözleşmeli Personel

a) Anayasal bazda MEMUR nedir? (Doktrin ve Yüksek Mahkeme Analiz Örnekleri)

1982 Anayasasına (md.128) göre: Kamu hizmetlerini yürütmekle yükümlü olan devletin, KİT ler ve diğer kamu tüzelkişilerinde çalışan tüm görevlilerin (“**genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür**”) *memur ve diğer kamu görevlisi* olarak eklememesi, kamu hizmeti yapan kamu görevlileri terimini genişletmiştir. Oysa 1961 Anayasasında ise sadece MEMURLARDAN söz edilir.

Anayasa, gerek **memurlar**, gerekse **diğer kamu görevlileri**(md.128) sözüyle kamu görevlileri tanımına gitmeyerek, **kamu hizmeti görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla saptanacağını** işaretler. Bunun anlamı, kamu görevlileri için genel bir düzenleme yapılarak devletin ekonomik, sosyal, teknik gelişmelerle artan işlevlerini, gereksinimlerini dikkate alarak, kamu hizmeti görevlilerini “MEMUR” kapsamında yansıtmadan kamu görevi yapanların kendi içinde ayrılarak değerlendirilmesini yasamaya bırakmıştır¹¹⁸. Ancak idari rejimde görev alan sözleşmeli personel de tıpkı memurla gibi görev yapmakta, kamu hizmeti sunmaktadır. Öyleyse kamu hizmeti sunanları kategorileştirmek önem arz edecektir.

Mevzuatımızda kabaca kamu avukatlarının memur ve sözleşmeli olarak değerlendirilmek istendiği görülebilir. Ancak “idare bir bütündür”(md.123) önermesi, kamu kurum ve kuruluşlarında görev alanların aynı eğitimi almış olanlarının ayrı ayrı ücretlendirilmelere ya da değişik özlük haklarına bağlı kılınmak istenmeleri ne Avrupa normuna ne de temel norm Anayasamıza uymaktadır. Aşağıda ele alacağım, 659 Sayılı KHK 14.maddesi, hukuk devletini değil de “ben yaparım” mantığını yansıtmaktadır.

Anayasa, memur ve diğer kamu görevlileri için yine belli bir statünün uygulanması zorunluluğu yaklaşımını getirmemiş, 128/2.fıkra da güvenceye bağlanmış hükümleriyle çelişmemek kaydıyla, çalıştırılacak olanların kamu hizmetinin niteliğine göre gereken esasları ve usulleri yine yasamaya bırakmıştır (AYM, K.1988/55:-Karşioy). Şu var ki: ANAYASA genel idare esasları bağlamında yürütülecek asli ve sürekli görevleri hükmünde öngörülen memur kapsamına “**diğer kamu görevlilerini**” de sokarak “**kamu ajanları**” arasında belirsizlikleri arttırmıştır (Ki: “**Asli ve sürekli**” kamu görevleri kapsamına, “**diğer kamu görevlilerini**” sokarak artı Kamu İktisadi Teşebbüslerinin (KİT) “**genel idare esaslarını**” ve personelini “**asli ve sürekli**” görev formatına dahil eder). Daha dengeli bir “memur” tanımını yapamazken, bu kez de “**diğer kamu görevlisi**” nedir sorusu da sorulmaya başlanacaktır¹¹⁹. Dolayısıyla memur formu dışında yer alan “diğer kamu görevlilerinin” doktrin ve içtihatlarda sorunlu yansıtıldığı izlenecektir.

¹¹⁸ Devlet Memurları El Kitabı, TODAİE Yayını No 220, 1987, s.49,57 vd.

¹¹⁹ Lütfü DURAN, Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (II),AİD,C.XIX(Sayı 2); Tekin AKILLIOĞLU, “Karar İncelemesi”,AİD, C.21(Sayı 3).

Özellikle DURAN, Anayasa bağlamında memur ve diğer kamu çalışanlarının tek bir personel sınıfında genel kural bazında kaynaştırıldığı, artık memur ve diğer personel arasında bir ayrıma gerek kalmadığı gibi genel idare esasları ya da “özel yönetim usullerine” göre görülen kamu hizmetleri çalışanları arasında fark kalmadığını söyler. Ve **GENEL İDARE ESASLARININ** kamusal ve özel idare formlarını yansıttığını, Anayasa 128/1’in bu formda idare edilen kurum ve kuruluşların “asli ve sürekli” görevler formatında çalışanlarının memur sayılacağı, ayrıca işçi niteliği taşımayanların “**diğer kamu görevlisi**” olarak değerlendirilmesi gerekecektir¹²⁰.

Esasen Anayasa, 128.madde *kamu görevlisi* tanımını dar anlamda vermiştir: **Genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görev yapanlara kamu görevlisi denir.** Anayasanın “**memur ve diğer kamu görevlisi**” kullanımını bir tür geleneği sürdürme zamanla değişik gereksinimleri karşılamak için(yasamanın takdir hakkı bazında) farklı ama aynı işi yapanları vurgulama anlamına gelecektir. Burada asıl olan statüler olarak göreve kabul olunanlara kamu hizmetinin gördürülmesi ve bu hizmetin “asli ve sürekli” olması temelidir.

Anayasa Mahkemesi, kamu görevlisi tanımında değişik yaklaşımlar sunar: Mahkemeye göre,128.madde kapsamındaki “**kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler**” niteliğinin, **çalışanın kişiliği ve durumuna göre değil, yapacağı göreve bağlı bir koşul olarak** yansır. Yani “**asli ve sürekli**” kavramı görevin niteliğini içerir, çalışanın niteliğini içermez (AYM. K.1990/2 ,T.01.02.1990).

DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ, idareye kamu hukuku bağı ile bağlı olarak memurlar ve işçiler dışında, atama zorunluluğu bulunan (AYM.K.1988/55,T.22.12.1988) kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde çalışanlar olup bu durumun doğal sonucu olarak haklarında özel kanunlar uygulanıp bütçeden ödeme yapılanlar kümesidir(AYM., K.1988/8, T.19.04.1988).

Yüksek mahkeme kimi kararlarında, genel idare esasına göre çalışan personelin (köy korucusu gibi) ama işin sürekli görev olmadığını (K.1985 /23,T.10.12.1985) kabul ederken, sözleşmeli personelin statüsü konusunda ise, “**kamu hizmetinin asli ve sürekli bir görevinde memur ve işçiden ayrı, kamu hukuku bağlantısı olan kimse**” için “**diğer kamu görevlisi**” sonucuna ulaşmıştır (K.1988/8, 19.04.1988). Şu var ki, KİT’lerde çalıştırılacak personelin 128.madde kapsamında “**diğer kamu görevlisi**” sayılmayacağını (308 Sayılı KHK hakkında verdiği kararında: K.,1988/55,T.22.12.1988), çünkü memurlardaki zorunlu atama koşulunun olmadığını, sözleşmeli durumun olduğunu söyler.

Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi birçok kararında, **Sözleşmeli Personel** için “kamu görevlisi” anlamını çıkarmıştır.

Danıştay da 233 Sayılı KHK nın tanımladığı çalışanların Anayasa 128.madde kapsamında “**diğer kamu görevlisi**” olduğunu belirtir (D 5.D, K.1987/1787, DD. Sayı 70-71).

İdari yapımızda değişik sözleşmeli tipi çalıştırılmaktadır. 399 Sayılı KHK, sözleşmeliinin özlük işlerini de düzenlediği için “**diğer kamu görevlisi**” deyimini kullanabiliriz. **Ancak bazı sözleşmeli çalışanların özlük işlerinin bir idari işlemle**

¹²⁰ DURAN, s.18; “Anayasanın 128 ve 129.maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ile Bakanların Durumu ile ilgili Yorumu, Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s.205.

düzenlendiği de gözlenir (1978 Bütçe Kanunu 12.maddesi bağlamında çıkarılan 06.06.1978 T, 7/15754 Sayılı Kararname: **Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar**).

Anayasa Mahkemesi, kendi mevzuatında özel hüküm bulunmayan kurum-kuruluşların çalıştırdığı personelin bu kararnameye bağlı olmasını söyler. Bu esaslar dışında çalıştırılacak Sözleşmeli Personelin ilgili kanun veya KHK'ne hüküm konulmasının zorunluluğuna işaret eder ve değinilen Kararname ile çalıştırılan personelin “**diğer kamu görevlisi**” olamayacağını vurgular.

Anayasa Mahkemesi, (Kadro karşılığı gösterilerek Sözleşmeli Personel çalıştırmaya yönelik Temel Sağlık Kanununun 7/1.fıkrasını iptal ederken kamu hizmetlerinin “**genel idare esasları**” dışında çalıştırılma yolunun açıldığını vurgulayarak kanuna ve kurala bağlı olmadan çalıştırmanın 128 kapsamına girmediğini, personeli göreve alma veya çıkarma ve çalışma koşullarının kanunda saptanması gereğinden hareketle iptal kararı vermiştir. Karada *kadro karşılığı çalıştırılacak personeli* “**diğer kamu görevlisi**” kabul edilmiştir. Sağlık Bakanlığının kamu hizmeti vermesi nedeniyle ve denetiminde olan sağlık işletmelerinin hizmetlerin yürütülmesinin genel idare esaslarına bağlı olması gerekçesiyle karar alındığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla günümüz uygulaması, 128.madde kapsamında sözleşmeli personelin değişik yansımalarının tamamlanmış olmadığını göstermektedir¹²¹.

Anayasa Mahkemesi Kararlarından şu sonuca varabiliriz: DİĞER KAMU GÖREVLİLERİ, memurlarda olduğu gibi genel idare esaslarına¹²² göre çalışarak asli ve sürekli görevleri yürüten ve tüm özlük haklarının kanunla düzenlenmesi gereken personel olarak anlaşılmalı. Statüleri memurdan farklıdır ve kendi özel yasalarına bağlıdırlar(399S. KHK bağlamında çalışan sözleşmeliler dahil).

Kadro karşılığı çalışanlar(sözleşmeliler) 657 DMK bazında oldukları için yani memur sayıldıkları için “diğer kamu görevlisi” değildirler. Ancak KİT’lerde (ki, kamu tüzel kişileridir) çalışanlar da kamu yararına yönelik bir tür yeni kamu hizmeti görmeleri bazında işçiler dışında kamusal nitelikli statülerin bazı nesnel ve genel hükümleri bağlamında iş yapmaları gerekmektedir. **Bu tür çalışanların kamu hizmetlerini sırf genel idare usullerine göre yürütmedikleri için bunları, memur ya da kamu görevlisi saymak olanaksız denilmiştir.** Dolayısıyla 128. madde kapsamında işçi olmayan bu çalışanlar (ki, kamu tüzel kişileri özel hizmet verecek kimseleri kullanamaz) ya **memur** veya **diğer kamu görevlisi** sayılabilir.

b) Sözleşmeli Kamu Avukatı “Diğer Kamu Görevlisi mi”?

İrdelemeler

Kanımcı kamu avukatlarını “**diğer kamu görevlisi**” olarak algılama daha ger-

¹²¹ İbrahim PINAR, Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 2001, s.73-76 vd.

¹²² “GENEL İDARE ESASLARI”, yalnızca “DEVLETİN merkezi idare düzen ve örgütünü ifade eden GENEL İDARE” anlamında değil, özel kesime de uygulanan kaide ve yöntemler karşısında KAMUSAL İDARE formunu veya şeklini kavramakta ve bu cümleden olarak bütün kamu kesimini içeren bir idare faaliyetlerini yansıtmaktadır (DURAN, “Sözleşmeli Personel”, Cumhuriyet, 07,12.1989). Anayasa Mahkemesi, Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun iptali davasında, Anayasanın 5, 123, 125, 126, 127, 128. maddelerinde geçen, esasları içeren ifadelerin “genel idare esaslarını” yansıttığını vurgular. Ne tür olursa olsun tüm yönetimlerin İDARİ FAALİYETLERİNİN “idare” şemsiyesinde toplandığı ve idarenin tümünü sağlayıp kamu hizmeti gördüklerini işaretler. Yoksa “idare bir bütündür” ifadesi boşuna mıdır?

çekçi olabilir. Çünkü bir kamu kurum veya kuruluşunda Sözleşmeli, Memur veya Kadrolu Avukat (Anayasa Mahkemesinin vurguladığı gibi, **sözleşmeli avukat** çalıştırmada) alımında asıl olan Kamu Hukuku bağıntısının değiştirmediğini esas almayı savunabilmenin daha kolay olduğu gerçeğidir. Eğer Anayasa, kamu görevlerini, **memurlar** ve “diğer kamu görevlisi” eliyle gördürmeyi amaçlıyorsa, kamu kurum ve kuruluşlarında çalıştırılacak avukatların (sözleşmeli veya geçici personel dahil) tıpkı yargı sınıfı ve/veya üniversite öğretim üyeleri gibi bir özel kanunu olmalı. Çünkü avukatları çeşitli konumlara sokup çalıştırma, mali özlük hakları bağlamında yeknesaklığı, hakkaniyeti, eşitliği bozmaktadır. Çünkü Devlet işlerini görmede aynı kanalı işletme yöntemi, Anayasaya (md.128) daha uygun düşeceği savunulabilir. Aksi takdirde, değişik kanunlarla sorunu çözme hukuk güvenliği ilkesini yaralamaktadır ve yığıla sorun üretmektedir.

Anayasanın 128.maddesinde *Sözleşmeli Personel deyimi* geçmez. Fakat bu madde acaba bu tür çalışana da olanak vermiyor mu sorusu sorulabilir. **Sözleşmeli personel**, “**diğer kamu görevlisi**” kapsamına sokulamaz mı? Devleti savunma işlevi gören “*diğer kamu görevlisi*” savcı gibi devletin ve/veya kamu idaresi, kamu kurum veya kuruluşunun alacağını alma işlevini gören kamu avukatı arasında uzak bir fark mı vardır?

Anayasa Mahkemesi, **geçici ve süreli işlerde** sözleşmeli çalıştırılabileceğini ve bu konuda Bakanlar Kurulu Kararnameleri ile düzenleme yapılabileceğini vurgular. Devletin *asli ve sürekli görevde* çalıştıracağı personelin kanunla düzenlenebileceğine (md.128/2) işaret eden mahkeme, ünlü ODTÜ Davasında verdiği kararda, Yönetmelik bağlamında öğretim üyesi atama ve görevlendirmenin ve yapılan Sözleşmenin asıl olan kamu hukuku ilişkisini değiştiremeyeceğini, **çünkü bir kamu görevlisinin bağlı olduğu kurumu ile bağının, bir statü ilişkisini yansıttığını** benimseyerek, öğretim görevlilerinin çalışma ve sözleşme koşullarını mütevellî kurulunca saptanması biçimindeki kanun hükmünü iptal ederken özlük konusunun kanunla düzenlenmesi yolundaki *Anayasa hükmüne* işaret etmiştir (AYM.,K.1976/28,T.25.05.1976).

Gerçekten 128/2.fıkra, ana düsturu ve kurumları çizer. 128/1.fıkarda ise, “**devletin, KİT’lerin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre... kamu hizmetlerinin gerektiği asli ve sürekli görevleri**” sürdürmesi gerekenler arasında memurlar yanında “**diğer kamu görevlileri**” terimi kullanılırken, ikinci fıkrada “**özlük işleri**” kanunla düzenlenir ifadesi, kamu hizmetlerini ifa edecek olanların “*kamu hukuku bağıntısının*” asıl alındığı anlamına gelecektir.

“**Genel idare esasları**” bazında asli ve sürekli görev yapacak olanlara genel bir formatta “kamu personeli” eski deyimıyla yansıtabilmek kabildir. Bunlar **memurlar**, kamu işi yapan **sözleşmeliler** ve “**diğer kamu görevlisi**” bandına girenler olarak izlenebilir.

Anayasa genel idare esasları bazında klasik memur ve “diğer kamu görevlisi” dediğine göre, kamusal misyon yüklenenleri de *sözleşmeli veya kadrolu* bu kavram içinde değerlendirdiği savunulabilir. Onun için Anayasanın “sözleşmeli” dememesi, sözleşmeli çalıştırılacakların “asli ve sürekli” kamu hizmeti yapmayacağı anlamını içermez. Aksine idarenin gereksinimlere göre elinin serbest bırakılması ve takdir hakkını kullanarak personel alımı ile kamu hizmetlerini karşılaması “değiş-

kenlik” ilkesi gereğidir. Ancak değinilen “özlük hakları kanunla düzenlenir” ikinci fıkra emri, birinci fıkra emrini de kapsar. Anayasal bazda asıl olan kamusal görev bağıntısı olması gerektiğine göre, *diğer kamu görevlileri*” içine yargı mensuplarını sokuyoruz da asli ve sürekli görev gören sözleşmeliyi veya kadrolu sözleşmeliyi neden sokmayalım? Buradaki “diğerleri” sadece bir tür mesleği mi kapsıyor? Buna yanıt hayırdır. O zaman *kamu avukatı* olgusu da bu sözcük içine girebilir. Anayasanın 128.maddesinin çerçevelediği *kamu hizmeti genel ilkeleri*, adına bırakınız sözleşmeliyi, ne denirse densin, eğer birisi “*genel idare esasları*” bağlamında asli ve sürekli bir kamusal görev veriyorsa, bu ya memur veya “*diğer kamu görevlisi*” bandına yerleştirilecek demektir. Bu bantta çalışacak olanları, yasama kanunla düzenlemek ve özlük haklarını güvenceye almak durumundadır.

Değindiğim üzere, bugün sözleşmeyle çalıştırılacak personelin “*diğer kamu görevlisi*” (ki, 399 Sayılı KHK bazında sayılabilir) kapsamına girmede (çeşitli çelişkili düzenlemeler olduğu için) gerekli koşullar noksandır, diyebiliriz. Ama Anayasanın 128.maddesinin kamu hizmeti görecekler hakkındaki tanımları güç olsa da eksik düzenleme olduğu söylenemez. Anayasa iradesi, “*diğer kamu görevlileri*” yanına isteseydi “*sözleşmeli*” saklıdır diyebilirdi.

Bu cümleden olarak bir hukuk devleti unsuru olan EŞİTLİK maymuncuğu, “eşit işe eşit ücret” der ve kuşkusuz kamu hizmetlerinde de eşitliği esas alacaktır. Merhum DURAN’ın “sözleşmeli” özelliğinin kalktığı yaklaşımı bundandır.

Anayasanın 128.maddesi bağlamında, kamu hizmetlerinin gerektirdiği “asli ve sürekli görevler”, “memurlar ve diğer kamu görevlileri” (devletin KİT’lerin ve diğer kamu tüzel kişilerinin “genel idare esaslarına göre yükümlü” olacakları hizmetler) eliyle görüleceği açıkça saptanmış ama *kamu hizmeti yapacak olan “sözleşmeli personelin” 128.madde kapsamına girip girmeyeceği* sorunlu olduğunu yazarlar gözlenmektedir.

AYM’nin adı geçen ünlü ODTÜ Kararının gerekçesinin dayandığı “asli ve sürekli kamu hizmeti”(md.128) görevi yapanların da kendi özel çalışma alanlarında “diğer kamu görevlisi” işlevi yerine getirdiği yadsınamaz. Çünkü sözleşmeli statü kurmak, **sözleşmeye imza atan kişinin kamu hukuku ilişkisini değiştirmeyeceği** için kamu hizmeti gören kişinin sözleşmelisinin de 128.madde kapsamında olabileceği savunulabilir olduğu görülebilir. Bunu yasama yapacaktır. Ancak yasama 128/1.fıkraı da 2.fıkra ile birlikte okuyarak, ayrıca sosyal devlet bazında eşitlik ilkesini (çalıştırma koşullarında da) dikkate almak durumundadır.

Uygulamamızda devlet hizmetlerinde çalışanların statüleri yasal olarak düzenleme biçiminde olmaktadır. Ancak *yabancılar geçici ve sözleşmeli* çalıştırılabilir¹²³. Cumhuriyet döneminde aynı yaklaşım sürmüş, yalnız *Belediye ve İktisadi Devlet Teşebbüsleri personeline ayrı ama memur statüsüne benzer statüler uygulanır*.

KAMU HUKUKU ilişkisinden kalkarak, idare çalışanların aynı işi yapanlar arasında sözleşmeli olsa bile sosyal devlet esasını dikkate almak gereğindedir. Burada normal olmayan, kamu görevi yapan insanlara tahsilleri bağlamında eşit işe eşit ücret verilmesinin gözetilmesi ve sözleşmeli ya da avukatı memur sınıfında sayarak eşitsizlikler üretilmesidir. Eski deyimle kamuda çalışanlara Kamu Personeli

¹²³ Bülent SERİM, Öğretide, Yargı Kararlarında ve Uygulamada Sözleşmeli Personel, Ankara 1987,s.104 vd.

demiyoruz mu?

Son yıllara değin kamu personeli statüsü yasal ve idari düzenlemelere bağlanmış, **son dönem sözleşmeli statüsü ise özel kariyere değil, avantajlı ücret rejimine kayma olarak izlenecektir.**¹²⁴ Daha sonraları sözleşmeli çalıştırma, değişik statülerle sürdürülür.

Mevzuata bakılırsa, sözleşmeli çalıştırma öncelikle, 657 DMK ve devamla 933 S.Kalkınma Planı Uygulanması ... Kanununda yer alır. 1980 sonrası bazı kurum kanunlarına konulmuş hükümlerle yaygınlık oluşturulur.

Nihayet KİT'lerde Sözleşmeli çalıştırma, anılan 399 Sayılı KHK ile esasa bağlanmış ve 3771 Sayılı Kanunla bu KHK'nın bazı kuralları değişime uğratarak Sözleşmeli Personel çalıştırılması bir temele kavuşturulur.

Anayasa özlük hakları "kanunla düzenlenir" derken eşitlik ilkesini ret etmek kabil mi? Anayasa, devlet kamu hizmetlerini mali kaynakları ölçüsünce karşılar derken ve yasamanın (yukarıda değindiğim) kanun çıkarması gerektiğini işaretlerken eşitliğe aykırı davran diyor mu?

Hükümetin Çerçeve Kararname Çıkarma Yetkisi Daha Avantaj Sağlayıcı Ücret Verme)

1978 Bütçe Kanunu(md.12) bağlamında **HÜKÜMETE verilmiş bir çerçeve KARARNAME çıkartma yetkisiyle** genel ve katma bütçeli daireler, KİT' lerde, özel bütçeli idareler ile 233 Sayılı KHK kapsamı dışında kalan kuruluşlarda çalıştırılacak Sözleşmeli Personel GENEL ESASLARI hükme bağlanır. Ve dağılık mevzuatın toparlanması (tıpkı 2012'de çıkarılan 659 Sayılı KHK'nın aynı istemi yineler) amaçlanır. Bu bağlamda yukarıda geçen KARAR (7/15754) çıkarılır. Bu kararname esasları her yıl bütçeye konulacak olan hükümlerle yürürlüğü sürdürülür.

86/10682 Sayılı Kararnameyle (1.maddeye ek hükümle) KURULUŞ kanunlarında özel hüküm olan kuruluşlar hakkında bu esaslar uygulanmayacak, ancak dağınlığı giderme 1986'ya değin sürebilmiş ve yapılan yeni düzenleme yeniden dağınlığı davet etmiştir. Örneğin Başbakanlık ve bağlı kurumlarına ait kuruluş kanunlarına özel hükümler konmuş ve 657 DMK ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırma hükümlerine bağlı olmaksızın KADROYA KARŞILIK GÖSTERİLMEK ya da bir kadro göstermeden sözleşmeli çalıştırma olanağı sağlanmış. **Bu değişiklik uzmanlık için değil daha avantaj sağlayıcı ücret rejimi oluşturmaya yönelik olarak gözlenir.** Ve bu sözleşmeli türü, *işçi sayılmayan kamu görevlilerini* kapsar

Bunlar, AYM Kararlarında işçi sayılmayan "**diğer kamu görevlisi**" statüsüne girmez (K.1988/8). Anılan esaslarda ödenecek ücretlerin alt-üst sınırı (ki, her yıl hükümetçe yeniden belirlenir/ Maliye Bakanlığının görüşü ve Başbakanın oluru ile) Kararnamede saptanmıştır. Genel esaslar bağlamında aylıklar aybaşında peşin ödenir.

İmdi, Anayasanın eşitlik, eşit fırsatlar tanıma, ayırım yasağı ve sosyal hukuk devleti ilkelerine aykırılıklara ne demeli?

Sözleşmeli Personeli Kadro karşılık gösterilmek suretiyle çalıştırma

¹²⁴ SERİM, a.g.e.

KADRO karşılık göstermek suretiyle Sözleşmeli Personel çalıştırılmasında da çarpıklıklar gözlenir: Sözleşmeli personel, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri, memur ve işçiden ayrı biçimde yapan kamu hukuku bağlantısı olan personeldir. Memur ise görevi genel idare esaslarına göre yapar.

KADRO karşılığı çalıştırılan acaba hangi forma dahildir?

Bu tür çalışanlar, Başbakanlık ve bağlı kuruluşları kuruluş kanunlarında yer alır. Altını çizmeliyiz ki, kadro karşılığı çalıştırılanlar 657 DMK kapsamında bulunanlardır. Ama bazı kuruluş kanunlarında kadrolar gösterilerek DMK ve diğer kanunların sözleşmeli çalıştırma hükümlerine bağlı olmadan çalıştırma hükümleri getirilmiştir.

Hükümlerde kadrosu karşılık gösterilecek görevler sayılmıştır. Örneklersek **3056 Sayılı Başbakanlık Teşkilatı ...Hakkında Kanunu**(md.35), müsteşar, müsteşar yardımcısı, genel müdür, hukuk müşaviri...KADRO karşılık SÖZLEŞMELİSİ olarak hizmet verecektir. Şu var ki, bu *kadrolar DMK kapsamlı memuriyetlerdendir. Bu kadrolara atanacak olanların nitelikleri, görev ve yetkileri, atanmaları...ve diğer özlük işleri adı geçen kanunla saptanmıştır. Sadece ÜCRETLERİ kanunun verdiği yetki ile Bakanlar Kurulu Kararı ile saptanacaktır (3056 S.Kanun md.35/5:” Bu suretle çalıştırılacakların sözleşme usul ve esasları ile ücret miktarı ve her çeşit ödemeler Bakanlar Kurulunca tespit edilir”)*.

Oysa KADRO karşılığı memur kapsamlı Sözleşmelilerin bu durumu, Anayasa 128. maddesine aykırıdır. Çünkü Anayasa sadece 73.maddede Bakanlar Kuruluna vergi ve benzeri yüküm koymada çok sınırlı yetki tanınmıştır. Parasal özlük hakları anayasa bazında kanunla düzenlenebilecektir. *Anayasa ücretleri Bakanlar Kurulu ayarlar diye bir yetki tanımamış, kanun tanımıştır.* Böyle bir yetki verilecekse(ücret ayarlama) anayasanın açık hükmü olmalıdır.

Ücretlerin hükümetçe saptanması Sözleşmeliyi MEMUR kapsamı dışına çıkaramaz. Çünkü bunlar DMK ilgili hükmüne göre KADROLARINA atanarak arkasından SÖZLEŞME yapıp ücret saptaması gerçekleştirilecektir. Sözleşme, Borçlar KANUNU ANLAMINDA serbest irade ile yapılmış değil,”*statüer esaslı işlemler*” formatında bulunmaktadır. Memurlar için atama koşul işlemidir. Atamada memurun rolü, aralarında ilişkileri saptanmış bir statüye girmez. Oysa Sözleşmelide “akdi” biçim esastır. Kural irade beyanları eşitliğidir. Ancak kadro karşılığı sözleşmeli olmada “akdi” durum söz konusu olmamaktadır. O nedenle, *bu tür sözleşmeli personel bir “memur personel” anlamındadır.*

Kadro karşılığı sözleşme uygulamasında, bitimden bir ay önce sebep göstermeden fesih olanağı bulunmaktadır. Bu bağlamda sözleşmeli kadroya geçmesi için idareye geniş takdir yetkisi tanınmıştır denebilir.

Danıştay kararında, benzeri hükümlere dayanarak sözleşmeli verimsizliği bakımından sözleşmeli statüye son verilmesinde kamu yararına aykırılık görmüştür(D 5.D. K.1995/1563).

Kadro karşılığı sözleşmeli çalıştırmada, istenirse Emekli Sandığı ile ilgilendirilebileceği hükmünün aksinden şu çıkar ki, sözleşmeli istemezse Sigortaya bağlı olacaktır. Oysa *karşılık gösterilen kadrolar, DMK kapsamındadır* ve emekli sandığına bağlılık söz konusudur. Çelişki giderilmelidir. Dahası süreklilik gösteren kadrolarda çalışanların emekli aylığının kesilemeyeceği(kuruluş kanunlarında) hükmü,

Emekli Sandığı Kanunu madde 99'a aykırıdır. Yürürlükten kaldırılmalıdır.

Yine Bakanlar Kurulu Kararıyla, Genel Hükümler dışında Sözleşmeli çalıştırma olanağı (özel bilgi ve ihtisas donanımlı kadro aranmadan ve diğer yasa hükümlerini kale almadan) bulunmaktadır.

Nihayet son çıkartılan Sosyal Güvenlik Kanunu, çalışanları aynı kurumda ele almış ama Emekli Sandığı ile çatışan durumların da üretildiği vurgulanmalı. Örneğin çalışmaya devam eden bir emeklinin ücretinden "destek primumu" adıyla SGK'na bir prim kesilmesi ancak geriye ödenmemesi ya da bir tür vergi türü oluşturma, emekli sandığına bağlı çalışanlardan SGK'ya geçenlerin (AYM'nce iptal kararı verilmesine karşın) bazılarının "ikramiye" alması, bazılarının ikramiye alamaması gibi sorunlar çoğaltılabilir.

KİT'e Bağlı Personel Alımı

Nihayet KİT personel rejimini düzenleyen 399 S.KHK, 233 Sayılı KHK' ya bağlı KİT ve bağlı ortaklıkları personelinin alımı, nitelikleri düzenlenmiştir.

399 Sayılı KHK, kamu hizmetlerini MEMUR, SÖZLEŞMELİ ve işçiler eliyle gördürmeyi düzenler. Memurların görevleri asli ve sürekli (genel idare esasları bazında) olacaktır. **Verimlilik** esaslı bazında KHK'ya bağlanmış EK I Cetvelinde unvanlar gösterilmiştir.

Ancak yeni kadro çıkarma, değişiklik yapma yetkisi hükümete bırakılmıştır. Bu düzenleme gereksinim olarak algılanmış ve iptal olunmamıştır.

AYM, 399 S.KHK iptali davasında, Anayasa 123.madde ile kuruluşu hükümet işlemine bağlanan KİT' lerin, kadro-görev, kadro-memur ilişkisi tümlüğünde değişikliklerde bir sakınca görmediği anlaşılır. Ve memur statüsü hükümleri 5.11.15.18.25.maddelerde düzenlenmiş, ama bu hükümler dışında DMK uygulanacaktır.

Sözleşmeli personel KHK(399 S.) bağlamında genel idare esaslarına göre hizmet verecek ve sözleşme ile çalıştırılıp işçi statüsünde olmayacaklardır. İçeriği bakımından yasal güvenceye kavuşturulmuş ve 308 Sayılı KHK'de olduğu üzere sözleşme bir *hizmet sözleşmesi* olarak nitelenir. Sözleşme statü ile saptanmış olup buna aykırı düzenleme yapılamayacaktır.

Yargı açısından ilişki kamu hukuku ilişkisi olup güvenceye bağlanmıştır (AYM.K.1988/8).

Sözleşmeli personelin çalışma koşulları KHK ile öngörülmüş, eğer KHK hükümleri yetmiyorsa Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınarak 657 Sayılı DMK hükümleri uygulanabilecektir.

Anlatılanlar ışığında aynı işi yapan kamu avukatının birisinin göstergesi başka olursa işlemede eşitlik ilkesi zedelenmiş olur. Benzerlik ise eşitlik ilkesini devreye sokmalıdır.

657 Sayılı DMK SÖZLEŞMELİ Uygulamasına Gelince

Uygulanmakta olan 4/B'nin birinci bendinde, kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli proje hazırlanması...özel bilgisine gereksinim duyulan geçici işlerde, kurum önerisiyle DPB ile Maliye Bakanlığı görüşüyle hükümetin geçici personel çalıştırabileceği (işçi sayılmayan kamu görevlisi), **teknik hizmetlerde çalışacakların ise geçici sayılmayacağı** saptanmıştır.

B fıkrası hükmünde **belirsizlikler** görülebilir. Önemli projelerin ne olacağı, na-

sıl saptanacağı açık değildir. *B fıkrasının 3.bendi genel kuralın zorunlu durumlarda çalıştırma istisnasını* yansıtır. Bu bentte **(d) dava sayısı azlığı sebebiyle kadrolu avukat istihdamının gerekli olmadığı yerlerde sözleşmeli avukat çalıştırılabilir** denilir. Ancak madde *zorunlu halde çalışma öngördüğüne* göre, bu tür sözleşmeli çalıştırma için kıstasın ne olacağı açık değildir. Üstelik bu hizmetinin avukata yaptırılmasında da teknik hizmet olması ve kamu hizmetinin unsurlarını taşıması nedeniyle avukatı “geçici” çalıştırma algılaması yapılmamalıdır.

“**Dava sayısının azlığı**” avukat çalıştırma için yeterli ama bu “azlık” kıstası açık değildir. Belki sözleşmeli ve kadrolu çalıştırmanın mali yükü ölçüt alınabilir, sözleşmeli avukat çalıştırmaya gereklilik sorgulanabilir ve çalıştırma gereği somutlaştırılabilir. Ancak ülke gerçekleri dikkate alınır ve kadrolu çalışmak istemeyen avukat, doktor... dikkate alınır ve sözleşmeli uygulamasına sapılmaktadır ki, bu uygulamanın kanuna açık aykırılık taşımadığı söylenebilir¹²⁵. Ama aynı işi yapan uzman avukatın İHAS 14.maddesindeki “haklar ve özgürlükler” hükmünde, işlemde eşitlik ilkesi bazında bazı hakları için ayırım yapılmamalıdır.

II- KAMU AVUKATLARININ VEKALET ÜCRETİ SORUNU

1- Vekalet Ücretinin Pozitif Temelleri

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu

Madde 164/4 (Değişiklik öncesi):“**Avukatla iş sahibi arasında yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek Avukatlık ücreti Avukata aittir**”.

(“*Avrupa Topluluğu Barolar Konseyi Meslek Kuralları*” 3.4.2.fıkrasında, “**Müvekkil ile Avukat arasında geçerli bir sözleşmeyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça vekalet ücreti avukatın bağlı bulunduğu Baronun kurallarına uygun olacaktır...**”).

Avrupa normu yaklaşımında aşağıda irdelenen vekalet ücretinin son bir analizle Baroya yöneltmiş olduğunu görüyoruz. Ancak kamu avukatlarını düzenleyen bizim memur ve sözleşmeli mevzuatımız, Baro sözcüğünü telaffuz dahi etmemiştir, dışlamıştır. Oysa Avukatların bir sınıf olarak “inhisari” temel ana çizgilerini içeren hakları olmalıdır, vardır. Serbest avukatlar da kamu hizmeti vermektedir. Avukatların çeşitli işlerde çalışması, kamusal görev temelinde yapılandırılmalıdır. Avukata yapışık haklar bulunmaktadır. Çünkü savunma hakkı, avukatı önemli bir çekim alanına sokmaktadır. Avukatın konumu, koordinat temel dinamikleri içermektedir. Avukat memurdur, sözleşmelidir diye savunma konsepti değişmiyor. O nedenle çalışan avukatları, bir avukatlık kanununda toplamak onların misyonları gereğidir.

Avukatlık Ücreti:

Madde 164 (Değişik madde ve başlık: 4667 -03.05.2001/md.77): “**Avukatlık ücreti, avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı ifade eder** .

Yüzde yirmi beşi aşmamak üzere, dava veya hükmolunacak şeyin değeri yahut paranın belli bir yüzdesi avukatlık ücreti olarak kararlaştırılabilir.

İkinci fıkraya göre yapılacak sözleşmeler, dava konusu para dışındaki mal ve haklardan bir kısmının aynen avukata ait olacağı hükmünü taşıyamaz.

¹²⁵ SERİM, a.g.e.

Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılamaz...

Dava sonunda kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti Avukata aittir. Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez”.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu “*Kamu Kurum ve Kuruluşlarıyla ile Kamu İktisadi Teşebbüslerinde Görevli Avukatlar*” başlıklı EK 1.MADDE: “...(B)unlar, görevlerinin gereği olan işleri yaparken Baro Levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler. Baroya kaydını yaptırmayan avukat, çalıştığı yer barosuna bilgi verir”.

(*Bu maddeye göre, serbest ve kamu avukatı aynı hak ve yetki, sorumluluğa sahiptir. Avukat olmazsa davada vekalet ücretine hükmedilemez. Yine kamu avukatları diğer memurlardan ayrı olarak Avukatlık Kanunu 58-59.maddeler kapsamında ve görev bağlamında işledikleri suçlar için diğer memurlardan ayrılarak yargılanmaları Adalet Bakanı iznine bağlıdır. Demek ki, görevleri nedeniyle diğer avukatlar gibi işlem gören kamu avukatlarını 657 Sayılı DMK'ya bağlama çabaları, kanun önünde eşitliğe aykırıdır.*)

HUMK ve Diğer Kanunlar

Madde 423: **Masarifi muhakeme aşağıda beyan olunan şeylerdir: ... 6- Davanın ehemmiyetine göre kanunu mucibince takdir olunacak vekil ücretleri...**

Aynı yönde, CMK madde 322/1-9,413/son; CMK madde 303 /I- h ve 324;İYUK md.31/1 hükümleri bağlamında avukatla (vekil) takip olunan davalarda **VEKALLET ÜCRETİ**, adı geçen tarife bazında mahkemece ‘resen’ takdir olunan bir “*ücret-i mahsusadır*”.

Esasen kamu kurumları avukatları belirli maaşla(ücret) çalıştırıldıklarından, hukukta izlenen **ilk tür vekalet ücreti** (taraf ile avukat sözleşmesi md.164/4), **ikincil tür vekalet ücreti(=yargılama gideri)** ise, adı geçen kanunlarda vurgulanan serbest avukatlar ile memur veya diğer çalıştırma biçimleriyle çalıştırılan kamu avukatlarının arasında (ki, diğer kanunlar değişik düzenlemelerle işi karıştırır ve hükümlerin uzlaşmazlığının uzlaştırılması gerekir) bir ayırım yapıldığı söylenemez.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu

Genel olarak

Madde 36/V: “**Avukatlık hizmetleri sınıfı, özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisine haiz olan memurları kapsar**”.

Dikkat edilirse, 657 Sayılı DMK da, **Avukatlık Kanununu**, memur olarak niteliği kamu avukatlarının özel kanunu olarak niteler.

Madde 146 : (**Değişik:30/5/1974-KHK/12**; Değiştirilerek kabul: **15.5.1975-1897/1 md.**) “Bu kanunun birinci MADDESİNİN birinci fıkrası kapsamına giren memurlar aylık... her çeşit ödeme ve bunların şekil ve şartları bakımından bu kanundaki hükümlere, aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamına giren memurlar (**bunlar Sözleşmeli ve geçici personeldir**), özel kanunlardaki hükümlere tabidir.

Memurlara, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin ve amirlerin tayin ettiği görevler karşılığında bu kanunla sağlanan haklar dışında ücret ödenemez, hiçbir yarar sağ-

lanamaz” (Gençlik ve Spor hizmetleri... fiilen görevlendirilecekler hariç).

(Demek ki, 657 DMK kapsamında çalışan kamu Avukatları kadrolu sadece DMK kapsamında vurgulanan haklardan yararlanabilecektir.

Belediye Avukatları ise, vekalet ücret için 2012 yılında kaldırılmış olan 1389 sayılı Kanunun *kıyas yolu* ile uygulanmasıyla yararlandırılacak demekte idi. Bu çok eski kanun ilga olmasına karşın 5393 /82.maddesinde “kıyasa yolu” aynen durmaktadır (www.adalet.gov.tr) Bir sonraki fıkra zaten bu durumu yansıtır).

(Değişik:14.1.1988-KHK-311/1 md.) Ancak, ...196 Sayılı Kanunun 2.maddesi, 6893 Sayılı Kanunla eklenen ek 5.madde 1-2.fıkraları... ve 1389 Sayılı Kanun ile Katma Bütçeli Kurumların, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı birliklerin davalarını sonuçlandıran **avukat vesaireye verilecek vekalet ücretine** ilişkin sair kanun hükümleri saklıdır (Değişik cümle 20.3.1997-KHK- 570/8 md.) . Bu şudur: Hesaplanmadan iç içe girişik hükümler söz konusudur. Yol haritası nasıl çizilecek?

Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı, 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarının 12 katını geçemez. Bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktar merkezde bir hesapta toplanarak Maliye ve Gümrük Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, yukarıdaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılır. (Değişik: 23.2.1995-KHK-547/9.) Bu kanun gereğince ödenecek aylık, taban aylığı...ile ödenekler toplamının brüt tutarı, bulunulan yerde İş Kanunu gereğince işçiler için tespit olunana asgari ücretin aylık tutarından az olamaz; az olması halinde, aradaki fark memurun diğer özlük hakları ile ilgilendirilmeksizin tazminat olarak ödenir.

Nihayet, son çıkarılan 659 Sayılı KHK bağlamında değerlendirme yapmak durumundayız. Özellikle kenar başlığı “**Davalardaki Temsilin niteliği ve Vekalet Ücretine Hükmedilmesi ve Dağıtılması**” olan 14.madde ele alınmak gerekmektedir.

Bu madde bağlamında, değinilen eski durum (6000) memur gösterge rakamı yanında, bir kısım çalışana (*hukuk birimi amiri, hukuk müşaviri, muhakemat müdürü* ve avukatlara) (10000) iyileştirme için gösterge rakamı öngörölmüş, “diğerleri” denilen çalışanlara da eski (6000) gösterge tanınmıştır. Demek ki, vekalet ücreti dağıtımına “diğerleri” ortak edilmiştir. Bu durum 1136 sayılı Kanun karşısında nasıl uyumlaştırılacaktır?

659 Sayılı KHK’nın Çözümlemesi

Madde 14 (1) “*Tahkim usulüne tabi olanlar adli ve idari davalar ile icra dairelerinde İdarelerin vekili sıfatıyla hukuk birimi amirleri, muhakemat müdürleri, hukuk müşavirleri ve avukatlar tarafından yapılan takip ve duruşmalar için, bu davaların idareler lehine sonuçlanması halinde, bunlar tarafından temsil ve takip edilen dava ve işlerde ilgili mevzuata göre hükmedilmesi gereken tutar üzerinden İdareler lehine VEKALET ÜCRETİ takdir edilir.*”

Yukarıya aldığım fıkraya göre, devlete yönelik davalar ve vesaireye ait “*idarelerin vekili*” sıfatıyla hukuk birimi amirleri...ve AVUKATLAR tarafından davaların takibi hallerinde, davalar idare lehine sonuçlanırsa, hükmedilmesi gereken tutar üzerinden “**idareler lehine vekalet ücreti**” takdir edileceği düzenlemesi getirilir.

657 Sayılı DMK madde 36 /V ise avukatları memur olarak niteler ve özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, *Baroya kayıtlı kurumları yargı yerlerinde temsile yetkili kılınmış kişiler* olarak yansıtır. DMK'nın yollama yaptığı *Avukatların özel kanunu* Avukatlık Kanunu olduğuna göre,

*“Avukatlık asgari ücret tarifesi altında vekalet ücreti kararlaştırılamaz. Ücretsiz dava alındığında durum Baro Yönetim Kuruluna bildirilir. Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenilecek vekalet ücreti avukata aittir...bu ücret haczedilemez”(md.165)*denmektedir.

Oysa anılan 14. madde 2. fıkrasında İDARELER lehine karar alınır, alınacak “ücret-i vekalet” miktarları merkezdeki bir emanet hesabında toplanarak “fiilen” hukuk biriminde görev yapan personele (bu fıkranın alt başlıklarında öngörülen biçimde) dağıtılır. Örneğin emanet hesabındaki toplam ücretin (%55'i) avukata ve diğer sayılan birim çalışanlarına; o birimde çalışanları çalışma süresi altı ayı geçmesi halinde %40; diğer çalışanlara %5'i dağıtılacaktır(md.14/2 a).

Maddenin 2/b fıkrasında, ödenecek vekalet ücretinin, on bin gösterge ve altı bin gösterge esas alınıp memurlara uygulanan katsayı ile çarpıldığında “ aylık brüt tutarın on iki katını geçemez” denmektedir.

Nihayet arta kalan miktarlarda ilgili birimlerde ilk sıralamalarda olanlara ve kalan miktar varsa o da idarenin bütçesine gelir kaydedilecektir. Ve bu KHK'da bulunan parasal sınırlar hakkında Hükümetin daha yüksek tutarlar saptayabileceği öngörülmektedir. Ayrıca avukatlık hizmet satın alınması saklı tutulmaktadır.

DMK, BELEDİYE Kanununda gelinen noktada, 14.maddenin esas alınacağı, bu maddenin kenar başlığı ve KHK'nın başlığından çıkarılabilir. Çünkü KHK düzenlemesinin amacının Belediyede “*çalışma usul ve esaslarını belirleme*”, “*uygulama birliği, usul ve esasları sağlama*” yanında, davaların takibinde dayanılan ilkelerden “*idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların, tarafların hak ve menfaatlerinin dengeli olarak değerlendirilerek, adil ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi*”; “*idarenin taraf olduğu davaların, usul ekonomisine uygun olarak, imkanlar ölçüsünde idarelerde istihdam edilen hukuk müşavirleri ve avukatları tarafından takip edilmeleri...*” “*düzenlemelerinin güttüğü amaçların, sonraki bir düzenleme olan bu yeni özel mevzuat yaklaşımının önceki özel düzenlemeleri kaldırdığı iradesini yansıtmaktadır.* Ya da sonraki kanun, öncekini kaldırma durumu üretir.

Özellikle, adı geçen KHK bağlamında, 657 DMK üzerinde olan değişime baktığımızda, bu kanunun 1.maddesi 1.fıkrasında idarelerde çalışan *memurların* vurgulandığı, ikinci fıkrasında ise “sözleşmeli ve geçici personel” yerine DMK 146. madde ile yollama yapılarak “*memurlar*” denildiği görülür. Yani DMK 1.madde 2. Fıkrasında “Sözleşmeli...” diyor ama anılan değişiklik bağlamında 2.fıkra bazında aynı kanun 146.madde yollamasında “*memurlar*” denilir. Eğer düşündüğüm gibi 659 Sayılı KHK, ÖZEL kapsamlı ise DMK'nın 2.fıkrası hükmü yerine “*memurlar*”ı telaffuz etmeliyiz.

Şu var ki, 14.madde düzenlemesi ile Avukat olanların Özel Kanunu Avukatlık Kanunudur demek durumunda olduğumuzdan (ki, 657 /36 V Özel Kanun demekte) zorunlu olarak Avukatlık Kanununu esas almamız. O zaman Avukatlık Kanunu vekalet ücretini düzenleyen maddeler ortadan kalkmak durumunda kalacaktır (Son özel kanun önceki özel kanunu kaldırır hiyerarşisi).Dolayısıyla böyle düşü-

nürsek, Avukatlık Kanunu “ÜCRET-İ VEKALET” hükümlerinin KAMU AVUKATLARI bakımından kalkması da başka bir kaosu çağıracaktır.

14.madde değerlendirmelerimi yinelemem pahasına, 14.madde, anayasa 2. 5.10..maddeler bağlamında aykırılıklar üretmektedir. Dahası bu madde klasik “ücret-i vekalet” kuramına hem temel norm, hem Avrupa normu bağlamında aykırılık üretmektedir. Kanımca asıl aykırılık, eşit işe eşit ücret, eşit okuma meslek sınıfına eşit ücret yerine, mesleği kavrayan savunma konsepti elemanları mesleğinde en azından “ücret-i vekalet” kapsamında, kamu kurumları-kuruluşlarında çalışan aynı eğitilmiş çalışanlar hakkında eşitsizlikler üretimi konusunu öne çıkarmaktadır.

5393 Sayılı BELEDİYE KANUNU

14.maddenin yeni değişiklik dalgası, Belediye Avukatlarını da karmaşa içinde bırakır. Çünkü aşağıya aldığım önceki ve sonraki durum değişmemiştir. 1389 sayılı Kanunun kalktığını ama 82.maddede “kıyasen” uygulamanın sürdüğünü ve “Tevzi Yönetmeliğinin” yürürlükte olduğunu söylemeliyim. Örneğin son baktığım 5913 Sayılı Kanun 82.madde, vekalet ücreti hakkında 1389’un “kıyasen uygulanacağını” tekrarlar. Bunun böyle olamayacağını, mevzuatta geçen İDARELER bağlamında (ki, Belediye kamu idaresidir) gerek 657, gerek 5018 Sayılı ve diğer mevzuata göre söyleyebiliriz. Şu andaki uygulamaya göre 659 Sayılı KHK, son mevzuat olarak öne çıkmakta ve kamu avukatlarını “memurlar” olarak algılamakta (hizmet alımı hariç) olup vekalet ücretini dağıtırken, son hakkaniyetsiz, eşitliğe aykırı 14.madde bakışını uygulamakta olduğu görülebilir.

Madde 82: Belediye lehine sonuçlanan dava ve icra takipleri nedeniyle hükme bağlanarak tahsil olunan vekalet ücretlerinin; avukatlara (49.maddeye göre çalışanlar dahil) ve hukuk servisinde fiilen görev yapan memurlara dağıtım hakkında 1389 sayılı Devlet Davalarını İntaç Eden Avukat Vesaireye VERİLECEK ÜCRETİ VEKALET HAKKINDA KANUN *kıyas* yoluyla uygulanır.

Bu madde anılan 14 madde ve ilga olunan 1389 sayılı Kanun bağlamında (güncellenmesini bulamadığım) ele alındığında, yollama yapılan kaldırılmış kanunun yöntemini aynen koruduğu anlaşılmaktadır.

Madde 83: Bu kanunla belediyenin sorumlu ve yetkili kılındığı görev ve hizmetlerle sınırlı olarak... ve 657 Devlet Memurları Kanununda bu kanun hükümlerine aykırılık bulunması durumunda bu kanun hükümleri uygulanır.

Peki ama bu kanun hükümlerini 83 ile bir özel kanun durumu işaretlerken 14.madde hükümleri, son düzenleme olarak ne olacaktır? Onun için 659 Sayılı KHK’nın uygulama mevzuatlarını hizaya getirme iddiasıyla yola çıkmasının Anayasa ile düşünülmediğini, kamu avukatları için reform niteliğinde bir yaklaşım paylaşılmadığı için asıl sorunun kaçırıldığını (eski yılların uygulamalarını bir bilimsel temelde sorgulanarak), kamu hizmet sunan kamu avukatlarını aynı temelde toplamadığı söylenebilir.

BİR DEĞERLENDİRME:

659 sayılı KHK dışında bir değerlendirme yapmamın faydadan hali olmayacağı düşüncesi ışığında, görülen o ki: Belediye Kanunu, 657 Sayılı DMK karşısında özel hüküm sevk eder. Ancak 82.madde de kıyas yolu ile uygulama (1389, 657 ve 5393

Sayıllı Kanunlar birlikte okunduğunda, 1389 avukatlık ücretine sınır çizmez ve avukatlık ücretini sınır koyan 657/146, 5393 Belediye Kanunu ile çelişir (sonra-ki kanun) ve aykırılık durumunda ki, 84.madde uygulaması istenmekte, ayrıca 82.madde bağlamında avukatlara sınırlama olmadan vekalet ücreti ödeneceği anlaşılmaktadır için bir sınır öngörürken (**KIYAS uygulamasını hükümet kararına bırakması ve ölçüt koymaması**) neyi ne ile kıyas edeceğiz ve Belediyenin özel hukuki durumuna nasıl uyarlanacak? Soruları sorulabilir.

Bu durumların, İHAS'ne, Anayasaya, NORMLAR HİYERARŞİNE aykırılıklar ürettiği vurgulanabilir. Belediyenin kendi avukatına vereceği vekalet ücreti uygulamasında (82,84 uygulaması), İl Özel İdaresi Kanunu (5302 S.K / md. 67,70) avukatı için de aynen uygulama ön görülecektir.

657 Sayılı DMK, ücret dağıtımında artan miktarın **“merkezde bir hesapta toplanmasını”** ön görürken, Belediye Kanunu ve 5302 için dağıtımda artan miktar için **“merkez”** söz konusu edilmez. Bunun anlamı yani DMK 146 sınırlaması olayı, merkez bütçesi kapsamındaki kamu yönetiminde çalışanlar için geçerli olacak ve 657 Sayılı DMK/1.maddesi merkeze dahil kamu idareleri (merkez bütçesi içinde) ve belediye-il özel idarelerinin de DMK'ya sokulması olayı birlikte analiz edilirse, değinilen AİHS madde 14.maddesi bazında esaslı bir hata oluşturur iken, belediye avukatlarının vekalet ücretleri dağıtımını çark ettirme, aynı zamanda işlemden eşitlik, Anayasamızın kanun önünde eşitlik kavramlarını çatıştırarak saptırır.

Kuşkusuz analize son KHK'da eklemleyebiliriz.

Avrupa Topluluğu Barolar Konseyi Meslek Kuralları

(3-Müvekillikle İlişkiler)

“Avukatın vekalet ücretini avukat olmayan bir kişiyle paylaşması yasaktır”(3.6.1 bendi).

Buradaki öngörü, **“mülga” 1389 Sayılı Kanun** (bu kanunla ilgili aşağıdaki Yönetmelik), Belediye Kanunu ve 657 Sayılı DMK kanunları dikkat çekicidir.

1389 Sayılı Kanuna Göre Vekalet Ücreti Tevzi Yönetmeliği

(1389 Sayılı Kanun değindiğim üzere kaldırılmış ama bu YÖNETMELİK, Adalet Bakanlığı Sitesindeki son güncellemeye göre yürürlükte olduğu anlaşılmaktadır)

Madde 1: **Tek Hazine Avukatı istihdam edilen yerlerde bu avukat tarafından ...sonuçlandırılan davada...vekalet ücretinin % 70'i o Avukata verilir.**

Madde 2: **Birden fazla Hazine Avukatı çalıştırılan yerlerde (merkez dahil)... avukata ...vekalet ücretinin % 45'i verilir...**

(**DEĞERLENDİRME:** Eski metinlerde HAZİNE AVUKATI bir meslek olarak sunulur. Bu deyim kullanılışı arkasından avukat sözcüğünü kullanma aynı iradeyi yansıtır. Günümüzde kamuda bir biçimle çalıştırılan avukatların hepsi Kamu Avukatıdır. Çünkü idare tüm kuruluşlarıyla bir bütündür ve bu tüzel kişiler devletin bileşenleridir. O nedenle günümüz pozitif hükümleri kapsamında, çalışma şekli farklara bağlansa da avukatlık sıfatı ya da unvanı Anayasamızın **“diğer kamu görevlisi”**(md.128) olarak görülebilir. Böyle olunca belki, Kamu Avukatlığı sınıfını savunma profiline sokup İHAM kapsamında geçen **“silahların eşitliği”** temelinde yeniden bir özel kanunla ele almak daha mantıklı veya bilimsel olacaktır).

Özetle yukarıya alınan pozitif hükümler bağlamında **VEKALET ÜCRETİ NEDİR?**

Gerek HUMK(md.423), gerek Avukatlık Kanununa (md.164) göre Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi saptamasıyla mahkemece takdir edilen VEKALET ÜCRETİ doğrudan yasadan kaynaklanan ve avukata yöneltilen bir hakttır.

2- Kamu Avukatları Mevzuatının Çelişkileri Yargı Kararlarının Uyum-suzluğu

Mevzuat çelişkilerini saptama

Avukatlık Kanunu Avukatlara özgü, Avukatlık mesleğinin özel kuruluş yasasıdır (Avukatlık K.md.164; DMK md.36/V).

Ancak kamu avukatlarının özlük işleri, ağırlıklı 657 Sayılı DMK'nda, 399 Sayılı KHK, 233 Sayılı KHK, Belediye Kanununda (md.82,83), "mülga" 1389 Sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelikler birlikte okunduğunda uygulamalarda çelişkiler yaşandığı görülebilir.

Şöyle ki: Bir kez 1389 Sayılı KANUN, devleti-idareyi savunan avukatlara (ki, bunların farklı statülere sokulması avukatlık sıfatını ve haklarını farklılaştırılmaz) vekalet ücretinin dağıtım oranlarını veriyor. Ama limit ve sınırlama ne yasada ne de aynı yönlü Yönetmelikte yoktur. Yönetmelik dağıtımı karıştırmıştır. Çünkü "hazine avukatı" terimi kullanımı, tüm kamu avukatlarını içermemektedir. Ancak "devlet davalarını intaç eden avukat" sözü "hazine avukatı"nı da kapsadığından, bu tür davaları görenlere kamu avukatı deyiminin kullanılabileceğini söylemeliyim. Çünkü 1389 Sayılı Kanun (2.bend) "avukat" ve "hazine avukatı" deyimini kullanmakta, ancak asıl olan avukatlık olup kamu kurum ve kuruluşlarını (**ki, idare bir bütündür/md.123**) savunanların hepsi kamu avukatı değil midir? Dolayısıyla bu sıfat hep esas alınmalı düşüncesi savunulabilir.

"(D)avalardan dolayı hükme rapt ve tahsil olunan vekalet ücretleri... bütçelerdeki mahkeme harçları tertibinden tesviye olunur" derken ve çıkarılan Yönetmelik de işi daha karmaşık yaptığından normları kademelendirmelidir.

Yineleme pahasına, bu kanun metninde dağıtılacak vekalet ücretleri miktarı, günümüz anayasası 2 ve 10.maddesindeki eşitlik ilkesi ile 5.maddesi bazında aykırılıklar öne çıkarılabilir. Üstelik o zamanki dağıtım, avukatlık kanunu ve HUMK'a uymamaktadır. Ve avukat olmayanlara da belli oranda vekalet ücreti öngörülmüştür.

Oysa Avrupa normu da vekalet ücretini davayı kazanan avukata yöneltmiştir.

Bu en eski mevzuatın sadece "hazine avukatını" içerdiğini söyleyebilirsek de konu vekalet ücretinin eşit dağıtımı, anayasamıza,1136 Sayılı Kanun madde 164 / son ve günümüz Avrupa standardıyla bu ücretin avukatlık sıfatına yönelik-özgü bir savunma yardımı, saf bir hak olduğudur. **Ve son kanunlar bazında asıl olan vekalet ücretinin kime ait olduğu ve dağıtımının sınırlanıp sınırlanamayacağıdır.** Dolayısıyla **hukuk düzeninin birliği meselesidir.**

O zaman yasalar uzlaştırılmalı. Bu ya iptal olgusu veya normları kademelendirmeyle olacaktır.

Gene, "**Limit Dışı Kalan Vekalet Ücretlerinin Dağıtımı...Yönetmeliği**" (22.3.1983 T.), 657 Sayılı DMK 146. madde bazında çıkarılır.

Bu Yönetmelik limit dışı kalan ücretlerin, bütçeye dahil edilemeyeceği ve vekalet ücretlerinin avukata ait olduğu yönündedir.

657 Sayılı DMK'nın limit saptaması kamu avukatları arasında eşitsizlik ürettiği

gibi sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine, devletin amaçları hükmüne (md.5) aykırılıklar içermekte ve anayasal düzlemle çelişkilidir. İster istemez sonraki yasanın uygulanmasının asıl olması gereğidir. Üstelik limit uygulansa da anılan Yönetmeliğin (md.4,5,7) hükümleri, limit dışı kalan ücretlerin bütçeye gelir kaydedilemeyeceği, biriken miktarların sonradan dağıtılacağı dikkate alındığında, idarenin vekalet ücretlerini gelir hanesine yazamayacağı da ortada olup bu paraların bir şekilde avukatın hakkı olduğu da teslim olunmaktadır.

Emanet hesabında toplanması gereken bu para (“mülga” 1389 S.Kanunda mahkeme harçları tertibi-bütçedeki) günümüz uygulamasında idare bütçelerinden ayrı kılınmış olmaktadır.

Avukatlık Kanunu son düzenlemesinde davayı kazanan avukata mahkemece tarifeye dayanılarak vekalet ücreti tahakkuk ettirilir ve bu ücret “ **avukata aittir**” denerek açık bir biçimde **emredici bir güvenceye** bağlanmıştır. Üstelik bu ücrete hiçbir biçimde el konulamayacağı belirtilir. Hükümdeki iş sahibinin borcu (ki, bu davayı kazanan taraftır) nedeniyle vekalet ücretine el koyamama, bizatihi yasa koyucunun iradesi olarak yansır.

Şu var ki, 657 Sayılı DMK madde 146/3 ifadesi de **sınırlı ve emredici vekalet ücreti ödemesi** getirmiş bulunmaktadır. Bu aksine bir özel düzenleme olup değinilen 164.maddeye çelişki yaratır. Bu durum aşağıda yazılacağı üzere yasalar uyumsuzluğu sorununu üretir.

Uygulama, serbest Avukatla eşitliği bozmaktadır. Oysa yargıç vekalet ücreti saptarken hep aynı yöntemi uygulamakta, yasa koyucunun avukata vermek istediği ücreti takdir ederek hesaplar. Eğer yasa koyucu isteseydi serbest avukat “ücret-i vekaletini” kamu avukatını ön görmeyerek ayırırdı. Amaçsal yorum bizi “avukatın” bu tür hukuksal yardımı bir hukuksal yardım olması nedeniyle hak ettiği bir miktar karşılık olgusuna taşır.

Baroya yazılan ve aynı cüppeyi giyen herkesin vekalet ücreti alması birincil ve yapışık bir hak olarak gözlenir.

Öyleyse vekalet ücreti gibi, aynı yasa koyucu neden DMK’nda aynı öğrenime sahip olanların bir kısmına 3000 gösterge öngörürken, adı geçen Başbakanlık Teşkilat Kanunda (md.,22, 37), örneğin kendi hukuk müşaviri avukatın göstergesi 3600 olarak saptamıştır? Avukatlar hep devleti savunmuyorlar mı? Örneğin bir İKTİSADİ DEVLET TEŞKİLATI olan Ziraat Bankası avukatı Sözleşmeli olsa da neden değişik ücret alır?

418 Sayılı KHK YETKİ YASASI iptal olununca, bu kez 527 Sayılı KHK ile iptal olunan hükümler yeniden getirilir. **Ek GÖSTERGELER** (tek ücret ilkesi ayrık durumu, yükselme açısından kazanılmış hak oluşturmaz, aylığa bağlı, kişisel... -DMK md.43) öğrenim durumuna göre farklılaştırılır. Örneğin genel idare sınıfına dahil olup da kadrolarına tahsisli ek gösterge öngörülmeyenlerden yüksek öğrenim gören ve görmeyenler arasında getirilen ek gösterge farklılığı¹²⁶.

Bu ayırım 36.madde ortak hükümler bölümününün 11 nolu fıkrasında sayılanlar arasında da yapılır. Ek göstergeler aylık hesabında itibari rakamlardır. Bunların değiştirilmesi yasa ile olanaklıdır. 1 Sayılı Cetvelde değişiklik yapılması

¹²⁶ PINAR, s.474-489 (değerlendirme,1 ve 2 Sayılı Cetveller);Tayfun. AKGÜNER, Kamu Personel Yönetimi, 2009,s.229.

da yasa ile olanaklıdır. Ancak II Sayılı Cetvelde yer alan unvanlarda değişiklik yapmaya hükümet yetkili kılınır. Bu çelişkidir. Tek ücret ilkesi anlayışının yozlaştırılmasıdır.

Bilindiği gibi yasa koyucu anayasaya aykırı yasa koyamaz.

Avukatlık vekalet ücreti dağıtımı, Belediye Kanunu 82.maddede de farklı yaklaşım sergiler. Bir kere DMK 146/3.fıkra kapsamında ücretin 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı çarpımı **“aylık brüt tutarın on iki katını”** geçerse, artan kısım **“merkezde bir hesapta toplanarak”** yönetmelik saptamasıyla anılan miktarı aşmamak üzere eşit olarak avukatlara dağıtılır yöntemi, tarihsel (2 Şubat 1929) **“mülga”** ilk Kamu Avukatları Kanunu(1389) bazında **“kıyasen”** uygulama getirmekte ve Belediye Avukatlarına (kadrolu ve hukuk servisinde fiilen çalışan memurlara) başka bir vekalet ücreti dağıtımı öngörmektedir. Kıyasen uygulama yapılırken kuşkusuz 1389 Sayılı Kanuna göre VEKALET ÜCRETİ TEVZİ YÖNETMELİĞİ (ilga edilmedi) uygulanacaktır. Örneğin Yönetmelik 2.maddesinde davayı takip eden avukata ücretin % 45'i verilir. % 25 ise diğer **“müşavir avukat ve hazine avukatları arasında”** eşit olarak dağıtılır derken, dayandığı 1389 Sayılı Kanunun, 82.madde yollamasıyla Belediyelerde **“kıyasen”** uygulanacağı hükmü işleri karıştırmakta ve **“kıyasen”** uygulamada orantıyı kurma işi ilgili dağıtımçıya (oysa özlük hakları anayasada kanunla düzenlenmesi gereken haklardır) bırakılmaktadır.

Yönetmelik de anayasa, yasa ve tüzüğe aykırı olamaz.

Yukarıya aldığım Kamu Avukatı çalıştırma mevzuatının çelişkili sevki, başta İnsan Hakları Evrensel Beyanname, AİHS, ANAYASAMIZA ve **hukuk devleti** kapsamında **hukuk düzeni güvenliği ilkesine** ters düşmektedir.

Anayasaya Aykırılık Değerlendirmesi

Anayasanın değişmezlik yasağı koyduğu 2.madde, devletin hukuk devleti ve sosyal devlet olduğunu vurgular. Ve hukuk devleti tanımlaması onun varlık koşullarından birisi olan **“normlar hiyerarşisi”** koşuluna vurgu yapar ve yasa koyucunun işlemlerinde hukukun üstün kuralları ve Anayasanın kanunların üstünde olduğunu altı çizilir.

AYM, kanunların Anayasanın açık kurallarından önce **“hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde benimsenen ilkelerine uygun olması”** gerektiğini vurgulamıştır (K.1964/74). Yani bu uygar ülkelerin kullandığı hukukun genel ilkeleri, anayasaya uygunluk denetiminde **“ölçü norm”** olarak kullanılagelir. Yüksek mahkeme **“devlete güven ilkesinin”** hukuk devletinin ögesi olduğu, kamu düzeninin birliğinin bu devletin gereği olduğu hep vurgulanmıştır.

SOSYAL DEVLET refleksine gelince, bir adil ücret ve paylaşım söz konusudur¹²⁷. Ücrette adaletin sağlanması dağıtıcı adalet kavramına dayanır. Aynı işi yapanlara, aynı öğrenimi yapanlara eşit ücret veya türlü ödemeler yapma gibi. Anayasa gelir ve servet eşitsizliklerini en aza indirme önlemlerini almayı sosyal devletin gereği sayar(md.73).

Anayasa sosyal devlet, eşitlik, sosyal güvenlik ilkelerini temel alır. Ve toplum huzuru... ve adalet anlayışı içinde, (devletimizin) insan haklarına saygılı, başlan-

¹²⁷ Emin MEMİŞ, Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi(1808-2011),Anayasa Hukuku Notları, Filiz Kitabevi, 6. Basi, İstanbul 2011, s.252 vd.

gıçta belirtilen temel ilkelere dayanan...sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmış ve cumhuriyetin değişmezleri arasında “sosyal devlet” refleksini benimser.

Sosyal devlet, ulusal gelirin adalete uygun yönde dağılmasını sağlayıcı, adaletli bir düzen kurmayı kendine amaç edinen hukuka bağlı devlettir. Egemen görüşe göre devlet gerçek eşitliği yani sosyal adaleti, toplumsal dengeyi sağlayan sosyal devlet değiştirilemez niteliğini de dikkate alan devlettir. Öyleyse sosyal devlet formuna aykırılık da iptal nedenidir.

Anayasanın 5.maddesi, devletin amaçlarını sunarken sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmaz durumları da aynı şiddetle ortadan kaldırmaya da dikkat çeker. Devlet bireylerin haklarında hukuk güvenliğini sağlayıcı adil, makul ve ölçülü yaklaşımla ödevlidir (AYM. K.2001/41).

Anayasanın 10. maddesi AYM tarafından birçok kararda açıklanırken, yasa önünde eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesi ile eylemli değil “hukuksal eşitlik” öngörülür. Bu ilke aynı durumda olanlar için geçerlidir. Eşitlik ilkesi maymuncuğunun anlamı, amacı aynı durum periyodunda bulunanların yasalarca aynı duruma bağlı kılınmasıdır. Kişilere yasalar karşısında ayrıcalık ve ayırım yapılmasını önlemektir. Durum ve konum ayrılığı değişik işlem davet edebilir. Ancak aynı hukuksal durum aynı, ayrı hukuksal durum ayrı kurallara bağlanırsa, yasada istenen eşitlik zedelenmez. Şu var ki, nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için değişik kurallar konulamaz. Anayasa Mahkemesi bir kararında (E.2006/111), Anayasanın 2, 60.maddeleri bağlamında devletin sosyal güvenliği ve sosyal adaletin sağlanmasına uygun ortamı üretmesi, getirilecek sosyal güvenlik uygulamasında dengeli ve makul ölçükler konulmalıdır denilir. Aynı hukuksal statüde bulunan kişilerin özdeş durumda olduğu ve yasanın yararlandırmasının da eşitlik ilkesine göre olacağı açıktır.

AIHS MADDE 14:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 14.maddesi “HAK VE ÖZGÜRLÜKLERDE EŞİTLİK” başlığıyla sunulur..Sözleşme üye devlete hakların kullanılmasında pozitif yüküm getirir (md.1). Haklardan yararlanmada kişiler arasında ayırım yapılmaması ya da “işlemden eşitlik”, “aynıyet” veya “benzerlik” içeren koşullar bağlamında geçerli bir kavram olduğu, somut olay bazında koşulların farklılığı söz konusu olursa bir farklı tutuma- ayırma gidilebilir. 14.madde yasağı konusu, yapılabilecek olan bir ayırımın “meşru bir amaca ilişkin olmaması”, “güdülen amaçla kullanılacak olan araç arasında uygun bir orantılılık-ölçülülük bağı oluşmaması” görüşleri, madde-deki “...tanınan hak ve özgürlüklerden... herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırım yapılmadan sağlanır” ifadesi doğrultusunda “nesnel ve uygun bir sebebin bulunmaması” sorusunun cevaplarını simgeler (AIHM kararlar). Hak eşitliğini bozacak ayırma gitmede, ayırımı meşru yapacak olan düşünce, bazı hallerde ayırım için daha da yoğunluk kazanan “nesnel ve uygun sebeplerin” oluşmasıdır.¹²⁸

Avrupa norm standardı bazında “meşru olan ve olmayan ayırımı” konusunun bazı yönleri bağlamında birbirlerine benzeyen durumlardaki farklı hallerin bir “ayırma” vurulup vurulamayacağı, şayet gerekliyse üye devletin bir takdir hakkının olabileceği yaklaşımıdır. Ancak somut ve özel durumların (a) koşulları, (b) konusu

¹²⁸ Bu konuda bk. Şeref GÖZÜBÜYÜK/Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2005, s.400-404.

ve (c) kapsamına bakılarak (ç) amaç/araç kullanımı orantılılık bağı gözetilerek takdir hakkı kullanılacaktır.

Özetle Sözleşmedeki 14.madde kapsamı, haklar ve özgürlüklerden yararlanmada bağımsız değil, diğer normatif kuralları tamamlayıcı işlev görmektedir. 14.madde, aynı zamanda bir negatif ayırım yasağı da öngörür. Örneklersek, 8 ve 11.maddelerin ikinci fıkraları bazında bir hak kısıtlanırken, benzer durumdaki kişi veya kümelerin arasında “nesnel ve uygun olmayan farklı bir duruma” sapılamayacaktır).

AİHM Kararları ışığında yukarıya alınan bilgiler, kamu avukatlarının aynı görevi devlete veya kuruluşlarına sunarken değişik ücretlendirmeye bağlı kılınmasında, “**güdülmüş olan amaçla kullanılan araç arasında uygun bir ölçülülük bağı**” kurulamadığında, örneğin vekalet ücreti, gösterge ve bazı gösterilebilecek uygulamalarda işlemde eşitlik ilkesinin sağlanamadığı konularında “**nesnel ve uygun bir sebebinin**” gösterilemediğini gösterebilir.

Ayrıca eşitlik, sosyal güvenlik ve sosyal devlet ilkeleri bazında konu analiz edilince gerek hukuk devleti, gerek sosyal devlet değişmezleri karşısında kamu avukatlarının hakları, o değişmezler ve yasa önünde eşitlik perspektifine ters düşmektedir.

(**Önemine binaen 1389 Sayılı “mülga” kanun için birkaç söz:**

2 Şubat 1929 tarihli 1389 Sayılı Kanununun 1.maddesinde “devlet lehine intaç olunan davalardan dolayı hükme rapt ve tahsil olunan vekalet ücretleri”, %70 ve % 30 olarak “tesviye olunur” hükmü, yukarıda belirtilen günümüz yasaları karşısında çelişkiler ürettiği açıktır. Ve 1.madde bağlamında yapılacak “**tevziyatın şerait ve miktarları**” Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir “**talimatname**” ile oluşacaktır.

Oysa 1982 Anayasasınının 128/2.fıkrasında “**memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir**” derken Bakanlar Kurulu Kararıyla düzenleme yapılamayacağı açıktır. Dolayısıyla Cumhuriyetin ilk yıllarına mahsus bu 1389 Sayılı Kanunla Anayasa çatışmaktadır. Soruna sonraki yasalar bazında bakmak da gerekir.

Bakanlar Kurulunun Tevzi Yönetmeliği (1961) 1.maddesi, tek hazine avukatı çalıştırılan yerdeki hazine avukatına “% 70” ödenir derken, birden fazla çalışma söz konusu ise miktar %45’e düşmektedir (Yön.md.2). Oysa yasanın 1.maddesi tek çalışan avukat demeden “maaş veya ücretli” çalışanlara %70 tutar rakamını telaffuz eder. Dağıtım Anayasa 128.madde bağlamında düşünürsek, Bakanlar Kurulu talimatnamesiyle dağıtımına izin verme bugün normlar hiyerarşisi bazında olanaksızdır. Bakanlar Kuruluna kanunla bir yetki tanınırsa, sınırlar belirtilerek olabilir. Ancak Yönetmeliğe bakarsanız, o çok eski yasanın günümüz anlamında anayasa bazında bir yetki vermediği anlaşılacaktır. Üstelik DMK ve Avukatlık Kanunu hükümleri ile karşılaştırma yaparsak (hatta Belediye K.madde 82’nin en eski kanuna yollamasının günümüz anayasasıyla bağdaşmayan hükümleri...) katmerli çelişkilerin gözlemlendiğini vurgulayabiliriz.)

Onun için 1389 Sayılı Kanunun ve günümüz DMK ve KHK uygulamalarının, yasa önünde eşitlik, AİHS madde 14 bazında işlemde eşitlik ve **takdir hakkı** kullanımında somut ve meşru bir sebep ile araç-amaç arasında ölçülülük ilişkisi ku-

rulmasını gözetmediği, bu cümleden olarak işlemede eşitlik, eşitlik, hukuk devleti, sosyal devlet bazında ilgili mevzuatın normlar hiyerarşisine uymadığı bağlamında İtiraz Yoluna gitme olanağı vardır.

Kuşkusuz bu yargım, söz konusu kanunun, uzun zaman (44 yıl) sonra doğal yolla “mülga” olması nedeniyle, sorunların kalktığını söylemek kabil değildir. Çünkü kanunun kalkması, avukatlık sınıfının sorunlarını çözmüş değildir ve diğer birçok mevzuatın çelişkileri ortadan kalkmış değildir.

Üstelik, aynı son 659 Sayılı KHK değişikliği bazında da sürdürülebiliriz. Çünkü bu mevzuatta da “mantalite” aynıdır.

DMK’ın 146.maddesinin son şekli, DMK 1.maddesi 1 ve 2. fıkralarını korurken her iki fıkrada “memurlar” sözcüğünü kullanmaktadır. Bunun anlamı, 2.fıkra hükmünde geçen “sözleşmeli ve geçici personel” artık memur olarak algılanmalı ve özel kanunlarına göre ücretlendirilmelidirler. Özel kanun da 657 Sayılı DMK’dır.

Öyleyse devlet kurumlarında çalışan avukatlık sınıfının özel kanunu birinci derecede Avukatlık Kanunu olmalıdır sonucu çıkarılabilir. Ama alacağı maaş veya ücret ne olmalıdır? DMK 1. maddesi ikinci fıkrası “kapsamına giren memurlar” kimlerdir? İkinci fıkradaki “sözleşmeli ve geçici personel” özel kanunu hangisidir?

Avukatlık sınıfının memur ve sözleşmeli istihdamı yapılan yerlerin yolları veya özel kanunlarındaki çelişkili düzenlemeler ne anlama gelecektir? Yoksa merhum DURAN’ın dediği gibi, kamuda çalışanlar arasında artık bir şemsiye mi geçerlidir?

DMK 36. madde V. numaralı bend de özel kanuna yollama yaparak (Avukatlık Kanununa göre Baro Levhasına yazılanları) kamuda çalışan avukatları “memur” olarak yansıtmaktadır.

DMK 146.maddenin son değişikliği de 1389 Sayılı eski kanunun ilgası yönünde bir değişiklik yapayım derken, savunulması güç avukat vekalet ücreti dağıtımını espirisini kaybetmiş, (hem Belediye 82.maddesi de) işi sarpa sarmıştır.

Yürürlüğü süren “Tevzi Yönetmeliğinin” dağıtım sistemi de özörlü görölmektedir.

Özetle, tabloyu karıştıran son değişikliklerin olumsuz yansımaları karşısında Avukatlık sınıfını, özel kanunu esas alınarak, kamu avukatları (“diğer kamu görevlisi”), serbest avukatlar olarak yeniden yapılandırılarak sistemde yeknesaklık sağlamak gerekmektedir.

Değişiklikler ne sağladı dersiniz, ücret-i vekalet konusunda Avrupa standardına göre, savunma esas alınarak düzenleme amacının güdülmediği doğru söylenebilir. Çünkü bu ücret konusunda ayrıma gitmek, savunmayı mağdur etme-edilme düzlemine sokuyor. Son değişiklikten sonra, soruna yeniden baktığımda kamu avukatlarının mevzuattaki eşitlik modusunu sağladığını söylemek olanaksız gözleniyor.

Örneğin 657 DMK madde 152’de, özel hizmet tazminatı altında Avukatlık hizmetleri sınıfına dahil kadroların % 135’ne; Başbakanlık müfettişlerinin % 230’na saptaması yapılırken, avukat kamu görevi yapmıyor mu? İlk tepki olarak verilebilir. Ya hakkaniyet?

Yasa önünde eşitlik

Anayasa Madde 10/4: ‘Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır’.

Hukuk biliminin ilk toplumsal amacı adaleti kurmaktır. Temel düşünce adalet parametresidir. Hukuk adaleti kurmak için bir yaşam düzenidir. Dolayısıyla hukukun iki işlevi düzeni korumak ve adaleti sağlamaktır. Bu iki kavram uzlaştırılmalı ve adaletin, devletin ve pozitif hukukun kaynağı olduğu hep dikkate alınmalıdır.

Öğrendiğimiz bir ayrıma göre ADALET, 1- **Sübjektif adalet(geniş anlamda)**, 2- **Objektif adalet (dar anlamda)** olarak ikiye ayrılır.

Hukuk bilimi bağlamında diğer dörtlü bir ayrım ise şöyledir: (a) DENKLEŞTİRİCİ ADALET (= **mutlak eşitlik** ki, özel hukuk ilişkilerinde kullanılır ve bu adalet türünün özü **eşitliktir**); (b) DAĞITICI ADALET (ki, kamu hukuku ilişkilerinde kullanılır ve bu yaklaşım **mutlak eşitlik** değil **nispi eşitlik** anlamını yansıtır ve insanlara hak ettiği verilmelidir/suum cuique tribuecre); (c) HAKKANİYET (‘equity’- önceki adalet türleri eşitliği sağlayamıyorsa adaletin diğer bir yansıması olup genel kuralın özel hallerde üreteceği adaletsizlik çözülmeye çalışılır, çünkü denildiği gibi “**normlar eken adalet biçemez**”, dolayısıyla **hakkaniyete** başvurulur) ve (d) SOSYAL ADALET (herkesten aynı vergiyi alma eşitlik değil en büyük adaletsizliktir).

Kuşkusuz **eşitlik**, hukuk biliminin içerdiği adalet türleri olan “**dağıtıcı adalet**”(=nispi eşitlik ki **denkleştirici adalet** bundan türetilir) , “**denkleştirici adalet**” (“mutlak adalet”) ve **diğerleri** bağlamında seslendirilebilir. Burada söz konusu olan “**dağıtıcı adalet**” kavramıdır. Eşitiz denerek farklı durumdaki kişilere aynı kuralı uygulama biçimi mutlak anlamda uygulama bir eşitsizliği davet edeceğinden eşitlik parametresini “**dağıtıcı adalet**” yönünde aynı durumda olduğu kabul olunan kişilere uygulama görüşü öne çıkmaktadır.

Anayasa Mahkememiz de EŞİTLİK ölçüğünün aynı kişilere aynı işlemleri uygulamayı öngördüğü, “**ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını**” önlediğini işaretler. Aksini kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulama ile gerçekleştirme, “**kanun önünde eşitlik**” ilkesinin çiğnenmesi olup yasaklanmıştır (AYM.K. 2003/89).

Bu bakış açısını anlatılan adalet türleri bağlamında uygulamaya geçerse günümüzde çalıştırılan kamu avukatlarının (sözleşmeli, SSK Mevzuatına bağlı ve DMK’na bağlı olarak çalışanlar) arasında, örneğin DMK’na bağlı olmadan çalışanlara limit uygulanması yapılmadığı görülür. Değinen nesnel adalet(somut adalet) ve hukuksal adalet türleri dahil özellikle dağıtıcı adalet parametresinin herkese hak ettiğini vermede eşitsizlik ürettiği gözlenebilir. Bu adaletten türetilen **denkleştirici adalet** olayımızda devlet eliyle farklı uygulamalara yöneltmiştir.

Bir hukuk müşaviri avukatın bir kamu kurumunda göstergesi 3000, diğerinde 3600 olarak ele alınmışsa bu durum Anayasanın kanun önünde eşitlik kuralını (denkleştirici /dağıtıcı adaleti) zedeler. Çünkü aynı alanda ve durumda aynı işi savunma yapan avukatlara(ki, vekalet ücretini de birlikte tahsil etme söz konusu olanlar var) arasında eşitsizlik doğacaktır. Mevzuatta aynı işi yapan ve cüppe giyen avukatlar değişik statülerle çalıştırılırsa bile, 1389 Sayılı Kanun onları “devlet davalarını intaç eden avukat” olarak yansıtırken esas alınması gereken nokta, kamu

avukatlarının aynı işi yapması, başka deyişle idareyi savunmasında aynı amacı-ıdarenin uğradığı haksızlıkları karşılama mücadelesidir.

Belediye Kanunu bu kanuna yollama yaparak “kıyasen” uygulama (md.82) ister. Şu var ki, KIYASLA vardırılan sonuç, adalete aykırı olursa ne yapılacaktır? Diğer kaynaklarla çözülmesi gereken bu durum, 82.madde bazında da kuşku görülebilir. Kamu avukatlarının çeşitli uygulamalara sahne olması çelişkileri belki **anayasa-ya uygun yorum**¹²⁹ yapılarak çözülebilir. Ancak en doğru çözüm kamu avukatları “diğer kamu görevlileri” kavramında birleştirip tıpkı diğer adalet üçgeni tarafları gibi özel kanunla yeniden ele alınmalıdır. Yaptıkları SAVUNMA görevi niteliğinin diğer adalet görevlerinden cılız olduğunu söylemek güç gözükmektedir.

Fransa Conseil d’Etat, uygulamada ilk defa yasa önünde eşitlik konseptini uygulamış, geliştirmiştir.¹³⁰ Hukukumuzda da Danıştay **yasa önünde eşitlik** ilkesini uygulamıştır. Bu ilke, eşitlik uygulamasında bir hacim belirleme parametresidir. Esasen “**ayrım gözetmeme**” yaklaşımı bir hak olarak yansıtılmamalı. Yaşam alanlarında, çeşitli toplumsal nitelikler gözlenir: Dinsel, sosyal, etnik, siyasal, kültürel vs. gibi farklılıklar görebiliriz. Bu farklılıkları bir ortak paydada kaynaştırmak için eşitlik istemi yoğunlaşır. Danıştay EŞİTLİK maymuncuğunu hukukun genel ilkesi olarak sunar. Ancak eşitlik değerinin tekrarlanması platonik kalmaktadır. Asıl olan kavramı somutlaştırmaktır.

Günümüzde en çok ifade edilen **eşitlik sosyal ve ekonomik eşitliktir**. Yasa önünde eşitlik ilkesini yineleme insanları eşit yapmıyor, eşitsizlikleri kaldırmaya yetmiyor. O nedenle İsviçre Federal Mahkemesi “kanunda eşitlik” demektedir. Danıştay idarenin takdir yetkisini “kanun önünde eşitlik ilkesi” ile sınırlandırma yoluna gider: “**Düzenleyici tasarruflarla idareye tanınan takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp, anayasal ilke ve kurallarla da sınırlı bulunmaktadır**” saptaması İdare Hukuku kuralları gereğidir (D8.D.24.02.1987- K.1987/88). Danıştay’a göre Anayasa ve İdare Hukukunun en temelli ilkesi “**eşitlik**” maymuncuğudur.

Özetle, “**kanun önünde eşitlik ilkesi**” bağlamında, **kimlik, görev-yetki ve sorumluluk, hizmetin özellikleri ile ayrıntıları aynı ya da benzerlik taşıyanlara aynı kuralların uygulanması doğal değil midir?**

Aynı kuralları uygulamada yasanın amacı, anayasaya aykırı olmamak koşulu ile önemlidir. Yasanın yayım tarihinde memur olanlarla sonradan göreve alınacaklar arasında eşitliğin sağlanması için (657 DMK 36/A) fıkralarda yapılan yollamalarda yasa koyucunun eşitlik ilkesini koruma ve sağlama amacı asıldır (D5.D.27.12.1989/K.1989/2557). Kişilerin aynı kurala bağlı kılınması esası eşitlik ilkesine dayanır. Bütünlük ve istikrarı sağlar (D.8.D.12.02.1985-K.1985/127). Yine aynı kuralın uygulanması eşitlik kuralı gereği olup aynı durumda olanların (=aynı statüde olanların) aynı işlemlere bağlı olması önemli bir gerektir (D5.D.13.04.1987- K.1987/593).

Memur statüsünde olanların buldukları hizmet sınıfına bakılmaksızın aynı yasa hükümlerine bağlı olması gerekirdi. Ama DDGK’nun 21.04.1974 tarihli kararı (K.1978/316) ters yöndedir. Danıştay burada yetki ve sorumluluklarının aynı olmadığı görüşüne dayanır (Yurt dışında çalışanların farklı katsayı

¹²⁹ Bk. MEMİŞ, s.475; Anayasaya Uygun Yorum, Filiz Kitabevi, İstanbul 2007, s.64 vd.

¹³⁰ Celal ERKUT, “Danıştay’ın 1402’likler Kararı: Türk Kamu Hukukunun Yüzakı”, Tarık Zafer TUNAYA’ya Armağan, İstanbul Barosu Yayını, Nisan 1992.

uygulaması yönünde hükümet kararı).

Danıştay'ın uygulamalarında yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması gerektiği açıktır. Bu bağlamda kamu avukatlarının farklı statüleri karşısında devlet davalarına bakma görev ve yetkileri, öğrenimleri, konularında uzman olmaları nedeniyle özlük haklarında eşitsiz uygulamaya getiren mevzuatın normlar hiyerarşisine, kanun önünde eşitliğe, hukuk ve sosyal devlet ilkelerine, istikrar ve bütünlük ilkesine ters olduğu açıktır.

O nedenle yasama bu durumları düzeltmiyorsa, itiraz yoluna gitme olanağı ısrarla kullanılmalıdır.

Yargı Kararları

Baro Hakem Kurulu, Asliye Mahkemeleri, Sayıştay Kararları

Değerlendirme 1:

Bilindiği üzere vekalet ücretlerinden doğan uyuşmazlıkları Baro Hakem Kurulları çözerdi (Av.K. md.167). Bu madde iptal olunmuştur (AYM.K.2004/31). Baro Hakem Kurullarının görevleri iptal ile sona erdirilmiş ancak özellikle İPTAL ÖNCESİ bu madde bağlamında Ankara, Konya, Antalya ve Samsun Barolarının ... verdiği kararlar kamu avukatlarının kazandığı davalarda takdir olunacak vekalet ücretinin sınırlamalara bağlı kılınamayacağı yönünde verilmiştir. Özellikle NORMLARIN HİYERARŞİLEŞTİRİLMESİ yöntemi (hukukun genel ilkesi) uygulanır.

Yine yurdun çeşitli illerinde(Ankara, Şanlıurfa, Samsun...) Asliye Mahkemelerinde açılan davalarda vekalet ücretinin kamu avukatına ödenmemesinin davayı kazanan taraf lehine kazanç sağladığı, sözleşmeyle bile aksinin kararlaştırılmayacağı, birden çok avukat çalıştıran KİT'lerde ücretin sınırsız ve sadece avukatlara dağıtılabileceği yönünde kararlar alınır.

(SAYIŞTAY KARARLARI: Sayıştay Temyiz Kurulu Kararında (29268 ... nolu karar/03.04.2007 T.) 1136 Sayılı Kanun GENEL, 657 Sayılı DMK ÖZEL kanun olarak nitelenir ve belediye avukatlarına DMK uygulamasını öngörür. Anılan kurul, fazla ödemenin tazminine karar almıştır(DMK özel kanun düşüncesi). Aynı kurul başka bir kararında(28902 nolu/21.11.2006 T.) Belediye ve avukatlık sözleşmesi ile sözleşme ücreti dışında avukata yapılacak vekalet ücretinin 146.maddeye göre yapılmasının ne denli hukuksuzluk ürettiği söylenmeli ve KIYASEN uygulama mantığına ters düştüğü gözlenir.

Sayıştay Dairelerinin kararlarında da "limit" aşılması nedeniyle ve sınıra uyulmadan ücretlerin tamamının ödenmesi üzerine tazmin kararları çıkmıştır (02.05.2008 T. /2180 Sayılı ; ; 279 sayılı ve 27.07.2007 T.). Bu kararlar çoğaltılabilir.

Avukatlık Kanunu EK I maddesinde, kamu kurum ve kuruluşları ve kamu iktisadi teşebbüslerinde çalıştırılan avukatların(baroya kayıtlı olanların) işlevlerini uygularken aynı hak ve yetkilere sahip oldukları vurgulanmalı. O kadar ki, vekalet ücretinin kamuda çalışanlardan davayı kazanan avukata verilmesi, belki aynı yerde çalışanların sırayla davaya girmeleri yönünde eşitlik sağlanması (dağıtıcı adalet) daha uygun görülebilir. Çünkü vekalet ücretinin kime ödenmesi gerektiğinin dayanağı HUMK madde 423/6. bendine karşın, Avukatlık Kanunu 164, "avukata ait" terki bu yönü yansıtarak, bu ücretin avukata ait olduğunu işaretler.

(b) Danıştay Kararları

Ne var ki, Danıştay bir kararında (D 11.D.K.2003/4924), **VEKALET ÜCRETİNİN KAMU AVUKATINA AİT OLDUĞU**, sınırlandırılmayacağı bağlamında bir alt mahkemenin verdiği iptal kararını bozulmasına hükmeder. Gerekçe ise devletin iradesinin tek yanlı olarak bireye üstün olduğu ilkesinin İdare Hukuku kuralına dayandırılmasıdır. Oysa bu yaklaşım, **idarenin de mevzuatla bağlı olduğu ilkesine** terstir, anayasaya aykırıdır (md. 8,11,138/son, 153/son) ve **kanunilik ilkesiyle** bağdaşmaz. Kararda “kamu avukatlarının, tek yanlı...yaptırım gücünü uygulama yetkisine sahip bulunan devlet kurumları olduğu ve görevlerinin devlet hizmetinin yürütümü sırasında...hukuksal sorunların çözümüyle ilgili... temsil ettikleri şahıslar...yaptıkları iş(kamu hizmeti),serbest avukatlara göre farklıdır” sonucuna ulaşılrken DMK 36.madde, Belediye Kanunu 82.madde, Av. Kanunu EK I maddesi, Anayasa 2, 5, 10.maddeleri, İHAS 14.maddesi görmezden gelinmiştir.

Ve kararda “**657 Sayılı yasada kurum avukatlarına verilecek vekalet ücretine ilişkin olarak farklı bir düzenleme yapılmadığı sürece... 4667 Sayılı Yasa uyarınca yapılan değişikliğin, kamu personeli statüsünde bulunan kamu avukatlarına...ödenen vekalet ücretine uygulanan sınırlamayı kaldırdığından söz etmek olanaksız olduğundan**” yargısıyla hukuka uyarlık olmadığı vurgulanıp “bozma” kararı alınmıştır. Dolayısıyla değindiğim “**dağıtıcı adalet**” (diğer türleri de) bazında “**aynıyet**”, “**benzerlik**”, “**ölçülülük**” sunan durumları (= meşru amaca ulaşma) içeren formlar dikkate alınmayarak yorum yapılmış ve “**kanun önünde eşitlik**” tezi zedelenmiş olmaktadır.

Danıştay’ın vekalet ücretiyle ilgili limit konusu (DMK.146) ve bu ücret hakkındaki görüşünde avukatlık unvanı yok sayılmakta, sadece memur sıfatı öne çıkarılarak, idarenin kanunilik ilkesinin yok sayıldığı yönünde yorum yapması, hukuk devleti, hukukun genel ilkeleri ve sosyal hukuk devleti ile anayasaya uygun olma (md.2,5,8) kavramlarını ıskalamaktadır.

Dahası bozma kararında anılan **EK I maddesi** görmezden gelinmiştir. Çünkü **hak ve yükümlülük boyutuyla serbest avukat ve kamu avukatı arasında bir fark yoktur**. Burası dikkate alınmamıştır. Kararda dünyadaki normları hiyerarşileştirme yöntemi uygulaması yok sayılarak (özel yasa, genel yasa çelişkisini ilga eder) karar alınması, temel hukuk ilkelerine, AYM Kararlarına, İÇBK’na (*ki, bu tür kararlara mahkemeler uymalıdır*), doktrine ters düştüğü bilinen bir durumdur.

Danıştay’ın önemli başka bir bağlayıcı kararında (DİBK, K.1988/1) ki, bu karar mahkemeleri bağlar, ortak akla uygun karar verdiği görülür:

Özel ve sonraki kanun hükmü, genel ve önceki kanun hükmü yerine uygulanması gerektiği yolundaki hukuk ilkesi...

Esasen Kamu Avukatları bazında ÜCRETİ VEKALET ve bazı düzenlemelerin anayasaya aykırı olduğu yer yer savunulabilir ve **itiraz yoluna** gidilmelidir. Ancak normları kademelendirme yöntemi hukuk düzeninde pratik bir yaklaşımdır. Avukatı memur gören kararda, avukatlık sıfatının önde geldiği yok sayılmıştır.

DİBK’nın oybirliği ile alınmaması da kararın uygulanamayacağı anlamına gelmez.

(c) Anayasa Mahkemesi Kararlarında Çözüm

Değerlendirme 2

ANAYASA MAHKEMESİ VERDİĞİ ŞU KARARLARINDA (K.2004/27;K.2004/28) AYKIRILIK İTİRAZINI REDDEDİMiŞTİR: İTİRAZ YOLUNA başvuran mahkeme (İzmir 4.Ağır Ceza M.), 4667 S.K. İLE DEĞİŞİK 164/SON FIKRASININ ilk cümlesi “**Dava sonunda, kararlar tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti AVUKATA AİTTİR**” hükmünün Anayasanın 2, 5, 36. maddelerine aykırılık itirazında bulunur: Avukat, sözleşmeyle ücret alıyor, müvekkil haklı çıkarsa karşı hasma yüklenecek ücret-i vekalet, kazanan müvekkilin olmalıdır. Aksi halde kişi dava açmaktan çekinebilir ve bu durumun “**hak arama özgürlüğüne ve adalet anlayışına aykırı**” olacağı, o nedenle değinilen maddelere aykırı düşüğü.

İtiraz meselesi hükümde, dava bitince tarifeye göre karşı tarafa yüklenecek “**vekalet ücreti avukata aittir**” denmektedir. **Yüksek** Mahkemeye göre (olumlu karar alınmasına karşın), sözleşme yoksa “**vekil müvekkil arasında çıkacak nizaya mani olma amaçlanmıştır yorumunun**” somut dayanağı gözlenememektedir.

Avukatlık Kanunu değişiklik öncesi düzenlemesi “**aksine sözleşme yoksa**” ifadesiyle sözleşmenin asıl olduğu ve **ücretsiz dava alınır**sa Baroya bildirim zorunluluğu olup değişiklik sonrası durumda ise, sözleşmenin yapılmadığı hallerde olasılıklara yer verilmiştir.

Esasen iki tür ücret söz konusudur: 1-**Avukatlık sözleşmesinden doğan ücret**, 2- **Tarife bazında davayı kaybeden tarafa yüklenen ücret.**

İlki **yargılama giderlerine** dahil değildir. Oysa **ikinci tür vekalet ücreti yargılama gideri** sayılmıştır. Bu cümleden kalkarak talep olmasa da DİĞER YARGILAMA GİDERLERİ GİBİ avukata ait vekalet ücretine res’en hükmedilmesi gerekir: CGK.5/4/1996 GÜN, 86/91.

Ceza Genel Kuruluna göre ve kanımca da TARİFEYE göre yüklenecek ücret-i vekalet KİŞİSEL bir haktır. Bir temyiz söz konusu olsa dahi kazanılmış hak söz konusu olup uygulamada bu yönde bozma kabul edilmemektedir.

Yargılama gideri olan ücretin vekile mi, müvekkile mi ait olduğu sorunu yargısal kararlarda tartışılmakta olduğu görülür.

Avukatlık Kanunu son 164/son fıkra değişikliği, tarifeye dayanılarak kaybeden hasma yüklenecek vekalet ücreti avukata ait olup iş sahibi borcu nedeniyle “...haczedilemez” denirken, bir görüşe göre ‘kimin adına hükmedileceği’ yasada açık değildir yorumu doğru gözükmemektedir¹³¹.

Çünkü “**avukata aittir**” saptaması, iş sahibinin borcu nedeniyle “...haczedilemez” emredici hükmü ile ücretin müvekkile ait olmadığı anlamına gelir. Şayet iş sahibine ait ise, zaten haczedilebilirdi. Esasen maddenin son cümlesi olmasa da vekalet ücretinin avukata ait sözündeki anlamdan davayı kazanan, hukuki yardım sunan avukat anlaşılmaktadır.

163.MADDE sözleşmenin serbestçe yapılacağını yansıtır. Anılan birinci tür ücret sözleşmesiyle tarifeye göre yargıcın yükleyeceği ücret-i vekalet müvekkile bırakılabilir.

Bu durum kamu avukatları için de geçerlidir. Ancak sözleşme idarenin sözleş-

¹³¹ Bk. AYDIN, Avukatlık Ücreti, 2004,s.252 vd.

mesi türü ile yapılabilir. Ama bu görüş, **yargılama gideri olan ücretin**, sözleşme konusu yapılamayacağı savunmasını da davet eder. O nedenle **“avukata ait”** kavramında kamu avukatı dahil -çünkü savunma işlevi aynı- mutlak bir anlam taşıdığı savunulabilir.

Asıl olan serbest avukat için ücret tarifesinin altında -eğer sözleşme tartışmalı, belirgin değil, yapılmadığı...haller varsa-, 164/3 bazında tarife altında bir ücret kararlaştırılmayacağıdır. Bu saptama, sözleşme konusu bağlamında oluşan sakatlıklarla ilgilidir. **164/2.fıkra vekil-müvekkil arasında kararlaştırılabilecek ücretin hatlarını çizer. Ama ikinci tür yargı gideri - masarifi muhakeme- olarak kaybeden hasma yüklenecek vekalet ücretini, yargıç tarife göre re'sen takdir eder: 164/son, HUMK 423/6.**

Anayasa Mahkemesi Kararındaki yoruma dönersek:

Taraflar da HAK ARAMA BAZINDA bizzat dava açabilir. Savunma hakkı, avukatın danışmanlık hakkını içerdiğinden, sözleşme söz konusu iken yasadaki hatlarla bir meblağ konulacaktır. **Ancak dava sonucu kaybedene yüklenecek yargı gideri engellenmiş olmadığından itiraz yolu gerekçeleri yani hak aramayı engelleme veya adalet anlayışına ters bir durum ya da iptali istenen kuralın bir zorlaştırma yaptığı söylenemez ve iddia edildiği gibi 2, 5, 36.maddelere terslik bulunmamaktadır.**

Anayasa Mahkemesi gerekçeleri doğru olmakla birlikte asıl vekalet ücretinin ikinci türünün “avukata aittir” sözünde yoğunlaşması daha iyi olurdu. Yine de tarife bakılarak yargıcın karşı tarafa yüklediği miktar, savunma hakkının hukuki yardım karşılığıdır. Avrupa standardı da bunu içerir.

Verilen kararın kim kanalıyla temyiz edileceği usul kanunda vardır. Avukat yetkili kılınırsa TEMYİZE gidebilir. Ancak avukata ücret alması için bir hükme varılırsa, ceza davalarında şahsi davacı ya da sanığın temyiz hakkının ortadan kalkacağı ve temyiz yetkisi bulunmayan avukatın bu hususu temyize götüremeyeceği görüşü (ki, şahsi haklarda savcının temyiz hakkı bulunmadığı ve sanığın da hükmü kendi aleyhine temyiz edemeyeceği, yargılama gideri hükmün parçasını oluşturan ücrete eksik hükmedildiği konusunun da temyizine olanak kalmayacağı) **zorlama bir yaklaşım olarak gözlenebilir.** Burada tek doğru **“avukata aittir”** terkinine içkindir.

164/son fıkra değişikliğinde yargılama gideri sayılan ve tarife uyarınca karşı tarafa kendiliğinden yüklenilecek “avukatlık ücretinin”, şahsi davacı veya sanık lehine hükmedilmesi gerektiği yollu önceki kararlar ve istikrarlı uygulamadan dönülmesinin gerekli olmadığı savını CGK da kabul eder (20/4/2004 günlü 47-101 Sayılı Karar).

YKGG, YHD ve YCD'lerinin bir kısmının kararları da aynı yönde olduğu yazılmıştır. Ve YCGK, K.2004/143 kararıyla savcının itirazını yerinde bulup ücretin vekile verilmemesine hükmetmiştir.

Bu yaklaşıma katılmanın (kamu avukatları dahil) olanaksız olduğunu, “Kamu Kurum ve Kuruluşları ile KİT”lerde Görevli Avukatlar” başlığıyla saptanan EK MADDE I gösterebilir. “...Bunlar, görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhalarına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleyle yükümlüdür”.

Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde (RG 26013:04.12.2005 T.) “avukatlık ücretinin kanun gereği karşı tarafa yükletilmesi gereken durumlarda”(md.1) ve “Yargı yerlerince Avukata ait olmak üzere karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti”(md.3), CEZA davalarında “sanık vekili yararına hükmedilecek avukatlık ücreti”(md.13) düzenlemeleri, “**avukata aittir**” hükmünü esas alınmayı yansıtır. Böyle olunca kaybeden tarafa yüklenecek vekalet ücreti 2.türü (yargılama gideri) Yargıtay kararlarında müvekkile aittir tezi, son değişikliklerde esas alınması gereken 164/son fıkrasının (“vekalet ücret avukata aittir”) hükmünün yerine, “müvekkile ait” yorumu zayıf kalmaktadır. Avukatlık Ücret Tarifesinin hazırlanması başlığında (md.168),”işlemlerden alınacak avukatlık ücreti” hükmünden “avukata aittir” ifadesinin hukuki yardımının önemini simgelemektedir.

AYM'nin diğer kararında İTİRAZ reddedilirken (K.2004/27:RG 25732-19.02.2005), “AVUKATA AİTTİR” (md.164/son) ve “**Avukatlık ücretinin takdirinde...hüküm verildiği tarihteki...tarife esas alınır**”(md.168/son) hükümlerinin anayasaya (md.2,36,38) aykırı olduğu itirazını (hak arama özgürlüğünü kısıtladığı) yanıtlarken, **herkesin meşru vasıtalarla hakkını** (iddia-savunma ve adil yargılanma) **arayabileceği**, ücretin avukata yöneltildiği, **ücret sözleşmemesi yapılmamasında hizmetin karşılıksız kalmamasını sağlama ve uyuşmazlık çıkmasına engel olma amacı güdülmüştür**, denilir. **Ücret yasal güvenceye**(168,164/son) **alınmış olsa da bu durumun bir iç sorun ve avukatlık ücretinin “kişisel hak” olma özelliğini değiştirmemektedir**. Yine HUMK 59 ve Avukatlık K. 35.maddeleri de vekilsiz de dava açılabilmesine amirdir. “**Vekalet ücreti, savunma hakkının... hukuki danışmanlık görevinin...doğal bir sonucudur. Avukatların ... makul bir ücret almaları gerekir**”. Üstelik bununla karşı tarafa yüklenecek ücretin engellenmediği (hak aramanın zorlaştırılmadığı) dolayısıyla 2 ve 36.maddeye aykırılık bulunmamaktadır.

Suç tarihine göre saptanması(Ceza davalarında) gerekli yargılama giderinin hüküm tarihine göre belirlenmesinin anayasa 38.maddesine aykırı olduğu; Avukatlık K. 168/ son hukuki yardımın tamamlandığı ya da hüküm verildiği dikkate alınırsa avukatlarının emeğinin gerçek karşılığının (ekonomik analiz) takdiri amaçlanmış olmaktadır. Üstelik vekalet ücreti maddi ceza hukukunu değil, USUL HUKUKUNDA yapılacak bir artış değişiminin değişiklik öncesi açılmış davalarda da uygulanacağından benzeri bir düzenlemeyle avukatlık ücretinde de uygulanması anayasa 38.maddeye aykırı olarak değerlendirilemez.

(Tekrar pahasına, DANIŞTAY 11.D. Kararında (K.2003./4924), Zonguldak İdare Mahkemesinin (K.2002/948) Avukatlık K. 164/son fıkrasının istisnasız yargı mercileriyle verilen vekalet ücretinin avukata aittir hükmünden kalkılarak, ücretin kamu avukatlarına limitsiz eşit dağıtılması başvurusunun reddi işleminin iptaline ilişkin alt mahkeme kararının BOZULMASI kararı (avukatlık sıfatı yok farz edilip memurluk sıfatı öne çıkarılır, ancak idarenin tek yanlı yaptırım uygulamasına dayanılır ama sanki kanunlara uymayacağı yaklaşımı da hukuksuzluk üretmekte) alınmıştır. Danıştay, 657 Sayılı DMK 146.MADDESİ OLDUKÇA, kamu avukatlarının vekalet ücretine ait sınırlama kaldırılmış değildir yargısı da hukuksal görülmemektedir).

AYM, değinilen olumlu kararlarında, İHS 14.maddesindeki HAKLAR ve Öz-

gürlükler başlığını dikkate alarak ücretin takdim edilmesinde “meşru amaca yönelmeyi”, **takdir hakkını kullanan yasamanın ücret dağıtımını** öngörüsünde **güdülen amaçla kullanılan araç arasında uygun bir ölçülülük ilişkisi konusunu dikkate almadığı** görülebilir. Dahası aynı işi yapanlara, başka deyimle **işlemede eşitlik** ilkesi atlanarak “**aynîyet**” ve “**benzerlik**” olgularının es geçilerek karar alınması başta anayasa ve Avrupa standardına ters düşmektedir.

(c) Anayasa Mahkemesi Kararlarına Değerlendirmeyi Sürdürme

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, SONRAKİ KANUN ÖNCEKİ KANUNU (KANUNAÇIK HÜKÜM KOYMAMIŞSA, ki, DMK, Belediye Kanunu...açık hüküm koyar ama, çatışma halinde ne olacak sorusu da sorulmalı) örtülü ilga eder yaklaşımını da işaretler. **Normların kademelendirilmesi yöntemini uyguladığını söylemeliyiz. Örneğin bir ihtar kararında**(K.1987/3-02/07/1987 T.) , **Siyasi Partiler Kanunu 121.maddesi bağlamında,** “ Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlere aykırılık görürse bu aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasi parti hakkında ihtar kararı verir” **hükmünün işletilmesini engellemesi gerekir. “ Kaldı ki, Siyasi Partiler Kanunu SONRAKİ KANUN OLARAK uygulama önceliğine sahiptir. Bu bakımdan istemin Anayasa MAHKEMESİ GÖREVİNE girdiği sonucuna varılmıştır”.**

Mahkeme, BAŞKA BİR KARARINDA (K.1992/5- 14.12.1992T.) “**Bu kanun, T.Ticaret Kanununa göre HEM ÖZEL KANUN, HEM DE SONRAKİ KANUN OLMASI dolayısıyla öncelikle uygulanması gerekmektedir. Yine “Hukukta önceki ve sonraki yasa hükümleri arasında bir çelişme olduğu ve yasa koyucu sonraki yasa metnine ilga ile ilgili açık bir hüküm koymadığı durumlarda örtülü yürürlükten kaldırma söz konusudur”** derken eski-yeni kanun çatışmasında kural olarak “**zımnî ilga**” tezinin kabul olunabileceğini işaretler (K.1992/1-10.07.1992 T.). Oysa DANIŞTAY’ın tutumunun ters olduğu da vurgulanmalı. Ancak AYM Kararlarının herkesi bağlayacağı (md.11,153) ne günedir?

Nihayet devlet-kamu kuruluşları kanunları anayasaya uygun olarak uygulamak zorunluluğundadır(md.8). Kanunları uygularken tercih yapmak durumunda değildir (kanunilik ilkesi)

3-Anayasaya Aykırılık ve Normları Hiyerarşileştirmenin Objektif Yöntemlerini Kamu Avukatları Düzenlemelerinde Uygulama (Çatışan Kanunların Ulaştırılması)

Normları hiyerarşileştirmenin (KADEMELENDİRME) objektif yöntemleri bağlamında soruya cevap veren Anayasa Mahkemesi raporlarında, **normlar hiyerarşisini kurmak üzere başvuru araçları** üzerinde anlaşma vardır: Kuşkusuz iç hukuk düzeninde Anayasa en üst hukuk normu düzeyini simgeler. Dolayısıyla Anayasaya aykırı bir alt norm yüksek mahkemece iptal olunur. Bu kural dışında ÖZEL KANUN GENEL KANUNU YÜRÜRLÜKTEN KALDIRIR (=Lex specialis derogat generali) ölçütü; SONRAKİ KANUN ÖNCEKİ KANUNU YÜRÜRLÜKTEN KALDIRIR(= Lex posterior derogat priori) ve ÜSTTEKİ KANUN ALTINDAKİ KANUNU YÜRÜRLÜKTEN KALDIRIR(= Lex superior derogat legi inferiori) kuralları, anayasal hiyerarşi düzenini oluşturmayı gerektiren yöntemler olarak gözlenir (Alman Raporu II, 1.2;İsviçre Raporu II, 2,1; Türk Raporu,1,2 ve

1,3; İspanya Raporu II, 1,2; Belçika Raporu Cour de Cassation, II, 1, 2, NR.31; Cour d'Arbitrage Raporunda ise Belçika'da Anayasa Normları arasında bir hiyerarşi olmadığı vurgulanır, II,1,2; Hollanda Raporu II,1,2; Yugoslavya Raporu II,2,1).

Fransa Raporu ise anayasal değerlerde normların objektif yöntemlerle hiyerarşileştirildiğini savunmanın aşırı bir iddia olacağı, ancak anayasa yargıcının anayasal değerli ilke ve kuralların “**somut içeriğini saptamaya yönelik yorum kurallarını uyguladığını söylemenin**” daha gerçeğe yakın olabileceğini yansıtır. Fransa Raporunda adı geçen hiyerarşileştirme yöntemlerinden başka bazı ek yöntemlerin de eklendiği söylenmeli: “Anayasal ilkelerden sapma olanağı” (anayasada sapmaya açık tutulan olanaklar sınırlı kullanılır)¹³².

657 Sayılı DMK(14.07.1965), on sınıf memur türü öngörmüş ve sınıflandırma yapmıştır.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu(19.3.1969) ise sonradan çıkmış bir özel kanun olarak sadece Avukatlara özgüdür. Dolayısıyla **Lex posterior derogat priori** kuralı gereğince ya da özel kanun bir önceki özel ya da genel kanunu ortadan kaldırır.

Aslında 657 Sayılı DMK, madde 36/V.bendinde “**avukatlık hizmetleri sınıfı, özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı...**” ifadesiyle yasa koyucunun nesnel iradesini yansıtır. Danıştay da bir kararında (D5.D,K.83/261) 146.maddenin vekalet ücreti konusunda tüm kamu avukatlarına uygulanması görüşü yorumunu yaparak “**genel bir hüküm**” benzetmesini vurgular. Kanımca da 657 DMK (içinden çıkılmaz sınırlamaları ya da istisnalar getirmesi bir yana) tipik bir memurlar genel kanunu olarak görülebilir. 657 Sayılı DMK 1/1.fıkrasında ilgilinin sıfatını, mesleğini belirtmeden “Bu Kanun, genel ve katma bütçeli kurumlar... müdürlüklerinde çalışan MEMURLAR hakkında uygulanır” hükmü; 4.maddesinin memur tanımlaması ve DMK 36/V. fıkrası (“...özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı”) ifadeleri, DMK'nın bir genel yasa olduğunu gösterebilir. Kaldı ki özel yasa da olsa çelişkili hükümlerinin “**zımnen ilga**” yöntemine bağlı olacağı söylenmeli. Üstelik 1982 Anayasa hükümleri (md.128) memur nedir sorusunu yanıtlayamazken, “**diğer kamu görevlisi**” nedir sorusunu da eklemiştir. Ve kamu hizmeti yapan asli ve sürekli görevliler arasında bir ayırım kalmadığı görüşü de dikkat çekmektedir.

DMK'nın 146/3.fıkrası vekalet ücreti öngörüsü (...**vekalet ücretinin yıllık tutarı, birinci derece...aylığınının...yıllık tutarını geçemez**”) hükmü, 570 Sayılı KHK (20.3.1997- RG 13168:07.04.1969) ile değiştirilir (“**Vekalet ücreti yıllık tutarı...on iki katını geçemez**”).

Değindiğim üzere adı geçen Avukatlık Kanunu 164.maddesi de değişikliğe uğratılır(4667 S.Kanun/02.05.2001).

Uygulamada asıl uzlaşmazlık, DMK 146/3 hükmü bazında, DMK'na bağlı avukatların alacağı vekalet ücretinin bir sınırlamaya tutulup tutulamayacağıdır. Önceki kanunun “**aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça**” istisnası, vekalet ücretinin mutlak olmadığı fikrini davet ederken, anılan 164.maddenin ilgili fıkrasınının 4667 Sayılı Kanunla değişikliği, aksinin kararlaştırılmayacağı mutlak ifadesine dönüşmüştür.

¹³² Anayasa Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi (VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara,7-10 Mayıs 1990, s.64.

Burada da bir hiyerarşileştirme yöntemi devreye girer: Sonraki kanun önceki çelişik hükmü sıfırlaştırır. Yoksa hukuk düzeni nasıl korunur? İstikrar ilkesi, hukuk düzeni birliği ilkeleri bu dengeyi sağlamıyor mu?

Belki vekalet ücretinin kaynağı ve niteliği çözüm sağlayabilir:

Bu ücret türü (karşı tarafa yüklenen) ilk planda 164/son ve HUMK'tan (md.423/6) üretilmeli. Kuşkusuz burada biricik koşul, davayı vekilin takip etmesidir. Eğer idare avukatla temsil olunmazsa temsil görevini yüklenenlere (mal müdürü, nüfus memuru dava takiplerinde...) vekalet ücreti takdir olunamayacaktır. Başka ifadeyle vekalet ücretini AVUKATLIK SIFATI üretir.

Bu değerlendirme bizi uzlaştıramaz hükümlerin çatışmasında değindiğim "hiyerarşileştirme yöntemlerine" taşıyacaktır. Dolayısıyla uygulanacak kanun sorununda (ki, **emredici hükümler** 164 ve DMK 146 uygulayıcıya bir takdir hakkı ve yetkisi tanımaz) açıkça yürürlükten kaldırma ('ilga') olmadığına göre yapılacak iş, yasama hareketsiz kalırsa hukukun genel ilkeleri, yargı içtihatları ve doktrin'in yol göstermesi kaçınılmazlığı olacaktır.

Yasa koyucunun sonraki kanun koymasına iradesinin uygulanma zorunluluğunun kabulü, **uygulanmama için kanun çıkarılmaz** sonucu ile izah olunabilir.

Özetle, örtülü 'ilga' söz konusu olacaktır. Doktrin uygulamada "hiyerarşileştirme yöntemlerini" benimser.¹³³

4-Kamu Avukatlarının Denetimi Sorunu

"Avrupa Topluluğu Barolar Konseyi Meslek Kuralları"(Kabul:28.10.1988) belgesinin "genel prensipler" başlığı alt 1.başlığı "bağımsızlık" kısmında, "**Avukat üzerine düşen görevlerinin çeşitliliği sebebiyle, her türlü baskıdan, özellikle kendi menfaatlerinden ve dış etkenlerden kaynaklanan baskılardan arındırılmış tam bir bağımsızlığa sahip olmak durumundadır**" denmektedir.

Kamu Avukatları, kurumlarında, teftiş kurulları vasıtasıyla düzenlenmiş inceleme raporlarıyla yaptırımlara ya da baskılara maruz kalabildiği görülebilir. Örneğin müfettiş avukata hukuk soruları yöneltebilmekte, avukatın hukuki mütalaasının da denetlenmeye kalktığı ve avukata disiplin ve adli bakımdan bazı yaptırımlar uygulanabildiği söz konusu olabilmektedir.

Adalet sisteminde silahların eşitliği ilkesi Avrupa boyutunda, savunma gibi önemli bir görev gören memur avukatın mali-parasal boyutlu idari soruşturmaya bağlı kılınması doğal görülebilir. Ancak avukatın yetki alanına giren savunma işlemlerini (dosya hazırlama, dava açma, temyiz yapma...gibi) denetleme, hukuk devletine, adı geçen Avrupa tavsiye kararları bağlamında avukatlık mesleğini özgürce uygulama genel ilkelerine aykırıdır. Avukatlık uzmanlık istediğine göre, yorucu çalışma ilkeleriyle boğuşan bir avukatı müfettişin denetlemeye kalkması, savunmanın özgürce yapılması ilkesini sekteler.

AVUKATLIK Kanununun 1.maddesi, mesleğin önemi yansıtır: "**... Avukat yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder**".

Yargılamanın bir ayağını simgeleyen savunmanın özgürce bağımsız iş yapabilmesi için denetiminin de özellikle kamu avukatlarına özgü bağımsız hukuk kurulları (veya baş hukuk müşaviri) eliyle yapılması ilk akla gelendir. Memur avukatın hukuk ayağı yanı bunu gerektirmektedir. Hatta kamuyu savunma, savcı gibi önem

¹³³ MEMİŞ, s.350.

taşımaktadır. Dolayısıyla kamu avukatlık mesleğini “**diğer kamu görevlileri**” olarak görmeyi savunabiliriz. Kamu avukatlarını kendi özel kanunlarıyla ele alma kâ-
nımca daha doğru olabilir.

İdari işlemlerin kamu yararı amacını gerçekleştirecek uygulamalarda kullanılacak araç da çok önemlidir. Savunma unsuru kurucu bir mekanizma olunca, teftişin amacı olan kamu yararını sağlama, kuşkusuz denetimi yapanın ehil olması ve mevzuatı uygulayabilme, kavrama yetisinin üstün olan hukukçularla yapılması gereklidir. Çünkü “Avukat mutluluk taşıyan tacirdir” diyen bir Fransa Barosu başkanının haklı tanımı, kamu avukatını da aynı potaya sokar. Kamu avukatı kazanınca kamu kazanır, arkasından dolayısıyla bireyler de kazanır. Onun için parasal konular dışında, savunma ayağı araçlarını yerinde analiz ederek noksanları bulma, gereğinde yaptırım uygulamada meslekten uzman kişilerin görev alarak denetim yapması, idarelerin haklı savunmaları için de önem taşımaktadır.

SONUÇ

a) VEKALET ÜCRETİ konusu, önemli kanunlarımızın konusudur. İncelemede görülebileceği gibi aynı işlevi gören farklı statü avukatları arasında özellikle mali haklar boyutu eşitsizlik üretmektedir. Aynı işi yapan bir kamu avukatı 3000 gösterge ile maaş alırken bir diğeri 3600 gösterge ile maaş alabilmektedir. Vekalet ücreti, değişik kamu idareleri ve kamu kurumlarında çalıştırılan avukatların tazminatları, göstergeleri konusunda da değişik öngörüler vardır. Oysa “ayninet” taşıyan ve işlemede eşitlik, kanun önünde eşitlik ölçütleri aynı mali hakların verilmesini içerir.

b) 1389 Sayılı Kanun, ön gördüğü vekalet ücretinin dağıtımını Bakanlar Kurulu talimatına bağlar (md2). Oysa 1982 Anayasası 128.maddesi kamu görevlilerinin özlük haklarının kanunla düzenleneceğini öngörür. Anayasanın 73.maddesinde sadece alt ve sınırları kanunla açıkça saptanmış alanlarda ve formatta vergi ve benzeri yükümleri hükümetin kararına bıraktığı görülür. Öyleyse bu kanun sadece “bütçelerdeki mahkeme harçları tertibinden” (ki, *bugün vekalet ücreti gelir ve gider olarak görülmemektedir*) vekalet ücreti dağıtımını, % 70, % 30 miktarında dağıtım öngörüsünün (“*yapılacak tevziatın şerait ve miktarı...talimatname ile tayin olunur/ md.2*”) hükümet takdirine bırakıldığı açıktır. Bu durum anayasanın,2,5,8,10 ve 128.maddelerine aykırı düşmektedir. Bu kanunun (2 Şubat 1928) günümüz, hukuk devleti ve çoğulcu demokrasi parametrelerine uymadığı söylenebilir. O nedenle eski evrelerde İTİRAZ YOLU uygulaması düşünülebilirdi.

Ancak 659 Sayılı KHK’yi tekrar ele alıp analizleri sürdürdüğümde sorunun aynı mantıkla değerlendirilebileceği savunulabilir.

Bu kanuna (1389) yolama yapan Belediye Kanunu (md.82) da sakatlanmaktadır. Zaten değinilen “ilga” öncesinde Belediye Kanunu, vekalet ücreti dağıtımında 657 Sayılı DMK 146.maddede öngörülen dağıtımla artan miktarın merkezde bir hesapta toplanması emri karşısında (ki, vekalet ücreti hiçbir kurum hesabında toplanmaz, açık emanet hesaplarına alınır), kamu idaresi olan belediyelerin artan vekalet ücretlerin dağıtımındaki fazlanın ne olacağı, nereye yatırılacağını da ön görmez. Dolayısıyla yollama yaptığı 1389 Sayılı Kanunun anayasaya aykırılığı nedeniyle dağıtımın “kıyasen” yapılacağı hükmü de soyut, kanunla çizilmemiş bir dağıtımını gösterdiğinden, idarenin düşüncesine bırakılmış gibi gözlenen bu yaklaşımda zincirleme anayasaya aykırılık oluşturduğu özellikle, AİHS madde 14, anayasa 2,5,8,10 ve 128.maddeler bağlamında söylenebilir. Çünkü AİHM Kararlarında da görüleceği gibi işlemde eşitlik ilkesi, ayniyet ve benzerlik hallerinde aynı işi yapan çalışanlara farklı ücret dağıtımını istikrar ilkesini zedeler.

Son çıkarılan KHK (659) da vekalet ücreti dağıtımında benzer dağıtımlar ön görüp bu kez avukatlara ortak “diğerleri” yani avukat olmayan ama dava takip edebilecek çalışanları ortak yapmaktadır? Ve eski anlayış işi daha da zorlaştırıp sürdürmektedir.

c) 657 Sayılı DMK madde 146 da bizzat kendi içindeki madde 36 hükmünü es geçerek bir vekalet ücreti dağıtımını öngörür. Çünkü “özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip”(md.36) ifadesi, Avukatlık Kanununa yollama yapmakta, ancak “vekalet ücreti avukata aittir” sözünü dikkate almadan bir dağıtım hükmü sınırlaması öngörmektedir.

657 Sayılı DMK, esasen bir genel kanun konseptine yakın olduğu savunulabilir.

Çünkü bunu 1/1 (ilgilinin sıfatı, mesleğine bakılmaz ve memurlara kadro, aylık, haklar bazında genel bir projeksiyon sunar), 4 (özellikle memur tanımı genelleştirilmeye yaklaştırılır), 36 (avukatlık sınıfı özel kanunlarına göre temsil yetkisi olan ruhsatlı ve baroya kayıtlı memur olarak yansıtılır) ve EK I maddesindeki (*ki, serbest avukatların hak ve yetkilerine sahip denilmekte*) ifadeler, **VEKALET ÜCRETİNİN avukatlık mesleğinin bir sonucu (memur değil)** olduğu söylenmeli.

ç) Birbirleriyle çelişkili olan yukarıda toplu olarak verdiğim mevzuat (kanunlar) hakkında, Avrupa Anayasa Konferansı Raporlarında vurgulanan **NORMLARIN HİYERARŞİLEŞTİRİLMESİ** Yöntemleri uygulaması en pratik yol olarak gözlenmektedir.

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu hem sonraki hem de özel kanun olma vasfını taşımakta olduğu için uygulayıcılar örtülü ilga ölçütünü uygulama durumundadır. Bu şudur: “Ücret-i Vekalet” bir yargı gideri olup (kaynağı HUMK 423/6 ve 1136 S.Av.Kanunu 164/son, 657/md.36 ve Avrupa normu) avukatın hukuk yardımı sonucu bir ücrettir ve mutlaktır. Dolayısıyla 1136/164/son hükmü “*avukata aittir*” mutlak ifadesi, sonraki veya özel kanun formunu simgelediğinden örtülü ilga ölçütünü üretir. Yargı kararları, doktrinde de bu ölçüt, etkili olarak savunulmaktadır. Şu var ki, son çıkarılan iddialı 659 sayılı KHK (md.14) da özel bir nitelik taşıdığı için sonraki özel kanun içeriğinin etkileri ne olacaktır?

d) Kanun önünde eşitlik, işlemde eşitlik, istikrar ilkesi, hukuk düzeni birliği gibi ilkeler aynı eğitimi, aynı işi yapanlar için eşitlik gerektirir. Dağıtıcı adalet, hakkaniyet, işin ehemmiyeti adaletin eşitlik profilini zedelememelidir. Anayasaya aykırılıklar söz konusudur.

e) Anayasaya aykırılıklar, anayasaya uygun yorum ilkesini devreye sokarak eşit işe eşit ücret dağıtımını sağlayabilir. Ama bu da karmaşık sorunları olan kamu avukatları sorununu çözmez.

f) 1389 Sayılı Kanuna dayalı Tevzi Yönetmeliği de önce dayanak yasaya sonra anayasa 128/son fıkrasına aykırılıklar içermektedir (md.1,2). Çünkü yönetmelik dağıtımı, yürütmeye bırakılmış (oysa kanuna dayalı olmalı) ve sınır çizilmiş değildir. Dağıtımı (bölüşme sınırını tamamen) takdire bırakıyor. Oysa 128.madde açıktır. Üstelik bu Yönetmeliğin dayandığı Kanun (1389) “ilga” olmuştur.

g) 659 Sayılı KHK'nın sorunları çözmek için yola çıktığı konulan hükümlerden anlaşılıyorsa da durumun öyle olmadığı, Anayasa aykırılıkların izah ettiğim gibi sürdüğü ve mevzuattaki çelişkilerin aynı konumlu kamu hizmeti sürenleri bir şemsiye altında toplayamadığı vurgulanabilir. Kamu avukatlarının çalışma usul ve esaslarını düzenleyen kanunların veya değişik mevzuat çeşitlerinin birlikte sorgulanması durumunda normlar hiyerarşisinin yer kurulamadığı gözlenebilir.

Kamu Avukatlarının durumlarının birçok mevzuatta ele alınması işi karmaşık hale sokarken, değindiğim sorunlardan vekalet ücreti, denetim, maaş, gösterge farklılıkları ciddi sapmalar oluşturmaktadır. Ve son KHK'nın eski durumları ya da anlayışları anayasal doğrultuda çözemediği, üstelik, avukatlara avukat olmayanları da eklemeliği söylenmeli.

Kuşkusuz çözümün adresi, anayasa düzlemli bir çıkışla, en doğru, yasa koyucudur.

ELEKTRONİK İMZA KANUNUMUZ VE YENİ DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

*Electronic Signature Act and Its Assessment within the New
Regulations*

Prof. Dr. Yavuz KAPLAN*

ÖZET

Teknolojinin hızla geliştiği günümüz koşullarında artık ıslak imza olarak nitelendirdiğimiz imza biçimi de ihtiyaçlarımızı karşılayamaz hale gelmiştir. Teknoloji hız ve sınır tanımayan bir olgu olduğu için, bütün dünya insanları 20. yüzyılda ilk önce “internet” adı verilen dünya çapında ağ ile işlemlerini gerçekleştirmeye başlamış ve internet üzerinden ticaret, alışverişlerin yapılmaya başlanmasıyla ıslak imza yerine bilgisayar ortamında bir imzaya ihtiyaç duyulmuştur. Zaman içinde elektronik ortamda kimlik tespitini güvenli bir şekilde belirlemek için güvenilir bir mekanizmanın garanti edilmesi sağlanmıştır. Güvenli bir imza yöntemi olmadan güvenli bir elektronik haberleşmeden söz etmek mümkün değildir. Böylece elektronik imza kavramı ortaya çıkmıştır.

Anahtar Sözcükler: Elektronik İmza, Islak İmza, Elektronik Haberleşme, Dijital İmza.

ABSTRACT

Rapid development of technology in today's wet signature is no longer sufficient to meet our needs has been described as the form of the signature. Technology is a case of speed and uninhibited, the 20th century from all over the world first century, “Internet”, and started to perform operations with world-wide network called the trade on the internet, shopping, made the introduction of a computer-based wet signature instead of a signature is needed. When electronically in a secure way to determine the identification of a mechanism to ensure reliable provided. Without a secure signature of the method it is not possible to speak of a secure electronic communications. So the concept of electronic signature has emerged.

Keywords: Electronic Signature, Wet Signature, Electronic Communications, Digital Signature.

*Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı

I. GENEL OLARAK

Tarihin eski çağlarından bu yana insanlar karşılıklı ilişkilerinde imza kullanmaktadırlar. İmza, bir yandan kişinin kimliğini, diğer yandan da beyanda bulunma iradesini tespit eder. Böylece imzalayanın metni okuyup anladığı veya belgeyi bizzat hazırlayan kişi olduğu ve bağlanma iradesinin varlığı anlaşılır. İmza, bir yazının kimin tarafından yazıldığını veya içeriğinin kabul edildiğini belli etmek amacıyla metnin altına konulan isim veya işaretir¹³⁴. Yaşanılan dönemin şartlarına göre çeşitli araçlarla örneğin tahtadan ya da metalden yapılmış mühürlerle ya da günümüzde ıslak imza olarak nitelendirilen kâğıt kalemle gerçekleştirilen imzalar kullanılmıştır. Teknolojinin hızla geliştiği günümüz koşullarında artık ıslak imza olarak nitelendirdiğimiz imza biçimi de ihtiyaçlarımızı karşılayamaz hale gelmiştir. Teknoloji hız ve sınır tanımayan bir olgu olduğu için, bütün dünya insanları 20. yüzyılda ilk önce “internet” adı verilen dünya çapında ağ ile işlemlerini gerçekleştirmeye başlamış¹³⁵ ve internet üzerinden ticaret, alışverişlerin yapılmaya başlanmasıyla ıslak imza yerine bilgisayar ortamında bir imzaya ihtiyaç duyulmuştur. Zaman içinde elektronik ortamda kimlik tespitinin güvenli bir şekilde tespitini sağlamak, diğer taraftan el yazısı ile imza yerine geçebilecek kadar güvenilir bir mekanizma kullanarak belgenin değiştirilmediğinin garanti edilmesi (bütünlük kontrolü) arayışlarına gidilmiş ve güvenli bir imza yöntemi olmadan güvenli bir elektronik haberleşmeden söz etmek mümkün olmayacağından elektronik imza kavramı ortaya çıkmıştır.

Bankacılık, finans, sigortacılık, sanayi ve ticaret alanında artık zorunlu hale gelen elektronik imza konusu da ülke gündemine girmiş, kanun koyucular da bu konuda bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmişlerdir. Ve ülkemizde elektronik imzanın kullanımı için gerekli yasal çalışmalar, ilk kez 29 Haziran 2001 tarihinde Hazine Dış Ticaret Müsteşarlığı koordinasyonunda oluşturulan Hukuk Alt Çalışma Grubu tarafından başlatılmıştır. Adalet Bakanlığı, 14 Ocak 2002 tarihli yazısı yeni bir çalışma komisyonu kurarak kısa sürede “*Elektronik İmzanın Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı*” taslağını hazırlamış, taslak metnin hazırlanmasında 1999/93 sayılı “*Avrupa Birliği E-İmza Direktifi*”¹³⁶ ve bu Direktife göre yeniden ele alınan ve 22 Mayıs 2001’de yürürlüğe giren yeni Alman E-İmza Yasası¹³⁷ ile UNCITRAL¹³⁸ Model E-Ticaret Yasası¹³⁹’ndan yararlanılmıştır. Söz konusu tasarı taslağı, 10 Eylül 2002 tarihli yazı ile kurumların görüşüne sunulmuş ve 19 Şubat 2003 tarihinde Başbakanlığa gönderilmiştir.

¹³⁴ Mesut ORTA, Türkiye’de Elektronik İmza Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.25.

¹³⁵ Yavuz KAPLAN, İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s.23; Leyla KESER BERBER: Şekil Ve Dijital İmza, http://www.hesy.de/sekil/SEKIL_VE_DIJITAL_IMZA.htm

¹³⁶ “Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen” için bkz., http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=1999&T3=93&RechType=RECH_naturel&Submit=Suche, *ABl. L 13 vom 19.1.2000, S. 12–20*.

¹³⁷ Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (SigG) için bkz., “Signaturgesetz vom 16. Mai 2001 (BGBl. I S. 876).

¹³⁸ United Nations Commission on International Trade Law, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>

¹³⁹ Bkz. <http://translate.google.com.tr/translate?hl=tr&langpair=en|tr&u=http://cryptome.org/jya/ml-ec.htm&ei=4xb5UM2gOcv14QTN-4GoDA>.

Elektronik İmza Kanun Tasarısı, 15 Ocak 2004 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda görüşülerek kabul edilmiştir¹⁴⁰. İkincil düzenleme çalışmaları Telekomünikasyon Kurumuna verildiğinden Kanunun verdiği altı aylık zamandan önce ikincil mevzuat çalışmaları tamamlanarak yürürlüğe girmiştir. Mevzuat çalışmalarının ardından elektronik imzanın uygulamaya girmesi için gerekli çalışmalar başlamıştır. Diğer taraftan ilk elektronik imza, 18 Temmuz 2005 tarihinde e-Dönüşüm Türkiye İcra Kurulu Başkanı Doç. Dr. Abdüllatif Şener tarafından kullanılmıştır.¹⁴¹

II. ELEKTRONİK İMZA VE DİJİTAL İMZA KAVRAMLARI

Elektronik imzanın, birçok detaylı tanımı yapılmış olsa da kısaca kişinin el yazısı ile attığı imzaya ait özellikleri elektronik ortamda gerçekleştirmek için, matematiksel formüller veya şifreleme programlar aracılığı ile yaratılan “sayısal” biçimdeki imza olarak tanımlanabilir. 13 Aralık 1999 tarihli Avrupa Birliği Direktifinde (m.2) elektronik imza, *“başka bir elektronik veriye eklenen veya onunla mantıksal bağlantısı bulunan, kimlik teşhisine yarayan elektronik formda bulunan veriler”* olarak tanımlanmıştır. Türk hukukunda da, elektronik imza tanımında Avrupa Birliği Direktifi esas alınarak bir tanım yapılmıştır. Buna göre, elektronik imza, *“başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri”* şeklinde tanımlanmıştır (EİK m.3, b). Bir metni elektronik olarak imzalayabilmek için, çok basitten çok karmaşığa kadar uzanan bir seri çözüm mevcuttur. En basit çözüm kişinin kendi el yazısı ile attığı imzanın, scanner'den geçirilerek bilgisayara aktarılması ve hazırlanan metinlerin altına eklenmesidir. Ancak elektronik imza, “sayısal imza” ile sınırlı değildir. Biyometrik önlemleri içeren elektronik imzalar da vardır. Örneğin; kişilerin göz retinası, parmak izi ya da seslerinin kaydedilmesi sonucu elde edilen imzalar böyledir. Doğrudan dijital kalemle atılmış bir imza veya orijinal imzanın bir tarayıcıdan geçirilerek elektronik ortama aktarılmak suretiyle kullanılması da birer elektronik imza çeşididir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nda elektronik imzadan anlaşılması gereken ise sadece “Sayısal İmza”dır.

Bu konuda hazırlanışı en karmaşık ve fakat en güvenilir çözüm **Dijital İmza**'dır. Dijital imza, el yazısı ile atılan imzanın sahip olduğu özellikleri, elektronik belgeler bakımından da sağlamaya çalışan bir yöntemdir. Dijital ya da sayısal imza, nitelik olarak, tükenmez kalemle bir kâğıda atılan bildiğimiz imzadan farklı değildir. Yani hukuki bakımdan aynı sonucu doğururlar. Aralarındaki tek farkı, birinin kâğıt üzerinde olması, diğerinin de elektronik ortamda bulunmasıdır.

Şifreleme yöntemleri sayesinde, elektronik olarak imzalanan bir belgenin, sadece elektronik imzanın sahibi olan kimse tarafından düzenlendiği tespit edilebilmektedir. Dijital imzanın başkaları tarafından taklit edilmesi çok güçtür ve ayrıca dijital imzanın kaynağı da, yani imzanın kimin tarafından atıldığı da şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlanabilmektedir. Sonuç olarak **dijital imza ≠ elektronik imza**.¹⁴²

¹⁴⁰ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu için bkz., RG.23 Ocak 2004-25355.

¹⁴¹ www.tk.gov.tr(20.08.2005).

¹⁴² Leyla KESER BERBER, Elektronik İmzanın Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, http://www.imza.gen.tr/templates/resimler/File/makaleler/Elektronik_imzanin_Du

Dijital imzanın kaynağının tespitinin daha kesin olduğu ve taklidinin zorluğu söylenebilir de, bu konuda kesin ifadeler kullanmaktan kaçınılmalıdır. Çünkü birçok şirketin web sayfalarının taklit edildiği, Hacker'lerin kol gezdiği internet ortamında, dijital imzanın % 100'e yakın bir garanti temin edeceğini söylemek mümkün değildir. Ancak, internetin güvenlik alt yapısının giderek daha da sağlamlaştırılması suretiyle bu konuda daha iyiye varılacağı söylenebilir.¹⁴³

Dijital imzaya ilişkin olarak bilgi ağı üzerinde çözmemiz gereken dört sorun vardır:

1. GERÇEKLİK
2. ORJİNALLİK
3. GÜVENİLİRLİK
4. DİJİTAL İMZANIN KAYNAĞINA İTİRAZ EDİLEMESİ

III. ÜLKEMİZDE ELEKTRONİK İMZAYA İLİŞKİN TEMEL DÜZENLEMELER VE YENİ GELİŞMELER

Ülkemizde elektronik imza konusunda mevcut yasal mevzuatı başta ve merkezde 5070 sayılı “Elektronik İmza Kanunu” yer almak üzere aşağıdaki şekilde sıralamak mümkündür:

1. 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu
2. Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (6 Ocak 2005 R.G. 25692)
3. Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ (6 Ocak 2005 R.G. 25692)
4. Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ
5. Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Yönetmeliği, RG.26.08.2004-25565.
6. Zorunlu Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları, RG.27.01.2005-25709.
7. Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı, RG.27.01.2005-25709.
8. 2004/21 Sayılı Başbakanlık Genelgesi, RG.19.04.2006-26144,
9. Kamu Sertifikasyon Merkezine ilişkin 2006/20 sayılı Başbakanlık Genelgesi
10. Güvenli Elektronik İmza Oluşturma ve Doğrulama Uygulamaları ile Güvenli Elektronik İmza Formatlarına Dair Usul ve Esaslar, 01.06.2006 tarih ve 2006/DK-77/353 sayılı Kurul Kararı
11. Güvenli Elektronik İmza Oluşturma ve Doğrulama Uygulamaları ile Güvenli Elektronik İmza Formatlarına Dair Usul ve Esaslara İlişkin Kurul Kararında Değişiklik 02.07.2012 tarih ve 2012/DK-15/299 sayılı Kurul Kararı - Elektronik İmza Kullanım Profilleri Rehberi

12. Nitelikli Elektronik Sertifika, SİL ve OCSP İstek/Cevap Profilleri 18.04.2007 tarih ve 2007/DK-77/207 sayılı Kurul Kararı,

13. Nitelikli Elektronik Sertifika, SİL ve OCSP İstek/Cevap Profilleri Rehberi'nde Değişiklik 08.08.2012 tarih ve 2012/DK-15/374 sayılı Kurul kararı - Nitelikli

zenlenme si_Leyla_Keser.

¹⁴³ Leyla KESER BERBER, Şekil Ve Dijital İmza Ankara 2001, http://www.hesyl.de/sekil/SEKIL_VE_DIJITAL_IMZA.htm.

Elektronik Sertifika, SİL ve OCSP İstek/Cevap Mesajları Profilleri Dökümanı,

14. İşlem Sertifikasına İlişkin Usul ve Esaslar 06.06.2012 tarih ve 2012DK-15259 sayılı Kurul Kararı.

A. TEMEL KAYNAK OLARAK 5070 SAYILI ELEKTRONİK İMZA KANUNU

Kanun yürürlük hükümleriyle birlikte 26 maddeden ve dört kısımdan oluşmuştur.

- I. Kısım: Amaç, kapsam ve tanımlar
- II. Kısım: Güvenli elektronik imza ve sertifika hizmetleri
- III. Kısım: Denetim ve ceza hükümleri
- IV. Kısım: Çeşitli hükümler

Kanunun ikinci kısmının birinci bölümünde güvenli e-imza ve güvenli e-imza araçları düzenlenmektedir. Güvenli e-imza tanımı yapılırken, e-imza tanımından hareket edilmiş ve e-imza kavramına dört unsur eklenmiştir. Bu unsurlar 1999 tarihli Avrupa Birliği direktifinden alınmıştır¹⁴⁴. Kanunun getirdiği bir kısım yeni kavramlar ve elektronik imzaya yüklediği işlev ve yararların üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır. Nitekim bu misyon diğer temel kanunlarda da yeni bir kısım düzenlemelerin yapılması zorunluluğunu da beraberinde getiren bir önemi haizdir.

1. Güvenli Elektronik İmza ve Araçları

Türk hukukunda, “güvenli elektronik imza” kavramı tercih edilmiştir. 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanununun 4. maddesine göre;

- a) Münhasıran imza sahibine bağlı olan,
- b) Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan,
- c) Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan,
- d) İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imzalar güvenli elektronik imzadır.

Avrupa Birliği Direktifinde gelişmiş elektronik imza tanımının unsurları olan dört unsur, hukukumuzda güvenli elektronik imzanın unsurları arasında belirtilmiştir. Bu şekilde hukukumuzda gelişmiş elektronik imza şeklinde bir ayırım yapılmamıştır. Güvenli elektronik imza, Avrupa Birliği Direktifinde belirtildiği üzere el yazısıyla imzaya eşdeğer sayılacak ve yargılamada caiz delil olarak kullanılacaktır. Hukukumuz açısından bu hususların gerçekleştiği söylenmelidir. Zira Elektronik İmza Kanununda, güvenli elektronik imza, el yazısıyla imzaya eşdeğer kabul edilmiş (m. 5 ve 22) ve elektronik imza ile oluşturulmuş verilerin senet hükmünde olacağı belirtilmiştir (m. 23).

Güvenli elektronik imzaların önemi elle atılmış imza ile aynı sonucu doğurmalarıdır.

Yabancı mevzuatta bu hukuki etkiye sahip elektronik imzalar çeşitli adlarla (ka-

¹⁴⁴ Halûk KONURALP, TBB tarafından 4 Mart 2004 tarihinde Düzenlenen “ Elektronik İmza Kanunu ” Konulu Konferans Sunumları için bkz., <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans.htm> (23.10.2007).

lifiye, üniversal e-İmza gibi) ve farklı teknik gereksinimlerle tanımlanmıştır. Ancak bütün bu imzaların ortak noktası, nitelikli sertifikaya dayanarak ve güvenli elektronik imza oluşturma aracıyla oluşturulmuş olmalarıdır. Kanunda yapılan tanım, 13 Aralık 1999 tarihli Avrupa Birliği Direktifi m.2/2-a da yer alan ileri elektronik imza tanımında belirtilen bazı gereksinimler ile m.5/1'de belirtilen gereksinimlerin birleştirilmesi sonucu oluşturulmuştur. Böylece Direktifin ortaya koyduğu elektronik imza sınıflandırılmasından (elektronik imza, ileri elektronik imza, elle atılmış imza ile aynı hukuki etkiye sahip imza [nitelikli imza]) ayrı bir sınıflandırmaya gidilmiştir.

Genel olarak bir değerlendirme yapacak olursak; güvenlikle ilgili her endişe bilimsel bilginin boyutuna göre teknik olarak belirlenebilir. Bunun hukuki boyutu çok ayrıntılı düşünülemez. Hukuki düzenleme genel çerçeveyi ortaya koyabilir. Bilimsel bilgi birikimi düzeyinde, bilim adamları ve uzmanların görüşleri doğrultusunda yönetmelikler hazırlanacaktır. Düzenlemeler bu bilimsel veriler ışığında yapılacaktır. Güvenlik konusu da ileride ortaya bir sorun çıkması halinde yine bilimsel bilgi birikimi çözebiliyorsa buna göre düzenleme yapacaktır.

Sonuç olarak risk her zaman olacaktır. Bilimsel bilgi geliştikçe hukuk da buna uygun olarak gelişecektir.

Kanunumuzda sadece elektronik imza ve güvenli elektronik imza ayrımı vardır.¹⁴⁵Kanunumuzdaki “Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur” ifadesi AB Direktifi m.5/1'e uygundur. AB Direktifi m. 5/2'ye göre üye devletler elektronik imzanın;

- a)Elektronik formda olması,
- b)Nitelikli sertifikaya dayanmaması,
- c)Akredite edilmiş bir sertifika hizmet sağlayıcının sağladığı sertifikaya dayanmaması,
- d)Güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulmamış olması, nedenlerinden biriyle delil niteliğini yadsıyamazlar. Direktifin bu hükmü Kanunumuza alınmamıştır. Oysa Direktifin ve dünyadaki diğer elektronik imza kanunlarının amacı elektronik imzalara hukuki bir çerçeve çizmek ve elektronik imzanın delil değerini ortaya koymaktır. Bu sebeplerden dolayı Avusturya'da olduğu gibi hukuki sonuç kısmına yukarıda sayılan sebeplerden birinin bulunmasına rağmen elektronik imzanın delil niteliği inkâr edilemez kısmı eklenmelidir.

2. Elektronik İmzanın Hukuki İşlevi ve Yararları

İşlev olarak elektronik imza, elle atılan imzaya eşdeğer nitelikte kullanılabilirdi için, elektronik ortamda her türlü resmi işlemin, kâğıt ortamına göre daha hızlı, güvenilir ve maliyet etkin biçimde yürütülmesini sağlar.

Evlenme, veraset ve intikal, gayrimenkul, oto alım satımı, teminat sözleşmeleri gibi şahit veya merasim gerektiren işlemler elektronik imza ile gerçekleştirilememektedir.

Elektronik imzanın yararlarını ise, kısaca şu başlıklar altında özetlemek mümkündür:

1- Bir kullanıcı tarafından gönderilen bilgilerin ve verilerin kesinlikle o kişi ta-

¹⁴⁵ Tuğrul SEVİM, Türkel Hukuk Bürosu Teknoloji Hukuku Bölümü, II. Türkiye Bilişim Şurası Hukuk Çalışma Grubu Elektronik İmzanın Hukuksal Boyutları Mevcut Durum, Eksiklikler ve Çözüm Önerileri, 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu, Avrupa Birliği 99/93/EC Sayılı Konsey Komisyon Direktifi ve Karşılaştırmalı Hukuk Çerçevesinde Bir İnceleme, Mart 2004 İstanbul.

rafından gönderildiği teyit eder. Kısacası, başkası tarafından gönderilmediğini garanti eder. Dolayısıyla, klasik imzadaki gibi taklit edilme olasılığı da ortadan kalkar. Gönderici göndermediğini, alıcı da almadığını iddia edemez.

2- Bir kullanıcı tarafından gönderilen bilgilerin veya verilerin bir başkasının eline geçmesini veya değiştirilmesini engeller.

3- Gönderilen bilgi ve verilerin içeriği, gönderici tarafından veya alıcı tarafından inkâr edilemez. Çünkü değil başkası, kendileri dahi gönderimden sonra içeriğini değiştiremez. Kaldı ki, uyuşmazlık halinde elektronik belgenin bir kopyası da onay kurumundadır.

4- Gönderilen verilerin tarih açısından tespitini sağladığı gibi, arşivleme kolaylığı sağlar.

5- Gönderilen verilerin çabuk ulaşmasını sağlar, baskı, kâğıt, posta ve arşivleme maliyetlerini en aza indirir.

B. TEMEL YASALARDAKİ DEĞİŞİKLİKLERLE GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMELER

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun¹⁴⁶(TBK) 14/I. maddesi, **“Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.”** ifadesiyle imza zorunluluğundan söz ettikten sonra, 14/II. maddesi **“Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.”** düzenlemesiyle güvenli elektronik imzayı yazılı şekil şartının gerçekleşmiş sayılması için yeterli görmüştür.

TBK'nun 15/I. maddesi ise, **“İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur”**¹⁴⁷ düzenlemesiyle güvenli elektronik imzaya vurgu yapmıştır¹⁴⁸. Bu durumda, Elektronik İmza Kanununun 5. maddesindeki istisnalar dışında her türlü hukuki işlem güvenli elektronik imza ile oluşturulabilecektir. Elektronik İmza Kanununun 5. maddesinin II. fıkrası şöyledir: **“Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez”**.

TBK'nın 15/II. maddesinde yer alan **“İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır.”** ifadesi ise, imzanın bir araç kullanılarak atılmasının da güvenli elektronik imzanın üretilmesi bakımından geçerli olacağını teyit etmektedir.

Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun¹⁴⁹ (HMK) “Adi senetlerin ispat gücü”

¹⁴⁶ 11.01.2011 kabul tarihli ve 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu için bkz., RG.04.02.2011-27836.

¹⁴⁷ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 22. maddesiyle, mülga Borçlar Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen benzer cümle şöyledi: “Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir”.

¹⁴⁸ Elektronik İmza Kanunun 5. maddesinde yer alan **“Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir.”** cümlesine paralel olarak, aynı Kanunun 22. Maddesi, yürürlükten kalkan 22.4.1926 tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına da **“Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir”** cümlesinin eklenmesini öngörmüştü. Bu hüküm, önceki BK. m. 14'deki **“imza elle atılmalıdır”** şartına bir istisna getirmişti. Benzer düzenleme TBK'da da yer almıştır.

¹⁴⁹ 12.01.2011 kabul tarihli ve 6100 sayılı HMK için bkz., RG.04.02.2011-27836.

başlığını taşıyan 205. maddesinin (2). bendi “**Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir.**” demek suretiyle elektronik imzanın delil olarak kabul edildiğini ifade etmiştir¹⁵⁰.

Aynı maddenin (3). bendi ise, “**Hâkim, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını resen inceler.**” demek suretiyle güvenli elektronik imzanın varlığının tespiti görevini hâkime re’sen yüklemiştir.

Güvenli elektronik imzalı belgenin inkârı başlığını taşıyan HMK’nın 210. maddesi ise, “**Güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı hâlinde, hâkim tarafından veriyi inkâr eden taraf dinlendikten sonra bir kanaate varılamamışsa, bilirkişi incelemesine başvurulur**” hükmünü getirmek suretiyle önceki HUMK m.308’de öncelikli yol olarak sunulan imza inkarı durumunda “**hâkim, imza incelemesi esnasında imzayı inkar eden tarafa kendi önünde yazı yazdırır veya imza attırır, daha sonra da o kişi tarafından imzalandığı kesin olan diğer belgeler ile bu imzayı karşılaştırır. Eğer bu şekilde bir sonuca varamaz ise bilirkişiye başvurur**” şeklindeki düzenlemenin elektronik imzanın incelenmesi bakımından uygulanmasının mümkün olmadığını göz önünde bulundurarak doğrudan bilirkişiye gitme yöntemini isabetli olarak benimsemiştir.

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) çerçevesinde de HMK’nın “Elektronik İşlemler” başlığını taşıyan 445. maddesi ile düzenlemeler yapılmıştır. Özellikle (2). bendi ile güvenli elektronik imza ile dava açılabileceğini, belgelerin gönderilebileceğini ve bu suretle gönderilen belgelerin orijinallerinin ayrıca fiziki olarak gönderilmesine gerek bulunmadığını ifade eden maddenin tamamı aşağıdaki gibidir:

MADDE 445- (1) Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP), adalet hizmetlerinin elektronik ortamda yürütülmesi amacıyla oluşturulan bilişim sistemidir. Dava ve diğer yargılama işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirildiği hâllerde UYAP kullanılarak veriler kaydedilir ve saklanır.

(2) **Elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak dava açılabilir, harç ve avans ödenebilir, dava dosyaları incelenebilir. Bu Kanun kapsamında fizikî olarak hazırlanması öngörülen tutanak ve belgeler güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda hazırlanabilir ve gönderilebilir. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan tutanak ve belgeler ayrıca fizikî olarak gönderilmez, belge örneği aranmaz.**

(3) Elektronik ortamdan fizikî örnek çıkartılması gereken hâllerde tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek hâkim veya görevlendirdiği yazı işleri müdürü tarafından imzalanır ve mühürlenir.

(4) Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter.

(5) Mahkemelerde görülmekte olan dava, çekişmesiz yargı, geçici hukuki koruma ve diğer tüm işlemlerde UYAP’ın kullanılmasına dair usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

¹⁵⁰ 5070 sayılı Kanun yeni HMK yürürlüğe girmeden önce, 23. maddesiyle, elektronik imzanın usul hukukundaki yerini Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 295. maddesinden sonra getirilen 295/A maddesiyle açıklığa kavuşturmuştu. Bu maddeye göre, “**Elektronik veriler, usulüne göre güvenli elektronik imza oluşturulmuş ise senet hükmündedir ve aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar. Dava sırasında bir taraf kendisine karşı ileri sürülen ve güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş veriyi inkâr ederse, HUMK’un 308. maddesi kıyas yoluyla uygulanacaktır.**” ibaresi eklenmişti.

IV. ELEKTRONİK İMZA PROSEDÜRÜ İÇİN GEREKLİ TEKNİK ALT YAPI

Dijital imzanın hazırlanması matematiksel olarak karmaşık bir prosedürü gerektirse de, kullanıcı için bilgisayarda hazırladığı bir mesajı imzalamak gayet basittir. Kısaca açıklamak gerekirse; göndermek istenilen mesaj hazır ise, bilgisayar ekranındaki “*imzala*” komutunu klikledikten sonra, “*imza anahtarını yerleştir*” komutu görülür ve bunun için, bir onay makamının veya sertifika kurumdan (Trust Center, Certifikation Authorities) alınmış chip kartını, kart okuyucuya soktuktan sonra işin geri kalan kısmını bilgisayarın kendisi halletmektedir.

Dijital imzanın tasdik edilmesi de karmaşık bir işlem niteliğinde değildir. Bunu da bilgisayarın kendisi otomatik olarak yapmakta ve sonucu göstermektedir. Bu işlem sırasında aynı zamanda sertifika yardımıyla açık anahtarın doğruluğu da kontrol edilmiş olmaktadır.

Bir belgeyi elektronik olarak imzalayabilmek için, kullanıcıların, bir Onay Makamının veya - daha sık kullanılan İngilizce karşılığı ile “*Trust Center*”ın hizmeti yanında teknik bir alt yapıya da sahip olması gerekir. Kullanıcının bir bilgisayarı ve kendine ait bir yazılım programının mevcut olması gerekir. Kullanıcının ayrıca bilgisayar üzerinden yapacağı işlemlerde kullanacağı bir de şifresinin olması gerekir. Bu şifre, aşağıda tekrar değineceğimiz üzere, ya yazılım (software) programları vasıtasıyla veya akıllı kart (SmartCard) olarak da adlandırılan Chip kartlar kullanılarak elde edilebilir. Chip Kartların çalınması veya kaybedilmesi durumunda, eğer kullanıcı bu durumu fark ederse, aynen kredi kartları uygulamasında olduğu gibi, Chip Kart Dağıtım Merkezine yapılacak bildirim ile, kart derhal bloke edilecektir.

Dijital imza, bir datanın üçüncü kişiler tarafından görülüp değiştirilmesi tehlikesini önlemeye yaramaktadır. Bu tür mesajı yüklemek, okumak ve değiştirebilmek, sadece şifre ve giriş kodunu (Password) kullanmak hakkına sahip olan kimseye aittir. Eğer şifre ve giriş kodu sahibi, bir başka kimseye gönderdiği mesajı okuma yetkisi vermek isterse, bu kişiye anahtar kelimeyi bildirmek zorundadır. Sistemin güvenilir bir şekilde işlemesi, her iki anahtarın uzunluğuna ve gizli şifrenin kullanıcı tarafından iyi saklanmasına bağlıdır. İmzalama aşamasında söz konusu olan karmaşık matematik işlemlere rağmen, yukarıda da değindiğimiz gibi prosedür kullanıcı için oldukça kolaydır. Kullanıcı chip kartını, gizli şifresi ile birlikte sürücüye soktuktan sonra, sadece “*imzala*” komutuna mouse ile dokunması yeterli olmaktadır. Bundan sonraki bütün işlemleri bilgisayar halletmektedir. Bir mesaj dijital imza ile tasdik edilirse, bu mesajın artık başkaları tarafından değiştirilmesi güç olacaktır. Değiştirilmesi imkânsız değildir, sadece bu tür değişiklikleri yapmak güçtür¹⁵¹.

A. Şifreleme Yöntemleri

Bir metni dijital olarak imzalamak için bugün farklı yöntemler kullanılmaktadır. Bunlardan günümüzde en yaygını, şifreleme esasına dayanan yöntemlerdir.

Eski çağlarda kullanılan şifreleme yöntemleri, bugün modern bilgi teknolojisi alanında yeniden önem kazanmıştır. Kriptografik algoritmalar sadece mesajın şifrenmesinde değil, aynı zamanda dijital imzanın hazırlanmasında ve kontrol

¹⁵¹ KESER BERBER, Şekil Ve Dijital İmza, http://www.hesy.de/sekil/SEKIL_VE_DIJITAL_IMZA.htm.

edilmesinde de kullanılmaktadır.

Şifrelemenin temel amacı, herkesin okuyabileceği bir açık metinden, şifreleme yoluyla sadece istenilen bir veya birkaç kişinin okuyabileceği gizli bir metin yaratmaktır. Alıcı bu şifrelenmiş metni daha sonra ilk şekline çevirecek, yani deşifre edecektir. Şöyle ki:

(Açık Metin) - Şifreleme - (Gizli Metin)

(Gizli Metin) - Şifreleme - (Açık Metin)

Günümüzde kullanılan şifreleme yöntemlerinde farklı matematiksel metotlardan hareket edilmektedir. Dijital imza hizmeti sunan kuruluşlar ve kullanıcılar, işlemlerinde hangi yöntemi kullanacaklarını serbestçe kararlaştırabilirler.

Başlıca yöntemler arasında;

- **Data Encryption Standard (DES)**
- **International Data Encryption Algorithm (IDEA)**
- **RSA**
- **ElGamal ve DSA**

Bugün kullanılan diğer yöntemler arasında; faktör analizi, saklı logaritma ve eliptik eğriler sayılabilir . Güncel yöntemler arasında yer alan ve aşağıda ayrıntılı olarak değinilecek olan Simetrik ve Asimetrik şifreleme yöntemlerinde ise, parametrik metotlar ailesi söz konusudur. Seçilen parametre, şifre olarak da adlandırılır ve bu şifrenin birbiri ile haberleşen kişiler tarafından tamamen veya kısmen gizli tutulması gerekir. Şifrenin yetkili olmayan kişiler tarafından, bilgisayar yardımıyla kolayca bulunamaması için, parametrenin veya şifrenin yeteri kadar büyük olması gerekir. Modern şifreleme yöntemlerine; **Güvenilirlik** (*belgenin içeriği sadece bu konuda yetkili olan kişiler tarafından okunabilmelidir*), **Orijinallik** (*belgenin içeriği düzenleyen kimse fark etmeden değiştirilememelidir*), **Gerçeklik** (*belgeyi düzenleyen kişinin, yani belgenin sahibinin kim olduğu tespit edilebilmelidir. Başka hiç kimse kendisini, belgeyi düzenleyen kişi olarak tanıtamamalıdır*), **Bağlayıcılık** (*Belgeyi düzenleyen kişi, bu belgeyi düzenlemediği yolunda itirazda bulunamamalıdır*) ve bazı durumlarda **Anonimliğin** (*bu kavramla mesajın içeriğinin güvenilirliği değil, aksine haberleşme şeklinin güvenilirliği kastedilmektedir*) sağlanması yönünde talepler yöneltilmektedir.

1. Simetrik ve Asimetrik Şifreleme Yöntemleri, Gizli ve Açık Şifre

Şifreli haberleşme yapılmadan önce, bir veya bir çok şifrenin hazırlanmış olması gerekir. Şifrenin hazırlanması ise farklı tarz ve şekillerde söz konusu olabilir. Örneğin ya yazılım (software) programları vasıtasıyla veya akıllı kart (Smart Card) olarak da adlandırılan Chip Kart'lar kullanılarak şifre elde edilebilir.

a. Simetrik Şifreleme Yöntemi

Simetrik şifreleme yönteminde; şifreleme ve deşifre işlemi için, aynı şifre kullanılır. Örneğin; A ile B arasında haberleşmenin güvenli bir biçimde gerçekleşebilmesi için, şifrenin sadece birbiri ile haberleşen taraflarca bilinmesi, bunun dışındaki kimselere karşı ise mutlak bir şekilde saklı tutulması gerekir. Bir haberleşmeye ikiden çok kimse katılıyorsa, bu durumda tüm katılanlar şifreyi öğrenmiş olacaklardır. Bu durum ise, birbiri ile haberleşen tarafların, yetkili olmayan bir kimse tarafından şu ya da bu şekilde şifrenin öğrenilemeyeceğine inanarak nasıl haberleşecekleri sorununu ortaya çıkarmaktadır.

Bu konuda birçok olasılık söz konusu olabilir:

• **Elektronik olmayan yoldan şifre değişimi:**

Taraflar, haberleşme işlemine başlamadan önce örneğin; posta yoluyla şifreyi birbirlerine gönderebilirler. Ancak bu olasılık, haberleşmek isteyen tarafların birbirini tanıması şartıyla kullanılabilir.

• **Örnek bir şifre ile elektronik yoldan şifre değişimi:**

Haberin şifreleneceği şifre, gönderilmek istenen mesaj ile birlikte, örnek bir şifre yardımıyla şifrelenmektedir. Şüphesiz bu örnek şifrenin de, haberleşmeden önce taraflar arasında değişiminin yapılması gerekir. Bu yöntem de, haberleşen tarafların birbirlerini önceden tanımalarını gerektirmektedir.

• **Hybrid yöntemi ile şifre değişimi:**

Hem simetrik hem de asimetrik şifreleme yönteminde kullanılabilen bu yöntemde göre; asıl mesaj, tesadüfen yaratılan bir şifre ile şifrelenir. Bu şifre, toplantı şifresi (Session Key) olarak da adlandırılır. Daha sonra bu mesaj, alıcının açık şifresi (Public Key) yardımıyla şifrelenir. Alıcı, sadece kendisi tarafından bilinen gizli şifresi (Private Key) yardımıyla, mesajın toplantı şifresini açar ve bu şifre yardımıyla mesajı deşifre edebilir.

b. Asimetrik Şifreleme Yöntemi

Birbiri ile haberleşen iki kişi arasındaki, asimetrik şifreleme yöntemi şöyle açıklanabilir: Burada haberleşen her bir taraf, biri açık, diğeri ise gizli veya özel olmak üzere, yöndeş bir çift şifreye sahiptir. Bu durumda örneğin; A, B'ye bir mesaj yollamak isterse, bu mesajı şifrelemek için, B'nin aleni olarak ulaşılabilen açık şifresini kullanacaktır. B, şifreli mesajı aldıktan sonra, mesajı deşifre etmek için kendi gizli şifresini kullanacaktır. Tam tersi durum, yani bu sefer B'nin, A'ya mesaj yollaması da aynı şekilde gerçekleşecektir. Buna göre, asimetrik şifreleme yönteminde önemli olan herkesin kendi açık şifresini aleni olarak ulaşılabılır kılmasıdır. Asimetrik şifreleme yöntemlerinden RSA şifreleme yönteminde bir anahtar örneğin; 1024 bit'ten oluşmaktadır. Bu yaklaşık 300 haneli bir ondalık sayıya eşittir. Burada en büyük problem şüphesiz açık şifrenin belirli bir kişiye ait olup olmadığı hususudur. Bu yüzden, belirli bir açık şifrenin belirli bir kişiye yüzde yüz ait olduğunun garanti edilmesi gerekir. Bu problemle Onay Makamı veya Trustcenter veya Certification Authorities olarak adlandırılan kurumlar uğraşmaktadır. Asimetrik şifreleme yöntemlerinin güvenilirliği, her şeyden önce gizli şifrenin kullanıcı tarafından iyi saklanmasına ve anahtar uzunluğuna bağlıdır.

2. Elektronik İmza İçin Gerekli Teknik Alt Yapı

Birbiriyle dijital imzayı kullanarak haberleşmek isteyen iki tarafın bunun için iyi bir organizasyon ve sağlam bir alt yapıya sahip olması gerekmektedir.

- **Sistemin kendi içinde işleyişini sağlamak için yeknesak yöntemlerin (algoritmalar, bilgisayar programları vs.) kullanılması gerekmektedir.**

- **Elektronik haberleşmesinin hukuki açıdan bağlayıcılığını düzenleyecek Yasa, yönetmelik ve tebliğlerin düzenlenmesi gerekmektedir.**

- **Sertifika makamları, Trustcenter'lar, Kart Dağıtım Kurumları gibi merkezi görevleri yerine getirecek olan (örneğin; kullanıcıların kaydedilmesi, gizli ve açık anahtarların ve sertifikaların hazırlanması, güven zinciri adı verilen ilişkinin yürütülmesinin sağlanması gibi) üst kuruluşların oluşturulması gerekmektedir.**

a. Elektronik İmza Kapsamında Bazı Kavramlar

aa) İmza oluşturma verisi: “İmza sahibine ait olan, imza sahibi tarafından elektronik imza oluşturma amacıyla kullanılan ve bir eşi daha olmayan şifreler, kriptografik gizli anahtarlar gibi veriler”dir. Tanım Direktifin çevirisi şeklindedir ve yabancı mevzuatta aynı şekilde tanımlanmıştır. Bu tanım uygulamada “private key” olarak bilinen özel veya kapalı anahtarı belirtmektedir. İmza oluşturma verisinin tanımı teknoloji bağımsız bir yöntemle yapılmıştır, konuyla ilgili teknik gereksinimler [anahtar uzunluğu, hash değeri, rasgele oluşturma kalitesi (random creation quality)] yönetmelikle düzenlenmelidir. Uygulamada imza oluşturma verisi hem hizmet sağlayıcı tarafından hem de sertifika sahibi tarafından oluşturulabilmektedir.

bb) İmza doğrulama verisi: “Elektronik imzayı doğrulamak için kullanılan şifreler, kriptografik açık anahtarlar gibi veriler”dir. Bu tanım uygulamada “public key” olarak bilinen açık anahtarı belirtmektedir. Tanım Direktifin çevirisi şeklindedir ve yabancı mevzuatta da aynı şekilde tanımlanmıştır.

cc) İmza oluşturma aracı: “Elektronik imza oluşturmak üzere, imza oluşturma verisini kullanan yazılım veya donanım aracı”dır. Bu tanım da Direktifin çevirisidir ve yabancı mevzuatlarda da aynı şekilde tanımlanmıştır. Uygulamada imza oluşturma araçları smart kartlar veya bilgisayar yazılımları olarak karşımıza çıkabilmektedir. Kart teknolojisi, kart ve kart okuyucularının maliyeti sebebiyle daha masraflı olmasına rağmen bilgisayardan bağımsız çalışması nedeniyle elektronik imza kullanımını kolaylaştırmakta ve yaygınlaştırmaktadır.

Kanun gereği güvenli elektronik imza oluşturma araçları;

— Ürettiği elektronik imza oluşturma verilerinin kendi aralarında bir eşi daha bulunmamasını,

— Üzerinde kayıtlı olan elektronik imza oluşturma verilerinin araç dışına hiçbir biçimde çıkarılamamasını ve gizliliğini,

— Üzerinde kayıtlı olan elektronik imza oluşturma verilerinin, üçüncü kişilerce elde edilememesini, kullanılamamasını ve elektronik imzanın sahteciliğe karşı korunmasını,

— İmzalanacak verinin imza sahibi dışında değiştirilememesini ve bu verinin imza sahibi tarafından imzanın oluşturulmasından önce görülebilmesini sağlayan imza oluşturma araçlarıdır.

dd) İmza doğrulama aracı: “Elektronik imzayı doğrulamak amacıyla imza doğrulama verisini kullanan yazılım veya donanım aracı”dır. Bu tanım da Direktif’in çevirisidir ve yabancı mevzuatlarda da aynı şekilde tanımlanmıştır. Güvenli elektronik imza doğrulama araçları ise

- İmzanın doğrulanması için kullanılan verileri, değiştirmeksizin doğrulama yapan kişiye gösteren,

- İmza doğrulama işlemini güvenilir ve kesin bir biçimde çalıştıran ve doğrulama sonuçlarını değiştirmeksizin doğrulama yapan kişiye gösteren,

- Gerektiğinde, imzalanmış verinin güvenilir bir biçimde gösterilmesini sağlayan,

- İmzanın doğrulanması için kullanılan elektronik sertifikanın doğruluğunu ve geçerliliğini güvenilir bir biçimde tespit ederek sonuçlarını değiştirmeksizin doğ-

rulama yapan kişiye gösteren,

- İmza sahibinin kimliğini değiştirmeksizin doğrulama yapan kişiye gösteren,
- İmzanın doğrulanması ile ilgili şartlara etki edecek değişikliklerin tespit edilebilmesini sağlayan, imza doğrulama araçlarıdır.

ee) Zaman Damgası: Kanuna göre zaman damgası “Bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve/veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imzayla doğrulanan kayıt”tır. Direktifte zaman damgasının tanımı yapılmamıştır. Alman¹⁵² Elektronik İmza Kanunu’nda yapılan zaman damgası tanımı Kanunumuzdaki ile örtüşmektedir. Ancak bu elektronik imza düzenlemesinde, tanımlar dışında da zaman damgasının teknik gereksinimleri ve zaman damgası hizmeti veren hizmet sağlayıcıların yükümlülükleriyle ilgili hükümler bulunmaktadır. Kanunumuzda yönetmelikle düzenlenecek hususlar belirtildiği (m.20) ve bunların içinde zaman damgası bulunmadığı için, zaman damgası yönetmelikle ayrıntılı olarak düzenlenemeyecektir. Ancak hizmet sağlayıcıların yükümlülükleri yönetmelikle düzenleneceği için bunlarla birlikte zaman damgası ile ilgili teknik gereksinimler de düzenlenebilir.

ff) Elektronik Sertifika: Kanun’a göre elektronik sertifika “İmza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerini birbirine bağlayan elektronik kayıt”tır. Bu tanım Direktifteki ve yabancı mevzuatlardaki sertifika tanımlarına uygundur. Elektronik sertifikalar, imzalama-doğrulama işlemi sırasında imzalayanın kimliğinin güvenilir üçüncü taraf (sertifika hizmet sağlayıcısı) tarafından teyit edilmesi amacıyla kullanılırlar.

gg) Elektronik İmza Ürünleri: Kanunumuzda yer almayan ama direktifte ve yabancı mevzuatta yer alan bu tanım, sertifika hizmet sağlayıcıları tarafından elektronik imza servisleri için kullanılan veya e-İmza doğrulama veya oluşturma için kullanılan donanım, yazılım ve ilgili bileşenleri belirtmektedir. Buna göre elektronik imza ürünleri Direktif Ek 2/f, 3 ve 4 de yer alan araçlardır. Ek 2/f ve 3’de hizmet sağlayıcıların sertifika hizmeti sırasında kullanacakları araçlar ile imza oluşturma araçlarının gereksinimleri sayılmıştır. Nitelikli sertifika üretmek veya güvenli elektronik imza oluşturmak için burada bahsedilen teknik gereksinimlere uyulması zorunludur. Direktifin 3/5 m.’sine göre Komisyon bu eklerde belirtilen gereksinimlerin yerine geçmek üzere genel olarak tanınmış teknik standartları referans gösterebilir, bu standartları yerine getiren sertifika hizmet sağlayıcıları eklerdeki gereksinimleri yerine getirmiş sayılır. Komisyon bu maddeye dayanarak 13 Temmuz 2003’te aldığı bir kararla bazı standartları referans göstermiştir. Bu standartlara uyan sertifika hizmet sağlayıcıları ve imza oluşturma üreticileri/dağıtıcıları Eklerdeki gereksinimleri yerine getirmiş sayılacaklardır. Komisyon, kararında Avrupa Standardizasyon Komitesinin konuyla ilgili standartlarını referans göstermiştir.

hh) İhtiyari Akreditasyon: Sertifikasyon hizmeti sunulmasıyla ilgili tüm hak ve yükümlülükleri belirleyen, ilgili sertifikasyon hizmeti sunucusunun isteği üzerine bu hak ve yükümlülüklerin geliştirilmesi ve denetimi ile ilgili kamu ya da özel nitelikli kurum tarafından verilen ve sertifikasyon hizmeti sunucusunun bu izin-

¹⁵² Alman “SigG” m. 2/15.

den kaynaklanan haklarını kullanmasına ilgili kararın kendisine ulaşmasına dek engel olan her türlü düzenleme ve karardır.

ı) **Öz Değeri (Hashwert)**:Bilgisayar terminolojisinde “Hash (= Öz)”; yazılan bir mesajın, kısaltılmış şeklidir. Dijital imza, bilginin doğruluğunu korumaktadır. Teknik açıdan dijital imza, imzalanmış belgenin özünü (Hash) içerir. İçerikte yapılacak herhangi bir değişiklik dijital Hash’ı geçersiz kılacaktır.

V. ELEKTRONİK SERTİFİKA, ELEKTRONİK SERTİFİKA HİZMET SAĞLAYICISI

A. Elektronik Sertifika, Nitelikli Elektronik Sertifika

Nitelikli elektronik sertifikalar, kanunlar veya yönetmeliklerle belirlenmiş, bazı ek teknik gereksinimleri sağlayan ve sertifika sahibinin ek kişisel bilgilerini içeren elektronik sertifikalardır. Direktif Ek 1’de nitelikli (kalifiye) sertifikanın şartları sayılmıştır. Yabancı mevzuatta ve Kanunumuzda nitelikli elektronik sertifika tanımı Direktif Ek 1’in çevirisi şeklindedir. Ancak yabancı mevzuatta nitelikli sertifika tanımı yapılırken, sertifikanın nitelikli sertifika verme şartlarını yerine getirmiş bir sağlayıcı tarafından verilmesi zorunluluğu getirilmiştir¹⁵³. Bizde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu şekilde bir ekleme, hem hangi sertifikaların nitelikli sertifika olduğunu anlamayı kolaylaştıracak, hem de normal sertifika yayınlayan sağlayıcı ile nitelikli sertifika yayınlayan sağlayıcının farklı yükümlülüklerle tabi olmasını sağlayacaktır. Yabancı mevzuatlarda ve Kanunumuzda Direktiften farklı olarak, nitelikli elektronik sertifikada, varsa vekâlet yetkisine ilişkin bilginin de bulunması zorunludur. Tanımda dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise sertifikanın varsa limitlerinin (maddi sınırlamalarının), sertifikada bulunması zorunluluğudur. Kanunun 13. maddesine göre de hizmet sağlayıcı sertifikanın kullanım ve maddi kapsamına ilişkin sınırlarının dışında, hiçbir şekilde sorumluluğunu sınırlayamaz. Uygulamada, sertifikalar imza sahibine sağlanırken sertifikanın kullanılacağı işlemlerdeki maddi sınır belirlenebilir; imza sahibi sertifikayı bu sınırların üstünde bir işlemde kullanırsa hizmet sağlayıcı, sınırın üstünde doğan zararlar için sorumlu olmayacaktır. Ayrıca sertifikanın kullanımı bazı işlemlerle de (bankacılık işlemleri, güvenli e-posta) sınırlandırılabilir. Sertifikanın bu işlemler dışında kullanılması da hizmet sağlayıcının sorumluluğu dışında kalacaktır¹⁵⁴.

Elektronik sertifikalarda temel olarak aşağıdaki alanlar bulunur:

Sertifika sahibi bilgileri (isim, şirket, çalışılan birim, yer, ülke, e-posta vb.)
Sunucu sertifikalarında sunucu bilgileri (alan adı, sunucu adı, şirket adı vb.)
Ülke adı TR (Türkiye) olmak üzere ESHS bilgileri
Sertifika geçerlilik süresinin başlangıç ve bitiş zamanı

- **Kullanılan elektronik imza oluşturma algoritmaları**
- **Sertifika sahibi imza doğrulama verisi**
- **Sertifika seri numarası**
- **ESHS’nin imzası.**

Nitelikli elektronik sertifikalarda, Kanun gereği aşağıdaki bilgiler de yer alır:

- **Sertifikanın “nitelikli elektronik sertifika” olduğuna dair bir ibare**

¹⁵³ Avusturya Elektronik İmza Kanunu “SigG” m. 2/3-7.

Almanya Elektronik İmza Kanunu “SigG” m. 7.

¹⁵⁴ ORTA, s.112.

- Sertifika sahibi diğer bir kişi adına hareket ediyorsa bu yetkisine ilişkin bilgi,
- Sertifika sahibi talep ederse meslekî veya diğer kişisel bilgileri,
- Varsa sertifikanın kullanım şartları ve sertifika kullanımına yönelik maddi işlem sınırı.

Nitelikli elektronik sertifikanın gereksinimlerini sıralayan m. 9'un j bendine göre "sertifika hizmet sağlayıcısının sertifikada yer alan bilgileri doğrulayan güvenli elektronik imzasının" sertifikada bulunması zorunludur. Kanunda Yer alan güvenli elektronik imza ve imza sahibi tanımları uyarınca imza sahibi ancak gerçek kişi olabilecektir. Bu durumda hizmet sağlayıcı sadece gerçek kişi olabilir gibi bir sonuç ortaya çıkarmaktadır. Bu sorunun giderilmesi için "imza sahibi" tanımına Avusturya'da¹⁵⁵ olduğu gibi "sertifika hizmetlerini sağlamak üzere sertifika sağlayan hizmet sağlayıcıları"nın da eklenmesi gerekmektedir¹⁵⁶.

Nitelikli sertifikalarla ilgili gereksinimler Direktifte, yabancı mevzuatlarda ve Kanunumuzda sayılmıştır ancak bu şartlar yeterli değildir. Bu sebeple pek çok ülke, e-İmza yönetmeliklerinde uluslararası standartları referans göstermişlerdir (x.509, ETSI).

B. Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı

Kanuna göre elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları "Elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetleri sağlayan kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerdir". Kanunda yapılan tanım Direktife uygundur ancak hizmet sağlayıcının yüklendiği sorumluluklar düşünüldüğünde oldukça geniş bir tanımdır. Sertifika hizmeti sağlamak, Kanunda yapılan tanımın da desteklediği şekilde, sadece bilgisayarlar aracılığıyla yapılan bir işlemdir. Açık anahtarlı altyapı sistemiyle çalışan bir bilgisayar ağında, bilgisayar kullanıcıları iletişimlerini güvenli hale getirmek için sertifikalar kullanabilirler ve bu durumda sistemdeki güvenlik sunucusu (server) sertifika ve zaman damgası hizmeti sağlar. Kanuna göre bu sunucunun operatörü veya sunucunun sahibi olan kişi veya kurum "sertifika hizmet sağlayıcısı" olacak ve sağlayıcıya ait yükümlülükler (kuruma bildirim, denetim, yönetmelikle getirilecek ek yükümlülükler) tâbi olacaktır. Böyle bir durumun oluşmaması için ya Kanundaki tanımın daraltılması gerekir ya da Kanuna ayrıca "nitelikli sertifika sağlayan hizmet sağlayıcı" tanımı ve yükümlülükleri eklenmelidir¹⁵⁷.

Kanun'a göre "hizmet sağlayıcı Kuruma yapacağı bildirimden iki ay sonra faaliyete geçer". Direktif m.3/1'e göre hizmet sağlayıcıların kurulması izne tabi tutulamaz. Bu hükme yabancı mevzuatta da yer verilmiştir. Kanunumuzda bu tür bir izin yasağından bahsedilmemesine rağmen sağlayıcının bildirimle faaliyete geçeceğinin belirtilmiş olmasından, faaliyet için izin prosedürünün kullanılmayacağı anlaşılmaktadır. Bildirim zorunluluğu, yabancı ülkelerde farklı uygulamalarla karşımıza çıkmaktadır. Kimi ülkelerde tüm sağlayıcılar bildirimde bulunmak zorundayken, kimilerinde sadece nitelikli sertifika sağlayanlar bildirimde bulunmak zorundadırlar. Bazı ülkelerde ise akredite olmak isteyen sağlayıcılar ayrıca bildirimde bulunmak zorundadırlar. Bildirim bedelleriyle ilgili uygulamada da farklı-

¹⁵⁵ Avusturya Elektronik İmza Kanunu "SigG" m. 2/2.

¹⁵⁶ ORTA, s.111.

¹⁵⁷ ORTA, s.117-118.

lıklar bulunmaktadır. Bedeller sertifika başına veya senelik olarak çeşitli kıstaslara göre belirlenebilmektedir.

Kanun'a göre "Elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları, Kurumun belirleyeceği ücret alt ve üst sınırlarına uymak zorundadır." Bu sistemde sertifika fiyatlarını belirleme yetkisi Telekomünikasyon Kurumu'na bırakılmış gibi gözükmektedir; eğer Kurumun kendisi veya devlete ait bir başka kurum sertifika hizmet sağlayıcı olarak görev yapacak olursa, bu durum haksız rekabete yol açabilecektir. Yabancı mevzuatlarda buna benzer bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ülkemizde de elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı olarak görev yapan kuruluşlar bulunmaktadır. Bunlardan bazıları,

- Elektronik Bilgi Güvenliği A.Ş 24.06.2005'te hizmet vermeye başlamıştır ve satışını yaptıkları elektronik imza sertifikasının adı E-Güven dir.
- TÜBİTAK Kamu Sertifikasyon Merkezi 30.06.2005 tarihinde hizmet vermeye başlamıştır.
- Türk Trust Bilgi, İletişim ve Bilişim Güvenliği Hizmetleri A.Ş 16.07.2005 tarihinde hizmet vermeye başlamıştır.
- EBG Bilişim Teknolojileri ve Hizmetleri A.Ş 31.09.2006 tarihinde hizmet vermeye başlamıştır ve satışını yaptıkları elektronik imza sertifikasının adı E-Tuğra'dır.

C. Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Yükümlülükleri ve Hukukî Sorumluluğu

1. Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Yükümlülükleri

5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 10. maddesinde sertifika hizmet sağlayıcının yükümlülükleri belirtilmiştir; madde, Direktifin nitelikli sertifika sağlayan sertifika sağlayıcılarla ilgili gereksinimleri sıralayan Ek 2 ile uyumludur. Ancak, Ek'in isminden de anlaşılacağı üzere burada belirtilen yükümlülükler nitelikli sertifika sağlayan sağlayıcılara ilişkindir¹⁵⁸. Oysa Kanunumuzda bu yükümlülükler tüm hizmet sağlayıcılar için öngörülmüştür. Madde 10'a göre, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı;

a) Hizmetin gerektirdiği nitelikte personel istihdam etmekle yükümlüdür:

Burada bahsedilen personelin niteliği iki aşamalıdır. Personel, hem e-İmza ve sertifikasyon konusunda yeterli teknik bilgiye sahip olmalı ve hatta bu bilgisini kanıtlayabilmeli, hem de güvenilir bir kişiliğe sahip olmalıdır. Çalışma sırasında personel, sertifika sahipleriyle ilgili kişisel bilgileri öğrenebilir; personelin bu bilgileri daima saklı tutabilecek kapasitede olması gerekmektedir.

b) Nitelikli sertifika verdiği kişilerin kimliğini resmî belgelere göre güvenilir bir biçimde tespit etmekle yükümlüdür:

Hizmet sağlayıcı nitelikli sertifika talebinde bulunan kişiye sertifika sağlama- dan önce bu kişinin beyan ettiği kimlik bilgilerinin gerçekliğini tespit etmekle yükümlüdür. Yanlış kimlik bilgileri sebebiyle sertifika kullanımından zarar doğması sonucunda (üçüncü kişilerin gördüğü zararlar da dahil olmak üzere) hizmet sağlayıcı zararı tazminle yükümlüdür. Ancak elinde olmayan sebeplerle kişinin kimliğinin yanlış tespit edilmesi sonucunda bu yükümlülüğünden kurtulur. Bazı ülkelerde sertifika talebi ve kaydı sırasında fotoğrafla başvuru veya kişisel başvuru zorunlu

¹⁵⁸ ORTA, s.121 vd.

kabul edilmektedir.

c) Sertifika sahibinin diğer bir kişi adına hareket edebilme yetkisinin, mesleki veya diğer kişisel bilgilerinin sertifikada bulunması durumunda, bu bilgileri de resmî belgelere dayandırarak güvenilir bir biçimde belirlemekle yükümlüdür:

Burada bahsedilen vekâletin veya sertifika sahibinin sertifikada belirtmek istediği kişisel ve mesleki bilgilerinin de (avukatlık, doktorluk vb.) sağlayıcı tarafından teyit edilme zorunluluğudur.

d) İmza oluşturma verisinin sertifika hizmet sağlayıcısı veya sertifika talep eden kişi tarafından sertifika hizmet sağlayıcısına ait yerlerde üretilmesi durumunda bu işlemin gizliliğini sağlamak; sertifika hizmet sağlayıcısının sağladığı araçlarla üretilmesi durumunda, bu işlemin güvenliğini sağlamakla yükümlüdür:

İmza oluşturma verisi, iki şekilde üretilir. Veri hizmet sağlayıcı tarafından, sağlayıcıya ait araçlarla üretilir ve sertifika sahibine teslim edilir veya veri doğrudan sertifika sahibine ait araçla üretilir ve üretilen veri sağlayıcı tarafından tasdik edilir. Burada bahsedilen yükümlülükte verinin sağlayıcı, tarafından üretilmesi halinde sağlayıcı, bu işlemin gizliliğini sağlamakla yükümlüdür, çünkü işlem sırasında veri başkaları tarafından kopyalanabilir. İkinci durumda veri, sağlayıcının sağladığı araçlarla üretilirse, bu işlemin güvenliğini sağlamak yükümlülüğü hizmet sağlayıcıya aittir. Uygulamada sağlayıcı bu sorumluluğunu, ancak kalitesi ispatlanmış güvenli araçları sertifika sahiplerine temin ederek yerine getirecektir.

e) Sertifikanın kullanımına ilişkin özellikler ve uyumsuzlukların çözüm yolları ile ilgili şartlar ve kanunlarda öngörülen sınırlamalar saklı kalmak üzere, güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile eşdeğer olduğu hakkında, sertifika talep eden kişiyi sertifikanın tesliminden önce yazılı olarak bilgilendirmekle yükümlüdür:

Burada bahsedilen bilgi verme zorunluluğudur. Sağlayıcı, sertifika sahiplerine sertifikanın kullanımıyla ilgili her türlü teknik ve hukuki bilgiyi vermek zorundadır. Ayrıca güvenli elektronik imzanın hukuki değeri de sertifika sahiplerine bildirilmelidir. Yabancı mevzuatlarda sağlayıcıya; konuyla ilgili bütün hukuki düzenlemeleri, sertifikasyon işlemleri ile ilgili uluslararası standartları ve kullanılacak güvenli araçları, sertifika sahibine bildirme zorunluluğu getirilmiştir.

f) Sertifikada bulunan imza doğrulama verisine karşılık gelen imza oluşturma verisini başkasına kullandırmaması konusunda, sertifika sahibini yazılı olarak uyararak ve bilgilendirmekle yükümlüdür:

Bu hüküm de bilgilendirme yükümlülüğü içerisindedir. Sağlayıcı, oluşturma verisini başkasına kullandırmaması konusunda sertifika sahibini bilgilendirdikten sonra bu konuyla ilgili sorumluluğundan kurtulur; yani sertifika sahibi kendi isteğiyle oluşturma verisini başkasına kullandırır ve bu durum sonucunda bir zarar meydana gelirse sağlayıcı bu zararı tazminle yükümlü tutulamaz.

g) Yaptığı hizmetlere ilişkin tüm kayıtları yönetmelikle belirlenen süreyle saklamakla yükümlüdür:

Kayıtları saklama koşulları ile ilgili pek çok uluslararası standart bulunmaktadır. Yabancı uygulamada da bu standartlar referans gösterilmekte ve kayıt saklama süreleri farklılık arz etmektedir. Konuyla ilgili yönetmelik düzenlenirken süreler kadar, kayıt tutma koşulları da göz önüne alınmalı ve bunlarla ilgili şartlar ortaya

konulmalıdır.

h) Faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce durumu Kuruma ve elektronik sertifika sahibine bildirmekle yükümlüdür:

Burada bahsedilen bildirim amacını, sağlayıcının hizmetleri sona erdikten sonra hizmetleri geçici olarak Kurumun veya başka bir sağlayıcının üstlenmesini sağlamak içindir.

Yabancı uygulamada sağlayıcılara hizmetlerini durduktan belli bir süre sonra dahi dizin (directory) ve iptal listesi (revocation list) hizmetlerini sunma zorunluluğu getirilmektedir.

ı) Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı üretilen imza oluşturma verisinin bir kopyasını alamaz veya bu veriyi saklayamaz:

Burada bahsedilen işlem anahtar kurtarma (key backup) işlemidir. Bu işlemde sertifika sahibi anahtarını kaybettiği takdirde sağlayıcı da bulunan yedek anahtarını kullanmaktadır. Ancak Kanunumuzda ve bazı yabancı mevzuatta yedekleme işlemi yasaklanmıştır.

2. Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukukî Sorumluluğu

Elektronik İmza Kanunu'nun 13. maddesinin 1. ve 2. bentlerine göre “Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının, elektronik sertifika sahibine karşı sorumluluğu genel hükümlere tâbidir. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, bu Kanun veya bu Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik hükümlerinin ihlâli suretiyle üçüncü kişilere verdiği zararları tazminle yükümlüdür. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı kusursuzluğunu ispat ettiği takdirde tazminat ödeme yükümlülüğü doğmaz.” Burada dikkat edilmesi gereken husus servis sağlayıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için kusurunun bulunmadığını ispat etmesi gerektiğidir. İspat yükü böylece iddia da bulunan taraftan karşı tarafa geçmiştir. Ters ispat yükü Direktifte de belirtilmiştir ayrıca yabancı mevzuatların da çoğu düzenleme bu sistemi benimsemiştir¹⁵⁹.

13. maddenin 3. bendine göre ise “Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, söz konusu yükümlülük ihlâlinin istihdam ettiği kişilerin davranışına dayanması hâlinde de zarardan sorumlu olup, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, bu sorumluluğundan, BK'nun 66. maddesinde öngörülen türden bir kurtuluş kanıtı getirerek kurtulamaz.” Burada hizmet sağlayıcıların, istihdam ettikleri personelin fiillerinden kusurları bulunmasa dahi sorumlu olacakları belirtilmiştir. Bu konu Borçlar Kanunu'nun 66. maddesinde belirtilen *adam çalıştıranın sorumluluğu* müessesesidir. Burada kusursuz sorumluluk mevcuttur, yani istihdam edenin zararı tazmin etmesi için kendi kusurunun bulunması zorunluluğu yoktur. Ancak, BK 66. maddesine göre “Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.” Elektronik İmza Kanunu'nun 13. maddesine göre ise, bu kurtuluş kanıtı sertifika sağlayıcının sorumluluğunda kullanılamaz; 13. maddede ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk vardır.

13. maddenin 4. bendine göre; “*Nitelikli elektronik sertifikanın içerdiği kullanım ve maddî kapsamına ilişkin sınırlamalar hariç olmak üzere, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının üçüncü kişilere ve nitelikli elektronik imza sahibine karşı sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran her türlü şart geçersizdir*”. Buna göre

¹⁵⁹ ORTA, s.127.

sertifika sağlayıcı ile sertifika sahibi arasında yapılacak, sağlayıcının sorumluluğunu kısıtlamaya yönelik antlaşmalar geçersiz olacaktır. Sorumluluk kısıtlaması ancak sertifikayla yapılacak işlemlerin niteliğine ve sertifikanın kullanıldığı işlemin mali değerine yönelik olacaktır.

13. maddede belirtilen bir başka sorumluluk ise sertifika sağlayıcının sertifika mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğudur. Sertifika hizmet sağlayıcısı, nitelikli elektronik sertifikayı elektronik imza sahibine sigorta ettirerek teslim etmekle yükümlüdür. Sigortaya ilişkin usul ve esaslar Hazine Müsteşarlığının görüşü alınarak Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle¹⁶⁰ belirlenecektir. Ancak burada Kanunun kurgusuyla ilgili bir hata bulunmaktadır. Sigortaya ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği maddede belirtilmiştir fakat yönetmelikle belirlenecek hususların belirtildiği 20. maddede 13. maddeden bahsedilmemiştir.

3. Nitelikli Elektronik Sertifikaların İptal Edilmesi

Elektronik İmza Kanunu'nun 11. maddesine göre elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı;

- a) Nitelikli elektronik sertifika sahibinin talebi,
- b) Sağladığı nitelikli elektronik sertifikaya ilişkin veri tabanında bulunan bilgilerin sahteliğinin veya yanlışlığının ortaya çıkması veya bilgilerin değişmesi,
- c) Nitelikli elektronik sertifika sahibinin fiil ehliyetinin sınırlandırıldığı, iflâsının veya gaipliğinin ya da ölümünün öğrenilmesi, durumunda vermiş olduğu nitelikli elektronik sertifikaları derhâl iptal eder.

Burada belirlenen koşullar yabancı mevzuatla da uyumludur.

Madde 11/2'ye göre "Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, nitelikli elektronik sertifikaların iptal edildiği zamanın tam olarak tespit edilmesine imkân veren ve üçüncü kişilerin hızlı ve güvenli bir biçimde ulaşabileceği bir kayıt oluşturur" Burada bahsedilen sertifika iptal listesidir (revocation list). Sertifika iptal listeleri, bir sertifika iptal edildiğinde bunun otomatik ve eşzamanlı olarak "sertifika kayıt veri tabanına" işlenmesi ve imzanın doğrulanması sırasında sertifikanın iptal edildiğinin belirlenebilmesi amacıyla kullanılırlar. Maddede belirtilen gereksinimler sertifika iptal işlemi için yeterli değildir, fakat madde 20'ye göre bu işlemin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle¹⁶¹ belirlenecektir. Yönetmelikte sertifika iptal işlemi ile ilgili uluslararası standartlara atıf yapılması faydalı olacaktır.

11. maddenin son fıkrasına göre "Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı geçmişe yönelik olarak nitelikli elektronik sertifika iptal edemez" Bu işleme retroaktif iptal yasağı denmektedir ve çoğu yabancı mevzuatta da bu hükümlerle karşılaşılmaktadır. Buna göre sağlayıcılar iptal işlemi, işlemin yapıldığı günden önceki bir tarihten itibaren başlatamazlar.

Maddede belirtilen bir başka husus ise, sertifika hizmet sağlayıcının faaliyetine Kurum tarafından son verildiğinde, sağlayıcının elindeki sertifikaların başka bir sağlayıcıya teslim edilmesine yine Kurumun karar verecek olmasıdır. Sağlayıcı hizmetine kendisi son verirse, elindeki sertifikaları bir başka sağlayıcıya teslim etmelidir, bunu başaramazsa elindeki sertifikaları derhal iptal etmelidir.

Kanunumuzda hiç bahsedilmeyen servis sağlayıcının sertifikası konusu, ser-

¹⁶⁰ 26 Ağustos 2004 Tarihli R.G. S: 25565, Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Yönetmeliği.

¹⁶¹ Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik için bkz., R.G. 06.01.2005-25692.

tifikalardan iptal prosedüründe de önem kazanmaktadır. Konuyla ilgili Avusturya Elektronik İmza Kanunu'nun 9/5 maddesine göre servis sağlayıcının hizmetleri yetkili kurum tarafından yasaklandığında yetkili kurum, servis sağlayıcının sertifikasını iptal eder¹⁶².

4. Bilgilerin Korunması

Kanunun 12. maddesine göre elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı;

a) Elektronik sertifika talep eden kişiden elektronik sertifika vermek için gerekli bilgiler hariç bilgi talep edemez ve bu bilgileri kişinin rızası dışında elde edemez,

b) Elektronik sertifika sahibinin izni olmaksızın sertifikayı üçüncü kişilerin ulaşabileceği ortamlarda bulunduramaz,

c) Elektronik sertifika talep eden kişinin yazılı rızası olmaksızın üçüncü kişilerin kişisel verileri elde etmesini engeller. Bu bilgileri sertifika sahibinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletmez ve başka amaçlarla kullanamaz.

Maddedeki hükümler, Direktif ve yabancı mevzuatla uyumludur. Direktif'in 8. maddesi bilgilerin korunmasıyla ilgilidir ve Kanunumuzda belirtilenlerle benzer yükümlülükler içermektedir. Ancak Direktif m.8, ek olarak kişisel verilerin korunması ile ilgili 95/46/EC sayılı Direktif'e atıf yapmıştır. Yabancı mevzuatların konuyla ilgili hükümlerinde de kişisel verilerin korunması ile ilgili kanunlara atıflar bulunmaktadır. Ülkemizde bu konuyla ilgili bir kanun tasarısı mevcuttur. Tasarı yasalaştığı takdirde yabancı mevzuatlardaki gibi, 12. maddeye bu kanunla ilgili bir atıf konmalıdır¹⁶³.

5. Yabancı Elektronik Sertifikalar

Kanunun 14. maddesine göre yabancı bir ülkede kurulu bulunan sertifika sağlayıcının sağladığı sertifikaların Türkiye'deki hukuki değerleri iki yolla belirlenebilir.

i) yabancı sertifikaların hukuki statüsü milletlerarası antlaşmalarla belirlenebilir. (Yönetmelik m.32/1)

ii) yabancı sertifikalara Türkiye'de mukim bir hizmet sağlayıcının garanti vermesi ile yabancı sertifikalar Türkiye'de geçerli nitelikli sertifika ile aynı hukuki statüye sahip olurlar. Burada dikkat edilmesi gereken husus Türkiye'deki sağlayıcı tarafından garanti edilen yabancı sertifikaların kendi ülkelerinde nitelikli olup olmadıklarına bakılmaksızın, Türkiye'de nitelikli sertifika ile aynı hükme sahip olacak olmalarıdır. Garanti edilen sertifikanın doğuracağı zararlardan garanti eden sağlayıcı da sorumlu olacağı için nitelikli-niteliksiz ayrımı yapmadan bütün sertifikaların nitelikli sertifika sayılması, garantör sağlayıcıya geniş sorumluluklar yükleyecektir. Yabancı sertifikaya garanti verilmesi ve karşılıklı antlaşmalarla sertifikanın hukuki etkisinin belirlenmesi Direktife uygun düzenlemelerdir.

6. Denetim

Yönetmelik'in 22. maddesine göre, sertifika hizmet sağlayıcıların faaliyetlerinin ve işlemlerinin denetimini yapmaya yetkili kurum Telekomünikasyon Kurumudur. Denetleme sırasında Kurumun yetkilendirdiği kişiler her türlü defter ve kayıtları inceleyebilir, sertifika sağlayıcının binalarına ve eklentilerine girebilirler; sağlayıcı bu duruma rıza göstermek zorundadır. Denetim gerekli görülen zamanlarda yapılabileceği gibi, şikayet üzerine de yapılabilecektir.

¹⁶² ORTA, s.115.

¹⁶³ ORTA, s.134.

Kanunumuzda denetlemeye ilişkin hükümler yabancı mevzuata göre çok daha belirsiz durumdadır. Direktifin denetlemeyle ilgili 3.3 maddesine göre üye devletler kendi sınırları içerisindeki nitelikli sertifika sağlayan hizmet sağlayıcıların denetimini yapmak üzere gerekli sistemi kurmak zorundadır.

Yönetmelik'in 23. maddesine göre, denetim görevlileri denetimle ilgili özeni göstermek, tarafsız davranmak ve dürüstlük kuralına aykırı bir müdahaleye imkan tanımamak zorundadırlar. Denetim sonunda hazırlanan denetim raporunun en geç otuz gün içinde Telekomünikasyon Kurulu'na iletilmesi gerekir. Yönetmelik'in 28. maddesine göre, Kurul raporları değerlendirdiğinde aykırı bir durum varsa, mevzuatın öngördüğü yaptırım ve cezaların uygulanmasına karar verir¹⁶⁴.

7. Ceza Hükümleri

Kanunda ceza hükümleri, suçlar ve idari para cezaları olarak ikiye ayrılmıştır. Madde 16 ve 17'de imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı ve sertifikalarda sahtekârlık hükümleri düzenlenmiştir.

Madde 16'ya göre güvenli elektronik imza oluşturma araçlarını ve verilerini sahibinden izinsiz olarak elde edenler, kullananlar, verileri kopyalayanlar ve araçları yeniden oluşturanlarla izinsiz elde edilen imza oluşturma araçlarını kullanarak izinsiz elektronik imza oluşturanlar, hapis ve para cezasıyla cezalandırılacaklardır. Bu hükümde açıklanması gereken nokta "izinsiz elde edilen imza oluşturma aracı" bahsindeki iznin araç sahibinden mi yoksa Denetleme Kurumu veya benzer bir kurumdan mı alınacağı sorusudur. Eğer hükümde bahsedilen izin Kurumdan alınacaksa, bu durumda imza oluşturma aracı elde etmek veya kullanmak için Kurumdan izin alınması gerektiği gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Oysa bu araçlar mevcut bilgisayar ağ sistemlerinde güvenli iletişim sağlanması için zaten kullanılmaktadırlar. Bu sebeple bunları elde etmek veya kullanmak için Kurumdan izin alınması gerekliliği uygulamada kullanılamayacak bir hükümdür.

Madde 17'de ise sahte sertifikalar, geçerli sertifikaların tahribatı ve yetkisiz sertifika oluşturma ve bunları kullanma ile ilgili hükümler yer almaktadır. Burada problem yaratacak husus yetkisiz sertifika yaratma ve bunları kullanma ile ilgili olan hükümdür. Kanunda yetkisiz sertifika yaratma fiili ile ilgili bir açıklama bulunmamaktadır. Maddeden anlaşıldığı üzere sertifika yaratmak için ayrıca yetkili olmak gerekmektedir. Kanunda sertifika yaratma ile ilgili yetkilendirilmeden bahsedilmemekle birlikte Direktifin en çok önem verdiği husus da sertifika hizmet sağlayıcıların herhangi bir izin veya yetkilendirme prosedürüne bağlı kalmadan faaliyetlerini yürütebilmesidir. Kanunda yetkiyle bağdaştırılabilecek tek hüküm Denetleme Kurumuna yapılan hizmete başlama ile ilgili ihbardır. Bu durumda maddeden çıkarılabilecek sonuç denetleme kurumuna ihbar yapmadan sertifika hizmeti sağlayan sağlayıcıların yetkisiz kabul edileceğidir. Ancak daha öncede belirttiğimiz gibi elektronik sertifikalar sadece elektronik imza oluşturmak için kullanılmamakta bunun yanı sıra bilgisayar ağlarında güvenli iletişimin sağlanması için de kullanılmaktadır. Hâlihazırda kullanılmakta olan ağ iletişim sistemlerinin çoğunda sertifika ve açık anahtarlı altyapı kullanılmaktadır. Kanunun yetkisiz sertifika oluşturma ve bunları kullanmayla ilgili hükümlerine göre, mevcut sistem-

¹⁶⁴ Avrupa'da "Avrupa Elektronik İmza Denetim Kurumları Forumu" (FESA), konuyla ilgili denetim kurumları arasında işbirliğini sağlamakla görevlidir ve Telekomünikasyon Kurulu da Türkiye adına FESA'ya üyedir.

lerde bu teknolojik altyapıyı kullanan operatörler, sistem kullanıcıları ve sistemi mülkiyetinde bulunduranlar suçlu durumda olacaklardır. Bu sebeplerden dolayı yetkisiz sertifika oluşturanlar ve bunları kullananlar ile ilgili hüküm kanundan çıkartılmalıdır. İmza oluşturma verilerinin ve araçlarının izinsiz kullanımı ile sertifikalarda sahtekârlık ile ilgili suçları sertifika sağlayıcının personelinin işlemesi durumunda cezalar ağırlaştırılacaktır.

Kanunun 18. maddesinde ise idari para cezalarına konu olan fiiller düzenlenmiştir. Kanunda fiiller sıralanmamış fakat bunun yerine ihlali halinde para cezası verilecek hükümler sayılmıştır. Buna göre sertifika hizmet sağlayıcı; sertifika iptal hizmetini Kanunda belirtildiği şekilde yapmadığı halde (m.11), Kanunla kendisine verilen yükümlülükleri yerine getirmediği halde (m.10), sigorta ile ilgili hükümleri ihlali halinde (m.13), denetimle ilgili hükümleri ihlali halinde (m. 15) idari para cezasına çarptırılacaktır.

VI. ELEKTRONİK İMZA KANUNUMUZ HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME VE DİĞER KANUNLARDAKİ DÜZENLEMELER

A. Elektronik İmza Kanunumuz Hakkında Bir Değerlendirme

1. Yapı itibarıyla birbirinden tamamen farklı olan dijital imza ile biyometrik yöntemlerin, elektronik imza üst kavramı altında, aynı kanunda aynı hüküm ve sonuçlara bağlı olarak düzenlenmesi kanun yapma tekniği açısından sakıncalı olmuştur. Biyometrik yöntemlerin teknik yapısı ve hukuki sorunlarının mutlaka ayrı bir kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Zaten Tasarıdaki hükümler dikkate alındığında, bu hükümler ile kanun koyucunun sadece dijital imza ile ilgili olarak düzenleme yaptığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu kanunun adının “**TÜRK DİJİTAL İMZA KANUNU**” olması yerinde olacaktır.

2. Kanunun “*Tanımlar*” kenar başlıklı 3. maddesinde yer verilmeyen veya yanlış tanımlanan bazı kavramlar mevcuttur. Bu konudaki kavramlar listesi ve tanımları bakımından Örneğin; elektronik veri (3a) şeklinde bir kavram kullanılması kavram karışıklığı yaratmaktadır. Buna sadece veri denilmesi ve yapılan tanımlama da elektronik, optik veya benzeri yollarla hazırlanan (üretilen değil), taşınan veya saklanan bilgiler, denilmesi gerekmektedir. **Elektronik imza** (3b) kavramı Tasarıda “*başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi*” ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Bu tanımın dijital imza çeşitleri için kullanılması mümkün ise de; biyometrik yöntemlerin bu şekilde tanımlanması ve bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Yine bu tanım karşısında elektronik veri ile elektronik imza arasındaki farkın ne olduğu anlaşılammaktadır¹⁶⁵. Dijital imza bu Tasarıda belirtildiği şekilde bir elektronik veri değildir. Dijital imza bir şifreleme programıdır. Ayrıca veriyle mantıksal bağlantının neyi ifade ettiği anlaşılammaktadır.

3. Kanun m. 3'te elektronik imzanın genel olarak tanımı yapılmış, m. 4'te ise dijital imza çeşitlerinden sadece güvenli elektronik imza tanımlanmış ve m. 5/f.1'de de bu imza kullanımının doğuracağı sonuç hükme bağlanmıştır. Kanundaki gü-

¹⁶⁵ Leyla KESER BERBER, Elektronik İmzanın Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, http://www.imza.gen.tr/templates/resimler/File/makaleler/Elektronik_imzanin_Duzenlenmesi_Leyla_Keser (21.10.2007).

venli elektronik imza tanımı, Alman Dijital İmza Kanunundaki nitelikli elektronik imza kavramını karşılamaktadır. Oysa kanunda gelişmiş elektronik imzanın ne olduğu tanımlanmamıştır. Bu durumda ise örneğin; bir Türk vatandaşının Almanya'daki bir sertifika kurumundan **gelişmiş** elektronik imza alması ve kullanması sorunu bizim kanunda çözüme kavuşturulmadığı için, bu açıdan kanunda boşluk bulunmaktadır.

4. Madde 5/f.1'e göre; güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki doğuracaktır. 2. Fıkırdaki yasaklama bütün gelecek için midir? Yani sayılan işlemler bakımından getirilen yasak, teknoloji ileride dijital imza bakımından bugün mevcut olan belirsizlikleri giderdiği zaman da mı devam edecektir? Kanun m. 5/f.2 hükmünün lafzından çıkan sonuç bu işlemlerde elektronik imzanın mutlak olarak kullanılamayacağıdır. Oysa ABD'deki uygulamalara paralel olarak mutlak bir yasaklama getirilmeyip, belirli bir sürenin sonunda tekrar koşulların değerlendirileceği hükme bağlanmalıydı.

5. Kanun m. 6 (a,b,c,d)'da tanımlanmaya çalışılan güvenli imza oluşturma araçlarından maksat, maddede sayılan amaçları yerine getirmeye elverişli yazılım, özellikle şifreleme programlarıdır; bu araçlardan neyin kastedildiğinin açıkça belirtilmesi isabetli olacak ve bu araçların da gelişen teknoloji ile değişeceği hüküm altına alınmalıydı.

6. İkinci Bölümün Başlığında ve 8. maddenin kenar başlığında "*elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı*" kavramının kullanılması uygun değildir. Bunun "*güvenli elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı*" olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Çünkü Kanun elektronik imzanın her bir çeşidi bakımından değil, sadece güvenli elektronik imza bakımından hükümler ihtiva ettiği için, bu alanda faaliyet gösterecek sertifika kurumlarının da ilgililere vereceği sertifika ancak, güvenli elektronik imza sertifikası olabilecektir.

7. Kanununun 10/d maddesi hükmünün ne ifade ettiği, bu hükümle kanun koyucunun neyi düzenlemek istediğinin anlaşılması mümkün değildir. İmza oluşturma verisinin (yani dijital imzaya esas teşkil eden şifrelerin veya şifreleme programlarının) sertifika talep eden kişi tarafından, sertifika hizmet sağlayıcısına ait yerlerde üretilmesi neyi ifade etmektedir? Normal olarak dijital imza almak isteyen kişiler, bunun için onay makamı veya sertifika kurumu olarak görev yapan yerlere müracaat ederler. Sertifika kurumu ise, hangi şifreleme programını tercih etmişse, bu programa göre hazırlanan dijital imzayı bir karta kopyalayarak talep sahibi kişilere verecektir. Dolayısıyla dijital imza sertifikası almak isteyen kişilerin, sertifika hizmet sağlayıcılarının faaliyet gösterdikleri binalarında, onların iş yerlerinde kendi başlarına dijital imza üretmeleri mümkün değildir. Ancak Kanun hükmünün lafzından çıkan sonuç bunun mümkün olduğu şeklindedir.

B. Diğer Bazı Kanunlardaki Elektronik İmza İlişkin Düzenlemeler

1. Yeni TBK'nun 14 ve 15. Maddesiyle yapılan değişikliklere yukarıdaki açıklamalarda yer verildiğinden tekrar üzerinde durulmayacaktır.

2. Kanun, mülga HUMK'da değişiklik yaparak 295/A hükmü ile; *usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet* hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar **kesin delil sayılırlar**" düzenlemesini getirmişti. Bu

düzenleme yeni HMK m.205/(2)'de aynen yer almıştır. Ancak isabetli olarak aynı maddenin (3). bendine hâkimin mahkemeye sunulan elektronik imzalı belgelerin güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını re'sen inceleme görevini yüklemek suretiyle bu konudaki sahtekarlıkların önlenmesi konusunda önleyici tedbir alınması yoluna gidilmiştir¹⁶⁶.

3. Kanun ile yürürlükten kalkan HUMK'a 295/A maddesi ile "dava sırasında bir taraf kendisine karşı ileri sürülen ve güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş veriyi inkâr ederse, bu Kanunun yani HUMK'un 308. maddesi kıyas yoluyla uygulanır" şeklinde bir hüküm getirilmişti. Halbuki HUMK m. 308 vd. hükümlerinin, elektronik bir belgede yer alan dijital imzanın inkârı halinde aynen uygulanabilmesi mümkün değildi. Dijital imzanın inkarı halinde hakimin, inkar eden tarafa kendi önünde yazdırdığı yazı ve attırdığı imza ile dijital imzayı karşılaştırabilmesi mümkün değildir. Dijital imzanın inkarı halinde izlenecek tek yol hakim için, doğrudan doğruya bilirkişiye yani dijital imza sertifikası veren kuruma müracaat etmek ve imzanın o kişi tarafından atılıp atılmadığının tespitini istemek olmalıydı¹⁶⁷. Dolayısıyla Kanunun tasarısında¹⁶⁸ HUMK m. 308 vd. hükümlerine doğrudan atıf yapmak yerine, dijital imzanın inkarı halinde hakimin bilirkişiye, yani dijital imza sertifikası veren kuruma müracaat etmesi gerektiğini belirlemek yeterli olacaktı. Nitekim yeni HMK'nın 210. maddesi ile, "**Güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı hâlinde, hâkim tarafından veriyi inkâr eden taraf dinlendikten sonra bir kanaate varılamamışsa, bilirkişi incelemesine başvurulur.**" hükmü getirilmek suretiyle bu konuda gerekli değişiklik yapılmıştır.

4. Elektronik imzalı belgenin İİK¹⁶⁹ bakımından senet niteliği kabul edildiği takdirde, senedi imzalayan kişi tarafından imzanın ikrar edilmesi durumunda bu elektronik belge 68. madde anlamında belge olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık, imzası ikrar edilmiş elektronik belgenin, senet özelliklerini taşımaması sebebiyle itirazın kaldırılmasında sınırlı inceleme yetkisi olan icra mahkemesi tarafından incelenmesi mümkün olmayacaktır. Çünkü elektronik formda ibraz edilen, elektronik belgenin icra mahkemesince görülüp algılanabilmesi ve itirazın kaldırılması konusunda kanaat edinilebilmesi için bilirkişinin yardımı zorunludur. Bu sebeple hangi çeşit imzayla imzalanmış olursa olsun, imzası ikrar edilmiş elektronik imzalı belge icra mahkemesinin sınırlı inceleme yetkisi sebebiyle itirazın kesin kaldırılması aşamasında 68/I anlamında belge olarak nitelendirilemez.

Bundan başka, alacaklı takip talebi ile senedin aslını vermemişse itirazın kaldırılmasında, senedin aslını vermelidir. Fotokopi veya faks senet olmadığı için alacaklının itirazın kaldırılmasında bu belgelere dayanması mümkün değildir. Aynı

¹⁶⁶ Detaylı açıklamalar için bkz., Leyla KESER BERBER, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 229 vd.

¹⁶⁷ Sinem Pelin ÇİVELEK, 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu Doğrultusunda Elektronik İmza Kullanımı, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_208.htm (19.10.2007).

¹⁶⁸ Elektronik İmza Kanunu Tasarısı Madde 23- 18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 295 inci maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki 295/A maddesi eklenmişti. "Madde 295/A- Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar."Dava sırasında bir taraf kendisine karşı ileri sürülen ve güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş veriyi inkar ederse, bu Kanunun 308 inci maddesi kıyas yoluyla uygulanır." <http://www.nvi.gov.tr/attached/NVI/sayisalimza/kanun.doc> (20.10.2007)

¹⁶⁹ 2004 sayılı İcra İflas Kanunu için bkz., RG. 19.06.1932 S: 2128.

şekilde senedin mikro filmi de tek başına itirazın kaldırılması için yeterli değildir.

Buna karşılık, alacaklının senet fotokopisini ibrazı halinde, fotokopinin borçlu tarafından kabul edilmemesi durumunda icra mahkemesi tarafından fotokopinin değerlendirilemeyeceği görüşü dikkate alındığında borçlu tarafından fotokopinin kabul edilebileceği sonucu çıkmaktadır. Elektronik imzalı belge çıktısının bu anlamda itirazın kaldırılmasına yarar bir belge olduğu düşünülebilir. Çünkü elektronik belgenin çıktısı, icra mahkemesi tarafından, görülüp algılanabileceği için, incelenebilecektir. Belgenin çıktısının, senedin özelliklerinden olan *cisim bulma* ve *yazılılık niteliklerini* karşıladığı söylenmelidir. Senedin diğer özelliği olan, imzanın bulunması unsurunun ise borçlu tarafından elektronik belgedeki imzanın ikrar edilmesi sonucu karşılanmış olduğu düşünülebilir. Ancak bütün bu söylenenler bakımından, takibin dayanağının itirazın kaldırılması duruşmasında ibraz edilen elektronik belge olması gerektiği belirtilmelidir.

Elektronik imzalı belgedeki imza inkârı durumunda ise icra mahkemesinin bu imzayı İİK'nın 68/a maddesine göre itirazın geçici kaldırılması açısından incelemesi mümkündür.

5. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 6.3.2003 tarihinde 4822 sayılı Kanun¹⁷⁰ ile değiştirilmeden önce, mal, ticaret konusu taşınır eşya olarak tanımlanmıştı. Kanun değişikliğinde elektronik ticaret dikkate alınarak mal, *"alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları"*, kapsayacak şekilde tanımlanmıştır. Tüketicinin korunması bakımından kanun koyucunun elektronik ortamda artan alış veriş göz ardı etmemesi olumlu karşılanmalıdır.

Bundan başka, 4822 sayılı Kanununun 14. maddesi ile 4077 sayılı Kanuna¹⁷¹ 9. maddeden sonra gelmek üzere 9/A maddesi eklenmiştir. Bu maddede mesafeli sözleşmelere ilişkin düzenleme yapılmıştır. Kanuna göre, mesafeli sözleşmeler, *yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak ve tüketicilerle karşı karşıya gelinmeksizin yapılan ve malın veya hizmetin tüketiciye anında veya sonradan teslimi veya ifası kararlaştırılan sözleşmelerdir* (TKK m.9/A/I).

Bu hükümlerle, elektronik ortamda ve tüketici ile karşı karşıya gelinmeksizin yapılan sözleşmeler Kanunun kapsamına alınmıştır. Ancak mesafeli satış sözleşmesinin elektronik ortamda yapılması durumunda da sözleşmenin yapılmasından önce, ayrıntıları Bakanlıkça çıkarılacak tebliğle belirlenecek bilgilerin tüketiciye verilmesi zorunludur. Sözleşmenin akdedilmesi için tüketicinin, bu bilgileri edindiğini yazılı olarak teyit etmesi gerekir. Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde teyit işleminin, yine elektronik ortamda yapılması mümkündür (TKK m.9/A/II). Elektronik ortamda yapılan mesafeli sözleşmeler bakımından, satıcı veya sağlayıcının elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen gayri maddi malların veya sunulan hizmetlerin teslimatının ayıpsız olarak yapıldığını ispatla yükümlü olacağı belirtilmiştir (TKK m.9/A/IV). Aslında tüketicinin kendisine teslim edilen malın veya sunulan hizmetin ayıplı olduğunu ispat etmesi, genel kuraldan hareketle vakiadan lehine hak çıkaran (MK m.6) kişi olarak tüketiciye aitken, bu hüküm sonucunda,

¹⁷⁰ R.G. 14.3.2003 S: 25048, <http://www.hukuki.net/kanun/4822.15.text.asp>.

¹⁷¹ 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun 23 Şubat 1995 tarihinde kabul edilmiştir. Bkz., RG.08.03.1995-22221.

elektronik ortamda malın veya hizmetin ayıpsız teslim edildiğini ispatla yükümlü olan kişi satıcı ve sağlayıcı olacaktır. Böylece kanun tarafından ispat yükünün belirlendiği bir durum söz konusudur.

SONUÇ

Türkiye’de ilk elektronik imzanın kullanıldığı 18 Temmuz 2005 tarihinden beri yaklaşık sekiz yıl geride kaldı. Türkiye’de elektronik imza konusunda yapılan yasal düzenlemeler oldukça iyi bir hale getirilmiş ve yeni TBK ile HMK’da da eksikliği görülen hususlarda gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Elektronik imzanın kullanılması, kamudaki dönüşümün, yeniden yapılanmanın, verimliliği sağlamanın ve e-devlet olmanın bir fırsatı olarak görülüp iyi değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Elektronik İmza Kanunu’nun yürürlüğe girdiği andan itibaren kamu kurum ve kuruluşları arasında da bilgilerin elektronik ortamda değişimi mümkün hale gelmiştir. Hantal ve ağır işleyen bürokrasinin önüne geçilmesi ve evrak akışının hızlandırılması bakımından da elektronik imzanın işlevi ve yararı yadsınamaz bir gerçektir.

Örneğin, halen uygulanmakta olan ve yargıda kullanılan “Ulusal Yargı Ağı İletişim Sistemi” önemli bir e-devlet uygulamasıdır. Yine Adalet Bakanlığı tarafından bilgi güvenliğinin sağlanması, kişisel verilerin korunması, birlikte çalışabilirlik, hizmet kalitesinin sağlanması ve uluslar arası standartların yakalanması amaçlarıyla yeni uygulamaya konulan Elektronik Tebligat Yönetmeliği güncel ve son gelişmeler arasında yer almaktadır. Uygulamayla tebligatların kısa sürede, ucuz ve güvenli olarak yapılabilmesi ve trafik cezalarından dava dilekçelerine kadar bir çok tebligatın elektronik posta yoluyla tebliğ edilmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

E-devlet uygulamalarının birçoğunda öncelikle uygulanması gerekli olan elektronik imza kullanımı, elektronik ortamda güvenli iletişim ve işlemler için günümüzde vazgeçilmez yöntem olarak işlevini artırmakla birlikte, isteyen herkes el yazısı ile de işlemlerini yapabilecektir. Bir başka deyişle fotoğrafa karşın günümüzde nasıl resim yapılmaya devam ediliyorsa, elektronik haberleşme ve sayısal imzanın yanı sıra kâğıt dokümanlar, el yazıları ve el yazısı ile atılan ıslak imza da var olmaya devam edecektir.

Elektronik imzaya olan güvenin sarsılmaması adına elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarına önemli bir rol düşmektedir. Özellikle kimlik bilgilerinin düzgün tutulması son derece önemlidir. Telekomünikasyon Kuruluna bu bakımdan verilen denetleme yetkisinin gerektiği şekilde kullanılmasına da saygı gösterilmeli ve her türlü kolaylık sağlanmalıdır.

İnternet kullanıcıları sadece kendi ülkelerindeki değil, aksine dünyanın her bir köşesindeki web sayfalarında dolaştıkları için, dijital imza konusunda her bir ülkenin ulusal düzenlemeler yapmak yerine, bu konuda tüm dünya ülkelerinde uygulanacak yeknesak kurallar konulması ve uluslararası sözleşmelerin uygulama

alanının tüm dünyaya yayılması konuyla ilgili doğal bir amaçtır.

Elektronik imza biz internet ve bilgisayar kullanıcılarına kolaylıklar sağlayarak bilgisayar başından her türlü işlemimizi yapmamıza yardımcı olmaktadır. Ancak, elektronik imzanın gerçekleştirildiği şifreleme yöntemlerinin de birileri tarafından deşifre edilebileceği ve hackerların bu konudaki gayretleri de gözden uzak tutulmamalıdır. Bu tür olumsuzluklar internetin ve elektronik işlemlerin teknik ve hukuki alt yapısının açık vermeksizin sağlam hale getirilmesi ile minimize edilebilir.

Nihayet elektronik imzanın e-ticaret gibi farklı e-devlet uygulamaları ile de yarıdan ilgili olduğu düşünüldüğünde gerekli hukuki ve cezaî düzenlemelerin spesifik bazı yasal düzenlemelerde de yapılması gerektiği ve bundan sonra da halin icabına göre yapılmaya devam edeceği açıktır. Nitekim Elektronik İmza Kanunu bu noktadaki ana düzenleme olmasına karşılık yeni TBK ve HMK gibi düzenlemelerde yer alan hükümleri de bu çerçevede değerlendirmek gerekir.

BAZ İSTASYONLARININ YAYDIĞI ELEKTROMANYETİK ZARARLARDAN DOĞAN HUKUKSAL SORUMLULUK

*The Legal Liability for Damages Arising from Electromagnetic
of Base Stations*

**Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ-
Arş. Gör. M. Halit KORKUSUZ****

ÖZET

Türkiye’de, mobil telefonlarının bir nevi anteni ve yansıtıcısı olan baz istasyonları 5809 sayılı “Elektronik Haberleşme Kanunu” (EBK) ile bu kanuna dayalı olarak hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre kurulmaktadır. Kanuna genel olarak bakıldığında; Çevre Kanunu’na genel atıfta bulunan 26. Maddesi haricinde, elektronik dalgaların verebileceği zararlara karşı alınabilecek tedbirler ve bunların hukuki sorumluluğu noktasında düzenlemeler çok sınırlıdır. Konu ile ilgili olarak 2813 sayılı Telsiz Kanunu’nda (Tels. K.) ve 406 Telgraf ve Telefon Kanunu’nda (Telg. Telf. K.) da bazı düzenlemeler de vardır. Ancak, bu düzenlemeler zarar verici durumlarda uygulanacak hukuksal dayanakları içermemekte, tamamen elektronik haberleşmeye yönelik olarak getirilen teknik düzenlemelerle sınırlı kalmaktadır. Yine, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun (BTK) muhtelif yasaların verdiği yetkiye göre çıkardığı yönetmelikler ile tebliğler de, tamamen elektronik haberleşme teknolojisinin kullanımına yöneliktir.

Kanaatimize göre, baz istasyonlarının muhtemel zararlarına ilişkin olarak kanuni boşluk bulunmaktadır. Baz istasyonlarından kaynaklanan elektromanyetik zararlardan doğan hukuksal sorumluluğun belirlenmesinde, herhangi bir düzenleme olmadığından dolayı, bu sorumluluğun haksız fiil ve Türk Borçlar Kanununun (BK) tehlike sorumluluğunu düzenleyen hükmü ile belirlenmesi gerekmektedir. Gerçekten, yeni yürürlüğe giren BK’ nun 70. Maddesi, bu tür zararları üretebilecek teknolojik imkânların getirdiği risklere karşı, “genel tehlike sorumluluğu” nu düzenlemiştir. Bu düzenleme ile birlikte elektromanyetik zararlardan doğan hukuksal sorumluluğun belirlenmesi de ilgili hükme göre yapılacaktır.

Uzmanların kanaatine göre, baz istasyonlarının zararlarının ortaya çıkması uzun zaman alacaktır. Ancak, bu durumda da, BK’da düzenlenen zamanaşımı süresinin ortaya çıkması mümkündür. Bu nedenle, mümkün ve muhtemel zararlara karşı kamunun ve baz istasyonları sahipleri olan GSM firmalarının birlikte finanse edecekleri “elektronik zararlara karşı özel sigorta” konusu düşünülmelidir. Öte yandan, bu elektronik zararlara ve nükleer zararlara yönelik olarak zamanaşımı süresi 30 yıla çıkarılmalıdır.

* Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı (refik.korkusuz@yeniuyuzil.edu.tr).

** Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Anahtar kelimeler: Tehlike Sorumluluğu, Sorumluluk, Elektronik Zararlar, Baz İstasyonları.

ABSTRACT

The base stations, which can be deemed as the antennae and reflector for the mobile phones, are built according to the Electronic Communication Law, nr.5809 and the related Regulation in Turkey. The regulations with respect to the measures that can be taken against the damages caused by electronic waves and the issue of legal liability are very limited, except the referred art.26 of the Environment Law. There are also some regulations under the Radio Law, nr.2813 and Telegram Law, nr.406. However, these regulations do not contain the legal basis that may be applied in the situation of damages. They are limited with the technical regulations with respect to electronic communication. The regulations and communiques issued by the Office for Information Technology and Communication are related to the utilization of the electronic communication technologies.

According to our opinion, there is a legal gap with respect to the possible damages that base stations may cause. Since there is no regulation on the issue of determining the legal liability that rises from the electromagnetic damages, it is required for this liability to be determined depending on the “danger liability” article in Turkish Obligation Law or the tort liability. The article 70 of the Turkish Obligation Law, which has recently come into force, regulates the “general danger liability” against the risks that come along with the technological feasibility.

According to the expert opinions, it will take a long time for the damages of the base stations to emerge. However, it is possible that the period of limitation, regulated in the Obligation Law, will come into consideration. Therefore the issue of “private insurance against damages caused by electronic”, which shall be financed by the public and GSM firms, who own the base stations should be considered in relation to the possible and likely damages and the period of limitation should be raised to 30 years for the electronic and nuclear damages.

Keywords: Risk Liability, Responsibility, Electronic Damages, Base Stations.

I- GENEL OLARAK

Bilindiği gibi çağın en büyük ve önemli imkânlarından biri, taşınabilir telefonların yaygınlaşması ile sağlanan çok geniş ve alternatifli iletişim fırsatıdır. Gelişen iletişim teknolojisi, hür teşebbüs yeteneği ile birleşince, hem istihdamın artmasına, hem de ülke ekonomisinin zenginleşmesine sebep olmaktadır.

Çağımızın en hızlı gelişen elektronik teknolojisinin, çok sayıda yararının ötesinde, zararlarının da olduğu ve bu zararlarının da, insan hayatına sinsice müdahale ederek sağlık problemlerine neden olduğu ileri sürülmektedir¹⁷². Elektronik madde ve malzemelerin radyasyon yaydığı ve bunun zararlı olduğu konusunda yaygın kanaatin aksine, radyasyonların kanıtlanmış zararlı, tehdit edici ve kanser yapıcı etkisinin bulunmadığı da ileri sürülmektedir¹⁷³. Özellikle “cep telefonları” olarak da ifade edilen teknolojik imkanı kullanabilmek için geliştirilen “baz istasyonları”nın yarattığı ya da yaratabileceği zararlar ile alakalı, bunların iyonlaşma yapmadığı ve beyin tümörü yapıcı etkisinin bulunmadığı da ifade edilmektedir¹⁷⁴.

Elektronik zararlar çok çeşitli madde ve malzemelerden meydana gelebilir. Ancak bunların en önemlilerinin başında baz istasyonları gelmektedir. Elektrik enerjisi ile çalışan birçok cihaz ve sistem elektromanyetik enerji yaymaktadır. Radyo TV ve telsiz verici istasyonları, radar sistemleri, uydu haberleşme sistemleri, tedavide çeşitli frekanslarda kullanılan tıbbi cihazlar, sanayi ve endüstride RF frekansında çalışan sistemler, GSM haberleşme sisteminin temel yapı taşları olan radyo baz istasyonu ve cep telefonu anteni, elektromanyetik enerji yayan kaynaklara örnek olarak gösterilebilir¹⁷⁵. Elektromanyetik dalgaların, ortamda bulunan madde ile etkileşmesi sırasında, atom ve moleküllerle karşılaştığı ve içinden geçtiği ortama enerji aktardığı tespit edilmiştir. Ancak baz istasyonları, günümüzde en fazla tartışılan ve yaydıkları zararlar konusunda, genel olarak toplumsal duyarlılık ihtiva eden ve elektronik dalga yayan işletim sistemidir. Bu nedenle, bu çalışmada, her elektronik zarar değil, ağırlıklı olarak baz istasyonlarının zararlarının hukuksal koruması incelenecektir.

Konumuzun ve uzmanlık alanımızın dışında kalan mevzularda herhangi bir değerlendirme hakkını kendimizde bulmadan, elektronik dalgaların mümkün ve muhtemel zararlarına karşı başvurulacak hukuki dayanaklar ile hukuksal metinlerin yeterliliği konusunu tartışmakla iktifa edeceğiz. Zira elektronik zararlara ilişkin hukuki sorumluluk sürekli olarak tartışma konusu olmaya devam etmekte, konu ile ilgili hukuksal çalışma sınırlılığı nedeniyle, hukuki değerlendirme yapma im-

¹⁷² DAŞDAĞ, Süleyman, Dalga Dalga Geliyorlar, İstanbul-2011, s. 207.

¹⁷³ KURTMAN, Cengiz, Baz İstasyonlarının Sağlığa Etkisi, Yayınlanmamış Tebliğ, s. 10; Aynı konuda, ER-GÖR, Alpaslan, İzmir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi Hâkimliği'ne Verilen E. 2005/344 E. Sayılı Dosyaya Sunulan Bilirkişi Raporu, 25.04.2006, s.5.

¹⁷⁴ Bkz. ÖZEMRE, Ahmet Yüksel, Baz İstasyonları ve İnsan Sağlığı Konusu, Baz istasyonları Sağlığımızı Tehdit mi Ediyor?, Eğitim Bilim Dergisi, S. 25, Ekim 2000, s. 25-30; Aynı konuda KURTMAN; s.14. Yazar gözlemlerini çok iddialı bir şekilde ortaya koymuş ve araştırma sonuçlarını şu kaynaklara dayandırmıştır. European Journal of Cancer, 2008 Mobile phone use, ex Cancer Prevention, 2007 Use of mobile phones in Norway and risk of intracranial tumours; British Journal of Cancer, 2008 Mobile phone use, ex Posure to radiofrequency electromagnetic field and brain tumour; A case-control study; Journal of the National Cancer Institute, 2001 Cellular telephones and cancer; Journal of the National Cancer Institute, 2006 cellular telephones use and cancer risk; TÜBİTAK, Elektromanyetik dalgalar ve İnsan Sağlığı Sıkça Sorulan ve Yanıtları, TÜBİTAK Bülteni, 2001.

¹⁷⁵ KAVAS, Aktül, Elektromanyetik Kirlilik ve Standartlar, Yayınlanmamış Tebliğ, s.10.

kânı da sınırlı olmaktadır. Bu nedenle, huzurdaki çalışma, sadece, olası elektronik dalgaların yayması muhtemel elektronik zararlarına karşı, zarar görenin zarar veren işleticilere karşı, hukuksal sorumluluk alanı ile sınırlıdır.

II. HUKUKSAL DURUMUN TESPİTİ

A. Türk Hukuku'nda Genel Olarak Sorumluluk

1- Kusurlu Sorumluluk

Sorumluluk kavramından, çok geniş anlamı ile bir kişinin başkasına verdiği zararı tazmin mükellefiyeti anlaşılır¹⁷⁶. Bu yükümlülük zarar görene, zarar veren kişiye karşı hukuken sahip olduğu hakları kullanma imkânı verir¹⁷⁷. Başka bir ifade ile sorumluluk, meydana gelen zarardan, zarar verenin sorumluluğunu gösterir¹⁷⁸. Ayrıca bu amaçla zarar gören mağdurun, zarar veren kişiye karşı zararın giderilmesi için talep hakkını düzenleyen kurallar bütünü de ifade etmektedir¹⁷⁹.

Genel olarak hukuk sistemlerinin neredeyse tümünde kabul edildiği üzere, bir kişi, başkasına verdiği zarardan hem ahlâken hem de hukuken sorumludur¹⁸⁰. Egemen ilke olan kusur ilkesi çok uzun bir süre varlığını ve güncelliğini devam ettirmiştir. 'Kimseye zarar vermeme' ilkesine dayanan kusur ilkesine, subjektif sorumluluk da denilmektedir¹⁸¹. Geniş anlamda haksız fiil kavramı, hem dar anlamda haksız fiil, yani kusur¹⁸² sorumluluğunu, hem de sebep sorumluluğunu içine

¹⁷⁶ DOĞRAMACI, Hayriye, Tehlike Sorumluluğu, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 14, s. 65; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul- 2010, s. 444.

¹⁷⁷ Bu kavram; Fransızca "Responsabilité", Almanca "Haftung" (İsviçre Borçlar Kanunu, m. 41, 99), "Haftpflicht" (İsviçre Federal Karayolları Trafik Kanunu, LCR, m. 58), "Haftbarkeit" (İBK, m. 928) veya "Verantwortlichkeit" (İsviçre Medeni Kanunu, İMK, m. 426; İBK m. 75), İtalyanca "Responsabilità" İngilizce "Liability" deyimleri ile ifade edilir. Bu kavram aynı zamanda, "kişinin eylemlerinden sorumlu tutulabilme yeteneği" anlamında da kullanılır. DESCHENAUX/ TERCIER, Çev: Salim ÖZDEMİR, Sorumluluk Hukuku, Ankara-1983, s. 1.

¹⁷⁸ NART, Serdar, Noterlerin Hukukî Sorumluluğu, DEÜHFD, C. 11, 2009 Özel Sayı, s. 426; TİFTİK, Mustafa, Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 33.

¹⁷⁹ EREN, Borçlar, s. 444; KILIÇOĞLU, Mustafa, Sorumluluk Hukuku, Sözleşme Dışı Sorumluluk, C. 1, Ankara 2002, s. 1.

¹⁸⁰ DESCHENAUX/ TERCIER, s. 2-3; Ayrıntılı bilgi için bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 1976, s. 426 vd.

¹⁸¹ Sorumluluk hukukunun ilk dönemlerine bakıldığında, 'kısas ve kusur' ilkelerinin egemen oldukları görülebilir. Talion kanunu olarak da adlandırılan bu sorumluluk anlayışına göre belirli bir zarara uğrayan kişi, zarar verene karşı uğradığı zarardan ötürü, benzer bir şekilde zarar verme hakkına sahipti. Yani zarara uğrayanın, intikam almaya ve faile aynı şekilde zarar vermeye hakkı vardı. Roma hukukunda sorumluluğun doğması için zarar veren kişinin kusurunun olması mutlak bir koşul değildi. Nitekim LexAquilıa'da herhangi bir zarar ortaya çıktığı zaman, zarar verenin kusurunun olması gerekli değildi. Yani bu dönemde zarar verenin kusurunun aranmaması ile birlikte, objektif (kusursuz) sorumluluk ilkesinin egemen olduğu söylenebilir. Kusursuz sorumluluğun egemenliği Justinianus kanunlarına kadar devam etmiştir. İlk defa Justinianus kanunlarında kusur, sorumluluğun doğması için kurucu unsur olarak zorunlu hale gelmiştir. AYDOĞDU, Murat, Sivil Amaçlı Nükleer Santral İşletenin ve Nükleer Madde Taşıyanın Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2009, s. 7- 8.

¹⁸² TİFTİK, Akit, s. 34. Hukuka aykırı fiil sonucu ortaya çıkan maddî veya manevî zararın tazmini için failin şahsî kusurunun şart olduğu sorumluluk türüne, "kusur sorumluluğu" denilir. Sorumluluk hukukunda genel kural, diğer başlıca hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk hukukunda da, zarar veren kişi veya kişilerin kusur sorumluluğudur. Bkz. KARAHASAN, Mustafa Reşit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. I- II, Ankara 1981, s. 301; KAPLAN, Emine, İşverenin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 1992, s. 57. Nitekim BK. m. 41 hükmü, haksız fiil unsurları arasında "kusur unsuru" nu esaslı bir şart olarak ortaya koymuş ve kusur sorumluluğunun asıl sorumluluk olduğunu açıkça belirtmiştir. Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet, Borç-

alır. Bundan dolayı hukukumuzda tazminat ödeme yükümlülüğü sadece kusurlu davranışlara dayanmaz¹⁸³.

Hukuk sistemlerinde genel ve ana kural kusur sorumluluğudur¹⁸⁴. Çünkü kusur sorumluluğunun olumsuz sonucu olmakla birlikte olumlu sonucunun da var olduğunun bilinmesi gerekmektedir¹⁸⁵¹⁸⁶. Hukuka aykırı fiil sonucu ortaya çıkan maddi veya manevi zararın tazmini için failin şahsi kusurunun şart olduğu sorumluluk türüne, “kusur sorumluluğu” denir. Diğer başlıca hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukukunda da genel kural, zarar veren kişi veya kişilerin, kusur sorumluluğudur¹⁸⁷. Nitekim BK. m. 49 hükmü, haksız fiil unsurları arasında “kusur unsuru” nu esaslı bir şart olarak ortaya koymuş ve kusur sorumluluğunun asıl sorumluluk olduğunu açıkça belirtmiştir¹⁸⁸. Bu tür durumlarda, kişi ya da kişilerin sorumlu tutulabilmesi için; mutlaka kusurun bulunmasının yanında, zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılığın da bulunması gerekir¹⁸⁹.

2-Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk türü; Roma¹⁹⁰ ve Cermen¹⁹¹ hukukunda yer alan bir hu-

lar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2006, s. 222; TANDOĞAN, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 1. Ortaya çıkan zararın karşılanması noktasında insanların kusurlarının olup olmadığına bakılmazsa, başka bir deyişle kusurlu olsun veya olmasın herkese her türlü eylemi sonucunda doğan zararları tazmin borcu yüklenirse, insanlar genel itibari ile herhangi bir girişimde bulunmaya cesaret edemez, hareketsiz kalmayı ve üretmemeyi tercih eder. Veya tam aksine, nasıl olsa her türlü sorumlu tutulacağını düşünerek sorumsuz ve tedbirsiz davranır. Bkz. TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 1; AYDOĞDU, s. 11.

¹⁸³ EREN, Borçlar, s. 79. Bir kimse önceden görebileceği ve önleyebileceği bir zarara sebebiyet vermişse, kendisi ortaya çıkan zararı tazmin etmek zorundadır. Bundan dolayıdır ki, tazminat yükümlülüğünü kusura dayandırmak adalete uygun olur. Bunun yanında, iradesi hukuka aykırı bir sonuca yönelmemiş olan ve bir zararın ortaya çıkmaması için halin gerektirdiği bütün önlem ve tedbirleri alan kimseyi kınamak mümkün değildir. Bu yüzden ki o kimseyi tazminat yükümlülüğü altına sokmak doğru olmaz. TANDOĞAN, Türk Mes’uliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 89.

¹⁸⁴ BAŞPINAR, Veysel, ALTUNKAYA, Mehmet, Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanışımının Başlaması ve Süresi, AÜHFD, C. 57, S. 1, s. 99; EREN, Fikret, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukukî Niteliği ve Unsurları, AÜHFD, C. 39, S. 1- 4, s. 158; KILIÇOĞLU, M., s. 9; KILIÇOĞLU, A., s. 222.

¹⁸⁵ İMRÉ, Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mes’uliyet Halleri, İstanbul 1949, s. 17- 18; EREN, Borçlar, s. 448; OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 2009, s. 488; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk; s. 1; TANDOĞAN, Mes’uliyet, s. 89.

¹⁸⁶ Sadece olumsuz sonuç olan “kusur yoksa sorumluluk da yoktur” anlayışı ile hareket edildiğinde, özellikle ekonomik yönden zaten zayıf olan kimselerin daha da mağdur edilmesine ve hatta yıkımına sebep olunur. Olumlu sonuca göre sorumluluğun doğması için kusur şarttır. Dolayısıyla kusur sorumluluğunun olumlu sonucunun hiçbir zaman göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

¹⁸⁷ KARAHASAN, s. 301; KAPLAN, Emine, İşverenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara-1992, s. 57.

¹⁸⁸ KILIÇOĞLU, A., s. 222; ATAAY, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, I. Cilt, Fakülteler Matbaası, İstanbul-1981, s. 71; REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul- 2006, s. 155; KARAHASAN, s. 302; ÜÇİŞİK, Güzin, Tehlike Sorumluluğunun Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara 2009, s. 127 vd; ULUSAN, İlhan, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, Kazancı Yayınları, No. 72 İstanbul-1990, s. 28.

¹⁸⁹ KORKUSUZ, Mehmet Refik, Yeni Borçlar Kanununa Göre Tehlike Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu Yayınları, Ankara-2009, s. 142.

¹⁹⁰ KILIÇOĞLU, M., Sorumluluk Hukuku, s. 14- 15; KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi, DÜHFD, C. 1, S. 2, s. 182; RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 37; ZİLELİ-OĞLU, Hilal, Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış, AÜHFD, C. 39, S. 1- 4, s. 241 vd.

¹⁹¹ ULUSAN, İlhan, Tehlike Sorumluluğu Üstüne, MHAD, 1970, S. 6, s. 25.

sus olmasına rağmen, günümüzdeki önemine hiçbir zaman ulaşamamıştır. Objektif sorumlulukta kusurun yerini, kanunun öngördüğü durumlar almaktadır. Bu durumda, kusur sorumluluğunun temel kuralı olan kusur-sebebe sorumluluğu arasındaki ilişki ortadan kalkmış, bu yolla da zararın başkasına yüklenmesini sağlayan önemli şartlardan biri olan kusur prensibi de objektif sorumlulukta kural olmaktan çıkmıştır¹⁹².

Hukuk düzeni tarafından özel olarak ihdas edilmiş olan bazı sorumluluk hallerinde, fail, hakkaniyet gereği, kusuru olmasa dahi vermiş olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Kusursuz sorumluluk hallerinde, şartların varlığını ispat mağdura düşer¹⁹³. Ayrıca zarar gören, failin kusurunu ispat etmek zorunda değildir¹⁹⁴.

Kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluk, bu husustaki şartları düzenleyen hükmün koruma amacı ile sınırlıdır. Hükmün koruma amacını, başka bir ifade ile normun koruma amacını, illiyet bağı ile karıştırmamak gerekir. Burada kanunun koruma amacı ile ortaya çıkan zarar arasında bağ bulunmalıdır¹⁹⁵.

Kusura dayanmayan sorumluluk genellikle olumsuz bir biçimde, sorumlu kimsenin kusurunu gerektirmeyen bir sorumluluk olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁶. Böylece adı geçen sorumluluk, sorumlu kişinin kişiliğine, irade zayıflığına yönelik subjektif nitelikte kınamayı gerektirmemektedir. Bu tür sorumluluk hallerine, batı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk hukukunda da, daha önce de ifade edildiği gibi, objektif sorumluluk denilmektedir. Bu sorumluluk türü ile kanun, sadece kusurun ispatlanmadığı veya ispatlanamadığı “muhtemel” kusur hallerinde değil, aynı zamanda kusurun hiç olmadığı hallerde de sorumluluğun varlığını kabul etmiş, sorumlu tutulmak istenen kişiyi “kefil” gibi sorumlu kılma yoluna gitmiştir¹⁹⁷. Bu tip durumlarda kanun, belli bir olaydan veya olaylar karışımından doğan zararı, bu olay ya da olaylar karışımını ortaya koyan veyahut ona hâkim olan bir kişiye yüklemektedir¹⁹⁸. Gerçek hayatta kusur sorumluluğunun uygulama alanı, sebep sorumluluğunun uygulama alanının devamlı genişlemesi nedeniyle sınırlı kalma-

¹⁹² KILIÇOĞLU, M., Sorumluluk Hukuku, s. 9.

¹⁹³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 588.

¹⁹⁴ ERDEMOĞLU, Deniz, Türk Özel Hukukunda Tehlike Esasına Dayanan Sorumluluk, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2007, s. 17.

¹⁹⁵ Kusursuz sorumluluk şartlarının oluştuğunun ispatı mağdura düşer. Bu ispatı yerine getirmeyen mağdur iddiasını ispatlayamamış demektir. Zararın tespiti, tazminatın tayini, yetkili mahkeme, zaman aşımı konularında, kusursuz sorumluluğu düzenleyen hükümlerde aksi belirtilmiş olmadıkça, Borçlar Kanunu'nun kusura dayanan sorumluluk hükümleri uygulanır. Kusur aranmayan sorumluluk hükümlerine göre, gerek maddi ve gerekse manevi tazminat talep etmek mümkündür. Bkz. OĞUZMAN/ ÖZ, s. 588- 589. Normun koruma amacı teorisi, Türk hukuk doktrininde ilk olarak TANDOĞAN tarafından “Hukuka Aykırılık Bağı”, akabinde ise EREN tarafından “Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi” adlı çalışmalar ile inceleme konusu yapılmıştır. EREN, Fikret, Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Teorisi, Mahmut Koloğlu'ya 70. yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 461; TANDOĞAN, Haluk, Hukuka Aykırılık Bağı, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, İÜHFY, s. 5 vd. Ayrıca “Normun Koruma Amacı Teorisi” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ABİK, Yıldız, Normun Koruma Amacı Teorisi, AÜHFD, C. 59, S. 3, s. 345 vd.; ATAMER, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996, s. 70 vd.

¹⁹⁶ TİFTİK, Akit, s. 38.

¹⁹⁷ Belli şartlarla, belli durumlara kusursuz sorumluluk prensibinin uygulanması istenmiş, başka bir ifade ile kusurlu olmasa dahi bir kimsenin fiiliyle sebep olduğu zararı tazmin etmesi görüşü savunulmuştur. Bkz. KARAHASAN, s. 302; REİSOĞLU, s. 155.

¹⁹⁸ Bu durumda, kişi veya kişiler bazı eylemleri ya da sahip olduğu varlıklar sebebi ile sorumlu tutulmaktadır. Geniş bilgi için bkz. KARAHASAN, s. 303; KILIÇOĞLU, A., Borçlar, s. 222.

ya yani daralmaya başlamıştır¹⁹⁹. Buna karşın, kusursuz sorumluluk alanları ise günden güne genişlemektedir.

B. Elektromanyetik Zararlara İlişkin Hukuksal Durum

1- Elektromanyetik Zararlara İlişkin Genel Düzenleme

Baz istasyonları 5809 sayılı “Elektronik Haberleşme Kanunu” (EBK) ile bu kana dayalı olarak hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre kurulmaktadır. Kanuna genel olarak bakıldığında; Çevre Kanunu’na genel atıfta bulunan 26. Maddesi haricinde, elektronik dalgaların verebileceği zararlara karşı alınabilecek tedbirler ve bunların hukuki sorumluluğu noktasında düzenlemenin çok sınırlı olduğu görülmektedir. Konu ile ilgili olarak 2813 sayılı Telsiz Kanunu’nda (Tels. K.) ve 406 Telgraf ve Telefon Kanunu’nda (Telg. Telf. K.) da bazı düzenlemeler var ise de, bu düzenlemeler zarar verici durumlarda, uygulanacak hukuksal dayanakları içermemekte, tamamen elektronik haberleşmeye yönelik olarak getirilen teknik düzenlemelerle sınırlı kalmaktadır. Yine, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu’nun (BTK) muhtelif yasaların verdiği yetkiye göre çıkardığı yönetmelikler ile tebliğler de, tamamen elektronik haberleşme teknolojisinin kullanımına yöneliktir.

Görüldüğü üzere bu konu ile alakalı kanuni bir boşluk bulunmaktadır. Baz istasyonlarından kaynaklanan elektromanyetik zararlardan doğan hukuksal sorumluluğun belirlenmesinde, herhangi bir düzenleme olmadığından dolayı, bu sorumluluğun haksız fiil ve Türk Borçlar Kanununun (BK) tehlike sorumluluğunu düzenleyen hükmü ile belirlenmesi gerekmektedir. Gerçekten, yeni yürürlüğe giren BK’nun 70. Maddesi, bu tür zararları üretebilecek teknolojik imkânların getirdiği risklere karşı, “genel tehlike sorumluluğu” nu düzenlemiştir. Bu düzenleme ile birlikte elektromanyetik zararlardan doğan hukuksal sorumluluğun belirlenmesi de ilgili hükme göre yapılacaktır.

2- Elektromanyetik Zararlar ve Tehlike Sorumluluğu

a- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Tehlike Sorumluluğu

Tehlike sorumluluğu²⁰⁰ “terminolojide”, “ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu” veya “ağırlaştırılmış objektif sorumluluk” olarak yer almaktadır²⁰¹. Bu sorumluluk esas itibari ile teknik veya motorlu araçların, toplumun vazgeçilmez nesnelere olmaları yanında toplum için tehlike arz etmeleri esasına dayanmaktadır²⁰². Niteliği gereği tehlike oluşturan bir girişimde bulunan kimse, kusurlu olmasa dahi, girişiminin sebep olduğu zararları tazmin etmek zorundadır²⁰³.

¹⁹⁹ KAPLAN, s. 57.

²⁰⁰ Tehlike Sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Tehlike Esasına Dayanan Genel Sorumluluk Kuralı Üzerine Eleştirel Değerlendirmeler, DEÜHFD, C. 8, S. 1, s. 1 vd; EREN, Borçlar, s. 454- 458; ERİŞGİN, Nuri, Tehlike Sorumluluğunda Kıyas, BATİDER, C. 20, S. 3, s. 83- 104; KILIÇOĞLU, M., s. 15 vd.; KORKUSUZ, s. 147- 209; TİFTİK, Akit, s. 43 vd.; TANDOĞAN, Haluk, Tehlike Sorumluluğu Kavramı ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Düzenlenmesi Sorunu, BATİDER, C. 10, S. 2, s. 291-321; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 22- 48; ÜÇİŞİK, s. 127- 147.

²⁰¹ DESCHENAUX, TERCIER, s. 110; DOĞRAMACI, s. 69- 71; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 488; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 6; ULUSAN, Tehlike, s. 39.

²⁰² EREN, Borçlar, s. 631.

²⁰³ BAŞPINAR/ ALTUNKAYA, s. 99; KAYIHAN, Şaban/ ERDEM, Murat, Haksız İhtiyati Tedbir ve Haksız İhtiyati Haciz Koydurunun Sorumluluğu, AÜEHFD, C. 2, S. 1, s. 241.

Tehlike sorumluluğu²⁰⁴ kusurdan bağımsız bir sorumluluk türüdür. Yani burada kişinin sorumlu tutulabilmesi için kusurunun olması veya objektif özen ya da gözetim ödevini ihlâl etmesi gerekmemektedir²⁰⁵.

Tehlike sorumluluğunun dayandığı temel ilke “tehlike ilkesi” dir. Tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluğun doğması için, tehlikeli bir olgu ve meydana gelen zarar ile söz konusu tehlikeli olgu arasında illiyet bağının bulunması gereklidir²⁰⁶. Dolayısıyla tehlikeli faaliyet ile başkasına zarar veren kimse, bu zararın ortaya çıkmasında hiç kusuru olmasa bile sorumludur²⁰⁷. Bir başka ifade ile, bir kişinin kendisine kusur veya özen eksikliğinin yüklenemediği, fakat meydana gelen zarardan sorumlu olduğu her durumda ağırlaştırılmış objektif sorumluluk veya tehlike sorumluluğu olarak ta ifade edilen bir sorumluluk söz konusudur²⁰⁸. Kusursuz olarak sorumlu kabul edilen işletme veya faaliyet sahibinin tâbi olduğu bu ağır şartlar sebebiyle tehlike sorumluluğu, kusursuz sorumluluk hallerinin en ağırı olarak bilinmektedir²⁰⁹.

Tehlike sorumluluğu doktrinde, işletme veya faaliyetin niteliği gereği zarar gerçekleşme ihtimalinin yüksek olması ve gerçekleşen zararın nicelik yönünden şiddetli olması olarak da ifade edilmektedir²¹⁰. Bu tanımdan anlaşıldığı üzere, tehlike sorumluluğunun temelinde iki anlam yatmaktadır. Bunlardan birincisi, tehlike sorumluluğunun düzenlendiği hallerde zararın meydana gelme ihtimali işletme veya faaliyetin niteliği gereği çok yüksektir. İkincisi ise, meydana gelen zararın nicelik yönünden ağır, şiddetli olması ve zarar gören tarafından kaldırılabilir durumda olmamasıdır.

Hukuk düzeni, tehlikeli işletme ve faaliyetlerin verdiği zarara, zarar görenlerin katlanmasına tahammül edemez. Bu sebeple, modern hukuk sistemleri genel veya özel kanunlarda tehlike sorumluluğunu düzenlemiştir. Ayrıca üçüncü kişiler aleyhine işletmeden doğan zararların tazminini de ilgili işletme sahiplerine yüklemek zorunda kalmıştır. Zira temel fikir, toplumun büyük sermayeye ve teknolojiye dayalı faaliyet ve işletmelere karşı korunma güdüsüdür. Bundan dolayı büyük bir kitlenin himayesi ve gücünün karşısında güçsüzü koruma amaçlanmıştır. Bütün bu düşünceler sorumluluk hukukunda tehlike esasına dayalı bir sorumluluk türünün kabul edilmesini gerekli kılmıştır²¹¹. Amaçlanan tehlike, faaliyet ve işletmelerin zarara yol açmaya aşırı eğilimde oluşumu ile açıklanabilir²¹².

²⁰⁴ Sanayi kuruluşları ve işletmeler faaliyette olmaksızın varlıkları ile dahi tehlike oluşturabilirler. Yani ortaya çıkan veya çıkabilecek zararlar ağır ve büyüktür. Bundan dolayıdır ki tehlike sorumluluğu özel olarak kabul edilmiştir. Geniş bilgi için bkz. ULUSAN, Koruma, s. 28.

²⁰⁵ ANTALYA, Gökhan, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, MÜHFHAD, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk, C. 14, S. 4, s. 72; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre Kusursuz Sorumluluk Halleri ve İlkeleri, MÜHFHAD, Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk, C. 14, S. 4, s. 43.

²⁰⁶ DESCHENAUX, TERCIER, s. 17; EREN, Borçlar, s. 455.

²⁰⁷ KOÇHISARLIOĞLU, s. 183; KAYIHAN/ ERDEM, s.241.

²⁰⁸ DESCHENAUX/ TERCIER, s. 110.

²⁰⁹ ERDEMOĞLU, s. 24; EREN, Borçlar, s. 454; REİSOĞLU, s. 158; YAVUZ, Kusursuz Sorumluluk, s. 43.

²¹⁰ ANTALYA, s. 72; EREN, Borçlar, s. 456; TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 26; TİFTİK, Tehlike Sorumlulukları, s. 21; YAVUZ, s. 45.

²¹¹ Tehlike sorumluluğu sorumluluk türlerinin en ağırıdır. Sorumluluğun kurulması için zararlı faaliyet veya işletmeye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bkz. EREN, Borçlar, s. 454- 455; TİFTİK, Tehlike Sorumlulukları, s. 6 vd.

²¹² TANDOĞAN, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 26.

Tehlike sorumluluğu, İsviçre, Avusturya ve Almanya'da olduğu gibi özel yasalar ile ya da Fransa, İtalya, Belçika, Hollanda hukuklarında, kusura dayanan sorumlulukta olduğu gibi, genel bir kural ile düzenlenmiştir. ABD ve İngiltere hukuklarında ise, somut olayda yargıca kusursuz sorumluluğu kabul etme yetkisi tanınmıştır²¹³. Hızlı teknolojik gelişmeler ve bunların doğurduğu tehlikeler de dikkate alınarak, sorumluluk hukukunda, tehlike sorumluluğunun özel olarak kabul edilmesi artık bir zorunluluk haline gelmiştir²¹⁴.

Yeni BK' da, eski Borçlar Kanunu'ndan farklı bir yenilik olarak, tehlike sorumluluğu ile ilgili genel bir hükme yer verilmiştir. Yeni BK' nun 70. Maddesi "Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme" başlığını taşımaktadır. Maddede genel olarak bir tehlike sorumluluğu düzenlenmiş olup, bu güne değin, öğretilerde yoğun olarak "tehlike sorumluluğunun yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması" yönündeki ifade ve eleştirilerden etkilenecek bu maddenin hazırlandığı anlaşılmaktadır. Bu düzenleme yasalastığı takdirde, zarar veren ortaya çıkan zarardan, kusuru aranmaksızın sorumlu tutulabilecektir²¹⁵.

Maddenin birinci fıkrasında "Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinde zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur." Bu nedenle, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetlerini yürüten kişiler, bu faaliyetlerin gerektirdiği izni veya ruhsatı almış olsalar bile, tipik tehlike olgusunun doğurduğu zarardan sorumlu olmaktan kurtulamazlar.

Maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, bir işletmenin, hangi durum ve koşullarda, "önemli ölçüde tehlike arz ettiği" nin kabul edileceği düzenlenmiştir. Buna göre; "Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir." Bu hüküm uyarınca, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin beklenmedik hal sonucunda, sık olarak ya da zaman zaman ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu takdirde, söz konusu işletmeyi işletenler hakkında maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanabilir. Aynı fıkranın son cümlesinde de, özellikle herhangi bir kanunda, benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğunun öngörülmüş olması durumunda, bu işletmenin de önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme sayılacağı belirtilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, tehlike sorumluluğu öngören özel kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir.

Maddenin son fıkrasında ise, hukuk düzenince, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetine izin verilmiş olsa bile, zarar görenlerin, bu işletmenin faaliyetinden doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilecekleri kabul edilmiştir.

b-Elektromanyetik Zararlarda Tehlike Sorumluluğu

Yeni BK ile getirilen "tehlike sorumluluğu"na ilişkin hususlar, zaten eski Borçlar

²¹³ EREN, Borçlar, s. 457; ULUSAN, Tehlike, s. 55; ÜÇİŞİK, s. 2.

²¹⁴ ULUSAN, Tehlike, s. 28.

²¹⁵ KORKUSUZ, s. 154.

Kanununun tatbik edildiği dönemde bile, yargı kararları ile belirlenen bir sorumluluk türü olduğu için, aksine herhangi bir Yargıtay içtihadı değişikliği olmadığı müddetçe, yürürlükte olmaya devam edecektir.

Yargıtay, vermiş olduğu muhtelif kararlarında, baz istasyonu tesis sahibinin, tesisin kullanılması sonucu doğan zararlardan, kusura dayanmayan tehlike sorumluluğunun bulunduğuna karar vermiştir. Yargıtay karar gerekçesini; hukuk kurallarındaki norm düzenlemesi itibarıyla yönetmelik ve yönetmeliğe uygun bir işlem yapılsa bile, bir zararın doğmuş olması halinde eylemde bulunanın sorumlu olacağı, bir yararın sağlanması karşısında kişilerin zarar görmesinin hoş görülemediği, bu bakımdan hizmetten elde edilen yarar ve bunun karşısında verilen zararın dengelenmesi gerektiği, hiçbir hizmetin insan yaşamı kadar öncelik ve önem taşımayacağı, diğer bir anlatımla, yararlı bir hizmetin karşılığında insanın zarara uğramasının uygun bir sonuç olarak kabul edilemeyeceği, insan yaşamında tehlike yaratan bir hizmetin, kişi yaşamı önüne geçmesi ve ona üstünlük tanınmasının doğru bir yaklaşım olarak düşünülmemesi, gerekçesi ile açıklamıştır²¹⁶. Bize göre, Yargıtay, burada, elektronik zararların mümkün ve muhtemel olarak özel bir tehlike durumunu meydana getirebileceğine dikkat çekmek istemiştir²¹⁷.

Baz istasyonu işleticilerinin hukuksal sorumluluklarının belirlenmesinde, hukuki süjenin de incelenmesi gerekir. Öncelikle baz istasyonlarının niteliklerinin bilinmesi gerekir. Baz istasyonları, genel itibari ile binaların çatılarına inşa edilmektedir. Böyle bir durumda baz istasyonlarının yapı eseri olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Baz istasyonlarının mütemmim cüz olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira yapısı da buna uygun değildir. Bundan dolayı baz istasyonlarının binaların eklentisi olarak kabul edilmesi gerekir.

c- Elektromanyetik Maddelerin Verdiği Zararlardan Doğan Sorumluluğun Şartları

1. Ortada elektromanyetik zarar ihdas eden bir madde ya da malzeme olmalıdır

Bu malzemelerin, gayrimenkul (sabit ve yere bağımlı) veya menkul (hareket ve nakil kabiliyeti olan) bir madde olması arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Baz istasyonları genel itibari ile apartman dairelerinin üzerine inşa edilmektedir. Ancak bunların, binanın mütemmim cüz-ü olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Bu baz istasyonları, binanın eklentisi olarak kabul edilebilir.

2. Zarar, ilgili elektronik maddenin kullanılması nedeniyle ortaya çıkmaktadır

Burada, işleticinin kusurunun olup olmaması hiç önem taşımamaktadır. İşleti-

²¹⁶ Muhtelif kanunlarda yer alan ve zarar verici radyasyonlara karşı, bu elektronik radyasyonu yayanların hukuki sorumlulukları yeteri derecede açık olmadığı için, Yargıtayın ilgili dairesi tarafından bu tür sorumluluk "tehlike sorumluluğu" kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır. Bkz. Yarg. 4. HD. E. 2007/8650 ve K. 2008/6752 ; Yarg. 4. HD. E. 2004/2954 ve K. 2004/10516; Yarg. 4. HD., 29.01.2004 T., E. 2003/16434, K. 2004/971, ÜÇİŞİK, 130 vd.

²¹⁷ Bu yöndeki tartışmalar için bkz. KILIÇOĞLU, s. 25; EREN, Borçlar, s. 470. Ancak, uygulamada, halen mer'iyette bulunan BK 55 ve 58. maddesinden yararlanarak bu alandaki eksikliğin giderilmesine çalışılmakta ve ve özellikle iş kazalarının vukuu halinde, işverenin sorumluluğunu belirleme açısından, istikrar kazanan Yargıtay içtihatları ile, tehlike sorumluluğu uygulanmaktadır.

ci; yasa ve yönetmeliklere uygun hareket etmiş olsa bile, yine de, hukuken sorumlu olacaktır. Baz istasyonlarının kullanılması neticesinde, herhangi bir elektromanyetik zarar ortaya çıkmadığı takdirde, baz istasyon işleticilerinin sorumluluğuna gidebilmek mümkün değildir. Bundan dolayı baz istasyonlarının kullanılmasına bağlı olarak, ortaya çıkan bir zarar olmalıdır.

3. Zararla, elektronik dalga yayan materyalin kullanılması ve işletilmesi arasında illiyet bağı bulunmalıdır

Baz istasyonunun kapsam alanı içerisinde kaldığının tespit edilmiş olması gerekir. Zira Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin çok yeni olarak vermiş olduğu bir kararında; MK'nin 737. Maddesinde düzenlenen komşuluk hukukuna göre adli yargıda açılacak dava ile istenebileceğini ve bu davada da davacının baz istasyonunun sağlığına zarar verdiğini ve baz istasyonunun yönetmelikte belirtilen limit değerlere uygun bulunmadığını ispatlaması gerektiği hususu yer almıştır. Yine aynı kararda, “**kanıtlanmayan mücerret (soyut) bir taleple “uzun vadede zarar verir, baz istasyonu yakın mesafede, görünce moralim bozuluyor ... vs. gibi”** nedenlerle dava açılmasının ve bunun kabulünün hukuka ve yasalara uygun olmadığı da belirtilmiştir²¹⁸. İlgili Yargıtay kararı incelendiğinde, Yargıtay'ın, elektronik zararlara maruz kalanların bunu ispatlamaları yükümlülüğünü aradığı ve uzun vadeli tehlikelerin, Yargıtay tarafından, kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca zarar ile işletim arasında illiyet bağı kesen sebepler bulunmamalıdır.

4. Kusur Durumu

Baz istasyonu işleticisinin sorumluluğunun doğabilmesi için, ilgili işletme sahibinin kusurunun aranıp aranmayacağı hususunun da araştırılması gerekir. BK 71. Maddesinde tehlike sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu sorumluluk türünde önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden doğan zarardan işletme sahibinin tehlike sorumluluğuna gidilebileceği öngörülmüştür.

Ayrıca maddenin devamında; “*Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır*”, denilmektedir.

Elektromanyetik zararların, önceden öngörülmesi veya radyasyon salgılamaması için gerekli önlem alınması pek mümkün değildir. Zira ortaya çıkardığı zarar, radyasyondan kaynaklanan zarardır. Radyasyondan kaynaklanan zararlar ise eller tutulabilir ya da göz ile görülebilir zararlar değildir. Yasa ve yönetmeliklere uygun limit değerlere göre inşa edilmiş baz istasyonları olsa bile, bu zararların önüne geçilmesi söz konusu olmayabilir. Bundan dolayı baz istasyonları sık ve ağır zararlar doğurmaya elverişli olan işletmelerdir.

Baz istasyonu işleticisinin sorumluluğuna gidebilmek için, ilgili kişinin kusurunun bulunması gerekmemektedir. Zira baz istasyon işleticisinin sorumluluğu,

²¹⁸ Bkz. Yarg. 4. HD. E. 2011/6287 ve K. 2011/5920 sayılı ilamı.

Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere tehlike sorumluluğudur. Yani kusursuz bir sorumluluk türüdür. Bu sorumluluk türünde tehlikeli işletme sahibinin sorumluluğunun doğması için kusurunun bulunması gerekliliği bulunmamaktadır. Bundan dolayı işletme sahibinin herhangi bir kusuru bulunmasa ve dahi yasa ve yönetmeliklere uygun davranmış olsa bile sorumluluğuna gidilebilecektir.

5. Elektronik işletim ve kullanım sebebiyle verilen zararlar, tehlike sorumluluğu kapsamı dâhilinde olduğu için, işleticilerin veya ilgili elektronik malzemelerin sahiplerinin kurtuluş beyinesi getirme imkanı bulunmamaktadır.

d-Kusursuz da Olsa Sorumluluğu Bulunan İşleticilerin Ayrıca Kusurunun Bulunması Hali

Kusursuz sorumlu kişinin aynı zamanda kusurunun bulunması halinde; zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru bulunsa veya illiyet bağına kesen sebeplerden biri olsa dahi sorumluluk söz konusu olacaktır.

Tehlike sorumluluğu nedeniyle sorumlu tutulan kişinin, zarara sebep olan 3. kişiye karşı mevcut BK 62. maddesine göre rücu hakkı saklı olduğu gibi, zarar görenin de sorumluluğu söz konusu ise, duruma göre sorumluluk miktarı ya düşürülür veya tümünden kaldırılır²¹⁹.

Tehlike sorumluluğunda, kusursuz sorumluluk asıldır. Bununla beraber, sorumlu kişinin zararın doğumunda kusuru var ise buna “munzam (ek) kusur “ adı verilmektedir. Kusursuz sorumlu kabul edilen kişinin ayrıca bir zararının bulunması halini ifade eden munzam zararın sonuçlarını kısaca şu şekilde ifade edebiliriz:

- **Tazminat miktarından indirim söz konusu olmayacaktır.**

- **Sorumlu kişinin kusuru mevcut ise, BK m. 62’ in uygulanmasında diğer sorumlu kişilere rücu hakkı ya olmayacak ya da kişilerin sorumluluk oranlarıyla sınırlı olacaktır.**

- **Munzam kusuru bulunan kusursuz sorumlu kişi, zarar gören kişiye karşı sorumsuzluk anlaşmasına dayanamayacaktır²²⁰. Zira, bu durumda, taraflar arasında yapılan ve işleticinin sorumsuzluğuna dayanan bir anlaşmanın hukuken kabul edilebilir bir tarafı bulunmamaktadır.**

e- Maddi ve Cismani Herhangi Bir Zarar Olmaksızın Manevi Zararın Tazmininin Talep Edilip Edilemeyeceği Sorunu

Baz istasyonları işleticilerinin hukuksal sorumluluğunun tespiti ile alakalı herhangi bir düzenleme olmadığından dolayı, bu konu hakkındaki düşüncelerimizi de Yargıtay kararları ışığında ve fakat olması gereken yönü ile incelemeye çalışacağız. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2008 yılında verdiği kararda kısaca; “Aynı bölgede yaşayan insanların psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte olduğu ve bunun da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı açık olup, davacıların zarar gördüğünün kabulü gerekir.

Konumu itibarıyla, uzun sürede kişi, çevre ve bitkilere zarar verdiği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, bunun daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gerektiği anla-

²¹⁹ Bu konu, özellikle, araç işletenin sorumluluğu ve iş kazası yönünden işverenin sorumluluğunu düzenleyen başlıklarda ayrıntılı incelendiği için şimdilik bu kadarı ile iktifa ediyoruz.

²²⁰ KILIÇOĞLU, A., s. 226.

şılmaktadır. (721/m.737)

Bu belirlemeler itibariyle dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zarar yok ise de, çevre binalarda ve bu bağlamda davacıların meskeninde bulunanların sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, aynı bölgede yaşayan insanların psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte ve bunun da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı açık olup, davacıların zarar gördüğünün kabulü gerekir. Açıklanan nedenlerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.²²¹”

221 “Aynı bölgede yaşayan insanların psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte olduğu ve bunun da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı açık olup, davacıların zarar gördüğünün kabulü gerekir.

Konumu itibariyle, uzun sürede kişi, çevre ve bitkilere zarar verdiği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmamasının sakıncalı bulunduğu, bunun daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gerektiği anlaşılmaktadır. (721/m.737)

Bunun için zarar görenin zararını değil, tesis ve işletme sahibinin tesisin işletilmesinden dolayı kişilere, bu bağlamda çevreye bir zarar vermediği ve herhangi bir olumsuz sonuç yaratmadığının kanıtlanması gerekir. Bu sonuç genel sorumluluk kurallarının aksine olarak, davalıların işletmesinin ağır tehlike doğuracak özelliğinden kaynaklanmaktadır.

Sertifikada belirtilen limitlerin yönetmelikte belirtilen limitlere uygun olduğu, hatta yönetmelikteki limitlerin de altında bulunduğu belirlense bile bu belirlemelerle bir zararın olmayacağı kabul edilemez. Yönetmelik ve bu yönetmelikteki ölçülere göre verilen sertifika, soyut bir belirleme içeriktedir. Bu bağlamda, o anda o yerde ve belirtilen güçte kurulacak istasyonun değerlerini belirtmektedir. Nitekim sertifikada bu nitelikleri içermekte olup, kurulan istasyonun çevresindeki binaların ve giderek konumunu belirtmemektedir. Bu da sertifikadaki ölçülerin tüm bilimsel verilere uygun olduğu ve zarar doğurmayacağı anlamına gelmez. Kaldı ki, hukuk kurallarındaki norm düzenlemesi itibariyle yönetmelik ve yönetmeliğe uygun bir işlem yapılsa bile, buna karşın çevreye verilen zarardan, eylemde bulunanın sorumlu olmayacağı sonucu doğmaz. Ayrıca yargıç, uyumsuzluğun çözümünde yönetmeliğe değil yasaya, genel hukuk kurallarına ve bu bağlamda sorumluluk hukukunun ilkelerine göre karar vermek zorundadır. Bunun içindir ki, yönetmeliğe ve yönetmeliğe göre verilen sertifikayı bağlayıcı olarak kabul etmemek gerekir. Yapılan şu bilimsel açıklamalar itibariyle, tek başına ölçüm sonuçlarının düşük olması, zarar doğurmayacağı anlamına gelmez. Diğer koşulların bu bağlamda, tesisin kurulduğu yerin yerleşim yerlerine ve davacının evine ve bahçesine olan yakınlığı da göz önünde tutulmalıdır. Davalılar, kamu yararına hizmet verdiklerini savunmuştur. Gerçekten yukarıda da açıklandığı üzere davalı tarafından bu ve benzeri tesislerin işletilmesi sonucu geniş bir halk kitlesinin yarar sağladığı bilinen bir olgudur. Ne var ki, bu yararın sağlanması karşısında kişilerin zarar görmesi hoş görülemez. Bu bakımdan gerek hizmetten elde edilen yarar ve bunun karşısında verilen zararın dengelenmesi gerekmektedir. Hiçbir hizmet, insan yaşamı kadar öncelik ve önem taşımaz. Diğer bir anlatımla, yararlı bir hizmetin karşılığı olarak insanın ölümü uygun bir sonuç olarak kabul edilemez. İnsan yaşamında tehlike yaratan bir hizmetin, kişi yaşamının önüne geçmesi ve ona üstünlük tanınması doğru bir yaklaşım olarak düşünülemez. Kaldı ki somut olayda, bu hizmetin aynı yerde verilmesinde zorunluluk da bulunmamaktadır. Muhtemelen fazla bir giderle de olsa, başka bir yerde aynı sonuçları sağlayacak bir istasyonun kurulması ve hizmet vermesi olanaklıdır. Bu nedenle davalının bu yöndeki savunma ve itirazları da yerinde değildir. Davalı tarafından sunulan bilimsel düşünceler genel bir nitelik taşıyıp, doğrudan somut olayla ilgili bulunmadığı gibi, bu konuda aksi düşünceleri içeren görüşler olarak da düşünülmemelidir. Davalıların sunduğu yazılardaki bilimsel düşünceler, genel bir nitelik taşıyıp somut olaya özgü bir içerik taşımadığından bunlara da itibar edilemez.

Bir diğer konu da; bu tür tesislerin konuşmanın yoğun olduğu yerlere yakın kurulmasıdır. Kendilerinin de bu teknik kuralı gözeterek kurulacak yeri belirlemiş olmasıdır. Davalıya konuşmacılara sağlanan yarar bakımından bu belirleme doğru olabilir. Ancak tesisin böyle bir yerde ve bu konumu ile kullanılmamasının da özellikle yakın çevresine zarar verdiği de açıktır. Bu bakımdan, bu tesisin üçüncü kişilerle birlikte davacı da yararlanmış olsa, sağlanan yararla verilen zararın dengelenmesi genel bir hukuk kuralıdır. Yarar, haberleşmeyi amaçlamaktadır. Zararın ise, insan sağlığı ve yaşamı ile ilgili olduğu gözetildiğinde, ikinci değere önem verilmesi gerekmektedir.

Yine davalı tarafından ileri sürülen ve daha önce Yargıtay 1 ve 11. Hukuk Dairelerince verilen kararların eldeki bu kararla çeliştiği ileri sürülmüşse de, anılan daire kararlarında uyumsuzluğun çözü-

Konuyla ilgili olarak Yargıtay 1. HD' sinin 08.03.2012 tarihinde vermiş olduğu kararda; "Davalı, kamu yararına hizmet verdiklerini savunmuştur. Gerçekten yukarıda da açıklandığı üzere, davalı tarafından bu ve benzeri tesislerin işletilmesi sonucun geniş bir halk kitlesinin yarar sağladığı bilinen bir olgudur. Ne var ki, bu yararın sağlanması karşısında kişilerin zarar görmesi hoş görülemez. Bu bakımdan hizmetten elde edilen yarar ve bunun karşısında verilen zararın dengelenmesi gerekmektedir. Hiçbir hizmet, insan yaşamı kadar öncelik ve önem taşımaz. Diğer bir anlatımla, yararlı bir hizmetin karşılığı olarak insan ölümü uygun bir sonuç olarak kabul edilemez. İnsan yaşamında tehlike yaratan bir hizmetin, kişi yaşamının önüne geçmesi ve ona üstünlük tanınması doğru bir yaklaşım olarak düşünülemez. Kaldı ki somut olayda, bu hizmetin aynı yerde verilmesinde zorunluluk da bulunmamaktadır. Daha fazla bir giderle de olsa, başka bir yerde aynı sonuçları sağlayacak bir istasyonun kurulması ve hizmet vermesi olanaklıdır. Bu nedenle davalının bu yöndeki savunma ve itirazları da yerinde değildir."²²². Yargıtay kararının genel olarak, Yargıtay 1. HD' sinin 2008 tarihinde vermiş olduğu kararla aynı paralelde olduğunu görüyoruz. Öte yandan, Yargıtay 4. Dairesinin çok yeni verdiği anlaşılabilir karar ile "karar düzeltme" ile kaldırdığı kararının zıtlık teşkil ettiği anlaşılmaktadır ²²³. Davacının verilen karar ile tatmin olmayıp, Yargıtay Hukuk Genel

münde yönetmelikteki ölçü birimlerinin davaya konu edilen istasyonda gözetilip gözetilmediği, gözetilmemiş olsa dahi zarar doğurup doğurmadığının belirlenmesi yönündedir. Bu belirlemeye göre anılan kararların eldeki kararla çelişmediği sonucuna varılmalıdır. Şöyle ki; bir istasyon yönetmeliğe uygun olarak çalıştırılrsa dahi, zarar verdiği takdirde yönetmeliğe uygun olduğundan söz edilerek zarar verenin sorumluluktan kurtulması kullanıma devam edilmesi sonucunu doğurmaz. Yönetmeliğe uygun değilse, zaten hukuka aykırılık gerçekleşmiş olacaktır. Tüm dosya kapsamına göre, kullanılan istasyonun konumu itibarıyla, uzun sürede kişi, çevre ve bitkilere zarar verdiği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, bunun daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gerektiği anlaşılmaktadır.

Bu belirlemeler itibarıyla dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zarar yok ise de, çevre binalarda ve bu bağlamda davacıların meskeninde bulunanların sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, aynı bölgede yaşayan insanların psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte ve bunun da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı açık olup, davacıların zarar gördüğünün kabulü gerekir. Açıklanan nedenlerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir 4. HD. 20.11.2008, E. 2008/1773 K. 2008/14364, <http://www.tazminat hukuku.com/yargitay-kararlari/baz-istasyonlari-hakinda-yargitay-kararlari.htm>.

²²² Yarg. 1. H. D., T. 08.03.2012 , E. 2011/13424 ve K. 2012/2613 Yargıtay'ın açıkladığı ve emsal teşkil edecek gerekçeli kararda, "Düşük sinyalle olsa bile ve yerleşim yerlerine yakın kurulan baz istasyonlarında tüm tedbirler alınmış olsa bile söz konusu istasyonların, insan sağlığına zarar vermeyeceği anlamına gelmediğine" hükmedildi. 8 Ekim 2008 tarihinde Samsun 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne dava açtı. 2 yıl sonra mahkeme kararını açıklayarak baz istasyonunun bulunduğu yerden kaldırılmasına hükmetti. GSM şirketi ise yerel mahkemenin kararına itiraz etti. İtiraz üzerine 9 Mayıs 2012 tarihinde N. Koyuncu başkanlığında toplanan Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin kararını oy birliği ile onadı. <http://www.trthaber.com/haber/gundem/yargitaydan-baz-istasyonu-ile-ilmli-karar-65460.html>

²²³ Yarg. 4. HD., 20.06.2011 T., E. 01.02.2011 ve E. 2010/14491 ve K. 2011/929 sayılı ilamı. Yerel mahkeme kararında, davacının kızının lenf kanseri olduğunun altı çizilerek, buna rağmen baz istasyonu karşı karşıya yaşamak zorunda bırakılmasının düşündürücü olduğu kaydedildi. Haberleşme hakkının "bireyin konutunda huzurlu ve sağlıklı yaşama hakkından üstün tutulamayacağı" vurgulandığı kararda, bilirkişi raporuna da atıfta bulunuldu. Kararda, bilirkişi raporunda, davacı ve ailesinin baz istasyonundan olumsuz etkilendiğinin, tedirgin olduklarının gözlemlendiği, bu nedenle istasyonun başka bir yere yerleştirilmesinin uygun olacağına yer verildiği belirtildi. Karara itiraz edilmesi üzerine dosya Yargıtay'ın gündemine geldi. Temyiz talebini değerlendiren Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, yerel mahkemenin kararını yerinde bularak onadı. Daire, yönetmeliğe uygun olarak kurulup işletilse dahi baz istasyonlarının "uzun zaman diliminde insan sağlığında zarara neden olacağını" ve "ölçülebilen bir zarar olmasa da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yarattığını" belirterek, baz

Kurulu' na yaptığı başvuru sonucunda; HGK' nun, kanser hastası olan kızının baz istasyonundan etkilenmesine ilişkin nükleer tıp uzmanının da görüşleri doğrultusunda hareket ederek vermiş olduğu kararda, en azından Mahkeme kararından anlaşıldığı kadarı ile davacı tarafından tazminata ilişkin bir talep olmadığı için bu yönde herhangi karar vermemiştir²²⁴. Yargıtay HGK ilamında; belirtilen kararda Anayasa tarafından korunmaya alınan ‹yaşam› hakkını önde tutarak insan yaşamında tehlike yaratma ihtimalinin bulunması halinde insan yaşamına, sağlığına üstünlük tanınması gerekir, denmektedir. Kararda; “Baz istasyonlarının insan sağlığına etkileri konusunda başta Dünya Sağlık Örgütü olmak üzere, Uluslararası İyonlaştırılmayan Radyasyondan Koruma Komisyonu (ICNIRP), Elektrik Elektronik Mühendisleri Enstitüsü (IEEE), ... vb bir çok ulusal ve uluslararası kuruluş çalışmalar yapmakta ve bu çalışmaların neticesinde bir takım sınır değerler belirlenmiş bulunmaktadır. Mevzuat gereğince baz istasyonlarının sağlığa ve çevreye zarar vermeyecek şekilde; nerede, nasıl, hangi ölçü ve limitler dahilinde kurulacağını belirlemek ve kurallarını koymak işlemleri, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanlığının (BTK) görev ve yetkisindedir. Anayasa tarafından korumaya alınan ‹yaşam hakkı›, ‹haberleşme hürriyeti› ve ‹mülkiyet hakkı› gibi temel haklar arasında bir çatışma meydana gelmesi halinde bu durumun, yargılama makamları tarafından hassasiyetle değerlendirilmesi ve çatışan yararlar arasında öncelik düşüncesine dayalı bir denge kurulması gerekir. Dava konusu tesisin cep telefonlarının kullanımı için zorunlu olduğu ve bu tesisin geniş bir kitleyi ilgilendirmesi nedeniyle kamuya hizmet vermeyi amaçladığı tartışmasız ise de insan yaşamında tehlike yaratma ihtimalinin bulunması halinde insan yaşamına, sağlığına üstünlük tanınması gerekir. Başka bir deyişle; ‹Yaşam Hakkı› en kutsal ve birincil hak olup tehdit altında olma şüphesi dahi diğer Anayasal haklardan önce gözetilmesi gerektiğini doğurur. Aksi halde yaşam hakkının tehlikede olduğu bir yerde diğer tüm temel hak ve hürriyetlerin hiçbir değeri kalmayacaktır.

Dosya arasında bulunan Nükleer Tıp uzmanı öğretim üyesi bilirkişi raporunda; baz istasyonlarının genel performansa ve sağlığa olan etkileri konusunda günümüze kadar yayınlanmış çeşitli çalışmaların olduğunu, bu çalışmalarda uzun süre baz istasyonlarının yakınında yaşayanların genel vücut sağlıklarının etkilendiğinin gösterildiğini, baz istasyonlarının yaydığı radyofrekans elektromanyetik dalgalarına maruz kalanlarda en sık rastlanan semptomların, baş ağrısı, konsantrasyon bozuklukları, huzursuzluk, uykusuzluk ve el titremesi olarak saptandığını ne var ki kontrollü ve sistematik yapılmış baz istasyonlarının kanser yapıcı etkisini araştıran bir çalışmanın günümüze kadar gerçekleştirilemediğini belirtmiş ve sonuç olarak baz istasyonlarının kanser yapıcı etkisine yönelik şüphenin şu anda tam olarak ortaya konmamış olmasının, ileride yapılacak çalışmalarda da bu etkinin gösterilemeyeceği anlamına gelmediğini, bu nedenle geçmişe yönelik telafisi mümkün olmayan

istasyonlarının yerleşim yerlerinden uzaklaştırılmasına karar verdi. Davalı GSM şirketinin karar düzeltme talebinde bulunması üzerine dosyayı yeniden görüşen Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, bu kez karar değişikliğine giderek yerel mahkemenin kararını bozdu. <http://www.hukukihaber.net/kararlar/yargitaydan-baz-istasyonu-karari-h24472.html>

²²⁴ Yarg. HGK T. 30.05.2012 T. , E. 2012/4-147 ve K. 2012/327 Söz konusu ilamda baz istasyonlarını şehir dışına çıkarılmasına karar vermiştir Belirtilen kararda Anayasa tarafından korunmaya alınan ‹yaşama› hakkı öde tutarak insan yaşamında tehlike yaratma ihtimalinin bulunması halinde insan yaşamına, sağlığına üstünlük tanınması gerektiği belirtilmiştir.

kanser gibi hastalıkların önlenmesi açısından toplumumuzu baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik radyasyondan en makul düzeyde korumak gerektiğini, ayrıca söz konusu davada davacının kızı’nın 1994 yılından beri bir lenf kanseri çeşidi olan malign lenfoma tanısı ile izlendiği Ankara Üniversitesi tarafından düzenlenen epikrizden anlaşıldığını, bu kanser ile baz istasyonlarını ilişkilendirmenin bilimsel açıdan doğru olmadığını ancak bir hekim sıfatıyla, keşif sırasında davacı ve kızı ile yaptığı görüşmede, zaten ailede yaşanan kanser hastalığı nedeniyle endişeli olan ailenin yaşadıkları evin karşısında boş arsada bulunan baz istasyonu nedeniyle sağlık açısından ek endişeler taşıdığını, söz konusu baz istasyonunun psikolojik olarak yaşamlarını olumsuz biçimde etkilediğini ve tedirginlik yarattığını gözlemlediğini belirterek dava konusunu teşkil eden baz istasyonunun yapılan ölçümler sonucunda fimit değerleri aşmadığı tesbit edilmiş olsa bile yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı mevcut yerinden alınarak başka bir yere yerleştirilmesinin uygun olacağı saptamasında bulunmuştur.

Davacının dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zararı kanıtlanmamış ise de, baz istasyonunun yukarıda açıklanan zarar verme ihtimali ile birlikte davacının evine olan mesafesi, kanser hastası bir kızının bulunması, içinde bulunduğu psikolojik ortamın kendisinde tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı ve bu konudaki doktor bilirkişi raporu ile davacının yaşamdaki sağlık değerleri, Anayasaca teminat altına alınan yaşam hakkı, mülkiyet hakkı birlikte değerlendirildiğinde dava açmakta haklı olduğu ve davasının kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır.

Kaldı ki, bu hizmetin davacıya ait konutun bulunduğu yerde verilmesinde zorunluluk bulunmadığı gibi, davacıya ve çevreye zarar verme ihtimali olmayan bir başka yerde de verilmesi olanak dahilindedir. Yine taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınma yükümlülüğü getirilmiştir.” denilmektedir²²⁵.

Bu durumda, söz konusu kararın, nükleer tıp uzmanının görüşü ile kanser hastası kızı olan davacının psikolojik durumu dikkate alınarak verilen ve ispat sadedinde verilen bir karar olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle konu hakkında uzman olan temel kuruluşlardan, Türkiye Nükleer Tıp Enstitüsü ile Bilgi ve Telekomünikasyon Kurumu’ndan, konusunda uzman bilirkişi heyetinden alınacak rapor’a göre, değerlendirme yapmak ve belki de bölgesel risk alanları belirlenerek, baz istasyonu yerleştirmek yerinde olacaktır. Bu anlamda, özellikle tazminat konusunda; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’ndan “içtihat” mahiyetinden karar çıkmasını sağlamak yerinde olacaktır. Aksi takdirde, çelişkili kararlar ile, Türkiye’de yaşayan herkes, baz istasyonları sahibi olan GSM şirketlerine karşı dava açarak tazminat isteme konusunda, tartışmalar devam edecektir. Yargıtay HGK’ nun vermiş olduğu son karar, bireysel ve baz istasyonunu kaldırmak için vaki talep üzerine verilmiş bir karar olduğunu düşünüyoruz. Bu güne değin, Yargıtay’ın vermiş olduğu kararların çok dışında bir karar değildir.

20.000’e yakın mahallesi bulunan, bunun yanında 100.000’e yakın ise baz istasyonu bulunan ülkemizde her mahalleye yaklaşık 5 baz istasyonunun düştüğü

²²⁵ Yarg. HGK T. 30.05.2012 T. , E. 2012/4-147 ve K. 2012/327 Söz konusu ilamda baz istasyonlarını şehir dışına çıkarılmasına kara vermiştir Belirtilen kararda Anayasa tarafından korunmaya alınan ‘yaşama’ hakkı ödevi tutarak insan yaşamında tehlike yaratma ihtimalinin bulunması halinde insan yaşamına, sağlığına üstünlük tanınması gerektiği belirtilmiştir.

gerçeği karşısında Yargıtay'ın bu kararı düşünüldüğünde, milyonlarca kişinin “baz istasyonlarının psikolojilerini ve manevi bütünlüklerini bozuyor” iddiası ile manevi tazminat talep edebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu yönden Yargıtay kararına yapılan itirazları gören Yargıtay, 2011 yılının mayıs ayında verdiği bir karar ile eski görüşünü değiştirmiştir. İlgili kararda özetle “**kanıtlanmayan mücerret (soyut) “uzun vadede zarar verir, baz istasyonu yakın mesafede, görünce moralim bozuluyor ... vs. gibi”** nedenlerle dava açılmasının ve bunun kabulünün hukuka ve yasalara uygun olmadığı da belirtilmiş ve bir anlamda eski kararından rücu etmiştir²²⁶. Ancak, Yargıtay HGK kararında belirtildiği gibi; davacının ileri sürdüğü hususların, davalı GSM şirketinin baz istasyonundan çıkma ihtimali bulunması halinde; doğrudan tazminat davası olmasa bile, men'i müdahale davası açma hakkının bulunduğu kabulü gerekir.

Sonuç itibari ile Yargıtay'ın son olarak verdiği kararı destekleyen 2011/ 6287 E. sayılı Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararına bakıldığında, baz istasyonu işleticilerine karşı, herhangi bir maddi zarar olmaksızın manevi zarar talep edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmak mümkündür.

III- ZARAR GÖRENLERİN VEYA GÖRME RİSKİ BULUNANLARIN BAŞVURABİLECEKLERİ HUKUKSAL MERCİLER

A. Genel Olarak

Baz istasyonlarından zarar görenler, baz istasyonu işleticileri aleyhine dava açıp zararlarını tazmin ettirebilirler. Burada zarar görenlerin şahsen zarar görmeleri söz konusu olabileceği gibi, zarar verici olayın doğmamasına rağmen toplumsal risk taşıma ihtimali söz konusu olabilir.

B. Başvurucunun Şahsen Zarar Görmesi Halinde

Elektronik zararlardan şahsen mutazzar olanların, zarar veren işleticilere karşı “adli yargı”da, davalarını ikame etmeleri gerekmektedir. Zira, burada, taraf sıfatı kurduğu elektronik cihaz ile ilgili GSM operatörü ve varsa alt işleticisi müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır. 3. kişinin de bu zarara katkısı söz konusu ise, tehlike sorumluluğunun genel ilkeleri gereği, bu kişiler de, sorumluluk kapsamı alanına gireceklerdir. Burada, ilgili elektronik cihaza ruhsat veren Bilgi Teknoloji Kurumu (BTK)' nun doğrudan bir katkısı olmadığı için, davanın bu Kuruma da teşmil edilmesi mümkün değildir. Ancak, ilgili kurumun ruhsatı yasa ve yönetmeliklere aykırı olarak vermesi nedeniyle ya da yasa ve yönetmelikte belirlenen görevini savaştırmaması nedeniyle, zararda payı olduğu kanıtlanırsa, davalı işleticilerin yanı sıra, Kurumun dâhili davalı yapılmasında, bize göre, hiçbir yasal engel bulunmamaktadır. Ancak, elektronik zararlara maruz kalanların bunu ispatlamaları ve bu ispatın da yasal sürelerle belirlenen limitlerde ortaya çıkması gerekmektedir. Söz konusu zararların tespiti, çok zor olup, hâkimin veya mahkeme heyetinin kendi bilgisi ve görgüsü ile tek başına hukukçuların çözeceği bir konu değildir. Bu konuda, elektronik mühendislerinin ya da uzman sağlık personelinin oluşacak bilirkişi heyetinin bilimsel çalışmaları sonucunda tespit edeceği verilere göre, bilirkişi raporu tanzim edilmelidir. Konu ile ilgili hukukçu bilirkişinin de, ilgili heyette

²²⁶ Bkz. Yarg. 4. HD. E. 2011/6287 ve K. 2011/5920 sayılı ilamı.

olması, hukuksal sorumluluğun aktüeryal hesaplara aktarılması yönünden faydalı olacaktır. Çağdaş gelişme her üç uzmanlık alanının da bu konuda çalışma zorunluluğunu ortaya koymaktadır.

1. Zararın Oluşumu Nedeniyle Tazminat Davası

Öte yandan, BK 49. maddesinde yer alan, zararın öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halukarda on yıl içinde davanın ikame edilmesine ilişkin hükmün hangi tarihte başlayacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Şüphesiz, ceza zamanaşımı daha uzun olduğundan, ceza söz konusu olan elektronik zararlarda, daha uzun olan ceza zamanaşımı süresinin tatbik edileceği her türlü münakaşadan varestedir. Öte yandan elektronik zararlarla ilgili olarak ileri sürülen tahribatlar en erken 10 ila 20 yıl sonra ortaya çıkacaktır. Bu durumda, Borçlar Kanunu'nda yer alan 10 yıl içinde davayı açma süresinin, zararın ortaya çıktığı andan itibaren mi, yoksa zarar verici olayın vuku bulduğu ya da başlayıp devam edip bittiği andan itibaren mi başlayacağı hususunda hiçbir özel hüküm bulunmamaktadır. Bu durumun hukuk düzeni için bir eksiklik olduğunu düşünüyoruz. Baz işleticisinin işletim esnasında var olan ve fakat işletme tarihinden çok uzun süre sonunda zararın ortaya çıkması durumunda ne olacaktır? Zarar çıktığı anda, işletici sıfatını kaybetmiş olan (örneğin, süreli olarak kurulmuş A.Ş. olması, iflas etmesi, isim hakkı hariç, şirketin sahipleri tarafından fesholunması, ya da yasal merciler tarafından feshine karar verilmesi durumunda) GSM şirketine karşı dava açılmayacağına göre, dava kime karşı ve hangi gerekçe ile açılacaktır? Bu durumda, ilk akla gelen, tıpkı bazı ülkelerde nükleer enerji işletenlerin sorumluluğunda olduğu gibi, muhtemel zararlara karşı sigorta riski düşünülerek, güçlü bir sigorta biriminin kurulması gerektiğidir. Zira "Nükleer Enerji Alanında Üçüncü Şahıslara Karşı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Paris Sözleşmesi" nde etkili bir sigorta sistemi zorunlu kılınmıştır. Elektronik zararlar için de böyle bir sigortanın çok yararlı olacağını, ispat sorunu olmaksızın, mağdur ve diğer zarar görenlerin istifade etme imkanına kavuşması gerektiğini düşünüyoruz.

2. Men'i Müdahale Davası

Bu tür durumlar; özellikle baz istasyonlarının mevcut hastalara zarar verilmesinin muhtemel olması durumunda ikame edilebilir. Örneğin, kanser hastası olan bir çocuğun, evinin hemen yanında bulunan GSM baz istasyonundan daha fazla etkilenmesinin söz konusu olduğu durumlarda, zarar gördüğünü iddia eden kişi zararını ispatlaması halinde, söz konusu baz istasyonunun kaldırılmasını talep edebilecektir. Örneğin; Yargıtay HGK'nun çok yeni olarak vermiş olduğu kararda; Dosya arasında bulunan Nükleer Tıp uzmanı öğretim üyesi bilirkişi raporunda; baz istasyonlarının genel performans ve sağlığa olan etkileri konusunda günümüze kadar yayınlanmış çeşitli çalışmaların olduğunu, bu çalışmalarda uzun süre baz istasyonlarının yakınında yaşayanların genel vücut sağlıklarının etkilendiğinin gösterildiğini, baz istasyonlarının yaydığı radyofrekans elektromanyetik dalgalarına maruz kalanlarda en sık rastlanan semptomların, baş ağrısı, konsantrasyon bozuklukları, huzursuzluk, uykusuzluk ve el titremesi olarak saptandığını ne var ki kontrollü ve sistematik yapılmış baz istasyonlarının kanser yapıcı etkisini araştıran bir çalışmanın günümüze kadar gerçekleştirilemediğini belirtmiş ve sonuç olarak baz istasyonlarının kanser yapıcı etkisine yönelik şüphenin şu anda tam olarak ortaya

konmamış olmasının, ileride yapılacak çalışmalarda da bu etkinin gösterilemeyeceği anlamına gelmediğini, bu nedenle geçmişe yönelik tafisi mümkün olmayan kanser gibi hastalıkların önlenmesi açısından toplumumuzu baz istasyonlarının yaydığı elektromanyetik radyasyondan en makul düzeyde korumak gerektiğini, ayrıca söz konusu davada davacının kızı’ nın 1994 yılından beri bir lenf kanseri çeşidi olan malign lenfoma tanısı ile izlendiği Ankara Üniversitesi tarafından düzenlenen epikrizden anlaşıldığını, bu kanser ile baz istasyonlarını ilişkilendirmenin bilimsel açıdan doğru olmadığını ancak bir hekim sıfatıyla, keşif sırasında davacı ve kızı ile yaptığı görüşmede, zaten ailede yaşanan kanser hastalığı nedeniyle endişeli olan ailenin yaşadıkları evin karşısında boş arsada bulunan baz istasyonu nedeniyle sağlık açısından ek endişeler taşıdığını, söz konusu baz istasyonunun psikolojik olarak yaşamlarını olumsuz biçimde etkilediğini ve tedirginlik yarattığını gözlemlediğini belirterek dava konusunu teşkil eden baz istasyonunun yapılan ölçümler sonucunda fimit değerleri aşmadığı tesbit edilmiş olsa bile yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı mevcut yerinden alınarak başka bir yere yerleştirilmesinin uygun olacağı saptamasında bulunmuştur.” Yagıtay HGK konuya bu yönüyle bakmış ve davacının baz istasyonunu kaldırma konusundaki talebini yerinde görmüştür²²⁷.

C. Zarar Verici Olayın Doğmaması ve Fakat Toplumsal Risk Oluşturması Durumu

1. Şahsi Zararların Dışında Kanuna Aykırı İşletim Nedeniyle Toplumun Zarar Görmesi Riski Durumu

Kişinin doğrudan zarar görmesi hali haricinde kalan ve fakat toplum sağlığına zarar verdiği düşünülen ve işleticinin çalışma statüsünün yasa ve yönetmeliklere uygun olmaması da ihtimal dahilindedir. Mevzuat gereğince baz istasyonlarının sağlığa ve çevreye zarar vermeyecek şekilde; nerede, nasıl hangi ölçü ve limitler dahilinde kurulacağını belirlemek ve kuralları koyma yetkisi Bilgi Teknolojileri Kurumu’na (BTK) aittir. Eğer, Kurumun işleminin yasa ve yönetmeliklerle belirlenen usul ve esaslara aykırı olduğu ve bu aykırılığın kamu düzenini bozucu niteliği ve toplumsal zararlara neden olan yönü olduğu iddiası var ise, bu davanın idari yargıda ve bu Kuruma karşı açılması gerekmektedir. Bu tür davalarda, BTK’ nun sorumluluğuna gidilebilmesi için, yargılama esnasında, toplum sağlığının ve kamu düzeninin zararının tespiti de gerekmektedir.

2. Kanuna Uygun İşletim Olmasına Rağmen, Dayanak Yönetmeliğin ya da İşlemin, Zarar veya Güvenliğe Aykırı Muhteva Taşımaları

Bazı durumlarda, idare tarafından tesis edilen işlem yasa ve yönetmeliklere uygun olabilir. Ancak, ilgili yönetmelik hükümleri, bilimsel gerçeklere ve insan sağlığına ya da diğer varlıklara zarar verici boyutları dikkate alınmaksızın tanzim edilmiş olabilir. Verilen işletme ruhsatı, yasaya uygun olsa bile, ruhsatın dayandığı yönetmeliğin iptalinin istenmesi halinde ya da işletme ruhsatının daha üst normlara aykırılık arz etmesi durumunda, idari yargıya başvurulması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kararında; “sağlığa zarar veriyor iddiası haricinde baz istasyonlarının sertifikada belirtilen limit değerlere ve güvenlik mesafesine

²²⁷ Yarg. HGKT. 30.05.2012 T., E. 2012/4-147 ve K. 2012/327 sayılı ilamı.

uygun olarak kurulmadığı, başlangıçta uygun kurulsadahi sonradan sertifikadaki limit değeri ve güvenlik mesafelerine aykırı davranıldığı iddiasının BTK'ya karşı ve idari yargıda idareye karşı, Bilim Teknolojileri Kurumu Başkanlığı'na karşı (BTK), açılması gerektiği..." hususunu belirtmiştir. Yine ilgili Yargıtay kararında; baz istasyonlarının limit değerlere ve güvenlik mesafelerine uygun olmasına rağmen zararlı olduğu iddia ediliyorsa, idari yargıda idareye karşı dava açılması gerektiği de yer almaktadır.

Bu tür davalarda, kamu düzeni ve toplum sağlığına yönelik ihlalin, yargı mercileri tarafından, tespiti de gerekmektedir²²⁸.

D. Tehlikenin Önlenmesi Davası

Baz istasyonlarının kapatılmasını sağlamak için tehlikenin önlenmesi davasının açılıp açılmayacağı sorusunun da cevaplandırılması gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki baz istasyonları kanunda belirtilen limit değerlere göre kurulmaktadır. Bundan dolayı bu limit değerlere uygun olarak kurulmamış olan baz istasyonlarının kapatılması olağandır. Ayrıca limit değerlere uygun olsa bile, halihazırda meydana gelmiş olan zarardan baz istasyon işleticisinin sorumlu olacağı Yargıtay kararları ile sabittir. Bu sebeplerden dolayı tehlikenin önlenmesi davasının açılmasının kabul edilmesi söz konusu olamaz.

²²⁸ Aksi durum, idarelerin çalışamaz gelmelerinin ötesinde, gereksiz yargı yükü ile karşı karşıya da kalması her zaman mümkün olabilecektir.

IV-SONUÇ:

A- Elektronik radyasyonların verdiği zararlar konusunda, hukuki sorumlulukların ispatına yönelik olarak, genel hükümler geçerlidir. Elektronik zararlardan müteessir olduğunu ileri sürenlerin bunu ispat etme zorunluluğu, mevcut yasal duruma göre, devam etmektedir. Ayrıca hukuksal olarak, bu tür zararların tespiti uzun zaman alması çok kuvvetli ihtimaldir. Davaların açılması ve nihayete ulaşması risk taşımaktadır. Bu nedenle, bu durumun çoğunlukla haksız sonuçlara neden olabileceği gerçeğine bakılarak, mümkün ve muhtemel elektronik materyallerden doğan zararlara karşı, tıpkı nükleer enerjide sorumluluğa ilişkin Paris sözleşmesinde yer aldığı gibi, mağdurları koruyucu “sigorta mekanizması” getirilmesi yerinde olacaktır.

Yargıtay’ın içtihatlarla belirlediği bir ilke olan, elektronik zararlarda “tehlike sorumluluğu” na ilişkin ilke, halen devam ettiği gibi aksine içtihat değişikliği olmadığı müddetçe, Yeni BK döneminde de, ilgili elektronik zarar üreten kurum ya da kuruluşların sorumlulukları devam etmektedir. Baz istasyonları sahipleri başta olmak üzere bütün elektronik zararlar yayan elektronik alet, makine veya araçların sahipleri ‘tehlike sorumluluğu’ ilkesine göre, kusurları olmasa bile, doğan zararlardan sorumlu tutulacaktır.

A- Elektronik radyasyonların verdiği zararların mutlak bir ispatına gerek yoktur. Eğer zarar vermesi muhtemel ise, davacının baz istasyonunu yakında tesis ettiği için bu ihtimali beliren kişinin “men’i müdahale davası” açmakta hukuki yararının bulunduğu kabulü gerektiği kanaatini taşıyoruz. Ancak, tazminat davası için, mutlaka zarar, ziyan ve zarar ve ziyan arasında illiyet bağının mevcudiyeti şartını aramak gerekecektir.

B- Elektronik radyasyonların verdiği zararların ispatının güçlüğü ve dahası ilgili zararların hangi elektronik dalga yayan istasyondan geldiğinin kanıtlanmasının zorluğu bilinmektedir. Söz konusu zararların tespiti, tek başına hukukçuların, elektronik mühendislerinin ya da uzman sağlık personelinin kendi başına tespit edebileceği bir durum değildir. Çağdaş gelişme her üç uzmanlık alanının da bu konuda çalışma zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Bu konuda, ilgili kanunlarda, genel düzenlemeler ile varılması mümkün yaklaşımların dışında, herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Acilen konu ile ilgili düzenleme yapılması gerekmektedir. Zira, teknolojinin büyük nimetleri yanı sıra, mümkün ve muhtemel külfetleri de olabilir. Külfetinin nasıl telafi edileceğine ilişkin ek düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

C- Elektronik zararlardan müteessir olanlar, yani bu durumdan doğrudan ya da dolaylı bir şekilde zarar görenler adli yargıda dava açmak zorundadırlar. Zarar görme fiili; devam etmekte olan bir fiile yönelik olabildiği gibi, ika edilen fiil neticesinde husule gelen zararın giderilmesi (tazminat) şeklinde de olabilir. Ancak, idari işlemin yasalara aykırı tesisi halinde ya da tesis edilen işlem yasaya uygun olsa bile, insan sağlığına ve çevreye zarar vermesi durumunda, veyahut da yönetmelikte belirlenen değerlere ilişkin taleplerde; hasım olarak Bilgi Teknolojileri Kurumu gösterilmesi gerekir. Bu kabil davalar da, idari yargıda dava açılması gerekmektedir.

D- Bu tür zararların ortaya çıkması ve tespit edilmesi uzun zaman aldığından, muhtemel uyumsuzluklarda hangi zaman diliminin başlangıç olarak esas alınıp “za-

manaşımı müessesesi” nin tatbik edileceği de tartışma konusudur. Gerek zamanaşımının başlangıç süresinin belirlenmesi ve gerekse, elektronik zararlar üretmesi mümkün ve muhtemel olan işleticilerin sorumluluk çerçevesinin net olarak ortaya konulması için özel yasa hükümlerine ihtiyaç bulunmaktadır.

BİREYSEL BAŞVURU MEKANİZMASININ TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER REJİMİNE ETKİSİ

*The Affects of Individual Application on Fundamental
Rights and Freedoms*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN*

ÖZET

Türkiyede bireysel başvuru hakkı, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında söz konusudur. Ancak taraf olunmayan Protokoller kapsamında yapılacak başvurularda, bireysel başvuru hakkı kısıtlanmakta ve çelişkili durumlar ortaya çıkmaktadır. Temel hak ve özgürlükleri sınırlamada kullanılan demokratik toplum düzeni ölçütünün Anayasa Mahkemesi tarafından dar yorumlanması hakların içeriğini ve kullanılmasını sınırlandırmaktadır.

Anahtar kelimeler: Bireysel Başvuru Hakkı, Anayasa Mahkemesi, Temel Hak ve Özgürlükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

ABSTRACT

In Turkey, the right to individual application is subject to constitutional rights set forth in the European Convention on Human Rights and its protocols that are acceded by Turkey. But when application is made within the scope of the Protocols that are not acceded, the right of individual application is restricted and contradictory situations arise. The close interpretation, by the Constitutional Court of democratic society the criteria used in order to limit fundamental rights and freedoms, restrict the content of the rights and enjoyment.

Keywords: Right to Individual Application, Constitutional Court, Fundamental Rights and Freedoms, European Convention on Human Rights.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusu, bireysel başvuru mekanizmasının 1982 Anayasası'nın temel hak ve özgürlükler rejimine ne gibi etkisi olacağıdır. Bu kapsamda iki konu üzerinde durulacaktır. Birincisi, bireysel başvuruya konu hakların belirlenmesi; ikincisi ise, özgürlüklerin güvence ölçütlerinin yorumlanmasına etkisidir.

I. BİREYSEL BAŞVURUYA KONU HAKLARIN KAPSAMININ BELİRLENMESİ

Bireysel başvuruya hangi hakların konu olabileceği konusunda farklı uygulamalar bulunmaktadır. Bazı ülkelerde Avusturya örneğinde olduğu gibi (m.144) “anayasal haklar” denilerek, tüm hak ve özgürlükler başvuru konusu yapılabilmektedir. Aynı şekilde Polonya Anayasasının 79. maddesinde “anayasal hakları ve özgürlükleri ihlal edilen herkes,... Anayasa Mahkemesine başvuru yapabilir” denilmektedir. Polonya Anayasasında kişisel haklar, siyasal haklar ve sosyal ve ekonomik hakların tamamı için bireysel başvuru tanınmıştır. Bazı ülkelerde ise anayasada yer alan tüm haklar değil madde ve bölüm belirtilerek sınırlama yoluna gidilmektedir. İspanya Anayasası'nın 53. maddesine göre, “bireysel olarak korunmak amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurarak 14. maddede ve Bölüm II Kesim I'de tanınan hak ve özgürlüklerin korunmasını talep edebilir.” 14. maddede eşitlik, devamında 29. maddeye kadar kişisel ve siyasal haklara yer verilmiştir. Buna karşın Vatandaşların hakları ve ödevleri başlıklı Kesim II'de yer alan daha çok sosyal haklar niteliğinde olanlar için bireysel başvuru kabul edilmemiştir. Öte yandan Almanya'da hangi haklar konusunda başvuru yapılacağı temel haklar bölümüyle sınırlandırılmamış, temel haklar bölümü dışında da hangi haklarda başvuru yapılabileceği tek tek gösterilmiştir. Almanya'da temel hak ve özgürlükler bölümünde yer alan 19 madde dışında Anayasanın 20/4, 33, 38, 101, 103 ve 104 maddelerine ilişkin başvuru yapılabileceği ifade edilmektedir (m.93/4a).

Bireysel başvuru hakkına konu haklar sınırlandırılmıştır. Ancak bu sınırlandırma uygulamada bazı sorunları gündeme getirecektir. Bu durumda hangi hakların başvuru konusu yapılabileceği ve hangi kapsamda başvuruya konu olacağı tartışılacak, başvuru kapsamına giren haklar bakımından ise, Sözleşme bakımından doğacak farklılıklar durumunda ne olacağı gündeme gelecektir.

Anayasa'nın 148. maddesinde 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı kanunla yapılan değişiklikle, bireysel başvuru hakkı tanınmıştır. Maddenin 3. fıkrasına göre, “(Ek fıkra: 12.9.2010—5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir”.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un “Bireysel başvuru hakkı” kenar başlıklı 45. maddesine göre, “(1) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir”.

Anayasada “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi” bir hak

derken; 6216 sayılı Kanunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi bir haktan söz edilmektedir.

Bu iki hüküm arasında bir çatışma olduğu, Yasanın Anayasadaki kapsamı daralttığı söylenebilir mi?

Yasadaki düzenlemenin Anayasadaki düzenlemeye aykırı olduğu onun kapsamını daralttığı şeklinde anlaşılamayacağı kanaatindeyiz. Yasa, Anayasa'daki hükmü somutlaştırıcı bir nitelik taşımaktadır. Kanunda "Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller" demeseydi dahi "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki" ifadesi, "Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller" ifadesini içermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ek protokolleri, çok taraflı bir uluslar arası antlaşmada "değişiklik" (amendment) yapılmasına ilişkin antlaşmalardır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 39. maddesine göre, "Bir antlaşma, taraflar arasında antlaşma ile değiştirilebilir." Sözleşmenin 40. maddesinde, "Çok taraflı bir antlaşmanın değiştirilmesi... antlaşmanın tadili için herhangi bir antlaşmanın görüşülmesine ve yapılmasına katılma" şeklinde olacağı ifade edilmiştir. Sözleşme'nin 40. maddesinin 4. fıkrasına göre, "Tadil antlaşması, halihazırdaki antlaşmaya taraf olup da tadil antlaşmasına taraf olmayan herhangi bir devleti bağlamaz".

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek protokollerin hepsinde yer alan "Sözleşme ile bağlantı" başlıklı ortak hükümde, "Bu Protokol'ün ...maddelerinin hükümleri Taraf Devletler arasında Sözleşmeye ek maddeler olarak telakki edilir ve Sözleşme'nin bütün hükümleri buna göre uygulanır".

Bu düzenlemeler açıkça göstermektedir ki, Protokoller taraf olan devlet bakımından Sözleşme değişikliği olarak kabul edilmekte ve Sözleşmenin bütünlüyci parçası haline gelmektedir. Dolayısıyla Sözleşme ifadesi, taraf olunan protokolleri de içine almaktadır. Taraf olunmayan Protokoller ise, taraf olmayan devlet bakımından Sözleşme kapsamında değildir.

Sonuç olarak Türkiye'de bireysel başvuru hakkı, "Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında" söz konusudur.

Bu nedenle, Türkiye'nin taraf olmadığı, 7. Protokol ve 12. Protokol kapsamındaki haklar bakımından başvuru mümkün olmayacaktır.

Buna karşın Türkiye 4. Protokolü 23.2.1994 tarih ve 3975 sayılı uygun bulma kanunu ile onaylanmış ve 26.2.1994 tarih ve 21861 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Dolayısıyla 4 nolu Protokol iç hukukta yürürlüğe girmiştir. Ancak bu protokolün Avrupa Konseyi nezdinde tevdi işlemi gerçekleşmediğinden uluslar arası hukuk bakımından yürürlükte görünmemektedir. Uluslar arası hukukta yürürlükte görünmemesi iç hukukta bu protokolün yürürlüğe girmesini engellemez. Bu nedenle 4. Protokoldeki haklar için başvuru yapılabilmelidir.

Taraf olunmayan Protokoller kapsamında yapılacak başvurularda yine çelişkili durumlar ortaya çıkabilecektir. Örneğin 4. Protokol kapsamında "Yabancıların toplu sınır dışı edilme yasağı" kapsamında Anayasanın 16. maddesine başvuru kabul edilecekken, 7 Protokol kapsamında "Yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin usulü güvenceler getiren 1. maddesi kapsamında 16. maddeden yararlanılamayacaktır. Halbuki 16. madde her iki hakkı da içerecek genişliktedir. Aynı şekilde

7. Protokolde düzenlenen “Eşler arasında eşitlik” düzenlemesinden bu protokol kapsamında Anayasanın 41. maddesindeki hüküm için başvuru yapılamayacaktır. Protokollere taraf olmamak, bireysel başvuru hakkından yararlanmayı son derece kısıtlamakta ve çelişkili durumlar ortaya çıkarmaktadır.

Bu karşılaştırmadan ortaya çıkan bir diğer sorun da, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden” ne anlaşılması gerektiğidir.

Ne Anayasa ne de Yasanın ilgili maddesine ilişkin gerekçede, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden” ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir izahat yapılmamaktadır. Böylece konu Anayasa Mahkemesi’nin içtihatlarına bırakılmış olmaktadır.

Anayasa’da temel hak ve ödevler, Anayasa’nın II. Kısımında 4 bölüm halinde ve 62 maddede düzenlenmiştir. Anayasada temel hak ve özgürlükler bu kısımda düzenlenen 62 maddeden oluştuğu kabul edilirse, bireysel başvuru bu 62 madde kapsamındaki haklar için yapılabileceği sonucuna varılır.

Diğer yandan, Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ifadesi, Temel hak ve ödevleri düzenleyen II. Kısımdaki haklarla sınırlı değil, Sözleşme kapsamında yer alan Anayasanın herhangi bir maddesindeki hak ve özgürlükleri de kapsar denilebilir.

Birinci yorumu kabul ettiğimizde, Sözleşme kapsamında 14. maddede düzenlenmiş ayrımcılık yasağı konusunda tartışmalar çıkabilecektir. Anayasa’da kanun önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı, Genel Esaslar bölümünde 10. maddede düzenlenmiştir²²⁹. Ayrıca Sözleşme kapsamında 14. madde Sözleşmedeki haklarla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Bağımsız olarak ayrımcılık yasağı 12. Protokolle düzenlenmektedir. Türkiye, bu Protokole taraf olmadığına göre, Sözleşme kapsamında yer alan haklardan bağımsız olarak ayrımcılık yasağından yararlanılamayacaktır. Bu kapsamda 10. madde kapsamındaki başvurularda, bu maddenin temel hak ve özgürlükleri düzenleyen bölümde yer almadığı iddiası gündeme gelebilecektir.

Ancak bu biçimsel ve daraltıcı yorum, bireysel başvuru mekanizmasının amaçlarıyla bağdaşmaz. Bu nedenle, Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ifadesini geniş yorumlamak gerekmektedir. Bu kapsamda, Anayasa’nın herhangi bir maddesinde Sözleşme kapsamındaki haklara ilişkin bir düzenleme olması halinde, bu madde kapsamında da başvuru yapılabilir. Bu nedenle, Anayasanın 10. maddesi, temel hak ve özgürlükler bölümünde düzenlenmemiş olsa dahi Sözleşmenin 14. madde kapsamında işletilmelidir.

Ancak, bu yorumu kabul ettiğimizde dahi 12. Protokol kapsamında 10. maddede başvuru yapılamayacaktır²³⁰. Bu durumda, 10. madde Sözleşmede yer almayan bir hakka ilişkin ayrımcılık yasağı çerçevesinde kullanılamayacaktır. Aksi durumda 12. Protokole taraf olmamanın hiçbir hukuki sonucu kalmayacaktır. Öte yandan, Anayasada 10. madde ile sağlanan “kanun önünde eşitlik” hakkı sadece Sözleşme-

²²⁹ Örneğin Almanya’da aynı konu temel haklar bölümünde 3. maddede düzenlenmektedir.

²³⁰ 12 Nolu Protokol’de “Genel ayrımcılık yasağı” şu şekilde düzenlenmektedir: “(1) Kanunda öngörülen haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensubiyet, servet, doğum veya başka bir statüden kaynaklanan herhangi bir nedenle ayırım yapılmaksızın sağlanır. (2) Kimse, herhangi bir kamu otoritesi tarafından, 1. fıkrada sayılan gerekçelerle ayrımcılığa tabi tutulamaz.”

de 14. madde kapsamında kullanılabilir.

İkinci yorum kapsamında, Sözleşmenin 10. maddesi kapsamında düzenlenen “radyo, sinema ve televizyon işletmelerinin izin sistemine tabi tutulmalarına ilişkin düzenleme, Anayasanın 133. maddesinin yer almaktadır. Bu kapsamda, bu madde temel hak ve özgürlükler bölümünde düzenlenmemiş olmakla birlikte Sözleşme kapsamında yer aldığından bireysel başvuru konusu olabilecektir. Aynı şekilde Sözleşme’nin 1. Ek protokolünün 3. maddesinde düzenlenen serbest seçim hakkı, Anayasanın 67, 75, 76, 77, 79, 101, 102, 104, 127 maddeleri de serbest seçim hakkını düzenlemektedir. Tüm bu maddelere, temel hak ve özgürlükler bölümünde yer almadığına bakmaksızın, serbest seçim hakkı kapsamında başvuru yapılabilir.

Ortaya çıkan bir diğer sorunda, bir hakka ilişkin Sözleşme kapsamı ile Anayasa’da hakka ilişkin düzenlemelerin kapsamının birbirinden farklı olmasıdır.

AİHS’nde, Serbest seçim hakkı sadece “yasama seçimleri” ile sınırlanmaktadır. Sözleşme’deki bu hak kapsamına, devlet başkanı seçimleri, mahalli idare seçimleri, referandum ve plebisitler bu maddenin uygulama alanı dışında kalmaktadır²³¹. Oysa Anayasamızın “seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları” kenar başlıklı 67. maddesinde “seçimler ve halk oylaması” denilerek bir ayırım gözetmeden, genel ve mahalli seçimler, devlet başkanlığı seçimleri, halk oylaması hepsini içine alacak şekilde bir düzenleme yapılmıştır.

Bireysel başvuruyu düzenleyen maddede, “Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin” ihlal iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılabilecektir (m.45/1).

Bu hükmün daraltıcı şekilde yorumlanması halinde, Anayasada güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerden, Sözleşme kapsamında güvence altına alındığı kısmıyla başvuru yapılabilir sonucuna varılabilir. Böylece, Anayasa’da serbest seçim hakkını düzenleyen maddeye ilişkin sadece Sözleşme kapsamında düzenlenmiş “genel seçimler” için başvuru yapılabilir. Bu durumda Sözleşme’nin ihlali önlenmiş olmakla birlikte, Anayasa’nın tanıdığı daha geniş özgürlük alanından yararlanılmamış olacaktır.

Ancak bu yorum tarzı Sözleşme’nin kendisiyle de çelişebilir. Nitekim Sözleşme’nin 53. maddesine göre, “Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf’ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.” Bu hüküm gereğince, Sözleşme kapsamından daha geniş bir şekilde iç hukukta bir hakkın düzenlenmesi durumunda, Sözleşme hükümleri sınırlayıcı şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Dolayısıyla serbest seçim hakkına ilişkin anayasanın genişletici hükümleri, bireysel başvurunun konusu yapılabilir.

Ancak, tam tersi durumda ne olacaktır? Yani, Sözleşmenin güvence altına aldığı bir hakkın, Anayasal düzenleme ile daraltılması halinde, Anayasa hükümleri ihmal mi edilecektir?

Örneğin iç hukukta Anayasa ve yasalarda vicdani red hakkının tanınmaması

²³¹ Ömer ANAYURT, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Seçkin, Ankara, 2004, s. 142.

durumunda, Sözleşme kapsamında Mahkemenin din ve vicdan özgürlüğü kapsamında vicdani red hakkını tanıması durumunda, vicdani red hakkına ilişkin bir bireysel başvuru hakkı kabul edilecek midir? Örneğin, Sözleşmeye rağmen, idam cezasının anayasaya konması halinde, Anayasa Mahkemesi bu konudaki başvurularda Anayasa Mahkemesi Anayasayı ihmal ederek, Sözleşme hükümlerine göre mi karar verecektir?

Anayasanın 90. maddesine göre, antlaşmalar kanun hükmündedir. Ancak 2004 yılında yapılan değişiklik sonrası, **(Ek cümle: 7.5.2004—5170/7 md.)** Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”.

Bu düzenleme ile insan hakları antlaşmaları ile kanunların çatışmasında önceliğin antlaşmalarda olduğu kabul edilmiştir. Ancak insan hakları Antlaşmaları ile Anayasanın çatışması durumunda, Anayasa hükümlerinin önceliği olduğu açıktır. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesi, hakların kapsamını belirlerken, Sözleşme ile Anayasa arasında bir çatışma olması halinde Anayasa hükümlerini uygulamak durumundadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bir hakka ilişkin yorumu, Anayasa Mahkemesi bakımından “ahde vefa ilkesi” gereğince “mümkün olduğunca” Anayasaya uygun şekilde yorumlanmalıdır. Ancak, Anayasa koyucunun açık iradesinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumlarıyla çatışması durumunda, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine yer veren 11. madde bağlamında, Anayasa hükümlerini uygulaması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumları Sözleşme hükümleri gibi kabul edilemez. Sözleşmeciler devletler bakımından bu yorumlar Sözleşmenin uygulanmasında yol gösterici olarak kabul edilmelidir. Aksi halde, uluslar arası bir yargı organının kararları ile iç hukukta Anayasa hükümleri geçersiz kılınabilecektir.

II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN GÜVENCE ÖLÇÜTLERİNİN YORUMLANMASINDA DOĞABİLECEK SORUNLAR

1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin güvence ölçütleri olağan ve olağanüstü hallerde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu düzenleme sözleşme ile paralellik oluşturmaktadır. Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması kenar başlığı ile, olağan dönemlerde özgürlüklere ilişkin sınırlama ölçütleri belirlenmiştir. Maddeye göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. (Değişik: 3.10.2001— 4709/2 md.)”.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uyulması gereken ölçütlerin başında “yasallık ilkesi” gelmektedir. Ancak yasallık ilkesinin uygulaması iç hukukta ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında farklı uygulanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8-11. maddelerinde de “yasayla öngörü-

len” sınırlamalardan söz edilmektedir. Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin “ancak kanunla” sınırlanabileceği belirtilir. Aynı şekilde Anayasanın 91. maddesinin 1. fıkrasında temel hak ve hürriyetlerden sadece “sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin” kanun hükmünde kararname ile düzenlenebileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması “ancak kanunla” mümkün olabilirken, düzenlenmesi konusunda sadece sosyal ve ekonomik haklar bakımından kanun hükmünde kararname açısından bir istisna getirilmiş olmaktadır.

Hukukumuzda her düzenleme bir sınırlama kabul edilmemektedir. Nitekim Anayasanın 26. maddesinin 3. fıkrasında, “Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılamaz” denilmektedir. Bu nedenle her düzenleyici hüküm bir sınırlama kabul edilmez. Türk hukukunda “kanun” ifadesinden “şekli kanun” anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yasal dayanağı olmadan idarenin düzenleyici işlemleri ile ya da Anayasadaki istisna dışında kanun hükmünde kararnamelerle özgürlükler sınırlanamaz ve düzenlenemez.

Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “yasa/hukukten öngörülen” ifadesindeki yasa kavramını “maddi anlamda yasa” olarak yorumlamıştır. Mahkeme ilk olarak Sunday Times – Birleşik Krallık kararında “yasa/hukuk” ifadesinden ne anladığını şöyle açıklamıştır: “Mahkeme, ‘hukukun öngördüğü’ ifadesindeki ‘hukuk (law) sözcüğünün sadece ‘yasayı (statute) değil, ama yazılı olmayan hukuku da kapsadığını dikkate almıştır”.

Anayasa Mahkemesi, 13. maddenin emredici niteliği karşısında, “maddi yasa” anlayışını esas alamaz. Bu çerçevede haklara ilişkin müdahalenin meşruluğunu ararken, “müdahalenin yasal temelini” olup olmadığını “şekli kanun” anlayışına göre değerlendirmesi gerekir. Türk hukukunda şekli kanun anlayışı geçerli olduğundan, “kanunla sınırlanır” ifadesinden yalnızca şekli anlamda kanun anlaşılması gerekir. Bu kapsamda kanunla sınırlanır ifadesinde “anayasal sınırlar” da anlaşılabilir. Bu anlamda anayasa bir “kanun” sayılamaz. Bu nedenle anayasal sınırlar ile kanunla sınırlama birbirinden farklı olduğundan, 13. maddedeki güvenceler anayasal sınırlar için geçerli olamaz. Aynı sonuca, Anayasanın 90/son hükmünde, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş antlaşmalar kanun hükmündedir” ifadesinden de ulaşılabilir. Eğer Anayasayı da bir kanun sayarsak, antlaşmaların Anayasal değerde sayılması gerekir. Oysa iç hukukumuzda antlaşmalar şekli anlamda kanun hükmündedir.

Bu değerlendirme karşısında, Anayasa Mahkemesinin daha önce vermiş olduğu “Türban kararları” dikkat çekmektedir. Anayasada açık sınırlamalar olmadığı ve Yüksek Öğretim Kanununun ek 17. maddesinde bir yasaklama bulunmadığı halde, üniversitelerde türban sınırlaması Anayasa Mahkemesinin laikliğe ilişkin “yorumlu red kararı” ve yönetmeliklere dayandırılmıştır. Aynı şekilde bu gün Avukatlık Kanununda avukatlığa engel durumlar arasında başörtüsü yasağı düzenlenmediği halde, TBB Meslek kuralları (20) ve 1993 tarih 963/40 sayılı genelge ile başı açık olma gibi bir sınırlama getirilmektedir. Uygulamada başı kapalı avukatlara ruhsat verilmemektedir. Bireysel başvuru kapsamında bu durum Anayasa Mahkemesinin önüne gelmesi durumunda, mahkemenin “özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanması” gerektiği

şeklindeki ölçütü şekli kanun anlayışına uygun şekilde yorumlaması beklenecektir.

Mahkemenin kendi içtihatları ile de ortaya koyduğu gibi özgürlükleri sınırlayacak yasanın “açık ve anlaşılabilir” olması gerekir. İdari düzenleyici işlemler bakımından yeterince açık ve somut olmayan, idareye yeni sınırlamalar getirme olanağı tanıyan işlemler, yasallık ilkesine uygun kabul edilemez. Yasal sınırlamaların uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre değişmeyen açıklık ve kesinlikte olması gerekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi düzenli içtihatlarında, özgürlükleri sınırlayan yasalarda kullanılan deyimlerin açık ve kesin olmasını, uygulayıcıların sübjektif değerlendirmelerine ve keyfi davranışlarına yol açabilecek nitelikte genel, soyut kavramlar olmaması gerektiğini belirtmektedir.²³². Halbuki anayasal ilkeler “ölçü norm” niteliğindedir ve bir çoğu doğrudan uygulanabilir nitelikte ve açıklıkta değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, “vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm “yasa kuralı” olarak kabul edilemez. Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir davranışla önceden görebilmelidir”²³³.

Anayasa Mahkemesine “ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için” başvurulabilecektir. “Eksik yasal düzenleme” Yasa koyucunun bir ihmali. Eksik düzenleme, yasanın, benzer hukuksal durumda bulunanlardan bir bölümü için kural getirmemesi ya da susmasıdır.²³⁴. Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasaya uygunluğu denetimi kapsamında, eksik düzenlemenin bir anayasal normu ihlal etmesi (eşitlik gibi) halinde yasayı Anayasaya aykırı bulabilmektedir. Bunun dışında eksik düzenlemenin iptaline gitmemektedir. Mahkemenin yerleşik içtihadı şu şekildedir:

“Anayasa Mahkemesinden, ancak Anayasa’ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal isteminde bulunulamayacağına” hükmetmiştir²³⁵.

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, “Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırı bulduğu yasaları iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar. Yasa koyucu gibi davranarak yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm kuramaz. Anayasanın öngördüğü ve mutlak düzenlenmesini istediği hususlara yer vermeme durumu dışındaki, yasanın isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesi eksikliği, iptal nedeni olamaz. İsterse yer verip isterse yer vermeyeceği bu tür eksiklikler yasa koyucunun takdir yetkisi içindedir...bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için de iptal istenilemez. Yasa koyucunun dilediği zaman giderebileceği eksik düzenleme, yukarıda belirtilen anayasal zorunluluk dışında, aykırılık oluşturmaz.”²³⁶

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi yasadaki kaynaklanan bir eksik düzenlemeyi ancak, Anayasanın düzenlemesini zorunlu kıldığı bir konunun düzenlenme-

²³² Kararlar için bk. E. 1973/41, K. 1974/13; E. 1995/28, K. 196/2.

²³³ Sunday Times – Birleşik Krallık, p. 48.

²³⁴ Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 328.

²³⁵ AYM, E. 87/24, K. 87/32, s. 427.

²³⁶ AYM, E. 88/3, K.89/4, s. 31-32.

mesini iptal sebebi sayarken, Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayan ve yasama organının takdirine bırakılmış bir konuda eksik düzenlemenin iptal nedeni olmayacağını kabul etmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın düzenlemesini yasama organının takdirine bıraktığı bir konuda düzenleme yapmaması ya da eksik düzenleme yapması halinde, bireyin hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi durumunda, bireysel başvuru kapsamında ihlal vermesi beklenecektir. Çünkü yasama organının ihmalden doğan bir hak ihlali söz konusu olduğunda, Mahkeme bireysel başvuru hakkının kapsamında ihlal kararı vermelidir.

İnsan hakları ihlallinin tespitinde müdahalenin varlığının tespitinden sonra, yasal dayanağı ve daha sonra “meşru bir amacının” olup olmadığı araştırılmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin hangi amaçlarla sınırlanacağı, ilgili maddede tek tek belirlenmektedir. Kademeli sınırlama sistemi olarak kabul edilen bu sistem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile paralellik oluşturmaktadır. Bu kapsamda haklar üç kategoriye ayrılmaktadır. Mutlak haklar olarak nitelenen ve hiçbir meşru sınırlama nedeni bulunmayan haklar yer almaktadır. İşkence ve kötü muamele bunun tipik örneğidir. İkinci kategorideki haklar sınırlama nedenlerinin sınırlı bir şekilde sayıldığı haklardır. Kişi güvenliği, yaşama hakkı, adil yargılanma hakkı gibi haklarda hakka ilişkin sınırlar belli istisnalarla sınırlandırılmıştır. Üçüncü kategoride yer alan haklarda ise belli amaçlarla yasama organına sınırlama konusunda takdir yetkisi bırakılmaktadır. Sözleşmenin 8-11 maddelerindeki haklar bu nitelikte haklardır.

1982 Anayasanın 2001 değişikliğinden sonra kabul edilen yeni sistemine göre, “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.” 2001 Anayasa değişikliği ile genel sınırlama nedenleri kaldırılmış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine paralel, ilgili maddelere yeni sınırlama nedenleri ilave edilmiştir. Ancak bazı haklar bakımından sınırlama nedenlerinin yeterli bir şekilde düzenlenmediği görülmektedir.

Anayasanın 23. maddesinde “seyahat hürriyeti”nin “suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek” amaçlarıyla sınırlandırılabilmesi söylenmiştir. Oysa seyahat hürriyeti, genel sağlık, salgın hastalıkların önlenmesi veya milli güvenlik nedenleriyle de sınırlandırılması meşru görülebilecek nedenlerdir.

Bazı haklar bakımından getirilen sınırlama nedenleri ise AİHS ile uyumlu görülmemektedir. Anayasanın “Bilim ve sanat hürriyeti” kenar başlıklı 27. maddesine göre, “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir” dedikten sonra ikinci fıkrada “Yayma hakkı, Anayasanın 1. ,2. ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz” denilmektedir. Bu hüküm, en azından bilimsel özerklik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Aynı şekilde Anayasanın 68. maddesinin 4. fıkrasına yer alan siyasi partilere ilişkin sınırlama nedenleri hem partinin tüzük ve programı hem de eylemleri bakımından sınırlama getirmektedir. AİHS ve Venedik Komisyonu raporlarında da belirtildiği gibi bu sınırlamalar hem muğlak hem de AİHS ile uyumlu değildir.

Haklara ilişkin bir müdahalenin meşru kabul edilmesinde yasallık, meşru

amaçtan sonra, “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk” gelmektedir.

Sözleşme sisteminde bu ölçüt oldukça önemli bir yer kapsamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü içinde “ölçülülük ve öz ilkelerine” de yer vermektedir. Anayasamız ise bu ölçütleri, demokratik toplum düzeninin gereklerinden bağımsız bir şekilde düzenlemiştir. Bu durumun özgürlük rejimi açısından bir olumsuzluk oluşturduğu söylenemez. Ancak, hiçbir sözleşme’de ya da anayasada yer almayan yeni bir ölçüt, 2001 Anayasa değişikliği ile 13. maddeye eklenmiştir. Sınırlamaların “Laik Cumhuriyetin gereklerine” de aykırı olamayacağı ifade edilmiştir. Bu durumda, demokratik toplum düzeninin gerekleri dışında, Türkiye’ye özgü laik Cumhuriyetin gereklerinin varlığını ileri sürmek ve bu ikisi arasında bir çatışma olması durumunda, Sözleşme bakımından da bir uyum sorunu gündeme gelebilecektir.

Anayasa Mahkemesinin “kendine özgü laiklik anlayışına” dayanarak, AİHS kapsamındaki demokratik toplum düzeninin gereklerinden bir sapma meydana gelmesi durumunda, iki ilkenin çatışması söz konusu olacaktır. Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihatlarında Türkiye’ye özgü laiklik anlayışını benimsemiştir. Mahkeme’nin kararlarında kendine özgü laikliğin su unsurları ön planca çıkmaktadır:

“Tarihsel gelişimin farklılığı nedeniyle özellik taşıyan laiklik, Anayasa ile benimsenen ve korunan bir ilkedir”.

Laiklik “Türkiye’nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir. İnsanlık idealidir... Demokrasiye geçişin de aracı olan laiklik, Türkiye’nin yaşam felsefesidir”²³⁷.

“Anayasa koyucu, mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerkliği ve bağımsızlığı biçiminde sınırsız ve Devlet denetimi dışında kalan bir din hürriyeti anlayışı Anayasada kabul edilen laiklik düzeni ve ilkelerine uygun görmemiştir.”

“dinsel inanç ya da dinsel kurullarla doğrudan ilişki ve bağlantı kurularak yapılan düzenleme, hem devrim yasalarını, hem de laiklik ilkesini ilgilendirir”²³⁸.

“Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türk Devrimi’nin kaynağı olan laiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar...Cumhuriyet ve demokrasi, şeriat düzeninin karşıtıdır”²³⁹.

“Anayasadaki laiklik ilkesine ve laik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz”²⁴⁰

Demokratik düzen dinsel gerekleri egemen kılmayı amaçlayan şeriat düzeninin karşıtıdır...Demokratik devlet, ancak laik devlettir”²⁴¹.

Anayasa Mahkemesinin kararlarından ortaya çıkan sonuç, Türkiye’ye özgü laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı her sınırlama yanı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı kabul edilecektir. Oysa AİHM yerleşik içtihadına göre, “Demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça, bir Devletin mevcut organizasyonunu sorgulayacak nitelikte bile olsa farklı siyasi programların önerilmesine ve

²³⁷ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, s. 143-158.

²³⁸ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, s.144.

²³⁹ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, s. 146.

²⁴⁰ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, s. 150.

²⁴¹ AYM, E. 1989/1, K. 1989/12, s. 158.

tartışılmasına imkan verilmesi, demokrasinin özünü oluşturur"²⁴².

Bu nedenle bu ilkenin özgürlüklerin güvence ölçütleri arasından çıkarılması ya da Anayasa Mahkemesinin, bu ilkeyi demokratik toplum düzeninin gerekleri kapsamında değerlendirmesi gerekecektir.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü hem AİHS hem de Anayasada yer alan ortak ölçüt olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi bu güne kadar ölçütü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi zengin bir içerikle uygulamamış, dar ve katı bir yorum yöntemi benimsemiştir.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında önemli bir uygulama alanı bulunmaktadır. Ancak ölçüt Sözleşme'de hakların niteliğine uygun kademeli sistem dolayısıyla tüm haklar açısından uygulanmamaktadır. Mahkeme kararlarında ölçütün, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddeleri üzerinden uygulandığı görülmektedir. Oysa 1982 Anayasasının 13. maddesinde yer alan demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesi Anayasada tüm haklar bakımından ortak bir güvence ölçütü konumundadır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Anayasada yer alan tüm haklar bakımından bu ölçütü yorumlamak ve uygulamak durumundadır.

Mahkeme'nin esas açısından, her türlü ihlal iddiasına karşı yaptığı ilk inceleme, söz konusu maddenin olaya **uygulanabilirliği**dir. Mahkeme bunu yaparken özellikle otonom (özerk) kavramlar doktrininden yararlanmakta ve Sözleşme kavramlarına ulusal nitelemeler dışında özerk anlamlar yüklemektedir. Uygulanabilirlik koşulu yerine geldikten sonra söz konusu olayda ilgili hakka bir **müdahalenin** olup olmadığını belirlemektedir. Müdahalenin varlığı halinde, yapılan müdahalenin haklı olup olmadığı incelemesi yapmaktadır.

Mahkeme Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerine ilişkin bir müdahalenin **haklılığını incelerken** üç koşulun yerine gelip gelmediğine bakmaktadır. Bunlardan ilki müdahalenin **yasayla öngörülmüş** ya da yasaya uygun olup olmadığıdır. Mahkeme müdahalenin haklılığını incelerken ele aldığı ikinci koşul, yasayla öngörülen müdahalenin ilgili maddede gösterilen **meşru bir amaca** dayanıp dayanmadığıdır. Mahkeme'nin müdahalenin haklılığını araştırırken baktığı son koşul, yasayla öngörülmüş ve meşru bir amaç taşıyan müdahalenin **"demokratik bir toplumda gerekli"** görülüp görülmeceğidir.

Mahkeme müdahalenin gerekliliğine ilişkin bir değerlendirmede, öncelikle gereklilik kavramının anlamı üzerinde durmaktadır. 8 ila 11. maddelerde yer alan gereklilik kavramının diğer maddelerde geçen gereklilik kavramından farkına değinilmektedir. Bu maddelerde geçen gereklilik kavramı ne 2. maddedeki gibi mutlak bir gerekliliği ne de 1. Protokolün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkında olduğu gibi çok geniş bir gerekliliği ifade etmemektedir. Bu iki katı ve çok gevşek değerlendirme ölçütü arasında gereklilik, **"zorunlu bir toplumsal ihtiyaç baskısına"** işaret etmektedir. Mahkeme gereklilik kavramının ima ettiği zorunlu toplumsal ihtiyacın **"uygun ve yeterli gerekçeler"**inin olmasını ve bunların **"inandırıcı"** bir şekilde ortaya konmasını aramaktadır. Müdahalenin bu nitelikte bir zorunlu toplumsal ihtiyacı yansıtmaması için bireysel menfaatle kamusal menfaat arasındaki **"adil dengenin"** gözetilmiş olması gerekmektedir. Bunun için de müdahaledeki

²⁴² Sosyalist Parti – Türkiye , p. 47.

meşru amacı gerçekleştirme için seçilen önlemlerin “**orantılı olması**” gerekmektedir. Mahkeme tüm bu koşulların yerine geldiğini gördüğü takdirde, yapılan müdahaleyi demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak kabul etmekte ve ihlal iddiasını reddetmekte, aksi durumda ise demokratik toplumda gerekli olmayan bu müdahalenin Sözleşme’yi ihlal ettiği sonucuna varmaktadır.

Anayasa Mahkemesi’nin AİHM içtihatlarına uyma konusundaki tavrı Avrupa standardında ortak demokratik toplum anlayışı açısından önemlidir. Anayasa Mahkemesi’nin temel hakları koruma konusunda öncelikli ve önemli bir yeri vardır. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda oldukça tutucu davrandığı ve kararlarında Strasbourg içtihatlarından yeterince faydalanmadığı görülmektedir.²⁴³ Bunun nedenleri arasında Anayasa Mahkemesi’nin tutucu tavrının etkili olduğu söylenebilir de, Sözleşme’ye uygunluk açısından yapılan denetimin niteliğinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, Türkiye hakkında verdiği ilk siyasi parti kapatma kararında, ortaya koyduğu içtihatların Anayasa Mahkemesi’nin diğer kapatma kararlarında yeterince dikkate alınmadığı ve Siyasi Partiler Kanunundaki yasakları dar ve katı bir şekilde uyguladığı düşünülmektedir.²⁴⁴ Fazilet Partisi kapatma kararında, karara muhalif kalan bazı Anayasa Mahkemesi üyeleri de, pozitif hukuku yorumlama konusunda, Mahkeme’nin dar ve katı tutumunu şöyle eleştirmektedirler:

“Anayasa Mahkemesi, belirtilen anayasal ilkeler karşısında ulusal yasalardaki dar ve antidemokratik anlayışlar yerine, Sözleşme’nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin hak ve özgürlük alanlarını genişletici kural ve yorumlarını uygulamak durumundadır. Parti kapatma davalarının Anayasa Mahkemesi’ne görev olarak verilmesinin nedeni de uluslararası bu güvenceleri toplum hayatına geçirebilme konusunda sahip olduğu konumundan kaynaklanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi iç hukuka öncelik vermek suretiyle aldığı kararlarla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ‘örgütlü ifade özgürlüğü’ konusundaki içtihatları oldukça farklıdır. (...) **Anayasa Mahkemesi’nin pozitif hukuku dar ve katı yorumlamasına karşı**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade ve eylemlerin şiddet niteliği taşıyıp taşımadığı, ülke bütünlüğü, şiddete çağrı, halkı ayaklandırma, terörü övme, suç işlemeyi tahrik ve teşvik etme, başkalarının özgürlüklerini tehlikeye düşürme gibi yasak alanlar bakımından somut sonuçlar doğurup doğurmadıkları esasından hareket etmektedir. Potansiyel tehlike ölçütünü kullanmadığı gibi, şok

²⁴³ Anayasa Mahkemesi’nin Sözleşme’ organlarının kararlarına atıfta bulunduğu bazı kararlar için bk. E. 1992/8, K. 1992/39, K.T. 16.6.1992, AMKD, Sayı 28/2, s. 448; E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, K.T. 16.1.1998, AMKD, Sayı 34/2, s. 1050.

²⁴⁴ Tezcan, SP ve TBKP davaları hakkında AİHM kararları karşısında, Anayasa Mahkemesi’nin tavrı hakkında şunları söylemektedir: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından varılan sonuçları fikir olarak aşırı ve hatta özellikle Sosyalist Parti kararını Türkiye gerçekleriyle bağdaşmaz bulsak da, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 65. maddesi (11 nolu Protokole göre yeni 58. madde) gereğince Anayasa Mahkemesi’nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu iki kararını dikkatle değerlendirmesi ve bundan böyle parti kapatma davalarında anılan kararların gerekçelerini göz önünde bulundurması gerekmektedir. Zira bu iki karar, Türkiye’de insan haklarının ve hukuk devletinin en büyük güvencesi olması gereken Anayasa Mahkemesi’nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. maddesi gereklerini tam olarak dikkate almadan karar verdiği sonucunu varmaktadır.” bk. TEZCAN, “Örgütlenme Hakkının Sınırları Açısından Siyasi Partileri Kapatma Kararlarına İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ortaya Koyduğu Eğilim”, s. 8.

edici, şaşırtıcı söylemleri kuşku, vehim, korku, zan ve tahmin gibi soyut duygu ve düşüncelerden ayrı tutmaktadır.”²⁴⁵

Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlükler açısından yaptığı denetim, temel hak ve özgürlüklere ilişkin yasal düzenlemelerin “Anayasaya uygunluğu” ile sınırlıydı. Siyasi partiler açısından yaptığı denetim ise, partilerin tüzük, program ve faaliyetlerinin Anayasal ve yasal düzenlemelere uygunluğunu kapsamaktaydı. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi sınırlı bir norm denetimi yoluyla özgürlükleri koruma işlevine sahipti. Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaptığı gibi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin hür türlü müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olup olmadığını denetleyememekteydi. Başka bir ifade ile Anayasa Mahkemesi yasanın Anayasaya uygunluğu kapsamında demokratik toplum düzeninin gereklerine ilişkin soyut denetim yapmaktaydı.²⁴⁶ Bu da Mahkemeyi, yerindelik denetimi yapma endişesine sevk etmekteydi.

Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal makamların yaptığı her türlü işlem ve yargı kararları sonucu oluşan ihlallerin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunu incelemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu belirlerken soyut denetimle yetinmemekte, maddi olaylar hakkında karar vermektedir. Başka bir ifadeyle Sözleşme'deki haklara yapılan müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından caiz olup olmadığını denetlemektedir. Hak ve özgürlüklere müdahale konusunda “zorunlu bir toplumsal gereksinimin” olup olmadığına bakmaktadır. Bir anlamda yapılan müdahalelerin demokratik **toplum düzeninin gerekleri açısından “yerinde olup olmadığını”** incelemektedir.

Mahkeme müdahalenin meşruluğu incelemesini yaparken ilk iki koşul olarak, müdahalenin meşru bir amaca dayanması ve yasayla öngörülmesini aramaktadır. Bu iki denetim daha çok müdahalenin biçimsel özelliklerine ilişkindir. Oysa yukarıda geniş bir şekilde ele alındığı gibi demokratik toplumda gereklilik koşulunun irdelenmesi “takdir marjı” değerlendirmesini içermektedir. Mahkeme bu açıdan yaptığı değerlendirmede, “zorunlu toplumsal ihtiyaç”, bu ihtiyacı gösteren “uygun ve inandırıcı, yeterli gerekçe”, alınan tedbirin “ölçülülüğü”, bireysel ve genel yarar arasında “denge” aramaktadır. Ayrıca bu ölçülere dayanarak yaptığı değerlendirmeyi, “dinamik bir anlayışla” yorumlamakta ve somut olaya uygulayarak bir karara varmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğunu denetlerken, yapılan sınırlamanın Anayasa'da öngörülen kural ve yöntemlere uygun olup olmadığına ve hakkın özüne dokunup dokunmadığına bakmaktadır. Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından yeterli bir açılım göstermediği, ölçütün öz ölçütü kapsamında dar bir çerçevede kullanıldığı, demokratik toplum düzeninin gereklerinden hareketle uluslararası hukuka açık bir yorum tarzını benimsemediği,

²⁴⁵ AYM. E. 1999/2, K. 2001/2, KT. 22.6.2001, RG. 5 Ocak 2002 (Mükerrer), s. 589-59.

²⁴⁶ Nitekim iki Mahkeme'nin yaptığı denetimin nitelik farkı hakkında DOĞRU/NALBANT şu açıklamalarda bulunmaktadır: “Diğer yandan Mahkeme, Türk Anayasa Mahkemesinden farklı olarak soyut denetim yapmamaktadır. Kuşkusuz Mahkeme'nin ihlal saptadığı başvuruların nedeni olan yasaların Sözleşme'ye uygunluğu tartışmalı duruma gelmektedir. Ama Mahkeme'nin incelemesinin esas olarak yasal düzenlemeler ve onun kadar önemlisi bunların hayata geçirilmesi ile olduğunu belirtmek gereklidir.” bk. DOĞRU/NALBANT, a.g.e., s. 9.

bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına yeterince yer vermediği şeklinde yapılan eleştiriler temelden yoksun değildir. Bu nedenle Mahkemenin bireysel başvuru kapsamında, demokratik toplum düzeninin gereklerini yalnızca öz ölçütü ile açıklaması, bu ilkenin bağımsız olarak taşıdığı işlevin sorgulanmasına yol açacaktır. Mahkeme'nin, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluğu denetlerken, uluslararası insan hakları hukukuna açıklık ilkesini ön plana çıkarması, özellikle bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında demokratik toplumun standartlarına ilişkin ortaya konan ortak anlayışın paylaşılması, dolayısıyla bu konuda yeni bir açılım yakalaması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi bundan sonra bireysel başvuru mekanizması kapsamında, daha önce yaptığı gibi sadece norm denetimi kapsamında demokratik toplum düzeninin gereklerini dar yorumlamaktan kurtulması gerekecektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından yararlanarak, demokratik toplum düzeninin gereklerini özgürlükler alanını genişletici şekilde kullanması beklenecektir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru mekanizmasının temel hak ve özgürlükler rejimine etkisi üzerinde bir değerlendirme içeren bu makaleden şu sonuçlar çıkmaktadır:

Bireysel başvuru hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller kapsamında yararlanılabilecektir. Bu formülasyon uygulamada bir çok sorunu gündeme getirecektir. Türkiye'nin taraf olmadığı 7 ve 12 Protokoller kapsamında yer alan hakların dolaylı olarak diğer haklar kapsamında gündeme gelmesi halinde, Anayasa Mahkemesi diğer haklar kapsamında bu Protokollerdeki haklara yer vermesi halinde, Protokollere taraf olmamanın hiçbir hukuکی etkisi kalmayacaktır. Bu haklara kapsam dışı bırakılması halinde ise, Anayasada başvuru kapsamında tanınan bir hakkı örneğin 16. madde kapsamında yabancılara ilişkin haklarda ya da 10. madde kapsamında eşler arasında eşitliği düzenleyen 7. protokol kapsamını daraltıcı şekilde uygulaması gerekecektir. En doğru çözüm bu Protokollerin bir an önce onaylanmasıdır.

Anayasa'da "güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler" ifadesi, daraltıcı şekilde sadece Anayasanın temel hak ve ödevler başlıklı II. Kısmı ile sınırlı değerlendirilirse, yine uygulamada birçok sorun gündeme gelecektir. Örneğin kanun önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 10. maddeden ya da 133. madde-deki radyo ve televizyon hakkına ilişkin hükümlerden yararlanılamayacaktır. Bu nedenle, bu ifade Sözleşme kapsamına dek düşen Anayasanın temel hak ve özgürlüklerine yer veren herhangi bir maddesi olarak geniş yorumlanması gerekir.

Bir diğer sorun da, bir hakka ilişkin Sözleşme kapsamı ile Anayasadaki kapsamın birbirinden farklı olması durumunda ne olacaktır. Örneğin serbest seçim hakkı Anayasa'da Sözleşme kapsamından çok geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Özgürlükler hukukunda bir hakka ilişkin farklı düzenlemeler olması halinde "lehe olan düzenleme uygulanır" ilkesi gereğince, Anayasada Sözleşmeden daha geniş bir kapsama sahip olan hak, Anayasa'da tanındığı şekliyle uygulanmalıdır. Tam tersi durumda ise, Sözleşme kapsamının Anayasa ile çatışan şekilde genişlemesi durumunda ise, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi gereğince Anayasa hükümlerini uygulaması gerekir. Anayasayı ihmal ederek, Sözleşme hükümlerini ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yorumunu esas alması durumunda Anayasa Mahkemesi, 11. maddeyi ihlal etmiş olur.

Anayasanın açık hükümleri iç hukukumuzda "şekli kanun" anlayışının benimsendiğini göstermektedir. Bu sonucu hem 13. maddede yer alana "özgürlükler ancak kanunla sınırlanır" hükmünden hem de 91. maddede kanun hükmünde karar-nemelerle sadece sosyal ve ekonomik hakların düzenlenebileceği hükmünden hem de 90. maddede antlaşmaların kanun hükmünde olduğunu gösteren hükümden kolayca varılabilmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi maddi kanun anlayışına göre değil, şekli kanun anlayışına göre hareket etmek ve kanunla yapılmayan her sınırlamayı doğrudan ihlal şeklinde değerlendirmesi gerekecektir.

Bireysel başvuru kapsamında müdahalenin meşru amacını araştırırken, kademe-li sınırlama sistemi gereğince, mutlak hak sayılan (işkence ve kötü muamele yasağı gibi) ve hiçbir şekilde sınırlandırılmayan haklar bakımından yapılacak her

sınırlama ihlal sonucunu doğuracaktır. Yaşama hakkı, kişi güvenliği, adil yargılama gibi meşru müdahale nedenleri tek tek sayılan haklar bakımından bu istisnaların ihlal edilip edilmediği çerçevesinde karar verecektir. Sınırlanması öngörülen ve ilgili maddede tek tek sınırlama nedenleri sayılan haklar bakımından ise, ilgili maddede sayılan nedenlerle sınırlamanın yapılıp yapılmayacağı göz önünde bulundurulması gerekecektir. Eğitim ve öğretim hakkı, ailenin korunması gibi Sözleşme kapsamında olup da Anayasanın sosyal ve ekonomik haklar bölümünde düzenlenen ve sınırlanabilir olduğu kabul edildiği halde herhangi bir sınırlama nedeni belirtilmeyen haklar için ise, Anayasanın hak ve özgürlükler rejimi kapsamında meşru görülen bir nedenle sınırlama yapılabilecektir. Bu haklar bakımından yasa- ma organına çok daha geniş bir takdir yetkisi verdiği kabul edilmelidir.

Sınırlamanın ölçüsünü gösteren, demokratik toplum düzenin gerekleri ölçütü bakımından ortaya çıkan sorun 2001 Anayasa değişikliği ile bu ilkeye eklenen “laik cumhuriyetin gerekleri” ifadesinin yorumudur. Mahkemenin bu güne kadar kabul ettiği “Türkiye’ye özgü laiklik anlayışı”, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ortaya koyduğu “demokratik toplum düzeni” anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, bu ilkenin özgürlüklerin güvence ölçütleri arasından çıkarılması ya da bu ilkenin demokratik toplum düzeni anlayışıyla uyumlu bir şekilde yorumlanması gerekecektir.

Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü, dar ve katı yorumlamış, bu kapsamda bu ilkeyi özgürlükler alanını genişletici bir içeriğe kavuşturamamıştır. Bunun nedenleri arasında, Mahkemenin bu güne kadar “özgürlükler yerine devleti” koruma refleksinin ağır basması kadar, Mahkemenin yaptığı denetiminin hukuki niteliğinin de etkili olduğu söylenebilir. Mahkeme, bu güne kadar kanunların Anayasaya “uygunluğu” denetimini yapmıştır. Oysa bireysel başvuru mekanizması, Anayasa Mahkemesine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi, bir müdahalenin “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının yerindeliğini” değerlendirme yetkisi vermektedir. Böylece Anayasa Mahkemesi, müdahalenin gerekliliğini belirlerken, zorunlu bir toplumsal ihtiyaç baskısının olup olmadığını, bu durumu gerekli kılan inandırıcı delillerin bulunup bulunmadığını, müdahalenin orantılı olup olmadığını inceleyebilecektir.

2499 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDA TANIMLANAN MANİPÜLASYON SUÇUNUN “HALKA ARZLAR” AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*The Evaluation of manipulation crime defined in the Capital
Market Law No. 2499 regarding “Public Offerings”*

Yrd. Doç. Dr. Ramazan ARITÜRK
Serkan TÜRKDOĞRU*

ÖZET

Çalışmamızda, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre yapılacak halka arzlarda, Kanun'un 47/1-A-2 maddesinde tanımlanan manipülasyon fiillerinin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine değinilmiştir. Buna ek olarak bu çalışmada ticari hayatın işleyişi ve suçun düzenlenme amacı değerlendirilmek istenmiştir.

Türk Sermaye Piyasası Kurulu halka arzı, bir anonim ortaklığın (şirket, ortaklık) kaynak ihtiyacını karşılamada başvurduğu “doğrudan finansman” yöntemi olarak değerlendirir. Halka arz, payların çok sayıda ve önceden bilinmeyen yatırımcılara çağrı veya ilan yoluyla satışı olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca payların, borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesi” şeklinde de tanımlar. Konuyla ilgili, takip edilecek usul ve esaslar, Sermaye Piyasası Kanunu'nda yer almaktadır.

Kısaca “*yapay olarak sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini yaratmak*” olarak ifade edilen manipülasyon suçunun şekil ve şartları ile suçun niteliği, bu çalışmada açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Sermaye piyasası, halka arz, manipülasyon suçu.

ABSTRACT

In this study, we examined the public offering and manipulation acts which is made and materialize in accordance with the capital market law no.2499. In addition to that, This study also analyze consideration about the operation of commercial life and the purpose of organized crime.

The public offering is considered as a method of direct financing by Turkish capital market board which means a joint-stock company's (corporation, partnership) refers to meet because of funding needs. Public offering defines that sales through the call/announced to previously unknown and large number of investors.

* Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

** Marmara Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi.

In addition, the concept can be defined as a shares traded continuously in stock Exchange and other organized markets. On the subject to be followed is located in the Capital Market Law.

Shortly, in this study tried to explain manipulation crime the shape and the nature of the crime within' the terms which is expressed as "*the price is artificially created outside the normal supply and demand factors, and this does not form a real reflection of the actual financial and economic circumstances of the financial instrument in question or the issuer*".

Keywords: Capital Market, Public Offering, Manipulation Crime.

GİRİŞ

Çalışmamızda, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre yapılacak halka arzların, bu Kanun 47/1-A-2 maddesinde tanımlanan manipülasyon fiilleri açısından gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, ticari hayatın işleyişi ve suçun düzenlenme amacı bakımından değerlendirilecektir.

I. HALKA ARZ

a. Tanımı

SPK'nun "tanımlar" başlıklı 3. Maddesinde **Halka arz**; "*sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan halka çağrıda bulunulmasını; halkın bir anonim ortaklığa katılmaya veya kurucu olmaya davet edilmesini; hisse senetlerinin borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesini; bu Kanuna göre halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımları dolayısıyla paylarının veya hisse senetlerinin satışını ifade eder*" denilmek suretiyle tanımlanmıştır.

Sermaye Piyasası Kurulu ise halka arzı, "bir anonim ortaklığın (şirket, ortaklık) kaynak ihtiyacını karşılamada başvurduğu bir "doğrudan finansman" yöntemi olarak ve halka arz paylarının çok sayıda ve önceden bilinmeyen yatırımcılara çağrı veya ilan yoluyla satışı şeklinde tanımladığı gibi payların, borsalar veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda devamlı işlem görmesi" şeklinde de tanımlamaktadır.²⁴⁷

b. Şekli

Yapılacak arzın şekli ise SPK'nun 6. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre; sermaye piyasası araçlarının halka arzında açıklanacak bilgiler izahnamede yer alır. İzahnamede bulunması gereken bilgiler Kurul tarafından belirlenir. Sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınmasından sonra izahname ticaret siciline tescil ve ilan edilir. Halkın sermaye piyasası araçlarını satın almaya daveti sirküler ile yapılır. Yayınlanacak sirküler ve ilanların esasları Kurul tarafından belirlenir.

İlanlar ve açıklamalar gerçeğe uymayan abartılmış veya yanıltıcı bilgileri içermeyeceği gibi Kurul kaydına alınmanın resmi bir teminat olarak yorumlanmasına yol açacak açık veya dolaylı bir ifade taşıyamaz. Kurul, yanıltıcı nitelikte gördüğü reklamları yasaklar." diye belirtilmiştir.

Yine bu kanunun 9. maddesi uyarınca satış sonuçları hakkında bilgi verme yükümlülüğü getirilmiştir. Maddede; "Sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satışını yapan ihraççılar veya aracı kuruluşlar satış süresinin bitiminden itibaren altı iş günü içerisinde, satışın sonucu hakkında, Kurula bilgi vermekle yükümlüdürler.

Verilecek bilgilerin şekil ve esasları Kurul tarafından belirlenir." denilmek suretiyle bu husus belirtilmiştir.

Önem arz etmesi bakımından İzahnamedeki değişikliklerin bildirilmesi gerekmektedir. Bu hususu da kanun 10. maddede düzenlemiştir. Buna göre maddede; "*İzahname ile halka açıklanan konulardaki değişikliklerin, ilgili ihraççılarca en geç on gün içinde Kurula bildirilmesi zorunludur.*

Bildirim şekil ve esasları Kurul tarafından belirlenir.

Değişiklikler 6'ncı maddede belirtilen esaslara göre ilan edilir." denilmektedir.

Sermaye Piyasası Kurulu, şirketlerin paylarını halka arz etme şekillerinin, farklı

²⁴⁷ Halka Arz, Sermaye Piyasası Kurulu Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları-2, Ankara, Şubat 2012, s.6.

koşullara bağlı olarak değişebileceğini belirtmekte ve şirketlerinin mevcut sermayeyi temsil eden paylarının bir kısmını ortak satışı şeklinde halka arz edebildiği gibi sermaye artırımını yoluna giderek mevcut ortakların rüçhan haklarını kısıtlamak suretiyle de halka arzı tercih edebilecekleri gibi her iki yöntemi birlikte uygulama yöntemine de gidebileceklerini belirtmektedir.²⁴⁸

Sermaye Piyasası Kurulu, Anonim ortaklıklarca halka arz olunacak payların kurul kaydına alınmasını zorunlu tutmaktadır. Kurula yapılan kayda alma başvuruları, izahname²⁴⁹ ve sirkülerin²⁵⁰ ortaklığa ve halka arz olunacak paylara ve şirkete ilişkin bilgileri içerip içermedikleri dikkate alınarak, kamunun aydınlatılması çerçevesinde incelenecektir. İncelemeler sonucunda açıklamaların yeterli olmadığı ve gerçeği dürüst biçimde yansıtmayarak halkın istismarına yol açacağı sonucuna varılırsa, gerekçe gösterilerek, başvuru konusu sermaye piyasası araçlarının Kurul kaydına alınmasından imtina edilebilir²⁵¹. Bu şekilde izahname ve sirküler ile şeffaflık sağlanmaya çalışılmaktadır.

İçeriği Kurul tarafından belirlenen halka arz izahnamesinin başvuru sırasında Kurul'a iletilmesi zorunludur. İzahnamede ortaklığa ve halka arz edilecek menkul kıymetlere ilişkin tanıtıcı bilgilere, finansal tablolara ve halka arz sirkülerinde ise halka arz işlemlerine ve ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin bilgilere yer verilir²⁵².

c. Halka Arza Aracılık Faaliyeti

Halka açılma kararının ardında yatan temel faktör, genelde şirketlerin finansal yapılarını güçlendirme arzusudur. Büyümenin mevcut özkaynaklar ya da borçlanma ile daha fazla sürdürülemediği durumlarda halka arzın planlanması kaçınılmazdır. Halka arz yoluyla elde edilen kaynak daha ziyade yeni yatırımlara, iş hacmini büyütme veya borç ödemelerine yönlendirilmektedir. Bu kaynakların büyüklüğü arza konu olan hisse senetlerinin fiyatlanması ile doğrudan ilişkilidir²⁵³.

Sermaye piyasası mevzuatımızda, gerçek şahısların doğrudan doğruya aracılık faaliyetinde bulunmaları kabul edilmemiş olup, bu yetki sadece aracı kuruluşlara tanınmıştır. Birikimlerini sermaye piyasası araçlarına yönlendirmek isteyen yatırımcıların, aracı kuruluşla bir "çerçeve sözleşmesi" imzalaması, aracı kuruluş nezdinde bir hesap açtırarak, almak istediği ya da yedinde bulundururken satmak

²⁴⁸ Halka Arz, s.6.

²⁴⁹ İzahname; sermaye piyasası araçlarının ihracında veya halka arzında, ortaklıklarca, halkı, şirket ve ilgili sermaye piyasası aracı hakkında bilgilendirmek amacıyla düzenlenen, halka arz öncesinde ticaret sicil gazetesinde ilan edilerek satış merkezlerinde tasarruf sahiplerinin incelemesine hazır bulundurulması gereken belgedir. (AKBULAK, Sevinç/ AKBULAK, Yavuz, Türkiye'de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, İstanbul 2004, s. 484).

²⁵⁰ Sirküler; sermaye piyasası araçlarının halka arzında düzenlenen izahnamede yer alan bilgilerin özeti niteliğindeki temel bilgileri, satış merkezleri ve satışa ilişkin bilgileri içeren, tasarruf sahiplerine davet niteliği taşıyan ve günlük gazetelerde ilan edilen duyuru metnidir. (AKBULAK/ AKBULAK, s. 486).

²⁵¹ Halka Arz, s.7; Ayrıca Kurul yatırımcılara uyarmakta ve kayda alma konusunda, ihraç edilen menkul kıymetin Kurulca teminat altında olduğunu veya ihracın kalitesini göstermediğini belirterek, Bu çerçevede, bir anonim ortaklığın ortağı olma kararı verilirken, hisse senedinin riskleri ve getirisinin, sermaye piyasası aracı ihraç eden ortaklığın mali durumunun, faaliyet yapısının, ortaklığın içinde bulunduğu sektörün, yatırım yapacak kişilerce değerlendirilip, analiz edilmesi gerektiğini de belirtmektedir.

²⁵² Halka Arz, s.15.

²⁵³ KÜÇÜKKOCAOĞLU, Güray / ALAGÖZ, Ayşegül, Halka Arzlarda Fiyat İstikrarı Sağlayıcı İşlemlerin Etkinliği Üzerine Bir İnceleme, s.2.

istediği araç hakkında bu kuruluşa bir “talimat” vermesi gerekmektedir²⁵⁴.

Tipik bir halka arzda, ihraca aracılık eden aracı kurumların oluşturduğu bir konsorsiyum bulunmaktadır. Konsorsiyumun içerisinde lider aracı kurum olarak genelde bir yatırım bankası, bir ya da iki yardımcı aracı kurum ve konsorsiyumun diğer üyeleri vardır. Başlangıçta, lider aracı kurum ve ihraççı firma halka arzdan elde edilmesi beklenen hasılat, hasılatın yüzdesel olarak bölüşümü ve ek satış opsiyonu üzerinde anlaşılır. Lider aracı kurum, başlangıç prospektüsünü hazırlar. Bu prospektüs ve tanıtım çalışmaları halka arzın tanıtımı için kullanılır. Tanıtım esnasında, aracı kurum ihraca olan talebin belirlenmesine yönelik piyasa araştırması yapar. Ardından, ihraç talebinin güçlü ya da zayıf olması, fiyat istikrarına ihtiyaç olup olmadığı konusunda fikir oluşturur. Halka arz fiyatının ve miktarının belirlenmesinin ardından uygulanan halka arz yöntemine göre hisse senetlerinin tahsisi gerçekleşir²⁵⁵.

2499 sayılı SPK’nda aracılık faaliyeti; “sermaye piyasası araçlarının 31’inci maddede çerçevesinde yetkili kuruluşlar tarafından kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına alım satımıdır” (m.30) şeklinde tanımlanmıştır. Bu şekilde aracılık faaliyetinde bulunulabilmesi için Kurul’dan izin alınması ve yetki belgesi alınması gerekmektedir (m.31).

Halka arza aracılık, birinci el piyasa işlemi olarak, Kurul kaydına alınacak olan sermaye piyasası araçlarının aracı kurum tarafından halka arz yoluyla satışına aracılık yapılmasını ifade etmektedir. Bu aracılık faaliyetinde bulunacakların, kuruluş, faaliyet ve yetkilendirilmelerine yönelik olarak “Aracılık Faaliyetleri Ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında (Seri: V, No: 46) Tebliğ çıkarılmıştır²⁵⁶.

Durum bu şekilde olunca aracılık faaliyetinde bulunacakların hukuki sınırlanması gerekeceği düşüncesiyle, sermaye piyasası araçlarının, Sermaye Piyasası Kurulu’na kaydettirilerek halka arz yoluyla satışında uygulanacak yöntemlere ilişkin esasları düzenlemek için hazırlanan, “Sermaye Piyasası Araçlarının Halka Arzında Satış Yöntemlerine İlişkin Esaslar”ın yer aldığı Tebliğde²⁵⁷; “halka arzda işlem yaşı” başlığı altında; “Sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satışlarında, sermaye piyasası araçlarını ihraç ve halka arz eden ihraççılar ile halka arza aracılık eden aracı kuruluşların yönetim kurulu başkanı ve üyeleri, kanuni denetçileri, muhahas müdürleri, genel müdür ve genel müdür yardımcıları ve görevleri sebebiyle bilgi sahibi olabilecek diğer personel ile bunların eşleri ile birinci derecede kan ve sıhrî hısımları söz konusu sermaye piyasası araçlarını doğrudan veya dolaylı olarak satın alamazlar” (Seri 8, No: 37 Tebliğ ile eklenen ek 1.maddesi) denilmek suretiyle belirtilmişti,

Tebliğin bu hükmünün, şirket içerisindeki konumu nedeniyle bilgi sahibi olanların arz ve talep dengesini bozarak haksız kazanç sağlamalarının önüne geçilmesi gayesiyle getirildiği görülmekteydi. Hükmün aksine hareket edenlerin, SPK.nun 47/A-1 maddesindeki içeriden öğrenenlerin ticareti suçunu işleyecekleri düşünül-

²⁵⁴ KÜTÜK, Halil İbrahim, Sermaye Piyasasında Manipülasyon, Cezai ve Hukuki Sonuçları, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Isparta, 2010, s.19.

²⁵⁵ KÜÇÜKKOCAOĞLU / ALAGÖZ, s.4.

²⁵⁶ 07/09/2000 tarihli ve 24163 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan (Seri: V, No: 46) Tebliğ.

²⁵⁷ Seri:VIII, No:22.

mekteydi²⁵⁸. Bu mevzuat hükümleri ile ülkemizde halka arzlarda ihraççı ve halka arzı yapan aracı kuruluşlarla ilişkili tarafların halka arza talep girmesi Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri:VIII, No:22 sayılı Tebliği ile uzun yıllar yasaklanmıştı. Sermaye Piyasası Kurulu'nun bu tebliği, 03.04.2010 tarihli ve 27541 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Seri:VIII, No:66 sayılı Tebliğ ile ortadan kaldırılmıştır. Sermaye piyasalarındaki en önemli kısıtlamalardan birinin yürürlükten kaldırılması ile bu tarihten sonra yapılan birçok halka arzda şirket ile ilişkili şirketlerin halka arza katılmasını engelleyen, yasaklayan bir hüküm kalmamıştır. Başka bir deyişle, halka arzlarla ilişkili tarafların talep girebilmesi bizzat sermaye piyasası Kurulu'nun yaptığı değişiklikle serbest hale gelmiş ve bu düzenleme ile halka arzlarla katılım artırılmak istenmiştir.

Halka arza aracılık genelde bankalar tarafından, bütün yurda yayılmış şubeleri vasıtasıyla yapılmaktadır. Aracı kuruluşlar tarafından, halka arza aracılık, iki şekilde yapılmaktadır. Bunlardan ilki, halka arza aracılığın, aracı kuruluşça, alacağı bir komisyon karşılığında²⁵⁹ sadece sıradan bir pazarlama yöntemiyle (ordinary marketing) gerçekleştirilmesidir. Bu yöntemde aracı kuruluşun, ihracı yapan şirkete karşı herhangi bir garanti yükümlülüğü yoktur. İkinci yöntemde ise, aracı kuruluş, ihraççı kuruluş ile bir aracılık yüklenimi (underwriting) sözleşmesi yapar ve yerine göre, ya ihraç yüklenimi yaptığı sermaye piyasası aracının belli sürede tamamının satışını yapmayı garanti ederek bu süre içerisinde satılmayanların bedelini ödeyip kendisi alır; ya da en başından ihraç edilen sermaye piyasası araçlarını kendi portföyüne dâhil edip ihraççı kuruluşa belli bir ödeme planı verir. Bu şekilde sermaye piyasası aracını, ihraççıdan aldığı fiyatın üzerinde satarsa bu kısmı kâr olarak kendi hanesine yazar ve ayrıca ihraççıdan komisyon alır²⁶⁰.

Halka arz, ister sıradan pazarlama yöntemiyle yapılsın, isterse aracılık yüklenimiyle yapılsın, ihraççı şirket ile aracı kuruluş arasındaki sözleşme mutlaka yazılı olmalıdır.

Alım-satım aracılık, daha önce halka arz edilmiş sermaye piyasası araçlarının, yatırımcılar arasında alım-satımının sağlanması için, örgütlenmiş borsalarda ya da borsa dışındaki pazarlarda alınıp satılmasına aracılık yapılmasını ifade eder²⁶¹.

Aracı kuruluşlar, sermaye piyasasında alım-satım yapmak isteyen müşterileri ile yazılı bir çerçeve sözleşmesi imzalayacaklardır. Çerçeve sözleşmelerde sermaye piyasası mevzuatına aykırı hükümler ile müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyici, aracı kuruluşlar lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlere ve emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verilemez.

Aracı Kurumlar "risk bildirim formu"nu düzenleyip müşterilerine imzalatmaları gerekir. Aksi takdirde müşteri ile sözleşme ve işlem yapamayacaklardır. Alım-satım aracılık çerçeve sözleşmesi yapılan her müşteriye ayrı bir hesap nu-

²⁵⁸ KÜTÜK, s.20.

²⁵⁹ İhraççı şirket, halka arz tutarının büyüklüğüne, verilen aracılık hizmetinin türüne göre değişen oranlarda, halka arzın toplam tutarı üzerinden halka arza liderlik eden aracı kurum ile varsa diğer konsorsiyum üyesi aracı kurumlara aracılık komisyonu ödemektedir. Söz konusu ücretler ihraççı kuruluş ile aracı kurum arasında yapılan aracılık sözleşmesi ile tespit edilmektedir. (Halka Arz, s.18)

²⁶⁰ KÜTÜK, s.20vd.

²⁶¹ KÜTÜK, s.21.

marası verilmesi de zorunludur²⁶².

Aracı kurumlar, ilgili çerçeve sözleşmeyi imzaladıktan sonra müşterilerinden sermaye piyasası araçlarının alım-satımına ilişkin emirleri kabul edebilirler. Borsada işlem yapmayı gerektiren emirler, mevzuata uygun olarak alınır ve yerine getirilir. Aracı kurumlar borsa dışında yapılacak işlemlerde, müşteri emirlerini, çerçeve sözleşmesinde belirlenen esaslara göre kabul ederler ve özen borcu çerçevesinde yerine getirirler. Borsa dışında faaliyet gösteren aracı kurumlar, mevzuatta aksine bir hüküm olmadıkça, üzerinde işlem yaptıkları sermaye piyasası araçlarının alış ve satış fiyatlarını işyerinde ilan etmek zorundadırlar²⁶³.

Aracılık faaliyetleri sırasında alım-satıma ilişkin emirler elektronik ortamda da verilebilir. Buna göre, aracı kurumlar, alım-satıma aracılık faaliyeti kapsamında müşterilerle sözleşme imzalanması ve müşterilere hesap açılması kaydıyla, müşterilerinden borsaya iletilmek üzere elektronik ortamda emir kabul edebilirler. Aracı kurumlar elektronik ortamda emir kabul etme faaliyetine başlamadan önce TSPAKB (Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği)'ye bildirimde bulunmak zorundadırlar. Elektronik ortamdaki emirler, sözlü emir olarak kabul edilmektedir²⁶⁴.

II. MANİPÜLASYON SUÇU

Manipülasyon, arz ve talep güçlerine müdahale etmek suretiyle yapılan bir sermaye piyasası aracının fiyatındaki aldatıcı harekettir²⁶⁵. Manipülasyon, sermaye piyasalarında alım satımına konu olan finansal varlıkların fiyat oluşumuna gerçek ve kabul edilebilir bir nedene dayanmaksızın etkide bulunulması, kendi amaç ve istekleri doğrultusunda diğer yatırımcıların yanlış yönlendirilmesi ve bunların menfaat sağlamaya yönelik olarak yapılmasını içeren davranış ve işlemlerin bütünü olarak da tanımlanabilir²⁶⁶. Manipülasyona dair yapılan tüm tanımların ortak noktası kişinin karar alma sürecine ilişkin dışarıdan yapılan bir etkiyi içeriyor olmasıdır. Diğer bir ifade ile "manipülasyon" doğal sürece yapılan etkiyi ifade eden bir sözcüktür²⁶⁷.

Yapılan bir işlemin manipülasyon olup olmadığını saptamada üzerinde durulması gereken, işlemin yapaylığından çok piyasanın arz ve talep dengesine kasıtlı bir müdahalenin bulunup bulunmadığıdır. Yapaylık unsuru, manipülatif girişimin bir sonucu olarak piyasada arz, talep ve fiyatlarda hissedilecektir. Örneğin derinliği olmayan bir hisse senedinde, finansal gücü fazla olan bir yatırımcı gerçek alım satım işlemleri ile fiyatları düşürüp yükseltebilir. Burada kullanılan yöntem yapay olmamakla birlikte, sonucu yapaydır ve işlemi manipülatif kılmaktadır. Anlaşıldığı üzere, manipülasyon işlem yapan kişinin niyetine odaklanmaktadır.

Manipülasyon; bilgi bazlı, davranış bazlı ve işlem bazlı olmak üzere üç temel gruba ayrılabilir. *Bilgi bazlı manipülasyon* yanlış bilgi verme veya gerçek olmayan

²⁶² Seri: V, No: 46, m.13/A (Seri: V, No: 62 sayılı Tebliğ ile).

²⁶³ Seri V, No: 46, m.45/ 2.

²⁶⁴ KÜTÜK, s.22.

²⁶⁵ KÜTÜKÇÜ, Doğan, Sermaye Piyasası Hukuku, İstanbul, 2004, C. 2, s. 326.

²⁶⁶ CHAMBERS, Nurgül, Sermaye Piyasalarında Manipülasyon ve İMKB'deki Örnekleri, Muhasebe ve Finansman Dergisi, S.24, 2004, s.63.

²⁶⁷ BAYSAL, İbrahim Onur, Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2011, s.24.

söylentiler yayma esasına dayanır. Burada Önce hisse senetleri satın alınır, daha sonra şirket hakkında piyasaya gerçek dışı bilgi verilir ve karlı şekilde hisse senetleri satılır. *Davranış bazlı manipülasyon*, hisse senedinin gerçek ya da tahmin edilebilir değerini değiştirmek amacıyla yapılan davranışlar bütünüdür. Yapılan temel davranış ise devralma fiyat teklifini yükseltmektir. Burada manipülatör bir şirketin hisse senetlerini satın aldıktan sonra bu hisse senetlerini devretmek için fiyat teklifi verir. Bu da şirketin hisse senetlerinin fiyatının yükselmesine neden olur. Fiyatlar yükseldikten sonra da manipülatör elindeki hisse senetlerini bu yüksek fiyat-tan satarak kazanç sağlar. Doğal olarak, bundan sonra da teklif fiyatı düşüşe geçer. *İşlem bazlı manipülasyon* ise önlenmesi güç olan bir manipülasyon türüdür. Burada tek başına ya da grup halinde manipülatörlerin yanlış bilgi yaymadan ya da hisse senedinin fiyatını değiştirmek için gözle görülür bir davranışta bulunmadan, yalnızca hisse senedini alıp satarak fiyatı manipüle etmeleri durumu söz konusudur²⁶⁸.

Manipülasyon suçu, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddesinde düzenlenmiştir²⁶⁹. Bu maddeye göre; *"Diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde;*

1. Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek, içerden öğrenenlerin ticaretidir. Bu fiili işleyen 11 inci madde kapsamındaki ihraççılarla, sermaye piyasası kurumlarının veya bunlara bağlı veya bunlara hâkim işletmelerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli ve bunların dışında meslekleri veya görevlerini ifa etmeleri sırasında bilgi sahibi olabilecek durumda olanlarla, bunlarla temasları nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak bilgi sahibi olabilecek durumdaki kişiler,

2. Yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler,

3. Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler,

4. 4 üncü maddenin birinci ve üçüncü fıkralarına aykırı hareket edenlerle, sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunan veya yetki belgeleri iptal olduğu veya faaliyetleri geçici olarak durdurulduğu halde ticaret unvanlarında, ilan veya reklamlarında sermaye piyasasında faaliyette buldukları intibainı yaratacak kelime veya ibare kullanan veya faaliyetlerine devam eden gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri,

5. Sermaye piyasası kurumlarına, bu Kanunun 13/A ve 13/B maddeleri kapsamındaki teminat sorumlularına ve 38/B ve 38/C maddeleri kapsamındaki fon kuruluşuna; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek

²⁶⁸ CHAMBERS, Sermaye Piyasalarında Manipülasyon ve İMKB'deki Örnekleri, s.63vd.

²⁶⁹ Değişik: 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun 372. Maddesi.

için veya teminat olarak veyahut her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satan veya rehmeden veya her ne şekilde olursa olsun kullanan, gizleyen yahut inkâr eyleyen veyahut bu amaca ulaşmak ya da bu fiillerini gizlemek için bilgisayar ortamında tutulanlar dahil kayıtları tahvil ve tağyir eden ilgili gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri,

6. Bu Kanunun 15 inci maddesinin son fıkrasında belirtilen işlemlerde bulunarak kârı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler,

7. Karşılıksız olarak sermaye piyasası araçlarının geri alım taahhüdü ile satımını yapan ilgili gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri,

Her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Denilmektedir.

Cezaların artırılması başlıklı 48. maddede (Değişik: 29/4/1992 tarihli ve 3794 sayılı Kanun md. 35 ile): *“Bu Kanun kapsamındaki ihraççılarla sermaye piyasası kurumlarının yönetim kurulu üyeleri, denetçileri, müdür ve diğer personeli ve yatırım fonu temsilcileri ile sorumlularının ortaklığım, kuruluşun veya fonun paraları ve diğer malları ile sermaye piyasası araçları, defter, evrak, dosya, kayıt ve diğer belgeleri üzerinde işledikleri suçların genel hükümlere göre belirlenen cezaları yarı oranında arttırılarak hükmolunur.”* denilmektedir.

Bu suçta dair Usul hükümlerinin düzenlendiği 49. Maddede ise (Değişik: 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun md. 374 ile): *“47 nci madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma yapılması, Kurul tarafından Cumhuriyet savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Bu başvuru ile Kurul aynı zamanda katılan sıfatını kazanır.*

Bu Kanuna aykırı fiillerin işlendiğine dair bilgi edinen Cumhuriyet savcıları, Kurulu haberdar ederek durumun incelenmesini isteyebilirler.

Cumhuriyet savcıları kovuşturmaya yer olmadığına karar verirlerse, Kurul kendisine tebliğ edilecek bu kararlara karşı Ceza Muhakemesi Kanununa göre itiraza yetkilidir.” denilmektedir.

SPK, yatırımcıları bilgilendirmek için yayımladığı kitapçıkta²⁷⁰ :

-Verilen emirlerin ve gerçekleştirilen işlemlerin menkul kıymetin günlük işlem hacmi içinde önemli bir oran teşkil etmesi ve özellikle bu işlemlerin menkul kıymetin fiyatında önemli değişimlere neden olması,

-Menkul kıymette önemli oranda pozisyona sahip kişiler tarafından verilen emirlerin ve gerçekleştirilen işlemlerin menkul kıymet fiyatında önemli bir değişikliğe yol açması,

-Menkul kıymette yükselişten menfaat elde edecek olanlarla işlem gerçekleştirilenlerin birlikte hareket etmeleri,

-Seans içinde sürekli olarak aynı anda veya yakın zaman aralıklarıyla alım ve satım emirleri verilmesi ve kendi vermiş olduğu emirlerin eşleşmesi ile hisse senedinin mülkiyetinde herhangi bir değişikliğe yol açmayan işlemler gerçekleştirilmesi, bu emirlerin ve işlemlerin kişinin toplam işlemleri içinde ve toplam işlem hacmi içinde önemli bir yer tutması,

²⁷⁰ Sermaye Piyasası Kurulu, Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, Aralık 2003, s.16-18.

-Seans içinde kısa zaman aralıklarıyla alıcı pozisyonundan satıcı pozisyonuna veya satıcı pozisyonundan alıcı pozisyonuna dönülerek gerçekleştirilen işlemlerin yatırım mantığıyla yapılmaması, bu işlemlerin hisse senedinin günlük işlem miktarının önemli bir oranını teşkil etmesi ve bu işlemlerin menkul kıymetin fiyatında önemli değişikliklere yol açması,

-Verilen emirlerin ve gerçekleştirilen işlemlerin seansın çok kısa bir bölümüne denk gelmesi ve hisse senedinin fiyatında ters yönde bir değişime neden olması,

-Hisse senedinin sırasında bekleyen en iyi alış ve en iyi satış fiyatını değiştirmeye yönelik emirler verilmesi veya hisse senedinin alış ve satış emirlerinin kompozisyonunu değiştirmeye yönelik alış ve satış emirleri verilmesi ve bu emirlerin gerçekleşmeden önce iptal edilmesi,

-İşlemlerin yoğun olarak seans başında veya seans sonunda gerçekleştirilmesi,

-Çok sayıda aracı kurum üzerinden kendi adına veya vekâleten yönetilen veya kontrol edilen hesaplar vasıtasıyla emirler verilmesi ve işlem gerçekleştirilmesi,

-Değişik aracı kurumlardaki farklı hesaplar üzerinden emirler verilmesi ve işlem gerçekleştirilmesi, işlemlerin gerçekleştirildiği dönemde menkul kıymetin fiyatında önemli değişikliklerin meydana gelmesi ve hesap sahiplerinin hesaplarında gerçekleştirilen işlemleri açıklayabilecek mali güçlerinin ve yapılan işlemleri izah edebilecek menkul kıymet işlemleriyle ilgili bilgi ve tecrübelerinin bulunmaması,

-Birlikte hareket eden kişiler tarafından farklı aracı kurumlar ve farklı hesaplar üzerinden seans içinde birbirleriyle eşleşmesini sağlayacak şekilde devamlı olarak üst veya alt fiyat basamaklarından karşılıklı alım ve satım emirleri verilmesi ve karşılıklı olarak verilen emirler sonucunda işlemler gerçekleştirilmesi, bu emir ve işlemlerin hisse senedinde gerçekleşen toplam işlemlerin önemli bir oranını oluşturması,

-Satın alınan hisse senedi bedellerinin, t+2 gününde aynı hisse senedinden yapılan satışlara teminat olarak kabul eden başka bir aracı kurum tarafından satış tutarında kullanılan kredi ile ödenmesi, yapılan satışlara ilişkin takas yükümlülüğünün de t+2 gününde satın alınan hisse senetleriyle karşılanması, söz konusu işlem ve kredi sisteminin işlem gerçekleştirilen günlerde devamlı olarak uygulanmasını manipülasyon sayılan hareketler olarak değerlendirmiştir.

III. SPK 47/1-A,2 MADDESİNDE MANİPÜLASYON OLARAK TANIMLANAN FİİLLERİN HALKA ARZ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

SPK'nun 47/1-A-2 maddesi hükmündeki suçun maddi unsuru sermaye piyasası araçlarının "alım ve satımı"nı yapmaktır. Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarının belirlenmesinde arz ve talebin ekonomi kuralları çerçevesinde sağlıklı biçimde oluşmasına engel olan herhangi bir alım ve/veya satım, piyasa kuralları içerisinde 'yapay' olarak nitelendirilebilir. Yapay alım ve satımın 'elverişli' olması, yani sermaye piyasası araçlarının fiyatlarında yapay bir şekilde artış veya düşüşe yol açabilecek ya da fiyatlarını aynı seviyede tutabilecek nitelikte bulunması gerekir.

Alım ve satımın yapay veya hileli olması maddi unsurun varlığını etkilememektedir. Kendinden kendine işlemler (wash sales) veya tarafların işlemden önce anlaşarak aynı fiyat ve aynı miktardan, eş zamanlı olarak girdikleri emirlerin karşıla-

ması sonucunda gerçekleşen işlemler, piyasa dolandırıcılığı için kullanılan klasik yöntemler olmakla beraber, piyasayı dolandırmaya yönelik işlemler bu yöntemler ile sınırlı değildir. Gerçekleşen işlemler, sayılan iki tipteki gibi hileli olmadığı halde, madde hükmünde sayılan amaçlara yönelik olduğunda suçun maddi unsuru yine oluşacaktır. Hükmün başındaki yapay ibaresi, hükmün sonundaki alım ve satım ibaresini değil aradaki amaçları nitelemektedir. Bu nedenle, suçun maddi unsuru tek başına yasal bir görüntüye sahip olan ve fakat belirli bir amaç için koordineli olarak gerçekleştirildiklerinde piyasa dolandırıcılığına neden olan alım ve satımlar oluşturmaktadır²⁷¹.

a. Yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini yaratmak amacıyla alım ve satımını yapma

SPK'nun 47/I-A-2 maddesinde; “*yapay olarak sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini yaratmak*” fiili ceza normu ile yasaklanmıştır.

Yapılan işlemler görünümü itibariyle yasal işlemlerdir. Tespit edilmesi gereken husus ise bu işlemlerin “*yapay*” olup olmadığıdır²⁷². Yapayı, doğal olandan hareketle tanımlamak daha sağlıklıdır. Bunun için öncelikle doğal olanı belirlemekte yarar vardır. Sermaye piyasalarında hâkim olan iktisadî prensipler serbest piyasa ilkeleridir. Serbest piyasanın işleyişini de fiyat mekanizması sağlar ve fiyat mekanizmasından beklenen işlevin yerine gelmesi için olması gereken en önemli unsur rekabetin varlığıdır²⁷³.

Bu rekabet olgusu ile manipülasyon suçuna vücut veren “*yapay piyasa*” olgusu arasındaki ilişki ortaya çıkmaktadır. Yapaylık iktisadî kurallar gereğince bilgiye serbest ulaşılması gerekirken, manipülatif faaliyetler nedeniyle bunun gerçekleşmemesidir. Doğal olan, hâkim olan iktisadî kurallar uyarınca, yatırımcıların bilgiye serbest ve doğru bir şekilde ulaşmasıdır ve bunun sonucu olarak yapay olan da bunun gerçekleşmesini engelleyen faaliyetlerdir. Doğallığı engelleyen bu tarz hareketler nedeni ile fiyat yapay bir seviyede oluşur²⁷⁴.

Sermaye piyasalarında fiyatın oluşumunda bu serbest piyasa değerlendirmeleri ve rekabet ilkeleri esas alınır. Menkul kıymet ihraç eden bir anonim ortaklığın mali durumu, gerçekleştirmeyi düşündüğü başka yatırımlar ve bunlara ilişkin girişimleri, halka arz edilecek menkul kıymetlerin niteliği gibi bilgiler kamuya açıklanır. Piyasaya açıklanan bu bilgiler malın değerinin fiyata yansımada temel araçtır. Yatırımcılar piyasaya açıklanan bu bilgilere göre yatırım kararlarını verirler. Bir başka deyişle bilgi fiyata yansımış olur fiyat bilgiyi taşır²⁷⁵.

İşleme dayalı manipülasyonda, menkul kıymetlerin alım-satım işlemleri sonucunda hisse senedi fiyatında değişimler olmaktadır. Bu türdeki manipülasyonda, alım-satım işlemleri ile piyasayı yanıltma amaçlı faaliyetler görülür. Örneğin bir manipülatör, hisse senedinin değerini etkileyebilecek menkul kıymet alım-satım

²⁷¹ www.spk.gov.tr (İşlem bazlı piyasa dolandırıcılığı).

²⁷² ERMAN, Sahir, Şirketler Ceza Hukuku Ticari Ceza Hukuku, C.VII, İstanbul, 1993, s.143.

²⁷³ BAYSAL, s.73.

²⁷⁴ BAYSAL, s.74.

²⁷⁵ MANAVGAT, Çağlar, Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon Ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2008, s.2.

işlemleri ile bir piyasa hareketi gerçekleştirilebilir²⁷⁶.

Yatırımcının psikolojik durumunu etkileyebilecek ancak mülkiyette gerçek anlamda değişikliğe yol açmayan yanıltıcı işlemlerin yapılmasının temel amacı, o paylar üzerinde yoğun bir işlem yapıldığı zannını uyandırmak ya da söz konusu payın fiyatını sabit tutmak, artırmak ya da düşürmektir²⁷⁷.

Bu şekilde yanıltıcı ve manipülatif işlemlerle hareket ederek aktif bir piyasa izlenimi yaratılmaya çalışılmaktadır. Dolayısıyla fiyat hangi noktada oluşmuş olursa olsun, gerçek olmayan bir arz ve talebe bağlı olarak oluşturulmuşsa yapay fiyat vardır. Yine işlem hacmindeki ani değişiklikler de payın önceki durumu da dikkate alınarak yapay olarak nitelendirilebilir²⁷⁸.

Halka açılmak üzere SPK'ya başvuran şirketler, "Halka Açılmak Suretiyle Sağlanacak Fon Tutarını Artırmak" amacına uygun olarak, halka arz edilen hisse senetlerin fiyatını yükseltmek, dolayısıyla bu yolla daha fazla fon toplayabilmek için, karı artırmaya yönelik "finansal bilgi manipülasyonu" diye nitelenen uygulamalara gidebilmektedir. Bu çerçevede denetlenen şirketlerde ise, çoğunlukla örtülü kar aktarımı uygulamalarına yönelik finansal bilgi manipülasyonu uygulamaları ile de karşılaşılabilir²⁷⁹.

İnceleme konumuz bakımından, *Halka arz edilen payların önemli bir kısmının halka arzın iptalinin önlenmesi vb. nedenlerle ilişkili taraflarca alınması durumunda, yapay bir piyasa oluşturulduğu, aktif bir piyasanın varlığı izleniminin yaratıldığı düşünülebilir mi?* sorusunun cevabı konuya da açıklık getirecektir.

Yatırımcılar, işlem yaparken piyasadaki mevcut durumun, hisse senetlerine ilişkin gerçek durumu yansıttığını düşünmektedir. Çünkü menkul kıymet piyasalarında fiyat gösterge niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla menkul kıymetlere ilişkin değerlendirme ve analizlerde, var olan durum üzerinden hareket edilir²⁸⁰. Manipülatörün temel amacı, diğer kimselerin aleyhine olacak görünüşte fiyatı yaratarak, bir kayıptan kaçınmak veya kazanç sağlamaktır²⁸¹.

Halka arzlarda karşılaşılacak böyle bir durumda tartışılması gereken ilk konu, halka arzlarla ilişkili tarafların talep girmesinin yasal olup olmadığıdır. Ülkemizde halka arzlarda ihraççı ve halka arzı yapan aracı kuruluşlarla ilişkili tarafların halka arza talep girmesi uzun yıllar yasaklanmıştır. Sermaye Piyasası Kurulu'nun yürürlükten kaldırdığı Seri: VIII, No:22 sayılı Tebliğin "Halka Arzda İşlem Yasağı" başlıklı Ek Madde 1 hükmünde "Sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satışlarında; sermaye piyasası araçlarını ihraç ve halka arz eden ihraççılar ile halka arza aracılık eden aracı kuruluşların yönetim kurulu başkanı ve üyeleri, kanuni de-

²⁷⁶ KÜÇÜKSÖZEN, Cemal, Finansal Bilgi Manipülasyonu Nedenleri, Yöntemleri, Amaçları, Teknikleri, Sonuçları Ve İMKB Şirketleri Üzerine Ampirik Bir Çalışma, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2004 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 33.

²⁷⁷ MANAVGAT, Çağlar, s.111vd.

²⁷⁸ MANAVGAT, s.102vd.

²⁷⁹ Finansal Bilgi Manipülasyonları hakkında ayrıca bkz. KÜÇÜKSÖZEN, Cemal / KÜÇÜKKOCAOĞLU, Güray, Finansal Bilgi Manipülasyonu, İMKB Şirketleri Üzerine Ampirik Bir İnceleme, s.9 (www.baskent.edu.tr/gurayk).

²⁸⁰ YÜCE, Aydın Alber, Sermaye Piyasalarında Manipülasyon, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, S.98, s.367.

²⁸¹ KAMIŞLI, Melik, İşlem Bazlı Manipülasyonun Finansal Oranlarla Belirlenmesi İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında İstatistiksel Sınıflandırma Analizleriyle Bir Uygulama, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2008, s. 6.

netçileri, murahhas müdürleri, genel müdür ve genel müdür yardımcıları ve görevleri sebebiyle bilgi sahibi olabilecek diğer personel ile bunların eşleri ile birinci derecede kan ve sıhri hısımları söz konusu sermaye piyasası araçlarını doğrudan veya dolaylı olarak satın alamazlar. Yukarıdaki düzenlemenin uygulanmasında, Kurul düzenlemeleri gereğince, aracı kuruluşlar sorumludurlar. Aracı kuruluş kullanılmadığı takdirde sorumluluk ihraççı şirkete aittir.” düzenlemesi yer almaktaydı.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri:VIII, No:22 sayılı Tebliği, 03.04.2010 tarihli ve 27541 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Seri:VIII, No:66 sayılı Tebliğ ile bu hüküm ortadan kaldırılmıştır.

Sermaye piyasalarındaki en önemli kısıtlamalardan birinin yürürlükten kaldırılması ile bu tarihten sonra yapılan birçok halka arzda şirket ile ilişkili şirketlerin halka arza katılmasını engelleyen, yasaklayan bir hüküm kalmamıştır. Başka bir deyişle, halka arzlarla ilişkili tarafların talep girebilmesi bizzat sermaye piyasası Kurulu'nun yaptığı değişiklikle serbest hale gelmiştir.

Yine bu duruma dair Seri: VIII, No:66 sayılı Tebliğin 19. maddesi uyarınca, halka arzda konsorsiyum lideri olan aracı kurum, yatırımcı grupları bazında dağıtımı yapılan sermaye piyasası aracının tutarı, oranı ve yatırımcı sayısı hakkındaki bilgiler ile halka arz edilen payların nominal değerinin %5'inden fazlasını satın alan kişi ve kurumları, dağıtım listesinin kesinleştiği günü takip eden işgünü Kurul'un özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde kamuya açıklamak zorundadır.

Ayrıca, paylarını ihraç ve halka arz eden ihraççılar ile halka arza aracılık eden aracı kuruluşların, payların değerini etkileyebilecek nitelikteki bilgiye ulaşabilecek konumdaki yöneticileri, ihraççıların %5 ve üzerinde paya sahip ortakları ve halka arz nedeniyle hizmet aldığı diğer kişi/kurumların yaptıkları pay alımları da orana bağlı olmaksızın bu madde kapsamında açıklanmaktadır.

Bu düzenlemeden sonra sermaye piyasasında birçok halka arzda, ilişkili tarafların talepleri görülmeye başlanmıştır. ilişkili şirketlerin talebi manipülasyon sebebi sayılacaksa İMKB'de yapılan çok sayıda halka arzda, manipülasyon suçunun unsurlarının oluştuğu söylenebilecektir. Bu ve benzer değerlendirmelerin ise ekonomik sistem içerisinde yaratacağı huzursuzluk ise çok büyük boyutta olacaktır. Sermaye Piyasası Kanununun manipülasyon suçlarını düzenleme amacının ise bu olmadığı açıktır.

Bu durumda halka arzlarda, şirketlerle ilişkili kurum ya da bireylerin talepleri halka açık bir bilgidir midir? Sorusunun suçun unsurlarının oluşup oluşmayacağı açısından cevaplanması gerekmektedir. SPK ve İMKB bu bilgiye sahip olarak halka arzı onaylamaktadır. Dolayısıyla bu aşamada yatırımcılarından gizlenen herhangi bir bilgi söz konusu değildir. Bu açık bilgi nedeniyle “aktif bir piyasanın varlığı izlenimini yaratmak” gibi bir değerlendirme yapmak mümkün olmadığı gibi, ilişkili tarafların alımları yasal otoriteler ve kamuoyu ile açıkça paylaşılmasından dolayı, SPK 47/1.A-2 maddesinde belirtilen ceza normu ile yasaklanan fiillerin örnek olayda gerçekleştiği de hukuken söylenemeyecektir.

b.Yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapma

İşlem bazlı manipülasyon fiili, SPK'nun 47 / 1-A,2 maddesinde; "Yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapmak" şeklinde düzenlenmiştir.

İşleme dayalı olarak yapılan manipülasyonlarda, yapılan işlemler şeklen yasal görünülmüştür, ancak bu işlemleri diğerlerinden ayıran, işlemin amacı, yapılış zamanı ve şekli gibi unsurlar bulunmaktadır. Kamuya açıklanan bilgileri gereği gibi analiz edemeyen veya değerlendirme yetenekleri sınırlı, tecrübesiz yatırımcıların bulunduğu durumlarda piyasada manipülatif hareketler görülebilmektedir²⁸².

İşlem bazlı manipülasyon suçunda alım-satım faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Alım ve satım yapılması ikincil piyasalarla ilgili bir kavramdır. Halka arzda ise sadece talep girilmesi söz konusudur. Halka arzda alım-satım işleminin yapılabileceği bir "piyasa" bulunmamaktadır. Piyasa, bir malın ya da hizmetin, alıcı ve satıcılarının alım-satım niyetiyle karşı karşıya geldikleri ve o malın fiyatının bu alım-satımına göre belirlendiği yerdir. Oysa halka arzda böyle bir piyasa yoktur.

Ceza normu ile yasaklanan *fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapma* fiili, düzenlemenin amacı ve uygulaması açısından, ikincil piyasa işlemleri için geçerlidir. Bu durumun anlaşılabilmesi için, ikincil piyasa işlemlerinin değerlendirilmesi gerekecektir.

İkincil piyasa işlemlerinde alış ya da satış tarafına girilen emirler ve gerçekleşen işlemlerle aktif bir piyasanın varlığı izlenimini yaratmak mümkündür. Çünkü piyasayı takip eden bütün yatırımcılar ve diğer piyasa katılımcıları bu işlemleri görmekte ve aktif bir piyasanın varlığı konusunda bir izlenime sahip olabilmektedir. Kanundaki düzenlemede bu tür faaliyetlerin önüne geçmek için yapılmıştır. Ancak halka arzlarda pratik olarak bu mümkün değildir. Çünkü halka arzlarda girilen talepleri diğer yatırımcılar görememektedir.

SPK'nun Seri:VIII, No:66 sayılı Tebliği'nin 19.maddesinde, halka arz süreci devam ederken gelen talep seviyesine ilişkin açıklama yapılamayacağı, konsorsiyum liderinin halka arz fiyatı ve üzerindeki fiyatlardan halka arza gelen talep seviyesini yanıltıcı olmamak şartıyla ancak halka arz süresinin bitimini takiben Kurulun özel durumların kamuya açıklanmasına ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde açıklayacağı, söz konusu açıklamanın halka arzda talepte bulunan grupların seçilmiş bir kısmına ilişkin olamayacağı, yapılacak olan açıklamanın doğruluğundan konsorsiyum liderinin sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu düzenleme nedeniyle bir yatırımcı halka arza talep girerken ne kadar talep olduğunu bilmemektedir. Talebin ne kadar olduğu yatırımcılar tarafından görülmeyeceğinden, ilişkili tarafların girdiği taleplerinde aktif piyasa izlenimi yaratması da mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla halka arzlarda, ilişkili tarafların girdiği talepler nedeniyle de halka arzda aktif bir piyasa oluşturulduğu değerlendirilmesiyle manipülasyon suçunun oluştuğunu söylemek de hukuken mümkün değildir.

Halka arzlarda arz tarafı belirlidir ve kısıtlıdır. Örneğin, satıcı, satış adedi, fiyatı, talep toplama tarihleri, kimlere nasıl hisse verileceği önceden bellidir. Satış fiyatı baştan bellidir ve arz-talep ile belirlenmemektedir. Satıcı taraf, kısıtlı süredeki satış

²⁸² SPK, Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon, s.4

için pazarlama ve satış çalışmalarında bulunabilmektedir. SPK ve İMKB'nin kurallarına göre belirli bir dönemde bu fiyat için talep toplanmakta ve satılacak hisseler yine SPK ve İMKB'nin belirlediği kurallara göre talepte bulunanlara dağıtılmaktadır. Dolayısıyla fiyatın serbestçe oluştuğu çok sayıda alıcı ve satıcının karşıya geldiği bir ortam söz konusu değildir. Piyasa ise halka arz tamamlandıktan sonra, arzda satılan hisselerin İMKB'de işlem görmeye başlamasıyla oluşmaktadır.

Halka arzın kuralları sermaye piyasası mevzuatı ile o halka arza ilişkin izahname ve sirkülerde belirlenmiştir. Eğer, halka arz sürecinde hatalı bir işlem varsa bu izahname ya da sirkülere aykırılık olarak değerlendirilebilir. Böyle bir durumun tespiti halinde, Sermaye Piyasası Kanunu'nun ilgili maddeleri gereği cezalandırılabilir. Bu hususu manipülasyon olarak değerlendirmek hukuken hatalı olacaktır.

Halka arzda hisse fiyatının alım satım işlemleri dolayısıyla etkilenmesi mümkün müdür? Halka arzlarda, serbest fiyatlı halka arz yapılabilmesi mümkünse de ülkemizde halka arzlar belirli bir fiyat üzerinden yapılmaktadır. Halka arzda fiyat baştan bellidir ve talebin büyüklüğü ne olursa olsun bütün yatırımcılar sadece bu fiyat üzerinden alım yapmaktadırlar. Dolayısıyla, manipülasyon suçunun gerçekleşmesi için "... fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satım yapılması" halka arzlar için geçerli değildir. Açıklanan bu nedenle ilişkili tarafların girdiği taleplerin hissenin fiyatını etkileyememesinden dolayı manipülasyon suçunun oluşması da mümkün görünmemektedir.

Halka arzda manipülatif işlem olamayacağını gösteren bir başka düzenleme de İMKB mevzuatı içerisinde bulunmaktadır. Menkul Kıymetler Borsalarının Kuruluş ve Organlarına İlişkin Yönetmeliğin 25. Maddesi ile İMKB Yönetmeliğinin 24/A maddesine dayanılarak, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda bir gözetim sistemi kurulmuştur. Bu kapsamda, İMKB'de işlemlerin açık, düzenli ve dürüst bir şekilde gerçekleşmesine aykırı emir ve işlemler ile bu nitelikteki emirleri veren veya işlemleri yapan yatırımcılara uygulanacak tedbirler, İMKB'nin 395 No'lu Genelgesiyle piyasa katılımcılarıyla paylaşılmıştır. Bu genelge ile manipülasyona yol açabilecek bu tür işlemleri 2 başlık altında toplanmaktadır; Buna göre; 1. Kendinden Kendine İşlemler, 2. Parçalanmış Aktif Emirlerle Gerçekleştirilen İşlemler manipülatif işlemler olarak belirtilmiştir. Burada da görüldüğü üzere, bu düzenleme tamamen ikincil piyasa işlemlerini içermekte; burada halka arzlara değinmemektedir.

İMKB'de halen uygulanmakta olan bu gözetim sistemi, İMKB'de yapılan halka arzları kapsamamaktadır. Bu düzenlemeden de uygulamacıların ve yasal otoritelerin halka arzlarda manipülasyon suçunun oluşmayacağı değerlendirmesinde bulduklarını söylemek mümkündür.

Sermaye Piyasası Kurulu, Aralık 2003 tarihli **Hisse Senedi Piyasasında Manipülasyon – Kullanılan Yöntem Örnekleri – Manipülatif İşlem kalıbı Örnekleri – Korunma Yolları** isimli çalışması ile manipülasyon fiilleri konusunda sermaye piyasalarında faaliyet gösteren tarafları aydınlatmaya çalışmıştır. Bu yayında, İMKB Gözetim sistemiyle ilgili genelgede olduğu gibi ikincil piyasa işlemlerini işaret etmekte ve halka arzlarda manipülasyon fiillerinden hiç bahsedilmemektedir.

SONUÇ

Çalışmamızda; 2499 sayılı SPK'nun 47 /1-A,2 maddesinde belirtilen manipülatif fiillerin halka arz açısından değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ile görüşlere yer verilmiştir. Bu çerçevede;

1- 2499 sayılı SPK'nun 47/I-A-2 maddesinde; *"yapay olarak sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini yaratmak"* fiili ceza normu ile yasaklanmıştır. Halka arzlarda karşılaşılabilecek böyle bir durumda tartışılması gereken ilk konu, halka arzlarla ilişkili tarafların talep girmesinin yasal olup olmadığıdır. Ülkemizde halka arzlarda ihraççı ve halka arzı yapan aracı kuruluşlarla ilişkili tarafların halka arza talep girmesi, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri:VIII, No:22 sayılı Tebliği ile uzun yıllar yasaklanmıştır. Sermaye Piyasası Kurulu'nun bu tebliği, 03.04.2010 tarihli ve 27541 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Seri:VIII, No:66 sayılı Tebliğ ile ortadan kaldırılmıştır. Sermaye piyasalarındaki en önemli kısıtlamalardan birinin yürürlükten kaldırılması ile bu tarihten sonra yapılan birçok halka arzda şirket ile ilişkili şirketlerin halka arza katılmasını engelleyen, yasaklayan bir hüküm kalmamıştır. Başka bir deyişle, halka arzlarla ilişkili tarafların talep girebilmesi bizzat sermaye piyasası Kurulu'nun yaptığı değişiklikle serbest hale gelmiştir.

Bu aşamada yatırımcılarından gizlenen herhangi bir bilgi söz konusu değildir. Bu açık bilgi nedeniyle *"aktif bir piyasanın varlığı izlenimini yaratmak"* gibi bir değerlendirme yapmak mümkün olmadığı gibi, ilişkili tarafların alımları yasal otoriteler ve kamuoyu ile açıkça paylaşılmasından dolayı, 2499 sayılı SPK 47/1.A-2 maddesinde belirtilen ceza normu ile yasaklanan fiillerin gerçekleştiği de hukuken söylenemeyecektir.

2- İşlem bazlı manipülasyon fiili, 2499 sayılı SPK'nun 47 / 1-A,2 maddesinde; *"Yapay olarak, sermaye piyasası araçlarının, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapmak"* şeklinde düzenlenmiştir.

İşlem bazlı manipülasyonda, alım-satım faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Alım ve satım yapılması ikincil piyasalarla ilgili bir kavramdır. Halka arzda ise sadece talep girilmesi söz konusudur. Halka arzda alım-satım işleminin yapılabileceği bir "piyasa" bulunmamaktadır.

Ceza normu ile yasaklanan *fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satımını yapma* fiili, düzenlemenin amacı ve uygulaması açısından, ikincil piyasa işlemleri için geçerlidir. İkincil piyasa işlemlerinde alış ya da satış tarafına girilen emirler ve gerçekleşen işlemlerle aktif bir piyasanın varlığı izlenimini yaratmak mümkündür. Çünkü piyasayı takip eden bütün yatırımcılar ve diğer piyasa katılımcıları bu işlemleri görmekte ve aktif bir piyasanın varlığı konusunda bir izlenime sahip olabilmektedir. Ancak halka arzlarda pratik olarak bu mümkün değildir. Çünkü, halka arzlarda girilen talepleri diğer yatırımcılar görememektedir. Bu düzenleme nedeniyle bir yatırımcı halka arza talep girerken ne kadar talep olduğunu bilmemektedir. Talebin ne kadar olduğu yatırımcılar tarafından görülemediğinden, ilişkili tarafların girdiği taleplerinde aktif piyasa izlenimi yaratması da mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla halka arzlarda, ilişkili tarafların girdiği talepler nedeniyle de halka arzda aktif bir piyasa oluşturulduğu değerlendirmesiyle manipülasyon suçunun oluştuğunu söylemek de mümkün değildir.

Halka arzlarda arz tarafı belirlidir ve kısıtlıdır. Örneğin, satıcı, satış adedi, fiyatı, talep toplama tarihleri, kimlere nasıl hisse verileceği önceden bellidir. Satış fiyatı baştan bellidir ve arz-talep ile belirlenmemektedir. Satıcı taraf, kısıtlı süredeki satış için pazarlama ve satış çalışmalarında bulunabilmektedir. SPK ve İMKB'nin kurallarına göre belirli bir dönemde bu fiyat için talep toplanmakta ve satılacak hisseler yine SPK ve İMKB'nin belirlediği kurallara göre talepte bulunanlara dağıtılmaktadır. Dolayısıyla fiyatın serbestçe oluştuğu çok sayıda alıcı ve satıcının karşıya geldiği bir ortam söz konusu değildir. Piyasa ise halka arz tamamlandıktan sonra, arzda satılan hisselerin İMKB'de işlem görmeye başlamasıyla oluşmaktadır.

Halka arzlarda hisse fiyatı baştan bellidir ve talebin büyüklüğü ne olursa olsun bütün yatırımcılar sadece bu fiyat üzerinden alım yapmaktadırlar. Dolayısıyla, manipülasyon suçunun gerçekleşmesi için “... fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla alım ve satım yapılması” halka arzlar için geçerli değildir. Açıklanan bu nedenle ilişkili tarafların girdiği taleplerin hissenin fiyatını etkileyememesinden dolayı manipülasyon suçunun oluşması da mümkün görünmemektedir.

3- Yukarıda piyasa işlemleri ve işleyişi çerçevesinde yaptığımız açıklamalar ve mevcut düzenlemelere rağmen; halka arzda manipülasyon suçunun oluşabileceği kabul edilecek olursa; yapılan halka arzlarla ilgili manipülasyon incelemesi başlayabilir. Bu durum ise sermaye piyasalarımızda geri dönüşü olmayan bir kaos ortamına neden olabilecektir.

Kanunda düzenlenen cezai sorumluluk kapsamı genişleyebilecek ve hatta yapılan birçok işlemde dolayı Sermaye Piyasası Kurulu ve İMKB yöneticilerinin de cezai sorumluluğu doğabilecektir.

Halka Açılmalar Sermaye Piyasası Mevzuatı Dışına Yönelebilecektir. Şirketlerin halka açık hale gelmesi sermaye piyasası mevzuatına göre olabildiği gibi bu mevzuat dışında da olabilmektedir. Oysa sermaye piyasası mevzuatına göre halka açılmalar belirli kurallara tabidir. Bu kurallara ek olarak ayrıca manipülasyon düzenlemelerine tabi olunması şirketlerin halka arzları sermaye piyasası mevzuatınca yapılmasından caydırabilecektir. Şirketler sermaye piyasası dışında 250 kişiden fazla kişiye hisse sattığında halka açık hale gelebilecektir. Sermaye piyasası düzenlemelerine uyulmasının söz konusu olmadığı bu satıştan sonra ilgili şirket İMKB'ye başvurarak hisselerinin borsada işlem görmesini sağlayabilecektir.

Yeni Ürünlerin Halka Arzında Sorunlar Ortaya Çıkabilecektir. Bu konuya verilebilecek en iyi örnek SPAC (Special Purpose Acquisition Company) denilen şirketlerdir. Sermaye piyasası gelişmiş ülkelerde hiç bir faaliyeti olmayan bu tür şirketler de halka açık hale gelip borsalarda işlem görebilmektedir.

Bu şirketlerin hisselerini alacak olan yatırımcıların büyük kısmı ya da tamamı arz öncesinde bellidir ve genellikle de ilişkili taraf konumundadır. Halka arzlarda manipülasyon olabileceği kabul edilecek olursa bu tür ürünlerin ülkemize gelmesi de zorlaşacaktır.

Halka Arzlara Kurumsal Katılım Azalabilecektir. Kurumsal yatırımcıların manipülasyon yapıldığı iddia edilen bir halka arza girdiği küçük tutarlı talep, mani-

pülatif işleme yardım etmek olarak tanımlanabilecektir. Halka arzlarda, manipülasyonun suçunun oluşabileceğinin kabul edilmesi halinde, halka arza talep giren yatırımcılar, bu tür suçlamalarla karşılaşmamak için halka arzlara talep girmekten çekinebilecektir. Sermaye piyasalarımızda, özellikle halka arzlarda var olan talep sorununu daha da kronik bir hale gelerek piyasaları olumsuz etkileyecektir.

Kısa Sonuç yerine; ikincil piyasa işlemlerindeki fiilleri, ceza normu ile yasaklayan 2499 sayılı SPK'nun 47 /1-A-2 maddesinde seçimlik hareketli fiiller olarak düzenlenen manipülatif alım ve satım işlemlerinin, halka arzlarla ilişkili tarafların talep girebilmesi, gizliliği gerektirecek bir bilginin bulunmaması, girilen talepleri yatırımcının görmemesi, Halka arzlarda arz tarafının belirli ve kısıtlı olması, satış fiyatının baştan belli olması arz-talep ile belirlenmemesi hep birlikte düşünüldüğünde;

2499 sayılı SPK'nda suç olarak sayılan fiillerin, unsurları açısından, suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde halka arzlarda uygulanabilirliği bulunmamaktadır.