

ISSN: 1306 - 3839



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ  
**HUKUK**  
FAKÜLTESİ **DERGİSİ**

**DETAY**  
**YAYINCILIK**

CİLT: I • SAYI: 1  
YIL: 2006

**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**



ISSN: 1306-3839

**Cilt: I, Sayı: 1, Yıl : 2006**

# **ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi  
Yılda İki Kez Yayımlanan Hakemli Bir Dergidir.**

**KAYSERİ – 2006**

**SAHİBİ**

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına

Doç. Dr. İsmail KAYAR

**SORUMLU MÜDÜR**

İzzet DURGUT

**EDİTÖR**

Doç. Dr. Murat DOĞAN

**EDİTÖR YARDIMCISI**

Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN

**YAYIN KOMİSYONU**

Doç. Dr. İsmail KAYAR (Başkan)

Doç. Dr. Murat DOĞAN

Yrd. Doç. Dr. Hayrettin EREN

**İLETİŞİM ADRESİ**

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi 38039 Melikgazi / KAYSERİ	Tel: 0 (352) 438 06 61 0 (352) 4374901 / 38000 Faks: 0 (352) 438 06 62 Eposta: hukukdergisi@erciyes.edu.tr
---	---

**DETAY ANATOLIA AKADEMİK YAYINCILIK LTD. ŞTİ.**

Adakale Sokak No: 14/1 Kızılay – ANKARA

Tel: 0312. 434 09 49 • 430 03 78 • Faks: 0312. 434 31 42

Web: www.detayyayin.com.tr • e-posta: detay@detayyayin.com.tr

---

---

## YAYIN İLKELERİ

---

---

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen makalelerin Ocak sayısı için Aralık ayı sonuna kadar, Temmuz sayısı için Haziran ayı sonuna kadar fakültemize gönderilmesi gerekmektedir.
2. Yayımlanmak üzere gönderilen çalışmalar; kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin olmalı ve daha önce herhangi bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir.
3. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber disket, cd veya e-posta yollarından biriyle de gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
4. Yayın komisyonu tarafından ilk değerlendirmesi yapılan yazılar; yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı hakem veya hakemlere gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına veya geri çevrilmesine yada rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine karar verilir. Düzeltme istenen hallerde yazının yayımlanabilmesi için yazarın raporda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Her üç halde de yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
5. Çalışmalar derginin yazım kurallarına uygun olmalıdır. Yazım kurallarına <http://hukuk.erciyes.edu.tr> adresinden ulaşılabilir.
6. Dergide yayımlanan yazıların hakemlerinin listesi iki sayıda bir yayınlanır.



---

---

## DANIŞMANLAR KURULU

---

---

**Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Süheyl BATUM**

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Enver BOZKURT**

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Erdal ONAR**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Ömer TEOMAN**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Mehmet ÜNAL**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Feridun YENİSEY**

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Turan YILDIRIM**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi





## İÇİNDEKİLER

### KAMU HUKUKU

#### **Mehmet Emin ÇAĞIRAN**

*Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukukunda Sorumluluk Anlayışı  
ve Klasik Sorumluluk Rejimi*..... 3

#### **Hakan HAKERİ**

*Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Tespiti, Dinlenmesi  
Dinlenmesi ve Kayda Alınması* ..... 21

#### **Sevtap METİN**

*Joseph Raz'da Hukuki Otorite Kavramı* ..... 37

#### **Ali ACAR**

*Friedrich Karl Von Savigny'nin Hukuk Anlayışı* ..... 65

#### **Ahmet Hulusi AKKAŞ**

*İfade Hürriyeti Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa  
Tahrik Suçu (tck m.216/1)*..... 89

#### **Murat YILDIRIM**

*Vergilendirmenin Bazı Hukukî Temelleri* .....107

### ÖZEL HUKUK

#### **Murat DOĞAN**

*Medeni Kanunun "Belli Bir Cemaat Mensuplarını Desteklemek  
Amacıyla Vakıf Kurulamayacağı" Hükmü Üzerine  
Bir Değerlendirme* .....155

#### **İsmail KAYAR / Özlem İLBASMIŞ**

*Avrupa Birliğinin 2005/29/EC Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi* .....173

#### **Muharrem GENÇTÜRK**

*Lahey (Brüksel) Kurallarının Uygulama Alanı ve Türkiye'nin  
Lahey Kurallarına Taraf Olma Şekli* .....193

#### **Ayhan KORTUNAY**

*Ar-Ge Anlaşmalarının Avrupa Topluluğu Rekabet Hukuku  
(2659/2000 Sayılı Grup Muafiyet Tüzüğü) Çerçevesinde  
Değerlendirilmesi* .....215

**Şafak NARBAY**

*Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na Sunulan Yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ile İlk Tasarının "Kıymetli Evrak Kitabı" Açısından Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*.....243

**Yalçın BOSTANCI**

*Kısmi Süreli Çalışma ve Bireysel İş Hukukunda Ortaya Çıkan Uygulama Sorunları* .....263

**İlke GÖÇMEN**

*Nice Zirvesi Sonrasında Avrupa Toplulukları Yargı Sisteminde Meydana Gelen Değişikliklere Bir Bakış*.....287

**Hüseyin Akif KARACA**

*Yabancı Gerçek Kişilerin ve Ticaret Şirketlerinin Türkiye'deki Taşınmazlar Üzerinde Mülkiyet Hakkı Edinmeler*.....325

**Özge KARAEĞE**

*Medenî Usul Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Nedenleri ve Usulü* .....339

**Gökhan ŞAHAN**

*Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Eşlerin Evlilik Birliği Giderlerine Katılması İle İlgili Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin, 20.09.2004 Tarihli, e.9196, k.10137 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi* .....361

**Pınar TURGUT**

*Yabancıların Taşınmaz Mal Edinimi Sorunu Çerçevesinde İntifa, Oturma ve Üst Hakkının Hak Sahbine Verdiği Yetkilerin Mülkiyet Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkilere Alternatif Olup Olamayacağı Sorunu* .....371

**HUKUK EĞİTİMİ ARAŞTIRMALARI****N. Ayşe Odman BOZTOSUN**

*Hukuk Eğitiminde Felsefe Dersinin Gereği ve Önemi*.....393

---

**CONTENTS**
**PUBLIC LAW****Mehmet Emin ÇAĞIRAN***Concept Of Responsibility In International Peace And Security**Law And The Classical Regime Of Responsibility* ..... 3**Hakan HAKERİ***Determination, Monitoring And Recording Of A Communication In**New Criminal Procedural Law* ..... 21**Sevtap METİN***The Concept Of Legal Authority As Interpreted By Joseph Raz* ..... 37**Ali ACAR***The Concept Of Law As Understood By Friedrich Karl Von Savigny* ..... 65**Ahmet Hulusi AKKAŞ***The Crime Of Provoking The Community Into Animosity And**Hostility within The Context Of The Freedom Of Expression* ..... 89**Murat YILDIRIM***Legal Framework For Taxation* ..... 107**PRIVATE LAW****Murat DOĞAN***An Essay On The Article Of The Turkish Civil Code**Prohibiting The Establishment Of A Foundation To Support**Members Of A Specific Religious Community* ..... 155**İsmail KAYAR & Özlem İLBASMIŞ***Unfair Commercial Practices Directive* ..... 173**Muharrem GENÇTÜRK***The Scope Of Application Of The Hague Rules And How Turkey**Became A Party To The Rules* ..... 193**Ayhan KORTUNAY***An Analyses of R&D Contracts Under The Lights Of EU**Competition Law (Commission Regulation –Ec)* ..... 215

**Şafak NARBAY**

*The Comparative Examination of The Bill of New Commercial Code Presented to the Presidency of Turkish Grand National Assembly and The First Bill of The Commercial Code in Terms of THE Book of Value Papers* .....243

**Yalçın BOSTANCI**

*Part-Time Work And Problems Arising In Individual Labour Law Regarding Its Application* .....263

**İlke GÖÇMEN**

*An Analysis of The Reforms In The Judicial System OF The European Communities After The Nice Summit* .....287

**Hüseyin Akif KARACA**

*The Acquisition of Property Rights Of Foreign Persons And Corporations On Real Estate In Turkey* .....325

**Özge KARAEĞE**

*Reasons For The Privilege of Wetness And Its Procedure in İvîl Procedural Law* .....339

**Gökhan ŞAHAN**

*The Assessment Of The 4th Judicial Circuit Of The Court Of Appeals Pertaining To The Compesation Of Loss Of Source Of Support And Percipation In The Expenses Of The Conjugal Union* .....361

**Pınar TURGUT**

*The Question Whether The Competence Given To The Titleholder By The Ususfructus, Residence And Construction Rights May Be An Alternative Or Not To The Competence Given To The Titleholder By The Property Rights, Within The Framework Of The Issue Of Acquisition Of Real Estate By Foreigners* .....371

**HUKUK EĞİTİMİ ARAŞTIRMALARI****N. Ayşe Odman BOZTOSUN**

*On The Necessity And The Significance Of The Philosophy Course In Legal Education* .....393

---

---

*KAMU HUKUKU*

---

---



# ULUSLARARASI BARIŞ VE GÜVENLİK HUKUKUNDA SORUMLULUK ANLAYIŞI VE KLASİK SORUMLULUK REJİMİ

Doç. Dr. Mehmet Emin ÇAĞIRAN\*

## GİRİŞ

İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Birleşmiş Milletler uluslar arasında eşitliğe, adalete, insan haklarına dayanan yeni bir dünya düzeni getirmeyi amaç edinmiştir. Bu yeni dünya düzeninde temel kural devletlerin birbirlerinin siyasi bağımsızlık ve toprak bütünlüklerine saygı göstermesi, karşılıklı ilişkilerinde savaş dâhil her türlü silahlı kuvvet kullanılması veya kullanılması tehdidinin yasaklanmış olmasıdır. Birleşmiş Milletlerin kurucuları bunu ortak güvenlik sistemi olarak tanımlamıştır. Bizim burada uluslararası barış ve güvenlik hukuku olarak adlandırdığımız düzenleme esas olarak yukarıda bahsettiğimiz temel kurala dayanan ve Birleşmiş Milletler Antlaşmasında öngörülen diğer tali kurallar ve mekanizmalarla uygulanması garanti altına alınmak istenen ortak güvenlik sistemidir.<sup>1</sup>

Uluslararası barış ve güvenlik hukuku bu normatif ve kurumsal yapısıyla genel uluslararası hukuk düzeni içerisinde bir alt sistem oluşturmaktadır.<sup>2</sup> Bunun manası mekanizmalarının işleyişi ve kurallarının uygulanması bakımından uluslararası hukuka tabi olmakla birlikte kendine has birtakım özellikler göstermesidir.

Sorumluluk, hukukun son halkasıdır.<sup>3</sup> Hukuk bu halka sayesinde soyut kurallar düzeninden somut dünyaya geçer. Bir Fransız hukukçunun ifadesiyle, sorumluluk, bir hukuk sisteminin “merkez üssü”dür: “Hakların niteliği, yükümlülüklerin yapısı, bunların ihlali ve müeyyidelerin belirlenmesi, hepsi mantıki ve birbirine sıkı sıkıya bağlı ilişkiler halinde sorumlulukta birleşir ve birbirine karışır. Bir hukuk düzeni

\* Gazi Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Ortak güvenlik sisteminin temel kuralı Birleşmiş Milletler Antlaşmasının madde 2, paragraf 4'te düzenlenmiştir. Uyuşmazlıkların barışçı yollarla halli, uluslararası hukuka uygun hareket etmek gibi yükümlülükler öngören diğer bütün kurallar bu temel kuralın “türevi”dir. Antlaşma ayrıca bu kuralları etkili bir şekilde uygulamak için Güvenlik Konseyinin otoritesi altında birtakım ihtiyari (Bölüm VI) ve zorlayıcı (Bölüm VII) mekanizmalar ve tedbirler getirmiştir. Bu çerçevede yer alan kurallar ve organlar uluslararası barış ve güvenlik hukukunun normatif ve kurumsal yapısını oluşturmaktadır. Bu konuda genel bir değerlendirme için bkz. M.E. ÇAĞIRAN, *Les sanctions non-militaires de l'article 41 de la Charte de l'O.N.U.*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2000, s. 38 vd.

<sup>2</sup> Uluslararası hukukta alt sistem veya kendi kendine yeterli rejimler kavramları için bkz. B. SIMMA, “Self-Contained Regimes”, *Netherland Yearbook of International Law*, vol. XVI, 1985, s. 115 vd.

<sup>3</sup> Uluslararası Adalet Divanı (UAD), Barcelona Traction Davası. *Recueil (Rec.) 1970*, s. 34.



sorumluluk sistemi yoluyla temellerini açığa vurur, boşluklarını itiraf eder, ne ölçüde bütünlüğe ve etkili olduğunu gösterir.”<sup>4</sup>

Dolayısıyla, sorumluluk, her hukuk düzeninde olduğu gibi, uluslararası barış ve güvenlik hukukunun ne ölçüde alt sistem niteliğine layık, iç tutarlılığı olan, bütünlük arz eden, etkili bir sistem olduğunu sorgulamamıza imkân verecek temel kavramlardan birisidir. Biz bu makalemizde uluslararası barış ve güvenlik hukukunda sorumluluk anlayışını uluslararası hukukta halen genel kabul görmeye devam eden ve artık klasikleşmiş kabul edilen sorumluluk anlayışıyla mukayeseli olarak ortaya koymaya çalışacağız. Klasik sorumluluk rejimiyle yapacağımız mukayese bir yandan klasik anlayışın yeni durumlar karşısında, özellikle barışın bozulmasına yol açan eylemler bakımından eksik kalan yönlerini vurgulamamıza, diğer yandan uluslararası barış ve güvenlik hukukunun uluslararası hukuka sorumluluk hukuku alanında getirdiği yeniliklerden bahsetmemize imkân verecektir.

### I – Klasik Uluslararası Sorumluluk Rejiminin Yetersizliği

İç hukukta ihlal edilen yükümlülüklerin niteliğine veya bu ihlaller için öngörülen sonuçlara göre farklı sorumluluk tipleri ve rejimleri bulunmaktadır. Buna karşılık, klasik kurama göre uluslararası hukukun tek biçimli (uniform) ve ortak tek bir sorumluluk rejimi vardır. Bu ortak rejim esas olarak hukuka aykırı bir davranışın zarar doğuran sonuçlarını gidermek için ikincil bir yükümlülük oluşturmaktan ibarettir<sup>5</sup>. Klasik doktrine göre bu çözüm, yani “bir taahhüdün ihlalinin tazminat yükümlülüğü getirmesi uluslararası hukukun bir ilkesidir, hatta genel hukuk anlayışına uygun bir uygulamadır”<sup>6</sup>. Bu şekilde anlaşılan uluslararası sorumluluk gerçekte iç hukukta uygulanan hukuki sorumluluğun<sup>7</sup> uluslararası düzene uyarlanmasıdır. Ancak, uluslararası ilişkilerin özelliklerine iyi uyum sağladığı iddia edilen bu anlayış eleştirilerden uzak değildir; özellikle iç tutarlılığı bakımından ve Birleşmiş Milletler ortak güvenlik sistemi kurulduktan sonra uluslararası toplumun yapısına uyum sağlama açısından ciddi tenkitlerin hedefi olmaktan kurtulamamıştır.

Her şeyden önce, uluslararası sorumluluğu hukuki sorumlulukla bir tutan görüş, doktrinde herkes tarafından kabul görmemektedir. Klasik sorumluluk anlayışına en fazla uluslararası mahkemelerin sadık kaldıkları görülmektedir. Gerçekten de uluslararası mahkemeler önlerine gelen davalarda çoğunlukla hukuki sorumluluğa hükmetmektedir. Verilen kararlar esas itibarıyla hukuka aykırı fiilin verdiği zararın tazmin edilmesine yönelik olmaktadır. Ancak, mahkemelerin bu tutumunu klasik rejimin yerindeliğinden ziyade yetkilerinin sınırlarıyla açıklanabilecek bir durum-

<sup>4</sup> P.M. DUPUY, “Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats”, *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (La Haye) (R.C.A.D.I.), 1984-V, vol. 188, s. 21.

<sup>5</sup> Uluslararası sorumluluk meselesinin genel ve teorik bir şekilde sunuşu için temel uluslararası hukuk kitaplarına müracaat edilebilir. Örnek olarak bkz. *Oppenheim's International Law*, Ninth Edition, Longman, Harlow, 1992, s. 499 vd.; N.Q. DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public*, 4<sup>e</sup> édition, L.G.D.J., Paris, 1992, s. 715 vd.

<sup>6</sup> Uluslararası Sürekli Adalet Divanı (USAD), Chorzow Davası, *Série A*, no 13, s. 29.

<sup>7</sup> Hukuki sorumluluk ifadesini batı dillerindeki “civil liability” (İng.) ve “responsabilité civile” (Fr.) karşılığı olarak özel hukuk ilişkilerinden doğan sorumluluk manasında kullanıyoruz.

dur.<sup>8</sup> Diğer deyişle, devletler uluslararası yargıdan genellikle hukuki sorumluluğu tespit etmesini talep etmektedir. Yine de, mahkemelerin uluslararası hukuktaki tazminat yükümlülüğünü her zaman iç hukuktaki hukuki sorumluluktan doğan tazminat yükümlülüğü ile özdeşleştirmediklerini söyleyebiliriz. Uluslararası hukuktaki sorumluluk kavramını iç hukuktaki tazminat yükümlülüğünden farklı tanımlayan birçok karar örneği vermek mümkündür.<sup>9</sup>

Klasik kurama karşı yapılabilecek en kayda değer tenkit bu kuramın hukukun bir düzen olduğu gerçeğini görmezden gelerek onu yan yana dizilmiş haklardan ibaret saymasıdır. Oysa haklar ancak bir hukuk düzeni içerisinde oldukları takdirde bir mana kazanmaktadır; aksi halde onları sıradan menfaatlerden ayırmak imkânsız olacaktır.<sup>10</sup>

Kuramsal plandaki eksikliklerine rağmen, pratik faydalarını<sup>11</sup> dikkate alarak uluslararası sorumluluğun hukuki sorumluluk şeklindeki birliğini gerekli ve haklı görebilir miyiz?<sup>12</sup> Doktrindeki tartışmalara baktığımız zaman, yazarların bu konuda görüş birliğinde olduğunu söylemek zordur. Mesela, Uluslararası Hukuk Komisyonunun (U.H.K.) devletin sorumluluğuyla ilgili çalışmalarında şu görüşler vurgulanmıştır: “Günümüz uluslararası hukukunda büyük veya küçük, uluslararası toplumun tamamının hayati menfaatlerine hanel getiren veya sadece bir devletin menfaatini zedeleyen her tipteki hukuk ihlalinde genel olarak uygulanan tek bir sorumluluk rejimi olduğuna inanmak kesinlikle yanlıştır”.<sup>13</sup> Gerçekten de uluslararası hukukta

<sup>8</sup> *Annuaire de la Commission du droit international (A.C.D.I.)*, 1976/I, s. 57.

<sup>9</sup> Mesela bkz. Carthage Davası, *Recueil des sentences arbitrales (R.S.A.)*, XI, s. 448; Manuba Davası, *a.g.e.*, s. 463.

<sup>10</sup> Klasik uluslararası sorumluluk kuramının sorumluluğu doğuran sebepler, zarar gibi temel kavramlarının tenkidi için bkz. R. AGO, “Le délit international”, *R.C.A.D.I.*, 1939-II, vol. 68, s. 224; J. SALMON, “L’intention en matière de responsabilité internationale”, *Mélanges Virally*, s. 413; P.M. DUPUY, “Le fait générateur...”, *a.g.y.*, s. 33.

<sup>11</sup> Klasik sorumluluk rejimi iç hukuktaki hukuki sorumluluğun uluslararası hukuka uyarlanması olarak tasvir edilebilir. Kabul etmek gerekir ki, klasik rejim genel uluslararası hukukun hukuku oluşturmak ve uygulamak için kurumsal mekanizmalardan yoksun, âdemi merkeziyetçi ve yatay yapısı dikkate alındığında hukuki ihtilafların hâlinde başvurulacak en pratik çözüm yolu olmuştur. Ancak, uluslararası hukuk belirtilen özelliklerini esas olarak muhafaza etmekle birlikte, bir diğer ve en önemli özelliği sürekli gelişme ve değişim içinde olmasıdır. Uluslararası örgütlerin ortaya çıkması, uluslararası toplum düşüncesinin pozitif hukuka girmesi, *erga omnes* nitelikli yükümlülüklerin ve amir hükümlerin (*jus cogens*) devletlerarasında ikili ilişkilerin ötesinde herkesin ortak menfaatini koruyan kurallar olarak kabul görmesi... gibi özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaşanan gelişmeler uluslararası hukukun uygulanmasında salt hukuki sorumluluğa dayalı anlayışı sarsmaya başlamıştır.

<sup>12</sup> P.M. DUPUY, “Le fait générateur...”, *a.g.y.*, s. 36.

<sup>13</sup> *A.C.D.I.*, 1976/II/2, s. 108. Uluslararası sorumluluğun tek tip olduğu düşüncesi P.M. DUPUY tarafından da tenkit edilmiştir: “Başta batılılar olmak üzere devletlerin siyasi evrimi ve pozitivist iradeci ekolün getirdiği katı şekilciliğin etkisiyle yaklaşık yüzyıl gibi bir süre içerisinde – ki tarihi açıdan bu süre oldukça kısa bir zaman dilimidir – uluslararası sorumluluk kurumunun esas olarak tazminata dayalı tek biçimli bir sorumluluk haline geldiğine inanıldı. Fakat uluslararası toplumun belirli bir gelişme seviyesine tekabül eden bu tek biçimliliğin günümüzde ne kadar iğreti olduğu ortaya çıkmıştır”. “Le fait générateur...”, *a.g.y.*, s. 78. DUPUY 1980’lerin ilk yarısında meydana gelen 5 olayda (Tahran’da A.B.D.’li diplomatların rehlin alınması, Afganistan, Polonya, Falkland, Lübnan) batılı devletlerin kolektif olarak uyguladıkları karşı tedbirleri konu edinen makalesinde “sorumluluğun tekliline dayanan kuramın uygulamayı tam açıklayıp açıklayama-

*mare liberum* (denizlerin serbestliği) ilkesinden beri devletlerin ortak menfaatlerini düzenlemeye yönelik belirli bir normatif gelişme görülmektedir. Özellikle İkinci Dünya Savaşının sonrasında uluslararası toplum daha “organik” bir yapıya kavuşmuş ve uluslararası ilişkilerin belirli alanlarında – uluslararası barış ve güvenliğin korunması gibi – kurumsal yapıya sahip alt sistemler geliştirmiştir.

Uluslararası yükümlülüklerin nitelik ve içerik olarak farklılaşması birçok hukukçuyu genel rejimin yanında özel sorumluluk rejimlerinin bulunduğu düşüncesine sevk etmiştir.<sup>14</sup> Birleşmiş Milletlerin kuruluşundan itibaren toplumda oluşan genel kanaat, belirli yükümlülüklerini ihlal eden bir devletin diğer tüm yükümlülüklerinin ihlalinin sonucunda ortaya çıkan sorumluluğundan farklı özel bir sorumluluğu olması gerektiği yönündedir. Zira Birleşmiş Milletler Antlaşmasının barışı korumayı amaçlayan genel yükümlülükleri uluslararası hukukun devletlerarası ikili ilişkilerde ortaya çıkan yükümlülüklerinden sadece nitelik ve içerik olarak değil, aynı zamanda önem bakımından da farklı olduğu açıktır. Keza söz konusu genel yükümlülüklerin etkili uygulanabilirliği özel bir sorumluluk rejimin bulunmasına bağlıdır. Zaten silahlı kuvvet kullanma yasağı öngören bir yükümlülük böyle bir özel rejimin yokluğu halinde bir mana ifade etmeyecektir.

Şurası bir gerçektir ki, herkes – bu herkesin içine devletler, uluslararası mahkemeler ve doktrini koyabiliriz – saldırı eyleminin uluslararası hukukun en açık ve kabul edilemez ihlallerinden birisini oluşturduğunda hemfikirdir. “Bir devletin uluslararası hukuku ihlal eden her eyleminden dolayı sorumluluğunun söz konusu olması”<sup>15</sup> mademki temel bir kuraldır, o halde saldırı eyleminin de devletin sorumluluğunu doğurması gerekir. “Fakat bu sorumluluğun niteliği nedir? [Klasik anlayış açısından meseleye yaklaşıldığında] hiçbir şey belli değildir. Bireysel bir sorumluluk mu, yoksa cezai veya hukuki bir sorumluluk mu söz konusudur? Bütün bu sorular cevapsızdır”.<sup>16</sup> Klasik sorumluluk anlayışının bu sorular karşısındaki suskunluğu

dığı” sorusuna cevap ararken daha da ileri gitmektedir : “Bu beş bunalımda gayri hukuki durumlara karşı gösterilen tepkilerin mahiyetine bakıldığında uluslararası sorumluluk rejiminde bir farklılaşmaya işaret ettikleri görülür, zira zarara uğrayana göre üçüncü şahıs konumunda olan devletler Birleşmiş Milletler Antlaşmasının kurumsal çerçevesinin dışında belirli hukuka aykırı davranışlarda bulunan devletlere karşı onları bu davranışlarından dolayı cezalandırmak veya illegal durumu sona erdirmek için tedbirler almışlardır. Bunu uluslararası hukuki şuurun olgunlaşmasında bir aşama olarak görebiliriz. Üçüncü devletlerin bu tepkileri barışı ve düzeni koruma amacıyla alınmamış mıdır? Bu tepkiler hukukun üstün gelmesi için özellikle çaba sarf eden bazı hükümetlerin yeni bir kararlılığını göstermiyor mu? Bu yorum iyimser olarak nitelendirilebilir, fakat tamamen bir tarafa bırakılamaz”. “Observations sur la pratique récente des sanctions de l’*illicite*”, *Revue générale de droit international public (R.G.D.I.P.)*, 1983, s. 541.

<sup>14</sup> Mesela bkz. U.H.K. içerisinde P. REUTER’in açıklamaları. *A.C.D.I.*, 1970/I, s.198; *a.g.y.* 1973/I, s.25. V. STARACE’e göre de “ortaya konulan tek özel uluslararası sorumluluk rejimi Birleşmiş Milletler Antlaşmasının öngördüğü rejimdir”. “La responsabilité résultant de la violation des obligations à l’égard de la communauté internationale”, *R.C.A.D.I.*, 1976-V, vol. 153, s. 308.

<sup>15</sup> Devletlerin uluslararası sorumluluğu üzerine sözleşme makaleleri taslağı, madde I. *A.C.D.I.*, 1979/II/2.

<sup>16</sup> P. TAVERNIER, *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, Pedone, 1991, s. 314.

göstermektedir ki, günümüz dünyasında klasik kuramın tek tipe dayalı çözümleri hukuki meselelere ancak kısmen cevap teşkil edebilmektedir.<sup>17</sup>

## II – Uluslararası Barış ve Güvenlik Hukuku Sorumluluk Rejiminin Özellikleri

Uluslararası barış ve güvenlik hukuku sorumluluk rejimi bu hukukun öngördüğü genel yükümlülüklerin niteliği yanında, Güvenlik Konseyinin otoritesi altında kurumsal ve merkezileşmiş yapısından kaynaklanan kendine has farklı özellikler göstermektedir.

### A – Kurumsal ve Zorunlu Bir Rejim

Sorumluluğun her olay için ayrı olarak bir devletle diğeri – veya diğeri birkaçı – arasında bir mesele olarak kabul edildiği ve ilgili tarafların ortak iradesiyle yine sadece o mesele için yetkilendirilmiş bir “üçüncü şahıs” tarafından tespit edildiği klasik rejimin tersine, uluslararası barış ve güvenlik hukukundaki rejim sürekliliği olan bir kurumsal yapı çerçevesinde işlemektedir. Bu kurumsal yapının organı olan Güvenlik Konseyi meselenin “taraflarından” daha üst konumda bulunmaktadır.<sup>18</sup> Güvenlik Konseyinin üstünlüğü ona gerekli gördüğü bir ihtilafı sadece tarafların değil, herhangi bir devletin talebi üzerine veya kendi isteğiyle ele alıp değerlendirme yetkisi vermektedir.

Uluslararası barış ve güvenlik hukuku sorumluluk rejimi uluslararası hukukun pozitif kurallarına dayanmaktadır. Bütün devletler barış ve güvenlikle ilgili genel yükümlülükleri akdi yolla (Birleşmiş Milletler Antlaşmasına taraf olarak) veya teamülen kabul etmişlerdir.<sup>19</sup> Bu bakımdan uluslararası barış ve güvenlik hukuku sorumluluk rejiminin en azından normatif temelleri itibarıyla klasik rejimin dayandığı iradeci ilkeyle tezat teşkil etmediği söylenebilir. Ancak, iki rejim arasındaki paralellik burada son bulmaktadır. Uluslararası barış ve güvenlik hukukunda sorumluluğun ortaya konulması söz konusu olduğunda, bu amaçla önceden kurulmuş yetkili organın Birleşmiş Milletler Antlaşması VII. Bölümünün mekanizmalarını harekete geçirmesi için ihtilafa “taraf” olanların iznini alması gerekmez.<sup>20</sup> Rejimler arasındaki bu farkın temel sebebi uygulamak istedikleri kuralların farklı nitelikte hukuki ilişkiler kurmuş olmasındır.

Uluslararası barış ve güvenlik hukuku rejiminde sorumluluğun uygulamaya konulması için “tarafların” rızasını aramak gibi bir ön şartın bulunmaması hukuki ilişkileri kuran temel kuralların Güvenlik Konseyini uluslararası toplumun temsilcisi

<sup>17</sup> “Bir devletin uluslararası hukukta sorumlu tutulması uzun zaman tazminat kavramının sınırlarına hapsedildi. Bu durum ihlallerin niteliğini sorgulamak yerine onları nötr olarak görmeyi sağlamıştır. Böylece ihlaller hukukun çiğnenmesinden ziyade maddi sonuçları bakımından düzeltilmesi gereken davranışlar olarak algılanmıştır. Halbuki, uluslararası uygulama hukuka aykırı davranışların bir ölçüde ‘cezalandırıldığı’ bir müeyyide anlayışını da benimseme eğilimindedir”. N.Q. DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *a.g.e.*, s. 717.

<sup>18</sup> P.M. DUPUY, “Sécurité collective et organisation de la paix”, *R.G.D.I.P.*, 1993, s. 626.

<sup>19</sup> UAD, Nikaragua’da Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davası, *Rec. 1986*, s. 100.

<sup>20</sup> Bu hususta Birleşmiş Milletler Antlaşması madde 24, paragraf 1’deki hükmü devletlerin Güvenlik Konseyine yetki devri yaptıkları şeklinde yorumlayıp, Konseyin önceden genel bir izin aldığı ileri sürülebilir.

olarak meselenin taraflarından birisi haline getirmesiyle açıklanabilir.<sup>21</sup> Ancak, buradan hareketle Güvenlik Konseyinin ihlalin doğrudan ve ilk hedefi olan mağdurun bütün çiğnenen hakları bakımından yerini aldığı gibi bir sonuç çıkarmak doğru değildir. Güvenlik Konseyi Birleşmiş Milletler Antlaşması madde 39'da sayılan ihlalleri<sup>22</sup> değerlendirmek münhasır amacıyla ihtilafın tarafı olmak hususunda yetkilendirilmiştir.<sup>23</sup>

Güvenlik Konseyinin zorlayıcı tedbirlere başvurduğu kararlarının “anayasallı-ğın” değerlendirmek bakımından bu nokta önemlidir. Güvenlik Konseyinin belirli bir durumda dikkate değer bulunduğu bir hususu başka bir durumda hiç dikkate alması oldukça sık görülmektedir. Benzer durumlardaki farklı tutumlar Güvenlik Konseyi kararlarının önceden kestirilebilir, düzenli uygulamalar olmadığı, bu sebeple de bir hukuk uygulamasına benzetilemeyeceği şeklinde değerlendirmelerin yapılmasına yol açmaktadır. Güvenlik Konseyi kararlarının her durumun özel şartlarına göre farklılıklar arz ettiği – veya daha net bir ifadeyle siyasi mülahazalarla maniple edildiği – doğrudur. Ancak, bu durum Güvenlik Konseyinin barış ve güvenlikle ilgili temel kuralları, dolayısıyla hukuku uygulayan bir organ olduğu – hukuku her olayda aynı şekilde uygulamaya dahi – gerçeğini değiştirmez. Bu hususta en fazla hukukun güvenli bir şekilde uygulanmadığı tenkidi yapılabilir. Belirtmek gerekir ki, Güvenlik Konseyi kararları bağlamında söz konusu olan “risk” sadece bu organın uygulamalarına has bir durum değildir; gerçekte uluslararası hukukun bütün uygulamalarında aynı risk mevcuttur, zira uluslararası hukuk kurallarını özellikle devletin isteği hilafına uygulamaya kalktığımızda “devlet egemenliğinin sert çekirdeğine dokunmuş”<sup>24</sup> olursunuz.

Ayrıca, Güvenlik Konseyinin hukuk uygulamadığı yönündeki değerlendirme bu organın hareket alanının belirli konularla sınırlı olduğunu dikkate almamaktadır. Uluslararası barış ve güvenlik hukukuna göre bir ihtilafın bahsedildiğinde, bu ihtilafın uluslararası barışı tehlikeye attığını bilmek gerekir. Böyle bir ihtilafın ilgili tarafların haklarını ilgilendiren başka çatışmalı noktalar ihtiva etmesi de kuvvetle muhtemeldir. Diğer deyişle, uluslararası barış ve güvenlik hukukunun ihlalleri genellikle diğer hukuk ihlalleriyle birlikte ortaya çıkmaktadır. Birçok unsur ihtiva eden bu karmaşık durum karşısında Güvenlik Konseyi sadece barışın bozulmasıyla ilgili olan ihlalleri değerlendirmekle yetkilidir. Buna göre, aynı hususun bir bunalımda önemli görülüp değerlendirilmesi, fakat diğer bir bunalımda ihmal edilmesi

<sup>21</sup> Mesela, P.M. DUPUY Güvenlik Konseyinin Irak'a karşı aldığı kararlarla ilgili şu tespiti yapmaktadır : “687 ve 706 sayılı kararlar teknik olarak doğrudan Birleşmiş Milletler denetiminde sorumluluğun ilk kez uygulamaya konulduğu kararlardır. Bu kararların hiç olmazsa saldırı eylemi durumunda bir devletin Birleşmiş Milletlerin temsil ettiği uluslararası topluma karşı sorumluluğunun söz konusu edilmesinde bir başlangıç teşkil etmesi beklenebilir”. *Droit international public*, Dalloz, 1992, s. 361.

<sup>22</sup> Bu ihlaller barışın tehdidi, barışın bozulması ve saldırı eylemidir.

<sup>23</sup> Bu hususta en çarpıcı örnek 687 sayılı kararın 2. paragrafıdır. Söz konusu paragrafta Güvenlik Konseyi ihtilafı sınırların belirlenmesi işini Körfez bunalımının önemli unsurları arasında yer almasına rağmen doğrudan kendisi incelememekte, Irak ve Kuveyt'e havale etmektedir.

<sup>24</sup> N.Q. DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *a.g.e.*, s. 756.

ikinci durumdaki etkilerini birinci durumdakilerle aynı olmaması – veya Güvenlik Konseyinin etkileri farklı takdir etmesi – sebebiyledir.

Burada şu hususu hatırlatmak faydalı olacaktır. Güvenlik Konseyinin aldığı kararlar tamamen politik nitelikte olabileceği gibi – mesela, bir devletin içerisindeki politik gelişmelerin bölgesel istikrarsızlığa yol açacağını düşünerek barışın tehdit edildiğine karar verebilir. Bu konuda, Haiti'deki hükümet darbesinden sonra bu devlete karşı alınan ve zorlayıcı tedbirler ihtiva eden kararlar<sup>25</sup> örnek gösterilebilir – , hukuku uygulamak gibi bir işlevi de yerine getirebilir<sup>26</sup>. Mesela, bir saldırı eylemi sonunda saldırgana karşı alınan kararlar bu şekildedir, yani aynı zamanda hukukun uygulanması işlevine de sahiptir. Uluslararası barış ve güvenlik hukukunda sorumluluk rejiminin uygulamaya konulması için her şeyden önce Güvenlik Konseyinin bir devlete karşı Birleşmiş Milletler Antlaşmasının VII. Bölümü gereğince bağlayıcı kararlar alması gerekir. Yine bir diğer şart olarak, Güvenlik Konseyinin kararına hedef olan davranışın Antlaşmanın 39. maddesinde sayılan durumlardan birisini teşkil etmesi ve *aynı zamanda* barışı korumayı amaçlayan bir uluslararası hukuki yükümlülüğü ihlal etmesi gerekir. Bu ihtimalin dışında, takdir yetkisine dayanarak Güvenlik Konseyinin aldığı kararlardan başka durumlar için “emsal” teşkil edecek ilkeler çıkarmak zordur. Bundan dolayı, barışı korumakla ilgili bir genel yükümlülüğe aykırı olmayan bir davranış söz konusu olduğunda, Güvenlik Konseyi yine de bu davranışı barışa karşı “zararlı” bulabilir ve 39. maddeye dayanarak davranışın faili olan devlete karşı zorlayıcı tedbirler alabilir, fakat yukarıda politik nitelikte olduğunu belirttiğimiz bu uygulamada ilgili devletin hukuki manada sorumluluğunun ortaya konulması söz konusu değildir. Güvenlik Konseyinin tavırlarında çelişkiler bulunduğu iddialarının temelinde çoğunlukla bu organın karar yetkisinin sözünü ettiğimiz ikili niteliğini dikkate almamak yatmaktadır.<sup>27</sup>

İlginçtir ki, Güvenlik Konseyinin aldığı zorlayıcı tedbirleri müeyyide olarak nitelendiren yazarlar dahi bu organın karar verme sürecinin ilgili devletlerin sorumluluğunu tespit etmeyi de ihtiva ettiğini görmezden gelmektedir<sup>28</sup>. Sorumluluk kavramının Güvenlik Konseyinin karar verme süreciyle ilgisi olmadığı yönündeki görüşleri iki grupta toplayabiliriz. Bizim burada ileri sürdüğümüz görüşün bir tenkiti

<sup>25</sup> 841 sayılı karar ve bunu takip eden diğer kararlar.

<sup>26</sup> Güvenlik Konseyinin uyguladığı hukuk kuralları bizim burada uluslararası hukukun bir alt sistemi olarak tanımladığımız uluslararası barış ve güvenlik hukukunun kurallarıdır. Şayet Güvenlik Konseyinin karar verdiği bir durumda – yukarıda örnek verdiğimiz Haiti'deki durumda olduğu gibi – herhangi bir hukuk kuralının ihlali söz konusu değilse, Konsey siyasi nitelikte bir karar vermiş demektir. Bu tür siyasi nitelikteki kararlarda elbette ki hukuki manada bir sorumluluk tespiti ve uygulanmasından bahsedilemez.

<sup>27</sup> Mesela, R. HIGGINS'e göre, Güvenlik Konseyinin Körfez bunalımında (1990-1991) Irak'a karşı tavrıyla Tahran'daki diplomatik rehinelere olayında (1979) İran'a karşı tavrı çelişkilidir, çünkü rehinelere olayında İran'ın sorumluluğuyla ilgili herhangi bir karar almamıştır. “General Course on Public International Law”, R.C.A.D.I., 1991-V, vol. 230, s. 140-141.

<sup>28</sup> Mesela bkz. J. COMBACAU, *Le pouvoir de sanction de l'O.N.U. Etude théorique de la coercition non militaire*, Pedone, 1974, s. 18 vd.

olarak kabul edeceğimiz bu görüşlerin ortak özelliği Güvenlik Konseyinin niteliğinden yola çıkarak değerlendirme yapmalarıdır.

Birinci grup tenkitler doğruluğu tartışma götürmez bir tespite dayanmaktadır: Güvenlik Konseyi bir mahkeme olmayıp, tam manasıyla bir politik organdır. Keza Konsey üyeleri hakim değildir, devletlerin diplomatik temsilcileridir. Buna göre, Konseyi oluşturan üyelerin görüşlerini ve oylarını hukuki ilkeleri dikkate alarak belirttiklerini ileri sürmek gerçekçi değildir. Hatta tam tersine, her bir üye tutumunu kendi ulusal menfaatlerine göre belirlemektedir. Sonuç olarak Güvenlik Konseyi, yapısı itibariyle, bir ihtilafta tarafların sorumluluğu üzerine karar verebilecek bir organ değildir.

Bu tenkitlerle ilgili ilk olarak söylenmesi gereken şey, dayandığı tespitlerin doğruluğunun bu tespitlerden çıkarılan sonuçları haklı kılmayacağıdır. Zira bir devletin uluslararası sorumluluğu zorunlu olarak bir mahkeme veya hâkimin devreye girmesini gerektirmez.<sup>29</sup> Mahkeme kanalı olmadan da uluslararası sorumluluk ortaya konulabilir.

Ayrıca, Güvenlik Konseyinde veya bir başka uluslararası organda verilen oyların gerekçeleri üzerinde spekülasyon yapmak her zaman doğru sonuçlara götürmeyebilir.<sup>30</sup> Bize göre, bir devletin Güvenlik Konseyindeki davranışlarının gerekçelerini analiz ederek üzerinde tartıştığımız meselede tespitlerde bulunmak doğru bir yöntem değildir. Daha ziyade karar verme sürecinin işleyişine, yani üyelerin farklı tutumlarının sonuçta bir karar haline nasıl dönüştüğüne bakmak gerekir. Güvenlik Konseyi çok kutuplu bir uluslararası sistemde daimi üyelerinin tamamının menfaatleri arasında bir uzlaşma olmadan karar alamaz. Uluslararası hukuk normlarını uzun dönemli bir uluslararası uzlaşma sürecinin ürünleri olarak düşünürsek<sup>31</sup>, Güvenlik Konseyinin kararlarında hukukun da bir etmen olduğunu kabul etmek yanlış olmayacaktır. Üstelik maddi gücü ne olursa olsun bir devlet sadece kendi ulusal menfaatlerini dikkate alan bir bakış açısını diğerlerine empoze edemez.<sup>32</sup> Dolayısıyla, bir devletin davranışı hem barışı bozuyorsa hem de uluslararası barış ve güvenlik hukukunun temel bir yükümlülüğüne aykırıysa yani bir hukuk ihlaliyse, bu durumda Güvenlik Konseyinin aldığı karar aynı anda iki işlevi – barışı korumak ve hukuku uygulamak – yerine getirmektedir.<sup>33</sup>

Uluslararası sistemde güç dağılımının bir devlet lehine önemli ölçüde bozulması yukarıdaki tespitlerimizin esasını etkilememektedir. Nitekim Güvenlik Konseyi-

<sup>29</sup> H. THIERRY, J. COMBACAU, S. SUR, Ch. VALLEE, *Droit international public*, Montchrestien, 1986, s. 673.

<sup>30</sup> UAD, Birleşmiş Milletlere Üye Kabul Edilmesi Şartları, Danışma görüşü, *Rec. 1948*, s. 83.

<sup>31</sup> "Uluslararası hukukun konusu, genel olarak hukukta olduğu gibi, hukuki koruma altına alınmaya değer farklı menfaatlerin bir arada var olmalarını sağlamaktır". Palmas Adası Davası, *R.S.A.*, vol. II, s. 839.

<sup>32</sup> Bkz. O. SCHACHTER, "The Quasi-Judicial Role of the Security Council and the General Assembly", *American Journal of International Law (A.J.I.L.)*, 1964, s. 962 ve "United Nations Law in the Gulf Conflict", *A.J.I.L.*, 1991, s. 452.

<sup>33</sup> Burada G. SCALLE'in meşhur "dédoublement fonctionnel" (işlevsel ikilik) kuramına telmihte bulunuyoruz.

nin bir devletin sorumluluğunu tespit edip gereğini yapmasına en bariz örnek teşkil eden Körfez bunalımındaki uygulamaları Soğuk Savaş sonrası tek bir süper gücün siyasi ve askeri üstünlüğünün teyit edildiği bir dönemde olmuştur.

İkinci grup tenkitlere gelince, bunlar daha ziyade Soğuk Savaş dönemi uygulamalarına ilişkin değerlendirmelerdir. Bu tenkitlerin dayandığı temel görüşe göre, Güvenlik Konseyinin harekete geçmesi 39. maddede sayılan eylemlerin ortaya çıkardığı durumlara karşı ve bu durumları ortadan kaldırmak amacıyla sınırlıdır<sup>34</sup>. San Francisco Konferansında Birleşmiş Milletler Antlaşmasının hazırlık çalışmaları esnasında başta A.B.D. olmak üzere birçok delegasyon tarafından ifade edilmiş olan bu görüş gerçekten de Güvenlik Konseyinin genel tutumuna uygundur. SCHACHTER'in haklı olarak işaret ettiği gibi, Güvenlik Konseyinin genel eğilimi tarafların sorumluluklarıyla ilgili karar vermekten kaçınmak şeklindedir.<sup>35</sup> Konseyi bu şekilde davranmaya iten iki temel etmen vardır. Birincisi, Konsey böylece "suçlu" devlete başlangıçtaki hukuka aykırı davranışından vazgeçme imkânı tanıyarak barışçı çözüm yolu kapısını açık tutmak istemektedir. Ortak güvenlik sisteminin eksiklikleri dikkate alınınca Konseyin bu pragmatik "stratejisini" anlamak zor değildir.<sup>36</sup> İkincisi ise, uluslararası politik şartlar uzun süre Güvenlik Konseyini kararlarını sonuna kadar uygulayabilme imkânından mahrum bırakmıştır.<sup>37</sup> Bu "hukuk dışı" etmenler sonucu, müdahale ettiği ihtilaflarda barışı bozan duruma son verilmesi Konseyin öncelikli hedefi haline gelmiştir.

Bununla birlikte, bu hedef münhasır bir amaç olamaz, zira hukuka aykırı bir davranışa son verilmesi ancak bu davranışın devam eden bir nitelikte olmasıyla mümkündür.<sup>38</sup> Dolayısıyla, haksız fiilin yapıp sona erdiği bir durumda – mesela bir devletin sanayi bölgesine yönelik yoğun bir hava saldırısı gerçekleştirildiğinde –

<sup>34</sup> Mesela bkz. B. STERN, "La responsabilité dans le système international" in Colloque du Mans, a.g.y., s. 334; J. COMBACAU, a.g.e., s. 18.

<sup>35</sup> "The Quasi-Judicial Role of the Security Council and the General Assembly", a.g.y., s. 961 : "...event when complaints and charges of violations are made, the organs [Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi] are usually reluctant to decide the issue of responsibility: they tend to adopt recommendations or decisions which avoid judgments on the charges made and seek to bring about a settlement or adjustment of the dispute without determining guilt or innocence of any party. Their objectif is a resolution which will be acceptable and therefore likely to be implemented by the governments directly concerned; it will often not serve this end to decide whether the charges and counter-charges of illegality are well founded. This approche made good sense at San Francisco and for the most part still does. Yet governments have repeatedly called upon the political organs to pass judgments on whether states have observed their obligations, in several cases the organs have in fact done so, either explicitly or by clear implication". s. 962 : "The cases do indicate how difficult it can be to ignore the problem of legal responsibility when disputes are brought to the United Nations political organs and the Charter principles are invoked as a basis for decision".

<sup>36</sup> Birleşmiş Milletler Antlaşmasının VII. Bölümüne son anda ilave edilen 40. madde de bu çözüme hukuki temel oluşturmaktadır.

<sup>37</sup> Mesela, İran'la A.B.D. arasındaki rehineler olayında Güvenlik Konseyi ilk aldığı karara uyulmaması halinde zorlayıcı tedbirlere başvuracağını ilan etmesine rağmen daha sonra Sovyet vetosu sebebiyle VII. Bölüm temelinde hareke geçememiştir. S/RES/457 (1979), S/RES/461 (1979), S/13735.

<sup>38</sup> Bkz. Rainbow Warrior, hakemlik kararı : "Uluslararası Adalet Divanının son kararları şunu teyit etmektedir ki, hukuka aykırı bir eylem veya ihmali durdurma kararı karar verildiği anda bu ihlalin halen devam ediyor olması halinde bir mana ifade eder". R.G.D.I.P., s. 872.



barışı bozan durumun ortadan kaldırılmasından bahsedilemez. Oysa örnekte verdiğimiz olayda bir saldırı eyleminin söz konusu olduğu açıktır. Buna göre, şayet Güvenlik Konseyinin sadece durumu ortadan kaldırmayı amaçladığı görüşünü kabul edecek olursak, buradan şu sonucu da kabul etmemiz gerekir ki, bazı eylemler – barışı ihlal etse veya saldırı eylemi olsa dahi – Konseyin yetki alanı dışında kalmaktadır. Oysa bu sonuç Güvenlik Konseyinin “sebebi hikmeti”ne aykırıdır. Sonuç olarak, Güvenlik Konseyinin karar alma sürecini sadece bir durumun veya eylemin sona erdirilmesi amacına göre açıklayamayız.

## B – Cezai ve Hukuki Nitelikte Bir Rejim

### 1 – Cezai-Hukuki Farklılaşmasının Sebepleri

Sorumluluk esas olarak iki soru çerçevesinde incelenir: “Haksız fiilin yol açtığı sonuçları kim karşılayacak?” ve “Bu karşılamanın (cevabın<sup>39</sup>) muhtevası ne olacak?” Hukuk düzeni birinci soruya isnad (*imputation*) yoluyla cevap vermektedir. İkinci soruda ise cevap ihlal edilen yükümlülüğün niteliğine ve içeriğine göre belirlenmektedir, çünkü hukuk düzeninin ihlale karşı gösterdiği tepkinin temel amacı her şeyden önce kurduğu legaliteyi korumaktır.

İncelemeyi sadeleştirmek için muhtevalarına göre iki tür yükümlülük bulunduğunu kabul edebiliriz: Öncelikle bireylerin özel menfaatlerini koruyanlar ve toplumun menfaatlerine öncelik verenler. Buna göre, sorumluluğun belirlenmesi ve ortaya konulması uygulanması söz konusu olan yükümlülüğün muhtevasına göre farklı şekillerde olacaktır. Nitekim devletin şahsında ileri seviyede kurumsallaşmış ve merkezileşmiş hukuk sistemlerinde görülen hukuki-cezai sorumluluk farklılaşması bu durumun sonucudur.

Uluslararası yükümlülükler de muhtevaları bakımından farklılaşmıştır, yani yeknesak (homojen) değildir. Oysa uluslararası sorumluluk ortak hukuku<sup>40</sup> bunlardan sadece bir kısmını dikkate almaktadır. Bu “kısmı” yaklaşım uluslararası sorumluluğu uluslararası düzende bir tür hukuki sorumluluk şekline indirgeyerek sorumluluğun işlevini fakirleştirmektedir<sup>41</sup>. Bunun günümüz dünyasında ne ölçüde yeterli olduğu tartışmasına tekrar dönmeden şunu belirtmek gerekir ki, “bazı uluslararası suçlara karşı cezai veya yarı cezai (*quasi-pénale*) nitelikte tepki gösterilmesi ortak hukukun uluslararası sorumluluk rejimini sorumluluğun belirlenmesi ve müeyyidelerin uygulanması bakımından bir bütün olarak tekrar gözden geçirmeyi gerektirmektedir<sup>42</sup>”. Esasında uluslararası sorumluluğun farklılaşması uluslararası hukukun evriminin ortaya çıkardığı kaçınılmaz bir sonuçtur. Sorumluluk kavramı da diğer

<sup>39</sup> Bilindiği üzere, sorumluluk (mesuliyet) kavramı Türkçe ve batı dillerinde (responsability) soru veya cevap manaları etrafında şekillenmektedir : bir hakkın ihlalinden dolayı ortaya çıkan meseleye kim, nasıl cevap verecek?

<sup>40</sup> Uluslararası sorumluluk uygulamasında ulusal hukuklarda olduğu gibi cezai-hukuki ayrımı yapılmadığından, diğer deyişle bütün ihlaller için aynı tür sorumluluk söz konusu olduğundan sorumluluk hukuku kavramı “ortak” niteliğiyle birlikte kullanılmaktadır (droit commun de la responsabilité).

<sup>41</sup> Bkz. P.M. DUPUY, “Le fait générateur...”, *a.g.v.*, s. 96.

<sup>42</sup> N.Q. DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *a.g.e.*, s. 755.

bütün kurum ve mekanizmalarda olduğu gibi uluslararası hukuk düzeninde meydana gelen değişikliklere kendini uyarlamaktadır.<sup>43</sup>

Bu tespitlerimizin yerindeliği uluslararası hukukun bir alt sistemi olan uluslararası barış ve güvenlik hukuku için daha bariz şekilde kendisini göstermektedir. Barış ve güvenlik alanında ortaya çıkan hukuk ihlalleri karşısında klasik rejim tamamen “devre dışı” kalmaktadır.<sup>44</sup> Klasik rejim her şeye rağmen genel uluslararası hukukun esas sorumluluk rejimi olarak geçerliliğini sürdürüyorsa da, bu durum onun uluslararası hukukun normatif yapısına daha uygun düşmesinden ziyade, halen büyük ölçüde “intersubjective” ilişkilere dayanan uluslararası hukukun uygulanmasında kolaylıklar sağladığındandır. Klasik sorumluluğun bu niteliğine REUTER daha 1960’lı yılların başında La Haye Akademisinde verdiği derste dikkat çekmekteydi: “Uluslararası hukukta cezai ve hukuki sorumluluk ayrımının olmaması ortak menfaatleri savunma görevini üstlenen bir otoritenin yokluğunun bir sonucudur”.<sup>45</sup> Uluslararası hukukun tamamı için bu otorite halen mevcut değildir. Diğer deyişle, bir uluslararası kamu düzeni bulunmamaktadır. Ancak, bu genel tespitin uluslararası hukukun bazı dalları bakımından bazı istisnaları da vardır. Mesela, 1982 Montego Bay Sözleşmesiyle kodifiye edilen deniz hukukunda açık denizdeki tabii kaynakların işletilmesini bütün uluslararası toplum adına idare etmekle görevli Deniz Dipleri Uluslararası Otoritesi kurulmaktadır.<sup>46</sup>

Uluslararası barış ve güvenlik hukuku bakımından da aynı şey geçerlidir. Otoriter bir organın ve zorlayıcı mekanizmaların bulunması hukuk ihlallerinin sonuçlarındaki farklılığı ayırt etmeye imkân vermektedir.<sup>47</sup> Bu hususta belirtmek gerekir ki, uluslararası barış ve güvenlik hukukunda sorumluluk uygulamasında hukuki yönden ziyade cezai nitelik ağır basmaktadır.

## 2 – Hukuki Sorumluluk

Uluslararası barış ve güvenlik hukukunda sorumluluk ilke olarak veya daha doğru bir ifadeyle öncelikli olarak haksız fiilin ilk ve doğrudan mağdurunun uğradığı zararların tazmin edilmesini sağlamayı amaçlamaz. Ancak, bu sistemde hukuki sorumluluğa hiç yer verilmediği de söylenemez. İhtimaldir ki, uluslararası barış ve güvenlik hukukunu uygulamaktaki nihai amacın gerçekleştirilmesi – barışın idamesi veya yeniden tesisi – tazminat yoluyla gerçekleşir.<sup>48</sup> Bu ihtimalin dışında genel olarak Güvenlik Konseyi VII. Bölüme dayanarak 39. madde kapsamında hukuk

<sup>43</sup> P.M. DUPUY, “Le fait générateur...”, *a.g.y.*, s. 24.

<sup>44</sup> Belirli olaylarda Güvenlik Konseyinin uyguladığı zorlama tedbirlerinin müeyyide niteliği göstermesini kabul etmekte tereddüt edenler aslında klasik sorumluluk rejiminin uluslararası barışla ilgili genel yükümlülüklerin uygulanmasında işlevsiz kaldığını zımnen kabul etmiş olmaktadır.

<sup>45</sup> “Principes de droit international public”, 1961-II, vol. 103, s. 586.

<sup>46</sup> M. BENNOUNA, “Les droits d’exploitation des ressources minérales des océans”, in D. BARDONNET et M. VIRALLY, *Le nouveau droit international de la mer*, Pedone, 1983, s.117-141.

<sup>47</sup> Bkz. P.M. DUPUY, “Observations sur le ‘crime international de l’Etat’”, *R.G.D.I.P.*, 1980, s. 373-374.

<sup>48</sup> Mesela bkz. S/RES/527 (1982). Bu kararında Güvenlik Konseyi Güney Afrika’dan gerçekleştirdiği saldırı eyleminden dolayı Lesotho’nun uğradığı insani ve maddi kayıpları tam olarak ve gerektiği şekilde tazmin etmesini talep etmektedir.

ihlali olarak nitelendirdiği bir eylemden doğan zararlar için ilgili devletin sorumluluğunu tespit edip gereğini yapmaya her zaman yetkilidir. Nitekim 1991 Körfez savaşından sonra aldığı 687 (1991) sayılı kararda öngörülen bir kısım tedbirler böyle bir amacı gerçekleştirmeye yöneliktir.<sup>49</sup>

### 3 – Cezai Sorumluluk

#### i – Cezai Sorumluluğun temeli

“Bütün hukuk sistemlerinde cezai sorumluluk en azından iki şarta bağlı olarak kabul edilmektedir: i – ihlal edilen yükümlülüklerin niteliği (bu yükümlülükler kamu düzeniyle ilgili olup toplumun tamamının ortak menfaatini ilgilendirir) ve ii – bu ihlallere bağlanan hukuki sonuçların değerlendirildiği rejim (burada söz konusu olan sorumluyu temel haklarından mahrum bırakma şeklindeki müeyyidelerdir; bu müeyyideler, yani cezalar toplum adına hareket eden bir organ tarafından uygulanır)”<sup>50</sup>. Uluslararası barış ve güvenlik hukukunun temel yükümlülüklerinin barış ve güvenlik gibi uluslararası toplumun tamamının ortak menfaatini korumayı amaçladığını, bu yükümlülüklerin ihlali halinde Birleşmiş Milletler Antlaşmasına göre uluslararası toplumu temsilen Güvenlik Konseyinin merkezi otoritesi altında önceden belirlenmiş mekanizmalara göre belirli tepkiler ve/veya müeyyideler uygulandığı gerçeğini hatırlayacak olursak, bu hukukun cezai sorumluluğun varlık şartlarını tam olarak karşıladığı aşikârdır.

Söz konusu genel yükümlülüklerin nitelikleri açık olduğundan üzerinde fazla durmayı gerekli görmüyoruz. Güvenlik Konseyinin uyguladığı zorlama tedbirlerinin cezai niteliğine gelince, klasik sorumluluk anlayışının kabullerinden hareketle bunun mutlak şekilde reddedilmesinin makul olmadığını düşünüyoruz. Zira ortak sorumluluk hukukunda da cezanın varlığı tamamen reddedilmemektedir.<sup>51</sup>

Uluslararası barış ve güvenlik hukukunun sorumluluk rejimi her şeyden önce genel yükümlülükleri ihlal edeni bastırmaya ve cezalandırmaya yönelik bir rejimdir.<sup>52</sup> Zira Birleşmiş Milletler Antlaşmasının zorlayıcı mekanizmaları uluslararası toplumun barış ve güvenlikle ilgili genel menfaatlerini korumak için ihdas edilmiştir. Güvenlik Konseyi bütün devletler adına hareket ettiğinden, uyguladığı zorlama

<sup>49</sup> Bölüm E, 16., 17., 18. ve 19. paragraflar.

<sup>50</sup> P.M. DUPUY, “Le fait générateur...”, a.g.y., s. 58. Bazıları cezai sorumluluğu daha şekilci (formalist) kıstaslara göre tanımlanmaktadır : “The existence of a penal responsibility is conditioned by the existence of a central power, laying down heteronomous rules for the subjects and endowed with a monopoly of judgement and coercion in the common interest”. K. MAREK, “Criminalizing State Responsibility”, *Revue belge de droit international (R.B.D.I.)*, 1978-9, s. 463.

<sup>51</sup> “Sorumluluğun temeli ve ilk unsuru hukuka aykırılıktır; buna diğer unsurları ilave olunur: ihlalin bir hukuk şahsına bağlanması, zarar, tazminat ve muhtemelen cezalandırma”. P. REUTER, *Droit international public*, PUF, 1983, s. 245-246. Ceza amaçlı zarar-zıyan giderim uygulamalarıyla ilgili bkz. G. ARANGIO-RUIZ, Devletin uluslararası sorumluluğu üzerine 2. rapor, *A/CN.4/425, A.C.D.I.*, 1989/II/1, s. 113 vd.

<sup>52</sup> Zaten Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 1. maddesinin ilk paragrafı Örgütün ilk amacı olarak şu şekilde kaleme alınmıştır : “Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla : barışın uğrayacağı tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulması eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak tedbirler almak...”. (İtaliye bize ait. Burada kullanılan ve “bastırmak” şeklinde Türkçeye çevrilen “réprimer” fiili cezalandırma manası da ihtiva etmektedir)

tedbirlerinin haksız fiiliyle uluslararası barışı tehlikeye atan devlete karşı uluslararası toplumun tepkisi olarak kabul edilmesi gerekir.

### ii – Doktrindeki Tartışmalar

Birleşmiş Milletler Antlaşmasının öngördüğü özel sorumluluk rejimi gerçekte her zaman uluslararası sorumluluk kuramının dışında değerlendirilmiştir. Bu durumu kısmen Güvenlik Konseyinin Birleşmiş Milletlerin ilk 45 yıllık döneminde işlevlerini yeterince yerine getirememesiyle açıklayabiliriz. Antlaşmanın VII. Bölümünde yer alan zorlayıcı mekanizmaların Soğuk Savaşın bitimine kadar incelenmeye değer olmadığı – en azından pratik açıdan – doğrudur. Ancak, günümüzde uygulamanın yoğunluk kazanması ve farklılaşması Birleşmiş Milletler sisteminin devletin uluslararası sorumluluğunu belirlemede – uluslararası ilişkilerin belirli bir alana sınırlı olsa da – çok önemli bir rol oynayabildiğini göstermiştir.

Doktrinde yazarların çok büyük bir çoğunluğu Güvenlik Konseyinin bazı tepkilerinin cezai nitelik taşıdığını kabul etmemektedir. Bize göre bu tavrın iki önemli sebebi bulunmaktadır. Birinci sebep klasik sorumluluk kuramının halen itibarını korumasıdır. Gerçekten de, klasik rejim yerine daha iyisi bulunmadığına göre, bazı alt sistemlerdeki eksikliklerine rağmen genel uluslararası hukukun bütünü açısından önemini sürdürmektedir. Güvenlik Konseyinin uyguladığı zorlayıcı tedbirlerin cezai niteliği bu rejimin bütünlüğüne karşı bir tehdit olarak algılanmaktadır.

İkinci sebebe gelince, uluslararası barışı korumaya yönelik genel yükümlülüklerin ihlalinin ortaya çıkardığı sonuçlar ve bu sonuçları değerlendirmek için Birleşmiş Milletler Antlaşması tarafından öngörülen mekanizmalar U.H.K.'nda devletin uluslararası sorumluluğuyla ilgili kuralların kodifikasyonu çalışmaları çerçevesinde tartışılmaktadır. Özellikle kodifikasyon projesinin ilk bölümünde yer alan bir madde taslağında barışı bozan davranışlar uluslararası suçlar (cürümler) arasında sayılmıştır.<sup>53</sup> Uluslararası cürümler ve diğer suçlar arasında bir ayırmadan yola çıkarak bu madde taslağını hazırlayan Komisyon böylece klasik uluslararası sorumluluk kuramının birliğini reddetmiş oluyordu. Komisyonun bu tavrı uluslararası barış ve güvenlik hukuku genel yükümlülüklerinin ihlalinin doğan sorumlulukla ilgili bazı karışıklık ve yanlış değerlendirmelerin kaynağı olmuştur.

U.H.K.'nda Güvenlik Konseyinin uyguladığı müeyyidelerin cezai niteliği kendi özel bağlamında ele alıp incelenmemiş, uluslararası sorumluluğun birliğiyle ilgili genel tartışmaların bir unsuru olarak tartışma konusu olmuştur. Diğer deyişle, Komisyonun ilk raportörünün görüşlerine paralel olarak yukarıda bahsedilen 19. maddeyle birlikte klasik uluslararası sorumluluk rejiminin temellerini sarsacak teklifler getirmesi doktrinde derin fikir ayrılıklarını ortaya çıkarmıştır; bu tartışmalar içeri-

<sup>53</sup> Söz konusu madde taslağı projenin ilk aşamasında 19. madde olarak yer almıştır. Projeye ilgili en fazla tartışma bu madde taslağı üzerinde olmuştur. 19. madde özetle uluslararası toplumun ortak menfaati ve değerlerini koruduğu varsayılan bazı yükümlülüklerin ihlalinin cürüm oluşturduğunu ve devletin cezai sorumluluğunu ortaya çıkardığını kabul etmektedir. 19. maddeyle ilgili tartışmalar için bkz. P.M. DUPUY, "Action public et crime international de l'Etat. A propos de l'article 19 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des Etats". *A.F.D.I.*, 1979, s. 539-554.

sinde “uluslararası hukukta devletin cezai sorumluluğu olur” diyenler Güvenlik Konseyi kararlarını da kendi tezlerini desteklemek için kullandıklarından, klasik kuramı savunanlar Komisyonun görüşlerini tenkit ederken Birleşmiş Milletler Antlaşmasında öngörülen rejimi de kategorik bir şekilde reddetmişlerdir.

Bu hususta K. MAREK’in tenkitleri reddiyecilerin genel eğilimini yansıtmaktadır. Yazar devletin cezai sorumluluğu olabileceği görüşüne karşı çıkmaktadır; temel gerekçesi devlete ceza uygulamanın mümkün olmamasıdır.<sup>54</sup> Bizim görüşümüz açısından bu iddia geçersizdir. Açıklamak için iki sebep gösterebiliriz. Birinci olarak, hukuk şahsının psikolojik tahlili onun cezai sorumluluğunu ortaya koymak için olmazsa olmaz şartlardan birisi değildir. Böyle bir şart sadece modern devletlerin ceza hukukunda kabul edilen ilkeler çerçevesinde gerekli görülebilir. Nitekim bu konuyla ilgili olarak M. VIRALLY şunları yazmaktadır: “[Hukukun tarihi gelişim aşamasında] kusurun, bir şahsın özel niyetlerini analiz etmede ve psikolojisini dikkate alma hususundaki imkânsızlıklar sebebiyle sübjektif bir kavram olmadan önce objektif olarak değerlendirildiği kuvvetle muhtemeldir. Kusur önceleri dışarıdan görüldüğü gibi, yani yasaklanan davranış olarak kabul edilmiştir”<sup>55</sup>.

İkinci olarak, cezai müeyyideler münhasır olarak idam veya hapis cezasından ibaret değildir. Hayatına son verme veya hürriyeti sınırlandırma gerçekte cezanın tarihi dönemlere ve medeniyetlere göre değişen şekliyle (form) ilgilidir.<sup>56</sup>

MAREK ayrıca U.H.K. sorumluluk kodifikasyon projesinin kredibilitesiyle Birleşmiş Milletler arasında doğrudan bir bağlantı kurmaktadır. Yazara göre, projenin uygulanabilirliği bu örgütün başarısına bağlıdır. Oysa “Both international organizations, political in character and universal in purpose, the League of Nations and the United Nations, have attempted the historical feat of centralizing the international sanction. Both have failed”<sup>57</sup>. Sonuç olarak, “the only thing that matter is that this double failure has left international law as it had been before, i.e. a decentralised legal order”<sup>58</sup>.

Bu görüş şu bakımdan doğrudur ki, bir hukuk düzeninde cezai müeyyideler uygulanmasını gerektiren bir sorumluluk rejiminin kurulması o hukuk düzeninin merkezileşmiş bir yapısının olması halinde mümkündür. Oysa uluslararası hukukta böyle bir merkezileşme söz konusu değildir. Ancak, yazar Birleşmiş Milletlerin uluslararası hukuk düzeninin bütününe merkezi bir yapılaşma getirme ve böylece

<sup>54</sup> “No amount of anthropomorphisme can make the State an object of psychological analysis, just as it cannot make it liable to imprisonment or death by hanging”. K. MAREK. “Criminalizing State Responsibility”, a.g.y., s. 464.

<sup>55</sup> M. VIRALLY. *La pensée juridique*. L.G.D.J., 1960, s. 110. Aynı zamanda bkz. M. VILLEY. “Esquisse historique sur le mot responsable”, *Archives de philosophie du droit*, vol. 22. *La responsabilité*, Sirey, 1977, s. 45-62; P.M. DUPUY: Sorumluluk kavramının kökeninde kusura veya “culpa”ya referansta bulunduğu dair hiçbir iz yoktur: sorumluluk kavramı – her zaman iktisadi ve mali olmasa da – salt maddi manada kullanılmıştır. “Le fait générateur...”, a.g.y., s. 22.

<sup>56</sup> Bkz. M. FOUCAULT, *Surveillés et punis- Naissance de la prison*, Gallimard, 1975, s. 233 vd.

<sup>57</sup> K. MAREK, “Criminalizing the State Responsibility”, a.g.y., s. 481.

<sup>58</sup> a.g.y.

uluslararası hukukun uygulanmasını denetleme gibi bir işlevi olduğunu varsaymaktadır ki, bu tam olarak doğru değildir. Yazarın varsayımını doğru kabul edecek olursak, şayet Birleşmiş Milletler görevlerini tam olarak yerine getirebilseydi, uluslararası sistemin niteliği değişecek ve merkezi bir hukuk düzeni ortaya çıkmış olacaktı. Yazar bu görüşüyle aslında tenkit ettiği U.H.K. ile aynı noktada buluşmaktadır. Zira, Komisyonun sorumlulukla ilgili ilk raportörü olan R. AGO'dan sonraki raportörü M. RIPHAGEN sorumluluk kodifikasyon projesinin ikinci kısmında Birleşmiş Milletleri uluslararası kamu düzeninin bir organı haline getirmeyi teklif etmektedir.

U.H.K.'nin bu teklifi konumuz açısından irdelenmeye değer, fakat ondan önce MAREK'in tenkitleri bağlamında şu hususu belirtmek gerekir ki, yazar gerçekte devletin cezai sorumluluğu meselesini pratik açısından reddetmekte, ancak merkezileşmiş bir sistem içerisinde bunun mümkün olabileceğini kabul etmektedir. Uluslararası hukuk düzeninin tamamı bakımından merkezileşme elbette ki söz konusu olamaz; ancak, belirli alanlarda ortaya çıkan alt sistemlerde ise merkezileşmiş yapılar vardır. Uluslararası barış ve güvenlik hukuku da bunlardan birisidir. Dolayısıyla, Güvenlik Konseyinin Soğuk Savaşın sona ermesiyle birlikte tekrar işlerlik kazanmasıyla yazarın argümanları genel geçerliliğini kaybetmektedir. Şekli formaliteler üzerinde takılıp kalınmadığı takdirde barış ve güvenlikle ilgili genel yükümlülükleri ihlal eden devletlere karşı Güvenlik Konseyinin zorlama tedbirlerini cezalandırma amaçlı uygulayabileceğini kabul etmek zor olmayacaktır. Bu durumda devlete karşı şu veya bu cezanın uygulanabilirliği meselesi tali bir soru haline gelmektedir.<sup>59</sup> Zira bir tedbirin ceza niteliğine sahip olması için önemli olan husus o tedbirin bir toplumsal organ tarafından suçlu bulunan devleti bir egemenlik hakkından toplum adına mahrum bırakmasıdır. Güvenlik Konseyinin son dönemdeki uygulamalarına baktığımız zaman Birleşmiş Milletler Antlaşmasında öngörülen zorlama tedbirlerinin giderek daha fazla şekilde cezalandırma amacıyla kullanıldıkları görülmektedir. Buna örnek olarak başta 1991 Körfez savaşından sonra Irak'a karşı uygulanan bazı tedbirleri<sup>60</sup>, Locerbie olayından sonra Libya'ya karşı<sup>61</sup> ve Bosna-Hersek'teki iç savaş esnasında Sırbistan'a karşı<sup>62</sup> alınan tedbirleri gösterebiliriz. Bu tedbirlerin hepsinde ortak olan özellik hedef aldığı devletin belirli haklarını kullanmasını engellemesidir. Mesela, Irak başlıca tabii zenginliği olan petrolünü ihraç etmek ve ihtiyaç duyduğu malları diğer ülkelerden satın almak hakkını barışçı amaçlarla dahi olsa kullanamaz duruma getirilmiştir.

U.H.K.'nin sorumluluk konusunda yarattığı ikinci karışıklık Birleşmiş Milletler Antlaşması VII. Bölümünü kodifikasyon projesinde uluslararası suç olarak nitelendiği eylemlerin müeyyidesi olarak kullanma teklifidir. Bu husus Komisyonun ilk

<sup>59</sup> M. GOUNELLE, "Quelques remarques sur la notion de crime international" in *Melanges Reuter*, 1981, s. 319.

<sup>60</sup> S/RES/687 (1991).

<sup>61</sup> S/RES/748 (1992).

<sup>62</sup> S/RES/757 (1991).

projesinin<sup>63</sup> en zayıf noktalarından birisini oluşturmaktadır. Zira uluslararası hukuka aykırı bir kısım eylemleri suç olarak nitelemek bu eylemleri tespit edecek ve "yargılayacak" bir kurumsal düzenlemenin bulunmaması sebebiyle pratik önemini tamamen yitirmektedir. Bu yüzden, 1980'li yıllarda yeni bir raportör başkanlığında devam eden kodifikasyon çalışmalarında söz konusu eksikliğin giderilmesi için çeşitli çözümler düşünülmüştür. Komisyonun benimsediği çözüme göre bir uluslararası suçun sorumluluğunu tespit etme ve gereğini yapma işi Birleşmiş Milletler Antlaşmasının barışı korumak için öngörülen prosedürlerine tabi olacaktır.<sup>64</sup>

Şüphesiz ki, Birleşmiş Milletler Antlaşması Güvenlik Konseyinin bir uluslararası suçun işlendiğini tespit etmesi ve bundan gerekli sonuçlar çıkarmasını engelleyen bir sınırlama getirmemektedir. Ancak, burada tek bir şart söz konusudur. Yeter ki, suç teşkil ettiği ileri sürülen eylem Antlaşmanın 39. maddesinde sayılan durumların – barışın tehdidi, bozulması ve saldırı eylemi – herhangi birisinin sebebi olsun. Bu ihtimalin dışında, Güvenlik Konseyinin yetkilerinin uluslararası suç teşkil eden bütün eylemleri kapsadığını söylemek zorlama bir yorum olacaktır.<sup>65</sup> Belki zimni yetkiler kuramından giderek bu yorumu destekleyecek bazı argümanlar ileri sürülebilir, fakat Birleşmiş Milletler Antlaşmasının amaç ve ilkelerini ve genel yapısını alt üst etmeden Güvenlik Konseyinin zimni yetkilerinden bahsedilip bahsedilemeyeceği ayrı bir meseledir.

Aslında, Güvenlik Konseyinin geçmişteki bazı uygulamaları yukarıda tenkit ettiğimiz görüş lehine örnek gösterilebilir. Mesela, U.H.K.'nin yaklaşımına benzer bir görüş 1960'lı yıllarda o zamanki adıyla Güney Rodezya olan Zimbabve'ye karşı Güvenlik Konseyinin ekonomik zorlama tedbirleri uygulaması vesilesiyle dile getirildi.<sup>66</sup> Benzer gerekçeyi 1990 sonrası Güvenlik Konseyinin aldığı bazı kararlarda – mesela, Somali, Liberya, Haiti ve Bosna-Hersek'le ilgili kararlar – da bulabiliriz. Ancak, bütün bu olaylarda şu husus göz ardı edilmemelidir ki, Güvenlik Konseyi karar alıp harekete geçmeden önce Birleşmiş Milletler Antlaşmasının 39. maddesine

<sup>63</sup> U.H.K.'nin devletin uluslararası sorumluluğuyla ilgili kodifikasyon projesi 1970'lerin başından itibaren Komisyon raportörünün ağırlığına ve doktrinde yapılan tenkitlere göre değişikliklere uğramıştır. Devletin cezai sorumluluğunu öngören meşhur 19. maddenin yer aldığı proje R. AGO'nun başkanlığına hazırlanan ilk projedir.

<sup>64</sup> A.C.D.I., 1985/IV/1, s. 14 (taslak madde 14, paragraf 3). Bu taslak madde teklifi Komisyon üyelerinin tenkitleri sonucu birçok defalar değiştirilmiştir. Sonunda, 1990'larda projenin sorumluluğunu üstlenen yeni raportör M. ARANGIO-RUIZ'in uluslararası suç kavramına ihtiyatlı yaklaşması ve bu konunun henüz yeterli ölçüde olgunlaşmadığını söylemesi üzerine rafa kaldırılmıştır. A/CN.4/416, s. 4, paragraf 10.

<sup>65</sup> U.H.K. raportörü RIPHAGEN dışında bu görüş başka uluslararası hukukçular tarafından da dile getirilmiştir. Mesela bkz. T. FARER, "The Future of International Law Enforcement under Chapter VII: Is There Room for 'New Scenarios'?" in J. DELBRUCK (ed.), *The Future of International Law Enforcement. New Scenarios-New Law?*, Berlin, 1993, s. 39-56; B. SIMMA, "Does the UN Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations of Obligations erga omnes?", *a.g.e.*, s. 125-146; B. GRAEFRATH, "International Crimes. A Specific Regime of International Responsibility of States and its Legal Consequences" in J.H.H. WEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI, *International Crimes of State*, New York, 1989, s. 161 vd.

<sup>66</sup> M.S. McDOUGAL, W.M. REISMAN, "Rhodésia and the United Nations: the Lawfulness of International Concern", *A.J.I.L.*, 1968, s. 1-19.

göre barışın bozulduğunu tespit etmektedir. Diğer deyişle Güvenlik Konseyi uluslararası suç olarak nitelendirilebilecek bir eylem olduğu için değil de, uluslararası barış bozulduğu için harekete geçmektedir.

## SONUÇ

Bir hukuk düzeninde kurallar belirli hukuki ilişkiler kurar. Hukuk şahıslarının hakları, yükümlülükleri, statüleri, hukuki durumları bu hukuki ilişkilere göre belirlenir. Hukuk bu şekilde kurduğu toplumsal düzeni korumak için kurallarına aykırı davranılması halinde bir takım sonuçlar öngörür. Böylece, çığnenen menfaat telafi edilir, bozulan düzen yeniden tesis edilir. Teknik bir ifadeyle, kural ihlalinin sorumluluğu tutulan ihlalin bozduğu hukuki durumu eski haline getirmek ve ihlalin “bedelini ödemek” zorundadır. Bunun nasıl yapılacağını hukuk düzeninin sorumluluk rejimi belirler.

Uluslararası hukuk da bir hukuk düzeni olarak aynı şartlara tabidir. Yalnız şu farkla ki, uluslararası hukuk merkezi ve kurumsallaşmış bir yapısı olan iç hukuktan farklı özellikler gösterdiğinden kurallarının uygulanmasında kendi yapısına ve özelliklerine uygun bir rejim benimsemiştir: ortak sorumluluk rejimi. Bu rejimin temel varsayımı uluslararası hukuk kurallarının iç hukukta özel hukuk ilişkilerinden doğan yükümlülüklerle benzer yükümlülükler öngördüğüdür. Sadece bireysel menfaatleri korumaya yönelik olan bu yükümlülüklerin ihlali tek bir şekilde, yani tazminat sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilir.

Uluslararası hukukun mevcut yapısı içerisinde ortak sorumluluk rejiminin halen geçerli ve pratik bir çözüm olduğu açıktır. Zaten genel kabul görmeye devam etmesi de bu gerçeği ifade etmektedir. Ancak, uluslararası hukuk özellikle son dönemlerdeki gelişmelerine paralel olarak sadece devletlerin bireysel menfaatlerini koruyan kurallar koyan bir hukuk düzeni olmaktan çıkıp, bir bütün olarak uluslararası toplumun ortak menfaatlerini korumaya yönelik kurallara da sahip olmaya başlamıştır. Bunun sonucu olarak, devletler akdi ilişkilerden doğan “sübjektif” yükümlülükleri yanında, bütün topluma karşı (erga omnes) yükümlülüklerle de muhatap olmuşlardır. Yükümlülüklerin kapsam ve niteliğindeki farklılaşma bunların ihlalinin sonuçlarında ve bu sonuçların değerlendirilmesinde de farklılaşmaya yol açmaktadır. Ortak rejimin tazminat sorumluluğu *erga omnes* yükümlülüklerin ihlalinin sonuçlarını ortadan kaldıracak çözümler sunmamaktadır. Ez cümle, yükümlülüklerin yapısındaki farklılaşma ortak sorumluluk rejiminin birliğini, bütünlüğünü tehdit etmektedir.

Uluslararası hukuk düzeninin geneli bakımından bu tehdit henüz acil bir mesele olarak tebarüz etmediyse de, uluslararası örgütler sayesinde kurumsal bir yapıya kavuşmuş ve başlıca amacı uluslararası toplumun temel, ortak menfaatlerini korumak olan bazı alt sistemlerde ortak sorumluluk rejimi tamamen devre dışı kalmaktadır. Uluslararası hukukun bir alt sistemi olan uluslararası barış ve güvenlik hukukunda bu durum açıkça görülmektedir. Nitekim barış ve güvenliği koruyan kuralların getirdiği yükümlülüklerin ihlali, bu ihlallerin sonuçlarını uluslararası toplum



adına düzeltme amacıyla, ortak sorumluluk rejimi içerisinde hiçbir zaman ele alınıp değerlendirilmemiştir. Keza, doktrine baktığımız zaman, uluslararası sorumluluğu ortak rejimden ibaret sayan çoğunluk barış ve güvenliği koruyan kuralların ihlalini bir sorumluluk meselesi olarak dahi görmemektedir. Ders kitaplarındaki sorumlulukla ilgili bölümlerde bu tür konulara yer verilmemektedir. Oysa ikili bir anlaşmadan doğan yükümlülük nasıl bir uluslararası yükümlülükse, barış ve güvenlikle ilgili olanlar da öyledir; hatta uluslararası toplum açısından daha önemlidir.

Biz makalemizde uluslararası barış ve güvenliği korumaya yönelik yükümlülüklerin ihlalinin Birleşmiş Milletler çerçevesinde değerlendirilmesinin kendine özgü bir sorumluluk rejimi olduğunu, bu özel rejimin cezai ve hukuki nitelikte müeyyideler öngörerek uluslararası hukukun ortak sorumluluk rejiminden farklılaştığını esas olarak kuramsal açıdan göstermeye çalıştık.

# YENİ CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA İLETİŞİMİN TESPİTİ, DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASI

Doç. Dr. Hakan HAKERİ\*

## GİRİŞ

Yeni CMK'nın 135. maddesinde yer alan "iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" koruma tedbiri konusunda ayrıntılı bilgiler aktarmadan önce belirtmek gerekir ki, bu ve devamı maddelerdeki düzenlemelerde 2001 CMUK Tasarısı, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nun ve Alman CMK'nın ilgili hükümleri göz önünde bulundurulmuştur. Böylece bu hükümlerin değerlendirilmesinde bu normlara da göz atılmasında yarar bulunmaktadır.

## I. İLETİŞİM KAVRAMI

Öncelikle "iletişim" kavramından ne anlaşılacak gerekir, bunun üzerinde durmak gerekir. Zira, 2001 CMUK Tasarısının 107. maddesinde, "sinyalleri, yazıları, resimleri, görüntü veya sesleri veya diğer nitelikteki bilgileri kablo, radyo veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alan veya ileten araçlar"dan bahsedilmiş ve ilgili bölümün başlığı ise "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan Haberleşmeye Girme" şeklinde belirlenmişti. 4422 sayılı kanunda (md. 2) ise "telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemlerle veya tek yönlü sistemlerle alınan veya iletilen sinyaller, yazılar, resimler, görüntü veya sesler ve diğer nitelikteki bilgiler" denilmekteydi. Maddenin başlığı ise "iletişimin dinlenmesi veya tespiti" idi. CMK ise bu şekilde ayrıntılı bir düzenlemeye girmemiş, tedbirin düzenlendiği bölümün başlığı "**telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi**", maddenin başlığı ise "**iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması**" şeklinde belirlenmiştir.

Bu durumda tedbirin uygulanacağı alanın daha geniş mi yoksa daha dar mı belirlendiği, yani iletişim kavramının neleri kapsadığı konusu üzerinde durmak gerekmektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Alman CMK 100a maddesinin başlığı "haberleşmenin denetlenmesidir". Görüldüğü gibi çok geniş bir kavram kullanılmıştır. Ancak burada normal posta veya kargo yoluyla yapılan haberleşme ile bir karışıklığa yol açmamak bakımından kanunumuzda "iletişim" kavramına yer verilmiş ve bu sebeple de, ilgili bölümün başlığında "telekomünikasyon yolu"ndan özellikle bahsedilmiştir. Böylece yine Alman Kanunu'nda olduğu gibi geniş bir kavram kullanılmış, ancak bu kavramın sınırı olarak sadece telekomünikasyon dışı haber-

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

leşme belirlenmiş, yani bu tür haberleşme madde kapsamı dışında tutulmuştur. Bu itibarla, klasik posta dışındaki her türlü iletişim, elektronik posta, faks vs. de dahil olmak üzere madde kapsamındadır. Nitekim “telekomünikasyon” kavramı Türkçe Sözlük'te<sup>1</sup> şöyle tanımlanmaktadır: Haber, yazı, resim veya her çeşit bilginin tel, radyo, optik ve başka elektro manyetik sistemlerle iletilmesi, bunların yayımı ve alınması.

## II. TEMEL ŞART

Bu koruma tedbirine başvurulabilmesinin en temel şartı maddede katalog şeklinde belirtilen bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya açılmış dava bulunmasıdır. 4422 sayılı Kanun sadece örgütlü suçlarda bu koruma tedbirine imkân vermekteyken, CMK ilk şeklinde 16 suç bakımından, 5353 sayılı Kanun ile fuhuş ve Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin 3 ve 4 numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu da eklenmek suretiyle toplam 18 suç bakımından bu tedbiri olanaklı kılmıştır. 2001 Tasarısı ise 5 yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlarda bu tedbirin uygulanabileceğini açıklamaktaydı.

Böylece CMK bu tedbiri daha sınırlı sayıda suç için öngörmüş bulunmaktadır. Bu suçlar, belirli ağırlıkta olan ve işleniş şekilleri itibarıyla, iletişimin denetlenmesi tedbirine en çok ihtiyaç duyulacak suçlar olarak belirlenmiştir. Bu katalog tespit edilmek suretiyle, bunların dışındaki suçlarla ilgili olarak bu tedbire başvurulması engellenmiştir. Bu noktada belirli ağırlıktaki bütün suçlarla ilgili olarak bu tedbire imkan veren hükümet tasarısından ayrılmıştır.

Maddenin ilk şeklinde yer alan “bu madde hükümleri” ifadesi, “*bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler*” olarak değiştirilmiştir (5353 s.k. md. 17). Bu değişikliğin nedeni, katalogda sayılan suçlarla ilgili olarak müsaade edilen tedbirlerin sadece dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olup; mobil telefonun yerinin tespitinin katalog suçlarla sınırlanmış olmamasıdır<sup>2</sup>. Böylece mobil telefonun yerinin tespiti işlemi bütün suçlarla ilgili olarak yapılabilecektir.

Burada akla şu soru gelmektedir: İletişimin denetlenmesi sırasında katalog dışındaki bir suçun öğrenilmesi durumunda bu kaydın kullanılması mümkün olmaktadır. Ancak dinleme yapan görevlinin kamu görevlisi olması karşısında, bu suçu bildirme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ele alınmalıdır. Kanımca TCK 279 karşısında kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği bir suç söz konusudur ve bunu ilgili makamlara bildirme zorunluluğu bulunmaktadır. Her ne kadar CMK 138'de tesadüfen elde edilen delillerin ancak bu katalog suçlarla ilgili olması halinde kullanılabileceği belirtilmekteyse de, madde bu bildirim yapılması zorunluluğunu kaldırmamaktadır.

<sup>1</sup> www.tdk.gov.tr

<sup>2</sup> Krş. Özbek/Doğan. CMK İzmir Şerhi. Ankara 2005. 567.

### III. DİĞER ŞARTLAR

Bu temel şartın dışında, kanunumuz bu tedbir bakımından iki şart daha aramaktadır. Bunlar maddede belirtilen bir suçun işlendiğine yönelik kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması (aynı yönde Avusturya CMK 149a) ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmamasıdır. Bu şartlar esas itibarıyla 4422 sayılı Kanun'dan alınmıştır. Ancak söz konusu kanun kuvvetli şüphe değil, kuvvetli belirti demekteydi. CMK'nın bütün koruma tedbirleri bakımından tercih ettiği terim ise "şüphe"dir (Bkz. md. 100, 116, 128, 129, 133, 139, 140).

Burada hem kuvvetli şüphenin varlığı şartının, hem de başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması şartının aranmasının bu tedbirin uygulanmasını güçleştireceği düşünülebilir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bu iki şart 4422 sayılı kanunda da bulunmaktaydı. İkinci olarak, kanun koyucu iletişimin denetlenmesi kişilerin özel hayatına, haberleşme özgürlüğüne yönelik ağır ve derin bir müdahale olduğundan, suçları aydınlığa kavuşturmakla yükümlü makamların kolaycılığa sapaarak, hemen de iletişimin denetlenmesi yoluyla delil elde etmelerini önlemek istemiştir. Böylece bu tedbirin son çare olarak uygulanması amaçlanmış bulunmaktadır. Bu itibarla tedbir istisnai olarak uygulanacak bir tedbir olmak gerekir. Bu konuda örnek olarak uyuşturucu madde suçları gösterilebilir. Uyuşturucu madde imal ve ticareti suçlarında mevcut kuvvetli şüpheye rağmen başka türlü delil elde edilmesinin mümkün olmadığı hallerde, delil elde edilmesi amacıyla yönelik olarak bu tedbire başvurulması ve bu suretle ayrıca bu suçlardaki üst düzey, arka plandaki kimselere ulaşma olanağının da sağlanması mümkün olacaktır.

### IV. ŞÜPHELİ VE SANIK/TANIKLIKTAN ÇEKİNME HAKKI OLANLAR

CMK 135/2 hem şüpheli hem de sanıktan bahsetmek suretiyle, bu tedbirin dava açıldıktan sonra da uygulanmasına olanak tanımıştır<sup>3</sup>. Özellikle iletişimin tespiti bakımından, aranan sanıkların yakalanması amacıyla bu tedbir uygulanabilecektir. Burada hemen belirtelim ki, maddenin ilk şeklinin 2. fıkrasında sadece şüpheliden bahsedilmesinin, sanık ile tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasındaki iletişimin kayda alınması imkânını vermediği ve sanığın da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeydim. Nitekim, 5353 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile buraya "sanık" terimi de eklenmiştir.

Hüküm Adalet Bakanlığı'nda oluşturulan Bilim Komisyonu'nda hazırlanırken, iletişimin dinlenememesi de önerilmişti. Ancak dinlenemeyecek iletişimin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle olup olmadığının tespit edilemeyeceği gerekçesiyle sadece kayda alınamayacağı hususu hükme bağlanmıştır. Bu vesileyle belirtelim ki, maddenin ikinci fıkrasındaki hüküm, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihatlarına uygun olarak eklenmiş olup, bir çok Avrupa ülkesinde bu yönde hükümlerin bulunmaması dolayısıyla mahkûmiyet kararları verilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla, kanunumuz çok ileri bir adım atmış bulunmaktadır. Aslında burada tanıklıktan çeki-

<sup>3</sup> Öğretide bu tedbire sadece soruşturma evresinde başvurulabileceğini savunan yazarlar vardır, Centel, Nur/Zafer, Hamide. Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. B., İstanbul 2005, 316, 317.

nen kimselerle olan iletişimin *dinlenmesine dahi* olanak tanınmamak gerekirdi. Ancak öncelikle dinleme yapılarak bunun belirleneceği düşünülerek, böyle bir düzenlemeye gidilmiştir. Kanımca, dinlemeyi yapan kimseler örneğin eşiyile bir kimsenin yaptığı görüşmeyi fark ettikleri anda dinlemeyi bırakabilirlerdi. Halbuki şimdi, dinleme yapılabilecek fakat kayıt altına alınamayacaktır. Bu suretle de, dinleme suretiyle edinilen bilgilerin kötüye kullanılması söz konusu olabilecektir. Bununla beraber, bu tip durumlarda elde edilen delillerin hukuka aykırı olacağı ve yargılamada kullanılamayacağını altını çizmek gerekir.

Burada belirtmek gerekir ki, kanunumuz teknik gelişmeler sayesinde mümkün olan, örneğin belirli kelimelerin geçtiği bütün telefon konuşmalarını otomatik olarak kayda alan sistemlere imkân tanımamaktadır. Bir suç ile ilgili olarak bu tür bir kaydın yapılması kanuna aykırıdır ve bu suretle elde edilen deliller de kullanılamaz.

## V. DİĞER KİMSELER

2001 Tasarısı'nın tedbiri düzenleyen 107. maddesinin gerekçesinde şöyle denilmekteydi: "Hâkim, müdahale kararını sadece hakkında soruşturma açılmış kişiler için değil ve fakat, iletişimlerine girildiğinde soruşturma yapılan suç ve suçlular bakımından delil, iz, eser ve emare elde edilebilecek diğer kişiler hakkında da verebilecektir". 4422 sayılı kanunda da örgütlü suçlara iştirak veya işlendikten sonra faillere her ne suretle olursa olsun yardım veya aracılık veya yataklık etme kuşkusu altında bulunan kimselerin iletişiminin denetlenmesine olanak tanınmaktaydı.

CMK ise bu konuya ilişkin bir hüküm sevk etmemiştir. 2004 yılında yapılan CMK hazırlık çalışmaları sırasında bilim komisyonunda Alman CMK'dan esinlenilerek "*bu tedbir, şüpheli için belirli mesajları ileten veya getiren ya da şüpheli tarafından iletişim bağlantılarının kullanıldığının anlaşıldığı takdirde, şüpheli dışındaki kimseler hakkında da uygulanabilir*" şeklinde bir hüküm önerilmiş ve fakat bu öneri, "bunun ayrıca yazılmasına gerek olmadığı, gerekli olan herkesin dinlenebileceği" gerekçesiyle metne alınmamıştır. Böylece, iştirak, yardım yataklık aracılık yapanlara ilişkin hükmün CMK'ya alınmamasını bunlara yönelik olarak bu tedbirin keşinlikle uygulanamayacağı şeklinde yorumlamak mümkün olmaz. Kanaatimce burada ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Öncelikle, maddede sayılan suçlardan biri söz konusu olduğunda ve kuvvetli şüphe ve başka türlü delil elde etme olanağının bulunmaması şartları gerçekleştiğinde, 135. maddenin üçüncü fıkrası gereğince, bu suçlara **iştirak edenler** hakkında da, kimliği, iletişimin aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi de belirtilmek suretiyle, bu tedbir uygulanabilecektir. Buna karşılık **işlendikten sonra** faillere yardım veya aracılık veya yataklık eden kimselerin iletişimi, bunların fiili suçtan önceki bir iştirak ilişkisi çerçevesinde olmadığı sürece denetlenemeyecektir, zira suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme (TCK 281) ile suçluyu kayırma (TCK 283) suçları maddedeki katalogda sayılmamıştır.

Belirtilen bu çerçevede dışında dinleme sırasında tespit edilen ve dinlenmesi gereken başka iletişimin de varlığı halinde, bunlar için ayrıca 135. maddedeki şartlar dahilinde ve oradaki usul takip edilerek, yeniden karar alınmak gerekmektedir.

## VI. İLETİŞİMİN TESPİTİ

2001 Tasarısı'nda, 4422 sayılı Kanun'dan farklı olarak sadece dinleme ve kayda alınma düzenlenmekteyken, CMK'da bunların yanı sıra iletişimin tespitine de olanak tanınmıştır. Böylece 4422 sayılı Kanun'da olduğu gibi, dinleme yapılmaksızın sadece iletişimin yapılıp yapılmadığının belirlenmesi de mümkün olacaktır.

Bunun için bilim komisyonunda "aktif durumdaki mobil telefonun yeri" ifadesi önerilmişken, "kullanmakta olduğu mobil telefonun yeri" ifadesi kanuna alınmıştır. Böylece kendi kullandığı telefon dışındaki telefonların tespitine olanak tanınmamıştır.

5353 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi de 135. madde çerçevesinde mümkün kılınmıştır. Keza dördüncü fıkradaki "kullanmakta olduğu" ve "kullanılan" ibareleri metinden çıkarılarak, şüpheli veya sanığa ulaşılabilmesini sağlayabilecek olan diğer kişilerin mobil telefonunun yerinin tespiti mümkün kılınmıştır (5353 s.k.md.17).

## VII. DENETLENECEK İLETİŞİMİN SOMUT OLARAK BELİRLENMESİ VE SÜRE

135. maddenin 3. ve 4. fıkralarında yer alan denetlenecek iletişimin somutlaştırılmasına yönelik hüküm Alman CMK'dan alınarak düzenlenmiştir. Böylece denetlenecek iletişimi belirlemeye yarayacak bütün unsurlar kararda belirtilecektir. Bunun için de, denetleme talebinde bu belirtilen hususların ayrıntılı olarak açıklanması gerekecektir. Bu suretle, başka kimselerin iletişimin denetlenmesine fırsat verilmeyecektir.

Tedbir; yukarıda açıklanan usul ve koşullara uyularak uzatılabilecektir. 4422 sayılı kanun ile 2001 Tasarısı'nda tedbirin süresi en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilecek iken, CMK'da ise en çok bir defa uzatma olanağı tanınarak, tedbirin süresi kısaltılmıştır. Fakat 5353 sayılı kanun ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkime her defasında bir ay olmak üzere sürenin ilanihaye uzatılmasına olanak tanınmıştır.

## VIII. TEDBİRE KARAR VERME YETKİSİ

Tedbir bakımından 4422 sayılı Kanun'da olduğu gibi hâkim güvencesi getirilmiştir. Ancak 2001 Tasarısı'ndan farklı olarak gecikmesinde sakınca bulunan halde cumhuriyet savcısına yetki tanınmıştır. Ancak, cumhuriyet savcısının kararı derhal hâkim onayına sunulacaktır. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Bu noktada 4422 sayılı kanundan farklı olarak kayıtların incelenmesi konusundaki hâkim yetkisi kaldırılmıştır. Böylece dinleme ve kayda alınma konusunda hâkim kararı verildiği veya cumhuriyet savcısının bu konudaki kararı onaylandığı takdirde, kayıtların incelenmesi konusunda ayrıca hâkim kararına gerek bulunmamaktadır.

İletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması konularında yetkili ve görevli hakim, talepte bulunan savcının bulunduğu

yer itibarıyla yetkili olan sulh ceza hakimidir (CMK 162). Kovuşturma aşamasında ise davaya bakan mahkeme yetkilidir.

### IX. GİZLİLİK

Gizliliğe ilişkin 4422 sayılı Kanun'da bir hüküm bulunmamaktadır. 2001 Tasarısı'nda ise bu tedbire "sulh ceza hâkimi tarafından gizli olarak karar verilir" denilmektedir. 135. madde hükmüne göre ise hem alınan karar, hem de yapılan işlemler tedbir süresince gizli tutulacaktır. Böylece karar verilirken hâkim tarafından gizlice verilecek, tedbirin uygulanması sırasında da gizliliğe riayet edilecektir. Özellikle emniyet amirlerinin veya diğer kimselerin tedbire ilişkin olarak bilgilendirilmemesi gerekecektir. Bu noktada tek yetkili kimse hâkim veya savcıdır. Bunlar dışındaki kimselere bilgi verilmesi gizliliğin ihlali olacaktır. Bu durumda TCK 132 (haberleşmenin gizliliğini ihlal), 258 (göreve ilişkin sırrın açıklanması) veya 285. (gizliliğin ihlali) maddelerden sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Kanunda karar ve yapılan işlemlerin gizliliğinden bahsedilmekte ise de, kolluğun savcılığa yönelik talebinin de gizli olması gerekmektedir.

### X. KARARIN İCRASI

İletişimin denetlenmesine ilişkin kararın yerine getirilmesi esas itibarıyla CMK 137'de düzenlenmiştir. Ancak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın kurulmasıyla beraber bu işlemlerin tek elden yürütülmesi öngörülmüş bulunmaktadır. 5397 sayılı kanuna göre, söz konusu kanun çerçevesinde yapılan işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur.

1. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 vd. maddelerine göre yapılacak denetimde verilecek kararlar, Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlileri tarafından Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na iletilir. Kararlar işletmecilere gönderilmez. Söz konusu kararlar ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzmanın nezaretinde yerine getirilir. İşin başladığı ve bitirildiği tarih ve saatler saptanarak bir tutanağa bağlanır.

2. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, 2559 sayılı Kanun'un (Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu) ek 7 nci maddesi, 2803 sayılı Kanun'un (Jandarma Teşkilatı, Göreve ve Yetkileri Kanunu) ek 5 inci maddesi ve 2937 sayılı Kanun'un (Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu) 6 ncı maddesi uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri ve 5271 sayılı CMK'nın 135 inci maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütür (**Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti,**

### **Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik md. 17)<sup>4</sup>.**

3. Elde edilen kayıtlar, Cumhuriyet savcılığınca veya görevlendireceği kolluk memuru tarafından çözülür ve metin hâline getirilir; yabancı dildeki kayıtlar da Türkçe'ye çevirtirilir.

4. Şüpheli hakkında kovuşturamama kararı verilmesi veya hâkim onayı alınmaması halinde tedbir uygulamasına derhal son verilecek ve kayıtlar en geç on gün içinde yok edilecektir. Bununla beraber, şüphelinin başka bir suçu veya başka bir kişi ile ilgili soruşturma ve kovuşturma açısından delil olarak kullanılabilir kayıtlar CMK 138/2. maddedeki şartlar çerçevesinde yok edilmeyecektir.

5- İlgililere, hakkında yapılan işlemlerden haberdar olmalarını temin maksadıyla, tedbire son verilmesi durumunda Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tedbir ile ilgili bilgi verilmesine dair hüküm konulmuştur.

### **XI. İLETİŞİM İÇERİĞİNİN İKRAR DELİLİ OLAMAMASI**

2001 Tasarısı'nın 108/3. maddesinde "yukarıdaki fıkralar gereğince gerçekleştirilecek kayıt ve saptamalar yargulamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemez" denilmekteydi. Bu hükmün gerekçesi şuydu: "İlgilinin 147 nci maddede (5271 s. CMK'da da 147. maddeye tekabül etmektedir), ifade almada ve sorguda, isnat açıklandıktan, susma hakkı tanındıktan sonra, serbest irade ile yapılan açıklamaların delil niteliği kazandığı belirtildiği için, gizlice yapılan telefon ve benzeri dinlemelerde, ilgilinin beyanda bulunması, ikrar delili değil, bir belirti delili olarak anlam kazanır. İkrar, suçun doğrudan doğruya ispatı açısından elverişli bir delil olduğu hâlde, emare delili, parmak izi gibi dolaylı bir ispat gücüne sahiptir ve başka delillerle bütünleşmeden tek başına ispat bakımından yeterli olmaz. Bu nedenle maddenin üçüncü fıkrasında kayıt ve saptamaların yargulamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir". Bu hüküm kanunumuza alınmamıştır. Ancak bunun nedeni gerekçede belirtilen sonucun kabul edilmeyişi olmayıp, bunun doğal bir sonuç olmasıdır.

### **XII. İLETİŞİM İÇERİKLERİNİN YOK EDİLMESİ**

Öğretide elde edilen delillerin saklanması gerektiği, bunların ileride yeniden kullanılacağı şeklinde görüşler ileri sürülmekle beraber, gerek 4422 sayılı Kanun ve gerekse 2001 Tasarısı (md. 108/4) verilerin yok edilmesini öngörmüş bulduğundan, CMK'da bu noktada geri adım atılmamıştır. Ancak, 4422 sayılı Kanun'da Alman Kanunu'nda olduğu gibi, suçların işlendiğine ilişkin şüphe ortadan kalktığı takdirde; 2001 Tasarısı'nda ise dava zamanaşımı gerçekleştiğinde kayıt ve tespitle- rin yok edileceği hükme bağlanmışken, CMK kovuşturamaya yer olmadığı kararının verilmesi veya hâkim onayının alınmaması halinde kayıtların yok edileceği hük- münü sevk etmiştir.

<sup>4</sup> RG 10.11.2005



Kanaatimce hâkim onayının alınamaması durumunda kayıtların yok edilmesi şeklindeki düzenleme çok isabetli olmuştur. Ancak kovuşturmayaya yer olmadığı kararı her zaman için kaldırılabilir bir karar olduğundan burada verileri yok etme konusunda en azından savcıya bir takdir yetkisi tanınması yararlı olurdu.

Bu vesileyle belirteyim ki, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen bilgilerin yok edilmesine ilişkin düzenlemenin hemen hiçbir Avrupa ülkesinde bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>5</sup>. Böylece kanunumuz bu bakımdan Avrupa ülkelerinden daha ileri bir adım atmış bulunmaktadır.

### XIII. BİLDİRİM VE DENETİM

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bir çok kararında tedbirle ulaşılmak istenen amaç tehlikeye düşmeyecek ise tedbire ilişkin olarak ilgiliye sonradan haber vermenin önemine işaret etmektedir<sup>6</sup>. Bilim Komisyonu'nda tedbirin sona ermesinden sonra başsavcılığın tedbirin nedeni, kapsamı, süresi, sonucu ve maliyeti hususunda tedbirin muhataplarına bilgi vereceğine yönelik bir hüküm önerilmişti. Ancak kanuna tedbirin maliyetine ilişkin bilgi verilmesi hususu alınmamıştır. Esasen, bir hukuk devletinde vergi ödeyen kimselerin bu konuya ilişkin olarak da bilgilendirilmesi gerekli iken, diğer yandan böyle bir bildirim zorunluluğu tedbire başvuranları da bu tedbirin getirecekleri konusunda iyi bir değerlendirme yapmaya sevk edeceğinden yararlı olacaktır.

Bilim Komisyonu'nda ayrıca, tedbirin sona ermesinden sonra da tedbire muhatap olan kişinin tedbirin hukuka uygunluğunun denetlenmesini talep edebileceğine ilişkin bir hüküm önerilmişti. Böylece bildirim sonucunda kişilerin tedbirin denetlenmesini isteyerek gerek tazminat gerekse cezai sorumluluk yönlerinde gerekli girişimlerde bulunmalarına imkân tanınmış olacaktır. Kanunun bu haliyle ise tazminat kabul edilmemekte, ancak **idari makamların eylemleri dolayısıyla genel tazminat sorumluluğu** söz konusu olabilmektedir. Ayrıca tedbire karar verilmesi veya uygulanması ile ilgili olarak görevi kötüye kullanma suçu bakımından ilgili kamu görevlilerin bir sorumluluğu düşünülebilecektir.

Kanunun ilk şeklinde bildirim tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesinden sonra en geç on beş gün içinde yapılacağı hükme bağlanmıştı. 5353 sayılı Kanun ile bildirim için soruşturma evresinin bitmesinin beklenmesi öngörülmüş bulunmaktadır. Böylece söz konusu on beş günlük süre, soruşturma evresinin bitiminden itibaren başlayacaktır (CMK 137/4).

### XIV. BAŞKA TÜRLÜ İLETİŞİMİN DENETLENMESİ YASAĞI

135. maddenin son fıkrasında, “**bu maddede belirlenen esas ve usuller dışın-da hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz**” denilmektedir. Bu hükmün sonuçlarının ne olduğu üzerinde durmak gerekir.

<sup>5</sup> Kühne, Hans-Heiner. “Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Koruma Tedbirleri”. Hukuki Perspektifler Dergisi. S. 3, Nisan 2005, 47.

<sup>6</sup> Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sancakdar, Oğuz, AİHS Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. Ankara 2004, 406.

Bu konuda öncelikle 135/son hükmünün önleme, istihbarat niteliğindeki iletişim denetlemesini yasaklamak amacını taşıdığı düşünülebilir. Ancak ceza muhakemesi kanunu bir suç ile ilgili olarak düzenlenmiş hükümleri içerdiğinden, bu kanun hükümlerinin ancak bir suç bakımından geçerli olacağı, buna karşılık suç işlenmeden önceki önleme aşamasındaki hükümler niteliğinde olmadığı açıktır. Bu itibarla, böyle bir hükmün önleme, istihbarat amacıyla yapılan iletişim denetlemelerini kapsamadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Fakat bu kez de, böyle bir sonuca zaten bu hüküm olmaksızın da ulaşılabilirdi, dolayısıyla bu hükmün amacının ne olduğu sorusuyla karşılaşmaktayız. Acaba mağdur iletişiminin denetlenmesi bakımından da bu maddedeki usul ve esasların geçerli olmasını sağlamak amacıyla mı bu hüküm sevk edilmiştir? Örneğin, bir kimse huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla kendisine ısrarla telefon edildiği (TCK 123) şikâyetiyle savcılığa başvurursa, savcılık bu kimsenin telefonunu dinlemek suretiyle faili tespit etmek isterse, 135. maddedeki esas ve usullere tabi olmak durumunda mıdır? Kanımca, bu tür durumlarda kişinin telefonunun dinlenmesinde rızası bulunduğu ve telefonu dinlenen şüpheli veya sanık değil, mağdur olduğundan, 135. madde hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak 135/son hükmünün bu tür iletişim denetlemelerini de yasaklamayı amaçladığı söylenebilir, zira maddenin ifadesi mutlaklıdır.

Sonuç olarak, 135/son hükmünün gereksiz bir hüküm olduğu kanaatindeyim. Bu hüküm istihbarat niteliğindeki denetlemeleri engellemekte, mağdur bakımından da uygulama alanı bulamamaktadır.

#### **XV. MÜDAFİN BÜROSU, KONUTU VE YERLEŞİM YERİ**

**“Şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135 inci madde hükmü uygulanamaz” (CMK 136).**

Maddede müdafin cep telefonu ile yaptığı görüşmelerin belirtilmemesi bir eksiklik olmakla beraber, kanımca 135. maddenin 2. fıkrasında sayılan tanıklıktan çekinebilecek kişiler arasında müdafin de bulunduğu, eksiklik bu hüküm ile karşılanmaktadır.

#### **XVI. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER**

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Alman CMK 100’de yer alan “yukarıda elde edilen bilgiler ancak ceza muhakemesi amaçlarıyla veya bir kimsenin yaşam, vücut veya hürriyetine yönelik ağır bir tehlikenin bulunması halinde tehlikenin önlenmesi amacıyla kullanılabilir” şeklindeki hüküm bilim komisyonunda kanuna eklenmek üzere önerilmiş, ancak kanunlaşmamıştır. Böylece ilkin iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen bilgilerin önleme amacıyla kullanılmasına Alman Kanunu’ndan farklı olarak olanak tanınmamıştır. Ceza muhakemesi amaçları ile ilgili olarak ise, esasen ceza yargılaması kanununda düzenlenen bir tedbir uygulanmak suretiyle elde edilecek bilgilerin ceza yargılamasında kullanılacağı açıktır. Ancak burada bu bilgilerin ilgilinin başka suçlarıyla ilgili olarak ve başka kimselerin suçlarıyla ilgili olarak kullanılması sorunu ile karşılaşmaktayız ki, bu sorunun cevabını burada ele almak istiyorum.

Bu konuya ilişkin olarak 1412 sayılı CMUK'nun 100. maddesinde muvakkat zabıt başlığı altında bir düzenleme bulunmaktaydı. Benzer şekilde tasarıda da sadece arama ve el koyma ile ilgili olarak, 104. maddede “geçici el koyma” başlıklı şu hüküm düzenlenmişti: “Arama sonunda yapılmakta olan soruşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek eşya bulunursa, bunlara geçici olarak el konulur ve durum Cumhuriyet savcılığına bildirilir”. Madde gerekçesi ise şöyledir: “*Madde, arama sonunda, aramanın esasını oluşturan soruşturma ile ilgisi bulunmayan ve fakat diğer bir suç şüphesini harekete geçirecek şeylerin bulunması hâlinde yapılacak işlemi göstermektedir. Bu eşyaya geçici olarak el konulacak ve durum Cumhuriyet savcılığına, geciktirilmeksizin bildirilecektir*”.

Türkiye Barolar Birliği'nin önerisinde ise “telefon dinlemesi” sırasında tesadüfen elde edilen bilgilerin ancak telefon dinlemesine ilişkin koşulların mevcut olması durumunda delil olarak kullanılabilmesine ilişkin bir hüküm teklif edilmiştir.

Sorun bilim komisyonunda tartışılırken, konunun daha ayrıntılı olarak düzenlenmesi kararlaştırılmıştır. Gerçekten de, “*tesadüfen elde edilen deliller konusu, özellikle delil yasakları bakımından çok önemlidir; bu nedenle esaslı bir şekilde düzenlenmesi gerekir*” (Bilim Komisyonu gerekçesi).

Avrupa ülkelerinde tesadüfen elde edilen delillerin sınırlı surette kullanılması kabul edilmektedir<sup>7</sup>. Kanunumuz da bu yöndeki eğilime uymuş, tesadüfen elde edilen delillerin sınırsız olarak kullanılmasına olanak tanımamıştır.

Madde ikili bir ayırım yapmıştır. Tesadüfen elde edilen delilin

1. arama veya el koyma koruma tedbirlerinin uygulanması sırasında veya
2. telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilmesine ayrı sonuçlar bağlanmıştır.

Buna göre, tesadüfen elde edilen delil arama veya el koyma tedbirlerinin uygulanması sırasında elde edilmişse bu deliller **sınırsız olarak** kullanılabilirken; telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında elde edildiği takdirde **ancak** yukarıda belirttiğimiz 18 suçtan biri ile ilgili olarak tesadüfen elde edilecek delillerin de kullanılabilmesini açık bir hükümle düzenlemiş bulunmaktadır. Bu durumda tesadüfen elde edilen deliller bu belirtilen 18 suçun dışında bir suç ile ilgili olduğu takdirde kullanılamayacaktır.

Yukarıda da ifade ettiğim gibi tesadüfen elde edilen deliller kullanılamayacak da olsa, bunlara vakıf olan kamu görevlisinin bir suçun varlığı durumunda ilgili makamlara bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır (TCK 279).

## XVII. İLETİŞİMİN ÖNLEME VE İSTİHBARAT AMAÇLI DENETİMİ

Önleme ve istihbarat amaçlı iletişim denetlenmesine ilişkin olarak hukukumuzda açık bir yasal dayanak bulunmamakta, sadece Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesindeki “istihbarat faaliyetlerinde bulunur” hükmü esas alınarak,

<sup>7</sup> Kühne, 47

kolluk tarafından istihbarat niteliğinde iletişim denetlemesi yapılmaktaydı. Ancak gerek istihbarat teşkilatları ve gerekse kolluğun önleme amaçlı istihbarat faaliyeti bakımından yasal bir dayanağa gereksinim bulunmaktaydı ve bu dayanak 3.7.2005 tarih ve 5397 sayılı kanun ile sağlanmış bulunmaktadır. Burada, bu kanun ile getirilen düzenlemelere kısaca değinmekte yarar görüyorum:

Söz konusu kanun ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine ve 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununa eklemeler yapılmış ve 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek maddeye bazı fıkralar eklenmiştir. Böylece bir soruşturma başlamadan da iletişimin denetlenmesi olanağı sağlanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, bu düzenleme bir çok hukuksal sorulara da yol açmaktadır. CMK 135. maddede bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada ve suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı durumunda bu tedbire başvurulabilecekken, henüz bir suçun olmadığı halde bu tedbire başvurulması daha basit ve kolay kılınmıştır. Ayrıca hakim kararı aransa da, hakim hangi ölçütlere ve şartlara göre değerlendirme yapıp kararını belirteceği düzenlenmemiş<sup>8</sup>, bu konuda keyfiliğe yol açılmıştır.

### 1. KOLLUĞUN YETKİLERİ

5397 sayılı kanun ile kolluğa bu alanda verilen yetkiler şöyledir: Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, telekomünikasyon yoluyla yapılan **iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir**. Jandarma bu faaliyetleri sadece kendi sorumluluk alanında yapabilecektir.

Bu işlemler ancak **hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde polis bakımından Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanı**; jandarma bakımından **Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle** yapılabilir.

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibarıyla yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

<sup>8</sup> Şahin, *Cumhur*. Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005. 379.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir. Görüldüğü gibi burada süre adli amaçlı iletişimin denetlenmesine nazaran daha uzun belirlenmiştir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı/Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirdiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır (md.1, 2).

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usûller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından çıkarılan yönetmelikte düzenlenmektedir (10.11.2005 tarihli RG).

## **2. MİLLİ İSTİHBARAT TEŞKİLATININ YETKİLERİ**

Millî İstihbarat Teşkilatı;

a) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların yöneticileri ve istihbarat hizmetlerinden sorumlu kişileri ile istihbaratın tevcihi, istihbaratın ve istihbarata karşı koyma konularında doğrudan ilişki kurabilir, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir.

b) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından kendi görev sahasına giren konularda yararlanabilmek. bunlarla irtibat kurabilmek, bilgi ve belge almak için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunabilir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması. Devlet sırrının ifşasının tespiti ve

terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, **hâkim kararı** veya **gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı** veya **yardımcısının yazılı emriyle** telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmi dört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usülle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, bu Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Müsteşarlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır (md.3).

Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

### **XVIII. YÖNETMELİK**

Başbakanlık tarafından çıkarılan ve 10.11.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan “**Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar**

**ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik**” bu tedbire ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Bunlara kısaca göz atmakta yarar görüyorum:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yönetmelik **hem adli hem de önleme amaçlı** iletişim denetlenmesine ilişkin hükümler içermektedir (md. 1).

Telekomünikasyon her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade eder.

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri; iletişimin tespiti ise iletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri; sinyal bilgisi, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade etmektedir (md. 3).

Önleme ve istihbarat amaçlı tedbir için verilen hakim kararı veya yetkili merci emri işletmecilere gönderilmez. Kararlar ile yapılan inceleme sonucunda bu yönetmeliğe uygun olduğu tespit edilen yazılı emirler, ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzmanın nezaretinde yerine getirilir. İşlemin başlatıldığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır. Bu Yönetmeliğe aykırı biçimde verilen yazılı emirler yerine getirilmez (md. 10). Hakim kararları ile yazılı emirler hakkındaki gelişmeler ilgili kurum tarafından derhal Başkanlığa bildirilir. Uygulanan tedbirin sona ermesi, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir hakkında hâkim tarafından aksine karar verilmesi ya da yazılı emir hakkında yirmi dört saat içinde hâkim onayının alınamaması hallerinde, kararın veya yazılı emrin uygulanmasına Başkanlık tarafından derhâl son verilir. Dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar Başkanın ve ilgili kurumların en üst amirinin denetimi altında en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimlerde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir (md. 11).

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135 vd. maddelerine göre yapılacak denetimde ise verilecek kararlar, Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adli kolluk görevlileri tarafından Başkanlığa iletilir. Kararlar işletmecilere gönderilmez. Söz konusu kararlar ilgili kurum görevlileri ve Başkanlık çalışanları aracılığıyla teknik uzmanın nezaretinde yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır (md. 14). Uygulanan tedbirin sona ermesi, kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar hakkında hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde, tedbirin kaldırıldığı Cumhuriyet savcısı tarafından derhal başkanlığa bildirilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar, süresi içerisinde hakim tarafından onaylanarak başkanlığa gönderilmemiş ise kararın uygulanmasına başkanlık tarafın-

dan derhal son verilir. Yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar, 26 ncı madde- de belirtilen yetkili ve görevli mahkeme nezdindeki Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek durum bir tutanakla tespit edilir (md. 15).

Yönetmelik hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen bilgiler, yönetmeliğin dayanağını oluşturan kanunlarda belirtilen amaç ve usul dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi, belge ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesine riayet edilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca **doğrudan soruşturma** yapılır (md. 27).

### IX. TELEKOMÜNİKASYON İLETİŞİM BAŞKANLIĞI

Telekomünikasyon yoluyla denetimin tek elden yürütülmesi için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kurulmuştur. Yönetmeliğin 16. maddesine göre:

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde doğrudan Kurum Başkanına bağlı olarak faaliyet gösterir.

Başkanlık, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile teknik uzman, hukukçu uzman ve idarî uzmandan oluşur.

Başkanlıkta, Başkanın görüşü doğrultusunda Kurum Başkanı tarafından kurum içinden veya kurum dışından yeteri kadar teknik, hukukçu ve idarî personel görevlendirilir.

Başkanlıkta, Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Bu temsilciler Başkanlıktaki görevleri esnasında Başkanın talimatlarına ve Başkanlık tarafından belirlenen kurum içi düzenlemelere riayet eder.

Başkanlığın görevleri ise şunlardır (md. 17):

a) 2559 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi, 2803 sayılı Kanunun ek 5 inci maddesi ve 2937 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi uyarınca, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınmasına yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek,

b) 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine yönelik iş ve işlemleri tek bir merkezden yürütmek,

c) (a) ve (b) bentleri kapsamındaki taleplerin bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata uygun olup olmadığını incelemek ve gerektiğinde yetkili mercilere başvuruda bulunmak,

d) (a) ve (b) bentleri uyarınca gerçekleştirilen işlemler sonucunda elde edilen verileri ve bilgileri ilgisine göre Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına, Emniyet Genel Müdürlüğüne ve Jandarma Genel Komutanlığına, talep etmeleri halinde mahkemeye ve Cumhuriyet başsavcılıklarına iletme,

e) Bu Yönetmelik çerçevesinde yapılacak tespit, dinleme, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması faaliyetlerini olanaklı kılacak her türlü teknik



alt yapının, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlar ve işletmeciler tarafından kurulmasını sağlamak, sağlamak, gerekli alt yapıyı kurmayan işletmecilerin cezalandırılması yönünde girişimde bulunmak,

f) 11 inci maddenin üçüncü fıkrası, 12 nci maddenin ikinci fıkrası ile 15 inci maddenin üçüncü fıkrası saklı kalmak kaydıyla, Başkanlık faaliyetleriyle ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlar ile işletmecilerden gelen her türlü bilgi, belge ve kayıtların bilgi güvenliği kriterlerine uygun olarak arşivlenmesini sağlamak.

## XX. YAPTIRIM VE TAZMİNAT

Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki ve önleme/istihbarat amaçlı telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesine ilişkin hükümlere aykırılıklar Türk Ceza Kanunu'nun 132. maddesi ile yaptırım altına alınmış bulunmaktadır. Aynı kanunun 137. maddesinde de "haberleşmenin gizliliğini ihlal" suçunun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hükmü sevk edilmiştir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinde gizlilik kuralına uyulmamasının müeyyidesi ise Türk Ceza Kanunu'nun 285. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca 258. maddenin (göreve ilişkin sırrın açıklanması) uygulanması da söz konusu olabilir.

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiriyle ilgili olarak doğan zararların tazmini konusunda kanunumuzun bir düzenleme yapmamış olması büyük bir eksikliklerdir. Özellikle bu tedbirin gizliliği<sup>9</sup> ve ancak tedbirin sona ermesi ile beraber tedbirden haberdar olunması ve ayrıca denetlenmesi olanağının şüpheli veya sanığa verilmemiş olması karşısında bu eksikliğin çok önemli bir eksiklik olduğu açıktır. Esasen tazminatın bütün koruma tedbirleri ile ilgili olarak kabul edilmesi bir hukuk devletinde olması gereken vazgeçilemez, önemli bir gerekliliktir.

<sup>9</sup> Özbek/Doğan, 578.

# JOSEPH RAZ'DA HUKUKİ OTORİTE KAVRAMI

Yrd. Doç. Dr. Sevtap METİN\*

## GİRİŞ

### I. Başkalarının Yargılarına Neden Uyarız?

Otorite<sup>1</sup>; kişilere bazı yükümler getirme ve talep ettiği bu görevlerin yapılmasını ya da kaçınılmasını buyurma gücüdür. Hukukun ve onu temsil gücünü elinde bulunduran kişi ve kurumların nasıl bir otoriteye sahip bulunduğu ya da bulunması gerektiği hukuk felsefesinin de ilgi alanı içinde kalmaktadır. Çağdaş hukuk düşünürlerinden Joseph Raz'da da hukuki otorite kavramı adeta hukuk kuramının merkezine oturmuştur. Herşeyden önce Raz, tüm hukuk sistemleri için geçerli olabilecek genel bir hukuki otorite teorisi yerine liberal-demokratik bir hukuk düzeni adına konuşan hukuki bir pozitivisttir. Hukuki otoritenin hem kavramsal bir analizini hem de normatif doğrulamasını yapmak kaygısı taşımaktadır<sup>2</sup>. Raz'ın bu konudaki düşüncelerini irdelemeye geçmeden önce, kendimiz dışında başka bir şahsın kararlarına değer verme nedenlerimiz üzerinde durarak konuya giriş yapmak, otorite kavramı ile yakın ilgisi dolayısıyla uygun olacaktır.

Güçlü bir kişilik, yakın ya da uzak çevresi içinde, fikirlerinin sahip olduğu ağırlıktan ötürü nesnel bir inanç ve güven elde edebilir<sup>3</sup>. Bu nitelikte birinin yargılarına güvenmek ise pratik bakımdan bize başlıca iki yarar getirir;

Birincisi, bir başkasının yargısının, bizimkinden daha doğru olabileceğini düşünebiliriz. Çünkü diğer şahsın bizde eksik olan örneğin tıbbi veya bilimsel bir bilgiye ya da üstün matematik yeteneği gibi daha iyi usullama gücüne yahut da ön yargılarına, eğilimlerine, korkularına karşı daha büyük bir dirençle sahip bulunduğuna inanırız.

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Artırmak, çoğaltmak, yükseltmek anlamına gelen "augere" fiiline bağlı olan *auctoritas* ve ondan türeyen *auctorem* (yazar,yazan), otorite sözcüğünün etimolojik kökenini oluşturmaktadır. Fakat otorite kavramının anlamı, ikincil ve zayıflamış hale gelen basit bir "artış"ın ötesinde arandığında, Sankritçe'de tanrıların gücünü belirten *oas*'a kadar gitmektedir. Gerard Mendel, **Bir Otorite Tarihi: Süreklilikler ve Değişiklikler**, Çev: Işık Ergüden. İstanbul, İletişim Yayınları, 2005, s. 30,164.

<sup>2</sup> Matthew H.Kramer, "Requirements , Reasons, and Raz:Legal Positivism and Legal Duties", **Ethics**, Volume:109, January 1999, s.406.

<sup>3</sup> Georg Simmel, "Tahakküm", Çev: Serkan Gölbaşı. **İÜHFİM**, C. LXII, S.1-2, İstanbul 2004, s. 492.

İkincisi, bir başkasının bazı konulardaki direktiflerine uymakla elde edeceğimiz zamandan kazanmak, karar verme sürecinin stresinden kurtulmak gibi yararlı sonuçlar dikkate alınabilir. Buna bağlı olarak da ahlaki etkinliklerimizi geliştirebilir, çocuklarımız, işimiz veya bazı hayır işleri ile ilgili diğer sorumluluklarımıza daha fazla vakit ayırabiliriz. Bu düşüncelerin ışığında bazen kendi değerlendirmemizi yapma sürecinden çok bir başkasının hükmüne uyarak karar verebiliriz. Gerçi bu pratik kaygılar, ahlaki alana gelindiğinde çok daha problemlidir. Bilindiği üzere otonomi gereği herkes kendi ahlaki eylem ve kararlarının vicdani sorumluluğunu kendi taşımak zorundadır. Bu alanda bir başkasının ahlaki sezgilerine güvenmek otonom birey anlayışı ile bağdaşmaz. Ahlak alanında her bireyin kendi cevaplarına güvenmesi gerekir. Kişinin bir başkasının ahlaki yargılarına uyabileceği iddiasına yer vermek güçtür. Yine de neyin ahlaken uygun olduğu konusunda her zaman mü-kemmel bir iç bakışa sahip değiliz. Bir eylemi iyi ya da kötü kılan şeyin ne olduğunu doğru biçimde anladığımız konusundaki güvenimizi yıkacak durumların ortaya çıkmayacağından emin olamayız<sup>4</sup>. Bu yüzden vicdanımıza yön verecek, iyiyi kötüden ayırmamıza yardım edecek ölçüt arayışımız sürmektedir. Gerçekten de insanların iyiye yönelik seçimlerini bizzat ve özgürce yapmalarına olanak tanımak, onlara birer ahlaki varlık olarak saygının sonucudur. Ancak bu durumda bireysel özerklik ile siyasi-hukuki otoritenin düzenlemeleri arasındaki gerginlik gündeme gelmektedir. Ayrıca devletin ahlaki seçimlerde rehberlik görevinin bulunup bulunmadığı, sorunun bir başka cephesidir. Doğrusu bazılarımız hayatın getirdiği zor kararlarla başa çıkacak donanımda olmayabilir. Yanlış seçimlerle kendilerine ve başkalarına zarar veren bu kişilere ilgi gösterip, onları bu hatalardan alıkoymaya çalışmak yanlış mıdır? Bu bakış açısı ile, hayatla başa çıkamayacak durumda olanlara, kaderlerini belirleme hakkına saygı adına ilgisiz kalmak, onları mutsuz bir kadere terk etmekle sonuçlanacaktır. Bu çerçevede, devletin insanları iyiye özendirip, kötüden kaçınmalarına yardım edecek politikaları izleme görevinin varlığına ilişkin tartışma<sup>5</sup>, otorite ile kişisel otonominin politik boyutları bahsinde yeniden ele alınacaktır.

## II. İtaat Yükümünü Temellendirmenin Gerekçeleri

Yukarıda değinilen prestij liderliği görünümündeki otorite türü, şahsın kendi niteliklerinden kaynaklanmakta iken bir diğer durumda kişiye yukarıdan gelmektedir. En başta devlet gibi birey üstü bir iktidar, kişiyi -hukuk aracılığıyla- nihai karar gücü ile donatır. Yasaların yönelttiği uyma yükümünü şekillendiren, içeriğinin öznel değil nesnel oluşudur. Hukukun nesnellığı, itaati rasyonelleştirir. Herkese aynı şekilde yani eşitlik içerisinde uygulanıyor oluşu, uyma fikrini daha katlanılır kılmaktadır<sup>6</sup>. İşte bu nitelikteki hukuka itaat yükümlülüğünün gerekçelendirilmesinde Raz

<sup>4</sup> Patric Durning, "Joseph Raz and the Instrumental Justification of a Duty to Obey the Law", *Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*. Vol: 22, Issue: 61, Netherlands. Kluwer Academic Publisher, 2003, s. 608-611.

<sup>5</sup> Will Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, Çev: Ebru Kılıç, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s.298-299.

<sup>6</sup> Simmel, "Tahakküm", s.492-508.

tarafından bir çok farklı argümanın kullanıldığını görüyoruz. Bunları şu başlıklar altında toplamak mümkündür:

Hukukun tanımı gereği itaati ortaya çıkarttığı,

Toplumsal yaşamın devamının bir zorunluluğu olduğu için hukukun otoritesinden söz edilebileceği,

Ahlakın doğrudan bir talebi olarak hukuka itaat edilmelidir fikri. Bu bağlamda sözleşme ve rıza aracılığıyla hukuksal otoriteye uyma yükümüne dayanan yaklaşımlar ile karşılıklı güven ve iyiniyet açısından temellendirme (makul beklenti) de ahlaki gerekçelere bağlanabilir.

Otoritenin sahip bulunduğu varsayılan bilgi genişliği,

Hukukun sosyal işbirliği ve koordinasyonu sağlamadaki otoritesi.

Hukuka hukuk olduğu için mi saygı duymak zorundayız? Eğer öyle ise hukuk ne yapmamız gerektiğini tanımladığına göre, tanımı gereği bu yükümlülük kendiliğinden apaçıktır. Hukuk hukuktur ve hukuk olduğu yerde itaat yükümü söz konusudur. Uyma yükümü, teorik olarak ifade etmek istersek kavram gereği, hukuki otorite fikrinde yazılıdır. Bu kavramsal bir doğrulamadır. X bir yasa ise bu X'e itaat edilmesi anlamına gelir. Böyle bir saptama, itaatin yalnızca hukukilikten elde edileceği, hukukun içeriğinden bağımsız olduğuna vurgu yapar.

Bir diğer ortak inanç, hukuka uymanın zorunlu olduğu çünkü hukukun otoritesinin uygar toplumun devamlılığı için elzem bulunduğudır. Buradaki vurgu, hukuka uyma konusundaki genel yükümlülüğün gevşetilmesinin sosyal sonuçları itibari ile yaratacağı tehlikeler üzerinedir. Bu tür sonuçsalcı bir argüman, uyma ve uymamanın iyi ve kötü sonuçlarına gönderme yapmak suretiyle, itaatin rasyonel olarak temellendirilebileceğini ifade eder. Kavramsal argümanın aksine sonuçsalcılık itaatsizliğin bazı hallerde itaat etmekten daha iyi neticeleri olduğu olasılığına açıktır<sup>7</sup>.

Raz, hukuka itaat yükümünün, ahlaki bir delillendirmesi olabileceğinden de bahseder. Cinayet işlememek veya tecavüz etmemek gibi hukuki görevleri düşünelim. Cinayet veya tecavüzden kaçınma gibi hukuki görevlerin, ahlaki görevler olduğu da açıktır. Hukukun bu eylemleri yasaklamasını onaylarız çünkü bunlar ahlaken de yasaklanmıştır. Cinayet, tecavüz ve benzeri hukuki yasaklar tüm adil hukuk sistemlerinin yasalarının merkezindedir. Bunların varlığının marjinal veya ihtilafli olduğu şeklinde itirazlar yapılamaz. Dahası vicdan sahibi bir insanın ahlaka aykırı fiilleri yasaklayan bu yasalara uymasını bekleriz. Ama başka bir açıdan bakıldığında, cinayet ve tecavüzden, hukuka itaatin ahlaki bir yükümlülük olduğunu kabul ettiğim için kaçındığım söylendiğinde, kendimi hakarete uğramış hissederim. Zira bu tür eylemlerden hukuken yasak olsun ya da olmasın sakınılması beklenir. Ahlaki gerekçeyle davranıldığında, o kişi hukuka, hukuk öyle istediği için uyuyor değildir. Adam öldürmek hukuken yasaklanmış olmasa bile insanların ahlaken adam öldürmeye karşı çıkması beklenir. Bu yasalar ahlaki yükümlülüklerimizde farklılık ya-

<sup>7</sup> Mark Tebbit, *Philosophy of Law: An Introduction*. London and NewYork. Routledge, 2000, s.77-95.

ratmamaktadır<sup>8</sup>. Raz'a göre bu doğrudan ahlaktan kaynaklanan bir uyma davranışıdır ve hukuka değil, ahlaka itaattir. Hukuka uyma yükümünü ahlaka dayanarak inşa etme çabalarının yol açtığı bir diğer fikir uyumsuzluğu, adil olmayan yasalara itaat sorunudur. Hukuka uyma konusunda genel bir ahlaki yükümün olduğu görüşündeki bazı düşünürler, yasanın ahlaka aykırı olması halinde bile, bu gerekçeyle itaatsizlik eylemlerine geçit vermemektedirler. Diğer insanları itaatsizliğe cesaretlendirmemek adına, yanlış bir yasaya uyulabilir<sup>9</sup>. Bu nedenle düzeni ve iyi işleyen adil kurumları koruma adına ve ahlaki bir tutumla, itaatsizlik eylemleri teşvik edilmemektedir. Oysa yine ahlak adına konuşulduğunda ancak adil yasalara itaat yükümümüz bulunduğu ileri sürülebilmektedir. İtaatsizlik eylemleri, politik kararların verilmesinde en adil yol olduğu söylenen demokratik düzenin temellerini çökertmez<sup>10</sup>. Hatta bazı itaatsiz eylemler adil bir düzeni kuvvetlendirir veya onun adilliğini geliştirir. Demokrasi bizatihi kendiliğinden adil olsa bile, onun tüm meyveleri zorunlu olarak iyi ve adil değildir<sup>11</sup>.

Hukuka uyma meselesinde prima facie bir ahlaki görevin varlığını açıklamada bazı ahlaki temelli kavramlar bize yardım edebilir. Bunlardan ilki minnettarlık (gratitude) dir. Ama bu kavrama müracaat etmek romantik veya tutucu bir tavidir. Bir kimse ailesine karşı da minnettarlık duyguları besleyebilir ve onlara yönelik yükümlülüklerinin pek çoğunun bundan kaynaklandığı söylenebilir fakat yine de onların size dediği her şeyi yapmak için yükümlülüğünüz olmadığı gibi söyledikleri

<sup>8</sup> Joseph Raz, *Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Revised Edition, Oxford, Clarendon Press, 1996, s. 341-343.

<sup>9</sup> Christopher Roberson, "The State as Rational Authority: An Anarchist Justification of Government", *Oxford Journal of Legal Studies*, Yıl:1998, 18 (4) , s.617-630.

<sup>10</sup> Liberal olmayan bir devletin vatandaşları, bu devletin yasalarında, ahlaki haklarının bir parçası olan siyasal katılım hakkı kendilerine tanınmadığından dolayı sivil itaatsizlik hakkına sahiptir. Liberal bir devlette ise durum değişir. Burada, politik katılım hakkından türeyen sivil itaatsizlik bir hak şeklinde tanınmayabilir. Siyasal katılım hakkı, hukuka aykırı bile olsa politik amaçları takip etmek üzere eylem yapmak hakkını verir. Bu durum sivil itaatsizliğin liberal bir devlette asla doğrulamasının yapılamayacağı anlamına gelmez. Bazen kötü olan kamusal politikaları protesto etmek üzere itaatsizlik göstermek haklı olabilecektir. Fakat yine liberal devlette kamu otoritelerinin sivil itaatsizliği önlemek ya da katılanları cezalandırmak üzere harekete geçmemesi gerektiği iddiası hoşgörü hakkına dayandırılmayacaktır. İtaatsizin politik amacının doğruluğu, kamunun desteği veya kamu otoritelerinin müdahale etmemesi konusundaki ahlaki argümanın dayandırılması gereken noktadır. Sivil itaatsizlik, liberal bir devlette istisnai bir politik eylemdir ve bu türden bir eylem hiç kimseye "hak" olarak verilmemiştir. Eğer bir devlette böyle bir hak var ise bu orada politik eylemlerin sınırlarının yasalar tarafından doğru ve yeterli bir şekilde düzenlenmediğini gösterir.

Sivil itaatsizlik, kamu politikalarını değiştirmek üzere kişilerin kalkıştıkları politik eylemlerdir. Vicdani ret ise kişinin ahlaka aykırı olduğunu düşündüğü yasal düzenlemelerin vicdani bağlamayacağı gerekçeyle gerçekleştirdiği bireysel bir itaatsizlik eylemidir. Vicdani ret gücünü bireysel otonomiden ve özellikle değer plüralizminden almaktadır. Kişiyi - yanlış bir kaniya dayansa da- ahlaken doğru olmadığını düşündüğü şeyi yapmaya zorlamamalıdır. Kişinin vicdani zorlamamak onun açısından prima facie bir haktır. Fakat sosyal iş birliği gibi diğer ideal ve değerleri korumak adına vicdani ret hakkı ihmal edilebilir. Vicdani ret hakkını kullanan kişinin bu bağlılığından dolayı başkaları için bir bedel doğabileceğinden, hümanist bir devlette tazminat sorumluluğundan istisna edilmek için otonomi savunması yeterli gelmeyecektir. Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Edited by: Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, 1979 s.273-280.

<sup>11</sup> Juha Pekka Rentto, "Obligation to Obey", *ARSP:Law and State in Modern Times*, Beiheft.Nr:42, Stuttgart 1990, s. 195.

şeyi niçin yapmamanız gerektiği konusunda da bir gerekçe sunmaz. Hukuki otorite ile olan ilişki ise ortak iş birliği ilişkisi içinde kendimizi borçlu hissettiğimiz bir dosta, arkadaşta duyulan minnettarlığa daha çok benzerlik gösterir. Ülkeniz ve onun yasaları size büyük yararlar bahşetmiştir. En azından sizin de yapacağınız şey ülkenin tüm yasalarına itaat etmektir. Fakat böyle davranmamanın bazı geçerli ve iyi sebepleri olduğu gösterilebilirse, aksine davranış yani itaatsizlik gündeme gelebilir<sup>12</sup>.

İtaat yükümünü gerekçelendirmenin başka bir yolu rıza ve sosyal sözleşme kavramına başvurmaktır. Yükümlülük, açık veya zımnî bir sözleşmeden doğan rızadan kaynaklanır ve devlet bu sözleşme ile itaat edilmeyi umma hakkına sahiptir. Oysa çok az insan otoriteye koşulsuz itaate açıkça rıza gösterir. Bir kimse adil olmayan veya kötücüül yasalara makul bir şekilde geçerli bir rıza gösteremez. Adil olmayan hükümetin yasalarına razı oluş, kişinin toplumu ile özdeşleşmesinin ahlakın uygun bir ifade aracı değildir. Örneğin sosyal sözleşme, çok sayıda insanın öldürülmesini meşrulaştıramaz, yönetilenlerin rızası, hükümet tarafından uygulanan gelişigüzel terörü veya sistematik baskıları haklı gösteremez. Raz, netice olarak rızanın bir "yüküme" tek başına kaynaklık edemeyeceği düşüncesindedir. Ancak adil olan kurumları desteklemek üzere diğer ahlaki motiflere yeniden güç kazandırabilir<sup>13</sup>.

Toplum, karşılıklı güven ve iyi niyet üzerine kurulu bir organizasyondur. Bunun önemli yansımalarından biri de, bir toplumun yasalarının ancak eğer herkes komşusunun da itaat edeceğine güvenebilirse işleyebileceğidir. Bir kimse davranışlarıyla başkasının kendisine güven duymasını sağlarsa daha sonra diğer insanların makul beklentilerini hüsrana uğratmamalı, o kişiler kendisine güven duymaya devam edebilmelidir. Bu yüzden itaat yükümlülüğü vardır. Ayrıca diğer tüm vatandaşlar uyuyor ve siz bundan yarar sağlıyorsanız, sizin hukuka uymadığınız halde yarar elde etmeniz haksızlık olacaktır. Bu argümanın yol açtığı problem ise, itaatsizlik eyleminin toplumun diğer üyelerini nasıl etkileyeceği varsayımına bağlı kalmasıdır. Kimi zaman önerilen bir itaatsizlik eylemi kötü bir örnek teşkil edebilir ve başkalarını gelecekteki itaatsizlikler için cesaretlendirir. Oysa bu durum bazen gündeme gelebilir bazen de gelmez. O yüzden de bu argüman itaat için sadece prima facie bir gerekçe sağlar yoksa mutlak bir yüküm değil. Kırmızı ışıkta duruyorum çünkü hızlı akan trafikte böyle davranmak rasyonel bir davranıştır. Eğer yeşil ışık yanıyorsa, kendilerine kırmızı ışık yananların duracağı şeklinde makul bir beklentiden dolayı taşıtımı sürme cesareti gösteririm. Fakat yine de başkalarının trafik kurallarına uyması, benim için koşulsuz ve kesin bir itaat yükümü tesis etmez. Bu argüman, hukuki bir sınırlamaya bağlanmanın hiç kimseye yarar getirmeyeceği durumda uygulanmayacaktır. Sahranın ortasında, ıssız bir çöl yolunda yalnız başınıza araç kullandığımız hayali bir durum düşünün. Kavşakta kırmızı ışıkla karşılaşıyorsunuz. Bütün

<sup>12</sup> JW.Harris. **Legal Philosophies**. Second Edition, London. Butterworths, 1997. s. 229.

<sup>13</sup> Tebbit. **Philosophy of Law: An Introduction**,s.77-95; Rentto. "Obligation to Obey", s. 195; Joseph Raz. **Morality of Freedom**. Oxford. Clarendon Press. 1988, s. 89. 92.

yönlere sınırsız bir görüşe sahipsiniz ve yolların her birinde en azından bir millik uzaklığa kadar hiçbir trafik hareketinin olmadığını görebiliyorsunuz. Normalde kırmızı ışıkta durmamızın gerekmesi şimdi de durma yükümü getirir mi? Elbette hayır. Hatta diğer insanların düzenli olarak hız limitini düzenleyen yasaya itaat ettiğini bilmeme rağmen hız sınırını böyle bir yolda aşmam da haksızlık oluşturmaya-caktır<sup>14</sup>.

Raz, kişinin toplumuna bağlılığının bizatihi bir ahlaki değer olduğu görüşü ile genel anlamda hukuka itaat yükümlülüğünü yadsıyışını şu şekilde uzlaştırmaya çalışır: Toplumla bağlılığı ifade etmenin bir yolu, hukuka saygılı bir tutum almak olabilir. Bu tutum, hukukun ahlaki değeri hakkındaki bilgiyi, kuvvetli nedenlerin yokluğu halinde hukuku değiştirme konusunda ihtiyatlı olmayı, onu ihlal edenlere tavır almayı vb. içine alır. Mamafih Raz, argümanının sürdürür ve hukuka saygılı bir tutuma sahip olmak için ahlaki bir zorlamanın bulunmadığını iddia eder. Bir kimsenin toplumuna sadakati başka yollarla da ifade edilebilir ve bu da bazen yasaya muhalefet etmek olarak da görünebilir<sup>15</sup>.

Bazı düşünürler otoriteye uyanın doğrulamasını, otoriteyi temsil edenlerin bilgi konusundaki hakimiyet alanlarının genişliğine bağlamaktadır<sup>16</sup>. Bu bakımdan ebeveynin çocukları üzerindeki otoritesi, onların çocukları için neyin en iyi olduğunu daha iyi bilecekleri varsayımı ile doğrulanabilir. Yine de bunun diğer durumlarda özellikle politik otorite için kabul edilemez olduğu da ileri sürülmektedir. Bazen bir problemi kendim çözmek üzere zaman, para ve akli eforumu harcayabilir veya bunun yerine bilgili bir arkadaşına giderek onun tavsiyelerine uyabilirim. Hukuk da bilgili bir arkadaş gibidir. Yine de bu gibi durumlarda hukukun bireyler üzerindeki otoritesinin alanı bir kişiden diğerine değişir. Örneğin, dünyanın yaşayan en büyük farmakoloji uzmanı olan bir kimse, bazı ilaçlar için hükümetin yaptığı farmakolojik güvenlik düzenlemelerinin gereğinden sıkı ve kısıtlayıcı olduğunu bilmektedir. Bu uzman kişinin salt hukuksal düzenleme dolayısıyla ortaya çıkan durumu kabullenmeye razı olması o kadar da kolay değildir<sup>17</sup>.

Raz, sosyal işbirliği ve koordinasyonun ahlaken arzu edilirliliği ve hukukun bunu güvenceye aldığı hususunda John Finnis ile uyuşmaktadır. Bir kimsenin belli bir şekilde davranmak için sahip olduğu neden, bu davranış biçiminin sosyal işbirliği şemasına katkıda bulunacak olmasıdır. Raz'a göre insanlar ahlaken arzu edilir bir

<sup>14</sup> JW.Harris, *Legal Philosophies*, s. 229; Rento, "Obligation to Obey", s. 93-205.

<sup>15</sup> Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, s. 247-249 ; S Aiyar, "The Problem of Law's Authority: John Finnis and Joseph Raz on Legal Obligation", *Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy*, Vol:19, Issue:4, Netherlands, Kluwer Academic Publisher, 2000, s. 483-484.

<sup>16</sup> Anarşizm, bireysel yargıları yani kişinin kendini yönetmesi anlamında otonomiye temel bir değer olarak ele almakla birlikte bazı insanların hükümlerinin, diğerlerinden daha isabetli olabileceğini de yadsımaz. Önde gelen anarşist kuramcılardan Godwin bile insanların bilgi, entellektüellik, yetenek, zeka açısından eşit olmadığını kabul etmektedir. Bkz. Roberson, "The State as Rational Authority: An Anarchist Justification of Government", s. 617-630.

<sup>17</sup> Raz, *Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, s. 348; Aiyar, "The Problem of Law's Authority: John Finnis and Joseph Raz on Legal Obligation", s. 473.

koordinasyon şeması meydana getirdiğinde, hukuka itaat yükümü altına girerler. Örneğin, kirletilmiş bir nehri temizlemenin en iyi yolu, insanların çöplerini nehre atmalarını yasaklayan bir yasa çıkarmak olduğunda böylece hukuk, nehrin kirletilmesine karşı bir uzlaşma meydana getirmek suretiyle arzu edilen bir amaca hizmet edecek ve bu sebeple bağlayıcılıkla yükümlü kılabilir. Yani eğer yeterince çok sayıda insan nehri kirletmekten kaçınırsa nehir temizlenecektir ve bu bağlamda her bir kişinin nehri temiz tutmaya katkıda bulunmak için ahlaki bir sebebi olacaktır. Mamafih, on yıl boyunca söz konusu yasa unutulur ve insanlar çöplerini nehre atmayı sürdürürlerse, bir kişinin yasa yüzünden nehre çöp atmaması, hukuki yaptırımından kaçınma dışında hiçbir amaca hizmet etmeyecektir ve bu yüzden söz konusu yasaya hiç kimse ahlaki sebeple itaat etmek yükümlülüğünde değildir. Diğer taraftan, eğer yasa köklerini salar, yerleşir ve insanların çöplerini nehre atmamaları konusunda bir uzlaşma (konvansiyon) ortaya çıkarsa, Raz'a göre yasağa uyma yükümü yasadan değil bu pratikten doğacaktır. Dahası aynı yükümlülük eğer uzlaşma propaganda, kampanya veya hukuk dışında diğer bazı araçlarla yerleştirilmişse var olacaktır. O halde sosyal işbirliği şeması ve hukuk arasındaki ilişki konusunda iki tür yaklaşımdan bahsedilebilir. İlk yaklaşım hukukun, sosyal işbirliği şemalarını düzenlemede araçsal bir rol üstlenmesidir. Raz'ın benimsediği ikinci yaklaşım gereği, bu gibi olayları etkileyen ahlaki nedenler hukukun sosyal işbirliğinin tesisinde araç oluşundan değil, işbirliği konusundaki sosyal pratiğin olgusal varlığından elde edilir<sup>18</sup>.

O halde Raz, itaat etmeyi veya etmemeyi, hukukun kendisinin tayin ettiği otoritesinin ötesinde bir nedene bağlamaktadır. O'na göre yukarıda irdelenen itaat nedenlerinin her biri değişik durumlar bağlamında yerinde ve uygundur ayrıca bu yüküm asla evrensel olarak ortadan kaldırılamaz. Fakat bunun uzantısında evrensel, mutlak ve çürütülemez bir hukuki itaat yükümü de bulunmamaktadır<sup>19</sup>.

### III. Raz'ın üç aşamalı otorite tezi

Kimin otorite olduğu bilgisine peşinen ve önceden sahip bulunmadığımızı söyleyen Raz'a göre otorite olmak, aşağıda açıklanacak bazı testlerden başarı ile geçmeye bağlıdır. Onun otorite şeması yalnız kamusal (politik) otoriteyi değil kamusal olmayan otoriteyi de kapsayacak genişliktedir. Raz'ın teorisine göre kurumsal resmi bir görevi olmayan her hangi bir insanın bir diğeri üzerinde otorite kurması da mümkündür<sup>20</sup>. Genel olarak (kamusal) otorite, meşru (legitimite) ve de facto olmak üzere ikiye ayrılır. Otorite kavramının tam bir analizi, fiili yani de facto otoriteyi de kapsamı içine almalıdır. De facto da olsa otorite, etkin bir şekilde güç kullanımının yanı sıra ve hatta onun ötesinde meşru bir otoriteye sahip olduğunu iddia etmeli veya başkaları tarafından meşru bir otorite sahibi olduğu düşünülmelidir. Meşru varsayı-

<sup>18</sup> Raz, *Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, s.350-352 : Rentto, "Obligation to Obey", s. 198.

<sup>19</sup> Rentto, "Obligation to Obey", s. 202.

<sup>20</sup> Jeremy Waldron, "Authority for Officials", *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Edited: Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, Oxford University Press, 2003, s. 64-65.



lan tüm otoriteler, hukuki otorite de dahil özneleri üzerinde bağlayıcılık savı taşır. Kötü bir hukuki rejimin bile kendini haklılaştırmak için başvurduğu “ahlaki otoritesinin bulunduğu” iddiası, süjelerinin çoğu tarafından kabul edilmekle birlikte meşru otoriteye ya hiç ya da kendisinin iddia ettiği ölçüde sahip bulunmayabilir. Raz, meşru (ahlaki) otorite olduğunu iddia etmekle, halihazırda bizzat meşru otorite olmayı birbirinden ayrı tutmaktadır.

Hukuki otorite ya teorik veya pratik otoritedir. Bir kişinin veya kurumun direktifleri, öznelerinin eylem sebeplerini oluşturuyorsa bu pratik otorite tanımına girer. Buna karşın teorik otorite ise bir inanç (inanma) sebebidir. Eylem ve inanç nedenleri arasındaki ayırım pratik ve teorik otoriteyi birbirinden ayırmaya yeterlidir fakat otoritenin bağlayıcılığını belirlemeye yeterli değildir<sup>21</sup>.

Raz'ın otorite teorisi üç tezden meydana gelmektedir. Ve bunların her biri bir direktifin otoriter karakter kazanmasının üç değişik görünümüdür. Direktif terimi geniş anlamda normları, önermeleri, kuralları, prensipleri, doktrinleri ve benzerlerini kapsayacak anlamda kullanılır. Bu anlamda hukuk, bir direktifler sistemidir. Ve hukuk ancak ve ancak direktifleri bağlayıcı olduğunda otoriterdir. İlk önce, bir direktif, bir kimsenin, “süjelerinin nasıl davranması gerektiği hakkında kendi görüş ve düşüncelerini” ortaya koyuyorsa otoriter bağlayıcılık taşır. İkincisi, otorite olduğunu iddia eden, düzenlemeyi amaçladığı konuda başkalarının gerekçelerine veya fikirlerine itibar etmesizdir direktifi belirleyebilmelidir. Bunlar otorite kapasitesinin iki özelliğidir<sup>22</sup>.

Raz, kendi otorite kavramını açıklamak üzere üç aşamalı bir tez sunmaktadır.

**1. Bağımlılık Tezi (Dependence Thesis):** Tüm otoriteye sahip direktifler, bu direktifin muhataplarına uygulanan sebepler üzerine dayandırılmalıdır ve bu nedenler, direktifin kapsamına aldığı öznenin eylemi ile uyumludur. Bunlara “bağlı nedenler” diyebiliriz<sup>23</sup>.

Raz'a göre otoriteye sahip kararlar öznelerin yükümlülüklerine etki eder. Bununla birlikte bağımlılık tezinin savı; devlet otoritesinin, eylem için mutlaka yeni tür nedenler yaratmak zorunluluğu getirmeyeceğidir. Otorite, insanlara tamamen bağımsız nedenler yükleme durumunda değildir. Onun direktifi, süjeleri bağlayıcı olan, bağımlı nedenleri yansıtmalıdır. Örneğin otoritenin yaptığı yasa trafiğinin yolun hangi tarafından işleyeceğini belirlemek suretiyle insanların görevlerinde bir değişiklik yaratır. Ancak bu düzenleme var olan pratiklere denk düştüğünde daha sağlam bir otoriteye sahip bulunacaktır. Güvenli taşıt sürme görevi öncelikli bir ödev olarak varlığını devam ettirir ve bu görev, devletin yaptığı düzenlemeye göre önceliklidir. Başka bir varsayımsal örnek düşünelim. Parlamento, ailelere çocuklarını yetiştirme

<sup>21</sup> Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, s.8-9; Raz, *Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, s.211-212; Sururi Aktaş, “Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk”, *AÜEHFD*. C.VIII,S.3-4, 2004, s. 2; Raz, *Morality of Freedom*,s.28-29,46; Kramer, “Requirements, Reasons, and Raz: Legal Positivism and Legal Duties”, s. 390-391.

<sup>22</sup> Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1996, s.114; Raz, *Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, s.215-221.

<sup>23</sup> Aktaş, “Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk”,s.3.

görevi yükleyen bir yasayı çıkarmadan önce ve bu yasadan bağımsız olarak da ailelerin böyle bir görevi vardır<sup>24</sup>. Yine de bağımlılık tezi, otoritenin her zaman bağlı nedenler üzere eyleyeceğini iddia etmez ancak otoritenin böyle davranması gerektiğini ileri sürer. Realite bu idealin uzağına düşebilir kaldı ki bu durumu meşru kabul edilmeyen de facto otorite bakımından da görebiliriz. Otoritenin icraatları ideal ile karşılaştırılarak değerlendirilebilir. Böylece bir sonraki aşamada göreceğimiz gibi otoritenin direktifleri insanların kendi değer hükümlerinin yerini alacaktır. Ayrıca tez, otoritenin belirlenimlerinin, doğru nedenleri saptayıp yansıtmadıkça, öznelere bağlamayacağı anlamına da gelmemektedir. Belirlemeleri yanlış bile olsa bağlayıcı kılmadıktan sonra otorite olmanın hükmü yoktur. Tez, bize otoritenin, öznelere çıkarlarını gözeterek davranması gerektiğini de söylemez. Bir subayın komutası altındaki askerlere ülkelerini savunmak emri vermesi örneğinde olduğu gibi bu nedenler, öznenin çıkarlarını kuşatmak zorunda değildir<sup>25</sup>.

**2. Normal Doğrulama Tezi (Normal Justification Thesis):** Bir kimsenin başka bir şahıs üzerinde otoriteye sahip olduğunu gösteren şey, öznenin kendisine doğrudan uygulanan nedenleri (gerekçeleri) izlemek yerine otoritenin direktiflerini bağlayıcı kabul ederek onlara uymaya çalışmasıdır. Böyle davranmak, kendisine uygulanan doğru nedenlerle de örtüşmesini sağlayacaktır. Yani hukuka uymaya iten kendi gerekçeleri ile yasanın içeriğinin buluşması söz konusudur. Ayrıca bir kimse bir otoritenin gerçek öznesiyse, nedenleri kendi yargılarına göre değerlendirmek haktan da vazgeçmiştir. Otoritenin direktifleri, muhatabı, ne yapacağına karar verirken kendi bakış açısını ölçüp-biçip, değerlendirmekten alıkoyar. Çünkü otoritenin direktifinin üstünlüğüne izin verildiğinde, otoritenin uyguladığı sebeplerle buluşma ve yapmanız gereken şeyi yerine getirmeniz daha yüksek olasılık dahilindedir. Durumu örneklendirecek olursak, bir sürücünün yol açtığı hava kirliliği miktarı veya trafik kazalarına karışma olasılığı, ne kadar hız yaptığına bağlıdır. Varsayalım malların süratle nakliyesinin önemi ve kendi hayatını kazanmak hem de ailesinin geçimini sağlamak için para kazanmadaki çıkarı, onu hızlı araba sürmeye zorlayabilir. Normal doğrulama tezine göre kişi kendi düşüncelerini (bakış açılarını) ölçüp-tartmak yerine hız limitlerine uymakla yükümlüdür. Daha önce de belirttiğimiz gibi her şeyden önce otoritenin uyguladığı sebeplerin bireylerin çıkarlarını karşılama zorunluluğu yoktur<sup>26</sup>. İtaat düşüncesi, onun rasyonel bir otoriteye sahip olduğu beklentisine dayanmalıdır. Çünkü otorite, ne yapacağını benden daha iyi bilebilecek bir pozisyondadır<sup>27</sup>.

Raz'a göre A kişisi veya kurumunun, M gibi pratik bir meselede bir otorite olduğunu kabullenmek noktasında, bize uygulanan M ile bağlantılı sebepler bakımın-

<sup>24</sup> Roberson, "The State as Rational Authority: An Anarchist Justification of Government", s. 617-630: Raz, **Morality of Freedom**, s.43.

<sup>25</sup> Joseph Raz, "Authority and Justification", **Authority**, Edited by: Joseph Raz, Oxford, Basil Blackwell Ltd, 1990, s. 125-126 : S.Lukes, "Perspectives on Authority", **Authority**, Edited by: Joseph Raz, Oxford, Basil Blackwell Ltd, 1990, s. 211: Raz, **Morality of Freedom**, s. 46-48.

<sup>26</sup> Marmor, **Interpretation and Legal Theory**, s.116; Lukes, "Perspectives on Authority", s. 211; Durning, "Joseph Raz and the Instrumental Justification of a Duty to Obey the Law", s.599-600.

<sup>27</sup> Roberson, "The State as Rational Authority: An Anarchist Justification of Government", s. 617-630.

dan ne yapılacağına kendimiz karar vermek yerine, A'nın direktiflerine uymakla daha iyisini yapmış oluruz. Bir şeyi hukuk olarak benimseyip onu izlemek, hukukun ifade ettiği konuda ne yapılacağını kendimiz bulmaya çalışmanın alternatifi şeklinde de anlaşılabilir. Bu yüzden bir şeyi hukuk olarak kabul etmenin kriteri, hukukun ifade etmeyi amaçladığı meselenin moral değeriyle yani içeriği ile bağlantılı değildir<sup>28</sup>.

**3. Üstünlük Tezi (Pre-emption Thesis):** Bir otoritenin, bir eylemin yapılmasını istemesi; nasıl davranılacağı, ne yapılacağı değerlendirilirken başka herhangi bir nedene ilave edilemeyecek bir eylem nedenidir ve öteki nedenlerin yerine geçmelidir<sup>29</sup>.

Yanımızdaki kişiyi karşılaştığımız bir başka arkadaşımıza tanıştırmak kuraldır ve sosyal ilişkileri kolaylaştırıcı niteliğiyle, herkesin buna uygun davranacağı bir eylem sebebi yaratır. Yine de bu durumda insanları tanıştırmak için iki bağımsız nedenimizin olduğundan söz edemeyiz. Sosyal ilişkileri kolaylaştırma gerekçesi, ilave bir neden olarak "tanıştırma" kuralına eklenemez. İkisinden birisini hesaba katarız ama ikisini birden değil. Otoriter direktifler de genellikle kurallardan ibaret olup aynı şey onlar için de geçerlidir<sup>30</sup>.

Üçüncü tez, aynı zamanda bir direktifin otoriteye haiz olduğunu kabul etmenin kişi için ne anlama geldiğini belirtir. Bir şeyin otoriteye sahip olduğunu kabul etmek demek, otoritenin akli bir sebeple o eylemin yapılmasını talep edeceği gerçeğini kabul etmek demektir. Dahası bu neden, o eylemi yapmak veya yapmamaya yönelik diğer nedenlerin yerini alır. Üstünlük tezi gereği otoriter bir karara teslim olmak, otoritenin verdiği kararın bağlı bulunduğu nedenlerden bazılarını dikkate almaya devam etmekten uzaklaştırır. Bu konuda otoritenin uslamamasının üstün olmadığı ancak kendi akıl yürütmeme değerlendirmede ilave bir unsur olduğunu ileri sürebilmem Raz'a göre rasyonel bir seçenek değildir. Devletin emirleri, bireyin bağımsız nedenlerini dışlamalı, ondan üstün olmalıdır.

Trafik güvenliği ve hem de akıcılığı açısından uygun hız limitinin saatte 65 km olduğunu varsayalım. Bu bilgi bireyler için bu hızla araç kullanma yükümünü henüz doğurmaz. Eğer aynı hızla araba kullanma pratiği yaygınsa bu yolda potansiyel bir görev vardır. Devlet bağımlılık tezine uygun davranırsa, emir ve talimatları hali hazırda var olan bu pratiğe dayanacak ve onunla uygun düşecektir. Ama devletin eylemi hız sınırını 55 km olarak belirlerse ben de dahil öznelinin davranışlarını değiştirir. Devlet otoritesi 55 km hızla araba sürmek konusunda insanların görevi olduğuna inanmıştır ve devletin pozisyonu bu hususta özel bir avantaj yaratır<sup>31</sup>. Bu şekilde bağımlılık tezi, öznelinin ne yapması gerektiğini belirlerken, bağlı (mevcut) sebeplerden ayrılıp yeni nedenler yaratarak fark oluşturabilir. Otorite koordi-

<sup>28</sup> Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford. Clarendon Press, 1999, s.95-96.

<sup>29</sup> Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, s.116; Durning, "Joseph Raz and the Instrumental Justification of Duty to Obey the Law", s. 599.

<sup>30</sup> Raz, "Authority and Justification." s. 133-134.

<sup>31</sup> Aiyar, "The Problem of Law's Authority", s.472; Roberson, "The State as Rational Authority: An Anarchist Justification of Government", s. 617-630.

nasyon problemlerini çözerken iki ya da daha çok ama aynı zamanda hepsi de kabul edilebilir sebeplerden birini diğerlerine tercih etmek zorunda kalabilir. Yahut öznelere için daha önce sahip bulunmadıkları sebepler gösterebilir. Böyle davranmakla toplumda yeni bir uzlaşımın biçimlendirilmesi umulmaktadır. Otorite, genel bir uzlaşımın oluşumuna yönelik hareket etmektedir<sup>32</sup>.

Raz, otoritenin bir modellemesini teşkil etmek üzere "hakem" kararlarını ele alır. Hakem uyuşmazlığı çözmek zorunda olduğundan onun kararı, uyuşmazlığın tarafları için bir eylem "sebebe"i olarak anlaşılabilir. Hakemin kararı dava esnasında uygulanan diğer gerekçelerle bağlantılıdır, onları özetler, belirli bir denge içinde sunmayı ve sonuçlarını yansıtmayı amaçlar. Otorite kapasitesinin ikinci özelliği gereği hakemin kararı, dava süresince dayandığı diğer gerekçelerin yerini almayı amaçlar. Bu amaca bağlı olarak, uyuşmazlık içindeki tarafların, direktifi bu sebeplerden bağımsız olarak tanımlamaları mümkündür. Çünkü taraflar, bu nedenleri değerlendirme görevini hakeme tevdi etmişlerdir<sup>33</sup>. Otoritenin bağlayıcılığının sınırlanması ise şu temelden kaynaklanır:

"Hakemin sözü, ne olursa olsun uyulması gereken mutlak bir neden değildir. Bazı durumlarda ona meydan okunabilir ve reddedilebilir. Örneğin, eğer hakem rüşvet almışsa veya duruşma esnasında sarhoşsa ya da büyük öneme sahip yeni bir delil umulmadık biçimde ortaya çıkarsa, taraflar kararı göz ardı edebilir". Çünkü bu durumlarda otoritenin direktifleri, nedenlerin dengelenmiş olduğunu bize yansıtmayacaktır. Ancak yasanın (ahlaki) içeriği, sorgulanan yasanın hukuki meşruiyetinin sebebi değildir. Meseleye konu teşkil eden yasanın hukuki meşruluğu, dengelenmiş nedenleri yansıtır yansıtmadığına bağlıdır<sup>34</sup>.

Bu durumda teoride, bazı durumlarda kurallardan ayrılmam kabul edilebilir gözükmektedir. Örneğin bir hastayı hastaneye acil olarak yetiştirmem söz konusu ise hız limitini aşır aşmayacağım ya da kırmızı ışıkta durup durmayacağım konusundaki kararları kendim vermem uygun bulunabilir. Rasyonel olan devlet otoritesi bu tür hallerde kendisinin yanılma payını kabul edebilmelidir<sup>35</sup>.

#### IV. Raz'ın Otorite Görüşünün Yargı ve Özellikle Yorum Pratiklerine Yansıması

Bu konuya başlarken öncelikle Raz'ın düzenlenmiş ve düzenlenmemiş hukuk alanları arasında yaptığı ayırımı dikkat çekebiliriz. Karar verilmesi gereken meselede, hukuken bağlayıcı kaynaklar bir çözüm sağlıyorsa hukuksal düzenleme yapılmış demektir. Bu tür davalarda yargıç, hukuku uygular<sup>36</sup>, kaynak temelli olduğu için de

<sup>32</sup> Raz, *Morality of Freedom*, s. 50-52.

<sup>33</sup> Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, s.115; Raz, "Authority and Justification", s.121-122; Raz, *Morality of Freedom*, s.41-42.

<sup>34</sup> Thomas May, "On Raz and the Obligation to Obey the Law", *Law and Philosophy*, Volume 16, Issue:1, 1997, Kluwer Academic Publisher, s.26; Raz, *Morality of Freedom*, s.42.

<sup>35</sup> Roberson, "The State as Rational Authority: An Anarchist Justification of Government", s.617-630.

<sup>36</sup> Hukukun geçerliliği ve etkinliği arasındaki ilişki konusunda iki farklı görüş vardır. İlk olarak ele alacağımız düşünce, yasaların geçerliliği ile etkinliği arasında bir ayırım yapmamaktadır. Sosyal gelenekler, yasalastırılarak pozitif hale getirilmeler bile hukukun kaynağıdır. Bir yasa, sosyal pratiklerde kök salmıyorsa geçerli

uygulama sırasındaki hukuki akıl yürütme de teknik hukuk bilgisini ve yeteneğini kullanır. Yargıcın görevi olguları tespit etmek ve hukuku uygulamaktır. Bu durum yargıcın kendi değerlendirmesi düşüncelerini davaya karıştırmasının önüne geçecektir. Raz'a göre iki tip eylem nedeni vardır. İçeriğe bağımlı ve içerikten bağımsız nedenler. Yargıcın içerikten bağımsız eylem nedeni; yasaya yürürlük kazandırmak üzere, yasama organının emirlerini izlemekten ibarettir. Mahkemelerin birincil görevi, yasamanın içerik bağımlı değer seçimlerini yerine getirmektir<sup>37</sup>. Hukukun düzenlediği mesele hakkında ne yapılacağına yargıcın kendisinin bulmaya çalışması yerine hukuka tabi olması, otoriter olma arzusundaki hukuk için önemlidir<sup>38</sup>. Böylece her ikisi de pratik otorite niteliği taşıyan yargı ve yasama organı arasında temel bir fark vardır. Yargısal otoritenin rolü, davaya uygulanacak nedenleri bulup, bu nedenlere göre karar vermektir. Buna karşın yasama otoritesi öznelere için yeni nedenler yaratır. Bununla birlikte Raz, iki otorite türü arasında net bir ayrımı çok da doğru bulmamaktadır. Yargılama esnasında da, tarafların ne yapmaları gerektiğine karar verilmektedir<sup>39</sup>. Eğer hukuksal sorun, hukuk kaynaklarından elde edilen standartlarla cevaplanamıyorsa, hukuki bir cevaptan yoksun demektir yani meseleye ilişkin yasal bir düzenleme yoktur. Bu gibi davalarda karar verirken mahkemeler kaçınılmaz biçimde yeni bir hukuki temel ortaya çıkarır ve hükümlerinde hukuku geliştirirler. Doğal olarak bu davalardaki kararları kısmen dahi olsa ahlaki ve diğer başka hukuk dışı mülahazalara dayanır. Mahkemelerin hukuku uyguladığı davalar, ahlaki bir

değildir. Örneğin Kelsen açısından genel bir norm, eğer bu norm tarafından düzenlenmiş insan davranışı pratikte de ona en azından bir dereceye kadar uyuyorsa geçerlidir. Norma hiçbir yerde, hiç kimse tarafından itaat edilmiyor ise bir diğer deyişle asgari etkinliğe sahip değilse ona geçerli bir hukuk normu olduğu nazarı ile bakılamaz. Böylece etkinlik, geçerliliğin bir koşuludur.

Buna muhalif ikinci görüşün iddiası; usulüne uygun olarak geçerlilik kazanan bir yasanın etkin olup olmasının, varlığını etkilemeyeceğidir. Hukuk kavramı, normların sosyal pratiklere uyup uymadığına değil, normlara göndermede bulunur. Sosyal pratikler kurumsal olmadıklarından yasalardan farklıdır. Örf ve adet hukuku dahi mahkemelerce hukuk olarak kabul edilmedikçe bu niteliği kazanmaz. Bu yüzden etkinlik, yasaların varlığı ve geçerliliğini etkilemez. Yasalar, hukuki kurumlar tarafından kanunlaştırıldıkları için yasadır. Yasama organı ve mahkemeler, bilinçli ya da bilinçsiz, yasaları yaparken gelenek ve sosyal pratiklerden etkilenirler. Hukuk da sosyal gelenekleri ve alışkanlıkları etkileyebilir hatta toplumda geçerli düşünce ve değer yargılarını değiştirebilir. Bununla birlikte, hukuk ve sosyal pratik arasında zorunlu bir mantıksal bağlantı yoktur.

Raz ise üçüncü bir çözümden yanadır ve bu çözüm iki düşüncelye uzlaştırma çabası içindedir. Raz, hukuku uygulayan organlara dikkati yönlendirip, vurgu yapmaktadır ve hukuku uygulayan organların kabulü, hukukun varlığının zorunlu koşuludur. Hukukun doğasında yer alan kurumsallık gereği bir yasa, hukuki kurumlar tarafından tanındığı takdirde sistemin bir parçası haline gelir. Mamafih burada vurgu, hukuku yaratan kurumlardan ziyade hukuku uygulayan kurumlar üzerinedir. Raz, kendi rasyonel açıklamasında hukuk tanımındaki etkinliğin önemini korumaktadır. Örneğin eğer mahkemeler bir yasayı uygulamayı sürekli reddederse, bu yasa hukuka uygun şekilde yürürlük kazanmış olsa da hukuk sistemine aidiyet kazanamaz. Bu yaklaşıma göre, hukukun varlığı, hukuku uygulayan organların pratiğine mantıksal olarak bağlıdır. Ancak Raz'a göre bir hukuk kuralı geniş ölçüde etkinlikten uzak olsa da geçerli olabilir. Kaldı ki yargı organları, hukuk yaratmaktan çok yalnızca daha önceden yasama organınca yaratılmış yasalara yürürlük verir. Mahkemeler var olan hukuka göre davayı sonuçlandırma yükümlü altında bulduklarından hukuku uygularlar. Hukuku uygulamak ve yaratmak arasında fark vardır. Raz, **The Authority of Law**, s.85.

<sup>37</sup> Dennis M. Patterson, "Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts", <http://www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/200405papers>, Çevrimiçi, 03.04.2005.

<sup>38</sup> Waldron, "Authority for Officials", s. 60.

<sup>39</sup> Raz, **Morality of Freedom**, s. 43-44.

argümanın ötesinde bağlayıcı ve aleni olarak ulaşılabılır standartlara ilişkindir. Buna karşın mahkemelerin hukuku geliştirme faaliyeti ahlaki ve diğer rasyonel düşüncelere itibar eder ve bu şekilde bunlar arasında bir fark vardır<sup>40</sup>. Son tahlilde yargıçların ahlaka gönderme yaparak verdiği kararlar otorite kavramıyla çelişmemektedir zira mahkeme kararları da biçimsel ve resmi bir hukuk kaynağıdır.

Bu noktada çok kısaca Raz'ın yoruma bakış açısından bahsetmek, konuyu aydınlatıcı olacaktır. Yargıç, hukuku yorumlarken hukuku izler ve yeni bir şey icat etmez. Dil ve iletişimi anlamının, daima yorum yapmayı gerektireceği şeklindeki değerlendirmeler yanlış bir varsayım üzerine kurulmaktadır. Hukuk, diğer iletişim biçimleri gibi yalın bir şekilde kolayca anlaşılabilir ve uygulanabilir. Yorum, istisnaidir<sup>41</sup>, dili anlamının standart modeli değildir<sup>42</sup>.

Raz'ın analizi, hukukun belirlenmesinde niyetin rolü üzerinde durmaktadır. Yargıcın yorum esnasındaki görevi, yasama organının niyetini açığa çıkarmak, emrin anlamını bulmak ve bunu onun niyetine uygun biçimde yerine getirmektir<sup>43</sup>. Bununla birlikte Raz, otoriteye sahip bir direktifin içeriğini belirlemek için otoritenin niyetini yeniden ele geçirmeye kalkışmakla sınırlandırılmış bir görüşe kendini bağlamış değildir. Tam tersi, Raz'ın analizi, direktifin nasıl okunacağı değerlendirilirken otoritenin niyetine müracaatın makul olduğu bazı koşulları aydınlatmada iş görebilir. Otoritenin niyetine başvuru, otoritenin türüne ve onun direktifine uyan kişinin gerekçelerine bağlıdır. Eğer bir kimsenin uyma nedeni, otoritenin ne yapılması gerektiği konusunu kendisinden daha iyi bildiği varsayımına dayanıyorsa, onun direktifleri açık, vazih olmadığında niyetini hesaba katmak akla yatkındır. Farz edelim hangi tür bilgisayarı satın almam gerektiği meselesinde başka bir kimsenin benim üzerimdeki otoritesini kabul ettim, onun bu konuda uzmanlığını onayladım. Onun bana satın almamı tavsiye ettiği tanıma uyan iki çeşit bilgisayar var. Beni belirli bir tür bilgisayarı satın almaya yönlendirdiğinden, onun niyetini aydınlatmaya çalışmak makul bir şeydir. Siyasi otoritenin düzenledikleri tüm konu alanlarında uzman oldukları fazlasıyla iyimser bir varsayımdır. Bir kimse için politik otoritenin direktiflerine uyma sebebi, yasa koyucunun ne yapılması gerektiğini daha iyi bildiği varsayımına dayanmayabilir. Böylece otoritenin direktifleri farklı yorumlamalara açık olduğunda yargıç davayı yasa koyucunun niyetine göre karara bağlamak zorunda değildir. Otoritenin talimatı açık olmadığında, onun içeriğini belirlemek için

<sup>40</sup> Raz, **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, s. 49

<sup>41</sup> Dworkin'in yargıcı, zor davalarda yorum yaparken *uygunluk* ve *bütünlük* kavramlarına dikkat edecektir. Yorumda birinci aşama, yargısal kararların hukuksal geçmişle yani o toplumun hukuk pratiğinin tarihi geçmişiyle *uygunluk* oluşturmasına ilişkindir. *Bütünlük* boyutu ise yargıcın söz konusu topluluğun politik yapısı ve hukuk doktrinine en iyi uyan prensipleri bulması zorunluluğu ile ilgilidir. Prensip, topluluğun politik ahlaki ile bağlantılı bulunmakla birlikte hem hukuk hem ahlaka ilintilidir. Raz, Dworkin'in "yargıcın zor davalarda kararlarını politik ahlak içerikli prensiplere dayandırması" görüşünden çok bunu sıradan davalara (ordinary case) da yaymak eğilimine karşı çıkmaktadır. Dworkin, kaynak temelli hukuku tutarlılık ve bütünlük kavramları yolu ile belirsiz bir biçimde genişletmektedir. Aktaş, "Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk", s. 15-19.

<sup>42</sup> Marmor, **Interpretation and Legal Theory**, s.118-119.

<sup>43</sup> Dennis M. Patterson, "Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts", <http://www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/200405papers>, Çevrimiçi, 03.04.2005.

bağlı nedenlerin aydınlatılmasına gerek duyulabilir. Bu da aslında otoriteyi yönlendiren ahlaki olanlar da dahil tüm sosyal pratiklere dikkat çeker. Fakat her halükarda Raz'a göre yargıç hukuku nasıl olması gerektiğine yani olması gereken hukuka göndermede bulunmadan belirleyebilir ve uygulayabilir<sup>44</sup>.

#### V. Otorite ile Kişisel Otonomi Arasındaki İlişkinin Politik Boyutları

Otoritenin öznesi olmanın akla uygun olmadığı, bir kimsenin daima kendisinin idrakinde olduğu nedenleri dengeleyerek eylemde bulunması gereği tartışılmaktadır. Oysa otoritenin doğası, kişinin aklına aykırı olsa bile otoriteye kendini teslim etmesini bekler. Buna karşın otonomi prensibi, ahlaki sorunlarda kişinin kendi değer yargılarına göre davranmasını gerektirir. Kişisel otonomiye bağlanmamızın temel değeri; kişilerin mümkün olabildiğince kendi yaşamlarını yine kendi karar ve seçimleriyle yaratmaları gereğindedir. Kendi kaderini kontrol eden insan vizyonuna dayanan bu düşüncede Raz'ın işaret ettiği gibi otonom birey kendi hayatının kurucusudur ve onun esenliği (well-being) kendi seçtiği amaçların ve ilişkilerin peşinden gitmesiyle oluşur<sup>45</sup>. Kişisel otonomi Raz tarafından "kendi hayatının yönünü çizebilme, kişinin eylem ve amaçlarını belirleyen seçimler yapabilme yeteneği" olarak tanımlanmıştır. Raz'ın otonomi kavramı ilk bakışta paradoksaldır. Bir yandan kişisel özerkliğin iyi (değerli) bir yaşamın kurucu unsuru olduğunu ve hükümetin bireylere kendi seçimlerini yapma konusunda saygı göstermesi gerektiğini söyler. Bu durumda Raz'ın, seçtiği otonominin bir değer olması nedeniyle, seçilen şeyin ahlaken kötülüğü olasılığında bile otonominin saygı görmeye devam edeceğini savunduğu düşünülebilir. Oysa onun görüşü böyle olmayıp, otonominin şayet iyiye yönlendirilmiş ise anlam kazanacağıdır. Bu kavram, kötü ve değersiz seçenekleri korumak üzere bir neden ortaya koymaz. Bilerek ve isteyerek yaptığı için otonom bireyin ahlaki yanlışlığı, otonom olmaması olasılığında bile daha kötüdür<sup>46</sup>. Raz için kişinin esenliği ve mutluluğu değerli olduğuna inandığı yaşam şekline bağlı değildir. Tam tersine yaşadığı hayat, kişinin inancından bağımsız olan nedenlerden dolayı değerlidir. Bireyler, değerli buldukları amaçları, nedenlerinin değerli olduğuna inandıkları için izler. Ama yanlış nedenlere dayanan amaçların başarılması kişinin esenliğine katkıda bulunmadığı gibi ancak değerli ve ulaşılabilir proje ve ilişkilerin gerçekleştirilmesi için harcanan bir hayat değerlidir<sup>47</sup>. Kişisel özerkliğine sahip insan aynı zamanda kararlarını baskıcı güçlerden bağımsız olarak verme ve seçenekler silsilesine sahip olabilme yeteneğine de maliktir. O halde otonominin iyi bir yaşamın kurucu elemanı olması ile ancak iyiye yönelik ise değer taşıması aynı anda nasıl bağdaşabilir? Bu bulmacanın çözümü Raz'ın "ahlak" ve "değer plüralizmi" kavramlarının anlaşılmasında yatar. Bunun yanı sıra Raz'ın otonominin değerini

<sup>44</sup> Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, s. 121-123,136.

<sup>45</sup> Andrei Marmor, "Authority, Equality and Democracy", [www.as.huji.ac.il/Marmorauthority\\_equality\\_and\\_democracy.pdf](http://www.as.huji.ac.il/Marmorauthority_equality_and_democracy.pdf), 12.01.2005.

<sup>46</sup> Neal Patrick, "Perfectionism with a Liberal Face? Nervous Liberal and Raz's Political Theory", *Social Theory & Practice*, Vol:20, Issue:1, Spring 94, s. 25-35.

<sup>47</sup> Stephen Mulhall and Adam Swift, *Liberals and Communitarians*. Great Britain, Blackwell Publishes, 1997, s. 312-314.

kabul edişi devletin eylemlerinde nötr olması demek değildir. Hükümet, bireylerin geçerli iyileri (değerler) izleyebilmesinden ve kötünden kaçınabilmesinden sorumludur<sup>48</sup> ve bireylerin kendi yaşamlarının yönünü seçebilecekleri ahlaken kabul edilebilir seçenekler silsilesini sağlamalıdır.

Raz'ın siyasi ahlak prensipleri, hükümetin, bireylere, yaşam seçimlerini yapmakta geniş bir özgürlük alanı bırakmasını ifade eder. Bu yüzden Raz, seçme şansının verilmesini yeterli görmeyip, seçimin uygun bir seçenekler silsilesi içinden yapılmasını istemektedir. Kişisel otonomi, bireylerin içlerinden seçimlerini yapabilecekleri, uygun ve elverişli seçenekler silsilesini barındıran sosyal, hukuki ve politik bir çevrenin, devlet tarafından güvence altına alınmasına bağlıdır. Ve bu çevre, ne tarz bir hayat yaşamak istediklerine, hayatlarında değer verdikleri şeylerin neler olacağına, değerli oldukları nazarıyla baktıkları projelerini nasıl gerçekleştireceklerine dair kararlarını vermelerine olanak tanır. Raz'ın teorisi bu nedenle hem mü-kemmeliyetçi<sup>49</sup> hem de hoşgörüyü dayanmaktadır ve iki boyutludur. Hoşgörü gereği hükümet, vatandaşların, kendi hayatlarının yönünü seçmek için çeşitli ve çok sayıda ahlaken doğru seçeneklere sahip olmalarını teminat altına alır. Bu güvence ya ahlaken doğru seçeneklerin geliştirilmesinde yardım ve yapılandırma biçiminde veya ahlaken doğru olmayan seçeneklere cesaretlendirmemek şeklinde gerçekleşir<sup>50</sup>. Hükümetin temel görevi, farklı ve fakat değerli seçenekler ağını herkes için elverişli kılmak ve hayatın ahlaki kalitesini yükseltmektir. Fakat bu ayırımı yapacak olan hükümete temel bir ahlaki görüş vermeyen Raz, ahlaken doğru bir yaşamın gerektirdiklerinin tam bir açıklamasını göstermekten kaçınmaktadır. Bunun yanı sıra mü-kemmeliyetçiliğin liberal olmayan politikalara yol açmaması için değer plüralizmini tasarlamıştır. Değer plüralizmi, bir çok farklı yaşam biçiminin değerli olma testinden geçebileceğini garanti eder. Bu yüzden bizi tek ve dar görüşlü, ortodoks bir hayat şekline zorlayacak despot bir devlet korkusuna kapılmaya gerek yoktur<sup>51</sup>. Raz, modern liberal toplumlarda çeşitli ahlaken doğru ve farklı yaşam biçimlerinin mümkün olduğuna, pek çok hayat biçiminin ve değerlerin birbiriyle çatışmayı içinde barındırdığına ve bu yüzden de uyumsuz<sup>52</sup> olduğuna inanır. Hükümetler ahlaki olmayan seçeneklerin, zorlayıcı olmayan araçlarla (kampanyalar vs.) ve vatandaşla-

<sup>48</sup> Patrick, "Perfectionism with a Liberal Face? Nervous Liberal and Raz's Political Theory", s. 25-35.

<sup>49</sup> Genel kalıpları içerisinde mükemmeliyetçi düşünce: bireyin, eyleminin gerçek değeri üzerinde yanıtlanabileceğini bu yüzden de bu alana devlet eli ile müdahale edilebileceği ve belirli bir "iyi" yaşam tarzının öğretilbileceğini savunur. Zeynep Özlem Üskül, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, İstanbul, Büke Yayıncılık, 2003, s. 131-132.

<sup>50</sup> Andrei Marmor, "Authority, Equality and Democracy", [www.as.huji.ac.il/Marmor/authority\\_equality\\_and\\_democracy.pdf](http://www.as.huji.ac.il/Marmor/authority_equality_and_democracy.pdf), 12.01.2005; Geoffrey C. Bowden, "The Complexities of Perfectionist Theories of Toleration", (Çevrimiçi) <http://mpsa.indiana.edu/conf2003papers/1031953257.pdf>, 12.01.2005.

<sup>51</sup> Patrick, "Perfectionism with a Liberal Face? Nervous Liberal and Raz's Political Theory", s. 25-35.

<sup>52</sup> Bir çok farklı değer vardır ve bunlar yalnızca üstün bir değer farklı görünüşlerinden ibaret olarak algılanamaz yani aralarında bir altlık-üstlük ilişkisi yoktur. Uyumsuzdurlar çünkü ne tek bir kişinin hayat sürecinde tümüyle gerçekleştirilebilir ne de tek bir toplum tarafından realize edilebilir. Gerçekleştiremediğimiz değerler, gerçekleştirdiğimiz değerler kadar önemlidir ve bu hem bireyler hem de toplumlar için genel olarak doğrudur. Joseph Raz, "The Practice of Value", [http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz\\_02.pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz_02.pdf), Çevrimiçi: 12.01.2005.



doktrinleri var olmakla birlikte bunlar hukukun gerektirdiklerine istisna getirmek üzere ama yine hukuk tarafından düzenlenmiştir. Sınırlı sayıda bulunan bu kuramlarca izin verilmedikçe hukukun dışına çıkmak haklılaştırılmaz<sup>60</sup>.

Bu bölümle ilgili son değerlendirmeyi, Raz'ın liberalizmini, komüniteryanların itiraz ettiği türden bir bireycilik anlayışına yerleştirmenin güçlüğü ile bağlayabiliriz. Ayrıca toplum bireye üstündür çünkü ahlaki bir yaşamı olanaklı kılacak amaç ve kimlikleri elde edebileceği ölçütleri bireye sağlar. Esasında Raz, bireyin ve toplumun çıkarları arasında gerilim bulunduğu düşüncesine şüpheyle yaklaşır. Üzerinde ısrar ettiği nokta, bireysel çıkarların, toplumdaki diğer insanlarınkiyle çatışmak yerine tesadüf etme eğiliminde olduğudur. Bireyler amaçlarını sosyal formlardan elde ederler. Kendi amaçlarını izlerlerken, kendi esenliklerini çoğaltırken bunun yanı sıra toplumlarına hizmet ederler ve genellikle ahlaken değerli bir hayat sürdürürler. Bu husus değerli yaşam biçimlerinin içeriğinin komünal olacağı şeklinde de okunabilir. Fakat eğer komüniteryan iddia, yalnızca tek ve güçlü bir ortak yaşam biçiminin bulunduğu ise Raz, bunu reddeder. Ama değerli yaşam biçimlerini desteklemek üzere politik eylemlerden yanadır. Örneğin aile hayatı gerçekten değerli ise devlet açısından bunu koruyup yükseltecek sosyal politikaları kullanmak doğrulanabilir<sup>61</sup>.

## VI. Değerler ve Nedenler Arasındaki İlişki

Değerler ve nedenler arasındaki ilişki Raz'ın çalışmalarında önemli bir odak noktasıdır. Raz, nedenlerin (reasons) değerlere dayandığını hatta değerlerin kendisi olduğunu öne sürmektedir. Değer, belirli bir eylemin nedeni olmakla bu karşılıklı ilişki özdeşliğe dönüşmektedir. Bir şeyin niçin değerli olduğunu, nedenlerini anlamaksızın bilemediğimizi söylerken, nedenlerin epistemolojik yönden değerden önce geldiğini kabul etmektedir<sup>62</sup>.

Raz, tüm insan varlığının, -ahlaki vizyonu da dahil- değerli ya da iyi yaşam kavramını, sosyal kurum ve biçimlerden elde ettiğini savunur. Sosyal bağımlılık tez söyleminde, değerlerin varlığı, toplum içerisinde devam eden pratiklere bağlıdır ve şeylerin nasıl olduğunu değerlendirdiğimiz değer yargıları gerçeklikten elde edilir. Bu iki yönlü düşünülebilir. Öncelikle bir değer, değer objesi (konusu) üzerinde deneyimlendiğinde ortaya çıkar. Görülmemiş bir resmin, okunmamış bir romanın güzellik değeri gerçekleşemez. Bu anlamda değerler gündeme gelmek için de verenerlere, onların değer objesiyle uygun bir biçimde bağlantı kurmalarına gereknim duyar. Bir değer, değer konusuna uygun bir tepkide bulunmak üzere, de

<sup>60</sup> Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, s.3.22.27.30-31; Raz, *Morality of Freedom*, s.76-78.

<sup>61</sup> Mulhall and Swift, *Liberals and Communitarians*, s.329, 344-345.

<sup>62</sup> Ulrike Heuer, "Raz On Values and Reasons", <http://www.phil.upenn.edu/~ulrike>. (Çevrimiçi) 31.1 Joseph Raz, *Value, Respect and Attachment*, Cambridge University Press, 2001, s.164-165.

verenlerin ona bağlanmaları ve onaylamalarıyla anlaşılır<sup>63</sup>. Ancak bağlanmakla gerçekleştirilebileceği için de değeri yok etmeyip onu korumamız gerekir<sup>64</sup>.

Değer yargılarının gerçeklikle ilintisinin ikinci görünümü; değere bağlanmak ve onaylamanın, uygun değer kavramlarına (konsept) sahip olmayı beraberinde getirmesidir. Değere uygun şekilde bağlandığımızda bize kendini sunan bu kavramlar, kültürel ürünlerdir. İşte bu kültürel ürün niteliği, değer toplumsal bağıntısını göstermek yanında, iyi ve kötünün, pratiğe katılanlar tarafından böyle kabul edildikleri için mi bu özelliğe sahip olduğu sorusunu cevaplamaktadır<sup>65</sup>. Raz, iyi ve kötünün, değerli ve değersiz oluşun, kişiden kişiye değiştiğini savunan bir görecelilikten yana değildir. Tam tersi somut durumda tecrübe ettiğimiz değer yahut iyiyi içeren eylemi, nesnel ölçütlerle yargılayabiliriz. Aynı zamanda eylem sebebi olan ve davranışı iyi veya kötü kılan özellikleri, türün mükemmellik standartları belirler. Mükemmelliğin türe dayanan standartları örneğin bir resmi güzel olarak değerlendirmenin koşuludur. Böylece iyinin bir örneğini daha genel olan bir iyi kavramı altına sokmak suretiyle anlarız. Toplum ve kültürdeki evrim ve değişimler bir yandan yeni değerler yaratırken, bu yeni olanlar daha önceden mevcut ve bilinen değer kavramlarının altında toplanmak suretiyle tanınıp, bilinirler. Var olan değerler, yenilerin kabulüne olanak sağlar fakat diğer yandan yeniler de bilinen değer kavramlarında

<sup>63</sup> Raz, "The Practice of Value". [http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz\\_02.pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz_02.pdf), Çevrimiçi; 12.01.2005 ; Raz, **Value, Respect and Attachment**, s.161-163.

<sup>64</sup> Ulrike Heuer, "Raz On Values and Reasons", <http://www.phil.upenn.edu/~ulrike>, Çevrimiçi, 31.11.2004.

Raz, değere uygun biçimde bağlanmaya özel bir vurgu yapmakta ve onu değerine bilinçli olmadan gerçekleştirmekten, örnekler vermek suretiyle ayırtmaktadır. Müziği dikkatle dinlediğimizde, bir romanı anlayarak okuduğumuzda, arkadaşlarımızla vaktimizi, onlarla ilişkilerimize uygun şekilde geçirdiğimizde böyle davranmış oluruz. Ancak Raz'ın bu örnekleri bize uygun bağlanma kavramı için genel bir ölçüt sunmamaktadır. Anlayarak okunması gereken bir roman böyle okunmamışsa, roman hakkındaki değer yargısı farklı olacaktır. Böylece eğer bir konuya uygun olan davranışımız değişirse, onun değeri de değişir. Uygun biçimde bağlanmanın bu yorumu bizi nedenleri anlamakla değerleri anlamak arasındaki zorunlu bağlantıya yeni başlangıçtaki iddiaya geri götürür. Öyle bağlantılıdır ki, değere başka biçimde bağlanırsak olması gerektiğinden farklı bir değer ortaya çıkacaktır. Yani bir değerın konusuna uygun biçimde yönelip bağlanmadıkça, esasında değer oluşturulamayacaktır.

- <sup>65</sup> Dört önemli değer sınıfı özel (sosyal) bağımlılık tezine konu olmayıp devam eden bir pratiğe bağlı değildir.
1. Saf duygusal ve algısal zevkler (beğeniler): Bunlar anlık zevklerdir ve yalnızca kültürel değerlerle bütünleştiğinde, bunların yapıcı unsuru elemanları olduğunda, insan hayatının önemli bir bölümünü meydana getirir.
  2. Doğal fenomenlerin -örneğin gün doğumunun güzelliği gibi- estetik değerleri: Bunlara ulaşmak kültürel bağlantılıdır ama var oluşları böyle değildir.
  3. Aracı ve kolaylaştırıcı değerler: Diğer değerlerin gerçekleştirilmesini ve izlenmesini mümkün kılan ya da kolaylaştıran değerler. Araçsal değerler insanlara, diğer değerlere bağlanma kabiliyeti verir. Örneğin özgürlük...İnsan, hiç kimse farkına varmasa da özgür olabilir ve bu anlamda özgür olmasını olanaklı kılan bir pratiğe ihtiyacı yoktur. Özgürlük, insanların seçimlerine konu çeşitli değerlere uymalarına olanak veren bir değerdir. Ahlaki değerlerin çoğu da bu türdendir. Örneğin adalet böyledir. Ayrıca ilişkilerin elemanları bir değer unsurudur. Bu ilişkiler özel teze konu olurlar ancak adalet bir kimseye adaletsiz davranılmamasının bir koşulu olarak özel teze konu olmaz.
  4. İnsanın ve kendileri bizzat değerli olan diğer değer taşıyıcılarının değeri. devam eden pratiklere bağlı değildir.

Raz, "The Practice of Value". [http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz\\_02.pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz_02.pdf). Çevrimiçi; 12.01.2005.

değişime yol açabilir<sup>66</sup>. Operanın bir sanat formu olarak belirlenebilir bir period içinde ortaya çıkan ve bundan önce var olmayan tarihi bir ürün olduğunu yadsımak güçtür. Onun yaratılması ve varlığının devamı sosyal pratiklerin mevcudiyeti ile olanaklı kılınmaktadır. Bu yüzden operanın mükemmelliği gibi hukukun mükemmelliği de (hukuk devletini fazileti ya da hukukun iddia ettiği meşru bir otoriteye sahip olması) aynı sosyal pratiklere bağlıdır. Opera, dostluk veya devlet kavramı; bir opera eserini, bir dostluk ilişkisini ya da bir devlet biçimini iyi olup olmadığını değerlendirmede yardımcı olan, türe özgü mükemmellik standartlarıdır<sup>67</sup>.

Tarihsel süreç içerisinde toplumsal uygulamalarla varlık kazanan ve değer konusu hakkında hüküm vermek üzere karşılaştığımız, türe özgü mükemmellik standartları, sosyal olmasa bile tarihi bir göreceliliğe işaret etmekte midir? Yani değerlendirme yaparken kullandığım "kavram" kriterler ancak belirli bir dönemin ürünüdür. Nesnellik ve genel geçerlik kabul edilse bile bu yalnızca tarihin belli bir zaman dilimine aittir. Değerler ortaya çıktıkları gibi kaybolabilirler. Bu tür bir tarihi rölativizm Raz'ın değer şemasıyla tam uyuşmamaktadır. Onun açısından da sosyal yaratımlı tüm iyiler, zamanın belirlenebilir bir periyodunda doğmuştur ve gelecekte de tamamen unutulabilir. Fakat söz konusu değerleri daha ileri bir zaman diliminde hatırlayıp yeniden keşfedebiliriz. Bir bakıma bu onların varlığını sürekli kılar<sup>68</sup>.

Sosyal bağımlılık tezinin, değerlerin evrensel olduğunu yadsıma zorunluluğu da yoktur. Raz, bu anlamda zaten değerlerin varlığı ile ulaşılabilirliğini ayırmakta ve yukarıdaki açıklamalar değere ulaşmanın sosyal bağlantı içinde olanaklı bulunduğuna işaret etmektedir. Yoksa değerler varlık kökeni itibarıyla metafizik kaynaklı da olabilir ama biz ona ancak toplumsal uygulamalarıyla ulaşabilir ve anlayabiliriz. Ayrıca yalnız anlaşılması değil tarihsel ürünler şeklinde bizzat toplum da değerler yaratmaktadır. Böylece değerlerin toplumsal bağıntılı oluşu, evrensel olmayacağı anlamına gelmez. Değerlerin evrenselliği ile yerelliği ve de varlığının toplumsal bağlantılı oluşu ile akılla anlaşılabilirliği birbiriyle uzlaştırılmaz çelişkiler değildir. Değerin ne olduğunu, onu neyin değerli yaptığını anlayabiliriz. Bu da değerler alanının akılla kavranabilir fenomenler olmasından ileri gelir. Eylem nedenlerimiz, eylemlerimizi anlaşılır kılar ve ancak nedenler üzerine eyliyorsak bu durumda hareketimiz bize aittir.

Nedenler, eylemi niçin yaptığımızı açıklayabilir fakat alternatifi yerine niçin onu seçtiğimizi izah etmez<sup>69</sup>. Raz, nedenlerin bazı koşullar altında seçenekli olduğuna inanmaktadır. Eğer bir neden bir şeyi yapmamızı, başka bir neden ise aynı şeyi yapmamamızı söylüyorsa bunlardan herhangi biri seçilmeye elverişli olabilir. İki yarışan sebep karşılıklı birbirini çürütemediğinde, onlardan sadece bir tanesine uyulsa da, diğer seçenekten kaçınmak için de karşı bir gerekçe sunmaz. İki yarışan

<sup>66</sup> Joseph Raz. *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*. Oxford , Oxford University Press, 2000, s. 217, 208-209.

<sup>67</sup> Raz, "The Practice of Value", [http:// www. tannerlectures. utah. edu/ lectures/ Raz\\_ 02. pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz_02.pdf) , Çevrimiçi: 12.01.2005.

<sup>68</sup> Raz, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, s.148-149.

<sup>69</sup> Raz, *Value, Respect and Attachment*. s.73-76.

nedenden birinin diğerini ortadan kaldıramamasının nedeni ya eşit kuvvette olmaları ya da güçlerinin karşılaştırılamamasıdır. Onun nedenlere dayanan değerler açıklaması, rasyonel karar verirken, kuvvet ve yoğunlukları ortak ölçülemeyen pek çok nedenin olabileceğini benimser. Bazı hallerde bir şeyi yapma nedeni ile yapmama nedeni aynı derecede doğru olabilir. Nedenler ortak ölçülemez olduğunda her iki yönelimi seçmek de makul olabilir. Bu da aynı zamanda değer plüralizminin neden ortaya çıktığının doğrulanmasıdır. Örneğin hükümetin eğitime mi yoksa sağlığa mı yaptığı yatırımları arttırmasının daha önemli olduğu sorusunun cevabı yoktur<sup>70</sup>.

Fakat tüm bu söylenenler seçenekli nedenlerin, zorunlu nedenlerle çatışmaması koşuluyla geçerlidir. Zorunlu ya da çürütücü neden, bir başka nedeni doğrudan geçersiz kılan daha güçlü bir sebeptir. İşte meşru otorite tarafından yöneltilen kurallar da özel bir “neden” türüdür. Otoritenin direktifleri, öznelere açısından, başka nedenlere dayanarak eylemde bulunmamak konusunda dışlayıcı (exclusionary) bir çürütücü nedendir. Görülüyor ki, hukuk alanına gelindiğinde durum değişmektedir. Hukuki otorite tarafından yöneltilen kural, hareket nedenlerimizden birisidir. Şu farkla ki; o artık diğerleri karşısında üstündür, korunmuştur ve öteki tüm nedenleri çürütmektedir. Çağdaş toplumların çoğunda hukuk, sınırsız otorite iddiasında bulunan tek insan yapıtıdır. İçeriğinden bağımsız bir biçimde, kendisine itaat yükümü bulunduğunu ileri sürer. Fakat bundan hukukun, içeriği her ne olursa olsun bu itaati mutlak anlamda talep ettiği sonucu da çıkarılamaz<sup>71</sup>. Bunu bir örnekle açıklayacak olursak; çocuğunuzun yaralanması onu hastaneye götürmek için 120 km hızla araba kullanmanız için bir nedendir. Bu ise halihazırda mevcut 90 km hız limitine ilişkin hukuki yükümlülüğümü ortadan kaldırır. Raz’ın ifadesine göre birinci neden üstün gelmektedir. Kimi zaman ahlaka aykırı ve adil olmayan yasaların otoriter bağlayıcılığının bulunmadığını yadsımak güçtür<sup>72</sup>.

Tüm bu değerlendirmelerden varılabilecek sonuç, hukuku ne zaman ve nasıl otoriter kabul edeceğimiz hakkında, Raz’ın düşüncelerinde ortaya çıkan belirsizliklerdir. O, bir taraftan hukukun otoritesini korumak arzusundadır. Joseph Raz, hukukun varlık ve içeriğinin, ahlaka başvurulmadan, kaynaklarına (kanunlar, yargı kararları, örf ve adet hukuku vs.) göre belirleneceğini savunan hukuksal pozitivistlerdendir. Bu çerçeve içinde kalan pozitivism anlayışı, hukukilik kriterinin, ahlakilik kriterini içermeyeceği düşüncesindedir. Hukuki pozitivism, geçerlilik fonksiyonunu “tanıma kuralı”nda toplamaktadır. Kaynağa dayanan tanıma kuralı sayesinde bir norm, hukuk normu olarak geçerli kılınabilir. Örneğin, “parlamentonun çıkardığı

<sup>70</sup> Heuer, “Raz On Values and Reasons”, <http://www.phil.upenn.edu/~ulrike>. Çevrimiçi, 31.11.2004; Raz, **Engaging Reason: On the Theory of Value and Action**, s. 96-98; Rüdiger Bittner, “Stronger Reasons”, **Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**, Edited: Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2003, s.18-19; Joseph Raz, “Incorporation by Law”, **Legal Theory**, Nr.10, Yıl:2004, s.4-5.

<sup>71</sup> Raz, **Engaging Reason: On the Theory of Value and Action**, s. 96-98; Raz, **Morality of Freedom**, s.76-78.

<sup>72</sup> Bittner, “Stronger Reasons”, **Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**, s.23; Raz, **Morality of Freedom**, s.76-78.

şey yasadır" biçimindeki bir tanıma kuralında, hukuk ve onun geçerliliği içerikten bağımsızdır. Bu durumda normun geçerliliğini, onun değerine bağlı tutmak mümkün değildir<sup>73</sup>. Raz'ın otorite tezinde kullandığı kavramlarla konuşacak olursak, otoritenin kullandığı haklı nedenler, özellikle ahlaki olanlar dahil, bağımlı nedenleri<sup>74</sup> dışlama iddiasındadır. Oysa esnek (yumuşak) pozitivizmde, tanıma kuralı, hukuki geçerlilik kriteri olarak bağımlı nedenlere yer verir. Raz, bu tür bir pozitivizm<sup>75</sup> karşı mücadele etmektedir<sup>76</sup>. Ahlaki prensipler, "katılım(incorporation)" yoluyla ülke hukukunun parçası haline getirilemez. Oysa kimsenin, bir başkasına görev yüklemesi konusunda iradesini ortaya koyarak bu amacını gerçekleştiremeyeceğini söyleyen yine Raz'ın kendisidir. Eğer hükümet ve onun otoritesi, diğerlerinin hayatına etki edecek şekilde karışabiliyorsa bunun sebebi böyle davranma hakkını veren geçerli prensiplerin varlığıdır. Hükümetin insan yapımı yasalarına meşruiyet sağlayan, ahlaki içerikli bu ilkelerdir. Ancak ahlaki ilkelerle doğrulanmış hukuki görevler, öznelere bağlayıcı kılar. Nedenlere bir de otorite tarafından baktığımızda, onun dile getirdiği hukuki ifadelerde beliren eylem sebepleri aynı zamanda ahlaki nedenleri yansıtmaktadır. Bir diğer deyişle bu tip ifadeler açık ya da örtülü, insanların davranışlarını yönetecek ahlaki nedenler öne sürer<sup>77</sup>. O halde ahlaka dayandırılarak genel bir itaatın temellendirilemeyeceğini söyleyen Raz çalışmakta midir? Kanımca, burada söylemeye çalışılan, makalenin başında analiz ettiğimiz tüm unsurlar dikkate alınsa da genel ve mutlak bir hukuka itaat görevinin bulunmadığıdır. Yoksa ahlaki nedenler dışlanmamaktadır. Tam tersi her şey bir arada değerlendirildiğinde, Raz'ın sisteminin niçin otoriteye uyarız sorusuna verdiği cevap, otoritenin doğruyu ve iyiyi (değerli olan anlamında) daha iyi bildiği ve sosyal işbirliğini sağladığı varsayımına gelip dayanmaktadır. Doğru nedenlere kılavuzluk etmesi beklendiği için otoriteye güvenilmektedir. Onu meşrulaştıran, öznelere verdiği hizmettir

<sup>73</sup> Gülriş Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 52, Sayı:3, s. 154-155,168.

<sup>74</sup> Diğer taraftan nehir örneğini hatırlayacak olursak; nehrin kirletilmesine karşı bir konvansiyon meydana getirmek suretiyle hukuk, sosyal işbirliği amacına hizmet edip, yükümlü kılacaktır. İnsanlar çöp atmaya devam ederse bağlayıcılık doğmayacaktır. Aşında çöp atmamak konusunda uzlaşma sağlansa bile itaat yükümü yasadan değil bu sosyal pratikten kaynaklanmaktadır.

<sup>75</sup> Günümüzde hukuki pozitivizm akımı içindeki görüş ayrılıkları kendini hissettirmektedir. Bu farklılaşmanın sert pozitivist kanadında yer alan Raz, esnek pozitivistlerden ayrı düşmektedir. Raz gibi, hukuki pozitivizmin ilk biçiminin taraftarları hukukun, ahlaka göre belirlenemeyeceği iddiasını taşırlar. Buna karşın esnek hukuki pozitivistler, hukuki geçerlilik kriterine ilişkin herhangi bir sınırlamaya karşı çıkarak hukukun, kısmen dahi olsa ahlakiliğe göre belirlenmesini olanaklı bulmaktadırlar. Burada esnek hukuki pozitivistler açısından ortaya çıkan problem, tartışmalı bir doğası bulunan ahlakiliğin, hukukun varlığını ve geçerliliğinin belirlenmesinde konvansiyona (uzlaşmaya) varılmasını önleyecek anlaşmazlıklara götürecektir. Gerçi bu problem, hukuki pozitivizmin temel amacı, hukuki kesinlik ve belirliliği sağlamaktan ibaret görülmediğinde anlam taşır. Ancak esnek pozitivistler, hukuk alanında en azından belli bir dereceye kadar kesinliğin bulunmayabileceğini kabul etmektedir. Pozitivizmin içindeki bu tartışmaların daha ayrıntısına girmekle beraber, geleneksel pozitivizmin görünümünün değişikliğe uğradığı, doğal hukuka yakınlaştığı iddiasını, tartışmalı olmakla birlikte öne sürmek kanımca yanlış olmayacaktır. Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü", s. 169-170.

<sup>76</sup> Leiter, "The Naturalistic Turn in Legal Philosophy", s.4-5.

<sup>77</sup> Raz, "Incorporation by Law", s.6; Kramer, "Requirements, Reasons, and Raz: Legal Positivism and Legal Duties", s.380-381, 404-406.

bir diğer deyişle süjelerinin ne yapması gerekiyorsa, onu yapmalarına hizmet etmektedir. Tüm bunların üstünde diğer bir ön kabul ise, makalenin başında da belirtildiği gibi Raz tüm hukuk sistemleri için geçerli olabilecek genel bir hukuki otorite teorisi yerine liberal-demokratik bir hukuk düzenini model almakta, bu sisteme ait hukuki görevlerin ahlaki statüsü adına konuşmaktadır. Vatandaşların doğrudan ya da dolaylı şekilde yasaların yapılmasına katıldığı liberal-demokratik bir hukuk rejimi tarafından empoze edilen görevlerin ahlaki bağlayıcılığının bulunduğu düşüncesindedir. Oysa liberal-demokratik sistemler, tüm hukuk sistemlerini temsil etmez ve bu yüzden hukukun varlığı ve fonksiyonu için asli ve zaruri olduğu düşünülmez<sup>78</sup>. İşte neredeyse tüm sistemini ahlaki meşruiyet zeminine oturtan Raz, bunun hukuki pozitivizmle üstelik en sert haliyle nasıl bağdaştırılabilmektedir? Kendi açıklamasına göre bu çelişki, ahlaken meşru olanın, ahlaki dışarıda bırakması ile çözülecektir. Hukuk, yaşantımızda değişiklik yapmayı arzu ettiğinden, bu hedefe ulaşması aynı zamanda ahlaki dışlamasına bağlıdır. Paradoksal bir sonuçla yüzleşmek kaçınılmaz hale gelmektedir. Birincisi, hukuk, ahlaken doğrulanabiliyorsa bağlayıcıdır. Bu mutlaka böyle olduğunu göstermese de en azından böyle bir iddia sunar. Buna bağlı ikinci sonuç, hukukun ahlaken meşruiyeti taşıması ile beraber, ahlaki dışarıda tutmasında bir sakınca yoktur. Tarafların aralarında yaptıkları sözleşmeler hukuken bağlayıcıdır, kişinin hak ve görevlerinde değişim yapar. Keza aynı şekilde çatışma kurallarına göre, yabancı hukuka atf yapıldığında kişilerin hak ve görevleri uluslararası hukuka göre belirlenebilir. Ama ne uluslararası hukuk ne de sözleşme, ülke hukukunun parçası haline getirilip, onunla bütünleştirilmiş olmaz. Benzer şeyler ahlak kuralları için de söylenebilir. Ahlaki standartlar da hukuk açısından bağlayıcı olabilir ama (tanıma kuralı ile) onun bir parçası değildir. Mahkemeler açısından bağlayıcı standartlar ile yürürlükteki hukukunun bir parçası olmak arasındaki ayırım pratik sonuçları yönünden çok önemli görülmeyebilir ama politik bir kurum olarak hukuku tanımlayabilmek için hayati öneme sahiptir. Ahlaken meşru olan hukuk ve onun otoritesi, ahlakın uygulanma biçimini de değiştirebilir. İlk olarak hukuk, soyut ahlaki düşünceleri somutlaştırıp, belirginleştirerek bu değişimi gerçekleştirir. İkincisi, ahlaki ilkelere kamusal ve somut bir form verdikten sonra, bunlar yine hukuk tarafından bütünleştirilir ve yürürlüğü güvence altına alınır. Özellikle ahlaka uyanlar ve uymayanlar arasındaki adil olmayan ilişkileri önleyerek ahlaka yönelik güveni pekiştirir. Üçüncüsü de, ahlaki amaçların ve ahlaken arzu edilen koşulların elde edilmesini kolaylaştırır. Bu belirleme hukukun içeriğinin tüm bir sistem halinde ve tanıma kuralı içinde, ahlaki bir geçerliliğe bağlanamayacağına dairdir<sup>79</sup>.

Raz'ın sınırları çok esnek olan otorite teorisi, belli maksimlerle soyut çerçeveler çizmekte ama içinin nasıl somutlaştırılacağını göstermemektedir. Adeta bir ideal

<sup>78</sup> Kramer, "Requirements, Reasons, and Raz: Legal Positivism and Legal Duties", s.380-381, 404-406.

<sup>79</sup> Anayasanın bazı hükümleri, kimi ahlaki ilkeleri - değiştirilme ya da hariç tutulmaya karşı - yine kendisi koruma altına almıştır. Örneğin anayasada yer alan ifade özgürlüğü, ahlakiliğin bu yansımasının (ifade özgürlüğü) parlamento eli ile değiştirilme gücünü sınırlar. Anayasadaki ahlaki mülâhazalara yapılan atf, ahlak ile bütünleşme (incorporation) konusunda başvurulacak bir örnek olmayıp, yasamanın ahlaki değiştirilmesini ya da dışarıda bırakmasını bloke etmektedir. Raz, "Incorporation by Law", s.8-15.

leştirme söz konusudur. İdeal işleyen bir hukuki mekanizmanın, ideal otorite figürü ve ideal özneleri betimlenmeye çalışılmıştır.

Halbuki geleneksel otorite hiyerarşik bir düzendir ve eşitliği varsaymaz<sup>80</sup>. Kamusal tartışmada argümanlara başvurup, açıklama getirerek ikna etmek, bir iktidar türü olarak geleneksel otorite ile uyuşabilir bir durum değildir. Günümüzde ise bu kavram, iktidar artı meşruiyetin kabulüne denk düşmektedir. Mevcut hukuksal düzenin değerini doğrulayan ilke meşruiyettir. Meşruiyet ile yasallık arasındaki ayırım, otorite ile demokrasi arasındaki çelişkiyi ifade ettiği ölçüde korunmalıdır. Eşitlik, kamusal alanda tartışma, rasyonel uslamlama gibi demokratik değerler, otoritenin karşısında yer almaktadır. Yeni otorite uzlaşma dayalı ve pazarlık edilebilir bir şeydir ve artık kendini haklı çıkaracak gerekçeler savunarak doğrulanabilir olmalıdır. Demokratik değerler, kavramın geleneksel patriarkal anlamını aşındırmıştır<sup>81</sup>.

Raz'ın teorisi de bu çağdaş liberal anlayışa uygun düşmektedir. Otoritenin günümüzdeki dönüşümü sosyolojik, ekonomik ve psikolojik nedenlere bağlıdır. Geleneksel otoriteyi zayıflatan etkenlerin başında iktisadi dönüşümler, kültürel yaşam ve kuşaklararası ilişkilerdeki değişimler gelir. Özellikle belirli üretim tarzı ve ilişkilerinin, kavramı başka bir içerikle, yeni bir boyuta taşıdığı yolundaki görüşlere değinmeden geçmek doğru olmayacaktır<sup>82</sup>.

Son söylenebilecek sözler Raz da dahil, otorite üzerine yapılacak bir çalışmanın, kavramın yapısı gereği eksik kalmaya mahkum bulunduğuudur. Konu ne kadar başarılı ele alınırsa alınsın - ki burada Joseph Raz'ın detaylı ve incelikli analizlerinin başarısını kabul etmekle birlikte- sadece hukuki boyutu ile ortaya konamaz. Yukarıdaki satırlarda kısaca değinmeye çalışılan politik, sosyolojik, ekonomik, tarihi ve psikolojik süreçler, kavramın bir çok değişik cephesine işaret etmektedir. Otoriteyi tipikleştirmede başarılı bir model kurmuş olan Weber, üçlü bir ayırım yapmaktaydı. Geleneksel, karizmatik ve rasyonel otorite... Geleneksel, karizmatik ya da Raz'ın yaklaşımında olduğu gibi rasyonel olsun, otorite-itaat ilişkisi değişik görünüm altında varlığını sürdürmektedir. İnsanlık tarihinin yakın geçmişi de tüm bu tiplerin kısa aralıklarla birbirini izlediğini hatta aynı zaman diliminde birlikte var olabildiğini göstermektedir. İtaatin de, itaat eden açısından değişik motifleri vardır ve bu da otorite tipi ile bağlantılıdır. Öyle ki direktife ve onu yöneltene uyma nedenleri bile

<sup>80</sup> Otorite, gücünü çocukluk sırasında bilinçdışına (üstben) kazınan baba imgesi ile kurulan bağdan alır. Çocuk, itaat etmediğinde tamamen bağımlı olduğu ana-babasının sevgisini yitirmekten korkar. Onun toplumsallaştırılmasında, terk edilme duygusu biçimlendiricidir. Sevgisinin kaybedilmesinden, terk etmesinden korkulan ana-baba otoritesini, toplumsallaşma ile beraber artık toplum üstlenmeye başlar. Otoriteye itaat edilmesinin nedeni, çocukluktan kalma ve destekleyici sevgisini kaybetmekten sakındığımız ebeveyn figürü ile emir verenin -bilinçdışında- iç içe geçmesidir. Mendel, **Bir Otorite Tarihi: Süreklilikler ve Değişiklikler**, s. 58-59, 89.133,214.

<sup>81</sup> Mendel, **Bir Otorite Tarihi: Süreklilikler ve Değişiklikler**, s. 30,42-43,102.

<sup>82</sup> Bu dönüşümü demokrasi ile çeliştiği iddia edilen liberalizmin ekonomik boyutunun yani kapitalizmin gerçekleştirdiği söylenmektedir. Kapitalist üretim tarzı ve ilişkileri, çalışanlar üzerinde -gönüllü olarak iş yerine katılımla - ilk bakışta dışsal bir zorlama belirtisi olmadan içselleştirilmiş bir öz disiplin, kendi üzerinde otorite geliştirmektedir. Öznenin kendisinin sömürülmesine gönüllü katılımlı salt bir işten atılma korkusunun ötesinde gönüllü köleliği gerektirmektedir. İşyerinin onun için arzu nesnesi olması ve yaratıcılığını, tüm benliğini işyerinin hizmetine sunması beklenmektedir. A.e., s. 237-252.

kabul ediş devlet in eylemlerinde nötr olması demek değildir. Hükümet, bireylerin geçerli iyileri (değerler) izleyebilmesinden ve kötüden kaçınabilmesinden sorumludur<sup>48</sup> ve bireylerin kendi yaşamlarının yönünü seçebilecekleri ahlaken kabul edilebilir seçenekler silsilesini sağlamalıdır.

Raz'ın siyasi ahlak prensipleri, hükümetin, bireylere, yaşam seçimlerini yapmakta geniş bir özgürlük alanı bırakmasını ifade eder. Bu yüzden Raz, seçme şansının verilmesini yeterli görmeyip, seçimin uygun bir seçenekler silsilesi içinden yapılmasını istemektedir. Kişisel otonomi, bireylerin içlerinden seçimlerini yapabilecekleri, uygun ve elverişli seçenekler silsilesini barındıran sosyal, hukuki ve politik bir çevrenin, devlet tarafından güvence altına alınmasına bağlıdır. Ve bu çevre, ne tarz bir hayat yaşamak istediklerine, hayatlarında değer verdikleri şeylerin neler olacağına, değerli oldukları nazarıyla baktıkları projelerini nasıl gerçekleştireceklerine dair kararlarını vermelerine olanak tanır. Raz'ın teorisi bu nedenle hem mükemmeliyetçi<sup>49</sup> hem de hoşgörüyü dayanmaktadır ve iki boyutludur. Hoşgörü gereği hükümet, vatandaşların, kendi hayatlarının yönünü seçmek için çeşitli ve çok sayıda ahlaken doğru seçeneklere sahip olmalarını teminat altına alır. Bu güvence ya ahlaken doğru seçeneklerin geliştirilmesinde yardım ve yapılandırma biçiminde veya ahlaken doğru olmayan seçeneklere cesaretlendirmemek şeklinde gerçekleşir<sup>50</sup>. Hükümetin temel görevi, farklı ve fakat değerli seçenekler ağıını herkes için elverişli kılmak ve hayatın ahlaki kalitesini yükseltmektir. Fakat bu ayırımı yapacak olan hükümete temel bir ahlaki görüş vermeyen Raz, ahlaken doğru bir yaşamın gerektirdiklerinin tam bir açıklamasını göstermekten kaçınmaktadır. Bunun yanı sıra mükemmeliyetçiliğin liberal olmayan politikalara yol açmaması için değer plüralizmini tasarlamıştır. Değer plüralizmi, bir çok farklı yaşam biçiminin değerli olma testinden geçebileceğini garanti eder. Bu yüzden bizi tek ve dar görüşlü, ortodoks bir hayat şekline zorlayacak despot bir devlet korkusuna kapılmaya gerek yoktur<sup>51</sup>. Raz, modern liberal toplumlarda çeşitli ahlaken doğru ve farklı yaşam biçimlerinin mümkün olduğuna, pek çok hayat biçiminin ve değerlerin birbiriyle çatışmayı içinde barındırdığına ve bu yüzden de uyumsuz<sup>52</sup> olduğuna inanır. Hükümetler ahlaki olmayan seçeneklerin, zorlayıcı olmayan araçlarla (kampanyalar vs.) ve vatandaşla-

<sup>48</sup> Patrick, "Perfectionism with a Liberal Face? Nervous Liberal and Raz's Political Theory", s. 25-35.

<sup>49</sup> Genel kalıpları içerisinde mükemmeliyetçi düşünce; bireyin, eyleminin gerçek değeri üzerinde yanılabilceğini bu yüzden de bu alana devlet eli ile müdahale edilebileceği ve belirli bir "iyi" yaşam tarzının öğretilabileceğini savunur. Zeynep Özlem Üskül, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, İstanbul, Buke Yayıncılık, 2003, s. 131-132.

<sup>50</sup> Andrei Marmor, "Authority, Equality and Democracy", [www.as.huji.ac.il/Marmor/authority\\_equality\\_and\\_democracy.pdf](http://www.as.huji.ac.il/Marmor/authority_equality_and_democracy.pdf), 12.01.2005; Geoffrey C. Bowden, "The Complexities of Perfectionist Theories of Toleration", (Çevrimiçi) <http://mpsa.indiana.edu/conf2003papers/1031953257.pdf>, 12.01.2005.

<sup>51</sup> Patrick, "Perfectionism with a Liberal Face? Nervous Liberal and Raz's Political Theory", s. 25-35.

<sup>52</sup> Bir çok farklı değer vardır ve bunlar yalnızca üstün bir değerin farklı görünüşlerinden ibaret olarak algılanamaz yani aralarında bir altlık-üstlük ilişkisi yoktur. Uyumsuzdurlar çünkü ne tek bir kişinin hayat sürecinde tümüyle gerçekleştirilebilir ne de tek bir toplum tarafından realize edilebilir. Gerçekleştiremediğimiz değerler, gerçekleştirdiğimiz değerler kadar önemlidir ve bu hem bireyler hem de toplumlar için genel olarak doğrudur. Joseph Raz, "The Practice of Value". [http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz\\_02.pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz_02.pdf), Çevrimiçi: 12.01.2005.



rın otonomisini ihlal etmeden elemeye çaba sarf edebilir<sup>53</sup>. Zorlama olmaksızın da perfeksiyonist olunabilir. Raz, örneğin “eğer avlanmayı durdurmazsan devlet seni ağır biçimde vergilendirecek” önermesini zorlayıcı bulmamaktadır. Vergilendirme ve sübvansiyon, devlet tarafından başvurulabilecek ve zorlayıcı olmayan araçlardır. Ancak bazı yaşam biçimlerini desteklemek ya da bazılarını cesaretlendirmemek üzere kullanılacak para zorlayıcı şekilde yani vergi yolu ile toplanmış olacaktır. Ayrıca verginin ödenmemesi halinde buna bağlı cezalar hürriyeti bağlayıcı cezaya da dönüşebilir<sup>54</sup>.

Raz, tüm perfeksiyonist eylemlerin zorlayıcı olmasına gerek bulunmadığını söylemektedir ama zorlayıcı olanlar için durum nedir? Değerli yaşam biçimlerini destekleme bireysel bir mesele olmaktan çok kolektiftir. Mükemmeliyetçi idealler kamusal eylemlerle geçerli kılınabilir. Bu kolektif alan hem devleti hem sivil toplumu içerisine almakla birlikte aralarında fark vardır. Raz, devletin eylemlerinde kötü olanlara karşı iyi seçenekleri desteklemesine izin vermektedir. Ama bu iyiler sivil toplum düzeyinde halihazırda mevcut olanlar mı yoksa devletin çabalarıyla var edilenler midir? “Herkes açık, değerli fakat farklı seçenekler ağıni garanti etmek” devletin görevidir. Böyle bir seçenekler düzeneği mevcut bulunmadığında devletin bunu yapıp yapamayacağı sorusuna, Raz doğrudan bir yanıt vermiş değildir. “Hükümet böyle bir hayatı mümkün kılacak çevreyi yaratmak, geliştirmek ve korumak<sup>55</sup> suretiyle bireysel otonomiye destekler” cümlesinden Raz’ın daha aktif bir devlet anlayışına sahip olduğu yorumuna da gidilebilir. Korumak pasif, yaratmak ise aktif bir devlet anlayışına işaret etmektedir. Raz’ın mükemmeliyetçi devletinde otorite yalnızca bildiğimiz iyileri (değerleri) izlemeye yardım etmekle kalmayıp henüz göremediklerimizi izlemek için de yardımcı olmaktadır<sup>56</sup>.

Raz’ın otorite tezinde politik otoritenin “hizmet edici” niteliği ortaya çıkmaktadır. Devlet, üyelerinin hizmetindedir. Otoritenin direktifleri, vatandaşlarını akla uygun (makul) eylemlerde bulunma olasılığını arttırmadıkça, otoriteden yoksundur<sup>57</sup>. Devletin rolü, iyi (değerli) nedenler üzerine eylemde bulunmamıza yardım etmektir. Ancak o şeyin değerliliği ya da değersizliği devletin düşüncesinden de bağımsızdır. Oysa perfeksiyonizme karşıt klasik liberal görüş hükümetin insanlar için neyin iyi (değerli) olduğunu belirlemesinin özünde gizli bir tirani taşıdığı endi-

<sup>53</sup> Geoffrey C. Bowden, “The Complexities of Perfectionist Theories of Toleration”, <http://mpsa.indiana.edu/conf2003papers/1031953257.pdf>, Çevrimiçi; 12.01.2005.

<sup>54</sup> Mulhall and Swift, *Liberals and Communitarians*, s. 320-322.

<sup>55</sup> Bununla bağlantılı olarak söylenebilecek bir başka özelliği de Raz’ın bu görüşleri ile liberal kültürçülerden olduğunu göstermesidir. O, kişilerin özerkliğinin kurucu unsuru olan iyi hayat biçimleri arasında seçim yapabilme becerilerinin, kültürlerinin zenginliği, bunun yeşertilmesi ve de başkalarının kültürlerine saygı ile yakından bağlantılı olduğu fikrindedir. Kültürel üyelik, özgürlük ve özsaygıyı sağlamakta rol oynar. Bu anlamda azınlık hakları, birey özgürlüğünü ve eşitliğini azaltmak şöyle dursun, bunları tamamlar. Etno-kültürel tarafsızlığa katı biçimde bağlı bir devletin karşılayamayacağı gereksinimleri karşılar. Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, s. 471.480.

<sup>56</sup> Patrick, “Perfectionism with a Liberal Face? Nervous Liberal and Raz’s Political Theory”, s. 25-35.

<sup>57</sup> Brian Leiter, “The Naturalistic Turn in Legal Philosophy”. *APA Newsletters*, Spring 2001, Volume:OO. Number:2. s.5.

şesindedir<sup>58</sup>. Bu belirlenim aslında toplumun güçlü kesiminin, insanlık için neyin ahlaken iyi olduğunu saptaması demektir. Acaba bu durumda bazı insanların iradelerinin diğerleri üzerine empoze edilmesi yani yüklenmesi, otorite kılıfı altında gizleniyor olabilir mi? Mükemmeliyetçi olmayan liberal düşünceye göre, -geçerli bile olsa- ahlaki bir ideal, devlet açısından eylem sebebi oluşturamaz. Raz bu argümanlara karşı güçlü bir savunma geliştirmiştir. Ona göre bu kafa karışıklığının nedeni kişinin kendi olarak yaptığı eylemler ile otorite sıfatıyla yaptığı eylemlerin birbirine karıştırılmasından doğmaktadır. Otorite sıfatını taşıyan resmi görevli kişi, kararını ahlaki inançlarına dayandırmaz. Zaten inançlar da bizatihi bir eylem nedeni değildir. Kararın tek uygun dayanağı yasayı destekleyen nedenlerin doğruluğu ve sağlamlığıdır. Raz'ın normal doğrulama tezine göre, otoritenin kararını dayandırdığı nedenler doğru ise bağlayıcıdır ama bu nedenler doğru ve sağlam olmasa dahi ne yapılacağına karar verilirken diğer alternatif yöntemlere göre yine de eylem sebebi oluşturacaktır. Yani kendi kendimize karar vermek yerine otoriteye uyarız<sup>59</sup>. Otonomi açısından bakıldığında, kişi her şeyi göz önünde bulundurup, düşündükten sonra ne yapılması gerektiğine kendi karar vererek eylemde bulunma hakkına sahiptir. Otorite ise, bazen kişiyi kendi değer yargılarına ters biçimde eylemde bulunmaya, ahlaki otonomisini bir kenara bırakmaya zorlar. Pratik otorite ahlaki otonomiye yadsır ve sonuç olarak ahlakın dışındadır. Böylece bu argümana göre otorite kavramı açık bir paradoks doğurur. Raz'ın ifadesi ile eğer bütün nedenleri birinci derece (first-order reason) olarak algılayıp ikinci derece (second-order reason) nedenlerin varlığı gözden kaçırılırsa gerçekten de otonomi, otoritenin yadsınmasına yol açar. Oysa ikinci derece nedenleri geçerli kabul ettiğimizde bu paradoks çözülecektir. Belirli bir somut durumda hukukun talep ettiği şeyin yapılmaması yönünde baskı yapan R gibi bir nedenin varlığını düşünelim. Herkese bu R sebebine dayanarak hukukun gerektirdiği eylemi yapmaktan kaçınma izni verildiğinde sosyal iş birliği bozulacak, daha kötü sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Özellikle insanlar içinde buldukları somut koşullarda R sebebin olduğu konusunda yanlış bir düşünceye kapılabilirler. Bu ise R gibi bir sebebe göre davranmamak için bir nedendir. Kurallar, hukukun talep ettiğinin dışında davranmamızı isteyen gerekçeleri dışarıda bırakan, ikinci derecede ve istisna edici (münhasır) nedenlerdir. Ayrıca sivil itaatsizlik, vicdani ret gibi hukuk

<sup>58</sup> Liberal düşüncede birey, hiçbir zorlama ve engellemeyle karşılaşmadan istediği seçimleri yapabilmeli, kendi iyi anlayışının peşinden gidebilmelidir. Çok çeşitli yaşam tarzları arasında herhangi birini gerçek "iyi" olarak göstermenin temeli yoktur. Devlet kendi iyi anlayışına uyanları cesaretlendirip uymayanları cezalandırdığında kişisel bir alanda verilmiş subjektif tercihlere müdahale etmiş olacaktır. Bu yolda örneğin tutucu bir toplumda devlet, bireysel bir tercih meselesinden ibaret homoseksüelliği ve bunu açığa vuranları cezalandırmak üzere gerekli düzenlemeler yapabilecektir. Üskül, **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, s. 131-132. Diğer yandan komüniteryanlar (cemaatçiler) ise insanın kendi kaderini belirlemesine saygı göstermek için devletin tarafsız kalması gerektiği görüşüne karşıdır. Çünkü bu liberal bakış açısı, sosyal pratiklere gömülü bireyi görmezden gelir. Bu yüzden kendi kaderini belirleme, toplumsal pratiklerde için toplumsal rollerin ve ilişkilerin dışında durarak değil içinde yer alarak gerçekleştirilir. Değerli bir hayat, bağlılık ve ilişkilerle dolu bir hayattır. Toplum değerlerinin hayatı yönlendiren düşünceler olduğunu reddedemeyiz. Buna bağlı olarak da devlet, kendi kaderimizi belirleme hakkımıza, bizim bu rolleri daha derinden kavramamızı sağlayarak saygı göstermiş olur. Kymlicka, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, s. 311-313.

<sup>59</sup> Patrick, "Perfectionism with a Liberal Face? Nervous Liberal and Raz's Political Theory", s. 25-35.

doktrinleri var olmakla birlikte bunlar hukukun gerektirdiklerine istisna getirmek üzere ama yine hukuk tarafından düzenlenmiştir. Sınırlı sayıda bulunan bu kuramlarca izin verilmedikçe hukukun dışına çıkmak haklılaştırılmaz<sup>60</sup>.

Bu bölümle ilgili son değerlendirmeyi, Raz'ın liberalizmini, komüniteryanların itiraz ettiği türden bir bireycilik anlayışına yerleştirmenin güçlüğü ile bağlayabiliriz. Ayrıca toplum bireye üstündür çünkü ahlaki bir yaşamı olanaklı kılacak amaç ve kimlikleri elde edebileceği ölçütleri bireye sağlar. Esasında Raz, bireyin ve toplumun çıkarları arasında gerilim bulunduğu düşüncesine şüpheyle yaklaşır. Üzerinde ısrar ettiği nokta, bireysel çıkarların, toplumdaki diğer insanlarınkiyle çatışmak yerine tesadüf etme eğiliminde olduğudur. Bireyler amaçlarını sosyal formlardan elde ederler. Kendi amaçlarını izlerlerken, kendi esenliklerini çoğaltırken bunun yanı sıra toplumlarına hizmet ederler ve genellikle ahlaken değerli bir hayat sürdürürler. Bu husus değerli yaşam biçimlerinin içeriğinin komünal olacağı şeklinde de okunabilir. Fakat eğer komüniteryan iddia, yalnızca tek ve güçlü bir ortak yaşam biçiminin bulunduğu ise Raz, bunu reddeder. Ama değerli yaşam biçimlerini desteklemek üzere politik eylemlerden yanadır. Örneğin aile hayatı gerçekten değerli ise devlet açısından bunu koruyup yükseltecek sosyal politikaları kullanmak doğrulanabilir<sup>61</sup>.

## VI. Değerler ve Nedenler Arasındaki İlişki

Değerler ve nedenler arasındaki ilişki Raz'ın çalışmalarında önemli bir odak noktasıdır. Raz, nedenlerin (reasons) değerlere dayandığını hatta değerlerin kendisi olduğunu öne sürmektedir. Değer, belirli bir eylemin nedeni olmakla bu karşılıklı ilişki özdeşliğe dönüşmektedir. Bir şeyin niçin değerli olduğunu, nedenlerini anlamaksızın bilemediğimizi söylerken, nedenlerin epistemolojik yönden değerden önce geldiğini kabul etmektedir<sup>62</sup>.

Raz, tüm insan varlığının, -ahlaki vizyonu da dahil- değerli ya da iyi yaşam kavramını, sosyal kurum ve biçimlerden elde ettiğini savunur. Sosyal bağımlılık tezi söyleminde, değerlerin varlığı, toplum içerisinde devam eden pratiklere bağlıdır ve şeylerin nasıl olduğunu değerlendirdiğimiz değer yargıları gerçeklikten elde edilir. Bu iki yönlü düşünülebilir. Öncelikle bir değer, değer objesi (konusu) üzerinde deneyimlendiğinde ortaya çıkar. Görülmemiş bir resmin, okunmamış bir romanın güzellik değeri gerçekleşemez. Bu anlamda değerler gündeme gelmek için değer verenlere, onların değer objesiyle uygun bir biçimde bağlantı kurmalarına gereksinim duyar. Bir değer, değer konusuna uygun bir tepkide bulunmak üzere, değer

<sup>60</sup> Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, s.3,22,27,30-31; Raz, *Morality of Freedom*, s.76-78.

<sup>61</sup> Mulhall and Swift, *Liberals and Communitarians*, s.329, 344-345.

<sup>62</sup> Ulrike Heuer, "Raz On Values and Reasons", <http://www.phil.upenn.edu/~ulrike>. (Çevrimiçi) 31.11.2004; Joseph Raz, *Value, Respect and Attachment*, Cambridge University Press, 2001, s.164-165.

verenlerin ona bağlanmaları ve onaylamalarıyla anlaşılır<sup>63</sup>. Ancak bağlanmakla gerçekleştirilebileceği için de değeri yok etmeyip onu korumamız gerekir<sup>64</sup>.

Değer yargılarının gerçeklikle ilintisinin ikinci görünümü; değere bağlanmak ve onaylamanın, uygun değer kavramlarına (konsept) sahip olmayı beraberinde getirmesidir. Değere uygun şekilde bağlandığımızda bize kendini sunan bu kavramlar, kültürel ürünlerdir. İşte bu kültürel ürün niteliği, değer toplumsal bağıntısını göstermek yanında, iyi ve kötünün, pratiğe katılanlar tarafından böyle kabul edildikleri için mi bu özelliğe sahip olduğu sorusunu cevaplamaktadır<sup>65</sup>. Raz, iyi ve kötünün, değerli ve değersiz oluşun, kişiden kişiye değiştiğini savunan bir görecelilikten yana değildir. Tam tersi somut durumda tecrübe ettiğimiz değer yahut iyiyi içeren eylemi, nesnel ölçütlerle yargılayabiliriz. Aynı zamanda eylem sebebi olan ve davranışı iyi veya kötü kılan özellikleri, türün mükemmellik standartları belirler. Mükemmelliğin türe dayanan standartları örneğin bir resmi güzel olarak değerlendirmenin koşuludur. Böylece iyinin bir örneğini daha genel olan bir iyi kavramı altına sokmak suretiyle anlarız. Toplum ve kültürdeki evrim ve değişimler bir yandan yeni değerler yaratırken, bu yeni olanlar daha önceden mevcut ve bilinen değer kavramlarının altında toplanmak suretiyle tanınır, bilinirler. Var olan değerler, yenilerin kabulüne olanak sağlar fakat diğer yandan yeniler de bilinen değer kavramlarında

<sup>63</sup> Raz, "The Practice of Value", [http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz\\_02.pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz_02.pdf), Çevrimiçi; 12.01.2005 ; Raz, **Value, Respect and Attachment**, s.161-163.

<sup>64</sup> Ulrike Heuer, "Raz On Values and Reasons", <http://www.phil.upenn.edu/~ulrike>, Çevrimiçi, 31.11.2004.

Raz, değere uygun biçimde bağlanmaya özel bir vurgu yapmakta ve onu değerine bilinçli olmadan gerçekleştirmekten, örnekler vermek suretiyle ayırtmaktadır. Müziği dikkatle dinlediğimizde, bir romanı anlayarak okuduğumuzda, arkadaşlarımızla vaktimizi, onlarla ilişkilerimize uygun şekilde geçirdiğimizde böyle davranmış oluruz. Ancak Raz'ın bu örnekleri bize uygun bağlanma kavramı için genel bir ölçüt sunmamaktadır. Anlayarak okunması gereken bir roman böyle okunmamışsa, roman hakkındaki değer yargısı farklı olacaktır. Böylece eğer bir konuya uygun olan davranışımız değişirse, onun değeri de değişir. Uygun biçimde bağlanmanın bu yorumu bizi nedenleri anlamakla değerleri anlamak arasındaki zorunlu bağlantıya yani başlangıçtaki iddiaya geri götürür. Öyle bağlantılıdır ki, değere başka biçimde bağlanırsak olması gerektiğinden farklı bir değer ortaya çıkacaktır. Yani bir değerın konusuna uygun biçimde yönelip bağlanmadıkça, esasında değer oluşturulamayacaktır.

<sup>65</sup> Dört önemli değer sınıfı özel (sosyal) bağımlılık tezine konu olmayıp devam eden bir pratiğe bağlı değildir.

1. Saf duyuşal ve algısal zevkler (beğeniler): Bunlar anluk zevklerdir ve yalnızca kültürel değerlerle bütünleştiğinde, bunların yapıcı unsuru elemanları olduğunda, insan hayatının önemli bir bölümünü meydana getirir.
2. Doğal fenomenlerin -örneğin gün doğumunun güzelliği gibi- estetik değerleri: Bunlara ulaşmak kültürel bağlantılıdır ama var oluşları böyle değildir.
3. Aracı ve kolaylaştırıcı değerler: Diğer değerlerin gerçekleştirilmesini ve izlenmesini mümkün kılan ya da kolaylaştıran değerler. Araşsal değerler insanlara, diğer değerlere bağlanma kabiliyeti verir. Örneğin özgürlük...İnsan, hiç kimse farkına varmasa da özgür olabilir ve bu anlamda özgür olmasını olanaklı kılan bir pratiğe ihtiyacı yoktur. Özgürlük, insanların seçimlerine konu çeşitli değerlere uymalarına olanak veren bir değerdir. Ahlakî değerlerin çoğu da bu türdendir. Örneğin adalet böyledir. Ayrıca ilişkilerin elemanları bir değer unsurudur. Bu ilişkiler özel teze konu olurlar ancak adalet bir kimseye adaletsiz davranılmamasının bir koşulu olarak özel teze konu olmaz.
4. İnsanın ve kendileri bizzat değerli olan diğer değer taşıyıcılarının değeri. devam eden pratiklere bağlı değildir.

Raz, "The Practice of Value", [http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz\\_02.pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz_02.pdf) . Çevrimiçi; 12.01.2005.

değişime yol açabilir<sup>66</sup>. Operanın bir sanat formu olarak belirlenebilir bir period içinde ortaya çıkan ve bundan önce var olmayan tarihi bir ürün olduğunu yadsımak güçtür. Onun yaratılması ve varlığının devamı sosyal pratiklerin mevcudiyeti ile olanaklı kılınmaktadır. Bu yüzden operanın mükemmelliği gibi hukukun mükemmelliği de (hukuk devletini fazileti ya da hukukun iddia ettiği meşru bir otoriteye sahip olması) aynı sosyal pratiklere bağlıdır. Opera, dostluk veya devlet kavramı; bir opera eserini, bir dostluk ilişkisini ya da bir devlet biçimini iyi olup olmadığını değerlendirmede yardımcı olan, türe özgü mükemmellik standartlarıdır<sup>67</sup>.

Tarihsel süreç içerisinde toplumsal uygulamalarla varlık kazanan ve değer konusu hakkında hüküm vermek üzere karşılaştırdığımız, türe özgü mükemmellik standartları, sosyal olmasa bile tarihi bir göreceliliğe işaret etmekte midir? Yani değerlendirme yaparken kullandığım "kavram" kriterler ancak belirli bir dönemin ürünüdür. Nesnellik ve genel geçerlik kabul edilse bile bu yalnızca tarihin belli bir zaman dilimine aittir. Değerler ortaya çıktıkları gibi kaybolabilirler. Bu tür bir tarihi rölativizm Raz'ın değer şemasıyla tam uyuşmamaktadır. Onun açısından da sosyal yaratımlı tüm iyiler, zamanın belirlenebilir bir periyodunda doğmuştur ve gelecekte de tamamen unutulabilir. Fakat söz konusu değerleri daha ileri bir zaman diliminde hatırlayıp yeniden keşfedebiliriz. Bir bakıma bu onların varlığını sürekli kılar<sup>68</sup>.

Sosyal bağımlılık tezinin, değerlerin evrensel olduğunu yadsıma zorunluluğu da yoktur. Raz, bu anlamda zaten değerlerin varlığı ile ulaşılabilirliğini ayırmakta ve yukarıdaki açıklamalar değere ulaşmanın sosyal bağlantı içinde olanaklı bulunduğuna işaret etmektedir. Yoksa değerler varlık kökeni itibarıyla metafizik kaynaklı da olabilir ama biz ona ancak toplumsal uygulamalarıyla ulaşabilir ve anlayabiliriz. Ayrıca yalnız anlaşılması değil tarihsel ürünler şeklinde bizzat toplum da değerler yaratmaktadır. Böylece değerlerin toplumsal bağıntılı oluşu, evrensel olmayacağı anlamına gelmez. Değerlerin evrenselliği ile yerelliği ve de varlığının toplumsal bağlantılı oluşu ile akılla anlaşılabilirliği birbiriyle uzlaştırılmaz çelişkiler değildir. Değerin ne olduğunu, onu neyin değerli yaptığını anlayabiliriz. Bu da değerler alanının akılla kavranabilir fenomenler olmasından ileri gelir. Eylem nedenlerimiz, eylemlerimizi anlaşılır kılar ve ancak nedenler üzerine eyliyorsak bu durumda hareketimiz bize aittir.

Nedenler, eylemi niçin yaptığımızı açıklayabilir fakat alternatifi yerine niçin onu seçtiğimizi izah etmez<sup>69</sup>. Raz, nedenlerin bazı koşullar altında seçenekli olduğuna inanmaktadır. Eğer bir neden bir şeyi yapmamızı, başka bir neden ise aynı şeyi yapmamamızı söylüyorsa bunlardan herhangi biri seçilmeye elverişli olabilir. İki yarışan sebep karşılıklı birbirini çürütemediğinde, onlardan sadece bir tanesine uyulsa da, diğer seçenekten kaçınmak için de karşı bir gerekçe sunmaz. İki yarışan

<sup>66</sup> Joseph Raz, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, Oxford, Oxford University Press, 2000, s. 217, 208-209.

<sup>67</sup> Raz, "The Practice of Value", [http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz\\_02.pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz_02.pdf), Çevrimiçi: 12.01.2005.

<sup>68</sup> Raz, *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, s.148-149.

<sup>69</sup> Raz, *Value, Respect and Attachment*, s.73-76.

nedenden birinin diğerini ortadan kaldıramamasının nedeni ya eşit kuvvette olmaları ya da güçlerinin karşılaştırılamamasıdır. Onun nedenlere dayanan değerler açıklaması, rasyonel karar verirken, kuvvet ve yoğunlukları ortak ölçülemeyen pek çok nedenin olabileceğini benimser. Bazı hallerde bir şeyi yapma nedeni ile yapmama nedeni aynı derecede doğru olabilir. Nedenler ortak ölçülemez olduğunda her iki yönelimi seçmek de makul olabilir. Bu da aynı zamanda değer plüralizminin neden ortaya çıktığının doğrulanmasıdır. Örneğin hükümetin eğitime mi yoksa sağlığa mı yaptığı yatırımları arttırmasının daha önemli olduğu sorusunun cevabı yoktur<sup>70</sup>.

Fakat tüm bu söylenenler seçenekli nedenlerin, zorunlu nedenlerle çatışmaması koşuluyla geçerlidir. Zorunlu ya da çürütücü neden, bir başka nedeni doğrudan geçersiz kılan daha güçlü bir sebeptir. İşte meşru otorite tarafından yöneltilen kurallar da özel bir “neden” türüdür. Otoritenin direktifleri, özneleri açısından, başka nedenlere dayanarak eylemde bulunmamak konusunda dışlayıcı (exclusionary) bir çürütücü nedendir. Görülüyor ki, hukuk alanına gelindiğinde durum değişmektedir. Hukuki otorite tarafından yöneltilen kural, hareket nedenlerimizden birisidir. Şu farkla ki; o artık diğerleri karşısında üstündür, korunmuştur ve öteki tüm nedenleri çürütmektedir. Çağdaş toplumların çoğunda hukuk, sınırsız otorite iddiasında bulunan tek insan yapıtıdır. İçeriğinden bağımsız bir biçimde, kendisine itaat yükümü bulunduğunu ileri sürer. Fakat bundan hukukun, içeriği her ne olursa olsun bu itaati mutlak anlamda talep ettiği sonucu da çıkarılamaz<sup>71</sup>. Bunu bir örnekle açıklayacak olursak; çocuğunuzun yaralanması onu hastaneye götürmek için 120 km hızla araba kullanmanız için bir nedendir. Bu ise halihazırda mevcut 90 km hız limitine ilişkin hukuki yükümlülüğümü ortadan kaldırır. Raz’ın ifadesine göre birinci neden üstün gelmektedir. Kimi zaman ahlaka aykırı ve adil olmayan yasaların otoriter bağlayıcılığının bulunmadığını yadsımak güçtür<sup>72</sup>.

Tüm bu değerlendirmelerden varılabilecek sonuç, hukuku ne zaman ve nasıl otoriter kabul edeceğimiz hakkında, Raz’ın düşüncelerinde ortaya çıkan belirsizliklerdir. O, bir taraftan hukukun otoritesini korumak arzusundadır. Joseph Raz, hukukun varlık ve içeriğinin, ahlaka başvurulmadan, kaynaklarına (kanunlar, yargı kararları, örf ve adet hukuku vs.) göre belirleneceğini savunan hukuksal pozitivistlerdendir. Bu çerçevede içinde kalan pozitivism anlayışı, hukukilik kriterinin, ahlakilik kriterini içermeyeceği düşüncesindedir. Hukuki pozitivism, geçerlilik fonksiyonunu “tanıma kuralı”nda toplamaktadır. Kaynağa dayanan tanıma kuralı sayesinde bir norm, hukuk normu olarak geçerli kılınabilir. Örneğin, “parlamentonun çıkardığı

<sup>70</sup> Heuer, “Raz On Values and Reasons”. <http://www.phil.upenn.edu/~ulrike>. Çevrimiçi, 31.11.2004; Raz, **Engaging Reason: On the Theory of Value and Action**, s. 96-98; Rüdiger Bittner, “Stronger Reasons”, **Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**. Edited: Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2003, s.18-19; Joseph Raz, “Incorporation by Law”, **Legal Theory**, Nr:10, Yıl:2004, s.4-5.

<sup>71</sup> Raz, **Engaging Reason: On the Theory of Value and Action**, s. 96-98; Raz, **Morality of Freedom**, s.76-78.

<sup>72</sup> Bittner, “Stronger Reasons”, **Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**, s.23; Raz, **Morality of Freedom**, s.76-78.

şey yasadır" biçimindeki bir tanıma kuralında, hukuk ve onun geçerliliği içerikten bağımsızdır. Bu durumda normun geçerliliğini, onun değerine bağlı tutmak mümkün değildir<sup>73</sup>. Raz'ın otorite tezinde kullandığı kavramlarla konuşacak olursak, otoritenin kullandığı haklı nedenler, özellikle ahlaki olanlar dahil, bağımlı nedenleri<sup>74</sup> dışlama iddiasındadır. Oysa esnek (yumuşak) pozitivizmde, tanıma kuralı, hukuki geçerlilik kriteri olarak bağımlı nedenlere yer verir. Raz, bu tür bir pozitivizm<sup>75</sup> karşı mücadele etmektedir<sup>76</sup>. Ahlaki prensipler, "katılım(incorporation)" yoluyla ülke hukukunun parçası haline getirilemez. Oysa kimsenin, bir başkasına görev yüklemesi konusunda iradesini ortaya koyarak bu amacını gerçekleştiremeyeceğini söyleyen yine Raz'ın kendisidir. Eğer hükümet ve onun otoritesi, diğerlerinin hayatına etki edecek şekilde karışabiliyorsa bunun sebebi böyle davranma hakkını veren geçerli prensiplerin varlığıdır. Hükümetin insan yapımı yasalarına meşruiyet sağlayan, ahlaki içerikli bu ilkelerdir. Ancak ahlaki ilkelerle doğrulanmış hukuki görevler, öznelerini bağlayıcı kılar. Nedenlere bir de otorite tarafından baktığımızda, onun dile getirdiği hukuki ifadelerde beliren eylem sebepleri aynı zamanda ahlaki nedenleri yansıtmaktadır. Bir diğer deyişle bu tip ifadeler açık ya da örtülü, insanların davranışlarını yönetecek ahlaki nedenler öne sürer<sup>77</sup>. O halde ahlaka dayandırılarak genel bir itaatın temellendirilemeyeceğini söyleyen Raz çelişmekte midir? Kanımca, burada söylemeye çalışılan, makalenin başında analiz ettiğimiz tüm unsurlar dikkate alınsa da genel ve mutlak bir hukuka itaat görevinin bulunmadığıdır. Yoksa ahlaki nedenler dışlanmamaktadır. Tam tersi her şey bir arada değerlendirildiğinde, Raz'ın sisteminin niçin otoriteye uyarız sorusuna verdiği cevap, otoritenin doğruyu ve iyiyi (değerli olan anlamında) daha iyi bildiği ve sosyal işbirliğini sağladığı varsayımına gelip dayanmaktadır. Doğru nedenlere kılavuzluk etmesi beklendiği için otoriteye güvenilmektedir. Onu meşrulaştıran, öznelerine verdiği hizmettir

<sup>73</sup> Gülriz Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 52, Sayı:3, s. 154-155,168.

<sup>74</sup> Diğer taraftan nehir örneğini hatırlayacak olursak; nehrin kirletilmesine karşı bir konvansiyon meydana getirmek suretiyle hukuk, sosyal işbirliği amacına hizmet edip, yükümlü kılacaktır. İnsanlar çöp atmaya devam ederse bağlayıcılık doğmayacaktır. Aslında çöp atmamak konusunda uzlaşma sağlansa bile itaat yükümü yasadan değil bu sosyal pratikten kaynaklanmaktadır.

<sup>75</sup> Günümüzde hukuki pozitivizm akımı içindeki görüş ayrılıkları kendini hissettirmektedir. Bu farklılaşmanın sert pozitivist kanadında yer alan Raz, esnek pozitivistlerden ayrı düşmektedir. Raz gibi, hukuki pozitivizmin ilk biçiminin taraftarları hukukun, ahlaka göre belirlenmeyeceği iddiasını taşırlar. Buna karşın esnek hukuki pozitivistler, hukuki geçerlilik kriterine ilişkin herhangi bir sınırlamaya karşı çıkarak hukukun, kısmen dahi olsa ahlakiliğe göre belirlenmesini olanaklı bulmaktadırlar. Burada esnek hukuki pozitivistler açısından ortaya çıkan problem, tartışmalı bir doğası bulunan ahlakiliğin, hukukun varlığının ve geçerliliğinin belirlenmesinde konvansiyona (uzlaşmaya) varılmasını önleyecek anlaşmazlıklara götürecektir. Gerçi bu problem, hukuki pozitivizmin temel amacı, hukuki kesinlik ve belirliliği sağlamaktan ibaret görülürdüğünde anlam taşır. Ancak esnek pozitivistler, hukuk alanında en azından belli bir dereceye kadar kesinliğin bulunmayabileceğini kabul etmektedir. Pozitivizmin içindeki bu tartışmaların daha ayrıntısına girmekle beraber, geleneksel pozitivizmin görünümünün değişikliğe uğradığı, doğal hukuka yakınlığı iddiasını, tartışmalı olmakla birlikte öne sürmek kanımca yanlış olmayacaktır. Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü", s. 169-170.

<sup>76</sup> Leiter, "The Naturalistic Turn in Legal Philosophy", s.4-5.

<sup>77</sup> Raz, "Incorporation by Law", s.6; Kramer, "Requirements, Reasons, and Raz: Legal Positivism and Legal Duties", s.380-381, 404-406.

bir diğer deyişle süjelerinin ne yapması gerekiyorsa, onu yapmalarına hizmet etmektedir. Tüm bunların üstünde diğer bir ön kabul ise, makalenin başında da belirtildiği gibi Raz tüm hukuk sistemleri için geçerli olabilecek genel bir hukuki otorite teorisi yerine liberal-demokratik bir hukuk düzenini model almakta, bu sisteme ait hukuki görevlerin ahlaki statüsü adına konuşmaktadır. Vatandaşların doğrudan ya da dolaylı şekilde yasaların yapılmasına katıldığı liberal-demokratik bir hukuk rejimi tarafından empoze edilen görevlerin ahlaki bağlayıcılığının bulunduğu düşüncesindedir. Oysa liberal-demokratik sistemler, tüm hukuk sistemlerini temsil etmez ve bu yüzden hukukun varlığı ve fonksiyonu için asli ve zaruri olduğu düşünülmez<sup>78</sup>. İşte neredeyse tüm sistemini ahlaki meşruiyet zeminine oturtan Raz, bunun hukuki pozitivizmle üstelik en sert haliyle nasıl bağdaştırılabilmektedir? Kendi açıklamasına göre bu çelişki, ahlaken meşru olanın, ahlaki dışarıda bırakılması ile çözülecektir. Hukuk, yaşantımızda değişiklik yapmayı arzu ettiğinden, bu hedefe ulaşması aynı zamanda ahlaki dışılaşmasına bağlıdır. Paradoksal bir sonuçla yüzleşmek kaçınılmaz hale gelmektedir. Birincisi, hukuk, ahlaken doğrulanabiliyorsa bağlayıcıdır. Bu mutlaka böyle olduğunu göstermese de en azından böyle bir iddia sunar. Buna bağlı ikinci sonuç, hukukun ahlaken meşruiyeti taşıması ile beraber, ahlaki dışarıda tutulmasında bir sakınca yoktur. Tarafların aralarında yaptıkları sözleşmeler hukuken bağlayıcıdır, kişinin hak ve görevlerinde değişim yapar. Keza aynı şekilde çatışma kurallarına göre, yabancı hukuka atf yapıldığında kişilerin hak ve görevleri uluslararası hukuka göre belirlenebilir. Ama ne uluslararası hukuk ne de sözleşme, ülke hukukunun parçası haline getirilip, onunla bütünleştirilmiş olmaz. Benzer şeyler ahlak kuralları için de söylenebilir. Ahlaki standartlar da hukuk açısından bağlayıcı olabilir ama (tanıma kuralı ile) onun bir parçası değildir. Mahkemeler açısından bağlayıcı standartlar ile yürürlükteki hukukunun bir parçası olmak arasındaki ayırım pratik sonuçları yönünden çok önemli görülmeyebilir ama politik bir kurum olarak hukuku tanımlayabilmek için hayati öneme sahiptir. Ahlaken meşru olan hukuk ve onun otoritesi, ahlakın uygulanma biçimini de değiştirebilir. İlk olarak hukuk, soyut ahlaki düşünceleri somutlaştırıp, belirginleştirerek bu değişimi gerçekleştirir. İkincisi, ahlaki ilkelere kamusal ve somut bir form verdikten sonra, bunlar yine hukuk tarafından bütünleştirilir ve yürürlüğü güvence altına alınır. Özellikle ahlaka uyanlar ve uymayanlar arasındaki adil olmayan ilişkileri önleyerek ahlaka yönelik güveni pekiştirir. Üçüncüsü de, ahlaki amaçların ve ahlaken arzu edilen koşulların elde edilmesini kolaylaştırır. Bu belirleme hukukun içeriğinin tüm bir sistem halinde ve tanıma kuralı içinde, ahlaki bir geçerliliğe bağlanamayacağına dairdir<sup>79</sup>.

Raz'ın sınırları çok esnek olan otorite teorisi, belli maksimlerle soyut çerçeveler çizmekte ama içeriğin nasıl somutlaştırılacağını göstermemektedir. Adeta bir ideal-

<sup>78</sup> Kramer. "Requirements, Reasons, and Raz: Legal Positivism and Legal Duties". s.380-381, 404-406.

<sup>79</sup> Anayasanın bazı hükümleri, kimi ahlaki ilkeleri - değiştirilme ya da hariç tutulmaya karşı - yine kendisi koruma altına almıştır. Örneğin anayasada yer alan ifade özgürlüğü, ahlakiliğin bu yansımasının (ifade özgürlüğü) parlamento eli ile değiştirilme gücünü sınırlar. Anayasadaki ahlaki mülahazalara yapılan atıf, ahlak ile bütünleşme (incorporation) konusunda başvurulacak bir örnek olmayıp, yasamanın ahlaki değiştirilmesini ya da dışarıda bırakmasını bloke etmektedir. Raz. "Incorporation by Law". s.8-15.



leştirme söz konusudur. İdeal işleyen bir hukuki mekanizmanın, ideal otorite figürü ve ideal özneleri betimlenmeye çalışılmıştır.

Halbuki geleneksel otorite hiyerarşik bir düzendir ve eşitliği varsaymaz<sup>80</sup>. Kamusal tartışmada argümanlara başvurup, açıklama getirerek ikna etmek, bir iktidar türü olarak geleneksel otorite ile uyuşabilir bir durum değildir. Günümüzde ise bu kavram, iktidar artı meşruiyetin kabulüne denk düşmektedir. Mevcut hukuksal düzenin değerini doğrulayan ilke meşruiyettir. Meşruiyet ile yasallık arasındaki ayırım, otorite ile demokrasi arasındaki çelişkiyi ifade ettiği ölçüde korunmalıdır. Eşitlik, kamusal alanda tartışma, rasyonel uslamlama gibi demokratik değerler, otoritenin karşısında yer almaktadır. Yeni otorite uzlaşma dayalı ve pazarlık edilebilir bir şeydir ve artık kendini haklı çıkaracak gerekçeler savunarak doğrulanabilir olmalıdır. Demokratik değerler, kavramın geleneksel patriarkal anlamını aşındırmıştır<sup>81</sup>.

Raz'ın teorisi de bu çağdaş liberal anlayışa uygun düşmektedir. Otoritenin günümüzdeki dönüşümü sosyolojik, ekonomik ve psikolojik nedenlere bağlıdır. Geleneksel otoriteyi zayıflatan etkenlerin başında iktisadi dönüşümler, kültürel yaşam ve kuşaklararası ilişkilerdeki değişimler gelir. Özellikle belirli üretim tarzı ve ilişkilerinin, kavramı başka bir içerikle, yeni bir boyuta taşıdığı yolundaki görüşlere değinmeden geçmek doğru olmayacaktır<sup>82</sup>.

Son söylenebilecek sözler Raz da dahil, otorite üzerine yapılacak bir çalışmanın, kavramın yapısı gereği eksik kalmaya mahkum bulunduğuudur. Konu ne kadar başarılı ele alınırsa alınsın - ki burada Joseph Raz'ın detaylı ve incelikli analizlerinin başarısını kabul etmekle birlikte- sadece hukuki boyutu ile ortaya konamaz. Yukarıdaki satırlarda kısaca değinmeye çalışılan politik, sosyolojik, ekonomik, tarihi ve psikolojik süreçler, kavramın bir çok değişik cephesine işaret etmektedir. Otoriteyi tipikleştirmede başarılı bir model kurmuş olan Weber, üçlü bir ayırım yapmaktaydı. Geleneksel, karizmatik ve rasyonel otorite... Geleneksel, karizmatik ya da Raz'ın yaklaşımında olduğu gibi rasyonel olsun, otorite-itaat ilişkisi değişik görünüm altında varlığını sürdürmektedir. İnsanlık tarihinin yakın geçmişi de tüm bu tiplerin kısa aralıklarla birbirini izlediğini hatta aynı zaman diliminde birlikte var olabildiğini göstermektedir. İtaatin de, itaat eden açısından değişik motifleri vardır ve bu da otorite tipi ile bağlantılıdır. Öyle ki direktife ve onu yöneltene uyma nedenleri bile

<sup>80</sup> Otorite, gücünü çocukluk sırasında bilinçdışına (üstben) kazınan baba imgesi ile kurulan bağdan alır. Çocuk, itaat etmediğinde tamamen bağımlı olduğu ana-babasının sevgisini yitirmekten korkar. Onun toplumsallaştırılmasında, terk edilme duygusu biçimlendiricidir. Sevgisinin kaybedilmesinden, terk etmesinden korkulan ana-baba otoritesini, toplumsallaşma ile beraber artık toplum üstlenmeye başlar. Otoriteye itaat edilmesinin nedeni, çocukluktan kalma ve destekleyici sevgisini kaybetmekten sakındığımız ebeveyn figürü ile emir verenin -bilinçdışında- iç içe geçmesidir. Mendel, **Bir Otorite Tarihi: Süreklilikler ve Değişiklikler**, s. 58-59, 89.133.214.

<sup>81</sup> Mendel, **Bir Otorite Tarihi: Süreklilikler ve Değişiklikler**, s. 30,42-43,102.

<sup>82</sup> Bu dönüşümü demokrasi ile çeliştiği iddia edilen liberalizmin ekonomik boyutunun yani kapitalizmin gerçekleştirdiği söylenmektedir. Kapitalist üretim tarzı ve ilişkileri, çalışanlar üzerinde -gönüllü olarak iş yerine katılımla - ilk bakışta dışsal bir zorlama belirtisi olmadan içselleştirilmiş bir öz disiplin, kendi üzerinde otorite geliştirmektedir. Öznenin kendisinin sömürülmesine gönüllü katılımı salt bir işten atılma korkusunun ötesinde gönüllü köleliği gerektirmektedir. İşyerinin onun için arzu nesnesi olması ve yaratıcılığını, tüm benliğini işyerinin hizmetine sunması beklenmektedir. A.e., s. 237-252.

birbirinden farklılaşabilir. Raz'da konunun teknik cevabını ararken bu ayrışmayı netleştirmemektedir. Hukukun otoritesinin ve hukuki otoritenin rolü paralel gitmekte hatta zaman zaman hukuki otoritenin ön plana geçtiği görülmektedir. Özellikle otoritenin yaptığı düzenlemelerle yani direktifleriyle yeni sosyal pratikler oluşturmak, var olanların yönünü değiştirmek üzere bağımlı nedenlerden ayrılabilmesi olasılığında, değer yaratıcısı konumuna bile gelmekte ve sosyal bağlılık tezinden uzaklaşmaktadır. Hukuki otorite , sosyal pratiklerin yarattığı türün mükemmellik standartları yerine yeni uzlaşmalar yaratmaktadır. Gerçi otoritenin söz konusu direktiflerinin içerik itibarıyla yerleşip kök salması yine toplumda yerleşmesine bağlıdır. Hukukun olgusal yanına yapılan bu vurgu ise Raz'ın pozitivist biçimciliğini, hukuki içeriğe girmek suretiyle zorlamaktadır.

Kaldı ki Raz'ın otorite şeması başta gelmek üzere onun hukuk teorisinden farklı yorumlara gidilebildiğini, hakkında yazılanlardan da gözlemleyebiliriz. Bunun nedeni belki de yaşayan bir hukuk filozofu olarak uzlaştırımacı niteliği ağır basan ve üçüncü bir halin olanaklılığını sağlamaya çalıştığı sisteminin kurulmaya devam etmesidir.

## BİBLİYOGRAFYA

- Aıyar, S.: "The Problem of Law's Authority: John Finnis and Joseph Raz on Legal Obligation", **Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy**, Vol: 19, Issue: 4, Netherlands, Kluwer Academic Publisher, 2000, s. 465-489.
- Aktaş Sururi: "Hart ve Dworkin'e Karşı Otorite Olarak Hukuk", **AÜEHFD**, C.VIII, S.3-4, 2004, s. 3-21.
- Bittner, Rüdiger : " Stronger Reasons", **Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**, Edited: Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2003, s.17-23.
- Bowden, Geoffrey. C.: "The Complexities of Perfectionist Theories of Toleration", <http://www.daneprairie.com>, Çevrimiçi, 12.01.2005.
- Durning, Patric : "Joseph Raz and the Instrumental Justification of a Duty to Obey the Law", **Law and Philosophy: An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy**, Vol: 22, Issue: 61, Netherlands, Kluwer Academic Publisher, 2003, s. 597-620.
- Harris, JW.: **Legal Philosophies**, Second Edition, London, Butterworths, 1997.
- Heuer, Ulrike: "Raz On Values and Reasons", (Çevrimiçi) <http://www.phil.upenn.edu/~ulrike>, 31.11.2004.
- Kramer, Matthew H. : "Requirements , Reasons, and Raz:Legal Positivism and Legal Duties", **Ethics**, Volume:109, January 1999, s.375-407.
- Kymlicka, Will: **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, Çev: Ebru Kılıç, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004.
- Leiter, Brian : "The Naturalistic Turn in Legal Philosophy", **APA Newsletters**, Spring 2001, Volume:OO, Number:2, s.1-9.
- Lukes, S. : "Perspectives on Authority", **Authority**, Edited by:Joseph Raz, Oxford, Basil Blackwell Ltd, 1990, s. 203-217.
- Marmor, Andrei :**İnterpretation and Legal Theory**, Oxford , Oxford University Press, 1996.
- Marmor, Andrei: "Authority, Equality and Democracy", [www.as.huji.ac.il/Marmorauthority\\_equality\\_and\\_democracy.pdf](http://www.as.huji.ac.il/Marmorauthority_equality_and_democracy.pdf), 12.01.2005.
- May, Thomas : "On Raz and the Obligation to Obey the Law". **Law and Philosophy**, Volume:16, Issue:1, Netherlands, Kluwer Academic Publisher, 1997, s.19-36.
- Mendel, Gerard: **Bir Otorite Tarihi: Süreklilikler ve Değişiklikler**. Çev: Işık Ergüden, İstanbul, İletişim Yayınları, 2005.

- Mulhall, Stephen and Swift, Adam: **Liberals and Communitarians**, Oxford, Blackwell Publishes, 1997.
- Patrick, Neal : “Perfectionism with a Liberal Face? Nervous Liberal and Raz’s Political Theory”, **Social Theory & Practice**, Spring 94, Vol:20, Issue:1, s. 25-35.
- Patterson, Dennis M.: “Dworkin on the Semantics of Legal and Political Concepts”, <http://www.law.upenn.edu/academics/institutes/ilp/200405papers>, Çevrimiçi;03.04.2005.
- Raz, Joseph : “Authority and Justification”, **Authority**, Edited by:Joseph Raz, Oxford, Basil Blackwell Ltd, 1990, s. 115-141.
- Raz, Joseph : “The Practice of Value”, [http:// www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz\\_02.pdf](http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/Raz_02.pdf) , Çevrimiçi; 12.01.2005.
- Raz, Joseph : **Value, Respect and Attachment**, United Kingdom, Cambridge University Press, 2001.
- Raz, Joseph : **Engaging Reason: On the Theory of Value and Action**, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- Raz, Joseph : **Ethics in Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics**, Revised Edition, Clarendon Press, 1996.
- Raz, Joseph : **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**, Edited by: Joseph Raz, Oxford, Clarendon Press, Oxford 1979.
- Raz, Joseph : **Morality of Freedom**, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- Raz, Joseph : “Incorporation by Law”, **Legal Theory**, Nr:10, Yıl:2004, s.1-17.
- Rentto, Juha Pekka : “Obligation to Obey”, **ARSP :Law and State in Modern Times**, Beiheft.Nr:42. Stuttgart 1990, s. 193-205.
- Roberson, Christopher : “The State as Rational Authority: An Anarchist Justification of Government”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Yıl:1998, 18 (4), s.617-630.
- Simmel, Georg: “Tahakküm”. Çev: Serkan Gölbaşı, **İÜHFM, C. LXII, S.1-2**, İstanbul 2004, s.489-514.
- Tebbit, Mark: **Philosophy of Law: An Introduction**, London and NewYork, Routledge, 2000.
- Uygur, Gülriz: “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**”, Cilt: 52, Sayı:3, s. 145-176.
- Üskül, Zeynep Özlem : **Bireyciliğe Tarihsel Bakış**, İstanbul, Büke Yayıncılık, 2003.
- Waldron, Jeremy : “Authority for Officials”, **Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**, Edited: Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, Oxford, Oxford University Press, 2003, s.45-69.
- Waldron, Jeremy : **Law and Disagreement**, Oxford, Clarendon Press, 1999.



# FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY'NİN HUKUK ANLAYIŞI

Ali ACAR\*

## GİRİŞ

Bu makale, XIX. yüzyılda, hukuk felsefesi ve bir ölçüde hukuk sosyolojisi literatürüne katkıda bulunmuş olan ve Tarihsel Hukuk Okulu'nun kurucusu olarak bilinen Friedrich Karl von Savigny'nin hukuk teorisini ana hatları ile ortaya koymaktadır. Makale, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde yürütülmekte olan yüksek lisans tez çalışmasının bir bölümünün tekrar düzenlenmesinden oluşturulmuştur. Çalışmanın burada yer almayan diğer bölümlerinde, Savigny'nin teorisinin oluşmasını sağlayan ana etkenler üzerinde durulmuş ve bu teorinin, hukukun doğası kavramı çerçevesinde incelemesi yapılmıştır.

Tez çalışmasının bir bölümünü oluşturan aşağıdaki metin, yalnız hukuk felsefesi okumasına konu olabilme potansiyelini taşımaktadır. Bu nedenle ayrı bir bölüm halinde sunulmasında sakınca görülmemiştir. Bu makale için, asıl tez metnindeki bölüm büyük oranda korunmuş, ancak gerekli yerlerde düzeltmeler yapılmıştır.

Savigny'nin teorisini<sup>1</sup>, ana hatlarıyla beş bölümde incelenmiştir. İlk bölümde, onun, hukukun oluşumuna ve kaynağına dair temel düşünceleri ve evrimsel bir hukuk anlayışının örneği olan Savigny'nin teorisindeki hukukun gelişim aşamaları üzerinde durulmuştur. Bu bölüm, temelde birinci bölümün ilk kısmı ile bağlantılı olarak oluşturulmuş ve kimi yerde tekrarlarla kaçılmıştır. Ancak, bu tekrarlar teorinin farklı bir açıdan değerlendirmesini ve daha çok vurgu yapmak amacıyla yapılmıştır. Bir bütünlük gösteren Savigny'nin teorisinin öne çıkan diğer hususları; pozitivist hukuk anlayışı, resepsiyona karşı çıkışı ve kodifikasyon konusunda görüşleri ve daha sonra da doğal hukuka bakışı ve bu anlayıştan etkilendiği hususlar ilerleyen bölümlerde ele alınmıştır. Daha sonra kısa bir değerlendirme yapılarak çalışma tamamlanmıştır.

## I. Savigny'ye Göre Hukukun Kaynağı, Oluşumu ve Gelişim Aşamaları

### A. Hukukun Kaynağı ve Oluşumu

*Hukukun kaynağı* Savigny için çözülmesi gereken önemli bir sorundur. Onun bu soruna getirdiği çözüm, XIX. Yüzyıla kadar hakim olan doğal hukuk anlayışından ayrılmakta ve bu, onun teorisinin özelliğini yansıtmaktadır.

\* Onati / İspanya Uluslararası Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi.

<sup>1</sup> Hemen belirtmekte fayda var ki Savigny bu teorisini özel hukuk alanına ilişkin olarak kurmuştur.

Savigny, hukukun kaynağı ile ilgili olarak şöyle demektedir: “Hukukun kaynağı kavramıyla, (*öncelikle ve özellikle*) hukukun (*gemeine Recht*) oluşumu ve aynı zamanda hem hukuk kurumları hem de bu kurumlardan soyutlama yoluyla oluşturulan hukuk kuralları anlaşılır”<sup>2</sup>. Daha açık bir ifadeyle o, hukukun kaynağı kavramıyla hukukun genel anlamda oluşumunu ve ayrıca tarihsel süreçte ortaya çıkan hukuk kurum ve kurallarını (kanunları) anlamaktadır. Bu belirtilenlere ek olarak Savigny, tarihsel süreçte ortaya çıkan bütün hukuk eserlerini (özellikle de Roma Hukuku kaynaklarını ve buna ilişkin olarak yazılan her türlü eseri) hukuk kaynağı kavramı içinde değerlendirmiştir. Onun **Beruf**<sup>3</sup>ta ifade etmediği; ancak **System**<sup>4</sup>de hukuk kaynağı anlayışına dahil ettiği bir başka kaynak da XIII. ve XIV. yüzyıl Alman örf-adet hukuku derlemeleridir<sup>4</sup>.

Hukukun, tarih içinde ortaya çıkışını sorgulayan Savigny, “eski kabileler nasıl olup da gerçekten hukuku geliştirmişlerdir?”<sup>5</sup> diye sormuştur. Hukukun tarihsel (belki de antropolojik) olarak nasıl ortaya çıktığını bulmaya niyetlenen bu soruya o, maalesef tarihsel bir cevap verilemeyeceğini söylemiştir<sup>6</sup>; çünkü (açıkça belirtmekle birlikte) ona göre tarih (ya da antropoloji) biliminin o gün geldiği seviye bunu tespit etmeye olanak vermemektedir. Buna rağmen o, varsayımsal olduğunu iddia ettiği ve kendi zamanında hakim olduğunu söylediği, hukukun (devletin ve toplumun) oluşumunu açıklayan toplumsal *sözleşme kuramına* karşı çıkmıştır. Savigny, her şeyin öncelikle içgüdüsel bir durumda yaşandığı (sözleşme kuramın-

<sup>2</sup> Savigny, F.C., **System des heutigen Römischen Rechts**, Erster Band, Berlin, 1840(b), s. 11. Hukuk kurumu anlayışı Savigny için son derece önemli bir kavramdır. Ona göre hukuk kuralları, yani tek tek normlar, ancak hukuk kurumlarından çıkarılabilir. Aynı şekilde yasama ve hukukçular da tek tek normları ancak hukuk kurumları kapsamında değerlendirebilirler. Bkz. Coing, H. “Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft”, **Anales de la Catedra Francisco Suarez**, Yıl: 1978-79, Sayı: 18-19, s. 96. Ayrıca hukuk kurumu kavramının Savigny'nin teorisi için bir başlangıç noktası olduğu da söylenmektedir. Bkz. Larenz, K. **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 1975, Berlin Heidelberg: Spinger Verlag, s. 14.

<sup>3</sup> Çalışma içinde **Beruf** ile Savigny'nin temel eseri “**Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**”; **System** ile ise bir diğer temel eseri “**System des heutigen Römischen Rechts**” kasdedilmektedir.

<sup>4</sup> Savigny, 1840(b), s.13. Bu derlemeler arasında önemli bir tanesi, XIII. ve XIV. yüzyıl Alman örf-adetlerini gösteren Eike von Repgow adlı bir hukukçunun *Saksonya Aynası* (*Sachsenspiegel*) olarak nitelenen derlemesidir. Bkz. Can, C., **Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon** (Basılı Olmayan Doçentlik Tezi), Ankara, 1982, s. 130; Manigk, A., “Savigny und die Kritik der Rezeption”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung**, Band: 61, 1941, s. 208. Bu kompilasyon dönemin Almanya'sında oldukça etkili bir hukuk kaynağı olmuştur. Bkz. Vinogradoff, Paul, **Roman Law in Medieval Europe**, 1961, Oxford University Press., s. 124-125. Savigny'nin bu derlemeleri hukuk kaynağı kavramına dahil etmesinde, büyük bir olasılıkla, Okul içindeki iki ayrı grubu birleştirme çabası rol oynamıştır. Tarihsel Roma Hukuku Okulu içinde zamanla başlıca iki farklı anlayış baş göstermiştir. Bunlar, Savigny'nin hukukun kaynağı hakkındaki görüşünün farklı yorumlaması sonucu ortaya çıkmıştır. Bir grup, kaynak için yalnız Alman hukuku kaynaklarını kabul ederken (Germanistler olarak bilinen bu grup okul içinde milliyetçi bir hukuk anlayışını benimsemiştir), diğer anlayış Almanlar için hukuk kaynağı kavramı olarak temelde Roma Hukuku kaynaklarını kabul etmiştir; çünkü 1495'te Almanya'da yapılan Roma Hukuku resepsiyonu uzun tarihsel süreçte Alman halkının ruhunu etkilemiş ve onun hukuku üzerinde belirleyici olmuştur). Bu farklı anlayışlar, okul içinde iki farklı grubun oluşmasına neden olmuştur. Savigny'nin çalışmalarına bakıldığında onun da Roma Hukuku üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir.

<sup>5</sup> Savigny, F.C., **Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Dritte Auflage, Heidelberg, 1840(a) s. 8.

<sup>6</sup> a.g.e., s. 8.

daki “doğa hali”ne atfen) ve daha sonra yavaş yavaş ortaya çıkan gelişmelerle mevcut gelişme seviyesine (ve hukuk düzeyine) ulaşıldığı varsayımını yadsır<sup>7</sup>. Bu kurama karşı çıkmasına rağmen o, yukarıdaki soruya tarihsel bir cevap verilemeyeceğini savunarak çelişkiye düşmüştür. Zira daha sonra kendisi de bazı varsayımlardan hareket edecektir.

O, genel anlamda, hukuku (gemeine Recht) ele aldığı anda şunu söyler: “Hukuka baktığımızda, onun bizi gerçek yaşamda her taraftan kuşattığını ve bize nüfuz ettiğini görürüz”<sup>8</sup>. Savigny, hukukun oluşumunu sağlayanın temelde *halkın bilinci* (*Bewusstsein des Volkes*) olduğunu söylemektedir. “Hukuk, kendisi için bir varlığa sahip değildir, onun varlığı gerçekte halkın kendi yaşamıdır”<sup>9</sup>. Bu bakımdan ona göre hukuk, halkın ruhundan kaynaklanır ve onunla gelişir. O, bu savı şöyle temellendirmektedir. Nasıl ki *dil* halk tarafından yaratılmış ve onunla gelişmişse, “hukuk da aynı şekilde halkla oluşur ve onunla gelişir ve halkın dokusunu/özelliğini yitirmesiyle (bu dokuyu yitirirse eğer) ortadan kalkar”<sup>10</sup>. Savigny’e göre hukuk, halkın bilincinde soyut kurallar, yani genel hukuk nosyonu olarak değil, fakat kültürel biçimlerin hepsinin, bir başka ifadeyle bütün kültür unsurlarının ( dil, din, vb.) bütünsel idraki ve hukuk kurumlarının organik ilişkisi içinde yaşayan, canlı bir algılaşma olarak mevcuttur<sup>11</sup>. Daha açık bir ifadeyle, hukuk halkın bilincinde, onun diğer unsurları gibi ve onlarla birlikte (özellikle *dil*) varolan canlı bir varlıktır ve günlük pratiklerle (örf-adetle) bu bilinç sürekli yenelenir<sup>12</sup>. Ona göre, özellikle tarihsel dönemin (ilerlemenin) erken aşamalarında halkın hukuka dair olan bu bilinci çok açık, elle tutulur kadar belirgindir<sup>13</sup>. Bunun bir nedeni, soyut düşüncenin henüz gelişmemiş olmasıdır<sup>14</sup>. Halk bu dönemde hukukunu yalnız günlük uygulamalar (örf-adet) biçiminde yaşar. Ancak daha sonraki aşamalarda da hukukun gelişmesi ve biçim alması bu anlamda halkla olmaktadır. Savigny’nin *dili* örnek göstermesi, onu halkı birleştirici ve bir arada tutan unsur olarak görmesi nedeniyle önemlidir. Ona göre hukuk da dil gibi halkı bir arada tutan birleştirici unsurlardan biridir<sup>15</sup>.

Aslında Savigny, hukukun kaynağına ilişkin olarak, içinde yaşadığı dönemi (ve onun gereklerini) de dikkate alarak, çeşitli kaynaklardan söz eder. Hukukun gelişim dönemlerini de yansıtan bu bakışa göre hukuk, temelde *halk bilincinden* kaynaklanır ve toplumsal gelişmeyle birlikte çeşitli kaynaklar onun gelişimine eşlik eder. Savigny, eğer halk, bilincinde var olan bu hukukun, tarihsel aşamalar içinde deva-

<sup>7</sup> a.g.e., s 8-9.

<sup>8</sup> Savigny, 1840 (b), s. 7.

<sup>9</sup> Savigny, 1840(a), s. 30.

<sup>10</sup> a.g.e., s. 11.

<sup>11</sup> Savigny, 1840(b), s.16; Toews, J. E., “Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State”, *The American Journal of Comparative Law*, 1989, Vol.37, s.145.

<sup>12</sup> Ancak aşağıda görüleceği üzere bu açıklama daha çok toplumun erken aşamasındaki hukuk için geçerlidir.

<sup>13</sup> Savigny, 1840(a), s. 9.

<sup>14</sup> a.g.e., s. 9.

<sup>15</sup> Honig, R. *Hukuk Felsefesi*, Çev. M. Yavuz, 1935. İkinci Basım, İstanbul: Burhaneddin Matbaası, s. 105. O, daha sonra System’de bu birleştirici unsura dilin yanında *dini* de ekleyecektir.



mını sağlamak için gerekli olan *hukuk bilimini ve hukukçuları* yaratamazsa, bu durumda halkın bilincinde varolan bu hukukun da sona ereceğini belirtmektedir. O, teorisindeki değişikliğin bir sonucu olarak *hukuk bilimi ve hukukçuların* yanına daha sonra **System**'de *yasamayı* da koyar<sup>16</sup>. Ancak önemle vurgulanmalıdır ki o, tarihsel ilerleme içinde ortaya çıktığını söylediği bu kaynaklar arasında bir hiyerarşiyi kabul eder ve bu hiyerarşide halkın bilincinden (daha sonra ruhundan- *Volkgeist* dediği) kaynaklanan hukuku temele yerleştirir. Bu çerçevede Savigny: "her hukuk, önce örf- âdetle ve halk inancıyla; sonra da hukuk bilimiyle yaratılır"<sup>17</sup> demektedir. Nitekim ona göre, daha sonra ayrıntılı olarak değinileceği gibi, oluşturulan pozitif hukuk (kanunlar) ve hukuk bilimi de temelini halk hukukundan (*Volksrecht*) alır. Bu nedenle, "hukuk kuralları da hukuk kurumlarından, yani tipik yaşam davranışlarından soyutlama yoluyla elde edilmek zorundadır"<sup>18</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi ilkel zamanlarda halk soyut düşünce açısından fakir olmakla birlikte kendine, yaşadıklarına ve sahip olduklarına dair çok güçlü bir bilince sahiptir. Savigny, halkta ortak bir bilinç yaratan unsur olarak ise "*benzer ihtiyaçların yarattığı ortak duygu*"yu göstermektedir<sup>19</sup>. Örneğin benzer ihtiyaçların yarattığı bu ortak duygu sayesinde ki birçok devlette, apartman daireleri için özel bir hukuk (kat mülkiyeti) oluşturulmuştur<sup>20</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, halkın hukuk bilinci, o toplumun ilerlemesi ve gelişmesiyle birlikte gittikçe azalmaktadır<sup>21</sup>. İlerlemeyi sağlayan ise, dışsal etkiler ya da keyfi eylemler değil, ulusal öznenin, sessiz işleyen *içsel gerekliliği (innere Notwendigkeit)*'dir<sup>22</sup>. Savigny için *içsel gereklilik* kavramı hem toplumsal ilerlemeyi hem de hukuktaki değişmeyi açıklayan temel bir kavramdır<sup>23</sup>. Onun bu kavramla tam olarak neyi kastettiği ise belirgin değildir. Onun bu kavramı "*keyfililik* korkusuna karşı kullandığı"<sup>24</sup> belirtilmektedir. Yani Savigny, hukukun oluşumuna ilişkin herhangi bir keyfi iradenin<sup>25</sup> rolünü bertaraf edebilmek adına, içsel gereklilik kav-

<sup>16</sup> Savigny, 1840(b) s. 18. Hukukun kaynağına dair bu üçlü ayrım Puchta tarafından da aynen kabul edilmiştir. Gerçi Savigny'nin bu konuda Puchta'dan etkilenmiş olması daha olasıdır; çünkü **System, Das Gewohnheitsrecht**'ten daha sonra yazılmıştır. Puchta'ya göre de hukukun üç kaynağı vardır. Bunlar, halk (örf-âdet), yasama ve hukuk bilimidir. Bkz. Puchta, G. F., **Das Gewohnheitsrecht**, Erster und Zweiter Teil, 1965, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, s. 143-148. O da Savigny gibi bu kaynaklar arasındaki hiyerarşiyi kabul eder ve temele örf-âdeti yerleştirir. Yalnız Puchta yasamayı *potansiyel gerçek hukuk kaynağı* (potentiale wirkliche Rechtsquelle) olarak nitelemiştir. Bkz. Puchta, 1965, s. 146.

<sup>17</sup> Savigny, 1840(a), s. 14, Savigny, F.C. **Grundgedanken der historischen rechtsschule 1814/40**, 1944, Tekrar Baskı, Frankfurt: Vittorio Klostermann, s. 7; Savigny, 1840(b), s. 50.

<sup>18</sup> Kaufmann, A. und Hassemer, W., **Einführung Rechtsphilosophie, Rechtstheorie der Gegenwart**, 1994, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, s. 139.

<sup>19</sup> Honig, 1935, s. 103.

<sup>20</sup> Savigny, 1840(a), s.13.

<sup>21</sup> a.g.e., s. 9; Savigny, 1944, s. 4.

<sup>22</sup> Savigny, 1840(a), s. 11, 14; Savigny, 1944, s. 4, 7; Savigny, 1840(b), s. 17-18. Ayrıca Bkz. Mollnau, K. A., "Contributions of Savigny to the Theory of Legislation, **The American Journal of Comparative Law**, 1989, Vol. 37, s. 87.

<sup>23</sup> Savigny'nin bu kavramı, onun, yukarıda belirtilen varsayımsal olarak ele aldığı kavramlarından biridir.

<sup>24</sup> Rückert, J., **Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny**, 1984, Ebelsbach: Rplf Gremer Verlag, s. 381.

<sup>25</sup> Ayrıca bkz. Savigny, 1840(a), s. 14.

ramını kullanmıştır. Nitekim o, gereklilik ve doğal kavramlarına, kendiliğinden ve özerk bir gelişim için benzer roller biçmiştir<sup>26</sup>.

“İlerleme, toplumsal işbölümünün bir biçimi ve toplumsal işlevlerin ayrılması biçiminde kendini göstermiştir. Böylece mesleki uzmanlaşma toplumsal olarak belirli işlevleri yerine getiren grupların ve bu da bireysel yaşam tecrübeleriyle, yine bireysel bilinçler arasında büyüyen farklılıkların oluşmasına neden olmuştur. Bunun sonucu olarak da kültürel bütünlüğün ve sürekliliğinin sağlanmasında zorluklar ve karmaşıklıklar meydana gelmiş ve bu da halkın tecrübelerini ve bilincini soyut ve belirsiz bir hale getirmiştir”<sup>27</sup>.

Buradan hareketle Savigny, eğer hukuk halkın ruhundan kaynaklanıyor ve onunla geliyorsa ve ilkel dönemde halkın buna dair güçlü bir bilinci varken, onun kültür zamanı dediği, modern zamanda halkın bu bilinci köreliyorsa, bu durumda temellendirme sorunu nasıl halledilecektir? Yani bu durumda ya ilk tez, yani hukukun halkın ruhundan doğduğu tezi yanlış olacak ya da bunu tamamlamak üzere başka bir dayanak ileri sürülecektir. İşte Savigny ikinci seçeneği tercih ederek, hukukun halkın ruhundan doğduğu tezini kabul etmekte ve bunu modern zamanda tamamlayan unsur olarak, (dildeki ve hukuk dilindeki gelişmelere paralel olarak) halkın azalan/körelen bilincinin, toplumsal işbölümü ve mesleki uzmanlaşmayla ortaya çıkan *hukukçuların* bilincine aktarıldığını savunmaktadır<sup>28</sup>. Böylece o, halk bilincinin hukukçular vasıtasıyla temsil edildiğini sonucuna varmaktadır. Bu noktada, Savigny'nin teorisinin büyük bir kısmı için temel oluşturulmuştur. Ne var ki Savigny'nin ilerleme ve hukukçular sınıfının ortaya çıkışına ilişkin temellendirilmesinde, **Beruf**'ta ve **System**'de belirttikleri arasında farklılık vardır. O, **Beruf**'ta, hukukçuların, halkın hukuka dair azalan bilinci dolayısıyla ortaya çıktığı söylerken; **System**'de toplumsal ilerleme (ve işbölümü) sonucu ortaya çıktığı ve böylece bu hukukçuların halktaki hukuk bilincini üstlendiklerini söylemektedir. Bu farklılık tarihsel bakımdan yanlış izahlara yol açabilirse de, Savigny bu izahı hukuk anlayışını temellendirmek niyetiyle yaptığından bu farklı açıklamalar önemli bir sorun olarak gözükmemektedir. O, bu açıklamalarda yalnızca halktaki hukuk bilincinin hukukçular tarafından temsil edildiğini göstermeye çalışmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi halk, modern zamanda hukuka dair bilincinde hukukçular tarafından temsil edilmekle birlikte, yine hukukun esas yaratıcı kaynağı olmaya devam etmektedir. Ona göre “hukukla halk arasındaki bağlantı, hukukun ileriki aşamalarında da devam eder”<sup>29</sup>. Böylece hukuk, ikili bir varlığa sahip olur; biri hiçbir zaman sona ermeyen tümüyle halkın yaşamında (bilincinde) var olan hukuk (buna örf-adet denebilir), diğeri hukukçuların elinde var olan özel bir bilim alanı

<sup>26</sup> Rückert, 1984, s. 381-382.

<sup>27</sup> Toews, 1989, s. 145.

<sup>28</sup> Savigny, 1840(a), s. 12.

<sup>29</sup> Rückert, J., “Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900, *The American Journal of Comparative Law*, 1989, Vol. 37, s. 123.

olarak" hukuk<sup>30</sup>. İşte o, aşağıda görüleceği üzere halkın bilincinde var olmaya devam eden hukuku, hukukun *politik unsuru*, hukukçuların elindeki hukuku da *hukukun teknik unsuru* olarak nitelemektedir.

### 1. Hukukun Politik Unsuru

Savigny, yukarıda da görüldüğü üzere, hukukun politik unsuru ile hukuk anlayışını temellendirdiği bir kavramı kullanmaktadır. Hemen belirtelim ki hukukun politik ve teknik unsuru ayrımı modern zamanda, yani uzman hukukçular grubunun ortaya çıktığı bir dönemde geçerli olmak üzere yapılmıştır.

Savigny, halkın modern zamandaki bilincine ilişkin olarak belirttiği körelmeye rağmen, hukukun halen halkın bilincinde yaşadığını ve bu anlamda bir taraftan halk hukukunun, daha doğrusu halkın bilincinde yaşayan bir hukukun; diğer taraftan ise hukukçuların elinde bulunan hukukun (wissenschaftlicher Jrispruddenz) varolduğunu söyler. Ona göre halk ve hukuk arasındaki ilişki, hukukun ileriki aşamalarında da devam eder<sup>31</sup> ve işte bunu da, hukukun politik unsuru olarak nitelendirmektedir. Yani o, "genel halk yaşamıyla hukukun bağlılığı" hukukun politik unsuru olarak nitelendirir<sup>32</sup>. Bu ayrımında, hem bir taraftan doğal hukuka hem de diğer taraftan iradeci pozitivist hukuk anlayışına yönelik karşı çıkışı belirleyici olmuştur. Daha sonra bu politik unsur kavramı Savigny'de, yasadanda bulunmayan; ama halkın bilincinde olan, halkın bir parçası olan "*hukuk ilkeleri*" biçimine dönüşmüştür<sup>33</sup>. İşte ikili bir hukukun söz konusu olduğu bu durumu Savigny iki kavramla açıklar. Tarihsel gelişmenin sonucu olarak modern zamanda ortaya çıkan, hukuk bilimiyle uğraşan uzman bir grubun varlığına rağmen hukuk, halkın bilincinde (özellikle erken modern toplumlarda daha belirgin bir şekilde) hala yaşamaktadır<sup>34</sup>.

### 2. Hukukun Teknik Unsuru

Savigny, hukukun teknik unsuruyla, yukarıda da belirtildiği üzere hukukçuların elindeki, bilimsel hukuk dediği hukuku kasteder<sup>35</sup>. Bu anlamda hukukun teknik unsuru için, halk hukukunun teknik yansımasıdır denilebilir. Hukukun teknik unsuru, ona göre, ancak politik unsur üzerine kurulabilir. Politik unsurdan bağımsız bir hukuk (ya da kanun) olamaz.

Savigny, dönemindeki kodifikasyonları bu iki kavram açısından, yani onların teknik özellikleri bakımından değerlendirmiştir<sup>36</sup>. Onun, hukukun teknik unsuruna dahil ettiği pozitif hukuk anlayışına aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.

<sup>30</sup> Savigny, 1840(b), s. 12. **Beruf'ta** halkı temsil etmede temel olarak hukukçulara görev veren Savigny, **System'de** buna yasamayı da eklemiştir. Bu onun teorisindeki değişimin bir başka yansımasıdır. Bkz. Savigny, 1840(b), s. 18. Bu ayrımı pozitif hukuk ve yaşayan hukuk olarak da nitelendirebiliriz.

<sup>31</sup> Rückert, 1989, s.123.

<sup>32</sup> Savigny, 1840(a), s. 12; Savigny, 1944, s. 6.

<sup>33</sup> Freeman, M.D.A, **Lloyd's Introduction to Jurisprudence**, 1994, Sixth Edition, London: Sweet&Maxwell Ltd., s. 786. Savigny bu kavramı özellikle kodifikasyona temel teşkil etmesi için kullanmıştır.

<sup>34</sup> Commentary (1972), "Savigny: German Lawgiver", **Marquette Law Review**, 1972, Vol. 55, s. 284.

<sup>35</sup> Savigny, 1840(a), s. 12.

<sup>36</sup> A.g.e., s. 54-110.

### 3. Halk Ruhü (Volkgeist)

Savigny'e atfedilen halk ruhu (Volkgeist) kavramını ilk kez kullanan o değil, "Das Gewohnheitsrecht" (Örf-Adet Hukuku) adlı kitabıyla bir diğer Tarihsel Hukuk Okulu düşünürü olan Puchta'dır<sup>37</sup>. Savigny, bu kavramı *romantik akımın* etkisi sonucu benimsemiştir<sup>38</sup>. O, *Volkgeist* kavramını öncelikle her ulusun bir devamlılığa ve deneyimlerinin birliğine sahip olduğunu göstermek ve kabul etmek için kullanmıştır. Savigny, *Volkgeist* kavramını; "her zaman geçerli, statik ve sürekli bir hukuk sistemi için uğraşmış olduğu söylenen doğal hukukçulara karşıt olarak, dinamik ve her zaman gelişen hukuk kavramı vurgusu"<sup>39</sup> için kullanmıştır. Ayrıca Savigny'nin bu kavramı ele almasının bir nedeni de yukarıda belirtilen Tarihsel Hukuk Okulu içinde bölünmedir. Milliyetçi bir söyleme kaçan Germanistlerin tavrı karşısında Savigny, bir ölçüde bu bölünmeye engel olmak için *Volkgeist* kavramını kendi teorisine enjekte etmiştir<sup>40</sup>. Bir görüşe göre, Savigny'nin bu kavramı, Montesquieu, Voltaire ve Herder'e dayandırdığı ve bir kültürü, bir birlik olarak görmek için kullandığı söylenmektedir<sup>41</sup>. Ayrıca, kavramı bu anlamda ele alarak Savigny, Fransız Medeni Kanunu'na karşı olan tavrını da belirgin kılmak istenmiştir<sup>42</sup>.

Savigny'nin *Volkgeist* kavramında metafizik bir yan bulunduğu savlanmakta ve bu sav Hegelyen felsefeye dayandırılmaktadır<sup>43</sup>. Ancak, o, bir halkta etkili olanın genel insan doğası olduğunu ve bunun da kendini *bireysel* bir tarzda açığa çıkardığını söylemektedir<sup>44</sup>. Yani, halk ruhu kavramı, bireyin üstünde duran, onun dışında bir kavram değil bilakis bireyde ve bireyle var olan bir kavramdır<sup>45</sup>. Hukukun yaratılması Savigny'e göre ortaklaşa bir eylemdir. Bu ortaklaşa olma durumunu, düşüncelerin ve eylemlerin ortaklığı altında düşünmek yalnız mümkün değil aynı zamanda gerçektir<sup>46</sup>. Ona göre *Volkgeist*, bireylerde genel insan ruhu olarak var olan bir kavramdır. İşte bu kabulde metafizik bir yön vardır. Yani her bireyde bu ruhun kendiliğinden var olacağını kabul etmek, metafizik olması bakımından bir yanılığa ola-

<sup>37</sup> Bkz. Arsal, S. M. *Hukuk Tarihi Dersleri*, 1941, Ankara: A.Ü.H.F. Yayınları, s. 18, dipnot 21; Gale, S. G., "Very German Legal Science: Savigny and the Historical School, ", *Stanford Journal of International Law*, 1982, Vol. 18, s.131, dipnot 53.

<sup>38</sup> Stone, J., *Social Dimensions of Law and Justice*, 1966. London: Stevens&Sons Limited ,s. 93.

<sup>39</sup> F. Schmitt & J. Göres , *Abriss der Deutschen Literaturgeschichte in Tabellen* , 1969 s.116'dan akt. Gale, 1982, s.138.

<sup>40</sup> Stone, 1966, s. 93.

<sup>41</sup> Coing, 1978-79, s. 99-100.

<sup>42</sup> Freeman, 1994, s. 785.

<sup>43</sup> Topçuoğlu, H., *Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)*, 1969, Cilt:1, Cezaevi Matbaası: İstanbul, s. 20; Özbilgen, T., *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, 1979. İstanbul : İ.Ü Yay. No:2170, Hukuk Fakültesi Yay., No:485, s. 138-140.

<sup>44</sup> Savigny, 1840(b), s.21.

<sup>45</sup> a.g.e., s.24.

<sup>46</sup> a.g.e., s. 21. Aynı konuda Puchta ise bireysel düşüncelerin/inançların hukuk yaratmaya müsait olmadığını söylemiştir. O, halk, hukuk yaratan inancını ya da özelliğini nereden almaktadır? diye sorulduğunda, bu soruya doğrudan cevap verilemeyeceğini; ancak hukukun insanların ortaklaşa yaşamın bir ürünü olması düşünüldüğünde onun bireysel düşüncelerden ya da inançlardan kaynaklanamayacağını, onun kaynağının *Volkgeist*'ta olduğunu söyler. Böylece, hukukun kaynağını, bireysel iradelerin bir araya gelerek bir sözleşme oluşturmasında bulan sözleşme kuramını Puchta da Savigny gibi eleştirmiştir. Bkz. Puchta, 1965, s. 152-160.

rak değerlendirilebilir. Bu bakımdan, onun "bu kavramını ampirik olarak analiz etmek mümkün değildir"<sup>47</sup>.

Halk ruhu kavramı çoğu kez milliyetçi bir anlayışla örtüşür biçimde yorumlanmıştır. Bu yorum tümüyle yanlış olmamakla birlikte, kavramı yalnızca onunla sınırlı olarak ele almak eksik bir değerlendirme olacaktır. Bu anlamda "ulusal ruh, toplumu oluşturan bireylerde, kimi ortak inanışların doğmasına neden olur. Böyle bir inanış hukuksal sorunlara ilişkin ise, bu yoldaki ortak inanış hukukun ta kendisidir. Şu halde ulusun içinde yaşayan ve gelişen örf-adet hukuku asıl hukuktur"<sup>48</sup>. Bu tespit doğru olmakla birlikte, Savigny'nin bu örf-adeti durağan bir unsur olarak değil, daha çok dinamik bir temelde değerlendirdiği belirtilmelidir. Onun, **Beruf**'taki halk bilinci kavramı yerine **System**'de halk ruhu kavramını getirmiş olması, Almanya'da gelişen o anki egemen siyasi koşulların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ancak onun bu kavramı kullanması daha çok, evrimci/organik bir hukuk anlayışını inşa etmek ve hukuk bilimini özerkleştirmek içindir<sup>49</sup>.

Hukukun oluşumunu bu şekilde değerlendiren Savigny hukukun gelişim aşamalarının aşağıdaki sınıflandırmaktadır:

### B. Evrimci Bir Hukuk Anlayışı ve Hukukun Gelişim Aşamaları

Yukarıda açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Savigny evrimsel/organik bir hukuk anlayışını benimsemiştir. O, hukukun gelişimine ilişkin olarak üç dönemden söz eder. Bu dönemler: *İlk(el) dönem (Jugendzeit)*, *bilimsel dönem (Kulturzeit)* ve *kanunlar (Gesetzbücher) dönemidir*.

#### 1. İlk(el) dönem

Savigny, ilk(el) dönem dediği hukukun bu evresinde, yukarıda çeşitli kısımlarda belirtildiği gibi, hukukun doğrudan halk bilincinde oluştuğunu ve onda yaşadığını ifade etmektedir. İlk(el) zamanlarda halk, soyut düşünce açısından fakir olmakla birlikte kendine, yaşadıklarına ve sahip olduklarına dair çok güçlü bir bilince sahiptir<sup>50</sup>. Bu dönemde hukuk, doğrudan halkın bilincinde vardır. Halkın ilk(el) dönemi, toplumun henüz tam anlamıyla örgütlenmediği bir durumu yansıtmaktadır. Hukukun bu dönemdeki varlık kaynağına bakıldığında, ona göre bireylerin birbirine benzer davranışları görülmektedir<sup>51</sup>. Bu benzer davranışlar zaman içinde ve tekrarlanarak halkın bilincinde yer etmeye başlar ve bir süre sonra da benzer davranışlara ilişkin ortak bir bilinç oluşur; fakat ona göre oluşan bu bilinç görünmezdir. "Peki bu bilinç hangi araçlarla görünür kılınabilir? Savigny, bu bilinç, *uygulamayla* ve *örf-adetle* görünür kılınır"<sup>52</sup> demektir. O, bu kabullenmeyi davranışlardaki *süreklilik kanunu* dediği<sup>53</sup> kavrama dayandırmaktadır. Buna göre davranışlar bir süreklilik

<sup>47</sup> Cotterrell, R., *The Sociology of Law*, Butterworths: London, 1984, s. 24.

<sup>48</sup> Üçok, Coşkun, *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, Ankara, 1966, s. 158'den aktaran, Can, 1982, s. 67.

<sup>49</sup> Coing, 1978-79, s. 100.

<sup>50</sup> Savigny, 1840(a), s. 9; Savigny, 1944, s. 4.

<sup>51</sup> Savigny, 1840(b), s. 32.

<sup>52</sup> a.g.e, s. 35.

<sup>53</sup> a.g.e, s. 36. İnsan davranışlarında bir süreklilik olduğu iddiası konusunda bkz. Connerton P., *Toplumlar Nasıl Anımsar?*, Çev., Alaeddin Şener, 1989. İst., Ayrıntı Yay.

kanunun etkisi altındadır ve bu etki dolayısıyla davranışlarda devam eden bir benzerlik sürekli olarak korunur. Savigny'nin Roma Hukuku çalışmaları da bir bakıma bu süreklilik anlayışının bir ürünü olarak değerlendirilebilir<sup>54</sup>. Çünkü, ona göre Almanya'da 1495 yılındaki Roma Hukuku resepsiyonu, zamanla Alman hukuk geleneğinde ve uygulamasında bu anlayışın sürekliliğini oluşturmuştur. Bu bakış açısı onun evrimci anlayışıyla örtüşmektedir. Böylelikle ilkel zamanlarda hukuk, benzer davranışlardan hareketle halkın bilincine yükselen kurallar biçiminde kendini gösterir.

## 2. Bilimsel dönem

Bilimsel ya da kültür dönemi, halkın toplumsal gelişmeyle birlikte örgütlülük düzeyinin yükseldiği, hukukun da bu gelişmeyle birlikte teknik olarak daha yüksek bir aşamaya eriştiği dönemdir. Bu gelişmede temel belirleyici unsur, Savigny'de de, modern çağı açıklamakta sıkça kullanılmış olan *toplumsal işbölümü* olmuştur. Savigny'e göre, daha önce de belirtildiği üzere, aslında aynı zamanda bir sonuç olan toplumsal işbölümünün arkasında duran ya da onun ortaya çıkmasını sağlayan etken içsel gereklilik kavramıdır. Bu kavramın tam olarak ne anlama geldiği yine daha önce belirtildiği üzere açık değildir. Ancak bu kavramın evrimci bir hukuk anlayışının temsilcisi olan Savigny açısından sürekli ilerleme fikrini yansıttığı söylenebilir.

Kültür zamanındaki ilerlemeyle ve bunun sonucu olarak halkın hukuka dair olan bilincinin zayıflamasıyla birlikte, hukuk bilincine dair oluşan boşluğu dolduracak yeni bir grup, hukuk bilimiyle uğraşan bir uzmanlar topluluğu ortaya çıkmıştır. Bu dönemde hukuk, gelişimini ortaya çıkan bu grup üzerinden; ama temeline halkın bilincinden kaynaklanan hukuku alarak devam ettirir. Savigny, **Beruf**'ta kültür döneminde ağırlıklı olarak bilimsel hukuktan ve hukukçuların bu dönemdeki öneminden ve çalışmalarından söz ederken<sup>55</sup>, **System**'de kendi döneminin gereklerini de göz önünde tutarak, bilimsel dönemde kanunların varlığını kabul etmiştir<sup>56</sup>. Ortaya çıkan bu grubun görevi ise çeşitli şekillerde belirlemektedir. Hukuk bilimcileri öncelikle, halk hukukunu formüle ederek bunu yasamanın konusu yaparlar. Yani hukukun bir sonraki aşaması olan<sup>57</sup> kanunlar dönemi için çalışma yaparlar. Bunun için hukukçular, gerçek (tipik) hukuk davranışlarını ve daha sonra da soyut kanunları hukuk kurumlarıyla yaşayan/organik bir ilişkide ortaya koymalıdır. Bu dönemde hukukçular ayrıca yasamayı çeşitli şekillerde etkileyecek olan kişilerin hukuki eğitimini de sağlarlar<sup>58</sup>. Hukukçuların, bu ve daha sonraki dönemdeki görevi bağımlı bir görev olma niteliğindedir. Yani onların uğraşları temel olarak halk hukuku üze-

<sup>54</sup> Vinogradoff, P., **Introduction to Historical Jurisprudence**, 2002. Kitchener: Batoche Books . s. 107-108.

<sup>55</sup> Savigny, 1840(a), s. 12.

<sup>56</sup> Savigny, 1840(b), s. 50. Bu değişiklikte Savigny'nin, Prusya Krallığında yasaların hazırlanmasında sorumlu kurumun başına gerilmesinin de etkililiği olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

<sup>57</sup> Savigny'de bu iki aşama System'deki görüşleri doğrultusunda tarihsel olarak öncelik sonralık olarak değil birlikte, fakat bilimsel hukuk çalışmalarının yasamanın temeline oturması biçiminde dönüşmüştür. Bakınız Savigny, 1840(b), s. 50-57.

<sup>58</sup> a.g.e. s. 48.

rinedir. Bir başka ifadeyle bu uğraş daha çok halk hukuku üzerindeki biçimsel ve teknik bir uğraştan ibarettir<sup>59</sup>.

Savigny, hukuku evrimci anlayış doğrultusunda ele alarak, ondaki *sürekliliği* göstermeye çalışmıştır<sup>60</sup>. Onun, temele örf- adeti, daha doğrusu halkın bilincinde olan hukuku yerleştirerek diğer hukuk kaynaklarının, yani yasamanın ve hukuk biliminin, bu hukuktan hareketle oluşması tezi, hem bu sürekliliği ispatlama hem de hukuku (yalnız) bir iradenin belirleyiciliğinden kurtarmaya çalışmasının bir sonucudur.

Bu süreklilik anlayışı dolayısıyla ki, Savigny, “radikal hızlı dönüşümlerden korkuyordu”<sup>61</sup>, böylelikle de o, “*hukukun* değişiminden değil *hukuktaki* değişmeden söz etmiştir ve bunda ısrar etmiştir. O hukuktaki devrimsel bir değişmeyi önlemek adına böyle bir evrimci değişimi savunmuştur”<sup>62</sup>. Onun bu ısrarı, liberal bir anlayışla uyumlu bir bakışı yansıtmıştır<sup>63</sup>. Zira Savigny, idealist (muhafazakar) liberal bir anlayışın temsilcisi olarak değerlendirilmiştir<sup>64</sup>. Doğal gelişimine bırakılmak istenen özel hukuk konularında yasamanın müdahalesi belirlilik yerine belirsizlik getirmektedir ve bu nedenle Savigny bırakınız yapsınlar felsefesini özel hukuk konularında kabul etmiştir<sup>65</sup>. Özel hukuk alanı, örf-adetten ya da teamülden etkilenmeye açık olması bakımından Savigny'nin teorisi için uygun bir zemin teşkil etmiştir. O, özel hukuk alanını (özel) iradenin egemen olduğu bir alan olarak tanımlamıştır<sup>66</sup>. Ona göre “insan, dış dünyanın ortasında yer alır ve onun bu çevresinde en önemli unsur, diğerleriyle iletişimde bulunmasıdır. Böyle bir iletişimde bireyler özgür varlıklar olarak birlikte bulunmak zorundadırlar ve insanlığın ilerlemesinde bireyler birbirini sınırlamaz aksine birbirinin gelişimine katkıda bulunurlar. Bu ise yalnız görünmez bir sınırın varlığının kabul edilmesiyle mümkündür ve her bir bireyin etkinliği böylece güvenceye alınmış olur. İşte sınırı ve özgür alanı belirleyen kural ise hukuku oluşturmaktadır”<sup>67</sup>. Denilebilir ki Savigny'de (özel) hukuk, özgürlük alanının sınırının belirlenmesidir<sup>68</sup>. Görüldüğü üzere Savigny burada Kantçı felsefenin özgürlük anlayışından yararlanmıştı<sup>69</sup> ve böylelikle onun görüşünde liberal bir anlayışın olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

<sup>59</sup> a.g.e, s. 46.

<sup>60</sup> a.g.e, s.36.

<sup>61</sup> Mollnau, 1989, s. 85.

<sup>62</sup> a.g.e., s. 89.

<sup>63</sup> Manigk, 1941, s.218.

<sup>64</sup> Manigk, A. *Savigny und der Modernismus im Recht*. 1914, Berlin: Verlag von Franz Vahlen, s. 7; Wolf, E. “Friedrich Carl von Savigny”, *Grosse Rechtsdenker, Der Deutschen Geistesgeschichte* içinde. 1951. Tübingen: Dritte neuebearbeite Auflage, s. 506; Coing, 1978-79, s. 85. “Savigny..... kattı siyasi iktidar anlayışının bulunduğu devlet içinde, özgürleştirilmiş bir toplum taraftarıdır...” Dilcher, G., “Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Alma Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm”, *A.Ü.H.F.D.*, 1974, Çev. Ahmet Mumcu, s. 480.

<sup>65</sup> Reimann, M. , “Historical School Against Codification: Savigny, Carter, and the Defeat of the New York Civil Code,” *American Journal of Comparative Law*. 1989, Vol.37, s. 116

<sup>66</sup> Savigny. 1840(b), s. 7.

<sup>67</sup> a.g.e. s. 331-332.

<sup>68</sup> Coing. 1978-79, s. 95.

<sup>69</sup> a.g.e. s. 97; Dilcher. 1974.s 471.

### 3. Kanunlar (Gesetzbücher) Dönemi

Savigny'e göre kanunlar dönemi hukukun tarihsel ilerleme içinde geldiği bir diğer aşamadır. Ancak bu aşamaya gelmek için hukukun yukarıda belirtilen, olgunlaşma aşaması diyebileceğimiz aşamalardan geçmesi gerekir. Onun kanunlar dönemi dediği aşamanın, pozitif hukukla olan ilgisinden dolayı bunun aşağıdaki bölümde ele alınması daha uygun olacaktır.

#### II. Savigny'nin Hukuk Anlayışında Pozitif Hukukun Yeri

Hukukun tarihsel gelişimi içinde geldiği bir sonraki aşama Savigny'e göre kanunlar dönemi ya da bir başka deyişle pozitif hukuk aşamasıdır. Bu dönemde artık bilimsel dönemde geliştirilen hukuk, yasa yapmaya elverişli hale gelmiştir.

Savigny'nin hukuk anlayışında pozitif hukukun yeri, yukarıda anlatılanlardan çıkarılabilecekse de, konuya burada bir kez daha ve ayrıntılı bir şekilde değinmek onu daha belirgin kılacaktır. Zira Savigny'nin teorisinde yukarıda bazı kısımlarda aktarılan değişiklikler de aslında onun pozitif hukuk hakkındaki düşüncelerinde belirmektedir.

Hemen belirtmelidir ki, "Tarihsel Hukuk Okulu ve Savigny yasamaya karşı önyargılı olmuştur"<sup>70</sup> ve Savigny'nin, teorisinde yasamaya yüklediği görev genellikle pasif bir görev olmuştur<sup>71</sup>. Fakat görüleceği üzere bu önyargı bir noktadan sonra yasama lehine geliştirilen düşünceler biçimini almıştır.

Savigny'nin yasama faaliyetini yapması bakımından *devlet* kavramına ilişkin görüşleri şu şekilde özetlenebilir: Ona göre "devlet, halkın manevi varlığının yaşayan/organik bir biçimi veya yansıması ve bu manevi varlığın sınırlarını belirleyen bir birliktir"<sup>72</sup>. Yine Savigny'e göre devlet, hukukun ortaya çıkmasını sağlayan aynı araçla, yani *içsel gereklilikle* ortaya çıkmıştır<sup>73</sup>. Devletin ortaya çıkmasını Savigny ona iki işlev atfederek açıklamıştır. Buna göre devletin yerine getirmesi gereken işlevlerinin başında bireyleri hak ihlallerine karşı korumak gelir ve devlet bunu *usul hukuku* kurallarıyla yapar. İkinci olarak devlet hakkı ihlal edilen bireyi temsil ederek onun hakkının yeniden tesis edilmesini sağlar ve devlet bunu *ceza hukukuyla* sağlar<sup>74</sup>.

Savigny'e göre pozitif hukuk, mutlak bir güçle ve dil aracılığıyla oluşturulan kanun anlamına gelmektedir. Buradaki mutlak güç ise devlettir. Ancak, bahsi geçen pozitif hukukun, yani kanunun içeriği nedir diye sorgulandığında bunun Savigny'de halk hukuku (Volksrecht) olduğu görülecektir. Böylelikle kanun, halk hukukunun bir türevi olarak anlaşılır<sup>75</sup>. "Yasamayı, herhangi bir şekilde bağımsız görmek yanlış

<sup>70</sup> Reimann, 1989, s. 114.

<sup>71</sup> Winhold, T., *Die Methodenlehre Savigns, Methodenlehre in der Rechtswissenschaft*, 2002, Justus Liebig Universität Giessen, s. 5.

<sup>72</sup> Savigny, 1840(b), s. 22. Savigny'nin devlet anlayışı idealist bir görüşü yansıtır biçimde yorumlanmıştır. Bkz. Rückert, 1984, s. 312.

<sup>73</sup> Savigny, 1840(b), s. 22.

<sup>74</sup> a.g.e., s. 26. Ancak belirtmelidir ki Savigny'e göre her iki hukuk alanı da, yani ceza hukuku ve usul hukuku, kamu hukuku ya da devlet hukuku alanına aittir.

<sup>75</sup> a.g.e.s. 39.



bir düşüncedir”<sup>76</sup>. Bu bakımdan yasamaya düşen temel olarak iki görev vardır. Birincisi, pozitif hukuk için tamamlayıcı/boşluk doldurucu görev; ikincisi de pozitif hukukun yavaş ilerlemesini desteklemek ve bunu temin etmektir<sup>77</sup>. Yasamanın ikinci görevi Savigny’e göre onun ilk görevinden daha önemlidir<sup>78</sup>.

Belirtilen ilk görevde, örf-adet hukukunun bütün bireylerde belirgin olmaması rol oynar. Yani buna göre, halkın bilincinde bir hukuk vardır; ancak bu her bir birey için tam anlamıyla belirgin değildir ya da başka bir ifadeyle bu kuralın sınırları yeterince belirgin değildir ve bu nedenle de bir güvensizlik vardır. İşte bu durumda, hukuki güvenliği tesis için onun belirgin kılınmasında yasama bir tamamlayıcılık, bir açığa çıkarma görevi üstlenir<sup>79</sup>. Yalnız bu, bir hukuk yaratma süreci değildir. Bu daha ziyade bir hukuki güvenlik sağlama işlemidir. Daha açık bir deyişle, “yasamaya düşen görev hukukun biçimsel inşasıdır<sup>80</sup>”. Bu belirliliği ve güveni sağlarken yasama, teamülü yani halkın bilincindeki hukuku esas alır ve bunu da hukukçular eliyle yapar<sup>81</sup>.

Eğer halkın hukuksal davranış kalıplarında ve ihtiyaçlarda bir değişiklik meydana gelir ve bu durum yeni hukuk kurumlarının ortaya konmasını gerektirirse, bu yeni hukuk kurumu da, daha önce sözü edilen, hukuku yaratan *içsel ve görünmez güçle*, var olan hukuka dahil edilir. Kısacası, yeni bir hukuk kurumuna ihtiyaç olup olmadığını belirleyecek olan bu *içsel/sessiz işleyen güçtür*, yoksa tek başına yasamanın kendisi değil. Yine de yasamanın böyle bir durumdaki işlevi faydalı olabilir. Şöyle ki; yeni bir hukuk kurumuna ihtiyaç duyulması halinde bu hukuk kurumu aniden hukuka dahil olmaz. Bunun için bir belirsizlik ya da geçiş dönemi yaşanır. İşte bu belirsizlik dönemi bir kanun talebiyle ve yasamanın bu talebe uymasıyla ortadan kaldırılır. Bunun yanı sıra, birbiriyle bağlantılı ve karşılıklı olarak etkileşim içinde bulunan hukuk kurumlarına yeni bir kurumun dahil olması fark edilmeyen bir çelişkiye neden olabilir<sup>82</sup>. Bu nedenle de ortaya çıkan bu çelişkiyi gidermede ve bir yeknesaklaştırma işlemi yapmada yasama yine önemli bir görev üstlenebilir. Yasamanın bu görevi layıkıyla yerine getirebilmesi için Savigny ona bir başka görev yüklemiştir. Buna göre devlet, o ana kadar geçerli olan bütün hukuk mevcudunu ortaya çıkaracak ve kayıt altına alacaktır ve yukarıda belirtilen iki görevini bu sayede yerine getirecektir<sup>83</sup>. Burada söz edilen örf-adet hukuku ya da teamülü hukukun, Savigny’nin teorisi bakımından yaşayan hukuk olarak nitelendirilmesi yanlış olmayacaktır.

Anlaşılabacağı ve yukarıda çeşitli kısımlarda belirtildiği üzere Savigny, hukukun oluşturulması bakımından mutlak anlamda iradeci pozitivistme karşı çıkmış, bunun

<sup>76</sup> a.g.e. s. 39

<sup>77</sup> a.g.e. s. 40.

<sup>78</sup> a.g.e., s. 41.

<sup>79</sup> a.g.e., s. 41.

<sup>80</sup> Mollnau, 1989, s. 89.

<sup>81</sup> Savigny, 1840(a), s. 17.

<sup>82</sup> Savigny, 1840(b), s. 41.

<sup>83</sup> Savigny, 1840(a), s. 17.

yerine ise tarihsel diyebileceğimiz bir pozitivizm anlayışını kabul etmiştir. Pozitivizmin köklerinin tarihçi okulda bulunduğu ve bunun anlaşılması için de başlangıç noktasının Savigny olması gerektiği belirtilmektedir<sup>84</sup>. Öyle ki, “eğer her pozitivist akımın salt kendi sorunları ile uğraşmak yolundaki temel ilkesi iyice araştırılırsa, Savigny’nin programındaki pozitivizm görüşü ortaya çıkar”<sup>85</sup>. Ona göre hukuk, yalnız egemenin iradesiyle ortaya çıkmaz, fakat tarihsel bir çalışmanın ürünü olarak onun yardımıyla belirgin kılınır ve sınırları ona göre çizilir.

Bir kez daha hatırlatmakta fayda var ki Savigny’nin bu söyledikleri tamamen özel hukuk konularına yöneliktir. Bu nedenle örneğin kamu ya da devlet hukukuna dahil ettiği usul hukuku ve ceza hukuku alanlarında pozitivist bir anlayış geçerli olabilir. O, bunu açıkça dile getirmese de, yukarıda belirtildiği üzere bireylerin haklarını korumak ve ihlal edilen hakları yeniden tesis etmek için devlete tanıdığı yetkiden böyle bir anlam çıkarılması yanlış olmayacaktır. Tabii bu da Savigny’nin genel düşüncesi göz önünde bulundurulurken, mutlak manada bir yetki olarak değil, devlete bu görevi verme amacıyla bağlı bir yetkidir.

### III. Savigny’de Yorum ve Yorumda Metod

Savigny’nin hukuk literatürüne katkısı büyük oranda onun metodoloji anlayışıyla olmuştur<sup>86</sup>. “Hukuk uygulaması ve hukuk yaratımı ile ilgili modern yazılar, tartışmayla ilgili olarak aslında hep Savigny’nin yorum ilkelerine göndermede bulunmaktadır”<sup>87</sup>. Bu metodolojinin, hukukun ne olduğunun ortaya konmasındaki görünümü yukarıda incelenmiştir. Burada, onun metodolojisinin hukukun uygulanması aşamasındaki görünümü ele alınacaktır. Yani burada hukukun uygulanmasında beliren yorum metotlarına değinilecektir.

Savigny, yukarıda gösterildiği şekilde hukukun kaynağını belirledikten sonra, bu hukuk nasıl uygulanacaktır, bu hukukun gerçek yaşama aktarılması ve kabulü ne şekilde olacaktır sorusunu gündeme getirmiştir<sup>88</sup>. O, bu konuda, hukukun çeşitli biçimlerde günlük/gerçek yaşamda etkisini gösterdiğini söylemektedir. Buna göre, hukuk öncelikle hukuk bilimi eğitiminde birçok biçimde etkilidir. Sonra, hakimlerin kararlarında ve en önemlisi bireylerin bizatihi davranışlarına ve onların yaşamlarına yön veren araç olarak etkilidir<sup>89</sup>. Hukukun yargı safhasındaki uygulanmasına ilişkin olarak Savigny *yorumdan* söz etmektedir. Ancak, burada yoruma niçin ihtiyaç duyulur sorusu gündeme gelmektedir. Savigny, bu soruya, bilimsel hukuk çalışmasının sürekli gelişen bir doğaya sahip olmasıyla cevap verir<sup>90</sup>. Bunun da Savigny’de, yaşamın sürekli ilerlemesi fikrinden kaynaklandığı söylenebilir. Ayrıca Savigny’nin kanunu bir *ortalama* olarak değerlendirmesi nedeniyle, o, kanunu uygulayanların bu

<sup>84</sup> Dilcher, 1974, s. 467.

<sup>85</sup> a.g.e., s. 469.

<sup>86</sup> Krawietz, W. “Zur Kritik der juristischen Methodenlehre siet Friedrich Carl von Savigny”, *Anales de la Catedra Francisco Suarez*, Yıl: 1978-79, Sayı: 18-19, s. 101 vd.

<sup>87</sup> Manigk, 1914, s. 7.

<sup>88</sup> Savigny, 1840(b), s. 206.

<sup>89</sup> a.g.c. s. 206.

<sup>90</sup> a.g.c. s. 207.

kanuna organik bir içerik eklemek zorunda olduklarını da dile getirmektedir<sup>91</sup>. Bu son husus son derece önemlidir. Savigny, kanunun *ortalama* olması fikriyle herhangi bir kanunun düzenleme alanına ilişkin halkın ortak davranışlarını her yönüyle kapsa(ya)madığı gerçeğini kabul etmiştir. Kanun, ancak hukukçuların ortaya koyduğu gerçek yaşam ilişkilerinin bir ortalaması olabilir, yoksa onu her yönüyle içinde taşıyamaz. Ayrıca, halk ruhunda yaşayan hukuk, yalnız bu hukukun temel düşüncesine ve normların çıkarıldığı hukuk kurumlarına yöneliktir. Yani bütün hukuk normları halkta ayrıntısıyla mevcut değildir<sup>92</sup>. İşte bu nedenlerle kanun yorumu muhtaçtır.

Savigny tarafından geliştirilen yorum kuralları çok yaygın bir kullanım alanına sahiptir.<sup>93</sup> Ona göre bir sanat olan yorum<sup>94</sup>, “kanunda içkin olan *düşüncelerin* (kanunun oluşumundaki düşünceler anlamında) yeniden inşasıdır ve ancak böylelikle kanunun içeriği kesin ve tam olarak anlaşılabilir ve onun amacına yalnız böylece ulaşılabilir”<sup>95</sup>. Savigny’e göre yorum, hukuk biliminin başlangıcı ve temelidir<sup>96</sup>. Savigny yorumda keyfiyete karşı çıkmaktadır. O, bu durumu, yani keyfiyet halini **Beruf**’ta eleştirmiştir. Ona göre, yargının görünürde yasayla; ancak gerçekte yasanın dışında duran herhangi bir güçle (örneğin keyfi takdir yetkisiyle) gerçek yöneten iktidar olması zararlıdır<sup>97</sup>. Bu nedenle de yargı, ancak belli bir amaç doğrultusunda yorumu kullanabilir ve yorum da bu amaç doğrultusunda bazı ilkeleri gerektirir.

Ona göre yorumda başlıca dört ilke vardır. Bunlar; yorumun *dilsel* ( ya da dilbilimsel), *mantıksal*, *tarihsel* ve *sistematik* ilkeleridir. Kanunun *dilsel yorumu* anlaşılacağı üzere kanunda kullanılan kelimelerle (bu bakımdan etimoloji çok önemlidir der Savigny<sup>98</sup>); *mantıksal yorum* kanundaki düşüncenin kurulumuyla/yapısıyla ilgilidir. *Tarihsel yorum*, verili kanunun *zamanını*, mevcut hukuksal davranışlar için belirgin kılmaktır. Savigny, tarihsel yorum için kanun koyucunun düşüncesine atf yaparak onun açığa çıkarılması gerektiğini bildirmektedir<sup>99</sup>; ancak kanun koyucunun iradesine atfedilen bu yorumun da, onun kanunun ortaya çıkarılması için kabul ettiği metot doğrultusunda haktan kaynaklanan hukuk olarak<sup>100</sup> anlamak gerekir. Aksi halde Savigny’nin yalnız pozitivist bir anlayışı benimsediği sonucuna ulaşılabacaktır ki bu, yukarıda bazı kısımlarda açıklandığı üzere Savigny’nin anlayışı için yanlış bir değerlendirme olacaktır. Buna göre tarihsel yorumun, “kanunun içeriğinin tarihsel oluşumunu ortaya çıkaracak bilgi”<sup>101</sup> biçiminde anlaşılması doğru olacaktır.

<sup>91</sup> a.g.e. s. 44.

<sup>92</sup> Coing. 1978-79. s. 99.

<sup>93</sup> Mollnau, 1989, s. 82.

<sup>94</sup> Savigny, 1840(b), s. 211.

<sup>95</sup> a.g.e. s. 213. Aynı yönde bkz. Savigny, F. C. *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, 1993, Herausgegeben und eingeleitet von Aldo Mazzacane, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, s. 89.

<sup>96</sup> Savigny, 1840(b), s. 206.

<sup>97</sup> Savigny, 1840(a), s. 22-23.

<sup>98</sup> Savigny, 1993, s. 101-102.

<sup>99</sup> Savigny, 1840(b) s. 214; Savigny, 1993, s. 90.

<sup>100</sup> Larenz, 1975, s. 13.

<sup>101</sup> Winhold, 2002, s. 11.

*Sistematik yorum* ise, hukuk kurumlarının ve kuralların, daha bütünlüklü bir şekilde ele alınması için, kanunun içsel bağlantılarının karşılıklı ilişkisini kurmaktır. “Bu bağlantılar, tarihsel yorumda olduğu gibi benzer şekilde değerlendirilir ve kanun koyucunun düşüncesi yalnız böyle tam olarak anlaşılabilir”<sup>102</sup>. Ayrıca Savigny sistematik yorumla kanun boşluklarının giderilmesini de amaçlamıştır<sup>103</sup>. Sistem inşası ise iki şekilde belirir. İlki, tek tek kanunların yorumu olarak ortaya çıkar. Bu durumda yorum, yukarıda belirtilen dört ilkeye göre yapılır ve o kanunun kendi içinde sistematik bir bütünlük sağlar. Sonra da kanunlarının tamamının bir sistem (hukuk sistemi) oluşturması için yoruma başvurulur. Savigny bunları yorumun *tikel* ve *evrensel* ilkeleri olarak nitelendirmektedir<sup>104</sup>. Yani o, bir tek kanunun kendi içinde bir sistem oluşturacak biçimde yorumlanmasını *tikel*; kanunların tamamının bir sistem oluşturacak biçimde yorumlanmasını da *evrensel* ilke olarak nitelendirmiştir. Savigny’e göre, yorumun bu dört unsuruyla birlikte kanunun içeriğindeki muhake-me tamamlanır<sup>105</sup>. Yukarıda da görüldüğü üzere sistematik ilke yalnız yorumda değil, Savigny’nin metodoloji anlayışının genelinde yer alan önemli bir ilkedir<sup>106</sup>.

Ne var ki her yorumun başarısı yorumun bu dört unsuru birleştirmesi yanında iki koşula daha bağlıdır. Bu koşullardan birincisi, “düşüncenin özel ifadesi olan kanundan kaynaklanan zihinsel eylemin, yani yorumun, etkin kılınması; ikincisi de mevcut metindeki ilişkileri aynen anlamak amacıyla yeterli tarihsel bilgiye, yani *hukukun yeterli tarihsel bilgisine* sahip olunmasıdır”<sup>107</sup>. Bu koşulların yanında, kanun koyucunun, kanunu ortaya koymadaki becerisi de yorumu etkileyen önemli bir unsurdur. Bu noktada Savigny, iyi bir kanun koyucu ile iyi bir yorum arasında karşılıklı bir etkileşim vardır<sup>108</sup> der.

Peki mevcut hukuk kurumlarına yeni bir davranış kalıbı girer ve buna dair de bir kural bulunmazsa ne olacaktır? Yani kanunda bir boşluk doğduğunda bu nasıl giderilecektir? Savigny’nin bu soruya yanıt vermeden önce, doğal hukuk anlayışının ürettiği çözümü reddettiğini belirtmek gerekir<sup>109</sup>. Böyle bir durumda pozitif hukuk kendini, içindeki organik bütünsellik sayesinde doldurur ve bunu açığa çıkarmada da *kıyasa* başvurulur. Kıyas iki biçimde söz konusu olabilir. Öncelikle kıyas, pozitif hukuk tarafından kapsanmayan ve o ana kadar bilinmeyen bir hukuki davranış kalıbı ortaya çıktığında ve bunu karşılayacak bir model hukuk kurumu olmadığında gerekir. Bu durumda kıyas kanunda zaten var olan içsel benzerliğe göre, onun yeniden biçimlendirilmesi şeklinde kendini gösterir. İkinci durumda ise kıyas, varolan bir hukuk kurumunda yeni bir hukuki sorun ortaya çıkartıldığında söz konusu olur.

<sup>102</sup> Savigny, 1840(b), s. 213-214; Savigny, 1993, s. 89-90.

<sup>103</sup> Winhold, 2002, s. 11.

<sup>104</sup> Savigny, 1993, s. 91-92.

<sup>105</sup> Savigny, 1840(b), s. 215.

<sup>106</sup> Krawietz, 1978-79, s. 112. Aslında Savigny için sistem sorunu ontolojik bir sorun teşkil etmektedir. Bkz., Coing, H. “German “Pandektistik” in its Relations to the Former “Ius Commune”, *The American Journal Of Comparative Law*, 1989, Vol. 37, s. 13.

<sup>107</sup> Savigny, 1840(b), s. 215.

<sup>108</sup> a.g.e. s. 216.

<sup>109</sup> a.g.e. s. 290.

Böyle bir durumda da o hukuk kurumunun içsel benzerliğine göre cevap verilir<sup>110</sup>. “Kıyasın her uygulaması hukukun varsayılan içsel sonucuna dayanır. Bu içsel sonuç ise yalnız mantıksal bir sonuca değil; fakat aynı zamanda hukuki davranışların pratik doğasından ve onların modellerinden kaynaklanan organik sonucuna bağlıdır”<sup>111</sup>.

Savigny gerçekçi denilebilecek bir anlayışla kanun koyucunun yasayı ortaya koymada beceriksiz davranması durumunu da göz önüne almıştır. Eğer kanun koyucu yetersiz, eksik vb. bir kanun (gerek dil gerekse tarihsel açıdan) yaparsa bu durumda sorun nasıl çözülecektir? Daha açık bir ifadeyle, böyle bir durumda yoruma düşen görev nedir? Savigny, kanundaki yetersizliğin iki biçimde ortaya çıkabileceğini söyler. Buna göre birinci durumda, kanun *açık olmayan ifadeler* kullanarak tamamlanmayan bir düşünceyle ortaya çıkabilir. Diğer durumda ise kanun, *doğru olmayan ifade* kullanılabilir. Böyle bir durumda kanunun gerçek düşüncesiyle onda doğrudan beliren düşünce arasında bir farklılık vardır<sup>112</sup>. Bu iki durumda aşamalı bir çözüm söz konusudur. Savigny, öncelikle kanun koyucunun tutarlı olması durumunu dikkate almaktadır. Buna göre, öncelikle kanunun eksik kısmı, kanunun en güvenilir kısmına göre yorumlanır. Daha sonra ise bu kanun, başka bir kanunla yoruma tabi tutulabilir. Yani, Savigny burada önceki kanun sonraki kanun ayrımı yapar<sup>113</sup>. Böyle bir durumda yorumda kullanılabilir olan bir diğer husus da kanunun ortaya konmasındaki amacıdır<sup>114</sup>.

#### IV. Resepsiyona ve Kodifikasyona Karşı Duruşu ve Thibaut'a Yanıtı

Savigny, resepsiyon kavramına, bu kavramın bir ülkenin diğer bir ülkeden kanun (mevzuat) ithal etmesi olarak anlaşıldığı biçimiyle<sup>115</sup> karşı çıkmıştır. Kodifikasyon düşüncesine ise yukarıdan da anlaşılacağı üzere tümüyle karşı olmamıştır. Ancak burada onun görüşlerini izah edebilmek ve doğru anlamak için bazı ön açıklamalarda bulunmak gerekmektedir.

Rönesans'tan beri (ve daha da öncesinden) Alman halkı, Alman kültürü ve de Alman hukuku, büyük bir oranda Avrupa'da ortaya çıkan ortak kültürel unsurların etkisi altında kalmıştı. Bu manada örneğin Alman kültürünün kimi unsurlarında İtalyan etkilenmelere rastlanabilmekteydi. Alman hukukundaki 1495 Roma Hukuku resepsiyonu sonrası, sözü edilen ortak kültürün üzerine yerleşen bu hukuk, Alman hukukunun ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Bu andan sonra da Roma Hukuku, Alman hukuku için vazgeçilmez olmuştur. Savigny, Roma Hukuku'na önem atfetmekle ve çalışmalarının merkezine onu yerleştirmekle, bu tarihsel geçmişi ve gerçekçi görmüştür (ve Roma Hukuku'nun birleştirici yönünü bir kez daha kullanmak istemiştir<sup>116</sup>). Buradan hareketle, “bu resepsiyonun Alman kültüründe bir yozlaşma-

<sup>110</sup> a.g.e. s. 291.

<sup>111</sup> a.g.e. s. 292.

<sup>112</sup> a.g.e. s. 222.

<sup>113</sup> a.g.e. s. 223.

<sup>114</sup> a.g.e. s. 223-225

<sup>115</sup> Resepsiyon kavramının farklı anlamları için Bkz. Can, 1982: 18-20.

<sup>116</sup> Manigk, 1941, s. 205-210. 1495'te Almanya'daki parçalı siyasi yapıdan kaynaklı parçalı hukuk sistemini birleştirmek için Roma Hukuku'na başvurulmuştur. XIX. yüzyılda Savigny aynı amaç için Roma Hukuku'nu bir kez daha kullanmak istemiştir.

ya neden olmadığı” ifade edilmiştir<sup>117</sup>. Böylece onun, bir başka ülkeden kanun ithal etme manasında Code Napolyon’un Almanya için bir medeni hukuk resepsiyonuna konu olmasına karşı olan tavrı da anlaşılabilir gözükmektedir; çünkü bu kanun tümüyle farklı bir ülke (ve kültür) için oluşturulmuş, tümüyle farklı kültür ve gerçeklikten doğmuştur: Oysa Roma Hukuku, Alman gerçekliğinin dışında değil, bilakis onun ortasında yer almaktadır.

Savigny, kendi zamanı açısından kodifikasyona ise çeşitli gerekçelerle karşı çıkmıştır. Ancak belirtildiği gibi o, kodifikasyona tümüyle karşı olmamış, sadece bir zamanlama ve yöntem sorunu üzerine vurgu yapmıştır. Buradan hareketle denilebilir ki, o zamanının gerekliliği yönündeki pozitif hukuk ihtiyacını görmezlikten gelmemiştir. Savigny, Thibaut’un 1814’te kaleme aldığı “*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*” (Almanya İçin Ortak Bir Medeni Kanunun Gerekliliği Üzerine) adlı yazısına, 1815’teki eseriyle (**Beruf**) cevap vermiştir ve yukarıda özetlenen karşı tavrını belirtmiştir. Aydınlanmanın rasyonalizmine ve Fransız İhtilali’ne karşı bir sempati duyan Thibaut<sup>118</sup>, eserinin başlığından da anlaşılacağı gibi Almanya için ortak bir medeni kanun önerisinde bulunmuş ve bunu da doğal hukuk felsefesinden hareketle yapmayı salık vermiştir. Savigny ise, öncelikle içinde yaşadığı zamanın (medeni kanun açısından) bir kodifikasyon için uygun olmamasını gerekçe göstermektedir<sup>119</sup>. Bunu da, hukukun doğal gelişim çizgisi açısından, kendi zamanının hukuk düzeyinin ve hukuk biliminin henüz olgun olmamasına dayandırmıştır. Savigny’e göre hukuk, kodifikasyon aşamasına gelmeden önce, yukarıda belirtildiği üzere çeşitli aşamalardan geçmelidir<sup>120</sup>. Buradan hareketle o kendi zamanının Almanya’sının hukuk düzeyinin herhangi bir kodifikasyon için böyle bir aşamaya gel(e)memiş olduğunu gerekçe göstererek, Almanya için bir medeni kanun yapılmasına karşı çıkmıştır<sup>121</sup>. Ayrıca bir kanun için öncelikle “uzun yıllar içinde gelişen temel ilkelere, onun aşağıda açıklanacak olan rehber ilkeler dediği ilkelerin tespit edilmesine ihtiyaç vardır. Bu ilkelerin tespiti, bir kanun yapılması için önkoşul niteliğindedir”<sup>122</sup>. Bunlara ek olarak, hukukun teknik unsuruna dahil olan hukuk dili, ona göre, henüz yeterli bir seviyeye ulaşmamıştır<sup>123</sup>. Dil konusuna büyük bir önem atfetmiş olan Savigny, bir halkı ya da ulusu bir arada tutan temel unsurlardan biri olarak gördüğü dili, zamanın Almanya’sı için, genel bir kanun yazacak şekilde henüz tam olarak gelişmiş (ortak) bir dil olarak görmemektedir<sup>124</sup>. Ashında bu durum, biraz da o zamana kadarki hukuk dilinde Latince’nin ege-

<sup>117</sup> Manigk, 1941, s. 211.

<sup>118</sup> Winhold, 2002, s. 8-9.

<sup>119</sup> Reimann, 1989, s. 98.

<sup>120</sup> Elliott, E. D. “The Evolutionary Theory in Jurisprudence”, *Columbia Law Review*, Vol. 85, 1985, s. 41.

<sup>121</sup> Savigny, 1840(a), s. 49.

<sup>122</sup> Reimann, 1989, s. 98.

<sup>123</sup> De Montmorency, J. E. G. “The Great Jurists of the World, XII- (1910-11), Friedrich Carl Savigny”, *Journal of the Society of Comparative Legislation*, Vol. 11, 1910-1911, s. 43.

<sup>124</sup> Savigny, 1840(a), s. 52.

men olmasından kaynaklanmıştır<sup>125</sup>. Tabii Savigny devrimine karşı olan fikirlerinin etkisinde, kodifikasyon fikrinin Code Napolyon'u çağrıştırmaması ve onun esin kaynaklarından birinin de Fransız İhtilali olması dolayısıyla buna karşı çıkmıştır<sup>126</sup>.

Belirtilen bu sebeplerle Savigny, doğal hukukun etkisinde kalan ve yalnız akıl aracılığıyla yapılacak olan bir kodifikasyona açıkça karşı durmuştur. Eğer yalnız akla dayanılarak bir kodifikasyon yapılacak olursa, bu durumdan beklenen iyilik elde edilemeyecek, bilakis bu durum zarar getirecektir. Örneğin aile hukuku, eşya hukuku alanına ilişkin böyle bir kanun yapıldığı düşünülecek olursa, bu durumda bu kanun, hukukun yalnız teknik kısmını içeren ve yalnız bu şekilde geçerli olacak bir kanun olacak (ancak etkin olmayacaktır). Oysa ki, böyle bir durumda ailenin, ancak yarısı kanuna ait olabilir, diğer yarısı ise örf-adet, dine vb. ait olacaktır ve bu alanda yapılacak bir kanun, bu nedenle belirsiz ve kararsız olacaktır<sup>127</sup>. Hukukun teknik kısmının başarısı, onun politik unsura dayanmasına bağlıdır ve bu nedenle teamüli olarak var olan hukuki davranışların doğru tespit edilmesi gerekir (yani tarihsel araştırma gereklidir). Ve bu teamüli hukuk davranışları gerçek hayatta kanunda yazılı olan düzenleme kadar geçerliliğe sahiptir<sup>128</sup>.

Savigny, kendi zamanı açısından kodifikasyona karşı çıkmış olmakla birlikte, aslında Thibaut'un Alman ulusunu birleştirecek bir kodifikasyon fikrini kendisinin de savunduğunu ve bu anlamda Thibaut ile aynı görüşte olduğunu; ancak amaçtaki bu ortaklığın araçlarda ayrıldığını söylemiştir<sup>129</sup>. Çünkü ona göre Alman hukukunun asıl kaynağı ve oluşumu, ancak tarihsel bir araştırmadan sonra anlaşılabilir ve kanun da bu noktadan sonra oluşturulabilir. Bu konudaki her hata, yarar sağlamaz; yalnız felaket getirir. Oluşturulacak bu hukukun keyfi bir irade tarafından değil, yüzyıllardan beri oluşmuş Alman ulusunun örf-adeti doğrultusunda olması ve üniversitelerde hazırlanması gerekir<sup>130</sup>. Araçlardan biri belirtildiği üzere tarihsel çalışmayken diğeri yine belirtildiği üzere böyle bir kanunun üniversitelerde hazırlanması gereğidir; çünkü eğer hukuk bir bilimse, kanun hazırlanması başlı başına yasamaya bırakılmaz<sup>131</sup>. Diğer husus, Thibaut bu kanunun iki ile dört yıl arasında bir zamanda hazırlanabileceğini söylerken Savigny doğal olarak bunun daha uzun bir zaman alacağını söylemiştir<sup>132</sup>.

### V. Savigny'nin Doğal Hukuka Bakışı

Savigny'nin hukukun oluşumuna ve onun dönemlerine ilişkin temel görüşleri aktarıldıktan sonra, bu kısımda, doğal hukuka tepki mahiyetinde değerlendirilen hukuk anlayışının, aslında doğal hukuk felsefesinden nasıl etkilendiği ve ona ne

<sup>125</sup> Koschaker, P., *Europa und das Römische Recht*, München-Berlin: Biederstein Verlag, 1947, s. 84.

<sup>126</sup> Reimann, 1989, s. 115.

<sup>127</sup> Savigny, 1840(a), s. 46-47.

<sup>128</sup> a.g.e. s. 48.

<sup>129</sup> a.g.e. s. 155.

<sup>130</sup> a.g.e. s. 153. Burada Savigny'nin bu Alman Hukuku'ndaki Roma Hukuku etkilenmesini göz ardı etmediğini bir kez daha belirtmekte fayda vardır.

<sup>131</sup> Reimann, 1989, s. 109.

<sup>132</sup> Savigny, 1840(a), s. 156.

şekilde karşı durduğu değerlendirilecektir. Gerçi yukarıda bazı kısımlarda onun doğal hukuka karşı olan tutumu kısmen aktarılmıştı; ancak burada Savigny'nin doğal hukukla olan ilişkisi daha detaylı ele alınacaktır.

Tarihsel Hukuk Okulu'nun ve dolayısıyla Savigny'nin fikirlerinin doğal hukuka karşı bir tepki olarak ortaya çıktığı söylenmektedir<sup>133</sup>. Gerçekten de Savigny, döneminin Fransız İhtilali'nin açık etkisinden ve aydınlanma döneminden kaynaklanan rasyonalist doğal hukuka karşı çıkmıştır. O, doğal hukukun, yalnız akli kullanarak geliştirilebilecek bir hukuk sistemi iddiasını reddetmiştir<sup>134</sup>. "Tarihi Hukuk Okulu, doğal hukuk ilkelerinin nesnel gerçeklikten değil de soyut akıldan kaynaklanmış olmalarını eleştirdiği ve kanun koyucu için evrensel, ebedi, değişmez hukuk normları bulunmadığı tezinden yola çıkmıştır"<sup>135</sup>. Ona göre, "her halk kendi özel kimliğine, kendi özel halk ruhuna sahip olduğundan, bütün halklar (toplumlar) için geçerli (aynı) değişmez bir hukukun varlığı söz konusu olamaz(dı)"<sup>136</sup>. O, hukukun kaynağının salt akla dayanamayacağını söyleyerek adeta sosyolojik bir bakış açısı sunar ve sözleşmecileri de yukarıda gösterildiği üzere bu açıdan eleştirmiştir. Savigny yukarıda da belirtildiği gibi, sözleşmecilerin *doğa durumu* anlayışlarına yönelik olarak, her şeyin adeta içgüdüsel bir durumda yaşandığını ve çeşitli gelişmelerle günümüzdeki (XIX. yüzyıl) gelişme seviyesine ulaşıldığı savını yadsımakta ve bunun tarihsel olarak açıklanıp kanıtlanamayacağını söylemektedir<sup>137</sup>. Bu bakımdan o, evrensel doğal hukuk anlayışının, akıl aracılığıyla bulunacak, her zaman ve her yerde geçerli olacak hukuk savının, ihtiyaç duyulan tek şeyin iyi sistemli ve gerçek anlamda iyi kanunlar olduğu fikrine de karşı çıkmaktadır<sup>138</sup>.

Ancak kimi noktalarda Savigny'nin, doğal hukuk anlayışının bazı miraslarından etkilendiği ve onun bu mirası hukuk anlayışında kullandığı da görülmektedir<sup>139</sup>. XIX. yüzyılda, Almanya'daki doğal hukuk anlayışı bazı açılardan Avrupa'daki (özellikle Fransa ve İngiltere) diğer doğal hukuk anlayışından farklılık göstermekteydi ve bu farklılık, bir sistem inşası fikriyle kendini gösteriyordu. İşte Almanya'daki bu doğal hukuk geleneğinin, Savigny'nin bir *hukuk sistemi* inşası çabasında etkili olduğu söylenebilir. Bu etkilenmenin bir diğer örneği ise *hukukun rehber ilkeleri (leitenden Grundsätze des Rechts)* kavramında yer almaktadır<sup>140</sup>. Bu kavramı Savigny geometriden verdiği şu örnekle açıklamaktadır: "Her üçgen için bilinen bir

<sup>133</sup> Marx, K. "The Philosophical Manifesto of the Historical School of Law", *Rheinische Zeitung*, 1842, No:221, August 9; Honig, 1935, s. 160; Koschaker, 1947, s. 275; Freeman, 1994, s. 785; Stone, 1966, s. 93; Winhold, 2002, s.4.

<sup>134</sup> Gale, 1982, s. 136.

<sup>135</sup> Brimo Alberto. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*, Paris, 1967, s. 160-161'den aktaran Can, 1982, s. 68.

<sup>136</sup> Kaufmann-Hassemer, 1994, s. 67; Stone, 1966, s. 88.

<sup>137</sup> Savigny, 1840(a), s.8-9; Savigny, 1944, s. 4; Stern, J, *Thibaut und Savigny, Ihre Programmatischen Schriften*, 2002, Zweite Auflage, Berlin: Franz Wahlen s. 66.

<sup>138</sup> Savigny, 1840(a), s. 22.

<sup>139</sup> Schwarz, A. B. "John Austin and the German Jurisprudence of His Time". *Politica*, 1934, No: 2. s. 178-199, s. 185; Coing, 1989, s. 13; Leonhard, R. "Methods Followed in Germany by the Historical School of Law", *Columbia Law Review*, 1907, Vol. 7, s. 580; Dilcher, 1974, s. 470.

<sup>140</sup> Gale, 1982, s. 136.



tespit vardır, bu bilinen tespitle ona dair geri kalan (bilinmeyen) her şey, aynı (zorunlu) bağlantıyı takip ederek bulunabilir. Yani bununla, örneğin iki kenar ve aralarında duran açının bilindiği bir üçgenin geri kalan unsurları da elde edilebilir. Savigny, bu (biraz karışık) örnekte şunu söylemek istemektedir: Bir üçgen için bilinen bir ilke vardır, bu da üçgenin iç açıları toplamının 180 derece olduğudur ve bu temel tespite dayanarak o, iki kenarı ve bir açısı bilinen bir üçgenin bilinmeyen diğer unsurlarının da tespit edilebileceğini söyler. Benzer biçimde hukukun her bir kısmı da geri kalanı bulabilecek böyle ilkelere sahiptir ki bunları *rehber ilkeler* (*leitenden Grundsätze*) olarak adlandırır<sup>141</sup>. “ Hukuk bilimindeki bütün başarı bu ilkelere (*leitenden Grundsätze*) sahip olmaya dayanmaktadır ve Roma Hukukçularının büyüklüğü de bu ilkelere sahip olmalarından gelir”<sup>142</sup>. Ancak o, doğal hukukçulardan (Thibaut’dan ve diğer doğal hukukçulardan) farklı olarak, hukukun en iyi ilkeleri olduğuna inandığı ilkeleri bulmada; hukukçuların (teoride) özgür olmadıklarını savunur. Savigny, “**System’de** gösterdiği gibi, bir hukuk sisteminin ancak tarihsel olarak kurulabileceğini savunur. Kısaca, doğal hukukçular *rehber ilke*’nin ya da genel olarak ilkelerin yalnız akla dayalı varsayımını talep ederken, Savigny bu ilkenin bulunmasının tarihsel kaynaklara dayanması gerektiğini söyler.”<sup>143</sup> Ve her çağdaki itinalı çalışmalar, içsel gerekliliğin sonucu olan bu ilkeleri bulmaya yönlendirilmeli, onu genç ve taze kılmak için çalışmalıdır<sup>144</sup>.

Savigny’nin doğal hukukun mirasını kullanması daha temelde, daha sonra **System’de** dile getirdiği ve yukarıda belirtilen (özel) hukukun ontolojisine ilişkin görüşüdür. Bu görüşe göre “(özel) hukuk, özgür bireylerin karşılıklı varoluşlarını düzenleyen kurallar bütünüdür. Bu, Kant’ın doğal hukuk felsefesinden kaynaklanan bir doğal hukuk anlayışıdır”<sup>145</sup>.

1815 ile 1840 arası süreçte ise Savigny’nin ilgisini ve entelektüel odağını, her bir ayrı (ulusal) hukuk sistemlerindeki ortak unsurlara, bu ayrı hukuklarda kendini gösteren evrensel ruha yönlendirilmiştir<sup>146</sup>. Aslında **System** de bu yönelimin bir sonucudur ve Savigny’nin, Roma Hukuku’nun Avrupa’daki genel geçerliliğini göstermeye çalışmasının bir çabasıdır. Savigny kendisi de bu hususu ifade etmiştir<sup>147</sup>. Yine de şurası açıktır ki, yukarıda Savigny’nin doğal hukuka ilişkin düşüncesinde de görüldüğü üzere o, soyut nitelikteki, tarihsellikten bağımsız “değer” övgüsüne dayanan hukuk anlayışına karşı çıkmıştır<sup>148</sup>.

<sup>141</sup> Savigny, 1840(a), s. 22, Savigny, 1944, s.11-12, Stern, J., 2002, s. 71.

<sup>142</sup> Savigny, 1840(a), s. 28-29; Stern, J., 2002, s. 73.

<sup>143</sup> Schlosser, E. Molitor, *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, 2d Edition, 1975, ’den aktaran Gale, 1982, s.136.

<sup>144</sup> Savigny, 1815, s. 6.

<sup>145</sup> Coing, 1989, s. 13.

<sup>146</sup> Toews, 1989, s. 142.

<sup>147</sup> Savigny, 1840(b), s. 21.

<sup>148</sup> Bräunig, A., “Recht und Positives Recht bei Kant und Savigny”. [www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/4256.html](http://www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/4256.html), s.12.

## DEĞERLENDİRME

“... Herhangi bir kuramı incelerken, her şeyden önce o kuramın doğuşu ve olgunlaşması sırasındaki düşünce düzeyini, insanların ulaştıkları kültür derecesini mutlaka göz önünde bulundurmak gerekir. Çünkü insan zekasının her çağdaki olgunluk derecesi, o çağın bilimsel gerçeklerini ve manevi inançlarını derinden etkiler. Daha doğrusu belirli bir çağdaki insan zekası ancak o çağdaki gelişim derecesine ve kültür hazinesine göre ürün verir”<sup>149</sup>. İşte Savigny’nin teorisini de böyle bir çerçevede değerlendirmek, onu daha iyi anlamayı ve analiz etmeyi beraberinde getirecektir.

Tarihsel Hukuk Okulu’nun ve Savigny’nin hukuka katkısı, en azından hukuk kurallarını toplumun bir parçası olarak görmesinden gelmektedir. Aynı şekilde, hukukçuların ve de hukuku uygulayanların genel olarak toplumun parçası olduğunu ve bu anlamda onların, toplumun hukuk anlayışını yansıttıklarını söylemeleri belli bir gerçekliğe tekabül etmektedir<sup>150</sup>. Savigny, günümüzde ortaya atılan hukuk sosyolojisi teorilerinin<sup>151</sup> bir çoğundaki düşünsel temeli, daha XIX. yüzyıldan görmüştür. Günümüzdeki hukuk sosyolojisi çalışmalarının gösterdiği ve genel olarak kabul edilen bu gerçeğe göre; hukuk, kitaplardaki/pozitif hukuk dışında, yaşayan başka bir görünüme sahiptir ve işte Savigny bunu daha XIX. yüzyılda görmüştür. Onun kendi teorisindeki arayışı, bir bakıma gördüğü bu gerçeğin nasıl aşılabileceğine yönelik bir gayrettir; başka bir deyişle yaşayan hukukla kitaplardaki hukuk arasındaki ayrılığın nasıl giderilebileceğine yönelik bir gayrettir. Bunda ne kadar başarılı olduğu elbette tartışmalıdır ve derin çalışma gerektiren bir konudur.

Bununla birlikte Savigny’nin teorisinde eleştirilecek bazı hususlar vardır. Örneğin, “Tarihsel Hukuk Okulu’nun (ilk) hatası (ise), hukuku tarihin ve filolojinin gerisine atmak olmuştur. Ayrıca, “Alman Tarihsel Hukuk Okulu, sonraki hukuku geçmişin hukukuyla açıklamaya çalışmakla da hataya düşmüştür”<sup>152</sup>. “Ayrıca denilebilir ki; genel olarak Savigny’nin kurmaya çalıştığı bu bütüncül teori, yani hukukun kaynağı, yasalştırılması ve uygulanması aşamaları adım adım pozitivizme giden bir anlayışı yansıtmaktadır.

<sup>149</sup> Hirsch, E., **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Anlara : Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996, s.74.

<sup>150</sup> Freeman, 1994, s. 787.

<sup>151</sup> Bknz. **Sociology of Law in Non-Western Countries** / Edited by Masaji Chiba, Oñati: The International Institute for the Sociology of Law, 1993; John Griffiths, “Legal Pluralism And The Social Working of Law “ Coherence and conflict in law : proceedings of the 3rd Benelux-Scandinavian Symposium in Legal Theory, Amsterdam, January 3-5, 1991; Werner F. Menski. **Comparative Law in a Global Context : The Legal Systems of Asia and Africa**, London: Platinum Publishing, 2000.

<sup>152</sup> Leonhard, 1907. s. 581.

## KAYNAKÇA

- Arsal, S. M. (1941), Hukuk Tarihi Dersleri**, Ankara :A.Ü.H.F. Yayınları
- Bräunig, A. (2002)**, “Recht und Positives Recht bei Kant und Savigny”, [www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/4256.html](http://www.hausarbeiten.de/faecher/vorschau/4256.html)
- Can, C. (1982), Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon** (Basılı Olmayan Doçentlik Tezi), Ankara
- Coing, H. (1978-79)**, “Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft”, **Anales de la Catedra Francisco Suarez**, Yıl: 1978-79, Sayı: 18-19, s. 83-100
- Coing, H. (1989)**, “German “Pandektistik” in its Relations to the Former “Ius Commune””, **The American Journal Of Comparative Law**, Vol. 37, p. 9-15, [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)
- Commentary (1972)**, “Savigny: German Lawgiver” . **Marquette Law Review**, Vol. 55, p. 280-297 [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)
- Connerton, P. (1999)**, **Toplumlar Nasıl Anımsar?**, Çev., Alaeddin Şener, İst.: Ayrıntı Yay.
- Cotterrell, R. (1984)**, **The Sociology of Law**, Butterworths: London,
- De Montmorency, J. E. G.**, “The Great Jurists of the World, XII-(1910-11), Friedrich Carl Savigny”, **Journal of the Society of Comparative Legislation**, Vol. 11, p. 32-54, (1910-1911), [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)
- Dilcher, G. (1974)**, “ Bilimsel Metot ve Siyasal Karar Alma Aracı Olarak Hukuki Pozitivizm”, **A.Ü.H.F.D.**, Çev. Ahmet Mumcu
- Elliott, E. D. (1985)**, “The Evolutionary Theory in Jurisprudence”, **Columbia Law Review**, Vol. 85, p.38-94, (1985), [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)
- Freeman, M.D.A (1994)**, **Lloyd’s Introduction to Jurisprudence**, Sixth Edition, London: Sweet&Maxwell Ltd.
- Gale, S. G. (1982)**, “Very German Legal Science: Savigny and the Historical School, ”, **Stanford Journal of International Law**, Vol. 18 p.123-146 (1982), [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)
- Honig, R. (1935)**, **Hukuk Felsefesi**, Çev. M. Yavuz, İkinci Basım, İstanbul: Burhaneddin Matbaası
- Hirsch, E.(1996)**, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri**, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996
- Kaufmann, Arthur Einführung Rechtsphilosophie und Hassemer, Winfried (1994)**, **Rechtstheorie der Gegenwart**, Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag

- Koschaker, P. (1947), Europa und das Römische Recht**, München-Berlin: Biederstein Verlag
- Krawietz, W. (1978-79)**, “Zur Kritik der juristischen Methodenlehre siet Friedrich Carl von Savigny”, **Anales de la Catedra Francisco Suarez**, Yıl: 1978-79, Sayı: 18-19, s.101-132
- Larenz, K. (1975), Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 1975, Berlin Heidelberg: Spinger Verlag
- Leonhard, R. (1907)**, “Methods Followed in Germany by the Historical School of Law”, **Columbia Law Review**, Vol. 7, s. 573-581
- Manigk, A., (1914), Savigny und der Modernismus im Recht**, Berlin: Verlag von Franz Vahlen
- Manigk, A. (1941)**, “Savigny und die Kritik der Rezeption”, **Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung**, Band: 61, 1941, s. 187-230
- Marx, K. (1842)**“The Philosophical Manifesto of the Historical School of Law”, **Rheinische Zeitung**, No:221, August 9, 1842
- Mollnau, K. A. (1989)**, “Contributions of Savigny to the Theory of Legislation, The” **American Journal of Comparative Law**, Vol. 37, p. 81-93 (1989), [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)
- Özbilgen, T. (1976), Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri**, İstanbul : İ.Ü Yay. No:2170, Hukuk Fakültesi Yay., No:485
- Puchta, G. F.(1965), Das Gewohnheitsrecht**, Erster und Zweiter Teil, 1965, Darmstad: Wissenschaftliche Buchgesellschaft
- Rückert, J. (1984), Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny**, Ebelsbach: Rplf Gremer Verlag
- Rückert, J. (1989)**, “Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900, The”, **American Journal of Comparative Law**, Vol. 37, p. 121-138 (1989), [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)
- Savigny, F.C. (1815)** “Über den Zweck dieser Zeitschrift”, **“Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft**, Band 1, s.1-18
- Savigny, F.C. (1840a), Vom Beruf Unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Dritte Auflage, Heidelberg
- Savigny, F.C. (1840b), System des heutigen Römischen Rechts**, Erster Band, Berlin
- Savigny, F.C. (1944), Grundgedanken der historischen rechtsschule 1814/40**, Tekrar Baskı, Frankfurt:Vittorio Klostermann
- Savigny, F. C. (1993), Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842**, Herausgegeben und eingeleitet von Aldo Mazzacane, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann

- Schwarz, A. B. (1934)** “ John Austin and the German Jurisprudence of His Time”, **Politica**, 1934, No: 2, s. 178-199
- Stern, J. (2002)**, **Thibaut und Savigny, Ihre Programmatischen Schriften**, Zweite Auflage, Berlin: Franz Wahlen
- Stone, J. (1966)****Social Dimensions of Law and Justice**, London: Stevens&Sons Limited
- Toews, J. E. (1989)**, “Immanent Genesis and Transcendent Goal of Law: Savigny, Stahl, and the Ideology of the Christian German State, The”, **American Journal of Comparative Law**, Vol.37, p 139-170 (1989), [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org)
- Topçuoğlu, H. (1969)**, **Hukuk Sosyolojisi (Sosyoloji Açısından Hukuk)**, , Cilt:1, Cezaevi Matbaası: İstanbul
- Vinogradoff, Paul (1961)**,**Roman Law in Medieval Europe**, Oxford University Pres
- Vinogradoff, Paul (2002)**, **Introduction to Historical Jurisprudence**, 2002, Kitchener:Batoche Books
- Winhold, T.(2002)**, Die Methodenlehre Savigns, **Methodenlehre in der Rechtswissenschaft**, Justus Liebig Universität Giessen
- Wolf, E. (1951)**,”Friedrich Carl von Savigny”, **Grosse Rechtsdenker, Der Deutschen Geistesgeschichte** içinde, s.464-535, Tübingen: Dritte neuebearbeite Auflage

# İFADE HÜRRIYETİ BAĞLAMINDA HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU (TCK 216/1)

Arş. Gör. Ahmet Hulusi AKKAŞ\*

## GİRİŞ (Introduction)

Demokrasiler farklı görüşlerin çatışma halinde bulunduğu sistemlerdir. Bu sayede farklı görüşler ortaya konacak ve beğenilmeyen görüşler terk edilerek mutlak doğruya ulaşılmaya çalışılacaktır. Bunu da sağlamanın yegâne yolu özgür düşünce ortamının oluşturulması ve ifade hürriyetinin gerekli korumasının sağlanmasıdır. Ancak unutulmamalıdır ki bu hürriyet de diğer hürriyetler gibi, sınırsız bir hürriyet değildir. Bu sınırlamalardan birisi de TCK 216/2 de düzenlenen suç tipidir.

Biz de çalışmamızda ilk başta ifade hürriyetini genel anlamıyla açıklamaya, AİHS çerçevesinde bu hürriyetin kısıtlanmasının şartlarını belirtmeye çalışacağız. Daha sonra da 5237 sayılı TCK 216/1. maddede düzenlenen suç tipini 765 sayılı TCK 312/2 madde ile karşılaştırarak inceleyeceğiz.

## 1- İFADE HÜRRIYETİ (Freedom of Expression)

### 1- Genel Olarak (General)

İfade hürriyeti yerine düşünce hürriyeti, düşünme ve tartışma hürriyeti, söz hürriyeti ve düşün hürriyeti kavramları kullanılmaktadır. Bu terimler kavramın belirli fonksiyonlarına işaret etmelerinden dolayı yanlış değildir.<sup>1</sup> Ama kavramın sadece bir yönünü ortaya koymaktadırlar. Bu yüzden biz çalışmamızda tüm bu terimleri kapsayıcı olduğunu düşündüğümüz “ifade hürriyeti” kavramını kullanmayı uygun bulduk.

İfade Hürriyetini, bu kavramı oluşturan kelimelerin anlamına bakarak açıklayabiliriz. Sözlük anlamıyla ifade: anlatım, deyiş, bir duyguyu yüz aracılığıyla anlatan belirtilerin bütünü anlamına gelmektedir.<sup>2</sup> Hukuki anlamında ise ifade daha geniş kapsamlıdır. Zira söz, yazı ve resim dahi ifadenin kapsamı içerisine girebilmektedir. Sözlük anlamıyla hürriyet ise özgürlüğün karşılığı olarak kullanılmaktadır.<sup>3</sup> Hürriyet, “bireyin toplum içinde sahip olduğu bağımsızlık alanıdır.”<sup>4</sup>

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Reyhan SUNAY: İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, doktora tezi, (Konya, 1999), 3

<sup>2</sup> Türk Dil Kurumu: Türkçe Sözlük, cilt 1, (Ankara, 1998), 1047

<sup>3</sup> Türk Dil Kurumu: 1014

<sup>4</sup> Ayhan BEYDOĞAN: Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, (Ankara, 2003).

TEZİÇ, ifade hürriyetini (düşünce özgürlüğü) “insanın karşılaştığı bütün sorunlara vermek istediği yanıtları kendi kendine seçebilmesi, ya da şahsen hazırlayabilmesi, bireysel ve sosyal davranışlarını da bu yanıtlara uydurabilmesi olanağı”<sup>5</sup> olarak tanımlamıştır.

İfade hürriyeti: “başkalarının hürriyetleriyle, kişisel alanlarıyla sınırlı kalmak koşuluyla kişinin herhangi bir kayıtlama altında olmaksızın duygu ve düşüncelerini herhangi bir yolla açığa çıkarması, başkalarına aktarabilmesidir.”<sup>6</sup>

Diğer bir tanımda ise “ifade hürriyeti (özgürlüğü), yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkı değil, her türlü düşünceyi serbestçe açıklama özgürlüğü”<sup>7</sup> olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi verilen üç tanım da ifade hürriyetinin farklı yönlerini belirtmektedir. Birinci tanımda kişilerin sosyal davranışlarına yön veren; ikinci tanımda başkalarının hürriyet alanlarına kadar kayıtlanan duygu ve düşüncelerin açıklanması; üçüncü tanımda sırf hoş giden değil, bunun yanında her türlü düşüncenin serbestçe açıklanmasıdır.

İleride değineceğimiz “ifade hürriyetinin unsurları”ndan hareket edilerek yapılan tanım ise şöyledir: “İfade hürriyeti (düşünce özgürlüğü), insanın serbest şekilde bilgiye ve düşünceye ulaşabilmesini, düşünce ve kanaatlerinden dolayı suçlanmamasını, düşünce ve kanaatlerini serbest şekilde açıklayabilmesini, savunabilmesini ve başkalarına ulaştırabilmesini ifade eder.”<sup>8</sup>

## 2- Önemi (Importance)

İfade hürriyeti demokratik toplumların olmazsa olmaz şartıdır. Hatta bir görüş onu yaşam hakkı ile birlikte diğer özgürlüklerin ön koşulu olarak görmektedir.<sup>9</sup> Bir sistem, ifade hürriyetine sağladığı güvence oranında demokratik ya da tam tersi olarak, ifade hürriyetine getirdiği kısıtlamalar derecesinde antidemokratik sistem olarak değerlendirilmektedir.

İfade hürriyeti AİHS'nin en önemli unsurudur diyebiliriz. Zira 1998 yılında 11 nolu ek protokolle tek çatı altında toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade hürriyetine verdiği önemi göstermek için ilk kararını bu konuda vermiştir.<sup>10</sup> AİHM'e göre toplumların ilerlemesi ve bireylerin gelişimi ifade hürriyeti ile bağlantılıdır.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> Erdoğan TEZİÇ: “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı, cilt 7, yıl 1990, 33

<sup>6</sup> Ayhan BEYDOĞAN: 14

<sup>7</sup> Vahit BIÇAK: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, (Ankara, 2002), 19

<sup>8</sup> TÜBA'nın Düşünce Özgürlüğü İle İlgili Görüşü, [http://www.tuba.gov.tr / duyurugoster.php?yil=94&duyuru=1,05.09.2005](http://www.tuba.gov.tr/duyurugoster.php?yil=94&duyuru=1,05.09.2005)

<sup>9</sup> Uğur ALACAKAPTAN: “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları. Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar. Türkiye Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Hukuk Kurultayı 2000, cilt 2, (Ankara, 2000), 14

<sup>10</sup> Vahit BIÇAK: 45

<sup>11</sup> Metin KAYAÇAĞLAYAN: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesi Çerçevesinde “İfade Hürriyeti” ve 1982 Anayasası, Yüksek Lisans Tezi. (Ankara, 2001), 51

Demokrasilere farklı görüşlerin çatışma halinde bulunduğu, tek düze olmayan<sup>12</sup> sistemler diyebiliriz. İnsanlar düşüncelerini serbestçe ifade edeceklerdir, bu onların en doğal hakkıdır.<sup>13</sup> Düşünce açıklamak özgürlüğü demokrasinin ölçütü olarak görülür.<sup>14</sup> Bu sayede yanlışlar ortaya çıkacak, çözüm getirmediğine inanılan fikir ve yöntemler yenileri ile değiştirilecektir.<sup>15</sup> Tabii bu anlatılanlar özgürlükçü, kişilerin ifadelerinden dolayı bir yaptırıma maruz kalmayacaklarına güvendikleri bir ortamda gerçekleşir. Bu ortamın sağlanması için de demokratik rejimlerin resmi bir ideolojiye dayanmadıkları kabul edilir. Bu yüzden devletin bu ideoloji dışındaki fikirlere karşı korunması söz konusu değildir. Değişik fikirler cebir ve şiddete başvurulmadığı, suçu övme ve suça teşvik niteliğinde bulunmadıkları sürece koruma görürler.<sup>16</sup> Hatta bu bilgiler yanlış da olsa ifade hürriyetinin koruma alanından yararlanır. Çünkü bu hürriyetin kullanılmasında bilginin içeriği veya kalitesi belirleyici bir ölçüt değildir.<sup>17</sup>

### 3- Unsurları (Elements)

İfade hürriyetinin unsurları hakkında değişik görüşler vardır: Bir görüş, bilgi ve fikir alma ve sahip olunan bilgi ve fikirleri yayma özgürlüğü olmak üzere kavramın iki boyutu olduğunu savunmaktadır.<sup>18</sup> İfade kavramından yola çıkan bir diğer görüş ise, düşünme ve duyguya sahip olma, bu düşüncelerin karşı tarafa aktarılma istenmesi, ulaştırılmak istenen bir hedef ve bu hedefe bilgilerin aktarılması olmak üzere dört unsurun varlığını savunmaktadır.<sup>19</sup> İfade hürriyeti bir süreci anlatmaktadır. İlk başta haber ve fikirler serbestçe öğrenilecek (bilgilenme), daha sonra bu bilgiler kişinin kendi iç dünyasında yoğrulacak ve kişi bunlar hakkında bir kanaate ulaşacak (kanaat edinme), en sonunda ulaşılan bu kanaatler dış dünyaya aktarılacaktır (fikir ve kanaatlerin açıklanması). Bu yüzden biz unsurlar kısmını üçlü bir ayrım yapmak suretiyle inceleyeceğiz.

#### a-Bilgilenme Hakkı (Freedom of Knowledge)

İfade hürriyetinin ilk ayağını bilgilenme hakkı oluşturmaktadır. Demokratik sistemlerde bireyler çevrelerinde olup biten olaylara kayıtsız kalamazlar. Fikir ve bilgiler ifade hürriyetinin hammaddesini oluşturur.<sup>20</sup> AİHS ifade hürriyetini düzenlediği 10/1 maddede haber veya fikir almak hakkı diye nitelendirdiği bilgilenme hakkının kullanılmasının, memleket sınırları söz konusu olmaksızın geçerli olacağını belirtmiştir.

<sup>12</sup> Uğur ALACAKAPTAN: 16

<sup>13</sup> Ayhan BEYDOĞAN: 14

<sup>14</sup> Çetin ÖZEK: "Devletin Korunması, Terörle Mücadele Yasası ve Bilgilenme Hakkı", Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, (İstanbul, 1999), 32

<sup>15</sup> Reyhan SUNAY: 9; Vahit BIÇAK: 45

<sup>16</sup> Reyhan SUNAY: 14

<sup>17</sup> M. Bedri ERYILMAZ: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre İfade Özgürlüğü ve Türk Hukuku", Ankara Barosu Dergisi, sayı 2001-1, 253

<sup>18</sup> Vahit BIÇAK: 20

<sup>19</sup> Ayhan BEYDOĞAN: 13

<sup>20</sup> Metin KAYAÇAĞLAYAN: 60



Bir düşüncenin serbestçe oluşabilmesi için farklı kanaat ve eğilimlerin bireylere bilgi edinme, haber alma ve seçme olanakları sağlayacak bir ortam yaratılmasını zorunlu kılmaktadır.<sup>21</sup> Yani devletin ifade hürriyetine karışmamak şeklinde ortaya çıkan negatif yükümlülük, hürriyetin kullanılması için yeterli olmamaktadır. Ayrıca, pozitif yükümlülükler dediğimiz tedbirlerin de alınması zorunludur.

Günümüzde kişilerin fikir ve bilgilere ulaşmasının en etkili yolu yazılı veya görsel basındır. İşte bu yüzden ifade hürriyetinin kullanılmasında basın çok önemli bir işlevi bulunmaktadır. İfade hürriyeti, basının bilgi ve yorum aktarmasını güvence altına aldığı gibi bireylerin bu bilgi ve yorumları öğrenme hakkını da güvence altına alır.<sup>22</sup> “Basın Özgürlüğü”, ifade hürriyeti kapsamında kabul edilmek gerekir. Gerçekten, “basın”, düşünce açıklamak açısından bir kitle iletişim aracıdır.<sup>23</sup> Yalnız şunu da belirtelim haber verme hakkı, sırf olayların anlatılmasıyla sınırlı değildir. Eleştiri yapmak suretiyle kendi fikirlerini beyan etmek de haber verme hakkı içerisinde değerlendirilir.<sup>24</sup> Yargıtay’ın ETCK 312/2 maddesi ile ilgili yerel mahkemece verilen mahkûmiyet kararını onadığı bir kararındaki karşı oy yazısında, bu husus haklı olarak savunulmuştur.<sup>25</sup> Basın özgürlüğünün ifade hürriyetinin en önemli kullanım şekli olması sebebiyle bu konuya ileride tekrardan değinilecektir.

### **b-Kanaat Edinme (Opinion)**

Kanaat edinme belli bir fikrin zorla kabul ettirilmemesi ve düşüncelerinden dolayı kişinin kınanmaması ve suçlanmaması hakkını kapsar.<sup>26</sup> Bu hürriyet kişinin iç dünyasına yöneliktir. Demokratik sistemlerde devlet kanaat hürriyetini sınırlandırmak şöyle dursun bu alana karışmak hakkına bile sahip bulunmamaktadır. Düşünce ve kanaat kişinin iç dünyasında kaldığı sürece mutlak<sup>27</sup>, olağanüstü yönetim dönemlerinde bile bu hürriyet sınırlanamayacaktır.<sup>28</sup> Hukuki-cezai sorumluluk için bir eylemin varlığı şarttır. Salt düşüncenin kendisi bir eylem sayılamayacağından dolayı hukuk düzeni bunlarla ilgilenmez. Kısıtlanan ise düşüncenin açıklanan kısmıdır.<sup>29</sup>

<sup>21</sup> Erdoğan TEZİÇ: 32

<sup>22</sup> Vahit BIÇAK: 45

<sup>23</sup> Çetin ÖZEK: Devletin Korunması..., 32

<sup>24</sup> Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, cilt 2, (İstanbul, 1999), 42

<sup>25</sup> “Demokratik bir ülkede yazarların ve düşünürlerin ülke sorunları üzerinde kafa yorması, düşünce üretip bunları yazılarıyla ve söylemleriyle dile getirmeleri kadar doğal bir yaklaşım biçimi düşünülemez. Yazarlar ve düşünürler bu işlevlerini ortaya koyarlarken, yönetimlerin istekleri doğrultusunda düşünmek, yazmak ya da söylemler üretmek zorunda değildir. Aksine aykırı düşünceleri de onların en doğal hakkıdır. Dahası bu düşünceler çoğunluk tarafından paylaşılmayan düşünceler de olabilir. Bunun tek yaptırımı benimsenmemek olmalıdır.”( Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E.1996/11624. K.1996/12797. Karşı düşünce, www.yargitay.gov.tr 15.08.2005)

<sup>26</sup> Süleyman DOST: Avrupa İnsan Hakları Denetim Organlarının İçtihatlarına Göre İfade Özgürlüğü ve Türkiye, yüksek lisans tezi, (Isparta, 2001), 6

<sup>27</sup> A. Şeref GÖZÜBÜYÜK/ Feyyaz GÖLCÜKLÜ: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, (Ankara, 2004), 359

<sup>28</sup> Yücel SAYMAN: “Anayasa Tasarısında Düşüncelyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü”, İktisat Dergisi, sayı 396, Aralık 1999, 39

<sup>29</sup> Ayhan BEYDOĞAN: 23

Kanaat hürriyetinin bir başka yönü ise kimsenin kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması kuralıdır. "Açıklamaya zorlanamama" güvencesinden dolayı bu hürriyet konuşmama hürriyeti olarak da nitelendirilmektedir.<sup>30</sup>

Kişi iç dünyasında tamamen hür olduğu için düşünce olarak anayasal düzenle çatışma halinde bulunabilir. Ancak bundan dolayı ona herhangi bir sorumluluk yüklenemez. Bu yüzden demokrasilerde kişinin anayasal düzene uygun düşünmek zorunda olmadığı, ancak uygun davranmak zorunda olduğu savunulur.<sup>31</sup>

### c-Fikir ve Kanaatlerin Açıklanması (Declaration of Ideas and Opinions)

İfade hürriyeti fikir ve kanaatlerin açıklanmasıyla bir anlam bulur. Düşüncelerin kişinin iç dünyasında kalmasıyla hukuk düzeninin ilgileneceğini daha önce söylemiştik. Hukuk düzeni ifadenin açıklanmasından sonra devreye girer. Demokratik sistemlerde ifade hürriyetinin anlamı, yöneticilerin veya kamu makamlarının hoşuna gidecek şeyleri söyleme hakkı değil, her türlü düşüncüyü serbestçe açıklama özgürlüğüdür.<sup>32</sup> Bu yüzden ifade hürriyeti yalnızca onaylanan, zararsız olduğu kabul edilen ya da nasıl olursa olsun fark etmeyen "bilgi" ya da "düşünceler" için değil; hoş gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, "demokratik toplum"un onlarsız olamayacağı çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliğin gereğidir.<sup>33</sup> ABD Yüksek Mahkemesi ise Terminello V. Chicago kararında düşünce açıklamasının bir huzursuzluk, kurulu düzenin koşullarında hoşnutsuzluk yarattığı, hatta kişileri kızgınlığa sürüklediği zaman amacına en iyi şekilde hizmet etmiş olduğunu belirtmiştir.<sup>34</sup>

Görüldüğü gibi fikir ve kanaatlerin açıklamasından sonra toplumda bir bölünme bile olsa bu ifadeler koruma kapsamından yararlanacaktır. Kişi beğenmediği uygulamaları eleştirebilmeli, doğru bulduğu fikirleri başkalarına aktarabilmeli ve bu görüşlerine taraftar bulmak için faaliyette bulunabilmelidir. Dolayısıyla eleştiri ve bilgi verme sınırlarını aşıp bir fikre taraftar kazanmayı ve bireylerin tutumları üzerinde kontrol kurmayı hedefleyen propaganda faaliyetleri, fikirlerin açıklanması ve yayılması hürriyeti içerisinde yer almaktadır.<sup>35</sup>

İfade hürriyeti fertler için önemli olmakla birlikte bu hürriyet esas görünümünü basın hürriyeti kapsamında göstermektedir. Çünkü basın hürriyetinin güvence altına alınması ile basının bilgi ve yorum aktarması güvence altına alınacağı gibi bireylerin bu bilgi ve yorumları öğrenme hakkı da güvence altına alınmış olacaktır.<sup>36</sup> Bu hususu AİHM bir kararında belirtmiştir.<sup>37</sup>

<sup>30</sup> Reyhan SUNAY: 49

<sup>31</sup> Çetin ÖZEK: Devletin Korunması... 34

<sup>32</sup> Vahit BIÇAK: 19

<sup>33</sup> ZANA / TÜRKİYE DAVASI 25 Kasım 1997 (69/1996/688/880 <http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihmtr/zana.htm>)

<sup>34</sup> Terminello v. Chicago 377 US. 1(1949) Ersan İLAL: 67

<sup>35</sup> Reyhan SUNAY: 54

<sup>36</sup> Vahit BIÇAK: 45

<sup>37</sup> "Basının görevi sadece bu tür bilgi ve fikirleri iletmekle sınırlı değildir; halk da onları alma hakkına sahiptir." Lingens/Avusturya kararı. Vahit BIÇAK: 128

Ekonomik, sanatsal ve bilimsel konulara göre, politik ve kamuoyunu yakından ilgilendiren konularda açıklanan görüşlerle ilgili uygulamacıların ceza kanununun müeyyidelerini devreye sokarak bu özgürlüğü sınırlarken daha yavaş ve dikkatli davranması gerekir. Çünkü bu konuların tartışılması demokratik toplumun daha etkili işlemesi için önemlidir. Dolayısıyla, kamuoyunu yakından ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün kullanım alanı daha geniş ve devletlerin bu özgürlüğü sınırlama noktasındaki takdir alanı daha dardır.<sup>38</sup> Siyasal ifadeler, diğer tüm ifade biçimlerinden daha öncelikli bir koruma görmektedirler.<sup>39</sup> Hükümeti eleştirmenin hoş görülebilir sınırları, şahısları, hatta politikacıları eleştiri sınırından daha geniştir. Zira hükümetin işgal ettiği üstün mevki, özellikle muhaliflerin veya medyanın haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak için başka araçları kullanabilecekken ceza davasına başvurmada kendini sınırlı görmesini gerektirir.<sup>40</sup> Yönetenler, sıradan yurttaşlara nispetle daha sert bir biçimde eleştirilebileceklerdir ki bu tespit ifade hürriyetinin bir anlamda “muhalafet özgürlüğü” olduğuna ilişkin yaklaşıma işlerlik kazandırmaktadır.<sup>41</sup>

## II- AİHS'NDE İFADE HÜRRİYETİNİN SINIRLANMASI

### (The Restriction on Freedom of Expression in European Convention on Human Rights)

#### 1-Genel Olarak (General)

Başlığımızdan da anlaşılacağı gibi ifade hürriyetin sınırlanması konusunu AİHS 10. madde çerçevesinde incelemeye çalışacağız. Mahkemenin bu alanda vermiş olduğu kararların, taraf ülke kanun koyucularını ifade hürriyetini sınırlayan maddelerde değişiklik yapmaya zorlaması bizi buna iten etmendir.<sup>42</sup>

İfade hürriyeti de diğer birçok hürriyet gibi kısıtlamalara maruz kalabilir. Bizim burada tartışmamız gereken husus bu hürriyetin kısıtlamaya maruz kalabilip kalamayacağı değil; yapılan kısıtlamanın demokratik hukuk devletindeki sınırının ne olacağıdır. Burada şunu da belirtelim yapılacak kısıtlama asla düşüncenin kendisine değildir, o düşüncenin açıklanış biçimi kısıtlamanın konusu olabilir.<sup>43</sup> Nitekim 1982 Anayasası 25. maddesinde kimsenin düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağını ve suçlanamayacağını söylemekle bu hususu belirtmiş bulunmaktadır.

AİHS 10/2 maddede yapılacak sınırlandırmaların sınırını çizmiştir. Buna göre,

1- sınırlama kanunla belirlenmiş olmalıdır,

<sup>38</sup> ÖZTÜRK v. Turkey, Başvuru No 22479/93, 28 Eylül 1999 Kararı, para. 66

<sup>39</sup> Öykü Didem AYDIN: Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku Amerika Birleşik Devletleri Örneği, cilt 1.(Ankara, 2004), 124

<sup>40</sup> Casstells/İspanya kararı, Vahit BIÇAK: 159

<sup>41</sup> Metin KAYAÇAĞLAYAN: 92

<sup>42</sup> Nitekim konumuz olan “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçunu düzenleyen ETCK 312/2 madde birçok defa değişikliğe uğramıştır. AİHS’ ne uyum için yapıldığını söyleyebildiğimiz 4744 sayılı kanunla maddede yazılı suçun oluşabilmesi için eylemin kamu düzeni için tehlikeli bir şekilde işlenmiş olma şartı getirilmişti. 5237 sayılı TCK daha ileri bir adım atarak eylemin ancak kamu güvenliği için açık ve yakın bir tehlike oluşturması halinde cezalandırılacağını belirtmiştir.

<sup>43</sup> Yücel SAYMAN: 40

2- sınırlamanın meşru bir amacı olmalıdır,

3- sınırlama demokratik toplumlarda gerekli olmalıdır.

## **2-Sınırlamanın Koşulları (Conditions of the Restriction)**

### **a-sınırlama kanunla belirlenmiş olmalıdır (The Restriction must be prescribed by law)**

Avrupa İnsan Hakları komisyonu, kanun kavramının maddi anlamını kullanarak, genel, soyut, objektif ve kişisel olmayan kuralları içeren işlemlerle bir hürriyetin sınırlanabileceğini belirtmektedir.<sup>44</sup> 10. madde anlamında bir kanundan bahsedebilmek için bu düzenlemelerin öngörülebilirlik ve ulaşılabilirlik koşullarını yerine getirmiş olması lazımdır. Yasal kurullarla ilgili olarak vatandaşların yeterli bilgi sahibi olması ulaşılabilirlik açısından gereklidir. Kişiler kendilerine uygulanacak hukuk kuralının sonuçlarını önceden bilebiliyorlarsa öngörülebilirlik koşulu da yerine getirilmiş demektir.

### **b-sınırlamanın meşru bir amacı olmalıdır (The restriction must have a legitimate aim)**

İfade hürriyetinin devletin ve kamusal menfaatlerin korunması ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması amacıyla sınırlandırıldığını söyleyebiliriz. Ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu düzeni gibi sınırlama sebeplerinin içerikleri kolay tespit edilememektedir. Bu yüzden bu amaçla yapılan sınırlamaların istisna olmaktan çıkıp kural haline geldiği belirtilmektedir.<sup>45</sup>

Mahkeme başkalarının şöhret veya haklarının korunması hususunu politikacılarla yönelik siyasi eleştiri durumlarında biraz daha esnek ele almaktadır. Bu gibi durumlarda ifade hürriyetini daha geniş yorumlamaktadır.<sup>46</sup>

### **c- sınırlama demokratik toplumlarda gerekli olmalıdır (The restriction must be necessary in a democratic society)**

Mahkeme içtihadında “gerekli” sözcüğü “sıkıştıran bir toplumsal gereksinim” ifade eder. Başka bir deyişle hak ve özgürlüğe müdahale, 2. fıkrada belirlenen amaçlardan biri veya bir kaç bakımından “sıkıştıran bir toplumsal gereksinim”e cevap teşkil edecek nitelikte olmalıdır.<sup>47</sup> Mahkemeye göre bu zorlayıcı toplumsal gereksinimin tayin ve takdiri ulusal mercilere aittir; uluslar arası yargıcın bu konudaki yetkisi ikincildir.<sup>48</sup> Zorlayıcı toplumsal gereksinimin varlığı soyut kurullarla bağlı değildir. Her somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapılacaktır. Sınırlama amacı ile araç arasında makul bir dengenin varlığı, ifadenin yapıldığı ortam, sınırlamaya konu olan ifadenin niteliği gibi hususlar göz önünde bulundurulacaktır.

<sup>44</sup> Reyhan SUNAY: 98

<sup>45</sup> Reyhan SUNAY: 65

<sup>46</sup> Bkz. Lings/Avusturya karar. Vahit BIÇAK: 128

<sup>47</sup> AİHM, Observerve Guardian/İngiltere, 26/11/1991, A 216, § 71

<sup>48</sup> GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ: 378: “10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen anlamda “zaruri” sıfatı “acil bir sosyal ihtiyaç” anlamındadır. Akit devletler anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirmesi konusunda belli bir marja sahiptir. ancak bağımsız bir mahkeme tarafından verilenler dahil olmak üzere, tabii olduğu yasama ve kararları kapsayacak şekilde Avrupa denetimi ile iç içe olmalıdır.” Vahit BIÇAK: 318

Demokratik toplum kavramından ne anlaşılması gerektiğini de tespit etmek gerekmektedir. Bu kavramının unsurları sözleşme kurumları tarafından içtihat yoluyla belirlenmiştir. Demokratik toplumu belirleyen unsurların çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirlilik olduğu ifade edilmiştir.<sup>49</sup> “Demokratik toplum düzeni” norm uygulayıcısına, burada müdahalenin ölçülülüğü anlamında bir değerler dengelemesini yapmasının zorunluluğunu hatırlatmaktadır.<sup>50</sup> 1960lı yıllarda Alman Federal Anayasa Mahkemesi ölçülülüğün bir tanımını yapmıştır. Buna göre “yasa koyucu tarafından kullanılan aracın, istenilen amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olması gerekir. Araç istenilen sonuca varılmasına yardımcı olabiliyorsa, elverişlidir. Yasa koyucu aynı derecede etkili olup, ilgili temel hak üzerine sınırlayıcı etkisi daha az olan bir aracı bulamıyorsa araç gereklidir.”<sup>51</sup>

AİHM ifade hürriyetinin kısıtlanmasını denetlerken Amerikan Yüksek Mahkemesince geliştirilen “açık ve yakın tehlike” kistasına benzer bir yaklaşım sergilenmektedir. Bu kıstasa göre bir düşünce açıklamasının sınırlanabilmesi için ifadenin şiddet içermesi, suçu övmesi, şiddete teşvik ve tahrik etmesi gerekmektedir. Ancak her şiddete tahrik ve teşvik de cezalandırılmamaktadır. Bu açıklamaların sonucunda hukuka aykırı bir eylem gerçekleşmeli veya gerçekleşme tehlikesinin ortaya çıkması kuvvetle muhtemel olması gerekir.<sup>52</sup>

### III- HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU

#### (The Article 216/1 of Turkish Penal Code) (The Crime of provocation of hatred and hostility among people)

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının üçüncü kısmının beşinci bölümü “kamu barışına karşı suçlar” a ayrılmıştır. İnceleme konumuz olan 216. maddede “Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik”(216/1), “Halkın Bir Kesimini Aşağılama”(m. 216/2), “Dini Değerleri Aşağılama”(216/3) olmak üzere üç farklı suç tipi düzenlenmiştir. Biz incelememizde sadece birinci fıkrada düzenlenen suç tipini ele alacağız.

#### 1-Korunan Hukuki Değer (Protected Legal Value)

Bu suçla öзде, bölüm başlığından da anlaşılacağı gibi, kamu barışı korunmak istenmiştir. Kamu barışı, bireyler arasındaki ilişkilerde, hukukun egemen olduğu toplum düzeni olarak anlaşılmalıdır.<sup>53</sup> Bir başka yazar ise “sosyal hayatın muntazam gidişi, daha iyi görünüşü ve vatandaşın uyumlu huzur içinde yaşaması” olarak tanımlamaktadır.<sup>54</sup> Kamu barışı; kamu güvenliğinden daha geniş, kamu düzeni kavramından ise daha dar bir manaya sahiptir.<sup>55</sup> Ekonomik düzene, hürriyet aleyhine

<sup>49</sup> Reyhan SUNAY: 86

<sup>50</sup> Rumpf CHRISTIAN: “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, cilt 10, yıl 1993, 31

<sup>51</sup> BverfGE 30, sh. 292 vd.'den naklen, Rumpf CHRISTIAN: 33

<sup>52</sup> M. Bedri ERYILMAZ: 257

<sup>53</sup> Ahmet GÖKÇEN: “Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222)”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc 26.12.2005

<sup>54</sup> Doğan SOYASLAN: Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara, 2005), 438

<sup>55</sup> Ahmet GÖKÇEN: “Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222)”

gibi suçlar da aslında kamu barışını ihlal ederler. Ancak bu gibi suçlar kamu barışının özel bir yönünün tehdididir. Bu bölümde düzenlenen suçlar ise kamu barışının tümünü ihlal etmektedir.<sup>56</sup>

Bu madde ile korunan hukuki değer devlet düzeni olmayıp kamu düzenidir.<sup>57</sup> Bu yüzden devlet idaresi aleyhine işlenen fiiller bu madde kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak Yargıtay vermiş olduğu birçok kararında “kamu” kavramından “devlet”i anlamış, failin devlet idaresi aleyhine işlediği fiilleri bu madde kapsamında değerlendirmiştir.<sup>58</sup>

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının beşinci babı “amme nizamı aleyhine cürümler” başlığını taşımaktaydı. Bu yüzden 765 sayılı kanun daha geniş bir koruma sağladığını söyleyebiliriz. 216/1. madde ise “kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike” aradığı için koruma alanı daraltmış, ifade hürriyetinin kullanım alanı ise genişlemiştir.

## 2-Suçun Maddî Unsuru (Corpus Delicti)

Bu suç ani bir suçtur. Suç, halkı kin ve düşmanlığa tahrik eyleminin yapıldığı yer ve zamanda gerçekleşmiş sayılır.<sup>59</sup> Suç halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesiyle işlenir. Ancak suçun oluşması için tahrikin yapılması yeterli değildir. Tahrikin neticesinde “kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike oluşması” gerekmektedir.

Kin, öç almayı amaçlayan gizli düşmanlık, garez<sup>60</sup>; düşmanlık ise birinin kötülüğünü istemek, ona zarar vermeye çalışmak halî, hasımlık<sup>61</sup> olarak tanımlanmıştır. İfade hürriyetinin bir vechesi de açıkladığınız fikir ve düşüncelere taraftar bulmak için bu fikir ve düşüncelerin propagandasını yapmaktır. Propagandanın doğal sonucu olarak siz aslında birbirine karşıt iki grup oluşturunuz. Bu durum bile ifade hürriyeti içinde mütalaa edilir. Cezalandırılan husus ise bu ayrımın kin ve düşmanlık seviyesine çıkarılmasıdır.<sup>62</sup> Bu bakımdan sadece şiddet içeren veya şiddeti tahrik ve

<sup>56</sup> Faruk EREM: Ceza Hukuku Hususi Hükümler, cilt 1, (Ankara, 1968), 482-483; bkz. Faruk EREM/Nevzat TOROSLU: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara, 2000), 225

<sup>57</sup> F.Hüsnü ERDEM: “Türk Devlet Düzeni ve Demokratik Kamu Düzeni”, AÜHFD, cilt 52, sayı 1, yıl 2003, 58

<sup>58</sup> “Düşmanlığa tahrik fiillerinin milli bayram sayılan bir günde, kalabalık insan topluluğuna ve buna bağlı olarak yığın ruhiyatı bakımından herkesin heyecan içinde olduğu bir ortamda işlenmesi dolayısıyla doğrudan doğruya devletin güvenliğini ilgilendirdiğine şüphe yoktur.” Yargıtay 9. CD. 18.06.1974, E.1974/2, K. 1974/2 (Dialog Prestige Yargıtay Kararları CD'si)

<sup>59</sup> Erol CİHAN: 184

<sup>60</sup> Türk Dil Kurumu: 1325

<sup>61</sup> Türk Dil Kurumu: 658

<sup>62</sup> “İfade hürriyeti yalnızca onaylanan, zararsız olduğu kabul edilen ya da nasıl olursa olsun fark etmeyen “bilgi” ya da “düşünceler” için değil; toplumun bir kesimi için hoşça götmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, “demokratik toplum”un onlarsız olamayacağı çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereğidir.” (ZANA / TÜRKİYE DAVASI 25 Kasım 1997); Ersan ŞEN: “Türk Ceza Kanunu'nun 312/II. Maddesinin Mevcut Haliyle Muhafazası Üzerine”, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi, cilt IV, sayı 1-2, yıl 2000, 23

teşvik eden ifadeler bu madde kapsamında değerlendirilip cezalandırılacaktır.<sup>63</sup> Burada şunu da belirtelim ki fiilin suç teşkil etmesi için yalnızca kine veya yalnızca düşmanlığa tahrik yeterli değildir. Tahrik, hem kine hem de düşmanlığa sevk edecek nitelikte olmalıdır.<sup>64</sup>

Sınıf tabirinden, ülkede yaşayan ve benzer özelliklere sahip insanların oluşturdukları tabii grupların yanı sıra kalıtsal özelliklerinden kaynaklanan etnik grupları da anlamak gerekmektedir.<sup>65</sup> Ancak iradi birliklilikleri bu kapsamda değerlendiremeyiz.<sup>66</sup>

Din ve mezhep terimleri her türlü dini ve mezhebi kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.<sup>67</sup>

İrk derken “genetik bakımdan şartlandırılmış, oldukça sabit olarak kuşaktan kuşağa geçen beden karakterlerinin toplamı” anlaşılmalıdır.<sup>68</sup>

Bölgeden maksat sadece idari bölünme değildir. Bu tabir daha geniş veya daha dar bir coğrafi yöreyi ifade edebilir.<sup>69</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu 27.10.1998 tarihli kararında bölgeyi, “idari veya ekonomik birlik, toprak veya iklim koşullarına göre belirlenen toprak parçası” olarak tanımlamıştır.<sup>70</sup>

#### a- Aleniyet (Publicity)

Gerek 4744 sayılı kanunla değişik ETCK 312/2, gerekse de TCK 216/1 madde bakımından suçun oluşabilmesi için “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” edecek ifadelerin alenen yapılması gerekmektedir.

Aleniyet şartının mahiyeti tartışmalıdır. Bazılarına göre aleniyet objektif cezalandırma şartı, bazılarına göre ise suçun bir unsurudur. SOYASLAN, eğer fail aleniyetin varlığını bilmiyorsa yani aleniyet açısından kastının olmaması halinde suçun oluşmayacağını, bu suretle de aleniyetin suçun bir unsuru olduğunu kabul etmektedir.<sup>71</sup> GÖKÇEN de fiilin ancak aleni yapılması ile kamu düzeni açısından bir tehlike meydana geleceğini, fiilin tehlikelilik halinin cezalandırıldığına göre failin bu tehlikeye durumuna şamil olması gerekçesi ile aleniyetin suçun bir unsuru olduğu kanaatinde.<sup>72</sup>

EREM/TOROSLU ise her hadisede aleniyet şartının aranacağı için aleniyetin objektif cezalandırma şartı olduğunu savunmaktadır.<sup>73</sup>

<sup>63</sup> Ahmet GÖKÇEN: “Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222)”

<sup>64</sup> Ahmet GÖKÇEN: Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, (Ankara, 2001), 128

<sup>65</sup> Faruk EREM/Nezvat TOROSLU: 233

<sup>66</sup> EREM: 490

<sup>67</sup> Faruk EREM/Nezvat TOROSLU: 233

<sup>68</sup> YCGK 15.3.2005, E. 2004/8-201, K. 2005/30 (Kazancı Yargıtay Kararları CD’si)

<sup>69</sup> Faruk EREM/Nezvat TOROSLU: 233

<sup>70</sup> YCGK 27.10.1998, 8-247/335

<sup>71</sup> Doğan SOYASLAN: 439

<sup>72</sup> Ahmet GÖKÇEN: Halkı Kin ve Düşmanlığa..., 197

<sup>73</sup> Faruk EREM/Nezvat TOROSLU: 226

Suçun unsuru, suçun varlığı için bulunması şart olan hususlardır.<sup>74</sup> Objektif cezalandırma şartları ise, fiilden önce gelmeyip, suçun bütün unsurlarıyla tamam olmasından sonra söz konusu olan ve o suçtan dolayı failin ceza görmesine imkân veren hususlardır.<sup>75</sup> Cezalandırma şartını ihtiva eden suçlarda, şart gerçekleşmedikçe faile hiçbir sıfatla ceza verilemez, unsurun gerçekleşmemesi halinde faile teşebbüsten dolayı ceza verilebilir.<sup>76</sup> Örneğin failin yanında sadece bir tek kişinin bulunduğu halde, evindeki odasında halkı kin ve düşmanlığa tahrik kastıyla bazı sözler sarf ettiğini varsayalım. Aleniyeti unsur sayarsak bu durumda faile teşebbüsten dolayı ceza vermek gerekecektir. Ancak aleniyeti objektif cezalandırma şartı saydığımızda faile ceza verilemeyecektir. AİHM Gerger/Türkiye davasında “başvurucunun mesajının sadece anma toplantısına katılan bir grup insana okunduğu ve bu sözlerin ulusal güvenlik, kamu düzeni veya bölgesel bütünlüğe yönelik potansiyel tehdit oluşturmada sınırlı olduğunu ileri sürmüş ve yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına” karar vermiştir.<sup>77</sup> Görüleceği gibi aleniyet unsuru gerçekleşse bile eğer sonuçta kamu barışı açısından açık ve yakın tehlike oluşmadıkça faile ceza verilemeyecektir. O zaman aleniyetin gerçekleşmemesi durumunda ise suç hiç oluşmayacaktır. Bu yüzden biz de aleniyetin objektif cezalandırma şartı olduğu kanaatindeyiz.

Aleniyetin ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Herkesin gelip geçebildiği yol, meydan gibi yerler alenilik kavramının yer bakımından gerçekleşmesinde söz konusu olmaktadır. Bu yüzden örneğin gece vakti - aslında aleni bir yer olmasına karşılık- kimsenin olmadığı bir yolda halkı kin ve düşmanlığa tahrik edecek sözlerin söylenmesi bu suçun oluşumu için yeterli midir?

Aleniyet şartından bahsedebilmek için suçun müteaddit kimseler huzurunda işlenmesi gerekmektedir. Suçun oluşabilmesi için yer bakımından aleniliğin değil kişi bakımından aleniliğin aranması gerekmektedir. Bu bakımdan aleni olmayan ancak belirsiz bir kalabalığın olduğu yerlerde de bu suçun işlenebileceğini; buna karşılık aslında aleni olan ancak o esnada belirsiz bir kalabalığın olmadığı yerleri bu suçun işlenmesine uygun saymamak gerekir.<sup>78</sup> Yargıtay ise bir kararında fiilin başkaları tarafından görülüp işitilebilecek bir yerde işlenmesini tek başına aleniyetin gerçekleşmesi için yeterli saymıştır.<sup>79</sup>

#### **b- Kamu Barışı Açısından Açık ve Yakın Tehlikenin Olması (The existence of the clear and near Threat for the public peace)**

Aleniyetin gerçekleşmesi de suçun oluşması için tek başına yeterli değildir. Ayrıca kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin doğması gerekmektedir.

<sup>74</sup> Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN:312

<sup>75</sup> Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN:316

<sup>76</sup> Sulhi DÖNMEZER/Sahir ERMAN:321

<sup>77</sup> Gerger/Türkiye davası Süleyman DOST: 69

<sup>78</sup> Erol CİHAN: “Yasalara İtaatsizliğe Tahrik Suçu”. İÜHFM, cilt 36, sayı 1-4, yıl 1971, 173; EREM: 484; Mehmet Emin ARTUK/Ahmet GÖKÇEN/Caner YENİDÜNYA: Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Ankara, 2005), 405; SOYASLAN: 439

<sup>79</sup> Yargıtay 9. CD. 18.06.1974. E.1974/2. K. 1974/2 (Dialog Prestige Yargıtay Kararları CD’si)



Açıklamaların sonucunda hukuka aykırı bir eylem gerçekleşmiş veya gerçekleşme tehlikesi ihtimali varsa bu kıstas gerçekleşmiştir. Açık ve yakın tehlikenin var olup olmadığı yasa koyucu tarafından önceden belli kurullarla soyut olarak değil, fakat uygulamada mahkemelerce saptanabilecek bir husustur.<sup>80</sup> Mahkemenin karar gerekçesinde açıklanan fikirlerin, hangi noktada kamu düzenini nasıl bozma tehlikesi içerdiğini gösteren somut delilleri göstermesi gerekmektedir.<sup>81</sup>

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeye baktığımızda: 1981 yılına kadar suçun oluşabilmesi için hareketin, umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda işlenmesi şart koşulmuştu. 07.01.1981 tarihli ve 2370 sayılı kanununun 13. maddesi ile yapılan değişiklikten sonra fiilin umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda işlenmesi ağırlatıcı sebep haline getirilmiştir. Yani fiil umumun emniyeti için tehlikeli olmasa bile yine de cezalandırılacaktı. Görüldüğü gibi madde, bu hali ile soyut tehlike suçu haline gelmiş, maddenin kapsamı ifade hürriyeti aleyhine genişletilmişti.<sup>82</sup> 19.02.2002 tarihli ve 4744 sayılı kanun ile suçun oluşması için yine fiilin "kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde yapılması" şartı getirilmiştir. Bu haliyle maddede bir iyileştirme yoluna gidilmiştir.

### c- Somut Tehlike Suçu (Crime of Concrete Threat)

Maddede düzenlenen bu suç bir tehlike suçudur. Zira kanun koyucu, korunan hukuki yararın zarara uğramasını beklememekte, tehlikeye sokulması halinde de cezalandırmaktadır. Tehlike suçlarını soyut tehlike suçları ve somut tehlike suçları diye ikiye ayırabiliriz.

Soyut tehlike suçları kanun koyucunun suç tipinde tehlikeyi açıkça belirtmemesine rağmen, hareketin genel olarak tehlikeliliği değerlendirmesini yaptıracak ifadelerle suç tipini tanımladığı suçlardır.<sup>83</sup> Burada, suç sayılan hareketin genel olarak korunan hukuki yararı tehlikeye düşürmeye uygun ve elverişli olup olmadığına bakılır.<sup>84</sup> Somut tehlike suçları ise yasaklanan hareketin kanunun koruduğu hukuki menfaat bakımından bir tehlike meydana getirdiği suçlardır.<sup>85</sup>

Bu açıklamalardan da anlaşıldığı gibi 216/1. maddede "kamu barışı açısından açık ve yakın tehlike" şartı arandığı için bu suç somut bir tehlike suçudur.

4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce ETCK 312. maddesinin soyut tehlike suçu olduğunu söyleyebiliriz.<sup>86</sup> Zira burada fiilin aleni yapılması tek başına cezalandırılmıştır. Bazı yazarlar ve Yargıtay ise 4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikte suçun somut tehlike suçu haline geldiğini savunmaktadır.<sup>87</sup>

<sup>80</sup> Erdoğan TEZİÇ: 37

<sup>81</sup> Ayhan BEYDOĞAN: 322; Ahmet GÖKÇEN: "Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222)"

<sup>82</sup> Ahmet GÖKÇEN: Halkı Kin ve Düşmanlığa..., 42

<sup>83</sup> Vesile Sonay DARAGENLİ: Tehlike Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul, 1998), 59

<sup>84</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: 410

<sup>85</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: 410

<sup>86</sup> Türkan Yalçın SANCAR: "Türk Ceza Kanunu'nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı", AÜHF, cilt 52, sayı 1, yıl 2003, 98

<sup>87</sup> Türkan Yalçın SANCAR: 99; YCGK. 23.11.2004, E. 2004/8-130, K. 2004/206 (Kazancı Yargıtay Kararları CD'si)

Her ne kadar 4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bu maddede bir iyileştirme yapılmışsa da bu madde yine bir soyut tehlike suçu olarak kalmıştır. Yukarıda belirtmiştik: soyut tehlike suçlarında suç sayılan hareketin genel olarak korunan hukuki yararı tehlikeye düşürmeye uygun ve elverişli olup olmadığına bakılır. Yapılan değişiklikle de hareketin “kamu güvenliği için tehlikeli olabilecek şekilde” işlenmesi cezalandırılmıştır. Yani hakim hareketi bir değerlendirmeye tabi tutacak, hareketi tehlike oluşturmak için elverişli bulursa cezaya hükmedecek, hareketin neticesinde bir tehlike oluşup oluşmadığına bakmayacaktır.

#### **d- Fail (Subject)**

Fail bir sosyal sınıfı diğer sosyal sınıf aleyhine kışkırtan kimsedir. Madde fail açısından herhangi bir özellik aramamıştır. Bu yüzden ceza sorumluluğu olan herkes fail olabilir.<sup>88</sup>

Fail fiili söz ile işleyebileceği gibi bunun yanında diğer ifade araçları ile de işleyebilir, bu bakımdan suçun oluşması için kullanılacak aracın bir önemi yoktur. Örneğin yazı ile ya da çizilen bir karikatür ile de bu suçun işlenmesi mümkündür. Ancak suç basın-yayın yoluyla işlenmiş ise ceza yarı oranında artırılacaktır.

#### **e- Mağdur (Mistreated)**

Mağdur, tahrik edilen gruptan sosyal sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge bakımından farklı olan ve tahrik edilen grubun husumeti kendilerine yöneltilen halk kesimidir.<sup>89</sup> Kışkırtılan sınıfın mağdur sınıfın tamamına karşı kışkırtılması da gerekmez.<sup>90</sup> En az kaç kişinin halk kesimini teşkil edeceğine somut olayda hakim karar verecektir.<sup>91</sup> Ancak bu grupların genel nüfus içerisinde belli bir yoğunluğa ulaşmış olmaları gerekir.

### **3- Suçun Manevi Unsuru**

Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur, taksirle işlenemez.<sup>92</sup> Fail halkı kin ve düşmanlığa sevk etmek amacıyla hareket ettiği için bu suç ancak özel kastla işlenebilir.

Gerek AİHM ve gerekse de Yargıtay failin kastını belirlerken açıklanan ifadenin bir bütün olarak değerlendirileceğini istikrar arz eden kararlarında belirtmiştir.<sup>93</sup>

### **4- Suçun Özel Görünüş Şekilleri**

#### **a- Teşebbüs (Attempt)**

Yukarıda bahsetmiştik bu maddede düzenlenen suç bir tehlike suçudur. Tehlike suçları, eğer ortada bölünebilen bir hareket var ise teşebbüse müsaittir.<sup>94</sup> Tehlike

<sup>88</sup> Ahmet GÖKÇEN: Halkı Kin ve Düşmanlığa..., 71

<sup>89</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: 389

<sup>90</sup> Doğan SOYASLAN: 446

<sup>91</sup> Ahmet GÖKÇEN: Halkı Kin ve Düşmanlığa..., 73

<sup>92</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: 423

<sup>93</sup> “Kitaptaki yazılar ile sanığın önsözü ve dipnotları bütünüyle incelenip değerlendirildiğinde...” Yargıtay 9. CD. 20.12.1978, E. 1978/3823, K. 1978/4806; “Dava konusu “Cinayeti gördük” başlıklı yazı bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde...” Yargıtay 9. CD. 1.3.1993, E. 1992/11256, K. 1993/1066 (Kazancı Yargıtay Kararları CD’si)

suçlarına tam teşebbüsün mümkün olmadığı, buna karşılık eksik teşebbüsün<sup>95</sup> mümkün olduğu savunulmaktadır.<sup>96</sup>

Kanımızca halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ne eksik teşebbüs ne de tam teşebbüs mümkündür. Yeni ceza kanuna göre söyleyecek olursak bu suç teşebbüse müsait bir suç değildir. Örneğin halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmeye çalışan bir kimse konuşmaya başlasa, bu esnada bir başka kimse bu kimsenin konuşmasına engel olsa; bu yazarlara göre teşebbüs aşamasında kalmış “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçundan faile ceza vermek gerekecektir. Fail icra hareketlerini tamamlasa ancak kamu barışı için açık ve yakın tehlike oluşmasa bu durumda faile ceza verilmeyecektir. Bu yüzden icra hareketleri yarım kaldığında faile hiç ceza vermemek yani onu teşebbüs aşamasında kalmış suçtan sorumlu tutmamak gerekecektir.<sup>97</sup>

### b- İştirak (Partnership)

Bu suç tek başına işlenebilen bir suç olduğu gibi birden fazla kimseler tarafından da işlenebilir. Bu yüzden iştirake uygun bir suçtur.<sup>98</sup> Fail geniş bir halk kesimine yönelik bir konuşma yapsın. Failin yanında bulunan yardımcısı da halkı galeyana getirmek için mikrofondan halkın faili alkışlamasını veya faile tezahürat yapmasını telkin etsin. İşte yapılan tüm bu hareketlerden dolayı bu yardımcısı da bu suça iştiraktan sorumlu tutmak gerekecektir.

### c- İçtima (Assemblage)

Bu suç zincirleme suç şeklinde de işlenebilir.<sup>99</sup> Aynı suç işleme kararının icrası kapsamında yapılan hareketler de bir suç sayılacaktır. Örneğin fail peş peşe üç gün boyunca televizyonda halkın bir kesimini diğer kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa sevk edecek konuşmalar yapsa, yaptığı her konuşma için ayrı ayrı cezalandırılmayacak, tek bir suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak 216/1. maddedeki suçun cezası dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır (TCK md. 43/1).

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek amacıyla yapılan açıklamalar aynı zamanda suç işlemeye tahrik edecek nitelikte olursa burada fikri içtima kurallarını uygulamak gerekecektir (TCK md. 44). Buna göre fail cezası daha ağır olan suçun cezası ile cezalandırılacaktır.

### 5- Cezası (Sanction)

216/1. maddede düzenlenen suçun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. 312/2. maddede de suçun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası idi.

<sup>94</sup> Doğan SOYASLAN: Teşebbüs Suçu, (Ankara, 1994), 205; GÖKÇEN de icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa ve neticeye engel olan sebep, icra hareketleri yapılırken ancak henüz bitmeden ortaya çıkmışsa bu durumda failin eksik teşebbüsten cezalandırılabileceği görüşündedir. Bkz. Ahmet GÖKÇEN: Halkı Kin Düşmanlığa..., 299

<sup>95</sup> 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu eksik ve tam teşebbüs ayrımını kaldırmıştır. Bunun yerine sadece suça teşebbüs düzenlenmiş ve asıl cezadan yapılacak indirim aralığı geniş tutularak hakime takdir hakkı tanımıştır.

<sup>96</sup> Vesile Sonay DARAGENLİ: 74

<sup>97</sup> Aksi görüş için bkz. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: 424

<sup>98</sup> ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA: 425

<sup>99</sup> Erol CİHAN: 185

Yeni Ceza kanununda failin lehine bir düzenlemenin yapıp yapılmadığı tartışılmalıdır. Ceza miktarlarına bakınca herhangi bir değişikliğin yapılmadığını görmekteyiz. Daha önce de belirtmiştik: 216. maddedeki suçun oluşması için açık ve yakın tehlikenin olması gerekmektedir. Eski Ceza Kanununun 312/2 maddesinde 4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonra açık ve yakın tehlike şartının yazmamasına rağmen, gerek doktrinde gerekse de bazı Yargıtay kararlarında, aslında maddede bu şartın arandığı belirtilmekteydi. Yani buradaki suç artık bir somut tehlike suçu haline gelmiştir. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15.03.2005 tarihinde verdiği kararında suçun oluşması için soyut tehlikenin yeterli olacağını açıkça belirtmiştir.<sup>100</sup>

Diyebiliriz ki her ne kadar suçun cezası değişmemiş olsa da yeni kanunda suçun unsurlarında fail lehine bir düzenleme yapılmıştır. Bu yüzden 765 sayılı ceza kanunu döneminde işlenen suçlar hakkında, TCK 7. madde gereğince yeniden bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

### SONUÇ (Conclusion)

İfade hürriyeti demokratik toplumların olmazsa olmaz şartıdır. Çünkü ifade hürriyeti sayesinde yanlışlar ortaya çıkacak, çözüm getirmedigine inanılan fikir ve yöntemler yenileri ile değiştirilecektir. AİHM de bu hürriyete verdiği önemi göstermek için 1998 yılındaki yapılanmadan sonra, ilk kararını bu konuda vermiştir.

İfade hürriyetinin unsurları bilgilenme hakkı, kanaat edinme hürriyeti, fikir ve kanaatlerin açıklanması hürriyeti olmak üzere üç tanedir. Buna göre haber ve fikirler serbestçe öğrenilecek(bilgilenme), daha sonra bu bilgiler kişinin kendi iç dünyasında yoğrulacak ve kişi bunlar hakkında bir kanaate ulaşacak(kanaat edinme), en sonunda ulaşılan bu kanaatler dış dünyaya aktarılacaktır(fikir ve kanaatlerin açıklanması).

Bilgilenme hakkı ifade hürriyetinin ilk ayağını oluşturur. Günümüzde bu hakkın etkin biçimde kullanılabilmesi bakımından yazılı ve görsel basın önemli bir işlevi vardır. Bu yüzden basın hürriyetine demokratik rejimlerin ayrı bir önem göstermesi gerekmektedir. İkinci ayağı ise kişinin edindiği bilgiler hakkında bir yargıya ulaşmasını simgeleyen kanaat edinme hürriyeti oluşturur. Kanaat edinme kişinin iç dünyasına yönelik olduğu için mutlak bir korunmaya sahiptir. Öyle ki olağanüstü yönetim dönemlerinde bile bu hürriyet kısıtlanamaz. Üçüncü ayağı ise ifade hürriyetinin esas anlamını bulduğu fikir ve kanaatlerin açıklanması oluşturur. İşte bu aşamadan sonra hukuk düzeni bu hürriyetle ilgilenmeye başlar.

Önemli bir hürriyet olmasına rağmen bu hürriyet de diğer hürriyetler gibi kısıtlanabilir. Bu hürriyete yapılacak kısıtlamalar 1- kanunla belirtilmiş olmalı 2- sınırlama meşru bir amaca dayanmalı 3- sınırlama demokratik toplumlarda gerekli olmalıdır. Bu üç şart aynı anda yerine getirilmek şartıyla ifade hürriyetine bir sınırlama getirilebilir.

<sup>100</sup> YCGK 15.03.2005, E. 2004/8-201, K. 2005/30 (Kazancı Yargıtay Kararları CD'si)

İç hukukumuzda ifade hürriyetine getirilen sınırlamalardan biri de TCK 216/1 maddesidir. Bu madde 765 sayılı eski TCK'nin 312/2 maddeye karşılık gelmektedir. Bu madde eski kanun döneminde düşüncüyü kısıtladığı yönünde eleştirilere maruz kalmış ve bunun sonunda birçok kereler değişikliğe uğramıştır. Maddede yazılı olan suçun oluşması için fiilin umumun emniyeti için tehlikeli olması gerekli idi. Ancak 1981 yılında yapılan değişiklikle bu şart suçun oluşması için aranmamış; eğer fiil umumun emniyeti için tehlike arz ederse bu ağırlatıcı bir sebep sayılmıştır. İşte bu yüzden dolayı değişiklikten sonra suçun "soyut tehlike suçu" haline geldiği kabul edilmiştir. 2002 yılında Uyum Yasaları çerçevesinde 4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikle "kamu düzeni için tehlikeli olabileme" şartı tekrardan suçun oluşması için gerekli hale getirilmiştir. Bu sayede suçun demokratik toplumlardaki düzenlemelere paralel olarak "somut tehlike suçu" haline getirildiği belirtilmiştir.

Her ne kadar 4744 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bir iyileştirmeye gidilmişse de kanaatimizce bu yeterli olmamıştı. Zira açıklanan ifade "kamu güvenliği için tehlikeli olabilecek şekilde" işlenirse cezalandırılacaktır. Yani somut olayda kamu güvenliği açısından "açık ve yakın tehlike" oluşmasa bile sırf eylemin elverişliliği nedeniyle faile ceza verilebilecektir.

Yeni TCK ise suçun oluşması için "açık ve yakın tehlike" şartını aramakla bu tartışmalara son vermiştir. Artık eylem tek başına değerlendirildiğinde kamu güvenliği için tehlikeli sayılsa bile, somut olayda böyle bir tehlike meydana gelmemişse cezalandırılma yoluna gidilemeyecektir. Bu tarz bir düzenlemeyle AİHM kararlarında belirtilen şartlara uyum sağlandığını açıkça söyleyebiliriz. Suç tipinde yapılan bir diğer iyileştirme ise eski 312/2 maddede korunan hukuki değer "kamu düzeni" iken; 216/1 maddede korunan hukuki değer "kamu barışıdır". Kamu barışı, kamu düzeninden daha dar bir manaya sahip olduğu için 216/1 madde ifade hürriyetinin kullanım alanını genişletmiş, korunması gereken alanı ifade hürriyeti lehine daraltmıştır.

Bu suç tipinde yapılan değişiklikler olumlu olmuştur. Ancak esas görev yargıya düşmektedir. Zira açıklanan ifadeleri her somut olayda değerlendirecek olan hâkim ve savcılardır. Kanun uygulayıcısı hâkim ve savcılarımızın maddeyi yorumlarken özgürlükleri daraltıcı değil; onları koruyucu bir tutum izlemeleri maddede yapılan değişikliklerin anlam bulmasında önemli rol oynayacaktır.

**KAYNAKLAR (Bibliography)**

- ALACA KAPTAN Uğur, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Türkiye Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, Hukuk Kurultayı 2000, cilt 2, Ankara, 2000
- ARTUK Mehmet Emin/A.GÖKÇEN/C. YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2005
- AYDIN Öykü Didem, Üç Demokraside Düşünce Özgürlüğü ve Ceza Hukuku Amerika Birleşik Devletleri Örneği, cilt 1, Ankara, 2004
- BEYDOĞAN Ayhan, Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003
- BIÇAK Vahit, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü, Ankara, 2002
- CHRISTIAN Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, cilt 10, yıl 1993
- CİHAN Erol, “Yasalara İtaatsizliğe Tahrik Suçu”, İÜHFM, cilt 36, sayı 1-4, yıl 1971
- DARAGENLİ Vesile Sonay, Tehlike Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1998
- DOST Süleyman, Avrupa İnsan Hakları Denetim Organlarının İçtihatlarına Göre İfade Özgürlüğü ve Türkiye, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İsparta, 2001
- DÖNMEZER Sulhi/ S. ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, cilt 2, İstanbul, 1999
- EREM Faruk, Ceza Hukuku Hususi Hükümler, cilt 1, Ankara, 1968
- EREM Faruk /N.TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2000
- ERYILMAZ M. Bedri, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre İfade Özgürlüğü ve Türk Hukuku”, Ankara Barosu Dergisi, sayı 2001-1
- GÖKÇEN Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Ankara, 2001
- GÖKÇEN Ahmet, “Kamu Barışına Karşı Suçlar (m. 213-222)”, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/118.doc) 26.12.2005
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ F. GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 2004
- KAYAÇAĞLAYAN Metin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesi Çerçevesinde “İfade Hürriyeti” ve 1982 Anayasası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001

- ÖZEK Çetin, “Devletin Korunması, Terörle Mücadele Yasası ve Bilgilenme Hakkı”, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul, 1999
- SANCAR Türkan Yalçın, “Türk Ceza Kanunu’nun 159. ve 312. Maddelerinde Yapılan Değişikliklerin Anlamı”, AÜHFD, cilt 52, sayı 1, yıl 2003
- SAYMAN Yücel, “Anayasa Tasarısında Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü”, İktisat Dergisi, sayı 396, Aralık 1999
- SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2005
- SOYASLAN Doğan, Teşebbüs Suçu, Ankara, 1994
- SUNAY Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 1999
- ŞEN Ersan, “Türk Ceza Kanunu’nun 312/II. Maddesinin Mevcut Haliyle Muhafazası Üzerine”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt IV, sayı 1-2, yıl 2000
- TEZİÇ Erdoğan, “Türkiye’de Siyasal Düşünce ve Örgütlenme Özgürlüğü”, Anayasa Yargısı, cilt 7, yıl 1990
- Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, cilt 1, Ankara, 1998

#### **DİĞER KAYNAKLAR**

Dialog Prestige Yargıtay Kararları CD’si

Kazancı Yargıtay Kararları CD’si

[www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr) 15.08.2005

<http://www.tuba.gov.tr/duyurugoster.php?yil=94&duyuru=1>, 05.09.2005

<http://www.inhakbb.adalet.gov.tr/aihmtr/zana.htm>

# VERGİLENDİRMEİN BAZI HUKUKİ TEMELLERİ<sup>1</sup>

Çeviren: Murat YILDIRIM\*

Yazar : Frans VANISTENDAEL<sup>2</sup>

Bölümün Yazımında Katkıda Bulunan ve Editör : Victor THURONYI

*Temsilsiz vergilendirme tiranlıktır.*

James Otis

Batı Avrupa'da ve Kuzey Amerika'da modern mali sistemler Amerikan ve Fransız Devrimlerinin ardından yarım yüzyıl sonra belirmeye başlamıştır. Modern gelir ve ciro vergilerinin henüz olmamasına rağmen 19. yüzyılın yarısına kadar, vergi gelirlerinin olağanüstü artışıyla birlikte bu vergiler için temel yasal çerçeve oluşturulmuştur.

Genellikle temel yasal çerçeve, vergilendirmenin hukukun üstünlüğü ilkesine uygun şekilde yapılacağını belirtmektedir. Bu çerçevenin temelleri şunlardır;

1. Bir vergi sadece hukuka uygun bir şekilde çıkarılan yasa ile konulabilir.
2. Bir vergi tarafsız olmalıdır.
3. Vergi yoluyla elde edilen gelirler yasal kamusal amaçlar için kullanılmalıdır

---

\* Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, Mali Hukuk Bilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi

<sup>1</sup> Tax Law Design and Drafting-Vergi Kanunu Tasarımı ve Yazımı (Volume 1: International Monetary Fund: 1996: Editor Victor Thuronyi). *Chapter 2, Legal Framework for Taxation* ; Çevirenin Notu: Makalenin 1-49 sayfaları arasında yer alan kısım ( "V. Division of Tax Powers Between the Central and Local Governments" başlığına kadar) çevrilmiştir. Bu nedenle aklımda "Vergilendirmenin Hukuki Çerçevesi" şeklindeki başlık yerine, bir yanılgıya sebebiyet vermemek için "Vergilendirmenin Bazı Hukuki Temelleri" başlığını kullanmayı uygun bulduk. Makalenin V. Kısma kadar çevrilmesinin sebebi ise Merkezi İdareler ile Yerel İdareler arasındaki vergilendirme yetkisinin bölüşümü konusunun, Türkiye'de genellikle Kamu Yönetimi-Mahalli İdareler ve Yerel Yönetim gibi derslerde ele alınmasıdır. Çevirisi yapılan kısma kadar atıf yapılmış olan kaynaklar (kitap ya da makaleler) çevirinin sonunda bir liste halinde verilmiştir. Bu çeviri IMF (International Monetary Fund) tarafından yaptırılan resmi çeviri değildir ve IMF'in bu çeviri nedeniyle herhangi bir sorumluluğu yoktur. Çeviri, "serbest çeviri" niteliğinde olup, orijinal metindeki paragraf düzeni ile çeviri metnindeki paragraf düzeni ve orijinal metindeki cümle yapısı ile çeviri metnindeki cümle yapısı tamamen örtüşmemektedir. Orijinal metinde dipnotlar kısmında yer alan kitap, makale, mahkeme kararı, açıklamalar çeviri metnine [...] şeklinde dahil edilmiştir. Bu dipnotların, çeviri metnine dahil edilmesinin sebebi okuyucuya ve konu ile ilgili araştırma yapacaklara kolaylık sağlamaktır. Ayrıca asıl metnin doğal bir uzantısı olan, örneğin bir kanun maddesinin dipnotlarda yer alan hükmünün çeviri metnine dahil edilmesiyle okumamanın akıcı bir şekilde devam edeceği düşünülmüştür.

<sup>2</sup> Makalenin Türkçeye çevrilerek Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayınlanmasına izin veren Leuven Katolik Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Frans VANISTENDAEL'a teşekkür ederim.



Hukukun üstünlüğü, bu prensiplerin bağımsız mahkemeler tarafından uygulanmasını öngörmektedir.

Bazı gelişmekte olan ülkelerde ve geçiş ülkelerinde adalet sistemi çeşitli sebeplerle bu rolünü etkili bir şekilde yerine getirememektedir. Bu ise vergi konularında hukukun üstünlüğü ilkesi önünde çok büyük bir engeldir.

Bu çok genel prensiplere ilaveten vergi kanunlarını yapma yetkisi birkaç tip yasal sınırlamanın konusunu oluşturmaktadır. Bunların kaynağı ise;

1. Anayasa ya da bir toplumun temel yapısını teşkil eden temel yasal prensipler
2. Uluslararası Sözleşmeler
3. Vergi kanunlarının mahkemeler tarafından yorumlanması
4. Özel hukuk ve kamu hukukunun genel çerçevesi
5. Bir devletin merkezi ya da federal yapıda olmasına bağlı olan siyasi yapı.

Vergi yasaları bu temel prensipler çerçevesinde hazırlanmalıdır.

### I. Yasal Temel; Vergi Kanunu Yapma Gücü

Batı siyasal hareketinin bir çoğunun temeli keyfi vergilendirmeye başkaldırı şeklinde gerçekleşmiştir. Britanya'daki parlamento hükümeti, monarşinin vergi geliri elde etme yeteneğini önemli ölçüde kısıtlamıştı. 17. yüzyıl boyunca seçilmişlerden oluşan bir alt derece yasama organı niteliğindeki Avam Kamarası, vergi kanunları konusunda münhasır bir hakka sahip olmuştur {*Kralın vergiler konusundaki imtiyazları 1628 tarihli Haklar Dilekçesi ve 1689 Haklar Bildirgesi ile sona ermiştir*}. Amerikan Devrimi, Amerikan Kolonileri'nin seçilmiş yasama organının rızası olmaksızın, Britanya'nın Amerikan Kolonileri'ne karşı vergi uygulamalarını protesto etmesiyle başlamıştır. Demokratik hükümetlerin oluşmasıyla yasama organı mali gücün kaynağı haline gelmiştir.

Tarihsel bu gelişmeler sebebiyle bir çok ülkede vergilendirmenin yasal temelde yapılması zorunluluğuna dair anayasal prensipler bulunmaktadır. Bu prensip yasa otoritesi dışında hiçbir şekilde vergi yükümlülüğü getirilemeyeceği anlamına gelmektedir {*Bazen yasa otoriteleri değil Avrupa Birliği gibi yapılar bunun istisnası olabilmektedir. Katma Değer Vergisi'nin minimum oranı ve tarifeleri Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanmakta ve bunlar Avrupa Bakanlar Konseyi tarafından onaylanmaktadır. Fakat istisna gibi gözüken bu halde bile alınan kararların ulusal hukukta uygulanması gerekmektedir*}. Bir çok ülkede vergilendirmenin yasal temelde yapılması zorunluluğu prensibi o ülkelerin anayasalarında yazılıdır {*Bundes-Verfassungsgesetz [Avusturya Federal Anayasası] md. 18 ; Grondwet [Belçika Anayasası] md. 170 ; Kanada Anayasası md. 91(3) ; Grundlov [Danimarka Anayasası] § 43 ; Hallitusmuoto [Finlandiya Anayasası] § 61 ; Fransa Anayasası md. 34 ; İtalyan Anayasası md. 23 ; Lüksemburg Anayasası md. 99 ; Portekiz Anayasası md. 106(2) ; İspanya Anayasası md. 133*}. Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası'nın 58. maddesine göre vergilendirme yetkisinin Ulusal Halk Kongresi'ne ve Daimi Komiteye ait olduğu belirtilmekte fakat vergilendirmenin yasa ile yapılabileceğine

dair bir hüküm bulunmamaktadır. Ulusal Halk Kongresi, vergilendirme yetkisini devlet idaresinin en üst organı olan Daimi Konseye devredebilir {*Xianfa - Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası md. 85. Vergi kanunlarının hazırlanması ve uygulanması konusunda Çin'de yetki karışıklığı görülmektedir. 1985 yılında Ulusal Halk Kongresi, yabancı yatırımlar ve ekonomik reformlar konusunda düzenleme yapması için Devlet Konseyi'ne yetki vermiştir*}. İsviçre'de olduğu gibi diğer bazı ülkelerde ise bu prensip doğrudan doğruya anayasada yer almamakla birlikte, "verginin eşitliği" gibi diğer bir anayasal ilkeden türetilmektedir {*İsviçre Anayasası md.4, Bakınız Jean-Marc Rivier, Introduction à la fiscalité de l'entreprise 27 (1990)*}. Almanya'da vergilendirmenin yasal çerçevesi, iki anayasal hükmün kombinasyonuna dayalıdır {*Grundgesetz- Alman Anayasası, md. 1, 2/1 ve 20/3*}. Bu kombinasyonda yer alan hükümlerden biri kişisel hürriyetleri garanti altına alan hüküm diğeri ise vergi toplama ve değerlendirmenin yasallığı da dahil olmak üzere idarenin bütün işlemlerinin yasaya dayandırılması hükmüdür.

Anayasalar, yasama organlarına vergi kanunu yapma gücünü devretme derecesi bakımından farklılıklar göstermektedir. Bir uç örneğe göre kanunilik ilkesi hiçbir şekilde yetki devrine izin verilmemesi anlamına gelmektedir. Diğer bir uç örneğe göre ise verginin temel unsurlarının kanunlarda belirtilmesi anlamına gelmektedir ve eğer genellikle anayasa yasama gücünün devredilmesine izin vermişse vergilendirme konularında da yetki devri izni verilmektedir. Yetki delegasyonuna izin verilebilmesi için yasada verginin temel unsurları mutlaka gösterilmelidir. Bu unsurlar diğer sayılmayanlar da dahil olmak üzere; vergi mükellefinin tanımı, vergi konuları ya da vergiyi doğuran olay, vergi oranı, vergi miktarı ve vergi idaresi için temel kurallar şeklinde sıralanabilir. Bu bütün detayların yasada bulunması anlamına gelmemektedir. Uygulama ile ilgili alt düzenlemeler idarenin ilgili kısmı tarafından yasal idare ilkesine uygun bir şekilde yapılabilir. İdarenin ilgili kısımları ise anayasa izin verdiği ölçüde belirlenecektir.

Bir devlet ayakta kalabilmek için anayasanın merkezi hükümet için açık ya da zımnı olarak belirlediği belli bir gelire sahip olmalıdır. Fakat belli bazı vergi tiplerinde yasama yetkisi sınırlandırılabilir {*Hindistan Anayasasının 245. maddesi , 7. Bölüm, I. Kısım, Madde 82 ve 92A'ya göre; "Parlamento zirai gelirler dışında diğer gelirleri vergilendirme yetkisine sahiptir. II. Kısım, Madde 54'e göre; "Parlamento, mal alım ya da satımının uluslararası ticaret ya da alışveriş nedeniyle gerçekleşmesi durumunda, malların alımı ya da satımını vergilendirebilir." II. Kısımın 53. maddesine göre ; "Sadece eyaletler elektrik tüketimi ya da satımını vergilendirebilir. 1976 yılında Pakistan, benzer bir şekilde Anayasasını değiştirerek Federal Devlete; "Malların alım ya da satımı ile ilgili ihracat, ithalat, üretim ya da imalat" konularını vergilendirme yetkisi tanımıştır (Pakistan Anayasası madde 142, 142. Bölüm, 49. Kısım) J. Bu tip sınırlandırmalar vergi politikası bakımından çeşitli zorluklar yaratmaktadır. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, federal yönetimin yasama yetkisi Anayasa ile bazı durumlar bakımından sınırlandırılmıştır. Anayasa, Kongre'nin bir kanun ile "vergi, gümrük, tüketim vergisi, resim" toplayabileceğini belirtmiştir {*Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, I, § 8*}. Vergi yasaları bakı-*

mından özel kanunlaştırma prosedürleri getirilmiştir. Vergi yasalarının mutlaka Temsilciler Meclisi'nden kaynaklanması, geçmesi gerekmektedir {*Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, 1 § 7*}. Sınırlandırma hükmüne göre şahsi gelir vergisi konulamaz. Doğrudan vergilerin nüfus oranına göre paylaşılması söz konusudur.

Yazılı bir anayasa olmamasına rağmen Birleşik Krallıkta, Britanya Vergi Hukuku yönünden yasallık ilkesi 1215 tarihli Magna Carta ile yürürlüğe giren "temsilsiz vergi olmaz" prensibine dayanmaktadır. Bu prensip 1628 tarihinde "Haklar Dilekçesi" ile tekrar edilmiştir. Bu belgede belirtildiği gibi; "Parlamentonun kanunla verilmiş ortak bir rızası olmaksızın hiç kimse bir vergi, eşya ve borç vermeye, yardım yapmaya ve buna benzer bir yükümlülük altına girmeye zorlanamaz." Parlametoda vergi mükellefi temsilcilerinin verdikleri bu rıza, hükümetlerin keyfi vergilendirmesine karşı demokratik bir garantidir. Bu prensip Batı Demokrasilerinin köşe taşlarından biridir.

Bazı ülkeler, yasallık ilkesini bütçenin yıllık olması ilkesinden türetmişlerdir. Bu anlayışa göre bir vergi kanunu sadece bir bütçe yılı için etkili olabilecektir {*Grondwet- Belçika Anayasası, md. 174 ; Fransız Anayasası, md. 47 ; İtalyan Anayasası, md. 81 ; İspanyol Anayasası, md. 134 . Amerika Birleşik Devletleri'nde Anayasa herhangi bir kamu parasının harcanmasında Kongre'nin onayını gerektirmektedir. Anayasa 1, § 9'a göre vergilendirme için yıllık onay gerekmektedir. Eğer Kongre kamu harcaması için izni kaldırırsa Yönetim harcamaları derhal durdurmalıdır. Fakat bu durdurma vatandaşların vergi ödeme yükümlülüklerine etki etmemektedir*}. Bütçenin yıllık olması parlamentonun her sene vergi kanunlarını yeniden oylamaya sunması anlamına gelmemektedir. Fakat parlamento var olan kanunlara uygun olarak vergi yükümlülüğü getirme konusunda hükümete izin vermektedir. Çoğu ülke vergi kanunlarının yıllık olması ilkesini değil bütçe kanunlarının yıllık olması ilkesini kabul etmiştir.

Vergilerin yasallığı prensibi bazı ülkelerde, vergi idaresinin vergi mükellefi ile vergi sorumluluğu konusunda bir anlaşmaya varamayacakları prensibinin doğumuna neden olmuştur {*İsviçre Anayasasının 42. maddesine göre (XIX Constitutions of the Countries of the World , Editörler; Albert P.Blaustein & Gisbert H. Flanz ., 1982 adlı yayında çevirisi yapılmıştır) : "Konfederasyon, vergi mükelleflerine haksız vergi avantajı sağlayacak düzenlemelere karşı kanun anlamında mevzuat yapmaya yetkilidir*}. Kanun, verginin bir zorunluluk olduğunu belirttiği zaman bu son derece katı bir şekilde uygulanmalıdır ve vergi idaresinin vergi miktarının indirilmesi konusunda anlaşma yapmaya yetkisi olmamalıdır. Bazı ülkelerde vergi hukukunun kamu düzeni yönü gözetilerek benzeri anlaşmaların yapılması yasaklanmıştır {*Belçika'da durum böyledir fakat bu bir prensip olarak anayasaya girmemiştir. Ayrıca Bakınız; Gest & Tixier ; Almanya AO (Abgabenordnung- Vergi Usul Kanunu) § 85*}. Bu vergi kanunlarının bir kanun olarak, aynen ceza kanunlarında polis yetkilileri ile suçluların anlaşmasının mümkün olmadığı örneğinde olduğu gibi organize toplumların temeli şeklinde özel bir statüsünün olduğu anlamına gelmektedir {*Sonuç olarak, Amerika Birleşik Devletleri'nde çok iyi bilinen sanık ile anlaşma kurumu (daha ağır bir cürüm için suçlanma yerine daha hafif bir cürümle suçlanmayı*

*kabul etme ve buna karşı gelmeme), bu ülkeler yönünden bir çok cürüm için kabul edilmiş değildir}. Bu prensip vergi kanunlarının mahkemeler tarafından yorumlanmasında önemli bir role sahiptir.*

## II. Genel Prensipler ve Vergi Kanunu Yapma Yetkisinin Sınırlandırılması

### A. Eşitlik İlkesi

Kanun önünde eşit muamele ilkesi sadece vergi hukukunun değil genel hukukun önemli bir ilkesidir {İsviçre’de kanunilik ilkesi, eşitlik ilkesinin bir uygulaması olarak düşünülmektedir.}. Bu aynı durumda bulunanlara herhangi bir ayırım yapılmaksızın yasallık ilkesinin bir uygulaması olarak görülebilir . Bunun maddi ve şekli olmak üzere iki temel anlamı vardır. Şekli anlamı yasaların, kişisel durumlar nazara alınmaksızın tam anlamıyla ve tarafsız bir şekilde uygulanmasıdır Bu ise hiç kimşenin, yasaların uygulanmasında tercih edilemeyeceği ve ayrıma tabi tutulamayacağı anlamına gelmektedir.

Eşit muamele prensibinin maddi anlamı ise eşit durumda bulunanlara eşit muamele yapılmasıdır. Bu yüzden burada temel sorun, kanunların kişiler arasında farklılık yaratacak ölçülerin kabul edilmesini yasaklayıp yasaklamadığıdır. Çeşitli hukuk sistemlerinde etnik köken, din ve cinsiyet gibi yasaklanmış olan farklılık ölçüleriyle ilgili çeşitli listeler mevcuttur. Belirli bir ülkede ayrımcılığa karşı bu yasaklamanın tam anlamıyla uygulaması şunlara bağlıdır;

1. Mahkemelerin yasa kurallarını, anayasaya uygun olmadığı durumlarda iptal yetkisinin olup olmaması {Mahkemelerin bu yetkileri konusunda çok çeşitli farklılıklar göze çarpmaktadır. Fransa, Amerika Birleşik Devletleri, İtalya ve Almanya gibi ülkelerde anayasa mahkemeleri herhangi bir kanunun, anayasada yer alan herhangi bir hükmü ihlal edip etmediğini inceleme yetkisine sahiptir. Belçika’da ise bu yetki sınırlandırılmıştır. “Cour d’arbitrage” sadece eşitlik ilkesinin ihlalini ve ülkenin ekonomik ve parasal birliğini ve yetkilerin anayasal dağılımına dair kanunların anayasayı ihlal edip etmediğini değerlendirme yetkisine sahiptir }.

2. Anayasa çerçevesinde ne tür farklılıkların yasaklandığı .

Prensip aynı zamanda eşit olmayan muamelenin amacı ve geçerli bir sebebe dayanmasını da gerektirmektedir. Örneğin;yüksek gelire sahip vergi mükelleflerine, ödeme güçlerinin artması nedeniyle ve bir uygulama tekniği olarak artan oranlı tarife yoluyla muamele edilmesi. Bu değerlendirmeler vergi hukuku açısından makul fakat vergi kanunu yazımı açısından son derece zordur. Bunlar kural konusu hususun denetim düzeyine bağlı olarak eşitlik prensibini ihlal ediyor gözükmektedir.

Eşitlik prensibi çeşitli ülkelerde çeşitli mahkemeler tarafından yasa koyucunun verdiği yetki çerçevesinde çeşitli şekillerde uygulanmaktadır. Fransa’da kanun önünde eşitlik prensibi, bazı vatandaşların itiraz etme hakları mevcutken diğer bazı vatandaşlar için itiraz etme hakkının olmamasını yasaklamıştır { Bakınız; 27.12.1973, Anayasa Mahkemesi [Conseil constitutionnel ], 1974 La Semaine juridique (Juris-Classeur Périodique) [J.C.P.] II, No. 17691. Genel Vergi Kanu-

nu'nun 180. maddesi 1973 Tarihli Finans (Bütçe) Kanunu ile değiştirilmiştir. Bu değişikliğe göre vergi mükellefleri vergi idaresi'ne (taxation d'office) karşı, harcamalar esas alınarak gelir vergisi tarh ettirilmesi durumunda diğer vergilendirilebilir gelir kaynaklarından harcamaların yapıldığını ispat etme hakkına sahip kılınmıştır. Belli bir düzeyi aşan gelire sahip vergi mükellefleri söz konusu ispat imkanına sahip kılınmamıştır. Bir grup vergi mükelleflerinin ispat imkanına sahip olması ve diğer grup vergi mükelleflerinin bu imkandan yoksun bırakılmasını Anayasa Mahkemesi, aykırılık olarak ele almış ve isabetli bulmamıştır. Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda yasa koyucunun yaptığı kanunlarda, kanunun kamu yararı amacı olmaksızın yaptığı ayrımı iptal etmiştir {Bakınız; Karar No. 95-369, 2812.1995, Anayasa Mahkemesi, 1996 J.C.P. II, No. 67749. Mahkeme, mirasçılarının murisin bir şirkette bulunan hisse senetlerinin veraset ve intikal vergisinin indirilmesinde, bu malvarlığını şirket yönetimine herhangi bir katılım söz konusu olmaksızın 5 yıl süreyle ellerinde tutma şartını, herhangi bir makul yasal gerekçe olmaksızın sadece belli bir mülkiyet tipi lehine farklılık yaratılması olarak görmüştür }.

Almanya'da anayasa mahkemesi anayasal eşitlik garantisini, aynı durumda bulunanların eşit şekilde vergilendirilmesi olarak okumuştur. Menkul kıymet gelirlerinin "de facto" bir şekilde (elde tutmanın söz konusu olmadığı hallerde) vergilendirilmesini anayasal bakımdan mümkün görmemiş ve bu yüzden yasama meclisi daha kapsamlı bir vergilendirme kanunu yapmak durumunda kalmıştır {27.06.1991, Bundesverfassungsgericht [BVerfG], 84 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE], No. 18, 239 }. Slovenya'da ise anayasa mahkemesi Gelir Vergisi Kanunu'nun, Anayasanın 14. maddesinde yer alan; "Herkes kanun önünde eşittir" ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle anayasaya aykırı olduğunu kabul etmiştir. Sözleşme ile bağımsız çalışan kişilerle ilgili masraflarının iadesinde, bağımlı olarak çalışan kişilerin masraf iadelerine göre farklı bir yöntemin benimsenmesi anayasaya aykırı bulunmuştur {Slovenya Resmi Gazetesi, 143, 13.01.1995}. Belçika'da eşitlik prensibi gereği, profesyonel hizmetler sağlayan (muhasebecilik, hukukçuluk, psikologluk, danışmanlık gibi) şirketlerin, diğer şirketlerin en alt orandan faydalanabilmesi mümkünken, kurumlar vergisinin en üst oranı üzerinden vergilendirilmesini engellemiştir. Bir şirketin sadece profesyonel hizmetler sağlıyor olması nedeniyle bu şirketin kurumlar vergisinde belirlenen oran üzerinden vergilendirilmesi yersiz bulunmuştur {14.12.1994, Arbitragehof (Tahkim Mahkemesi), Belgisch Staatsblad [B.S.] No.89/94, at 32.119 (28.12.1994) }. Belçika'daki eşitlik ilkesi, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın birinci bölümünün 14. değişikliği ile yer alan eşit koruma ilkesine benzemesine rağmen, IRC (Internal Revenue Code) serbest meslek hizmeti sağlayan şirketlerin düşük vergi oranından faydalanmasını engelleyen hükümler içermektedir {IRC, §11(b)(2)}. Bu durum Amerika Birleşik Devletleri'nde eşitliğe aykırı bir durum olarak görülmemiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkemeler genel olarak vergi kanunlarının eşit muamele ilkesine aykırı hükümler içerdiğine karar verme eğilimindedir {Örneğin Anayasa Mahkemesi, 1986 tarihli Vergi Reformu Yasası'nda yer alan geçiş dönemine (Mahkeme, tüfek ateşlemek için hazırlık kuralı olarak adlandırdığı) ilişkin

indirimlerin etkili lobi faaliyetleri yürüten seçilmiş belli vergi mükelleflerine tanındığı ve bu nedenle anayasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Hiçbir makul gerekçeye dayanmayan bu tip geçiş dönemi indirimlerinin son derece keyfi olduğu ve anayasada belirtilen "hukukun eşit koruma ilkesi" ne aykırılık olduğu sonucuna ulaşmıştır, *Bakınız; Nordlinger v. Hahn, 505 U.S. 1 (1992) ; Ayrıca Bakınız; Apache Bend Apartments, Ltd. v. United States, 964 F.2d 1556, 1562-69 (5th Cir. 1992) }.*

### **B. Vergi İdaresinde Dürüstlük ve Kamu Güveni İlkesi**

Dürüstlük ve kamu güveni ilkesi, vergi otoritesinin bazı mükelleflere haksız avantaj sağlamasına izin verilmemesidir. Bu prensibin uygulanması temel olarak aşağıdaki hususların gerçekleşmesiyle mümkündür ;

1. Kamu otoritesi vergi mükellefini yaptığı işlemlerden haberdar etmelidir.
2. İşlem süresince mükellef bütün haklarını vergi idaresine karşı kullanabilmelidir
3. Belli bir olayda vergi idaresinin hukuku yorumlaması kendisi yönünden bağlayıcı olmalıdır.

Bir çok ülkede dürüstlük ilkesi genel idare hukukunun bir parçası durumundadır. Bu ilkenin istisnaları elbette olmalıdır. Örneğin; vergi idaresi, vergi mükellefinin delilleri yok etmesi ya da kaçması ihtimallerine dair makul şüpheler varsa, herhangi bir bildirimde bulunmaksızın işlemler yapabilir.

Bu prensip kamu düzeni prensibinin biraz zıddı gibi durmaktadır. Buna göre vergi yasaları bütün koşullar altında sınırlı bir şekilde uygulanmalıdır. Böylelikle eğer vergi mükellefi bütün bilgilerini dürüst bir şekilde vergi idaresine vermişse vergi idaresinin beyanlarına bağlı olacaktır. Vergi mükellefi, vergi idaresinin kararları hukuka uygun değilse bunları iptal ettirebilir. Diğer yandan kamu düzeni prensibi gereğince vergi idaresi vergi hukuku kurallarına aykırı bir işlem yapmışsa, yapmış olduğu bu işlemi, yapılan işlem vergi mükellefinin iyiniyetine dayalı olarak aleyhine olsa bile düzeltme hakkına sahiptir. Her iki ilke genellikle eşzamanlı uygulandığı için mahkemelerden çelişkili kararlar çıkabilmektedir. Mahkemeler konuyla ilgili olarak vergi mükelleflerinin vergi idaresinin hatalı yorumundan sonra vergi işlemine yetkili olmadıkları fakat vergi mükelleflerinin iyiniyetle vergi idaresinin yorumuna uymalarından kaynaklanacak cezalardan sorumlu olmayacakları sonucuna ulaşarak ayarlama yapmaktadır { *Bakınız; Druggists' Supply Corp. v. Commissioner, 8 T.C. 1343 (1947); H. Fort Flowers Foundation, Inc. v. Commissioner, 72 T.C. 399, 411 (1979) }.*

Prensip bazı durumlarda kodifiye edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde vergi mükelleflerinin, IRS' de (Internal Revenue Service) görev yapanların yazılı yorumlarına dayanarak hareket etmesi durumunda cezalar azaltılmaktadır {*Bakınız; IRC § 6404 }.* Fransa'da idarenin vergi kanunlarını ve bu kanunlarla ilgili düzenlemeleri vergi mükellefi lehine yanlış yorumlaması halinde bu yorum kanuna aykırı olsa bile geçerliliğini korur {*FRA LPF § 80A }.*

Vergi idaresinde kamu güveni ilkesi, vergi idaresinin vergi kanunlarını uygulaması bakımından idari düzenleyici işlem yapmasında temel olarak kullanılmaktadır.

### C. Ölçülülük ve Ödeme Gücü İlkesi

Vergi mükellefinin ödeme gücüne dayandırılması zorunlu olan vergi sorumluluğu ilkesi, bir çok ülkede sosyal vergi sisteminin temellerinden biri olarak kabul edilmektedir. Ödeme gücü ilkesi İngiltere’de Thatcher döneminde alınması düşünülen kelle vergisine itirazda temel olmuştur { *Peter Passell, Furor Over British Poll Tax Imperils Thatcher Ideology, N.Y. Times, Apr. 23, 1990, D1*}. Vergi sisteminin dizaynında yasa koyucular tarafından kullanılan genel bir prensip olmasına rağmen, söz konusu prensip bir çok ülkenin anayasasında yazılı değildir ve bu nedenle mahkemeler tarafından hükümetin vergilendirme yetkisini sınırlandıran bir prensip olarak kullanılamamaktadır.

Fakat bazı ülkelerde ödeme gücüne göre vergilendirme ilkesi anayasal olarak bağlayıcı kılınmıştır. Örneğin İtalyan Anayasası’na göre; “Herkes kamu harcamalarına kendi kaynakları ölçüsünde katkıda bulunmalıdır.” {*Romanya Anayasası’nın (Çeviri; IX Constitutions of the Countries of the World (Albert P.Blaustein & Gisbert H. Flanz eds., 1987) 53 (2) maddesine göre; “Yasal vergi sistemi vergi yükünün dengeli dağılmasını garanti altına almalıdır.” Bu hüküm ise muhtemelen, 1958 tarihli günümüz Fransa Anayasası’nın 13. maddesinin de bir parçası olan 26 Ağustos 1789 tarihli Fransa İnsan Hakları Bildirisi’nden alınmıştır*}. İtalyan Anayasa Mahkemesi, ödeme gücüne göre vergilendirme ilkesinin eşitlik prensibinin özel bir uygulaması olduğunu kabul etmiştir {*06.07.1972, Corte costituzionale [Corte cost.], 1972 Giurisprudenza Costituzionale [Giur. Cost.] I, No. 120, 1289; 19.04.1972 tarihli karar, Corte cost., 1972 Giur. Cost. I, No. 62, 272; 13.12.1963 tarihli karar, Corte cost., 1963 Giur. Cost. I, No. 155, 1546*}. Mahkeme evli çiftlerin gelirlerinin toplanarak vergilendirilmesinin eşitlik prensibini ve ödeme gücüne göre vergilendirme prensibini ihlal ettiğini kabul etmiştir {*26.03.1980 tarihli karar, Corte cost., 1980 Giur. Cost. I, No. 42, 287*}. İspanya Anayasası da İtalya Anayasası ile aynı hükmü içermektedir {*İspanyol Anayasası’nın 31. &1. maddesine göre; “Herkes kamu harcamalarının karşılanması için kendi mali gücüne göre, eşitlik ve artan oranlılık prensibine dayalı, yıkıcı bir kapsamı olmayan adil bir vergi sistemi yoluyla katkıda bulunmalıdır.” Çeviri; XVIII Constitutions of the Countries of the World (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz eds., 1991)*}. Alman Anayasa Mahkemesi, prensibi, Anayasanın 3 (1) maddesinde yer alan herkes kanun önünde eşittir hükmünden türetmiştir. Gelir Vergisinden yapılan indirim, ödemelerin devamını sağlamak bakımından sınırlandırılması, yeterli indirimin sağlanamaması ve bu yüzden vergi mükellefinin ödeme gücünü ihlal ettiği gerekçesiyle anayasaya aykırı bulunmuştur {*22.02.1984 tarihli karar, BVerfG, 66 BVerfGE, No. 14, 214.* }.

Ölçülülük ilkesinin Batı Avrupa Mahkemeleri’nde ve özellikle Avrupa Adalet Divanı’nda kullanımı oldukça yaygınlaşmaya başlamıştır. Yasama organı tarafından hedeflenen amaçla kullanılan araçlar arasında bir ölçü ilişkisi bulunmalıdır

{Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, vergi yasamasının Avrupa İnsan Hakları Temelinde, başarılması hedeflenen amaç ile bu amaca erişmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük derecesinin varlığı yönünden çok sıkı bir şekilde sorgulanması gerektiğini belirtmektedir. United Kingdom, App. No. 8531/79, 23 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 203, 211 (1981) }. Bu davada kanunların geriye yürütmesi ile ilgili müracaatın yasa koyucunun amacı ile (gelir vergisi indiriminden faydalanmanın engellenmesi) makul bir şekilde bağlantılı olduğuna karar verilmiştir. Vergi hukuku alanında bu vergilerin aşırı-ölçüsüz olamayacağı anlamına gelmektedir. Bu prensibin vergi hukukuna uygulanması durumunda bile hükümetin artan oranlı vergi uygulamasına engel olamamaktadır. Bazı durumlarda artan oranlı vergi uygulaması anayasa ile güvence altına alınmıştır {İtalya Anayasası md. 53, cl. 2 ; İspanya Anayasası md. 31, § 1 ; Portekiz Anayasası md. 106, § 1 ve 107, §§ 1, 3 }. Ölçülülük ilkesi genel olarak hükümetin vergilendirme yetkisinin yıkıcı vergi yükümlülüğü getirilmesi bağlamında sınırlandırılması şeklinde yorumlanmaktadır.

İsviçre'de yıkıcı ya da aşırı vergilere karşı korunma, Anayasa'nın vatandaşların özel mülkiyet haklarını garanti altına alan 22. maddesi ve sanayi ile ticaret hürriyeti ile ilgili 31. maddesinin kombinasyonu ile sağlanmaktadır. İsviçre'de olduğu gibi, Alman Anayasası'nda da ölçülülük ilkesi açık bir şekilde garanti altına alınmış değildir. Ölçülülük ilkesinin gereği kanun dışında başka bir düzenleme ile kısıtlanamayan kişi hürriyetlerini düzenleyen madde {Alman Anayasası 1/1, 2/1, 11. maddeler}, çalışma hürriyeti ya da bir mesleğin ifasını düzenleyen madde {Alman Anayasası 12. madde} ve mülkiyet ve miras haklarının korunmasını düzenleyen {Alman Anayasası, 14. madde} maddelerin kombinasyonu ile sağlanmaktadır.

#### D. Geçmişe Yürümezlik İlkesi

Bu prensip vergi kanunlarının geçmişe dönük uygulanamayacağı anlamına gelmektedir. Bu prensibi haklı kılan gerekçe ise vergi mükelleflerinin var olan bilgilerine göre ekonomik kararlarını almaları zorunluluğu ve bir yatırım ya da diğer ekonomik kararların alınmasında kararın verildiği andaki vergi durumunun, kararın uygulandığı andaki vergi durumundan farklı olmamasıdır. Geçmişe yürümezlik prensibi hukuktaki herhangi bir değişimi kapsam dışı bırakmaktadır, çünkü herhangi bir değişiklik gelecekte etkili olsa bile mevcut malvarlığı değerlerine etkide bulunacaktır. Denge gerçekten geçmişe etkili sakıncalı geçmişe yürüme hükümlerinin, yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşmiş olan vergi sorumluluğuna etkili olduğu tanımlanması ile sağlanmaktadır. Fakat bu, varolan yatırımlar üzerinde ekonomik etkilere sahip vergi değişiklikleri, bu değişikliklerin gerçek geriye yürütmesi ile yakından ilgili olmayan keyfi bir çizgidir { Genel Olarak Bakınız; Michael J. Graetz, Retroactivity Revisited, 98 Harv. L. Rev. 1820, 1822 (1985) }. Gerçek geriye yürütmenin keyfi bir tanımı, gerçek geriye yürütmeye karşı sağlanan bir yasal koruma olsa bile, koruma derecesi ekonomik gerçeklerle hiçbir zaman bağlantılı olmayacaktır. Çünkü vergi kanunlarında var olan yatırımlara etkili görsel bakımdan yapılan her değişiklik, geriye yürüme probleminin yasal bir kural olmadığını bir politika konusu olduğunu göstermektedir.



Bir çok ülkede (birkaç ülke hariç) geriye yürümezlik prensibi yasal olarak bağlayıcı değildir. Bu prensip yasama organı tarafından uygun olduğunun düşünülmesi halinde bir vergi politikası kuralı olarak gözlemlenmektedir. Örneğin; Amerika Birleşik Devletleri'nde vergi yasalarında yapılan bazı değişiklikler (özellikle teknik bazı değişiklikler) geçmişe etkili bir şekilde yapılmaktadır {*Tax Reform Act of 1986, Pub. L. No. 99-514, § 1881, 100 Stat. 2085, 2914 (1986)*}. Devam eden işlemler aleyhine özel vergi indirimi değişikliklerinde, yapılan değişiklik tahmin edilen ve beklenen bir değişiklik olsa bile geçmişe yürüme söz konusu olmamaktadır {§§ 204, 633, 1277, 1312-17}.

Bazı ülkelerde geçmişe yürümezlik prensibi özel hukuku ilgilendiren kanunlarda yer almıştır {*Belçika Medeni Kanunu md. 2 ; Fransız Medeni Kanunu md. 2, Bakınız Claude Gambier ve Jean-Yves Mercier, Les impôts en France §§ 2280-81 (1991). Kanunda bir açıklık bulunmaması durumunda vergi olayları ile ilgili hükümler, kanunun resmi gazetede yayını tarihinden sonra geçerlik kazanacaktır. Gelir vergileri yönünden bu durum ise 31 Aralık'tan sonra geçerlik kazanabileceği şeklinde yorumlanacaktır. Zira vergiyi doğuran olay o yıl içerisinde gerçekleşecektir*}. Bu ülkelerde vergi yasalarında yapılan değişiklikler geçmişe etkili hükümler içerebilir fakat özel hukuku ilgilendiren yasa değişiklikleri geçmişe etkili bir şekilde düzenlenemez. Fakat eğer vergi yasasında, yasanın geçmişe etkili olacağı yönünde özel bir hüküm yoksa bu durumda özel hukuk bakımından genel bir ilke olan geçmişe yürümezlik ilkesi vergi yasası içinde geçerli genel bir kural olacaktır {*Mahkemeler, yasa koyucuların geçmişe yürümezlik prensibinden, kamu düzeni ve kamu yararı gerekçeleriyle sapabileceklerini kabul etmektedirler., Louis Trotabas & Jean Marie Cotteret, Droit fiscal 138 (1985)* }.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, İngiltere'nin geçmişe etkili olarak yaptığı vergi yasası değişikliklerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesine aykırı olduğu yönündeki itirazı reddetmiştir {*A., B., C. and D. v. The United Kingdom, App. No. 8531/79, 23 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 203,211 1981*}. Komisyon, İngiltere'nin vergiden kaçınmayı önlemek amacı taşıdığını, yapılan değişikliklerin mülkiyet hakkını ihlal etmediğini, vatandaşlardan vergi toplamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olmayacağına karar vermiştir. Olayda 1978 tarihli Finans Kanunu'nun 31. maddesi, 6 Nisan 1976 tarihine dek geriye dönük bir şekilde uygulanmıştır. Hüküm, belli vergi kolaylıklarının iptal edilmesi ve vergiden kaçınan kişilerin fiillerini caydırıcı amaç gütmekteydi. Vergiden kaçınma ile ilgili düzenleme sadece gelecek ile ilgili olsaydı vergiden kaçınan kişiler için caydırıcı olmayacaktı.

Ülkelerde genellikle vergi yasalarının geçmişe yürütmesine izin verilmekte fakat çok uç durumlara ilgili sınırlandırmalar bulunmaktadır. Örneğin Fransız Anayasa Mahkemesi eğer hükmün cezai niteliği varsa bunun geçmişe etkili olamayacağını belirtmiştir {*Judgment No. 86-223 of Dec. 29, 1986, Con. const., 1987 J.C.P. II, No. 20903; Judgment No. 95-369 of Dec. 28, 1995, Con. const., 1996 J.C.P. II, No. 67749*}. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, ceza kanunlarının geçmişe yürü-

tülmesini yasaklamıştır {*Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, md. 1, § 9, cl. 3*}. Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Mahkemesi, vergi yasalarının geçmişe yürütmesi ile ilgili olarak, geçmişe yürütmenin yasamanın hukuksal amacı ile mantıklı bir şekilde bağlantısı olduğu sürece Anayasaya aykırı olmadığına, Anayasanın böyle bir durumda geçmişe yürütmeye izin verdiği hükmetmiştir {*United States v. Carlton, 129 L.Ed.2d 22, 31 (1994)*}.

Diğer bazı ülkeler, kabulü mümkün olan geçmişe etkili yasa çıkarılmasının kapsam bakımından sınırlandırılması konusunda geniş anayasal hükümlere sahiptirler. Örneğin; Almanya'da vergi kanunlarının geçmişe etkili olamayacağı konusunda anayasal ya da yasal herhangi bir kural bulunmamaktadır. Fakat Alman Anayasa Mahkemesi, hukuki güvenlik {*Rechtssicherheit*} ve kamu yararı {*Vertrauensschutz*. Bakınız; *Klaus Tipke, Die Steuerrechtsordnung 182-83 (1993)*} kavramlarını da içeren hukukun üstünlüğü ilkesi temelinde geçmişe yürümezlik ilkesinin varlığını kabul etmiştir {*Rechtsstaatsprinzip -Hukukun Üstünlüğü İlkesi. Benzer şekilde Polonya Anayasa Mahkemesi, yasama süreci tamamlandıktan sonra bir aydan daha kısa sürede yürürlüğe girecek gelir vergisi değişikliklerini, vergi mükelleflerinin yeteri ölçüde bilgilendirilemeyeceği gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmuştur, Bakınız; Janusz Fiszer, Constitutional Battle over Poland's 1996, Personal Income Tax Rates, 12 Tax Notes Int'l 246 (1996)*}. Alman Anayasa Mahkemesi, vergi yasalarının geçmişe yürütmesi –retroactive- {*Steuergesetze mit echter Rückwirkung*} ile geçmişle ilgili olmasını {*Steuergesetze mit unechter Rückwirkung, oder tatbestandlicher Rückanknüpfung*} birbirinden ayırt etmiştir. Eğer bir vergi yasası, yasama organı tarafından onaylanmadan ya da ilan edilmeden önce, geçmişte tamamlanmış işlemlere uygulanıyorsa, o vergi yasası geçmişe etkilidir. Eğer yasa gelecekte yapılacak işlemlere dönük ise ya da henüz tamamlanmamış hukuki işlemlere uygulanacaksa geçmişle ilgilidir. Mahkeme yasaların geçmişe yürütmesi konusunda kural olarak yasaklanan birkaç durum hariç yüksek standartlar belirlemiştir. Geçmişle ilgili yasalara ise müsaade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi 1952 yılında çıkartılan ve 1951 yılı vergilendirme dönemine de uygulanacağı belirtilen vergi yasasını kabul edilemez bulmuştur {*19.12.1961, BVerfG, 13 BVerfGE, No. 26, 261*}. Geçmişe etkili olma konusundaki Alman Hukuk Görüşü mutlak değildir. Eğer vergi mükellefleri yürürlükte bulunan yasanın makul olmadığını düşünüyorlarsa, yürürlükteki yasada boşluklar ve teknik hatalar varsa, öncelikli bir kamu ihtiyacı söz konusu ise geçmişe yürürlük söz konusu olabilir {*Tipke, 184, 195.*}.

Geçmişe etkili yasa çıkarma konusunda hukuki bir yasağın olmadığı çoğu durumda bile yasa koyucular geçmişe etkili değil geleceğe yönelik yasa çıkarmışlardır. Gerçekten bir çok durumda yapılmış işlemler ve yatırımlar için politik süreç vergi mükelleflerine müsamahakar davranmaktadır. Fakat bazı durumlarda vergi gelirlerini korumak amacıyla yasa koyucular geçmişe yönelik yasa çıkartmaktadırlar. Bunun örnekleri;

- Hükümetin alkol üzerinden alınan vergilerin arttırılacağını duyurması. Yükseltelen oranlar, duyuru tarihinde, üretim tarihinden sonra stoklarda ve elde varolan (gerek toptan gerek perakende satış amacıyla) alkollü içecek-

ler hakkında da uygulanmaktadır. Aksi halde tüketiciler yüksek vergi oranından kaçabilmek amacıyla geniş çaplı alımlar yapacaklardır.

- Vergi hukukunda, eğer sol tarafta<sup>3</sup> bir düzeltme yapılmamışsa bu yanlışlığın büyük vergi kayıplarına yol açtığı keşfedilmiştir. Bu yanlışlık ise çoğunlukla geçmişe etkili olma ile bertaraf edilmektedir. Aksi halde vergi mükellefleri vergileri azaltacak yasa geçmeden önce, yasanın çıkarılması görüşmeleri zamanında avantajlı duruma geçecek ve bu vergi kaybına neden olacaktır.
- Hükümet Aralık 1995 tarihinde gelir vergisinin oranını 1996 yılı için değiştirmektedir. Fakat yasa Mayıs 1996 tarihine kadar çıkmamaktadır. Buna rağmen yasa 1996 vergilendirme yılında, 1996 yılının başından itibaren uygulanabilecektir. Bu durum vergi kanunlarının gerçek olmayan geriye yürütmesi halidir. Bu durumda yasa sadece geriye etkilidir *[Tipke, 188 ]*.

Geçmişe etkili yasa çıkarmaya izin veren ülkeler, genellikle yeni vergi kanunları ile ilgili tasarı parlamentoya sunulduğu tarihe kadar geriye yürümeye izin vermektedirler. Bunun sebebi ise vergi mükelleflerinin tasarının duyulması anı ile tasarının kanunlaşması anına kadar geçecek süre içerisinde vergiden kaçınmaya yönelik olarak kendi işlerini düzenlemeleridir. Eğer hükümet erken bir dönemde duyuru yaparsa, vergi mükellefleri yeni kıstaslar konusunda uyarılmış olacaklardır, yani vergi mükellefleri vergisel sonuçlu işlemleri (kendi lehlerine düzenleyecek şekilde) dikkate alabilirler. Bu durumda vergi mükellefinin kamuya olan inancının zedelenmediği kabul edilmektedir.

Vergi yasasının geçmişe etkili olması sorununa ilaveten, idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisinin geçmişe etkili olması uygulaması konusundaki hukuki sınırlandırmalar da önemlidir *{Genel Olarak Bakınız; John S. Nolan & Victor Thuronyi, Retroactive Application of Changes in IRS or Treasury Department Position, 61 Taxes 777 (1983). Alman Anayasa Mahkemesi, geçmişe yürütmezlik ile ilgili doktrinini, kanunların yanı sıra idari düzenleyici işlemler yönünden de uygulamaktadır. 08.07.1977, BVerfG, 45 BVerfGE, No. 6, 142.}* Vergi yasasını yorumlayan yönetmelikler ve diğer normatif idari düzenleyici işlemler tipik bir şekilde, aynen kanunların yorumlanmasında olduğu gibi yürürlük tarihi itibarıyla uygulanacaklardır *{Gambier & Mercier, § 2284.}* Aksi halde aynı kanunun, belli bir tarihe kadar bir anlamı ile ve bu tarihten sonra farklı bir anlamı ile yorumlanması şeklinde garip bir durum doğacaktır. Fakat vergi mükelleflerinin farkında olmadığı, yeni bir kural getiren idari düzenleyici işlemlerin var olması halinde bunlar ileriye etkili (yayımlarından sonraki bir tarihte etkili olacak, yürürlüğe girecek şekilde) bir şekilde uygulanacaktır. Normatif idari düzenleyici işlem yapma yetkisine sahip organlar için bu yetki tipik bazı durumlarda istisna edilmiştir. Örneğin Birleşik Devletler İç Gelir Kanunu'nun (US Internal Revenue Code) 7805. maddesine göre Hazine Sekreterliği hangi idari düzenleyici işlemlerin geçmişe etkili olacağı konusunda karar verebilir.

<sup>3</sup> Çevirenin Notu: "Sol taraf" ile kastedilen bilançonun aktifinde yer alan stoklardır.

### E. Diğer Anayasal Sınırlandırmalar

Ülkelerin Anayasalarında yer alan hükümlere göre pek çok diğer sınırlandırma sebebi olabilir. Daha önce açıklanan eşit muamele kuralının yanı sıra özel mülkiyeti sınırlayıcı, bölgesel eşitliği öngören, belli unsurların vergilendirilmesini yasaklayan ya da bazı aktiviteleri azaltmayı hedefleyen ya da çifte vergilendirmeyi önleyen pek çok sınırlandırmadan bahsetmek mümkündür. Genel bir kural olarak anayasa hükümleri diğer yasa yapma alanlarından daha çok vergi yasaları yapma alanında sınırlandırmalar getirmiştir {*Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde anayasada yer alan yasama yetkisi kısıtlanmıştır. Pratikte Federal yasalar çok nadir anayasaya aykırı bulunmaktadır. Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co., 157 U.S. 429 (1895).*}

Örneğin Almanya'da ayrı ayrı ödemeleri halinde daha az vergi ödeyebilecek iken , evli çiftlerin gelirlerini toplayarak beyan etmeleri ve bu toplam üzerinden daha fazla vergi ödemeleri, Anayasa'nın evlilik ve aileyi koruyan 6/1. maddesine aykırı bulunmuştur {*Tipke, 380. Federal Alman Anayasası'nın 6/1 maddesi şu hükmü sevk etmektedir; "Evlilik ve Aile devletin özel koruması altındadır." (Çeviri; VIII Constitutions of the Countries of the World (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz eds., 1994). 17.01.1957, BVerfG, 6 BVerfGE, No. 9, 55)*}. Buna ilaveten Anayasa'nın 1/1 ve 14. maddeleri, her bir vatandaşta makul bir geçim düzeyi sağlamasına izin vermektedir şeklinde yorumlanmıştır, yani Devlet söz konusu bu asgari makul düzeyin altındaki geliri vergilendirmeyecektir ve bunun bir sonucu olarak Alman Anayasa Mahkemesi 1983-85 döneminde gelir vergisinde tahakkuk istisnalarının anayasal açıdan yetersiz olduğunu kabul etmiştir { *29.05.1990, BVerfG, 82 BVerfGE, No. 7, 60, 85; 12.07.1990, BVerfG, 82 BVerfGE, No. 12, 198 . Tipke, 697-98, n.431.* }.

Bir çok ülkenin anayasasında din ve vicdan hürriyeti ile ilgili hükümler yer almaktadır. Mahkemelerin anayasal hükümleri uygulama yetkisinin olduğu ülkelerde hükümetin, kiliselere ağır vergiler uygulaması gibi yöntemlerle, vergilendirme aracını kullanarak din ve vicdan hürriyetini engellemesi mümkün değildir

Almanya ve İsviçre'de kiliselerin finansmanı için özel vergiler getirilmiştir. Almanya'da Anayasa'nın 140. maddesi ile 1919 tarihli Weimar Anayasası'nın 137 (6) maddesi, kiliselerin kendilerine kayıtlı kişiler yönünden vergi yükümlülüğü getirmesine, kanunların izin verdiği ölçüler çerçevesinde izin vermektedir. Fakat Anayasa'nın 2/1 ve 4/1 maddeleri, yetkili otoritelerin kiliselere kendi üyesi olmayanlardan vergi toplamasını yasaklamıştır. Yani kilise üyesi olmayanlar kilise vergisi ile muhatap değildirler. Sadece gerçek kişilerin kilise üyesi olabilmesi nedeniyle tüzel kişilerin kilise vergisi ile yükümlendirilmeleri yasaktır. Son yıllarda kilise üyeleri söz konusu kilise vergisinden kaçınabilmek amacıyla kilise üyeliklerinden istifa etmek gibi bir eğilime girmişlerdir.

İsviçre'de kantonlar kiliselerin harcama ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için Almanya'dakinin aksine vergi yükümlülüğü getirmeye yetkili kılınmıştır. Fakat Anayasa'nın 49/6. maddesi ile hiç kimse üyesi olmadığı bir kiliseye vergi ödemeye zorlanamaz şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Bu hüküm din ve vicdan hürriyetine

dayalı bir hükümdür. Sonuç olarak kişiler üye olmadıkları kilise ile ilgili herhangi bir vergiyi ödemeyi reddedebilirler. Fakat Almanya'dakinin aksine tüzel kişiler bu hüküm ile koruma altına alınmamıştır ve bu yüzden herhangi bir kilise lehine vergi yükümlülüğü altına sokulabilirler. Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi diğer bir çok ülkede kilise vergisi anayasaya aykırı bulunacaktır zira böyle bir durum, kilise ile devletin birbirinden ayrılması kuralına aykırılık teşkil edecektir.

Bir ülkeden diğer ülkeye, mahkemelerin anayasal sebeplerden hareketle vergi yasalarını anayasaya aykırı olarak değerlendirmesi noktasında oldukça büyük farklılıklar bulunmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere Alman Anayasa Mahkemesi anayasal prensiplere karşı vergi yasalarını ölçmede oldukça aktiftir. İster istemez bu durum Mahkemenin problemleri çözmesinde zorluğu ve vergi politikasında daimi bir oyuncu olma unsurunu içermektedir. Anayasa Mahkemesinin, federal seviyede vergi politikasının bir unsuru haline gelmesinde Almanya ile Amerika Birleşik Devletleri arasında çok büyük bir farklılık bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, anayasanın federal devletlere verdiği vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması konusunda oldukça aktiftir. Diğer bir çok ülkede mahkemelerin, özellikle yoruma açık olan eşitlik gibi alanlarda, anayasaya aykırı kanunları iptal etme konusunda oldukça çekingen davrandıkları gözlemlenmektedir. Fakat mahkemeler şekli kriterleri uygulayarak anayasaya aykırılık iddiasını değerlendirmede daha cömerttirler. *{Örneğin Guatemala Anayasa Mahkemesi, bir vergilendirme unsuru olan gelirin çifte vergilendirilmesine yol açacak kanunu Anayasa'da yer alan çifte vergilendirme yasağı nedeniyle iptal etmiştir, Dava No. 39-88 and 40-88, Corte de Constitucionalidad, in Leyes y Reglamentos de la Reforma Tributaria 83, 91- 92, (Luis Emilio Barrios Pérez ed., 1989). Ayrıca Bakınız; Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co., 157 U.S. 429 (1895)}.*

#### F. Vergi Mükellefleri Haklar Kılavuzu

Bazı ülkelerde vergi mükelleflerinin hakları yayınlanmaktadır. Bu çok çeşitli şekillerde olabilir. Bazen bu kılavuz vergi otoriteleri tarafından yayınlanmaktadır. Bu tarz dökümanlar genellikle var olan hukuku, herhangi bir yasal zorunluluk olmamasına rağmen deklere etmektedir Diğer bazı durumlarda idare hukukunda yer alan "Vergi Mükellefinin Hakları" gibi vergi usul kurallarında değişiklik yapan bir kanunda yer alan bir madde ile yetkilendirme sağlanmaktadır *{Amerika Birleşik Devletleri'nde ise Omnibus Taxpayer Bill of Rights Act, Title VI, Subtitle J, Pub. L. No. 100-647, 102 Stat. 3730 (1988) (USA) (5 U.S.C. § 504 olarak değiştirilmiştir ve 26 U.S.C. dağıtılmıştır)}*. Ya da bazen "Vergi Mükellefinin Hakları" konusunda idare hukuku yetkilendirilmektedir *{Bu durum eski Sovyet Cumhuriyetleri bakımından ortaktır. Ör; Kazakistan Vergi Kanunu madde 142 de vergi mükellefi hakları düzenlenmiştir}*.

Bu tarz bildirimlerin ya da kılavuzların ana etkisi vergi idaresinin vergi mükelleflerine karşı keyfi uygulama yapmasının önüne geçmektir. 1984 yılında Kanada'da Haklar ve Özgürlükler Kılavuzu kabul edilmiştir ve vergi mükelleflerinin hakları Vergi Mükellefi Hakları Deklarasyonunda özetlenmiştir *{Revenue Canada*

*Taxation, Declaration of Taxpayer Rights (1984), reprinted in Vern Krishna, The Fundamentals of Canadian Income Tax 29 (4th ed. 1993) J. Vergi idaresi vergi hukuku kurallarına uygun hareket etmelidir. Eğer vergi idaresinin işlem ve eylemleri mevzuattan yetkisini almıyorsa bu tür işlem ve eylemler hükümsüzdür. Eğer vergi idaresi mevzuattan aldığı güç ile hareket ediyorsa bu durumda vergi mükellefinin, bu gücün anayasal olup olmadığını saptanmasını istemesi gündeme gelecektir. Sonuç olarak vergi mükellefleri dokunulmazlıklarla ilgili hukukun koruması altındadırlar {Bakınız; James Richardson & Sons, Ltd. et al. and Minister of National Revenue, 9 D.L.R.4th 1 (1984), Örneğin; Kanada Gelir Vergisi Kanunu'nun 231 (3) (b) maddesine göre vergi idaresi herhangi bir kişiden herhangi bir bilgiyi idari ya da uygulama ile bağlantılı herhangi bir amaç için isteyebilir. Vergi otoritesi yeni bir yönetmelik yürürlüğe sokmadan önce yaptığı fizibilite çalışmalarında vergi mükelleflerinin kendi müşterilerinin isim ve adreslerini açıklamaları için bu maddeye dayanmıştır. Vergi idaresi çalışma boyunca elde ettiği verilerin korunmasını garanti etmiştir. Aynı zamanda bu çalışmaya dahil olan ne vergi mükellefleri ne de onların müşterileri herhangi bir soruşturma geçirmeyecektir. Fakat vergi mükelleflerinden bir tanesi bu talebi kabul etmemiş ve sorunu mahkemeye taşımıştır. Kanada Temyiz Mahkemesi, 231 (3). maddeye göre bilgi toplama işleminin sadece Maliye Bakanlığına ait olduğunu, bu yetkinin ise sadece belli bir şahıs ile ilgili ciddi ve hakiki bir soruşturma olan vergi incelemesi hallerinde kullanılabileceğini kabul etmiştir J. Joseph et al. and Minister of National Revenue davasında Maliye Bakanlığı tarafından, bir avukattan müşterileri hakkında istenilen bilgiyi gecikmeksizin bildirmesi istenmiştir. Avukat mükellef ise buna itiraz etmiş ve Mahkeme vergi idaresinin “gecikme söz konusu olmaksızın” bilgi talep edemeyeceğine , “gecikme söz konusu olmaksızın” ibaresinin derhal anlamına geldiğine hükmetmiştir. Parlamento ise “makul süre” ibaresiyle “derhal”i kastetmemiştir. Vergi İdaresi avukat olan ve müşterileri ile ilgili olarak gizliliği koruma borcu olan mükellefe, bu borcu ile ilgili sonuçları gözden geçirmesi ve değerlendirmesi için yetecek kadar bir zaman tanımalıdır {Vergi incelem elemanları bir soruşturma ya da inceleme esnasında vergi mükellefinin ev ve işyeri ile bunların müştemilatlarını sadece vergi mükellefinin rızası ile arayabilir. Bunun istisnası ise mahkeme kararı ile verilen arama emridir. Hakim ise bu arama emrini, vergi mükellefi tarafından vergi yasalarına aykırı ve aramaya neden olacak hallerin bulunduğu konusunda ikna olursa verecektir. Arama emri aynı zamanda aranacak ev, işyeri ya da bunların müştemilatlarını tanımlamalıdır. Aksi halde arama yasa dışı olur ve arama sonucu elde edilen deliller de yasadışı elde edilmiş delil sayılır ve yasadışı elde edilmiş bir delil mahkemede ya da başka yerde kullanılamaz J.*

Belçika'da Vergi Mükellefi Bildirisi {04.08.1986 tarihli Kanun, B.S. 11.408 (Aug. 20, 1986)} , vergi idaresinden Savcılığa intikal eden vergi ile ilgili bir sahtecilik olayında yapılan kriminal bir soruşturmanın sonrasında 1986 yılında iptal edilmiştir. Vergi Mükellefi Bildirisinin temel etkisi vergi görevlilerinin suç teşkil eden bir soruşturmada savcı ile işbirliği yapmalarına engel olmasıydı. Bu yüzden beyan edilmeyen vergilendirilebilir gelirlere ulaşmak mümkün olmuyordu. Buna ilaveten

vergi ile ilgili sahteciliklerin vergi idaresi tarafından savcıya rapor edilmesi, merkezi vergi idaresinin yüksek seviyede görev yapan bürokratların yetkilendirmesine bağlanmıştır.

Fransa'da vergi idaresi, idari uygulama yoluyla Vergi Mükellefi Bildirisi (*charte du contribuable*) oluşturmuştur {*Note sur la charte du contribuable vérifié* (June 19, 1975)}. Bu dökümanda vergi incelemesi sırasında vergi mükellefi hakları belirtilmektedir. 1987 yılında vergi kanunlarında değişiklikler yapılmıştır {*LPF art. L. 10.*} . Bu değişikliklere göre vergi idaresi bir denetimden önce Vergi Mükellefi Bildirisinin bir örneğini vergi mükellefine sağlamak ve bu bildiride yer alan yasal hükümleri açıklamak zorundadır. Eğer vergi idaresi bu hükme uygun davranmazsa yapılan denetimin geçersiz olduğu kabul edilmektedir {*Thierry Lambert, Contrôle fiscal: Droit et pratique 523, 524 (1991)* }.

### G. Uluslararası Anlaşmalar

Vergi konularında yasa yapma yetkisine sahip devletin otoritesi çeşitli uluslararası anlaşmalar yoluyla sınırlandırılabilir.

Bunlar;

1. İkili vergi anlaşmaları
2. Serbest Ticaret alanı yaratılmasını öngören çok taraflı anlaşmalar
3. GATT ve Dünya Ticaret Örgütü ile ilgili anlaşmalar
4. IMF anlaşmasının hükümleri. {*IMF anlaşması VIII. Madde, 2 (a) ve 3 bölümleri, IMF üyesi ülkelerin, uluslararası işlemlerle ilgili transfer ve ödemelerin sınırlandırılmasını ya da ayrımcı kur anlaşmaları ya da çoklu kur uygulamalarını teşvik eden işlemleri yasaklayan hükümler mevcuttur. Bu hükümler üye ülkelerin yetkili otoritelerinin kur değişim sistemlerinde vergilendirme getirmesini engellemektedir. Örneğin üye bir devlet yabancı kur satışlarında toplam satış miktarının % 2 sini aşan bir oranda vergi uygularsa bu durum çoklu kur uygulamasına sebebiyet verecektir. Buna ilave-ten eğer üye ülke otoriteleri uluslararası işlemlerle ilgili olarak mukim olmayan bir kişiye uluslararası işlemler (karlar, temettüleri gibi) yurt dışına transferinden önce mukim olmayanların transfer ettikleri tutarla orantılı olmayacak şekilde vergi ödemelerini gerekli kıarsa uluslararası işlemlerle ilgili ödemelerin ve transferlerin sınırlandırılması durumu ortaya çıkacaktır. Genel Olarak Bakınız: International Monetary Fund, Selected Decisions and Selected Documents of the International Monetary Fund 354, 366-68 (20th issue 1995)* }.

Kapsamlarına bağlı olarak ikili vergi anlaşmaları devletin gelir vergisi, emlak vergisi, veraset ve intikal vergisi, ücretlerden alınan vergiler gibi vergilendirme yetkisine özel sınırlandırmalar getirebilmektedir. Avrupa Birliği ve Kuzey Amerika Serbest Ticaret Bölgesi (North American Free Trade Area-NAFTA) gibi serbest ticaret alanları yaratan anlaşmalar, genellikle dolaylı vergiler ve bazen de doğrudan vergiler gibi alanlarda yükümlendirme konusundaki hükümlerle haklarına sınır-

landırmalar getirmektedir. Tipik bir şekilde karşımıza çıkmasa da bazen diğer ikili anlaşmalar da vergilendirme boyutunu ilgilendiren hükümler içermektedir. Örneğin: dostluk, ticaret, denizcilik anlaşmaları genellikle mukim olmayanlara farklı gelir vergisi uygulama konusunda devletlerin yetkilerine ayrımcılık yapmama yönünde sınırlandırma getirmektedir.

Ayırım yapmama yasağının özel uygulamaları Avrupa Adalet Divanı önünde görülen birkaç davada gerçekleşmiştir. Avrupa Birliği Anlaşması, işçilerin serbest dolaşımı ve sermayenin serbest dolaşımı alanlarında ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır (*Treaty Establishing the European Economic Community md. 48, 58, 52 J.* Avrupa Adalet Divanı, genel kanunlarda değil vergi kanunlarında olsa bile mukimlerle mukim olmayanlar arasında yaratılan farklılıkları, temel hürriyetleri ihlal ettiğinden dolayı ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirmektedir {270/83 numaralı *Comission v. France, 1986 E.C.R. 285* davasında *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Fransa'nın, mukim olmayan Avrupa Birliği Şirketleri'nin Fransa'daki şubelerine ayrımcılık yaptığını kabul etmiştir. Fransa'nın, Fransa kaynaklı temettülerin ödenmesinde vergi indirimi uygulaması reddedilmiştir. Fransa Hükümeti tarafından yapılan mukimlerle mukim olmayan vergi mükellefleri arasında ayırım yapılmasının uluslararası alanda kabul edilmiş bir durum olduğu yönündeki savunma kabul görmemiştir*}).

*C-175/88, Biehl v. Administration des contributions du grande-duché de Luxembourg, 1990 E.C.R. 177* davasında Adalet Divanı Lüksemburg Vergi Yasalarının ayrımcılık yapılmaması kuralını ihlal ettiğini, çünkü vergi mükelleflerinin bir vergi yılı içerisinde yurt dışına gitmeleri halinde yurt dışı ücretleri üzerinden kesilen verginin, Lüksemburg'da elde ettikleri Lüksemburg kaynaklı yıllık gelirden doğan vergiden indirilmesi mümkün değildi. Mahkemeye göre bu hüküm mukim olmayanların aleyhine mukim olanlara göre haksız avantaj sağlamaktadır ve bu yüzden anlaşmanın 48. maddesi ihlal edilmiştir.

*C-279/93, Finanzamt Köln-Alstadt v. Schumacker, 1995 E.C.R. 225* davasında, Adalet Divanı, vergi kanunlarının mukimlerle mukim olmayanlar arasında ayırım yapabileceğini kabul etmiştir. Fakat örneğin; eğer her iki kategoride aynı temelde aynı şartlar altında ise, mukim olmayan gelirinin % 90'ını diğer bir üye ülkede elde etmişse, mukim ve mukim olmayan vergi mükelleflerine aynı şekilde muamele edilmelidir. Özellikle mukim olmayan vergi mükellefi, mukim vergi mükellefinin faydalandığı indirimlerden ve artan orandan aynı şekilde faydalanmalıdır.

Ayrımcılıkla ilgili aynı yasak mal ve hizmetlerin uluslararası dolaşımında da uygulanacaktır. Mal ve hizmetlerin kaynağı yabancı bir ülke olsa bile bu mal ve hizmetler aynen ulusal mal ve hizmetleri gibi değerlendirilecektir (*The General Agreement on Tariffs and Trade md. 3, 2 (1986); EEC Treaty md. 95; ABD Anayasası md. 1, § 10*). Avrupa Adalet Divanı, vergi kanunlarında ayırım için kullanılan kriterlerin bizatihi ayrımcılık yasağına aykırı olmayacağı fakat bu kriterlerin *de facto* bir şekilde yabancı malların ülkeye girişine sınırlandırma getirmesi durumunda ayrımcılık yasağı kuralını ihlal edeceğini kabul etmiştir {433/85, *Feldain v.*



*Directeur des services fiscaux du département du Haut-Rhin, 1987 E.C.R. 3521* davasında; Fransa motorlu taşıtların beygir güçlerine bağlı artan oranlı bir tarife uygulamaktadır. Bu uygulamanın ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kabul edilmiştir. Zira oran artışları genel bir şekilde düzenlenmiş gibi durmasına rağmen sadece yabancı motorlu taşıtların yüksek oranlarda vergiye tabi tutulmasını sağlamaktaydı. Bu durum ise Fransız lüks motorlu taşıt üreticilerine vergi avantajı sağlamaktaydı.

171/78, *Commission v. Denmark*, 1980 E.C.R. 447, davasında Adalet Divanı, bir Danimarka milli içkisi olan *aquavit* üzerindeki, viski ve cine oranla daha düşük özel tüketim vergisini ayrımcılık yasağı ilkesini ihlal olarak kabul etmiştir, çünkü *aquavit* Danimarka'da üretilmekte, viski ve cin ise yoğun şekilde ithal edilmekteydi. Vergi kanunları, ithal edilen bir mal ile ülke içerisinde üretilen bir mal arasında ayırım yapamaz. Ayrımcılık yasağı çok açık bir şekilde ülkelerin vergilendirme yetkilerini kısıtlamaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, vergi kanunu yapmak da dahil olmak üzere yasama yetkisi bakımından önemli bir uluslararası sınırlandırmayı içermektedir. Konvansiyon ile ilgili protokolün 1 nolu maddesi mülkiyet hakkını korumaktadır. Fakat bu madde devletlere aynı zamanda açıkça vergilendirme bakımından makul ölçülere izin vermektedir. Sonuç olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu sözleşmeyi ihlal eden kanunların iptal edilmesinde isteksiz davranmaktadır. Bununla ilgili bir olay vergilerin din özgürlüğünü zedelediği bir durumla ilgili olarak yaşanmıştır {*Guy Gest, La Convention et l'action des autorités fiscales, 17 Droit et pratique du commerce international 546, 551 (1991)*}.

Sözleşme aynı zamanda ispat yükü ve hakların savunulması bakımından mahkemelerde özel usul kuralları içermektedir. Bu kurallar sadece vergi davalarında değil ceza usul kuralları ile ilgili durumlarda da kullanılabilir. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi geçenlerde bunların suçlara verilen cezalara benzeyen idari vergi cezaları bakımından uygulanabileceğine karar vermiştir {*Dava No 3/1993/398/476, Benjenoun v. France of Feb. 24, 1994, série A, No. 284. Bakınız: Guy Gest et al., Convention européenne des droits de l'homme et fiscalité— Bilan et perspectives, Les petites affiches, No.80 (1994)*}. Birkaç Batı Avrupa Ülkesi ceza davalarında savunma için verilen yasal garantilerin idari davalar bakımından uygulanıp uygulanmaması gerektiğini tartışmaktadır.

### III. Vergi Kanunlarının Yorumlanması

#### A. Genel Değerlendirmeler

Diğer kanunlar gibi vergi kanunları da genel tanımlayıcı hükümler içermektedir. Fakat bir yasa kuralı uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek bütün durumları öngöremez. Bu nedenle vergi kanunlarının yorumlanması, bu kanunların uygulanması bakımından önemli bir temel teşkil etmektedir. Bazen anayasalar kanunların yorumlanmasında bizatihi yasama organını yetkilendirmektedir {*Honduras Anayasası madde 205(1)* ; *Honduras, Kanun Hükmünde Kararname No. 115, 04.11.1966, Gaceta No. 19,011* ; *Honduras IR madde 24*; *Kırgızistan Anayasası madde 58(3)* }. Belçika'da parlamento tarihsel olarak kanunların yorumlanması yetkisine sahiptir

{04.08.1832 tarihli *Temyiz Mahkemesi Kuruluşuna Dair Kanun (Cour de cassation)*, 23-24. maddeler, 1832 *Pasinomie* 469 ( 07.07.1865 tarihli kanunla yürürlükten kaldırılmıştır)(BEL) }. Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası'nın 67. maddesine göre Ulusal Halk Kongresinin Daimi Komisyonu anayasa ve diğer yasaları yorumlama yetkisine sahiptir. Anayasanın 89 (18) maddesine göre bu yetki daha düşük düzeyde organlara devredilebilir. Bu yolla anayasa hükümleri Maliye Bakanlığı'na ve Devlet Vergi İdaresine vergi kanunlarının yorumlanmasında düzenleyici idari işlemler yapmak için yetki vermek üzere kullanılabilir. Benzer yollar OECD (Organization for Economic Cooperation and Development- Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı) ülkelerinin bir çoğunda görülmektedir. Yasa koyucular da mevcut kanunları değiştirerek aynı sonuca ulaşabilirler. Yasa koyucu tarafından gerçekleştirilen benzeri faaliyetler, mahkemeler tarafından yapılan aksi yöndeki yorumları ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Zira bir çok ülkede vergi kanunlarının uygulanması idari organlar vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Bu idari organlar yönetmelik, karar, sirküler gibi genel kural koyan idari işlemler yapabilirler. İdari organlar aynı zamanda verecekleri kararla kanunu somut olaylar için uygulayacaklardır. Fakat genel düzenleyici idari işlemlerin mutlaka anayasa ve yasalara uygun olması gerekmektedir. Bu kuralların denetimi bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirilmektedir. İdari düzenleyici işlemlerin mahkeme tarafından değerlendirilmesi sırasında mahkeme vergi kanununu yorumlayacak ve vergi mükellefi ile vergi idaresi arasındaki spesifik soruna bu kuralı uygulayacaktır. Bu bir sorun hakkındaki nihai değerlendirmenin bağımsız mahkemeler tarafından yapılacağı anlamına gelmektedir.

Vergi mahkemeleri vergi kanunlarını, genellikle diğer kanunları yorumladıkları gibi yorumlayacaklardır. Yasanın yorumlanması son derece karmaşık bir konudur. Fakat yasaların yorumlanması ülkelerin hukuk sistemleri arasında çeşitli farklılıklar göstermektedir {*Interpreting Statutes: A Comparative Study (D. Neil MacCormick & Robert S. Summers eds., 1991)* }. Örneğin mahkemeler yaptıkları yorumların birbirinden farklı olduğunun ya da bir kanunu okurken alternatif çok sayıda yol bulunduğunun farkındadırlar. Mahkemeler aynı zamanda kanun yapılırken yasa koyucunun amacını anlamak konusunda tarihsel yorum gibi (*travaux préparatoires-legislative history*) farklı metotlar kullanmaktadır. Kıt'a Avrupası Hukuku ve Anglo-Sakson Hukuku arasında bu açıdan genel bir ayırım yapılabilir. Anglo-Sakson Hukukunun hakim olduğu ülkelerde mahkemeler yorum yaparken somut olaya ve vakıaya yönelme konusunda daha fazla serbesttirler. Kıt'a Avrupası Hukuku'nun egemen olduğu ülkelerde ise mahkemeler kuralın uygulanmasında lafza bağlıdırlar ve yaptıkları yorum da bu çerçeve ile sınırlıdır. Vergi kanunlarının yorumlanması, kanunların genel olarak yorumlanması yöntemlerinden etkilenmekte iken vergi hukukuna özgü bir takım durumlar da söz konusudur.

Dünyanın her yerinde, Anglo-Sakson Hukukunun uygulandığı ülkelerde bile vergi hukuku kanunların ve diğer düzenlemelerin konusu haline gelmiştir. İşin en tuhaf yanı ise en detaylı ve özenli hazırlanmış hükümlerin, Anglo-Sakson Hukukun egemen olduğu Avustralya, Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri'nde mevcut

olmasıdır. Sonuç olarak yasallık ilkesi hem Kıt'a Avrupası hem de Anglo-Sakson Hukukun egemen olduğu ülkelerde, yorum kurallarının temelini oluşturmaktadır.

Bütün batı hukuk sistemlerinde mahkemeler kanunların somut olaya uygulanması sırasında somut olayın ve yasa kuralının sistematizasyonuna dayalı yorumlama ile ilgili spesifik metotlar kullanılmaktadır. Bu çeşit yorumlama vergi kanunlarına özgü değildir, bütün kanunların yorumlanmasında ortaktır. Somut olay çoğunlukla fiziksel olarak ham halde değildir, bir satış sözleşmesi, bir şirket, bir miras gibi yasal olarak yorumlanan bir olaydır. Yorumlama bu olayları seçmekte ve anlamlandırmaktadır, yani vergi kurallarının uygulamasını sağlamak için hassas ve uygun bir forma sokmaktadır. Yasa kuralı bir çok norm arasından seçilerek uygulanmaktadır. Yorum bu kuralları seçer ve uygulanmasını emreder ve neticede vergi kanununun somut uygulamasına ulaşılır. Bu sürecin esas amacı net bir sonuca ulaşmaktır. Yorum ile amaçlanan vergi idaresi ile vergi mükellefini uzlaştırmak değildir. Vergi kanunlarının yorumlanmasının önemini azaltan ve birbiri ile yarışan iki ilke bulunmaktadır. Verginin yasallığı ilkesi, mahkemelerin vergi kanunlarında mevcut lafzı aşamayacağı şeklinde yorumlanabilir { *Gould v. Gould, 245 U.S. 151 (1917)* }. *Bu vergi kanunlarının yorumlanmasında lafzi yorumu kabul eden görüşün temel dayanağıdır {MacCormick & Summers, 201, 346* }. Fakat vergi yasalarının oldukça lafza bağlı yorumlanması durumunda vergi mükellefi sık sık kendi faaliyetlerini vergiden kaçınma gerçekleştirecek şekilde ayarlayabilir. Bu yüzden telafi edici kural; vergi yasasının yapılmasındaki amaç etkili bir şekilde uygulanması olup, amaç vergi yasasının kolay bir şekilde ve yapay manevralarla dolanılması değildir. Buna ilaveten eşitlik prensibi bir vergi kuralının yorumlanmasında aynı iktisadi şartlar altında verginin de mükellefler için eşit olması şeklinde değerlendirilecektir. Vergi kanunlarının yorumlanmasında bu iki kural arasında bulunan gerilim farklı ülkelerde farklı yollarla çözülmüştür.

Vergi kanunlarının yorumlanmasında temel sorunlar şunlardır;

- Vergi kanunlarının amaçsal (teleological) ya da kıyas (analogical) metotlarla geniş ya da dar yorumlanıp yorumlanamayacağı
- İşlemlerin yasal formlarının gerçek formlarına göre öncelik taşıyıp taşımayacağı
- Diğer hukuk dallarında mevcut olmayan Ekonomik Yorumun vergi hukukunun konusu olup olmadığı

sorunlarıdır. Bu sorunlar değişik ülkelerin içtihatlarında, değişik şekillerde algılanmış ve çözülmüştür {*Kanada için bakınız; Brian J. Arnold, Canadian Federal Court of Appeal Rejects Purposive Statutory Interpretation, 12 Tax Notes Int'l 382 (1996)*}.

## B. Fransa

Fransa'da geleneksel olarak vergi kanunlarının dar yorumlanması şeklinde bir yaklaşım bulunmaktadır. Bu ise Anayasa'nın 34. maddesinde belirtilen yasallık kuralının bir sonucudur. İçerik bakımından açık bir hüküm, yasa koyucunun lafza

yansıyan iradesini aşacak şekilde yorumlanamaz {“Vergi kanunlarında yer alan bir hükmün anlamı konusunda herhangi bir şüphe varsa bu şüphenin vergi mükellefi lehine yorumlanması gerekir.” I Demante, *Principes de l'enregistrement* No. 9 (1897) (Editör tarafından İngilizce'ye çevrilmiştir) }. Vergi kanunu hükümlerinin dar yorumlanması konusunda her ikisi de yüksek mahkeme olan *Cour de Cassation* ve *Conseil d'Etat* tamamen aynı fikirleri paylaşmamaktadır. *Conseil d'Etat*, modern vergilerin (gelir vergisi ve kurumlar vergisi) çoğu konusunda, kanun hükümlerinin daha esnek bir şekilde yorumlanabileceği görüşüne sahiptir {Bakınız ; 08.07.1992 tarihli karar, *Conseil d'Etat*, 1992 *Recueil des décisions [arrêts] du Conseil d'Etat [Lebon]*, No. 88734, 284; Aynı zamanda daha eski davalara bakınız; *Jean-Jacques Bienvenu, Droit fiscal* Nos. 52-54(1987)}. Fakat vergi kanunlarının son derece dar ve katı yorumlanması geleneğinin bulunduğu Fransa'da bile, Fransız Mahkemeleri Vergi İdaresi Yetkililerinin işlemlerin gerçek niteliği konusunda delil sunmalarına imkan tanımaktadır. Yapılan işlemlerin vergi amacı gözetilerek yeniden nitelendirilmesi gerektiği sonucunu ortaya çıkaran bu görüş, mahkemeler tarafından muvazaa ya da hile teorisi olarak adlandırılmıştır {Bakınız; 15.02.1854 tarihli karar, *Cour de cassation (civile)*, 1854 *Recueil Dalloz périodique et critique [D.P.]* I 51; *Judgment of Dec. 11, 1860, Cour de cassation (civile)*, 1861 *D.P.* I 25; 20.08.1867 tarihli karar, *Cour de cassation (civile)*, 1867 *D.P.* I 337} . Eş zamanlı olarak Fransız Mahkemeleri, medeni hukuk alanında hakkın kötüye kullanılması teorisini vergi hukuku yönünden de geliştirmişlerdir {Bakınız; 02.05, 1855, *Colmar*, 56 *D.P.* II 9; 02.12.1871 tarihli karar, *Paris*, 1873 *D.P.* II 185; 22.11.1889 tarihli karar, *Orleans*, 91 *D.P.* II 120}. Genel bir ifade ile bu bir kişinin sahip olduğu hakların başkalarına zarar verecek şekilde kötüniyetli olarak kullanılmayacağı anlamına gelmektedir. Bu devrimci teori Fransa'da, diğer ülkelerdeki vergi davalarından çok daha büyük bir öneme sahiptir {Bakınız; *Encyclopédie juridique adlı yayında Abus de droit başlığını taşıyan tartışma* , I *Répertoire de droit civil* 28 (Dalloz 1951); ayrıca bakınız; *Hollanda'daki vergi kanunlarının yorumu hakkındaki tartışmalara*}.

### C. Belçika

Belçika vergi kanunlarının dar ve lafzi olarak yorumlanmasında çok uzun tarihsel bir geleneğe sahiptir. Bu durum anayasada yer alan; “kanun ile konulmadığı sürece vergi yükümlülüğü getirilemez” şeklindeki yasallık prensibinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle bir vergi yükümlülüğünün varlığı konusundaki ispat yükü vergi idaresine aittir. Vergilendirme konusunda *Cour de cassation*, Belçika hukukunda temel kuralı vermiş olduğu bir kararında belirlemiştir { 26.06.1961 tarihli karar, *Cour de cassation*, 1961 *Pasicrisie Belge [Pas. Bel.]* I, 1082 }. Mahkemeye göre vergi mükellefi daha az vergilendirilen herhangi bir yolu { *La voie la moins imposée; De minst belaste weg.*} tercih etme hakkına sahiptir ve bu vergi kanunlarının uygulanmasında bir vergi mükellefi tarafından yapılan hukuki yorum durumunda da, bu yorum alışılmadık olsa bile vergi mükellefi yorumunun bütün sonuçlarının yine vergi mükellefi tarafından sürdürülmesi şartıyla, aynen muhafaza edilecektir. Mahkemenin görüşü bütün bir hukuk sisteminin uyum içerisinde olmasına ve vergi mükellefi tarafından yapılan işlemlerin bütün sonuçlarının vergi mükellefi tarafın-

dan göze alınması durumunda vergi idaresinin de bu sonuçları tanımak zorunda olduğu noktalarına dayanmaktadır. Mahkeme, vergi hukukunda "ekonomik gerçeklik" prensibinin yeri olmadığını özel olarak belirtmiştir {*Bakınız; 27.02.1987 tarihli karar, Cour de cassation, 1987 Pas. Bel. I, No. 387, at 777*}. Genel olarak vergilendirme alanında kanunların kötüye kullanılması ve *fraus legis* prensiplerinin uygulanmasına yer olmadığı kabul edilmiştir. Bu mahkeme tarafından verilen karar, vergi mükellefinin en üst düzeyde hukuki güvenliğini sağlamaktadır. Fakat vergi planlamasının son derece agresif bir hal alması üzerine politik baskılar neticesinde 1993 yılında vergiden kaçınmaya karşı Gelir Vergisi Kanunu'na genel bir hüküm getirilmiştir {*İlgili yasanın 344. maddesine göre; "Vergi mükellefi tarafından yasa uygun işlem amacı ispatlanamadığı sürece Vergi İdaresi vergi mükellefi tarafından yapılan bir iş ya da işlemin hukuki nitelendirmesini kabul etmemek konusunda yetkilidir."*}. Belçika mahkemeleri, Fransız Mahkemeleri gibi, veraset ve intikal vergisi gibi vergilendirmenin daha geleneksel alanlarında muvazaa (*simulation*) doktrinini henüz uygulamaya başlamıştır. Taraflarca, vergi idaresine karşı kullanılan yasal bir işlem ya da araç, tarafların amaçladıkları temel hukuki ilişki ile ilgili değilse bu muvazaa anlamına gelmektedir. Örneğin; Herhangi bir hediye için bir kişi tarafından temelde kendi menfaati için verilmesi halinde bağış gibi gözükene bu hukuki ilişki satış olarak değerlendirilebilecektir {*Bakınız; 06.12.1883 tarihli karar, Leuven, Recueil général de l'enregistrement et du notariat [Rec. Gén. Enr. Not.] 10.272; 04.01.1900 tarihli karar, Brussels, Rec. Gén. Enr. Not. 13.221; 03.03.1912 tarihli karar, Brussels, Rec. Gén. Enr. Not. 15.129*}. Yeni kurulan bir şirkete hisse karşılığında bir taşınmazın devredilmesi ve bunun hemen ardından şirket tarafından bu taşınmazın 3. kişiye satılması, taşınmazın kendisinin doğrudan (yani şirket söz konusu olmaksızın) 3. kişiye satıldığı anlamına gelecektir {*19.12.1962 tarihli karar, Brussels, Rec. Gén. Enr. Not. 20.640; 26.03.1905 tarihli karar, Gent, Rec. Gén. Enr. Not. 20.895*}.}

#### D.Almanya

Almanya, vergi kanunlarının yorumlanması konusunda yasa koyucu ve mahkemelerin birbirlerinin işlerine karışması örneğine uyan bir ülkedir. 1919 yılında yürürlüğe giren Genel Vergi Kanunu'nda (*Reichsabgabenordnung*), vergi kanunlarının "ekonomik yorum" a uygun şekilde yorumlanabileceği hükmü vardı {*Bu hükme göre; "Bu kanunun yorumlanmasında amaç ve ekonomik anlam dikkate alınmalıdır." Editör tarafından İngilizceye çevrilmiştir. (DEU Reichsabgabenordnung of 1919 § 4. Cf. ARG Law 11,683.)*}. 1939 yılında çıkartılan *Steueranpassungsgesetz* ile bu lafız daha da genişletilmişti {*Steueranpassungsgesetz § 1/II de yer alan hükme göre; "Vergi kanununun yorumlanmasında, vergi kanunlarının sosyal bakış açısı, amacı ve ekonomik önemi ile ekonomik ilişkileri geliştirmesi dikkate alınmalıdır." Editör tarafından İngilizceye çevrilmiştir*}. Vergi kanunlarına, yoruma yardımcı bir prensip olarak ekonomik yorumun eklenmesinin amacı, özel hukuk kategorileri ve kavramları temelinde vergi kanunlarının oldukça sınırlı bir şekilde uygulanması sorununu gidermekti {*Almanya'da bu dar ve lafzi yorum kavramsal hukuk (Begriffsjurisprudenz) olarak adlandırılmaktadır ve 19. yüzyılın sonlarında eleştirisi*

*konusu olmuştur. Bakınız; Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1983)). Özellikle iki dünya savaşı arasında Reichsfinanzhof vergi kanunlarının geniş bir şekilde yorumlanması için muhazafa edilmiştir. Ekonomik yorum, kıyaslama yoluyla vergi kanunlarının boşluklarını ve kaçınma yollarını doldurmada bir araç haline gelmişti {4 Reichsfinanzhof Entscheidungen 243, 252; 6 Reichsfinanzhof Entscheidungen 292, 298 }.*

Ekonomik yorumun vergi kanunlarının yorumlanmasında yardımcı bir prensip olarak kullanılması Federal Temyiz Mahkemesi ve vergi kanunlarının yorumlanmasında özel hukuk kavramlarının yeniden kullanılmasıyla aşamalı bir şekilde terkedilmiştir {Bakınız; Bundesfinanzhof, 1969 Bundessteuerblatt II 736, 737; Bundesfinanzhof, 1976 Bundessteuerblatt II 246}. Aynı zamanda Alman Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda vergi kanunlarının dar ya da geniş yorumlanması konusunda daha ketum davranmaya başlamıştır. Bazı zamanlarda Anayasa Mahkemesi vergi kanunlarının ekonomik yorumuna karşı vergi kanunlarının dar yorumlanması tercihinde bulunmuştur {“Vergi kanunları, ‘belirli genel tanımlanmış durumlarda vergisel muamelenin nasıl olacağı ile ilgili yasa koyucunun temel kararıdır’ fikrine dayalıdır ve bu yüzden yasa koyucunun beyanlarından çekilen ona ait nefestir.” Editör tarafından İngilizceye çevrilmiştir. (24.01.1962 tarihli karar, BVerfG, 13 BVerfGE, No. 32, 318, 328)}. Bazı zamanlarda ise Anayasa Mahkemesi “kanunun yargısal gelişimi” lehinde karar vermiştir {“Mali hukuk alanında, kanunların geliştirilmesi yoluyla ekonomik durumun önemli bir şekilde değiştirilmesini sağlayan yargı kararları yasaklanmamıştır.” Editör tarafından İngilizceye çevrilmiştir. (Judgment of Mar.12, 1985, BVerfG, 69 BVerfGE, No. 12, at 188, 203)}. Steueranpassungsgesetz de yer alan ekonomik yorum kuralına, 1977 yılında yeni genel vergi kanunu kabul edilirken yer verilmemiştir {Tipke’ye göre, bunun sebebi ekonomik yorum kuralının lüzumlu olmadığı fikridir ve Begriffsjurisprudenz (kavramsal yaklaşım) yaklaşımı terkedilmiş bulunmaktadır. AO §§ 40–42 de, ekonomik yorum ilkesinin devamı sayılabilecek, vergiden kaçınma ile ilgili birkaç spesifik kurala yer verilmiştir. Fakat bu kurallar çok açık hukuki anlamlara sahiptirler}. Aynı zamanda birkaç spesifik ve bir genel kötüye kullanımı engelleyen kural yürürlüğe girmiştir. Bu ise mahkemelerin belirli durumlarda yasal kurumların kötüye kullanılması halinde, vergi kanunlarının yorumlanmasında daha fazla hareket serbestisi olduğu anlamına gelmektedir.

### E. Hollanda

Fransa ve Almanya’da olduğu gibi Hollanda’da da çok erken dönemlerde vergiden kaçınmaya yönelik faaliyetlerin giderilmesine ilişkin hükümler kabul edilmiştir {Genel Vergi Kanunu’na ilave edilen bu hüküm Bevordering van de richtige heffing şeklinde adlandırılmaktadır (AWR art. 31.)}. Fakat uzun zamandan bu yana vergi kanunlarının yorumlanmasına ilişkin bu hüküm mahkeme kararlarına yansımamıştır, çünkü aynı zamanlarda Yüksek Mahkeme *fraus legis* doktrinini vergi hukuku alanında kullanmıştır {26.05.1926 tarihli karar, Hoge Raad [HR], 1926 *Nederlandse Jurisprudentie* [N.J.] 723. İsviçre mahkemelerinin vergi kanunlarını yorumlaması, Hollanda’da kullanılan *fraus legis* doktrinine çok benzemektedir.

*Olağan olmayan bir şekilde, vergi avantajı elde etmek için ve bu avantajın etkin bir şekilde gerçekleşmesini sağlayacak bir işlemin yasal formlarının kullanılması halinde kanunların kötüye kullanılması söz konusudur. Bakınız; Jean-Marc Rivier, Droit fiscal suisse: L'imposition du revenu et de la fortune 61 (1980); Ernst Höhn, Steuerrecht 17 (1972)}. Fraus Legis doktrinine göre vergi üzerinde etkili olacak şekilde fiili durum doğuran ve yasaya uygun olan işlem, vergi kanunlarının amacı gereği aynı şekilde vergilendirilmelidir { 22.07.1982 tarihli karar, HR, 1982 Beslissingen Nederlandse Belastingrechtspraak [B.N.B.] 242 }. Fraus legis doktrini gereği yasaya uygun işlemin münhasır amacı vergi minimizasyonu ise geçersiz sayılacaktır. Fakat içtihat hukuku aşamalı bir şekilde söz konusu doktrini, vergi motifleri baskınsa ya da yasaya uygun olan işlemde aldatıcı bir taraf varsa, işlemin yasal formunun geçersiz sayılacağı yönünde geliştirmiştir {11.07.1990 tarihli karar, HR, 1990 B.N.B. 293}. Bir işlemde vergi motiflerinin baskın olup olmadığına vergi mükellefinin subjektif amacı belirlenerek karar verilmez. Hakim tarafından değerlendirilecek objektif faktörlerle bu kararın verilmesi mümkündür. Vergi mükellefinin yaptığı işlemlerde vergi dışı amaçlarla hareket edip etmediği *fraus legis* doktrini için bir ölçü haline gelecektir. Bu durum Hollanda mahkemelerinin, yasal formun geçerliliğinin son derece iyi ayarlanması şartıyla hala vergi sorumluluğunu minimize etmek amacıyla işlemlerini düzenleyen vergi mükellefinin haklarını koruyacağı anlamına gelmektedir {Yakın zamanlarda Dick Hofland & Kees van Raad davasında bu durum tartışılmış ve yabancı aile şirketlerine ödenen kar payları nedeniyle gelirin azalmasına ve bu nedenle daha az vergi ödenmesine yol açan durumun kanunların kötüye kullanılması anlamına gelmediğine karar verilmiştir. 11 Tax Notes Int'l 1143 (1995) (19.12.1990 tarihli karar, HR, 1990 B.N.B. 121. A)}. *Fraus legis* doktrininin mahkemelere, yapay hukuki işlemlerin geçersiz sayılması konusunda yeterli imkanı tanıdığı gözönüne alındığı zaman bu durum 1987 yılında Maliye Bakanlığının, hala bir kanun hükmü olmasına rağmen vergiden kaçınmayı sağlayan yasa hükümlerinin işlevsiz olduğunu bildirmesini sağlamıştır .*

#### F. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık vergi sistemi vergiden kaçınmayı sağlayan genel bir hükme sahip değildir. Vergi kanunlarının yorumlanması *IRC v. Duke of Westminster* davasında verilen karara dayalı olarak gerçekleştirilmektedir. Bu davada mahkeme; "Herkes kendi işlerini vergisel amaçlarla, kanunlara uygun şekilde düzenlemek konusunda yetkilidir. Eğer bir kimse bu sonucu garantilemek amacıyla işlemleri yaparsa bu işlemler İç Gelir Komisyonu yönünden herhangi bir değer ifade etmeyecektir . Bu vergi mükellefinin beceri ve zekasını takip eden diğer vergi mükellefleri verginin artmasını sağlamayacaklardır {(Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster, 1936 App. Cas. 1, 19, 19 T.C. 490). İngiltere ve Fransa'da vergi kanunlarının yorumlanması konusunda karşılaştırmalı bir çalışma için bakınız; Stefan Frommel, United Kingdom Tax Law and Abuse of Rights, Intertax 54 (1991/92); L'abus de droit en droit fiscal britannique, Revenue internationale de droit comparé 585 (1991) (aynı çalışmanın Fransızcası) }.

Bir vergilendirme yasasında sadece açıkça ne söylendiğine bakılmalıdır. Herhangi bir karinenin uygulanmasına yer yoktur. Vergiler konusunda eşitlik yoktur. Bir vergi için varsayımda bulunulamaz. Eğer yasada okunacak hiçbir hüküm yoksa uygulanacak hiçbir hüküm de yoktur. Bir kimse dosdoğru bir şekilde kullanılan ifadelere bakılmalıdır {*Cape Brandy Syndicate v. Inland Revenue Commisioners, [1921] 1 K.B. 64, 71, 132 T.C. 358, 366*}. Fakat 1981 yılında *W.T. Ramsay Ltd. v. Internal Revenue Commissioner* davasında, ard arda yapılan birkaç işlemle bu işlemlerin teker teker yapılması durumunda her birinden alınacak vergiyi gideren vergi planlama aracı geçersiz kılınmıştır. Önceden karar verilerek ard arda seri bir şekilde yapılan işlemlerin mali sonuçlarının geçerliliği konusunda her bir işlemin ayrı ayrı yapılması halinde doğacak mali sonuçlar dikkate alınarak karar verilmektedir {*Furniss v. Dawson, [1984] 1 All E.R. 530, 532*}.

Bu doktrin *Furniss v. Dawson* davasında daha da geliştirilmiştir. Adım işlem ve ticari amaç doktrini şu şekilde formüle edilmiştir; Bu formül iki dayanağı bünyesinde barındırmaktadır. İlki önceden planlanmış seri işlemlerden oluşan ve sonuçta tek bir işlem gibi gözükken işlemlerin olup olmadığıdır. İkincisi ise bu adımları içeren işlemin vergi avantajı sağlama amacından bağımsız herhangi bir ticari amaç ya da işle ilgili olmasının olup olmadığıdır.

Daha yakınlarda, *House of Lords* bazı davalarda iş amacı doktrini ve adım işlem doktrinine çeşitli sınırlandırmalar getirmiştir {*Craven v. White, IRC v. Bowater, Baylis v. Gregory, [1988] 3 All E.R. 495 (1988)*}. Vergi mükellefinin önünde gidebileceği açık olan iki yol varsa, ve bunlar vergi mükellefi tarafından düşünülüyorsa Vergi İdaresi, vergiyle ilgili avantajlar sağlayan yollardan birinin tercih edilmesi konusunda vergi mükellefini sınırlandıramaz. Vergi mahkemesi, tamamen yapay ve vergiyi dolanma konusunda acımasız bir şekilde bütün adımları geçersiz saymak şeklinde bir yol tercih edebilir. Mahkeme için diğer bir yol ise sadece ticari ve vergiden kaçınma amacı olan adımın geçersiz sayılmasıdır. Bu karar daha sonra verilen başka kararlarla da doğrulanmıştır {*Craven v. White, [1988] 3 All E.R. 495, 542*}.

Bu karar birkaç yıl sonra başka benzer davalarla teyit edilmiştir ve Lord Jauncey *House of Lords*'un vergiden kaçınma ile ilgili pozisyonunu öz bir şekilde şöyle değerlendirmiştir; "Yapısal bir prensip olarak Ramsay prensibinin vurgulandığı üç davanın analizinde; vergiden kaçınma ile ilgili belli davranışlara karşı Parlamento'nun yapmadığı bir kanun olması durumunda mahkemenin yasama yetkisine sahip olmadığı ve sorunun, belli bir miktarı içeren işlemlerle ilgili olay ya da olay kombinasyonlarının vergilendirilebilir olup olmadığı ya da ilgili kanun hükümleri kapsamında izin verilebilir bir indirim olup olmadığı sonucuna ulaştım." {*Craven v. White, [1988] 3 All E.R. 495, 542*}.

### G. Avustralya

Avustralya'da vergi kanunlarının lafzi ve dar bir şekilde yorumlanması *IRC v. Duke of Westminster* davasından bu yana Birleşik Krallık ile paralellik göstermektedir. Birleşik Krallıkta aşamalı olarak vergi kanunlarının yorumlanmasında bir yumuşama olsada Avustralya Mahkemeleri lafzi yorumda hala ısrar etmektedirler. Bu nedenle *IRC v. Duke of Westminster* davasında kabul edilen doktrin vergi mükellef-



leri lehine uygulanmaya devam edilmektedir. *Investment and Merchant Finance Corp. Ltd* davasında bu lafzi ve dar yorum yasallık prensibine dayandırılmıştır; “Şirket hisselerinin madde 46’ya göre indirilebilir olması nedeniyle bu hisselerin bölünmesi şirketler için caziptir ve eğer bu kontrol edilmesi zorunlu bir uygulama olarak değerlendirilirse, Parlamento doğrudan doğruya bu konuya dikkat çekebilir. Bu (parlamentoya ait yetki) mahkemeler için geçerli değildir, sadece Parlamantonun açık beyanlarından yola çıkılarak anlaşılabilir.” { *Investment and Merchant Finance Corp. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation*, 125 C.L.R. 249, 265 (1971); *Curran v. Federal Commissioner of Taxation*, 131 C.L.R. 409 (1974); *South Australian Battery Makers Proprietary Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation*, 140 C.L.R. 645 (1978)}.

1976 yılında Yeni Zelanda Danışma Meclisi şu kararı vermiştir; “Harcama yapılarak, yapılan bu harcamaların indirilip indirilemeyeceği ekonomik sonuçlardan değildir. Bu vergi mükellefine uygulaması için gider yapması durumunda yasal olarak tanınmış bir haktır.” {*Europa Oil v. Internal Revenue Commissioner*, [1976] 1 All E.R. 503, 508 (Lord Diplock)}.

Yüksek Mahkeme tarafından geliştirilen vergi kanunlarının dar yorumlanması uygulamasından verdiği kararlar sorumlu olan Baş Yargıç Barwick’in görüşü şöyledir; “Fikrime göre, lafız net bir açıklıkla izin veriyorsa, şartlar vatandaşların bir kısmı için vergi ödeme yükümlülüğü doğuracaktır. Mahkemenin fonksiyonu, Parlamantonun bu şartlar altında belirlediği lafzı yorumlamak ve uygulamaktır. Mahkemeler bunu Parlamento tarafından kullanılan sözcüklerin anlamını bulmak suretiyle yapar. Mahkeme, Parlamantonun başarmayı hedeflediği amaca ulaşmak için, - bu amaç kullanılan dilde ifade edilmese bile-, kanunda kullanılan dili kalıba sokar ya da kalıba sokma çabasına girer { *Federal Commissioner of Taxation v. Westraders Proprietary Ltd.*, 144 C.L.R. 55, 59 (1979-80)}.

Avustralya Gelir Vergisi Kanunu’nda çok geniş ve genel bir vergiden kaçınmayı önleyici bir hüküm {*AUS ITAA § 260*} bulunmasına rağmen, mahkemeler vermiş oldukları kararlarla bu hükümleri yontarak uygulamaktadırlar {*Bakınız; W.P. Keighery Proprietary Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation*, 100 C.L.R. 66, 92 et seq.(1956-57); *Cecil Bros. Proprietary Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation*, 111 C.L.R. 430, 441 (1962-64); *Mullens v. Federal Commissioner of Taxation*, 135 C.L.R. 290, 302 (1975-76)}.

1981 yılında mahkeme lafzi yorum konusundaki ısrarı tersine çevirmiş ve kanun lafzında geniş bir kapsam bulunmasa bile bir kanun hükmünün amaçsal kapsamının uygulanması konusunda karar kılmıştır {*Cooper Brooks (Wollongong) Proprietary Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation*, 147 C.L.R. 297, (1980-81)}. Buna karşı Parlamento ve politik tepkilerle Gelir Vergisi Değerlendirme Yasası’na {*Income Tax Assessment Act, AUS ITAA Part IVA, §§ 177A-G*} genel ve spesifik aralıkta vergiden kaçınmayla ilgili hükümler yerleştirilmiştir.

#### H. Amerika Birleşik Devletleri

İç Gelir Yasasında (Internal Revenue Code) Vergi İdaresinin, vergi mükellefinin temel amacı vergiden kaçınmak olan bir işlemde elde ettiği vergi avantajını

ortadan kaldıracak sınırlı hükümler bulunmasına rağmen {USA IRC § 269}, mahkemeler tarafından vergi yasalarının nasıl yorumlanacağına dair bir genel hüküm bulunmamaktadır. Uzun zamandan bu yana mahkemeler, iş amacı taşımayan belirli bazı hukuki işlemlerin geçersiz sayılacağı yönünde bir doktrin geliştirmişlerdir {131Gregory v. Helvering, 69 F.2d 809 (2d Cir. 1934), aff'd, 293 U.S. 465 (1935)}. Hukuki işlem gelir vergisinden kaçınma amacıyla yapılmışsa ve aynı zamanda bu işlem bir ölçüde de olsa ekonomik bir anlam ifade etmiyorsa vergisel amaçlarla yapılması sebebiyle mahkemeler tarafından iptal edilebilir. Mahkemeler bu hukuki işlemin yerine temel olarak başka bir hukuki işlemin yapılmış olduğu sonucuna ulaşabilirler. Gregory davası ile birlikte mahkemeler yararlı gelir, maliklik {Commissioner v. Court Holding Co., 324 U.S. 331 (1945); Boris I. Bittker & James S. Eustice, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders 9.02 (6th ed. 1994)}, işletme yatırımlarının sürekliliği {Standard Realization Co. v. Commissioner, 10 T.C. 708 (1948); Pridemark, Inc. v. Commissioner, 345 F.2d 35 (4th Cir. 1965)} ve adım-işlem gibi birkaç hukuki doktrin geliştirmişlerdir.

Adım-işlem doktrini mahkemelere, birkaç adımın geçersiz sayılması ya da ayrı ayrı yapılan işlemlerin birlikte yapılmış sayılması izni vermektedir {West Coast Marketing Corp. v. Commissioner, 46 T.C. 32 (1966); American Potash & Chemical Co. v. United States, 399 F.2d 194 (U.S. Ct. Cl.), 402 F.2d 1000 (Ct. Cl. 1968); King Enterprises, Inc. v. United States, 418 F.2d 511 (U.S. Ct. Cl. 1969), 190 Ct. Cl. 947(1970)}. Bu doktrini tam bir şekilde uygulamak mümkün değildir ve bu doktrin devamlı gelişmektedir { Adım işlem doktrininin uygulanması yönünden tartışmalar için bakınız; McDonald's Restaurant of Illinois v. Commissioner, 688 F.2d 520 (7th Cir. 1981) }. Diğer hukuk dallarında olduğu gibi gelirin vergilendirilmesinde en önemli problemlerden biri yapılan işlemlerin gerçek işlemler mi yoksa gerçek işlem formuna bürünmüş işlemler mi olduğunu tespit etmektir. Gerçek işlem formuna bürünmüş olan işlemlerin pratikte gerçek işlem gibi bir takım sonuçlar doğurduğu ortadadır. Eğer yapılan iki işlem farklı görünüşlere sahipse muhtemelen esas amaçları birbirinden farklıdır. Her iki işleme de aynı vergi muamelesi uygulanması için benzerlik yeterli olabilir. Yargı kararları ve kanun hükümleri uygulama ile sık sık örtüşmektedir. Bu nedenle vergiden kaçınmayı engelleyebilir {Bittker & Eustice, 1.05[2][b], 1.05[3][d]}.

Amerika Birleşik Devletleri Vergi Mahkemeleri, vergi kanunlarını sıklıkla İş Gelir Kanununda kaleme alınan haliyle okumaktadır. Fakat buna rağmen *common law* geleneklerinden dolayı kendi hukuk doktrinlerini de mümkün olduğunca karara eklemektedirler.

### I. Kötüye Kullanım Yasası (Antiabuse Legislation)

Vergi kanunlarının yorumlanmasında en sık karşılaşılan durum, genel kural ile getirilen kanuni ölçülerin, vergi mükelleflerinin vergi kanununun amaçlamadığı vergi avantajlarına ulaşmak için kendine özgü biçimleri kullanması durumu ile örtüşmemesidir. Vergi kanunlarında tanımlar genel yapılmıştır ve yasa koyucunun hızla gelişen bütün durumları öngörerek yasa yapması mümkün değildir. Vergi kanunlarında da çeşitli boşluklar olmasının sebeplerinden biri de budur {Bu boşluk-

lar yasama düzensizliklerinden de kaynaklanabilir. Bazen son dakikada, sonuçlar gözetilmeden kaotik düzenlemeler yapılmaktadır}. Bir çok olayda vergi kanunları vergi mükellefine kendi amacına ulaşmasını sağlamak üzere farklı vergisel sonuçlara sahip farklı yasal alternatifler sunabilir. Vergi mükellefi tarafından aynı amaç için yapılan yasal tercih düşük ya da yüksek vergi yükü ile karşılaşmasına neden olabilir. Vergi kanunlarının yorumunda ve uygulanmasında ilgili iki temel soru karşımıza çıkmaktadır;

- Yasa koyucunun ve mahkemelerin boşlukları doldurmada rolleri nelerdir ?
- Vergi kanunları sonuçları benzer ya da çok benzer olan farklı yasal durumlara farklı vergisel sonuçlar bağlayabilir mi ?

Bu iki sorunun cevabı kötüye kullanımı önleme ile ilgili yasanın vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınma hükümlerinin genişliği gözönünde bulundurularak cevaplandırılabilir. Uygulamada gelişmiş bütün vergi sistemleri vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınma arasında ayırım yapmaktadır. Vergiden kaçınma ya da vergi yolsuzluğu ceza yaptırımlarına bağlanmıştır {*Terminolojik olarak bir karışıklık olmaması bakımından vergi kaçakçılığı Fransızca fraude fiscale, Almanca Steuerhinterziehung iken vergiden kaçınma Fransızcada évacion fiscale Almandada Steuerumgehung olarak çevrilmektedir*}. Vergi kaçakçılığı, bir fabrika sahibinin tahrif edilmiş evraklar kullanması, paralel muhasebe hesapları tutması, gelirleri ayrıca not etmesi gibi fillerle vergi kanunlarının açık şekilde ihlal edilmesidir. Bu türden fiillerin sonuçları elbette vergi idaresi tarafından düzeltilbilir ve ilaveten bu fillere cezalar verilebilir. Vergi kanunları genellikle kötüye kullanma konusunda benzer yaptırımlar öngörmemektedir.

Diğer yandan vergiden kaçınma, vergi mükellefi tarafından vergi sorumluluğunun azaltılması için gerçekleştirilmektedir ve kriminal bir prosedürün konusu olmamaktadır. Vergi kaçırma ile vergiden kaçınma arasındaki fark son derece önemli olmasına rağmen özellikle hukukçu olmayanlar tarafından bazen karıştırılabilmektedir. Bu türden karıştırmalar ekonomik ya da ahlaki temelde anlaşılabilir fakat vergi idaresi ve vergi kanunları anlamında karıştırma temel bir yanlış olur. Kural olarak bir çok ülke, vergi mükellefinin kendi işlerini daha az vergi ödeyecek şekilde ayarlamasına izin vermektedir {*United Kingdom, Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster, 1936 App. Cas. 1,19* ,Lord Tomlin'in yorumuna göre; "Herkes eğer kendi işleri konusunda düzenleme yetkisine sahipse daha az vergi ödemesini sağlayacak, kanunlara uygun işlemler de yapabilir" ; Amerika Birleşik Devletleri için, *Gregory v. Helvering, 69 F.2d 809, 810 (1934)*(Hakim Learned Hand şöyle söylüyor; " Herhangi bir kimse, vergilerin arttırılması gibi vatanperver bir amaç olsa bile, kendi işlerini mümkün olduğunca az vergi ödemesini sağlayacak şekilde ayarlayabilir; hiç kimse Hazine' ye daha fazla vergi ödemesini sağlayacak yolu tercih etmek zorunda değildir." *aff'd, 293 U.S. 465 (1935)*; Avustralya'da, *Jaques v. Federal Commissioner of Taxation, 34 C.L.R. 328, 362 (1924)* davasında Hakim Starke şöyle söylemiştir; "Şirketlerin ve pay sahiplerinin kendi işlerini vergiden kaçınmak ya da vergiyi azaltmak maksadıyla ayarlamalarında yanlış hiçbir yön bulunmamaktadır." Belçika'da, 06.06.1961 tarihli, *Cour de cassation, 1961*

*Pas. Bel.I 1082, 1089 kararına göre; "Vergisel alanda yasaklanmış olan gerçeğe uygun olmayan işlemler gerçekleştirilmedikçe ve sahtecilik yapılmadıkça, taraflar vergi rejiminden kendi lehlerine olacak şekilde faydalanabilirler, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince avantaj sağlayabilirler ve herhangi bir yasal yükümlülük ihlal edilmeksizin çok alışılmadık formlarda olsa bile sözleşme gereği doğan sonuçlar yasal ise bunlar kabul edilebilir." Editör tarafından İngilizce'ye çevrilmiştir J.* Sorun, benzer sonuçlar yaratan diğer hukuki işlem ve yapılar yerine daha az vergi yükü getiren, vergi yasasında ya da vergi yasası hükmünde yer alan boşluklardan faydalanabilecek hukuki işlem ve yapıların kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Ekonomik etkinlik (benzer ekonomik durumların aynı şekilde vergilendirilmesi) ve vergi adaleti ( benzer durumların aynı şekilde vergilendirilmesi) dikkate alındığında açık olan şudur ki; hukuki işlem ve yapıların vergi sonuçlarının reddedilmesi ve benzer durumların aynı şekilde vergilendirilmesi sağlayan vergi kanunlarındaki boşluklar için gerçekten çok iyi nedenler vardır. Bu yüzden bazı ülkelerde bazı hukuki işlem ve yapılar vergiden kaçınma olarak değerlendirilmiş, kriminal bir cezanın konusu olmamış ve bu işlemlerin vergisel amaçları mahkemeler ya da vergi idareleri ya da genel ve özel şekilde düzenlenmiş kötüye kullanımları engelleyen yasalar tarafından geçersiz sayılmıştır.

Vergi kaçırma ve vergiden kaçınma durumlarında yapılan faaliyetleri vergi minimizasyonu olarak adlandırabiliriz. Vergi minimizasyonu ise vergi sorumluluğunun azaltılmasında etkili olan davranıştır *{Almanca'da vergi minimizasyonu Steuervermeidung ve Hollanda dilinde ise Belastingbesparing şeklinde adlandırılmaktadır}*. Bu hareket bir takım tüketim faaliyetlerinden kaçınma şeklinde (tütün ya da alkollü içecek tüketmeme) olabileceği gibi belli tip gelirleri elde etmemek şeklinde de olabilir. Bu türden fiiller mükemmel yasal davranışlardır ve kötüye kullanım ile ilgili herhangi bir yasal yaptırımın konusu olamaz. Rivier'e göre; "Bu durum yasa koyucu tarafından amaçlanan bir boşluğun kullanılması ya da yasa tarafından izin verilen özgürlüğün yasa tarafından tahmin edilen farklı bir fiili durum yaratmak için kullanılması anlamına gelmektedir." *{ Rivier, 60-61, Editör tarafından çevrilmiştir}*. Vergiden kaçınma bunun aksine fiili bir hareket değil fiili durumla ilgili kalıpların diğer yasal formlara göre daha az vergiye neden olacak yasal formlara sokulmasını sağlayan hukuki bir harekettir. Vergiden kaçınma ya da vergi minimizasyonunun bu türden bir hareketin örneği olup olmadığı sorusu zor bir sorudur. Sorun vergisel amaçlı hukuki işlemlerin reddini sağlamanın mahkeme ya da yasa koyucu için bir görev olup olmadığıdır. Mahkemeler bu işi yasallık prensibi ve mahkemelerin *vis-à-vis* yasa koyucu rolleri olması sebebiyle zaten yerine getirmektedir. Güçler ayrılığı kuramı gereğince yasama organının böyle bir zorunluluğunun olmadığı kabul edilmek gerekir. Bu yüzden vergi kanunlarının belirli durumları kavramada başarısızlık göstermesi ve bu yüzden boşluklar doğması halinde, boşluk konusu durumların vergilendirilmesi için makul sebeplerin bulunması ve vergi politikasının bir gereği olması durumunda bile mahkemeler yasal temeller bulunmadıkça vergi ile yükümlendirme konusunda çekingen davranacaklardır. Aynı mahkemeler başka bir hukuk dalında boşlukları doldurabilirler. Bir çok ülkenin anayasasında

açık ya da örtülü bir şekilde idarenin vergilendirme ve aynı şekilde suç ve ceza koyma yetkisini kısıtlayan "yasa olmadan vergilendirme olmaz" anlamına gelecek kurallar mevcuttur.

Bir çok ülkede vergi idarelerine hukuki işlemlerin ve yapıların daha ağır vergi yükümlülüğü doğurucu şekilde yeniden nitelendirilmesi konusunda yetki verilmiştir. Yani görünüş ile esas arasındaki farklılığa itiraz etme imkanı bulunmaktadır. Mahkemeler de daima temel hukuki ilişkileri nitelendirme konusunda yetkilidir. Bazı ülkelerde yasa koyucular, mahkemelerin yorumda başarısızlığa düşmemeleri için hukuki işlemlerin genel ya da özel şekillerde kötüye kullanılmasını engelleyecek hükümler konulması gerektiği ilkesini benimsemişlerdir. Bir yandan genel kötüye kullanımı engelleyen hükümler mahkemeler tarafından, yapay ve görüntüde olan hukuki işlem ve yapıların geçersiz sayılması için genişletici ya da vergi kanunlarının ekonomik yorumu ilkesi gözetilerek uygulanacaktır. Diğer yandan ise gelişmiş bütün vergi sistemlerinde belirli boşlukların kapatılması için, özel durumlara ilişkin kötüye kullanımların engellenmesi bakımından özel hükümler ihdas edilmiştir.

Vergi kanunlarının dar ya da geniş yorumlanması bakımından mahkemelerin takip ettiği yol ile genel kötüye kullanımı engelleyen hükümlerin varlığı ya da yokluğu arasında açık bir ilişki bulunmadığına dikkat edilmelidir. Bazı ülkeler vergi sistemlerini genel kötüye kullanımı engelleyen herhangi bir hüküm sevketsiz olarak oluşturmuşlardır. Belçika (1993 yılına kadar), İtalya, İsveç (1992-1995), İsviçre, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri bu ülkeler arasındadır. Amerika Birleşik Devletleri hariç bir çok ülkede vergi kanunları dar ve lafza bağlı kalınarak yorumlanmaktadır. İçtihat hukuku ile kötüye kullanımı engelleyen özel hükümlerin kombinasyonu, vergi sisteminde uygulama bakımından yeterli gibi gözükmektedir. Vergi yasalarında kötüye kullanımı engelleyen genel hükümleri barındıran ikinci grup ülkelerde biraz daha farklı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu ikinci gruba dahil olan ve en göze çarpan ülkeler ise Avustralya, Avusturya, Fransa, Almanya, Hollanda ve İspanya'dır {Belçika (BEL CIR madde 344, 1993'te değiştirilmiştir)} ve Kanada'da {CAN ITA § 245, 1988'de yürürlüğe girmiştir} kötüye kullanımı engelleyen genel hükümler olmasına rağmen, vergi kanunlarının mahkemeler tarafından uygulanmasında bu hükümlerin ne şekilde işleyeceği henüz çok net değildir. İsveç kötüye kullanımı engelleyen genel hükmü 1992 yılında terk etmiş fakat aynı hükmü 1995 yılında yeniden yürürlüğe sokmuştur}.

Avustralya'nın kötüye kullanımı engelleyen hükmüne göre gelir vergisi oranını düşürmek, ortadan kaldırmak, vergi ödememek ya da Gelir Vergisi Kanunu'nda (Income Tax Assessment Act) yer alan vergisel yükümlülüklerden sıyrılmak amacıyla yapılan vergisel amaçlı sözleşmeler geçersizdir. Bu hüküm oldukça geniş kapsamı olmasına rağmen Avustralya vergi mahkemeleri vergi kanunlarını hala dar bir şekilde ve lafzi olarak yorumlamaktadırlar. Kanunun genel hükmüne karşın "seçim serbestisi" (*freedom of choice*) doktrini çerçevesinde uygulama getiren mahkemeler söz konusu hükmün erozyonuna sebebiyet vermektedirler {Bakınız; *W.P. Keighery Proprietary Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation*, 100 C.L.R. 66, 92

(1957) (“260. madde ile ilgili çeşitli yorum zorlukları bulunsa bile açık olan şey şudur: bu madde kanunun genel hükümlerinin dolanılmasını engellemek üzere konulmuş koruyucu bir maddedir ve vergi mükellefinin çeşitli seçenekler arasındaki seçim serbestisini ortadan kaldırmamaktadır ve bizatihi kanun bunlara izin vermektedir.”; *Cecil Bros. Proprietary Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation*, 111 C.L.R. 430, 441 (1964)(Gerçekten de madde 260 Komisyonu bir şey yapmak konusunda yetkilendirmemektedir. Madde, belirtildiği üzere Komisyon düzenlemelerinden kaçınmanın önüne geçmektedir” *Mullens v. Federal Commissioner of Taxation*, 135 C.L.R. 290 (1976)). Bu nedenle genel hükmün uygulanması son derece zordur { *Federal Commissioner of Taxation v. Westraders Proprietary Ltd.*, 144 C.L.R. 55 (1980). 1981 yılında madde 260 sadece bir takım usulsüzlükler yapılması halinde kullanılmak üzere yeniden düzenlenmiş ve 27.05.1981 yılında yürürlüğe girmiştir}. Part IVA olarak düzenlenen bu bölüm “Gelir Vergisini Azaltmak İçin Usulsüzlükler” (“Schemes to Reduce Income Tax”) başlığını taşımaktadır {*AUS ITAA §§ 177A–177G*}. Kanunda belirtilen usulsüzlükler ile karşılaşıldığı zaman Vergi İdaresi yapılan işlem nedeniyle sağlanan vergi avantajını ortadan kaldırabilir veya indirim reddedebilir. Kanuna {*AUS ITAA § 177D*} göre; “ Bu bölüm, vergi mükellefinin (bu maddede ilgili vergi mükellefi olarak adlandırılmıştır) usulsüzlükle bağlantılı olarak vergi menfaati elde ettiği durumlarda ve şu şartla gözönüne alınarak uygulanır;

- Usulsüzlüğün gerçekleştirilme şekli
- Usulsüzlüğün esas ve görünüşteki biçimleri
- Usulsüzlüğün yürürlüğe girdiği tarih ve bunun devam süresi
- Usulsüzlük sonucunun vergi kanunu ile ilgisi
- Vergi mükellefinin mali durumunda usulsüzlük nedeniyle gerçekleşen ya da gerçekleşecek değişimler
- Vergi mükellefi ile bağlantılı kişilerin (ticari, aile v.s ilişkileri) usulsüzlük nedeniyle mali durumlarında gerçekleşen ya da gerçekleşecek değişiklikler
- Vergi mükellefi ve onunla ilişkili kişilerin durumlarında usulsüzlükten sonra ortaya çıkan ilgili bütün sonuçlar
- Vergi mükellefi ile bağlantılı olduğu kişiler arasındaki ilişkinin niteliği

Usulsüzlük yapan ya da usulsüzlüğün bir parçası olan bir kişi ya da kişilerden birinin, ilgili vergi mükellefinin usulsüzlükle bağlantılı vergi menfaati sağlaması için ya da ilgili vergi mükellefi ve diğer vergi mükellefi ya da diğer vergi mükelleflerinin her birinin usulsüzlükle ilgili fayda sağlaması için hareket ettiği sonucuna ulaşılabaktır (Usulsüzlüğü yapan ya da usulsüzlüğün bir parçası olan kişilerin ilgili vergi mükellefi ya da diğer vergi mükellefi ya da vergi mükelleflerinden biri olup olmadığının üzerinde durulmaksızın)”

Kanunun uygulanmasında çok önemli bir sorun usulsüzlüğün ne anlama geldiğidir. Usulsüzlük madde 177A(3) ve 177D de tanımlanmıştır. Bu tanıma göre usulsüzlük, ilgili vergi mükellefi ya da ilgili diğer vergi mükelleflerinin bir vergi avantajı sağlamak için yaptıkları işlemlerdir. Avustralya’da söz konusu kanun, Avrupa ve

Kanada kanunlarının aksine son derece karmaşık ve teknik açıdan çok zor bir şekilde kaleme alınmıştır.

Bu hükümlerin Avustralya Yüksek Mahkemesi Kararında uygulandığı ilk dava *Federal Commissioner of Taxation v. Peabody* davasıdır { *Federal Commissioner of Taxation v. Peabody*, 181 C.L.R. 359 (1994) }. Bu dava, kanun hükmünün uygulanması bakımından zorlukları ve karmaşıklığı gözler önüne sermektedir. Zira “vergi avantajı”, “usulsüzlük”, “ilgili diğer vergi mükellefleri” kavramlarının içlerinin doldurulması zorunludur, fakat kolay değildir. Özellikle bu davada Vergi İdaresi yanlış vergi mükellefi için vergi tahakkuk ettirdiğinden dolayı davayı kaybetmiştir. Mahkeme başka bir davada, yapılan işlemin baskın amacının ve unsurunun usulsüzlük değil yatırım olduğu ve yapılan işlem vergi avantajı doğursa bile bunun usulsüzlük sayılmayacağını belirtmiştir { *Lee Burns & Richard Vann, Australian Court Considers Source of Interest Income and International Application of the General Anti-Avoidance Provision*, 11 Tax Notes Int'l 1631 (1995) }. Gelir Vergisi Yasası'na kötüye kullanımı engelleyen genel bir hüküm konmasının yanında Kanunların Yorumlanması Kanunu'nda da (*Acts Interpretation Act*) özellikle vergi yasalarının amaçsal yorumunu sağlamak üzere değişiklikler yapılmıştır. Yeni metin şöyledir : “Bir kanunda yer alan herhangi bir hükmün yorumlanmasında, bu hükmün dayandığı amaç ve temel değil, kanunda açıklanmış ya da açıklanmış kanunun dayandığı amaç ve temel dikkate alınacaktır {1901, as amended, 1901 Austl. Acts 2, § 15AA(1), Kanunun 15AB maddesi bunlara ilaveten, kanunun yorumlanmasında dikkate alınması gerekli olan dışsal unsurlara değinmektedir }.

Kanunların Yorumlanması Kanunu'nda da yapılan değişikliklerle gelir vergisinde yer alan kötüye kullanıma ilişkin genel hükmün Yüksek Mahkeme tarafından yorumlanmasında lafzi yorumdan amaçsal yoruma doğru değişiklikler gerçekleşecektir { *Cooper Brooks (Wollongong) Proprietary Ltd. v. Commissioner on Taxation*, 147 C.L.R. 297 (1981)}.

Fransız Vergi Hukuku, vergiden kaçınma ile mücadele konusunda iki genel araç kullanmaktadır. Bunlar; “vergi kanunlarının kötüye kullanılmasına” dair hükümler {*FRA LPF art. L. 64 to L. 64 B* (“abus de droit” in yasaklanması) }. Bu hüküm dolaylı vergiler için 13.07.1925 tarihinde ve gelir vergisi için 13.06.1941 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 08.07.1987 tarihli 87-502 kanun ile seçimlik kural (*rescrit olarak bilinen*) prensibi getirilmiştir} ve mahkemelerce kabul edilen ve doğrudan herhangi bir yasaya dayanmayan “anormal faaliyet yönetimi” {*Acte de gestion anormale*} dir. Kanunların kötüye kullanımını engelleyen hükümlerin ana özelliği, yapılan işlemlerde belirli bir usul takip edilmesi ve bu işlemlerin münhasıran vergiden kaçınma amacıyla yapılması halinde işlemlerin yaptırıma tabi tutulmasıdır. Bu hükümler, içtihat hukukuna göre, gerçek bir yasal işlemin görünürdeki bir işlemin arkasına münhasıran bir vergisel fayda (*fraude à la loi*) elde etmeyi amaçlayarak gizlenmesi {*simulation*} hallerini {*FRA LPF art. L. 64* } de kapsamaktadır {10.06.1981 tarihli karar, No. 19,079, Conseil d'État, Lebon 248; 19.04.1988 tarihli karar, No.86.19079, Cour de cassation, Chambre commerciale, Revue de

*jurisprudence fiscale* 1989, No. 2, 47. Aynı zamanda bakınız; *Cyrille David et al., Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, Thème 9, 106 et seq. (2d ed.1991)* }. Zira ispat yükü vergi idaresindedir ve münhasıran vergisel motiflerle hareket edildiğinin ispatı son derece güçtür. Bu nedenle söz konusu silah vergi idaresi tarafından nadiren kullanılmaktadır. Fransız Vergi İdaresi yapılan işlemlerde münhasıran vergiden kaçınma iradesinin değil ağırlıklı olarak vergiden kaçınma iradesinin olmasını arzu etmektedir. Bu nedenle kanunda değişiklik yapılması amacı içerisindedir

*Anormal Yönetim Faaliyet Doktrini* herhangi bir kanuna dayalı değildir ve tamamen mahkemeler tarafından geliştirilmiştir {14.04.1976 tarihli karar, *Conseil d'Etat, 1976 Lebon, No. 97.260, at 202; 30.04.1980 tarihli karar, Conseil d'Etat, 1980 Lebon, No. 16.253, 206*}. Bu doktrine göre bir vergi mükellefi kendi işletmesinin menfaatleri aleyhine işlem yapmaz çünkü işletmenin kurulmasının amacı kar elde etmek gayesidir. Bu vergi mükellefinin her şart altında işletme gelirlerini yüksek göstererek bunun vergisini ödeme yükümlülüğü olduğu anlamına gelmemektedir. Sadece vergi idaresine, vergi mükellefinin kendi işletmesinin zararına olacak şekilde daha düşük oranlarda vergilendirilen diğer bir vergi mükellefine gelir transferi yaparak, vergilendirilebilir gelirini düşürmesine müdahale etme yetkisini tanımaktadır. Çünkü ispat yükü, kanunların kötüye kullanılmasını ispatlamaya göre daha hafiftir ve doktrin belirli bir usul içermemektedir { *Bakınız; David et al. 328'de yer alan yorumlar ve kurallar*}. Anormal faaliyet yönetimi doktrininin belirli bir usul içermemesi bir çok olayda sorunlara yol açmaktadır. Bu doktrin ile vergi usul kanununda yer alan kanunların kötüye kullanılması hükümlerinin birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Fakat aynı hareket aynı zamanda münhasıran vergiden kaçınma ile ilgili bir işlemin konusu olarak ya da ticari işletmenin zararına yapılan bir işlem olarak gözüküp vergi sorumluluğunda azalmaya neden olabilir. Böyle bir olayda kötüye kullanmaya karşı geliştirilen her iki silah da kullanılabilir.

Almanya, oldukça erken bir dönemde genel vergi yasalarına, vergi kanunları söz konusu olduğunda mahkemeleri ekonomik yoruma {*Die wirtschaftliche Betrachtungsweise*} zorlayan hükümler ilave etmiştir {*Reichsabgabenordnung of 1919 § 4; Steueranpassungsgesetz of 1934 § III. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise*}. Aşamalı bir şekilde Vergi Temyiz Mahkemesi bu yorum tarzını, özel hukuk kavramlarını vergi hukuku kavramlarına tercih ederek daha geleneksel yorum tarzları ile değiştirmiştir. Yani vergi mükellefi, vergi yükünü azaltacak farklı hukuki işlemler arasında dilediğini tercih etme hakkına sahiptir {*Bundesfinanzhof, 1967 Bundessteuerblatt II 781, 782*}. Alman Hukuk Doktrini'nde ekonomik yorum ilkesinin vergi hukukuna özgü olmadığı, amaçsal yorumun {*teleological interpretation*} bir çeşidi olduğu düşünülmektedir { *Tipke, 1289*}. 1977 yılında yeni Genel Vergi Kanunu yürürlüğe girdiği zaman vergi kanunlarının yorumlanması konusunda zorunlu ilke olan ekonomik yorum ilkesi terkedilmiştir ve ekonomik yorum ilkesi yerine kötüye kullanımı engelleyen birkaç hüküm getirilmiştir {*Avusturya Hukuku hala bir işlemin dışsal görünüşünden önce gerçek ekonomik içeriğine değer vermektedir. Bakınız AUT BAO § 21* }. DEU AO 40 ve 42 maddelerinde, 42. madde vergi kanunlarının yorumlanmasında çok önemlidir. AO 40. mad-



de, yapılan işlemlerin yasa dışı olup olmadığına bakılmaksızın vergilendirmenin gerçekleştirileceğini belirtmektedir. Bu madde, vergi dışı bırakmamak maksadıyla yasa dışı faaliyetlerden elde edilen gelirleri vergilendirmektedir {AO madde 40 da öngörülen bu prensip bazı ülkelerde (Ör; Amerika Birleşik Devletleri, James v. United States, 366 U.S. 213 ,1961) içtihat hukuku yoluyla sağlanmaktadır}. Burada ifade edilmesi gereken en önemli noktalardan birisi de yasa dışı yollarla elde edilen gelirlerde bile harcamaların indirilmesine izin verilmesidir { Tipke,1322-23}. 41. maddede, vergisel amaç taşımaması durumunda bile Medeni Kanun ya da Ticaret Kanununa göre yasal bakımdan geçerli olmayan işlemlerin, geçerli olmamalarına rağmen ekonomik sonuçlarını devam ettirmekte ise bunların da vergilendirilebileceği ifade edilmektedir. Aynı zamanda görünürdeki yapay işlemler de {Scheingeschäfte ya da Scheinhandlungen} yasaklanmıştır. Görünürdeki işlemler, tarafların yapılan işlemin yasal sonuçlarının olmayacağı konusunda anlaşmaları ya da yasal işlemlerin bir başka yasal işlemi gizlemek maksadıyla kullanması durumlarında söz konusu olmaktadır. Her iki maddede de vergilendirme, ekonomik temelde yapılmakta daha genel bir ifade ile yapılan işlemin gerçek temelini yasadışı, hükümsüz ya da varsayımsal karaktere sahip olup olmadığı dikkate alınmamaktadır. Bu nedenle her iki madde *vergi kanunlarının ekonomik uygulaması* şeklinde değerlendirilebilir.

AO madde 42 ise çok önemli bir kötüye kullanım karşıtı hüküm içermektedir/*DEU AO § 42. Editör tarafından çevrilmiştir}. Bu hükme göre yasal işlemler kötüye kullanılarak vergiden kaçınılamaz. Vergi iddiaları gerçek yasal duruma uygun olan işlemlerin yasal görünüşlerine dayalı olacaktır. Eğer vergi mükellefi tarafından kullanılan hukuki işlemler ve hukuki yapılar gerçek ekonomik duruma uygun değilse kötüye kullanımın varlığı kabul edilecektir. Hükümün kilit kelimesi "uygunluk" {Angemessen} kelimesidir. İşlemlerin gerçek sonuçları, işlemlerin yasal görünüşleri ile benzerlik göstermelidir. Vergiden kaçınmak amacıyla ekonomik ilişkiye uygun olmayan yasal formların seçilmesi kötüye kullanmayı oluşturacaktır { Tipke,1336}.*

Eğer makul bir kimse belirli bir ekonomik ilişkide başarıya ulaşmak amacıyla ve özellikle belirli bir ekonomik amaç için, belirli bir yasal formun kullanılmasının yetersiz olduğunu düşünmekteyse, o hukuki işlemin yasal formu, uygun olarak kabul edilmeyecektir {Tipke,1337}. Alman Hukukunun spesifik karakteri, *bir işlemin ekonomik içeriği ile yasal formu arasında uygunluk aramayı gerektirmektedir*. Diğer bir çok vergi sisteminde, yasal form iş amacına ulaşmada tam anlamıyla uygun olmasa da sadece iş amacına sahip olmak yeterlidir. Eğer yapılan bir işlem iş amacına uygun değilse, kullanılan yasal formun uygun olmadığı ve bunun yasal bir yapının kötüye kullanıldığı anlamına geldiği sonucu çıkarılmaktadır. Genel bir deyişle yasal vergisel amaç için etkili olacak işlemler ; 1-)İş amacı, 2-)Vergi mükellefinin iş amacını başarıya ulaştırmaya yetecek yasal form unsurlarını gerektirmektedir. Şu çok açıktır ki nerede iş amacına ulaşmak için yasal birkaç form varsa, vergi mükellefinin vergi yükünü minimize eden yasal formların vergi mükellefi tarafından seçilmesi halinde kötüye kullanım olduğu varsayılmayacaktır.

Hollanda’da genel vergi hukuku bakımından, 1925 yılında kötüye kullanıma karşı genel bir hüküm yürürlüğe girmiştir. 1959 yılından bu yana, münhasıran vergi yükünü minimize etmeyi amaçlayan işlemlerin olması halinde, fiili şartlarda önemli değişiklik sağlayan ya da vergi sorumluluğunu azaltan ya da ortadan kaldıran durumlar dikkate alınmayacaktır. Bu durumlar vergisel amaçlı düzeltmelerin konusu olabilir (NLD AWR art. 31). Hollanda vergi literatüründe bu hüküm “düzgün vergilendirme” (*Richtige heffing, Daha geniş açıklamalar için bakınız; A. Nooteboom, Netherlands, LXVIII Cahiers de droit fiscal international 545 (1983)*). adıyla anılmaktadır. Düzgün vergilendirme hükümlerini uygulamak isteyen vergi müfettişleri Maliye Bakanlığı’ndan özel izin almak zorundadırlar. *Fraus legis* doktrininin gelişmesi sebebiyle yasal hükmün önemi sınırlandırılmıştır.

İspanya’da, kanunların kötüye kullanılması doktrini, 1974 yılında kabul edilen Medeni Kanun’un 6.4 maddesinde düzenlenmiştir (*Bu hükme göre; “Bir kuralın lafzi kapsamına uygun davranışlarla, hukuk düzeninin getirdiği yasak sonuçların elde edilmesi amaçlanmışsa, ya da bunun tam tersi bir durum varsa bu kanunların dolanılması olarak değerlendirilecektir ve bu durum dolanılmak istenen kuralın gereği gibi uygulanmasına engel olmayacaktır”. Editör tarafından tercüme edilmiştir*). Medeni Hukuk kavramı olan bu kural, vergisel amaçlarla da uygulanabilir çünkü Genel Vergi Kanunu’nun 24. maddesinin ikinci paragrafında “kanunların kötüye kullanılması” (*ESP LGT madde 24,2; “Bir önceki paragrafta belirtilen amaçlar doğrultusunda kanunun kötüye kullanımından kaçınmak, vergilendirilebilir olaydan türetilen eşdeğer sonuçlar doğurduğu sürece, vergi kaçırma amacı olduğu ispatlanan unsurların vergilendirilmesinde, vergilendirilebilir bir olayın uzantısı olacaktır, Editör tarafından tercüme edilmiştir*) ibaresi geçmektedir ve vergi kanunlarında kanunların kötüye kullanılması kavramı tanımlanmamıştır (*İspanya’da kanun hükümlerinin kötüye kullanılması ile ilgili daha geniş tartışmalar için bakınız; Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Ministerio de Economía y Hacienda, Compendio de Derecho Tributario Español 79–88 (4th ed. 1984)*). 1979 yılında bu hüküm kanunların kötüye kullanılması ile ilgili idari bir düzenlemede kullanılmıştır (*Real Decreto [Krallık Kararnamesi] 1.919/1979 of June 29, 1979, por el que se regula el procedimiento especial de declaración de fraude de Ley en materia tributaria, Boletín Oficial del Estado de 6 de agosto*). Fransa’da olduğu gibi prosedür, vergi mükellefine, kanunları kötüye kullandığına dair yapılacak tebligat ile başlayacaktır. İspat yükü ise vergi idaresindedir. Buna ilaveten, İspanya Vergi Yasasının 25. maddesi, vergilendirmenin gerçek hukuki ya da vergilendirilebilir olayların gerçek ekonomik niteliği çerçevesinde yapılabileceğini belirtmektedir (*ESP LGT art. 25,1*). Hukuki bir işlem vergilendirilebilir bir sonuç doğurduğu zaman bu işlem hangi şekilde ve formda gözükmüşse gözüksün, vergisel amaçlar bakımından gerçek yasal niteliğine göre değerlendirilecektir. Vergilendirilebilir olay ekonomik kavramlar tarafından yaratılıyorsa bu kavramlar “etkin ekonomik ilişki” kuralına göre nitelendirilecektir. Her iki kural da gerçeğin yasal görünüşe galip gelmesi ve vergi kanunlarının ekonomik yorumu lehine güçlü bir kural yaratmaktadır. Fakat Genel Vergi Kanunu’nun 24-1 maddesi vergi kanun-

larının genişletilerek yorumlanmasını ve yorumun kelimelerin dar anlamlarının ötesine geçilerek kıyas ile yapılmasını yasaklamaktadır. Kötüye kullanıma karşı hükümlerin yasal çerçevesi İspanya'da karışıktır ve hükümlerin tam anlamı konusunda oldukça yoğun tartışmalar bulunmaktadır. Sonuç olarak çelişkili yasal düzenlemeler Yüksek Mahkemeyi, vergi kanunlarını tam olarak uygulamaktan uzaklaştırmaktadır { 05.04.1982 tarihli karar, *Repertorio de Jurisprudencia* 1982, No. 1972; 05.03.1988 tarihli karar, R.J. No. 1649; 03.05.1988 tarihli karar, R.J. 1988, No. 3763}. Yakın zamanlarda kötüye kullanımın engellenmesi ile ilgili 24. madde yeniden düzenlenmiştir {20.07.1995 tarihli kanun; *LGT ESP arts. 24, 25, 28.2.*}. Düzenlemenin lafzına göre ekonomik ya da sosyal yorum kaldırılmıştır. Vergiler, vergilendirilebilir olayların "yasal niteliği" çerçevesinde alınacaktır. Yeni İspanyol Yasası, vergilendirmenin tek yasal prensibi olarak, ekonomik ya da sosyal gerçekliğin tersine "yasal gerçeklik" prensibini kabul etmiştir.

### J. Kötüye Kullanmayı Engelleyici Özel Hükümler

Kötüye kullanmayı engelleyen genel hükümlere ilaveten bir çok ülkenin vergi kanunları özel hükümler içermektedir { *Daniel Deak, New Anti-Avoidance Legislation Enacted in Hungary, 12 Tax Notes Int'l 446 (1996)*}. Bu özel hükümler genel hükümlerden farklıdır, çünkü özel hükümlerin bünyesinde çoğunlukla vergi kanunlarının yorumlanmasına dair bilgiler yoktur. Özel hükümler vergi kanunlarının yorumlanmasına odaklanmamıştır. Belirli şartlar altında belirli vergi avantajlarının basit bir şekilde ortadan kaldırılmasını sağlarlar. Amaçları vergi kanunları içerisinde vergiden kaçınma ya da kötüye kullanmanın engellenmesine dönüktür. Ülkeden ülkeye bir envanter çıkarmak çok zordur. Bununla ilgili bazı açıklamalar aşağıdadır.

Bir çok ülke ulusal alanda, kötüye kullanımı engelleyici aşağıdaki kuralları kabul etmiştir.

- Eğlence ve seyahat giderlerinin kısıtlanması
- Haksız faiz giderlerinin önlenmesine ilişkin kurallar
- İlgili vergi mükellefleri ya da vergilendirilebilir ve vergiden muaf mükellefler arasında sanki birbirleri ile ilişkileri yokmuş gibi yaptıkları işlemlerle ilgili kurallar
- Paylardan elde edilen karların azaltılmasının önüne geçen kurallar
- Bir vergi mükellefinden başka bir vergi mükellefine aktarılan vergi kayıplarının sınırlandırılmasına yönelik hükümler
- Ortaklar ya da hissedarlar tarafından kurumlar vergisinin azalmasını sağlayan hareketlerin önlenmesine yönelik hükümler.

Uluslararası bağlamda aşağıdaki kurallar yaygındır ;

- Tarafların birbirleri ile ilişkisi yokmuş gibi yaptıkları uluslararası işlemlerle ilgili kurallar
- Amortizasyona ilişkin kurallar
- Vergi ödemesi söz konusu olmaksızın gelirlerin transferine karşı kurallar
- Yabancı şirketlerin kontrol edilmesine ilişkin kurallar

- Vergi mükelleflerinin fiziksel olarak göç etmesinin etkilerinin sınırlandırılmasına ilişkin kurallar
- Vergi barınakları nedeniyle vergi avantajlarının sınırlandırılmasına dair kurallar
- Şirket merkezinde ya da yabancı şirketlerin şubelerinde yapılan harcamaların indiriminin sınırlandırılmasına dair kurallar.

### K. Sonuç

Bu incelenen ülkelerde yasal ve yargısal iki geniş alternatif yaklaşım bulunmaktadır. Mahkemeler vergi kanunlarını dar ya da lafzi olarak ya da vergi kanunlarının ekonomik ve sosyal amaçlarını gözeterek daha esnek kullanmaktadır. Mahkemelerin vergi kanunlarını yorumlaması, diğer kanunların genel olarak yorumlanması tarzı ile ilişkilidir ve mahkemeler buna ilaveten vergi kanunlarının yorumlamasında özel doktrinler geliştirmişlerdir. Zira mahkemeler, vergi kanunlarını yorumlamak suretiyle vergiden kaçınma ile mücadele etmeye istekli davranmışlardır. Kanun koyucular ise vergiden kaçınmaya karşı kurallar getirmişlerdir. Kötüye kullanmayı engelleyici genel hükümler üzerinde yapılan araştırmalar bu hükümlerin çok çeşitli olduğunu göstermektedir. En uygun sonuçlar, kanunlara kötüye kullanmayı önleyici genel hükümlerin konulması ile sağlanmaktadır. Fakat genel hükümler vergi idareleri tarafından oldukça seyrek bir şekilde uygulanmaktadır, çünkü mahkemeler vergi kanunlarının yorumlanmasında makul yaklaşımlar geliştirmektedirler *{Yukarıda Almanya ve Hollanda ile ilgili bölümlere bakınız}*. Kötüye kullanmayı engelleyici genel hükümlerin olmadığı durumlarda mahkemeler “iş amacı ölçüsü” gibi kötüye kullanmayı engelleyici genel doktrinler geliştirmektedir *{Yukarıda Amerika Birleşik Devletleri ile ilgili bölüme bakınız}*. Vergi idaresinin, kötüye kullanmayı engelleyici genel hükümleri son derece sıkı ve dar bir şekilde uygulamasını sağlayan kanunlar da mevcuttur *{ Yukarıda Fransa ve İspanya ile ilgili bölüme bakınız }*. İspanya’da vergi kanunu hükümlerinin dar bir şekilde yorumlanması ile kötüye kullanmayı engelleyici genel hükümler arasında bir uyumsuzluk söz konusudur. Avustralya’da ise genel hükümler mahkemeler tarafından son derece dar ve kısıtlayıcı yorumlanmaktadır.

Bu deneyimler uzun tarihsel geçmişe sahip olmayan ülkelerde kötüye kullanmayı engelleyici genel hükümlerin, hakimlerin yasal gerekçeler geliştirme konusunda yoğun bir şekilde eğitimi ve hukukun üstünlüğü ve özellikle de vergi hukukunun üstünlüğü kuralını makul bir şekilde uygulamaları ile kombine edilmesi gerektiğini göstermektedir. Uzunca bir tarihten bu yana mahkeme geleneğine sahip bulunan ülkelerde çözüm basittir; mahkemeler hükümü esnek bir şekilde yorumladığı zaman kötüye kullanmayı engelleyici genel hükümlere ihtiyaç kalmayacaktır. Fakat mahkemeler dar yorumu tercih ederse, genel hükümlerin yürürlüğe konulması yerine hakimlerin eğitimleri üzerinde çalışma tercih edilecektir.

Neticede vergi planlamasındaki olağanüstü artış ve vergiden kaçınma vergi kanunlarının karmaşık hale gelmesine ve vergi yükünün artmasına neden olmaktadır. Bu, basit vergi kanunlarının yapımı, vergi mükelleflerinin birkaç seçenekten yoksun

birakılması ve çeşitli seçenekler arasındaki vergi arbitrajı ihtimalinin mutlak bir şekilde minimuma düşürülmesi için zorunlu bir gerekçedir. Nihayetinde, basit kuralardan faydalanmak yoluyla çeşitli ayrımlar yaratmayan, daha etkin bir şekilde uygulanabilen vergi adaleti sistemi, vergi mükelleflerinin iyi bir vergi mütalaası için epeyce ödeme yaparak kaçınabilecekleri ve çeşitli vergi mükelleflerinin çok farklı nisbi durumlarını dikkate almayı deneyen kurallardan daha iyidir.

#### IV. Vergi Kanunu Yapma Gücünün Yasa Koyucu ve İdari Organlar Arasında Dağıtılması

Gelişmekte olan ve geçiş dönemi yaşayan ülkelerde vergi idaresi görevlilerinin en fazla kafasını karıştıran problemlerden birisi de idari düzenleyici işlemlerin, vergi yasalarının uygulanmasında ve yorumlanmasında tam olarak rolünün ne olduğunun belirlenmesidir. Yasa koyucular vergi kanunu yapmakla yükümlüdürler fakat idari yorumun kapsamı ne olmalıdır? Buna ilaveten beliren sorunlar; idari düzenleyici hükümlerin hangi seviyede detaylandırılacağı, yayınlanacak belgelerin niteliği, yayınlanan belgeye verilecek isim, idari düzenleyici işlemi gerçekleştirecek olan organ (vergi idaresi, maliye bakanlığı, bakanlar kurulu), yürürlük tarihi, zamanı ve düzenleyici işlemin kimler yönünden geçerli olacağı. Bu sorulara cevap vermek son derece zordur çünkü ülkeden ülkeye çok önemli farklılıklar bulunmaktadır. Belli bir idari düzenleyici kuralın hukuki etkileri ülkelerin genel anayasal, idari hukuk yapılarına, mahkemeler tarafından geliştirilen yasa yorumlama doktrinlerine, idari düzenleyici işlemlerin hukuki etkilerini tanımlayan vergi kanunlarının özel bir takım hükümlerine bağlıdır.

Sadece belirtilen bu hususların ülkeden ülkeye değişiklik göstermesi değil aynı zamanda belli bir ülkedeki hukuki gelenekler de önemli rol oynamaktadır. Yasal yorum ölçüleri ve idari işlemlerin yargı tarafından gözden geçirilmesi bunun için birer ölçüdür. Genel prensipler konusunda mahkemeler anlaşabilse dahi verilen kararlarda bu ilkeler bile değişebilmektedir.

##### A. Devletin Yasama ve Yürütme Fonksiyonları Arasındaki Fark

Demokrasiler genellikle güçler ayrılığı ilkesini kabul etmektedir ve bu ilkeye göre devletin birbirinden bağımsız, yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç kuvveti bulunmaktadır. Eski Sovyetler Birliğinde yargısal ve anayasal teori güçler ayrılığı kuramını şiddetle reddetmekteydi. Yasama ve yürütme arasındaki temel farklılık toplumun davranışlarını kontrol edecek genel kurallar oluşturmada kendisini göstermektedir. Yasama gücü parlamentoya verilmiştir. Kanunların uygulanması ve yürütülmesi konusundaki yetkiler ise idareye verilmiştir. Bir devlet buyruğu niteliğinde olan kanunların ve kanun hükmünde kararnemelerin idare tarafından uygulanması konusunda bir çok ülkede yürütmeye anayasal delegasyon sağlanmıştır (*Belçika Anayasası (Grondwet) madde 108 ; Fransa Anayasası madde 37 ; Hollanda Anayasası (Grondwet) madde 89 ; Portekiz Anayasası madde 201* ). Diğer ülkelerde delegasyon yetkisinin kanun tarafından özel olarak belirlenmesi gerekmektedir ya da anayasada bu konuda bir sınırlama bulunmaktadır (*Almanya Anayasası madde 80 ; Norveç Anayasası (Grundloven) madde 17 ; İspanya Anayasası*

*madde 82 ; İsveç Anayasası (Regeringsformen) bölüm 8, madde 7-12}*. Bu prensibe bir istisna olarak bazı anayasalar idareye parlamentonun onayı olmadan düzenleyici işlem yapma konusunda, olağanüstü hal ya da sıkıyönetim dönemlerinde kapsam olarak dar bir takım yetkiler vermiştir. Fransız Anayasasının 37. maddesi, 34. maddede belirtilen usule tabi olmaksızın idari düzenleyici işlem yapma konusundaki genel yetki vermiştir. Bu, idarenin 37. madde çerçevesinde kanunlar tarafından açık bir yetki verilmesi bile düzenleme yapabileceği anlamına gelmektedir. Kanun yapımı ve idare arasındaki fark daima bu kadar keskin değildir çünkü idare zorunlu olarak bünyesinde kanunların yorumlanmasını da bir unsur olarak barındırmaktadır. Buna ilaveten idare, kanunların icra edilmesini sağlamak amacıyla az ya da çok norm ihdas etme yetkisi ile donatılmıştır.

İdari normlar daha çok, fazlaca yaygın olduğu için yönetmelik şeklinde adlandırılmaktadır. Ancak bunun dışında emir, karar, kural, buyruk gibi adlandırmaları taşıyan idari düzenlemelerde bulunmaktadır. İlgili bakanlık ya da bakanlar kurulu, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere doğrudan anayasa tarafından yetkili kılınabilir ya da vergi kanunları idari düzenlemeler bakımından delegasyon verebilir. Bir idari düzenleme kanuna aykırı olmadığı sürece pozitif hukukun bir parçasıdır ve bu da idari düzenlemenin hem vergi mükellefleri hem de devlet için bağlayıcı olduğu anlamına gelmektedir. İdari düzenleyici işlemler tipik olarak kanunda öngörülme-yen detayları doldurmada kullanılırlar. Kanunların ve idari düzenleyici işlemlerin sorumlu olduğu alanlar ülkeden ülkeye farklılıklar göstermektedir, çünkü idare hukuku geleneği her ülkede farklıdır. Bu yüzden vergi kanunlarının dizaynının o ülkenin idare hukuku yapısına uyması son derece önemlidir. Bazı ülkelerde kanunların çok kısa ve idari düzenleyici işlemlerin yazılı, çok detaylı ve uzun olması (Sovyetler Birliği'nde durum böyleydi) durumuna rastlanabilir. Diğer bazı ülkelerde anayasanın idari düzenleyici işlemler için son derece kısıtlı alanlar belirlemesi ve bu yüzden bütün detayların kanunda yazılı olması durumu söz konusu olabilir. Guatemala Anayasası, vergi ödeme sorumluluğunu değiştirecek idari düzenleyici işlem yapmasını yasaklamıştır. 239. madde şöyledir; "Vergi toplama ile ilgili kanunlarla çelişki arzeden veya bu kanunlarda yer alan hükümlerin anlamını değiştiren idari düzenleyici işlemler, hiyerarşik bakımdan kanundan daha aşağı seviyededir ve kendiliğinden geçersiz (*ipso jure*) sayılır. İdari düzenleyici işlemler belirtilen temelde değiştirilemezler ve vergilerin idari yollarla toplanması için belirli kurallar getirebilirler ve vergilerin toplanmasına yönelik usuller tesis edebilirler."

### **B. Kıta Avrupası Geleneğinde Vergi Kanunları Yapma Gücünün Delegasyonu**

Kıta Avrupası geleneğinde, idare kuvveti, vergi kanunlarında verginin temel unsurlarını içeren yeterli özel düzenlemelerin parlamento tarafından onaylanan kanunda mevcut olması şartıyla, idari düzenleyici işlemler yoluyla vergi kanunlarının yürütülmesi ve uygulanması için yetkiye sahiptir. Fransız Anayasası'nın 34. maddesine göre ; "her çeşit verginin temel unsurları, oranı ve toplama yöntemi" parlamento tarafından çıkartılan kanunla belirlenmelidir. 37. maddeye göre yürütme ve prosedür idari düzenleyici işlemlerin konusu olabilir. 34. madde sıkı bir tarz ile yorum-

landığı zaman, vergilerin toplama metodu, oranı ve temelleri parlamento tarafından çıkartılan kanunlarla düzenlenebilir ve idari düzenleyici işlemin konusu olmaz. Fransız mahkemelerine göre vergilendirmenin temel kuralları yasada gösterilmelidir. İdari düzenleyici işlemler sadece bunların yürütülmesi için getirilebilir {*Karar No. 86-223 of Dec. 29, 1986, Con. const., 1987 J.C.P. II, No. 20903*}. Vergi kanunu yapma gücü konusundaki sınırlandırmalarla ilgili mahkeme kararları bulunmaktadır {*12.01.1983, Con. const., 1985 Recueil Dalloz-Sirey, Jurisprudence, Informations rapides 351; 23.05.1984 tarihli karar, Conseil d'Etat, 1984 Lebon 188*}. Böylelikle nelerin yönetmelikte düzenlenebileceğine dair anayasal sınırlandırmalar bulunmasına rağmen, uygulamada idare tarafından çıkartılan bir çok düzenleyici işlemin yasalara aykırı olduğu görülmektedir. *Code général des impôts (CGI)*, özel bir düzenleyici işlem çıkarma yetkisi vermemesine rağmen anayasal sistem açısından da bu yetkiye lüzum yoktur.

Bu ise parlamento tarafından çıkartılan kanunda vergi mükellefinin, vergilendirilebilir olayların, verginin dayandığı temelin, vergi oranlarının, vergiyi toplamak için kuralların mutlaka tanımlanmış olması gerektiği anlamına gelmektedir. Almanya Anayasası madde 80' göre; "Bu hüküm çerçevesinde, bütün vergiler için yönetmelik {*Durchführungsverordnung*} çıkartılabilir." Bu yönde verilmiş çeşitli kararlar bulunmaktadır {*05.03.1958 tarihli karar, BVerfG, 7 BVerfGE, No. 36, 282, 195*}. Anayasanın 80. maddesi yasa koyucuyu bir alanı kesin bir şekilde düzenlemesi yönünde zorlamaktadır. Bir alan yasa koyucu tarafından düzenlendikten sonra idare ayrıntıları düzenleyebilir. Çıkarılacak yönetmeliğin muhtemel içeriğinin önceden tahmin edilebilir olması gereklidir. İdareye verilen bu gücün altında anayasada yer alan genel ya da özel bir hüküm şeklindeki delegasyon yetkisi yatmaktadır. Böyle bir delegasyonla verilen yetkiye dayanılarak çıkartılan düzenleyici işlem kanunun uygulanmasını gösterme amacıyla sınırlıdır. Vergi kanununu aşan, onun şartlarını değiştiren, ya da anlamını farklılaştıran idari düzenleyici işlemler hükümsüz sayılacaktır ve mahkemeler tarafından uygulanamayacaktır. İlgili idari organlar tarafından çıkartılan idari düzenleyici işlem, bir mahkeme tarafından iptal edilmediği sürece vergi idarelerini bağlar. Bir çok olayda vergi kanunlarında belirli delegasyonlar bulunmaktadır fakat bu belirli delegasyon yetkisi, eğer genel ya da özel bir delegasyon yetkisi zaten anayasada mevcut ise, idarenin delegasyon yetkisine ekstra bir yetki katmayacaktır. İstisnai ve çok sınırlı şartlar altında yasa koyucular, idareye vergi düzenlemesi yapma ya da verginin temel unsurlarını belirleme yetkilerinin tamamını verebilirler. Bu türden yetkilendirmeler anayasalarda yer alan özel hükümlerle {*Danimarka Anayasası (Grundlov) § 23; Fransa Anayasası madde 36, 38; İspanya Anayasası madde 86*} ya da anayasal doktrinlerle {*Bu durum Belçika yönünden anayasada vergi konularında yetki devri için özel bir yetkinin olmadığı hallerde geçerlidir*} belirlenir. Bazı durumlarda da yetki devri içeren düzenlemelerin, parlamento tarafından çıkartılacak bir kanunla sonradan onaylanması şartı getirilmiştir. Örneğin; Belçika'da Katma Değer Vergisi oranları hükümet tarafından belirlenebilir fakat hükümet tarafından belirlenen oranların takvim yılı sonunda parlamento tarafından onaylanması gerekir.

### C. Common Law Ülkelerinde Vergi Kanunu Yapma Yetkisinin Devredilmesi

Kanada, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere gibi common law sisteminin geçerli olduğu ülkelerde idari organların vergi hukukunu ilgilendiren idari düzenleyici işlem yapma yetkileri biraz farklılık göstermektedir. Kıt'a Avrupası'nın aksine vergi düzenlemesi yapma yetkisinin idarenin belli organlarına devredilmesi konusunda bir anayasal dayanak genellikle bulunmamaktadır.

Yetki devri genellikle kanunlar tarafından yapılmaktadır. Örneğin; Amerika Birleşik Devletleri'nde Hazine (Treasury), idare hukuku *{Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. § 551 et seq. (USA). ile düzenlemiştir}* ile uygunluk arzedecek şekilde vergilerle ilgili yönetmelikler yayınlamaktadır ve vergi kanunlarının uygulanmasını göstermek üzere IRC' (Internal Revenue Code ) de çok açık bir şekilde yetki mevcuttur. Internal Revenue Code; 7805 (a) hükmü şöyledir; "Sekreter, bu maddenin yürütülmesini sağlamak için ihtiyaç bulunan kuralları ve yönetmelikleri düzenleyebilir". Kanada Gelir Vergisi Yönetmelikleri de Amerika Birleşik Devletleri'ne benzer şekilde çıkartılmaktadır. Kanada Gelir Vergisi Kanunu'nun 221(1)(j) hükmü yönetmelik yetkisi konusunda; "...kanunun hükümlerini ve amacını yerine getirmek için..." şeklinde geniş tanımlamalar yapmıştır. Fakat yönetmelik kanunla çelişkili bir hükmü içermekte ise mahkemeler bunu uygulamayacaktır *{Charos v. Minister of National Revenue, 62 Dominion Tax Cases [D.T.C.] 273 (1962)}*. Kanada Gelir Vergisi Kanunu'nun § 221(2) hükmü gereği yönetmelikler resmi gazetede yayınlanır. IRC'nin özel bazı hükümleri ile idari organlara yönetmelik yapma yetkisi tanınmıştır. Örneğin; IRC;7872, Hazine Sekreterliğine ; " bu bölümün amaçlarının yerine getirilebilmesi için ya da lüzumu halinde benzeri yönetmelikler çıkartabilir" şeklinde yetki vermiştir. Bölüm amaçlarını yerine getirmek için yönetmelik çıkartma yetkisi veren bu hükmün dili, 7805 den daha geniştir. Fakat yönetmelikler konusunda spesifik yetki devri karıştırılmaktadır, çünkü 7805'de yer alan genel yetki devri ya gereksizdir ya da şüphelere neden olmaktadır. Administrative Procedure Act'a göre yönetmelikler yorumlayıcı ve tanımlayıcı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Fakat bu ayırım çoğu zaman net bir ayırım olma özelliğini taşımamaktadır. IRC;7805, Hazine Sekreterliğine IRC hükümlerinin yorumlanması konusunda yönetmelik çıkartma yetkisini yeteri derecede vermiştir. Eğer yönetmelikler kanunlarla çelişkili hükümler içermiyorlarsa mahkemeler tarafından geçerli kabul edileceklerdir. Tanımlayıcı yönetmelikler yapma konusunda verilen geniş yetkiler altında, yönetmelikler kanunları yorumlamanın ötesinde ve bunu aşan bazı hükümler içerebilir. Mevcut malları ve borçları birbirinden ayırt etme ile ilgili yönetmelik çıkartma yetkisi veren IRC madde 385, Sekreterliğin bazı şartları dikkate almasını gerektirmektedir. Bu yüzden yönetmelik yapmak için yasal yetki olduğu müddetçe Amerika Birleşik Devletleri İdare Hukuku, kanun çerçevesinde idari bir organ tarafından düzenleyici işlem yapılmasını öngörmüştür . Amerika Birleşik Devletleri vergi yönetmelikleri dünyanın en kapsamlı düzenlemelerini içermektedir. Fakat sevindiricidir ki bu yönetmelikler bağlantılı oldukları IRC bölümlerine göre numaralandırılmıştır. Örneğin; Treasury Regulation Section 1.117-1, IRC bölüm 117 ile ilgili ilk



yönetmeliktir, bölüm 1.117-2 ikinci yönetmeliktir ve bu şekilde zincir devam etmektedir. Bazı bölümler oldukça uzundur ve Amerika Birleşik Devletleri kanunlarında olduğu gibi alt bölümlere ayrılmıştır.

Benzer şekilde Birleşik Krallık'ta da idari organlar, Parlamento tarafından düzenleyici işlem yapma konusunda yetkilendirilmektedir. Kanun yapma yetkisi parlamentoya verilmiştir. Fakat Parlamento bu yetkiyi devretmekten hiçbir şey alıyormaz, diğer bir deyişle idari düzenleyici işlem yapma konusunda yetkili kılınan devlet organları bu düzenlemeleri yapabilir ve eğer yetkilendirilmişlerse Parlamento tarafından çıkartılan kanunları bile değiştirebilir. İdari düzenleme yetkisi, devredilen yetkiler kapsamında olabilir aksi halde mahkemeler tarafından iptal edileceklerdir. İdari düzenleyici işlemlerin isimlendirilmesi konusunda Birleşik Krallıkta yeknesak bir isim yoktur. Yönetmelik, kural, karar gibi çeşitli adlandırmalar yapılmaktadır. Bu işlemlerin yayınlanması gereklidir. Amerika Birleşik Devletlerinde, kanunda yer alan bölümlere göre yapılan numaralandırmanın aksine İngiltere'de bu tür bir numaralandırma işlemi bulunmamaktadır ve bu durum yönetmeliklerin kanunla olan irtibatlarının belirlenmesinde karışıklığa sebebiyet vermektedir.

#### D. İdari Şerhler, Yorumlar ve Uygulama Beyanları

İdari düzenleyici işlemlerin yanı sıra Kıt'a Avrupası'nda bir çok vergi idaresi idari şerhler, talimatlar (belli bir vergi ile ilişkili olabileceği gibi ayrıca da yayınlanabilir), kendi personellerine yönelik rehberler ve sirkülerler yayınlamaktadır. Almanya'da *Verwaltungsanordnungen*, Fransa'da sirküler mektupları ve talimatnameler yayınlanmaktadır. Fransa'da aynı zamanda açıklayıcı bilimsel yazılar (*Précis de fiscalité*) da yayınlanmaktadır. Fakat idari düzenleyici işlemlerin aksine vergi idaresi *Précis de fiscalité* ile bağlı değildir. İdari şerhler ve talimatnameler sadece vergi idaresini bağlamaktadır ve bunların vergi mükellefi ya da mahkemeler üzerinde herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Diğer ülkelerde de idari düzenleyici işlemlerin mahkemeleri ve vergi mükelleflerini bağlamadığı kabul edilmektedir {Belçika, 22.11.1949 tarihli karar, Cour de cassation, 1950 Pas. Bel. I 182, 1949-50 *Algemeen Fiscaal Tijdschrift* 258; Canada, *Stickel v. Minister of National Revenue*, 72 D.T.C. 6178 (1972) ve *Canadian Pacific Ltd. v. the Queen*, 76 D.T.C. 6120 (1976); Germany, 31.05.1988 tarihli karar, BVerfG, 78 BVerfGE, No. 20, 214, 227; İspanya, *Escuela de Inspección Financiera y Tributaria*, 57}.

Birleşik Krallık İç Gelir İdaresi (Inland Revenue), "gelir uygulaması beyanları" (statements of revenue practice) adıyla bir yayın yapmaktadır. Bunlar, hukuki bakımdan bağlayıcı bir değere sahip olmamakla birlikte vergi sisteminin pratik idaresi için son derece önemlidir. Gelir uygulamasına ilişkin beyanlar daha çok vergi idaresinin, vergi kanunlarını yorumlaması şeklinde olmaktadır. Aynı güçte olmamalarına rağmen şekil olarak Yasalara benzeyen bir formdadırlar ve vergi idaresi üzerinde yasalar gibi uygulama yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Fakat idare hukuku içtihatı, vergi idaresinin bu belgelerde vergi mükellefi lehine yaptığı yorumlarından dolayı bağlı olduğunu belirtmektedir. Aksi halde vergi idaresi vergi mükelleflerine dürtüst bir biçimde davranma yükümlülüğünü çiğnemiş olacaktır.

Kanada Gelir İdaresi, vergi kanunlarının belirli hükümlerinin nasıl uygulanacağı ve yorumlanacağı konusunda bültenler yayınlamaktadır. Bu idari bültenlerin hukuki bakımdan herhangi bir bağlayıcılıkları yoktur, fakat Gelir İdaresi çoğunlukla bu bültenlere uymaktadır. Böylelikle, eğer bir vergi mükellefi bültenleri takip ederse vergi otoriteleri vergi mükellefinin pozisyonunu değiştiremez. Eğer vergi mükellefi ile otoriteler arasında bir anlaşmazlık çıkarsa vergi mükellefi vergi otoritelerinin pozisyonunu mahkemede değiştirebilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde IRS (Internal Revenue Service), gelir kuralları, talimatname ve vergi kanunlarının nasıl uygulanması gerektiğine dair diğer düzenlemeleri yeknesaklık sağlamak amacıyla yayınlamaktadır. Bu idari belgeler geri alınıncaya kadar vergi mükellefleri ile vergi görevlilerini bağlamaktadır.

### E. İdari Kararlar

İdari kararlar vergi kanunlarının uygulanmasında son derece önemli araçlardır. Avustralya, Kanada, Hollanda, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı ülkeler idari kararlar konusunda ileri düzeydedirler. Bu, vergi idaresinin vergi mükellefi tarafından sunulan olaylar için, vergi mükellefinin olaylarla ilgili tam ve dürüst bilgi vermesi şartıyla, vergi kanunları açısından bağlayıcı uygulamalarda bulunabileceği anlamına gelmektedir. Benzeri kararlar ihtilaftan kaçınma ve vergi kanunlarının yorumlanmasına en üst seviyede otoriteden beyan alma anlamına gelmektedir. Yani bu yolla vergi mükellefi son derece güvenli bir şekilde vergi kanunlarının spesifik bir durumda işleminin önüne geçebilir. Vergi idaresine karar yayınlama yetkisi verilmesi aşağıdaki temel soruları akla getirmektedir;

- Kararın etkileri sadece müracaat eden vergi mükellefi için mi geçerlidir, yoksa diğer vergi mükellefleri de bu karardan yararlanabilecek midir ?
- Kararlar düzenli olarak yayınlanıyor mu yoksa yayınlanmıyor mu ?
- Kamusal ve özel kararlar var mıdır ?
- Vergi görevlilerinden hangi seviyede yetkili olanlar bu kararları verebilirler ?
- Kararlar vergi idaresi yönünden lokal seviyede mi yoksa merkezi seviyede mi geçerlidir yoksa vergi idaresinin özel organlarıncaya mı yayınlanmaktadır?
- Bir idari kararı talep, yayın ve almak için tam olarak prosedür nedir ?
- Bir kararla vergi idaresinin kendi pozisyonunu değiştirebileceği şartlar nelerdir ?

Hollanda gibi bazı ülkelerde vergi idaresinin yetkisi, bir vergi müfettişi tarafından belli konularda vergi mükellefi lehine görüş bildirilebileceği seviyededir. Bu türden bir karar verme yetkisi, vergi kanunlarının uygulanmasında oldukça esnek yetkiler tanıır ve genel yollarla yayınlanmayan özel vergi kolaylığı sağlar. Söz konusu yetki, yolsuzluklardan uzak disiplinli vergi görevlilerine tanınabilir.

Diğer bazı ülkelerde vergi idaresi bağlayıcı idari karar alamamaktadır. Bunun sebebi ise vergi idaresinin ve vergi düzenlemelerinin rolünün yasallık ilkesi ve ka-

mu düzeni ile çok yakın alakalı olmasıdır. Bu ilkelere göre vergi kanunları son derece sıkı bir şekilde uygulanmalıdır ve bu uygulama sırasında uygulama ile ilgili anlaşmalara yer verilmemelidir. İsveç'in idari kararlarla ilgili kendine özgü ve benzeri olmayan bir yapısı vardır. İdari kararlar vergi idaresi tarafından değil bağımsız bir kurul tarafından alınmaktadır. Kurulun vermiş olduğu karara itiraz edilebilir. 40 yılı aşan İsveç deneyiminde, kurulun vermiş olduğu kararlara karşı İdari Temyiz Mahkemesi'ne yapılan temyiz başvuruları sayı bakımından oldukça önemli bir durumdadır ve içtihat hukukunun en önemli kısmını oluşturmaktadır. Mahkemenin verdiği kararlarla belirlenen ölçüler yeni yasa koymak açısından çok önemli bir rehber durumundadır. Fransa özel bir ön anlaşma (*les agréments fiscaux*) sistemine sahiptir ve bu sistem idari kararlardan farklıdır ve bunlardan ayırt edilmelidir. Benzer bir anlaşma sistemi, tarihi restorasyon indirimi örneğinde olduğu gibi çeşitli vergi avantajları sağlayan projelerin İçişleri Bakanlığı (*Interior Department*) tarafından onaylanması şeklinde Amerika Birleşik Devletleri'nde de bulunmaktadır [*USA IRC § 47(c)(2)(C)*]. Belirli koşulların önceden yerine getirilmesine bağlı olarak, vergi idaresinden ziyade bir ajan tarafından gözden geçirilme şartı ile çeşitli vergi avantajları sağlanabilir. Bu türden ön anlaşmalara örneğin; bölgelerin ekonomik gelişmesi ya da belli endüstrilerde ekonomik yeniden yapılanma durumlarında rastlanabilir. Vergi mükellefi tarafından ekonomik gelişme ve yeniden yapılanma şartları, vergi mükellefinin vergi avantajından faydalanmasını sağlaması yönünden değerlendirilecektir.

Sonuçta, bir işlemle ilgili vergilendirme muameleleri, vergi idaresinin ön onayı şartına bağlanabilir. [*USA IRC § 367(a)(1981)*]e göre yabancı şirketlerin vergilendirilebilir unsurlarının transferi halinde, Sekreterlik transferin başladığı tarihten itibaren 183 gün içerisinde yapılan başvuruya uygun karar verecektir. Bu türden ön onaylar vergi mükellefinin yapacağı işlemleri, vergiden kaçınma ya da vergi kaçırma amacıyla kötüye kullanmayacağına dair garanti sağlamaktadır. Ön onay ihtiyacı özellikle nadir ve onay ihtiyacının bulunmadığı, karmaşık yasal şartlar gerektiren tipteki işlemler için uygundur. Bir bakıma bu zorunlu bir önsel kuraldır. Özellikle güçlü bir şekilde teçhiz edilmemiş vergi idareleri, vergi mükellefi üzerindeki bu tür kontrolleri uygulama eğilimindedir. Yolsuzlukla sonuçlanabilecek ve bu yüzden dikkatle uygulanması gereken ön anlaşmalar zayıf vergi idareleri tarafından çok sık bir şekilde kullanılmaktadır.

**ATIF YAPILAN KİTAPLAR ve MAKALELER**

- A. Nooteboom, *Netherlands*, LXVIIIa Cahiers de droit fiscal international 545 (1983).
- A. Alen, *Treatise on Belgian Constitutional Law* 256–62 (1992).
- Brian J. Arnold, *Canadian Federal Court of Appeal Rejects Purposive Statutory Interpretation*, 12 Tax Notes Int'l 382 (1996).
- Butterworths U.K. Tax Guide 1990-91, 1:33 (John Tiley ed., 9th ed. 1990).
- Charles-Louis Montesquieu, *De l'esprit des lois* 142 (Garnier Frères 1869).
- Claude Gambier and Jean-Yves Mercier, *Les impôts en France* §§ 2280–81 (1991).
- Cyrille David et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale, Thème 9*, 106 et seq. (2d ed. 1991).
- Daniel Deak, *New Anti-Avoidance Legislation Enacted in Hungary*, 12 Tax Notes Int'l 446 (1996).
- Dick Hofland & Kees van Raad, *Dutch Consolidated Income That Erodes Interest Payment to Foreign Parent Company Is Not an Abuse of Law*, 11 Tax Notes Int'l 1143 (1995).
- Ernst Höhn, *Steuerrecht* 17 (1972).
- Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Ministerio de Economía y Hacienda, *Compendio de Derecho Tributario Español* 79–88 (4th ed. 1984).
- Guy Gest & Gilbert Tixier, *Droit fiscal* 33–34 (4th ed. 1986).
- Guy Gest, *La Convention et l'action des autorités fiscales*, 17 *Droit et pratique du commerce international* 546, 551 (1991).
- Guy Gest et al., *Convention européenne des droits de l'homme et fiscalité— Bilan et perspectives*, *Les petites affiches*, No.80 (1994).
- H.W.R. Wade, *Administrative Law* 733–47 (5th ed. 1982).
- Janusz Fiszer, *Constitutional Battle over Poland's 1996 Personal Income Tax Rates*, 12 Tax Notes Int'l 246 (1996).
- Jason Chang et al., *Private Income Tax Rulings: A Comparative Study*, 10 Tax Notes Int'l 738 (1995).
- Jean-Marc Rivier, *Introduction à la fiscalité de l'entreprise* 27 (1990).
- Jean-Marc Rivier, *Droit fiscal suisse: L'imposition du revenu et de la fortune* 61 (1980).
- Jean-Jacques Bienvenu, *Droit fiscal* Nos. 52-54 (1987).
- Jerome R. Hellerstein & Walter Hellerstein, *State Taxation*, chs. 4, 5 (2d ed. 1993).
- John Locke, *Of Civil Government*, Book II, 190–92 (1924).

- John S. Nolan & Victor Thuronyi, *Retroactive Application of Changes in IRS or Treasury Department Position*, 61 *Taxes* 777 (1983).
- International Monetary Fund, *Selected Decisions and Selected Documents of the International Monetary Fund* 354, 366-68 (20th issue 1995).
- International Tax Program, Harvard Law School, *World Tax Series: Taxation in Italy* 65-66 (1964).
- Interpreting Statutes: A Comparative Study* (D. Neil MacCormick & Robert S. Summers eds., 1991).
- Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1983).
- Klaus Tipke, *Die Steuerrechtsordnung* 182-83 (1993).
- Lee Burns & Richard Vann, *Australian Court Considers Source of Interest Income and International Application of the General Anti-Avoidance Provision*, 11 *Tax Notes Int'l* 1631 (1995).
- Leyes y Reglamentos de la Reforma Tributaria 83,91-92 (Luis Emilio Barrios Pérez ed., 1989).
- Loïc Philip, *Droit fiscal constitutionnel* 29 (1990).
- Louis Trotabas & Jean Marie Cotteret, *Droit fiscal* 138 (1985).
- Michael J. Graetz, *Retroactivity Revisited*, 98 *Harv. L. Rev.* 1820, 1822 (1985).
- Peter Passell, *Furor Over British Poll Tax Imperils Thatcher Ideology*, *N.Y. Times*, Apr. 23, 1990, at D1.
- Stefan Frommel, *United Kingdom Tax Law and Abuse of Rights*, *Intertax* 54 (1991/92).
- Thierry Lambert, *Contrôle fiscal: Droit et pratique* 523, 524 (1991).
- Vern Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* 29 (4th ed. 1993).
- W.E. Butler, *Soviet Law* 41 (2d ed. 1988).
- VII *Constitutions of the Countries of the World* (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz eds., 1988).
- VIII *Constitutions of the Countries of the World* (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz eds., 1994).
- IX *Constitutions of the Countries of the World* (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz eds., 1987).
- XVIII *Constitutions of the Countries of the World* (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz eds., 1991).
- XIX *Constitutions of the Countries of the World* (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz eds., 1982).

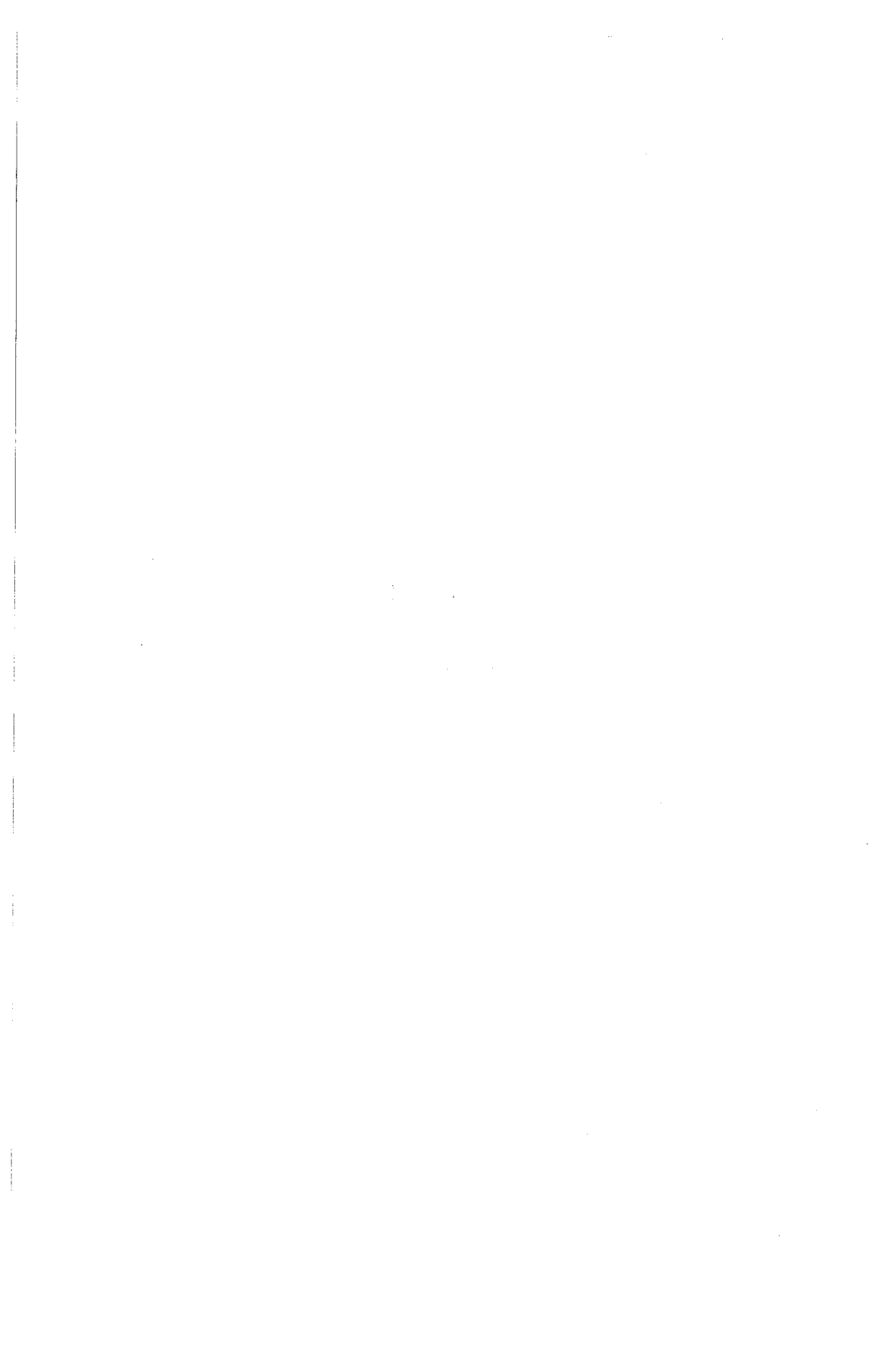
---

---

*ÖZEL HUKUK*

---

---



## MEDENİ KANUNUN 'BELLİ BİR CEMAAT MENSUPLARINI DESTEKLEME AMACIYLA VAKIF KURULAMAYACAĞI' HÜKMÜ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Murat DOĞAN\*

### I. GİRİŞ

Mevzuatımızda Vakıflar Kanunu cemaat vakıflarına ilişkin hükümlere yer verirken, Medeni Kanun, 1967 tarihli 903 sayılı Kanunla yapılan değişikliktan beri "belli bir cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı"ni öngörmüş bulunmaktadır. Uygulamada, hangi vakıfların cemaat vakfı olarak nitelendirilmesi gerektiği, Türk Medeni Kanununun 101. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "...belli bir ... cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz" hükmünün amacı ve bu hükümde kastedilen "cemaat"nin nitelikleri ve "destekleme"nin unsurlarının neler olduğu tereddütlere yol açmaktadır. Bu çalışmada önce cemaat vakfı kavramı üzerinde durulacak, sonra "belli bir cemaat mensuplarını destekleme amacı"ndan ne anlaşılması gerektiği açıklanacak, en son olarak da Medeni Kanundaki hükmün Anayasaya ve uluslararası sözleşmelere uygunluğu sorununa değinilecektir.

### II. CEMAAT VAKFI KAVRAMI

Türk Hukukunda vakıf müessesesi eski ve yeni vakıf olarak ikiye ayrılmaktadır. 743 sayılı Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden (04.10.1926) önce kurulmuş olanlar "eski vakıf", bu tarihten sonra Medeni Kanuna göre kurulmuş olanlar ise "yeni vakıf" olarak adlandırılmaktadır<sup>1</sup>. Eski vakıflar 1935 tarihli 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile düzenlenmiştir.

Cemaat vakfı tabiri ilk kez bu Kanunda ve azınlıklara ait vakıfları ifade etmek üzere kullanılmıştır. Gerçekten, Medeni Kanundan önce kurulan vakıfları düzenleyen 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 31.5.1949 tarihli 5404 sayılı Kanunla değiştirilmiş olan 1. maddesinde, daha önce mülhak vakıf olarak nitelenen azınlıklara ait vakıflar "cemaat vakfı" adıyla düzenlenmiş ve bunlar hakkında şu hükme yer verilmiştir: "Cemaatlere ve esnafa mahsus vakıflar, bunlar tarafından seçilen kişi veya kurullarca yönetilir. İlgili makamlarla Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından teftiş edilir ve denetlenirler. Teftiş ve denetlemenin usulleri ve nasıl yapılacağı ile sonuçları çıkarılacak yönetmelikle belirlenir"<sup>2</sup>. Son dönemde, Vakıflar Kanuna 3.8.2002

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Medeni Kanun hazırlanırken her iki türünde vakıf olarak adlandırılmasının karışıklığa yol açacağı düşünülecek Medeni Kanunda vakıf yerine "tesis" terimi kullanılmıştı. Ancak, bu terim uygulamada kabul görmediği için 1967 yılında çıkarılan 903 sayılı Kanunla tesis yerine vakıf terimi tercih edilmiştir.

<sup>2</sup> Bu hükmün üçüncü cümlesi 24.3.1981 tarihli 2437 sayılı Kanunla eklenmiştir.



tarifli 4771 sayılı ve 2.1.2003 tarihli 4778 sayılı Kanunlarla da bu vakıfların taşınmaz edinmelerine ve taşınmazları üzerinde tasarrufla bulunmalarına ilişkin hükümler ilave edilmiştir. Bu hükümlere dayanılarak çıkarılan yönetmelikte de<sup>3</sup>, yönetmeliğin Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıfların taşınmaz mal edinmelerine ilişkin olduğu açıkça ifade edilmiştir<sup>4</sup>. Bu düzenlemeler de göstermektedir ki, Türk Hukukunda cemaat sözü azınlıkları, cemaat vakıfları azınlıklara ait vakıfları ifade etmektedir.

Ayrıca, çok sayıda yargı kararında da cemaat vakfı kavramı bu anlamda kullanılmıştır<sup>5</sup>. Doktrinde de cemaat vakfı kavramı aynı anlamda kullanılmaktadır. Örneğin, Hatemi bu hususu şöyle ifade etmektedir: "...Mülhak vakıf kapsamına giren bir diğer alt-tür de 'cemaat vakıfları'dır. Bunlardan amaç şudur: Medeni Kanun'dan önce, hıristiyan ve musevi osmanlı tebaasının da vakıf ehliyetleri nazari olarak mevcut idi. Bunların birçok hayır kurumlarına, Padişah iradeleri ile meşru temel de tanınmış bulunuyordu. Buna rağmen, bu kurumların çoğunluğu ayrı bir vakıf şeklinde değil de 'cemaat' 'manevi şahsiyet'i yararına yapılmış mükellefiyetli tahsisler niteliğinde idiler. Eski Hukuk döneminde 'miri arazi' niteliği taşıyan ve dolayısı ile vakfedilemeyen, vakfedilmeleri için Devlet reisinin izni gereken bazı taşınmazlar da, 'tasarruf hakkı' bu cemaatlere mensup kişiler tarafından satın alınarak, 'nam-ı müstear' yolu ile, kendi adlarına kaydedilmiş, fakat ödenen bedel cemaat tarafından sağlanmış, taşınmaz da cemaatin ortak amaçlarına tahsis edilmiştir. Yahut bu taşınmazlar bir 'aziz' adına kaydedilmiş olabilir (Nam-ı Mevhum). Lozan Andlaşması ile

<sup>3</sup> Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde Tasarrufla Bulunmaları ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmelik adıyla çıkarılan bu yönetmelik için bkz., 24.1.2003 tarihli 25003 sayılı Resmî Gazete.

<sup>4</sup> Bu Yönetmeliğin 2. maddesinde "Bu Yönetmelik; vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıfların: dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak ve sadece bu alanlardaki amaçlarını sürdürecektir geliri sağlamak üzere taşınmaz mal edinmeleri ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufla bulunmaları ile bu vakıfların aynı alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak ve sadece bu alanlardaki amaçlarını sürdürecektir geliri sağlamak üzere, her ne surette olursa olsun, tasarrufları altında bulunan taşınmaz malların vakıf adına tesciline ilişkin usul ve esasları kapsar. Söz konusu vakıflara ait liste bu Yönetmelik ekinde" denilerek cemaat vakfiyle kast edilenin Türkiye'deki müslüman olmayan cemaatlere ait vakıflar olduğu ortaya konulmuş; ayrıca Yönetmelik ekinde yer alan listede halen faaliyet gösteren 160 adet cemaat vakfının isimleri sıralanmıştır.

<sup>5</sup> Bu kararlar için bkz., Karınabadizade Ömer Hilmi/Sungurbey, İ., Eski Vakıfların Temel Kitabı, İstanbul, 1978, s.619 vd. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi 21.12.1964 T. E.5481, K.5502, "2762 sayılı Vakıflar Kanununun birinci maddesinin ikinci bendinin B fıkrası ve nihayet 5404 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle cemaatlerince idare olunan vakıflar namı altında gayrimüslim vatandaşlara ait hayri ve içtimai müesseseler mülhak vakıflar içinde mütalaa edilerek mevzuatımızda yer almış bulunmaktadır. 2762 sayılı Kanunun 6. maddesinde, bu vakıfların hükmi şahsiyeti diğer vakıflar meyanında teyid edilmiştir. Vakıflar İdaresinin 8.2.1963 tarihli yazısında davacı Musevi cemaatinin 1949 senesine kadar mülhak vakıf şeklinde idare edildiği, hesaplarının mülhak vakıflarda olduğu gibi Vakıflar İdaresince rüyet olupun merkezce tasdik edildiği, 1949 senesinde 2762 sayılı Kanunu tadil eden 5404 sayılı Kanun yürürlüğe girince (cemaat vakfı) şeklinde Vakıfların murakabesi altında kendi kendini idareye devam ettiği bildirilmiştir. Şu suretle, davacının bir cemaatçe seçilmiş idare heyetince temsil ve idare olunan hükmi şahsiyeti haiz bir cemaat vakfı olduğu, binaenaleyh dava ehliyeti bulunduğu anlaşıldığı cihetle davanın esasına karar verilmesi icap eder". Karınabadizade/Sungurbey, 649.

cemaatlerin eğitim ve hayır kurumlarının varlıkları güvenceye bağlanmış, 1935 Vakıflar Kanunu bunları da bir tür ‘mülhak vakıf’ kılmıştır”<sup>6</sup>.

### III. MEDENİ KANUN BAKIMINDAN BELLİ BİR CEMAAT MENSUPLARINI DESTEKLEME AMACININ ANLAMI

#### A) GENEL OLARAK

Medeni Kanun, vakfı, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluğu olarak tanımlamıştır (m.101/I). Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere vakıfta iki temel unsur bulunmaktadır. Bunlar, özgülenecek mal ve bu malların özgüleneceği amaçtır. Kanun koyucu, vakıfta amacın belirlenmesi bakımından kamu düzenini korumaya yönelik olarak bazı sınırlar getirmiştir. Buna göre, “Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı veya belli bir ırk veya cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz” (Medeni Kanun m.101/IV).

Her şeyden önce şunu ifade etmek gerekir ki, söz konusu hüküm, vakfın kuruluşu aşamasında vakıf senedinde yer alan amacın değerlendirilmesinde göz önünde tutulması gereken bir düzenlemedir. Hakim, vakfın amacında bu hükme aykırılık bulamazsa vakfın tesciline karar vermekle yükümlüdür. Bu hüküm, Anayasa ile tanınmış temel haklardan vakıf kurma hakkına sınırlama getirdiği için dar yorumlanmalıdır.

Medeni Kanununun 101. maddesinde geçen cemaat sözünün ve bir cemaat mensuplarını desteklemenin anlamını belirleyebilmek bakımından bu ibareye Kanunda yer verilmesinin sebeplerine bakmak yararlı olacaktır.

Medeni Kanun, amacı hukuka ve ahlaka aykırı olan kişi veya mal topluluklarının tüzel kişilik kazanamayacağını öngörmüştür (m.47/II). Benzer bir hüküm eski Medeni Kanununun 45. maddesinde de yer almaktaydı. Ancak, eski Medeni Kanun yürürlükte iken 1967 yılında 903 sayılı Kanunla Medeni Kanunun vakfa ilişkin hükümlerinde yapılan değişikliklerde, vakıflarda amaç bakımından kısıtlamaları arttırıcı bir düzenleme yapılmıştır. Bu doğrultuda, eski Medeni Kanununun 74. maddesine eklenen ikinci fıkrada “Kanuna, ahlaka ve adaba veya milli menfaatlere aykırı olan veya siyasi düşünce veya belli bir ırk veya cemaat mensuplarını desteklemek gayesi ile kurulmuş olan vakıfların tesciline karar verilemez” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm, kanun teklifinde yer almayı, teklifin Cumhuriyet Senatosunda görüşülmesi sırasında eklenmiştir<sup>7</sup>. Eski Medeni Kanunda yer alan bu hükme bazı ilavelerle yeni Medeni Kanunda da yer verilmiştir. Bu hükmün en çok eleştirilen yönü,

<sup>6</sup> Hatemi, H., *Kişiler Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992, s.131-132 (Kişiler Hukuku).

<sup>7</sup> Bu hükümle kamu düzeninin ve kamu yararının korunmasının amaçlandığı yönünde bkz., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.11.1973 tarihli, E.1972/6-609, K.1973/959, Ballar, S., *Yeni Vakıflar Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul, 2000, s.316-319.

kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi güç tabirlere yer verilmesi olmuştur. Özellikle milli menfaatlere aykırılıktan ne anlaşılacağına belirsizliği vurgulanmıştır<sup>8</sup>.

## B) CEMAAT KAVRAMI

"Belli bir cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulmayacağı" ifadesinin hükme niçin eklendiğine dair ne meclis tutanaklarında ne de gerekçede bir açıklama olmakla beraber, düzenlemenin tamamı ve tarihsel gelişmeler ile diğer mevzuat göz önünde tutulduğunda, bu hükümde yer alan "cemaat" sözcüğünün Türkiye'de yaşamakta olan azınlıkları ifade ettiği anlaşılmaktadır. Lozan Barış Andlaşması da dikkate alınırca, Yahudiler, Hıristiyan Ermeniler ve Rumlar ile bunlar dışında kalan ve toplumun genelinden inançları ve yaşam tarzları ile farklı olan diğer müslüman olmayan topluluklar cemaat olarak nitelenebilir. Cemaat sözü, Türk Hukuk Lugatının "cemaatler" maddesinde "Osmanlı saltanatında, devletçe tanınmış olan mezheplere mensup insanların kurdukları topluluklar" olarak açıklanmış ve azınlıklar (akalliyetler) ile eşanlamlı olduğu belirtilmiştir<sup>9</sup>; Akalliyetler (azınlıklar) hukuku maddesinde ise "Aralarında ırk, dil ve din birliği olup beraberce yaşama arzusuna bağlı olan ve bir devlet ahalisinin çoğunluğu içinde toplanmış bulunan halklar" açıklamasına yer verilmiştir<sup>10</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Türk Hukukunda cemaat sözcüğü, söz konusu azınlıkları, cemaat vakfı da bu azınlıklara ait vakıfları ifade için kullanılmaktadır. Güneri, bu hususu şöyle açıklamaktadır: "...Türk Hukuk sisteminde, azınlıklar; müslüman olmayan topluluklar biçiminde gösterilmektedir. Bu nedenledir ki, azınlıkların korunmasına ilişkin bulunan Lozan Andlaşmasının 37-45. maddelerinde de bunlardan müslüman olmayan azınlıklar diye söz edilmiştir. Gerçekten Türk Hukuk Lugatında; azınlıklar terimi ile cemaatler terimi birbirinin eşanlamlısı olarak belirtilmiştir. Buna göre, azınlıkları, 'aralarında ırk, dil ve din birliği olup beraberce yaşama arzusuna bağlı olan ve bir devlet ahalisinin çoğunluğu içinde toplanmış bulunan' gruplar (topluluklar) olarak tanımlayabiliriz. Nitekim Ülkemizde bu tanıma uygun üç grup azınlık vardır ki, bunlar Rum, Ermeni ve Yahudi (Musevi) azınlıklarıdır"<sup>11</sup>. Yine aynı eserde, azınlıkların durumunun, vatandaş durumundan farklı olmadığı, bunların, belli bir ırk veya azınlık mensuplarını desteklemek amacı taşımadığı sürece vakıf kurmalarını engelleyen bir hüküm bulunmadığı belirtilmiştir<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Serozan, R., Tüzel Kişiler. Özellikle: Dernekler ve Vakıflar. İstanbul, 1994, s.97; Özsunay, E., Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul, 1982, s.391; Hatemi, Kişiler Hukuku, 149; İşeri, A., Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf, Ankara, 1968, s.48. Bu hükmün gerekli olduğu yönünde, Bayraktarı, F., Uygulamada Ortaya Çıkan veya Çıkabilecek Sorunlar Açısından, Medeni Kanuna Tabi Vakıfların Kuruluş, İşleyiş ve Gelişimindeki Aksaklık ve Zorluklar ile Bunların Giderilmesi İçin Alınması Gerekli Hukuki, İdari, Ekonomik ve Mali Tedbirler. Türkiye'de Medeni Kanuna Göre Kurulmuş Vakıflar ve Sorunları, İstanbul, 1975. (s.267-326), 284.

<sup>9</sup> Türk Hukuk Lügatı, 3. Baskı, Ankara, 1991, s.47. Benzer bir tanım için bkz., Mutlu, L., Hukuk Sözlüğü, İstanbul, 2004, s.56.

<sup>10</sup> Türk Hukuk Lügatı, 9.

<sup>11</sup> Güneri, H., Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara, 1976, s.56 (Vakıfta Amaç); Güneri, H., Azınlık Vakıflarının İncelenmesi. Vakıflar Dergisi, S.X, 1973, (s.79-108), 79-80 (Azınlık Vakıfları).

<sup>12</sup> Güneri, Vakıfta Amaç, 57.

Dalamanlı da eserinde, vakfın amacına ilişkin açıklamalarda bulunurken “azınlık mensuplarını destekleyici nitelikte olmamalıdır” diyerek cemaatle kastedilenin azınlıklar olduğunu vurgulamıştır<sup>13</sup>. Görüldüğü gibi, Medeni Kanunda geçen “belli bir cemaat mensuplarını desteklemek” ile kastedilen de belirli bir azınlık grubunu destekleme amacıyla vakıf kurulmasıdır. Dolayısıyla, Medeni Kanunun 101. maddesinin 4. fıkrasında belli bir cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı yönündeki hükümde, cemaat vakfı, yani azınlık vakfı kurulması yasaklanmıştır<sup>14</sup>.

Ancak, Güneri, Hıristiyan Rum ve Ermeniler ile Yahudi azınlık dışında kalan Süryani, Keldani, Bahai azınlıkların bu kapsama girmeyeceğini, bunların kendilerini ayrı topluluklar sayarak gruplar meydana getirmiş olmadıklarını ileri sürmektedir<sup>15</sup>. Bu görüşe katılmıyoruz. Her şeyden önce, Lozan Barış Andlaşmasıyla tanınan azınlıklar Hıristiyan Rum ve Ermeniler ile Yahudilerden ibaret değildir<sup>16</sup>. Çünkü, Lozan Barış Andlaşmasının azınlıklara ilişkin 37-45. maddeleri incelendiğinde, sadece belli bir dine mensup olanlardan (mesela, Hıristiyan Rum ve Ermeniler ile Yahudilerden) değil, müslüman olmayan azınlıklardan sözedildiği ve onlara ilişkin düzenlemelerin getirildiği görülmektedir. Nitekim, yukarıda zikredilen 24.1.2004 tarihli Yönetmelik ekinde yer alan halen faaliyet gösteren cemaat vakıflarına ilişkin listede Süryani ve Keldanilere ait vakıflara da yer verilmiştir. Ayrıca, Güneri'nin azınlıklara yönelik verdiği tanım göz önünde tutulursa, Hıristiyan Rum ve Ermeniler ile Yahudiler dışında, Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağıyla bağlı olan ve ırk, dil ve din itibarıyla çoğunluk dışında kalan toplulukların Lozan Barış Andlaşmasında zikredilmemesine rağmen azınlık olduğu açıktır. Nitekim, Yazar, “... azınlıklar ya başka ülkelerden gelmiş veya o ülkede öteden beri yaşamakla beraber ırk, dil ve din bakımlarından ayrı nitelikler taşıyan gruplardan ibarettir” diyerek, kendisi de daha geniş kapsamlı bir azınlık tanımı yapmıştır<sup>17</sup>.

Öte yandan, Bayrakeri ise, hükmün kapsamını oldukça genişletici bir yorumla Müslüman toplulukları dahi kapsama dahil etmektedir. Yazara göre, “...MK 74/2 maddesindeki cemaat kelimesi, muhtelif dinlerin saliki olan insanların meydana getirdikleri topluluk manasında kullanılmıştır. ...MK 74/2'deki yasak hükmü ile Müslüman, Hıristiyan, Putperest vb. din saliklerinin teşkil ettikleri cemaatleri (dini toplulukları) desteklemek gayesiyle vakıf kurulmasına cevaz verilmemiştir”<sup>18</sup>. Ülkedeki nüfusun büyük çoğunluğunu oluşturan Müslümanların kurdukları vakıfları cemaat vakfı olarak nitelemek, yukarıdan beri açıklamaya çalıştığımız cemaat ve cemaat vakfı kavramına uygun olmadığı gibi, Medeni Kanunun 101. maddesinin 4. fıkrasının amacına da aykırıdır. Ayrıca, cemaat vakıflarının tarihi gelişimi de bu

<sup>13</sup> Dalamanlı, L., Eski-Yeni Vakıf Davaları. Ankara, 1986. s.299; Benzer yönde, İşeri, 48.

<sup>14</sup> Bu yönde, Hatemi, H., Cemaat Vakıfları Konusunda Düşünceler, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004. (s.803-818), 805 (Cemaat Vakıfları); Güneri, Azınlık Vakıfları, 98.

<sup>15</sup> Güneri, Azınlık Vakıfları, 80.

<sup>16</sup> Aynı yönde, Hatemi, Cemaat Vakıfları, 806-807.

<sup>17</sup> Güneri, Azınlık Vakıfları, 80.

<sup>18</sup> Bayrakeri, 284

görüştün isabetli olmadığını göstermektedir. Öteden beri cemaat vakfı kavramı azınlıkların kurdukları dini amaçlı vakıfları ifade etmiştir. Nitekim, Yargıtay aşağıda da değineceğimiz bir kararında, "Nüfusunun önemli bir bölümü kendilerini "Alevi" olarak tanımlayan kişilerden oluşan ülkemizde, yukarıda belirtilen amaca yönelik bir faaliyetin yasak kapsamında, cemaate destek niteliğinde kabulüne olanak bulunmamaktadır" diyerek, bu konuya açıklık getirmiştir<sup>19</sup>.

### C) BELLİ BİR CEMAAT MENSUPLARINI DESTEKLEME SAYILACAK HALLER

Cemaat ile kastedilen azınlıklar olduğuna göre, bu çerçevede destekten ne anlaşılacağına belirlenmesi gerekmektedir. Belli bir azınlık topluluğu mensuplarının toplumun genelinden farklı olan dini yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için gerekli ibadethane ve benzeri yerler inşa edebilmeleri, mensuplarına ve diğer insanlara yönelik inançlarını ve dini vecibelerini yayma amacıyla basın-yayın faaliyetinde bulunabilmeleri, aynı yönde sosyal ve kültürel faaliyetlerde bulunabilmeleri ve bunları sürdürebilmeleri için gerekli müesseseleri kurabilmeleri, eğitimlerini sağlayacakları kurumlar tesis edebilmeleri, mensupları arasında yardımlaşma ve dayanışmayı sağlamaları yönünde yapılacak iş ve işlemler destek olarak nitelenebilir. Gerçekten, Medeni Kanunda belli bir cemaati destekleme amacıyla vakıf kurulamayacağına ilişkin hükmün sözüne bağlı kalınırsa, mevcut hükümdeki destekten bu sayılanları anlamak gerekecektir. Bu çerçevede, Medeni Kanununun 101. maddesinin 4. fıkrasındaki cemaat mensuplarını destekleme kavramından, Yahudiler, Hıristiyan Ermeniler ve Rumlar ile bunlar dışında kalan ve toplumun genelinden inançları ve yaşam tarzları ile farklı olan diğer müslüman olmayan toplulukların varlığının korunması, geliştirilmesi ve güçlendirilmesi veya böyle bir azınlık topluluğunun meydana getirilerek desteklenmesi için yapılacak her türlü faaliyet anlaşılacaktır ki, bunun Anayasa ve uluslararası andlaşmalara aykırılığı ortadadır.

Gerçekten bu söylenenler, Anayasa, uluslararası andlaşmalar ve özellikle azınlıklara ilişkin hükümler içeren Lozan Barış Andlaşması göz önünde tutulduğunda Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağıyla bağlı herkes gibi azınlık statüsündekilerin de sahip olduğu din ve vicdan hürriyeti, ibadet hürriyeti, basın hürriyeti, dernek ve vakıf kurma hürriyeti çerçevesinde sahip olmaları mümkün olan temel hak ve hürriyetlerdendir.

Böyle olunca, Güneri'nin deyişiyle, "Müslüman olmayan azınlıkların kurdukları vakıfların kültürel, sosyal, dini ve hayri müesseselerini: özel hukuk alanında, genel çıkarlara (kamu yararına) yardımcı öteki Müslüman Türk vakıflarında olduğu gibi birer sivil müessese olarak ve daha doğrusu birer Türk müessesesi olarak kabul etmek gerekir"<sup>20</sup>. Bu doğrultuda, Anayasanın eşitlik ilkesine (m.10) uygun olarak, kamu düzenini bozmamak, hukuk ve ahlak kurallarını ihlal etmemek şartıyla cemaat vakfı kurulabilmesi de mümkün olmalıdır<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 31.01.1995 T., E.717, K.1097, Ballar. 101-103.

<sup>20</sup> Güneri, Azınlık Vakıfları, 97.

<sup>21</sup> Aynı yönde, Hatemi, Cemaat Vakıfları, 806.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Medeni Kanununun 101. maddesinin 4. fıkrasındaki düzenleme Anayasal bir hakkın sınırlaması niteliğinde olduğu için dar yorumlanmalı, özellikle hükmün konuluş amacı da dikkate alınarak halk dilinde cemaat olarak adlandırılan her topluluk bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Bu kapsama dahil edilen toplulukların ise Anayasadan ve uluslararası andlaşmalardan doğan hakları göz önünde tutularak kurdukları vakıfların ancak toplumda bölücülüğe ve ayrımcılığa yol açacak veya Devleti zaafiyyete uğratabilecek, kamu düzenini bozabilecek amaçları bu kapsamda kabul edilmelidir<sup>22</sup>.

#### IV. YARGITAY KARARLARINA GÖRE “BELLİ BİR CEMAAT MENSUPLARINI DESTEKLEME AMACI”NIN GÜDÜLDÜĞÜ HALLER

Yargıtay’ın, bir vakfın “belli bir cemaat mensuplarını destekleme amacı” taşıyıp taşımadığı konusunda verdiği kararlardan üçü işin esasına girilmiş olması ve bu konuda ilkeler belirlenmiş olması itibarıyla dikkat çekmektedir. Biz de önemine binaen bu kararları ele almayı uygun görüyoruz.

##### A) BAHAI VAKFI KARARI

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 28.11.1973 tarihli, E.1972/6-609, K.1973/959 sayılı kararında, Bahailik dinine mensupları destekleme amacı taşıyan Bahai Vakfının tescil edilemeyeceğine karar vermiştir<sup>23</sup>. Söz konusu kararda Medeni Kanununun 101/IV (eski Medeni Kanun 74/II) hükmünün kamu düzenini ve kamu yararını koruma amacıyla konulmuş bulunduğu kuşkusuz olduğu, bu yüzden öncelikle vakfın belirtilen hükme aykırı bir amaç taşıyıp taşımadığının incelenmesi gerektiği, bunun için de vakfın amacı araştırılırken vakıf senedinin sadece amaç maddesinin değil, bütün hükümlerinin göz önünde tutularak inceleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Kararın buna ilişkin kısmında “Tesis senedinin ‘Vakfın gayesi’ başlıklı 2 nci maddesinde şöyle denilmiştir: ‘Vakfın gayesi hiçbir fark gözetmeksizin kapısı herkese açık olan Bahai Mabedi inşa etmek ve dini inançları çerçevesinde yurdumuzun ve insanlığın hizmetine matuf Bahai müesseseleri meydana getirmek, Türk Bahailerinin dini vecibelerini yerine getirebilmeleri için gerekli emlake tasarruf etmektir. Vakıf bu gayeye ulaşabilmek için Kanun hükümleri çerçevesinde gerçek ve tüzel kişilerle akitler icra eder, her türlü hukuki münasebetlere girişebilir. Özellikle bilumum gerçek ve tüzel kişilerden hibe ve teberru olarak nakit, menkul ve gayrimenkul malları kabul eder. Vakıf Bahai Diyanetinin esas prensiplerine mutabik olarak terbiyevi, insani ve ruhani mahiyette toplantıların yapılmasını teminen birinci

<sup>22</sup> Bu değerlendirme çerçevesinde, Güneri’nin hiçbir ayırım yapmaksızın artık azınlık vakıfları kurulamayacağı ve bunun Anayasanın eşitlik ilkesinin bir uygulaması olduğu yönündeki görüşüne katılmıyoruz. Bkz., Güneri, Azınlık Vakıfları, s.98. Nitekim, Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin Bahai Vakfına ilişkin kararına muhalefet şerhi koyan Başkan Niyazi Karkazan bu hususta isabetli olarak “Bahaliğin bir din olduğu bilirdiği raporu ile sabittir. Kanun koyucu MK 74/2’deki cemaat tabiriyle milli birliği bölücü bir topluluğu kastetmiştir. Aynı fıkrada ırk kelimesinin bulunması da bunu göstermektedir. Anayasanın 19. maddesi gereğince herkesin dini inanç, kanaat ve hürriyetine sahip olduğu kabul edilmiş bulunduğu cihetle, bunun teminine matup olan vakıfnamenin tescili kanuna uygundur” görüşünü savunmuştur. Bkz., Bayraktarı, 282-283 dn.8.

<sup>23</sup> Kararın tam metni için bkz., Ballar. 316-319.

fıkradaki müessese ve yerleri bu hususta tahsis edebilir. İnsanlık hizmetine yararlı müesseseler kurabilir ve bu hizmetlerin icaplarına uygun binalar inşa edebilir'. Vakfın idaresine ilişkin olarak düzenlemede bulunan 3 ncü madde 'Vakıf Türkiye'de oturan bahailerin her sene kendi diyanetlerinin icabına göre seçilecek dokuz kişilik heyet tarafından idare edilir. Bu dokuz kişilik heyete bahai diyanetince (Türkiye Bahaileri Merkezi Ruhani Mahfili) ismi verilir. 21 yaşını bitiren ve bahai ruhani mahfiline bahai olarak tescil edilmiş olan her fert bahai senelik ruhani mahfil seçimine iştirak edebilir...' denilmiş ve bu suretle cemaatin tescili esası benimsenmiştir. Vakfın gayesi yönünden diğer önemli bir düzenlemeye de, 'tesis senedi'nin 10 ncu maddesinde şu biçimde yer verilmiştir. 'Vakfın tescil edilmemesi veya tescilden sonra Kanun yolu ile tescilin kaldırılması hallerinde vakfa tahsis olunan mallar Medeni Kanunun 903 sayılı Kanun ile değişen yetmiş yedinci maddesinin 3 ncü fıkrası gereğince gayece aynı olan diğer bir vakfa tahsisi olunmayarak vakfı tesis ederek tahsisi yapanların uhdesinde kalacak ve kendilerine iade olunacaktır'. Bu hükümle de 'tesis senedi'nin (vakfın gayesi) başlığı altındaki 2 nci maddesiyle kamu oyuna yansıtılan gayenin gerçekleşmesi yolundaki objektif esas bir tarafa itilerek malların her halukarda cemaat dışına çıkmasını önlemek için tahsis yapanlara iade olunacağı öngörülmüştür".

Yargıtay bu kararda amacın araştırılmasında vakıf senedinin sadece amaç maddesiyle yetinilemeyeceğini, senedin bütününe göz önünde tutulması gerektiğini isabetle vurgulamıştır. Bu çerçevede, vakıf senedinin vakfın amacına ilişkin hükümü yanı sıra vakfın idaresi ve vakfın tescil edilememesi veya tescilden sonra sona ermesi halinde malların tahsis cihetine ilişkin hükümleri de incelenmiştir.

Bu inceleme sonucunda, "... özellikle 2 nci maddesinde tanımlanan gayeye yönelen vakfı yönetecek kurulun seçimine katılabilmek için senedin 3 ncü maddesi uyarınca ruhani mahfilince bahai olarak tescil edilmiş bulunma koşulunun aranmasından ve diğer taraftan söz konusu senedin 10 ncu maddesinin de vakfın tescil edilmemesi veya Kanun yolu ile tescilin kaldırılması hallerinde malların gayece aynı olan diğer bir vakfa da iade olunmayarak vakfı tesis ederek tahsisi yapanlara iade olunacağına öngörülmüş bulunmasından açık bir biçimde, bir cemaat teşkil eden Bahai topluluğunun mensuplarını desteklemek gayesinin güdüldüğü...", sonucuna ulaşılmıştır.

Görüldüğü gibi, kararda;

1. Amacın araştırılmasında vakıf senedinin sadece amaç maddesiyle yetinilemeyeceği, senedin bütününe göz önünde tutulması gerektiği,

2. Vakfı yönetecek kurulun seçimine katılabilmek için senedin 3 ncü maddesi uyarınca ruhani mahfilince bahai olarak tescil edilmiş bulunma koşulunun aranması ve vakfın tescil edilmemesi veya Kanun yolu ile tescilin kaldırılması hallerinde malların gayece aynı olan diğer bir vakfa da iade olunmayarak vakfı tesis ederek tahsisi yapanlara iade olunacağına öngörülmüş bulunmasının bir cemaati desteklemek amacı güdüldüğünü gösterdiği,

sonucuna varılmıştır.

İlk bentte yer alan tespitin isabetli olduğu açıktır. Gerçekten, bir cemaati destekleme amacı güdülüp güdülmeyişini belirlerken, sadece amaç maddesinde yazılı olanla yetinmek yanıltıcı olabilir. Amaç maddesinde açıkça bir cemaati destekleme amacının belirtildiği hallerde belki böyle bir incelemeye gerek olmayabilir. Ama, amaç maddesinde bu yönde açık ifadeler olmamakla beraber, senedin diğer hükümleri bu amacın taşındığını gösteriyorsa, onları da dikkate alarak sonuca gitmek gerekecektir.

Yargıtay'ın, vakfın bir cemaati destekleme amacı taşıdığı yönündeki kararına gelince; vakıf senedinin 2. maddesinde açıkça Bahailik dininden sözedilmiş, vakfın bu dine mensup olanların dini vecibelerini yerine getirmek için ihtiyaçları bulunan ibadet yerleri ve diğer müesseseleri meydana getirmek amacıyla vakfın kurulduğu belirtilmiştir. Kurulan vakıf o zamana kadar Türkiye'de varlığı bilinmeyen ve kayda değer mensubu bulunmayan Bahailik dini mensuplarını destekleme amacı güttüğü sonucu ortaya çıkmaktadır. **Medeni Kanununun 101. maddesinin 4. fıkrasının sözüne bağlı kalındığında**, bu yönüyle Türkiye'de Bahai cemaatini oluşturmak ve onları desteklemek üzere kurulduğu söylenebilir. Vakıf senedinin amaç maddesi bunu açıkça ifade etmektedir. Yine söze bağlı yorum çerçevesinde, toplumun geneline farklı bir inanca sahip bir topluluğun meydana getirilmesi ve desteklenmesinin yasak amaç kapsamına girdiği söylenebilir. Ayrıca, vakıf yönetiminin seçimine katılabilmek için "ruhani mahfilince bahai olarak tescil edilmiş olma" şartı herkesin vakfın faaliyetlerine katılamayacağı ve yararlanamayacağını da göstermektedir. Bütün bunlar, Anayasaya aykırılığı sorunu ihmal edildiğinde ve söze bağlı yorum yapıldığında, "belli bir cemaat mensuplarını destekleme amacıyla vakıf kurulmaması" hükmünün kapsamına girmektedir.

Oysa bir hükmün yorumunda ve uygulanmasında sadece sözüyle yetinilemez. Medeni Kanunun 1. maddesi gereği, hükmün özünün de göz önünde tutulması ve amaca göre yorum yapılması gerekir. Ayrıca, yapılan yorumun Anayasaya uygun olması gerektiği de şüphesizdir. Aşağıda hükmün anayasaya uygunluğuna değinilirken bu meseleye yeniden dönülecektir.

## B) ANADOLU BİLİM, KÜLTÜR VE CEM VAKFI KARARI

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 31.01.1995 tarihli E.717, K.1097 sayılı kararında Anadolu Bilim, Kültür ve Cem Vakfının Medeni Kanununun 101/IV (eski Medeni Kanununun 74/II) hükmünde geçen belirli bir cemaat mensuplarını desteklemek yasak amacını taşımadığını kabul etmiştir<sup>24</sup>.

Yargıtay, vakfın amacının belirli bir cemaat mensuplarını destekler nitelikte olduğu için tescil isteminin reddine ilişkin kararı bozmuştur. Kararda, "Vakfın vakifnamenin 1. maddesinde açıklanan amacı, Anadolu kültürü kapsamında 'Aleviliği bilimsel şekilde araştırmak ve bunları halka, genç nesillere aktarmak' olarak belirtildiğine göre, bir cemaat mensuplarını desteklemek amacını gütmeyişi açıktır. Nüfusunun önemli bir bölümü kendilerini "Alevi" olarak tanımlayan kişilerden oluşan

<sup>24</sup> Ballar, 101-103.



ülkemizde, yukarıda belirtilen amaca yönelik bir faaliyetin yasak kapsamında, cemaate destek niteliğinde kabulüne olanak bulunmamaktadır. ...Vakfın amacıyla Anadolu halk kültürü yanında Aleviliğin bilimsel araştırması da söz konusu olduğuna göre, bu sözcüğün madde metninden çıkarılması vakfın, vakıfnamede yazılı amacını zayıflatacağı gibi, ülkemizde bir vakfa olan Alevilik sözcüğünün aykırı olan bir olguyu da ifade ettiği söylenemez. Vakıfnamede 'Cem' sözcüğü sadece vakfın adında geçmekte olup Alevi toplumu içerisinde mutad toplantıları ifade ettiği anlaşılan bu sözcüğün, Tekke ve Zaviyelerin Kapatılmasına Dair Kanunun yasakladığı faaliyetler kapsamında mütalaa edilebilmesinin dayanağı bulunmamaktadır. 'Halk Semahları' ise, vakıfnamenin 3. maddesinin B/e fıkrasında yer almakta olup Semahlar düzenlenmesi yurdumuzda bir kültür faaliyeti olarak bilindiğine göre bunun da yasal bir sakıncası olmaması gerekir" denilerek Medeni Kanunun 101. maddesinin 4. fıkrasında belirtilen yasaklar kapsamında olduğunun kabulü doğru görülmemiştir.

Bu kararda dikkati çeken husus, toplumun önemli bir kesiminin mensup olduğu Aleviliğin bilimsel olarak araştırılmasının ve bunların halka ve genç nesillere aktarılmasının belli bir cemaat mensuplarını destekleme kapsamına girmeyeceğinin kabulüdür.

Esasen bir topluluğu desteklemeyi ifade edecek bu amaç, bu topluluğun toplumda nüfus olarak önemli bir sayıya sahip olması, azınlık statüsünde bulunmaması, geçmişten bugüne varlığının bilinmesi ve serbestçe sürdürmesi, kamu düzenini bozucu ve genel ahlaka aykırı nitelik taşıması gibi özellikleriyle, Yargıtay kararında da isabetli olarak belirtildiği gibi, bir cemaat mensuplarını destekleme olarak nitelenebilir.

### C) İSTANBUL SÜRYANİ KATOLİK VAKFI KARARI

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 23.12.1996 tarihli, E.10913, K.11658 sayılı kararında İstanbul Süryani Katolik Vakfı adı ile bir vakfın tescilini dahi mümkün görmüştür<sup>25</sup>. Kararda "Dosya üzerinde inceleme yaparak rapor düzenlemesi için İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi Prof. Dr. Hüseyin Hatemi resen bilirkişi olarak seçilmiş, bu bilirkişi tarafından düzenlenen 29.7.1996 tarihli raporda; inceleme ve irdelemelerini yaparak sonuç olarak vakfın adı ve amacı bakımından vakıf senedinde yer alan ifade ve ibarelerde sakınca ve MK 74/II'nin anayasal yorumuna aykırılık görmediğini, vakfın adı ve amacı değiştirilmeksizin tescil kararı verilmesi, ancak tescil kararının verilmesinden önce 22. maddenin değiştirilmesi, 'karşı konulamayacak baskılar' gibi Devlete güvensizlik ifade eden ibarelerin çıkarılması, esasen bir vakıf bu bakımdan Dernekten farklı ve kendisini feshetme (dağıtma) hakkı da olmadığı, maddenin sadece 'vakıf tüzel kişiliğinin sona ermesi halinde, Süryani Katolik Cemaati'nin Türkiye'de üst ruhani yetkilisinin göstereceği cihete tahsis yapılır' şeklinde ifade edilmesi, bu değişiklik gerçekleştirildikten sonra, tescil kararı verilmesi kanaatinde bulunmuştur. ...düzeltilme beyanına ilişkin vakıf senedindeki 22. maddenin 1. paragrafındaki 'karşı konulamayacak baskılar' ibaresinin çıkartılmasına, bu maddenin sadece 'vakfın tüzel kişiliği-

<sup>25</sup> Ballar. 105-106.

nin sona ermesi halinde Süryani Katolik Cemaati'nin Türkiye'de üst ruhani yetkilisinin göstereceği cihete tahsisi yapılır' şeklinde 22. maddesinin değiştirilmesi gerektiğinden, davacı tarafça Kadıköy 4. Noterliğince ...yevmiye nolu ...tarihli düzenleme şeklindeki vakıf senedinin bilirkişi raporu doğrultusunda 22. maddesinin değiştirildiği görülmüş olmakla, vakıf resmi senedinin ve düzeltme beyanlarına ilişkin iki adet senedin bu şekilde tesciline karar vermek gerekmiştir" denilerek vakıf amacının kanuna aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu karar göstermektedir ki, Yargıtay, sadece Medeni Kanununun 101. maddesinin 4. fıkrasının lafziyle sınırlı bir yorum yapmamış, Anayasayı da göz önünde tutarak amaca göre yorumla toplumun genelinden farklı inanca sahip toplulukların da kendi inançlarının gereğini yerine getirebilmelerini destekleyecek vakıflar kurmalarında kanuna aykırılık görmemiştir.

#### **D) YARGITAY KARARLARININ GENEL OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yargıtay'ın üç kararı birlikte değerlendirildiğinde, eski tarihli olandan yeni tarihli olana doğru belli bir cemaat mensuplarını destekleme kavramının giderek dar bir yoruma tabi tutulduğu görülmektedir.

İstanbul Süryani Katolik Vakfı kararında, vakfın amacının ne olduğu açıkça belirtilmiş olmamakla beraber, adından bir cemaat mensuplarını destekleme amacı taşıdığı sonucu çıkartılabilmektedir. Nitekim, bilirkişi raporunda vakfın adı ve amacı bakımından yasak amaçların düzenlendiği kanun hükmüne aykırılık bulunmadığının belirtilmesi de bu yönde bir tereddüt olduğunu ve bu amaçla bilirkişiye müracaat edildiğini göstermektedir. Netice olarak, Yargıtay'ın bilirkişi raporunu benimseyerek vakfın tesciline müsaade etmesi Bahai Vakfı kararından bu karara kadar içtihatla meydana gelen değişmeyi de gözler önüne sermektedir. Kararda açıkça belirtilmiş olmamakla beraber, vakfın adının Süryani Katolik Vakfı olması, adı geçen cemaat mensuplarını destekleme amacı taşıdığı sonucunu çıkarmaya elverişli bulunmaktadır. Böyle olunca, Yargıtay'ın aynı özellikleri taşıyan Bahai Vakfı'nın tesciline müsaade etmezken, Süryani Katolik Vakfı'na müsaade etmesi hükmün farklı yorumlanmasından kaynaklanıyor kanaatindeyiz. Esasen, bu değişme, bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere, Medeni Kanununun 101. maddesinin 4. fıkrasının (Eski MK m.74/II) anayasal yorumuna uygundur. Bu yönüyle, hükmün lafzına bağlı kalınarak verilen Bahai Vakfı kararına karşı, gerek Cem Vakfı gerekse Süryani Katolik Vakfı kararları, hükmün Anayasa ve uluslararası andlaşmalar dikkate alınarak yapılacak amaca göre yorumuna daha uygun ve daha isabetlidir.

#### **V. BELLİ BİR CEMAAT MENSUPLARINI DESTEKLEME AMACIYLA VAKIF KURMANIN ANAYASAYA VE ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE AYKIRILIĞI SORUNU**

##### **A) ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU**

Belli bir cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı yönündeki hükmün sözüne bağlı yapılacak yorum, başta eşitlik ilkesi olmak üzere Anayasanın bir çok hükmüne aykırı görünmektedir. Türk vatandaşı olan azınlıkların

farklı hükümlere tabi tutulması, inanç ve ibadet hürriyeti doğrultusunda bunları temin edecek, güçlendirecek ve yaymalarını sağlayacak vakıf müessesesinden mahrum bırakılmaları, bir hukuk devletinde olması gereken haklar açısından kabul edilebilir değildir.

Anayasanın 10. maddesi herkesin dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu; 13. maddesi temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını öngörmektedir.

Azınlıklar yabancı olmayıp, Türk vatandaşı olduklarına göre, bu hak ve hürriyetler her Türk vatandaşı gibi onlar bakımından da geçerlidir<sup>26</sup>. Yargıtay kararına da konu olan olaylarda iki temel hak ve hürriyetin kullanılması söz konusudur. Bunlardan biri Anayasanın 24. maddesinde düzenlenmiş bulunan din ve vicdan hürriyeti, diğeri ise 33. madde düzenlenmiş bulunan dernek ve vakıf kurma hürriyetidir. Bu durumda vakıf kurma hak ve hürriyetinden herkes yararlanabilir; bu vakıfla dini inanç ve ibadetlerin yerine getirilmesi yönünde faaliyette bulunulabilir. Nitekim bu türden dini amaçlı vakıflar kurulabileceği kabul edilmektedir<sup>27</sup>.

Ancak, Anayasanın 33. maddesinin 3. fıkrası vakıf kurma hürriyetinin sınırlandırma sebeplerini saymış, 24. maddenin 2. fıkrası Anayasanın 14. maddesi hükmüne aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenlerin serbest olduğunu öngörmüştür. Anayasanın 14. maddesinin 1. fıkrası ise "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz" hükmünü taşımaktadır. Bu durumda bir cemaat mensuplarını destekleme amacından söz edilebilmesi için 14. maddenin 1. fıkrasında sayılan faaliyetlerin esas alınması ve bunları gerçekleştirme amacıyla

<sup>26</sup> Yabancılar hukuku ile azınlıklar hukuku arasında bir ilgi olmadığı gibi, yabancılar ile azınlıklar arasında da bir ilgi bulunmadığı, çünkü azınlıkların durumunun vatandaş durumundan ayrımsız olduğu yönünde bkz., Güneri, Azınlık Vakıfları, 82. Ayrıca, Armaoğlu da, Lozan Barış Andlaşmasında azınlıklara ilişkin hükümlerin yer almasının sebebinin açıklarken, "...Andlaşmanın 37-45. m. leri, genel olarak azınlıkların korunması ile ilgilidir ve m.lerde, ne Rum ne de Ortodoks adı geçmeyip, yalnız 'müslüman olmayan azınlıklar'ın haklarından söz edilmektedir. Bu haklar konusunda da bazı özellikler göze çarpmaktadır. Andlaşmada yer alan dokuz m.nin ağırlığını, müslüman olmayan Türk vatandaşlarına din ve ibadet hürriyeti ile ilgili olarak tanıyan haklar teşkil etmektedir. Bu hakların milletlerarası bir andlaşmada yer almasının nedeni, tarihi bir olaydan ileri gelmektedir. ...Ondokuzuncu yüzyıla gelinceye kadar Osmanlı Devleti, hıristiyanlara din ve ibadet hürriyetini tanımakla beraber, müslüman olmayanlara ayrı bir vatandaşlık işlemi yapmıştır. Lozanın bu hükümleri ile böyle bir durumun tekrarlanması önlenmek istenmiş ve Türk toplumunda müslüman olmayan vatandaşların müslüman vatandaşlarla eşit seviyeye getirilmesi amacı güdülmüştür. Esasen Milli Mücadelenin modern ve demokratik anlayışı da ayrımlı vatandaşlığa olanak vermediğinden. Türkiye, Lozanda bu hükümleri kabulde bir sakınca görmemiştir" Armaoğlu, F. H., Lozan ve Patrikhane, Cumhuriyet Gazetesi, 22.4.1965, S.14626, s.2. Güneri, Azınlık Vakıfları, 92-93'den naklen.

<sup>27</sup> Zevkçiler, A./Acabey, M. B./Gökyayla, K. E., Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 2000, s.642; Akipek, J. G./Akıntürk, T., Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Beşinci Bası, Ankara, 2004, s.680.

vakıf kurulması aranmalıdır. Eğer vakfın amacı Anayasanın 14. maddesindeki yasak kapsamına giriyorsa, bu durumda Anayasanın 33. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen vakıf kurma hürriyetinin “...ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla” sınırlanabileceği yönündeki hüküm uygulanarak böyle bir vakfın kurulmasına müsaade edilmeyebilir. Bunun dışındaki haller Anayasanın 33. maddesinin 3. fıkrasında sayılan sebeplere dahil edilemez<sup>28</sup>.

Öte yandan, Anayasanın 33. maddesinde yapılan değişiklikle, dernek ve vakıf kurma hürriyeti genişletildiğine göre, Medeni Kanununun 101. maddesinin 4. fıkrasındaki “belirli bir cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz” hükmünün gerek azınlıklar gerekse azınlıklar dışındakilere ait vakıfları da kapsayacak şekilde yorumlanması, hükmün Anayasaya uygunluğunu şüpheli hale getirmektedir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, vakıf kurma hakkı bir temel hak niteliğindedir. Dernek kurma hakkı ile birlikte düzenlenen bu hak “ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlandırılabilir”. Ayrıca, kanunla yapılacak sınırlandırmalar da, bir temel hakkın sınırlandırılması niteliğinde olacağı için hakkın özüne dokunmamalı ve olabildiğince dar yorumlanmalıdır. Nitekim, kanun koyucu dernek kurma hakkına ilişkin olarak 4771, 4778, 4964 sayılı Kanunlarla ve son olarak da 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile bu yönde özgürlük alanını son derece genişleten düzenlemeler yapmış bulunmaktadır. Vakıflar bakımından Medeni Kanununun 101. maddesinin 4. fıkrasında bulunan hüküm ise daha, eski Medeni Kanuna ilk dahil edildiğinde eleştirilere uğramış bir hükümdür. Gerçekten, doktrinde çok sayıda yazar, hükümde geçen vakfın amacının milli menfaatlere aykırı olamayacağı ve belirli bir cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı ifadelerinin muğlak, belirsiz, sınırlarının belirlenmesi güç olan ifadeler olduğunu vurgulamış ve hükmün düzeltilmeye muhtaç olduğunu belirtmişlerdir<sup>29</sup>.

Yargıtay da, yukarıda belirtilen kararlardan da anlaşıldığı gibi, bu görüşler doğrultusunda, hükmü dar yorumlama eğilimi göstermektedir. Hükümde geçen cemaat sözcüğünün azınlıkları ifade ettiği belirtildiğinden, bunlar dışındaki toplulukların bu kapsama dahil edilmesi düşünülmeyeceği gibi, Anayasa koyucunun yeni eğilimi doğrultusunda azınlıklar bakımından dahi söz konusu hükmün gözden geçirilmesi gerektiği ortadadır. Nitekim, Hatemi, “Kanun dilinde çok titiz davranmalıdır. ‘Kanuna veya ahlaka aykırı olmamalıdır’ demek, birçok müphem terimin kullanılmasından daha iyidir. Milli menfaatlere aykırılık ne demektir? Kanuna aykırılık demek yeterli değil midir? Yoksa hakime milli menfaatleri kanuna aykırılıktan bağımsız olarak takdir yetkisi mi verilmiştir? Böylece, vakıf kurma, ruhsata mı bağlanmış? **Sonra, belli bir cemaat mensuplarını desteklemek ne demektir? Bu gibi kural-**

<sup>28</sup> Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin Bahai Vakfına ilişkin kararına muhalefet şerhi koyan Başkan Niyazi Karkazan’ın benzer yöndeki gerekçesi için bkz., Bayraktarı, 282-283 dn.8.

<sup>29</sup> Serozan, 97; Hatemi, Kişiler Hukuku, 149; Özsunay, 391; İşeri, 48.

lar tekrar gözden geçirilmeli, Hukuk Devletine yakışır bir ifadeye kavuşturulmalıdır" diyerek bu hususu vurgulamıştır<sup>30</sup>.

İşeri ise, "...Milli menfaatlere aykırılık kaydı gayet geniş, müphem ve elastiktir. Bu sebeple, bir vakfın vücut buluşu, büyük ölçüde yargıcın takdirine bağlı kılınmıştır. Kanunda böyle bir kayda yer verilmemesi temenni olunurdu. Diğer taraftan, cemaat mensuplarını desteklemek gayesiyle vakıf kurulmasını yasaklamakla, bu sahada boşalan yeri devletin doldurması gerekecektir. Kanunun gayesi devlete düşen sosyal görevlerin yükünü, vakıflar sayesinde azaltmak olduğuna göre, kanun koyucu bu noktada kendi kendine çelişmeye düşmüştür. Bu yasaklama, milli güvenlik mülahazası ile yapılmış olsa bile, devletin teftiş ve denetlemesine tabi kılınmış olan vakıflar hakkında bu endişenin varit olmaması gerekirdi. Kaldı ki, bu yasaklamanın, devlete vatandaşlık bağı ile bağlı bulunan cemaatlere mensup kişilerin, vakıf kurma serbestilerinin özüne dokunduğundan bahisle, Anayasaya aykırı olup olmadığı hususu da tartışılabilir"<sup>31</sup>. Görüldüğü gibi, daha 1968 yılında, üstelik sadece azınlıkları ilgilendirdiği kabul edilen bu hükmün Anayasaya aykırılığının tartışılabileceği ifade edilmişken, bugün evleviyetle Anayasaya aykırılığın ileri sürülmesi mümkün olsa gerekir.

## B) ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE AYKIRILIĞI SORUNU

### 1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü düzenleyen 9. maddesi ve dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesinin Anayasanın 33. maddesine paralel bir hüküm taşıdığı göz önünde tutulduğunda, söz konusu hükmün, yukarıda belirtilen gerekçeler sebebiyle, anılan sözleşme hükmüne de aykırı olduğu ortaya çıkmaktadır.

<sup>30</sup> Hatemi, Kişiler Hukuku, 149.

<sup>31</sup> İşeri, 48. Aksi görüşte, Güneri, Azınlık Vakıfları, 98; Bayrakeri, 284. Güneri bu hususta, "Gerçekten, Ülkemizdeki Rum, Ermeni ve Yahudi (musevi) azınlıklarına ait vakıfların varlıkları ve bunların VK (Vakıflar Kanunu) ile tanınmış olmaları, sözü geçen bu azınlıkların dahi diledikleri takdirde yine bu türlü vakıfları kurabilecekleri anlamına gelmez. Kaldı ki azınlıklara ilişkin olan bu vakıfların varlıklarının VK ile tanınmış olması da Lozan Andlaşmasındaki yükümlülüğümüzün bir gereğidir. Bu nedendenir ki MK'un yürürlüğe girişinden sonra Ülkemizde mevcut azınlıklara ait olarak hiçbir vakıf kurulmamıştır ve kurulması da mümkün değildir" dedikten sonra, Anayasaya aykırılık iddiası hakkında "Bize, bu iddia geçersizdir. Çünkü, ortada müslüman olmayan azınlıkların birer Türk vatandaşı olarak vakıf kurmalarını kısıtlayan hiçbir hüküm yoktur. Ne var ki kuracakları vakfın, azınlık mensuplarını desteklemek amacıyla gütmemesi gereklidir. Esasen bu yön müslüman Türk vatandaşları hakkında da geçerlidir. Netekim bunların da azınlık mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurabilmeleri olanaksızdır. Kanaatimize göre, burada Anayasaya aykırılık değil, tersine Anayasanın koyduğu, kanun önünde eşitlik prensibinin tüm anlamıyla bir uygulaması söz konusudur. Kanun önünde eşitlikten maksat da aynı haklara ve keza aynı yükümlülüklerle sahip olmaktan başka bir şey değildir. Yoksa müslüman olmayan azınlıklara mensup Türk vatandaşlarına, müslüman Türk vatandaşlarından daha üstün bir durum ve dolayısıyla bir ayrıcalık tanınmış olur ki. Anayasaya aykırılık ancak o zaman söz konusu olabilir" demektedir. Bkz., Güneri, Azınlık Vakıfları, 98. Buradaki Anayasaya aykırılık iddiası azınlıkların desteklemek amacıyla vakıf kurulmaması bakımından olup, müslüman olmayanların kuramaması bakımından olmadığından, zaten müslümanlar da azınlıkları desteklemek amacıyla vakıf kuramamaktadır, bu yüzden aykırılık bulunmamaktadır demek meseleye yanlış açıdan yaklaşılmasının bir sonucudur.

## 2. Lozan Barış Andlaşması Bakımından

Lozan Barış Andlaşması azınlıklara ayrıcalık tanımamış, müslüman Türk olan vatandaşlarla eşit haklara sahip olmalarını öngörmüştür<sup>32</sup>. Başka bir ifadeyle, azınlıkların hak ve hürriyetler bakımından diğer vatandaşlardan bir farkları bulunmamaktadır.

Kaldı ki, Lozan Barış Andlaşmasınının 42. maddesinin 3. fıkrası “Türk Hükümeti, söz konusu azınlıklara ait kiliselere, havralara, mezarlıklara ve öteki din kurumlarına tam bir koruma sağlamayı yükümlenir. Bu azınlıkların Türkiye’deki vakıflarına, din ve hayır işleri kurumlarına her türlü kolaylıklar ve izinler sağlanacak ve Türk Hükümeti, yeniden din ve hayır kurumları kurulması için, bu nitelikteki öteki özel kurumlara sağlanmış gerekli kolaylıklardan hiçbirini esirgemeyecektir” hükmünü taşımaktadır<sup>33</sup>.

Bu hüküm gereği, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, azınlıkların andlaşmanın yapıldığı tarihte mevcut olan vakıflarına her türlü kolaylık ve izni sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Hükümde, Türk Hükümetinin yeniden din ve hayır kurumları kurulması için, bu nitelikteki öteki özel kurumlara sağlanmış gerekli kolaylıklardan hiçbirini esirgemeyeceği öngörülmüş, ama yeni kurulacak vakıflardan söz etmemiştir. Ancak, din ve hayır kurumları kavramının geniş yorumlanması halinde vakıfların bu kapsama gireceğinde şüphe yoktur. Çünkü, din ve hayır kurumları için seçilecek en uygun tüzel kişilik türü vakıftır.

Buna rağmen, söze bağlı dar yorum yapılsa bile, bu sadece azınlıkların kuracağı vakıflara kolaylık sağlama yükümlülüğü olmadığını gösterir, yasaklama zorunluluğundan ise herhalde söz edilemez. Bu hüküm, mevcut Anayasa hükümleriyle birlikte dikkate alındığında, Devletin, azınlıkların vakıf kurma hakkını engellemesi ve buna müsaade etmesi, sadece bir Tabii Hukuk kuralı değil, yürürlükteki hukuk kuralı gereğidir.

<sup>32</sup> Hatemi, Cemaat Vakıfları, 804. Aynı yöndeki Danıştay Genel Kurulu’nun 18.3.1963 tarihli, E.67, K.43 sayılı istişari mütalaası için bkz.. Güneri, Azınlık Vakıfları, 97.

<sup>33</sup> Maddenin sadeleştirilmiş bu metni için bkz., Gündüz, A., Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, 2. Baskı, İstanbul, 1994, s.612. Maddenin orijinal metni için bkz., Bozkurt, E., Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, Ankara, 1992, s.17.

## VI. SONUÇ

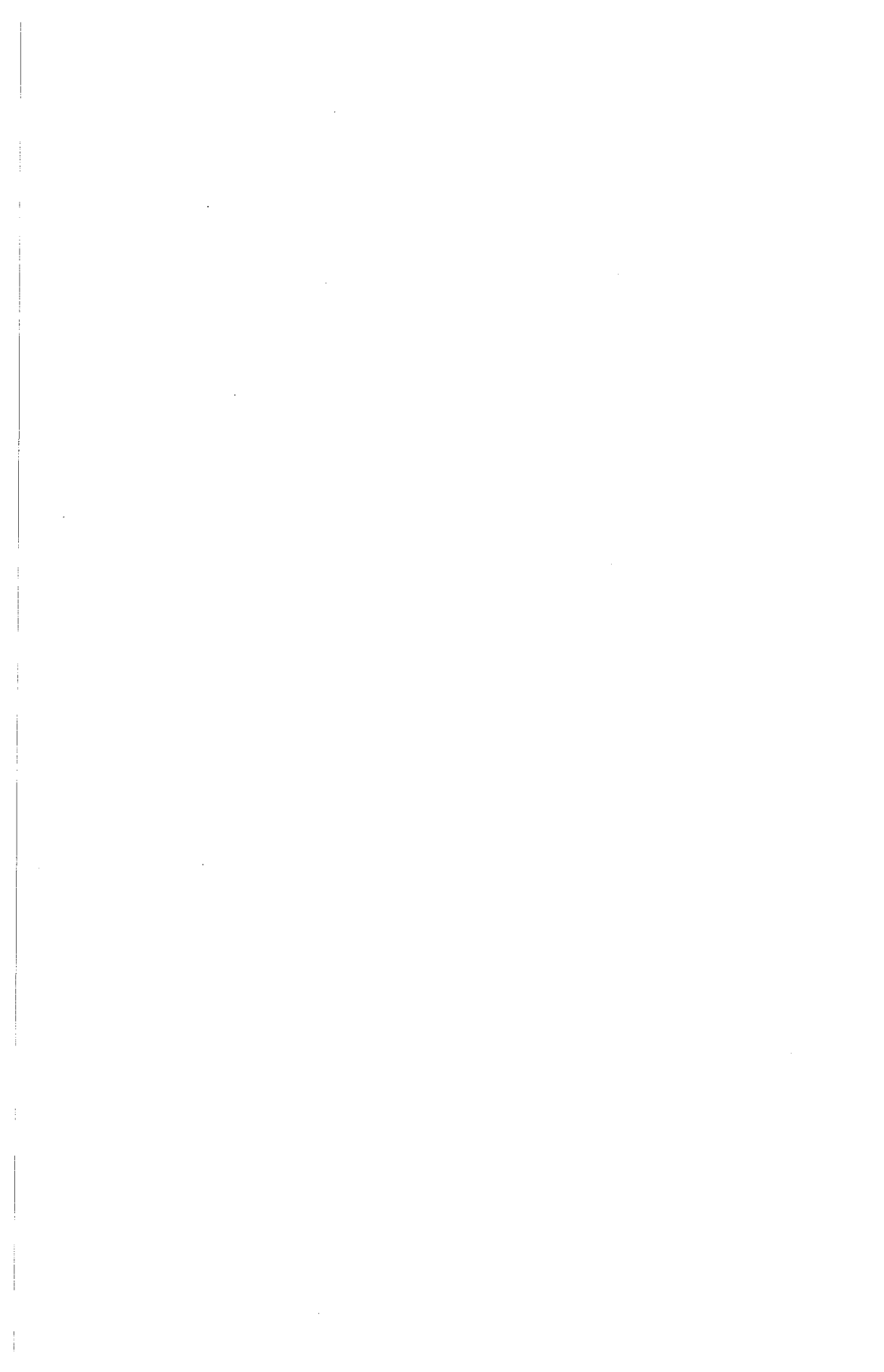
Medeni Kanunun 101. maddesinin 4. fıkrasında vakfın amacını düzenleyen hüküm muğlak ifadeler içermektedir. Bunun yerine Medeni Kanunun 47. maddesinin 2. fıkrasında tüm tüzel kişilikler için öngörülen "Amaçlı hukuka veya ahlaka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz" şeklindeki hükme paralel olarak "**Hukuka ve ahlaka aykırı amaçla vakıf kurulamaz**" hükmüne yer verilmesi daha uygundur. Nitekim, dernekler bakımından Medeni Kanunun 56. maddesinin 2. fıkrasında "Hukuka veya ahlaka aykırı amaçlarla dernek kurulamaz" hükmüne yer verilmiştir. Vakıflar bakımından aynı yöndeki bir düzenleme maksadı daha iyi ifade edecek, uygulamadaki tereddütleri ve karışıklıkları da önleyecektir.

Bu değişiklik yapılmasa dahi, Medeni Kanunun 101. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "belli bir cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı"na ilişkin hüküm amaca ve Anayasaya uygun yorumlanmalı ve bir temel hakkın sınırlaması olduğu göz önünde tutularak dar yorum tercih edilmelidir. Söz konusu hükümde, Türk vatandaşı olan azınlıkları desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağını ifade etmekle beraber, bu destekten ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Hükümün sözüne bağlı bir yorumla, inanç, ibadet ve bu yöndeki kültürel ve eğitimle ilgili her türlü koruyucu ve destekleyici faaliyet bu kapsama dahil edilebilir. Biz bu yorumun hükümün amacına, Anayasaya ve uluslararası sözleşmelere uygun olmadığı kanaatindeyiz. Hükümün amaca ve Anayasaya uygun yorumlanması gerekir. Bu doğrultuda, destekten toplumda bölücülüğe ve ayrımcılığa yol açacak veya Devleti zaafiyete uğratabilecek faaliyetler anlaşılmalı ve kamu düzenini bozabilecek amaçlar taşıyan cemaat vakfı kurulmasına müsaade edilmemelidir. Bunlar dışında kalanlar ise Anayasal haklarından serbestçe yararlanabilmelidir.

## YARARLANILAN ESERLER

- Akıpek, J. G./Akıntürk, T.**, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Beşinci Bası, Ankara, 2004.
- Armaoğlu, F. H.**, Lozan ve Patrikhane, Cumhuriyet Gazetesi, 22.4.1965, S.14626, s.2, Güneri, Azınlık Vakıfları, 92-93'den naklen.
- Ballar, S.**, Yeni Vakıflar Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2000.
- Bayrakeri, F.**, Uygulamada Ortaya Çıkan veya Çıkabilecek Sorunlar Açısından, Medeni Kanuna Tabi Vakıfların Kuruluş, İşleyiş ve Gelişimindeki Aksaklık ve Zorluklar ile Bunların Giderilmesi İçin Alınması Gerekli Hukuki, İdari, Ekonomik ve Mali Tedbirler, Türkiye'de Medeni Kanuna Göre Kurulmuş Vakıflar ve Sorunları, İstanbul, 1975, (s.267-326).
- Bozkurt, E.**, Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, Ankara, 1992.
- Dalamanlı, L.**, Eski-Yeni Vakıf Davaları, Ankara, 1986.
- Gündüz, A.**, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, 2. Baskı, İstanbul, 1994.
- Güneri, H.**, Azınlık Vakıflarının İncelenmesi, Vakıflar Dergisi, S.X, 1973, s.79-108 (Azınlık Vakıfları).
- Güneri, H.**, Türk Medeni Kanunu Açısından Vakıfta Amaç Kavramı ve Amacına Göre Vakıf Türleri, Ankara, 1976 (Vakıfta Amaç).
- Hatemi, H.**, Cemaat Vakıfları Konusunda Düşünceler, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004, s.803-818 (Cemaat Vakıfları).
- Hatemi, H.**, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992 (Kişiler Hukuku).
- İşeri, A.**, Türk Medeni Kanununa Göre Vakıf, Ankara, 1968.
- Karinabadizade Ömer Hilmi/Sungurbey, İ.**, Eski Vakıfların Temel Kitabı, İstanbul, 1978.
- Mutlu, L.**, Hukuk Sözlüğü, İstanbul, 2004.
- Özsunay, E.**, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul, 1982.
- Serozan, R.**, Tüzel Kişiler, Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, İstanbul, 1994.
- Türk Hukuk Lügatı**, 3. Baskı, Ankara, 1991.
- Zevkliler, A./Acabey, M. B./Gökyayla, K. E.**, Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 2000.





# AVRUPA BİRLİĞİNİN 2005/29/EC HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALAR YÖNERGESİ

Çevirenler : Doç. Dr. İsmail KAYAR\*  
Arş. Gör. Özlem İLBASMIŞ\*

*84/450/EEC Konsey Yönergesi, Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 97/7/EC, 98/27/EC ve 2002/65/EC Yönergelerini ve Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 2006/2004 nolu Tüzüğüne değiştiren, iç pazarda işletme tüketici ilişkilerine dair haksız ticari uygulamalar hakkında, 11 Mayıs 2005 tarihli, Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 2005/29/EC Yönergesi<sup>1</sup>*  
(Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi)

Avrupa Birliği Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, Avrupa Topluluğunu kuran antlaşmayı ve özellikle 95. maddeyi, Komisyonun teklifini, Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesinin görüşünü göz önünde tutarak ve Antlaşmanın 251. maddesinde düzenlenen usule uygun hareket etmek suretiyle :

- 1) Antlaşmanın 153 (1) ve (3) (a) maddesi, Topluluğun, 95. maddeye uygun olarak benimseyeceği tedbirler sayesinde, tüketici korunmasını üst düzeyde sağlamasını öngörmektedir.
- 2) Antlaşmanın 14 (2) maddesine uygun olarak, iç pazar, hizmetlerin ve malların serbest dolaşımı ve yerleşme serbestisinin garanti edildiği dahili sınırların bulunmadığı bir alan ihtiva etmektedir. Dahili sınırların bulunmadığı alanda dürüst ticari uygulamaların gelişmesi, sınır ötesi faaliyetlerin gelişiminin yükselmesi açısından önemlidir.
- 3) Haksız ticari uygulamalarla ilgili üye devletlerin kanunları, rekabetin seziilebilir tahrifine ve iç pazarın düzgün işleyişine engel oluşturabilecek piyasa farklılıkları gösterebilir. Aldatıcı ve karşılaştırmalı reklam hakkında, 10 Eylül 1984 tarihli, 84/450/EEC Konsey Yönergesi, aldatıcı reklamlar hakkındaki mevzuatın uyumlaştırılması için asgari kriterler saptar, fakat üye devletleri, tüketiciler için daha geniş koruma sağlayan tedbirler bulundurması veya kabul etmesi konusunda engelleyemez. Sonuç olarak, üye devletlerin aldatıcı reklam hakkındaki hükümleri *belirgin bir şekilde* birbirinden ayrılır.

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Official Journal of the European Union. 11.6.2005. L 149/22-39.

- 4) Bu farklar, tüketicilerin ekonomik menfaatlerine zarar veren haksız ticari uygulamalara hangi ulusal hukuk kurallarının uygulanacağı konusunda belirsizliğe sebep olur ve işletme ve tüketicileri etkileyen birçok engel yaratır. Bu engeller, işletmelerin iç pazar özgürlüklerini kullanmalarının maliyetini yükseltir, özellikle, işletmeler sınır ötesi pazarlama, reklam kampanyaları ve satış promosyonları ile meşgul olmak istediklerinde. Bu engeller, ayrıca, tüketicileri hakları konusunda belirsizliğe düşürür ve onların iç pazardaki güvenlerini azaltır.
- 5) Topluluk düzeyinde yeknesak kuralların yokluğu durumunda, sınırlar arasında hizmetlerin ve malların serbest dolaşımı veya yerleşme serbestisinin önündeki engeller, tanınmış kamu yararı amaçlarını korumaya çalıştıkları ve sözkonusu amaçlarla orantılı oldukları sürece, Avrupa Toplulukları Adalet Divanının içtihat hukuku ışığında, haklı çıkarılabilir. Topluluğun amaçları karşısında, Antlaşmanın hükümlerinde ve dolaşım özgürlüğü ile ilgili ikincil Topluluk hukukunda düzenlendiği gibi ve ticari tebliğlerle ilgili Komisyon'un politikasına uygun olarak, Komisyon'un "The follow-up to the Green Paper on Commercial Communications in the Internal Market" başlıklı tebliğinde işaret edildiği gibi, sözkonusu engeller kaldırılmalı. Bu engeller yalnızca, tüketicinin yüksek seviyede korunmasını sağlayan Topluluk düzeyinde yeknesak kurallar oluşturulması ve belirli hukuki kavramların, iç pazarın tam (*doğru*) işlenmesi için gereken kapsamda ve hukuki belirlilik ihtiyacını sağlamak amacıyla, topluluk düzeyinde açıklanması yoluyla kaldırılabilir.
- 6) Bu direktif, böylece, üye devletlerin, tüketicilerin ekonomik menfaatlerine doğrudan zarar veren ve böylece dolaylı olarak meşru rakiplerin ekonomik menfaatlerini zedeleyen, haksız reklamı da içeren haksız ticari uygulamalarla ilgili, mevzuatlarını yaklaştırmaktadır. Ölçülülük ilkesine göre, bu yönerge tüketicileri, bu tür haksız ticari uygulamaların sonuçlarından, bu sonuçlar önemli olduğunda, korur, fakat bazı durumlarda tüketiciler üzerindeki etkinin ihmal edilebilir olduğunu (*önemsiz olduğunu*) kabul eder. Bu yönerge, sadece rakiplerin ekonomik menfaatlerini zedeleyen veya taccirler arasındaki bir sözleşmeye ilişkin haksız ticari uygulamalarla ilgili ulusal kanunları ne tasdik eder, ne de değiştirir; "yetki ikamesi ilkesini" göz önünde tutarak, Üye devletler, bu tür uygulamaları düzenleme yetkisine sahip olmaya devam edecekler, topluluk hukukuna uygun olarak, bunu yapmayı tercih etmişlerse. Bu yönerge, işletmeleri aldatan fakat tüketiciler için aldatıcı olmayan ve karşılaştırmalı reklam üzerine, reklamlar hakkında 84/450/EEC yönergesinin hükümlerini ne tasdik eder ne de değiştirir. Ek olarak, bu yönerge kanuna uygun ürün yerleştirmeye, marka farklılığı veya tüketicilerin ürünü anlama kabiliyetini meşru olarak etkileyebilen ve tüketicinin bilinçli bir karar alma kabiliyetini zayıflatmaksızın davranışını etkileyen teşvik teklifleri gibi, kabul edilmiş reklam ve pazarlama uygulamalarını etkilemez.

- 7) Bu yönerge, tüketicilerin ürünlerle ilgili akdi kararlarının etkilenmesi ile doğrudan ilgili ticari uygulamalara hitap eder. Yıllık raporlar ve müşterek reklam malzemeleri gibi, örnek olarak yatırımcıları hedef alan ticari bültenleri de içeren, esasen diğer amaçlar için yürütülen ticari uygulamalara hitap etmez. Üye devletler arasında büyük farklılık gösteren zevkler ve adaptlarla ilgili hukuki yükümlülüklerle hitap etmez. Örneğin sokaklardaki talepler gibi ticari uygulamalar üye devletlerde kültürel sebeplerle sakıncalı olabilir. Üye devletler, dolayısıyla, kendi sınırları içindeki ticari uygulamaları, Topluluk hukukuna uygun olarak, zevkler ve adaptlar nedeniyle, bu uygulamalar tüketicilerin seçme özgürlüğünü kısıtlamadığı durumlarda dahi, yasaklamaya devam etmeye ehil olmalıdırlar. Bu yönergenin uygulanmasında ilgili münferit vakıa bağlamında tüm açıklama (*hikaye, beyan*) alınmalı, özellikle genel koşulları.
- 8) Bu yönerge, tüketici ekonomik menfaatleri, işletme-tüketici ilişkilerine dair haksız ticari uygulamalardan, doğrudan, korur. Böylece, bu yönerge aynı zamanda, dolaylı olarak, hukuki işletmeleri, bu yönergedeki kurallara uygun oynamayan rakiplerinden korur ve bu yolla kendi düzenlediği sahalarda haklı rekabeti garanti eder. Öyle anlaşılıyor ki, tüketicilere zarar vermediği halde, rakiplere ve işletme müşterilerine zarar verebilen diğer ticari uygulamalar mevcuttur. Komisyon, bu yönergenin (*havalesinin*) dışında, haksız rekabet alanında, topluluk müdahalesinin gereğini dikkatlice incelemeli ve eğer gerekiyorsa, haksız rekabetin sözkonusu diğer görünümünü kapsayacak şekilde (*kapsamak için*) yasa tasarısı yapabilir.
- 9) Bu yönerge, haksız bir ticari uygulamayla zarar görenler tarafından açılan bireysel davalara hanel getirmez (*saklı tutar*). Bu yönerge ayrıca sözleşme hukuku, fikri mülkiyet hukuku, ürünlerin sağlık ve güvenlik yönleri, kuruluş ve izin rejimlerinin şartları hakkındaki topluluk hukukuyla uyumlu olan, şansa bağlı faaliyetlerle ve Topluluk rekabet kuralları ve bunları tamamlayan ulusal hükümleri de içeren Topluluk ve ulusal hukuk kurallarına hanel getirmez (*kuralları saklı tutar*). Öyleyse, Üye Devletler, kendi sınırları içinde, tacirlerin sözkonusu olduğu her yerde, tüketicilerin sağlık ve güvenliğinin korunması amacıyla, ticari uygulamalarla ilgili sınırlandırmaları ve yasakları koruyabilecek ve ortaya koyabilecekler, özellikle alkolle, tütünle veya ecza ile ilgili mali hizmetler ve taşınmaz mallar, karmaşıklıkları ve tabiatlarında varolan ciddi riskler nedeniyle tacirlere ilişkin olumlu yükümlülükleri içeren detaylı koşullara ihtiyaç duyarlar. Bu nedenle mali hizmetler ve taşınmaz mallar alanında, bu yönerge, üye devletlerin bu yönerge hükümlerini aşma hakkına, tüketicilerin ekonomik menfaatlerini korumak amacıyla, hanel getirmez. Bu yönerge kıymetli madenlerin saflık standartlarının belgelenmesi ve gösterilmesinin burada düzenlenmesine uygun değildir.

- 10) Bu yönerge ve mevcut Topluluk hukuku ilişkisinin uyumluluğunu sağlamak gereklidir, özellikle haksız ticari uygulamalar hakkındaki detaylı hükümlerin özel sektörlere uygulandığı yerde. Bu yönerge öyleyse mesafe sözleşmelerinde tüketicilerin korunması hakkında, 20 Mayıs 1997 tarihli, Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin, 97/7/EC yönergesi ve 84/450/EC yönergesini, tüketicilerin menfaatlerinin korunması için emirler üzerine, 19 Mayıs 1998 tarihi Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 98/27/EC yönergesi ve tüketici finansal servislerinin mesafe pazarlamaları hakkında, 23 Eylül 2002 tarihli, Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin 2002/65/EC yönergesini değiştirir. Bu yönerge dolayısıyla, yalnızca bilgi ihtiyaçları ve bilginin tüketiciye sunumu yolunda kurallar gibi haksız ticari uygulamaların özel görünümelerini düzenleyen özel topluluk hukuku hükümleri olmadığında, uygulanır. Topluluk düzeyinde özel sektörel düzenleme olmadığında tüketiciler için koruma sağlar ve tacirleri ürünlerin doğası hakkında yanlış izlenim yaratmaktan men eder. Bu özellikle, belirli finansal servis ürünleri gibi tüketiciler için yüksek seviyede risk taşıyan karmaşık (*bileşik, kompleks*) ürünler için önemlidir. Bu yönerge, netice olarak, tüketicilerin ekonomik menfaatlerine zarar veren ticari uygulamalara uygulanabilen topluluk müktesebatını tamamlar.
- 11) Ulusal hükümlerin yakınlaşmasıyla elde edilen yüksek seviyeli yaklaşım doğrultusunda, bu yönerge, ortak bir tüketicinin yüksek seviyeli korunmasını meydana getirmektedir. Söz konusu yönerge, tüketicinin ekonomik davranışlarını gerçek anlamından saptıran haksız ticari faaliyetlere birtakım genel yasaklar getirmektedir. Aynı zamanda, topluluk düzeyinde düzenlenmemiş saldırgan ticari uygulamalarla ilgili kuralları da içermektedir.
- 12) Hukukların uyumlaştırılması tüketiciler ve üreticinin her ikisi açısından hukuki kesinliği oldukça arttıracaktır. Tüketici ve üreticinin her ikisi de, Avrupa Birliği çerçevesinde bütün haksız ticari faaliyetlerin düzenlendiği, açıkça tanımlanmış hukuki kavramlara dayanan düzenleyici tek bir yapıya itimat edebileceklerdir. Etkisi, tüketicinin ekonomik çıkarlarını zedeleyen haksız ticari faaliyetlere ilişkin kuralların eksikliklerinden kaynaklanan engelleri gidermek ve bu alanda piyasanın elde edilmesine imkan sağlamaktır.
- 13) Topluluğun iç piyasadaki engelleri kaldırmaya yönelik hedeflerine ulaşması için üye devletlerin birbirinden farklı genel hüküm ve hukuki ilkelerini yenileriyle değiştirmeleri yerinde olacaktır. Bu nedenle söz konusu yönergenin oluşturduğu tek ve genel yasak, tüketicilerin ekonomik çıkarlarını zedeleyen haksız ticari faaliyetleri kapsamaktadır. Söz konusu genel yasak, tüketicinin güvenliğini desteklemek için, bir tacir ve bir tüketici arasındaki sözleşmesel ilişki dışında oluşan haksız ticari faaliyetlere veya bir sözleşmenin uygulanması esnasında ve sonuçlanmasında eşit olarak uygulanmalıdır. Bu genel yasak, iki çeşit ticari faaliyetle ilgili kuralların ayrıntısına

girmiştir; şöyle ki bunlar en çok olan ortak yanıltıcı ticari faaliyetler ve saldırgan ticari faaliyetlerdir.

- 14) Tüketicinin bilgi edinmesini engelleyen, tüketiciyi aldatarak yanlış yönlendiren reklamcılık da dahil söz konusu yanıltıcı ticari faaliyetler caziptir. Üye devletlerin yanıltıcı reklam konusundaki hukuki düzenleme ve uygulamalarına uygun olarak yönerge, yanıltıcı uygulamaları yanıltıcı eylemler ve yanıltıcı ihmaller olarak sınıflandırmıştır. İhmallerle ilgili olarak yönerge, tüketicilerin yapmaya ihtiyaç duyduğu bilgi verici işgörmeli karar niteliği taşıyan sınırlı sayıda anahtar bilgiyi ortaya koymaktadır. Söz konusu bilginin bütün reklamların içerisinde açığa vurulması zorunlu olmayacak; fakat sadece yönergede açıkça tanımlanmış bir kavram olan tacirin satın almaya yönelik davetinde yer alacaktır. Yönergede benimsenen yaklaşım tarzı, üye devletlerin, muayyen ürünlerin temel karakteristik özelliklerini ve benzer hususları iç hukuklarında ayrı ayrı göstermelerini engellemektedir. Örneğin bir satın alma davetindeki elektrikli ürünlerde veya bir koleksiyoncu parçasında esaslı olabilecek ihmallerde olduğu gibi. Yönergenin amacı, ürünün ticari kaynağı gibi hususlarda, tüketicinin diğer ürünlerle karıştıracığı kadar birbirine benzeme durumunda, ürünlerin reklamını yasaklayarak tüketici tercihini azaltmak değildir. Yönerge, ticari faaliyet alanında tüketicilerin korunmasına ilişkin birçok düzenlemedeki seçme hakları arasında üye devletlerin tercihini açıkça ortaya koyan topluluk hukukunun varlığına peşin hükümlü olmamalıdır. Bu hususta yönergede, 2002/58/AT sayılı yönergenin onüçüncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki ve elektronik haberleşme sektöründeki gizliliğin korunması ve kişiye ait bilgiyi işlemeye ilişkin 12 Temmuz 2002 tarihli konseydeki haksız hükümler yer almamalıdır.
- 15) Topluluk hukukunun ticari haberleşme, reklamcılık ve satıcılığa duyulan gereksinimlere ilişkin olarak oluşturduğu bilgi, yönergenin maddi temeli kabul edilmektedir. Üye devletler, topluluk hukuku belgelerinde izin verilen hususlarda, sözleşme hukuku ve sözleşme hukukunun sonuçlarına ilişkin ihtiyaç duyulan bilgiyi tutabilecek veya ekleyebileceklerdir. İhtiyaç duyulan bu tarz bilgiler Ek II içinde ayrıntılı olmayan bir listede yer almaktadır.

Yönerge tarafından tanıtilen ve sadece topluluk hukukunda talep edilen bilgi, 7 (5) maddesinin amacının materyali olarak değerlendirilir. Üye devletler, topluluk hukukunda belirlenenden daha fazla veya daha az bilgi ihtiyacı öne sürdüğünde, bu ekstra bilgi bu yönerge açısından yanıltıcı ihmal oluşturmayacaktır. Aksine üye devletler, topluluk hukukundaki en alt seviyeli maddelerinde yasaklanmadığında, tüketicinin sözleşmeden doğan haklarının yüksek seviyeli korunmasını sağlamak için daha zorlu hükümler öne sürecek veya muhafaza edebileceklerdir.

- 1) Saldırgan ticari faaliyetlerle ilgili hükümler, tüketicinin seçim özgürlüğünü önemli ölçüde bozan uygulamaları kapsamaktadır. Bunlar, fiziksel güç

kullanarak zorlamayı ve yasaya aykırı nüfuz kullanmayı içeren rahatsız edici faaliyetlerdir.

- 2) Her koşulda haksız olan sözkonusu ticari faaliyetleri, hukuki kesinliği sağlamak için tanımlamak arzu edilen ve istenendir. Bu nedenle EK I bu tarz faaliyetlerin tümünün bir listesini içermektedir. Sözkonusu ticari faaliyetler sadece madde 5'ten 9'a kadar olan hükümlerin karşısında haksız sayılacak olanlardır. Bu liste, yönergenin gözden geçirilip düzeltilmesinde biraz değişikliğe uğramıştır.
- 3) Bütün tüketicileri haksız ticari faaliyetlere karşı korumak yerinde olacaktır; bununla birlikte Adalet Divanı 84/450/AET sayılı yönergenin kabulünden bu yana, reklamcılıkla ilgili davalara bakarken ve karar verirken hayali tipik bir tüketicinin üzerindeki etkiyi değerlendirmeyi gerekli görmüştür. Burada yer alan korumanın etkin olarak uygulanmasına imkan vermek için, orantılılık ilkesi doğrultusunda yönerge, Divan'ın yorumladığı gibi, makul ölçüde bilgili, araştırmacı ve tedbirli, sosyal ve kültürel faktörleri dikkate alan ortalama bir tüketiciyi kriter almıştır. Fakat aynı zamanda yönerge, özellikleri nedeniyle haksız ticari faaliyetlerden kolayca zarar gören tüketicilerin istismarını önlemeyi amaç edinmiş hükümleri de içermektedir. Ticari bir faaliyet, çocuklarda olduğu gibi tüketicilerin özel olarak belirli bir kesimini hedeflediğinde, sözkonusu faaliyetlerin etkisinin o grup üyelerinin bakış açısına göre tayin edilmesi istenilen ve makbul olmaktadır. Bu nedenle çocuklara yönelen reklamcılığa ilişkin açık bir yasak koymasızın, onları her duruma ilişkin bir hükmün olduğu uygulama listesi içine almak, alışverişte direkt uyarılardan kurtaracaktır. Ortalama tüketici testi istatistiğe dayanan bir test değildir. Ulusal mahkemeler ve otoriteler bir davadaki ortalama tüketicinin tipik etkisini belirtmek için, Adalet Divanı'nın içtihat hukukunu dikkate alarak, yargılamada kendi öncelik haklarını kullanacaklardır.
- 4) Yaş, fiziksel ve ruhsal hastalık veya her şeye inanma gibi belirgin nedenler tüketicilerin kolayca etkilenmesine neden olmakta veya sadece sözkonusu tüketicilerin ekonomik davranışlarını tacirin bir şekilde gerçek anlamından saptırabilme olasılığının temelini teşkil etmektedir. O grubun üyelerinin ortalama bakış açısından hareket etmek suretiyle, onların yeterli bir şekilde korunmalarını sağlamak yerinde olacaktır.
- 5) Tacirlerin, Yönerge'nin ilkelerini, spesifik ekonomik alanlara uygulamalarını sağlamak için, yasal düzenlemelere bir rol vermek yerinde olacaktır. Tacirlerin davranışlarını düzenleyen spesifik emredici düzenlemelerin olduğu sektörlerde, bunlar aynı zamanda o sektördeki profesyonel gayretlere duyulan ihtiyaca delil teşkil edecektir. Haksız ticari faaliyetleri engelleyen iç hukukta veya topluluk düzeyinde uygulanan kontrol, idari veya yargısal yollara başvuru ihtiyacından uzak durmayı sağlayabileceği için teşvik edilmelidir. Tüketicinin yüksek seviyeli korunması amacının arkasından

gidilirken, yasal düzenlemenin tasarlanmasında bilgilendirilmeli ve işin içine alınması gerekenler tüketici organizasyonlarıdır.

- 6) Bu konuda iç hukukta meşru bir çıkara sahip olmaları dolayısıyla dikkate alınan gerçek kişi ve organizasyonlar, uyumsuzlukları karara bağlamak veya dava işlemleri ödeneklerini kabul etmekle yetkili olan bir mahkeme veya idari bir otoritenin her ikisinden önce, sözkonusu faaliyetlere karşı yasal yargılamayı başlatan hukuki yaptırımlara sahip olmak zorundadır. İç hukukta ispat külfeti belirlenirken, tacirlerin ileri sürdükleri gerçeğe dayanan iddialarını ortaya çıkaran delilleri istemek için mahkemelere ve idari otoritelere yetki verilmesi yerinde olacaktır.
- 7) Üye devletlerin Yönerge hükümlerinin ihlaline ilişkin yaptırımları oluşturmaları gerekli, bu yaptırımların yerine getirilmesini sağlamaları ise zorunludur. Yaptırımlar etkili, orantılı ve caydırıcı olmalıdır.
- 8) Haksız ticari faaliyetlere ilişkin olarak iç hukuklar tarafından ifade edilen iç piyasanın işleyişindeki engelleri ortadan kaldırmak ve aynı faaliyetlere ilişkin olarak üye devletlerce kanun, hukuki düzenleme ve idari düzenlemelerle tüketicinin yüksek seviyeli korunmasını sağlamak olarak adlandırılan Yönerge'nin amaçları, üye devletlerce yeterli ölçüde elde edilememiştir. Bu nedenle Antlaşma'nın 5. maddesinde düzenlenen bağlılık ilkesi doğrultusunda Topluluk tarafından kabul edilen ölçülerle sözkonusu korumaya Topluluk seviyesinde daha iyi ulaşılabilecektir. Maddede düzenlenen orantılılık ilkesi doğrultusunda Yönerge, iç piyasa engellerini ortadan kaldırmak ve yüksek seviyeli ortak bir tüketicinin korunmasını elde etmek için neyin gerekli olduğunun ötesine gitmemektedir.
- 9) İç piyasadaki engellere hitap edildiğini ve tüketicinin yüksek seviyeli korunmasının elde edildiğini garanti etmek için Yönerge'nin yeniden incelenmesi yerinde olacaktır. Yönerge'yi değiştirmek için madde 3 (5)'te yer alan sınırlı bir genişletmeyi ve/veya tüketicinin yüksek seviyeli korunmasını elde etme doğrultusunda Komisyon Tüketici Politika Stratejisi taahhütlerini yansıtan diğer tüketiciyi koruma yasalarına ilişkin değişiklikleri içeren bir komisyon teklifi yeniden incelemeye yol gösterebilecektir.
- 10) Yönerge, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda özel olarak tanınan ilkelere yerine getirmekte ve temel haklara saygı duymaktadır.



## Bölüm 1

### GENEL HÜKÜMLER

#### Madde 1 : Amaç

Bu yönergenin amacı, iç pazarın düzgün işleyişine yardım etmek ve tüketicilerin ekonomik menfaatlerini zedeleyen haksız ticari uygulamalar hakkında Üye Devletlerin kanunlarını, tüzüklerini ve idari hükümlerini yaklaştırarak yüksek seviyede bir tüketici korunmasını meydana getirmektir. (*başarmaktır.*)

#### Madde 2 : Tanımlar

Bu yönergenin amaçları doğrultusunda:

- a) "tüketici" bu yönergede düzenlenen ticari uygulamalarda, kendi ticaret, iş (*işletme*), zanaat veya mesleği dışındaki amaçlar doğrultusunda hareket eden herhangi gerçek kişi demektir (*anlamına gelir*);
- b) "tacir" bu yönergede düzenlenen ticari uygulamalarda, kendi ticaret, iş (*işletme*), zanaat veya mesleği ile ilgili amaçlar doğrultusunda hareket eden herhangi gerçek veya tüzel kişi ve tacirin adına veya hesabına (*yerine*) hareket eden herhangi biri demektir;
- c) "ürün" taşınmaz mal, haklar ve borçları içeren herhangi mal ve hizmet demektir;
- d) "işletme-tüketici ilişkilerine dair ticari uygulamalar" (aşağıda ticari uygulamalar olarak da atıfta bulunulan (belirtilen)), tacir tarafından, bu ürünün tüketicilere promosyonu, satışı, veya sağlanması ile doğrudan ilgili, herhangi fiil, ihmal, davranış modeli veya temsil, reklam ve pazarlamayı içeren ticari iletişim demektir;
- e) "tüketicilerin iktisadi davranışının maddi olarak tahrifi" bir ticari uygulamanın, tüketicinin bilinçli (*bilgili*) bir karar verme yeteneğini belirgin bir şekilde zayıflatmak için kullanılması, bu suretle tüketicinin aksi halde almayacağı akdi bir karar almasına sebep olmak demektir;
- f) "davranış modelleri (*kuralları*)" Üye Devletlerin kanunu, tüzüğü veya idari hükümleri tarafından düzenlenmeyen, bir veya daha fazla belirli ticari uygulamalar veya iş sektörleri ile ilgili kurallar tarafından bağlı olmayı üstlenen tacirlerin davranışlarını tanımlayan bir anlaşma veya kurallar grubu demektir;
- g) "kanun (*kural*) sahibi" bir davranış kuralının düzenlenmesi ve tashihi ve/veya bununla bağlı olmayı üstlenenlerin bu kuralla uyumunu izlemek ile sorumlu olan, bir tacir veya tacir grubunu içeren, herhangi şey (*mevcudiyet, varlık*) demektir;
- h) "mesleki gayret (*özen*)" dürüst pazar uygulaması ve/veya tacirlerin faaliyet alanındaki genel iyiniyet prensibine uygun olarak, bir tacirin tüketicilere karşı göstermesi haklı olarak beklenebilen özel yetenek ve ihtimam standardı demektir;

- i) “Alıma davet” ürünün özelliklerini ve fiyatını, ticari iletişim tarafından kullanılan vasıtalarla uygun bir yolla gösteren ve bu suretle tüketicinin bir alım yapmasını mümkün kılan bir ticari iletişim demektir;
- j) “kanunsuz tesir” baskı uygulamak amacıyla tüketiciyle ilgili bir yetki durumunun, fiziksel güç bile kullanılmaksızın veya kullanılacağı şeklinde tehdit edilmeksizin, tüketicinin bilgili (*bilinçli*) bir karar alma yeteneğini önemli ölçüde sınırlayacak şekilde, istismar edilmesi demektir;
- k) “adi karar” satın almanın, ödemenin bütün halinde veya parça parça, bir ürünün elde bulundurulması veya elden çıkarılması veya ürünle ilgili akdi bir hakkın kullanılmasının olup olmadığı (*meydana gelip gelmediği*), nasıl ve hangi şartlarla olduğu, tüketicinin hareket edeceği veya hareket etmekten kaçınıp kaçınmayacağı ile ilgili tüketici tarafından alınan herhangi karar demektir;
- l) “düzenlenmiş meslek (*işkolu*)” kazanılması, devam edilmesi veya devam etme usullerinden biri kanunlara, tüzüklere veya idari hükümlere uygun şekilde, doğrudan veya dolaylı olarak, özel mesleki meziyetlere sahip olunması şartına bağlı olan mesleki bir faaliyet veya bir grup mesleki faaliyetler demektir;

### Madde 3 : Kapsam

1. Bu yönerge, 5. maddede vazedildiği gibi, bir ürünle ilgili ticari bir sözleşmeden önce, sözleşme sırasında ve sözleşmeden sonra, işletme tüketici ilişkilerine dair haksız ticari uygulamalara uygulanır.
2. Bu yönerge, özellikle, bir sözleşmenin geçerliliği, kurulması veya etkisi hakkındaki kuralları, sözleşme hukukunu saklı tutar.
3. Bu yönerge, ürünlerin sağlık ve güvenlik yönleri ile ilgili Topluluk kurallarını veya ulusal kuralları saklı tutar.
4. Bu yönergenin hükümleri ile haksız ticari uygulamaların özel görünümlelerini düzenleyen diğer Topluluk kuralları arasında çatışma olduğu durumlarda, ikinci üstün gelir ve sözkonusu özel görünümlere uygulanır.
5. 12 Haziran 2007’ den itibaren 6 yıllık bir dönem için, Üye Devletler, bu yönerge ile yaklaştırılmış (*yakınlaştırılmış*) alanlarda, bu yönergeden daha kısıtlayıcı olan veya daha sıkı kurallar koyan ve en az uyumlaştırma maddeleri içeren yönergeleri uygulayan ulusal hükümleri uygulamaya devam edebilecekler. Bu tedbirler, tüketicilerin haksız ticari uygulamalar karşısında yeterli olarak korunmasını temin edecek şekilde esaslı olmalı ve bu amacın elde edilmesiyle orantılı olmalıdır. Madde 18’de atıf yapılan yenden gözden geçirme, gerekli görülürse, bu derogasyonun ilaveten kısıtlı bir zaman için uzatılması doğrultusunda bir tasarı (*öneri*) içerebilir.
6. Üye Devletler, 5. maddeye dayanarak uygulanan herhangi ulusal hükümlerini gecikmeksizin Komisyon’a bildirir.

7. Bu yönerge, mahkemelerin yargı yetkisini belirleyen kuralları saklı tutar.
8. Bu yönerge, meslek sahibi olanlar tarafından dürüstlüğün yüksek standartlarını desteklemek (*yukarı kaldırmak*) amacıyla, Üye Devletlerin, Topluluk hukukuna uygun olarak, meslek sahibi olanlara dayatabileceği, kuruluş veya yetkilendirme usullerinin herhangi koşulları, ahlaki davranış kuralları (*modelleri*) veya 'düzenlenmiş meslekleri' kapsamına alan diğer özel kuralları saklı tutar.
9. Mali hizmetler ile ilgili olarak, 2002/65/EC yönergesinde belirtildiği gibi ve taşınmaz mallarla ilgili olarak, Üye Devletler, bu yönergenin yaklaştırdığı alanda, bu yönergeden daha katı veya daha sıkı kurallar koyan koşulları dayatabilir.
10. Bu yönerge, kıymetli madenlerin saflık standartlarının belgelenmesi ve gösterilmesi ile ilgili Üye Devletlerin kanunlarının, tüzüklerinin ve idari hükümlerinin uygulamasında, uygulanmaz.

#### **Madde 4 : İç Pazar**

Üye Devletler, bu yönerge tarafından yaklaştıırılmış alanların kapsamına giren sebeplerden, ne hizmet sağlama özgürlüğünü ne de malların serbest dolaşımını kısıtlayabilir.

### **Bölüm 2**

#### **HAKSIZ TİCARİ UYGULAMALAR**

##### **Madde 5 : Haksız ticari uygulamaların yasaklanması**

1. Haksız ticari uygulamalar yasaklanır.
2. Bir ticari uygulama haksız adledilir, eğer:
  - a) uygulama mesleki gayret (özen)'in gereklerine aykırı ise, ve
  - b) o uygulama, ulaştığı veya muhatap olduğu ortalama tüketicinin veya ticari uygulama belirli bir grup tüketiciciye yöneltildiğinde grubun ortalama üyesinin, ürün hususunda iktisadi davranışını maddeten bozuyorsa (*çarpıtıyorsa*) veya bozmaya meyilli ise.
3. Tacirin öngörebileceği akla uygun biçimde beklenebilen bir şekilde, zihni veya fiziksel zayıflıkları, yaşları veya saflıkları nedeniyle, uygulama veya temelindeki ürün tarafından özel olarak yanıtılmaları mümkün yalnızca açıkça tanınabilir bir grup tüketicinin iktisadi davranışını maddeten bozmaya meyilli ticari uygulamalar, o grubun ortalama üyesinin görüşü açısından değerlendirilmeli. Bu, mübalağalı veya kelimesi kelimesine ifade edilmemiş durumlar oluşturan yaygın ve meşru reklamcılık uygulamalarını saklı tutar.

4. Ticari uygulamalardan, özel olarak, madde 6 ve 7' de düzenlenen aldatıcı veya madde 8 ve 9'da düzenlenen saldırgan olanları haksızdır.
5. Her durumda haksız kabul edilebilecek ticari uygulamaların listesini Ek 1 ihtiva eder. Bütün üye devletlerde benzer münferit liste uygulanabilir ve bu liste yalnızca direktifin yeniden incelenmesiyle değiştirilebilir (*düzenlenebilir*).

## Kısım 1

### Aldatıcı Ticari Uygulamalar

#### Madde 6 : Aldatıcı Hareketler

1. Eğer bir ticari uygulama, yanlış bir bilgi ihtiva ediyor ve bu nedenle doğru değil veya herhangi bir şekilde ayrıntılı, kapsayıcı bir sunum ihtiva ediyorsa, ortalama bir tüketicuyu aldatıyor veya aldatmaya meyilli ise, bilgi fiili olarak (*olaylara dayalı olarak*) doğru dahi olsa, aşağıdaki unsurlardan bir veya daha fazlasıyla bağlantılı olarak, ve herhangi bir durumda aksi halde karar vermeyeceği akdi bir karar vermesini sağlıyor veya sağlamaya müsaitse aldatıcı adledilir:
  - a) Ürünün varlığı veya doğası;
  - b) Kullanışlılığı, getirileri, riskleri, uygulanışı, kompozisyonu, aksesuarları, satıştan sonraki müşteri yardımı ve şikayetin ele alınması, üretim veya tedarik yöntemi ve tarihi, dağıtım, amaca uygunluk, kullanım, miktar, özellik, coğrafi veya ticari kaynağı (*doğuşu*) veya kullanımından elde edilmesi beklenen sonuçlar, veya ürün üzerinde yürütülen test veya kontrollerin sonuçları ve maddi vasıfları gibi ürünün temel özellikleri;
  - c) Tacirin taahhütlerinin kapsamı, ticari davranışın saiki ve satış yönteminin doğası, tacir veya ürünün doğrudan veya dolaylı desteği veya onayı ile bağlantılı olan herhangi bir durum (*ifade, rapor*) veya sembol;
  - d) Fiyat veya fiyatın hesaplanabildiği bir usul, veya belirli bir fiyat avantajının varlığı;
  - e) Bakım, parça, yerine koyma veya tamir ihtiyacı;
  - f) Tacirin veya temsilcisinin kimliği ve aktifi (*serveti, varlığı*), nitelikleri, durumu, onayı, ilişki veya bağlantısı ve endüstriyel, ticari veya fikri mülkiyet haklarına sahipliği veya ödülleri ve üstünlükleri;
  - g) Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin, 25 Mayıs 1999 tarihli, tüketici mallarının satışının belirli yönleri ve bağlantılı garantiler üzerine, 1999/44/EC yönergesinde düzenlenen ikame ettirme (*yerine koyma*) veya masrafını iade hakkı da dahil olmak üzere tüketici hakları veya tüketicinin karşılaşılabileceği riskler.

2. Bir ticari uygulama, fiili durumu içinde, tüm hal ve şartlarını hesaba kattığımızda, ortalama tüketicinin, aksi halde almayacağı akdi bir karar almasını sağlıyor veya sağlamaya meyilli ise ve aşağıdakileri içeriyorsa bu uygulama yine aldatıcı adledilir:

a) bir rakibin ürünleriyle, ticari markalarıyla, ticari isimleriyle veya diğer ayırt edici işaretleriyle iltibas (*karışıklık*) yaratan, karşılaştırmalı reklam da dahil olmak üzere, bir ürünün pazarlaması;

b) (i) taahhütün rızai olmadığına, fakat dönülmez (*kati, sert*) ve ispat edilmesi mümkün

olduğunda ve

c) (ii) Tacirin, bir ticari davranışında, kanunla bağlı olduğunu zımni olarak belirttiğinde, tacirin, davranış kurallarında bulunan, ve bağlanmayı üstlendiği (*borçlandığı*) taahhütlerle uyumsuzluğu.

### Madde 7 : Aldatıcı İhtimaller

1. Bir ticari uygulama, fiili durumu içinde, tüm hal ve şartlarını ve haberleşme ortamının kısıtlamalarını hesaba kattığımızda, şartlara göre, ortalama tüketicinin bilinçli akdi bir karar alabilmesi için ihtiyacı olan esaslı bilgiyi atlıyorsa ve bu şekilde tüketicinin aksi halde almayacağı akdi bir karar almasına sebep oluyor veya olmaya müsait ise bu ticari uygulama aldatıcı addedilir.

2. 1. Fıkra da açıklanan hususlar dikkate alındığında, tacir, açık olmayan, makul olmayan, belirsiz (*muğlak*) veya zamansız hal ve hareket tarzıyla, söz konusu fıkra da atfı yapılan esaslı bilgileri sakladığında veya sağladığında veya şartlardan açıkça anlaşılmıyorsa ticari davranışının ticari amacını açıklayamadığında ve herhangi bir durumda bu durum, ortalama bir tüketicinin aksi halde almayacağı akdi bir karar almasını sağladığında veya sağlamaya meyilli olduğunda, bu durum dahi aldatıcı ihmal adledilir.

3. Çevre (*ortam*), ticari uygulamanın zaman ve mekan sınırlamaları yüklediğini ifade ettiğinde (*bildirdiğinde*), bilginin atlanıp atlanmadığına karar verirken, bu sınırlamalar ve tacir tarafından, başka şekillerde bilginin tüketici için hazır olması amacıyla, alınan önlemler (*tedbirler*) dikkate alınır.

4. Alıma davet durumunda, şartlardan açıkça anlaşılmıyorsa, aşağıdaki bilgi esaslı addedilir:

a) Ortama ve ürüne uygun bir kapsamda (*mesafede, mertebede*), ürünün ana vasfı;

b) Tacirin coğrafi adresi ve kimliği, ticari unvanı gibi, ve uygulanabilir (*uygun*) olduğu durumda, kimin namına hareket ediyorsa o tacirin coğrafi adresi ve kimliği;

c) Vergileri içine alan fiyat, veya fiyatın baştan makul surette hesaplanamayacağı ürünün doğasından anlaşıldığında, fiyatın hesaplanması

usulü, bunun gibi, uygun (*uygulanabilir*) olduğunda, eklenen tüm nakliye (*navlun*) ücreti, dağıtım veya posta masrafı veya, bu masraflar önceden makul surette hesaplanmadığında, bu ilave masrafların ödenebileceği gerçeği;

d) Profesyonel dikkatin (*gayretin*) gereklerinden ayrılırlarsa, ödeme, dağıtım, performans ve şikayet ele alım (*elden geçirme*) politikası hakkında düzenlemeler;

e) Geri alma (*vazgeçme*) veya iptal etme hakkını içeren ürünler ve işlemler için, böyle bir hakkın mevcudiyeti.

5. Reklam veya pazarlamayı içeren ticari haberleşmeyle ilgili olarak topluluk hukuku tarafından saptanan bilgi ihtiyaçları (*gerekleri*), Ek II'nin ihtiva ettiği ayrıntılı olmayan liste, esaslı addedilir.

## Kısım 2

### Saldırgan Ticari Uygulamalar

#### Madde 8 : Saldırgan Ticari Uygulamalar

Bir ticari uygulama, fiili durumu içinde, tüm hal ve şartlarını hesaba kattığımızda, fiziksel güç kullanımını içeren tacizle, baskıyla, veya haksız ve kanunsuz tesirle, ortalama tüketicinin ürünle ilgili seçim veya davranış özgürlüğünü önemli şekilde bozuyor (*azaltıyor*) veya bozmaya (*azaltmaya*) meyilli ise ve bu şekilde kişinin aksi halde almayacağı akdi bir karar almasını sağlıyor veya sağlamaya meyilli ise, o ticari uygulama saldırıgan addedilir.

#### Madde 9 : Taciz, baskı ve haksız ve kanunsuz tesir kullanımı

Bir ticari uygulamanın, fiziksel güç kullanımını içeren taciz, baskı veya haksız ve kanunsuz tesir, kullanıp kullanmadığının belirlenmesinde aşağıdakiler dikkate alınır:

- Zamanlaması, yeri, doğası veya devamlılığı;
- Tehdit veya küfürlü dil veya davranış kullanımı;
- Tacirin, tüketicinin kararını bozacak ciddiyette (*önemde*) herhangi belirli (*özel*) bir talihsizliği (*kazayı, belayı*) veya durumu, tüketicinin ürünle ilgili kararını etkilemek amacıyla, farkında olarak (*bilerek*), kendi çıkarına kullanması (*istismar etmesi*);
- Tüketici, bir akdi sona erdirme veya başka bir ürün veya başka bir tacire geçme (*taciri seçme*) hakkı da dahil olmak üzere, akitteki haklarını kullanmak istediğinde, tacir tarafından yüklenen akit dışı herhangi ağır veya aşırı (*nispetsiz*) engeller;
- Yasal olarak yapılamayacak bir hareketin yapılması için herhangi bir tehdit.

### Bölüm 3

#### Davranış Modelleri

##### Madde 10 : Davranış Modelleri

Üye devletler, kanun sahiplerinin haksız ticari uygulamalarını himaye edebilirler, bu direktif kontrolü ve eğer madde 11' de atıf yapılan adli ve idari yargılama usullerinin yanında ek olarak bu organlar önündeki yargılama varsa sözkonusu maddede atıf yapılan bu organlara şahıslar ve kuruluşlar tarafından yapılan başvuru-yu dışlamaz.

Madde 11' de de belirtildiği gibi, bu organlara başvuru, adli veya idari başvuru yolundan vazgeçildiği anlamına gelmez.

### Bölüm 4: Son Hükümler

#### Madde 11 : Uygulama

1. Tüketicilerin yararına olarak, bu direktifin hükümleriyle uyumu sağlamalarına zorlamak amacıyla, üye devletler, haksız ticari uygulamalarla mücadele etmek için, uygun ve etkin vasıtanın (*aracın*) varlığını garanti etmelidir.

Bu vasıta (*araç*), haksız ticari uygulamalarla mücadelede ulusal hukuk tarafından meşru (*hukuki*) bir yarara sahip olduğu kabul edilmiş kişi veya kuruluşlara, rakipler de dahil olmak üzere,

(a) Bu haksız ticari uygulamalara karşı dava açmak ve/veya

(b) bu haksız ticari uygulamaları, şikayetler hakkında karar vermeye veya uygun hukuki muameleleri başlatmaya yetkili idari otoritenin önüne getirmek

hakkı tanıyan hukuki hükümleri içerir.

Bu imkanlardan hangisinin kullanılacağına ve mahkemeleri ve idari otoriteleri madde 10'da atıf yapılanlar da dahil olmak üzere, şikayetlerle ilgilenmek üzere kurulmuş diğer vasıtaya ilk başvuruyu sağlamak için yetki kılıp kılmamaya karar vermek, üye devletin inisiyatifindedir.

Bu imkanlar, etkilenen tüketicilerin, tacirin oturduğu üye devletin mi yoksa başka bir üye devletin mi sınırları içinde olduğuna bakılmaksızın uygulanır.

(a) Bu hukuki vasıtaların, aynı ekonomik sektörden bir grup tacire, ayrı ayrı mı yoksa beraber mi yöneltileceği ve

(b) ilgili yasa, hukuki ihtiyaçlarla uyumsuzluk doğurduğunda, bu imkanların bir kanun sahibine karşı yöneltilip yöneltilmeyeceği konusunda karar vermek üye devletin inisiyatifindedir.

2. 1. Fıkrafta atıf yapılan hukuki hükümlerin ışığı altında, üye devletler, bu vasıtanın söz konusu tüm yararları özellikle de kamu yararını hesaba katması gerektiğini düşündüğü durumlarda, mahkemeleri veya idari otoriteleri yetkilendirerek onlara güç verirler (*ihsan ederler*) :

(a) haksız ticari uygulamaların durmasını emretmek veya haksız ticari uygulamaların durması emri için uygun hukuki yollar tesis etmek veya

(b) eğer haksız ticari uygulama henüz yürütülmemişse fakat yürütülmesi yakınsa, uygulamanın yasaklanmasını emretmek veya uygulamanın yasaklanması emri için uygun hukuki yollar tesis etmek şeklinde, hatta fiili kayıp veya zararın veya tacirin kasıt veya ihmalinin ispatlanmasına gerek olmaksızın.

Üye devletler, ayrıca, ilk alt fıkrada atıf yapılan, hızlandırılmış bir usulle alınması gereken tedbir (*vasıta*) hakkında geçici etki ile (geçici) veya kalıcı etki ile (kalıcı), iki tercihten birinin seçimine karar vermenin üye devletin yetkisinde olduğunu bilerek, hüküm tesis ederler.

Bundan başka (*ayrıca*), üye devletler, kesin (*son*) bir kararla durdurulması emredilmiş haksız ticari uygulamaların devam eden etkilerini ortadan kaldırmak amacıyla, mahkemeleri veya idari otoriteleri yetkilendirerek onlara güç verebilir (*ihsan edebilir*) :

(a) o kararın tam olarak veya bir parçasının, ve uygun olduğunu düşündükleri bir şekilde, yayımlanmasını sağlamak;

(b) Ek olarak, düzeltici bir beyanatın yayımlanmasını sağlamak konularında.

3. 1. Fıkra da atıf yapılan idari otoriteler;

(a) tarafsızlıkları konusunda şüpheye yer vermeyecek şekilde oluşturulmalıdırlar,

(b) etkili şekilde kararlarının yerine getirilmesini izlemek ve zorlamak için, şikayetler konusunda karar verdiklerinde, uygun güçlere sahip olmalıdırlar,

(c) normal olarak, kararları için gerekçeler vermelidirler.

Fıkra 2' de atıf yapılan güçler, münhasıran idari otorite tarafından kullanıldığında, kararlarının gerekçeleri her zaman verilir. Bundan başka, bu durumda, usuller için hüküm getirilir, idari otorite tarafından bu güçlerin uygunsuz veya mantıksız kullanımı veya söz konusu güçlerin kullanımında uygunsuz veya mantıksız başarısızlık, yargısal denetime konu olabilir.

### **Madde 12 : Mahkemeler ve idari otoriteler: iddiaların ispatlanması**

Üye devletler, mahkemeleri veya idari otoriteleri madde 11' de bulunan özel (*sivil*) veya kamuya ait (*idari*) usullerde yetkilendirerek onlara güç verir (*ihsan eder*):

(a) eğer, tacirin ve muamelelerin diğer tarafının haklı yararını hesaba katarak, belli olayın şartlarına uygun olarak böyle bir ihtiyaç belirirse, ticari uygulama ile ilgili olaylara dayanan (*fiili*) iddiaların doğruluğu konusunda delil sağlaması için taciri istemek;

(b) (a)'ya uygun olarak istenilen deliller sağlanmazsa veya mahkeme veya idari otorite tarafından yetersiz sayılırsa, olaylara dayanan iddiaları aslından farklı (*hatalı, yanlış*) saymak (*farzetmek*) konusunda.



### Madde 13 : Cezalar

Üye devletler, bu direktifin uygulamasına ilişkin kabul edilen ulusal hükümlerin ihlaline ilişkin cezalar emrederler ve bunların uygulandığından emin olmak için gerekli tüm tedbirleri alırlar.

Bu cezalar, etkili, orantılı ve vazgeçilmez olmalıdır.

### Madde 14 : 84/450/EEC Yönergesindeki Değişiklikler

84/450/EEC yönergesi bu vesile ile aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

1) Madde 1, aşağıdaki ile yer değiştirilir:

' Madde 1

Bu direktifin amacı, tacirleri aldatıcı reklama ve bundan dolayı haksız sonuçlara karşı korumak ve karşılaştırmalı reklamın hangi durumlarda yasaklandığını emretmektir';

2) 2.Maddede:

Üçüncü bend aşağıdakiyle yer değiştirir:

'3. "tacir, ticareti, zanaatı, işi veya uzmanlığı ile ilgili amaçlar için hareket eden herhangi gerçek veya tüzel kişi ve tacirin adına veya hesabına hareket eden herhangi biridir' ,

- aşağıdaki bend eklenir:

'4. "kanun sahibi", bir davranış modelinin düzenlenmesinden ve gözden geçirilmesinden

sorumlu olan ve/veya yasayla bağlı olmayı üstlenenlerin yasayla uyumunu izleyen, bir tacir veya bir grup taciri içine alan, herhangi varlıktır (*şeydir*)' ;

3) Madde 3a aşağıdakiyle yer değiştirir:

'Madde 3a

1. Aşağıdaki durumlarla karşılaşıldığında, karşılaştırmalı reklama, karşılaştırma söz

konusu olduğunda, izin verilir:

(a) Bu direktifin madde 2 (2), 3 ve 7 (1) veya Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin, 11

Mayıs 2005 tarihli, iç pazarda işletme tüketici ilişkilerine dair haksız ticari uygulamalar hakkında 2005/29/EC yönergesinin 6. ve 7. maddesi anlamında aldatıcı değilse;

(b) Aynı ihtiyaçları karşılayan veya aynı amaç için tasarlanmış eşya (*mal*) ve hizmetleri karşılaştırıyorsa;

(c) o eşya (*mal*) ve hizmetlerin, önemli, ilgili, gerçekliği ispat edilebilir ve temsili, (fiyatı da içerebilir) bir veya daha fazla özelliğini objektif bir şekilde karşılaştırıyorsa;

(d) ticari markaları, ticari isimleri, diğer ayırt edici markaları, eşyaları (*malları*), hizmetleri, aktiviteleri, veya bir rakibin şartlarını kötülemiyor veya bunlara iftira etmiyorsa (*leke sürmüyorsa*) ;

(e) kaynak ismi olan ürünler için, her bir durumda aynı isimdeki (*unvanda-ki*) ürünler arasında bağlantı kuruyorsa;

(f) bir rakibin ticari markası, ticari ismi veya diğer ayırıcı markaları veya rekabet eden ürünlerin kaynak isminin şöhretinin haksız avantajlarını kullanmıyorsa;

(g) korunan bir ticari marka veya ticari ismi taşıyan eşya (*mal*) veya hizmetlerin taklit veya kopyaları şeklinde eşya (*mal*) veya hizmetler sunmuyorsa;

(h) tacirler arasında reklam yapan ve rakibi arasında veya reklam yapanın ticari markaları, ticari isimleri, diğer ayırt edici markaları, eşyaları (*malları*) veya hizmetleri ile rakibinkiler arasında, karışıklık yaratmıyorsa.

4) Madde 4 (1) aşağıdakiyle yer değiştirir:

'1. Üye devletler, tacirlerin ve rakiplerin yararına olarak, karşılaştırmalı reklamlarla ilgili

hükümlerin uyumunu sağlamak amacıyla, aldatıcı reklamlarla mücadele için uygun ve etkili vasıtanın (*aracın*) varolduğunu garanti ederler. Bu vasıta, şu şekilde hukuki hükümler içerebilir; aldatıcı reklamlarla mücadelede veya karşılaştırmalı reklamın düzenlenmesinde haklı bir yararı olan, ulusal hukuk tarafından yetkilendirilmiş kişi veya kuruluşlar

(a) bu tür reklamlara karşı dava açabilirler;

veya

(b) bu reklamları, şikayetler hakkında karar verme veya uygun hukuki usullerin oluşturulmasında yetkili bir idari otoritenin önüne getirebilirler.

Bu imkanlardan hangisinin uygulanacağına ve mahkemelerin ve idari otoritelerin madde 5'te atıf yapılanlar da dahil olmak üzere, şikayetlerle ilgilenmek üzere oluşturulmuş diğer imkana (*vasıtaya, araca*) ilk başvuruyu sağlama konusunda yetkilendirilip yetkilendirilemeyeceğine karar vermek üye devletin yetkisindedir (*inisiyatifindedir*).

(a) bu hukuki imkanların, aynı ekonomik sektörden belli sayıda tacire ayrı ayrı mı veya beraber mi yöneltileceğine

ve

(b) ilgili yasa hukuki ihtiyaçlarla uyumsuzluğu artırıyorsa, bu hukuki imkanların bir kanun sahibine yöneltilip yöneltilemeyeceğine karar vermek yetkisi üye devlettedir.

5) Madde 7 (1) , aşağıdakiyle yer değiştirir:

'1. Bu direktif, tacirler ve rakipler için, daha geniş korumayı garanti etmek amacıyla, aldatıcı reklamlarla ilgili, üye devletlerin hükümler bulundurmalarına ve kabul etmelerine engel oluşturmaz.'

### **Madde 15 : 97/7/EC ve 2002/65/EC Yönergesindeki Değişiklikler**

1. 97/7/EC yönergesindeki madde 9, aşağıdakiyle yer değiştirir:

'Madde 9

Süredurum (Ataletli) satış

Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin, 11 Mayıs 2005 tarihli, iç pazarda işletme tüketici ilişkilerine dair haksız ticari uygulamalar hakkında 2005/29 EC yönergesinde süredurum satış yasaklandığı için, üye devletler, istenilmemiş techiz durumlarında, cevabın yokluğu rızayı oluşturmadığında, ifa hükümlerinden tüketicileri muaf tutmak için gerekli önlemi alırlar.

2.2002/65/EC yönergesindeki madde 9, aşağıdakiyle yer değiştirir:

'Madde 9

Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin, 11 Mayıs 2005 tarihli, iç pazarda işletme tüketici ilişkilerine dair haksız ticari uygulamalar hakkında 2005/29/EC yönergesinde süredurum satış yasaklandığı için, ve üye devletlerin mesafe sözleşmelerinin zımni yenilenmesi ile ilgili yasal düzenlemelerini, bu kuralların zımni yenilemeye izin verdiği durumlarda, ihlal etmeksizin, üye devletler, istenilmemiş malzeme (*erzak*) olayında, cevabın yokluğu rızayı oluşturmadığında, tüketicileri herhangi yükümlülükten muaf tutmak için gerekli önlemi alırlar.

### **Madde 16 : 98/27/EC Yönergesi ve 2006/2004 numaralı tüzükteki (EC) Değişiklikler**

1. 98/27 /EC yönergesine ekte, 1. nokta aşağıdakiyle değiştirilir:

'1. Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin, 11 Mayıs 2005 tarihli, iç pazarda işletme tüketici ilişkilerine dair haksız ticari uygulamalar hakkında 2005/29/EC yönergesi (OJL 149, 11.06.2005, s.22).'

2.2006/2004 numaralı, 27 Ekim 2004 tarihli, Avrupa Parlamentosunun ve Konseyinin, tüketicinin korunması hukukunun uygulanmasından sorumlu ulusal otoriteler arasında işbirliği ile ilgili tüzüğün ekine (Tüketicinin korunmasında işbirliği ile ilgili tüzük) aşağıdaki nokta eklenir:

'16. Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin, 11 Mayıs 2005 tarihli, iç pazarda işletme tüketici ilişkilerine dair haksız ticari uygulamalar hakkında, 2005/29/EC yönergesi (OJL 149, 11.06.2005, s.22).'

### **Madde 17 : Bilgilendirme**

'Üye devletler, bu direktifi erteleyen ulusal hukuk hakkında tüketicileri bilgilendirmek için uygun tedbirleri alırlar, uygun olduğunda, tacirleri ve kanun koyucuları davranış modelleri hakkında tüketicileri bilgilendirmeleri için cesaretlendirirler (*teşvik ederler*).

### **Madde 18 : Yeniden Gözden Geçirme**

1. 12 Haziran 2011 'e kadar,

Komisyon, Avrupa Parlamentosuna ve Konseye bu yönergenin özellikle de madde 3 (9) ve 4 ve Ek I'in uygulanması ile ilgili, tüketicinin korunmasıyla ilgili

topluluk hukukunun uyumlulaştırılması ve sadeleştirilmesi kapsamında ve madde 3 (5) ile ilgili olarak, tüketici korumasının uygun seviyelerinin muhafaza edildiğini garanti etmek için topluluk nezdinde gereken önlemler hakkında geniş (*etraflı*) bir rapor verecektir. Eğer gerekirse, bu rapor, bu yönergeyi veya Topluluk hukukunun diğer ilgili bölümlerini gözden geçiren bir teklifle beraber gönderilebilir.

2. Avrupa Parlamentosu ve Konsey, Anlaşmayla uyumlu olarak, 1. fıkra kapsamında arzedilen teklifin komisyon tarafından sunulmasından itibaren 2 yıl içinde, harekete geçmeye çalışır

### **Madde 19 : Yer Değiştirme**

Üye devletler, 12 Haziran 2007'ye kadar, bu yönergeyle uyumu sağlamak için gerekli kanunları, tüzükleri ve idari hükümleri kabul edecek ve yayınlayacaklar. Bu nedenle komisyonu derhal bilgilendirecekler ve sonraki değişiklikler konusunda da gecikmeksizin komisyonu bilgilendirecekler.

Söz konusu tedbirleri, 12 Aralık 2007'ye kadar uygulayacaklardır. Üye devletler, o tedbirleri kabul ettiği zaman, onlar bu yönergeye bir atıf içerecek veya resmi yayımları böyle bir atıf eşliğinde olacaktır. Böyle bir atıfın nasıl yapılacağına üye devletler karar verecektir.

### **Madde 20 : Yürürlük**

Bu yönerge, Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesinde yayımını izleyen günde yürürlüğe girer.

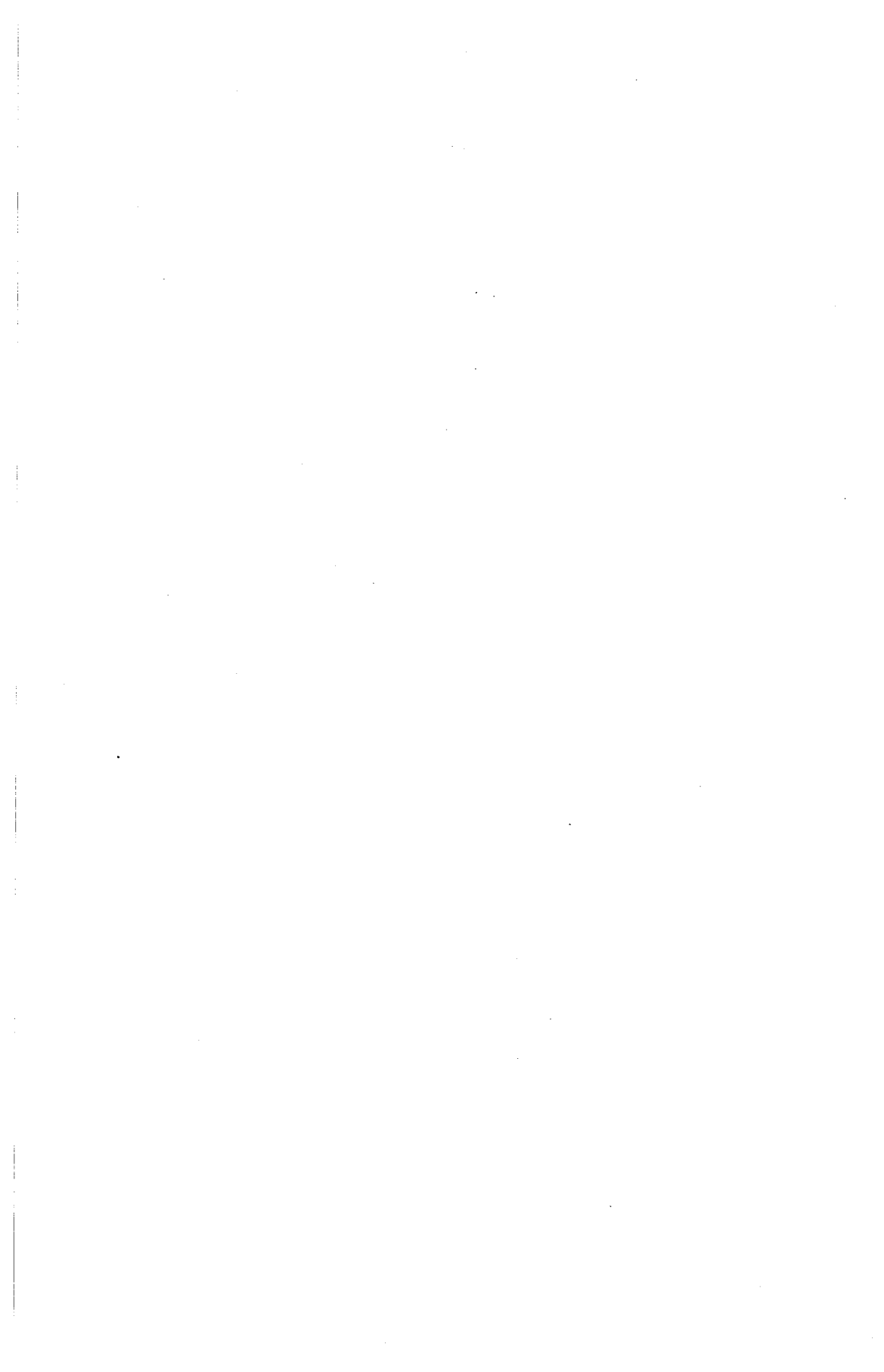
### **Madde 21 : Muhataplar**

Bu yönerge, üye devletlere hitap eder.

Strasbourg, 11 Mayıs 2005.

Avrupa Parlamentosu adına  
Başkan  
**J.P. BORRELL FONTELLES**

Konsey adına Başkan  
Başkan  
**N. SCHMIT**



# LAHEY (BRÜKSEL) KURALLARININ UYGULAMA ALANI VE TÜRKİYE'NİN LAHEY KURALLARINA TARAF OLMA ŞEKLİ

Dr. Muharrem GENÇTÜRK\*

## I - GİRİŞ

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren başlayan dünya ticaret hacmindeki hızlı büyüme sonucunda güçlenen deniz taşıma şirketleri, sorumluluklarını daraltan veya kaldıran klotların, yükle ilgili kişilerce kabul edilmelerini sağlamışlardır. Hakkaniyete uymayan bu durumun ortadan kaldırılması için ilk adım, Amerika Birleşik Devletleri tarafından atılmış ve “*Harter Act*” ile taşıyanın sorumluluğu emredici hükümlerle düzenlenerek, sorumsuzluk kayıtları sınırlanmıştır<sup>1</sup>. Öte yandan aynı dönemde, denizyoluyla uluslararası eşya taşımalarından doğan hukuki sorunların her ülke bakımından farklılıklar arz eden kanunlar ihtilafı kurallarıyla çözümlenmesinin zorluğu anlaşılmış ve bunların ancak uluslararası nitelikte ve bağlayıcılığı olan yeknesak bir düzenleme ile aşılabileceği fikri oluşmuştur<sup>2</sup>. Bu amaçla oluşturulan Konvansiyon 25.08.1924 tarihinde Brüksel’de kabul edilmiştir. Konvansiyon, doktrinde çoğunlukla Lahey Kuralları veya Brüksel Konvansiyonu<sup>3</sup> olarak anılmaktadır<sup>4</sup>.

LK ile aynı derecede geçerli olmak üzere bir de imza protokolü kabul edilmiştir<sup>5</sup>. Buna göre devletler, doğrudan kanun kuvveti vererek veya içeriğindeki kuralları

\* Kahramanmaraş Sütçüimam Üniversitesi İİBF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Harter Act’da, taşıyanın sorumluluğunu belirli bir tutarla sınırlayan herhangi bir hüküm yoktur. Sınırlı sorumluluk ilkesi LK ile ortaya çıkmıştır (Gündüz Aybay/Nilüfer Oral/Esra Biçen, **Türk Hukukunda Taşıyanın Sınırlı Sorumluluğu Üstüne**, İstanbul, Aybay Yay. No.26, 2000, s.4-5.

<sup>2</sup> Aslında uluslararası deniz taşımacılığının, bağlayıcılığı olan uluslararası nitelikte yeknesak kurullarla düzenlenmesi ihtiyacının anlaşılması birden bire olmamıştır. Önce International Law Association tarafından 1921 yılında Belçika’nın Lahey şehrinde gerçekleştirilen kongre, sorumsuzluk kayıtlarını sınırlayan örnek kurulların benimsenmesiyle sonuçlandı. Lahey Kuralları (The Hague Rules 1921) olarak tarihe geçen bu kurulların bağlayıcılığı yoktu ve donatanlara konişmentolarda bu kurallara yer vermeleri tavsiye edilmekteydi. Ancak bu tavsiyenin fazla bir işe yaramadığı kısa sürede anlaşılmıştır. Bu sebeple uluslararası deniz taşımacılığının bağlayıcılığı olan bir konvansiyonla düzenlenmesi fikri ağırlık kazanmıştır.

<sup>3</sup> International Convention for The Unification of Certain Rules Law Relating to Bill of Lading Resmi Çeviride “Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme” şeklinde Türkçeleştirilmiştir (bkz. RG, 22.02.1955/8937).

<sup>4</sup> Gündüz Aybay/Kerim Atamer, “Taşıyanın Parça Başına Belli Bir Tutarla Sorumluluğu”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI, Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara, 14-15 Nisan 1989, s.237-238; Emine Yazıcıoğlu, **Hamburg Kuralları’na Göre Taşıyanın Sorumluluğu Lahey/Visby Kuralları İle Karşılaştırılabilir Olarak**, İstanbul, Beta, 2000 (Hamburg Kuralları) s.1-2; Aybay/Oral/Biçen, a.g.e, s.6; Yüksel Şahin, “Deniz Taşımacılığında La Haye. La Haye/Visby Kuralları İle Hamburg Kurallarının Karşılaştırılması”, **İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1999, s.4.

<sup>5</sup> İmza protokolünün bu hükmü, LK’nın hazırlanmasına ilişkin 6-9 Ekim tarihleri arasında yapılan son toplantıda, Fransız ve İtalyan heyetlerinin önerisi üzerine oluşturulmuştur. Söz konusu heyetler, LK’nın ulusal hukukta uygulanabilmesi için ayrı bir tasarrufa ihtiyaç olduğunu, bu sebeple söz konusu kurulların, uygun

iç hukuklarına adapte etmek suretiyle, LK'yı yürürlüğe koyabileceklerdir<sup>6</sup>. Böylece Konvansiyona taraf olmak isteyen devletlere, diğer uluslararası tasarruflardan farklı olarak, seçimlik iki taraf olma şekli sunulmuştur<sup>7</sup>.

Konvansiyon, Türkiye tarafından 14.02.1955 tarih ve 6469 sayılı Kanunla onaylanmış ve 04.06.1956 tarihi itibari ile Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. Ayrıca TTK'nın hazırlandığı dönemde yürürlükte olan 1897 tarihli ATK'nın<sup>8</sup>, LK'ya uygun hale getirilmesi ve LK'nın Almanya bakımından yürürlüğe konulması amacıyla 1937 yılında yapılan reformu sonucu oluşan metninin iktibas sonucu, bazı küçük değişikliklerle TTK'ya da alınmıştır<sup>9</sup>.

Konvansiyon, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu birçok ülke tarafından onaylanmış, bir kısım ülkeler ise LK'yı kendi iç hukuklarına aktarmak suretiyle yürürlüğe koymuşlardır. LK yürürlük kapsamı bakımından bugün de uluslararası denizyolu taşımacılığının esasını teşkil etmektedir<sup>10</sup>. Ancak uygulama alanının açıkça belirlenmemesinden dolayı, başlangıçta beklenen uluslararası yeknesaklık sağlanamamıştır. İşte bu çalışmada öncelikle LK'nın uygulama alanının açıkça belirlenmemesinden kaynaklanan aksaklıklar üzerinde durulacaktır. İkinci olarak, Türkiye'nin imza protokolünde verilen her iki yetkiyi ayrı ayrı kullanarak LK'ya taraf olmasından doğan sorunlar incelenecektir.

bir tasarrufla ulusal hukuklarına aktarma haklarını saklı tutmak istediklerini ileri sürmüşlerdir (bkz. Kerim Atamer, "Taşıyanın Parça Başına Belli Bir Tutarla Sorumluluğu", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI, Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara, 14-15 Nisan 1989, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay. No.233, s.81-82).

<sup>6</sup> "Konişmentoya Mütteallik Bazı Kuralların Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşmeyi" imza eden temsilciler, bu Protokolü, Protokolün ilgili olduğu hususlarda, hükümlerini Konvansiyon metnine dahil etmiş olsalardı sahip olacağı etkiye sahip olmak üzere kabul etmişlerdir.

Akit devletler, işbu anlaşmayı kanun kuvveti vermek veya bu Konvansiyonda kabul edilen kuralları kendi hukuk sistemlerine uyacak şekilde ulusal hukuklarına dahil etmek suretiyle yürürlüğe koyabilirler.

Akit devletler;

1) 4. maddenin 2. paragrafı (c) bendi ile (p) bendi arasındaki bentlerde öngörülen hallerde, konişmento hamilinin taşıyanın kusurunu veya (a) bendine girmeyen hallerde taşıyanın kusurunu ispatlayabileceği konusunda düzenleme yapma hakkı ile;

2) İç taşımalarla ilgili olarak 6. maddeyi tüm yük türleri hakkında bu maddenin son paragrafında belirtilen sınırlamalar dikkate alınmaksızın uygulama konusunda haklarını saklı tutmuşlardır."

<sup>7</sup> Hakan Karan, "Yargıtay'ın Konişmentolu Taşımalar Hakkındaki 1924 Tarihli La Haye Kaideleri'ni Uygulaması Gereği", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, XVII, 9-10 Haziran 2000, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay. No.365, (Sempozyum) s.226.

<sup>8</sup> 10.05.1897 tarihinde kabul edilip, 01.01.1900 tarihinde yürürlüğe giren ATK'nın LK'ya uygun hale getirilmesi ve Almanya'nın bu Konvansiyona taraf olmasının sağlanması amacıyla 1937 yılında kabul edilen değişiklikler, buna ilişkin katılma belgesinin, 01.07.1939 tarihinde Belçika hükümetine tevdi edilmesi sonucu, LK Almanya bakımından 01.01.1940 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu konuda Almanya'da ve Türkiye'de yaşanan gelişmelerin kronolojik ayrıntısı için bkz. Atamer. a.g.e., s.72 vd..

<sup>9</sup> Atamer, a.g.e., s.59; Emine Yazıcıoğlu,, "Uluslararası Deniz Taşımalarında Uygulanacak Kural Sorunu", **Deniz Hukuku Dergisi, Gündüz Aybay'ın Anısına**, Yıl:5, S.1-4, Ocak-Aralık 2002, (Deniz Hukuku 2002), s.49; Atilla Aybay, v. d., **Deniz Hukuku**, Editör: Gündüz Aybay, İstanbul, Aybay Yay. No.20, 1998, s.628; Karan, **Sempozyum**, s.224; Fahiman Tekil, "Hamburg Kuralları ve Türk Deniz Taşıma Hukuku", **Hukuk Araştırmaları**, C.10, S.1-3, 1996, (Hukuk Araştırmaları), s.407; Gündüz Aybay v.d., **Gemilerde Yük İleri ve İşlemleri**, C.1, İstanbul, 1996, s.86-87.

<sup>10</sup> Yazıcıoğlu, **Hamburg Kuralları**, s.1: Şahin.a.g.e., s.4.

## II- VİSBY KURALLARI İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK LAHEY KURALLARININ UYGULAMA ALANI

Taşıma hukukuna ilişkin uluslararası konvansiyonlar incelendiğinde, LK dışındakilerin hepsinde, hangi taşıma sözleşmelerinin konvansiyonun kapsamına girdiği, bir uygulama maddesi ile açıkça belirlendiği görülür<sup>11</sup>. Bu durum, herhangi bir taşıma sözleşmesinin ilgili konvansiyonun uygulanma alanına girip girmediğinin belirlenmesi noktasında çıkacak ihtilafların, daha iş başında önlemesi bakımından zorunludur. Aynı zamanda konvansiyonlarla hedeflenen hukukun birleştirilmesi amacının gereğidir. Ancak LK'nın uygulama alanını belirleyen 10. maddesi, bu ihtiyaçları karşılamaya yetecek açıklıkta değildir. Bu hükme göre LK, *"bir akit devlet ülkesinde düzenlenen her konişmentoya uygulanacaktır"*. Buradan taraf bir ülkede düzenlenen konişmentoya dayanarak yapılan taşımalara, hangi koşullar altında LK'nın uygulanacağını anlamak kolay değildir<sup>12</sup>.

LK'nın uygulama alanına ilişkin söz konusu sakıncalar, Visby değişikliğiyle giderilmeye çalışılmıştır. Visby değişikliğinde konişmento esasına dokunulmamıştır. Ancak LK'da konişmentonun *"taraf bir ülkede düzenlenmesi"* şeklinde açıklanan tek bağlama noktasının yanına yenileri eklenmiştir<sup>13</sup>. Ayrıca taşımanın iki farklı devlet limanları arasında yapılması gerektiği vurgulanarak, Konvansiyonun uygulama alanı uluslararası taşımalarla sınırlanmıştır.

Visby değişikliğinin LK'ya taraf olan bütün devletler tarafından onaylanmamış olması ve onaylayan devletlerin de söz konusu (10. maddedeki) değişikliği iç hukuklarına aynen yansıtıp yansıtmayacakları hususundaki belirsizlik dikkate alındığında, LK'nın uygulama alanını tayin eden 10. maddesiyle ilgili olan birçok sakıncanın halen devam ettiği sonucuna varılır<sup>14</sup>.

LK'nın uygulama alanına ilişkin sorunların daha iyi anlaşılabilmesi için, LK m.10'un, Visby değişikliğinden sonraki şeklinin de dikkate alınarak incelenmesi uygundur.

<sup>11</sup> Örneğin bkz. CMR m.1-2, CIM m.1, VK m.1, M-99 m.1, HK m.2, BMK m.2. Söz konusu Konvansiyonların uygulama alanlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Muharrem Gençtürk, "Uluslararası Konvansiyonlara Göre Taşıyıcının Eşya Taşımalarında Gecikmeden Doğan Sorumluluğu", İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2005, s.50 vd.

<sup>12</sup> Yazıcıoğlu, **Hamburg Kuralları**, s.17; Emine Yazıcıoğlu, "Lahey Kuralları ile Türk Ticaret Kanunu Arasında Uygulanacak Kurallar Sorunu", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl:4, S.3-4, Eylül-Aralık 1999 (Deniz Hukuku 1999), s.39.

<sup>13</sup> Yeniden düzenlenen 10. maddeye göre, Konvansiyon hükümleri geminin, taşıyanın, yükletenin, gönderenin veya ilgili diğer kişilerin milliyeti ne olursa olsun,

a) konişmentonun taraf bir ülkede düzenlenmesi veya

b) taşımanın taraf bir devlet ülkesi limanından yapılması ya da

c) taşıma (navlun) sözleşmesinin içeriğinde veya konişmentoda, taşıma sözleşmesine Konvansiyon hükümlerinin veya taşıma sözleşmelerini düzenlemek için Konvansiyon hükümlerini yürürlüğe koymuş olan herhangi bir devletin mevzuatının uygulanacağını kararlaştırılması koşuluyla;

*"İki farklı devlet limanları arasında eşya taşınmasına ilişkin her konişmentoya uygulanacaktır"*.

<sup>14</sup> Yazıcıoğlu, **Hamburg Kuralları**, s.18-19.



## 1- Konişmento veya Diğer Bir Taşıma Belgesinin Düzenlenmesi

LK'nın uygulanma alanının belirlenmesinde, Konvansiyonun adından ve "bir akit devlet ülkesinde düzenlenen her konişmentoya uygulanacaktır" diyen 10. maddesinden anlaşılacağı üzere, konişmento düzenlenmesi temel alınmıştır. Bu esas, taşıma sözleşmesini tanımlayan 1. maddede "Nakliye mukavelesi yalnız bir konişmento ile veya eşyanın denizyolu ile taşınması için senet teşkil eden benzeri herhangi bir vesika ile tespit olunan nakliye mukavelesine denir" denilmek suretiyle ifade edilmiştir (LK m.1-b). Konişmento esas, 10. madde üzerindeki birçok değişikliğe rağmen Visby değişikliğinden sonra da devam etmiştir. Böylece Konvansiyonun uygulama alanının tespitinde, uluslararası eşya taşımalarına ilişkin diğer Konvansiyonların aksine<sup>15</sup> taşıma sözleşmesi esası benimsenmemiştir. Bu nedenle doktrinde çoğunluğu oluşturan yazarlar, taşıma sözleşmesinin, ancak bir konişmento düzenlenmiş olması koşuluyla LK'nın uygulama alanına girebileceğini ileri sürmüşlerdir (LK m.10)<sup>16</sup>. Diğer bir kısım yazarlar ise LK m.10'un yeterince açık olmadığını ve bu maddenin m.3§3 ile m.6 hükümleriyle birlikte ele alınması gerektiğini ileri sürmektedirler. Buna göre Konvansiyonun yeknesaklık sağlama amacına uygun olarak genişletici yorum benimsendiği takdirde, farklı sonuca varılması mümkündür<sup>17</sup>.

LK m.3§3'e göre taşıyan veya acentesi ya da kaptan, mallar teslim alınıp yükledikten sonra yükletenin talebi üzerine, bir konişmento düzenleyip yükletene vermekle yükümlüdür<sup>18</sup>. Görüldüğü gibi burada, konişmento isteme konusunda yükletene tek taraflı bir talep hakkı tanınmıştır<sup>19</sup>. Üstelik bu talep hakkı belirli bir zaman dilimiyle de sınırlanmamıştır. Bu sebeple yükletenin talep hakkı devam ettiği sürece taşıma sözleşmesi LK kapsamındadır<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Uluslararası eşya taşımalarını düzenleyen diğer Konvansiyonlar uygulama alanlarının en geniş sınırını, taşıma sözleşmesiyle belirlemişlerdir. Örneğin bkz. CMR m.1§1/son ve Konvansiyonun adı, CIM Konvansiyonun adı, HK m.2§1, BMK m.1§3.

<sup>16</sup> Fehmi Ülgener, "Çarter Mukavelelerinde Tarafların Uygulanacak Hukuku Belirlemeleri", *Batider*, C.XVIII, S.1-2. Haziran-Aralık 1995, s.100-101 (Batider); Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları*, s.17; Yazıcıoğlu, *Deniz Hukuku 1999*, s.41-42; Yazıcıoğlu, *Deniz Hukuku 2002*, s.50.

<sup>17</sup> Jasper Ridley, *The Law of The Carriage of Goods by Land, Sea and Air*, London, Shaw Sons Ltd., Geoffrey Whitehead tarafından hazırlanan 5. Baskı, 1978, s.167; Karan, *Sempozyum*, s.237

<sup>18</sup> Resmî çeviride hatalı olarak "Nakliyecisi veya kaptan veya nakliyecinin acentesi, mallar teslim alınıp yükledikten sonra, yükleyicinin talebi üzerine yükleyici (yükleyiciye olmalıdır) bir konişmento verecek..." şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>19</sup> Konişmento isteme yetkisi yükletene tanınan tek taraflı bir talep hakkı olduğu için, konişmento düzenlenmesi taşıyan veya yardımcıların kabul beyanına ihtiyaç göstermez. Bu sebeple "konişmento düzenlenmeyen hallerde, konişmento düzenleneceğine yönelik tarafların iradesi olduğu takdirde LK uygulanmalıdır" şeklindeki görüşe (Şahin, a.g.e., s.16-17) katılmıyoruz. Zira burada tek taraflı bir talep hakkı söz konusu olduğu için konişmento düzenleneceğine ilişkin taraf iradesi aranması yerinde değildir. Ancak tarafların yüklemeye başlamadan önce (tek taraflı talep hakkı doğmadan önce) konişmento düzenlenmemesi yönünde anlaşmaları veya yüklemeye başladıktan sonra yükletenin bu hakkından tek taraflı olarak feragat etmesi halinde LK'nın uygulanmaması mümkün olabilir.

<sup>20</sup> Ridley, a.g.e., s.167; Karan, *Sempozyum*, s.237.

LK m.6'da ise "...ne düzenlenmiş ne de düzenlenecek konişmentonun (...no bill of lading has been or shall be issued...<sup>21</sup>) bulunması gerektiğinden söz edilmektedir. Buradan taşıyanın, 6. maddede düzenlenen muafiyet kayıtlarından yararlanabilmesi için, taşıma sözleşmesine dayanarak bir konişmento düzenlenmeyeceğini ispat etmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu düzenleme tarzı, yükletene konişmento isteme hususunda tek taraflı bir talep hakkı tanıyan ve bunu süre ile sınırlamayan m.3§3. hükmü ile örtüşmektedir. Buna göre taraflar, taşıma sözleşmesiyle veya en geç yükleme işlemi başlamadan (m.3§3. hükmü gereği tek taraflı talep hakkı doğmadan) önce, aralarındaki taşıma sözleşmesini konişmentoya bağlamayacakları hususunda anlaşmadıkları takdirde, kural olarak yükletenin konişmento talep hakkının olduğunu ve bu talep hakkı olduğu sürece de ilgili taşıma sözleşmesinin LK kapsamında olduğunu düşünüyoruz. Taraflar arasında taşıma sözleşmesinin konişmentoya bağlanmayacağına ilişkin bir anlaşma olduğunu, genel ispat kuralı gereği, bundan yararlanacak olan (genellikle taşıyan) taraf ispat etmelidir. Sonuç olarak, kırkambar sözleşmesi niteliğindeki bütün taşıma sözleşmelerinin LK kapsamında olduğunu<sup>22</sup>, ancak bunun aksinin sözleşme ile kararlaştırıldığı, yükletenin konişmento talep hakkından feragat ettiği veya hal ve şartlardan konişmento düzenlenmeyeceğinin açıkça anlaşıldığı hallerde ise LK'nın uygulanmayacağını düşünüyoruz<sup>23</sup>.

Uygulama koşulu olarak taraf bir devlet ülkesinde düzenlenmiş konişmento arandığına göre, Konvansiyon esas olarak kırkambar sözleşmesi uyarınca gerçekleştirilen taşımalara uygulanacaktır. Bu sebeple çarter sözleşmeleri, kural olarak LK kapsamı dışındadır. Ancak çarter sözleşmesi uyarınca yapılan bir taşıma için taraf devlet ülkesinde konişmento düzenlenir ve bu konişmento üçüncü kişiye devredilir<sup>24</sup> veya sözleşme serbestisi gereği taraflar, aralarındaki çarter sözleşmesine

<sup>21</sup> Türkçe resmi çeviride bu anlam verilmemiş olmakla birlikte, olumsuzluk bildiren bir sözcükten (no) sonra gelen "or" bağlacı, cümleye "ne de.." anlamı katmaktadır (bkz Longman-Metro Büyük Sözlük: İngilizce-Türkçe-Türkçe, Türkçe'ye uyarlayan: Güngör Oktay, Metro Kitap Yayın Pazarlama A.Ş., İlk yayın tarihi 1993, s.1038).

<sup>22</sup> Ayrıca bu yorumun uluslararası taşımacılık alanında konişmento kullanımının azalması ve daha sonra hazırlanan Konvansiyonlarda (CMR, CIM, VK, HK, BMK) uygulama alanlarının belirlenmesinde taşıma sözleşmesinin esas alınması gibi teknik ve hukuki gelişmeler ile konvansiyonun yeknesaklığı sağlama amacına uygun olduğunu düşünmekteyiz (Aynı yönde Karan, **Sempozyum**, s.237) Konişmento kullanımının ortaya çıkardığı problemler ve gün geçtikçe daha az kullanılmasının sebepleri hakkında bkz. Huriye Kubilay/Esen Akıntürk, "Elektronik Konişmento", **Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.I, İstanbul, Beta, 2001, s.336-337.

<sup>23</sup> Ridley, a.g.e., s.167-168; Hakan Karan, "Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi ile Konişmento Arasındaki İlişki", **Batider**, C.XX, S.4, Yıl:2000, (Batider), s.136-138.

<sup>24</sup> Ülgener, **Batider**, s.103; Ülgener, **Çarter**, s.121; Yazıcıoğlu, **Hamburg Kuralları**, s.25; Karan, **Sempozyum**, s.239. Çarter sözleşmeleri hem LK ve L/VK, hem de HK'nın uygulama alanı dışında tutulmuştur (L,L/VK m.1-b; HK m.2§3). Bunun gerekçesi hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre çarter sözleşmeleri gemi kirası niteliğinde olduğu için, kapsam dışında tutulmuştur (Fahiman Tekil, **Deniz Hukuku II: Uluslararası Konvansiyonlar**, İstanbul, Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık, 1987, s.164 vd.). Bu görüş haklı olarak şu şekilde eleştirilmektedir. Bir kimsenin bir ücret karşılığında gemisini personeli ile birlikte, belirli bir süre deniz taşımacılığında kullanılmak üzere bir başkasına bırakması, deniz hukukunda gemi kirası olarak nitelenebilir. Fakat buradaki çarter sözleşmesinde belirli bir geminin tamamı, bir kısmı veya belirli bir yeri müşteriye tahsis edilmek suretiyle taşıma taahhüdü yapıldığı için, gemi kirası niteliğinde değildir (Yazıcıoğlu, **Hamburg Kuralları**, s.25; Karan, **Sempozyum**, s.239). İkinci görüşe göre

LK'nın uygulanacağı yönünde anlaşılırsa (Paramont Clause)<sup>25</sup>, charter sözleşmesi LK'nın uygulama alanına girer<sup>26</sup>.

## 2- Taşıma İşinin Konusunu Eşya Olması

### a) Lahey ve Lahey/Visby Kurallarına Göre Eşya Kavramı

LK'nın uygulama alanına ilişkin hüküm de (m.10) Konvansiyon hükümlerinin eşya taşımalarına uygulanacağı açıkça ifade edilmemiştir. Bununla birlikte LK'nın Konişmentoya bağlanmış taşıma sözleşmelerine uygulanacağı (LK m.10; 1§1-b) dikkate alındığında, taşımanın konusunun eşya olması gerektiği anlaşılır. Taşıma işinin konusunun eşya olması, ancak Visby değişikliği ile bir uygulama şartı olarak Konvansiyon hükümleri arasında açıkça yer almıştır (VK m.10). Her iki Konvansiyon bakımından eşya kavramı ise, “*nakliye mukavelesinde güverteye konduğu beyan edilen ve fiihakika bu suretle nakledilen gemi hamulesi ile canlı hayvanlar müstesna, mal, eşya, hamule ve her cins emtiadır*” şeklinde tanımlanmıştır (L,L/VK m.1-c). Görüldüğü gibi LK'da eşya kavramı taşıma hukukunda genel olarak benimsenen tanımlamaya göre daha dar tutulmuştur. Zira taşıma hukukuna göre eşya, yolcu ve bagaj dışında taşınması mümkün olan maddi her şeydir<sup>27</sup>. Oysa LK'da canlı hayvanlar ile taşıma sözleşmesine göre güverteye konulan ve fiilen güvertede

ise, charter sözleşmelerine dayanarak düzenlenen konişmento, taraflar arasında kaldığı sürece yükü temsil fonksiyonu olmadığı ve sadece makbuz niteliği taşıdığı için, Konvansiyonların uygulama alanının dışında tutulmuştur (Karan, *Sempozyum*, s.239). Bu gerekçenin de yerinde olmadığını açıktır. Zira söz konusu Konvansiyonların uygulanması için kırkambar sözleşmelerine dayanarak düzenlenen konişmentolar da taraflar arasında kaldığı sürece aynı nitelikte olmalarına rağmen, bunların üçüncü kişiye devri şartı aranmamıştır. Katıldığımız üçüncü görüşe göre ise, charter sözleşmelerinde taraflar istisnai haller dışında hemen hemen denk durumda oldukları için, birinin değerine çok ağır sözleşme koşulları kabul ettirme olasılığı bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle, charter sözleşmesiyle eşya taşıyanların hukukun korunmaya muhtaç olmadıkları düşüncesi, bunların söz konusu Konvansiyonların uygulama alanının dışında tutulmasına yol açmıştır. Buna karşılık, charter sözleşmesine dayanılarak düzenlenen konişmentonun charter sözleşmesine taraf olmayan hamili, korunmaya muhtaç görüldüğü için Konvansiyon kapsamına alınmıştır (Ülgener, *Batider*, s.103; Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları*, s.25; Ülgener, *Charter*, s.121).

<sup>25</sup> Deniz hukukunda benzeri konularda klozların kullanılması yaygın olmakla birlikte, tarafların aralarındaki charter sözleşmesine LK'nın uygulanmasını, ayrı bir sözleşme ile kararlaştırmalarına da bir engel yoktur.

<sup>26</sup> Ülgener, *Sorumsuzluk*, s.4; Karan, *Sempozyum*, s.241; Ülgener, *Batider*, s.101; Yazıcıoğlu, *Deniz Hukuku 2002*, s.50; Şahin, *a.g.e.*, s.17.

<sup>27</sup> Reşat Atabek, *Eşya Taşıma Hukuku: Deniz Hukuku Hariç*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1960, s.26-27; Hikmet Belbez, “Nakil Sözleşmesi ve Nakliyecinin Sorumu”, *AÜHFD*, 1946, C.3, S.2-4, s.390; Hüseyin Ülgen, *Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları*, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yay., 1988 (Uluslararası Taşıma), s.6; Sabih Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., 1982, (Kara Taşıma) s.11-12; Ahmet Zeyneloğlu, *Taşıma Hukuku: Kara Deniz, Hava Taşımacılığı ve Taşıma Sigortası, İlgili Mevzuat, Uluslararası Anlaşmalar, Yargıtay Kararları*, Genişletilmiş İkinci Baskı, Ankara, Yetkin Yay., 1993, s.89; Sabih Arkan, “Demiryolu İşletmesinin Eşya Taşımalarından Sorumluluğu”, *Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar*, 24-25 Ocak 1985, Maçka-İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği AIDA Türk Grubu Yay., Ankara, 1985, s.42-99 (Sempozyum), s.50-51; İnci Kaner, *Hava Taşıma Hukuku: Hususi Kısım*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.48; Reygân Kender/ Ergon Çetingil, *Deniz Ticaret Hukuku: Temel Bilgiler (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte)* Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2003, s.93; Tahir Çağrı/ Reygân Kender, *Deniz Ticaret Hukuku: Navlun Sözleşmesi*, C.II. 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2004, s.2; Ecehan Yeşilova, *Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcının Eylemlerinden Sorumluluğu: CMR Madde 3, 34 vd.*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s.22-23.

taşınan eşyalar, Konvansiyonunun uygulama alanı dışında bırakılmışlardır. Ancak LK'ya göre eşya kavramına dahil olmayan eşyalar - örneğin, canlı hayvan taşımacılığı- taraf iradesi gereği Konvansiyon hükümlerine tabi olarak taşınabilir.

### **b) Lahey ve Lahey/Visby Kurallarına Göre Eşya Kavramının İstisnaları**

#### **aa) Canlı Hayvanların Taşınması**

Canlı hayvanların taşınması Lahey ve Lahey/Visby Kurallarının kapsamı dışında bırakılmıştır (L,L/VK m.1§1-c). Bu sebeple canlı hayvanların taşınması için yapılan taşıma sözleşmesi genel hükümlere tabidir.

#### **bb) Güvertede Taşıma**

LK (L/VK)'nın kapsamı dışında tutulan güverte taşımasından söz edebilmek için, taşıma sözleşmesinde yükün güvertede taşınacağına kararlaştırılmış olması ve taşınmanın da fiilen güvertede yapılması gerekir (L,L/VK m.1§1-c). Bu iki şartın birlikte gerçekleşmemesi halinde, örneğin taşıma sözleşmesinde yükün güvertede taşınacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen, ambarlarda taşınması veya taşıma sözleşmesinde böyle bir kayıt olmamasına rağmen güvertede taşınması<sup>28</sup> halinde LK'nın uygulanması gerekecektir. Zira madde metninde yer alan "ve" bağlacından iki şartın birlikte arandığı açıkça anlaşılmaktadır. Ancak yükün güvertede taşınabileceğine ilişkin serbesti klozunun (*liberty on carrier to show the cargo on deck*) bulunması, taşıma sözleşmesinin LK'nın (veya L/VK) kapsamı dışına taşınmasına imkan vermez<sup>29</sup>.

### **3- Uluslararası Taşıma Olması**

Uluslararası taşımacılığı düzenleyen diğer konvansiyonların aksine, LK'da taşıma işinin uluslararası niteliğini belirleyen herhangi bir şarta yer verilmemiştir. Bu sebeple konişmento düzenlenmesi koşuluyla, taraf bir devletin kendi limanları arasında yapılan taşımalara da LK'nın uygulanabileceği savunulmaktadır<sup>30</sup>. Gerçekten taraf bir devletin kendi limanları arasında yapılan konişmentolu taşımalara, LK'nın değil de ulusal hukukun uygulanmasının dayanağını bulmak güçtür. LK'yı hazırlayanlar da bu kuralları, ulusal veya uluslararası olup olmadığına bakılmaksızın bütün konişmentolu taşıma sözleşmelerine uygulanmak üzere hazırlamışlardır<sup>31</sup>. Ancak LK'nın ulusal hukuka aktarılması sırasında, uygulama alanını belirlemek için getirilen hükümlerin, genellikle daraltıcı etkiye sahip oldukları görülmektedir. Örneğin,

<sup>28</sup> Ancak bu durum taşıyanın özen borcunun tayininde aleyhine olabilir. Özellikle yükün ambarda taşınacağına ilişkin bir kaydın olması veya hal ve şartlardan ambarda taşınmanın gerekli olduğunun anlaşılması halinde sözleşmeye aykırılık söz konusu olabilir.

<sup>29</sup> Şahin, a.g.e., s.21 vd..

<sup>30</sup> Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları*, s.17-57; Yazıcıoğlu, *Deniz Hukuku 1999*, s.43-44; Yazıcıoğlu, *Deniz Hukuku 2002*, s.50-51.

<sup>31</sup> Karan, *Sempozyum*, s.239; Bu husus uygulama alanını düzenleyen 10. maddenin yanı sıra, Konvansiyonun adından, başlangıç kısmındaki ifadede ve imza protokolündeki "İç taşımalarla ilgili olarak 6. maddesi tüm yük türleri hakkında bu maddenin son paragrafında belirtilen sınırlamalar dikkate alınmaksızın uygulama konusunda haklarını saklı tutmuşlardır." ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır (Aynı yönde bkz. Yazıcıoğlu, *Deniz Hukuku 1999*, s.44-45; Yazıcıoğlu, *Deniz Hukuku 2002*, s.50-51).

İngiltere ve Hollanda “*Outward Bill of Lading*”lere<sup>32</sup>, ABD ve Belçika hem “*Inward*” hem de “*Outward*” konişmentolara LK’yı uygulamaktadır. Almanya ve Fransa’da, deniz taşıma sözleşmesinden doğan bütün taleplere genel bağlama kuralı olarak varna yeri hukuku uygulanmaktadır. Bu sebeple Almanya ve Fransa “*inward*” taşımalara uygulanacak şekilde LK’yı kanunlaştırmışlardır<sup>33</sup>. İskandinav ülkeleri ise daha da ileri giderek kendi aralarındaki deniz taşımalarına LK’nın uygulanmamasını kabul etmişlerdir<sup>34</sup>.

Konvansiyonun uluslararası denizyolu taşımacılığında yeknesaklığı sağlama gayesinden yola çıkan bazı yazarların da LK’nın, yabancılik unsuru bulunan taşıma sözleşmelerine uygulanması gerektiğini savundukları ifade edilmektedir<sup>35</sup>.

Sonuç olarak LK’nın uygulama alanı, ülkeden ülkeye değişen bir hal almıştır. Bu durum, LK’yı ulusal hukukuna alarak taraf olan devletlerin hukukunun seçilmesi yoluyla bazen LK’nın dolanılmasına, bazen de yüklediği sorumlulukların hafifletilmesine imkan vermektedir<sup>36</sup>.

LK’nın taraf devletler tarafından doğrudan kanun kuvveti verilerek tasdik veya hükümlerine aykırı düşmemek suretiyle değiştirilerek iç hukuka alınabileceğini belirten imza protokolü de, 10. maddenin alınmasının zorunlu olup olmadığı veya değiştirilerek alınıp alınmayacağı konusunda bir açıklığa sahip değildir<sup>37</sup>. Bu sebeple herhangi bir taşıma sözleşmesine, Konvansiyonu kendi ulusal hukuklarına dahil etmek suretiyle kabul eden bir devletin hukukunun uygulanması gerektiği hallerde, LK veya bunları esas alan ulusal hukuktan hangisinin uygulanacağı sorunu, açık bir şekilde çözümlenmiş değildir. Böylece, hem taraf devletlerin iç hukukları ile LK arasında, hem de taraf devletler arasında iki değişik kanunlar ihtilafı sorunu ortaya çıkmıştır<sup>38</sup>.

LK’da uygulama alanına giren taşımaların uluslararası niteliğinin açıklıkla tespit edilmemesinden kaynaklanan söz konusu sakıncalar, Visby değişikliği ile giderilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla 10. maddeye “*iki ayrı devlet limanları arasında eşya taşınmasına ilişkin...*” ifadesi eklenmiştir. Böylece, LK’nın iç taşımalara uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tereddüt, bu değişikliğe taraf olan devletler bakımından ortadan kalkmış görünmektedir.

<sup>32</sup> Böylece İngiltere’de bütün uygulama şartlarına sahip olsa dahi, İngiltere limanları arasında yapılan taşımalara Lahey Kurallarını uygulanmamaktadır (Erdoğan Göger, “Navlun Mukavelelerinde Kanunlar İhtilafı” *Adalet Dergisi*, Yıl:51, S.11-12, Kasım-Aralık 1960 (*Adalet Dergisi*), s.1039).

<sup>33</sup> Ralph De Wit, *Multimodal Transport: Carrier Liability And Documentation*, London, New York Hong Kong, Lloyd’s Of London Press Ltd, 1995, No.2.66, s.77; Göger, *Adalet Dergisi*, s.1039.

<sup>34</sup> Göger, *Adalet Dergisi*, s.1039.

<sup>35</sup> Karan, *Sempozyum*, s.239-240.

<sup>36</sup> Karan, *Sempozyum*, s.227.

<sup>37</sup> LK, 1937 tarihli ATK’ya alınırken İmza Protokolünde yer alan hükümden yararlanarak değiştirilmek suretiyle alınmıştır (bkz. M. Fehmi Ülgener, *Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri*, İstanbul, Der Yayınları, 1991 (*Sorumsuzluk*) s.43-44; Şahin, a.g.e., s.5).

<sup>38</sup> Yazıcıoğlu, *Hamburg Kuralları*, s.17-18; Şahin, a.g.e., s.15-16.

#### 4- Konvansiyonlarda Öngörülen Bağlama Noktası Gerçekleşmelidir

LK'da konişmentonun taraf bir ülkede düzenlenmesi tek bağlama noktası olarak düzenlenmiştir. Visby değişikliği ile buna “*taşımanın bir akit devlet ülkesi limanından yapılması*” ve paramaunt klozu<sup>39</sup> eklenmiştir. LK'nın uygulanması için bu üç bağlama noktasından birinin gerçekleşmesi yeterlidir. Başka bir ifadeyle bu üç bağlama noktası birbirinin alternatifidir.

“*Taşımanın bir akit devlet ülkesi limanından yapılması*” şeklindeki bağlama noktasının gerekli olup olmadığı tereddüt oluşturabilir. Zira, “mallar teslim alınıp yükletildikten sonra, taşıyan veya acentesi ya da kaptan yükletenin talebi üzerine bir konişmento verecektir...” hükmü gereği (L,L/VK m.3§3), konişmento genellikle yükleme limanında düzenlenir. Bu sebeple sözü edilen bağlama noktasının “*konişmentonun akit bir ülkede düzenlenmesi*” şeklindeki bağlama noktasından farklı bir anlam taşımadığı fikri uyanabilir. Oysa taşıyanın veya acentesinin yükletenin konişmento düzenlenmesini talep etmemesine dayanarak veya böyle bir talep olmasına rağmen konişmento düzenlemeyerek, L/VK'nın uygulanmasını önlemelelerini engellemek için böyle bir hükme gerek vardır<sup>40</sup>.

Visby değişikliği ile LK'ya giren bir başka bağlama noktası, tarafların taşıma sözleşmesinde veya konişmentoda, aralarındaki taşıma sözleşmesine Konvansiyon hükümlerinin veya taşıma sözleşmelerini düzenlemek için Konvansiyon hükümlerini yürürlüğe koymuş olan herhangi bir devletin mevzuatının uygulanacağını (Paramount Klozu) kararlaştırmalarıdır (L/VK m.10§1-c). Taraf iradesi gereği Konvansiyon hükümlerinin uygulanması için bunun konişmento veya deniz taşıma sözleşmesini ispat eden diğer bir belgede yer alması gerekir.

### III- TÜRKİYE'NİN LAHEY KURALLARINA TARAF OLMA ŞEKLİ

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Türkiye'nin 14.02.1955 tarih ve 6469 sayılı kanunla onaylaması sonucu LK, 04.06.1956 tarihi itibari ile Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir. Ayrıca Konvansiyon, TTK'nın hazırlandığı dönemde yürürlükte olan 1897 tarihli ATK'nın, LK'ya uygun hale getirilmesi ve bu Kuralların Almanya bakımından yürürlüğe konulması amacıyla, 1937 yılında yapılan reform sonucu oluşan metnin iktibas ve bazı küçük değişikliklerle TTK'ya da alınmıştır<sup>41</sup>. Böylece Türkiye, LK'nın yürürlüğe konulması şekliyle ilgili olarak imza protokolünde tanıyan seçimlik yetkilerin ikisini birden kullanmış görünmektedir. Bu sebeple aynı hukuki alanı düzenleyen iki farklı hukuki rejim arasındaki ilişkinin izahı noktasında, doktrin ve uygulamada fikir ayrılıkları ortaya çıkmıştır<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Paramount Klozu, denizyoluyla eşya taşıma sözleşmesinin taraflarının kendi aralarındaki sözleşmeden doğan ihtilaflar konusunda uygulanacak hukuku (LK, L/VK. HK veya herhangi bir ulusal hukuk) tayin etmelerini sağlayan kloz olarak tanımlanmaktadır (Paramount klozu hakkında daha geniş bilgi için bkz. Ülgener, **Batider**, s.104 vd. (Batider): Fahiman Tekil, “Paramount Clause”, **Sigorta Dünyası**, Yıl:11, S.129, Eylül 1970, s.4 ve 22).

<sup>40</sup> Şahin, **a.g.e.**, s.15.

<sup>41</sup> Atamer, **a.g.e.**, s.59; Yazıcıoğlu, **Deniz Hukuku 2002**, s.49; Atilla Aybay v.d., **a.g.e.**, s.628; Karan, **Sempozyum**, s.224; Gündüz Aybay v.d., **a.g.e.**, s.86-87.

<sup>42</sup> Bu tartışmaların kaynağı TTK'nın 1114. maddesine dayanmaktadır. Bu hükmün hazırlanması sırasında taşıyanın koli veya parça başına sorumluluğu, LK'ya uygun olarak 1500 TL ile sınırlanmıştır. Yüksek enf-

## 1- TTK İçinde Yürürlükte Olduğunu Savunan Görüşler

Bu görüşe göre LK hem ulusal, hem de uluslararası taşımacılık bakımından TTK'ya alındığı şekliyle uygulanmalıdır. Zira imza protokolünde LK'yı onaylama veya onları bir iç hukuk tasarrufu haline getirerek yürürlüğe koyma yetkisi verildiği için, ikinci seçeneği tercih eden devletler, LK'yı aynen değil ulusal hukuklarına yansıtıkları şekliyle uyguladılar<sup>43</sup>. Buna göre LK'nın Türkiye'de aynen uygulanıp uygulanmayacağı sorunu, 6469 sayılı Onaylama Kanunu ve o tarihte yürürlükte olan mevzuat uyarınca LK'ya kanun kuvveti verilip verilmediğine göre çözümlenmelidir. 6469 sayılı Onay Kanununda LK'ya Kanun kuvveti verildiğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Ayrıca usulüne uygun olarak onaylanan antlaşmaların kanun niteliğinde olduğuna ilişkin hüküm, ne 1924 Anayasası'nda ne de o tarihte yürürlükte olan başka bir düzenlemede vardır. Dolayısıyla, "*Lahey Kurallarının onaylanmasının bir kanunla uygun bulunması bu antlaşmaya kanun kuvveti verilerek aynen iç hukuka alındığı anlamına gelmez*". Bu sebeple, "*Lahey Kurallarına kanun kuvveti verildiği, yani aynen Türk iç hukukuna aktarılacak suretiyle yürürlüğe konulduğu ya da konulmasının amaçlandığı sonucuna varılamamaktadır*". Buna karşılık, TTK'nın hazırlık çalışmaları ve Adliye Encümeni tarafından kabul edilen gerekçeler dikkate alındığında, LK'nın TTK içine alınarak yürürlüğe konulmak istendiği açıkça anlaşılmaktadır<sup>44</sup>.

Diğer bir görüşte ise, TTK yürürlüğe konulurken LK dikkate alındığından LK'nın doğrudan uygulanacağına ilişkin konişmento klozu bulunmadığı sürece, TTK'nın uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>45</sup>.

## 2- Lahey Kurallarının Doğrudan Yürürlükte Olduğunu Savunan Görüşler

Ayrıntılarda farklar olmakla birlikte, bu görüşler esas itibarıyla Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası düzenlemelerin Anayasalarımızın ilgili (1924 m.26; 1961 m.65; 1980 m.90) maddeleri ile MÖHUK m.1/II hükümleri gereği, ulusal hukuk hükümlerine göre öncelikle uygulanmasının zorunlu olduğu temeline dayanmaktadır<sup>46, 47</sup>. Buna göre TTK ile LK aynı alanı düzenleyen iki ayrı hukuki rejim olduklarından dolayı, aynı hukuki ilişkiyi farklı şekillerde düzenlemeleri halinde "*hukuki rejimlerin yarışması*" söz konusudur. Bu durumda yarışmakta olan hukuki rejimler-

---

lasyonun sonucu bu miktar yetersiz kaldığı için 1983'te 100 bin TL'ye çıkarılmıştır. Ancak zamanla bu miktarında enflasyon karşısında erimesi sonucu LK'daki sorumluluk limitiyle bağdaşmayacak bir durum almıştır. Zira aynı husus, LK m.485'de 100 Sterlin olarak belirlenmiştir. Üstelik bu miktar Konvansiyonun 9. maddesiyle altın esasına bağlanmıştır (Karan, Sempozyum, s.229).

<sup>43</sup> Yazıcıoğlu, **Deniz Hukuku 1999**, s.46-47.

<sup>44</sup> Yazıcıoğlu, **Deniz Hukuku 1999**, s.50-51; Yazıcıoğlu, **Deniz Hukuku 2002**, s.53-54.

<sup>45</sup> Demirkıran, **XVII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: Bildiriler-Tartışmalar**, 9-10 Haziran 2000, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Tartışmalar Kısmı, s.269.

<sup>46</sup> Bu görüşü ilk savunan kişinin Gündüz Aybay olduğu belirtilmektedir (Atamer, **a.g.e.**, s.69).

<sup>47</sup> Aybay/Oral/Biçen, **a.g.e.**, s.20 vd.; Atamer, **a.g.e.**, s.89; Karan, **Sempozyum**, s.231 vd.. Sopacı da bu tartışmaya girmeksizin Türkiye'nin 1995 tarih ve 6469 sayılı Kanunla Brüksel Konvansiyonunu tasdik etmiş ve 04.01.1956 tarihi itibarıyla yürürlüğe koyduğunu ifade etmekle bu görüşe katılmıştır (Birgül Sopacı, "Multimodal Taşımalarda Taşıma Hukukuna İlişkin Problemler", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001, s.88).

den birinin tercih edilmesi gerekir. Bu tercih için “*özel kanunların önceliği prensibi, sonraki kanunun önceliği prensibi ve milletlerarası sözleşmelerin önceliği prensibi*” olmak üzere üç temel prensip uygulanır. LK ile TTK arasındaki hüküm uyumsuzluğuna uluslararası sözleşmelerin önceliği prensibi uygulanmalı ve Türkiye, usulüne uygun olarak ayrılmadıkça, uygulama alanına giren uyumsuzluklarda LK öncelikle uygulanmalıdır<sup>48</sup>.

Bu durumda TTK'nın uygulama alanı ne olacaktır? Karan'a göre, LK'nın esasen taraf bir ülkede kurulan tüm taşıma sözleşmelerine uygulanması gerekir. Ancak Yargıtayın, Konvansiyonun uluslararası yeknesaklığı sağlama amacını dikkate alması ve ruhuna uygun yorumlaması gerekir. Dolayısıyla bu Kurallar en azından iki farklı devlet limanları arasındaki deniz taşıma sözleşmelerine doğrudan uygulanmalıdır. Bu halde, TTK'nın uygulama alanı ise Türk Kabotaj taşımalarıyla sınırlanmış olur<sup>49</sup>. Atamer'e göre ise MÖHUK m.24/II. hükmü gereği, TTK'nın ancak hukuk seçiminin yapılmaması, boşaltma limanının Türkiye'de olması, yabancılık unsuru taşınması ve LK'nın uygulama alanına girmemesi koşullarının birlikte bulunduğu denizyoluyla taşıma sözleşmelerine uygulanabilir<sup>50</sup>. Ayrıca, TTK'nın uygulandığı bütün hallerde taşıyanın sorumluluğunun üst limiti olan 100 bin liralık miktarın (TTK m.1114), Yargıtayın başka davalarda geliştirdiği içtihatlar olduğu gibi, mehaza uygun şekilde ve 100 altın sterlin olarak anlaşılması gerekir<sup>51</sup>. Aksi halde, 6469 sayılı Kanun ve TTK'nın Tatbikat Kanununun uygulanmasından Bakanlar Kurulu sorumlu olduğu için, bir tam yargı davasıyla, LK'nın Türkiye'de gereği gibi uygulanmamasından doğan zararların tazmini istenebilir<sup>52</sup>.

### 3- Uygulamadaki Durum

Yargıtay, konişmento klozu bulunmadığı sürece her uyumsuzlukta TTK'yı uygulamaktadır. Başka bir ifadeyle, LK'nın doğrudan uyguladığı herhangi bir karara rastlanmamaktadır<sup>53</sup>. Gebze Asliye 2. Hukuk Mahkemesinin Assan Demir ve Saç Sanayi A.Ş. ile “*Nefterudovoz 33*” Gemisi Donatani arasındaki davada verdiği kararın 22 Şubat 1999 tarihinde Yargıtayca onaylaması, LK'nın doğrudan uyguladığına

<sup>48</sup> Karan, *Sempozyum*, s.234-235. Benzer şekilde, Aybay/Oral/Biçen, a.g.e, s.19 vd..

<sup>49</sup> Karan, *Sempozyum*, s.241-242. Aynı yönde, Aybay/Oral/Biçen, a.g.e, s.21-22.

<sup>50</sup> Atamer, a.g.e., s.89 vd..

<sup>51</sup> Atamer, a.g.e., s.92-93. Ancak Yargıtayın söz konusu içtihatları mehaza uymayan çeviri yanlışlıklarını kapsamaktadır. TTK'da benimsenen sorumluluk sınırında ise çeviri yanlışlığı değil, benimsenen değer in enflasyon karşısında erimesi söz konusudur. Dolayısıyla yargı organlarının kanun koyucu gibi hareket ederek ve enflasyon karşısındaki erimleri dikkate alarak daha yüksek meblağlara karar vermesi mümkün değildir.

<sup>52</sup> Atamer, a.g.e., s.83.

<sup>53</sup> Yazıcıoğlu, *Deniz Hukuku 2002*, s.49; Karan, *Sempozyum*, s.235. Nitekim, XVII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumunda Karan'nın adı geçen tebliği ile ilgili tartışmalarda söz alan Yargıtay 11. HD. eski üyesi İhsan Demirkıran da bazı Yargıtay kararlarında (Örneğin, 11.HD., 26.2.1982 tarih 785 sayılı ve 21.12.1985 tarih ve 13 sayılı Kararlar) taşımanın taraf bir ülke limanından Türkiye'ye yapıldığı açıkça anlaşılmasına rağmen, Yargıtayın LK'yı uygulamadığını ancak konişmento klozu olarak yazıldığı için 17.01.1980 tarih ve 121 sayılı ilamda uygulandığını tartışmalar sırasında ifade etmiştir (bkz XVII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu: *Bildiriler-Tartışmalar*, 9-10 Haziran 2000, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Tartışmalar Kısmı, s.269). Aynı yönde bkz. Aybay/Oral/Biçen, a.g.e, s.42.



ilişkin zikredilen tek karar gibidir<sup>54</sup>. Ancak bu karar, aşağıda sözü edilen davada Kanada Federal Mahkemesine sunulmasına rağmen, mahkeme Assan davasında, tarafların LK'ya göre parça/koli başına sorumluluğunun 100 sterlin olması gerektiği yönündeki bilirkişi raporunu aynen kabul ettikleri ve zarar miktarında mutabık kaldıkları için, Gebze mahkemesinin, haklı olarak raporun doğruluğunu hiç tartışma gereği duymadan karar verdiği gerekçesiyle emsal teşkil etmeyeceği sonucuna varmıştır<sup>55</sup>.

Türk Hukukunda yabancılık unsuru içeren taşıma sözleşmelerine LK'nın doğrudan mı yoksa TTK'ya alındığı şekliyle mi uygulanması gerektiği meselesi, yabancı mahkeme ve hakem kararlarına da konu olmuştur. Bunlardan *ilki*, Kanada Federal Mahkemesi tarafından verilen ve yukarıda sözü edilen karardır. Dava konusu olayda, Mısır Denizcilik Şirketine ait "*Ebn Al Waleed*" gemisiyle Türkiye'den Kanada'ya taşınan eşyada hasar meydana gelmişti. Kanada Federal Mahkemesi, LK "*...yüklemenin yapıldığı ülkede yasalastırılmış buldukları biçimde uygulanacaktır.*" şeklindeki konişmento hükmü gereği, LK'nın Türkiye'de nasıl uygulanması gerektiği meselesini, kararında tartışmak durumunda kalmıştır<sup>56</sup>. Mahkeme, Türkiye'nin 1955 tarihinde onay belgesini Belçika hükümetine vermesi sonucu LK'yı orijinal şekliyle kabul ettiğine, TTK içine almakla da yürürlükten kaldırmadığına, ancak yeniden adapte ettiğine karar vermiştir<sup>57</sup>. Yargıtayın uygulamalarını da kararına gerekçe yaparak<sup>58</sup>, TTK'nın uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır<sup>59</sup>. Ancak Yargıtayın konişmentoya ekli belgelerden eşyanın değeri anlaşılabilirdiği takdirde, gerçek zararın tazmin edilmesi gerektiğine ilişkin içtihadını hukuka aykırı bulmuş ve bunun "*Türkiye'nin LK'yı nasıl yasalastırdığı değil, bizzat LK'nın doğru yorumlanması meselesi olduğu*" gerekçesiyle uygulamamıştır<sup>60</sup>. *İkincisi*; 15 Mayıs 2002 tarihinde Londra'da verilen bir hakem karardır. Hakem heyetine Kanada Federal Mahkemesinin kararının da sunulduğu ve konişmento klozunun aynı hükmü içermesine rağmen, aksi yönde sonuca varıldığı belirtilmektedir<sup>61</sup>.

#### 4- Eleştiri ve Görüşlerimiz

##### a) Eleştirilerimiz

Kanaatimizce, Türkiye'de LK'nın uygulanması gereken hallerde TTK'nın uygulanması gerektiğini savunan görüşler, Türkiye'nin 1955 tarihinde onay belgesini Belçika Hükümetine tevdi etmesine rağmen, LK'nın Türkiye bakımından yürürlüğe girmedeği veya yürürlüğe girmekle birlikte aynı kuralların TTK içine alınmasıyla

<sup>54</sup> Atamer, a.g.e., s.67.

<sup>55</sup> Bkz. Ebn Al Waleed Kararı, Paragraf 14.

<sup>56</sup> Bu Kararın gerekçesine ilişkin J. Hugessen tarafından yapılan İngilizce değerlendirme ve Yalçın Kavak tarafından Türkçe Çevirisi için bkz. *Deniz Hukuku Dergisi*, Yıl:4, S.3-4, Eylül-Aralık 1999, s.103-121.

<sup>57</sup> Bkz. Ebn Al Waleed Kararı, Paragraf 8.

<sup>58</sup> Bkz. Ebn Al Waleed Kararı, Paragraf 14.

<sup>59</sup> Karar Türk Doktrininde çeşitli yönlerde değerlendirilmiştir (bkz. Yazıcıoğlu, *Deniz Hukuku* 1999, s.56-60; Atamer, a.g.e., s.84-87).

<sup>60</sup> Bkz. Ebn Al Waleed Kararı, Paragraf 17.

<sup>61</sup> Atamer, aleyhine olan tarafın izin vermediği gerekçesiyle kararın metnini yayımlayamadığını ileri sürerek içeriği hakkında bilgi verilmiştir (bkz. Atamer, a.g.e., s. 87-90).

temeli imza protokolüne dayanan bir tercih değişikliği yapıldığı (önceki kanun sonraki kanun ilişkisi) ve bunun sonucunda LK'nın doğrudan uygulanma imkanı kalmadığı temeli üzerine oturtulmuştur. Bu anlayışa ilişkin eleştiri ve görüşlerimiz aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür:

1- 1924 Anayasasında ve o devirde yürürlükte olan mevzuatta usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmelerin niteliği hakkında genel bir düzenleme olmaması ve 6469 sayılı kanunda bunun belirtilmemiş olması sebebiyle, Türkiye'nin 1955 tarihli işlemler silsilesiyle Konvansiyona kanun kuvveti vermek istemediği gerekçesi yerinde değildir. Kanaatimizce, burada kanunun susması söz konusudur. Sadece bundan yola çıkarak uluslararası sözleşmelerin kanun niteliğinde olmadığı veya başka bir ifadeyle normlar hiyerarşisinde daha aşağı bir mertebede olduğu savunulamaz. Burada sözü edilen susmanın eşitlik veya üstünlük olarak algılanmasına engel herhangi bir neden görünmemektedir. Nitekim, aynı kanunla onaylanan diğer üç Konvansiyon<sup>62</sup> ile o dönemde benzer işlemler silsilesiyle onaylanan diğer uluslararası düzenlemeler hakkında herhangi bir kuşku ileri sürülmemektedir.<sup>63</sup>

Kanaatimizce, 1955 yılında Türkiye'nin onay belgesini tevdi etmesi sonucu LK yürürlüğe girmemiş ise TTK içinde yürürlüğe konulduğuna ilişkin şu ana kadar herhangi bir tevdi belgesi verilmediği için LK'nın Türkiye bakımından uluslararası alanda halen yürürlükte olmadığı sonucuna varılması gerekir<sup>64</sup>. Bu açıdan Kanada Federal Mahkemesinin ileri sürdüğü yeniden adapte etme işleminin de 14. madde hükmüne bağlı olarak yapılması gerekir. Zira, imza protokolü veya Konvansiyonun diğer maddelerinde Konvansiyonu değiştirerek iç hukukuna adapte eden devletleri uluslararası antlaşmaların yürürlüğe konulması usulleri ile kendi yürürlük hükümlerinden muaf tutan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

2- TTK'nın hazırlığı sırasında LK'nın dikkate alındığı gerekçesiyle, Türkiye'de LK'nın doğrudan uygulanamayacağı görüşü de yerinde değildir. Zira, TTK iç hukuk tasarrufu olduğu için ancak kendisinden önceki iç hukuk tasarruflarını yürürlükten kaldırabilir. Halbuki uluslararası tasarrufların yürürlüğe konulması ve kaldırılması daha farklı usul ve kurallara tabidir.

3- İmza protokolü her ne kadar LK'nın iç hukuk tasarrufu haline getirerek yürürlüğe konulmasına imkan veriyorsa da, bundan yola çıkarak Konvansiyonun uluslararası hukuk bakımından farklı usullerde yürürlüğe girebileceği ileri sürülemez. İmza Protokolündeki yürürlük şekilleri iç hukuk bakımından bir imkan tanımaktadır. Bu tercihi kullanan devletler, Konvansiyonun taraf olma ve yürürlük usulüne

<sup>62</sup> Bu Kanun ile onaylanan diğer Konvansiyonlar: "Gemi Sahiplerinin Mesuliyetlerinin Tahdidi", "Deniz Ticaret Vasıtalarının Rehini ve İmtiyazı", "Devlet Gemilerinin Muafiyetiyle İlgili Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki 1926 tarihli Milletlerarası Sözleşmesi" dir.

<sup>63</sup> Tahir Çağa. "Enternasyonal Deniz Hususi Hukukunda Yeni Bazı Gelişmeler". **Batider**, C.IX. 1977. S. 2. s.290-291 ve dn.7; Atamer, **a.g.e.**, s.71.

<sup>64</sup> Bu sonuca varıldığı takdirde, TTK hükümlerinin ancak MÖHUK gereği ve yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkilerde Türk Hukukunun yetkili hukuk olduğu hallerle sınırlı olarak uluslararası alanda uygulanması mümkün olacaktır.

ilişkin hükümlerinden muaf tutulmamıştır. Nitekim TTK'nın me hazını teşkil eden ATK'da 1937 yılında yapılan değişikliğe ilişkin onay belgesi, 1 Temmuz 1939 tarihinde Belçika Hükümetine verilmiş ve bu belgede Almanya'nın LK'yı İmza Protokolünün 2. fıkrasına uygun olarak iç hukuka adapte etmek suretiyle kabul ettiği açıkça belirtilmiştir<sup>65</sup>. Ayrıca bu son fikir kabul edildiği takdirde Türkiye LK'yı yeniden doğrudan yürürlüğe koymak isterse, TTK'nın ilgili hükümlerini yürürlükten kaldırması yeterli olacak mıdır sorusu akla gelecektir.

4- LK'nın TTK içine alınarak yürürlüğe konulduğuna ilişkin Türkiye tarafından uluslararası topluma yapılmış herhangi bir irade açıklaması yoktur. Konvansiyonun iç hukuka adapte edilerek yürürlüğe konulabilmesi, onu iç hukuk tasarrufu haline getirmedeği gibi, iç hukuk tasarruflarının yürürlük şekillerine tabi olmasını da gerektirmez. Böyle bir irade açıklamasının Konvansiyonun yürürlük maddelerine ve uluslararası düzenlemelerin yürürlük usulüne uygun olması gerekir. TTK'daki düzenlemelerin yürürlüğü, 6469 sayılı Kanun uyarınca yapılan işlemlerle de ilişkilendirilemez. Zira, 1955 tarihinde TTK henüz hazırlık çalışmaları devam etmekte ve Mecliste dahi kabul edilmemişti. Ayrıca tevdi belgesinin verilmesinden altı ay sonra yani, 14. madde gereği LK'nın yürürlüğe girdiği tarihte (04.01.1956) TTK yürürlüğe girmemişti. Şayet böyle bir ilişkilendirme düşünüldüğü takdirde Türkiye'nin "*akit devlet*" statüsünü kazandığı 04.01.1956 tarihi ile TTK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.1957 tarihi arasındaki dönemde –yaklaşık bir yıl- LK'nın Türkiye'deki yürürlük durumunun da tartışılması gerekir. Görüldüğü gibi meselenin sadece imza Protokolünde yer alan yürürlük şekli tercihinin bildirilmesi veya değiştirilmesi olarak görülmemesi gerekir.

İkinci görüşe sonuç bakımından katılmakla birlikte gerekçelerinin yeterli olmadığını düşünmekteyiz. Gerçekten bu görüş, uluslararası antlaşmaların iç hukuk düzenlemelerine göre öncelikle uygulanması gerektiği ilkesinden hareket etmektedir. Oysa LK'yı iç hukukuna alarak taraf olan devletler de uluslararası düzenlemeyi uygulamaktadır. Zira imza protokolü devletlere bu hakkı tanımaktadır. Burada önemli olan, Kanada Federal Mahkemesinin isabetle belirttiği gibi, Türkiye'nin LK'yı nasıl kanunlaştırdığıdır.

### *b) Görüşümüz*

1- Kanaatimizce, LK uluslararası düzenleme olduğuna göre, Türkiye'de veya herhangi bir ülkede yürürlük durumu tespit edilirken, öncelikle ilgili devletin taraf olma hususunda uluslararası topluma yaptığı irade açıklamasının temel alınması gerekir. Türkiye, LK'yı yürürlüğe koyma iradesini, 6469 sayılı Kanun gereğince onay belgesini 1955 yılında depoziter devlet olan Belçika Hükümetine tevdi etmekle uluslararası topluluğa duyurmuştur. Bu işlemler silsilesi hem o dönemde yerleşmiş iç hukuk uygulamalarımıza ve uluslararası hukuka; hem de Konvansiyonun 14. maddesine uygundur. Buna göre, LK 14. maddesinde yer alan "*...altı ay sonra mevzii mer'iyete girecektir*" hükmü gereği, 04.01.1956 tarihi itibarıyla, imza protoko-

<sup>65</sup> Belgenin Türkçe tercümesi için bkz. Atamer, a.g.e., s.75.

lündeki ilk seçeneğe uygun olarak, ulusal veya uluslararası nitelik ayırımına tabi olmaksızın uygulama alanına (LK m.10) giren bütün deniz taşıma sözleşmelerine doğrudan uygulanmak üzere, Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

2- LK'nın TTK içinde yürürlüğe konulması ne anlama gelir? Bunun için öncelikle LK'yı iç hukuka adapte ederek yürürlüğe koyma yetkisinin uluslararası hukuk bakımından niteliğinin belirlenmesi gerekir. Herhangi bir ülkenin LK'yı iç hukukuna adapte ederek yürürlüğe koyması imza protokolüyle verilen bir "*çekince hakkının*" kullanılması niteliğindedir<sup>66</sup>. Zira uluslararası taşıma ilişkilerini düzenleyen Konvansiyonların gayesi, düzenledikleri alanda uluslararası yeknesaklığı sağlamaktır. Bu sebeple bunların hiç birinde taraf devletlere çekince koyma yetkisi verilmemiştir<sup>67</sup>. Fransız ve İtalyan heyetleri LK'nın uluslararası yeknesaklığı sağlama amacıyla hazırlandığını ve mevcut haliyle çekinceye elverişli olmayacağını, daha hazırlık çalışmaları sırasında fark ettikleri için olsa gerek, söz konusu imza protokolünün oluşturulmasını istemişlerdir. Böylece LK tek bir çekincenin konulmasına müsait hale gelmiştir<sup>68</sup>.

Çekinceler ancak usulüne uygun olarak ileri sürüldüğü takdirde ilgili devletçe ileri sürülebilir. Bunlardan *ilki* ilgili devletin, uluslararası düzenlemeyi çekince ile kabul ettiğini imza, onaylama veya katılma aşamasında ileri sürmesidir (AHS m.19)<sup>69</sup>. Başka bir ifadeyle çekince, en geç ilgili devletin çekince konusu düzenlemeyle bağlanma aşamasında ileri sürülmelidir. Dolayısıyla Türkiye, LK'yı imza protokolündeki ikinci seçeneğe uygun olarak, TTK içinde ve değiştirerek yürürlüğe koymak istiyorsa, tıpkı Almanya'nın yaptığı gibi, bunu diğer yürürlük koşulları yanında ayrıca ve usulüne uygun olarak uluslararası topluma açıklamalıdır. Sonuç olarak, halihazır duruma göre, LK'nın Türkiye'de doğrudan uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

<sup>66</sup> "*Çekince (ihtirazi kayıt; reservation; réserve), andlaşmaya taraf olan bir devletin o andlaşma yapılırken bazı hükümlerinin etkisini kendisi bakımından değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik tek taraflı bildirimidir.*" (Melda Sur. **Uluslararası Hukukun Esasları**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., 2000, s.56).

<sup>67</sup> Çekinceler, ilgili uluslararası düzenlemeye daha çok devletin taraf olmasını sağlama bakımından faydalıdır. Ancak uluslararası düzenlemelerin bütünlüğünü ve yeknesaklığını bozması bakımından sakıncalıdır (bkz. Sur. **a.g.e.**, s.56). Nitekim, yukarıdan beri yapılan açıklamalardan imza protokolünde tanınan söz konusu çekince hakkının, LK üzerinde her iki etkiyi de üst seviyede gösterdiği anlaşılmaktadır.

<sup>68</sup> Atamer, teklifi sunanların açıklamalarından İmza Protokolünün hazırlanmasındaki asıl gayesinin, LK'nın, m.10'a göre uygulama alanı dışında kalan taşıma sözleşmelerine de uygulanmasını sağlamak için ulusal hukukta düzenleme yapılması olduğunun anlaşıldığı ileri sürmektedir (bkz. Atamer. **a.g.e.**, s.81-82). Ancak bunun yerinde olduğunu düşünmüyoruz. Zira konvansiyona imza koyan devleti belirli bir süre içinde taraf olmaya zorlayan veya buna bir müeyyide öngören herhangi bir kural yoktur. Hazırlık çalışmaları sırasında imza koyan temsilcinin devleti, imza protokolü olmasa da iç hukuk düzenlemelerini yaptıktan sonra LK'ya taraf olabilirdi. Nitekim HK, 78 devletin temsilcilerinin oy birliğiyle kabul edilmesine rağmen sadece yürürlüğü 14 yıl sonra gerçekleşebilmiş ve halen uluslararası alanda fazla rağbet görmüş değildir.

<sup>69</sup> 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin tam metni ve bu Konvansiyon hakkında genel bilgiler için bkz. Aslan Gündüz. **Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler Örnek Kararlar**, Geliştirilmiş 3. Baskı İstanbul Beta Yay. No. 481. 1998. s.181 vd.

3- TTK içindeki hükümlerin yürürlüğü ise ancak iç hukuk bakımından söz konusu olabilir<sup>70</sup>. Buna göre söz konusu hükümler, ancak bağlama kurallarına göre Türk Hukukunun yetkili hukuk olduğu, yabancılık unsuru bulunan ve LK kapsamına girmeyen taşıma sözleşmelerine uygulanabilir. Burada haklı olarak LK'nın ulusal ve uluslararası taşıma ayırımı yapmadığı ileri sürülebilirse de uygulamada birçok ülkenin LK'nın uygulama alanını değişik şekillerde sınırladığı gerçeğini de<sup>71</sup> göz ardı etmemek gerekir<sup>72</sup>. Ayrıca bu anlayışın Konvansiyonun uluslararası yeknesaklığı sağlama amacına hizmet ettiğinden dolayı, ruhuna uygun olduğu da savunulabilir<sup>73</sup>. Buna göre LK, 04.01.1956 tarihinden 01.01.1957 tarihi arasındaki dönemde uygulama alanına giren bütün taşıma sözleşmelerine doğrudan uygulanmak üzere yürürlükte iken, 01.01.1957 tarihinden itibaren Türk Limanları arasındaki taşımalar bakımından yürürlük alanı kısıtlanmıştır.

#### IV- SONUÇLAR

Çalışmamız sırasında vardığımız sonuçları aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür.

LK'nın "*bir akit devlet ülkesinde düzenlenen her konişmentoya*" uygulanması gerektiği yönündeki hükümden (LK m.10) taraf bir ülkede düzenlenen konişmentoya bağlı olarak yapılan taşımalara hangi koşullar altında LK'nın uygulanacağını anlamak kolay değildir. *Öncelikle*, konişmento henüz düzenlenmemiş olmasına rağmen, düzenlenme ihtimali olan hallerde LK'nın uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Kanaatimizce, Konvansiyonun 3§3 ve 6. maddeleri birlikte ele alınarak, Konvansiyonun yeknesaklık sağlama amacı doğrultusunda geniş yorumlanması yerinde olur. Buna göre, konişmento isteme konusunda yükletene belirli bir zaman dilimiyle sınırlı olayın, tek taraflı bir talep hakkı tanınmıştır. Bu sebeple yükletenin talep hakkı devam ettiği sürece, taşıma sözleşmesine LK uygulanmalıdır (LK m.3§3). Ayrıca, LK m.6'da ise "*...ne düzenlenmiş ne de düzenlenecek konişmentonun (...no bill of lading has been or shall be issued...)*" bulunması gerektiğinden söz edilmektedir. Buradan taşıyanın, 6. maddede düzenlenen muafiyet kayıtlarından yararlanabilmesi için konişmento düzenlenmeyeceğini ispat etmesi gerektiği anlaşılmaktadır. *İkinci olarak* LK, ulusal veya uluslararası olup olmadığına bakılmaksızın bütün konişmentolu taşıma sözleşmelerine uygulanmak üzere hazır-

<sup>70</sup> Bu noktada TTK'nın hazırlık çalışmaları sırasındaki aksi yöndeki komisyon raporları akla gelebilir. Ancak bir kanunun yorumunda hazırlığı sırasındaki görüşlerden yararlanılmakla birlikte, bunun için öncelikle ilgili hukuki metnin yürürlüğe girmesi gerekir. Oysa, Kanun koyucu TTK'nın uluslararası alanda yürürlüğünü sağlayacak hiçbir usulü işlemde bulunmamıştır. Bu da kanun koyucunun kanunu hazırlayanların bu yöndeki fikirlerini paylaşmadığını göstermektedir.

<sup>71</sup> Bu konuda bkz.yuk. II, 3.

<sup>72</sup> Uluslararası konvansiyonların uygulanması bakımından başka ülkeleri ilgilendirmeyen bu durum uluslararası toplum tarafından hoşgörü ile karşılanmaktadır. Örneğin, İskandinav ülkeleri kendi aralarındaki taşımalara LK'yi uygulamamaktadırlar. Yine bunun gibi, eski Sosyalist Blok Ülkeleri demiryolu taşımalarını düzenleyen COTIF ve eklerine taraf olmalarına rağmen, kendi aralarındaki demiryolu taşımalarını düzenlemek amacıyla farklı Konvansiyonları (SMGS- SMPS) kabul etmişler ve uygulamışlardır (bkz. Sabih Arkan, **Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay. No.206, 1987, s.11-12).

<sup>73</sup> Karan, **Sempozyum**, s.241.

lanmıştır. Ancak ulus devletlerin genellikle uygulama alanını çeşitli bakımlardan daraltarak LK'yı uyguladıklarını göz ardı etmemek gerekir.

LK ile aynı derecede geçerli olmak üzere oluşturulan imza protokolüne göre, LK doğrudan kanun kuvveti verilerek veya içeriğindeki kurallar iç hukuka adapte edilerek yürürlüğe konulabilecektir. Türkiye, imza protokolünde tanınan söz konusu seçimlik yetkilerin ikisini birden kullanmıştır. Bu sebeple, aynı hukuki alanı düzenleyen iki farklı hukuki rejim arasındaki ilişkinin izahı tartışmalıdır. Kanaatimizce bu mesele Türkiye'nin LK'yı kanunlaştırma şeklinin tespiti ile çözümlenmelidir. 6469 sayılı Kanun gereğince onay belgesinin tevdi edilmesi sonucu LK, 14. maddesi uygun olarak 04.01.1956 tarihinde doğrudan uygulanmak üzere, Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

Aynı kuralların daha sonra TTK içine alınmasının hukuki anlamı ve sonuçları ise imza protokolünde verilen LK'yı iç hukuka adapte ederek yürürlüğe koyma yetkisinin uluslararası hukuk bakımından niteliğinin belirlenmesiyle tespit edilebilir. Kanaatimize göre herhangi bir ülkenin LK'yı iç hukukuna adapte ederek yürürlüğe koyması, imza protokolüyle kendisine verilen "*çekince hakkının*" kullanılması niteliğindedir.

Çekinceler, ancak usulüne uygun olarak ileri sürüldüğü takdirde ilgili devletçe kullanılabilir. Çekincelerden yararlanmanın ilk şartı, ilgili devletin uluslararası düzenlemeyi imza, onaylama ve katılma aşamasında çekinceyi ileri sürmesidir (AHS m.19). Başka bir ifadeyle çekince en geç çekince konusu düzenlemeyle bağlanma aşamasında ileri sürülmelidir. Şu ana kadar Türkiye, LK'yı TTK içinde ve değiştirerek yürürlüğe koyduğuna ilişkin ne çekince ileri sürmüş ne de onay belgesi tevdi etmiştir. İç hukuk usullerine uygun tasarruflarla uluslararası hukuk tasarruflarını kaldırmak veya değiştirmek mümkün değildir. Bu sebeple, Türkiye LK'yı TTK içinde yürürlüğe koymak istiyorsa, tıpkı Almanya'nın yaptığı gibi, bunu ayrıca ve usulüne uygun olarak uluslararası topluma açıklamalıdır. TTK içindeki LK hükümlerinin yürürlüğü ise ancak iç hukuk bakımından söz konusu olabilir.

## KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AHS	: Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
ATK	: Alman Ticaret Kanunu
BMK	: 1980 Tarihli, Eşyanın Multimodal Olarak (Değişik Yolla) Uluslararası Taşınması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu.
bkz .	: Bakınız
CMR:.	Convention On The Contract for The International Carriage Of Goods By Road
CIM (COTIF/CIM)	: Appendice B á la Convention relative aux transport internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980 Règles unifomes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises (CIM).
CIV(COTIF/CIM)	: Appendice A á la Convention relative aux transport internationaux ferroviaires (COTIF) du 9 mai 1980 Règles unifomes concernant le contrat de transport international ferroviaire des voyageurs et des bagages (CIV).
COTIF	: Convention relative aux transport internationaux ferroviaires.
HD.	: Hukuk Dairesi
HK	: Hamburg Kuralları
M-99	: Havayolu ile Yapılan Uluslararası Taşımlar İçin Bazı Kuralların Birleştiri mesi Hakkında 1999 Tarihli Montreal Konvansiyonu
LK	: Lahey Kuralları
L,L/VK	: Lahey ve Lahey/Visby Kuralları
SMGS	:Soglasheine a mezhdunarodnom zhheleznodorozhnomgruzovom soobshchenii
SMPS	: Soglasheine a mezhdunarodnom passashirskom soobshchenii
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
VK	:Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by air
v.d.	: Ve diğerleri
vd.	: Ve devamı
yuk.	: Yukarıda

## KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih: **Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1987 (Demiryolu).
- Arkan, Sabih: **Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982 (Kara Taşıma).
- Arkan, Sabih: “Demiryolu İşletmesinin Eşya Taşımalarından Sorumluluğu”, **Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, 24-25 Ocak 1985, Maçka-İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği AIDA Türk Grubu, Ankara, 1985, s.42-99 (Sempozyum).
- Atabek, Reşat: **Eşya Taşıma Hukuku: Deniz Hukuku Hariç**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1960.
- Atamer, Kerim: “Taşıyanın Parça Başına Belli Bir Tutarla Sorumluluğu”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI, Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara, 14-15 Nisan 1989, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.225-286.
- Atamer, Kerim: “Taşıyanın Parça Başına Belli Bir Tutarla Sorumluluğu”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI, Bildiriler-Tartışmalar**, Ankara, 14-15 Nisan 1989, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.225-286.
- Aybay, Atilla v. d.: **Deniz Hukuku**, Editör: Gündüz Aybay, İstanbul, Aybay Yay., 1998.
- Aybay, Gündüz v.d.: **Gemilerde Yük İleri ve İşlemleri**, C.I, İstanbul, 1996.
- Aybay, Gündüz/Oral,
- Nilüfer/ Biçen, Esra: **Türk Hukukunda Taşıyanın Sınırlı Sorumluluğu Üstüne**, İstanbul, Aybay Yay., 2000.
- Belbez, Hikmet: Nakil Sözleşmesi ve Nakliyecinin Sorumu, **AÜHFD**, 1946, C.3, S.2-4, s.387-402.
- Çağa, Tahir:“Enternasyonal Deniz Hususi Hukukunda Yeni Bazı :Gelişmeler”, **Batider**, C.IX, 1977, S.2, s.289-324.
- Çağa, Tahir / Kender,
- Reyegân: **Deniz Ticaret Hukuku: Navlun Sözleşmesi**, C.II, 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2004.
- Gençtürk, Muharrem: “Uluslararası Konvansiyonlara Göre Taşıyıcının Eşya Taşımalarında Gecikmeden Doğan Sorumluluğu”, **İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Doktora Tezi, 2005.



- Göger, Erdoğan: "Navlun Mukavelelerinde Kanunlar İhtilafı" **Adalet Dergisi**, Yıl:51, S.11-12, Kasım-Aralık 1960, s.1029-1043 (Adalet Dergisi).
- Gündüz, Aslan: **Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler Örnek Kararlar**, Geliştirilmiş 3. Baskı İstanbul Beta, 1998.
- Kaner, İnci: **Hava Taşıma Hukuku: Hususi Kısım**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Karan, Hakan: "Yargıtay'ın Konişmentolu Taşımalar Hakkındaki 1924 Tarihli La Haye Kaideleri'ni Uygulaması Gereği", **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar**, XVII, 9-10 Haziran 2000, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.219-270 (Sempozyum).
- Karan, Hakan: "Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi ile Konişmento Arasındaki İlişki", **Batider**, C.XX, S.4, Yıl:2000, s.153-165 (Batider).
- Kender, Reyagân/ Çetingil, Ergon: **Deniz Ticaret Hukuku: Temel Bilgiler (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte)** Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2003.
- Kubilay, Huriye/Akıntürk, Esen: "Elektronik Konişmento", **Prof. Dr. Hayri Domanıç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.I, İstanbul, Beta, 2001, s.332-354.
- Ridley, Jasper: "**The Law of The Carriage of Goods by Land, Sea and Air**", London, Shaw Sons Ltd., Geoffrey Whitehead tarafından hazırlanan 5. Baskı, 1978.
- Sopacı, Birgül: "Multimodal Taşımalarda Taşıma Hukukuna İlişkin Problemler", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2001.
- Sur, Melda: **Uluslararası Hukukun Esasları**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yay., 2000.
- Şahin, Yüksel: "Deniz Taşımacılığında La Haye, La Haye/Visby Kuralları İle Hamburg Kurallarının Karşılaştırılması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, **İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 1999.
- Tekil, Fahiman: "Hamburg Kuralları ve Türk Deniz Taşıma Hukuku", **Hukuk Araştırmaları**, C.10, S.1-3, 1996, s.407-423 (Hukuk Araştırmaları).
- Tekil, Fahiman: **Deniz Hukuku II: Uluslararası Konvansiyonlar**, İstanbul, Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık, 1987 (Uluslararası Konvansiyonlar).
- Tekil, Fahiman "Paramount Clause", **Sigorta Dünyası**, Yıl:11, S.129, Eylül 1970, s.2 ve 22.
- Ülgen, Hüseyin: **Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları**, İstanbul, İstanbul Ticaret Odası Yay., 1988.
- Ülgener, M. Fehmi: "Çarter Mukavelelerinde Tarafların Uygulanacak Hukuku Belirlemeleri", **Batider**, C.XVIII, S.1-2, Haziran-Aralık 1995, s.93-136 (Batider).

- Ülgener, M. Fehmi: **Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri**, İstanbul, Der Yayınları, 1991 (Sorumsuzluk).
- Wit, De Ralph : **Multimodal Transport: Carrier Liability And Documentation**, London, New York Hong Kong, Lloyd's of London Press Ltd, 1995.
- Yazıcıoğlu, Emine: **Hamburg Kuralları'na Göre Taşıyanın Sorumluluğu Lahey/Visby Kuralları İle Karşılaştırmalı Olarak**, İstanbul, Beta, 2000 (Hamburg Kuralları).
- Yazıcıoğlu, Emine: "Lahey Kuralları ile Türk Ticaret Kanunu Arasında Uygulanacak Kurallar Sorunu", **Deniz Hukuku Dergisi**, Yıl:4, S.3-4, Eylül-Aralık 1999 (Deniz Hukuku 1999), s.39-60.
- Yazıcıoğlu, Emine: "Uluslararası Deniz Taşımalarında Uygulanacak Kural Sorunu", **Deniz Hukuku Dergisi, Gündüz Aybay'ın Anısına**, Yıl:5, S.1-4, Ocak-Aralık 2002, (Deniz Hukuku 2002) s.46-56.
- Yeşilova, Ecehan: **Taşıyıcının CMR Hükümlerine Göre Yardımcı Şahıslarının ve Müteakip Taşıyıcıların Eylemlerinden Sorumluluğu: CMR Madde 3, 34 vd.**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.
- Zeyneloğlu, Ahmet: **Taşıma Hukuku: Kara Deniz, Hava Taşımacılığı ve Taşıma Sigortası, İlgili Mevzuat, Uluslararası Anlaşmalar, Yargıtay Kararları, Genişletilmiş İkinci Baskı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1993.
- Longman-Metro Büyük Sözlük: İngilizce-Türkçe-Türkçe**, Türkçe'ye uyarlayan: Güngör Oktay, Metro Kitap Yayın Pazarlama A.Ş., İlk yayın tarihi 1993.



# AR-GE ANLAŞMALARININ AVRUPA TOPLULUĞU REKABET HUKUKU (2659/2000 SAYILI GRUP MUAFİYET TÜZÜĞÜ) ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Yrd. Doç. Dr. Ayhan KORTUNAY\*

## GİRİŞ

Bireysel AR-GE çalışmaları neticesinde istenilen sonuçlara ulaşamama riskinin yüksek olması, özellikle ileri teknoloji alanlarındaki AR-GE faaliyetlerinin yol açtığı yüksek maliyetlerin paylaşılarak minimize edilebilmesi, know-how'ları karşılıklı kullanabilme ve yeni patent, know-how ve benzeri sınai haklar elde etme imkanı, yeni ve farklı ürünler geliştirerek rakipler karşısında önemli rekabet avantajları sağlama imkanı sunması, teşebbüsler açısından AR-GE anlaşmalarını önemli kılmaktadır<sup>1</sup>.

Farklı teşebbüslerce aynı alanda yürütülen AR-GE faaliyetleri nedeniyle oluşabilecek çifte maliyetlerin ortadan kaldırılarak kaynak israfının önlenmesi, teşebbüslerin teknolojik seviyelerinin yükselmesi sonucunda kapasite ve üretim artışına yol açması ve buna bağlı olarak tüketiciye daha kaliteli ve ucuz ürünlerin sunulması, bilhassa AR-GE faaliyetlerinin yoğun olduğu sektörlerde küçük ve orta ölçekli teşebbüslere büyük teşebbüsler karşısında teknolojik rekabet imkanı sağlamaları AR-GE anlaşmalarına ekonomi, endüstri ve rekabet politikaları bakımından genel olarak olumlu yaklaşılmasının başlıca nedenleri arasında yer almaktadır<sup>2</sup>.

Buna karşın, AR-GE anlaşmaları fiyat, üretim, inovasyon (teknolojik yenilik), ürünlerin çeşitlilik ve kalitesi bakımından rekabeti sınırlayıcı etkiler doğurabilmektedir<sup>3</sup>. Sorun ekonomik ve teknolojik gelişmeye önemli katkı sağlayan bu anlaşmalara ne ölçüde izin verileceğidir. Avrupa Topluluğu Antlaşması (ATA) m.81/3'te muafiyete ilişkin genel kriterlere yer verilmiş, teşebbüslere yol göstermek ve daha fazla hukuk güvenliği sağlamak amacıyla da Avrupa Topluluğu (AT) Komisyonunun-

\* Pamukkale Üniversitesi İİBF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Schmieder, Klaus, "Die Kartellrechtliche Beurteilung von Forschungsk Kooperationen", **GRUR**, 1981, s. 241;

Dauses, Manfred A., **Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts**, Band II. München 2002, Art. 81/82 EGV, Rn. 208; Axter, Oliver, "Forschungs Kooperation und Wettbewerbsbeschränkung", **GRUR**, 1980, s. 343.

<sup>2</sup> Bunte, Hermann-Josef, (Hrsg.), **Kommentar zum deutschen und europaischen Kartellrecht**, Band I, Luchterhand, 2001, Art. 81 Fallgruppen, Rn. 63; Meyer, Dirk, "Forschungs- und Entwicklungskooperationen" **WuW**, 1993, s. 201.

<sup>3</sup> Literatürde bağımsız araştırma merkezlerinin zamanla ortadan kalkması, alternatif çözümler ve buna bağlı sonraki (ardıl) yeniliklerin azalmasıyla birlikte piyasalardaki ürün çeşitliliğinde artış olmaması, anlaşma dışında kalan teşebbüslerin araştırma ve geliştirme motivasyonlarının zayıflaması, üstün üretim teknolojisi-ne sahip olan teşebbüslerin piyasalarda güçlü konuma gelmesi sonucu rekabetin düşük yoğunlukta kalması gibi olumsuzluklara işaret edilmektedir. Örneğin bkz. Ullrich/Konrad, in Immenga/Mestmaecker (Hrsg.), **EG-Wettbewerbsrecht**, Band I. München, 1997. E.Gemeinsame Forschung und Entwicklung, Rn. 2.

ca 2659/2000 Sayılı AR-GE Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü (Tüzük)<sup>4</sup> çıkarılmıştır.

Bu çalışmanın ana teması bahsi geçen Tüzük hükümlerinin açıklanması ve yorumuna ilişkindir. Bu yapılırken AT Antlaşması'nın 81'inci Maddesinin Yatay İşbirliği Anlaşmalarına Uygulanmasına İlişkin Komisyon Direktifindeki (Direktif)<sup>5</sup> açıklamalar büyük ölçüde dikkate alınmış, Alman doktrinindeki görüş ve eleştirilere yer verilmiştir.

## I. ATA m. 81'in AR-GE Anlaşmalarına Uygulanması

### A. ATA m.81/1 ve AR-GE Anlaşmaları

ATA m.81/1 e göre, üye devletler arasındaki ticarete zarar vermeye müsait, Ortak Pazar sınırları içinde rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu etkiye sahip olan, teşebbüslerarası anlaşmalar, teşebbüs birliklerinin kararları ve uyumlu eylemler hukuka aykırı kabul edilmiş ve yasaklanmıştır. Ticaretin, anlaşma hükümleri veya uyumlu eylemler ya da kararlarla, dolaylı veya dolaysız olarak kısıtlandığı; üretimin, pazarlamanın, fiyatların, teknik gelişmenin veya yatırımların kısıtlandığı yahut kontrol altına alındığı; pazar ya da tedarik kaynaklarının paylaşıldığı; aynı değerdeki edimlere farklı koşulların uygulandığı; sözleşme konusu ile ilgisi bulunmayan, işin niteliğinin veya ticari teamüllerin haklı göstermediği edimlerin taraflardan birine dayatıldığı haller özellikle yasağın kapsamındadır<sup>6</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ATA m.81/1'deki yasağın ortak AR-GE faaliyetlerine uygulanıp uygulanmayacağı saptanmasında, bunların hangi şekle büründükleri önem taşımaz. Bir başka ifadeyle, bu alandaki anlaşma, uyumlu eylem ya da taraflarca oluşturulmuş ortak bir teşebbüsün varlığı arasında fark yoktur. Burada önemli olan husus AR-GE alanındaki işbirliğinin piyasalardaki rekabeti ne ölçüde etkilediğidir<sup>7</sup>. AR-GE anlaşmalarının, ATA m.81/1'deki yasak kapsamına girip girmediği hususunun "anlaşmanın niteliği" ve "tarafların piyasa gücü ve piyasaların yapısı" açılarından ayrı ayrı ele alınması gerekir.

### 1. Anlaşmanın Niteliği

Komisyon Direktif'te nitelikleri itibariyle AR-GE anlaşmalarını ATA m.81/1'in kapsamına girmeyenler, ATA m.81/1'in kapsamına girenler ve ATA m.81/1'in kapsamına girebilecek olanlar şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutmuştur<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> ATRG (2000) L 304/7.

<sup>5</sup> ATRG (2001) C 3/2.

<sup>6</sup> Tekinalp Ünal, (Tekinalp/Tekinalp) *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul, 1997, s. 332 vd.

<sup>7</sup> Haag, Marcel, in Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, 2003, Art. 81 –Fallgruppen, Rn. 7.

<sup>8</sup> Direktif 55-60. paragraf. İlgili pazara girebilmek için gerekli ekonomik ve teknik yapıya sahip olan veya kazanç getirici olması halinde bu pazara girmesi muhtemel olan teşebbüsler potansiyel rakip olarak kabul edilir. Geiger, Andreas, "Die neuen Leitlinien der EG-Kommission zur Anwendbarkeit von Art.81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit", *EuZW*, 2000, s. 325,326.

### a) ATA m.81/1'in Kapsamına Girmeyen AR-GE Anlaşmaları

#### aa) Rakip Olmayan Teşebbüsler Arasındaki AR-GE Anlaşmaları

Birbiriyle rakip olmayan teşebbüsler<sup>9</sup> arasındaki AR-GE anlaşmaları genel olarak ATA m.81/1'in kapsamına girmez. Zira taraflar arasında anlaşma öncesinde ne aktüel, ne de potansiyel herhangi bir rekabet mevcut değildir ki, bunun kısıtlanması söz konusu olsun<sup>10</sup>.

Bu tür anlaşmalarda çoğu kez tarafların AR-GE çalışmalarını tek başlarına yürütemeyecek durumda olmaları nedeniyle, birbirini tamamlayan bilgi, birikim, teknoloji ya da diğer kaynaklarını bir araya getirmeleri söz konusudur. Dolayısıyla yapılan işbirliği rekabetin kısıtlanması değil, tam tersine piyasada rekabetin tesisi ve canlanmasına katkı sağlayacaktır<sup>11</sup>.

Burada daha ziyade, üzerinde durulması gereken husus, anlaşmanın potansiyel rekabeti kısıtlayacak nitelikte olup olmadığıdır. Bu yapılırken de tarafların her birinin, mali yapı, know-how ve diğer kaynaklar bakımından AR-GE için gerekli altyapıya sahip olup olmadığına bakılmalıdır. Dolayısıyla, tarafların bizatihi aralarındaki anlaşma sayesinde AR-GE faaliyetlerini yürütebilecek konuma gelmiş olmaları, onların potansiyel rakipler olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmaz<sup>12</sup>.

#### bb) Teori Aşamasındaki AR-GE Çalışmaları

Henüz teori aşamasında bulunan, dolayısıyla elde edilmesi muhtemel sonuçların kullanımının yakın bir gelecekte mümkün olmadığı anlaşmalar da ATA m.81/1'in uygulama alanı dışındadır<sup>13</sup>. Zira henüz ne mevcut piyasada ne de inovasyon piyasasındaki rekabetin etkilenmesi söz konusu değildir. Bilhassa yeni bir ürün ya da teknoloji oluşturmaya yönelik AR-GE çalışmaları bu kapsamda değerlendirilmelidir. Buna karşın, doğrudan mevcut ürün ya da teknolojilerin iyileştirilmesi ve geliştirilmesine yönelik, dolayısıyla teorik aşamanın söz konusu olmadığı, AR-GE çalışmaları için durum farklıdır<sup>14</sup>.

#### cc) Ticari Bir Amaca Yönelik Olmayan AR-GE Anlaşmaları

Uzmanlaşmış teşebbüsler, araştırma kurumları veya akademik kuruluşlar arasında, sonuçların ticari kullanımına yönelik olmaksızın, sadece bunların önceden

<sup>9</sup> Burada taraflar arasındaki rekabet ilişkisi, sadece mevcut ilgili (ürün/teknoloji) piyasaları değil, aynı zamanda inovasyon (teknolojik yenilik) piyasaları bakımından da ele alınmalıdır.

<sup>10</sup> Direktif 56. paragraf: Direktif 30 nolu dipnotta ise rakip olmayan teşebbüsler arasındaki AR-GE anlaşmalarının, elde edilen sonuçların inhisari kullanımına ilişkin hükümler içermesi veya teşebbüslerden birinin "anahtar teknoloji" de (Schlüsseltechnologie) önemli piyasa gücüne sahip olması durumunda rekabeti kısıtlayıcı etkiler doğurabileceğine işaret edilmektedir.

<sup>11</sup> Bazı yazarlar bu durumun, ilaçların ikame edilebilirlik oranının düşük olması ve piyasaya girişin patent sahibi olmayı gerektirmesi nedeniyle dar piyasaların söz konusu olduğu ilaç sektöründeki önemine vurgu yapmaktadırlar (Bahr, Christian/Loest Thomas, "Die Beurteilung von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung nach europäischem Kartellrecht", EWS, 2002, s. 269).

<sup>12</sup> Direktif 56. paragraf

<sup>13</sup> Direktif 55. paragraf; ayrıca, bkz. von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen, **Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft**, Band 3. Baden-Baden, 2003. nach Art. 81 EG-Fallgruppen, Kooperationsabsprachen Rn.5.

<sup>14</sup> Bahr/Loest, s.269.

yürütmüş oldukları AR-GE çalışmalarının karşılıklı değişimini konu alan anlaşmalar da ATA m.81/1 kapsamına girmez. Tarafların çalışmalarının birbirini tamamlamasına hizmet eden ve sonuçların ticari kullanımının söz konusu olmadığı bu tarz anlaşmalar (bilhassa karşı tarafa ve/veya üçüncü şahıslara elde edilen sonuçlara ilişkin know-how verilmesinin öngörüldüğü hallerde) rekabeti kısıtlayıcı nitelikte sayılmamaktadır<sup>15</sup>.

#### **dd) Sadece İşbirliğine Yönelik (Saf) AR-GE Anlaşmaları**

Sonuçların üçüncü şahıslara lisans verme, üretim veya pazarlama suretiyle kullanılmasına yönelik olmaksızın, sadece taraflar arasında işbirliğini konu alan anlaşmalara da (reine Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen) ATA m.81/1 uygulanmaz, meğer ki, böyle bir anlaşma inovasyon piyasasındaki rekabeti (inovatif rekabet) önemli ölçüde kısıtlayacak nitelikte olsun<sup>16</sup>.

#### **b) ATA m.81/1'in Kapsamına Giren AR-GE Anlaşmaları**

Fiyat tespiti, üretimin kısıtlanması ya da piyasaların bölüşülmesine yönelik hükümlerin yer aldığı veya açıkça kararlaştırılmış olmasa bile, bu tür yasak uygulamaların hedeflendiği anlaşmalar ATA m.81/1 kapsamındadır<sup>17</sup>. Nitekim, bu tarz uygulamalar piyasadaki rekabet üzerinde doğrudan olumsuz etki yaratmakta olup Tüzükte de yasak koşullar arasında sayılmıştır (Tüzük m.5). Buna karşın, elde edilecek sonuçlarının ortak pazarlanmasını öngören AR-GE anlaşmaları rekabeti önemli ölçüde sınırlamamaktadır<sup>18</sup>.

#### **c) ATA m.81/1'in Kapsamına Girebilecek AR-GE Anlaşmaları**

Bazı AR-GE anlaşmalarının rekabeti bozucu nitelikte olup olmadığı, yukarıda (a) ve (b) bendi altında zikredilen anlaşmalar kadar bariz olmayabilir. Dolayısıyla, bu tür anlaşmalara ATA m.81/1'in uygulanıp uygulanmayacağı saptanırken detaylı bir ekonomik analiz yapılması gerekir. Bu yapılırken özellikle;

- anlaşma konusunu oluşturan ürünlerin tür ve miktarı,
- anlaşmada yer alan rekabet sınırlamalarının ağırlık derecesi,
- taraflar arasında veya taraflardan birisi ile üçüncü şahıs(lar) arasındaki anlaşmalarda benzer sınırlamaların olup olmadığı,
- tarafların piyasa gücü ve ilgili piyasaların yapısı,

gibi hususlar dikkate alınmalıdır<sup>19</sup>. Komisyon özellikle mevcut ürün/teknoloji veya inovasyon piyasalarında birbirine rakip teşebbüsler arasında, piyasaya girişten

<sup>15</sup> Direktif 57. paragraf.

<sup>16</sup> Direktif 58. paragraf; Nitekim Komisyon Henkel/Colgate kararında, oligopolistik bir piyasada AR-GE faaliyetlerinin teşebbüsler bakımından önemli bir rekabet aracı olduğuna vurgu yapmış ve tarafların daha önce kendi araştırmaları ile elde etmiş oldukları bu önemli rekabet unsurunu AR-GE anlaşması dolayısıyla birbirine karşı kullanmaktan vazgeçmelerinin rekabet üzerinde ağır etkiler yaratabileceğine dikkat çekerek inovatif rekabeti kollayıcı bir tavır sergilemiştir. VIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik, Brüssel, Lüksemburg, 1979, Rn.89 ff.

<sup>17</sup> Direktif 59. paragraf; Haag, in Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Art. 81 –Fallgruppen, Rn. 7.

<sup>18</sup> Direktif 59. paragraf.

<sup>19</sup> Bahr/Loest, s. 269; Haag, in Schröter/Jakob/Mederer (Hrsg.), Art. 81 –Fallgruppen, Rn. 7.

hemen önce yapılan AR-GE anlaşmalarının bu yönde detaylı bir incelemeye tabi tutulması gerektiğini belirtmiştir<sup>20</sup>.

## 2. Tarafların Piyasa Gücü ve Piyasaların Yapısı

Bir AR-GE anlaşmasının rekabet üzerindeki muhtemel olumsuz etkileri (inovasyonun sınırlanması, tarafların uyumlu eylemde içinde olmalarına yol açması, sonuçların kullanımının herkese açık olmayışı) ancak tarafların ilgili piyasada önemli bir pazar gücüne sahip olması ve/veya inovasyon alanındaki rekabetin önemli ölçüde gerilemesi halinde ortaya çıkabilir<sup>21</sup>. Ne var ki, bir AR-GE anlaşmasının doğrudan ATA m.81/1'deki yasak kapsamına girmesi sonucunu doğuran, önceden tespit edilmiş belirli bir pazar payı mevcut değildir. Öte yandan, özellikle tarafların pazar paylarının %25'i aşmaması halinde rekabetin önemli derecede kısıtlanmayacağı varsayılmıştır<sup>22</sup>. Bu itibarla, bir AR-GE anlaşmasının rekabet üzerindeki olumsuz etkilerinin araştırılması, bilhassa tarafların pazar paylarının %25'i aşması halinde önem taşır.

Buna karşın, tarafların piyasa paylarının bu eşğin üzerinde olması mutlaka rekabetin önemli ölçüde kısıtlandığı/kısıtlanacağı anlamına da gelmez<sup>23</sup>. Ancak, tarafların piyasa payları yükseldikçe AR-GE anlaşmasının ATA m.81/1'in kapsamına girme olasılığı artmakta, bu da anlaşmanın rekabet üzerindeki etkisine ilişkin daha geniş ve kapsamlı bir analiz yapılmasını gerekli kılmaktadır. Söz konusu analiz yapılırken, AR-GE faaliyetinin "mevcut ürün/teknolojilerin iyileştirilmesi" ya da "yeni bir ürün/teknoloji geliştirme" ye yönelik olup olmadığı, tarafların piyasadaki konumları, piyasadaki diğer aktörlerin sayısı ve piyasa payları, piyasaya giriş koşulları gibi faktörler göz önünde tutulmalıdır.

Bir AR-GE anlaşması, mevcut ürünlerin/teknolojilerin geliştirilmesine yönelik ise mevcut ürün/teknoloji piyasalarında etkiler doğurabilir. Böyle bir durumda, AR-GE anlaşmasının mevcut piyasalardaki fiyat, üretim ve/veya inovasyon üzerindeki etkileri ancak tarafların piyasada güçlü bir konuma gelmiş olmaları, üçüncü şahısların piyasaya girişlerin zorlaşmış olması ve piyasadaki diğer inovatif faaliyetlerin azalması halinde söz konusu olabilir.

Ayrıca, saf AR-GE anlaşmaları ile üretim, pazarlama, üçüncü şahıslara lisans verme gibi daha kapsamlı işbirliğini konu alan anlaşmalar arasında bir ayırım yapmak gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere, saf AR-GE anlaşmaları genelde rekabeti bozucu etkiler doğurmazlar. Aynı şekilde, sonuçların üçüncü şahıslara lisans verilmesi suretiyle kullanımının öngörüldüğü anlaşmalarda, üçüncü kişiler aleyhine piyasanın izolasyonu (Marktabschluss) tehlikesi ortaya çıkmayacaktır. Ancak, güçlü rakipler arasında, işbirliğinin yanısıra geliştirilen ürün/teknolojilerin ortak üretim

<sup>20</sup> Direktif 60. paragraf.

<sup>21</sup> Direktif 61. paragraf.

<sup>22</sup> Bir başka ifadeyle, bu durumda AR-GE anlaşmasının sağlayacağı faydaların, rekabet üzerindeki olumsuz etkilerine nazaran daha ağır bastığı kabul edilmektedir. Tüzük, Dibace (5).

<sup>23</sup> Zira, böyle bir durumda taraflar bireysel muafiyet talebinde bulunabileceklerdir.



ve/veya pazarlanması da kararlaştırılmışsa mevcut piyasalardaki fiyatlar, üretim ve inovasyon bakımından olumsuz etkiler doğabilecektir<sup>24</sup>.

AR-GE anlaşması şayet mevcut ürünlerin/teknolojilerin iyileştirilmesi değil de, kendine özgü bir piyasa oluşturan yeni ürün/teknolojiler elde etmeye yönelik ise, mevcut piyasalardaki üretim ve fiyat üzerinde bir etki yaratma ihtimali de zayıftır<sup>25</sup>. Böyle bir durumda yapılacak analizin, olası inovasyon kısıtlamaları (örneğin gelecekte elde edilmesi muhtemel ürün/teknolojilerin kalite ve çeşitliliğinde yahut inovasyon hızında gerileme) üzerine yoğunlaştırılması gerekir. Komisyon bu tür olumsuz etkilerin özellikle tarafların her birisinin yeni ürünlerini piyasaya sürmezden kısa bir süre öncesinde AR-GE işbirliği yapmaları halinde ortaya çıkabileceğine dikkat çekmekte, böyle bir durumda saf AR-GE anlaşmalarının dahi inovasyonu kısıtlayıcı etkiler doğurabileceğine vurgu yapmaktadır<sup>26</sup>.

Bir AR-GE anlaşması genellikle mevcut piyasaların yanı sıra inovasyon üzerinde de etkiler gösterir. Böyle bir durumda, tarafların birlikte konumu, piyasadaki konsantrasyon dereceleri, piyasadaki diğer aktörlerin sayısı ve piyasaya giriş koşullarının değerlendirilmesinde mevcut piyasaların yanı sıra inovasyon üzerindeki olası etkiler de dikkate alınmalıdır. Bazen geliştirme faaliyetlerinin hızının düşürülmesine bağlı olarak hem mevcut piyasalardaki fiyat ve üretim, hem de inovasyon üzerinde dolaylı olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilir. Örneğin; mevcut teknoloji piyasası ve AR-GE sektöründeki güçlü rakipler arasında, piyasadaki ürünleri "ikame edilebilir" hale getirecek yeni bir teknoloji geliştirmek amacıyla işbirliği yapılması durumunda bu tür bir etki olasıdır. Benzer durum, hakim durumda olan bir teşebbüsün, bu konumunu tehdit edebilecek nitelikte yeni bir ürün/teknolojiyi yakın bir zamanda piyasaya sürecek olan küçük bir teşebbüs yahut bir potansiyel rakiple AR-GE anlaşması yapması halinde de ortaya çıkabilir<sup>27</sup>.

Bir diğer husus, bazı AR-GE anlaşmalarının tarafların piyasa gücüne bakılmaksızın muafiyet kapsamı dışında bırakılması gereğidir. Taraflardan bazılarının ortak AR-GE çalışmaları sonuçlarına erişimini sınırlayıcı hükümler içeren anlaşmalar buna örnek gösterilebilir<sup>28</sup>. Zira bu tür anlaşmalar, elde edilen teknik bilgilerin taraflar arasında paylaşımı suretiyle teknik ve ekonomik gelişmenin teşvik edilmesi amacıyla gelişmektedir. Ancak, akademik kuruluşlar, araştırma kurumları veya sonuçları bizzat kendisi kullanmayıp faaliyet alanı AR-GE hizmetleri vermek olan teşebbüslerce yapılan AR-GE anlaşmalarında, diğer tarafın sonuçlara erişimine kısıtlama getirilerek, elde edilen neticelerin münhasıran daha sonra yürütülecek

<sup>24</sup> Direktif 64. paragraf.

<sup>25</sup> Komisyon tamamıyla yeni ürünler elde etmeye yönelik anlaşmaların temelde rekabeti artırıcı bir etkiye sahip olduğunu, tarafların sonuçların ortak kullanımı ya da pazarlanmasını öngörmüş olmalarının dahi bu durumu çok fazla değiştirmeyeceğini belirttiğinden sonra, sadece sonuçların ortak kullanımında üçüncü kişilere "anahtar teknolojiye" erişim imkanını verilmediği hallerde sakıncalar ortaya çıkabileceğini, ancak üçüncü kişilere lisans verilmesiyle bu sakıncaların ortadan kalkacağını ifade etmektedir. (Direktif 65. paragraf).

<sup>26</sup> Direktif 65. paragraf.

<sup>27</sup> Direktif 66. paragraf.

<sup>28</sup> Nitekim Tüzük m.3/2'de tarafların elde edilen sonuçlara erişim imkanına sahip olması muafiyet koşulu olarak öngörülmüştür.

araştırmalarda kullanılacağı kararlaştırılabilir. Nihayet, elde edilen sonuçlara erişim bakımından sadece bir tarafa inhisari haklar tanıyan -dolayısıyla da ATA m.81/1'in kapsamına girmesi gereken- anlaşmalara da piyasa şartları, riskler ve AR-GE sonuçlarının kullanımı için gerekli olan yatırımların büyüklüğü bakımından söz konusu hakların tanınması gerekli ise, muafiyet tanınabilir<sup>29</sup>.

### B. ATA m.81/3 ve AR-GE Anlaşmaları

ATA m.81/3'te teşebbüsler arasındaki bazı anlaşmaların, ATA m.81/1'de düzenlenmiş olan kartel yasağından (Kartellverbot) muaf tutulabileceği öngörülmüştür. Muafiyet, ya bireysel (individuelle Freistellung) ya da grup muafiyeti (Gruppenfreistellung) şeklinde olabilir.

ATA m.81/3'e göre bir anlaşmaya muafiyet tanınabilmesi için;

- Muaf tutulma halinde oluşacak menfaatten uygun bir ölçüde tüketicilerin de yararlanabilecekleri şekilde, malların üretim veya dağıtımında iyileşmeye ya da teknik veya ekonomik ilerlemeyi teşvik edici nitelikte olması,
- Yukarıdaki hedeflerin gerçekleşmesi açısından zorunlu olmayan rekabet sınırlamaları içermemesi ve ilgili piyasadaki rekabeti esaslı surette bertaraf etmemesi gerekir.

Burada cevaplanması gereken soru, AR-GE anlaşmalarının söz konusu koşulları yerine getirip getirmediği, dolayısıyla grup ya da bireysel muafiyet tanınıp tanınmayacağıdır. Daha önce de belirtildiği üzere, AR-GE anlaşmaları yeni ürün/teknolojilerin daha az maliyetle, daha kaliteli ve kısa sürede elde edilmesine olanak sağlarlar. Bu nedenle, genel olarak ATA m.81/3'teki "olumlu koşulları" yerine getirdikleri kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Ancak, bazı AR-GE anlaşmaları, örneğin taraflardan birisinin anlaşma konusundan farklı bir alanda AR-GE faaliyetleri yürütmesini yasaklayan, dolayısıyla da zorunlu olmayan rekabet sınırlamaları içeren ya da işbirliği sonucu elde edilen ürün ya da tekniklerin satış fiyatlarının önceden kararlaştırıldığı, bu nedenle piyasadaki rekabetin esaslı surette bertaraf edilmesi sonucunu doğurabilecek anlaşmalar, ATA m.81/3'teki koşullar ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla bu tür anlaşmalar Tüzük kapsamı dışında bırakılmışlardır. Öte yandan, Tüzükte belirtilen kriterlere aykırılık halinde (örneğin tarafların piyasadaki paylarının %25'i aşması durumunda<sup>31</sup> ya da anlaşmayla taraflara getirilen sınırlamaların ortak AR-GE faaliyeti dışında kalan ürün/tekniklere de teşmil edilmesi<sup>32</sup> veya anlaşmanın Tüzükle müsaade edilenden

<sup>29</sup> Direktif 67. paragraf.

<sup>30</sup> Komisyon da AR-GE anlaşmalarının "sağladığı faydaların rekabet üzerindeki olumsuz etkilerine nazaran daha ağır bastığına" işaret etmektedir. Direktif 68. paragraf; Tüzük Dibace (5).

<sup>31</sup> Komisyon, aralarındaki anlaşma neticesinde taraflar önemli bir piyasa gücüne sahip hale gelecek veya bu güçleri daha da kuvvetlenecek ise, muafiyet tanınabilmesinin ancak ve ancak AR-GE anlaşmasının (ATA m.81/3 anlamında) "hiszedilir faydalar" sağlayacağı, yeni ürün/tekniklerin piyasaya daha kısa sürede girişini kolaylaştıracağı veya başkaca verimlilik artışlarına yol açacağıın taraflarca ispatlanması halinde mümkün olacağını ifade etmiştir. Direktif 69. paragraf.

<sup>32</sup> Karş. *BP/Kellogg* kararı, ARTG (1985) L 369/6.

daha kapsamlı pazarlama sınırlamaları içermesi durumunda<sup>33</sup>) taraflar bireysel muafiyet başvurusunda bulunabileceklerdir.

## II. 2659/2000 Sayılı Grup Muafiyet Tüzüğü

Komasyon, teşebbüsler arası AR-GE anlaşmaları hakkındaki görüşlerini ilk olarak 29 Temmuz 1968 tarihli "Bildiri"de (Bekanntmachung)<sup>34</sup> ortaya koymuş, - özellikle küçük ve orta ölçekli- teşebbüslerin daha rasyonel çalışmalarına hizmet eden ve büyük pazarlardaki rekabet güçlerini artıran işbirliklerinin sakınca yaratmayacağını belirtmişti. Öte yandan, tarafların bağımsız AR-GE faaliyetleri yürütmelelerini engelleyici hükümler içeren anlaşmaların yasak olduğu ifade etmişti. Ancak, söz konusu Bildiri'nin karmaşık bir yapıya sahip oluşu ve bazı eksiklikler içermesi (örneğin AR-GE sonuçlarının kullanımına ilişkin anlaşmalara -Verwertungsabsprache- değinilmemiş olması), AR-GE alanındaki işbirliği sayısının giderek artması ve teşebbüsler için daha fazla hukuk güvenliği sağlama gereksinimi Komasyonu 418/85 Sayılı AR-GE Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyet Tüzüğü'nü<sup>35</sup> çıkarmaya yöneltti. Başlangıçta, AR-GE alanındaki işbirlikleri ve elde edilen sonuçların birlikte değerlendirilmesini kapsayan bu tüzüğün uygulama alanı daha sonra 151/93 Sayılı Tüzükle<sup>36</sup> elde edilen ürünlerin ortak pazarlanmasına ilişkin anlaşmaları da kapsayacak şekilde genişletilmiş, yürürlük süresi de 2236/97 Sayılı Tüzükle<sup>37</sup> 31.12.2000 tarihine kadar uzatılmıştı.

Daha sonra, Komasyon rekabetin daha etkin korunabilmesi, teknolojik ve ekonomik gelişimin teşviki, sözleşmelerin şekillendirilmesinde taraflara daha fazla serbesti sağlanması ve hukuki denetimin kolaylaştırılması amacıyla halen yürürlükte olan 2659/2000 Sayılı Tüzüğü<sup>38</sup> uygulamaya koydu. 31 Aralık 2010 tarihine kadar yürürlükte kalacak olan bu Tüzük, dibace, kapsam (m.1), tanımlar (m.2), muafiyet koşulları (m.3), pazar payları ve muafiyet süreleri (m.4), muafiyet kapsamı dışında kalan anlaşmalar (m.5), pazar paylarının uygulanması (m.6), muafiyetin geri alınması (m.7), geçiş hükümleri (m.8) ve yürürlük (m.9) kısımlarından oluşmaktadır

Önceki 418/85 Sayılı Tüzükle karşılaştırıldığında bu yeni Tüzükle getirilen başlıca yenilikler şu şekilde özetlenebilir:

- Önceki tüzükte yer alan sakıncasız hükümler listesi (Beyaz Liste-weise Liste) çıkartılarak, sadece yasak hükümlere (schwarze Klauseln, Kernbeschraenkungen) yer verilmiştir. Dolayısıyla açıkça yasaklanmış hükümlerden (schwarze Klauseln) birini içermeyen anlaşmalara muafiyet imkanı getirilerek Tüzüğün "deli gömleği etkisi- Zwangsjackeneffekt" azaltılmıştır.
- Ortak geliştirilen ürünlerin birlikte pazarlanması hali de dahil olmak üzere, pazar payı eşiği %20'den, %25'e yükseltilmiştir.

<sup>33</sup> Karş. Alcatel Espace/ANT Nachrichten Technik kararı, ATRG (1990) L 32/19.

<sup>34</sup> ATRG (1968) C 75/3.

<sup>35</sup> ATRG (1985) L 53/3.

<sup>36</sup> ATRG. (1993) L 21/8.

<sup>37</sup> ATRG (1997) L 306/12.

<sup>38</sup> ATRG (2000) L 304/7.

- AR-GE faaliyeti sonucunda elde edilen ürünlerin birlikte değerlendirilmesine ilişkin muafiyet süresi 5 yıldan 7 yıla çıkartılmıştır<sup>39</sup>.
- Önceki tüzükte yer alan itiraz prosedürü (Widerspruchsverfahren) kaldırılmıştır.

Böylece, yeni tüzüğün kapsamı genişletilmiş, teşebbüslere anlaşmaları kaleme alırken daha fazla hareket serbestisi sağlanmış ve muğlak hususlar mümkün olduğunca azaltılarak daha fazla hukuk güvenliği sağlanması hedeflenmiştir.

### A. Kapsam

Tüzüğün uygulama alanı m. 1/1'de gösterilmiştir. Buna göre;

- yeni ürün veya üretim tekniklerine ilişkin ortak AR-GE ve elde edilen sonuçların ortak kullanımına ilişkin anlaşmalar ,
- ürünlerin veya üretim tekniklerinin araştırılması ve geliştirilmesine yönelik olarak daha önce aynı taraflar arasında yapılmış bir anlaşma çerçevesinde elde edilmiş olan sonuçların ortak kullanımına ilişkin anlaşmalar,
- sonuçların ortak kullanımı aşamasını içermeyecek şekilde, yalnızca ürünlerin ya da üretim tekniklerinin araştırılması ve geliştirilmesine ilişkin anlaşmalar (saf AR-GE anlaşmaları) Tüzük kapsamına girmektedir.

Maddede yer alan “ortak-gemeinsam” kavramından ne anlaşılması gerektiği ise Tüzük m.2.11 de açıklanmıştır. Buna göre; araştırma, geliştirme veya sonuçların kullanımıyla ilgili faaliyetlerin;

- birlikte oluşturulan çalışma grubu, organizasyon veya bir ortak teşebbüs eliyle veya
- tarafların birlikte belirledikleri üçüncü kişilerce ya da
- aralarında araştırma, geliştirme, üretim veya dağıtım alanlarında işbölümü yapmak suretiyle taraflarca<sup>40</sup> yürütülmesi halinde “ortak” (faaliyetler)<sup>41</sup> söz konusudur.

AR-GE anlaşmalarının asıl konusunu oluşturmamakla birlikte, bu anlaşmaların yürütülmesiyle doğrudan ilintili diğer sözleşme hükümleri de (örneğin anlaşma süresince, taraflardan birinin tek başına veya üçüncü kişilerle aynı veya bağlantılı bir alanda hiçbir AR-GE çalışması yürütmeyeceğine dair koşullar) muafiyet kapsamına alınmıştır. meğer ki söz konusu hükümler Tüzük m.5/1'deki rekabeti kısıtlayıcı (yasak) hükümlerle aynı amacı taşıyor olsunlar (Tüzük m.1/2).

<sup>39</sup> Bu artışın sebebi bazı alanlardaki AR-GE yatırımlarının amortismanın 5 yıl içinde mümkün olmamasıdır. **XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik**, Brüssel, Lüksemburg, 2001, Rn.20.

<sup>40</sup> Örneğin A, B ve C teşebbüslerinin yaptıkları bir anlaşmada, AR-GE faaliyetlerinin münhasıran A, elde edilen ürünlerin üretiminin B, satışının ise C tarafından yürütüleceğinin kararlaştırılması halinde bu faaliyetler “ortak” nitelikte sayılacaktır. Bu düzenleme, 418/85 Sayılı Tüzük dönemindeki “AR-GE faaliyetlerinin yürütülmesinin sadece taraflardan birisine bırakılması halinde dahi “ortak” bir faaliyetin varlığından bahsedilip bahsedilemeyeceği” tartışmalarını sona erdirmiştir.

<sup>41</sup> Karşılaştırmak için bkz. 2003/2 Sayılı Tebliğ m.3/2-a.

konusu tekniklerin kullanılması bakımından özel bir öneme sahip olması gerekir (Tüzük m.3/4)<sup>52</sup>.

Bu hükme ilişkin şu tespitler yapılabilir:

- Ortak kullanım ancak ve ancak ürünlerin üretilmesi veya tekniklerin uygulanmasında AR-GE sonuçlarının kullanımının gerekli olduğu hallerde sorun teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla, tarafların önceden sahip oldukları teknik imkanlar ve know-how'lar kullanılmak suretiyle ürünlerin daha rasyonel bir şekilde üretiminin amaçlandığı işbirliklerinde muafiyet söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde, ortak kullanım, doğrudan birlikte yürütülen bir AR-GE programı çerçevesinde değil de, ağırlıklı ve öncelikli konusu lisans verilmesi, ürünlerin ortak üretimi veya uzmanlaşma (Spezialisierung) olan AR-GE faaliyetlerinin ikincil düzeyde kaldığı bir anlaşmaya dayalı yeni ürün veya uygulamaları kapsıyorsa bu hükmün kapsamı dışında kalacaktır<sup>53</sup>. Bu bakımdan, AR-GE faaliyetlerinin, önceden tam ve detaylı olarak belirlenmiş bir program çerçevesinde yürütülmesi, ileride muafiyet tanınmasıyla ilgili yaşanabilecek zorlukların aşılması açısından önemlidir<sup>54</sup>.
- Ortak kullanımın konusunu teşkil edebilecek sonuçlar bakımından “fikri hak veya teknik ya da ekonomik ilerlemeye önemli derecede katkı sağlayıcı know-how olma” kriterleri aranmaktadır. Söz konusu kriterler muafiyetin kapsamını belirlemeye yöneliktir. Aksi taktirde, her türlü sonuçların kullanımı muafiyet kapsamına girmeli mi? Ya da ne tür sonuçların kullanımını muafiyet söz konusu olmalı? sorusunun cevabı belirsizlikleri ve tartışmaları beraberinde getirebilirdi. “Fikri hak” niteliğini tespit konusunda herhangi bir sorun olmayacaktır. Zira, buna ilişkin kriterler milli kanunlarda açıkça belirtilmiştir. Öte yandan, elde edilen sonuçların sadece know-how olma niteliğini haiz olması yeterli görülmemiş, ayrıca, “teknik ya da ekonomik ilerlemeye önemli derecede katkı sağlama” kriteri aranmıştır<sup>55</sup>. Genel olarak, yeni bir ürün ya da üretim tekniğinin meydana getirilmesi ya da mevcut olanların geliştirilmesi, üretim masraflarını önemli ölçüde düşüren bir üretim tekniğinin söz konusu olması bu kapsamda de-

<sup>52</sup> Paralel bir düzenleme içeren Tebliğ m.5/1-f hükmü ise şu şekildedir: “Ortak kullanımın, AR-GE sonuçları ile sınırlı kalması ve bu sonuçların anlaşma konusu ürünlerin üretiminde ya da anlaşma konusu üretim tekniklerinin uygulanmasında asli unsuru teşkil etmesi ...”

<sup>53</sup> Möschel, s. 263.

<sup>54</sup> 418/85 sayılı önceki tüzükte AR-GE çalışmalarının kapsam ve amacı önceden belirlenmiş olan bir AR-GE programı çerçevesinde yürütülmesi hususu muafiyet koşulları arasında sayılmıştı (m.2-a). Bu koşul yeni Tüzükte yer almamaktadır. 418/85 sayılı Tüzük m.2-a'dakine benzer bir hükme Tebliğ m.5/1-c'de yer verilmiş olması ise bu bakımdan isabetli olmuştur.

<sup>55</sup> Tüzük m.2.10'da know-how; “deney ya da tecrübe yoluyla elde edilen, gizli, önemli ve tanımlanmış, patent altına alınmamış uygulanabilir bilgilerin bütünü” olarak tanımlanmıştır. Tebliğ'de ise bu konuda herhangi bir tanıma yer verilmemiştir.

ğerlendirilebilecektir. Burada önemli olan husus, bahsedilen yeniliklerin ilgililere önemli bir rekabet avantajı sağlayıp sağlamadığıdır<sup>56</sup>.

- Düzenlemeyle, anlaşma konusu ürünlerin üretimi ya da anlaşma konusu üretim tekniklerinin uygulanması bakımından “özel bir öneme sahip” olan AR-GE sonuçlarının ortak kullanımı yasak kapsamından çıkarılmış, dolayısıyla risk teşkil eden AR-GE alanlarındaki işbirlikleri teşvik edilmek istenmiştir. “Özel bir öneme sahip” olma kriterinin karşılanıp karşılanmadığı hususu somut olayın özellikleri dikkate alınarak yapılmalıdır. Genel olarak, AR-GE sonuçlarının kullanımı inovasyon alanında bir sıçrama ve buna bağlı olarak hissedilir bir rekabet avantajını beraberinde getiriyorsa söz konusu kriterin gerçekleştiği kabul edilmelidir<sup>57</sup>.

#### d) Tarafların Siparişlerinin Karşılanması

Taraflar arasındaki anlaşmada, anlaşma konusu ürünlerin ortak dağıtımına karar verilmemiş ise, üretimi üstlenen teşebbüslerin, anlaşmaya taraf diğer teşebbüslerin anlaşma konusu ürünlere ilişkin siparişlerini karşılamaları gerekir (Tüzük m.3/5). Tarafların *sözleşme konusu ürünlere* serbestçe erişimini güvence altına almaya yönelik bu düzenleme, tarafların *sonuçlara* serbestçe erişimini sağlayan Tüzük m.3/2 ile paralellik arz etmektedir.

Tüzük m.3/5 ile üretimi üstlenen teşebbüs dışındaki diğer teşebbüslere tanınan bu imkan, onların AR-GE çalışmalarına yaptıkları katkıların miktar ve niteliğiyle bağlantılı ya da orantılı değildir. Ayrıca, onlar bu imkanı kullanıp kullanmamakta serbest olup, hükümlerle sözleşme konusu ürünleri satın alma yükümlüğü getirilmemektedir<sup>58</sup>.

Üretimi üstlenen teşebbüsün siparişleri hangi fiyat üzerinden ve hangi koşullarda yerine getirmesi gerektiğine ilişkin bir ifade maddede yer almamaktadır. Bu konuda düzenleme yapma yetkisi taraflara bırakılmıştır. Öte yandan, üretimi üstlenen teşebbüsün siparişleri karşılama yükümlülüğünü taraflar arasında ayrımcılık yaratmayacak şekilde yerine getirmesi gerekir.

#### 2. Negatif Koşullar: “Ağır Sınırlamalara” Yer Verilmemiş Olması

Bir AR-GE anlaşmasına muafiyet tanınabilmesi için olumlu koşulların varlığı tek başına yeterli olmayıp, ayrıca, Tüzük m.5’te (Siyah Liste) belirtilen ağır sınırlamaları (Kernbestimmungen) içermemesi veya bunların amaçlanmış olmaması gerekir. Siyah Liste’de yer alan bu hükümlerin ortak özelliği, rekabeti bozucu etkiler doğurmaları ve AR-GE faaliyetinden beklenen yararların sağlanabilmesi açısından zorunluluk arz etmeyen kısıtlamalar (nicht unerlaessliche Beschraenkungen) olmalarıdır<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Wiedemann, Art.2, Rn. 17.

<sup>57</sup> Ullrich/Konrad, in Immenga/Mestmaecker, Rdn 26.

<sup>58</sup> Wiedemann, Art.2, Rn.21; Ullrich/Konrad, in Immenga/Mestmaecker, Rdn 27.

<sup>59</sup> Direktif 70. paragraf.

Bu sınırlamalardan birini dahi içeren anlaşmalar Tüzükle sağlanan muafiyetten yararlanamaz (Ya hep ya hiç prensibi- Alles-oder-Nichts-Prinzip)<sup>60</sup>. Anlaşmaya sonradan dahil edilmeleri halinde ise muafiyet ileriye dönük olarak ortadan kalkacaktır. Bu ağır yaptırım dolayısıyla Siyah Liste'de yer alan hükümlerin dar yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>61</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, önceki 418/85 Sayılı Tüzük'te yer alan Beyaz Liste'ye<sup>62</sup> yeni Tüzükte yer verilmemiş olup, açıkça yasaklanmış hükümlerden (Siyah Liste) birini içermeyen anlaşmalar doğrudan (grup) muafiyet imkanından yararlanacaktır.

#### a) Başka Alanlarda AR-GE Faaliyeti Yürütme Özgürlüğü Kısıtlanmamalı

Tarafların (anlaşma süresince) *bağımsız olarak tek başlarına veya üçüncü şahıslarla işbirliği yapmak suretiyle*, AR-GE anlaşmasının konusuyla **farklı bir alanda**, AR-GE faaliyetleri yürütmeleri engellenmemiş olması gerekir<sup>63</sup>. Aynı şekilde, tarafların (anlaşma sona erdikten sonra) AR-GE anlaşmasının konusuyla **aynı veya bağlantılı bir alanda**<sup>64</sup> AR-GE faaliyetleri yürütme özgürlüğü kısıtlanamaz (Tüzük m.5/1-a). Maddenin lafzı kapsam yönünden bazı belirsizlik ve tartışmaları da beraberinde getirebilecek niteliktedir. Zira, "farklı alan" ve "aynı alan" ifadelerindeki *alan* kelimesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Hangi durumlarda "farklı", hangi durumlarda "aynı" alanların söz konusu olduğu, dolayısıyla hükmün uygulama alanının belirlenmesinde zorluklarla karşılaşılabilir.

Önceki 418/85 Sayılı Tüzük m.2-a'da "ortak AR-GE çalışmalarının, bu çalışmaların nitelik ve kapsamının belirlendiği bir **program** çerçevesinde yürütülmesi" muafiyet koşullarından biri olarak düzenlenmişti. Dolayısıyla söz konusu programa göre farklı ve aynı alanın tespiti daha kolaydı. Mevcut Tüzük ise, bu yönde herhangi bir hüküm içermemektedir. Aynı veya farklı alanların tespitinde "ilgili pazar" kriteri dikkate alınabilir ise de, yürürlükteki tüzüğün tanımlamalara ilişkin 2.13'üncü maddesinde ilgili pazar kavramının yüzeysel olarak tanımlanmış olması uygulamada tereddütlere yol açabilecek niteliktedir. Dolayısıyla AR-GE faaliyetlerine başlama-

<sup>60</sup> Polley, Romina/Seeliger, Daniela, "Das neue EG-Kartellrecht für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit", **WRP** 2001, s. 501; Eilmansberger, Thomas, in Streinz/Ohler (Hrsg.), **EUV/EGV**, Kommentar, München 2003, EGV Art.81, s.1006.

<sup>61</sup> Wiedemann, Art.6, Rn.1.

<sup>62</sup> Bu Listede yer alan hükümler hakkında genel bilgi için bkz. Koenigs, Folkmar, "Die EG-Gruppenfreistellung für Forschungs-und Entwicklungsgemeinschaften", **DB**, 1985, s.1115 vd.

<sup>63</sup> **Rank/SOPELEM** karar, ATRG (1975) L 29/20,22, Hirsch, Martin (Hrsg.) **Kommentar zum EWG-Kartellrecht**, Heidelberg, 1978, s.142.

<sup>64</sup> 418/85 sayılı eski tüzükteki "komşu alan" (verwandter Bereich) kavramının yerine yeni Tüzükte getirilen, bağlantılı alan (zusammenhängender Bereich) kavramının içeriği açıklığa kavuşturulmamıştır. Önceki Tüzüğe ilişkin olarak, literatürde "komşu alan" kavramının kapsamını belirlerken, taraflardan birisinin anlaşma sonuçlarını başka bir alanda yürüttüğü AR-GE faaliyetlerinde kullanma ve diğerlerinin bundan zarar görme olasılığı, veyahut taraflardan birisinin farklı alandaki AR-GE çalışmaları yürütmesinin ve buradan elde edeceği sonuçların (özellikle de inhisari hakların) anlaşmayla elde edilecek sonuçların değerini ve önemini azaltacak nitelikte olup olmadığına bakılması gerektiği ifade edilmekteydi. Wiedemann, Art.4, Rn.11. Aynı kriterlerin "bağlantılı alan" kavramı içinde kullanılabilirliğini düşünüyorum.

dan önce AR-GE programının kapsamının tam ve ayrıntılı bir biçimde anlaşmada belirtilmesi isabetli olacaktır<sup>65</sup>.

Düzenlemeye göre, tarafların, anlaşma süresince kendi başlarına ya da üçüncü şahıslarla işbirliği içinde, anlaşmanın konusuyla aynı alanda AR-GE çalışmaları yürütmelerini yasaklayıcı hükümler muafiyete engel teşkil etmeyecektir.

Acaba tarafların anlaşma süresince *kendi başına* veya *üçüncü şahıslarla* işbirliği yaparak AR-GE anlaşmasının konusuyla **bağlantılı bir alanda** AR-GE faaliyetleri yürütmeleri yasaklanabilir mi? Maddede bu konuya ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır. Ancak soruya olumlu cevap verilmesi gerektiğini düşünüyorum. Gerek önceki 418/85 Sayılı Tüzükte tarafların *bağımsızca* veya *üçüncü şahıslarla* işbirliği yapmak suretiyle, bağlantılı bir alanda dahi olsa AR-GE çalışmaları yürütmelerinin yasaklanmasının muafiyete engel teşkil etmeyen (beyaz) hükümler arasında sayılmış olması<sup>66</sup>, gerekse Tüzük m.5/1-a'da bağlantılı bir alanda çalışma yapmanın yasaklanamayacağına dair açık bir ifadeye ter verilmemiş olması bu görüşü destekler mahiyettedir.

Nihayet, maddenin karşıt anlamından AR-GE faaliyetlerinin anlaşmanın sona ermesinden sonraki dönem için hiçbir surette yasaklanamayacağı sonucu çıkmaktadır.

#### **b) Fikri Hakların<sup>67</sup> Geçersizliğini İleri Sürmeme Yükümlülüğü (Saldırmazlık Koşulu – Nichtangriffsklausel) Getirilmemeli**

Tarafların AR-GE çalışmaları bakımından önem arz eden fikri hakların geçerliliğini AR-GE programının tamamlanmasından sonra, ya da AR-GE sonuçlarının korunmasına yarayan fikri hakların geçersizliğini anlaşmanın sona ermesinden sonra ileri sürmelerini yasaklayıcı hükümlere yer verilmemiş olmalıdır (Tüzük m.5/1-b). Lisans sözleşmelerinde de sıklıkla karşılaşılan ve saldırmazlık koşulu olarak ta adlandırılan bu koşulların rekabeti sınırlayıcı nitelikte olup olmadığı uzun süre tartışıldıktan sonra Komisyon tarafından ATA m.81/1 kapsamında değerlendirilmiş<sup>68</sup>, bu görüş daha sonra Avrupa Topluluğu Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir<sup>69</sup>.

Saldırmazlık koşulunun Siyah Liste'de yer almasındaki başlıca nedenler arasında; (gerekli kriterleri karşılamaması nedeniyle) aslında geçersiz olan bir fikri hakkın iptalinde kamu yararının olması, hak sahibinin münhasır kullanım yetkisi

<sup>65</sup> Aynı yönde Bahr/Loest. s. 267.

<sup>66</sup> 418/85 Sayılı Tüzük m. 4/1-a,b.

<sup>67</sup> Tüzük m. 2.9'a göre, fikri haklar kavramıyla kastedilen sınai haklar, eser sahibinin hakları ve komşu haklardır.

<sup>68</sup> *Davidson/Rubber* kararı, ATRG (1972) L 143/31; *Kabelmetal/Luchaire* kararı, ATRG (1975) L 222/34.

<sup>69</sup> *Windsurfing* kararı, ATKD (1986), 611, ayrıca bkz. *Bayar/Süllhöfer* kararı, ATKD (1988) 5249, Lisans sözleşmesindeki saldırmazlık koşuluna ilişkin bu kararda ATAD "hukuki ve iktisadi bağlantının" irdelenmesi gerektiğini, özellikle lisansın bedelsiz olarak verildiği durumlarda lisans alanın ücret ödemek suretiyle diğer (saldırmazlık koşuluna tabi olmayan bu nedenle de fikri hakkın geçersizliğini ileri sürerek bedelsiz kullanma hakkına sahip olabilecek) teşebbüslere nazaran dezavantajlı duruma gelmediği hallerde, saldırmazlık koşulunun rekabeti sınırlamayacağına hükmetmiştir, daha fazla bilgi için bkz. Kortunay, Ayhan, "Patentlizenz- und Know-how-Vertraege im deutschen und europaischen Kartellrecht", (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Köln, 2003. s.108 vd.



nedeniyle diğer teşebbüslere nazaran rekabet avantajı sağlaması, diğer teşebbüslerin söz konusu hakkı ancak lisans almak suretiyle kullanabilmesi ve lisans ücretinin maliyet unsuru olarak ürün fiyatlarında artış ve dolayısıyla tüketici aleyhine sonuçlar doğurması gösterilebilir.

Maddede sözü edilen fikri haklar, tarafların Ortak Pazar sınırları içinde sahibi oldukları fikri haklardır. Dolayısıyla, üçüncü ülkelerde koruma altına alınmış olunan fikri haklar için saldırmazlık koşulu öngörülebilir. Ancak bu halde Tüzük m.7 kapsamına giren bir sonucun doğması söz konusu ise muafiyet geri alınabilecektir. Öte yandan, düzenlemeyle sadece AR-GE programının tamamlanmasından veya anlaşmanın bitiminden sonraki dönemi kapsayan saldırmazlık anlaşmaları yasaklanmış olup, AR-GE programının devamı esnasında fikri hakların geçerliliğine itiraz etme yükümlülüğü muafiyeti engellemeyecektir. Böylece, AR-GE ile hedeflenen yeni ürün/tekniklerin meydana getirilmesi sürecinin, taraflardan birinin fikri hakkın geçersizliğini ileri sürmesi nedeniyle tamamlanamaması riski bertaraf edilmek istenmiştir.

Son olarak, maddede taraflardan birisinin fikri hakların geçerliliğine itirazı halinde, diğer tarafın anlaşmayı sona erdirebileceğine ilişkin hükümler yasaklanmamıştır<sup>70</sup>. Karşılıklı güveninin zedeleneceği böyle bir durumda, taraflara anlaşmayı sona erdirmeye imkanı tanınması olağandır.

### c) Üretim-Satış Miktarına İlişkin Kısıtlamalar ve Fiyat Belirlemeleri Yer Almamalı

Anlaşmayı muafiyet kapsamı dışına çıkaran bir diğer durum, sözleşme konusu ürünlerin üretim ve satış miktarına kısıtlamalar getiren hükümlere yer verilmiş olmasıdır (Tüzük m.5/1-c). ATA m.81/1-b ile de açıkça yasaklanmış olan bu tür anlaşmalar arz miktarında azalma ve buna bağlı olarak fiyat artışlarına yol açtıklarından rekabeti bozucu niteliktedir. Ancak, Tüzük m.5/1-c ile yasaklanan, maksimum üretim veya satış miktarlarına yönelik sınırlamalardır (Höchstmengenbeschränkungen). Bir başka ifadeyle, taraflar anlaşmaya minimum üretim veya satış miktarını belirlemeye yönelik hükümler (Mindestmengenbeschränkungen) koyabilirler.

Ayrıca, ATA m.81/1-a'ya paralel olarak, anlaşma konusu ürünlerin satış fiyatlarının (birlikte) belirlenmesi<sup>71</sup> de yasaklanmıştır (Tüzük m.5/1-d)<sup>72</sup>. Gerek bu tür fiyat kartellerinin, gerekse Tüzük m.5/1-c kapsamına giren anlaşmaların rekabeti

<sup>70</sup> Karşılaştırma için bkz. Tebliğ m.6-b. Tebliğ'de bu konu düzenlenmemiştir. Her ne kadar, tarafların fikri haklara itiraz halinde anlaşmanın sona erdirilebileceğini öngörmelerini yasaklayıcı bir hüküm yer almamakta ise de bu hususun açıkça düzenlenmesi kanımca daha isabetli olurdu.

<sup>71</sup> Satış fiyatı taraflarca açıkça belirlenmiş olmamakla birlikte, tarafların bu konuda uyumlu eylem içinde olmaları da madde kapsamında değerlendirilmelidir.

<sup>72</sup> Tebliğ m.6-e'de ayrıca, "tarafların bir ya da birkaçının sözleşme konusu ürünlerin satış fiyatlarını bağımsız olarak belirleme yetkilerinin sınırlandırılmayacağı" ifade edilmiştir. Aynı sonuca Tüzük m.5/1 -d' ile de varmak mümkündür. Zira, "anlaşma konusu ürünlerin satış fiyatlarının (birlikte) belirlenmesi" ibaresinin "tarafların bir ya da birkaçının sözleşme konusu ürünlerin satış fiyatlarını bağımsız olarak belirleme yetkilerinin sınırlandırılması" halini de kapsayacağı açıktır.

sınırlayıcı etkileri barizdir. Bunların ATA m.81/3'te sayılan faydaları sağlamaları da söz konusu olmayacağından, tarafların bireysel muafiyet başvurularının kabulü de oldukça zordur<sup>73</sup>. Öte yandan, tarafların,

- sonuçların kullanımı ortak üretimi de kapsıyorsa, üretim hedeflerini (örneğin kapasite veya üretim hacmini) birlikte belirlemeleri (Tüzük m.5/2-a),
- sonuçların kullanımı sözleşme konusu ürünlerin ortak satışını da içermekteyse, satış hedeflerini ve direkt (ilk) alıcılara karşı uygulanacak fiyatları birlikte tespit etmeleri Tüzük m.5/2-b

herhangi bir sakınca doğurmayacaktır<sup>74</sup>. Zira, ortak üretime yönelik işbirliklerinde, üretime ilişkin kararların taraflarca birlikte alınması karakteristik bir özellik arz etmektedir. Ayrıca, elde edilen ürünlerin ortak satışı öngörülmüş ise satış fiyatları da doğal olarak birlikte belirlenecektir. Bu durum, anlaşmanın doğrudan ATA m.81 kapsamına girmesi sonucunu doğurmaz.

#### d) Müşteri veya Bölge Paylaşımı Söz Konusu Olmamalı

Tarafların, anlaşma konusu ürünün Ortak Pazar sınırları içinde piyasaya ilk defa sürüldüğü andan itibaren yedi yıllık sürenin bitiminden sonraki dönem için, müşterileri seçme konusundaki özgürlükleri kısıtlanmamış olmalıdır (Tüzük m.5/1-e). Bir başka deyişle, taraflar söz konusu yedi yıllık sürenin bitiminden sonra müşterilerin taleplerini karşılama konusunda bağımsızca hareket edebilmelidirler<sup>75</sup>. Zira, aksine anlaşmalar, piyasaların bölünmesi ve rekabetin bozulmasına yol açacak niteliktedir. Kısıtlama; ürünleri sadece belirli alıcılara satma şeklinde (aktif) olabileceği gibi, bazı alıcıların taleplerini karşılamama tarzında da (pasif) olabilir. Düzenlemeyle, müşteri kısıtlamalarına sadece yedi yıllık süre için izin verilebileceği belirtilmiş olduğundan, tarafların ilgili piyasadaki paylarının %25'i aşmadığı sürece muafiyetin, yedi yıllık sürenin bitiminden sonra da, devam edeceğine ilişkin Tüzük m.4/3, burada uygulanmaz.

Muafiyet için gerekli bir diğer koşul, anlaşma konusu ürünün Ortak Pazarda piyasaya ilk kez sunulmasından itibaren yedi yıllık sürenin bitiminden sonraki bir dönem için, taraflardan birinin, anlaşmaya taraf diğerlerinin bölgelerinde anlaşma konusu ürünü piyasaya sürmesi yada buralara yönelik "aktif satış uygulamalarında" (aktive Verkaufspolitik) bulunması yasaklanmamış olmalıdır (Tüzük m.5/1-g). Dolayısıyla, bu tür yasaklara ancak anlaşma konusu ürünün Ortak Pazar içinde piyasaya ilk kez sunulmasından itibaren yedi yıllık süreyi geçmemesi koşuluyla muafiyet tanınabilecektir.<sup>76</sup> Bu sürenin üzerinde bir dönemi kapsayan aktif satış yasaklamala-

<sup>73</sup> 19.5.2001 tarihli Komisyon Bildirisi. ATRG (2001) C 159/18.

<sup>74</sup> Benzer bir hükme maalesef Tebliğ'de yer verilmemiştir.

<sup>75</sup> Dolayısıyla, müşteri kısıtlamalarına bu 7 yıllık süre için müsamaha gösterilmiştir. Buna karşın, Tebliğ m.6-f'de böyle süre öngörülmezsizin müşteri paylaşımına yönelik hükümler kesin olarak yasaklanmıştır. Kanımca Tüzük m.5/1-e'ye benzer şekilde, örneğin muafiyet sürelerine ilişkin genel düzenleme içeren Tebliğ m.4 ile uyumlu olarak beş yıllık bir müsamaha süresinin öngörülmesi yerinde olurdu.

<sup>76</sup> Önceki 418/85 sayılı Tüzük'te de aktif satış uygulamalarını yasaklayıcı hükümler (anlaşma konusu ürünün Ortak Pazar içinde piyasaya ilk kez sunulmasından itibaren beş yıllık süreyi aşmamak kaydıyla) Beyaz Hükümler arasında zikredilmişti. Ancak, bunun için aktif satış yasağı getirilen bölgedeki satıcı veya tüketicile-

rına ancak bireysel muafiyet kapsamında izin verilebilir<sup>77</sup>. Madde metninden, tarafların ürünlerin satılacağı bölgeleri kendi aralarında sınırlandırabilecekleri anlaşıl-maktadır<sup>78</sup>. Bu iki şekilde olabilir. Birincisi, üretim faaliyeti taraflardan birisine, ortak bir teşebbüse veya üçüncü kişilere bırakılmış olup üretilen ürünler bunlar tarafından anlaşmanın diğer taraflarına dağıtılır. İkinci olarak, anlaşma konusu ürünlerin anlaşmaya taraf teşebbüslerin tamamı tarafından üretilmesi ve kendilerine bırakılan bölgelerde yine kendileri tarafından satılması şeklinde olur. Maddede hangi tür faaliyetlerin “aktif satış uygulamaları” sayılacağı açıklanmamıştır. Aktif satış uygulamaları ile kastedilen, tarafların diğerlerine bırakılmış bölgelerde reklam yapma, şube açma, tek satıcılık ya da temsilcilik sözleşmeleri yapma veya mal dağıtım-teslim depoları işletme gibi faaliyetlerdir<sup>79</sup>.

Muafiyeti engelleyici bir diğer durum, taraflardan birine, diğerlerine bırakılmış olan bölgelere yönelik olarak “pasif satışlardan” (passiver Verkauf) kaçınma yükümlülüğü getirilmiş olmasıdır. Pasif satışla kastedilen, önceden herhangi bir icapta bulunmaksızın, “doğrudan tüketici veya kullanıcıların talebi üzerine” yapılan satışlardır<sup>80</sup>. Aktif satış yasağı için öngörülen yedi yıllık müsamaha süresi, pasif satış yasağı için öngörülmemiştir. Özellikle spesifik ve yüksek değere sahip ürünlerde, alıcıların daha uygun koşullarda satış yapan tarafa ulaşma konusundaki eğilimleri nedeniyle pasif satışlara sıkça rastlanabileceğinden taraflar arasındaki münhasır bölge anlaşmaları çoğu kez işlevsiz kalabilecektir.

#### e) Üçüncü Kişilere Lisans Verme Yasağı Getirilmemiş Olmamalı

AR-GE sonuçlarının taraflardan en az birisi tarafından kullanımının öngörülmediği ya da böyle bir kullanımın gerçekleşmediği durumlarda, anlaşma konusu ürünlerin üretilmesine ya da anlaşma konusu tekniklerin kullanılmasına yönelik olarak üçüncü kişilere lisans<sup>81</sup> vermeme yükümlülüğü getirilemez (Tüzük m.5/1-h). Bir diğer anlatımla, üçüncü kişilere lisans verilmesine ilişkin getirilecek yasaklama-ya, ancak sonuçların taraflarca (hiç değilse birisi tarafından) kullanılacağına sözleşmede öngörülmüş olması halinde muafiyet tanınabilecektir.

AR-GE çalışmalarıyla elde edilen sonuçların, nihai olarak toplumun istifadesi-ne sunulması önemlidir. Bu ise, ya sonuçların taraflardan en azından birisinin kulla-

rin ilgili ürünleri diğer sağlayıcılardan alabilme imkanına sahip olmaları ve bu alımların taraflarca zorlaştırılmamış olması koşulu aranmaktaydı (418/85 Sayılı Tüzük m.4/1-f). Bu koşula Tüzükte yer verilmemiştir.

<sup>77</sup> AR-GE çalışmalarının çok yüksek harcamalar gerektirmesi veya piyasaya yeni bir ürünün sürülmesinin getirdiği yüksek maliyet ve risklerin varlığı halinde (muhtemel amortisman süreleri dikkate alınarak) bireysel muafiyet tanınabilecektir. Örnek için bkz. Komisyonun *Quantel International Continuum/Quantel SB* kararı, (ATRG (1992) L 235/9).

<sup>78</sup> Hatta bu münhasır bölge Ortak Pazarın tümünü kapsayacak şekilde belirlenebilir. Böyle bir durum birliğe üye devlet teşebbüsleriyle, üye olmayan devletlerin (örneğin, A.B.D., Japonya) teşebbüsleri arasında yapılacak AR-GE anlaşmalarında ortaya çıkabilecektir.

<sup>79</sup> Winzer, Wolfgang, “Die Freistellungsverordnung der Kommission über Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen vom 1. Januar 2001”. *GRUR Int.*, 2001, s.418; Ullrich/Konrad, in Immenga/Mestmaecker, Rn.50.

<sup>80</sup> Dikey anlaşmalar için geçerli olan temel prensiplerden hareketle, AR-GE alanında internet üzerinden yapılan satışların da bu madde kapsamında değerlendirilmesi yönünde Bahr/Loest, s. 267, dipnot 51.

<sup>81</sup> Burada inhisari veya inhisari olmayan lisans arasında bir fark yoktur.

nımı, ya da üçüncü kişilere lisans verme suretiyle gerçekleşir. İşte düzenlemeyle bu genel menfaat koruma altına alınmak istenmiştir. Dolayısıyla, “elde edilen sonuçlar, taraflardan hiçbirisince kullanılmıyor ya da kullanılmayacaksa, üçüncü kişilere lisans verme suretiyle kullanımı da yasaklanmamalıdır”.

Acaba taraflardan birisinin sonuçları kullanacağı anlaşmada öngörüldüğü, ancak böyle bir kullanımın (fiilen) gerçekleşmediği durumlarda, lisans verme yasağı muafiyet kapsamında değerlendirilebilecek midir? Kanaatimce bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira, burada her iki koşulunda (kullanımın sözleşmede öngörülmüş olması ve kullanım) birlikte gerçekleşmesi gereklidir. Gerek maddenin amacı, gerekse hakkın kötüye kullanılmasına meydan verilmemesi bu sonuca varmayı gerekli kılmaktadır<sup>82</sup>. Dolayısıyla, ilerde muafiyetin geri alınması tehlikesini bertaraf etmek için<sup>83</sup>, sonuçların kullanımının kendisine bırakıldığı taraf(lar)ın belli bir süre içinde buna uymamaları halinde, diğerlerinin üçüncü şahıslara lisans vermeme yükümlülüğünün geçersiz olacağı anlaşmada (bir bozucu şart olarak) kararlaştırılması isabetli olacaktır.

Sonuçların taraflardan en az birisi tarafından kullanılması şartıyla, üçüncü kişilere lisans verilebilmesinin çoğunluk kararına bağlanması veya taraflara çekince koyma imkanı<sup>84</sup> tanınması muafiyeti engellemeyecektir<sup>85</sup>. Zira, böyle bir durumda, düzenlemeyle hedeflenen sonuçların kullanımının bloke edilmemesi amacı, ilgili tarafın kullanımı nedeniyle zaten gerçekleşmektedir. Aynı şekilde, taraflarla üçüncü şahıslar arasında sonuçların kullanımı kapsamında evvelce lisans sözleşmeleri imzalanmış ise, ilerde yapılacak lisans (veya alt lisans) sözleşmelerine yasaklama getirilebilir<sup>86</sup>. Zira, bu tür kısıtlamalar ortak lisans politikalarına ilişkin anlaşmaların tipik özelliğini oluşturmaktadır

#### **f) Paralel Ticaret Yasaklanmamış Olmalı**

Taraflara, anlaşmayla kendilerine bırakılmış olan bölgede bulunan ve anlaşma konusu ürünleri (Ortak Pazar içindeki) diğer bölgelerde satışa sunmak isteyen kullanıcı (Nutzer)<sup>87</sup> veya dağıtıcıların (Wiederverkaeufel)<sup>88</sup> siparişlerini kabul etmeme yükümlülüğü getirilemez (Tüzük m.5/1-i).

<sup>82</sup> Nitekim, önceki 418/85 Sayılı Tüzükte değişiklikler içeren 151/93 sayılı Tüzük (ATRG (1993) L 21/8) m.2/5'te muafiyet için sonuçların fiilen kullanımı öngörülmekteydi. Aynı yönde Bahr/Loest, s. 268; aksi görüş Winzer, s. 419, yazara göre, taraflar sonuçların kendilerince kullanılacağını ve lisans verme yasağını sözleşmede öngörmüş, ancak sonradan herhangi bir sebeple (örneğin böyle bir kullanımın önemli bir rekabet avantajı sağlamayacağı gerekçesiyle) sonuçların kullanımından vazgeçmiş olabilirler. Böyle bir durumda, anlaşma Tüzüğü aykırılık nedeniyle sonradan geçersiz hale geleceğinden, fiilen kullanım henüz gerçekleşmemiş olsa bile, taraflardan en az birisinin sonuçları kullanma niyetinde olması muafiyet için yeterli olmalıdır.

<sup>83</sup> Nitekim, tarafların “objektif haklı bir sebep olmaksızın” ortak çalışma sonuçlarını kullanmamaları, Tüzük m.7-c'de muafiyetin geri alınma nedenleri arasında sayılmıştır.

<sup>84</sup> Çekince koyma imkanı, bilhassa üçüncü kişilerle yapılacak know-how lisansı sözleşmelerinde know-how'ın “gizlilik karakterinin” ortadan kalkması riskinin bulunduğu durumlarda önem kazanmaktadır.

<sup>85</sup> Karşılaştırma için bkz. Ullrich/Konrad, in Immenga/Mestmaecker, Rn. 68.

<sup>86</sup> Wiedemann, Art.6, Rn. 35.

<sup>87</sup> Önceki 418/85 sayılı Tüzük m.6-h'da ise “tüketici (Verbraucher)” ibaresine yer verilmişti. AR-GE sonuçlarının tüketimi değil, kullanımı söz konusu olduğundan, “kullanıcı” kavramının kullanılması daha isabetli olmuştur

Hükümle, Ortak Pazar içinde malların serbest dolaşımının sağlanması amaçlanmıştır. Burada Tüzük m.5/1-g'ye paralel bir düzenleme söz konusudur. Tüzük m.5/1-g'de tarafların diğerlerine bırakılmış olan (münhasır) bölgelere yönelik satış faaliyetlerine yasaklama getirilemeyeceği düzenlenmiş iken, burada kullanıcı veya dağıtıcıların aynı tür faaliyetlerinin kısıtlanamayacağı belirtilmektedir. Bu iki hüküm birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Zira, Tüzük m.5/1-g'de tarafların diğer bölgelere (direkt) satışlarına imkan verilmiş, Tüzük m.5/1-i ile de taraflar diğer bölgelere aktif satış yapmıyor (veya yapamayacak durumda) ise ürünlerin kullanıcı veya dağıtıcılar eliyle (indirekt) satışına imkan tanınarak, paralel ticaretin kısıtlanması önlenmek istenmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, madde ile yasaklanan taraflar arasındaki siparişleri reddetmeye yönelik anlaşma, karar ya da uyumlu eylemlerdir. Yoksa, taraflardan birisinin (kendi pazarlama konsepti çerçevesinde) bağımsız ve serbestçe alacağı siparişleri kabul etmeme yönündeki kararları maddenin kapsamı dışındadır<sup>89</sup>. Doktrinde, siparişlerin tümüyle reddedilmesinin yanı sıra, "sınırlı miktarda karşılama" veya "uygun olmayan sözleşme koşulları öne sürmek suretiyle kaçınılması" hallerinin de yasak uygulamalar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>90</sup>.

Benzer düzenleme içeren önceki 418/85 sayılı Tüzük m.6-h birinci paragrafta "objektif haklı bir neden" varsa siparişleri kabul etmeme halinin muafiyeti engellemeyeceği belirtilmişti. Özellikle üretim miktarının az oluşu<sup>91</sup>, stokların yetersizliği, teknik arızalar, grev ya da mücbir sebepler doktrinde objektif haklı sebepler arasında sayılmaktaydı<sup>92</sup>. Aynı hususların Tüzük m.5/1-i'nin uygulanmasında da dikkate alınmaması için herhangi bir neden görülmemektedir.

Tüzük m.5/1-j ise bir adım daha ileri giderek, taraflarca önceden piyasaya sürülmüş anlaşma konusu ürünleri kullanıcı veya dağıtıcıların temin etmelerini zorlaştırmaya veya engellemeye yönelik sözleşme koşullarına müsaade etmemiştir. Hükümle, iki husus yasaklanmaktadır:

- Taraflarca veya taraflardan birisinin rızasıyla hukuka uygun bir şekilde Ortak Pazar sınırları içinde piyasaya sunulmuş anlaşma konusu ürünleri, kullanıcı veya dağıtıcıların elde etmelerinin veya yeniden piyasaya sürmelerinin, başta fikri hakların kullanılması olmak üzere, çeşitli tedbirlerle engellenmesi,

<sup>88</sup> Tüzüğün Almanca metnindeki "Wiederverkauf" kelimesi "yeniden satıcılar" anlamına gelmekte ise de, burada Türkçe'de en yakın karşılığı olan "dağıtıcılar" terimi tercih edilmiştir. Aynı yönde Tebliğ m.6-h.

<sup>89</sup> Wiedemann, Art.6, Rn. 41.

<sup>90</sup> Ullrich/Konrad, in Immenga/Mestmaecker, Rn. 69. Kuşkusuz buradan tüm siparişlerin kabul edilmesi gerektiği sonucu da çıkarılmamalıdır. Burada dikkate alınması gereken husus ilgili tarafın kapasitesinin buna elverişli olup olmadığıdır.

<sup>91</sup> Bu azlığın nedeni taraflar arasındaki anlaşmaya dayanmamalıdır. Zira, taraflar arasındaki üretim miktarını kısıtlayıcı anlaşmalar Tüzük m.5/1-c ile yasaklanmıştır.

<sup>92</sup> Wiedemann, Art.6, Rn.42.

- Kullanıcı veya dağıtıcıların sözleşme konusu ürünleri Ortak Pazar içindeki diğer dağıtıcılardan temin etmelerinin zorlaştırılması<sup>93</sup>.

Birinci halde, aralarında AR-GE anlaşması bulunan (A) ve (B) teşebbüsleri patentli bir ürün geliştirmiş ve münhasır satış bölgeleri öngörmüş olsunar. Bu halde, taraflardan birinin (örneğin A'nın) kendi bölgesinde piyasaya sürmüş olduğu bu ürünü, yine o bölgedeki kullanıcı veya dağıtıcılardan (B)'nin bölgesindeki kullanıcı veya dağıtıcıların temin (ithal) etmeleri patent hakkı kullanılmak suretiyle engellenemez<sup>94</sup>. Buna karşın, ürünler "taraflarca veya taraflardan birisinin rızası olmaksızın" piyasaya sürülmüş ise, bunların kullanıcı veya dağıtıcılarca temininin fikri hakların kullanılması suretiyle engelleneceğine ilişkin sözleşme koşulları yasaklanmamıştır.

İkinci halde ise, tersi bir durum söz konusudur. Yukarıdaki örnekte, taraflardan (A)'nın kendi bölgesinde piyasaya sürmüş olduğu ürünün, yine o bölgedeki kullanıcı veya dağıtıcılar tarafından (B)'nin bölgesinde piyasaya sürmeleri zorlaştırılmaz (veya yasaklanamaz). Dolayısıyla, (A)'nın kendi bölgesindeki kullanıcı veya dağıtıcılarla yapacağı sözleşmelerde, bunların ürünü diğer bölgelere ihraç edemeyecekleri, aksi halde (tazminat, fesih, cezai şart ve benzeri) hukuki yaptırımlarla karşı karşıya kalacaklarına dair hükümlere yer verilemez. Yine, örneğin, (A)'nın piyasaya sürdüğü ürünlerin, kullanıcı veya dağıtıcılar tarafından bir başka bölgede yeniden piyasaya sürülmesi halinde garanti kapsamında çıkarılması<sup>95</sup> veya servis hizmetlerinden yararlandırılmamaları bu kapsamda değerlendirilmelidir.

### C. Muafiyet Süreleri

#### 1. Rakip Olmayan Teşebbüsler Arasındaki Anlaşmalar

Rakip olmayan teşebbüsler arasındaki saf AR-GE anlaşmalarında muafiyet anlaşma süresince geçerlidir. Buna karşın, sonuçların ortak kullanımı da kararlaştırılmış ise, muafiyet anlaşma konusu ürünlerin Ortak Pazar içinde piyasaya ilk kez sunulduğu günden itibaren yedi yıl için geçerli olur (birinci kullanım dönemi)<sup>96</sup>. Bu yedi yıllık süre taraflara yatırımlarının amortismanı için güvence sağlanmaya yöneliktir. Dolayısıyla, muafiyet bu dönemde tarafların piyasa paylarının yüksek oranlara ulaşmış olduğuna bakılmaksızın geçerli olmaya devam eder<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> Tüzük md5/1-j'ye karşılık gelen Tebliğ m.6-h'da bu duruma yer verilmemiştir.

<sup>94</sup> Patentli bir ürünün piyasaya sürülmesiyle, patente dayalı koruma zaten sona ermiş olduğundan (hakkın tüketilmesi prensibi), hükmün uygulanma alanı kısıtlıdır.

<sup>95</sup> *Swatch* kararı. (ATKD (1985) 3933 ff.).

<sup>96</sup> Tüzük m. 4/1. Tebliğ m.4'te "... muafiyet süresinin anlaşma konusu ürünlerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları dahilinde pazara ilk olarak sunulduğu tarihte başlamak üzere beş yıl için daha geçerli olur" ifadesine yer verilmiştir. Kanımca, AR-GE faaliyetlerinin ülkemiz açısından taşıdığı önem ve mümkün olduğunca teşvik edilmesi gerektiği halde, muafiyet süresinin daha kısa olması isabetli olmuştur.

<sup>97</sup> Direktif paragraf 73; Grabitz, Eberhard/Hilf. Meinhard, *Das Recht der Europäischen Union*, Kommentar, München 2002, EGV Art.81. Rn. 540.

Birinci kullanım döneminin bitiminden sonra, tarafların ilgili piyasadaki<sup>98</sup> toplam payları %25'i geçmediği sürece<sup>99</sup> muafiyet devam eder (ikinci kullanım dönemi)<sup>100</sup>. Ancak, bu ikinci kullanım dönemi içinde tarafların toplam piyasa paylarının artarak %25'in üzerine çıkması halinde ek muafiyet (tolerans) süreleri öngörülmüştür. Buna göre;

- artış sonucunda ulaşılan piyasa payı %30'u geçmiyorsa, muafiyet (%25 oranının aşıldığı yılı takip eden) iki takvim yılı daha geçerli olmaya devam eder<sup>101</sup>.
- artış sonucunda ulaşılan piyasa payı %30'un üzerinde ise muafiyet (%30 oranının aşıldığı yılı takip eden) bir takvim yılı daha geçerli olur<sup>102</sup>.

Bu süreler her bir durum için ayrı ayrı hesaplanır ve toplam iki takvim yılını aşacak şekilde birleştirilemez<sup>103</sup>. Örneğin, teşebbüslerin toplam piyasa payları ikinci kullanım dönemi içinde %26'ya ulaşmış ise, muafiyet (takip eden) iki takvim yılı boyunca geçerli olmaya devam eder. Bu sürenin sonunda piyasa payları %31'e ulaşmış ise, artık muafiyet bir takvim yılı daha geçerli olmayacaktır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu, tarafların piyasa payının tolerans süreleri içinde yeniden %25'in altına düşmesidir. Bu durumda, artık muafiyet ikinci kullanım döneminde olduğu gibi piyasa payı %25'in altında kaldığı sürece devam etmeyecek, ilgili tolerans süresinin geçmesiyle sona erecektir<sup>104</sup>.

## 2. Rakip Teşebbüsler Arasındaki Anlaşmalar

Rakip teşebbüsler arasında dahi olsa saf AR-GE anlaşmalarında muafiyet anlaşma süresince geçerlidir. Sonuçların ortak kullanımı kararlaştırılmış ise, muafiyet anlaşma konusu ürünlerin Ortak Pazar içinde, piyasaya ilk kez sunulduğu günden itibaren yine yedi yıl için (birinci kullanım dönemi) geçerli olur. Ancak, burada, *AR-GE anlaşmasının yapıldığı tarihte* tarafların ilgili pazardaki<sup>105</sup> toplam paylarının %25'i geçmemesi gerekir<sup>106</sup>. Anlaşmanın yapıldığı tarihten sonra ve fakat birinci kullanım dönemi içinde %25' oranı aşılsa dahi muafiyet geçerli olmaya devam eder. Birinci kullanım döneminden sonra ise, rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalara ilişkin tolerans süreleri burada da geçerlidir.

### D. Piyasa Paylarının Hesaplanmasında "İlgili Pazar"ın Tespiti

Yukarda, muafiyet süreleri belirlenirken tarafların ilgili pazardaki toplam paylarının dikkate alınacağı belirtilmişti. Ancak, bu payların hesaplanmasında ilgili

<sup>98</sup> Burada kastedilen sözleşme konusu ürünlerin dahil olduğu ilgili ürün pazarı ve coğrafi pazardır (Tüzük m.2.13).

<sup>99</sup> Piyasa payları bir önceki takvim yılındaki cirolara göre hesaplanır (Tüzük m.6/1-a, b).

<sup>100</sup> Tüzük m.4/3.

<sup>101</sup> Tüzük m.6/2. Bu durumda maksimum tolerans süresi 2 yıl 364 günü geçmeyecektir.

<sup>102</sup> Tüzük m.6/3.

<sup>103</sup> Tüzük m.6/4.

<sup>104</sup> Bahr/Loest, s. 265.

<sup>105</sup> Rakip olmayan teşebbüsler arasındaki anlaşmalardan farklı olarak burada kastedilen pazar "sözleşme konusu ürünlerin geliştirebileceği veya ikame edebileceği ürünlerin pazarı"dır.

<sup>106</sup> Tüzük m. 4/2.

pazarın neye göre belirleneceği Tüzük'te açıklanmamıştır. Bu konuya Direktifte değinilmiş anlaşmanın amacına göre bir ayrıma gidilmiştir<sup>107</sup>. Buna göre;

- AR-GE faaliyetleri piyasada mevcut ürünlerin **geliştirilmesi ve iyileştirilmesine** yönelik ise, mevcut ürün pazarı baz alınmalı, tarafların piyasa payları mevcut ürünlerin ciro değerlerine (Umsatzwert) göre hesaplanmalıdır.
- AR-GE çalışmalarıyla piyasada bulunan ürünlerin **ikame edilmesi** amaçlanıyorsa, (meydana getirilecek yeni ürünler yine mevcut ürün pazarına dahil olacağından) tarafların piyasa payları yine mevcut ürünlerin ciro değerlerine (Umsatzwert) göre hesaplanmalıdır.
- AR-GE ile **yeni bir talep yaratacak farklı ürünlerin geliştirilmesi** hedefleniyorsa, artık mevcut ürün pazarı dikkate alınamayacak ve tarafların piyasa payları mevcut ürünlerin ciro değerlerine göre hesaplanamayacaktır. Bu durumda, yalnızca anlaşmanın inovatif rekabet üzerindeki etkileri analiz edilebilir. Bu nedenle, Tüzük m.4/1'de, muafiyetin ürünlerin ilk kez piyasaya sürüldüğü andan itibaren yedi yıl boyunca geçerli olacağı ifade edilmiştir. Ancak, anlaşma inovasyon alanındaki rekabetin ortadan kalkmasına yol açıyor ise, Tüzük m.7-e hükmünce muafiyet geri alınabilecektir. Yedi yıllık sürenin bitiminden sonra ise, tarafların piyasa paylarının ürünlerin ciro değerlerine göre hesaplanması ve muafiyet bakımından Tüzük m.4'teki %25 oranının uygulanması mümkün olabilecektir.

### E. Muafiyetin Geri Alınması

AR-GE anlaşmasının ATA m.81/3'teki koşullarla bağdaşmayan etkiler doğurması halinde, Tüzük m.7'de muafiyetin Komisyon tarafından geri alınabileceği öngörülmüştür. Buna göre, Komisyon resen, üye devletlerden birisi veya haklı bir menfaati bulunan gerçek ya da tüzel kişilerin başvurusu üzerine, Tüzük kapsamında muafiyet tanınmış bir AR-GE anlaşmasının ATA m.81/3'teki şartlarla bağdaşmaz etkilere sahip olduğunu ve özellikle;

- anlaşmasının varlığı nedeniyle, üçüncü kişilerin ilgili alanda AR-GE faaliyetleri yürütme imkanlarının önemli derecede sınırlanmış olduğunu,
- mal veya hizmetin ya da pazarın özel yapısı nedeniyle mevcut anlaşmanın varlığının, ilgili pazara üçüncü kişilerin girişini engellediğini,
- objektif haklı bir sebep olmaksızın tarafların ortak AR-GE sonuçlarını kullanmadıklarını<sup>108</sup>,
- Ortak Pazarda veya onun bir bölümünde, anlaşma konusu ürünlerle aynı, ya da kullanıcılar tarafından vasıfları, fiyatları ve kullanım amaçları bakı-

<sup>107</sup> Direktif 53 ve 54. paragraf.

<sup>108</sup> Sonuçların kullanılmamasının haklı bir nedene dayanıp dayanmadığının tespitinde (örneğin kullanımın ileriki bir tarihe ertelenmiş olması halinde) somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Öte yandan, sonuçların çeşitli şekillerde kullanımının mümkün olduğu durumlarda, tarafların sadece optimal gördükleri kullanım şeklini tercih etmeleri muafiyetin geri alınmasını gerektirmez.



mından eşdeğer olarak görülen türler arasında etkin bir rekabetin oluşmadığını,

- belirli bir piyasada etkin AR-GE rekabetinin anlaşma nedeniyle gerçekleşmediğini,

tespit ederse muafiyeti geri alabilir.

Hükümde muafiyetin geri alınacağı haller örneksene yoluyla sayılmış olup, geri alma yetkisi bunlarla sınırlı değildir.

### SONUÇ

AR-GE anlaşmaları, teknik bilgi ve tecrübelerin teşebbüsler arasında değişimi ve paylaşılması neticesinde teknolojik gelişme açısından sağladıkları genel faydaların yanı sıra, araştırma-geliştirme maliyetlerinin minimize edilmesi suretiyle teşebbüsler açısından, yeni yada geliştirilmiş ürün veya üretim tekniklerinin piyasaya sunulması sonucu ortaya çıkan fiyat düşüşleri sayesinde de tüketiciler bakımından önemli faydalar sağlamaktadır. Ancak, bu faydaların elde edilebilmesi, kimi zaman bazı rekabet sınırlamalarını zorunlu kılmaktadır. Ne var ki, piyasalardaki etkin rekabet ortamının söz konusu faydalara bütünüyle feda edilmesi düşünülemez. O halde, çözümü gereken sorun rekabeti kısıtlayıcı hükümler içeren AR-GE anlaşmalarına ne ölçüde izin verilmesi gerektiğidir. ATA m.81/1'de Ortak Pazar sınırları içinde rekabeti engelleyici, kısıtlayıcı veya bozucu anlaşmaların yasak olduğu belirtildikten sonra, ATA m.81/3'te bu tür anlaşmalara hangi hallerde muafiyet tanınabileceğine ilişkin kriterlere yer verilmiştir. Ancak, bu kriterler genel nitelikte olduğundan, teşebbüslere yol göstermek ve daha fazla hukuk güvenliği sağlamak amacıyla Komisyon tarafından çıkartılan Grup Muafiyet Tüzüklerinde muafiyete ilişkin kriterlere ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Halen yürürlükte olan 2659/2000 Sayılı Tüzük Komisyonun AR-GE anlaşmalarına yaklaşımını sergileyen önemli bir metin olma niteliğini taşımaktadır. Yine, Tüzük hükümlerinin yorum ve tatbikini göstermek amacıyla 6.1.2001 tarihinde yayımlanan Komisyon Direktifi ile uygulamada karşılaşılabilecek sorunların en aza indirilmesi amaçlanmıştır.

Tüzük hükümleri genel olarak değerlendirildiğinde, Ortak Pazardaki, özellikle küçük ve orta ölçekli, teşebbüslerin AR-GE faaliyetlerinin teşvik edilmesi ve böylece üçüncü ülkelerdeki teşebbüslerle olan global rekabette daha güçlü konuma gelmelerinin hedeflendiği görülmektedir. Bunun en belirgin göstergesi, muafiyet tanınabilecek toplam pazar payı oranının %20'den, %25'e, muafiyet süresinin de 5 yıldan 7 yıla çıkartılmış olmasıdır. Ayrıca, beyaz hükümler listesi çıkartılarak Tüzüğün "deli gömleği etkisi" azaltılmış; böylece, taraflara anlaşmalarını hazırlarken daha fazla hareket serbestisi tanınmıştır. Yine, önceki tüzükte yer alan itiraz prosedürü kaldırılmış, teşebbüsler için söz konusu olabilecek belirsizlikler giderilmiştir. Buna karşın, bir çok hüküm anlaşılması güç ve yoruma muhtaçtır. Bu noktada Direktif'ten yararlanılması düşünülebilirse de, uygulamada karşılaşılabilecek sorunlara bütünüyle cevap verebilecek nitelikte olduğunu söylemek güçtür. Örneğin, Direktif'te AR-GE çalışmasıyla yeni bir talep piyasası yaratacak ürünlerin geliştirilmesi hedeflenmiş ise tarafların piyasa paylarının hesaplanmasında mevcut ürün piyasası

dikkate alınamayacağı, anlaşmanın inovatif rekabet üzerindeki “olası” etkilerine göre bir değerlendirme yapılacağı belirtilmektedir. Oysa, tarafların (özellikle küçük ve orta ölçekli teşebbüslerin) önceden böyle bir değerlendirmeyi kendi başlarına yapabilmeleri oldukça güçtür.

Teşebbüslerin AR-GE anlaşmalarına karşı çekingen davranmalarının en önemli nedenlerinden birisi, sahip oldukları teknik bilgi ve birikimleri anlaşmaya taraf diğer teşebbüsler ile paylaşmak durumunda kalmalarıdır. Zira, sonuçların taraflarca bağımsızca kullanılabilmesinin bir muafiyet koşulu olması nedeniyle, anlaşma sona erdikten sonra taraflar aynı ürün piyasasında rakipler olarak karşı karşıya geleceklerdir. Anlaşmada sonuçların ortak kullanımının öngörülmesi de soruna kısmen (muafiyet süresince) çözüm getirmekten öteye gitmeyecektir.

Taraflar arasında pasif satış yasağı getirilememesi nedeniyle, Tüzükle (en çok yedi yıl için) müsaade edilen müşteri kısıtlamaları (Tüzük m.5/1-e) ve aktif satış yasakları (Tüzük m.5/1-g) işlevsiz kalabilecektir. Zira, özellikle yeni ürünler söz konusu olduğunda, alıcılar anlaşma konusu ürünleri daha uygun koşullarda sunan tarafı bulma ve ona ulaşma konusunda gereken zahmete katlanmaktan çekinmeyeceklerdir.

Tüzük m.5/1-a’da taraflara anlaşma süresince farklı alanlarda AR-GE faaliyeti yürütme yasağı getirilemeyeceğinin muafiyet koşulu olarak öngörülmesi isabetlidir. Ancak, AR-GE anlaşmasıyla hedeflenen amaçlara ulaşılabilmesi tarafların kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirme konusunda gerekli gayret ve özeni göstermeleri ile mümkündür. Şayet, taraflardan birisi, farklı bir alanda yürüttüğü AR-GE faaliyeti nedeniyle, gerekli performansı göstermiyor veya gösteremiyorsa, diğer tarafın anlaşmayı feshetme yetkisini saklı tutmasının muafiyete engel teşkil edemeyeceği açık değildir. Bu hususun; tıpkı saldırmazlık koşulunda olduğu gibi, Tüzükte açıkça düzenlenmiş olması uygulamada karşılaşılabilecek tereddütleri kaldırmaması bakımından kanımca daha isabetli olurdu.

Çoğu kez büyük yatırımlar gerektiren AR-GE anlaşmalarına tanınan muafiyetin, Tüzük m.7’deki koşulların gerçekleşmesi halinde Komisyon tarafından geri alınabilmesi özellikle büyük yatırımlar yapan teşebbüsler için önemli bir risk teşkil etmekte ve muafiyetin geri alınması halinde de yapılan masraf ve çalışmaların boşa gitmesine yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle, muafiyet geri alınmazdan önce, taraflara anlaşmanın rekabet üzerindeki olumsuz etkilerini kaldırmaları yönünde Komisyon tarafından gerekli uyarılar yapılarak bir süre verilmesi ve ancak bu süre içinde rekabet ihlalinin kaldırılmaması durumunda muafiyetin geri alınmasını öngören bir ara çözümün daha yerinde olacağı kanaatindeyim.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, bu çalışmada AT Komisyonunun 2659/2000 Sayılı Grup Muafiyet Tüzüğü çerçevesinde AR-GE anlaşmaları incelenmiş olmakla birlikte, Türk Rekabet Kurulu’nun 2003/2 Nolu AR-GE Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği büyük ölçüde söz konusu Tüzük esas alınarak hazırlanmıştır. Bu nedenle, çalışmada yer verilen açıklama ve yorumların uygun düştüğü ölçüde ülkemiz uygulamasında da dikkate alınmasında yarar vardır.

**KAYNAKÇA**

- Axter, Oliver: Forschungskoooperation und Wettbewerbsbeschränkung, **GRUR**, 1980.
- Bunte, Hermann Josef/Sauter, Herbert: **EG-Gruppenfreistellungsverordnungen**, München, 1988.
- Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.): **Kommentar zum deutschen und europaischen Kartellrecht**, Luchterhand, 2001.
- Christian Bahr/Thomas Loest: Die Beurteilung von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung nach europaischem Kartellrecht, **EWS**, 2002.
- Dauses, Manfred A.: **Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts**, Band II, München, 2002.
- Geiger, Andreas: Die neuen Leitlinien der EG-Kommission zur Anwendbarkeit von Art.81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, **EuZW**, 2000.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard: **Das Recht der Europaischen Union**, Kommentar, München, 2002.
- Hirsch, Martin (Hrsg.): **Kommentar zum EWG-Kartellrecht**, Heidelberg, 1978.
- Immenga, Ullrich/Mestmaecker, Ernst-Joachim (Hrsg): **EG-Wettbewerbsrecht**, Kommentar, Band I, München, 1997.
- Koenigs, Folkmar: Die EG-Gruppenfreistellung für Forschungs- und Entwicklungsgemeinschaften, **DB**, 1985.
- Kortunay, Ayhan: **Patentlizenz- und Know-how-Vertraege im deutschen und europaischen Kartellrecht**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Köln, 2003.
- Meyer, Dirk: Forschungs- und Entwicklungskoooperationen, **WuW**, 1993.
- Möschel, Wernhard: Die EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Forschungs- und Entwicklungsgemeinschaften, **RIW**, 1985.
- Odman Boztosun, N. Ayşe: 2003/2 Sayılı Grup Muafiyeti Tebliği Işığında Rekabet Hukukumuzda AR-GE İşbirliklerinin Değerlendirilmesi, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: IX, Sayı: 1-2, Erzincan, 2005.
- Polley, Romina/Seeliger, Daniela: Das neue EG-Kartellrecht für Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, **WRP**, 2001.
- Schmieder, Klaus: Die Kartellrechtliche Beurteilung von Forschungskoooperationen, **GRUR**, 1981.
- Schröter, Helmuth/Jakob, Thina/Wolfgang, Mederer (Hrsg.): **Kommentar zum Europaischen Wettbewerbsrecht**, Baden-Baden, 2003.
- Stopper, Martin: Leitlinien für Horizontalvereinbarungen: Ende des Regel-Ausnahme-Prinzips von Art. 81 EG?, **EuZW**, 2001.
- Streinz, Rudolf/Ohler, Christoph (Hrsg.): **EUV/EGV**, Kommentar, München, 2003.

Tekinalp Ünal, (Tekinalp/Tekinalp): **Avrupa Birliği Hukuku**, İstanbul, 1997.

von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen (Hrsg.): **Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 3**, Baden-Baden, 2003.

Wiedemann, Gerhard: **Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG- Kartellrechts, Band I**, Köln, 1989.

Winzer, Wolfgang: Die Freistellungsverordnung der Kommission über Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen vom 1. Januar 2001, **GRUR Int.**, 2001.

**VIII. Bericht über die Wettbewerbspolitik**, Brüssel, Lëtzenburg, 1979.

**XXX. Bericht über die Wettbewerbspolitik**, Brüssel, Lëtzenburg, 2001.



# TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ BAŞKANLIĞI'NA SUNULAN YENİ TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI İLE İLK TASARININ "KIYMETLİ EVRAK KİTABI" AÇISINDAN KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İNCELENMESİ

Yrd. Doç. Dr. Şafak NARBAY\*

## I- GİRİŞ

29.06.1956 kabul tarihli ve 1 Ocak 1957'de yürürlüğe giren 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), geçen yaklaşık 50 yıllık süreç içinde birtakım değişikliklere uğramakla birlikte, ortaya çıkan sorunlara ve yeni ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalmıştır. Bu durum karşısında ve ayrıca Avrupa Birliği müktesebatına uyum çerçevesinde, Kanunun tümü itibariyle yenilenmesi yoluna gidilmiştir. Bu doğrultuda beş yıldır çalışmalarını sürdüren Komisyon, bu çalışmalarını tamamlayarak hazırladıkları Taslağı Ocak 2005 sonu itibariyle Adalet Bakanlığı'na teslim etmiştir. Komisyonca hazırlanmış olan Taslak "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı" olarak 24 Şubat 2005 tarihinde Adalet Bakanı tarafından kamuoyunun görüş ve değerlendirmesine sunulmuştur<sup>1</sup>.

Hazırlanmış olan bu Tasarı ilgili tüm çevrelere (üniversiteler, barolar, odalar vs.) gönderilmiş ve Mayıs 2005 sonuna kadar görüş bildirilmesi istenmiştir. Tasarı üzerinde gerekli değerlendirmelerin yapılması için yeterli süre verilmemiş olsa da, başta üniversite ve enstitüler olmak üzere, ilgili çevrelerce bilimsel toplantılar yapılmış, sorun ve ihtiyaçlara daha adil ve yerinde çözümler getirebilen ve de Türk toplumunu ileriki yıllara da taşıyabilecek bir kanun yapılması amacıyla katkıda bulunmaya çalışılmıştır. Ortaya konulan görüş ve değerlendirmeler, verilen sürenin sonunda Bakanlığa gönderilmiş ve son şekli verilen "yeni Tasarı", Adalet Bakanlığı tarafından Başbakanlığa arz edilmiştir. Hazırlanmış olan yeni Tasarının, 17.10.2005 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı" olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Başkanlığı'na sunulması kararlaştırılmış olup; Tasarı 9.11.2005 tarihinde Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü tarafından TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir. Tasarı 15.11.2005 tarihinde TBMM Başkanlığı tarafından kayda alınmış ve ilgili Komisyonlara havale edilmiştir<sup>2</sup>.

\* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Bkz. 25.02.2005 tarihli Milliyet Gazetesi'nin ekonomi sayfasındaki açıklamalara (<http://www.milliyet.com/2005/02/25/ekonomi/eko02.html>).

<sup>2</sup> T.C. TBMM Adalet Komisyonu Başkanlığı tarafından Üniversitelere gönderilen 2.12.2005 tarihli bir yazı ile, Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Komisyonunda görüşülmeye başlandığı ve ayrıntılı bir çalışma için Alt Komisyon kurulmasına karar verildiği ifade edilmiş ve ilgili çevrelerden Tasarı hakkında 16.01.2006 tarihine kadar görüş bildirilmesi istenmiştir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, TBMM Başkanlığı'na sevk edilen TTK Tasarısı, 24 Şubat 2005 tarihinde kamuoyuna tanıtılan ilk Tasarıya göre birtakım değişiklikleri içermektedir. Bunun yanında yeni Tasarıda, burada inceleyeceğimiz “Kıymetli Evrak Kitabı”nda yer alan maddelerin gerek içerikleri gerek gerekçelerine ilişkin yasallaşma sürecinde “kanaatimizce” mutlaka düzeltilmesi gereken çok önemli noktalar bulunmaktadır. Çalışmamızda yeni Tasarının “Kıymetli Evrak Kitabı” üzerinde değerlendirmelerimizi, yapılan değişikliklere de vurgu yapmak suretiyle, ortaya koymaya çalışacağız.

## II- DİL YÖNÜNDE TASARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

### 1- YAPILAN GÜNCELLEŞTİRMELER ve ELEŞTİRİLERİMİZ

İlk Tasarıda kullanılan dil, “kıymetli evrak kitabı” açısından yeni Tasarıda daha da güncel hale getirilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda;

- “talep” kelimesinin yerine “istem” kelimesi;
- “alacağın temlik” ifadesinin yerine “alacağın devri” ifadesi;
- “kabul şerhi” ifadesi yerine “kabul beyanı” ifadesi (m. 696, f. 2)<sup>3</sup>;
- “menetmek” kelimesinin yerine “yasaklamak” kelimesi (m. 662, f. 1)<sup>4</sup>;
- “ihbar” kelimesi yerine “bildirim” kelimesi (örneğin m. 723, f. 2, f. 3, f. 4, f. 5, f. 6; m. 725, f. 1, b. c);
- “ihbar etmek” ifadesi yerine “bildirmek” kelimesi;
- “mecburdur” kelimesi yerine “zorunludur” kelimesi (m. 745, f. 1)
- bizim de güncelleştirmesini önerdiğimiz bir terim olan “tahvil” yerine, önerimiz doğrultusunda<sup>5</sup> “senedin türünün değiştirilmesi” ifadesi kullanılmıştır.

Buna karşılık, yeni Tasarıda, dil yönünden gerekli tüm güncelleştirmeler yapılmadığı gibi, birtakım çeviri hataları da varlığını aynı şekilde sürdürmektedir<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Aşağıdaki açıklamalarımızda ayrıntılı olarak ifade edeceğimiz üzere, ilk Tasarıda birçok maddede “şerh” kelimesi geçmesine rağmen, yeni Tasarıda sadece m.696, f.2'deki “şerh” kelimesi yerine “beyan” kelimesi kullanılmıştır. Buna karşılık diğer maddelerde yer alan “şerh” kelimesi güncelleştirilmemiştir ki, bu durum ifade ve terim birliği açısından tutarsızlığa yol açmaktadır.

<sup>4</sup> Ancak, Taslakta geçen tüm “menetmek” kelimeleri “yasaklamak” olarak değiştirilmiş değildir. Sadece belirttiğimiz bu maddede değişiklik yapılmış olup diğer maddelerdeki “menetmek” ifadesi varlığını korumaktadır.

<sup>5</sup> NARBAY, Şafak, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler ve Değişiklik Önerilerimiz, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Ankara, 2005, s. 189 (NARBAY, Konferans-Bildiri); NARBAY, Şafak, Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Kıymetli Evrak Hukuku Kitabında Yapılan Düzenlemeler ve Önerilerimiz, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: 1, Yıl: 2005, s. 588 (NARBAY, Sempozyum). Aynı doğrultuda TÜRK, H. Sami, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Ankara, 2005, s. 27-28; TÜRK, H. Sami, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: II, Sayı: 1, Yıl: 2005, s. 619; BAHTIYAR, Mehmet, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili İle Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, Sayı 61, 2005, s. 56-57 (Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili).

İlk olarak işaret edeceğimiz konu, Tasarıda kullanılan bazı terimlerin yazılışları yönünden bir birliklilik sergilemediği olgusudur. Öyle ki, aynı fıkra içerisinde aynı terim iki farklı şekilde yazılmıştır. Örneğin “hamil” ifadesi, m. 656, f. 1’de hem “hâmil” hem de “hamil” şeklinde yazılmış olup, bu durum ilerleyen maddelerde de açıkça görülmektedir (m. 657, f. 1: hamil; m. 658, f. 1: hâmil ve aynı zamanda hamil, vd.). Türk Dil Kurumu (TDK) tarafından internet ortamında hizmete sunulan “yazım kılavuzu”na bakıldığında, bu terimin “hamil” şeklinde yazıldığı görülmektedir<sup>7</sup>. Bunun gibi “vade” kelimesi hem “vâde” hem de “vade” şeklinde kaleme alınmıştır (m. 667, f. 1 ve f. 2: vâde; m. 646, f. 2: vade; m. 707, f. 1: vade; m. 707, f. 2: vâde vd.). Bu terimin doğru yazım şekli, TDK yazım kılavuzunda “vade” olarak belirtilmiştir<sup>8</sup>. Yapılması gereken, bu yazım farklılıklarının giderilerek Tasarının tümünde dil ve ifade birliğinin sağlanmasıdır.

İkinci olarak belirtilmesi gereken, Tasarıda kullanılan bazı kelimelerin güncelleştirmelerinin gereği gibi yapılmamış olmasıdır. Bu kelimelerin başında “menetmek” ifadesi gelmektedir. İlk Tasarı m. 662, f. 1’de ifadesini bulan “ödemekten meneder” şeklindeki kullanım yeni Tasarıda “ödemekten yasaklar” olarak değiştirilmiştir. Buna karşılık ilk Tasarının diğer maddelerinde geçen “menetmek” ifadelerine yeni Tasarıda dokunulmamıştır. Olması gereken ise, “menetmek” kelimesinin kullanıldığı tüm maddelerde bu kelimenin yerine “mehaz Kanuna uygun bir çeviri yapılarak” ve aynen m. 662, f. 1’de yapıldığı gibi, “yasaklamak” kelimesinin kullanılmasıdır<sup>9</sup>. Gerçekten Tasarı m. 658, f. 2’nin karşılığı olan mehaz İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 978, f. 2’de<sup>10</sup> “Zahlungsverbot” ifadesi kullanılmaktadır. Bu kelimenin günümüz Türkçe karşılığı ise, “ödeme yasağı”dır. Nitekim maddenin gerekçesinde de “*Kaynakta ‘mahkeme veya polisçe bir ödeme yasağı’ konulduğu takdirde denilerek polis tarafından konulan ödeme yasağına da geçerlilik tanınmıştır. Sistemimize uymayan kaynak hükmü yerine doğal olarak eski metin tercih edilmiştir.*” denilmek suretiyle “ödeme yasağı” ifadeleri kullanılmıştır. Ancak fıkra metninde “menetmek” kelimesine yer verilmiştir.

Bunun gibi, “menetmek” kelimesinin geçtiği Tasarının diğer maddelerinin mehaz Kanundaki karşılıklarına baktığımızda bu kelimenin “untersagen” kelimesinin karşılığı olarak çevrilmiş olduğunu görmekteyiz<sup>11</sup>. Bu kelimenin Türkçe karşılığı ise

<sup>6</sup> Tasarının gerekçesinde dil ile ilgili “arı ve güzel Türkçe için özen gösterildiği”, “diğer yeni kanunlarla uyum sağlanmaya dikkat edildiği” ve “terimde tekdüzelik ilkesi”nin benimsenmiş olduğu belirtilse de *Bah-tiyyar’ın* da haklı olarak ifade ettiği gibi, belirtilenler tam anlamıyla gerçekleştirilememiştir. Çünkü, Tasarıda bazen aynı konuda farklı sözcükler, bazen de aynı anlama gelen birden çok sözcük birlikte kullanılmış; ayrıca yazım yanlışlıkları ve tekrarlarla da yer verilmiştir (ayrıntılı bilgi için bkz. BAHTİYAR, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili, s. 49-58).

<sup>7</sup> Bkz. <http://www.tdk.gov.tr/yazim/default.asp>

<sup>8</sup> Bkz. <http://tdk.org.tr/yazim/default.asp>

<sup>9</sup> Aynı doğrultuda BAHTİYAR, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili, s. 83.

<sup>10</sup> Her ne kadar bu fıkra hükmü aynı şekilde Taslağa alınmamış olsa da, burada ele aldığımız ifade açısından bir ayniyet söz konusudur.

<sup>11</sup> Örneğin m. 691, f. 2 ve f. 4 hükümlerinin mehaz İBK m. 1012, f. 2 ve f. 4’de “...zur Annahme untersagen...” ifadesi kullanılmıştır.



maddelerde yapılan “değişiklikler”, “düzeltmeler” maalesef madde gerekçelerine hiç ya da gereği gibi yansıtılmamıştır. Bir başka deyişle, ilk Tasarıdan farklı olarak revizyona uğramış Tasarıda, “kıymetli evrak kitabı”nda yer alan birçok maddede yapılmış olan değişikliklerin gerekçeleri belirtilmemiş; bu maddelerle ilgili olarak gerçekleştirilenler adeta görmezden gelinmiştir.

Bilindiği üzere, bir kanun maddesi yorumlanırken başvurulan kaynaklardan biri de “kanunun madde gerekçeleri”dir. Bu gerekçelere bakılarak, kanunkoyucunun gerçek niyeti, maddenin konuluş amacı konusunda bilgi edinilmeye çalışılır. Bu nedenle, madde gerekçeleri son derece önemlidir. Kanun hazırlayıcılarına çok önemli görevler düşmektedir. İhtiyaçlara ve yeni gelişmelere cevap veren düzenlemeler yapma yanında, bu düzenlemelerin hangi amaçla yapıldığının da ayrıntılı bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Bu da madde gerekçelerinin yapılan değişiklik ya da düzeltmeleri içerecek şekilde ve doğru olarak yazılması ile sağlanabilecektir.

## B- YENİ TASARIDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ve ÖNERİLERİMİZ

TTK Tasarısının üçüncü kitabı olan “kıymetli evrak kitabı”nda diğer kitaplara oranla daha az değişiklik ve düzenleme yapılmıştır<sup>17</sup>. Bununla birlikte Tasarıda, bu kitaba ilişkin olmak üzere mutlaka belirtilmesi gereken ve düzeltilmesinde büyük yarar bulunan eksiklikler de söz konusudur.

### aa- Poliçeye İlişkin Düzenlemeler

- Taslak m. 662'nin gerekçesi aynen “*Madde 662 - Bu madde 6762 sayılı Kanununun 574 üncü maddesinden aynen alınmış, sadece ikinci fıkraya kaynak İsv. BK m. 982'ye uygun olarak “kıyas yoluyla” ibaresi eklenmiştir*” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak fıkra hükmüne bakıldığında “kıyas yoluyla” ifadesinin fıkra metninde yer almadığı görülmektedir. Bir başka deyişle, eklendiği ifade edilen ifade, fıkra metnine eklenmemiştir. Hüküm şöyledir: “*Bir kupon belgesinin iptaline karar vermek gerektiği takdirde vadeleri dava sırasında dolan münferit kuponlar hakkında faiz kuponlarının iptaline ilişkin hükümler uygulanır*”. Görüldüğü üzere, Tasarıda “kıyas yoluyla” ifadesine rastlamak mümkün değildir. Bu nedenle fıkra metnine kanunlaştırma sürecinde “kıyas yoluyla” ifadesi eklenmeli ve hüküm “*Bir kupon belgesinin iptaline karar vermek gerektiği takdirde, vadeleri dava sırasında dolan*”

<sup>17</sup> Bu durum Tasarının “genel gerekçe” kısmında “III. Kıymetli Evrak Kitabına Giren Konular” başlığı altında şu şekilde belirtilmiştir: “82 No. 008'de de belirtildiği gibi AB üyesi devletler dahil, Avrupa'da kambiyo senetleri hukukunda anılmaya değer bir değişiklik olmadığı gibi, herhangi bir reform konusu da ortaya çıkmamıştır. Poliçe, bono ve çek hukukunu modernleştirmekten çok, bu senetleri Dünya çapında uygulanabilir kurallara bağlamayı amaçlayan UNCITRAL tasarısı da başarıya ulaşamamıştır. Bunun sebebi bu alanda Kara Avrupası ile Anglo/Amerikan (Sakson) hukukları arasındaki, şimdilik uzlaşma kabul etmez, anlayış farklılığıdır.

Buna karşılık kıymetli evrak ticareti, halka arz ile borsa hukuku ve özellikle şirketin kontrolünün devralınması (take-over) tüm Avrupa'da yeni kurallara bağlanmıştır”.

*münferit kuponlar hakkında faiz kuponlarının iptaline ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır*” olarak düzeltilmelidir<sup>18</sup>.

- Tasarı m. 671'in gerekçesi aynen “*Kaynağı 19/05/1931 tarihli Kambyo Senetlerine İlişkin (Cenevre) Birlik Anlaşması (CBA) olan bu madde 6762 sayılı Kanununun 583 üncü maddesinden aynen Tasarıya aktarılmış, sadece “keşide” yerine “düzenleme”, “keşideci” için de “düzenleyen” kelimeleri kullanılmıştır*” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bu gerekçe ilgili maddede yapılmış olan düzeltmeleri aynen içermediği gibi, mehz Kanunla da tam anlamıyla örtüşmemektedir. Çünkü bu maddede yapılanlar, sadece “keşide” yerine “düzenleme”; “keşideci” yerine de “düzenleyen” terimlerinin konulması ile sınırlı değildir. Yürürlükteki 6762 sayılı TTK m. 583, b. 3 hükmünde yer alan ve ilk Tasarının 671 inci maddesinin c bendinde de korunan bir çeviri yanlışlığı, önerimiz doğrultusunda yeni Tasarıda giderilmiştir<sup>19</sup>: 6762 sayılı TTK m. 583, b. 3 ve ilk Tasarıda bu hükmün karşılığı olan bent düzenlemesi (m. 671, f. 1, b. c) “*Ödeyecek olan kimsenin (muhatabın) ad ve soyadını;*” şeklinde ifade edilmişken, yeni Tasarı m. 671, f. 1, b. c “*Ödeyecek olan kişinin (muhatabın) adını,*” şeklinde kaleme alınmıştır. Böylece muhatabın sadece bir gerçek kişi olabileceği şeklindeki yanlış izlenimin önüne geçilmiş ve aynı zamanda mehz Kanuna uygun bir çeviri yapılmıştır<sup>20</sup>.

- Buna karşılık, 6762 sayılı TTK m. 583, b. 6'da yapılmış olan ve ilk Tasarıda da aynı şekilde sürdürülen çeviri yanlışlığı<sup>21</sup>, önerimize rağmen<sup>22</sup> yeni Tasarıda da varlığını korumaktadır. Tasarı m. 671, f. 1, b. f hükmü “*f) Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun ad ve soyadını,*” şeklinde ifade edilmiştir. Düzenleme bu haliyle, bir poliçede ancak ve sadece bir gerçek kişinin lehtar olabileceği izlenimi vermektedir ki, bu kesinlikle doğru değildir; bir poliçede tüzel kişiler de lehtar olarak gösterilebilir. Mehz İBK m. 991, f.1, b. 6 “*den Namen dessen, an den oder an dessen Ordre gezahlt werden soll;*” düzenlemesini içermektedir. Bu hükmün çevirisi, “*kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını,*” şeklindedir. Bu nedenle, Taslak m. 671, f. 1, b. f hükmü mehaza uygun olarak “doğru çevrilmeli” ve hüküm “*kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını,*” olarak düzeltilmelidir<sup>23</sup>. Ayrıca Tasarı m.671'in gerekçesi belirttiğimiz değişiklikleri içerecek şekilde yeniden kaleme alınmalıdır.

<sup>18</sup> Mehz İBK m.982, f.2 hükmü şu şekildedir : “*Soll ein Couponsbogen kraftlos erklärt werden, so findet auf die während des Verfahrens verfallenden einzelnen Coupons die Bestimmung über die Kraftloserklärung der Zinscoupons entsprechende Anwendung*”.

<sup>19</sup> NARBAY, Konferans-Bildiri, s. 191-192; NARBAY, Sempozyum, s. 591.

<sup>20</sup> İBK m. 991, f. 1, b. 3: “*den Namen desen, der zahlen soll (Bezogener);*”.

<sup>21</sup> 6762 sayılı TTK m. 583, f. 6: “*Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun ad ve soyadını;*”.

<sup>22</sup> NARBAY, Konferans-Bildiri, s. 192; NARBAY, Sempozyum, s. 591.

<sup>23</sup> *Bahtiyar*, bu bent hükmü için eleştirisini yaptıktan öneri olarak bent hükmünün “adı, soyadı veya ünvanı” olarak ifade edilmesinin daha doğru olacağı görüşünü belirtmektedir (BAHTİYAR, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili, s. 87). Kanaatimizce, “*kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını,*” şeklindeki ifade biçimi mehz kanuna daha uygun bir çeviri olacağı gibi, tüm tüzel kişileri de kapsayacak niteliktedir. Bunun yanında, maddenin diğer bentleri ile de ifade açısından birliklik sağlanmış olacaktır.

- İlk Tasarıda yer alan ve çeviri hatası içeren "unsurların bulunmaması" kenar başlıklı m. 672, f. 3 ve f. 4 hükümleri yeniden kaleme alınmıştır. Tasarıda bu fıkra düzenlemeleri önerimiz doğrultusunda<sup>24</sup> düzeltilmiş ve çeviri yanlışlıkları giderilmiştir. Buna göre ilk Tasarıda;

"(3) Ayrıca belirtilmiş olmadıkça muhatabın soyadı yanında gösterilen yer, ödeme yeri ve aynı zamanda da muhatabın yerleşim yeri sayılır.

(4) Düzenlenme yeri gösterilmeyen poliçe, düzenleyenin soyadı yanında gösterilen yerde düzenlenmiş sayılır" şeklinde kaleme alınmış olan hükümler; yeni Tasarıda;

(3) Ayrıca belirtilmiş olmadıkça **muhatabın adı** yanında gösterilen yer, ödeme yeri ve aynı zamanda da muhatabın yerleşim yeri sayılır.

(4) Düzenlenme yeri gösterilmeyen poliçe, **düzenleyenin adı** yanında gösterilen yerde düzenlenmiş sayılır" olarak mehz Kanuna uygun bir şekilde çevrilmiştir.

Ancak fıkralarda yapılmış olan bu düzeltmeler madde gerekçesine yansıtılmamıştır. Bu durumu anlamak mümkün değildir. Tasarı m. 672'nin gerekçesi aynen "*Madde 672 - Kaynağı CBA m. 2 olan 672 inci madde, 6762 sayılı Kanunun 584 üncü maddesini karşılamaktadır. Alıntı yapılırken eski metnin dili yenileştirilmiştir*" şeklinde ifade edilmiştir ki, madde düzenlemesi ile gerekçe uyum içerisinde değildir. Çünkü Tasarı m. 672 hükmü, 6762 sayılı TTK m. 584'ün dili güncelleştirilmiş hali değildir. Maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarındaki çeviri yanlışlıkları mehz Kanuna uygun olarak düzeltilmiştir. Bu nedenle, madde gerekçesi yapılan değişiklikleri içermemektedir. Maddenin gerekçesi yapılan değişiklikleri belirtecek şekilde yeniden kaleme alınmalıdır.

- Tasarı m. 713, f. 2, b. (b) düzenlemesi, "*b) Poliçeyi kabul etmiş olsun olmasın, muhatap iflâs etmiş veya bir ilâmla kanatlanmamış olsa da, sadece ödemelerini tatil etmiş veya aleyhindeki herhangi bir icra takibi semeresiz kalmış veya*" şeklinde ifade edilmiştir. Hüküm bu haliyle yürürlükteki 6762 sayılı TTK m. 625, f. 2, b. 2<sup>25</sup>,den farklıdır. Tasarıdaki bent düzenlemesine "*bir ilâmla kanatlanmamış olsa da,*" ibareleri eklenmiştir. Bu değişiklikte, kanaatimizce de yerinde olarak, hâmilin müracaat hakkını kullanması durumunda, yasada öngörülmemeyen birtakım usullerle kendisine engeller çıkarılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Ancak yapılan bu değişiklik hakkında madde gerekçesi doğru bilgi içermemektedir. Gerekçe "*6762 sayılı Kanunun 625 inci maddesinden dili güncelleştirilerek ve ikinci fıkrada şıklar, (a), (b) ve (c) altında yazılarak Tasarıya alınan bu maddenin kaynağı CBA'nın 43 üncü maddesidir. İsv. BK'nın 1033 (2)/2 nci hükmünün Fransızcasında ödemelerin tatil edildiğinin bir mahkeme kararıyla belirlenmiş olmasından sözedilmiştir. Hükümün Almanca metninde bulunmayan bu şartın Türk*

<sup>24</sup> NARBAY, Konferans-Bildiri, s. 192; NARBAY, Sempozyum, s. 591.

<sup>25</sup> 6762 sayılı TTK m. 625, f. 2, b. 2: "*Poliçeyi kabul etmiş olsun olmasın, muhatap iflâs etmiş veya sadece ödemelerini tatil etmiş yahut aleyhindeki icra takibi semeresiz kalmış*".

sistemine uymadığı, çünkü ödemelerin tatilinin karara bağlanacağı bir davanın veya başka bir usulün bulunmadığı belirlenerek mevcut metin değişikliği yapılmadan Tasarıya yansıtılmıştır." biçiminde kaleme alınmıştır. Oysa mevcut metin değişikliği yapılarak Tasarıya yansıtılmıştır. Bu nedenle gerekçe tekrar gözden geçirilerek, bent hükmünde yapılan değişikliği belirtecek şekilde yeniden yazılmalıdır.

- 6762 sayılı TTK m. 637, f. 1, b. 1'in, öğreti ve uygulamada tartışma ve farklı görüşlerin savunulmasına neden olan<sup>26</sup> "vadenin gelmesinden itibaren işleyecek yüzde on hesabıyla faizi" şeklindeki düzenlemesi, Tasarı m. 725, f. 1, b. (b)'de "vadenin gelmesinden itibaren işleyecek faizi" şeklinde değiştirilmek suretiyle bu konudaki tartışmalar ve görüş ayrılıklarının önüne geçilmiştir. Ancak maddenin gerekçesi, "6762 sayılı Kanunun 637 nci maddesini karşılayan bu hükmünde değişiklik yapılmasını gerektirecek herhangi bir sebep ve gelişme saptanmamıştır" şeklinde ifade edilmiştir. Madde gerekçesi, maddede yapılan değişikliği içermediği için bu haliyle doğru değildir. Yapılması gereken, maddenin gerekçesinin bent hükmünde yapılan değişikliği içerecek şekilde yeniden kaleme alınmasıdır.

- Bunun gibi Tasarı m. 726, f. 1, b. (b)'nin "ödeme tarihinden itibaren bu tutarın faizini" şeklindeki düzenlemesi, yürürlükteki 6762 sayılı TTK m. 638, f. 1, b. 2'den<sup>27</sup> farklı olarak kaleme alınmıştır. Maddenin gerekçesi aynen "Bu hükmün, 6762 sayılı Kanunun 638 inci maddesinden aynen alınmıştır. Maddenin dili günümüziün Türkçesine uydurulmuştur" şeklinde ifade edilmiştir ki, gerekçe hem içerik itibariyle hem de yazım kuralları açısından doğru değildir. Bu nedenle gerekçenin, bent hükmünde yapılan değişikliği içerecek ve yazım yanlışlıklarından arındırılmış bir şekilde yeniden yazılması gerekir.

- 6762 sayılı TTK m. 641'in 2 inci fıkrasında "Retret, 637 ve 638'inci maddelerde gösterilen paralardan başka tellâllik ücretini ve retretin damga resmini ihtiva eder" olarak yer alan hüküm, yeni Tasarı m.729'un 2 inci fıkrasında "Retret, 725 ve 726 ncı maddelerde gösterilen paralardan başka komisyon ücretini içerir" şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere Tasarıda, "tellâllik ücretini" ve "retretin damga resmini" ibarelerine yer verilmemiştir. Değişikliğin sebebi konusunda madde gerekçesinde bir açıklama bulunmamaktadır. Maddenin gerekçesi "Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 641 inci maddesinden aynen alınmış sadece dili yenileştirilmiştir" olarak ifade edilmiştir. Oysa Türk öğretisinde, yürürlükteki düzenlemede (6762 sayılı TTK m. 641, f. 2) geçen "tellâllik" ibaresinden poliçenin (retretin) bir banka ya iskonto ettirildiği takdirde o müessesenin alacağı komisyonunun anlaşılması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür<sup>28</sup> ve Tasarıda bu görüş dikkate alınmak suretiyle bir düzenleme yapılmıştır.

<sup>26</sup> ÖZTAN, Fırat. Kıymetli Evrak Hukuku. 2. Bası, Ankara, 1997, s. 750 ve dp.188, 189, s. 751; POROY Reha/TEKİNALP. Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Güncelleştirilmiş 16. Bası, İstanbul, 2005, s. 195, N.314, b; KAYA Arslan/ÜLGEN Hüseyin/HELVACI Mehmet/KENDİGELEN Abuzer, Kıymetli Evrak Hukuku, Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul, Ocak, 2006, s. 172, N. 326.

<sup>27</sup> 6762 sayılı TTK m. 638, f. 1, b. 2: "Ödeme tarihinden itibaren bu meblâğın yüzde on hesabıyla faizini;".

<sup>28</sup> Bkz. POROY/TEKİNALP, s. 196-197, N.316.

“Retret” hakkındaki bu hüküm, gerek İsviçre<sup>29</sup> gerek Alman<sup>30</sup> öğretisinde “anlamsız” ve “uygulanması pek olmayan” bir düzenleme olarak nitelendirilmektedir. Kanaatimizce hiç uygulanması olmayan bu hüküm Tasarıdan çıkartılmalıdır. Şayet, düzenleme Tasarıda yer alacaksa, maddenin gerekçesinin yapılan değişiklikleri belirtecek şekilde yeniden yazılması da zorunluluk arz etmektedir.

- İlk Tasarı m. 756, f. 3 hükmü (“*Körlerin el yazısı ile imzalarının yöntemine göre onaylanmaları gerekir*”), yeni Tasarıdan çıkarılmıştır. Bu durumun sebebi gerekçede “*Ancak anılan Kanunun üçüncü fıkrası 01/07/2005 tarihli ve 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 50 nci maddesiyle yürürlükten kaldırıldığından Tasarıya alınmamıştır*” şeklinde ifade edilmiştir. Gerekçedeki ifade biçimi hatalıdır. Çünkü, belirtildiği gibi “anılan Kanunun üçüncü fıkrası” değil “anılan maddenin üçüncü fıkrası” Tasarıya alınmamıştır. Bu nedenle Tasarı m. 756’nın gerekçesindeki 2 inci cümle işaret ettiğimiz doğrultuda düzeltilmelidir.

### bb- Bonoya İlişkin Düzenlemeler

- 6762 sayılı TTK m. 688, f. 1, b. 5’te yer alan ve ilk Tasarıda da aynı şekilde sürdürülen bir çeviri yanlışlığı, düzeltilmesi doğrultusundaki önerimize<sup>31</sup> rağmen yeni Tasarı m. 776, f. 1, b.(e)’de varlığını aynı şekilde korumaktadır. Hüküm “*e) Kime ve kimin emrine ödenecek ise onun adını;*” şeklinde ifade edilmiştir. Öğretide, bent hükmünün mehaz Kanundan yanlış tercüme edildiği, metnin doğru ifadesinin “*kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını;*” olması gerektiği, amacın bononun “nama” veya “emre” düzenlenebileceğine işaret etmek olduğu isabetli bir şekilde belirtilmiştir<sup>32</sup>. Gerçekten mehaz Kanun m. 1096, f. 1, b. 5 hükmüne baktığımızda<sup>33</sup>, düzenlemenin “kime ve kimin emrine” değil “kime veya kimin emrine” şeklinde ifade edildiğini görmekteyiz. Bu nedenle Tasarı m. 776, f. 1, b. (e) hükmü “*Kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını;*” olarak düzeltilmelidir<sup>34</sup>.

- “Unsurların bulunmaması” kenar başlıklı Tasarı m. 777’nin gerekçesi, maddede yapılan değişikliği içermediği için doğru değildir. Gerekçe “*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 689 uncu maddesinden, dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır*” şeklinde ifade edilmiştir. Oysa maddenin 4 üncü fıkrası, 6762 sayılı TTK m.

<sup>29</sup> Arthur MEIER-HAYOZ/Hans CASPAR von der CRONE. Wertpapierrecht. Zweite, überarbeitete Auflage. Bern, 2000. § 11. N.37. Yazarların ifadesi aynen şu şekildedir : “*Der Rückwechsel ist heute jedoch bedeutungslos*”.

<sup>30</sup> BAUMBACH/HEFERMEHL. Wechselgesetz und Scheckgesetz. 20. Auflage, München, 1997, Art. 52. Rdnr.3.

<sup>31</sup> NARBAY, Konferans-Bildiri, s. 199; NARBAY. Sempozyum, s. 601.

<sup>32</sup> POROY/TEKİNALP, s. 66-67. N.77 ve s. 246, N. 416; ÖZTAN, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1997, s. 986; İMREGÜN, Oğuz, Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 2003, s. 114.

<sup>33</sup> İBK m. 1096, f. 1, b. 5: “*den Namen dessen, an den oder an dessen Ordre gezahlt werden soll:*”.

<sup>34</sup> Bahtiyar, bu bent hükmünün “kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adı-soyadını ya da unvanını” olarak ifade edilmesinin daha doğru olacağı görüşünü belirtmektedir (BAHTİYAR, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili, s. 99). Kanaatimizce, “*kime veya kimin emrine ödenecek ise onun adını;*” şeklindeki ifade biçimi mehaz kanuna daha uygun bir çeviri olacağı gibi, tüm tüzel kişileri de kapsayacak niteliktedir. Bunun yanında, maddenin diğer bentleri ile de ifade açısından birliktelik sağlanmış olacaktır.

689, f. 4'ten<sup>35</sup> farklı olarak kaleme alınmış, yürürlükteki fıkrada yer alan çeviri yanlışlığı giderilmiştir. Tasarı m. 777, f. 4 hükmü "*Düzenlendiği yer gösterilmeyen bir bono, düzenleyenin adının yanında yazılı olan yerde düzenlenmiş sayılır*" şeklinde kaleme alınmıştır. Görüldüğü üzere, yürürlükteki fıkrada geçen "düzenleyenin adı ve soyadı yanında" ifadelerinin yerine, mehz Kanun m. 1097, f. 1, b. 4'e uygun bir şekilde "düzenleyenin adı yanında" ifadesine yer verilmiştir<sup>36</sup>. Bu nedenle, maddenin gerekçesi yapılan değişikliği içerecek şekilde yeniden kaleme alınmalıdır.

- Tasarı m. 778, f. 1'de önemli bir değişiklik yapılmış ve poliçeye ilişkin "sebepsiz zenginleşme"yi düzenleyen 732 inci maddenin bonolara da uygulanacağı açıkça hükme bağlanmıştır. 6762 sayılı TTK'nın bonolara da uygulanacak poliçe hükümlerini düzenleyen 690 ıncı maddesinde, poliçede sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen 644 üncü maddeye atf yapılmamıştır. Bu durumun nedeni, mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 1098, f. 1'de sebepsiz zenginleşmeyi düzenleyen maddeye (m. 1052) atf yapılmamış olmasıdır. Konu hakkında Türk öğretisinde farklı görüşler ileri sürülmüştür<sup>37</sup>. Bununla birlikte, Tasarı m. 778'de yapılan bu değişiklik maddenin gerekçesine yansıtılmamıştır. Gerekçe "*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 690 ıncı maddesinden, dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır*" şeklinde ifade edilmiştir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz üzere, madde 6762 sayılı TTK m. 690'a göre önemli bir yenilik içermektedir. Bu durum, gerekçenin yeniden kaleme alınması ile düzeltilmelidir<sup>38</sup>. Aksi takdirde gerekçe, maddede yapılan değişikliği belirtmediği için, doğru bir gerekçe olmayacaktır.

### cc- Çek'e İlişkin Maddeler

- "Çek"e ilişkin unsurların düzenlendiği 6762 sayılı TTK m. 692, Tasarıda, öğretilerdeki eleştiriler dikkate alınmak suretiyle yeniden kaleme alınmıştır. Bu kapsamda, Tasarı m. 780, f. 1, b. (a)'da "çek" kelimesinin "senet metninde" yer alması gerekliliği açıkça hükme bağlanmış<sup>39</sup>, böylece mehz Kanun m. 1100, f. 1, b. 1 ile tam anlamıyla uyum sağlanmıştır. Bunun gibi, yine öğretilerde eleştiri konusu yapılan<sup>40</sup> 6762 sayılı TTK m. 692, f. 1, b. 3 hükmü<sup>41</sup> de, Türk Hukukuna göre bir çek'te ancak bir "banka" ya da "finans kurumu"nun muhatap olarak gösterilebileceği gerçeği karşısında Tasarı m. 780, f. 1, b. (c) düzenlemesinde "*Ödeyecek kişinin, "muhatabın" ticaret unvanını;*" şeklinde ifade edilmiştir<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> 6762 sayılı TTK m. 689, f. 4: "*Tanzim edildiği yer gösterilmeyen bir bono, tanzim edenin ad ve soyadı yanında yazılı olan yerde tanzim edilmiş sayılır*".

<sup>36</sup> NARBAY, Konferans-Bildiri, s. 199-200.

<sup>37</sup> Bu görüşler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. YILDIZ, Şükrü, Kambiyo Senetlerinde Zamanasını Süreleri, Prof. Dr. Fahman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, s. 345-349 ve özellikle s.346, dp.34. Ayrıca bkz. NARBAY, Konferans-Bildiri, s. 201.

<sup>38</sup> NARBAY, Konferans-Bildiri, s. 201; NARBAY, Sempozyum, s. 603.

<sup>39</sup> Oysa 6762 sayılı TTK m. 692, f. 1, b. 1 hükmünde, bir "çek" in sadece "çek" kelimesini içereceği belirtilmiş; ancak "poliçe" ve "bono" nun aksine bu kelimenin senedin neresinde yer alması gerektiği belirtilmemiştir. Bu konuda bkz. NARBAY, Konferans-Bildiri, s. 202; NARBAY, Sempozyum, s. 604.

<sup>40</sup> Eleştiriler hakkında toplu bir değerlendirme için bkz. NARBAY, Konferans-Bildiri, s. 202, dp. 36; NARBAY, Sempozyum, s. 604, dp. 59.

<sup>41</sup> 6762 sayılı TTK m. 692, f. 1, b. 3: "*Ödeyecek kimsenin "muhatabın" ad ve soyadını;*".

<sup>42</sup> Ayrıca bkz. NARBAY, Konferans-Bildiri, s. 202.

Ancak, Tasarı m. 780'nin gerekçesi, yapılan bu değişiklikler hakkında hiçbir veri içermemektedir<sup>43</sup>. Çünkü, maddenin gerekçesi "*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 692 nci maddesinden, dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır*" şeklinde kaleme alınmıştır. Bu durumda, madde gerekçesi, yapılan bu düzeltmeleri ve bunların nedenlerini de açıklayacak şekilde yeniden yazılmalıdır.

- 6762 sayılı TTK m. 693, f. 4'ün "*Keşide yeri gösterilmemiş olan çek, keşidecinin ad ve soyadı yanında yazılı olan yerde çekilmiş sayılır*" şeklindeki hükmü, Tasarı m. 781, f. 4'te, öğretilen yapılan eleştiriler<sup>44</sup> dikkate alınmak suretiyle, mehzaz Kanuna<sup>45</sup> uygun hale getirilmiş ve "*Düzenlenme yeri gösterilmemiş olan çek, düzenleyenin adı yanında yazılı olan yerde çekilmiş sayılır*" olarak ifade edilmiştir. Bu fıkrada yapılan değişiklik hakkında da maddenin gerekçesinde herhangi bir bilgiye rastlamak mümkün değildir. Zira, maddenin gerekçesi "*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 693 üncü maddesinden, dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır*" şeklinde kalem alınmıştır ki, gerekçe bu haliyle doğru değildir. Yapılması gereken, gerekçenin maddenin içeriğinde yapılan değişikliği belirtecek şekilde yeniden kaleme alınmasıdır.

- İlk Tasarı m. 782, f. 3<sup>46</sup> düzenlemesinin, Damga Vergisi Kanununda havaleler için öngörülen maktu damga vergisi hükmünün, 09.04.2003 tarih ve 4842 sayılı Kanun<sup>47</sup> m. 37, f. 2 uyarınca yürürlükten kaldırılması nedeniyle madde metninden çıkarılmasını önermiştik<sup>48</sup>. Nitekim önerimiz doğrultusunda, yeni Tasarı m. 782'de bu fıkra hükmüne yer verilmemiştir. Ancak, madde gerekçesi, "*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 694 üncü maddesinden, dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır*" şeklindeki ifadesiyle, yapılan bu değişiklik hakkında hiçbir bilgi içermemektedir ki, bu bir eksikliktir. Yapılması gereken, 6762 sayılı TTK m. 694, f. 3 düzenlemesinin yeni Tasarıda madde metninden çıkarıldığının belirtilmesi ve nedeninin de gerekçede açıkça ifade edilmesidir.

- İlk Tasarı m.783, f.3 hükmü "*Gösterilen paraya karşılık muhatap nezdinde karşılığı bulunmadan bir çek çeken kişi; çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde beşini ödemekle yükümlü olduktan başka hâminin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin eder*" şeklinde kaleme alınmıştır ve bu haliyle 6762 sayılı TTK m. 695, f. 3 hükmünün dil açısından güncelleştirilmiş bir tekrarıdır. Uygulamada "çek tazminatı" olarak nitelendirilen<sup>49</sup> bu talebin, 3167 sayılı Çek Kanunu m. 8'de ifadesini bulan "düzeltme hakkı"na ilişkin düzenlemeye paralel olarak % 10'a çıkartılıp çıkartılmadığı tartışması gündeme gelmiş; bazı yazarlar, artık çek

<sup>43</sup> Aynı doğrultuda KENDİGELEN. Abuzer. Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası. İstanbul. 2006. s. 73 (Çek Hukuku).

<sup>44</sup> Eleştiriler hakkında toplu bir bilgi için bkz. NARBAY. Konferans-Bildiri. s. 203, dp. 39; NARBAY. Sempozyum. s. 605. dp. 60.

<sup>45</sup> İBK (OR) m. 1101. f. 4: "*Ein Check ohne Angabe des Ausstellungsortes gilt als ausgestellt an dem Orte, der bei dem Namen des Ausstellers angegeben ist*".

<sup>46</sup> "*Havale sayılan bir çek hakkında Damga Vergisi Kanununu hükümleri saklıdır*".

<sup>47</sup> RG. 24 Nisan 2003. S. 25088.

<sup>48</sup> NARBAY. Konferans-Bildiri. s. 204.

<sup>49</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KENDİGELEN. Çek Hukuku. s. 278 vd.

tazminatının % 10 olarak talep edilebileceği görüşünü<sup>50</sup> ileri sürmüşse de, bu görüş, öğretide ve Yargıtay uygulamasında kabul görmemiştir<sup>51</sup>. Gerçi *Yasaman*, 3167 sayılı Çek Kanunu m. 8’de hükme bağlanan % 10’luk tazminatın TTK açısından da kabul edilmesinin, olması gereken hukuk açısından daha doğru olacağını ileri sürmüştür<sup>52</sup>.

Yeni Tasarı m. 783, f. 3 düzenlemesinde, ilk Tasarıda % 5 olarak öngörülen bu tazminat miktarı % 10’a çıkartılmıştır. Fıkra, “Çekte yazılı bedeli karşılayacak tutarda muhatap nezdinde karşılığı bulunmadan bir çek düzenleyen kişi; çekin karşılıksız kalan bedelinin yüzde onunu ödemekle yükümlü olduktan başka hâmilin bu yüzden uğradığı zararı da tazmin eder” şeklinde kaleme alınmıştır. Görüldüğü üzere, öğretide tartışma konusu olan çek tazminatının oranı konusunda yeni Tasarı, 3167 sayılı Çek Kanunu m. 8 düzenlemesi ile uyum sağlamış ve her iki düzenlemede de oran % 10 olarak hükme bağlanmıştır. Buna karşılık madde gerekçesi, fıkra hükmünde yapılan ve ilk Tasarıya göre farklılık arz eden bu değişiklik ile ilgili doğru bilgi içermemektedir<sup>53</sup>. Şöyle ki, gerekçe “Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 695 inci maddesinden, dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır” şeklinde ifade edilmiştir. Oysa bu gerekçe, yukarıda da açıkladığımız üzere, m.783, f. 1 ve f. 2 hükümleri açısından doğru olmakla birlikte, f. 3 hükmü açısından doğru değildir. Bu nedenle yeni Tasarı m. 783’ün gerekçesi, f. 3’te yapılan değişikliği içerecek şekilde yeniden kaleme alınmalıdır.

- Yeni Tasarı m. 796, f. 1 düzenlemesi, ilk Tasarı m. 796, f. 1’e göre farklılık arz etmektedir. Bu durumun sebebi, yeni Tasarıda m. 796, f. 1’e yeni bir cümle eklenmiş olmasıdır. Fıkra hükmü, “Bir çek, düzenlendiği yerde ödenecekse on gün; düzenlendiği yerden başka bir yerde ödenecekse bir ay içinde muhataba ibraz edilmelidir. İbraz süreleri, çekin düzenlendiğinin ertesi günü başlar” şeklinde kalem alınmıştır. Fıkraya yeni eklenen bu “ikinci cümle” ne ilk Tasarı m. 796, f. 1, ne yürürlükteki 6762 sayılı TTK m.708, f. 1, ne de mehzaz İBK m. 1116, f. 1 düzenlemelerinde yer almaktadır. Bu değişikliğin nedeni, yeni Tasarıda Kıymetli Evrak Kitabında birçok maddenin gerekçesinin madde içeriği ile bağdaşmamasına karşın, söz konusu maddenin gerekçesinde “Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 708 inci maddesinden, bir önemli değişiklik yapılarak ve dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır. 6762 sayılı Kanunun 708 ve 729 uncu maddeleri arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır. 6762 sayılı Kanunun Tasarınının 817 nci maddesine aynen yansıtılmış bulunan hükmü, Kanunun kıymetli evraka ilişkin hükümlerinde gösterilen sürelerin hesaplanması sırasında bunların başladığı günün sayılmayacağını ifade

<sup>50</sup> Bkz. KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 279, dp. 89’de belirtilen yazarlar.

<sup>51</sup> Bkz. KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 279, dp. 90, 91 ve 92.

<sup>52</sup> YASAMAN, Hamdi, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı ile Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Araştırma Görevlilerinin Değerlendirmeleri, İstanbul, 1997, s.229.

<sup>53</sup> Kendiğelen de, çok yerinde bir değerlendirme ile, bu değişikliğe ilişkin herhangi bir açıklama yapılmadığını, gerekçede de gösterilmediğini, bu ve buna benzer bazı maddelerde yapılan değişikliklerin gerekçeye yansıtılmaması olmasının düşündürücü olduğunu belirtmektedir (KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 280).



ederken mevcut 708 inci madde herhangi bir açıklığı içermemektedir. Kanunun bu suskunluğu karşısında mevcut 708 inci maddenin birinci fıkrasının yorumunda öğretilerde görüş ayrılıkları olmuştur. Bazı yazarlar ibraz sürelerinin çekin düzenlendiği gün başlaması gerektiği görüşünü savunurken bazıları 729 uncu maddeye dayanarak sürenin ertesi gün başlaması gerektiğini ifade etmişlerdir. Tasarının 796 ncı maddesine konulan bir hükümle bu tartışma ortadan kaldırılmış ve 796 ncı madde ile Tasarının 817 nci maddesi arasında uyum sağlanmıştır” şeklinde ifade edilmiştir.

Gerçekten Türk öğretisinde ilk olarak Teoman tarafından ortaya konulan<sup>54</sup> ve bizim de savunduğumuz<sup>55</sup> ve ayrıca gittikçe de taraftar toplayan<sup>56</sup>, “bir çekte ibraz süreleri hesap edilirken, sürenin, çekte keşide tarihi olarak gösterilen günden itibaren başlaması gerektiği” şeklindeki görüş, yeni Tasarıda “bir hüküm konulmak suretiyle” benimsenmemiştir. Buna göre bir çekte “on gün”, “bir ay” ve “üç ay”lık ibraz süreleri<sup>57</sup> hesap edilirken, çekin düzenlendiği günden başlanmayacak, ertesi günden başlanarak bu sürelerin geçip geçmediği tespit edilecektir. Bu görüş, bir “ödeme aracı” olan ve “herhangi bir vade içermeyip”, görüldüğünde ödenmesi gereken “çek”in niteliği ile bağdaşmamaktadır. 6762 sayılı TTK m. 708, f. 4 hükmü, yeni Tasarının gerekçesinde ifade edilen düşüncenin aksine, bir çekte ibraz süresinin ne zaman başlayacağı konusunda kanaatimizce “açık” bir çözüm öngören ve ibraz sürelerinin hesabında “keşide gününün başlangıç olarak alınacağı”ni belirten “özel

<sup>54</sup> TEOMAN, Ömer, Çekte İbraz Süresinin Hesaplanmasında Keşide Gününün Önemi, Reha POROY Armağanı, İstanbul, 1995, s. 426-435, Otuz Yıl Ticaret Hukuku - Tüm Makalelerim - C.II, 1982-2001, s. 309-317 (Çekte İbraz Süresinin Hesaplanması-Tüm Makalelerim, C.II).

<sup>55</sup> NARBAY, Şafak, Çekten Cayma ve Ödeme Yasası, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul, 1999, s. 26-32 (Çekten Cayma ve Ödeme Yasası).

<sup>56</sup> KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 201-203; BAHTIYAR, Mehmet, Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Keşide Tarihi ve İmkânsızlığı, Batıder, 1999, C.XX, S.1, s. 44, dp. 15 (Kambiyo Senetlerinde Keşide Tarihi); TEKİL, Müge, Çekte Muhatap Bankanın Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1997, s. 57.

<sup>57</sup> Biz bu “süreler”in ve “sürelerin hesabında ölçü alınan kıstas”ın da mutlaka yeniden ele alınmasını; 1956 yılı şartlarında yapılmış olan düzenlemenin mehz Kanuna uygun bir duruma getirilmesi gerektiğini belirtmiştik. Temel gerekçelerimiz, ilk olarak sürelerin hesabında ölçü alınan “yer” ifadesine gerek öğretilerde gerek uygulamada değişik anlamlar yüklenmesi sonucu tamamen benzer olaylar için “farklı ibraz süreleri”nin esas alınması, bunun da hukuk birliğini sarsması ve adaletsizliğe yol açmasıdır. İkinci olarak, özellikle 3167 sayılı Çek Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra ibraz süreleri ve bu sürelerin hesabında ölçü alınan kıstaslar bakımından mehz Kanundan ayrılmayı gerektiren bir durumun söz konusu olmamasıdır. Ve nihayet, mehz Kanun ve Alman Çek Kanununda öngörülen ölçülerin, ibraz sürelerinin hesabında hiçbir duraksamaya yol açmayacak şekilde açık ve belirgin olmasıdır (bu konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Şafak NARBAY, “Çekte İbraz Süresinin Belirlenmesinde Ölçü Alınan ‘Yer’ Kavramına ‘De Lege Lata’ ve ‘De Lege Ferenda’ Çözüm Önerisi”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.I, İstanbul, Eylül, 2003, s. 796 vd.-NARBAY, Çekte İbraz Süreleri-; NARBAY, Konferans-Bildiri, s. 205-207; NARBAY, Sempozyum, s. 608-609). Nitekim yeni Tasarı hakkında görüş ve değerlendirmelerini ortaya koyan Bahtiyar da, bizim önerdiğimiz gibi, keşide ve ödeme yerlerinin aynı ülke içinde olması durumunda “tek bir ibraz süresi”nin kabul edilebileceğini ya da “yer” den kastın uygulamada genellikle benimsendiği üzere “il sınırları” olarak düzenlenebileceğini belirtmektedir (BAHTIYAR, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili, s. 103). Kendigelen de, aynen “...TK Tasarısı hazırlanması sırasında ibraz süresine ilişkin olarak doktrinde gündeme getirilen tüm bu görüş ve tartışmaların hiç dikkate alınmaması, giderek teknolojik gelişmeler de göz önünde bulundurulmak suretiyle TK 708/I-II hükmüne yönelik tüm şüpheleri giderecek ve yeknesak bir uygulamayı sağlayacak şekilde değişiklik yapılmaması yerinde olmamıştır...” demek suretiyle Tasarının ilgili hükmünü eleştirmiştir (KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 199).

nitelikte bir düzenleme”dir<sup>58</sup>. 6762 sayılı TTK’nın 729 uncu maddesi ise, ibraz süreleri dışında Kanunun bu kısmında geçen sürelerle ilgili genel bir düzenlemedir<sup>59</sup>. Bir çekin üzerinde yazılı olan keşide tarihinden önce muhatap bankaya ödenmek üzere ibrazı mümkün olduğuna ve bu ibraz sonucu muhatabın karşılık varsa ödeme yapması, yoksa karşılıksızdır şerhi koymasının zorunlu bulunması gerçeği karşısında, ibraz süreleri hesap edilirken keşide gününün sayılmayacak olmasına çekin kendine özgü niteliği karşısında bir anlam verebilmek mümkün değildir.

Olması gereken düzenleme, Tasarı m. 796, f. 1, c. 2 hükmünün kanunlaşma sürecinde Tasarıdan çıkarılmasıdır. Böyle bir cümle, yukarıda da açıkladığımız üzere ne mehaz İBK’da ne de Alman Çek Kanununda yer almaktadır. Bununla birlikte, tüm tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla “Sürelerin hesabı” kenar başlıklı Tasarının 817 inci maddesi<sup>60</sup> kanaatimizce yeniden kaleme alınarak “Madde 796 hükmü istisna olmak üzere, Kanunun bu kısmında gösterilen süreler hesap edilirken bunların başladığı gün sayılmaz” şeklinde ifade edilmelidir. Böylece ibraz sürelerinin, çekin niteliğine uygun bir şekilde, “düzenleme günü”nden başlanarak hesaplanacağı konusu tam anlamıyla açıklığa kavuşturulmuş olacaktır<sup>61</sup>.

- “Çekten Cayma” kenar başlıklı İlk Tasarı m. 799 düzenlemesi, tıpkı “çekten cayma” kenar başlıklı yürürlükteki 6762 sayılı TTK m. 711 gibi “üç” fıkradan meydana gelmiştir. İlk iki fıkra hükmü “çekten cayma” kurumunu düzenlerken, üçüncü fıkra “çek”e özgü bir kurum olan “ödeme yasağı”nı düzenlemektedir. Fıkranın kaynağı İBK m. 1119, f.3 düzenlemesidir<sup>62</sup>.

Buna karşılık yeni Tasarının 799 uncu maddesinden “ödeme yasağı” kurumunun düzenlendiği 3 üncü fıkra hükmü çıkarılmıştır. Bu değişiklik ile ilgili gerekçe de yazılmıştır. Madde gerekçesi, “Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 711 inci maddesinden, dili güncelleştirilerek ve üçüncü fıkraya yer verilmeksizin Tasarıya alınmıştır. 6762 sayılı Kanunun “Keşideci çekin kendisinin veya üçüncü bir kimse-

<sup>58</sup> TEOMAN. Çekte İbraz Süresinin Hesaplanması, Tüm Makalelerim, C.II, s. 314.

<sup>59</sup> TEOMAN. Çekte İbraz Süresinin Hesaplanması, Tüm Makalelerim, C.II, s. 314.

<sup>60</sup> Tasarı m. 817: “(1) Kanunun bu kısmında gösterilen süreler hesap edilirken bunların başladığı gün sayılmaz.”

<sup>61</sup> Bahtiyar ise, m. 796, f. 1 ‘e eklenen cümlelerin yerinde olup, bu konudaki tartışmaları sona erdireceğini; ancak, eklenen cümlelerin m. 796, f. 4 hükmü ile çelişki oluşturacağını; bu nedenle f. 1 ‘e eklenen cümle yerine f.4’ün “Yukarıda yazılı süreler, çekte düzenleme günü olarak gösterilen tarihin ertesi gününden itibaren işler” şeklinde yazılmasının bu sorunu çözeceğini ifade etmektedir (BAHTİYAR, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili, s. 103, 105). Yazar ayrıca bu değişiklikten sonra, m.817’ye f.2 eklenerek “796. maddenin 4. fıkrası hükmü saklıdır” şeklinde bir düzenleme yapılabileceği görüşünü ortaya koymaktadır (s. 105). Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, çekte ibraz süreleri hesap edilirken keşide gününden başlanması, yani keşide gününün de hesaba dahil edilmesi çek’in niteliği ile bağdaşan bir uygulama olacaktır. Bu nedenle, m.796, f.1’e eklenen cümle yerinde olmadığı gibi bu konudaki tereddütleri de ortadan kaldırmış değildir. Nitekim yapılan düzenlemeyi yerinde bulan Bahtiyar da, sorunun tam anlamıyla çözümlenmiş sayılmayacağını belirtmiştir (BAHTİYAR, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili, s. 103, 105). Ancak Bahtiyar’ın m. 796, f.4’ün yeniden ve önerdiği doğrultuda kaleme alınmasından sonra, m. 817 için önerdiği f.2 hükmüne gerek yoktur. Çünkü, zaten m. 817 hükmü, kanunun bu kısmında gösterilen sürelerin hesaplanmasında bunların başladığı günün hesaba dahil edilmeyeceğini açıkça belirtmektedir.

<sup>62</sup> İBK m. 1119, f. 3: “Behauptet der Aussteller, dass der Check ihm oder einem Dritten abhanden gekommen sei, so kann er dem Bezogenen die Einlösung verbieten”.

*Narbay tarafından yapılan öneriyi yerinde buluyoruz*” demek suretiyle “ödeme yasağı” kurumunu Tasarıdan çıkartmanın doğru olmadığını; bu konuya çözüm bulunması gerektiğini, bu doğrultuda savunduğumuz çözüm önerisini yerinde bulunduğunu ifade etmiştir<sup>70</sup>.

*Kendigelen* de konuya ilişkin açıklamalarında, Tasarı düzenlemesini ve gerekçesini ayrıntılı olarak eleştirmiş ve Tasarıyı hazırlayanların görevinin TTK m. 711, f. 3 hükmündeki boşlukları giderecek bir düzenleme yapmak olduğunu haklı bir şekilde dile getirmiş ve Tasarı henüz TBMM bünyesinde kurulan komisyonlarda bulunduğundan, henüz bu fırsatın kaçmadığını da vurgulamıştır<sup>71</sup>.

- Çek hamilinin başvuru hakkını kullandığı durumda isteyebileceği “faiz oranı”, 6762 sayılı TTK m.722, f.1, b.2’de “*İbraz gününden itibaren yüzde on faizini*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme, öğreti ve uygulamada büyük tartışmalara ve farklı görüşlerin savunulmasına neden olmuştur<sup>72</sup>. Tasarı m. 810, f. 1, b. (b)’de bu tartışma ve görüş ayrılıkları dikkate alınarak bent hükmü “*ibraz gününden itibaren bu tutarın faizini,*” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece “sabit faiz” öngören düzenleme kaldırılmış ve bu konudaki tartışmalara son verilmeye çalışılmıştır. Ancak, yapılan bu değişiklik hakkında maddenin gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamaktadır<sup>73</sup>. Madde gerekçesi “*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 722 nci maddesinden, dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır*” şeklinde kaleme alınmıştır ki, gerekçe bu haliyle doğru değildir. Yapılması gereken, madde gerekçesinin bent hükmünde gerçekleştirilmiş olan değişiklik hakkında bilgi içerecek biçimde yeniden yazılmasıdır.

#### **dd- Kambiyo Senetlerine Benzeyen Senetler ve Diğer Emre Yazılı Senetler**

- Yürürlükteki 6762 sayılı TTK m. 743 iki fıkradan oluştuğu halde, bu maddenin Tasarıda karşılığı olan 831 inci madde düzenlemesi üç fıkradan meydana gelmiştir. Bu farklılığın sebebi, Tasarıdaki maddeye “*İmza edenin, yer, zaman ve miktar bakımlarından belirli nakdî ödemelerde bulunmak ve belirli miktarda misli şeyler teslim etmek borçlanmasını içeren senetler, açıkça emre yazılı oldukları takdirde ciro ile devredilebilirler*” hükmünü içeren “yeni bir fıkra”nın eklenmiş olmasıdır (m. 831, f. 1). Bu fıkra düzenlemesi ile bir kişinin, “yer, zaman ve miktar bakımından belirli nakdî ödemelerde bulunmak” ve “belirli miktarda misli şeyler borçlanmasını içeren senetlerin”, “açıkça emre yazılı” olmaları durumunda, “ciro” ile devredilebilecekleri öngörülmüştür. Yürürlükteki Kanunda olmayan bu fıkra hükmünün Tasarı m. 831’e hangi amaçla eklendiğine ilişkin madde gerekçesinde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

<sup>70</sup> BAHTİYAR, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili, s. 104.

<sup>71</sup> KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 253.

<sup>72</sup> Bkz. ERİŞ, s. 291-297; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 275-276.

<sup>73</sup> Aynı doğrultuda KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 277. Yazar yapılmak istenen bu değişiklikte gecikme faizi hakkında 3095 sayılı Faiz Kanunu m.2, f.2 hükmünün uygulama alanı bulacağına şüphesiz olduğunu ifade etmektedir.

nitelikte bir düzenleme”dir<sup>58</sup>. 6762 sayılı TTK’nın 729 uncu maddesi ise, ibraz süreleri dışında Kanunun bu kısmında geçen sürelerle ilgili genel bir düzenlemedir<sup>59</sup>. Bir çekin üzerinde yazılı olan keşide tarihinden önce muhatap bankaya ödenmek üzere ibrazı mümkün olduğuna ve bu ibraz sonucu muhatabın karşılık varsa ödeme yapması, yoksa karşılıksızdır şerhi koymasının zorunlu bulunması gerçeği karşısında, ibraz süreleri hesap edilirken keşide gününün sayılmayacak olmasına çekin kendine özgü niteliği karşısında bir anlam verebilmek mümkün değildir.

Olması gereken düzenleme, Tasarı m. 796, f. 1, c. 2 hükmünün kanunlaşma sürecinde Tasarıdan çıkarılmasıdır. Böyle bir cümle, yukarıda da açıkladığımız üzere ne mehz İBK’da ne de Alman Çek Kanununda yer almaktadır. Bununla birlikte, tüm tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla “Sürelerin hesabı” kenar başlıklı Tasarınının 817 inci maddesi<sup>60</sup> kanaatimizce yeniden kaleme alınarak “Madde 796 hükmü istisna olmak üzere, Kanunun bu Kısımda gösterilen süreler hesap edilirken bunların başladığı gün sayılmaz” şeklinde ifade edilmelidir. Böylece ibraz sürelerinin, çekin niteliğine uygun bir şekilde, “düzenleme günü”nden başlanarak hesaplanacağı konusu tam anlamıyla açıklığa kavuşturulmuş olacaktır<sup>61</sup>.

- “Çekten Cayma” kenar başlıklı İlk Tasarı m. 799 düzenlemesi, tıpkı “çekten cayma” kenar başlıklı yürürlükteki 6762 sayılı TTK m. 711 gibi “üç” fıkradan meydana gelmiştir. İlk iki fıkra hükmü “çekten cayma” kurumunu düzenlerken, üçüncü fıkra “çek”e özgü bir kurum olan “ödeme yasağı”nı düzenlemektedir. Fıkranın kaynağı İBK m. 1119, f.3 düzenlemesidir<sup>62</sup>.

Buna karşılık yeni Tasarınının 799 uncu maddesinden “ödeme yasağı” kurumunun düzenlendiği 3 üncü fıkra hükmü çıkarılmıştır. Bu değişiklikle ilgili gerekçe de yazılmıştır. Madde gerekçesi, “Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 711 inci maddesinden, dili güncelleştirilerek ve üçüncü fıkraya yer verilmeksizin Tasarıya alınmıştır. 6762 sayılı Kanunun “Keşideci çekin kendisinin veya üçüncü bir kimse-

<sup>58</sup> TEOMAN, Çekte İbraz Süresinin Hesaplanması, Tüm Makalelerim, C.II. s. 314.

<sup>59</sup> TEOMAN, Çekte İbraz Süresinin Hesaplanması, Tüm Makalelerim, C.II. s. 314.

<sup>60</sup> Tasarı m. 817: “(1) Kanunun bu Kısımda gösterilen süreler hesap edilirken bunların başladığı gün sayılmaz”.

<sup>61</sup> Bahtiyar ise, m. 796, f. 1 ‘e eklenen cümlenin yerinde olup, bu konudaki tartışmaları sona erdireceğini; ancak, eklenen cümlenin m. 796, f. 4 hükmü ile çelişki oluşturacağını; bu nedenle f. 1 ‘e eklenen cümle yerine f.4’ün “Yukarıda yazılı süreler, çekte düzenlenme günü olarak gösterilen tarihin ertesi gününden itibaren işler” şeklinde yazılmasının bu sorunu çözeceğini ifade etmektedir (BAHTİYAR, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili, s. 103, 105). Yazar ayrıca bu değişiklikten sonra, m.817’ye f.2 eklenerek “796. maddenin 4. fıkrası hükmü saklıdır” şeklinde bir düzenleme yapılabileceği görüşünü ortaya koymaktadır (s. 105).

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, çekte ibraz süreleri hesap edilirken keşide günden başlanması, yani keşide gününün de hesaba dahil edilmesi çek’in niteliği ile bağdaşan bir uygulama olacaktır. Bu nedenle, m.796, f.1’e eklenen cümle yerinde olmadığı gibi bu konudaki tereddütleri de ortadan kaldırmış değildir. Nitekim yapılan düzenlemeyi yerinde bulan Bahtiyar da, sorunun tam anlamıyla çözümlenmiş sayılmayacağını belirtmiştir (BAHTİYAR, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili, s. 103, 105). Ancak Bahtiyar’ın m. 796, f.4’ün yeniden ve önerdiği doğrultuda kaleme alınmasından sonra, m. 817 için önerdiği f.2 hükmüne gerek yoktur. Çünkü, zaten m. 817 hükmü, kanunun bu kısmında gösterilen sürelerin hesaplanmasında bunların başladığı günün hesaba dahil edilmeyeceğini açıkça belirtmektedir.

<sup>62</sup> İBK m. 1119, f. 3: “Behauptet der Aussteller, dass der Check ihm oder einem Dritten abhanden gekommen sei, so kann er dem Bezogenen die Einlösung verbieten”.

nin elinden rızası olmaksızın çıkmış olduğu iddiasında ise muhatabı çeki ödemekten menedebilir.” şeklindeki hükmü CBA'nın 32 nci maddesinde yer almamaktadır. 6762 sayılı Kanun, maddenin üçüncü fıkrasını İsv.BK. m. 1119 (3) hükmünden ayırmıştır. Kaynak öğretide de tartışmalara yol açan, amaç ve faydası pek belirlenemeyen bu hüküm, Türkiye'de yanlış anlamalara neden olmuş ve çekin niteliğiyle bağdaştırılması mümkün olmayan bir uygulamanın yerleşmesine de sebebiyet vermiştir. Karışıklık yaratmaktan başka hiçbir yarar sağlamayan ve çekin değerini düşüren bu hüküm kaldırılmıştır” şeklinde ifade edilmiştir.

Kanaatimizce bu gerekçeye katılabilmek mümkün değildir<sup>63</sup>. Eğer, bu gerekçe doğru kabul edilirse, öğreti ve uygulamada tartışma konusu olan, bir başka deyişle, farklı görüşlerin ortaya konulmasına sebep olan her hükmün Kanun metinlerinden kaldırılması gerekir ki, bu anlayışın “hukukun gelişimi” ile bağdaşmayacağı ortadadır. Diğer taraftan, öğretinin bir görevi de tartışmalı konular hakkında hukuka ve hakkaniyete uygun çözümler üretmektir. Yoksa hakkında tartışma olan hükmü ilk fırsatta kaldırmak değildir. Elbette bir hükmün kaldırılması sonucunda da hukuka uygun bir çözüm olabilir. Ancak bunun için ortada “birbiri ile çelişen” ya da “hukukun herhangi bir değer taşımayan” bir düzenlemenin söz konusu olması gerekir. Oysa “ödeme yasağı”nı düzenleyen fıkra, bu nitelikte bir hüküm değildir.

Ayrıca hükümle ilgili olarak öğretide gerek makale gerek monografik boyutlu eserler verilmiş<sup>64</sup>, konu enine, boyuna tartışılmış ve ortaya çıkan/çıkabilecek sorunlar hakkında çözüm önerileri sunulmuştur<sup>65</sup>. Bunun yanında “ödeme yasağı kurumu” ile ilgili olarak Yargıtay birçok karar vermiştir ve vermeye de devam etmektedir<sup>66</sup>. Bu kararların hiçbirisinde ya da öğretide konu hakkında ortaya konulan görüş ve değerlendirmelerde çözüm olarak “ödeme yasağını düzenleyen fıkra hükmünün” ilk fırsatta Kanundan kaldırılması önerilmemiştir<sup>67</sup>.

Ödeme yasağı, “çekin paraya eşdeğerde bir ödeme aracı olması”, “üzerinde yazılı düzenleme tarihinden önce muhatap bankaya ibraz edilebilmesi” ve “ibrazında

<sup>63</sup> Aynı doğrultuda KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 252. Yazar son derece tatmin edici gerekçelerle ve ayrıntılı olarak, Tasarı m. 799 düzenlemesinden “ödeme yasağı”na ilişkin üçüncü fıkra hükmünün çıkarılmasını eleştirmektedir.

<sup>64</sup> KENDİGELEN, Abuzer, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl. Makalelerim, İstanbul, 2001, s. 79-117 (Çekten cayma ve Ödeme Yasağı-Tüm Makalelerim); NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, s. 1-120; ER, Refik, Çekten Cayma ve Çekin Ödenmesinin Men'i, Yargıtay Dergisi, Y. 1996, C. 22, S. 3, s. 364-375.

<sup>65</sup> POSTACIOĞLU, İlhan E., Çekin İbrazi İle ilgili Bazı Problemler, 13 Kasım 1974 Tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı Münasebeti İle, Batider, 1976, C. VIII, S. 3, s. 115-132; ARKAN, Sabih, 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu Semineri Tartışmaları, İstanbul, 1998, s. 97; ERİŞ, Gönen, Açıklamalı-İçtihatlı Uygulamalı Çek Hukuku, Genişletilmiş-Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara, 2004, s. 239-242; TEKİL, M., s. 66-67.

<sup>66</sup> Örnek olarak şu kararlara bakılabilir: Y. 19. HD. E. 1996/6249, K. 1997/951, T. 6.2.1997; Y. 19. HD. E. 2002/4495, K. 2003/1319, T. 21.2.2003; Y. 11. HD. E. 2001/10674, K. 2002/2936, T. 1.4.2002; Y. 11. HD. E. 2003/2621, K. 2003/8809, T. 6.10.2003 (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankasından alınmıştır). Konu hakkında daha birçok karar için ayrıca bkz. ERİŞ, s. 242-249 arasında belirtilen kararlara.

<sup>67</sup> Bu yazarlar içerisinde Komisyon başkanı olan sayın *Tekinalp* de vardır. Yazar, *Poroş* ile ortak eserlerinde ödeme yasağı kurumu hakkında görüşlerini ortaya koymakta ve çözüm olarak kesinlikle hükmün kaldırılmasını gereğinden bahsetmemektedir (Bkz. POROŞ/TEKİNALP, s. 281, N. 477).

karşılık var ise muhatapça ödenmesinin zorunluluk arz etmesi" gibi sui generis nitelikleri dikkate alınarak ve bu niteliklerin bir gereği olarak Kanuna konulmuş son derece önemli ve yararlı bir kurumdur. Bu hüküm ile sadece düzenleyene (keşideciye), çekin "kendisinin" ya da "üçüncü bir kimsenin (lehtar, hamil)" elinden "rızası dışında" çıkması olgusu karşısında, mahkemeye gidip ihtiyati tedbir niteliğinde bir ödeme yasağı kararı alınmadan, muhataba ulaştırılacak bir beyanla muhatabın ödemesinin durdurulması imkânı verilmektedir. Böylece mahkemeden bir ödeme yasağı kararı getirilinceye kadar geçecek süre içinde çekin paraya çevrilebilme tehlikesinin önüne geçilebilecektir<sup>68</sup>. Bu istisnai nitelikteki yetki, sadece düzenleyene tanınmıştır ve ancak istisnai durumlarda kullanılabilir.

Olmaması gereken, tıpkı yürürlükteki 6762 sayılı TTK m. 711 ve ilk Tasarı m. 799'da olduğu gibi ödeme yasağını düzenleyen fıkranın yeni Tasarı m. 799'a üçüncü fıkra olarak eklenmesidir. Bunun yanında, keşidecinin geçerli bir ödeme yasağı üzere uygulamada ortaya çıkan tüm tereddütleri gidermek amacıyla, kanaatimizce üçüncü fıkra yeniden ve aşağıdaki şekilde kalem alınmalıdır:

Tasarı madde 799'un üst başlığı "*Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*" olarak düzeltilmeli ve madde:

"1. Genel olarak

**MADDE 799.-** (1) *Çekten cayma, ancak ibraz süresi geçtikten sonra hükiim ifade eder.*

(2) *Çekten cayılmamışsa, muhatap, ibraz süresinin geçmesinden sonra da çeki ödeyebilir.*

(3) *Düzenleyen çekin kendisinin veya üçüncü bir kişinin elinden iradesi dışında çıkmış olduğu iddiasında ise muhatabın çeki ödemesini önleyebilir. Muhatap kendisine yöneltilmiş olan ödeme yasağı konulması istemi karşısında çek bedelini meşru hâmil lehine derhal bloke bir hesaba alır. Düzenleyen ya da çeki rızası dışında elinden çıkardığı iddiasında olan üçüncü kişi, muhataba ödeme yasağı konulduktan sonra en geç on gün içerisinde mahkemeye başvurarak çekin ödenmesinin durdurulması ve çekin kimin elinde olduğu bilinmiyorsa iptal; çekin kimin elinde bulunduğu bilindiği durumda ise istirdat isteminde bulunmak zorundadır. Aksi halde çek bedeli muhatap tarafından, çeki ibraz süresi içinde ödenmek üzere ibraz etmiş olan meşru hâmile ödenir. Hukuka uygun olmayan ödeme yasağı konulmasının sonuçlarına düzenleyen katlanmak durumundadır" şeklinde hükme bağlanmalıdır<sup>69</sup>.*

Gerçekten Bahtiyar da "Ne var ki, bu kurum, ticari yaşamda bir gereksinimi karşılamakta olup, değindiğimiz kötüye kullanımı önlemenin yolu, bu kurumu tüm dem Tasarı'dan çıkartmak değildir..."

Bu açıdan, maddenin üst başlığının "*Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı*" olarak düzeltilmesi ve maddenin 3.fıkrasının şu biçimde yazılması yönünde öğretide

<sup>68</sup> POSTACIOĞLU, s. 129; KENDİGELEN, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı-Tüm Makalelerim, s. 105; NARBAY, Çekten Cayma ve Ödeme Yasağı, s. 86.

<sup>69</sup> Bu konuda ayrıca bkz. NARBAY, Konferans-Bildiri, s. 209-210; NARBAY, Sempozyum, s. 612-614.

*Narbay tarafından yapılan öneriyi yerinde buluyoruz*” demek suretiyle “ödeme yasağı” kurumunu Tasarıdan çıkartmanın doğru olmadığını; bu konuya çözüm bulunması gerektiğini, bu doğrultuda savunduğumuz çözüm önerisini yerinde bulunduğunu ifade etmiştir<sup>70</sup>.

*Kendigelen* de konuya ilişkin açıklamalarında, Tasarı düzenlemesini ve gerekçesini ayrıntılı olarak eleştirmiş ve Tasarıyı hazırlayanların görevinin TTK m. 711, f. 3 hükmündeki boşlukları giderecek bir düzenleme yapmak olduğunu haklı bir şekilde dile getirmiş ve Tasarı henüz TBMM bünyesinde kurulan komisyonlarda bulunduğundan, henüz bu fırsatın kaçmadığını da vurgulamıştır<sup>71</sup>.

- Çek hamilinin başvuru hakkını kullandığı durumda isteyebileceği “faiz oranı”, 6762 sayılı TTK m.722, f.1, b.2’de “*İbraz gününden itibaren yüzde on faizini*” şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme, öğreti ve uygulamada büyük tartışmalara ve farklı görüşlerin savunulmasına neden olmuştur<sup>72</sup>. Tasarı m. 810, f. 1, b. (b)’de bu tartışma ve görüş ayrılıkları dikkate alınarak bent hükmü “*ibraz gününden itibaren bu tutarın faizini,*” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece “sabit faiz” öngören düzenleme kaldırılmış ve bu konudaki tartışmalara son verilmeye çalışılmıştır. Ancak, yapılan bu değişiklik hakkında maddenin gerekçesinde herhangi bir açıklama yer almamaktadır<sup>73</sup>. Madde gerekçesi “*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 722 nci maddesinden, dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır*” şeklinde kaleme alınmıştır ki, gerekçe bu haliyle doğru değildir. Yapılması gereken, madde gerekçesinin bent hükmünde gerçekleştirilmiş olan değişiklik hakkında bilgi içerecek biçimde yeniden yazılmasıdır.

#### **dd- Kambiyo Senetlerine Benzeyen Senetler ve Diğer Emre Yazılı Senetler**

- Yürürlükteki 6762 sayılı TTK m. 743 iki fıkradan oluştuğu halde, bu maddenin Tasarıda karşılığı olan 831 inci madde düzenlemesi üç fıkradan meydana gelmiştir. Bu farklılığın sebebi, Tasarıdaki maddeye “*İmza edenin, yer, zaman ve miktar bakımından belirli nakdî ödemelerde bulunmak ve belirli miktarda misli şeyler teslim etmek borçlanmasını içeren senetler, açıkça emre yazılı oldukları takdirde ciro ile devredilebilirler*” hükmünü içeren “yeni bir fıkra”nın eklenmiş olmasıdır (m. 831, f. 1). Bu fıkra düzenlemesi ile bir kişinin, “yer, zaman ve miktar bakımından belirli nakdî ödemelerde bulunmak” ve “belirli miktarda misli şeyler borçlanmasını içeren senetlerin”, “açıkça emre yazılı” olmaları durumunda, “ciro” ile devredilebilecekleri öngörülmüştür. Yürürlükteki Kanunda olmayan bu fıkra hükmünün Tasarı m. 831’e hangi amaçla eklendiğine ilişkin madde gerekçesinde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

<sup>70</sup> BAHTİYAR, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Dili, s. 104.

<sup>71</sup> KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 253.

<sup>72</sup> Bkz. ERİŞ, s. 291-297; KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 275-276.

<sup>73</sup> Aynı doğrultuda KENDİGELEN, Çek Hukuku, s. 277. Yazar yapılmak istenen bu değişiklikte gecikme faizi hakkında 3095 sayılı Faiz Kanunu m.2, f.2 hükmünün uygulama alanı bulacağı şüphesiz olduğunu ifade etmektedir.

Bunun gibi, yürürlükteki 6762 sayılı TTK m. 743 f. 1 hükmü tek bir cümleden oluşmakta iken; bu fıkranın Tasarıda karşılığı olan m. 831, f. 2 düzenlemesi “yeni- den kaleme alınmış” ve iki cümleden oluşmuştur. Fıkranın yeni düzenlemesi “*Bu senetler ve makbuz senetleri, varant ve konişmento gibi cirosu kabil olan senetler hakkında, cironun şekli, hâmilin hak sahipliği ve senedi elinde bulunduranın onu geri vermekle yükümlü olması hususlarında, poliçelere ilişkin hükümler geçerlidir. İptal konusunda, varant ve makbuz senedi dışındaki emre yazılı senetlere poliçelere ilişkin hükümler uygulanır*” şeklinde kaleme alınmıştır. Görüldüğü üzere, fıkranın ikinci cümlesinde, “varant” ve “makbuz senedi” dışındaki emre yazılı senetlerin iptali konusunda poliçelere ilişkin hükümlerin uygulanacağı, varant ve makbuz senedinin iptalinde ise, poliçelere ilişkin iptal hükümlerinin uygulanmayacağı “özel olarak” belirtilmiştir.

“Varant ve makbuz senedinin iptali konusu” yürürlükteki Kanunda iki ayrı maddede ve iki farklı şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle öğretilerde eleştiri konusu olmuştur<sup>74</sup>. Tasarıda, öğretilerde yapılan eleştiriler dikkate alınmış ve “cirosu kabil olan diğer senetler” kenar başlıklı 831 inci maddenin 2 inci fıkrasına “*İptal konusunda, varant ve makbuz senedi dışındaki emre yazılı senetlere poliçelere ilişkin hükümler uygulanacağı*” hükmü eklenmiştir. Tasarı m. 831’de yapılan bu değişikliklere ilişkin madde gerekçesinde herhangi bir bilgi mevcut değildir. Çünkü madde gerekçesi “*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 743 üncü maddesinden, dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır*” açıklamasını içermektedir ki, gerekçe bu haliyle doğru değildir. Yapılması gereken, madde gerekçesinin, maddede yapılan değişikliği içerecek şekilde yeniden kaleme alınmasıdır.

- Yürürlükteki 6762 sayılı TTK m. 744, f. 3 hükmünde “izinsiz umumi mağaza açanlar hakkında Türk Ceza Kanununun (TCK) 526 ncı maddesinin tatbik olunacağı” belirtilmişken, Tasarı m. 832, f. 2 yeniden kaleme alınmak suretiyle “*Umumî mağazalar Sanayi ve Ticaret Bakanlığının izniyle kurulur. İzin almadan umumî mağaza açarak makbuz senedi veya varant düzenleyenler, üç aydan altı aya kadar hapis ve doksan gündün az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır*” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece, 1926 tarihli eski TCK’nın 526 ncı maddesine yapılan ve yanlış olan atıf kaldırılmış, doğru olarak, “uygulanacak cezaî düzenleme” açıkça belirtilmiştir. Maddenin “*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 744 üncü maddesinden, dili güncelleştirilerek aynen alınmıştır*” şeklinde ifade edilen gerekçesi kanaatimizce maddede yapılan bu değişiklik hakkında yeterli açıklama içermemektedir. Bu nedenle, madde gerekçesi yeniden kaleme alınmalıdır.

<sup>74</sup> İMREGÜN, Oğuz. Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Bastı. İstanbul, 2003, s. 33; POROY/TEKİNALP, s. 99. N.141.





# KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA VE BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA ORTAYA ÇIKAN UYGULAMA SORUNLARI

Arş.Gör.Yalçın BOSTANCI\*

## GİRİŞ

Sanayi toplumu insanı, bağımlı çalışmanın olumsuz etkilerini kırmak ve daha bağımsız davranabilmek için kendisine daha çok zaman ayırmak ister. İşçilerin zamanları üzerinde egemenlik kurabilmelerini sağlayacak böyle bir çalışma ortamının yolu ise iş süresinin esnekleştirilmesinden ve giderek kısmi çalışma biçimlerinin kabulünden geçer.

İşyerinde uygulanan çalışma süresinin altında bir sürede çalışma ilişkisine dayanan kısmi süreli çalışma, çalışma hayatında yaygın olarak uygulama alanı bulmasına rağmen 4857 sayılı İş Kanununa kadar açıkça düzenlenmiş değildir.

Çalışmamızda kısmi süreli çalışma kavramının ne anlama geldiği, unsurları, niçin bu çalışma şeklinin uygulamada tercih edildiği, kısmi süreli çalışmanın uygulanma şekilleri ve Bireysel İş Hukukunda kısmi süreli çalışma ile ilgili sorunlar ve çözüm yolları incelenmeye ele alınacaktır. Kısmi süreli çalışmanın toplu iş hukuku ve sosyal sigortalar uygulaması ile ilgili yönleri çalışmamız içinde yer almayacaktır.

## I. KAVRAM

Çalışma yaşamında klasik istihdam biçimi, tam gün çalışma esasına dayalıdır. Ancak, genelde iş süresinin sınırlanması düşüncesi tam gün çalışmanın yanı sıra kısmi çalışmaya da yer verilmesi düşüncesini doğurmuştur<sup>1</sup>. Ayrıca, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin iş ilişkileri üzerindeki etkisi günümüz iş ilişkilerine klasik iş sözleşmesinden uzaklaşma biçiminde yansımaktadır. Bunun en önemli örneği de kısmi süreli çalışmadır<sup>2</sup>. Kısmi süreli çalışma, işyerinde tam gün çalışan işçilerin normal çalışma sürelerinden, daha kısa süre ile çalışılması biçimindeki çalışma türüdür<sup>3</sup>. Bu şekilde tanım yapılabilmekle birlikte tüm ülkelerin benimsediği bir tanım

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> CENTEL Tankut, İş Hukuku, C.I. İstanbul 1994, s.92.

<sup>2</sup> AKTEKİN Şeyda, Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Çerçeve Anlaşma Işığında İş Kanunu Tasarısı'nın Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Hükümü, Mercek, Nisan 2003, s.79.

<sup>3</sup> SÜZEK Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2005, s.216-217; PUR Necla, Türkiye'de Kadın İşgücü İstihdamı ve Kısmi Süreli Çalışmadaki Gelişmeler, Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli, Ankara 1991, s.44; SERTER'e göre de, devamlı ve belirli bir işte, tam gün çalışma saatlerine göre daha az bir süre çalışmasına denir (SERTER Nur, Kısmi Çalışma, Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli, Ankara 1991, s.105); EYRENCİ Öner, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989, s.22; CENTEL s.92.

bulunmamaktadır. Kısmi süreli çalışma uygulandığı her ülkede de yasal olarak tanımlanmış değildir<sup>4</sup>.

Türkiye’de de iş sözleşmeleri, işyerinde sürdürülen haftalık ve günlük çalışma sürelerine uygun olarak tam süreli yapılabileceği gibi, işyerinde uygulanan çalışma sürelerinin altında kısmi bir çalışma süresini konu alabilecek biçimde de yapılabilmektedir<sup>5</sup>. Ancak 4857 sayılı İş Kanunu’na kadar “kısmi süreli çalışma” yasal bir tanıma kavuşmamıştır. Çalışma hayatında yaygın olarak görülen kısmi süreli çalışmalar yeni İş Kanununda açıkça düzenlenmiştir<sup>6</sup>. Buna göre, “İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir” (İŞK.13/1). Böylece kısmi süreli iş sözleşmesinin, tam süreli iş sözleşmesinden ayrılmasında ölçüt, işçinin haftalık çalışma süresinin, tam süreli çalışan emsal işçinin haftalık çalışma süresinden önemli ölçüde az olmasıdır<sup>7</sup>. Burada adı geçen emsal işçi İŞK.13/3’de şu şekilde ifade edilmiştir: “Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalışan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o iş kolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi esas alınır.” Gerçekten kısmi süreli iş sözleşmesi konusu olacak iş, işyerinde tam süreli olarak yapılmayabilir. Bu işyerinde benzer bir işin de görülmediği durumda, ilgili işyerinin dahil olduğu iş kolunda ve buranın şartlarına uygun bir başka işyerinde aynı işi yapan tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi karşılaştırmada esas alınacaktır. Emsal alınabilecek işyerlerinde aynı işte tam süreli ola-

<sup>4</sup> **TOKOL** Aysen, Avrupa Topluğunda Part-Time Çalışma, Bursa 1992, s.3; **KUZGUN** İnci, Türkiye’de Esnek İstihdam Biçimlerinin Düzenlenmesi, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C.22, S.2, Ankara 2004, s.22; **KUTAL** Metin, Kısmi Süreli Çalışmanın Hukuki Esasları, Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli, Ankara 1991, s.59; ILO tarafından 1994 yılında kabul edilen Kısmi Süreli Çalışma Sözleşmesinin (Part- Time Work Convention) 1.maddesine göre kısmi süreli çalışma, normal çalışma sürelerinden daha kısa süreli, devamlı ve isteğe bağlı çalışmadır (**HUSSMANN** R./ **MEHRAN** F.V., Surveys of Economically Active Population Employment, Unemployment and Underemployment: an ILO Manual on Concepts and Methods, Geneva 1990, s.85); 1997 yılında Avrupa sosyal tarafları arasında imzalanan Part-Time Çalışma Hakkında Avrupa Çerçeve Sözleşmesine göre ise part-time çalışan terimi, haftalık veya bir yıla kadar çalışma süresi üzerinden ortalama olarak elde edilen çalışma süresi, mukayese edilebilir tam zamanlı çalışanların normal çalışma saatlerinden daha az olan bir çalışanı anlatmaktadır (**ÜNAL** Ayşe, Avrupa’da Kısmi Çalışma ve Uygulamanın Genel Özellikleri, Kamu-İş, C.8, S.1, Ankara 2005, s.114; **ZENGİNGÖNÜL** Oğul, Sosyal Politika-Esnek Çalışma Biçimleri Paradoksunda Avrupa Birliği Örneği, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.5, S.4, İzmir 2003, s.163); Avrupa Birliği üyesi ülkelerde kısmi süreli çalışmaya ilişkin gelişmeler için bkz. **BUDELMEYER** Hielke/ **MOURRE** Gilles/ **WARD** Melanie, Recent Developments in Part-Time Work in EU Countries: Trends and Policy, IZA Discussion Paper No.1415, November 2004, s.6-17.

<sup>5</sup> **SÜZEK** s.216; **DEMİR** Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005, s.47-48; **DEMİR** Fevzi, İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, İzmir 2003, s.47.

<sup>6</sup> **ULUCAN** Devrim, İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Çeşme 2003, s.55; **MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2005, s.268; **KUTAL** Metin, Türk Çalışma Yaşamında Yeni Bir Dönem: 4857 Sayılı İş Kanunu, Mercek (Özel Sayı), Temmuz 2003, s.23; **KENAR** Necdet, Yeni İş Kanunu’nun İstihdam Muhtemel Etkileri, Mercek (Özel Sayı), Temmuz 2003, s.73.

<sup>7</sup> **AKYİĞİT** Ercan, İş Hukuku, B.3, Ankara 2003, s.124; **EYRENCİ** Öner, 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu, İşveren Dergisi, C.41, S.10, Temmuz 2003, s.6; **ZEYTİNOĞLU** Emin, Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri ve 4857 Sayılı İş Kanunundaki Görünüm, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXII, S.1-2, İstanbul 2004, s.451; **ULUCAN**, s.55.

rak çalışan işçi bulunmadığı takdirde, benzer işlerde tam süreli çalışan işçiler dikkate alınacaktır<sup>8</sup>.

Kanunda genel olarak azami çalışma süresi haftalık kırkbeş saat olarak belirlenmiş (İşK.63/I) olmasına karşın, bazı işyerlerinde toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kısaltılmış haftalık çalışma süreleri kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir işyerindeki tam süreli çalışan işçinin çalışma süresi emsal alınmaması gerekir. Ancak çalışma sürelerinin mevzuat ile sınırlandırıldığı işlerde, haftalık çalışma süresi kırkbeş saatin altında olsa dahi, aynı ve benzer iş olması koşulu ile bu işler emsal alınabilecektir<sup>9</sup>.

Kısmi süreli çalışmanın Kanundaki tanımında belirtilen "önemli ölçüde daha az" ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği yoruma açıktır<sup>10</sup>. Bu konuda kesin bir sınır çizmek zor ve hatalı olabilecektir. Sözkonusu hükmün madde gerekçesine göre, kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımı verilirken Yönerge hükümlerindeki ölçütler dikkate alındığı gibi, tam süreli iş sözleşmesi karşısında kısmi süreli söz edebilmek için "önemli ölçüde daha az" bir haftalık çalışma süresinin de sözleşmede tespit edilmiş olması da aranmıştır. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin<sup>11</sup> 6. maddesine göre, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi çalışmadır. Buna göre, işçinin normal çalışma süresi tam süreli sözleşmeyle çalışan işçiye göre daha kısa süreli olmakla birlikte, bu kısalık üçte bir oranından daha fazla değilse, o işçi hakkında, tam süreli işçiler için geçerli olan hükümler uygulama alanı bulacaktır<sup>12</sup>.

Uygulamada genellikle kısmi çalışmalar haftanın belirli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli süre veya haftada bir ya da iki gün için belirli bir süre olarak da kararlaştırılmaktadır. İşyerlerine zorunlu olmadıkça gitmeyen, ayın veya haftanın belirli günleri tam veya yarım gün işyerine giderek danışmanlık hizmeti veren iş güvenliği uzmanları, işyeri hekimleri, hukukçu, muhasebeci, mühendis gibi vasıflı elemanlarla ve temizlik hizmeti görmek üzere vasıfsız işçilerle yapılan sözleşmeler kısmi süreli sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmeler bir ya da birden çok işverenle yapılabildiği gibi işçinin bu gibi işlerden başka serbest çalışması da sözkonusu olabilmektedir<sup>13</sup>. Öğrencilerin, ev kadınlarının ve emeklilerin otellerde, tatil köylerinde ve çeşitli büro işlerinde boş zamanlarını değerlendirmelerine yarayan kısmi işler, bütün ülkelerde gittikçe yaygınlık kazanmaktadır<sup>14</sup>.

<sup>8</sup> EYRENCİ Öner/ TAŞKENT Savaş/ ULUCAN Devrim, Bireysel İş Hukuku. İstanbul 2005, s.67; ULUCAN, s.55.

<sup>9</sup> EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.67; ULUCAN, s.56.

<sup>10</sup> Kısmi süreli çalışmanın normal çalışma süresinden ne kadar az olacağı ülkeden ülkeye değişmektedir (MUTLU Savaş, Esnek Çalışma Uygulamalarında Elektronik İletişim Sistemleri, [http://www.mcozden.com/ikf10\\_ecueis.htm](http://www.mcozden.com/ikf10_ecueis.htm), 12.12.2005.

<sup>11</sup> RG. 6.4.2004, 25425.

<sup>12</sup> CANIKLIOĞLU Nurşen, 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III. Yılında Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum, s.179; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.270.

<sup>13</sup> ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, s.88; TURAN Kamil, Ferdi İş Hukuku, Kamu-İş, Ankara 1993, s.30-31; DEMİR, Uygulama, s.47; DEMİR, İş Güvencesi, s.47-48.

<sup>14</sup> DEMİR, İş Güvencesi, s.48; SÜZEK, s.217.

## II. UNSURLARI

### 1. İsteğe Bağlı Olarak Yapılma

Kısmi çalışmanın ortaya çıkışı, esas olarak işçi ile işverenin özgür iradelerine dayanır. İş süresindeki kısalma, iş sözleşmesinin kurulması anından yani baştan itibaren tarafların anlaşması ile gerçekleşir<sup>15</sup>. Bu anlamda kısmi çalışmanın sonradan ortaya çıkan durumlar yüzünden iş süresinin zorunlu olarak, yani tarafların iradesi dışında kısaltılmasına dayanan “kısa çalışma”dan ayrılması gerekir<sup>16</sup>. Kısa çalışma ancak işverenin, genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerini geçici olarak önemli ölçüde azaltması veya işyerinde faaliyeti tamamen veya kısmen geçici olarak durdurması halinde sözkonusu olur<sup>17</sup>. Ancak bazen kısmi süreli çalışma şekilleri işverence tanzim edilmekte ve işçiler serbest iradeleri veya işsiz kalmanın zorlaması ile bu şekilde bir iş ilişkisinin tarafı olmayı kabul etmektedirler<sup>18</sup>.

Kısmi süreli çalışmak üzere işe giren işçinin bunu isteyerek, talep ederek yapması gerekmektedir. Şu halde tam zamanlı olarak çalıştırılmak üzere işe alınmış işçinin bir süre sonra kısmi süreli çalışmaya zorlanması, iş koşullarında işverenin tek taraflı ve esaslı bir değişiklik yapması şeklinde yorumlanır<sup>19</sup>.

### 2. Kısa Çalışma Süresi

Kısmi çalışmanın İş Hukuku bakımından göze çarpan temel özelliği, esas olarak iş süresinin kısaltılmasına dayanmasıdır. Nitekim kısmi çalışmalar, karşıtını oluşturan tam süreli çalışmadan temelde, anılan özelliği sayesinde ayrılır<sup>20</sup>.

İş süresindeki kısalık, mutlaka taraflar arasında sözleşmeye dayalı bir anlaşmayı zorunlu kılmaz. Çünkü bazen üstlenilen faaliyetin niteliği, taraflar arasında böyle bir sözleşme olmasa bile iş süresindeki kısaltmaya yol açar. Gazete dağıtıcılarının durumu, işin niteliği gereği iş süresinde bir kısaltmayı içerir<sup>21</sup>.

Birden fazla işverenle kısmi süreli çalışma ilişkisine giren işçinin toplam çalışma süresinin normal çalışma süresine ulaşması ve hatta aşması durumunda dahi her işverenle olan ilişki kısmi süreli çalışma niteliğindedir<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> GÜLMEZ Mesut, Kısa Süreli Çalıştırma ve Fransa’da Kamu Kesiminde Yarım Zaman ve Kısa Süreli Çalışma Deneyimleri, Amme İdaresi Dergisi, C.17, S.2, Haziran 1984, s.51; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.271.

<sup>16</sup> CENTEL Tankut, Kısmi Çalışma, İstanbul 1992, s.31; Kısmi süreli çalışmada taraflar, iş sözleşmesini hazırlarken “süreklili” olarak kısa bir çalışmayı temel alırlarken, İş Kanunu 65. maddede, genel ekonomik kriz veya zorlayıcı sebeplerle haftalık çalışma süreleri “geçici” olarak azaltılmaktadır (EYRENCİ Öner, 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, İstanbul 2004, s.48).

<sup>17</sup> SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku, Konya 2005, s.135.

<sup>18</sup> ARICI Kadir, Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu’nda Çalışma Süreleri, Kamu-İş, Ankara 1992, s.76.

<sup>19</sup> KUTAL, Panel, s.60.

<sup>20</sup> ARICI, s.75.76; CENTEL, Kısmi Çalışma, s.27.

<sup>21</sup> CENTEL, Kısmi Çalışma, s.28.

<sup>22</sup> EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.23-24.

Kısmi çalışmanın özelliğini oluşturan iş süresindeki kısalma, esas itibariyle "işyeri" birimi temel alınarak saptanır. İş Hukukunda işletme kavramının işyeri kavramıyla özdeşleşmesi göz önünde bulundurulduğunda da işyerinde fiilen uygulanan iş süresindeki kısalmanın, kısmi çalışmaya temel oluşturacağı gerçeği ortaya çıkmaktadır. Diğer yandan birim olarak "teşebbüs" temel alınmadığından, aynı haftalık iş süresiyle bir teşebbüse ait değişik işyerlerinde çalışan işçinin, bazen kısmi süreli bir işte ve bazen de tam süreli çalışan işçi niteliğini taşıması mümkün olabilir. Ancak kısmi çalışma kavramının işyerine ilişkin olan ve onu temel alan bir kavram olduğu unutulmamalıdır<sup>23</sup>.

### 3. İş İlişkisinin Düzenli ve Sürekli Olması

Kısmi çalışmayı oluşturan iş süresinin kısalığı, sürekli olma niteliğini taşımalıdır. Buna göre, iş süresindeki kısalma iş ilişkisinin devamı boyunca sözkonusu olmalıdır. Süreklilik özelliği sayesinde kısmi çalışma, dış görünümü itibariyle kendisini andıran kısa çalışmadan ayırır<sup>24</sup>.

Kısa sürede yapılıp tamamlanacak bir işte işçinin çalışması kısmi süreli çalışma sayılmamaktadır. Ayrıca düzenlilik ilkesini mutlaka belirsiz süreli bir iş sözleşmesi çerçevesinde düşünme zorunluluğu yoktur. Aksine belirli süreli bir iş sözleşmesi ile de düzenli kısmi çalışma kararlaştırılabilir<sup>25</sup>.

Düzenlilik ölçütünün anlamı hiçbir şekilde, her iş ediminin düzenli bir ritim içinde yerine getirilmesi değildir. Tali, geçici bir olgunun karşıtı olarak, belirli süreklilikte devam eden iş ilişkisine girilmiş olması anlamında anlaşılmalıdır. Bu unsur kısmi süreli çalışmayı yukarıda belirtildiği gibi kısa çalışmadan ve işyerinde geçici bir gereksinmeyi gidermek amacıyla ve her iş ediminin yeni ve genellikle belirli süreli iş sözleşmesiyle yerine getirildiği yardımcı ve fırsat düştükçe yapılan çalışmalardan ayırmaktadır<sup>26</sup>.

## III. ORTAYA ÇIKIŞ SEBEPLERİ

Çalışanların giderek artan oranda kısmi süreli çalışmayı tercih etmelerinin kendilerince özel ve çok farklı nedenleri olabileceği gibi, toplumların ekonomik ve sosyal yapılarına bağlı olarak, bu nedenlerde bir toplumdan diğerine farklılıklar veya en azından öncelik sırasında değişiklikler olacağı gerçektir<sup>27</sup>. Ancak bir sınıflandırma yapıldığında kısmi süreli çalışmanın ortaya çıkış nedenleri üç grupta incelenebilir.

### 1. Kişisel Nedenler

Çalışanların giderek artan oranda kısmi süreli çalışmayı tercih etmelerinin kendilerince özel ve çok farklı nedenleri olabilir<sup>28</sup>. Bunların belki de en önemlisi günü-

<sup>23</sup> CENTEL, Kısmi Çalışma, s.27-29.

<sup>24</sup> CENTEL, Kısmi Çalışma, s.29; ARICI, s.76; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.272.

<sup>25</sup> KUTAL, Panel, s.59.

<sup>26</sup> EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.24.

<sup>27</sup> EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.14.

<sup>28</sup> EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.14: Kısmi çalışmayı tercihin sebebi yeni iş türlerinin ortaya çıkması olabileceği gibi, bireylerin değişik sebeplerle tam zamanlı çalışmaya uygun olmamaları ya da istememeleri de olabi-

müz sanayi toplumu insanının işe ve serbest zamana bakış açısının değişmiş bulunmasıdır. Gerçekten bugünün insanı, ileri derecede sanayileşmenin ve teknolojik gelişmenin birikimi altında, işini herşey olarak görmez ve kendini daha çok belirleme isteğini taşır. Bu anlamda sanayi toplumu insanı bağımlı çalışmanın olumsuz etkilerini kırmak ve daha bağımsız davranabilmek için kendisine daha çok zaman ayırmak ister. İşçilerin zamanları üzerinde egemenlik kurabilmelerini sağlayacak böyle bir çalışma ortamının yolu ise iş süresinin esnekleştirilmesinden ve giderek kısmi çalışma biçimlerinin kabulünden geçer<sup>29</sup>.

Kısmi süreli çalışanların çok büyük bölümünü kadınlar oluşturmaktadır<sup>30</sup>. Bunlar genellikle evli ve birden fazla çocuğa sahip kadınlar olup, daha önce iş deneyimleri bulunmakta ve uzunca bir aradan sonra tekrar çalışma hayatına girmektedirler. Evli kadınların kısmi süreli çalışmayı tercih etmelerinin başlıca nedeni ekonomiktir. Kadınlar ailenin gelir ve yaşam düzeyine katkıda bulunurken, aynı zamanda ev işleri ve çocuk bakımına da zaman ayırabilmek için kısmi süreli çalışmayı tercih etmektedirler. Ekonomik nedenlerin yanında, çalışarak toplumda yer edinme ve tüm gün ev işleriyle meşgul olmanın kendileri için sıkıcı olması da sayılabilir<sup>31</sup>.

Kısmi çalışanlar içinde bir eğitim kurumuna devam eden çocuk ve gençlerin de önemli bir orana sahip oldukları bilinmektedir<sup>32</sup>. Gençler, özellikle öğrenciler, ekonomik bağımsızlıklarını kazanmak ve öğrenimleri sırasında ailelerine fazla yük olmamak ve bu arada öğrenimleri için kendilerine zaman ayırabilmek için kısmi süreli çalışmak istemektedirler<sup>33</sup>.

Kısmi süreli çalışma, kadınlar ve öğrencilerden başka, gelir güvencesine sahip olup ek bir gelir sağlamak isteyenler ve aldıkları yaşlılık aylığını yeterli görmeyen emekliler tarafından da tercih edilmektedir<sup>34</sup>.

## 2. İşe ve İşyerine İlişkin Nedenler

Bazı işlerin tam gün işçi istihdamını gerektirmemesi ya da bazı işlerin uzun süre çalışmaya elverişli olmaması gibi nedenler kısmi süreli çalışmaların yaygınlaşmasına neden olmuştur. Örnek olarak, temizlik işleri, ekranlı üniteler üzerinde metin çalışmalarını içeren işler gösterilebilir<sup>35</sup>. Çok dikkat isteyen işlerde kişinin verimli

lir(NAZLI Seçkin. Kısmi Çalışmanın Türk Çalışma Hayatına Uygunluğu Üzerine Bir Yaklaşım. Prof.Dr. Aydın Aybay,a Armağan, İstanbul 2004, s.37; BOSCH Gerhard, Social Europe. Supplement 1/95, Flexibility and Work Organisation, Brussels: Office for Official Publications of European Communities, 1995, s.21).

<sup>29</sup> CENTEL. Kısmi Çalışma, s.15.

<sup>30</sup> Özellikle kadınların eğitim düzeylerindeki artış ve toplumda daha fazla yer almaya dönük arzuları neticesinde, iş piyasalarına yönelik talepleri bu tarz çalışmanın lokomotifleri olmalarını sağlamıştır (DELSEN Lie, European Trade Unions and the Flexible Workforce, Industrial Relations Journal, Winter 90. Vol.21. Issue 4, s.21).

<sup>31</sup> EYRENCİ. Kısmi Süreli, s.15; SERTER, s.112; CENTEL, Kısmi Çalışma, s.15; KUTAL. Panel, s.63.

<sup>32</sup> SERTER, s.111.

<sup>33</sup> EYRENCİ. Kısmi Süreli, s.14-15.

<sup>34</sup> EYRENCİ. Kısmi Süreli, s.15; CENTEL, Kısmi Çalışma, s.14-15.

<sup>35</sup> KUTAL. Panel, s.63; CENTEL. Kısmi Çalışma, s.15-16; EYRENCİ. Kısmi Süreli, s.15.

çalışmasını, kapasitesinin verimli kullanımını sağlamak amacı da bunlar arasında sayılabilir<sup>36</sup>.

Kısmi çalışma bazen işveren veya işyeri kökenli olarak tercih sebebi olabilmektedir. İş açığı içinde bulunan işyerleri ile iş hacmi zaman içerisinde büyük değişiklikler gösterebilen işyerlerinde böyledir<sup>37</sup>. Öte yandan ihtisas ve yüksek kalifikasyon gerektiren, fakat sürekli işyerinde bulunmaları gerekli olmayan kişilerin kısmi olarak çalışmaları tercih edilmektedir<sup>38</sup>. Yine işverenler fazla çalıştırma yerine kısmi çalıştırmayı seçtiklerinde çalışılan saat başına zamlı ücret ödememekte, bunun yanında kısmi çalıştırma ile yan ödemeler, eğitim masrafları ve diğer sosyal yardım giderlerinden de tasarruf etmektedirler<sup>39</sup>.

Kısmi çalışma iş süresine getirdiği esneklik sayesinde, sermaye yoğun işyerlerinin daha uzun süreyle ve daha ekonomik biçimde kullanımını mümkün kılar<sup>40</sup>. İşveren tam gün çalışma yerini kısmi süreli çalışma yeri haline getirmek suretiyle fesih yoluna gitmeksizin personel politikasında esneklik sağlayabilmektedir<sup>41</sup>.

### 3. İktisadi Nedenler

İşveren çevreleri işletmelerin faaliyet sürelerini ve işçilerin bireysel çalışma sürelerini ayarlamakla maliyet avantajlarına ulaşabileceğini, daha da önemlisi fiyatlarda rekabet kabiliyetinin artırılmasının mümkün olduğunu savunmaktadırlar<sup>42</sup>.

Mevcut işletmelerin ve tesislerin haftalık kullanılma sürelerinin uzatılması ve tam kapasite ile çalıştırılması sadece işletmeler açısından değil, milli ekonomi açısından da yararlı olacaktır. Öncelikle üretim miktarındaki büyümeyi engelleyen kapasite sınırları, ek yatırım sermayesine gerek kalmadan aşılabilir. Böylece aynı kapasiteye ulaşmak için yeni yatırımlara gitmeden, mevcut tesisleri daha iyi kullanarak tasarruf sağlanmakta ve bunlarla yeni iş olanakları oluşturulması mümkün olmaktadır<sup>43</sup>.

Kısmi çalışmaya iten iktisadi nedenlerin en önemlisi, iş yaratıp istihdamı özendirme ve böylece işsizliği önleme isteğidir. Yeni, işlerin ortaya çıkarılması, mevcut tam gün çalışılan işlerin bölünmesi veya bunların esnek kısmi çalışma türlerine uyar duruma getirilmesi şeklinde olabilir. Dolayısıyla mesleki öğrenimlerini bitiren gençlerin kısmi süreli işlere alınması, işyerlerindeki tam gün çalışılan işlerden bazılarının açılmasıyla doğacak boş işlere bunların ileride kesin biçimde yerleştirilmeleri olanakını yaratır ve bu yolla genç işsizliği belli ölçüde önlenmiş olur<sup>44</sup>.

<sup>36</sup> KUTAL Gülten, Uluslararası Boyutlarıyla Türkiye’de Kısmi Süreli Çalışma ve Geleceği, Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli. Ankara 1991, s.99.

<sup>37</sup> CENTEL, Kısmi Çalışma, s.16.

<sup>38</sup> EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.15; SERTER, s.110.

<sup>39</sup> SERTER, s.110.

<sup>40</sup> SUBAŞI İbrahim, Çalışma Sürelerinin Hukuki Durumu, Hukuk Dünyası, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2005, s.47; CENTEL, Kısmi Çalışma, s.16; KUTAL, Kısmi Çalışma Paneli, s.96-97.

<sup>41</sup> DEDERICIS Eric/ EBERHARD Köhler, Part-Time Work in European Community: The Economic and Social Dimension, Dublin: Office for Official Publications of the European Communities, s.33-34; EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.15.

<sup>42</sup> KUTAL, Kısmi Çalışma Paneli, s.97.

<sup>43</sup> KUTAL, Kısmi Çalışma Paneli, s.97.

<sup>44</sup> CENTEL, Kısmi Çalışma, s.16.



## IV. TÜRLERİ

### 1. Çağrı Üzerine Çalışma

Çağrı üzerine çalışma, işyerinde işçinin yapacağı işe sıra geldiği zaman işverenin çağrısı üzerine yapılan kısmi çalışma türüdür<sup>45</sup>. İşçinin çağrı üzerine çalışacağı kesin olmakla birlikte, işçinin her seferinde ne kadar çalışacağı, bu çalışmaların günlük ya da haftalık sürede ne olacağı; ayrıca işçinin ne kadar zaman önce bu işe çağrılacağı cevaplanması gereken sorulardır<sup>46</sup>.

Kısmi süreli çalışmanın özel bir şekli olan çağrı üzerine çalışma<sup>47</sup> iki türlü ortaya çıkabilir. İlk ihtimalde, taraflar önceden belli bir süre içinde işçinin toplam ne kadar süre çalışacağını tespit ederler. Burada işverene işçinin iş edimini ne zaman yerine getireceğini çağrı yoluyla belirleyebilme olanağı tanınmaktadır. İkinci durumda ise, işçinin belirlenen süre içinde toplam ne kadar süre ve ne zaman çalışacağını belirleme hakkı tamamen işverene tanınır. Burada işçi ile işveren iş süresinin konumunun yanı sıra uzunluğunun da belirlenmesi yetkisinin işverene bırakıldığı bir iş ilişkisi içerisine girer<sup>48</sup>.

Çağrı üzerine çalışmada işverenin çağrı yetkisinin, diğer deyimle işçiden iş görme borcunun yerine getirilmesini isteme hakkının kötüye kullanılmaması gerekir. Bu nedenle yukarıda belirtilen çağrı üzerine çalışma türlerinden ikincisine olanak tanınmaz. Çünkü işverene iş süresini istediği kadar uzatma yetkisinin verilmesi, işçinin önceden belirlenemeyen bir süre çalışma zorunda tutulması, işçinin çalışmadığı zamanı istediği gibi kullanma hakkını elinden alır ve kişilik hakları ile iş hukukunun işçiyi koruma ilkesine ters düşer<sup>49</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girinceye kadar iş mevzuatımızda çağrı üzerine çalışma düzenleme konusu yapılmamıştır. Ancak uygulamada bazı durumlarda işçi ile işverenin, işçinin belirli bir süre içinde ne kadar çalışacağını belirlemeksizin çağrı üzerine çalışma konusunda anlaştıkları görülmektedir<sup>50</sup>. 4857 sayılı İş Kanununa konan özel bir hükümlerle çağrı üzerine çalışma tanımlanmış, sınırları ve şartları belirlenmiştir. Buna göre, yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli iş ilişkisidir

<sup>45</sup> KUTAL, Panel, s.61; TOKOL, s.6.

<sup>46</sup> KUTAL, Panel, s.61.

<sup>47</sup> Çağrı üzerine çalışma Almanya'da "kapasiteye bağlı değişken çalışma süresi" (kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit-kısaltılmışı KAPOVAZ) olarak adlandırılır (HUECK Götz, Almanya'da Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesine Yönelik Çalışmalar -Çev.Öner Eyrenci-, Çalışma Hayatında Esneklik, Flexibilitat Im Arbeitsleben, Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993 Semineri Tebliği, İzmir 1994, s.120); EYRENCİ Öner, Türkiye'de Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi, Çalışma Hayatında Esneklik, Flexibilitat Im Arbeitsleben, Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993 Semineri Tebliği, İzmir 1994, s.166.

<sup>48</sup> EYRENCİ Öner, İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku, Prof.Dr. Münir Ekonomi'ye 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993, s.233; EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.32-33; CENTEL, Kısmi Çalışma, s.41; CENTEL, İş Hukuku, s.94; NAZLI, s.242-243; MOLLAMAHMUTOĞLU, s.275.

<sup>49</sup> CENTEL, Kısmi Çalışma, s.42; EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.33.

<sup>50</sup> Y9HD, 1.11.1995, 13458/ 33266, Tekstil İşveren Dergisi, Şubat 1996, s.17; Y9HD, 17.4.2001, 1039/6436, YKD, Ekim 2001, s.1521-1523.

(İşK.14/1). Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır (İşK.14/2). İşçiden iş görme borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır (İşK.14/3).

4857 sayılı Kanunla getirilen özel hükümle çağrı üzerine çalışmada ücretlerin koruma altına alındığı görülmektedir. Buna göre, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli iş sözleşmeleri, kural olarak günde dört, haftada yirmi saatten az olmayacak, bu süreler içinde işçi çalıştırılın veya çalıştırılmasın ücrete ve buna bağlı işçilik haklarına sahip olacak demektir<sup>51</sup>. Bunun tek istisnası sözleşmede aksinin kararlaştırılmasıdır. Ancak Kanundaki aksinin kararlaştırılabileceği anlamına gelen, "...taraflar belirlemedikleri takdirde"(İşK.14/2) ve "aksi kararlaştırılmadıkça" (İşK.14/3) ifadelerinin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda fikir ayrılıkları bulunmaktadır.

Birinci görüşe göre, çağrı üzerine çalışma ile ilgili düzenleme işçinin korunması düşüncesinden hareket etmektedir. İş Hukukunda işçinin korunması düşüncesi ile getirilen hükümler genellikle nisbi emredici olmaktadır. Buradaki düzenleme de nisbi emredici niteliğe sahip bulunduğu maddedeki düzenlemelerin aksi ancak işçi lehine ise kararlaştırılabilecektir. Eğer yapılan sözleşme ile, o konularda işçi lehine bir düzenleme yapılmamışsa ya da madde metnine açıkça atıf yapılmışsa, bu hükümdeki düzenlemeler uygulanacaktır<sup>52</sup>. Bu görüş çerçevesinde madde incelendiğinde, taraflar sözleşme ile çalışma süresini hafta, ay ya da yıla dayalı olarak herhangi bir şekilde belirlemedikleri takdirde, haftalık yirmi saat olacağı belirlenmiştir. Belirlenen bu sürede, işçinin çalıştırılıp çalıştırılmadığına bakılmaksızın, sözkonusu ücret tam olarak ödenecektir. Burada işçinin lehine olan düzenleme, bu süreyi uzatan sözleşmeler olacaktır. Çünkü sürenin kısaltılması yapılan işin azalmasıyla birlikte ücretin de azalması sonucunu doğuracaktır. Yine kısmi süreli bir iş sözleşmesi olan çağrı üzerine çalışmada, işçinin boş olarak ayarlanan zamanlarda başka işlerde çalışma olasılığını dikkate alan hüküm, işe davet amacını taşıyan çağrının en az dört gün önceden işçiye yapılması gerektiğini belirtmiştir. Tarafların bu süreyi azaltan anlaşmaları geçerli olmayacaktır. Ayrıca yapılan bu çağrılar üzerine işe gelecek işçinin, her çağrı için günde dört saat çalıştırılması zorunluluğuna işaret edilmiştir. Hangi uzunlukta belirlenmiş olursa olsun, işçiye yapılan çağrı sonucu işçi bu süre içinde çalıştırılmasa dahi, bu süre boyunca çalışmış kabul edilecektir. Toplam çalışma süresi de buna göre hesap edilecektir<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> ANDAÇ Faruk, Yeni İş Kanunu'nun Öngördüğü Yükümlülükler, İşveren Dergisi, C.41, S.10, Temmuz 2003, s.14; DEMİR, Uygulama, s.49-50.

<sup>52</sup> ULUCAN, s.64-65.

<sup>53</sup> ULUCAN, s.65.

İkinci görüşe göre, Kanundaki ifadeye bakıldığında bu düzenlemeye aykırı sözleşme hükümleri de geçerli olabilecektir. Hükümde yer alan süreler nisbi emredici, yani asgari süreler olmayıp, tamamlayıcı (yedek) hukuk kuralı niteliğindedir. Yani, yazılı olarak yapılan çağrı üzerine iş sözleşmesinde haftalık çalışma süresi yirmi saatin, günlük çalışma süresi dört saatin, çağrını yapıma süresi dört günün altında kararlaştırılabilecektir. Doğal olarak kanunen belirtilen sürelerin üzerinde karara bağlanan anlaşmalar da iş süreleri konusunda kanunen getirilen sınırlar (İŞK.41,63) içinde kalmak koşuluyla her zaman geçerli olacaktır. Kanunda aksinin kararlaştırılabileceği yolundaki hükme yer verilmeseydi, o zaman sadece günde dört saatlik, dört günlük, ve haftada yirmi saatlik sürelerin üzerindeki sözleşme hükümleri geçerli olacak, bu sürelerin altında kalan anlaşmalar ise geçersiz olacaktır<sup>54</sup>.

## 2. İş Paylaşımı (Job Sharing)

İş paylaşımı (job sharing) kısmi süreli çalışmanın özel bir türüdür. İş mevzuatında iş paylaşımı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, İş Kanununun iş sürelerine ilişkin emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla tarafların aralarında bu sözleşmeyi yapmalarına bir engel yoktur. İşi paylaşan işçiler ayrı ayrı kısmi çalışma yapan kişiler olarak kabul edilmesi gerektiğinden kısmi süreli iş sözleşmelerine ilişkin hükümler bu sözleşmelerde de uygulama alanı bulur<sup>55</sup>.

Job sharing'de hizmet edimi, bölünmeyip bütünlük göstermekte, buna karşılık hizmet ediminin yerine getirilmesi birden çok sayıdaki işçi tarafından paylaşılıp yerine getirilmektedir. Job sharing karşılığı olarak, "iş paylaşımı" yerine "iş bölüşümü" denilebilirse de "bölüşüm" sözcüğünün bölmeyi çağrıştırması nedeniyle "iş paylaşımı" deyiminin kullanılması, amaca uygun düşer. Çünkü, job sharing'de amaç, işin bölünmesi yerine, hizmet edimi bütünüünün ve giderek ücretin tümünün ekip üyeleri arasında paylaşılmasıdır<sup>56</sup>.

İş paylaşımında esas itibarıyla tam gün çalışılan bir işyerinde iş, iki veya daha fazla işçi tarafından paylaşılmaktadır<sup>57</sup>. İşi paylaşan işçilerin her biri ile işveren ayrı ayrı iş sözleşmesi yapar. İş paylaşımı sözleşmesinde kimin ne zaman çalışacağına işçiler karar verirler. Bu sözleşmede, örneğin bir tam günlük işi iki işçi yarımşar gün,

<sup>54</sup> DEMİR, Uygulama, s.49-50; SÜMER, s.43; AKYİĞİT, s.124-125; ÇELİK, İş Hukuku, s.91; EYRENCİ, 4857 Sayılı, s.7-8; ZEYTİNOĞLU, Kısmi Süreli, s.462; ŞAHLANAN'a göre ise, Kanundaki ifade son derece kötü kaleme alınmış bir ifadedir. Asgari sürenin garanti edilmesi, aksine kararlaştırmanın onun üstüne çıkabilme şeklinde düzenlenmesi gerekirdi. İfadenin kötü olması nedeniyle yirmi saati garanti demek sürenin de fazlalığı nedeniyle bir hayli zor görünüyor. Onun için bu hükmün mutlaka gözden geçirilmesi gerekir (ŞAHLANAN Fevzi, Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, Tartışmalar- Sorular ve Cevaplar, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Çeşme 2003, s.76-77).

<sup>55</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ZEYTİNOĞLU Emin, İş Paylaşımı, İstanbul 2000, s.1 vd.; SÜZEK, s.224; İş paylaşımını diğer tam ve kısmi süreli çalışmalardan ayıran en önemli husus, işçinin işverene bağımlılığının kısıtlanmasındır (ZEYTİNOĞLU, Kısmi Süreli, s.463).

<sup>56</sup> BLOMEYER Wolfgang, Almanya'da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler, Çalışma Hayatında Esneklik, Flexibilitat Im Arbeitsleben, Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993 Semineri Tebliği, İzmir 1994, s.204; CENTEL, Kısmi Çalışma, 37.

<sup>57</sup> ARICI, s.77; SÜZEK, s.224; EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.28; KUTAL, Panel, s.62.

biri üç diğeri beş saat veya biri iki gün, diğeri dört gün ya da üç işçi günde ikişer buçuk saat çalışmak suretiyle paylaşabilirler<sup>58</sup>.

İş paylaşımında, gruba dahil bir işçinin herhangi bir nedenle iş görme edimini yerine getirememesi halinde diğerlerinin onun yerine geçme borcundan kural olarak söz edilemez. Buna karşılık, iş paylaşımı sözleşmesinin tarafları, sınırsız ve genel olmamak koşuluyla, zaman açısından veya belirli hallerle sınırlı olmak üzere sözleşmede yerine geçme borcunun varolduğunu kararlaştırabilirler. Sınırsız bir yerine geçme borcu sonuçta grupta yer alan işçiyi çağrı halinde sürekli olarak çalışmaya hazır bulunmaya zorlayacaktır. Bu durum ise, iş paylaşımı sözleşmesinin temel özelliğini oluşturan işçinin çalışma sürelerinin belirlenmesindeki serbestisi ile bağdaşmaz<sup>59</sup>.

İş paylaşımı ilişkisinde iki türlü ücret ödeme şekli düşünülebilir. İşveren iş ediminin yerine getirilmesinde sonra, kararlaştırılan ve yasal süreleri aşmayan zaman aralıklarına ücret ödeyebilir veya işçinin iş edimini gerçekten yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın, bir aya tekabül eden ortalama ücret hesap edilerek aylık ödemelerde bulunulabilir. Ancak aylık ortalama ücretler şeklinde ücret ödenmesinin geçerliliği hukuki açıdan şüphelidir<sup>60</sup>.

İş ilişkisinin sona ermesi açısından iş paylaşımı ilişkisi, sürenin dolması, işçinin ölüm, tarafların anlaşması ya da fesih yolu ile sona erdirilebilir. Burada ortaya çıkan sorun, işverenin grubu oluşturan her işçinin sözleşmesini ayrı ayrı feshedebilir mi? Yoksa grubun tamamının sözleşmesini aynı anda feshetmek zorunda mıdır? Bu herşeyden önce sözleşmenin yorumuna bağlıdır. Kural olarak işçileri önceden oluşmuş bir grup olarak değil, işverenle sözleşme yapmış, fakat işyeri-iş organizasyonunda bir araya gelmiş kişiler olarak görmek gerekir. Dolayısıyla, işverenin her işçinin iş sözleşmesini ayrı ayrı feshetmesi asıldır<sup>61</sup>.

İş paylaşımında grubu oluşturan işçilerden birinin iş sözleşmesi sona erdiğinde, diğer işçi veya işçilerin "iş şartlarında değişiklik" nedeniyle (İŞK.22) iş sözleşmesini derhal feshedip feshedemeyecekleri de ayrı bir sorundur. İş paylaşımının ayırıcı özelliğinin bir tam gün çalışma yerinin bir grup işçi arasında paylaşılması olduğu ve grubu oluşturan işçilerin kişilikleri önemli olduğu düşünülürse, soruya olumlu cevap verilebilir. Fakat hukukumuz açısından bunun ancak işverenin gruba dahil bir işçinin iş sözleşmesini bildirimli feshi halinde mümkündür. Çünkü bildirimli fesih için tarafların haklı sebep göstermek zorunluluğu yoktur. Sadece iş güvencesi hükümlerinin uygulama imkanının bulunduğu durumlarda geçerli sebep aranmaktadır. Bu nedenle işverenin feshinin diğer işçi açısından tek yanlı çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik olarak görülmesi mümkündür. Fakat sözleşmede aksi kararlaştırılabılır. Diğer yandan derhal fesih, işçinin iş sözleşmesini bildirimli feshi, geçersizlik,

<sup>58</sup> SÜZEK, s.224; EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.28.

<sup>59</sup> EYRENCİ, s.29-30; SÜZEK, s.224; CENTEL, Kısmi Çalışma, s.38-40.

<sup>60</sup> EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.31.

<sup>61</sup> EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.31-32.

işçinin ölümü ve tarafların anlaşması ile sözleşmenin sona ermesi durumlarında, diğer işçi veya işçilerin sözleşmeyi derhal fesih hakları yoktur<sup>62</sup>.

### 3. Kayan (Esnek) İş Süresi

Türk diline “kayan iş süresi” biçiminde aktarılabilecek olan çalışma türü, esnek kısmi çalışma türlerinin en eskilerinden birisidir<sup>63</sup>. Bu tür iş sözleşmeleri uygulamada iki şekilde ortaya çıkar. Bunlardan basit kayan iş süresinde, günlük iş süresi sabit kalmak koşuluyla işçi işe başlama, ara dinlenmesi ve işin bitim zamanını kendisi belirler. Nitelikli kayan iş süresinde ise işçi sadece işe başlama ve bitiş saatlerini değil, günlük iş süresinin uzunluğunu da kısmen belirleyebilir. Burada işçi, bir çekerdek zaman içinde işyerinde zorunlu olarak çalışmak koşuluyla günlük çalışma süresini kendisi kararlaştırmaktadır. İşçi bu şekilde, çalışmadığı süreleri fazla çalışma ücreti sözkonusu olmaksızın sonradan çalışarak telafi edebilmekte veya fazla çalıştığı süreleri daha sonra serbest zaman olarak kullanabilmektedir. Belirtilen yetkilerin işçiye tanınması, onun için son derece yararlı olmasına karşılık; işyeri için bu tür çalışma biçimin seçen işçinin, işyerinde yokluğunda yerine geçecek personeli sağlama güçlüğü gibi sorunları beraberinde getirir<sup>64</sup>.

### 4. Başka (Yan) İşte Çalışma

İşçi tek bir işverene bağlı olarak kısmi süreli çalışabileceği gibi değişik işverenlerle birden fazla kısmi iş ilişkisine girebilir veya esas işinin yanında başka bir işverenin işyerinde ek iş olarak kısmi süreli çalışma da yapabilir. Başka bir deyişle, kısmi süreli iş sözleşmesi asıl iş ilişkisi yanında bir yan (ek) iş olarak da ortaya çıkabilir. O halde, yan iş, tam süreli veya asıl iş ilişkisinin yanında yasal düzenlemelerin olanak tanıdığı ölçüde ücret karşılığı girilen ikinci bir iş olarak tanımlanabilir<sup>65</sup>.

Kısmi süreli çalışmalar, işçilerin özellikle işgücü arzının yeterli olmadığı zamanlarda, mesleki veya meslek dışı bazı ek işlerde çalışmalarını mümkün kılmaktadır. Burada, tam gün olarak çalışan bir işçi ayrıca ek iş olarak kısmen çalışabilmektedir. Tam gün çalışan bir kişinin ayrıca akşamları bir tiyatro vestiyerinde veya bir sinemada yer gösterici ya da özel günlerde veya hafta sonlarında bir lokantada garson olarak çalışması kısmi süreli ek işlere örnek gösterilebilir<sup>66</sup>.

Yan işten bahsedebilmek için bir asıl iş sözleşmesinin, başka bir deyişle işgücünün kullanımını baskın bir şekilde gerektiren bir iş ilişkisinin varlığı zorunludur. Eğer bir iş, diğerine göre aslilik-ferilik ilişkisi içinde bulunmuyorsa yani, yan iş olarak nitelendirilebilecek konumda değilse yan iş değil, birden fazla kısmi süreli iş sözleşmesi ortaya çıkar<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.32.

<sup>63</sup> CENTEL, Kısmi Çalışma, s.40.

<sup>64</sup> CENTEL, Kısmi Çalışma, s.41.

<sup>65</sup> SÜZEK, s.221-222.

<sup>66</sup> EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.19.

<sup>67</sup> SÜZEK, s.221-222; EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.19.

## IV. BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA KİSMİ SÜRELİ ÇALIŞMA İLE İLGİLİ BAZI SORUNLAR

### 1. Çalışma Süreleri

İş hukukunda esneklik arayışlarında temel amaçlardan birisi çalışma sürelerinde esnekliğe olanak sağlanmasıdır. Kısmi süreli çalışma çoğu kez işverenin yönetim hakkının genişlemesine imkan vermesine ve ona fayda sağlamasına rağmen, işçinin de zaman üzerinde hakimiyetini artırma olanağı sağlaması yönünden yararına olabilmektedir. Ayrıca, çalışma sürelerinde azalma ve esneklik meydana getirmek sureti ile boş zaman ve aile hayatında bir ahenk ve uyum sağlaması yönü ile de benimsenmektedir<sup>68</sup>.

Kısmi süreli çalışmada taraflar, çalışma sürelerini serbestçe düzenleyebilirler<sup>69</sup>. Ancak çalışma süreleri ile ilgili azami süre sınırlaması gibi sınırlamalara taraflar uymak zorundadırlar. Bu sınırlamalar hem işin niteliği hem de çalışma süresi bakımından sözkonusudur<sup>70</sup>.

Kısmi süreli çalışmada günlük çalışma sürelerinin azami miktarı, o işyerindeki normal çalışma sürelerine bağlı olarak tespit edilir. Birden çok işverenle kısmi süreli iş ilişkisi içindeki işçinin kısmi süreli çalışma süreleri de haftalık ve günlük çalışma süreleri ile ilgili Kanunun getirmiş bulunduğu sınırlama ve düzenlemelere uygun olmak zorundadır<sup>71</sup>.

İş sözleşmesinin tarafları aralarında kısmi süreli sözleşme yapma özgürlüğüne sahip iseler de, işçinin aynı anda birden fazla kısmi çalışma ilişkisine girmesi halinde değişik işyerlerindeki toplam çalışma süresi, işçinin sağlığının korunması amacıyla yasal azami süreyi aşamaz. Bu azami çalışma süresini aşmamak koşulu ile birden fazla işverenin yanında kısmi süreli çalışma yapılabilir<sup>72</sup>.

### 2. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma

Kısmi süreli çalışma ilişkisinde fazla çalışmayı tespit etmek de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkar. Fazla çalışma kavramı 4857 sayılı Kanunla önemli bir değişikliğe uğramıştır. Buna göre fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. Çalışma süresine ilişkin İşK.63. madde hükmüne denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi, bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz (İşK.41/1). Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda İşK.63'te belirtilen esaslar çerçevesinde uygulanan haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmadır (İşK.41/3).

<sup>68</sup> ARICI, s.78.

<sup>69</sup> EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.37.

<sup>70</sup> ARICI, s.79; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.69.

<sup>71</sup> EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.69; ARICI, s.79.

<sup>72</sup> SÜZEK, s.219; ULUCAN, s.58-59.

Bir işyerinde kısmi süreli çalışan bir işçinin, sözleşme ile kararlaştırılan haftalık çalışma süresinin üstünde, fakat 45 saatin altındaki çalışmaları “fazla çalışma” değil, “fazla sürelerle çalışma” sayılacak ve buna göre zamlı ücrete veya serbest zamana hak kazanacaktır. Ancak aynı anda farklı işverenlere ait birden fazla işyerinde kısmi süreli çalışan bir işçinin her işyerindeki çalışmaları ayrı ayrı değil, bütün işyerlerindeki çalışması toplam olarak dikkate alınmalıdır. Bu şekilde çalışan bir işçinin farklı işyerlerindeki toplam çalışma süreleri yasal haftalık azami çalışma süresini (45 saat) aşması halinde, hangi işyerindeki çalışmasının 45 saati aştığı ve dolayısıyla İşK.41 anlamında fazla çalışma kabul edileceği sorunu ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda zaman bakımından daha sonra yapılan fazla çalışmanın 45 saati aşan kısmı “fazla çalışma” olarak kabul edilmeli ve bu çalışmanın yapıldığı işyerinin işvereni İşK.41’de öngörülen veya sözleşmede kararlaştırılan fazla çalışma ücretini ödemesi sözleşmede kararlaştırılmışsa işçiye serbest zaman vermelidir<sup>73</sup>.

Ne var ki, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin<sup>74</sup> 8. maddesinin d fıkrasıyla kısmi süreli çalışan işçilere fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bir görüşe göre, Yönetmelikte yer alan hüküm Anayasaya ve Kanuna (İşK.41) aykırıdır. Bundan dolayı, söz konusu Yönetmelik hükmünün (m.8/d) uygulanmasından kaçınılmalı, bunun yerine İş Kanununun 41. maddesi uygulanmalı yani işçinin onayı ile fazla sürelerle çalışmaya olanak tanınmalıdır<sup>75</sup>. Başka bir görüşe göre, birden fazla çalışma ilişkisi içinde olan kısmi süreli işçinin, fazla saatlerle çalıştırılmak istenilen zaman diliminde bir başka işverenin yanında çalışmasının söz konusu olabilmesi ihtimali göz önünde tutulmalıdır<sup>76</sup>. Bununla birlikte, Yönetmelikteki yasağa rağmen işçi fazla sürelerle çalıştırılmışsa, bu çalışma karşılığı olarak işçiye zamlı ücret ödenmesi gerekir<sup>77</sup>.

Kanaatimizce, Yönetmeliğin kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmayı yasaklayan hüküm, İş Kanununun öngörmediği bir yasağı içermektedir ve bu yüzden Kanuna aykırıdır<sup>78</sup>.

### 3. Eşitlik İlkesi

4857 sayılı Kanunla kısmi süreli çalışanlara yönelik ayrımcılığın önlenmesi amacı ile, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, işçinin salt kısmi süreli çalışmasından dolayı tam süreli çalışan işçiye göre farklı işleme tabi tutulamayacağı kuralı açıkça düzenlenmiştir<sup>79</sup>. Kanunun 13/2 hükmüne göre, “kısmi süreli iş sözleşmesi

<sup>73</sup> EYRENCİ Öner, 4857 Sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Çeşme 2003, s.161; ZEYTİNOĞLU, Kısmi Süreli, s.459.

<sup>74</sup> RG., 6.4.2004, 25425.

<sup>75</sup> SÜZEK, s.220.

<sup>76</sup> SOYER Polat, Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.3, Temmuz-Ağustos-Eylül 2004, s.808.

<sup>77</sup> SOYER, s.808.

<sup>78</sup> Aynı yönde, CANIKLIOĞLU, s.179.

<sup>79</sup> EYRENCİ, 4857 Sayılı, s.6; ANDAÇ, s.12; Ayrım yasağı, Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin 119. maddesine uygun olarak, 97/ 81 nolu direktifte de bulunmaktadır. Direktifin 4. maddesine göre, eğer haklı neden yoksa tam gün çalışan ve kısmi süreli çalışanlar arasında ayrım yapılmayacaktır. Anılan hükümde, İş Ka-

ile çalıştırılan işçi ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz". Buna göre işyerinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi hakkında, sadece tabi olduğu sözleşme türü gerekçe gösterilerek, tam süreli çalışan emsal işçiden<sup>80</sup> farklı işlem yapılamaz. Burada ayırım yapmayı haklı gösteren bir nedenin varolması durumu saklıdır. Dolayısıyla sürekli ve tam süreli işlere özgü çalışmalarda, işin niteliği gereği özel eğitim gerektiren veya işyerinde sürekli bulunmayı zorunlu kılan işlerde, işin bu özelliğinden kaynaklanan farklı işlemlerin eşitlik ilkesine aykırı düştüğü söylenemez<sup>81</sup>.

Kanunun madde gerekçesinde belirtildiği gibi kısmi süreli çalışanlara yönelik ayrımcılığın kaldırılması hedef alınırken, tüm çalışma şartlarından yararlanmada tam süreli çalışanlarla eşit duruma getirilmeleri de düşünülemez. Aksi halde bir eşitsizlik ortaya çıkar. Bu açıdan ayırım haklı kılan nedenlerin bulunması durumunda her iki tür sözleşmelerle çalışanlar arasında farklılıklar olması doğal karşılanacaktır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçi, işyerine haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibariyle hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi, öğleden sonra çalışmaya başlayan işçinin, işverenin sabahları işe başlamak üzere tahsis ettiği servis aracından veya öğle yemeğinden yararlanması da mümkün değildir. Ancak, bu durum ayırım yapıldığı anlamına gelmez.

Aynı şekilde, yaş, kıdem, öğrenim durumu gibi objektif ölçütler dikkate alınarak yapılan uygulamalarda tam gün çalışan bir işçiyle, kısmi süreli işçi arasında farklılıklar ortaya çıkması da işverenin eşit davranma borcunu zedelemesiz<sup>82</sup>.

Kısmi süreli iş sözleşmesinin düzenlendiği İşK.13'te özel olarak ayırım yasağı düzenlenmiş olmasına rağmen, buna uyulmamasının yaptırımı düzenlenmemiştir. Kanunun "eşit davranma ilkesi" başlıklı 5. maddesinde çeşitli ayırım yasakları ile birlikte, "işveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye... farklı işlem yapamaz" (İşK.5/2) hükmünü getirmiştir. Bu maddede ayırım yasakları sayıldıktan sonra, bunlara uyulmamasının yaptırımı açıkça öngörülmüştür<sup>83</sup>. Buna göre, "iş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep eder (İşK.5/6).

nunundaki düzenlemeye benzer şekilde gerektiğinde "oranlama" imkanı açık bırakılmıştır (ZEYTİNOĞLU, Kısmi Süreli, s.455-456).

<sup>80</sup> Emsal işçi kavramı İş Kanununun 13/3. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre, "emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolundaki şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır". Kanundakine benzer emsal işçi açıklaması Avrupa Topluluğunun 97/81 nolu direktifinin 3. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre, "aynı işyerinde aynı türden iş sözleşmesi yapmış veya aynı türden iş ilişkisi içindeki ve aynı veya benzer işte çalışan, bunun yanı sıra çalışma süresi ve nitelik açısından da birbirine benzer özellik taşıyan kişidir (ZEYTİNOĞLU, Kısmi Süreli, s.453).

<sup>81</sup> EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.68; ULUCAN, s.56-57.

<sup>82</sup> EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.49; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.68-69.

<sup>83</sup> EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.68-69; ULUCAN, s.57.



Kısmi süreli çalışanlara karşı eşitlik ilkesine uyulmaması durumunda İşK.5'te belirtilen tazminat bakımından bir zamanaşımı süresi öngörülmemiş olması ve yaptırım olarak da bir tazminattan bahsediliyor olması nedeniyle BK.126'daki genel kural gereği burada da 10 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması doğru olacaktır.<sup>84</sup>

Örneğin Eşitliğe aykırı davranıldığını ispat yükü, İşK.21 hükmü saklı kalmak kaydıyla işçidedir. Bu durum MK.6'da düzenlenmiş olan "herkes iddiasını ispat etmekle yükümlüdür" ilkesine uygundur. Ancak düzenlemede bir karine öngörülmüştür. İşçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren durumu ortaya koyduğunda, ispat yükü yer değiştirecektir (İşK.5/son). Bu halde işveren böyle bir ihtimalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur. Buradaki karine, işçi tarafından ortaya konulan durumun, hayatın olağan akışına göre bir aykırılığın mutlak surette beklenmediği kabul edilen hallerdir.<sup>85</sup>

#### 4. Ücret

Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir (İşK.13/2). Buna göre, sözleşmelerle kararlaştırılarak ya da işverenlerce tek taraflı uygulamalar sonucu olarak işçilere sağlanan prim ve ikramiye gibi ödemelerle, evlenme ve doğum yardımları, çocuk zammı, bayram ve izin harçlıkları, yakacak yardımı gibi sosyal yardımlardan tam süreli çalışan işçiler yanında, kısmi süreli işçiler de yararlanırlar. Ancak Kanunda belirtildiği gibi, bölünebilir menfaatlerle ilgili olarak, kısmi süreli çalışan işçi, aksine bir kararlaştırma yoksa, çalışma süresi ile orantılı olarak bunlara hak kazanabilir.<sup>86</sup>

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere örneğin, işyerinde haftalık çalışma süresi 45 saat olan tam süreli çalışan işçi yılda 60 YTL yakacak yardımı alıyorsa, haftada 15 saat kısmi süreli çalışan işçiye aynı yardım 20 YTL olarak ödenecektir. Buna karşılık bölünmeyen bir haktan yararlanma şartları bulunduğunda her iki türdeki sözleşmeler arasında bir farklılık sözkonusu olmayacaktır. Örneğin, belirsiz süreli ve kısmi süreli iş sözleşmelerinde bildirim süresi, tam süreliden farklı olamaz. Gerek kanuni bildirim süreleri ve gerek sözleşmeyle belirlenen süreler her iki sözleşme türünde de aynı olabilir.

Kanunda (İşK.13/2) belirtilen kuralın tek istisnası toplu iş sözleşmesi hükümleridir. "Toplu iş sözleşmesi özerkliği" ilkesi gereği, "kanun ve tüzüklerin emredici hükümlerine" aykırı olmadığı süre (AY.53/1, TİSGLK.2,5,6) taraflarca "ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesine konulan hükümler saklıdır" (SenK.31/4, İşK.5/6).

<sup>84</sup> ULUCAN, s.57; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.68.

<sup>85</sup> EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.69; ULUCAN, s.57.

<sup>86</sup> ÇELİK, İş Hukuku, s.89; EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.49; CENTEL, Kısmi Çalışma, s.64; EYRENCİ, 4857 Sayılı, s.6; Ancak, işçilerin işe giriş ve gelişlerindeki yol masraflarını karşılamak üzere belirli bir ödeme yapılıyorsa, işyerinde her gün yarım gün çalışan işçiye bunun yarısı ödenemez (EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.49).

Toplu iş sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların karşılıklı serbest iradeleriyle yaptıkları kısmi süreli iş sözleşmeleri, mevzuatın belirlediği ücret ve diğer çalışma koşullarının altında olamayacağı gibi, tam süreli emsal işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerinin de altında olamayacaktır. Ancak kısmi süreli işçiye bu menfaatler çalıştığı süreyle orantılı olarak ödenecektir. Bununla birlikte belirli süre için ödenecek ücret, hiçbir şekilde aynı süre için hesaplanacak asgari ücretin altına düşmeyecektir<sup>87</sup>. Asgari Ücret Yönetmeliği'ne göre de, "asgari ücretin bir günlük ücret olarak saptanması asıl olmakla birlikte, aylık, haftalık, saat başına, parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen durumlar buna göre ayarlanır" (Yön.4). Birden çok işyerinde kısmi süreli çalışan işçinin asgari ücreti de çalıştığı gün veya saatler oranında hesaplanır<sup>88</sup>. Yargıtay'a göre günlük asgari ücret 7.5 saat çalışmanın karşılığı olduğundan, kısmi süreli olarak çalışmanın da buna göre hesaplanması gerekir<sup>89</sup>. Tam süreli emsal işçinin ücreti asgari ücretin üzerindeyse, kendisine ikramiye ödeniyorsa, kısmi süreli işçiye de aynı ve ikramiye çalıştığı süreyle orantılı olarak ödenecektir<sup>90</sup>. Ayrıca, işyerinde çalışan işçilerin niteliklerine uygun açık yer bulunduğu, kısmi süreli tam süreli veya tam süreli kısmi süreliye geçirilme istekleri işverence dikkate alınır ve boş yerler zamanında işçilere duyurulur (İŞK.13/4).

### 5. Ücretli Tatiller

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanlar gibi yararlanırlar. Farklı işleme tabi tutulamazlar<sup>91</sup>. Yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için gereken bir yıllık sürenin hesabında, işçinin işe başladığı günden itibaren, bu kişinin iş görmesi gereken günlerde çalışmasını sürdürmüş olması koşuluyla, bir yılın doldurulması yeterlidir. Bu itibarla, yıllık ücretli izne ilişkin bekleme süresi, kısmi süreli çalışan işçinin salt fiilen çalıştığı günler ile çalışılmış gibi sayılan sürelerin (İŞK.55) toplanması suretiyle bulunmaz<sup>92</sup>. Kanunda (İŞK.53/1), ifade edildiği gibi, "işyerinde işe başladığı günden itibaren ... en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir". Buna göre, işçi ister günlük iş süresini kısa yapsın, ister haftanın belirli günlerinde çalışsın, işyerine girdiği günden başlayarak en az bir yılın geçmesi ile bu izne hak kazanmış olacaktır<sup>93</sup>. Ancak kısmi süreli olarak çalışan işçinin bu süre içinde iş görmesi gereken günlerde çalışmış bulunması gerekli ve yeterlidir<sup>94</sup>.

<sup>87</sup> DEMİR, Uygulama, s.49.

<sup>88</sup> DEMİR, Uygulama, s.49; KUTAL, Panel, s.71.

<sup>89</sup> Yargıtaya göre, "öncelikle davacının ayda toplam kaç gün veya kaç saat çalıştığı kesin olarak saptanmalı, daha sonra asgari ücretin bu süreye tekabül eden miktarı üzerinden davacının alacağı belirlenmelidir (Y9HD.. 16.10.2003, 4877/ 17229, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, Ocak-Şubat- Mart 2004, s.193-194); Aynı yönde, Y9HD, 3.7.1996, 9759/15333, Tekstil İşveren Dergisi, Kasım 1996, s.16; Y9HD, 16.5.1994, 7505/7380, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1995, s.19-20.

<sup>90</sup> DEMİR, Uygulama, s.48-49.

<sup>91</sup> ULUCAN, s.58; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.70.

<sup>92</sup> CENTEL, Kısmi Çalışma, s.66.

<sup>93</sup> KUTAL, Panel, s.75.

<sup>94</sup> ÇELİK Nuri, Kısmi Süreli Çalışmada Kıdem Hesabı, Kamu-İş, C.6, S.4, Ankara 2002, s.10.

Birden çok işveren yanında kısmi süreyle çalışan işçiler için, bekleme süresi aynı biçimde ve her bir işveren bakımından ayrı ayrı hesaplanmak zorundadır. Buna göre birden çok işyerinde kısmi süreyle çalışan işçi bir yıllık süreyi ilişkin olduğu işyeri bakımından doldurduğu takdirde yıllık ücretli izne hak kazanır<sup>95</sup>. Başka bir ifade ile her işverenin İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasında kendi işyeri ile sorumlu tutulması gerekir<sup>96</sup>.

Kısmi süreli bir işte çalışan işçiye tanınacak yıllık ücretli izin süresinin uzunluğu Kanunda (İşK.53) öngörülen asgari izin süreleri kadar olmalıdır. İşveren tam süreli çalışan işçileri dikkate alarak kısmi süreli çalışanların süresinden bir indirim yapamaz. Çünkü burada da işçi işyeriyle ilişkisini en az bir yıldan beri devam ettirmiştir<sup>97</sup>.

İşçiye izinli bulunduğu süre için peşin olarak verilecek ücret konusunda, kural olarak işçiye izinde bulunduğu günlerde çalışsa idi ne kadar ücret alacak idi ise o miktarda ücretin hesaplanarak ödenmesi gerekir. Aksi halde işçiye çalıştığı döneme nazaran tatil günleri için daha yüksek bir ücret ödenmesi gerekecektir ki bunun haklı olduğu ileri sürülemez<sup>98</sup>.

Kısmi çalışma işçinin birden çok işverene bağlı olarak çalışmasına olanak tanımaktadır. Sözkonusu işverenlerden her birinin, kısmi süreli çalışan işçiye aynı dönem içinde yıllık izin kullandırması durumunda herhangi bir sorun çıkmaz. Ancak, gerek değişik işyerlerindeki kıdem süresinin dolmaması ve gerekse aynı döneme raslatmanın toplu izin uygulamaları gibi nedenlerle mümkün olmayışı durumunda işçi izin süresi içinde çalışmak zorunda kalabilmektedir. Bu şekilde yapılan çalışmanın "izinde çalışma yasağı" (İşK.58) kapsamında değerlendirilmemesi gerekir<sup>99</sup>. Çünkü buradaki çalışma yıllık izin sırasında bulunup çalışılan bir iş değildir. İşçiyi kısmi süreli istihdam eden işverenin aynı işçinin başka işyerinde de çalışabileceğini dikkate alması gerekir<sup>100</sup>.

Kısmi süreli iş sözleşmeleri ile çalışanların İş Kanununda düzenlenmiş olan hafta tatili hakkı ve dolayısıyla ücretinden yararlanmaları gerekir. Haftanın 6 iş günü değişik işyerlerinde veya aynı işverenin işyerlerinde kısmi süreli çalışan işçi mutlaka ücretli 24 saatlik hafta tatilinden yararlanacaktır. Haftanın 6 iş günü yarım gün çalışan bir işçi aynı koşullarda Pazar günü çalışmadığı halde hafta tatili ücretini hak edecektir. Kanunun gerekçesinde de ifade edildiği gibi işçi işyerinde haftanın iki işgünü iş görmeyi üstlendiği hallerde ise hafta tatili ücretine hak kazanamayacaktır<sup>101</sup>.

<sup>95</sup> CENTEL, Kısmi Çalışma, s.66.

<sup>96</sup> EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.70.

<sup>97</sup> KUTAL, Panel, s.75; CENTEL, Kısmi Çalışma, s.66-67.

<sup>98</sup> KUTAL, Panel, s.75; CENTEL, Kısmi Çalışma, s.67.

<sup>99</sup> EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.62; CENTEL, Kısmi Çalışma, s.67; KUTAL, Panel, s.75.

<sup>100</sup> KUTAL, Panel, s.75-76.

<sup>101</sup> GEREK Nüvit, Kısmi Süreli Çalışmaların Bireysel İş Hukukumuzdaki Yarattığı Sorunlar, Tühis, C.12, S.2, Ağustos 1990, s.5; ULUCAN, s.58; TUNCAY'a göre, hafta tatili ücretine hak kazanabilmek için işçinin tatilden önceki çalışma sürelerinde tam olarak çalışması gerekir (TUNCAY A.Can. İş Sözleşmesinin Türle-

İş Kanunu (İşK.44,47) ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinin ödeneceği kişileri, çalışma türlerine göre ayırmış değildir. Bu bakımdan, çalışacağı gün ulusal bayrama veya genel tatil günlerine rastlayan işçinin sözkonusu günlere ait tatil ücretlerinden yararlanması gerekir. Belirtilen esas haftanın bütün iş günlerinde kısaltılmış iş süreleriyle çalışan işçiler için olduğu kadar, haftanın bazı günlerinde tam veya kısa sürelerle çalışan işçiler bakımından da geçerli olmalıdır. Ancak, haftanın çalışılan günlerinin bazılarında çalışanların sözkonusu tatil ücretlerinden yararlanabilmeleri; ulusal bayram ve genel tatil günlerinin, bunların normalde çalışmak durumunda oldukları günlere rastlamasına bağlıdır<sup>102</sup>.

### 6. İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı

Kısmi süreli iş sözleşmeleri, sürekli veya süreksiz olarak yapılabileceği gibi belirli süreli ya da belirsiz süreli de yapılabilir<sup>103</sup>. Kısmi süreli çalışanlar iş sözleşmelerinin sona ermesinde tam süreli çalışanlara uygulanan kurallara tabi olurlar<sup>104</sup>.

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan kişilerin, kıdem tazminatına esas olacak kıdemini hesaplanması konusu tartışmalıdır. Birinci görüşe göre, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçinin kıdemi, işçinin fiilen çalıştığı sürelerin birleştirilmesiyle bulunacak süre üzerinden hesaplanacaktır<sup>105</sup>. Yargıtay'ın verdiği eski kararlar da bu görüşü desteklemektedir<sup>106</sup>. İkinci ve bizim de katıldığımız görüşe göre, kıdem tazminatına esas olacak kıdem hesaplanmasında işçinin fiilen çalıştığı günlerin toplanmasıyla bulunacak sürenin değil, iş sözleşmesinin devam süresinin göz önünde bulundurulması gerekir<sup>107</sup>. Gerçekten, Kanunda kıdem süresinin hesabında

ri ve Yeni İstihdam Biçimleri, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi "Yeni İş Yasası Sempozyumu" İstanbul 2003, s.136).

<sup>102</sup> CENTEL, Kısmi Çalışma, s.65; KUTAL, Panel, s.74; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.69.

<sup>103</sup> DEMİR, Uygulama, s.51; ÇELİK, İş Hukuku, s.89; SÜZEK, s.219.

<sup>104</sup> SÜZEK, s.220; EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.63; KUTAL, Panel, 76; Kanunun gerekçesinde de belirtildiği gibi kısmi süreli iş sözleşmelerinde fesih bildirim süreleri farklı olamaz. Buna benzer şekilde Yargıtayın da kısmi süreli çalışanlara da ihbar tazminatı ödenmesi gerektiği konusunda kararı vardır (Y9HD, 7.10.2003, 2828/ 16324, YKD, Nisan 2004, 548-549); Yine kısmi süreli olarak çalışan işçinin iş sözleşmesi feshedildiğinde verilmesi gereken günlük iki saat yeni iş arama iznini iş sözleşmesi gereği çalıştığı iş günlerindeki iş saatlerinde ücretinde bir kesinti olmadan kullanacaktır. Burada paraya ilişkin bölünebilir menfaat söz konusu olmadığı için yasayla getirilen ayırım yasağına uygun olarak iki saatlik yeni iş arama izninin çalıştığı saatlere oranlanması mümkün değildir (EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.70).

<sup>105</sup> DEMİR, Uygulama, s.51.

<sup>106</sup> Yargıtay verdiği kararlarda, "haftanın üç günü belirli saatlerde işyerine gelip çalışan aylıklı bir işçinin, işe girişi ve ölüm tarihleri arasında çalıştığı günler toplamı bir yılı geçtiği takdirde, her tam yıl ve küsuru için yasanın öngörülen esaslara göre kıdem tazminatı ödenmesi gerektiğini" belirtmiştir (Y9HD, 1.5.1986, 3374/4502, TÜHİS, Mayıs-Temmuz 1986, s.16; Y9HD, 21.5.1991, 753/8770, Karar ve incelemesi için bkz. EYRENCİ Öner, İş Hukuku Dergisi, Temmuz-Eylül 1991, s.378 vd); Başka bir kararında da, "bir holdinge bağlı altı şirkete muhasebe hizmeti veren bir işçinin altı şirketten aldığı ücretlerin toplamı üzerinden tavan sınırlanmış ücretli suretyle bulunacak tek bir kıdem tazminatı tutarından davalı şirkete isabet eden miktara karar verilmesi gerekir" (Y9HD, 5.5.1987, 4243/4582, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 1987, s.27,27); Yargıtay ayrıca, bir işyerinde kısmi süreli çalışan işçinin başka işverenlerin işyerinde de kısmi süreli çalışmasının kıdem tazminatına hak kazanmasını engellemeyeceğini hükmetmiştir (Y9HD, 28.2.1991, 12075/3125, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 1991, s.15.16); Aynı yönde, Y9HD, 31.3.2003, 1377/ 5437, Çimento İşveren, Temmuz 2003, s.52.

<sup>107</sup> SÜZEK, s.220; EYRENCİ, 4857 Sayılı, s.6; ULUCAN, s.60; ÇELİK, İş Hukuku, s.282-283.

sadece haftanın çalışılan günlerinin dikkate alınacağını öngören bir hüküm yoktur. Tam gün ya da tam hafta çalışıp çalışmamaya göre bir ayırım yapılmaksızın, Kanunda "işçinin işe başladığı tarihten itibaren iş sözleşmesinin devamı süresince her geçen tam yıl için işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir" hükmüne açıkça yer verilmesi karşısında, işçinin çalıştığı günler toplanarak kıdemi hesaplanamaz. Esasen sadece kıdem tazminatı açısından değil, genel olarak kısmi süreli çalışan işçinin kıdemini hesaplamada iş sözleşmesinin devam süresinin dikkate alınması kuralı kabul edilmelidir<sup>108</sup>. Yargıtay da doktrin tarafından yöneltilen haklı eleştiriler üzerine görüşünden dönmüş ve "iş sözleşmesinin devam süresinin" göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde kararlar vermektedir<sup>109</sup>.

İşçinin, kısmi süreli çalışma sistemi gereği, taraflar arasında aksine bir sözleşme yoksa veya iyiniyet kuralları ve haksız rekabet hükümleri doğrultusunda engelleyici bir durum yoksa, başka bir işte çalışması da mümkündür. Bu durumda kıdem tazminatının nasıl hesaplanacağı sorunu ortaya çıkar. İş Kanununun 5. maddesinde ayrıntılı olarak belirtilen ayrımcılığı engelleyen hükümler de dikkate alındığında, farklı işverenlerle yapılan sözleşmelerin ayrı ayrı ele alınması uygun olacaktır. Burada çalışanın, her işverenden ayrı ayrı kıdem tazminatı istemesi ve miktarın 1475 sayılı Kanunun 14. maddesine göre belirlenen tavan miktar dikkate alınarak hesaplanması gerekmektedir<sup>110</sup>.

Yine Yargıtay'a göre, Kısmi süreli çalışma hallerinde, kıdem tazminatı hesabında davacıya kısmi süreli çalışma karşılığı olarak ödenen aylık ücreti dikkate alınmalıdır<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> SÜMER Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2000, s.112-113; ÇELİK, İş Hukuku, s.282-283; EYRENCİ, Kısmi Süreli, s.66.

<sup>109</sup> Yargıtay'a göre, kısmi süreli olarak çalışan bir işçinin kıdem tazminatı hesabına esas hizmet süresinin belirlenmesinde iş sözleşmesinin başlangıcı ile sona ermesi arasındaki çalışılan ve çalışılmayan günler ayırımı yapılmaksızın tüm süre göz önüne alınmalıdır (Y9HD, 27.9.2000, 8184/12733. GÜNAY Cevdet İlhan, Şerhli İş Kanunu, C.1, Ankara 2001, s.944); Aynı yönde, Y9HD, 21.5.2001, 6063/8620, TÜHİS, Mayıs-Ağustos 2001, s.60-61; Y9HD, 4.4.2001, 2036/5526, YKD, Şubat 2002, s.217-218; YHGK, 12.3.2003, 21-143/159, Özel Arşiv.

<sup>110</sup> ZEYTİNOĞLU, Kısmi Süreli, s.458-459; EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN' a göre, kıdem tazminatının hesaplanmasında her sözleşmeye göre kıdem tazminatı tavanı ayrıca dikkate alınır. Farklı ücretler birleştirilerek tavanın aşıp aşılmadığı hesaplanamaz (EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s.70).

<sup>111</sup> Y9HD., 13.12.2004, 9961/ 27728, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.6, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s.731-732.

## SONUÇ

Kısmi süreli çalışma, 4857 sayılı İş Kanunu'nda ilk defa düzenleme alanı bulmuştur. Düzenleme yapılırken ülkemizde uygulaması gittikçe artan kısmi süreli çalışmayı teşvik amaçlanmıştır. Yine düzenlemede Avrupa Birliğinde Konsey tarafından 97/81 sayılı Yönerge ile yürürlüğe konulan "Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması"ndaki ölçütler dikkate alınmıştır.

İş Kanunu'nun 13. maddesinde tanım yapıldıktan sonra ayırım yasağına değinilmiştir. Ayrıca 14. maddede kısmi süreli çalışmanın türü olan ve uzun yıllardan beri uygulaması bulunan "çağrı üzerine çalışma" düzenlenmiştir. Ancak uygulamada çok sık görülen bir çalışma türünün daha ayrıntılı ve açık biçimde düzenlenmesi daha yararlı olacaktır.

İlk defa 4857 sayılı Kanunla düzenlenmiştir şeklinde bir ifade kullanmamıza rağmen ilgili düzenlemede uygulamada rastlanan sorunları çözmeye yönelik ifadeleri görememekteyiz. Ücret ve eşit davranmaya ilişkin herhangi bir sorun olmamakla birlikte çalışma süreleri ve fazla çalışma, yıllık ücretli izin, hafta tatili, iş sözleşmesinin sona ermesi ve işçinin kıdeminin belirlenmesi konuları halen yorum yoluyla çözümlenebilmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu ile bu tür konuların da açıklığa kavuşması yerinde olurdu.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKTEKİN** Şeyda: Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Çerçeve Anlaşma Işığında İş Kanunu Tasarısı'nın Kısmi Süreli Çalışmaya İlişkin Hükmü, Mercek, Nisan 2003.
- AKYİĞİT** Ercan :İş Hukuku, B.3, Ankara 2003.
- ANDAÇ** Faruk: Yeni İş Kanunu'nun Öngördüğü Yükümlülükler, İşveren Dergisi, C.41, S.10, Temmuz 2003.
- ARICI** Kadir :Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu'nda Çalışma Süreleri, Kamu-İş, Ankara 1992.
- BLOMEYER** Wolfgang: Almanya'da İstihdam İlişkilerinin Esnekleştirilmesi Yönünde Denemeler, Çalışma Hayatında Esneklik, Flexibilitat Im Arbeitsleben, Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993 Semineri Tebliği, İzmir 1994.
- BOSCH** Gerhard :Social Europe, Supplement 1/95, Flexibility and Work Organisation, Brussels: Office for Official Publications of European Communities, 1995.
- BUDELMEYER** Hielke/ **MOURRE** Gilles/ **WARD** Melanie: Recent Developments in Part-Time Work in EU Countries: Trends and Policy, IZA Discussion Paper No.1415, November 2004.
- CANIKLIOĞLU** Nurşen: 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III. Yılında Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, 21-25 Eylül 2005 Bodrum.
- CENTEL** Tankut: İş Hukuku, C.I, İstanbul 1994 (İş Hukuku).
- CENTEL** Tankut: Kısmi Çalışma, İstanbul 1992 (Kısmi Çalışma).
- ÇELİK** Nuri: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2005 (İş Hukuku).
- ÇELİK** Nuri: Kısmi Süreli Çalışmada Kıdem Hesabı, Kamu-İş, C.6, S.4, Ankara 2002 (Kısmi Süreli).
- DEDERICS** Eric/ **EBERHARD** Köhler: Part-Time Work in European Community: The Economic and Social Dimension, Dublin: Office for Official Publications of the European Communities.
- DELSEN** Lie: European Trade Unions and the Flexible Workforce, Industrial Relations Journal, Winter 90, Vol.21, Issue 4.
- DEMİR** Fevzi: İş Güvencesi ve 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri, İzmir 2003 (İş Güvencesi).
- DEMİR** Fevzi: En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005 (Uygulama).
- EYRENCİ** Öner: İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk İş Hukuku, Prof.Dr. Münir Ekonomi'ye 60. Yaş Günü Armağanı, Ankara 1993 (Türk İş Hukuku).

- EYRENCİ** Öner: Türkiye’de Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi, Çalışma Hayatında Esneklik, Flexibilitat Im Arbeitsleben, Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993 Semineri Tebliği, İzmir 1994 (Türkiye’de).
- EYRENCİ** Öner: 4857 Sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Çeşme 2003 (Yeni Düzenlemeler).
- EYRENCİ** Öner: 4857 Sayılı Yeni İş Kanunu, İşveren Dergisi, C.41, S.10, Temmuz 2003 (4857 Sayılı).
- EYRENCİ** Öner: Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989 (Kısmi Süreli).
- EYRENCİ** Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.1, İstanbul 2004.
- EYRENCİ** Öner/ **TAŞKENT** Savaş/ **ULUCAN** Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2005.
- GEREK** Nüvit: Kısmi Süreli Çalışmaların Bireysel İş Hukukumuzdaki Yarattığı Sorunlar, Tühis, C.12, S.2, Ağustos 1990.
- GÜLMEZ** Mesut: Kısa Süreli Çalıştırma ve Fransa’da Kamu Kesiminde Yarım Zaman ve Kısa Süreli Çalışma Deneyimleri, Amme İdaresi Dergisi, C.17, S.2, Haziran 1984.
- GÜNAY** Cevdet İlhan: Şerhli İş Kanunu, C.1, Ankara 2001.
- HUECK** Götz: Almanya’da Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesine Yönelik Çalışmalar -Çev.Öner Eyrenci-, Çalışma Hayatında Esneklik, Flexibilitat Im Arbeitsleben, Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993 Semineri Tebliği, İzmir 1994.
- HUSSMANN S./ MEHRAN F.V.:** Surveys of Economically Active Population Employment, Unemployment and Underemployment: an ILO Manual on Concepts and Methods, Geneva 1990.
- KENAR** Necdet: Yeni İş Kanunu’nun İstihdama Muhtemel Etkileri, Mercek (Özel Sayı), Temmuz 2003.
- KUTAL** Gülten: Uluslararası Boyutlarıyla Türkiye’de Kısmi Süreli Çalışma ve Geleceği, Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli, Ankara 1991 (Kısmi Çalışma Paneli).
- KUTAL** Metin: Kısmi Süreli Çalışmanın Hukuki Esasları, Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli, Ankara 1991 (Panel).
- KUTAL** Metin: Türk Çalışma Yaşamında Yeni Bir Dönem: 4857 Sayılı İş Kanunu, Mercek (Özel Sayı), Temmuz 2003.
- NAZLI** Seçkin: Kısmi Çalışmanın Türk Çalışma Hayatına Uygunluğu Üzerine Bir Yaklaşım, Prof.Dr. Aydın Aybay,a Armağan, İstanbul 2004.
- MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi : İş Hukuku, Ankara 2005.



- MUTLU Savaş** :Esnek Çalışma Uygulamalarında Elektronik İletişim Sistemleri, [http://www.mcozden.com/ikf10\\_ecueis.htm](http://www.mcozden.com/ikf10_ecueis.htm), 12.12.2005.
- PUR Necla**: Türkiye’de Kadın İşgücü İstihdamı ve Kısmi Süreli Çalışmadaki Gelişmeler, Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli, Ankara 1991.
- SERTER Nur**: Kısmi Çalışma, Hukuki Esasları ve Sosyo-Ekonomik Yönleriyle Kısmi Çalışma Paneli, Ankara 1991.
- SOYER Polat**: Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S.3, Temmuz-Ağustos-Eylül 2004.
- SUBAŞI İbrahim**: Çalışma Sürelerinin Hukuki Durumu, Hukuk Dünyası, S.1, Ocak-Şubat-Mart 2005.
- SÜMER Haluk Hadi**: İş Hukuku, Konya 2005(İş Hukuku).
- SÜMER Haluk Hadi**: İş Hukuku Uygulamaları, Konya 2000 (Uygulamaları).
- SÜZEK Sarper** :İş Hukuku, İstanbul 2005.
- ŞAHLANAN Fevzi**: Yeni İş Kanununun Genel Hükümleri, Tartışmalar- Sorular ve Cevaplar, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Çeşme 2003.
- TOKOL Aysen** : Avrupa Topluluğunda Part-Time Çalışma, Bursa 1992.
- TUNCAY A.Can**: İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri, İstanbul Barosu ve Galatasaray Üniversitesi “Yeni İş Yasası Sempozyumu” İstanbul 2003.
- TURAN Kamil** :Ferdî İş Hukuku, Kamu-İş, Ankara 1993.
- ÜNAL Ayşe**: Avrupa’da Kısmi Çalışma ve Uygulamanın Genel Özellikleri, Kamu-İş, C.8, S.1, Ankara 2005.
- ULUCAN Devrim**: İş Sözleşmesi Türleri, Yeni İş Yasası Seminer Notları ve İş Kanunu, Çeşme 2003.
- ZENGİNGÖNÜL Oğul** : Sosyal Politika-Esnek Çalışma Biçimleri Paradoksunda Avrupa Birliği Örneği, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.5, S.4, İzmir 2003.
- ZEYTİNOĞLU Emin** :Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri ve 4857 Sayılı İş Kanunundaki Görünüm, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXII, S.1-2, İstanbul 2004 (Kısmi Süreli).
- ZEYTİNOĞLU Emin**: İş Paylaşımı, İstanbul 2000 (İş Paylaşımı).

# NİCE ZİRVESİ SONRASINDA AVRUPA TOPLULUKLARI YARGI SİSTEMİNDE MEYDANA GELEN DEĞİŞİKLİKLERE BİR BAKIŞ

İlke GÖÇMEN\*

## GİRİŞ

ATAD ve İDM Avrupa Birliği'nin yargı erkini oluşturmaktadır. Kuruluşundan bugüne Avrupa Topluluklarının yargı sisteminin yapısı ve işleyişi üzerindeki en büyük değişiklik, 1988 yılında kurulan İDM olmuştur. 1999 yılında yürürlüğe giren ve kurucu antlaşmaları değiştiren Amsterdam Antlaşması, yargısal reform beklentilerine karşılık verememiştir.

2003 yılında yürürlüğe giren Nice Antlaşması ise Toplulukların yargı sisteminin değişimine olanak tanıyan pek çok yeni düzenleme getirmiştir. ATAD ile İDM birbirinden ayrılarak, her birinin kendi yetki alanı içerisinde hukuka saygıyı sağlayacağı belirtilmiştir. Buna ek olarak, belirli alanlarda yetki kullanmak üzere İDM'ye bağlı adli panellerin kurulabilmesinin yolu açılmıştır. ATAD'ın artan iş yükünün hafifletilmesi için, belirli alanlarda önkara başvurularının İDM tarafından sonuçlandırılabilceği hükmü antlaşmaya eklenmiştir. Tüm bu gelişmeler, ileride ATAD'ın Topluluk hukukunun önemli sorunlarına odaklanmasını sağlamak amacını taşımaktadır.

Bu çalışmada ATAD'ın Toplulukların gelişimi üzerindeki rolü üstünde durulmamıştır. Buna ek olarak, Topluluk yargı organları tarafından karara bağlanan davalar da incelenmemiştir. Bu çalışma, esas olarak Topluluk yargı organlarının oluşumu, yetki alanları ve yargılama usulleri ile ilgilenmektedir.

Bu çalışmada Nice Antlaşması ile değiştirilen kurucu antlaşma doğrultusunda Toplulukların yargısal kolunu oluşturan ATAD, İDM ve adli panel olarak kurulan PM incelenmiştir. Fransa ve Hollanda halkoylaması sonucu hukuki durumu belirsizlik arz eden Avrupa Anayasası<sup>1</sup>, Topluluk yargı organlarının yapısı ve oluşumu ile ilgili olarak Nice Antlaşması ile getirilen değişiklikleri yinelemekten öteye geçmemiştir. Bu nedenle, çalışma içerisinde ilgili kurucu antlaşma maddesine karşılık gelen Avrupa Anayasası maddesinin belirtilmesi ile yetinilmiştir.

\* Adli Yargı Hakim Adayı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü AT Hukuk Doktora Öğrencisi

<sup>1</sup> Avrupa Anayasası terimi, 29 Ekim 2004 tarihinde imzalanan "Avrupa Anayasal Antlaşma Taslağı"ni ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Avrupa Anayasası: Fransa'da 29 Mayıs 2005, Hollanda'da 1 Haziran 2005 tarihinde yapılan halk oylamalarında reddedilmiştir.

### I. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı

ATAD, Toplulukları kuran kurucu antlaşmalar içinde ayrı ayrı düzenlenmiştir.<sup>2</sup> AET ve AAET, AKÇT model alınarak kurulmuş ve her üç Topluluğa ait kurumların birleştirilmesi fikri gündeme gelmiştir. AET ve AAET Antlaşmaları ile aynı tarihte imzalanan Avrupa Topluluklarının Bazı Ortak Kurumlarına Dair Sözleşme<sup>3</sup> neticesinde, üç Topuluk için ortak bir Adalet Divanı kurulmuştur.<sup>4</sup> Adalet Divanı, kuruluşundan bu yana sürekli bir mahkeme olarak görevini sürdürmektedir.<sup>5</sup>

ATA md. 221–223 ATAD'ın yapısına; md. 226–244 yetkisine ve md. 245 işleyişine ilişkindir. Kurucu antlaşma hükümleri, diğerlerinin yanında esas olarak, Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol (Statü) ve Usul Kuralları ile tamamlanmaktadır.<sup>6</sup> Buna ek olarak, Topuluk tarafından imzalanan anlaşmalar ve ortaklık anlaşmaları ATAD'ın yetkisini etkileyen düzenlemelere yer verebilmektedir.

Nice Antlaşması ile değişik kurucu antlaşma içinde Topuluk yargı organları ile ilgili sadece temel düzenlemelere yer verilmiş, düzenlemenin diğer kısmı Statü ve Usul Kurallarına bırakılmıştır.<sup>7</sup> Nice Antlaşması ile Statü, kurucu antlaşmaya ekli bir protokol olmasına karşın; kurucu antlaşma değişikliğine ilişkin prosedürden farklı olarak değiştirilebilecektir. Statünün değiştirilmesi iki şekilde gerçekleştirilebilir. İlk olarak, Adalet Divanı'nın başvurusu üzerine Konsey tarafından, Avrupa Parlamentosu ve Komisyon'a danışıldıktan sonra oybirliği ile değiştirilebilecektir. İkinci olarak, Komisyon'un başvurusu üzerine Konsey tarafından, Avrupa Parlamentosu ve Adalet Divanı'na danışıldıktan sonra, oybirliği ile değiştirilebilecektir.<sup>8</sup> Bu değişiklik, Statünün hâkimler ve hukuk sözcülerinin statüsünü düzenleyen birin-

<sup>2</sup> Bkz. AKÇTA md. 7. 31–44; AKÇTA Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol; AAETA md. 136–160; AAETA Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol; ATA md. 220–245; ATA Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol.

<sup>3</sup> İmza tarihi: 25 Mart 1957; yürürlük tarihi: 1 Ocak 1958.

<sup>4</sup> Adı geçen Sözleşme ile her üç Topuluk bakımından tek bir Parlamento kurulması da sağlanmıştır. 8 Nisan 1965 tarihinde imzalanan ve 1 Temmuz 1969'da yürürlüğe giren Avrupa Toplulukları İçin Tek Konsey ve Tek Komisyon Kuran Antlaşma ile üç Topuluk bakımından tek bir Komisyon ve Konsey kurulmuştur.

<sup>5</sup> ATA Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 15.

<sup>6</sup> Nice Antlaşması ile Birliğin yargı sistemini etkileyecek kimi önemli yeniliklerin getirilmesinin ardından, Avrupa Anayasası çalışmalarında Divan'ın rolü üzerinde fazla durulmamıştır. TRIDIMAS, TAKIS, <[http://www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/05\\_04.pdf](http://www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/05_04.pdf)>. "The ECJ and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?", *The Federal Trust*, 05/04, Mayıs 2004, s. 3.

<sup>7</sup> Nice Antlaşması öncesinde toplanan Hükümetlerarası Konferans, hükümetlerarası konferans toplanması yoluyla sağlanan kurucu antlaşma değişikliği sürecine girilmeden Topuluk yargı organlarının yeni durumlara uyum sağlaması konusunda anlaşmaya varmıştır. MILLER, VAUGHNE, <<http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2001/rp01-049.pdf>>. "The Treaty of Nice and the Future of Europe Debate", *House of Commons*, 01/49, 2001, s. 26. Hükümetlerarası Konferans, yargısal sistemi yeniden tasarlamak yerine onarmayı ve aynı zamanda sistemin gelecekteki değişikliklere uyarlanmasını tercih etmiştir. HEFFERNAN, LIZ, "The Community Courts Post-Nice: A European *Certiorari* Revisited", *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 52, Kasım 2003, s. 909.

<sup>8</sup> Bu durum, kurucu antlaşmalar iki parçaya bölünerek birincil hukukun kimi düzenlemelerinin değiştirilmesinin daha kolay hale getirilmesinin habercisi olabilir. YATAGANAS, XENOPHON, "The Treaty of Nice: The Sharing of Power and the Institutional Balance in the European Union – A Continental Perspective", *European Law Journal*, Cilt: 7, Sayı: 3, Eylül 2001, s. 278.

ci başlığı dışındaki bölümlere ilişkindir.<sup>9</sup> Usul Kuralları ile ilgili olarak, gerek ATAD gerekse de İDM tarafından oluşturulacak Usul Kuralları, Konsey tarafından nitelikli oy çokluğu ile kabul edilecektir.<sup>10</sup>

Nice Antlaşması ile gerek kurucu antlaşma içerisinde Topluluk yargı organları ile ilgili temel düzenlemelere yer verilmesi gerekse de Statü ve Usul Kurallarının değiştirilmesinde esnek usullerin benimsenmesi, kurucu antlaşma değişikliği olmadan Topluluk yargı sisteminin yeni durumlara uyum sağlamasını kolaylaştırmaktadır.

ATAD incelenirken, ikili bir ayrıma gidilmiştir. İlk bölümde ATAD'ın yapısı üzerinde durulmuştur. Bu bölüm de kendi içinde ikiye ayrılmıştır. İlk kısımda, ATAD içerisinde görev yapan kişiler ele alınmıştır. İkinci kısımda, ATAD içindeki yargılama birimlerine değinilmiştir. İkinci bölümde ATAD'ın yetkisi üzerinde durulmuştur.

### 1. ATAD'ın Yapısı

ATAD'ın yapısına ilişkin düzenlemeler, ATA md. 221–223, Statü ve ATAD Usul Kuralları içerisinde yer almaktadır.<sup>11</sup>

#### A. ATAD'ın Oluşumu

Bu kısımda; hâkimler, ATAD başkanı, hukuk sözcüleri, ATAD başkâtibi ve yardımcı raportörler incelenecektir.

##### a. Hâkimler

###### aa. Hâkim Sayısı

Nice Antlaşması ile değiştirilmeden önce Adalet Divanı'nda yer alacak hâkimlerin sayısı rakam olarak belirtilmişti. Nice Antlaşması ile değiştirilen metne göre, Adalet Divanı'nda, her üye devletten bir hâkim bulunacaktır.<sup>12</sup> ATAD, bugün, 25 üye devletten gelen 25 hâkimden oluşmaktadır.<sup>13</sup>

###### bb. Hâkimlerin Atanması

Adalet Divanı'nda görev alacak hâkimler, kendi ülkelerinde her türlü bağımsızlık teminatına ve en yüksek yargısal görevlerin yerine getirilmesi için gereken nitelik ve yeteneklere sahip kişiler ya da bu yeteneklere sahip oldukları herkes tarafın-

<sup>9</sup> ATA md. 245/2. Krş. Avrupa Anayasası, md. III–381.

<sup>10</sup> ATA md. 223/6, 224/5.

<sup>11</sup> Krş. AAETA md. 137-140a. AKÇTA 2002 yılında yürürlükten kalkmıştır.

<sup>12</sup> ATA md. 221/1. İDM bakımından ATA md. 224/1 ile hâkimlerin sayısının Statü tarafından belirleneceği öngörülmüştür. Krş. Avrupa Anayasası, md. I–29/2.

<sup>13</sup> Her üye devletten bir hâkimin Divan'da bulunması, ulusal hukuk geleneklerinin Divan'da temsil edilmesini sağlamaktadır. STEINER, JO – WOODS, LORNA – TWIGG-FLESNER, CHRISTIAN, *Text Book on EC Law*, 8. Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2003, s. 34. Genişleme ile yeni üye devletlerin ve yeni dillerin AB içinde yer alması, Divan'ı mahkeme olarak bir bütün olmaktan, idare edilmesi gittikçe daha da zorlaşan aşırı büyük bir mahkeme olmaya doğru götürmektedir. VAN GERVEN, WALTER, "The Role and Structure of the European Judiciary Now and in the Future", *European Law Review*, Cilt: 21, Sayı: 3, Haziran 1996, s. 217.

dan bilinen hukuk danışmanları arasından seçilir.<sup>14</sup> Hâkimler, üye devlet hükümetlerince alınacak ortak bir kararla atanır.<sup>15</sup> Hâkimlerin görev süresi altı yıl olarak belirlenmiştir.<sup>16</sup> Her üç yılda bir hâkimler kısmen yenilenir. Bu yenileme, sıra ile on üç ve on iki hâkim için yapılır.<sup>17</sup> Görev süresi sona eren hâkimlerin yeniden atanması mümkündür.<sup>18</sup> Görev sürelerinin bitiminden önce görevleri sona eren hâkimlerin yeri kalan görev süresi için doldurulur.<sup>19</sup>

ATA md. 221, her üye devletten bir hâkim olacağını belirtmekte; ancak bu hâkimlerin söz konusu üye devlet vatandaşı olması gerektiğine ilişkin bir tespit yapılmamaktadır. Buna karşılık uygulamada üye devletler, hâkimlik için kendi vatandaşları arasından aday göstermektedir.<sup>20</sup>

### **cc. Hâkimlerin Tabi Olduğu Hükümler**

#### **aaa. Göreve Başlama**

Her hâkim, göreve başlamadan önce, görevini tam bir tarafsızlık ve namus ile yerine getireceğine ve müzakere sonucu alınan kararların hiçbir sırrını açıklamayacağına dair yemin eder. Bu yemin, kamuya açık bir oturumda yapılır.<sup>21</sup>

#### **bbb. Yargı Muafiyeti**

Hâkimler, yargı muafiyetinden yararlanmaktadır. Hâkimler, resmi sıfatları ile yaptıkları yazılı ve sözlü işlemler bakımından görevlerinin sona ermesinden sonra da muafiyetten yararlanmaya devam eder.<sup>22</sup>

Divan, genel kurul halinde yaptığı toplantıda alacağı karar ile muafiyeti kaldırabilir.<sup>23</sup> Muafiyetin kaldırılmasının ardından bir hâkime ceza davası açıldığında, bu hâkim ancak her üye devlette ulusal yargılamada en yüksek derecedeki hâkimleri yargılamaya yetkisine sahip mahkemede yargılanabilir.<sup>24</sup>

### **ccc. Avrupa Topluluklarının Ayrıcalıkları ve Dokunulmazlıkları Hakkında Protokol**

Avrupa Topluluklarının Ayrıcalıkları ve Dokunulmazlıkları Hakkında Protokol<sup>25</sup> md. 12–15 ve md. 18 hâkimlere de uygulanmaktadır.<sup>26</sup>

<sup>14</sup> Her üye devlet kendi geleneğine uygun olarak hâkim atamaktadır. Belirli üye devletler, akademisyenleri hâkim olarak aday göstermeyi tercih ederken, Birleşik Krallık ve İrlanda gibi diğerleri seçkin avukatlar ya da yerel hâkimleri aday göstermeyi uygun bulmuştur. CRAIG, PAUL – DE BURCA, GRAINNE, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, 3. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 88–89.

<sup>15</sup> Hükümetler, hâkim atamalarını diplomatik buluşmalar aracılığıyla gizli bir biçimde yapmaktadır. DOUGLAS-SCOTT, SIONAIDH, *Constitutional Law of the European Union*, Great Britain, 2002, s. 201.

<sup>16</sup> ATA md. 223/1. Krş. Avrupa Anayasası, md. I–29/2; III–355/1.

<sup>17</sup> ATA md. 223/2; Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 9/1. Krş. Avrupa Anayasası, md. III–355/2.

<sup>18</sup> ATA md. 223/4.

<sup>19</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 7.

<sup>20</sup> DEHOUSSE, RENAUD, *The European Court of Justice, The Politics of Judicial Integration*, St. Martin's Press, Newyork, 1998, s. 7. Buna ek olarak, Divan, kadın üyelerin ve etnik azınlık üyelerinin kendilerine yer bulamadığı bir organ olarak dikkat çekmektedir. Bkz. CRAIG – DE BURCA, s. 89; DOUGLAS – SCOTT, s. 202.

<sup>21</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 2; ATAD Usul Kuralları md. 3

<sup>22</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 3/1.

<sup>23</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 3/2.

<sup>24</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 3/3.

<sup>25</sup> Protokol tarihi: 8 Nisan 1965.

### ddd. Bağımsızlık

Hâkimlerin bağımsızlığı, gerek statülerini düzenleyen hükümler vasıtasıyla gerekse de birtakım usul kuralları aracılığıyla güvence altına alınmıştır. Bu usul hükümleri arasında, Divan müzakerelerinin gizli tutulması, kararların çoğunluk oyuna göre oluşması ve kararların tüm hâkimlerce imzalanarak muhalefet şerhi ve kişisel görüşlere yer verilmemesi gösterilebilir.<sup>27</sup>

### eee. ATAD Hâkimliği Sıfatıyla Bağdaşmayan İşler

Hâkimler hiçbir kamusal veya siyasal görev üstlenemezler.<sup>28</sup> Konsey tarafından istisnai olarak muafiyet tanındığı durumlar dışında, ücretli olsun ya da olmasın hiçbir profesyonel çalışma yapamazlar.<sup>29</sup> Atanmaları anında, görevleri süresince ve bunun bitmesinden sonra da hâkimler, görevlerinden doğan, özellikle görevlerinin sona ermesinden sonra kimi görevlerin veya avantajların kabulü konusunda dürüstlük ve titizliğe uymakla yükümlüdür.<sup>30</sup>

### fff. Merkezde Oturma Yükümlülüğü

Hâkimler, Divan merkezinin bulunduğu yerde oturmakla yükümlü kılınmıştır.<sup>31</sup>

### dd. Hâkimlerin Görevlerinin Sona Ermesi

Hâkimlerin görevleri, görev sürelerinin dolması sonucu veya ölüm ile sona erer. Bir başka sona erme istifa halinde gerçekleşir.<sup>32</sup> İstifa mektubu Konsey başkanına iletilmek üzere, Divan başkanına gönderilir. Bu son bildirim ile hâkimlik makamı boşalır.<sup>33</sup>

Bir hâkimin gerekli koşulları taşıyamadığı veya görevlerinden doğan yükümlülükleri yerine getiremediği düşünülüyorsa, söz konusu hâkim, diğer hâkimler ve hukuk sözcülerinin oybirliği ile alacağı bir kararla görevden alınabilir. Böyle bir kararla hâkimler, emeklilik haklarından ve diğer menfaatlerinden de yoksun bırakılabilir.<sup>34</sup> Başkâtip, bu kararı Avrupa Parlamentosu ve Komisyon başkanının dikkatine sunar ve Konsey başkanına bildirir.<sup>35</sup> Bu son bildirim ile hâkimlik makamı boşalır.<sup>36</sup>

<sup>26</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 3/4.

<sup>27</sup> Bkz. ARAT, TUĞRUL, *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı*, ATAUM Yayınları, No: 3, Ankara, 1989, s. 15; DEHOUSSE, s. 13. Dehousse, Divan'a hâkim seçiminin üye devletler tarafından yapılması ve belirli bir süre sonunda görevlerinin yenilenmesinin yine üye devletler tarafından yapılacağını dikkate alarak, ulusal düzeyde hâkimlerinin bağımsızlığını sağlamaya yönelik önemli araçlardan biri olan görevden alınama garantisinin yokluğuna dikkat çekmektedir. Bu durumun, hâkim üzerinde üye devlet tarafından baskı unsuru olarak kullanılabileceği üzerinde durmaktadır. Buna karşılık, Dehousse, üye devletlerin atama yetkilerini kötüye kullandıklarını gösteren bir bulguya rastlanmadığını da ifade etmektedir. DEHOUSSE, s. 12, 15. Aynı yönde bir görüş için bkz. DINAN, DESMOND, *Ever Closer Union: An Introduction to European Integration*, 2. Edition, Palgrave, Great Britain, 1999, s. 307.

<sup>28</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 4/1.

<sup>29</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 4/2.

<sup>30</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 4/3.

<sup>31</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 14.

<sup>32</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 5/1.

<sup>33</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 5/2.

<sup>34</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 6/1; bkz. ATAD Usul Kuralları md. 4.

<sup>35</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 6/2.

<sup>36</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 6/3.

### b. ATAD Başkanı

Hâkimler, Adalet Divanı başkanını kendi aralarından üç yıl için seçer. Üç yılın sonunda başkanın yeniden seçilmesi mümkündür.<sup>37</sup>

ATAD başkanı; Divanın çalışmasını yönetir ve Divana gelen davaları, Divan tarafından konmuş bulunan kıstaslar uyarınca, gerektiğinde, dairelere havale eder, yargılamanın, muhtelif evrelerine göre, takvimini belirleyerek, duruşma günlerini tayin eder.<sup>38</sup> Buna ek olarak, Başkan, başvuru üzerine seri muhakeme usulü ile ihtiyati tedbirler hakkında karar verebilir.<sup>39</sup>

### c. Hukuk Sözcüleri

Adalet Divanına sekiz hukuk sözcüsü yardımcı olur.<sup>40</sup> Adalet Divanı'nın talebi halinde, Konsey oybirliği ile hareket ederek hukuk sözcülerinin sayısını arttırabilir.<sup>41</sup> Hukuk sözcüleri; nitelikleri, atanma yöntemleri ve görev koşulları bakımından hâkimlere ilişkin hükümlere tabidir.<sup>42</sup>

Hukuk sözcüsünün görevi, Adalet Divanı'na açılan davalar hakkında açık oturumda nihai talep sunmaktır.<sup>43</sup> Hukuk sözcüsünün bu görevi yerine getirirken tam bir tarafsızlık ve bağımsızlık içinde hareket etmesi beklenmektedir.<sup>44</sup> Nice Antlaşması öncesinde hukuk sözcüsünün her davada nihai talep sunması gerekirken, söz konusu antlaşma ile değiştirilen metne göre bu görevin hangi durumlarda yerine getirileceği Statü ile tespit edilecektir.<sup>45</sup> Statüye göre, Divan, dava konusu olayın hiçbir yeni hukuksal sorun ortaya çıkarmadığı görüşündeyse, hukuk sözcüsünün görüşünü aldıktan sonra, davanın hukuk sözcüsünün nihai talebi olmaksızın yürütülmesine karar verebilir.<sup>46</sup>

<sup>37</sup> ATA md. 223/3; ATAD Usul Kuralları md. 7/1. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-355/3.

<sup>38</sup> ARAT, s. 19; ATAD Usul Kuralları md. 8; 9; 25.

<sup>39</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 39.

<sup>40</sup> Hukuk sözcüleri hakkında yapılan detaylı bir çalışma için bkz. TRIDIMAS, TAKIS, "The Role of the Advocate General in the Development of Community Law: Some Reflections", *Common Market Law Review*, Cilt: 34, Sayı: 6, Aralık 1997, s. 1349-1387. Jacobs'a göre, hâkim sayısı artarken hukuk sözcülerinin sekiz kişi ile sınırlandırılması, yargılama usulü içinde darboğaz olarak görülebilir. Bununla birlikte, Divan'a bazı davalar bakımından tanınan gerekçeli karar verme hakkı ve Nice Antlaşması ile getirilen her davada hukuk sözcüsünün nihai talebinin alınmasının gerekli olmaması yetkisi, hukuk sözcülerinin daha kapsamlı davalara odaklanmasını sağlayacaktır. JACOBS, FRANCIS, "Recent and Ongoing Measures to Improve the Efficiency of the Court of Justice", *European Law Review*, Cilt: 29, Sayı: 6, Aralık 2004, 825.

<sup>41</sup> ATA md. 222/1. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-354/1.

<sup>42</sup> ATA md. 223/1; Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 8.

<sup>43</sup> ATA md. 222/2.

<sup>44</sup> ATA md. 222/2. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-354/2.

<sup>45</sup> ATA md. 222/2.

<sup>46</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 20/5. van Gerven, hukuk sözcülerinin görevinin Topluluk hukuku ve yargı sistemi bakımından önemine deyindikten sonra, hukuk sözcüsünün nihai talebinin alınmasının Divan tarafından her dava bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu değerlendirmenin, raportör hâkim ile hukuk sözcüsünün birlikte hazırlayacağı nihai talep verilmesine gerek olmadığına ilişkin tasarı sonrası yapılması fikrini ileri sürmüştür. Statü ile getirilen düzenleme, van Gerven tarafından ileri sürülen fikre çok yakındır. VAN GERVEN, s. 222. Tridimas, hukuk sözcüsü nihai talebinin her davada alınmasının gerektiğini belirtmektedir. Divan'ın artan iş yükü dikkate alındığında, hukuki veya maddi karmaşık sorunlar içermeyen davalarda hukuk sözcüsünün nihai talebi olmadan da Divan karar alabilirdir. TRIDIMAS, (1997), s. 1387. Arsava, yerleşik prensiplerin uygulanması veya ikincil hukuk

ATAD, hukuk sözcüleri arasından baş hukuk sözcüsü tayin eder. Baş hukuk sözcüsü, bir yıl için seçilir.<sup>47</sup> Bir dava ile ilgili olarak, ATAD başkanı tarafından bir raportör hâkim tayin edilmesinin ardından baş hukuk sözcüsü de görevli hukuk sözcüsünü belirler.<sup>48</sup> Baş hukuk sözcüsü, mevcut dosyaları hukuk sözcüleri arasında dağıtır. Hukuk sözcüleri arasında bir alanda uzmanlaşma yoktur; ancak bir hukuk sözcüsünün belirli bir alandaki davaların çoğundan sorumlu olduğu da görülebilmektedir.<sup>49</sup> Buna ek olarak, uygulamada, doğrudan davalar, davacı ya da davalı üye devlet vatandaşı olan hukuk sözcüsüne verilmemektedir.<sup>50</sup>

Hukuk sözcüsü, taraflardan birinin hukuki temsilcisi olarak değil; kamu yararının hukuki temsilcisi olarak hareket etmektedir.<sup>51</sup> Hukuk sözcüsünün önemi, bir hâkim gibi delilleri dinleme ve okuma yoluyla değerlendirmesi ve hâkimler karara varmadan önce kararın nasıl olması gerektiğine ilişkin Divan'a nihai talep sunmasıdır.<sup>52</sup> Söz konusu nihai talep, Divan için bağlayıcı olmasa da etkileyicidir ve davaların çoğunda ATAD tarafından takip edilmektedir.<sup>53</sup>

Hukuk sözcüleri, nihai taleplerini kendi sorumlulukları altında sunduklarından, meslektaşları ile bir uzlaşma varmak zorunda bulunan hâkimlerden daha radikal konum alma serbestisine sahiptir.<sup>54</sup> Hukuk sözcüsünün sunduğu nihai talep, Divan tarafından verilen karara göre ilgili davanın maddi ve hukuki alt yapısını çok daha detaylı şekilde açıklamaktadır.<sup>55</sup> Hukuk sözcüsünün nihai talebi, kimi zaman kısa ve özlü olan Divan kararlarının yorumlanması bakımından faydalı bir yardımcı araç olmaktadır.<sup>56</sup>

#### d. ATAD Başkâtibi

Adalet Divanı kendi başkâtibini atar ve hizmetleri ile ilgili kuralları tespit eder.<sup>57</sup> Başkâtip, hâkimler ve hukuk sözcüleri tarafından altı yıl için seçilir. Görev süresi sona erdikten sonra yeniden başkâtip olmak mümkündür.<sup>58</sup>

Başkâtip, görevlerini tam bir tarafsızlık ve doğrulukla yerine getireceğine ve müzakere sonucu alınan kararların sırrını hiçbir şekilde açıklamayacağına dair Divan önünde yemin eder.<sup>59</sup>

tasarruflarının rutin olarak yorumlanması yerleşik içtihatlar ışığında gerçekleştiğinden, hukuk sözcüsünün nihai talebini gerektirmediği görülmektedir. Hukuk sözcüsü gelecekte sadece önemli sorunların karara bağlanması için nihai talep sunacaktır. ARSAVA, FÜSUN, "Nice Antlaşmasının Getirdikleri", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Bahar/2002, s. 22.

<sup>47</sup> ATAD Usul Kuralları md. 10/1.

<sup>48</sup> ATAD Usul Kuralları md. 10/2.

<sup>49</sup> TRIDIMAS, (1997), s. 1355.

<sup>50</sup> TRIDIMAS, (1997), s. 1356.

<sup>51</sup> CHALMERS, DAMIAN, *European Union Law Volume I*, Biddles Ltd., Great Britain, 1998, s. 140.

<sup>52</sup> CUTHBERT, MIKE, *E.U. Law in a Nutshell*, 3. Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000, s. 11.

<sup>53</sup> CRAIG-DE BURCA, s. 94. Geleneksel olarak Divan, birkaç dava dışında kalmak üzere, verdiği kararda hukuk sözcüsünün nihai talebine atıf yapmamaktaydı. Son yıllarda tersine bir gelişme yaşanmıştır ve verilen kararlarda açıkça nihai talebe atıf yapılmaktadır. TRIDIMAS, (1997), s. 1357.

<sup>54</sup> DEHOUSSE, s. 9. Bkz. TRIDIMAS, (1997), s. 1359, 1361.

<sup>55</sup> TRIDIMAS, (1997), s. 1359.

<sup>56</sup> DEHOUSSE, s. 9; STEINER-WOODS-TWIGG-FLESNER, s. 35.

<sup>57</sup> ATA md. 223/5.

<sup>58</sup> ATAD Usul Kuralları md. 12/4.



Divana gelen yazıların kabulü, havalesi ve saklanması, mahkeme sicilinin ve duruşma tutanaklarının tutulması, mahkemeye ait mali ve idari işlerin yürütülmesi ve denetlenmesi başkâtibin sorumluluğundadır.<sup>60</sup>

Başkâtibin görevini yerine getirmesini engelleyen bir durum olduğunda, Divan onun yerinin doldurulmasını sağlamakla yükümlüdür.<sup>61</sup> Divan'ın çalışmasını sağlamak için atanan görevliler ve memurlar ATAD başkanının yetkisi altında başkâtibe bağlı olarak çalışır.<sup>62</sup>

#### e. Yardımcı Raportörler

Divan'ın önerisi üzerine, Konsey oybirliği ile yardımcı raportörler atanmasına karar verebilir ve bunların statülerini belirleyebilir.<sup>63</sup> Yardımcı raportörler, bağımsızlık hakkında her türlü güven veren ve gerekli hukuki nitelikleri taşıyan kişiler arasından seçilir.<sup>64</sup> Yardımcı raportörler, görevlerini tam bir tarafsızlık ve doğrulukla yerine getireceklerine ve müzakere gizliliğini koruyacaklarına Divan önünde yemin eder.<sup>65</sup>

Yardımcı raportörler, usul kuralları ile belirtilecek koşullarla Divanda görülen davaların soruşturmalarına katılmaya ve raportör hâkim ile işbirliği yapmaya çağrılabilir.<sup>66</sup>

### B. ATAD'da Yargılama Birimleri

#### aa. Genel Olarak

Nice Antlaşması ile değiştirilmeden önce, Adalet Divanı'nın genel kurul halinde toplanacağı ve belirli türde davalara bakmak üzere üç, beş veya yedi hâkimden oluşan dairelerin kurulabileceği belirtilerek, hangi durumda Divan'ın genel kurul halinde toplanacağı kurucu antlaşma içinde düzenlenmişti.

Nice Antlaşması ile değiştirilen ATA md. 221 uyarınca, Adalet Divanı, Statüde bu amaç için öngörülen kurallara uygun olarak daireler ya da büyük daire halinde toplanır.<sup>67</sup> Statüde öngörülmesi durumunda genel kurul olarak toplanması da mümkündür. Kurucu antlaşma içerisinde yer alan Divan'ın oluşumu ve işleyişine ilişkin düzenlemelerin, Nice Antlaşması değişikliği ile kurucu antlaşmalara oranla daha kolay değiştirilebilen Statüde yer almasının kararlaştırılması, Adalet Divanı'na esneklik sağlamaktadır.

#### bb. Yargılama Birimleri

ATAD, bugün, genel kurul, büyük daire (on üç hâkim) ya da beş veya üç hâkimli daireler halinde toplanmaktadır.<sup>68</sup> ATAD, iş yükünden ötürü daireler halinde

<sup>59</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 10.

<sup>60</sup> ARAT, s. 21.

<sup>61</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 11.

<sup>62</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 12.

<sup>63</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 13/1.

<sup>64</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 13/2.

<sup>65</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 13/2.

<sup>66</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 13/1; ATAD Usul Kuralları md. 24.

<sup>67</sup> Krş. Avrupa Anayasası, md. III-353/1.

<sup>68</sup> ATAD Usul Kuralları md. 11a.

toplantıyı tercih etmektedir.<sup>69</sup> 2004 yılı dikkate alındığında, kararların %54'ü beş hâkimli dairelerce, %34'ü üç hâkimli dairelerce, %6'sı büyük daire ve %4'ü genel kurul tarafından verilmiştir.<sup>70</sup>

Hâkimler daire başkanlarını kendi aralarından seçer. Beş hâkimli dairelerin başkanları üç sene için seçilir. Üç hâkimli dairelerin başkanları bir sene için seçilir.<sup>71</sup> Başkanların görev süresi sona erdiğinde, bu süre bir kere daha yenilenebilir.<sup>72</sup> Daire başkanları, o daireye gelen davalar ile ilgili olarak Divan başkanının kullandığı yetkilere sahiptir.<sup>73</sup>

Büyük daire on üç hâkimden oluşur. Büyük daire, Divan başkanı, beş hâkimli dairelerin başkanları, raportör hâkim ve on üç sayısını tamamlamak için yeteri kadar hâkimden oluşur. Divan başkanı, büyük daireye başkanlık eder.<sup>74</sup>

### cc. Görev Dağılımı

Bir üye devlet ya da Topluluk kurumunun davanın tarafı olması ve talep etmesi durumunda Divan, büyük daire halinde toplanır.<sup>75</sup>

Divan, ATA md. 195/2<sup>76</sup>, md. 213/2<sup>77</sup>, md. 216<sup>78</sup> ya da md. 247/7<sup>79</sup> hükümleri uyarınca önüne getirilen uyuşmazlıklara ilişkin olarak genel kurul halinde toplanır.<sup>80</sup> Buna ek olarak, Divan, açılan bir davanın olağanüstü bir önem içerdiği görüşündeyse, hukuk sözcüsünü dinledikten sonra, davayı genel kurula göndermeye karar verebilir.<sup>81</sup>

Bunlar dışında kalan diğer tüm davalar dairelerde görülür.

<sup>69</sup> DOUGLAS-SCOTT, s. 204; EDWARD, DAVID, "How the Court of Justice Works", *European Law Review*, Cilt: 20, Sayı: 6, No: 6, Aralık 1995, s. 552; STEINER-WOODS-TWIGG-FLESNER, s. 34.

<sup>70</sup> Court of Justice, <<http://www.curia.eu.int/en/instit/presentation/fr/rapport/stat/st04cr.pdf>> Table and Statistics, s. 170.

<sup>71</sup> ATAD Usul Kuralları md. 10/1.

<sup>72</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 16/1.

<sup>73</sup> ATAD Usul Kuralları md. 9/4.

<sup>74</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 16/2; ATAD Usul Kuralları md. 11b/1.

<sup>75</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 16/3.

<sup>76</sup> ATA md. 195/2: "Ombudsman, görevlerinin yerine getirilmesi için gerekli koşulları kaybetmişse ya da önemli bir kusur işlemişse, Avrupa Parlamentosunun başvurusu üzerine Adalet Divanı tarafından görevinden alınabilir."

<sup>77</sup> ATA md. 213/2: "...bu yükümlülüklerin ihlali halinde, Konsey ya da Komisyonun başvurusu üzerine Adalet Divanı, duruma göre ilgiliyi emeklilik hakkından veya onun yerini tutan diğer avantajlardan yoksun bırakmaya ya da 216. maddedeki koşullarla görevinden uzaklaştırmaya karar verebilir."

<sup>78</sup> ATA md. 216: "Görevini yapmak için gerekli olan koşulları artık yerine getiremeyen ya da ağır kusur işlemiş bulunan bir Komisyon üyesi, Konsey veya Komisyonun başvurusu üzerine Adalet Divanı tarafından zorunlu olarak emekliye ayrılabilir."

<sup>79</sup> ATA md. 247/7: "Sayıştay üyeleri, Sayıştayın başvurusu üzerine, gerekli koşulları karşılayamadıkları ya da görevlerinden kaynaklanan yükümlülükleri artık yerine getiremedikleri Adalet Divanı tarafından kararlaştırılmadıkça görevlerinden alınmazlar, emeklilik haklarını yitirdikleri ya da bunların yerini tutan diğer haklardan yoksun bırakıldıkları söylenemez."

<sup>80</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 16/4.

<sup>81</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 16/5.

### dd. Toplanma ve Karar Yeter Sayısı

Divan, müzakere sonucu kararlarını geçerli olarak ancak tek sayı ile alabilir.<sup>82</sup> Herhangi bir neden ile karar alacak hâkim sayısı çift ise en kıdemsiz kabul edilen hâkim müzakerelere katılmaz. En kıdemsiz hâkim, raportör hâkim ise o zaman o hâkimden bir sonraki kıdemsiz hâkim müzakerelere katılmaz.<sup>83</sup>

Üç ve beş hâkimli dairelerin karar alabilmesi için, en az üç hâkimin kararda bulunması gerekmektedir.<sup>84</sup>

Büyük daire kararları, ancak dokuz hâkim karar alınmasına katılmışsa geçerlidir.<sup>85</sup>

Genel kurul halinde toplanan Divan'ın müzakere sonucu aldığı kararların geçerli olması on beş hâkimin hazır bulunmuş olmasına bağlıdır.<sup>86</sup>

Bir daireyi oluşturan hâkimlerden birinin oturuma katılmaması halinde, Usul Kurallarında belirtilen koşullarla başka bir daire hâkimi, olmayan hâkimin yerine çağrılabilir.<sup>87</sup>

## 2. ATAD'ın Yetkisi

### A. İşlevi ve Görev Alanı

Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi, her biri kendi yetki alanı içinde kurucu antlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasında hukuka saygıyı sağlar.<sup>88</sup> Nice Antlaşması ile değiştirilmeden önce İDM, Adalet Divanı'na bağlı olarak görev yapıyordu. Bu nedenle ilgili düzenleme sadece Adalet Divanı bakımından hukuka saygıyı sağlama görevi öngörmekteydi. Nice Antlaşması ile İDM, Adalet Divanı'ndan ayrı bir kişilik kazanmıştır.

Divan, Topluluk hukuku çerçevesinde ortaya çıkan hukuki sorunları, Topluluk hukukunu uygulayarak çözecektir. Bu bakımdan ATAD'ın üç görevinden bahsedilebilir:

1. Topluluk hukukunu yorumlama yetkisi asıl ve nihai olarak ATAD'a aittir.
2. Topluluk kurumlarının işlem ve tasarruflarının Topluluk hukukuna uygun olup olmadığını, bu kurumların kendilerine tanınan yetki dâhilinde davra-

<sup>82</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 17/1.

<sup>83</sup> ATAD Usul Kuralları md. 26/1.

<sup>84</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 17/2.

<sup>85</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 17/3.

<sup>86</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 17/4.

<sup>87</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 17/5.

<sup>88</sup> ATA md. 220. Krş. AAETA md. 136; AKÇTA md. 31. Krş. Avrupa Anayasası, md. I-29/1: "Avrupa Birliği Adalet Divanı; Adalet Divanı, Genel Mahkeme ve Uzmanlaşmış Mahkemelerden oluşur. Divan, Anayasanın yorumlanması ve uygulanmasında hukuka uygun hareket edilmesini sağlar." ATA md. 22: "...antlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasında hukuka saygıyı sağlar." Avrupa Anayasası'nın İngilizce metni, "respected" yerine "observed" ifadesini kullanmaktadır. Bu durum kimi tartışmalara neden olsa da, gerek ATA gerekse de Avrupa Anayasası içinde yer alan şekliyle Divan'ın yetkisinde herhangi bir değişiklik olmadığı belirtilmelidir. Bkz. HOUSE OF LORDS, <<http://www.statewatch.org/news/2004/mar/holcej-47.pdf>>, *The Future Role of the European Court of Justice*, London, 2004, s. 13.

nıp davranmadığını, hatta üye devletlerin Topluluk hukukunu ihlal edip etmediğini kesin olarak karar bağlama yetkisi de Divana aittir.

3. ATAD, Topluluk hukuku çerçevesinde, bu hukukun sùjeleri arasında çıkacak ihtilafları çözmekle görevlidir.<sup>89</sup>

ATAD, her üç Topluluk bakımından da yetkili olduğu için, görev alanına çok çeşitli konular girmektedir.<sup>90</sup> Buna ek olarak ATAD, milli hukuk ile kıyaslandığında birden çok yargı kolunun görevini icra etmektedir. Divan, milli hukuk düzenlerinde anayasa mahkemelerinin, idare mahkemelerinin, hukuk mahkemelerin görev alanlarına ait davalara benzer davaları tek başına görmektedir.

## B. ATAD'ın Yetkisi

### aa. ATAD'ın Yetkisinin Niteliği

ATA md. 220 her ne kadar Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesini birbirinden ayırmış olsa da, ATA md. 7 Topluluk organlarını belirlerken sadece Adalet Divanı'ndan söz etmektedir. Her iki madde birlikte değerlendirildiğinde, kurucu antlaşmanın Topluluk yargı organlarını Adalet Divanı başlığı altında betimlediği düşünülebilir. ATAD'ın yetkisinin niteliği başlığı altında, Topluluk yargı organlarının yargı yetkisine tanınan nitelikler incelenmektedir. Topluluk yargı organlarının yargı yetkisi tanımlanırken, bu yetkinin; sınırlı, zorunlu ve münhasır olduğu söylenebilir.

Yargı yetkisinin sınırlı olması, tüm Topluluk kurumlarında olduğu gibi Adalet Divanı'nın da kurucu antlaşma ile kendisine verilen yetkilerin sınırı içinde yetkiye sahip olması anlamına gelmektedir.<sup>91</sup> ATA md. 7 uyarınca, Topluluğa verilen görevlerin uygulanması, Topluluk kurumları tarafından ve bu kurumlara kurucu antlaşmalar ile verilen yetkilerin sınırları içinde yerine getirilir.

Yargı yetkisinin zorunlu olması, Topluluğa katılım ile üye devletlerin Divan'ın yargılama yetkisini kabul etmesi anlamına gelmektedir. Üye devletler, Divan'ın yetkisini sonradan herhangi bir yetkilendirme ile kabul etmemektedir.<sup>92</sup>

Yargı yetkisinin münhasır olması, kurucu antlaşmanın kapsamına giren konuların Divan dışında başka bir mercii önüne götürülemeyeceği anlamına gelmektedir. Münhasır olma, ATA md. 292 uyarınca üye devletlerin kurucu antlaşmanın uygulanması ve yorumlanmasına ilişkin uyuşmazlıkları bu antlaşmada öngörülenden başka bir çözüm biçimine tabi tutmayacakları taahhüdü sonucu ortaya çıkmaktadır.

<sup>89</sup> ARAT, s. 30-31.

<sup>90</sup> Üç Topluluk ile AT, AAET ve AKÇT kastedilmektedir. AKÇT, 23 Temmuz 2002 yılında sona ermiştir. AKÇT antlaşmanın içeriği artık ATA içerisinde yer almaktadır.

<sup>91</sup> ATAD, Topluluk hukukunda "monopolist yargı" yetkisine sahip değildir. Antlaşmalarla Divana belirli alanlarda ve konularda yargı yetkisi tanınmıştır. O halde, "ulusal yargıçlar"ın ortak hukuku uygulamak bakımından yetkileri devam etmektedir. GÜNUĞUR, HALUK, *Avrupa Topluluğu Hukuku*, Eğitim Yayıncılık, Ankara, 1993, s. 267.

<sup>92</sup> Bkz. ATA md. 238, 239. Divan'ın ihtiyari yetkisi ile ilgili olarak bkz. ARAT, s. 36-41; BOZKURT, ENVER - ÖZCAN, MEHMET - KÖKTAŞ, ARİF, *Avrupa Birliği Hukuku*, 2. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004, s. 40-41; TEKİNALP, ÜNAL - TEKİNALP, GÜLÖREN, *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta, İstanbul, 2000, s. 239.

### bb. ATAD'ın Yetkisinin Kapsamı

Nice Antlaşması ile değişik ATA md. 220'ye göre: "Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi, her biri kendi yetki sınırları içinde işbu anlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasında hukuka saygıyı sağlar." Aynı maddeye göre, belirli alanlarda kurucu antlaşmada öngörülen yargısal yetkileri kullanmak üzere kurulacak adli paneller bulunmaktadır. O halde, mevcut durumda yetki Topluluk yargı organları arasında bölüştürülmüştür.

Nice Antlaşmasından açıkça anlaşılabilceği gibi, gelecekte ATAD'ın rolü, Topluluk hukuk düzeni için esas önem taşıyan soruların incelenmesi ile sınırlandırılacaktır.<sup>93</sup> Özellikle önkarar davası ve ihlal davası halen sadece ATAD tarafından karara bağlanmaktadır. Bunun yanında ATAD, İDM tarafından verilen kararların temyiz mercii olarak da yetki sahibidir. Diğer davalar, istisnaları olmakla beraber, İDM tarafından görülmektedir. Bu istisnalar ve dolayısıyla ATAD tarafından karara bağlanması öngörülen diğer davalara, İDM'nin yetkileri başlığı altında yer verilmiştir.<sup>94</sup>

ATAD, bu yetkilerinin dışında, ATA md. 300/6 uyarınca, Topluluk kurumları ile üçüncü devletler ya da uluslararası kuruluşlar arasında yapılması öngörülen anlaşmalar ile kurucu antlaşmaların uyumluluğu hakkında; Komisyon, Konsey ya da bir üye devletin talebi ile bağlayıcı görüş vermektedir.

Buna ek olarak ATAD, Topluluk tarafından veya onun adına yapılan kamu hukuku ya da özel hukuk sözleşmesinde yer alan tahkim koşulu gereğince karar vermeye yetkilidir. Divan, üye devletler arasında işbu antlaşmanın konusuyla bağlantılı olan tüm uyuşmazlıklarda, bu uyuşmazlık bir tahkimname ile kendisine sunulursa, karar vermeye yetkilidir.

Bu yetkileri dışında ATAD, Topluluk kurumlarının ve Topluluk hukukunun uygulanmasına ilişkin olduğu müddetçe üye devlet işlemleri üzerinde yetki sahibidir. Avrupa Hükümet ve Devlet Başkanları işlemleri ise yetkisinin dışında kalmaktadır. ABA md. 46, Birlik antlaşmasının birçok bölümünü ATAD yetkisi dışında bırakmaktadır.<sup>95</sup> Aİİ alanı ile ilgili olarak, ABA md. 35, üye devletlerin uyuşması çerçevesinde ATAD yetkisinin kabul edilebileceğini hükme bağlamaktadır.<sup>96</sup>

<sup>93</sup> LENAERTS, KEON, <<http://www.coleurop.be/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/Research%20Paper%20202005%20Lenaerts.pdf>>, "The Future Organization of the European Courts", *European Legal Studies*, 2/2005, 2005, s. 3. Bkz. MILLER, s. 26.

<sup>94</sup> Bkz. s. 19-22.

<sup>95</sup> ABA ile Divan'ın yetkisi bakımından yeni bir devir başlamıştır. Divan, bir yandan ABA ile ilgili olarak pek çok konuda yetkisiz bırakılmış, diğer yandan Ekonomik ve Parasal Birlik ve Sosyal Politika konuları bakımından kimi üye devletlerin kendilerini dışarıda tutması nedeni ile kararlarının bağlayıcı olmadığı coğrafi alanlar oluşturulmuştur. Topluluk hukukunun uygulanması ve yorumlanmasında birlik olması gerekliliği dikkate alındığında, Topluluk hukuk düzeninde böyle bir oluşumun değeri tartışma götürmektedir. ALBORS-LLORENS, ALBERTINA, "Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam", *Common Market Law Review*, Cilt: 35, Sayı: 6, Aralık 1998, s. 1276. Avrupa Anayasasında, şu anda ikinci sütun olarak adlandırılan ortak dış ve güvenlik politikası bakımından pek çok hüküm ATAD yetkisi dışında tutulmuştur. ARNULL, ANTHONY,

Amsterdam antlaşması ile getirilen değişiklikler sonucu Aİİ alanından AT alanına kaydırılan kimi konular bakımından birtakım sınırlamalar bulunmaktadır.<sup>97</sup> Bu konularda önkara davasına başvurma hakkı ve yükümlülüğü sadece nihai mahkemelere verilmiştir. Kamu düzeninin devamlılığı ve milli güvenliğin korunmasını gerektiren karar ve önlemler ATAD yetkisi dışında bırakılmıştır. Bu düzenlemeler, ATAD yetkisinin bütünlüğünü etkileyen ve bireylerin korunması alanını daraltan gelişmelerdir.<sup>98</sup>

## II. İlk Derece Mahkemesi

İDM, 1988 yılında Avrupa Tek Senedi ile getirilen kurucu antlaşma değişikliği sonrası, Konsey tarafından alınan bir kararla kurulmuştur.<sup>99</sup> İlk zamanlarda, İDM, ikincil öneme sahip bir kurum statüsünde, ATAD'a bağlı bir kurum olarak tanımlanmıştı. Nice Antlaşması ile değiştirilen metne göre; Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi, her biri kendi yetki alanı içinde işbu antlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasında hukuka saygıyı sağlar. Böylece İDM, kendine düşen yetki alanı içinde Topluluk hukukunun yorumlanması ve uygulanması görevini yerine getiren ve ATAD ile birlikte görev yapan farklı bir mahkeme statüsüne kavuşmuştur.<sup>100</sup>

İDM'nin kurulmasının altında yatan asıl neden ATAD üzerindeki iş yükünün hafifletilmesiydi.<sup>101</sup> Özellikle Topluluk çalışanları ile ilgili davalar gibi genel önemden ziyade bireysel sorunları içeren türdeki davalara bakacak uzmanlık mahkemele-

<[http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/cel/working\\_papers/2004/arnull.pdf](http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/cel/working_papers/2004/arnull.pdf)>, "Is Europe to have a Constitutional Court", *King College London*, 2004, s. 17; **TRIDIMAS**, (2004), s. 7.

<sup>96</sup> Önkara davası bakımından Divan ABA md. 35/1 çerçevesinde zorunlu yetkiye sahip değildir. Üye devletlerin Divan'ın yetkisini kabul ettiklerine dair bir deklarasyonda bulunmaları gerekmektedir. Buna karşılık doğrudan davalar bakımından Divan ABA md. 35/6 uyarınca çerçeve kararlar ve kararlara karşı, Komisyon ve üye devletler tarafından açılacak davalarda yetkilidir. Bkz. **ALBORS-LLORENS**, s. 1279-1280. Albors-Llorens'e göre, önkara davası bakımından ABA md. 35 ile getirilen sistem, ATA md. 234 gereğince kullanılan sistemdeki ATAD ile ulusal mahkemeler arasındaki işbirliği ilişkisini ve bu ilişkinin faydalı yanlarını yansıtmaktan uzaktır. Buna ek olarak, ABA md. 35/2 ile çerçeve karar ve kararlara doğrudan etki tanınmasının önüne geçilmesi ilgi çekici bir düzenlemedir. Doğrudan davalar bakımından, Divan'ın zorunlu yetkisinin kabul edilmesi önemli bir gelişme iken, dava açabilecek olanlar arasında Parlamento ve bireylerin sayılmaması bir eksiklik olarak görülebilir. **ALBORS-LLORENS**, s. 1281-1282.

<sup>97</sup> ATAD yetkisine ilişkin olarak öngörülen bu sınırlamalar geçici niteliktedir. Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesini izleyen beş yıl sonunda Konsey, Adalet Divanı'nın yetkilerine ilişkin hükümlerin uyarlanması için gerekli kararı alacaktır. (ATA md. 67/2.) Buna karşılık, üye devletler arasında uzlaşımın sağlanması zor olacaktır. **ALBORS-LLORENS**, s. 1289. Avrupa Anayasası, cezai konularda adli ve polis işbirliği ile vize, göç, iltica ve işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümleri birleştirerek klasik önkara davası usulüne tabi kılınmıştır. Önceki rejimden kalan tek düzenleme, kamu düzeninin devamlılığı ve milli güvenliğin korunmasını gerektiren ulusal güvenlik operasyonları ve ulusal karar ve önlemlerin yine ATAD yetkisi dışında bırakılmış olmasıdır. **TRIDIMAS**, (2004), s. 8. Bu hüküm, yargısal araştırmayı zayıflatmakta ve Birlik hukukunun bir örnek uygulanmasına potansiyel tehlike teşkil etmektedir. **ARNULL**, s. 16.

<sup>98</sup> **STEINER-WOODS-TWIGG-FLESNER**, s. 36; **ALBORS-LLORENS**, s. 1288.

<sup>99</sup> 88/591 sayılı Konsey kararı [1988] OJ L319/1.

<sup>100</sup> Yataganas, Nice Antlaşması ile Topluluk yargı sistemindeki en önemli değişikliğin İDM'nin geniş yetkiler sahibi bir mahkeme konumuna terfi etmesi olarak belirtmektedir. **YATAGANAS**, s. 277. Arsava, Nice Antlaşmasından sonra, İlk Derece Mahkemesi'nin büyük ölçüde ATAD'dan bağımsızlığının dile getirildiğini belirtmektedir. Buna karşın, İDM, Nice Antlaşmasından sonra da ATA md. 7 anlamında organ değildir. **ARSAVA**, s. 18-19.

<sup>101</sup> **CRAIG - DE BURCA**, s. 90.

rinin kurulması gerektiği tartışılmaktaydı.<sup>102</sup> İDM, ilk olarak bu tür davalara bakmakla yetkili kılınmıştır. İDM'nin kurulmasından günümüze kadar geçen süre içerisinde, bu kez İDM'nin iş yükünün azaltılması için girişimler başlamış ve Nice Antlaşması ile değiştirilen metin ile uzmanlık gerektiren alanlarda adli panellerin kurulması gündeme gelmiştir.<sup>103</sup> İlk olarak kurulması öngörülen adli panel Topluluk çalışanları ile ilgili davalara bakmakla görevlendirilmiştir. Bunun yanında, Topluluk Patent Mahkemesi kurulmasına ilişkin tasarı da getirilmiştir.

Bu bölüm, dört başlık altında incelenmiştir. İlk üç başlık İDM'ye ilişkindir. Son başlık ise adli paneller ile ilgilidir. İlk bölümde İDM'nin yapısı üzerinde durulmuştur. Bu bölüm kendi içinde ikiye ayrılmıştır. İlk kısımda, İDM içerisinde görev yapan kişiler ele alınmıştır. İkinci kısımda, İDM içindeki yargılama birimlerine değinilmiştir. İkinci bölümde İDM'nin yetkisi üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde, İDM'nin kararlarına karşı hukuk yolları irdelenmiştir. Dördüncü bölüm, adli panellere ayrılmıştır.

### 1. İDM'nin Yapısı

İDM'nin oluşumuna ilişkin düzenlemeler, ATA md. 224-225a ve Statüsü içerisinde yer almaktadır. Bu kısımda; hâkimler, İDM başkanı, hukuk sözcülerinin durumu ve İDM başkâtibi incelenecektir.

#### A. İDM'nin Oluşumu

##### a. Hâkimler

##### aa. Hâkim Sayısı

İlk Derece Mahkemesinde her üye devletten bir hâkim bulunur. Hâkimlerin sayısı Adalet Divanı Statüsü tarafından belirlenir.<sup>104</sup> Statü ile Mahkemenin yirmi beş hâkimden oluşacağı belirlenmiştir.<sup>105</sup>

##### bb. Hâkimlerin Atanması

İDM'de görev alacak hâkimler, kendi ülkelerinde her türlü bağımsızlık teminatına ve yüksek yargısal görevlerin yerine getirilmesi için gereken nitelik ve yeteneklere sahip kişiler arasından seçilir. Hâkimler, üye devlet hükümetlerince alınacak ortak bir kararla atanır. Hâkimlerin görev süresi altı yıl olarak belirlenmiştir. Her üç yılda bir hâkimler kısmen yenilir. Görev süresi sona eren hâkimlerin yeniden atan-

<sup>102</sup> Mengozzi, ATAD'ın, bir yandan artan iş yükünü azaltmak gayesinde diğer yandan da özellikle karışık olayların ele alınmasını gerektiren davalarda iki aşamalı bir yargı sistemine geçilerek Topluluk yargı sistemini geliştirmek amacıyla olduğunu belirtmektedir. MINGOZZI, PAOLO, *European Community Law from the Treaty of Rome to the Treaty of Amsterdam*, 2. Edition, Kluwer Law International, USA, 1999, s. 61. Aynı yönde bir görüş için bkz. DEHOUSSE, s. 28.

<sup>103</sup> Van Gerven, 1996 yılında yazdığı makalesinde Topluluk yargısının geleceği bakımından bir fikir ileri sürmüştür. Buna göre, ATAD, Topluluk sisteminin en üst mahkemesi olarak sadece önkarar davasına bakacak ve Topluluk ilk derece mahkemelerinin kararını denetleyecektir. Topluluk ilk derece mahkemeleri, bir tanesi genel yetkili olmak üzere, uzmanlaşmış mahkemelerden oluşacaktır. Özellikle, sınai mülkiyet, gümrük ve personel uyumsuzlukları bakımından uzman mahkemeler kurulabilir. VAN GERVEN, s. 218. Nice Antlaşması ile getirilen sistem, van Gerven tarafından ileri sürülen fikir ile uyusmaktadır.

<sup>104</sup> ATA md. 224/1. Krş. Avrupa Anayasası, md. I-29/2, III-356/1.

<sup>105</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 48.

ması mümkündür.<sup>106</sup> Görev sürelerinin bitiminden önce görevleri sona eren hâkimlerin yeri, kalan görev süresi için doldurulur.<sup>107</sup>

### **cc. Hâkimlerin Tabi Olduğu Hükümler ve Görevlerinin Sona Ermesi**

Adalet Divanı hâkimlerinin tabi olduğu hükümler, İDM hâkimleri bakımından da geçerlidir. Aynı şekilde, görevlerinin sona ermesi bakımından da her iki mahkeme hâkimlerine de aynı hükümler uygulanacaktır.<sup>108</sup>

### **b. İDM Başkanı**

Hâkimler, Mahkeme başkanını kendi aralarından üç yıl için seçer. Üç yılın sonunda başkanın yeniden seçilmesi mümkündür.<sup>109</sup>

Mahkeme başkanı, ATAD başkanının görevlerine benzer görevler yürütür. Mahkeme başkanı; İDM'nin çalışmasını yönetir ve İDM'ye gelen davaları, İDM tarafından konmuş bulunan kıstaslar uyarınca, gerektiğinde, dairelere havale eder, yargılamanın, muhtelif evrelerine göre, takvimini belirleyerek, duruşma günlerini tayin eder. Buna ek olarak, başkan, başvuru üzerine seri muhakeme usulü ile geçici tedbirler hakkında karar verebilir.

### **c. Hukuk Sözcüleri**

İDM bünyesinde görev yapan hukuk sözcüsü bulunmamaktadır. Buna karşın, Statü ile İDM'ye hukuk sözcüleri tarafından yardımcı olunması öngörülebilmektedir.<sup>110</sup> Aynı zamanda, Mahkemede görev yapan hâkimler, hukuk sözcüsünün görevini yapmak üzere görevlendirilebilir.<sup>111</sup>

Hukuk sözcüsü olarak görevlendirilen hâkimin görevi, İDM'ye yardım etmek amacıyla, İDM'de açılan davalar hakkında açık oturumda gerekçeli görüş sunmaktır.<sup>112</sup> Hangi davalarda İDM hâkimlerinden hukuk sözcüsü olarak yararlanılacağı ve bunun yöntemi Usul Kuralları içinde düzenlenecektir.<sup>113</sup>

Söz konusu Usul Kurallarına göre, İDM genel kurul olarak toplandığında, İDM başkanı tarafından belirlenen bir hukuk sözcüsü olmalıdır.<sup>114</sup> İDM daire olarak toplandığında, olayın karmaşıklığı ya da hukuki zorluk bulunması nedeniyle bir davada hukuk sözcüsü görevlendirilebilir.<sup>115</sup> Bununla birlikte, bir davaya hukuk sözcüsünün atanması, davanın sonuçlanması bakımından gecikmeye neden olacağından, iş yükü fazlalığı nedeni ile İDM, hukuk sözcüsü atama imkânını genellikle kullanmamaktadır.<sup>116</sup>

<sup>106</sup> ATA md. 224/2. Krş. Avrupa Anayasası, md. I-29/2, III-356/2. III-356/3.

<sup>107</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 7.

<sup>108</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 47/1.

<sup>109</sup> ATA md. 224/3. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-356/4.

<sup>110</sup> ATA md. 224/1.

<sup>111</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 49/1; İDM Usul Kuralları md. 19/2.

<sup>112</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 49/2.

<sup>113</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 49/3.

<sup>114</sup> İDM Usul Kuralları md. 17.

<sup>115</sup> İDM Usul Kuralları md. 18.

<sup>116</sup> Bkz. TRIDIMAS, (1997), s. 1384-1385. Bkz. BROWN, NEVILLE, "The First Five Years of the Court of First Instance and the Appeals to the Court of Justice: Assessment and Statistics". *Common Market Law Review*. Cilt: 32, Sayı: 3, Haziran 1995, s. 751.



#### d. İDM Başkâtibi

İDM kendi başkâtibini atar ve hizmetleri ile ilgili kuralları tespit eder.<sup>117</sup>

#### B. İDM'de Yargılama Birimleri

Kurucu antlaşma içinde İDM içerisindeki yargılama birimlerini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Statüye göre İDM, büyük daire ve üç veya beş hâkimden oluşan dairelerden meydana gelmektedir.<sup>118</sup> Büyük daire on üç hâkimden oluşmaktadır.<sup>119</sup> Hâkimler daire başkanlarını kendi aralarından seçer. Beş hâkimli dairelerin başkanları üç yıl için seçilir. Görev süreleri sona erdiğinde bir kez daha yenilenebilir.<sup>120</sup>

Dairelerin oluşumu ve bu dairelere davaların paylaşılması esasları, Usul Kuralları içinde düzenlenecektir.<sup>121</sup> Usul Kuralları ile belirlendiği durumlarda İDM genel kurul halinde toplanabileceği gibi, tek hâkimli oturumlar da düzenleyebilir.<sup>122</sup>

Davanın açılmasına yönelik işlemlerin yapılması ile birlikte İDM başkanı, davayı bir daireye gönderir.<sup>123</sup> O dairenin başkanı, İDM başkanına raportör hâkim olarak atanması için bir hâkim önerir ve İDM başkanı bu öneriyi karara bağlar.<sup>124</sup>

2004 yılı dikkate alındığında, kararların %76'sı üç hâkimli dairelerce, %17'si beş hâkimli dairelerce ve %4'ü tek hâkim tarafından verilmiştir.<sup>125</sup>

#### 2. İDM'nin Yetkileri

##### A. Doğrudan Davalarda Durum

İDM, kurulduğu yıllarda, personel davaları, Topluluk kurumlarına karşı bireyler tarafından açılan rekabet davaları ve AKÇT Antlaşması içerisinde yer alan davaları görmekteydi. Zaman içinde, Konsey diğer davalar bakımından da İDM'yi görevlendirmiştir.<sup>126</sup> Bu davalar arasında bireyler tarafından açılan tüm doğrudan davalar ve Topluluk markasına ve Topluluk bitki çeşitliliğine ilişkin verilen kararlara ilişkin itirazlar yer almaktadır.<sup>127</sup> Nice Antlaşması ile değiştirilen metne göre, İDM,

<sup>117</sup> ATA md. 224/4.

<sup>118</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 50/1, 53; İDM Usul Kuralları md. 10/1.

<sup>119</sup> İDM Usul Kuralları md. 10/1.

<sup>120</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 50/1.

<sup>121</sup> İDM Usul Kuralları md. 10-19.

<sup>122</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 50/2.

<sup>123</sup> İDM Usul Kuralları md. 13/1.

<sup>124</sup> İDM Usul Kuralları md. 13/2.

<sup>125</sup> Court of First Instance, <<http://www.curia.eu.int/en/instit/presentation/fr/rapport/stat/st04tr.pdf>> Table and Statistics, s. 197.

<sup>126</sup> ATAD'ın iş yükünün hafifletilmesi ve İDM'nin yetkilerinin genişletilmesi üzerinde anlaşılan bir nokta olmasına karşın, hangi yetkilerin İDM'ye transfer edileceği konusu tartışmalıdır. Bu tartışma günümüzde de devam etmektedir. SCOREY, DAVID, "A New Model for the Communities' Judicial Architecture in the New Union", *European Law Review*, Cilt: 21, Sayı: 3, Haziran 1996, s. 226-227.

<sup>127</sup> Topluluk markasına ilişkin davalar, İç Pazarda Uyumlaştırma Ofisi kararlarına karşı yapılan itirazlardan oluşmaktadır. Bkz. 40/94 sayılı Topluluk Markası Hakkında Topluluk Tüzüğü [1994] OJ L11/1. Topluluk bitki çeşitliliğine ilişkin davalar, Topluluk Bitki Çeşitliliği Ofisi kararlarına karşı yapılan itirazlardan oluşmaktadır. Bkz. 2100/94 sayılı Topluluk Bitki Çeşitliliği Hakkında Topluluk Tüzüğü [1994] OJ L227/1.

doğrudan davaların çoğu bakımından yetkiye kavuşmuştur.<sup>128</sup> Bu davalar arasında; iptal davaları, ihmal davaları, tazminat davaları, personel davaları ve sözleşmede yer alan tahkim koşulu gereğince görülmesi gereken davalar yer almaktadır.<sup>129</sup> Bu davaların İDM tarafından ilk derece mahkemesi olarak görülmesinin istisnasını, yeni kurulacak adli panellere aktarılabacak davalar ve Statüde öngörülen davalar oluşturmaktadır.<sup>130</sup>

Bu bakımdan yapılacak ilk tespit, ihlal davasının, Statü değiştirilmediği müddetçe, ATAD'ın yetkisi altında bulunduğuudur.<sup>131</sup>

İkinci olarak, Statü düzenlemesine göre, ATAD, iptal ve ihmal davaları bakımından, bir üye devlet tarafından, Avrupa Parlamentosu ya da Konseyin ayrı ayrı veya birlikte yaptıkları veyahut yapmadıkları bir işlem nedeniyle söz konusu dava açılmışsa yetkilidir. Bu durumun istisnaları bulunmaktadır: (a) ATA md. 88/2-3 uyarınca Konsey tarafından alınan kararlar. (b) ATA md. 133 anlamında ticaretin korunması önlemlerine ilişkin Konsey tüzüğü uyarınca yapılan Konsey işlemleri. (c) ATA md. 202 gereği Konsey tarafından yapılan uygulama işlemleri. Söz konusu üç işlem bakımından bir üye devlet tarafından, Avrupa Parlamentosu ya da Konseyin ayrı ayrı veya birlikte yaptıkları veyahut yapmadıkları bir işlem nedeniyle açılacak iptal ve ihmal davaları İDM tarafından karara bağlanacaktır. ATAD, ayrıca, yine üye devlet tarafından, ATA md. 11A gereğince Komisyon tarafından alınan ya da alınmayan kararlara karşı açılacak davalar bakımından yetkilidir.<sup>132</sup>

Üçüncü olarak, Statü düzenlemesine göre, ATAD, iptal ve ihmal davaları bakımından, Topluluk kurumları ve AMB tarafından; Avrupa Parlamentosu ya da Konseyin ayrı ayrı veya birlikte veya Komisyon'un tek başına yaptıkları veyahut yapmadıkları bir işlem nedeniyle söz konusu dava açılmışsa yetkilidir.<sup>133</sup>

Son olarak, Statü düzenlemesine göre, ATAD, iptal ve ihmal davaları bakımından, Topluluk kurumları tarafından; AMB tarafından yapılan ya da ihmal edilen bir işlem nedeniyle söz konusu dava açılmışsa yetkilidir.<sup>134</sup>

Konsey, adli panel kurulması bakımından, 2 Kasım 2004 tarihinde aldığı bir karar ile Personel Mahkemesinin kurulmasını öngörmüştür.<sup>135</sup> Topluluk ile çalışan-

<sup>128</sup> Heffernan'a göre, ATA md. 225 ile doğrudan davaların esas görülmeye yerinin İDM olduğu açıklanmasa bile, maddenin yaptığı vurgu, doğrudan davalar bakımından artık İDM'nin yetkisinin istisnadan ziyade kural olacağını çağrıştırmaktadır. HEFFERNAN, s. 912.

<sup>129</sup> ATA md. 230, 232, 235, 236, 238 içinde yer alan davalar İDM'de görülecektir. ATA md. 225/1. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-358/1.

<sup>130</sup> ATA md. 225/1.

<sup>131</sup> Lenaerts, ihlal davasının doğası gereği anayasal nitelik taşıdığı ve ilk planda İDM'nin yetkisine sokulmaması gerektiğini ifade ederken; Pernice, ihlal davasında anayasal herhangi bir sorun ile karşılaşılmadığını ve Divan'ın sadece tespitte bulunduğunu ifade ederek bu davaların İDM tarafından görülebileceğini belirtmektedir. COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE, <[http://www.cebe.org/doc/colloquium\\_nov\\_2004/documents/colloquium.pdf](http://www.cebe.org/doc/colloquium_nov_2004/documents/colloquium.pdf)>, *Colloquium on the Judicial Architecture of the European Union*, 2004, s. 13, 23.

<sup>132</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 51/1.

<sup>133</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 51/2.

<sup>134</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 51/2.

ları arasında çıkan uyuşmazlıklar, Personel Mahkemesinin göreve başlaması ile birlikte bu mahkemede görülecektir.<sup>136</sup> İDM'de görülmeye başlanmış olup, yazılı aşamayı tamamlamayan personel uyuşmazlıkları, PM'nin göreve başlaması ile bu mahkemeye gönderilecektir.<sup>137</sup>

İDM'nin bir başka yetkisi, Nice Antlaşması ile getirilen adli panellerin kurulmasının ardından doğacaktır. İDM, adli panellerin verdikleri kararlara karşı yapılan temyiz başvurularını karara bağlayacaktır.<sup>138</sup>

## B. Önkarar Davasında Durum

Nice Antlaşması ile getirilen bir diğer önemli yenilik, İDM'ye ilk defa Statü ile öngörülecek belirli alanlarda önkarar davasına bakma yetkisi tanınabilecek olmasıdır.<sup>139</sup> Nice Antlaşması ile birlikte Statü değiştirilerek önkarar davasının belirli alanlarda İDM tarafından görülmesi hakkında bir düzenleme yapılmamıştır.<sup>140</sup> Mevcut durumda önkarar davasına bakma yetkisi münhasıran ATAD'da durmaktadır.

Statü tarafından belirlenmesi öngörülen belirli alanların hangi alanlar olması gerektiği konusunda tartışma bulunmaktadır. Bu noktada, esas sorun, Topluluk hukukunun diğer alanları etkilemeyecek ve diğer alanlardan farklı bulunan alanlarının son derece az olmasıdır. Bu tip alanlara örnek olarak; Gümrük Kombine Nomenklatür tarife başlıklarının, Altıncı KDV Direktifinin yorumlanması gösterilebilir.<sup>141</sup>

Her durumda, "belirli alanlar", İDM tarafından doğrudan davalar sayesinde belirgin uzmanlık geliştirdiği alanları otomatik olarak kapsamamalıdır.<sup>142</sup> Bu bakımdan örneğin rekabet hukukuna ilişkin olarak önkarar davaları ATAD tarafından görülmeye devam edilmelidir.

Önkarar davası İDM önünde görüldüğünde, ATAD iki durumda bu davalar hakkında karar verebilecektir. İlk olarak, İDM, davanın Topluluk hukukunun birlik ve bütünlüğünü etkileyecek bir ilke kararına gereksinim duyduğu görüşündeyse, davayı karar vermesi amacıyla ATAD'a gönderebilir.<sup>143</sup>

İkinci olarak, İDM tarafından önkarar davası sonucu verilen kararlar, Topluluk hukukunun birlik ve bütünlüğüne ciddi biçimde zarar verme tehlikesi taşıyorsa,

<sup>135</sup> 2 Kasım 2004 tarihli ve 2004/752 sayılı Avrupa Birliği Personel Mahkemesinin Kurulması Hakkında Konsey kararı [2004] OJ L333/7.

<sup>136</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 1.

<sup>137</sup> 2004/752 sayılı Avrupa Birliği Personel Mahkemesinin Kurulması Hakkında Konsey kararı md. 3/3.

<sup>138</sup> ATA md. 225/2: 225a/3. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-358/2.

<sup>139</sup> ATA md. 225/3-1. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-358/3.

<sup>140</sup> Söz konusu antlaşmaya eklenen deklarasyonlar ile bu tür sorulara mümkün olduğu kadar çabuk yanıtlar bulunması isteği belirtilmiştir. Deklarasyon No: 12, 13. van Gerven, 1996 yılında, Topluluk yargı düzeninin gelişimi hangi yönde olursa olsun, önkarar davasının ATAD'ın münhasır yetkisi içinde bırakılması gerektiğini belirtmiştir. VAN GERVEN, s. 215. Scorey, önkarar davasına bakma yetkisinin ATAD dışında kalan mahkemeler tarafından da gerçekleştirilebileceğini ileri sürmüştür. SCOREY, s. 28.

<sup>141</sup> Lenaerts, bu iki alanın Topluluk hukukunun birlik ve bütünlüğünü etkileme olasılığının çok düşük olduğunu ve bu alanlarda önkarar davası görmek yetkisinin İDM'ye verilebileceğini belirtmektedir. COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE, s. 13.

<sup>142</sup> COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE, s. 13.

<sup>143</sup> ATA md. 225/3-2. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-358/3.

istisnai olarak, Statü tarafından öngörülen sınırlar ve koşullar içinde ATAD tarafından yeniden gözden geçirilebilir.<sup>144</sup> Statüye göre, baş hukuk sözcüsü, İDM tarafından önkara davası sonucu verilen kararın Topluluk hukukunun birlik ve bütünlüğüne ciddi biçimde zarar verme tehlikesi bulunduğu görüşündeyse, kararın ATAD tarafından gözden geçirilmesini talep edebilir.<sup>145</sup> Baş hukuk sözcüsü bu talebini, İDM kararının açıklanmasından itibaren bir ay içinde yapmalıdır. Divan, baş hukuk sözcüsü tarafından yapılan bu talep üzerine, bir ay içinde İDM kararının yeniden gözden geçirilmesine gerek olup olmadığı konusunda bir karar verir.<sup>146</sup>

İDM tarafından önkara davası sonucu verilecek kararların, ATAD tarafından gözden geçirilmesinin istisnai niteliği göz önüne alındığında asıl amacın ATAD'ın iş yükünün azaltılması olduğu görülür. Bununla birlikte, istisnai prosedürler, AT hukukuna ilişkin önemli sorular ve hukuk düzeninin birliği söz konusu olduğunda yetkisi öngörülen ATAD'ın, AB'nin en yüksek mahkemesi olduğunun altını çizmektedir.<sup>147</sup>

### 3. İDM'nin Kararlarına Karşı Hukuk Yolları

İDM tarafından verilen ve yargılamayı sona erdiren kararlar ile uyuşmazlığın esasına ilişkin kısmi kesin kararlar veya yetkisizlik ve kabul edilemezlik gibi usule ilişkin nihai kararlara karşı, söz konusu kararların taraflara tebliğinden itibaren iki ay içerisinde Divan önünde temyiz başvurusunda bulunulabilir.<sup>148</sup>

Bu başvuru, kısmen veya tamamen kararın sonuçlarından olumsuz etkilenen her tarafça yapılabilir. Üye devletler ve Topluluk kurumları dışındaki katılan taraflar, bu temyiz başvurusunu ancak İDM kararının kendilerini doğrudan etkilemesi halinde yapabilir.<sup>149</sup>

Divan önüne gelen bu başvurular, sadece hukuki konularla sınırlıdır. Bu başvuru, İDM'nin yetkisizliğine, davacı tarafın çıkarlarına zarar veren mahkeme önündeki usul kurallarına aykırılığa ve mahkeme tarafından Topluluk hukukunun ihlal edilmiş olmasına dayanabilir.<sup>150</sup> Temyiz nedenleri, kimi durumlarda iç içe geçmiş olabilir. İDM'nin yetkisinin dışına çıkmış olması aynı zamanda Topluluk hukukunun ihlali anlamına gelmektedir.<sup>151</sup> ATA md. 242 ve 243'e halel getirmeksizin İDM kararlarına karşı Divan'a başvurulması hükmün uygulanmasını etkilemez.<sup>152</sup>

<sup>144</sup> ATA md. 225/3-3.

<sup>145</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 62/1.

<sup>146</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 62/2.

<sup>147</sup> CRAIG – DE BURCA, s. 92. Bkz. LENAERTS, s. 8.

<sup>148</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 56/1; ATAD Usul Kuralları md. 110-123. ATA md. 225/2'ye göre: "... İlk Derece Mahkemesi tarafından verilen kararlar, Statü tarafından öngörülen sınırlar ve koşullar altında sadece hukuki konularda Adalet Divanına temyiz başvurusuna konu olabilir." Bu madde uyarınca, temyiz bakımından süzgeç sisteminin getirilmesi olanağı doğmuştur. LENAERTS, s. 4. İDM'nin ilk beş yılı ve temyiz edilen kararları hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. BROWN, s. 743-761.

<sup>149</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 56/2.

<sup>150</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 58/1. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-358/1.

<sup>151</sup> BROWN, s. 744.

<sup>152</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 60/1. ATA md. 242, Adalet Divanı'na dava konusu tasarrufun uygulanmasının ertelenmesine karar verme yetkisi tanımaktadır. ATA md. 243. Adalet Divanı'nın önüne getirilen davalarda gerekli görüldüğü geçici tedbirleri alma yetkisi tanımaktadır.

Temyiz başvurusu haklı bulunursa, Divan, İDM tarafından verilen kararı ortadan kaldırır. Bu durumda Divan, uyuşmazlık üzerinde yargılama yapabileceksen, kendisi kesin kararı verir ya da davayı tekrar yargılama yapma üzere İDM'ye geri gönderir.<sup>153</sup> Geri gönderilme halinde İDM, Divan tarafından verilen karardaki hukuki konular ile bağlıdır.<sup>154</sup>

İDM'nin temyiz üzerine verdiği kararlar, istisnai durumlarda ATAD önüne getirilebilir.<sup>155</sup> Baş hukuk sözcüsü, İDM tarafından temyiz üzerine verilen kararın Topuluk hukukunun birlik ve bütünlüğüne ciddi biçimde zarar verme tehlikesi bulunduğu görüşündeyse, kararın ATAD tarafından yeniden gözden geçirilmesini talep edebilir.<sup>156</sup> Baş hukuk sözcüsü bu talebini, İDM kararının açıklanmasından itibaren bir ay içinde yapmalıdır. Divan, baş hukuk sözcüsü tarafından yapılan bu talep üzerine, bir ay içinde İDM kararının yeniden gözden geçirilmesine gerek olup olmadığı konusunda bir karar verir.<sup>157</sup>

#### 4. Adli Paneller

##### A. Genel Olarak

Nice Antlaşması ile değiştirilen metne göre, ATAD ve İDM'nin yanı sıra, kurucu antlaşmalarda öngörülen yargısal yetkileri kullanmak üzere belirli alanlarda faaliyet göstermek üzere İDM'ye bağlı adli panellerin kurulabileceği öngörülmüştür.<sup>158</sup> İlk derece mahkemeleri olarak görev yapacak yeni mahkemelerin kurulması olanağının getirilmesinin altında yatan neden, İDM'den iş yükünün bir kısmını alarak uzmanlaşmış mahkemelere vermektir.<sup>159</sup>

Adli panellerin kurulması iki biçimde gerçekleşebilir. İlk olarak, Komisyon tarafından yapılacak bir öneri üzerine, Konsey, Avrupa Parlamentosu ve Adalet Divanı'na danıştıktan sonra oybirliği ile alacağı bir karar ile adli panel kurulabilecektir. İkinci olarak, Adalet Divanı tarafından yapılacak bir öneri üzerine, Konsey, Avrupa Parlamentosu ve Komisyon'a danıştıktan sonra oybirliği ile alacağı bir karar ile adli panel kurulabilecektir. Adli paneller, kimi davalar ile belirli alanlarda açılan davaları ilk derece mahkemesi olarak görerek sonuca bağlamak amacıyla kurulacaktır.<sup>160</sup> Adli panellerin oluşturulmasına karar verilirken adli panelin yapısı ve kendisine tanınan yargı yetkisinin sınırları da belirlenecektir.<sup>161</sup>

Adli paneller tarafından verilen kararlar, yalnızca hukuki konular bakımından ya da adli paneli oluşturan kararda öngörülmesi durumunda vaka incelemesi bakımından da İDM önünde temyiz edilebilir.<sup>162</sup>

<sup>153</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 61/1.

<sup>154</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 61/2.

<sup>155</sup> ATA md. 225/2-2.

<sup>156</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 62/1. Temyiz prosedürü ile gözden geçirme prosedürü arasındaki en önemli fark, bu prosedürlerin başlatılması ile ilgilidir. LENAERTS, s. 16.

<sup>157</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 62/2.

<sup>158</sup> ATA md. 220/2. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-359/1.

<sup>159</sup> LAVRANOS, NIKOLAOS, "The New Specialized Courts within the European Judicial System", *European Law Review*, Cilt: 30, Sayı: 2, Nisan 2005, s. 262.

<sup>160</sup> ATA md. 225a/1.

<sup>161</sup> ATA md. 225a/2.

<sup>162</sup> ATA md. 225a/3. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-359/3.

Adli panellerde görev alacak hâkimler, bağımsızlıkları her türlü şüpheden uzak ve yargısal görevlerin yerine getirilmesi için gereken nitelik ve yeteneklere sahip kişiler arasından seçilir.<sup>163</sup>

Adli panellere ilişkin Usul Kuralları, Adalet Divanı ile anlaşarak oluşturulur. Bu kurallar, Konsey tarafından nitelikli çoğunlukla alınacak bir karar ile nihai biçimini alır.<sup>164</sup> Adli panelleri oluşturulan kararlar aksini öngörmediği müddetçe, kurucu antlaşmanın Adalet Divanı'na ilişkin düzenlemeleri ve Statü içindeki düzenlemeler adli panellere de uygulanır.<sup>165</sup>

### B. Topluluk Sınâî Haklarına İlişkin Durum

Nice Antlaşması ile getirilen yeniliklerden bir tanesi, Topluluk sınâî haklarına ilişkin işlemlerden dolayı ortaya çıkan uyuşmazlıklara Topluluk mahkemeleri tarafından bakılabilecek olmasıdır. Bu düzenleme, Topluluk mahkemelerinin iş yükünün azaltılması için gösterilen çabanın aksine bir durum olarak görülebilirse de, adli panellerin kurulması yoluyla bu tür uyuşmazlıklarda iş yükünün artmasının önüne geçilebilir.<sup>166</sup>

İlgili düzenleme uyarınca, Konsey, kurucu antlaşmanın hükümlerine zarar vermeksizin, Komisyon'un önerisi üzerine ve Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra sınâî hakları Topluluk alanına katan işbu antlaşma temelinde kabul edilen düzenlemelerin uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıklarda, Adalet Divanı'na, kararlaştırılacak sınırlar içinde yargılama yetkisi veren hükümleri oybirliği ile kabul edebilir. Konsey, üye devletlere bu hükümleri kendi anayasal kurallarına uygun olarak kabul etmelerini önerir.<sup>167</sup>

Topluluk sınâî hakları ile ilgili olarak kurulması gündemde olan mahkeme, Topluluk Patent Mahkemesidir. Bu mahkemenin kurulması iki aşamada gerçekleşecektir.<sup>168</sup> İlk olarak, Konsey, ATA md. 229a gereğince Adalet Divanı'na yetki verilmesine ilişkin bir karar alacaktır. Üye devletler kendi anayasal kurallarına uygun olarak bu hükümleri kabul edecektir. İkinci olarak, ATA md. 225a gereğince Konsey alacağı bir karar ile Topluluk patenti ile ilgili olarak bir adli panel kurulmasını ve Adalet Divanı'nın yetkisinin bu panele kaydırılmasını öngörecektir.

Komisyon, TPM kuran karar tasarısını hazırlamış bulunmaktadır.<sup>169</sup> Bu tasarıya göre, TPM her biri altı sene için atanmış yedi hâkimden oluşacaktır.<sup>170</sup> Hâkimler, üye devletler tarafından önerilen ve patent hukukunda yüksek düzey hukuki tecrübe sahibi kişiler arasından atanacaktır. Atama, danışma komitesine ilgili adayların yeterlilikleri hakkında danışıldıktan sonra, Konsey tarafından oybirliği ile alınacak kararla gerçekleştirilecektir.<sup>171</sup>

<sup>163</sup> ATA md. 225a/4. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-359/4.

<sup>164</sup> ATA md. 225a/5.

<sup>165</sup> ATA md. 225a/6.

<sup>166</sup> Bkz. YATAGANAS, s. 277-278.

<sup>167</sup> ATA md. 229a.

<sup>168</sup> Bkz. LAVRANOS, s. 266-267.

<sup>169</sup> COM/2003/828 final.

<sup>170</sup> COM/2003/828 final md. 2.

<sup>171</sup> COM/2003/828 final md. 3.

TPM, üç hâkimli dairelerden oluşur. TPM, Usul Kurallarında öngörülmesi halinde, patent hukukunun temeline ilişkin bir sorun ile karşılaşılması gibi bir durumda daha fazla hâkim ile toplanabileceği gibi, kimi durumlarda tek hâkimden de oluşabilir.<sup>172</sup>

Hâkimler, yardımcı raportör olarak anılan ve altı yıllık görev süresi bulunan, yedi teknik uzman ile desteklenecektir. Yardımcı raportörler, taraflara soru sorabilme hakkına sahiptir; ancak alınacak kararda oy kullanamaz. Yardımcı raportörler, özellikle teknik sorular ile ilgili olarak hâkimlere yardımcı olacaktır.<sup>173</sup>

TPM kararları, iki ay içerisinde İDM nezdinde temyiz edilebilir.<sup>174</sup> TPM kararlarının temyiz edilmesi, diğer temyiz edilen kararlardan farklı olarak, kararın icrasını durdurur.<sup>175</sup> Buna ek olarak, temyiz nedenleri hem hukuki hem de maddi konulara dayanabilir.<sup>176</sup>

TPM kararlarının temyizi ile ilgilenecek olan İDM'de üç hâkimden oluşan bir daire kurulacaktır. Bu hâkimler üç teknik uzman (yardımcı raportör) ile desteklenir.<sup>177</sup>

Temyiz sonrasında temyiz haklı bulunursa İDM, TPM tarafından verilen kararı ortadan kaldırır ve kendisi bir karar verir. İDM, sadece istisnai durumlarda davayı yeniden TPM'ye gönderir. İDM, karar vermesi için bir dosyayı TPM'ye geri gönderdiğinde, TPM İDM tarafından verilen karar ile bağlıdır.<sup>178</sup>

Komisyon, TPM'nin en geç 2010 yılına kadar kurulması ve işlevsel hale gelmesi niyetindedir.<sup>179</sup>

### C. Personel Mahkemesi

#### a. PM'nin Kuruluşu

Personel Mahkemesi, 2 Kasım 2004 tarihinde Konsey tarafından alınan bir karar ile kurulmuştur.<sup>180</sup> Söz konusu karar, ATA md. 225a ve 245 uyarınca, Komisyon'un önerisi ve Avrupa Parlamentosu ile ATAD tarafından verilen görüşler sonrası alınmıştır. Konsey kararı, dört maddeden ve Statüye eklenmesi gereken bir Ek'ten oluşmaktadır. PM, 21 Kasım 2005 tarihinde görevine başlamıştır.<sup>181</sup>

PM'nin görevi, Topluluk ile çalışanları arasında çıkan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmaktır.<sup>182</sup> PM'nin merkezi İDM içinde yer alacaktır.<sup>183</sup>

<sup>172</sup> COM/2003/828 final md. 8.

<sup>173</sup> COM/2003/828 final md. 7.

<sup>174</sup> COM/2003/828 final md. 26.

<sup>175</sup> COM/2003/828 final md. 22.

<sup>176</sup> COM/2003/828 final md. 27.

<sup>177</sup> COM/2003/828 final md. 48.

<sup>178</sup> COM/2003/828 final md. 28.

<sup>179</sup> LENAERTS, s. 14.

<sup>180</sup> 2 Kasım 2004 tarihli ve 2004/752 sayılı Avrupa Birliği Personel Mahkemesinin Kurulması Hakkında Konsey kararı [2004] OJ L333/7.

<sup>181</sup> <<http://www.curia.eu.int/en/institut/presentationfr/communication.pdf>>

<sup>182</sup> 2004/752 sayılı Avrupa Birliği Personel Mahkemesinin Kurulması Hakkında Konsey kararı md. 1; Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 1.

PM'nin görev alanına giren ve İDM'de görülmeye başlanmış olup, yazılı aşamayı tamamlamayan personel uyuşmazlıkları, PM'nin göreve başlaması ile bu mahkemeye gönderilecektir.<sup>184</sup>

## **b. PM'nin Oluşumu**

### **aa. Hâkimler**

#### **aaa. Hâkim Sayısı**

PM, yedi hâkimden oluşmaktadır. Adalet Divanı'nın talep etmesi halinde, Konsey nitelikli oyçokluğu ile alacağı bir kararla hâkim sayısını arttırabilir.<sup>185</sup>

#### **bbb. Hâkimlerin Atanması**

PM'de görev alacak hâkimler, bağımsızlıkları her türlü şüpheden uzak ve yargısal görevlerin yerine getirilmesi için gereken nitelik ve yeteneklere sahip Birlik vatandaşları arasından seçilir.<sup>186</sup> PM hâkimleri, Konsey tarafından, ATAD ve İDM üyeleri ve tanınmış avukatlardan oluşan yedi kişilik bir Komite'ye danışılarak atanır.<sup>187</sup> Konsey seçim yaparken, coğrafi bakımdan oldukça geniş bir alanın kapsamına ve mümkün olduğu kadar farklı ulusal hukuk sistemlerinin temsil edilmesine dikkat etmelidir.<sup>188</sup>

Hâkimlerin görev süreleri altı yıldır.<sup>189</sup> Bununla birlikte, hâkimlerin yemin ile göreve başlamasının ardından, PM başkanı kura yoluyla görev süreleri üç yıl olacak hâkimleri belirler.<sup>190</sup> Görev süreleri sona eren hâkimler yeniden atanabilir.<sup>191</sup>

#### **ccc. Hâkimlerin Tabi Olduğu Hükümler ve Görevlerinin Sona Ermesi**

Adalet Divanı hâkimlerinin tabi olduğu hükümler, PM hâkimleri bakımından da geçerlidir. Aynı şekilde, hâkimlerin görevlerinin sona ermesi bakımından da uygulanacak hükümler aynıdır.<sup>192</sup>

#### **bb. PM Başkanı**

İlk PM başkanı, üç yıl süre için Konsey tarafından diğer hâkimler ile birlikte Konsey tarafından atanabileceği gibi; Konsey tarafından atanan hâkimler tarafından da seçim yoluyla göreve gelebilir.<sup>193</sup> Başkan, yeniden seçilebilir.<sup>194</sup>

<sup>183</sup> 2004/752 sayılı Avrupa Birliği Personel Mahkemesinin Kurulması Hakkında Konsey kararı md. 1

<sup>184</sup> 2004/752 sayılı Avrupa Birliği Personel Mahkemesinin Kurulması Hakkında Konsey kararı md. 3/3.

<sup>185</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 2/1.

<sup>186</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 3/2.

<sup>187</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 3/1. 3. Söz konusu Komite'nin üyelik koşulları ve çalışma kuralları, ATAD başkanı tarafından getirilecek öneri üzerine Konsey tarafından nitelikli çoğunluk ile karara bağlanır. Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 3/3. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-357. Bu madde ile hem Adalet Divanı hem de Genel Mahkeme hâkimlerinin atanması bakımından bir komite oluşturulması öngörülmüştür. Bu komite danişsal niteliktedir ve görüşü üye devletler üzerinde bağlayıcı değildir. Buna karşın, söz konusu komite iki biçimde hâkim atamalarını etkileyecektir. Bunlardan ilki, üye devletler, hâkim önerirken, komitenin kabul edebileceği bir kişiyi tercih edecektir. İkincisi, komitenin kişinin ilgili görev için uygun olmadığına yönelik görüş, üye devletlerin o kişinin atanmasına oy birliği ile karar vermesini engelleyebilecektir. TRIDIMAS, (2004), s. 4.

<sup>188</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 3/1.

<sup>189</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 2/2.

<sup>190</sup> 2004/752 sayılı Avrupa Birliği Personel Mahkemesinin Kurulması Hakkında Konsey kararı md. 3/2.

<sup>191</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 2/2.

<sup>192</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 5.



**cc. PM Başkâtibi**

PM kendi başkâtibini atar ve hizmetleri ile ilgili kuralları tespit eder.<sup>195</sup>

**c. PM'deki Yargılama Birimleri**

PM, üç hâkimli dairelerden oluşur. Usul Kurallarında yer verildiği durumlarda, genel kurul halinde toplanabileceği gibi beş hâkimli daire biçiminde ya da tek hâkim ile de karar alabilir.<sup>196</sup>

PM başkanı, genel kurul ve beş hâkimli dairelere başkanlık eder. Üç hâkimli dairelerin başkanları, hâkimler tarafından seçilir. PM başkanı, aynı zamanda, üç hâkimli bir dairenin de başkanı olabilir.

Toplanma ve karar yeter sayıları, Usul Kuralları ile belirlenecektir. PM Usul Kuralları yürürlüğe girinceye kadar, İDM Usul Kuralları, uygun olduğu ölçüde PM için de uygulanacaktır.<sup>197</sup>

**d. PM Kararlarına Karşı Hukuk Yolları**

PM tarafından verilen ve yargılamayı sona erdiren kararlar ile uyumsuzluğun esasına ilişkin kısmi kesin kararlar veya yetkisizlik ve kabul edilemezlik gibi usule ilişkin nihai kararlara karşı, söz konusu kararların taraflara tebliğinden itibaren iki ay içerisinde İDM'ye başvurulması mümkündür.<sup>198</sup>

Bu başvuru, kısmen veya tamamen kararın sonuçlarından olumsuz etkilenen her tarafça yapılabilir. Üye devletler ve Topluluk kurumları dışındaki katılan taraflar, bu temyiz başvurusunu ancak PM kararının kendilerini doğrudan etkilemesi halinde yapabilir.<sup>199</sup>

İDM önüne gelen bu başvurular, sadece hukuki konularla sınırlıdır. Bu başvuru, PM'nin yetkisizliğine, davacı tarafın çıkarlarına zarar veren mahkeme önündeki usul kurallarına aykırılık ile mahkeme tarafından Topluluk hukukunun ihlal edilmiş olmasına dayanabilir.<sup>200</sup> ATA md. 242 ve 243'e hâlel getirmesizin PM kararlarına karşı İDM'ye başvurulması hükmün uygulanmasını etkilemez.<sup>201</sup>

Temyiz başvurusu haklı bulunursa, İDM, PM tarafından verilen kararı ortadan kaldırır. Bu durumda İDM, uyumsuzluk üzerinde yargılama yapabilecekse, kendisi kesin kararı verir ya da davayı tekrar yargılama yapmak üzere PM'ye geri gönderir.<sup>202</sup> Geri gönderilme halinde PM, İDM tarafından verilen karardaki hukuki konular ile bağlıdır.<sup>203</sup>

<sup>193</sup>2004/752 sayılı Avrupa Birliği Personel Mahkemesinin Kurulması Hakkında Konsey kararı md. 3/1; Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 4/1.

<sup>194</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 4/1.

<sup>195</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 6/2.

<sup>196</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 4/2.

<sup>197</sup> 2004/752 sayılı Avrupa Birliği Personel Mahkemesinin Kurulması Hakkında Konsey kararı md. 3/4.

<sup>198</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 9/1.

<sup>199</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 9/2.

<sup>200</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 11/1.

<sup>201</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 12/1. ATA md. 242, Adalet Divanı'na dava konusu tasarrufun uygulanmasının ertelenmesine karar verme yetkisi tanımaktadır. ATA md. 243, Adalet Divanı'nın önüne getirilen davalarda gerekli gördüğü geçici tedbirleri alma yetkisi tanımaktadır.

<sup>202</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 13/1.

<sup>203</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 13/2.

İDM'nin temyiz üzerine verdiği kararlar, istisnai durumlarda ATAD önüne getirilebilir.<sup>204</sup> Baş hukuk sözcüsü, İDM tarafından temyiz üzerine verilen kararın Topluluk hukukunun birlik ve bütünlüğüne ciddi biçimde zarar verme tehlikesi bulunduğu görüşündeyse, kararın ATAD tarafından yeniden gözden geçirilmesini talep edebilir.<sup>205</sup> Baş hukuk sözcüsü bu talebini, İDM kararının açıklanmasından itibaren bir ay içinde yapmalıdır. Divan, baş hukuk sözcüsü tarafından yapılan bu talep üzerine, bir ay içinde İDM kararının yeniden gözden geçirilmesine gerek olup olmadığı konusunda bir karar verir.<sup>206</sup>

### III. Yargılama Usulleri

ATAD, İDM ve kurulan ve kurulacak olan adli panellerin yargılama usulleri esas olarak Adalet Divanı Statüsü ve özellikle de her yargı merciinin kendisine ait olan Usul Kuralları içerisinde düzenlenmiştir. Bu bölümde yapılacak açıklamalar ATAD dikkate alınarak gerçekleştirilecektir.

Yargılama usulleri başlığı altında dört bölüme yer verilmiştir. İlk bölüm yargılama aşamalarını anlatmaktadır. İkinci bölümde duruşma, karar ve hüküm konusuna değinilmiştir. Üçüncü bölüm yargılama usulü ile ilgili bazı konulara açıklık getirmektedir. Dördüncü bölüm ise ATAD kararlarına karşı hukuk yolları açıklanmıştır.

#### 1. Yargılama Aşamaları

ATAD önündeki yargılama yazılı ve sözlü olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. ATAD yargılama usulü, kıta Avrupa sistemi geleneğine dayandığından, sözlü aşamaya göre yazılı aşamanın daha çok ağırlığı bulunmaktadır.<sup>207</sup> Bu aşamalara ek olarak, raportör hâkimin teklifi üzerine, hukuk sözcüsünün de görüşü alınarak, Divan tarafından karar verildiği takdirde söz konusu iki aşama arasına tahkikat aşaması girebilir.

Hemen belirtmelidir ki, Divan önünde görülen tüm prosedür, özellikle de yazılı aşama, davayı genişletme ve değiştirme yasağına tabidir.<sup>208</sup> Buna göre, dava açılırken mevcut bulunan vakıalar dava açılırken ileri sürülmelidir. Bu durumun tek istisnası, davanın açılmasından sonra doğan olayların ileri sürülebilmesidir.

#### A. Yazılı Aşama

##### a. Doğrudan Davalar

Yazılı aşama, dava dilekçelerinin, cevap dilekçelerinin, savunmaların, gözlemlerin ve gerekirse replikler ile her türlü senet ve belgeler ve bunların aslına uygun olduğu belgelenen örneklerinin taraflar ile kararları dava konusu yapılmış olan Top-

<sup>204</sup> ATA md. 225/2-2. Krş. Avrupa Anayasası, md. III-358/2.

<sup>205</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 62/1.

<sup>206</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 62/2.

<sup>207</sup> KENT, PENELOPE, *Law of the European Union*, 3. Edition., Malaysia, 2001, s. 29. Bkz. DOUGLAS-SCOTT, s. 204; NUGENT, NEILL, *The Government and Politics of the European Union*, 5. Edition, Duke University Press, Durham, 2003, s. 247.

<sup>208</sup> COURT OF JUSTICE, <<http://www.curia.eu.int/en/instit/txtdocfr/autrestxts/txt9.pdf>>, *Notes for the Guidance of Counsel*, 2004, s. 9.

lulukların kurumlarına bildirilmesini kapsar.<sup>209</sup> Bildirimler, başkâtibin sorumluluğunda Usul Kurallarında belirlenen süreler ve sıra ile yapılır.<sup>210</sup>

Divanda dava, başkâtibe gönderilen bir dilekçe ile açılır.<sup>211</sup> Başkâtip, mahkeme siciline davanın kaydını yaptıktan sonra, davacının adını ve taleplerini gösteren bir ilanı ATRG'de yayınlatır. Divan başkanı, dava için bir raportör hâkim tayin eder.<sup>212</sup> Raportör hâkim davanın kendisine görev verilmesinden sonraki gidişatından sorumludur.

Bu işlemler tamamlandıktan sonra, dilekçe davalı tarafa tebliğ edilir. Davalı, tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde cevap verme hakkına sahiptir. Tarafların birer defa daha, birer aylık süreler ile, karşılıklı cevap verme, bir diğer ifadeyle replik ve düplik hazırlama imkanı vardır. Süreler, önemli nedenlerin varlığı halinde başkan tarafından uzatılabilir.

Yazılı aşamada, bu işlemler tamamlandıktan sonra, raportör hâkim Divan'a ilk raporunu sunar.<sup>213</sup> Hukuk sözcüsü de ilk görüşünü beyan eder. Divan, müzakere odasında raportör hâkim tarafından verilen ilk raporu müzakere eder ve hukuk sözcüsünün ilk görüşünü de dikkate alarak; ayrıca bir tahkikat aşamasına gerek olup olmadığına ve davanın dairelerden birinde mi yoksa genel kurulda mı görüleceği hakkında bir karar verir. Tahkikat aşaması gerekli görüldüğü durumlarda, bu aşamanın kimin tarafından gerçekleştirileceğine de karar verilir.<sup>214</sup>

Doğrudan davalarda yazılı aşama, çoğunlukla davanın tarafları aracılığıyla yürütülür. Bir davanın sözlü aşamaya ulaşma süresi, davada kullanılan dil, belgelerin uzunluğu ve çevirmenlerin iş yükü ile bağlantılıdır.<sup>215</sup>

### b. Önkarar Davası

Önkarar davasına başvuru, milli mahkemenin kalemi tarafından, Divan başkâtibine gönderilir. Başvuru genellikle milli mahkemenin kendi usul hukuku uyarınca aldığı bir karar şeklindedir.<sup>216</sup> Divan başkâtibi, önkarar başvurusunu tüm Topluluk dillerine çevirterek hem davanın taraflarına hem de üye devletlere ve Topluluk kurumlarına gönderir. Bu noktada, bir sonraki adıma geçebilmek için Topluluk dillerinin tümüne yapılan çevirinin tamamlanmış olması gerekir. Bu çevirinin yapılması sırasında zaman kaybı yaşanmaktadır.<sup>217</sup>

<sup>209</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 20/2.

<sup>210</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 20/3.

<sup>211</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 21/1.

<sup>212</sup> ATAD Usul Kuralları md. 9/2.

<sup>213</sup> İlk rapor, Divan'ın iç işine ilişkin bir rapordur ve biçimi hâkimden hâkime değişiklik gösterir. İlk raporun esas amacı, Divan üyelerine davanın konusunu anlatmak ve nasıl çözüme bağlanması konusunda tavsiye sunmaktır. İlk rapor, hukuki ve maddi alt yapıyı ortaya koyarak, tarafların görüşleri ile raportör hâkimin kişisel gözlemleri ve tavsiyeleri bir araya getirir. EDWARD, s. 551-552.

<sup>214</sup> ATAD Usul Kuralları md. 44.

<sup>215</sup> EDWARD, s. 549.

<sup>216</sup> ARAT, s. 128.

<sup>217</sup> EDWARD, s. 550.

Başkâtip daha sonra önkarar başvurusunun, diğerlerinin yanında, taraflar ve sorulan soruları da belirterek ATRG'de yayınlanmasını sağlar. Kendilerine tebligat yapılan tüm ilgililer, tebliğ tarihinden itibaren iki ay içerisinde yazılı açıklamalarını Divan'a sunabilir. İki aylık süre zorunludur ve uzatılamaz.<sup>218</sup> Bu aşama sona erdikten sonra gerekli görülürse sözlü aşamaya geçilir.

### B. Sözlü Aşama

Sözlü aşama, raportör hâkim tarafından sunulan raporun okunmasını; temsilcilerin, danışmanların, avukatların Divan tarafından dinlenmesini ve hukuk sözcüsünün gerekçeli görüşünü sunmasını ve ayrıca gerektiğinde tanıkların ve bilirkişilerin dinlenmesini kapsar.<sup>219</sup>

Divan, raportör hâkimin raporu ve hukuk sözcüsünün görüşü de alınarak, taraflardan herhangi birinin de dinlenilmesi için gerekçeli başvuruda bulunulmadığı durumlarda sözlü aşamanın yapılmamasına karar verebilir. Bu başvuru, taraflara yazılı aşamanın sona erdiğini bildiren tebliğin yapılmasından itibaren üç hafta içinde yapılmalıdır. Bu süre Divan başkanı tarafından uzatılabilir.<sup>220</sup>

Divan, dava konusu olayın hiçbir yeni hukuksal sorun ortaya çıkarmadığı görüşündeyse, hukuk sözcüsünün görüşünü aldıktan sonra, davanın hukuk sözcüsünün nihai talebi olmaksızın yürütülmesine karar verebilir.<sup>221</sup>

Tahkikat aşaması öngörülmüşse, bu aşama tamamlandıktan sonra, bu aşamaya gerek görülmemişse yazılı aşamanın veya ilk müzakerenin sonunda ATAD başkanı bir duruşma günü tespit eder.

Duruşmada sırasıyla şu işlemler yapılır: Raportör hâkim raporunu okur; ardından taraflar Divan önünde davayı tartışır. Bu sırada hâkimler ve hukuk sözcüleri uygun gördükleri soruları ilgililere yöneltebilir. Bu tartışma; önce davacı tarafın daha sonra da davalı tarafın son sözlerini söylemesi ile son bulur. Divan, sözlü aşama içerisinde, yeniden tahkikat yapılmasına ya da tahkikatın derinleştirilmesine karar verebilir. Bu karar verilmiyorsa, sıra hukuk sözcüsünün nihai talebini bildirmesindedir. Başkan, hukuk sözcüsünün dinlenmesi için duruşmayı ileri bir tarihe bırakır. Hukuk sözcüsünün nihai talebini sunması ile sözlü aşama son bulur.<sup>222</sup>

### C. Tahkikat Aşaması

Tahkikat aşaması, zorunlu aşamalar arasında yer almamaktadır.<sup>223</sup> Tahkikat aşaması yapılmasına karar vermek Divan'ın yetkisindedir. Divan, yazılı aşamanın

<sup>218</sup> EDWARD, s. 541.

<sup>219</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 20/4.

<sup>220</sup> ATAD Usul Kuralları md. 44a.

<sup>221</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 20/5.

<sup>222</sup> Hukuk sözcüsünün nihai talebini bildirmesi, yargılama aşamasının son halkasıdır ve taraflar bildirilen nihai talep üzerine yorum yapamaz. Bununla birlikte, nihai talebin sunulmasından sonra sözlü aşamanın yeniden yapılmasına karar verilirse taraflar yorum yapma fırsatını elde eder. Ancak, yeniden açılan sözlü aşamanın sonunda verilecek olan hukuk sözcüsünün nihai talebi üzerine yorum yapılamaz. EDWARD, s. 542; COURT OF JUSTICE, s. 6.

<sup>223</sup> ATAD Usul Kuralları md. 44-54a.

sonunda, raportör hâkim tarafından verilen ilk raporu ve hukuk sözcüsünün ilk görüşünü dikkate alarak tahkikat aşamasına gerek olup olmadığı konusunda karar verir. Divan, sözlü aşama sırasında da, tahkikat aşamasının gerekip gerekmediği konusunda bir karar verebilir. Tahkikat aşamasına karar verildiği durumlarda, bu aşamanın kimin tarafından yürütüleceği de belirtilir.

Tahkikat aşaması, tarafların hazır bulunması ile gerçekleştirilir. Hukuk sözcüsü de tahkikata katılabilir. Tahkikat aşamasında, dava ile ilgili maddi vakaların varlığı ve doğruluğu tespit edilmeye çalışılır. Bu tespit için gereken tüm tedbirler alınabilir. Tanık dinlenmesi, bilirkişi incelemesi ve keşif yapılması gibi işlemlere başvurulabilir. Tahkikat sonunda, taraflara tahkikat ile ilgili olarak görüşlerini bildirmeleri için süre verilebileceği gibi böyle bir süreye gerek duyulmayabilir. Bu aşamanın sona ermesinin ardından ATAD başkanı bir duruşma günü tayin eder.

## 2. Duruşmalar, Kararlar ve Hüküm

Duruşmalar alenidir. Divan, re'sen ya da taraflardan birinin istemi üzerine, önemli durumların varlığı halinde duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir.<sup>224</sup>

Duruşma listesi başkan tarafından kararlaştırılır.<sup>225</sup> Duruşma sırasında Divan, bilirkişiyi, tanıkları ve tarafları sorgulayabilir. Bununla birlikte taraflar iddia ve savunmalarını temsilcileri vasıtasıyla gerçekleştirir.<sup>226</sup> Her duruşma için, başkan ve başkâtip tarafından imzalanmış dava tutanağı tutulur.<sup>227</sup>

Sözlü aşamanın bitiminden sonra, Divan müzakere için müzakere odasına çekilir. Müzakereye sadece sözlü aşamada bulunan hâkimler katılır.<sup>228</sup> Müzakereler gizli yapılır ve gizli tutulur.<sup>229</sup> Müzakerede, genel olarak şu sıra izlenmektedir: Raportör hâkim, hazırladığı taslak kararın bir örneğini sunar. Hâkimler, bireysel olarak, yazılı ya da sözlü olarak değişiklik tekliflerini sunar.<sup>230</sup> Üzerinde uzlaşılan bir metne varırsa, karar metni kabul edilir.<sup>231</sup>

Raportör hâkim, gerek sözlü aşamada sunduğu rapor gerekse de taslak kararı hazırlayan kişi olması bakımından meslektaşları üzerinde hatırı sayılır derecede etkili olabilmektedir. Ulusal makamlar ile ortaya çıkacak bir gerilimi önlemek bakımından, bir üye devletten gelen davanın o üye devlet tabiiyetinde bir raportör hâkime verilmemesine ilişkin bir yazısız kural bulunmaktadır.<sup>232</sup>

<sup>224</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 31.

<sup>225</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 34.

<sup>226</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 32.

<sup>227</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 33.

<sup>228</sup> ATAD Usul Kuralları md. 27/2. Müzakerelere katılabileceği düşünülen raportör yardımcıları, müzakerelerde yer alabilir.

<sup>229</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 35; ATAD Usul Kuralları md. 27/1. Hukuk sözcüsü, gizli yapılan ve hâkimlerin dava üzerinde birlikte karar verdiği müzakerelere katılmaz.

<sup>230</sup> ATAD Usul Kuralları md. 27/3, 4.

<sup>231</sup> Hâkimler, karar alırken kendi ulusal kökenlerinden etkilenmeden, Topluluk yaklaşımı çerçevesinde bir karara varmaya çalışmalıdır. KENT, s. 28–29.

<sup>232</sup> DEHOUSSE, s. 13.

ATAD kararı üzerinde uzlaşmaya varılmış bir tek metinden oluşur; kararda muhalefet şerhi ya da kişisel görüşe yer verilmez.<sup>233</sup> ATAD kararlarında bu tür bir yöntem benimsenmesinin olumlu ve olumsuz yansımaları vardır.<sup>234</sup> Olumlu yansımalarından bir tanesi, kararlarda hâkimlerin kendi görüşü saklanarak bağımsızlıkları korunmaktadır. İkincisi, ATAD'ın zihinsel dinamizmini tek bir karar vermek için yapılan tartışmalardan aldığı düşünülmektedir.<sup>235</sup> Üçüncüsü, tek bir karar verilmesi Divan'ın otoritesini güçlendirmektedir. Üye devletler muhalefet şerhlerine dayanmamakta ve kendi ulusal hâkimlerini bir karar alınırken etkileyememektedir.

Tüm bunlara karşın, kararın tek bir metin olarak verilmesinin kimi olumsuz yansımaları da bulunmaktadır. İlk olarak, Divan'ın hâkim sayısının artması tek bir metin halinde karar vermeyi zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte hakim sayısının azaltılması halinde, Divan içinde hakimi bulunmayan üye devletler, kendi hukuk geleneklerinin Divan'da temsil edilmediğini düşünerek kendilerini dışlanmış hissecektir.<sup>236</sup> İkincisi, kararlar uzlaşma üzerine alındığından, bu durum kararın gerekçesinin kalitesini etkilemektedir. Karmaşık davalarda, Divan sadece bazı konularda anlaşmaya vararak kararının altında yatan nedenleri belirsiz bırakabilir; bu nedenle bu tip davalarda Divan'ın gerekçesini anlamak zor olabilir.<sup>237</sup>

Divan, oy çokluğu ile karar alır. Divan kararları, geçerli olarak ancak tek sayı ile alınabilir.<sup>238</sup> Herhangi bir nedenle, oy eşitliği meydana geldiğinde, en kıdemsiz hâkimin oyu oylamada dikkate alınmaz.<sup>239</sup> Kararlar gerekçelidir ve bu kararı müzakere eden hâkimlerin isimleri kararda belirtilir.<sup>240</sup> Kararlar, başkan ve başkâtip tarafından imzalanarak kamuya açık bir oturumda okunur.<sup>241</sup> Divan, dava hakkında karar verirken, harcamalar konusunda da bir karar verir.<sup>242</sup>

ATAD tarafından verilen hükümler kesindir ve tefhim ile birlikte etkilerini doğurmaya başlar.<sup>243</sup> Bu kararlara karşı sadece istisnai başvuru yolları kabul edilmiştir.

<sup>233</sup> Kararlarda, o kararı veren hâkimlerin tümünün görüşlerine yer verilmeye çalışıldığından, kararların anlatım biçimi uluslararası anlaşmalar ile kıyaslanabilmektedir. **CHALMERS**, s. 139.

<sup>234</sup> Bkz. **CHALMERS**, s. 139–140.

<sup>235</sup> Edward'a göre, ATAD hukuk yaratan bir mahkeme olarak gücünü, Avrupa'nın neredeyse bütün klasik hukuk sistemlerinin temsilcilerini bir araya getiren bir kurum olmasından almaktadır. **EDWARD**, s. 548.

<sup>236</sup> Dinan, her üye devletin Divan'da bir hâkim ile temsil edilmesinin hem Topluluk hukukunun gelişiminde hem de Divan'ın kararlarının üye devletler tarafından benimsenmesinde önemli bir etken olduğunu belirtmektedir. **DINAN**, s. 307. Arsava, Avrupa hukukunun muhataplarının kabul görmesinin ancak hukuk normlarının ihdası ve uygulanmasının denetiminde bütün ulusal hukuk düzenlerinin kendi yurtaşlarının temsil edilmesine bağlı olduğunu belirtmektedir. **ARSAVA**, s. 20. van Gerven, hâkim sayısındaki artışın Divan'ın verimliliğini olumsuz etkilediğini belirterek, her üye devletin Topluluk yargı sistemi içinde kendisine yer bulmasının da önemine işaret ederek, Divan'da her üye devletin bir hâkime sahip olması kuralının, her üye devletin bir hâkim veya hukuk sözcüsüne sahip olması şeklinde değiştirilmesi fikrini ileri sürmektedir. **VAN GERVEN**, s. 218–219.

<sup>237</sup> **DOUGLAS-SCOTT**, s. 205. Bkz. **NUGENT**, s. 248; **TRIDIMAS**, (1997), s. 1364.

<sup>238</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 17/1.

<sup>239</sup> ATAD Usul Kuralları md. 26/1.

<sup>240</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 36.

<sup>241</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 37; ATAD Usul Kuralları md. 64.

<sup>242</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 38; ATAD Usul Kuralları md. 69–75.

<sup>243</sup> ATAD Usul Kuralları md. 65.

### 3. Yargılama Usulü ile İlgili Bazı Konularda Açıklamalar

#### A. Tarafların ATAD Önünde Temsili

Üye devletler ve Topluluk kurumları, Divan önünde her dava için özel olarak tayin edilmiş bulunan birer temsilci tarafından temsil edilir. Bu temsilci, bir danışman ya da bir avukat ile desteklenebilir.<sup>244</sup> Bu durum üye devletler dışında kalan AEA anlaşmasına taraf olan devletler ile Avrupa Serbest Değişim Ortaklığı yönetim yetkilisi için de aynıdır.<sup>245</sup>

Gerçek ve tüzel kişiler, Divan önünde bir avukat ile temsil edilir.<sup>246</sup> Söz konusu avukat; ancak bir üye devlette ya da AEA anlaşmasına taraf bir devlette yargı organları önünde temsil yetkisi tanınan kişilerden olabilir.<sup>247</sup> Ulusal mevzuatınca kendilerine davada temsil hakkı tanınmış profesörler de Divan önünde avukatlara tanınan haklardan yararlanır.<sup>248</sup>

Divan önündeki temsilciler, danışmanlar ve avukatlar, Usul Kuralları ile belirlenecek olan koşullarla, görevlerini bağımsız biçimde yerine getirmek için gerekli olan her türlü hak ve garantilerden yararlanır.<sup>249</sup> Söz konusu kurallarda belirlenecek koşullarla, davada yer alan danışman ve avukatlara karşı Divan, mahkemelere ve yargı organlarına normal olarak tanınan yetkileri tanıır.<sup>250</sup>

Uygulama bakımından, avukat ücretleri, Divan'da yargılama harçları bulunmamasına karşın, Divan'a dava açmanın masraflı bir iş olduğunu göstermektedir.<sup>251</sup>

#### B. Görev Dağılımı

ATA md. 220: "Adalet Divanı ve İlk Derece Mahkemesi, her biri kendi yetki sınırları içinde işbu anlaşmanın yorumlanması ve uygulanmasında hukuka saygıyı sağlar." demektedir. Aynı madde içerisinde, belirli alanlarda kurucu antlaşmada öngörülen yargısal yetkileri kullanmak üzere kurulacak adli panellerden bahsedilmektedir. Bu maddeden anlaşıldığı üzere Topluluk yargı sistemi içerisinde görev problemi ile karşılaşılması olasıdır. Bu sorunun çözümü Adalet Divanı Statüsü md. 54 ve aynı Statü Ek 1 md. 8 içerisinde düzenlenmiştir.

İDM'ye gönderilmesi gereken bir dava dilekçesi veya usule ilişkin herhangi başka bir belge, yanlışlıkla ATAD başkâtibine sunulmuşsa, bu belge hemen ATAD başkâtibi tarafından İDM başkâtibine iletilir. Aynı şekilde, ATAD'a gönderilmesi gereken bir dava dilekçesi veya usule ilişkin herhangi başka bir belge, yanlışlıkla İDM başkâtibine sunulmuşsa, bu belge hemen İDM başkâtibi tarafından ATAD başkâtibine iletilir.<sup>252</sup>

<sup>244</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 19/1.

<sup>245</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 19/2.

<sup>246</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 19/3.

<sup>247</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 19/4.

<sup>248</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 19/7.

<sup>249</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 19/5; ATAD Usul Kuralları md. 32-36.

<sup>250</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 19/6.

<sup>251</sup> NUGENT, s. 248.

<sup>252</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 54/1.

İDM, önüne gelen bir davaya bakmaya yetkisi olmadığına ve bu davanın ATAD tarafından görülmesi gerektiğine karar verirse, davayı ATAD'a gönderir. Aynı şekilde, ATAD, önüne gelen bir davaya bakmaya yetkisi olmadığına ve bu davanın İDM tarafından görülmesi gerektiğine karar verirse, davayı İDM'ye gönderir. Bu son durumda İDM bu davayı görmek zorundadır.<sup>253</sup>

ATAD ve İDM'ye aynı konuya sahip, aynı sorunun yorumlanmasına ilişkin bir olay veya aynı işlemin geçerliliğini söz konu eden bir olay incelenmek üzere sunulduğunda, İDM tarafları dinledikten sonra, ATAD tarafından kararın açıklanmasına kadar davayı askıya alabilir. Aynı işlemin iptaline ilişkin başvurular söz konusu olduğunda, İDM, ATAD'ın bu başvurular üzerinde karar vermesi için, kendisi bu davaları reddedebilir. Bu tür durumlarda, ATAD tarafından da davanın askıya alınması kararı verilebilir. Bu son durumda İDM önündeki davaya devam eder.<sup>254</sup>

PM'ye gönderilmesi gereken bir dava dilekçesi veya usule ilişkin herhangi başka bir belge, yanlışlıkla ATAD veya İDM başkâtibine sunulmuşsa, bu belge hemen ilgili başkâtip tarafından PM başkâtibine iletilir. Aynı şekilde, ATAD'a veya İDM'ye gönderilmesi gereken bir dava dilekçesi veya usule ilişkin herhangi başka bir belge, yanlışlıkla PM başkâtibine sunulmuşsa, bu belge hemen PM başkâtibi tarafından ilgili başkâtime iletilir.<sup>255</sup>

PM, önüne gelen bir davaya bakmaya yetkisi olmadığına ve bu davanın ATAD veya İDM tarafından görülmesi gerektiğine karar verirse, davayı duruma göre ATAD'ya veya İDM'ye gönderir. Aynı şekilde, ATAD veya İDM, önüne gelen bir davaya bakmaya yetkisi olmadığına ve bu davanın PM tarafından görülmesi gerektiğine karar verirse, davayı PM'ye gönderir. Bu son durumda PM bu davayı görmek zorundadır.<sup>256</sup>

PM ve İDM, aynı sorunun yorumlanmasına ilişkin bir olay veya aynı işlemin geçerliliğini söz konu eden bir olay incelenmek üzere sunulduğunda, PM tarafları dinledikten sonra, İDM tarafından kararın açıklanmasına kadar davayı askıya alabilir. PM ve İDM'ye aynı konuya sahip bir olay incelenmek üzere sunulduğunda, İDM tarafından davaların sonuçlandırılması adına PM görevsizlik kararı verir.<sup>257</sup>

### C. Davalarda Kullanılan Dil

Divan, AB'nin resmi dil olarak kabul ettiği tüm dilleri kullanmaktadır.<sup>258</sup> Gerek davanın tarafları gerekse de hâkimler en iyi bildikleri dili kullanma hakkına sahiptir.<sup>259</sup> Bununla beraber, her davada yalnızca bir Topluluk dili yargılama dili olarak kabul edilir. Bir devlet, birden çok resmi dile sahipse, bu dillerden birisini seçebilir.

<sup>253</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 54/2.

<sup>254</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 54/3.

<sup>255</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 8/1.

<sup>256</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 8/2.

<sup>257</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol Ek 1 md. 8/3.

<sup>258</sup> ATAD Usul Kuralları md. 29/1. Çevirmenler ve tercümanlar, ATAD idari personelinin %25'ini oluşturmaktadır. DEHOUSSE, s. 12. Topluluğun artan dil sayısı nedeni ile tercüman sayısındaki artış kaçınılmazdır. Dillerdeki artış, aynı zamanda yargılamada gecikme riskini de taşımaktadır. JACOBS, s. 827.

<sup>259</sup> GÜNUĞUR, s. 390.



Buna karşılık, tanıklar, bilirkişiler ve hukuk sözcüleri duruşmada istedikleri Topluluk dilini kullanabilir.

Kural olarak, davalı taraf Topluluk kurumu ise davacı istediği yargılama dilini seçebilir. Davalı bir üye devlet veyahut o devletin tabiiyetinde ise, yargılama dili o devletin resmi dilidir. Birden çok devlet davalı ise, davacı bu dillerden birini seçecektir. Önkarar davasında yargılama dili, başvuruda bulunan milli mahkemenin resmi dilidir. İki tarafın anlaşarak karar verirse Topluluk dillerinden birisinin yargılama dili olarak kullanılmasına Divan tarafından karar verilebilir.

ATAD tarafından kullanılan çalışma dili ise Fransızca'dır.<sup>260</sup> Divanda müzakereler, olağan olarak Fransızca yapılmaktadır; belirli bir davada hangi yargılama dili olursa olsun, Divan dâhilinde kullanılmak üzere, o dava ile ilgili belgeler, hemen daima Fransızcaya çevrilmektedir.<sup>261</sup>

#### **D. Özel Usul Biçimleri**

##### **a. Gerekçeli Karar**

Divan, önüne önkarar davası açılarak gönderilen bir sorunun, Divan tarafından karara bağlanan bir soru ile aynı olması veya Divan'a yöneltilen sorunun cevabının herhangi bir kuşku doğurmadığı ya da mevcut içtihat hukukundan çıkarılabildiği durumlarda, kararını "gerekçeli karar" olarak verebilir. Gerekçeli karar içerisinde önkarar davası ile kendisine yöneltilen soruya ilişkin önceki kararına atıfla yetinebileceği gibi, ilgili içtihat hukukuna da deyinebilir. Bu durumda, Divan, ilgili tarafların ve hukuk sözcüsünün görüşlerini dinledikten sonra, önkarar davası ile kendisine başvuruda bulunan ulusal mahkemeyi haberdar etmelidir.

##### **b. İhtiyati Tedbir Başvurusu**

İhtiyati tedbir başvurusu, Topluluk kurumları tarafından alınan bir işlemin durdurulmasına ilişkin olabileceği gibi, ciddi ve geri döndürülemez bir zarar ortaya çıkmasını engellemek için alınacak diğer tüm önlemleri de kapsamaktadır.<sup>262</sup> Başvuru hakkında Divan başkanı karar verebilir ya da durumu Divan'a götürebilir.<sup>263</sup> Başvuruya verilen yanıt gerekçeli karar biçimindedir ve bu karara karşı itiraz edilemez.<sup>264</sup> Başvurusu reddedilen taraf, yeni olayların oluştuğunu ileri sürerek yeniden ihtiyati tedbir başvurusunda bulunabilir.<sup>265</sup>

##### **c. Seri Muhakeme Usulü**

Seri muhakeme usulü, kimi acele görülmesi gereken davalarda Divan'ın kararını en az gecikme ile almasını sağlayan bir yöntemdir. Taraflardan birinin başvurusu

<sup>260</sup> Edward, Fransızcanın Divan'ın çalışma dili olmasını tarihi nedenlere bağlamaktadır. AKÇT Antlaşmasının tek resmi dili Fransızcadır. Divan'ın yerleşim yeri olan Lüksemburg'un resmi dili Fransızcadır. Son olarak, Divan'ın ilk üyelerine en yakın gelen dil Fransızcadır. EDWARD, s. 546. Gerek çalışma dilinin Fransızca olması gerekse de hukuk sözcüleri makamının varlığı, ilk kurulduğu günden bu yana ATAD içinde Fransız hukuk geleneğinin baskın olduğunu göstermektedir. CUTHBERT, s. 10.

<sup>261</sup> ARAT, s. 115.

<sup>262</sup> ATAD Usul Kuralları md. 83.

<sup>263</sup> ATAD Usul Kuralları md. 85.

<sup>264</sup> ATAD Usul Kuralları md. 86/1.

<sup>265</sup> ATAD Usul Kuralları md. 88.

üzerine, Divan başkanı, diğer tarafların da görüşlerini alarak, söz konusu davanın acele görülmesi gerekip gerekmediğine ve seri muhakeme usulünün uygulanıp uygulanmamasına ilişkin kararını verir. Önkarar davalarında, önkarar davasına başvuran ulusal mahkeme de seri muhakeme usulü ile davanın sonuçlandırılmasını talep edebilir.<sup>266</sup>

#### d. Adli Yardım

Taraflardan biri dava giderlerinden bir kısmını veya tamamını karşılayamadığı gerekçesiyle adli yardım başvurusunda bulunabilir.<sup>267</sup> Bu başvuru, ilgilinin durumunun ispatına yarayan belgeler ile desteklenmelidir.<sup>268</sup> Divan başkanı, bir raportör hâkim atar. Raportör hâkimin üyesi olduğu daire tarafından adli yardım başvurusu hakkında karar verilir.<sup>269</sup>

#### 4. ATAD Kararlarına Karşı Hukuk Yolları

Divan kararı, açık oturumda taraflara tefhim edilmekle kesin hüküm niteliğini kazanır ve hukuksal sonuçlarını doğurur. Divan kararlarına karşı başvurulabilecek olağan kanun yolu bulunmamaktadır. Bununla beraber, istisnai olarak Divan kararlarına karşı başvuruda bulunmak mümkündür.

Hemen belirtmek gerekir ki, bir karar metninde basit yazım hataları, hesap hataları ve diğer aşikâr maddi hatalar varsa, Divan re'sen ya da tarafların istemi üzerine, hükmün tefhim edildiği günden itibaren iki hafta içerisinde bu durumu düzeltebilir.<sup>270</sup>

Bunun yanı sıra dört istisnai neden ile Divan kararlarına karşı başvuruda bulunması mümkündür.

##### A. Kararın Yorumu

Bir kararın anlamı ve çerçevesinin anlaşılmasında güçlük olan hallerde, kararın açıklığa kavuşturulmasında bir çıkarı olduğunu kanıtlayan tarafın veya Topluluk kurumlarının istemi üzerine, bu kararın yorumlanması Divan'ın yetkisindedir.<sup>271</sup> Bu istem süreye tabi değildir.<sup>272</sup>

##### B. İtiraz

Bir davada savunmada bulunan taraf, resmi olarak davet edilmesine karşın, yazılı savunmasını mahkemeye sunmamışsa, karar bu savunmanın yokluğunda verilebilir. Böyle bir durumda, bu karara bir ay içerisinde itiraz edilmesi mümkündür. Böyle bir itiraz, aksi Divan tarafından kararlaştırılmadığı müddetçe, kararın icrasını durdurmaz.<sup>273</sup>

<sup>266</sup> ATAD Usul Kuralları md. 62a.

<sup>267</sup> Bkz. COURT OF JUSTICE, s. 8.

<sup>268</sup> ATAD Usul Kuralları md. 76/1.

<sup>269</sup> ATAD Usul Kuralları md. 76/3.

<sup>270</sup> ATAD Usul Kuralları md. 66/1.

<sup>271</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 43; ATAD Usul Kuralları md. 102.

<sup>272</sup> GÜNUÇUR, s. 389.

<sup>273</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 41.

### C. Üçüncü Kişinin İtirazı

Üye devletler, Topluluk kurumları ve diğer tüm gerçek ve tüzel kişiler, durum ve koşulları Usul Kurallarında belirlenecek şekilde, çağrılmadıkları halde verilen kararlar aleyhine, eğer bu kararlar haklarına zarar veriyorsa üçüncü kişi olarak bu karara itiraz etme hakkına sahiptir.<sup>274</sup>

### D. Yargılamanın Yenilenmesi

Yargılamanın yenilenmesi, verilmiş karar üzerinde önemli bir etki yaratabilecek ve kararın verilmesinden önce Divan ve ilgili kararın yeniden ele alınmasını isteyen tarafça bilinmeyen bir olayın ortaya çıkması halinde istenebilir.<sup>275</sup>

Yargılamanın yenilenmesi, Divanın, yeni bir olayın varlığını kesin olarak doğruladığı, kararın düzeltilmesine neden olacak niteliklerin bu olayda bulunduğu ve tüm bunların ışığında başvurunun kabul edilebilir bulunduğu dair bir karar ile başlar.<sup>276</sup>

Kararın verilmesini izleyen on yıl dolduktan ve talebin dayandığı vakianın talepte bulunan tarafça öğrenildiği günden itibaren üç ay geçtikten sonra, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulamaz.<sup>277</sup>

<sup>274</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 42.

<sup>275</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 44/1.

<sup>276</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 44/2.

<sup>277</sup> Adalet Divanı'nın Statüsü Hakkında Protokol md. 44/3.

## SONUÇ

Nice Antlaşması ile değiştirilen kurucu antlaşmalar, Topluluk yargı sisteminin daha iyi işleyebilmesi için önemli yenilikler öngörmüştür. Bu yenilikler, her ne kadar Topluluk yargı sisteminin yeniden yaratılması biçiminde olmasa da, bu sistemin gelecekteki değişikliklere kendisini daha rahat uyarlamasına imkân verecek niteliktedir. Özellikle kurucu antlaşmalar içerisinde yer alan ayrıntılı sayılabilecek düzenlemelerin Statü ve Usul Kuralları içinde düzenlenmesine olanak verilmesi ve Statü ve Usul Kuralları'nın değiştirilmesi usulünde kolaylıklar sağlanması önemli gelişmelerdir.

Bu gelişmelerin arasında Topluluk yargı sisteminin yapısı ve işleyişini etkileyecek en önemli değişiklik, belirli alanlarda açılan davalara ilk derecede bakmak ve karar vermek için adli panellerin kurulabilecek olmasıdır. Nitekim kurucu antlaşmadaki bu düzenleme kullanılarak, İDM'ye bağlı adli panel olarak görev yapan PM kurulmuştur. Buna ek olarak, Komisyon tarafından hazırlanan tasarı uyarınca TPM'nin kurulması da gündemdedir.

Önümüzdeki yıllarda, özellikle genişleme ve Topluluk yetkilerinin artması ile birlikte ATAD ve İDM'nin artacak iş yükü de göz önüne alındığında, belirli alanlarda kurulan adli panellerin sayısının artması beklenmelidir. Bununla birlikte, Topluluk yargı sistemi içerisinde karar veren mahkeme sayısındaki artış, Topluluk hukununun bir bütün halinde uygulanmasını etkileyecek niteliktedir. Bu noktada, Topluluk yargı sisteminin uyumlu işleyebilmesi için, yaratılacak olan adli panellerin niteliklerinin birbirine mümkün olduğu kadar çok benzemesi gerekmektedir.

Adli panellerin kurulması ve uzmanlık gerektiren alanların bu panellerin yetkisi içinde bırakılması ve ATAD'ın önkara davası ve ihlal davası gibi anayasal nitelik taşıdığı söylenebilecek davalarda yetkili kılınması, Topluluğun genel yetkili mahkemesinin İDM olduğuna işaret etmektedir. İDM, gelecekte, Statü değişikliği ile ihlal davası ve belirli alanlarla sınırlı olarak önkara davası görme yetkisine kavuşabilecektir. Bu durumda ATAD, gitgide Topluluk hukuku ile ilgili önemli sorunlar olduğunda yetkili olan bir mahkeme niteliğine ulaşacaktır.

**KAYNAKÇA****KİTAP**

- ARAT, TUĞRUL**, *Avrupa Toplulukları Adalet Divanı*, ATAUM Yayınları, No: 3, Ankara, 1989.
- BOZKURT, ENVER – ÖZCAN, MEHMET - KÖKTAŞ, ARİF**, *Avrupa Birliği Hukuku*, 2. Baskı, Asil Yayın Dağıtım, Ankara, 2004.
- CHALMERS, DAMIAN**, *European Union Law Volume I*, Biddles Lmt., Great Britain, 1998.
- COUNCIL OF BARS AND LAW SOCIETIES OF EUROPE**, <[http://www.ccbe.org/doc/colloquium\\_nov\\_2004/documents/colloquium.pdf](http://www.ccbe.org/doc/colloquium_nov_2004/documents/colloquium.pdf)>, *Colloquium on the Judicial Architecture of the European Union*, 2004.
- COURT OF JUSTICE**, <<http://www.curia.eu.int/en/instit/txtdocfr/autrestxts/txt9.pdf>>, *Notes for the Guidance of Counsel*, 2004.
- CRAIG, PAUL - DE BURCA, GRAINNE**, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, 3. Edition, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- CUTHBERT, MIKE**, *E.U. Law in a Nutshell*, 3. Edition, Sweet & Maxwell, London, 2000.
- DEHOUSSE, RENAUD**, *The European Court of Justice, The Politics of Judicial Integration*, St. Martin's Press, Newyork, 1998.
- DINAN, DESMOND**, *Ever Closer Union: An Introduction to European Integration*, 2. Edition, Palgrave, Great Britain, 1999.
- DOUGLAS - SCOTT, SIONAIDH**, *Constitutional Law of the European Union*, Great Britain, 2002.
- GÜNUĞUR, HALUK**, *Avrupa Topluluğu Hukuku*, Eğitim Yayıncılık, Ankara, 1993.
- HOUSE OF LORDS**, <<http://www.statewatch.org/news/2004/mar/hol-ecj-47.pdf>>, *The Future Role of the European Court of Justice*, London, 2004.
- KENT, PENELOPE**, *Law of the European Union*, 3. Edition., Malaysia, 2001.
- MENGOZZI, PAOLO**, *European Community Law from the Treaty of Rome to the Treaty of Amsterdam*, 2. Edition, Kluwer Law International, USA, 1999.
- NUGENT, NEILL**, *The Government and Politics of the European Union*, 5. Edition, Duke University Press, Durham, 2003.
- STEINER, JO – WOODS, LORNA – TWIGG – FLESNER, CHRISTIAN**, *Text Book on EC Law*, 8. Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2003.
- TEKİNALP, ÜNAL – TEKİNALP, GÜLÖREN**, *Avrupa Birliği Hukuku*, Beta, İstanbul, 2000.

**MAKALE**

- ALBORS-LLORENS, ALBERTINA**, “Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam”, *Common Market Law Review*, Cilt: 35, Sayı: 6, Aralık 1998, s. 1273–1294.
- ARNULL, ANTHONY**, <[http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/cel/working\\_papers/2004/arnull.pdf](http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/cel/working_papers/2004/arnull.pdf)>, “Is Europe to have a Constitutional Court”, *King College London*, 2004, s. 1–19.
- ARSAVA, FÜSUN**, “Nice Antlaşmasının Getirdikleri”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Cilt: 1, Sayı: 2, Bahar/2002, s. 1–30.
- BROWN, NEVILLE**, “The First Five Years of the Court of First Instance and the Appeals to the Court of Justice: Assessment and Statistics”, *Common Market Law Review*, Cilt: 32, Sayı: 3, Haziran 1995, s. 743–761.
- EDWARD, DAVID**, “How the Court of Justice Works”, *European Law Review*, Cilt: 20, Sayı: 6, Aralık 1995, s. 539–559.
- HEFFERNAN, LIZ**, “The Community Courts Post-Nice: A European *Certiotari* Revisited”, *International and Comparative Law Quarterly*, Cilt: 52, Kasım 2003, s. 907–933.
- JACOBS, FRANCIS**, “Recent and Ongoing Measures to Improve the Efficiency of the Court of Justice”, *European Law Review*, Cilt: 29, Sayı: 6, Aralık 2004, 823–830.
- LAVRANOS, NIKOLAOS**, “The New Specialized Courts within the European Judicial System”, *European Law Review*, Cilt: 30, Sayı: 2, Nisan 2005, 261–272.
- LENAERTS, KEON**, <<http://www.coleurop.be/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/Research%20Paper%20202005%20Lenaerts.pdf>>, “The Future Organization of the European Courts”, *European Legal Studies*, 2/2005, 2005; s. 1–16.
- MILLER, VAUGHNE**, <<http://www.parliament.uk/commons/lib/research/rp2001/rp01-049.pdf>>, “The Treaty of Nice and the Future of Europe Debate”, *House of Commons*, 01/49, 2001, s. 1–70.
- SCOREY, DAVID**, “A New Model for the Communities’ Judicial Architecture in the New Union”, *European Law Review*, Cilt: 21, Sayı: 3, Haziran 1996, s. 224–233.
- TRIDIMAS, TAKIS**, <[http://www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/05\\_04.pdf](http://www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/05_04.pdf)>, “The ECJ and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?”, *The Federal Trust*, 05/04, Mayıs 2004, s. 1–12.

- TRIDIMAS, TAKIS**, “The Role of the Advocate General in the Development of Community Law: Some Reflections”, *Common Market Law Review*, Cilt: 34, Sayı: 6, Aralık 1997, s. 1349–1387.
- VAN GERVEN, WALTER**, “The Role and Structure of the European Judiciary Now and in the Future”, *European Law Review*, Cilt: 21, Sayı: 3, Haziran 1996, s. 211–224.
- YATAGANAS, XENOPHON**, “The Treaty of Nice: The Sharing of Power and the Institutional Balance in the European Union – A Continental Perspective”, *European Law Journal*, Cilt: 7, Sayı: 3, Eylül 2001, s. 242–291.

# YABANCI GERÇEK KİŞİLERİN VE TİCARET ŞİRKETLERİNİN TÜRKİYE'DEKİ TAŞINMAZLAR ÜZERİNDE MÜLKİYET HAKKI EDİNMELEİ

Arş. Gör. Hüseyin Akif KARACA\*

## GİRİŞ

Yabancı gerçek kişilerin ve ticaret şirketlerinin taşınmaz mülkiyeti edinmeleri sosyal, siyasi, ekonomik sonuçlara yol açan bir olgudur ve sadece bir mülkiyet sorunu olarak değerlendirilemez. Öte yandan Türkiye'nin küreselleşme olgusunun etkisi altında yeniden yapılanması ve Avrupa Birliği üyeliği süreci, yabancı gerçek kişilerin ve ticaret şirketlerinin ülkemizdeki taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı edinmelerine ilişkin yeni yasal düzenlemeler yapılmasını beraberinde getirmiştir.

Bu araştırmanın konusunu, yabancı kişilerin ve ticaret şirketlerinin Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı edinmeleri teşkil etmektedir. Bu bağlamda, öncelikle yabancı ve taşınmaz kavramları ele alınmış, yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmelerine ilişkin tarihsel sürece yer verilmiştir. Ardından, yabancıların taşınmaz mülkiyeti edinmesi konusunda yeni düzenlemeler getiren 4916 sayılı Kanun<sup>1</sup>'un ilgili maddelerinin ise Anayasa Mahkemesi'nce iptali sonrasında, yabancıların taşınmaz edinmesini yeniden düzenleyen 29.12.2005 tarihli ve 5444 sayılı Tapu Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>2</sup>'un yabancı gerçek kişiler ve ticaret şirketlerinin taşınmaz mülkiyeti edinmesine ilişkin hükümleri incelenmiştir.

## I- Kavramlar

### A-Yabancı

Yabancı gerçek kişinin tanımı vatandaş kavramına bağlı olarak yapılmaktadır. Bu bağlamda yabancı gerçek kişi, bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığı olmayan kimsedir. Yabancı gerçek kişi başka bir devlet vatandaşlığı gibi vatansız veya mülteci de olabilir<sup>3</sup>.

Tüzel kişilerin tabiiyeti açısından meseleye bakıldığında ise tüzel kişinin tabiiyetini belirlemek için şu kriterler ileri sürülmektedir: 1- Tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer 2-Tüzel kişinin faaliyetlerinin merkezi (fiili merkez) 3-Şirketi kuran hukuk (kuruluş yeri) 4-Özellik taşıyan olaylarda şirketi kontrol altında tutan kişile-

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> RG. 19.07.2003-25173

<sup>2</sup> RG. 07.01.2006-26046

<sup>3</sup> Aysel Çelikel: Günseli Öztekin Gelgel; Yabancılar Hukuku. 12. bs. İstanbul, Beta, 2005, s.17



rin vatandaşlığı<sup>4</sup> 5- Tüzel kişinin denetimini elinde tutan devlet vatandaşlığı 6- Sermayenin toplandığı ülke<sup>5</sup>

Tüzel kişilerin tabiiyeti ve buna bağlı olarak diplomatik himaye hakkına ilişkin Milletlerarası Adalet Divanı'nın 1970 tarihli *Barcelona Şirketi* kararında; iç hukuklarda ileri sürülen kuruluş yeri, idare merkezinin bulunduğu yer, şirketin faaliyetlerinin yoğunlaştığı yer gibi ölçütlerin hiçbirinin tabiiyetin tespitinde mutlak ölçü olmadığı belirtilmiştir. Divan, tüzel kişinin tabiiyetinin, tüzel kişi ile devlet arasındaki ilişkilerin, diğer devletlerle olan ilişkilerle karşılaştırılarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bununla beraber, kararında, Barcelona Şirketi'nin idare merkezinin bulunduğu ve kanunları uyarınca kurulduğu Kanada'yı, şirketin hissedarlarının çoğunun vatandaşı bulunduğu Belçika'ya nazaran diplomatik himaye açısından yetkili görmüştür<sup>6</sup>.

Çok uluslu şirketler (*transnational corporation*) çeşitli ülkelerde tek bir üst yönetim altında faaliyet gösteren ve üst idareleri bu ülkelerin dışında yer alan yavru şirketler vasıtasıyla faaliyet göstermektedirler. Bu şirketlerin idare merkezi ise genellikle vergi açısından sağlanan kolaylıklar dolayısıyla seçilen bir devlette gözüktür. Milletlerarası Adalet Divanı da *Barcelona Şirketi* kararında; idare merkezi ve kuruluş yeri hukukuna göre belirlenen ve tüzel kişinin tabiiyeti bakımından geçerli olan bugünkü milletlerarası hukuk ilkesinin çok uluslu şirketler bakımından uygulanmasının uygun düşmediğini kabul etmiştir. Divan buna rağmen şirketi kontrol altında tutan kişilerin vatandaşı bulunduğu Belçika yerine, idare merkezinin bulunduğu ve kanunları uyarınca kurulan Kanada'yı diplomatik himaye hakkına sahip görmüştür<sup>7</sup>.

Tüzel kişilerin tabiiyetinin belirlenmesine Türk hukuku ve özellikle de konumuz olan yabancıların taşınmaz edinmesi açısından baktığımızda Tapu Kanunu m. 35'te karşılıklılık ilkesi uygulanırken yabancı ticaret şirketi "yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan" tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketi olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere yabancı ticaret şirketinin tabiiyetinin belirlenmesinde Türk hukuku kuruluş yeri kriterini benimsemiştir.

### B-Taşınmaz

Türk Medeni Kanunu'nun 704. maddesinde taşınmaz kavramının içeriği şu şekilde belirlenmiştir: "Taşınmaz mülkiyetinin konusu şunlardır: 1-Arazi 2-Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar 3-Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler".

Taşınmaz kavramının içeriğini oluşturan bu üç unsurdan arazi; ayırt etmeye yeterli araçlar ile sınırlanmış ve belirlenmiş yüzeydir<sup>8</sup>. Bağımsız ve sürekli haklar ise devir ve intikal imkanı olan kişiye bağlı irtifak haklarıdır. Örneğin üst hakkı ve kaynak hakkı başkasına devredilebilir ve mirasçıya geçebilir; ancak sözleşme ile

<sup>4</sup> Ergin Nomer: Vatandaşlık Hukuku, 15. bs, İstanbul, Filiz, 2005, s.37.

<sup>5</sup> Çelikel/Öztekin-Gelgel: s.27

<sup>6</sup> Sevin Toluner: Milletlerarası Hukuk Dersleri, 5. bs, İstanbul, Beta, 1996, s.370-371.

<sup>7</sup> Ayr. bil. için bkz. Nomer s. 38 ve 68 no'lu dipnot

<sup>8</sup> M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir; Eşya Hukuku, 10. bs., İstanbul, Filiz, 2004. s.135.

aksi de kararlaştırılabilir. Bu durumda bu haklar bağımsız olmaz. Devamlılıktan anlaşılması gereken ise sürekliliktir; ebedilik değildir<sup>9</sup>. MK md. 998/3 uyarınca irtifak hakkının sürekli sayılması için en az 30 yıl süreli olması şartı aranmaktadır. Bağımsız bölümler ise ana taşınmazın ayrı ayrı ve başlı başına kullanılması mümkün bağımsız mülkiyete konu bölümleridir. Bu bağımsız bölümler üstünde kurulan mülkiyet hakkına da kat mülkiyeti denir<sup>10</sup>.

## II-Tarihi Gelişim

Ülkemizde yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinebilmesi ilk defa, Osmanlı İmparatorluğu döneminde çıkarılan 7 Sefer 1284 (1867) tarihli “Tabayi Ecnebiyenin Emlake Mutasarruf Olmaları Hakkında Kanun”un çıkarılması ile mümkün olmuştur. Kanunda yabancıların taşınmaz edinmeleri iki halde yasaklanmıştı: Yabancılar Hicaz arazisinde taşınmaz edinmiyorlardı; ayrıca Osmanlı vatandaşı iken vatandaşlık değiştiren ve yabancı statüsüne girenlerin taşınmaz edinmesi yasaklanmıştı. 1298 tarihli bir kanunla da Osmanlı vatandaşı iken izinsiz vatandaşlık değiştirdikleri için vatandaşlıktan ıskat edilenlerin taşınmaz edinme ve miras hakkından mahrum oldukları belirtilmiştir.

Tüzel kişiler açısından ise, ülkemizde yerli tüzel kişilere dahi taşınmaz edinme hakkı ilk defa 1910 tarihli “Cemiyetler Kanunu” ile derneklere, 1913 tarihli “Eşhası Hükmiyenin Emvali Gayrimenkuleye Tasarruflarına Dair Kanun” ile Osmanlı tabiiyetindeki diğer tüzel kişilere tanınmıştır. Ayrıca muvazaa ile gerçek kişiler üstüne kayıtlı taşınmazların bu kanunun yayın tarihinden itibaren 6 ay içinde bu tüzel kişiler adına kaydı kabul edilmiştir.

Cumhuriyet döneminde ise yabancıların taşınmaz edinme hakkı çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden en önemlisi olan 22.11.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu<sup>11</sup>’nin 35. maddesi uyarınca; *“Tahdidi mutazammın kanuni hükümler yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı hakiki şahıslar Türkiye’de gayrimenkul mallara temellük ve tevarüs edebilirler”*. Madde metninden de anlaşılacağı üzere taşınmaz edinme hakkı yalnızca yabancı gerçek (hakiki) kişilere tanınmıştır. Ayrıca kanun yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinmesi bakımından iki sınırlama öngörmüştür. Bunlardan birincisi kanuni sınırlamalara uymak, ikincisi ise karşılıklı olmak esaslarıdır.

Kanuni sınırlamalardan en önemlisi 18 Mart 1340 tarihli ve 442 sayılı Köy Kanunu’nun 87. maddesinde yer alan ve yabancıların köylerde taşınmaz edinmesini yasaklayan hükümdü. 87. madde *“Türkiye Cumhuriyeti tabiiyetinde bulunmayan gerçek şahıslar ve gerçek şahıs hükmünde olan cemiyet ve şirketlerin köylerde arazi ve emlak almaları memnudur”* hükmünü getirmiştir.

2644 sayılı Tapu Kanunu md. 36/1 ise *“Yabancı hakiki şahıslar bir köye bağlı olmayan müstakil çiftliklere ve köy sınırları dışında kalan arazinin 30 hektardan*

<sup>9</sup> Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir; s.137

<sup>10</sup> Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir; s.465

<sup>11</sup> RG. 29. Kanunu Evvel, 1934-2892

*çoğuna ancak hükümetin izni ile sahip olabilirler*" hükmünü getirmişti. Bu hükme göre yabancı gerçek kişilerin köy dışında arazi edinmesi azami 30 hektar ile sınırlandırılmıştı. Arazinin 30 hektardan fazla olması veya müstakil çiftlik olması durumunda yabancı gerçek kişinin bunlara malik olabilmek için Bakanlar Kurulu'ndan izin alması gerekmektedir. Buna karşın yabancı tüzel kişilere taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı edinme olanağı tanıyan genel bir kanun hükmü bulunmamaktaydı.

Cumhuriyet döneminde yabancı tüzel kişilerin özellikle de şirketlerin gerçek kişilere göre ekonomik açıdan daha güçlü olmaları ve milletlerarası ilişkilerdeki etkinlikleri, gerçek kişilere nazaran daha kısıtlayıcı hükümlere tabi olmalarını gerektirmiştir<sup>12</sup>.

Küreselleşme olgusu ve Türkiye'nin Avrupa Birliği üyeliği süreci Türkiye'nin dünya ile olan siyasal ve ekonomik ilişkilerini yeniden düzenleme zorunluluğunu ve bu bağlamda iç hukukun yeniden düzenlenmesini gündeme getirmiştir<sup>13</sup>. 18.7.2003 tarih ve 4916 sayılı kanunla 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesi değiştirilmiştir. Yeni 35. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesine göre *"Karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde taşınmaz edinebilirler."* Madde metninden de anlaşılacağı üzere 4916 sayılı kanunun getirdiği en önemli değişiklik Cumhuriyet tarihinde ilk defa yabancı ticaret şirketlerine taşınmaz edinme hakkı tanımasıdır. Bu kanundan önce yabancı ticaret şirketleri ancak, Petrol Kanunu, Turizmi Teşvik Kanunu gibi özel kanunlar çerçevesinde istisnai olarak taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı hak edinebiliyorlardı.

Bu kanunun getirmiş olduğu diğer bir değişiklik de karşılıklılık ilkesinin tanımına kanunda yer verilmesidir. 4916 sayılı kanunun 19. maddesiyle değiştirilen Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde karşılıklılık ilkesi şu şekilde tanımlanmıştır: *"Karşılıklılık ilkesinin uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına veya yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine tanıdığı hakların Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına veya ticaret şirketlerine de tanınması esastır"*

4916 sayılı kanunun 38. maddesinin a fıkrasıyla Köy Kanunu'nun 87. maddesi yürürlükten kaldırılmış ve böylece yabancıların köylerde taşınmaz edinmesi mümkün hale getirilmiştir. Aynı maddenin b fıkrasıyla da 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 36. maddesi iptal edilmiştir. Böylece yabancıların köy dışında müstakil çiftlik almalarında öngörülen Bakanlar Kurulu izni kaldırılmıştır. 36. maddede öngörülen yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinmesinde köy dışındaki 30 hektarı aşan arazi için Bakanlar Kurulu'ndan izin alma şartı ise 4916 sayılı kanunla değiştirilmiş 35. maddenin 3. fıkrasının 1. cümlesinde, *"...yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan ticaret şirketleri"* ne de teşmil edilmiştir.

<sup>12</sup> Çelikel, Öztekin Gelgel; s.21.

<sup>13</sup> Aysel Çelikel; "Yabancı Yatırımların Teşviki Amacıyla Yapılan Yeni Yasal Düzenlemeler", Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl 23, S. 1-2, İstanbul, 2003, Gülören Tekinalp'e Armağan, s.163

Anayasa Mahkemesi, 4916 sayılı kanunun 19. maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesini 14.3.2005 tarihli kararıyla<sup>14</sup> iptal etmiştir. Yüksek mahkeme iptal kararında şu gerekçelere yer vermiştir: “yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz edinmeleri, ‘karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak’ koşuluna bağlı tutulmuş, ancak, bu edinimin usul ve esasları gösterilmemiştir ... ülkenin bütünlüğü, güvenliği, coğrafi özellikleri, stratejik konumu ve öncelikleri gözetilerek yabancıların alacağı taşınmazın yeri, arazi, arsa veya bina olmasının getireceği farklılıklar ile satın almanın amacı, koşulları ve devirde uyulacak usul ve esaslar gibi hususların yasada belirtilmesi gerekir. Bunların yasada düzenlenmemiş olması, ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda duraksama bulunmayan yabancıların taşınmaz edinimi konusunda, yetki devrine yol açacağı gibi yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçekleşmesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına da aykırı düşer.” ( Esas Sayısı 2003/70 Karar Sayısı 2005/14 Karar Günü 14.3.2005) 4916 sayılı kanun m.38/a ile yabancı gerçek ve tüzel kişilerin köylerde taşınmaz edinmesini yasaklayan Köy Kanunu'nun 87. maddesini yürürlükten kaldırmıştı. Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davasında m.38/a'nın iptali istenmiştir. Böylece, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin köylerde taşınmaz edinmesini mümkün kılan düzenleme yürürlükte kalmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı üzerine Türkiye Büyük Millet Meclisi 5444 sayılı ve 29.12.2005 tarihli Tapu Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Tapu Kanunu'nun 35. maddesini yeniden düzenlemiştir.

### III - 5444 Sayılı Tapu Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi

#### A-Yabancı Gerçek Kişiler

Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinmesi Tapu Kanunu madde 35/1'de yeniden şu şekilde düzenlenmiştir: “Yabancı uyruklu gerçek kişiler, karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Türkiye'de işyeri veya mesken olarak kullanılmak üzere, uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilirler. Sınırlı aynı hak tesis edilmesinde de aynı koşullar aranır. Yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynı hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez. Bu fıkrafta belirtilen koşullarla, yüzölçümünü miktarını otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

Yeni düzenlemede dikkati çeken en önemli husus Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda yabancı gerçek kişinin taşınmaz edinmesinin amacının belirlenmiş olmasıdır. Yeni 35. maddenin 1. fıkrasında da belirtildiği üzere yabancı gerçek kişiler ancak işyeri veya mesken olarak kullanmak amacıyla taşınmaz edinebileceklerdir. Ayrıca bu taşınmazlar uygulama veya mevzii imar planı içerisinde

<sup>14</sup> E.S. 2003/70, K.S. 2005/14, K.T. 14.03.2005; [http://www .anayasa.gov.tr/ kararlar/iptalitiraz/ K2005/K.2005-14](http://www.anayasa.gov.tr/kararlar/iptalitiraz/K2005/K.2005-14)

mesken veya işyeri olarak kullanılması amacıyla ayrılıp tescil edilen taşınmazlar olmalıdır. Böylece yabancı gerçek kişinin taşınmaz edinmesi yer yönünden de sınırlandırılmış olmaktadır. İmar planı haricindeki yerlerde yabancı gerçek kişiler taşınmaz edinemeyeceklerdir.

Yapılan diğer bir önemli değişiklik ise, üzerinde mülkiyet hakkı edinilecek veya sınırlı aynı hak tesis edilecek taşınmazın alanının daraltılmış olmasıdır. 4916 sayılı kanuna göre yabancı gerçek kişiler 30 hektara kadar olan taşınmazı Bakanlar Kurulu'nun izni olmadan, 30 hektardan fazlasını ise Bakanlar Kurulu'nun izni ile edinebiliyorlardı. 5444 sayılı yeni kanunda ise yabancı gerçek kişi en fazla iki buçuk hektara kadar taşınmaz edinebilmektedir. Yeni düzenlemede öngörülen iki buçuk hektarlık sınırlama, yabancı gerçek kişinin taşınmaz edinmesinin mesken veya işyeri olarak kullanmak amacıyla sınırlandırılmasına da uygundur. Ancak, otuz hektarın üçyüzbin metrekairelik bir alanı kapsadığı göz önüne alındığında, 1. fıkranın son cümlesinde belirtilen "Bu fıkrafta belirtilen koşullarla, yüzölçümü miktarını otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir" hükmü yabancı gerçek kişinin taşınmaz edinmesini mesken veya işyeri olarak kullanması amacıyla sınırlayan aynı fıkranın 1. cümlesiyle çelişmektedir.

Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinmesi m.35/1'de karşılıklı olmak şartına tabi tutulmuş, aynı maddenin 6. fıkrasında ise karşılıklılık ilkesi ile ilgili şu ifadeler yer verilmiştir: "*Karşılıklılığın tespitinde hukuki ve fiili durum esas alınır. Bu ilkenin kişilere toprak mülkiyeti hakkının tanınmadığı ülke uyruklarına uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına da tanınması esastır.*" Yabancılar hukukuna hakim ilkelerden birisi olan karşılıklılık ilkesi, en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkesinde diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımalarını ifade eden bir prensiptir<sup>15</sup>. Madde metninde karşılıklılığın tespitinde hem hukuki hem de fiili durumun esas alınacağı belirtilmiştir. Karşılıklılığın hukuki olması yani kanun yolu ile sağlanması durumunda bu ilke, Türk hukukunda yabancılara tanınan hakların, yabancı ülke hukukunda da Türk vatandaşlarına tanınmasını ifade eder<sup>16</sup>. Karşılıklılığın fiili olması ise yabancı devlet hukukunda tanınan hakların uygulamada fiilen de edinilebilir olmasını ifade eder.

Tapu Kanunu m. 35/6'da belirtildiği şekliyle karşılıklılık ilkesinin, kendi vatandaşlarına toprak mülkiyeti hakkı tanımayan ülke vatandaşlarına uygulanmasında, ilgili yabancı devletin kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına da tanınması esas alınmaktadır. Bu durumda karşılıklılığın gerçekleştiği kabul edilerek kişilere toprak mülkiyeti hakkını tanımayan ülkelerin vatandaşlarına Türkiye'de taşınmaz mülkiyeti edinme hakkının tanınması karşılıklılık ilkesi ile bağdaşmaz. Kendi vatandaşlarına toprak mülkiyeti hakkı tanımayan ülke vatandaş-

<sup>15</sup> Çelikel, Öztekin Gelgel: s.61

<sup>16</sup> Günseli Öztekin Gelgel; "Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmasında Mütakabiliyet İlkesi", Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl 23, S.1-2, İstanbul, 2003, Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 470.

larına karşılıklılık ilkesi uygulanırken, bu ülkelerde Türk vatandaşlarına tanınan haklar ile aynı nitelikte ve mahiyette hakların bu devlet vatandaşlarına Türkiye’de tanınması ile karşılıklılık gerçekleşebilir.

## B-Yabancı Ticaret Şirketleri

### 1. Genel Olarak

35. maddenin 2. fıkrasında ise yabancı tüzel kişilerin durumu saptanmıştır: “Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak edinebilirler.” Madde metninde belirtilen özel kanunlar ifadesinden hangilerinin anlaşılacağı madde gerekçesinde “2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu ve 6326 sayılı Petrol Kanunu gibi özel kanun”lar şeklinde belirtilmiştir. Metinde yer alan “gibi” ifadesi, belirsizliğe yol açabilmesi nedeniyle sakıncalıdır.

35. maddenin 3. fıkrasında ise yabancı ticaret şirketleri dışındaki yabancı tüzel kişilerin yani yabancı vakıf ve derneklerin Türkiye’de taşınmaz edinmeyeceği ve lehlerine sınırlı aynı hak tesis edilemeyeceği düzenlenmiştir.

Özellikle yabancı ticaret şirketlerinin iş sahaları, büyük çaptaki teşebbüsleri ve iktisadi, sosyal ve siyasi etkileri gerçek kişilerden daha büyük ve kapsamlı olduğundan, taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı edinmelerine izin verilmesi geniş çaplı etkiler doğurabilir<sup>17</sup>. Öte yandan yatırım, üretim, istihdam gibi faaliyet şartları öngörülmemeksizin yabancı ticaret şirketlerine ülkedeki taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı edinme olanağı tanınması ülke ekonomisine herhangi bir fayda sağlamaz<sup>18</sup>.

Türkiye’nin taraf olduğu ikili sözleşmelerde de, sözleşmenin tarafı olan devletin tabiyetindeki şirketlerin taşınmaz edinmesinde belli şartlar öngörülmüştür. Bunlar karşılıklı olmak, yürürlükteki kanun ve nizamlara uymak, taşınmaz edinmenin ortaklığın işlemesi için zorunlu olması ve taşınmaz edinmenin ortaklığın amacını teşkil etmemesidir<sup>19</sup>. Bu nedenlerle yabancı ticaret şirketlerine genel olarak taşınmaz edinme hakkı tanıyan önceki düzenleme yerine, 5444 sayılı kanunla getirilen, yabancı ticaret şirketlerine sadece, madde gerekçesinde belirtilen Turizmi Teşvik Kanunu, Petrol Kanunu, Endüstri Bölgeleri Kanunu gibi özel kanun hükümleri çerçevesinde ve bu kanunların düzenlediği faaliyetleri yerine getirmek amacıyla taşınmaz edinme hakkının tanınması yerindedir.

Ayrıca 35. maddenin son fıkrasında bu kanun hükümlerine aykırı edinilen ya da edinim amacına aykırı kullanıldığı tespit edilen taşınmazların Maliye Bakanlığınca verilecek sürede sahibi tarafından tasfiye edilmemesi durumunda tasfiye edilerek bedelin hak sahibine ödeneceği düzenlenmiştir. Yabancı ticaret şirketlerinin

<sup>17</sup> Recep Narter: “Türk Hukukunda Yabancı Tüzel Kişilerin Taşınmaz Mal Edinme Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 57, S. 2, İzmir, Nisan 1992, s. 47.

<sup>18</sup> Levent Mutlu: “Yabancı Kişilerin Taşınmaz Mal Edinimi Yönünden Avrupa Birliği Ve Türkiye”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 59, Ankara, Temmuz-Ağustos 2005, s. 306.

<sup>19</sup> Çelikel. (Öztek’in) Gelgel; s. 238

taşınmaz edinmelerinin amacı ilgili özel kanunlardaki faaliyetleri yerine getirmektir. Yabancı ticaret şirketlerinin edindikleri taşınmazı edinim amacına aykırı kullanmalarının denetimi için bu taşınmazları edinirken yabancı ticaret şirketinden bir beyanname ya da taahhütname alınması uygun olur. Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinme amaçları ise m.35/1'de belirtildiği üzere mesken veya işyeri olarak kullanmaktır. Yabancı gerçek kişilerin edindikleri taşınmazı amaca aykırı kullanmalarının denetimi için ise ikamet koşulunun sağlanması aranabilir. Ayrıca, hem yabancı ticaret şirketleri, hem de gerçek kişiler açısından amaca aykırı kullanımın denetimi süreci ve denetim makamları çıkarılacak bir yönetmelikle ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.

## 2. Mevcut Özel Kanunların İlgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi

### a. Turizmi Teşvik Kanunu

Yabancı tüzel kişilerin taşınmaz edinmesi yönünden 2634 sayılı Tur.TK<sup>20</sup>, nu incelediğimizde dikkati çeken ilk husus Tur.TK m. 3/b ve 3/c'de düzenlenen "kültür ve turizmi koruma ve gelişim bölgeleri" ile "turizm merkezleri" dir. Bu bölge ve merkezlerin, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın önerisi ve Bakanlar Kurulu'nun kararı ile tespit ve ilan edileceği belirtilmiştir. Tur.TK m. 5/a ise, turizm sektöründe bu kanun ve diğer mevzuatta yer alan teşvik tedbiri ile istisna, muafiyet ve haklardan yararlanabilmek için Bakanlıktan turizm yatırım belgesi veya turizm işletmesi belgesi alma zorunluluğunu getirmiştir.

Tur.TK m 8/A "taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımı" başlığını taşımaktadır ve bu hüküm uyarınca turizm alanlarında ve turizm merkezlerinde Bakanlığın talebi üzerine, imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki taşınmaz mallardan hazineye ait olan yerlerle ormanların ilgili kuruluşlarca Kültür ve Turizm Bakanlığı'na tahsis edileceği düzenlenmiştir. Kamu kuruluşlarına ait olan taşınmazların ise talep tarihinden itibaren 2 ay içinde Hazine adına tapuya tescil ve Bakanlığa tahsis edileceği düzenlenmiştir. Diğer gerçek ve tüzel kişiler ile vakıflara ait olup, turizm işletmesi belgesine sahip olmayan taşınmazlar ise Bakanlıkça kamulaştırılarak<sup>21</sup>, Hazine adına tapuya tescil edilip tescilden itibaren bir ay içinde de Bakanlığa tahsis edilecektir.

Tur.TK m. 8/D'de ise mülkiyeti hazine adına tescil edilmiş ve Kültür ve Turizm Bakanlığı'na tahsis edilmiş bu taşınmazları, yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlığın yetkili olduğu belirtilmiştir. Bu taşınmaz mallar üzerinde, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın görüşü alındıktan sonra Maliye Bakanlığı'nca belirlenen şartlarla ve bu bakanlıkça, bağımsız ve sürekli nitelikli üst hakları dahil irtifak hakkı tesisi yapılabileceği belirtilmiştir.

<sup>20</sup> RG. 16.3.1982-17635.

<sup>21</sup> 8. maddedeki düzenlemede dikkati çeken önemli bir husus "uyuşmazlıklarda dava ve takipler kamulaştırma kararına değil, bedeline ilişkin olarak yürütülür ve sonuçlandırılır" şeklindeki düzenlemedir. Böyle bir düzenleme ile kamulaştırma kararına karşı dava hakkının ortadan kaldırılmış olması ve ancak bedel aleyhine yargıya başvurulabilmesi temel hakların özüne dokunan bir sınırlamadır. Ayr. bil. için bkz. Çelikel, Öztekin Gelgel: s. 232

### b. Petrol Kanunu

6326 sayılı PK<sup>22</sup> m.6/3'te, bu kanundaki esaslara uygun olmak şartıyla, sermaye şirketlerine veya yabancı devletler mevzuatına göre sermaye şirketi niteliğinde bulunan özel hukuk kişilerine (yabancı ticaret şirketlerine) petrol arama, işletme ruhsatnamesinin Bakanlar Kurulu kararıyla verilebileceği düzenlenmiştir.

PK'nun 5.4.1973 tarihinde 1702 sayılı kanunla<sup>23</sup> değiştirilmiş 87. maddesinde ise, petrol hakkı sahibine petrol ameliyatı için gerekli arazinin kullanma hakkını, arazinin özel mülkiyet konusu olması durumunda anlaşma veya kamulaştırma yolu ile iktisap etme imkanını tanımıştır. Bu madde hükmünce kamulaştırılan taşınmazın sadece kullanma hakkı petrol hakkı sahibine ait olacak, çıplak mülkiyet ise hazine adına tescil edilecektir. PK m. 87/3'de ise, diğer kanunlarda aksine bir düzenleme bulunmaması durumunda petrol hakkı sahibinin özel mülkiyet konusu taşınmazın sahibi ile anlaşmak suretiyle taşınmazın mülkiyetini de elde edebileceği düzenlenmiştir.

Yabancı tüzel kişilerin taşınmaz edinmesini sınırlayan önemli bir hüküm PK m.12'de bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca, yabancı bir devlet ile, bu yabancı devletin, tüzel kişinin idaresi üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak etki edebileceği ölçüde ve şekilde mali ilgi ve menfaati bulunan tüzel kişiler, petrol ameliyatı için gerekli olan taşınmaza sahip olamazlar. Bu düzenleme devletlerin egemen eşitliği ilkesinin bir gereğidir.

### c. Petrol Piyasası Kanunu

5015 sayılı PPK<sup>24</sup>, m.1'de belirtildiği üzere "petrolün doğrudan veya işlenerek güvenli ve ekonomik olarak rekabet ortamı içerisinde kullanıcılara sunumuna ilişkin piyasa faaliyetleri"ni düzenlemektedir. PPK m.3'te petrol piyasası faaliyetlerinde bulunmak için lisans alma zorunluluğu getirilmiştir. PPK m.3/6'da ise, petrol piyasası faaliyetinde bulunacak özel hukuk tüzel kişilerinin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olduğu ve yabancı devlet mevzuatına göre sermaye şirketi niteliğinde olan özel hukuk tüzel kişilerinin (yabancı ticaret şirketlerinin) de lisans alabilecekleri belirtilmiştir.

PPK m.11 uyarınca bu faaliyetler için gerekli arazi, arsa ve binalara ilişkin hak edinimleri öncelikle anlaşma yoluyla edinilecektir. Anlaşma yoluyla bu taşınmazlar üzerine hak edinilememesi durumunda 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu çerçevesinde bu taşınmazlar kamulaştırılacaktır. Kamulaştırılan taşınmazların mülkiyeti hazineye, kullanma hakkı kamulaştırma bedelini ödeyen lisans sahibine ait olacaktır. Kullanma hakkı, lisans sahibi adına tapuya tescil edilecek ve lisans süresince devam edecektir.

PPK m.11/b'de ise petrol piyasası faaliyetlerinde bulunacak tüzel kişilerin, kamuya ait araziler üzerinde mülkiyetten gayri aynı haklar tesis edilmesini ve bu arazileri kiralamayı talep edebilecekleri belirtilmiştir. Bu istek Enerji Piyasası Düzenle-

<sup>22</sup> RG. 16.3.1954-8659.

<sup>23</sup> RG. 18.4.1973-14511

<sup>24</sup> RG. 20.12.2003-25322.



me Kurulu'nca uygun görüldüğü takdirde, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu ilgili kanunlar uyarınca lisans sahibi tüzel kişi lehine ihtiyaca göre intifa, irtifak, üst hakkı veya uzun süreli kiralama yoluna gidebilecektir.

#### d. Endüstri Bölgeleri Kanunu

4717 sayılı EBK<sup>25</sup>'nin amacı, m.1'de belirtildiği üzere “yatırımları teşvik etmek, yurt dışında çalışan Türk işçilerinin tasarruflarını Türkiye’de yatırıma yönlendirmek ve yabancı sermaye girişinin artırılmasını sağlamak”tır. EBK m.3'te ise bu amaçların gerçekleştirilmesi için Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın önerisi üzerine Endüstri Bölgeleri Koordinasyon Kurulu'nca belirlenen yerlerde, Bakanlar Kurulu'nca endüstri bölgelerinin kurulabileceği belirtilmiştir. Endüstri bölgesi olarak belirlenen araziler EBK'nda belirtilen amaçlar dışında başka hiçbir amaç doğrultusunda kullanılmayacaktır. Bu husus tapu kütüğüne şerh edilir<sup>26</sup>. EBK m.3 uyarınca endüstri bölgelerinde yatırım yapmak isteyen yerli ve yabancı gerçek ve tüzel kişiler Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na başvuracaklardır.

Teşvik tedbirleri başlığını taşıyan, EBK m.4'te ise, endüstri bölgeleri içinde kalan özel mülkiyet konusu arazi ve arsaların yatırım faaliyetleri için kullanılmak üzere 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca acele kamulaştırılabileceği düzenlenmiştir. Kamulaştırılan taşınmazların mülkiyeti hazine adına tescil edilecektir. Yatırımcılar ve konumuz çerçevesinde yabancı ticaret şirketleri lehine ise, sözleşmede belirtilen süreyle sınırlı olarak irtifak hakkı tesis edilecektir.

#### C- Yer Yönünden Genel Sınırlandırma

5444 sayılı Kanun'la getirilen önemli ve yerinde bir düzenleme de Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda gerek yabancı gerçek kişilerin gerekse yabancı ticaret şirketlerinin taşınmaz edinmesinin yer yönünden sınırlandırılmış olmasıdır. Yeni 35. madde 7. ve 8. fıkralarıyla bu açıdan şöyle bir düzenleme getirmiştir:

*“Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin; sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanç ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken alanlar, özel koruma alanları ile flora ve fauna özelliği nedeniyle korunması gereken hassas alanlarda ve stratejik yerlerde kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinemeyecekleri alanları, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının tescile esas koordinatlı harita ve planları içeren teklifi üzerine belirlemeye ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespitte Bakanlar Kurulu yetkilidir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Bakanlık bünyesinde ilgili idare temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından, bu madde uyarınca Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler dahilinde çalışmalar yapılmak su-*

<sup>25</sup> RG. 19.1.2002-24645.

<sup>26</sup> Çelikel, Öztekin Gelgel; s. 189.

*retiyile kamu kurum ve kuruluşlarının bu kapsamdaki teklifleri incelenip değerlendirilerek Bakanlar Kuruluna sunulur.”*

*“Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra belirlenecek askeri yasak bölgeler, askeri ve özel güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ve değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri Milli Savunma Bakanlığı'nca geciktirilmeksizin Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Bakanlığa verilir.”*

Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinebilecekleri yerlerin il yüzölçümünün binde beşi ile sınırlanması olumludur. Ancak bu taşınmazın niteliği; yani arazi, arsa, tarla olup olmadığı veya imar planı içerisinde bulunup bulunmadığı dikkate alınmaksızın belirtilen binde beşlik bir oran, kullanılabilir arazi içerisinde aşırı bir miktar tutabilecektir. Yabancı ticaret şirketleri için ise yer yönünden bir miktar sınırlamasının getirilmemesi dikkat çekicidir. Öte yandan madde metninde belirtilen özel kanunlardan olan Turizmi Teşvik Kanunu, Petrol Kanunu ve Endüstri Bölgeleri Kanunu'nda da yabancı ticaret şirketleri için arazi miktarı ve taşınmazın türü yönünden bir miktar sınırlaması getirilmemiştir.

5444 sayılı Kanun m.2 ile 2644 sayılı Tapu Kanunu'na eklenen Geçici Madde 2, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan askeri yasak bölgeler<sup>27</sup>, askeri ve özel güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ilişkin harita ve koordinat değerlerinin, Milli Savunma Bakanlığı'nca, en geç üç ay içerisinde Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün bağlı olduğu Bakanlığa bildirilmesini öngörmüştür. Halbuki, sulama, enerji, tarım, sit, inanç alanı gibi m.35/7'de belirtilen diğer yerlerin tespit ve bildirim için benzer bir süre öngörülmemiştir. Bunun sonucu olarak yabancıların taşınmaz edinmeyeceği alanların Bakanlar Kurulu'nca, m.35/7'nin son cümlesinde belirtilen şekilde tespit edilmesine kadar geçecek süre içerisinde, yabancı gerçek kişiler ve ticaret şirketleri bu alanlarda rahatlıkla taşınmaz edinebileceklerdir. Bu nedenle askeri yasak bölgeler, askeri ve özel güvenlik bölgeleri ve stratejik bölgeler için Geçici Madde 2'de öngörülen tespit süresine benzer bir süre m.35/7'de belirtilen yabancıların taşınmaz edinmeyeceği diğer yerler içinde öngörülmeliydi.

## SONUÇ

5444 sayılı Tapu Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 2644 sayılı Tapu Kanunu m.35'i yeniden düzenlemiş ve yabancıların Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı edinmesi konusunda önemli değişiklikler yapmıştır.

Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinmeleri amaç yönünden sınırlandırılarak, mesken ve işyeri olarak kullanmak amacına bağlanmıştır. Yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinmesi konusunda yapılan diğer olumlu ve yerinde bir değişiklik de, iki buçuk hektarlık miktar sınırlamasıdır. Ancak, Bakanlar Kurulu kararıyla bu miktarın otuz hektara kadar artırılabilmesi, yabancı gerçek kişinin taşınmaz edinmesinin mesken veya işyeri olarak kullanmak amacıyla sınırlandırılmasıyla çelişmektedir.

<sup>27</sup> Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu m.7/1(a) uyarınca 1. derecedeki askeri yasak bölgelerin içindeki taşınmazlar kamulaştırılır. Aynı kanun, m.9/1(a) uyarınca da 2. derecedeki askeri yasak bölgelerde yabancı gerçek ve tüzel kişiler taşınmaz edinemezler. R.G. 22.12.1981-17552

Yabancı ticaret şirketleri ise ancak Turizmi Teşvik Kanunu, Petrol Kanunu, Endüstri Bölgeleri Kanunu, Petrol Piyasası Kanunu gibi özel kanun hükümleri çerçevesinde ve bu kanunlar ile düzenlenen faaliyetleri yerine getirmek amacıyla taşınmaz edinebileceklerdir. Böylece yabancı ticaret şirketlerinin taşınmaz edinmesi açısından, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 4916 sayılı Kanun'dan önceki, özel kanun hükümleri çerçevesinde istisnai olarak taşınmaz edinebilme sistemine yeniden dönülmüştür. Yabancı ticaret şirketlerine 4916 sayılı kanundaki gibi genel olarak taşınmaz edinme hakkı tanımak yerine, özel kanun hükümlerinde düzenlenen faaliyetleri yerine getirmek amacıyla ve istisnai olarak taşınmaz edinme hakkının tanınması yerindedir.

Yeni düzenleme ile öngörülen, bu kanuni usule aykırı edinim ve kanunda belirtilen amaçlara aykırı kullanım halinde taşınmazın tasfiye edilmesi olumludur. Ancak, amaca aykırı kullanımın denetiminin usul ve esasları ve yetkili makamlar kanunda düzenlenmemiştir. Bu hususlar çıkarılacak bir yönetmelikle ayrıntılı olarak düzenlenmelidir.

Karşılıklılık ilkesi düzenlenirken, karşılıklılığın tespitinde hukuki ve fiili durumun esas alınacağı ifade edilerek tanımına yer verilmemiştir. Yalnız, kendi vatandaşlarına toprak mülkiyeti tanımayan ülke vatandaşlarının, Türkiye'de mülkiyet hakkı edinimleri sırasında, ilgili ülkelerin taşınmaz üzerinde mülkiyet dışındaki hakların ediniminde kendi vatandaşlarına tanıdıkları hakları Türk vatandaşlarına da tanımalarını karşılıklılığın varlığı için yeterli kabul etmek karşılıklılık ilkesi ile çelişmektedir. Karşılıklılık ilkesinin gerçekleşmesi için bu ülkelerin vatandaşlarına Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde, Türk vatandaşlarına bu ülkelerde tanınan haklar ölçüsünde hak tanınması gerekir.

5444 sayılı Kanun'la yapılan son derece olumlu bir düzenleme de yabancıların kamu yararı ve ülke güvenliği nedeniyle taşınmaz edinemeyecekleri yerlerin ve bu yerlerin tespitine ilişkin usulün yasada öngörülmüş olmasıdır. Yalnız, bu yerlerden askeri ve özel güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ilişkin üç aylık bir tespit süresinin kanunda öngörülmüş olmasına rağmen sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanca alanı gibi diğer yerlerin tespit süresinin öngörülmemiş olması, belirsizliğe yol açması nedeniyle sakıncalıdır.

**KAYNAKÇA**

- Çelikel, Aysel; “Yabancı Yatırımların Teşviki Amacıyla Yapılan Yeni Yasal Düzenlemeler”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl 23, S.1-2, 2003, Gülören Tekinalp’e Armağan, s.161-177.
- Çelikel, Aysel; Öztekin Gelgel, Günseli; Yabancılar Hukuku, 12. bs., İstanbul, Beta, 2005.
- Mutlu, Levent; “Yabancı Kişilerin Taşınmaz Mal Edinmesi Yönünden Avrupa Birliği Ve Türkiye”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 59, Ankara, Temmuz-Ağustos 2005, s.264-309.
- Narter, Recep; “Türk Hukukunda Yabancı Tüzel Kişilerin Taşınmaz Mal Edinme Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl 57, S. 2, Nisan 1992, s.46-70.
- Nomer, Ergin; Vatandaşlık Hukuku, 15. bs., İstanbul, Filiz, 2005
- Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku, 10. bs., İstanbul, Filiz, 2004
- Öztekin Gelgel, Günseli; “Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet Ve Sınırlı Aynı Haklardan Yararlanmasında Mütakabiliyet İlkesi”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl 23, S.1-2, 2003, Gülören Tekinalp’e Armağan, s. 405-422
- Toluner, Sevin; Milletlerarası Hukuk Dersleri, 5. bs., İstanbul, Beta, 1996.



# MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA TANIKLIKTAN ÇEKİNME NEDENLERİ VE USÛLÛ

Arş. Gör. Özge KARAEĞE\*

## GİRİŞ (INTRODUCTION)

Medenî Usûl Hukukunda kanuni (kesin) ve takdiri olmak üzere iki tür delil vardır. Kanuni (kesin) deliller hâkimi bağlayıcı nitelikte olması nedeniyle takdiri delillerden ayrılmaktadır. Tabii ki bu durumda "kendiliğinden araştırma ilkesi" nin uygulandığı davalar ile "tarafarca hazırlama ilkesi" nin uygulandığı davalar ayrımına dikkat etmek gerekecektir. Zira ancak "tarafarca hazırlama ilkesi" nin uygulandığı davalarda kanuni (kesin) delillerin hâkimi bağlayıcı özelliği bulunmaktadır. Takdiri deliller ise hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir ve bu deliller üzerinde geniş bir takdir yetkisi vardır.

İnceleme konumuzda üzerinde durduğumuz "tanık" delili takdiri delillerdendir. Dava ile ilgili vakıa hakkında tanık beyanı değerlendirilirken hâkim dikkatli olmalıdır. Tanık, tarafla olan yakınlığı, ilgisi, menfaati, hafızasının kuvvetli olmaması gibi nedenlerle gerçeği olduğu gibi anlatmayabilir, hatta gerçeğe aykırı beyanda bulunabilir. İşte çalışmamızda, bu gibi durumların mevcudiyeti halinde kanun koyucunun kişilere tanımış olduğu imkan olan "tanıklıktan çekinme nedenleri" ile çekinmenin nasıl olabileceğine ilişkin olarak "çekinme usûlü" incelenmiştir. Bununla birlikte bazı hallerde tanıklıktan çekinmenin mümkün olmaması nedeniyle "tanıklıktan çekinmenin mümkün olmadığı durumlar" da çalışmamızda açıklanmıştır.

Çalışmamız beş ana başlıktan oluşacaktır. İlk olarak tanık kavramı ve bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulacaktır; ikinci olarak tanıklık yapma mecburiyeti konusu incelenecektir. Daha sonraki ana başlıkta tanıklıktan çekinme nedenlerinden olan tanığın taraflara yakınlığı, tanığın kendisine veya yakınlarına zarar vermesi ve devlet sırrı detaylı bir şekilde açıklanmaya çalışılacaktır. Dördüncü olarak, tanıklıktan çekinmenin mümkün olmadığı haller ve bu hallerin nelerden ibaret olduğu ele alınacaktır. Beşinci olarak, çekinme hakkının nasıl kullanılacağına ilişkin olarak tanıklıktan çekinme usulü incelenecektir. Tüm bu konuların değerlendirilmesinden sonra ulaştığımız sonuçların yer alacağı "sonuç" bölümüyle çalışmamız tamamlanacaktır.

## TANIK KAVRAMI ( THE CONCEPT OF WITNESS )

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuz tanık kavramını tanımlamamıştır. Buna karşılık doktrinde tanık kavramına ilişkin pek çok tanım görmek mümkündür<sup>1</sup>.

\* Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı  
<sup>1</sup> KARAFAKİH, İ.Hakkı, Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara, 1952, s. 198; BİLGE, Necip, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1965, s. 385; POSTACIOĞLU, E.İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975, s. 647; BERKİN, Necmeddin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi,

Doktrinde yapılmış olan tüm tanımları göz önünde bulundurmamak suretiyle bizim de tanıdığı; "davada taraflar arasında çekişmeli olan, geçmişte gerçekleşmiş vakıalar ve durumlara ilişkin duyu organları ile kavradığı bilgileri mahkemeye aktaran gerçek kişidir" şeklinde tarif etmemiz mümkündür.

Vatandaş veya yabancı olmanın tanık olma açısından herhangi bir önemi yoktur. Yine cinsiyet tanıklar arasında ayırım yaratan bir unsur değildir. Fiziki bir sakatlık bulunması veya duyu organlarından birinin çalışmaması veya noksan olması, tanık için sadece tanıklık yapacağı konuyla ilgisi varsa önemlidir. Dinin de tanık olma açısından bir önemi yoktur. Tanığın geçmişi tanıklık yaptığı konu ile ilgili bulunmadığı müddetçe sakıncalı değildir; fakat geçmişinde ilgili bulunduğu bir konu hakkında tanıklık yapıyorsa tanıklığını "menfaat" noktasından eleştirmek gerekecektir. Son olarak tanık olabilmek için belli bir eğitim düzeyi şartını aramak söz konusu olamaz<sup>2</sup>.

Tanık duyu organları ile hissettiğini nakleder<sup>3</sup>. Buna karşılık, bir vakıa hakkında yorum yapamaz, bir vakıanın anlam ve değeri hakkındaki görüşlerini, düşüncelerini bildirmez<sup>4</sup>. Tanığın şahsi kanaati delil olmaz<sup>5</sup>.

Tanık, davanın taraflarından başka bir üçüncü kişidir. Taraflar kendi davalarında tanık olamazlar. Tarafın veya kanuni temsilcisinin vakıalar hakkındaki beyanı isticvap yolu ile alınabilecektir (m. 230, 231). Bununla birlikte, mahcur veya on altı yaşından küçük olmaları nedeniyle isticvap yolu ile dinlenemeyen taraflar tanık olarak dinlenip, belli bir vakıa hakkında onların bilgilerinden de yararlanılabilmelidir<sup>6</sup>. Ancak hâkim bu şahısları isticvaba karar vermişse tanıklıkları söz konusu olmayacaktır<sup>7</sup>.

Taraflardan birinin vekili (avukatı) vekaleten takip etmekte olduğu bir davada, taraflara oranla üçüncü kişi olduğundan görevi dolayısıyla öğrendiği hususlar dışında tanıklık etmek zorundadır; bu durumda avukatın tanıklıktan çekinme hakkı yoktur<sup>8</sup>.

İstanbul, basım tarihi belirtilmemiş, s. 830 (Tatbikatçılara); **KURU**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul, 2001, s. 2567 (C.III); **KURU**, Baki-**ARSLAN**, Ramazan-**YILMAZ**, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2005, s. 493; tanıklıkla ilgili diğer tanımlar için bkz., **BELGESAY**, Mustafa Reşit, Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller, İstanbul, 1940, s. 120, (Deliller); **BERKİ**, Şakir, Hukuk Muhakemeleri Usulu, Ankara, 1959, s. 50; **ANSAY**, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara, 1960, s. 266.

<sup>2</sup> **ERGÜL**, Teoman, "Şahit ve Şahitlik", AD., Y. 55, S. 9-12, s. 1022.

<sup>3</sup> **BİLGE**, s. 385; **KARAFAKİH**, s. 198.

<sup>4</sup> **BİLGE**, Necip-**ÖNEN**, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara, 1978, s. 523; **PEKCANİTEZ**, Hakan-**ATALAY**, Oğuz-**ÖZEKES**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2004, s. 370-371.

<sup>5</sup> **BERKİN**, Necmeddin M., Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 1969, s. 197; **BERKİN**, Tatbikatçılara, s. 831.

<sup>6</sup> **ÜSTÜNDAĞ**, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul, 2000, s. 732; **KURU**, C.III, s. 2567; **KURU-ARSLAN-YILMAZ**, s. 493; **PEKCANİTEZ-ATALAY-ÖZEKES**'e göre, tanık olabilmek için taraf olmamak gerekir ifadesi doğru bir ifade değildir; çünkü tarafın dinlenilmesi ile tanık olarak dinlenme birbirini kapsayan iki ispat şeklidir. Taraf olarak davada dinlenmiş olan şahıs tanık olamaz. Buna karşılık, taraf olarak dinlenilmemiş taraf ise tanık olabilir (bkz. **PEKCANİTEZ-ATALAY-ÖZEKES**, s. 371).

<sup>7</sup> **ALANGOYA**, H.Yavuz, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2003, s. 373.

<sup>8</sup> **KURU**, C.III, s. 2574.

Köy orta mallarını ilgilendiren davalarda o köyden olanların orta mallardan yararlanmaları tabii görüldüğünden dolayı tanıklık edemeyecekleri kabul edilmektedir<sup>9</sup>.

Yargıtay'ın yeni tarihli bir kararında meraya ilişkin bir uyuşmazlığın söz konusu olması halinde yerel tanıkların başka köyden dinlenmeleri gereğinden bahsedilmektedir. Bu durumun Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamasından kaynaklandığı belirtilmektedir. Aynı köyden olan kişilerin dava sonucundan yararlanmaları söz konusu olacağından beyanlarında yansız olamayacakları ve taraf tanıklarının ifadeleri esas alınarak hükmün kurulamayacağı yine aynı kararda belirtilmektedir<sup>10</sup>. Kanımızca Yargıtay'ın bu kararda gerekçesini belirtirken Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 254. maddesine değinmesi yerinde olurdu. Zira, bu hükme göre asıl olan tanıkların doğruyu söylemeleridir; ancak bunların doğru söylemedikleri hususu taraflardan herhangi birince ispat edildiği takdirde hâkim, ifadelerin aksi yönünde karar verebilecektir. **Kaşıkcı'ya** göre; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 254. maddesinin getirdiği yöntem gereği, dinlenen tanık o davada menfaati varsa tanıklığı sırasında doğru konuşmayabilir. Hukuk Genel Kurulu da kararlarında bu maddeye dayanarak devamlı bir şekilde mera uyuşmazlıklarında taraf köylerinin, kendi köylerinden tanık göstermelerini kabul etmemiş ve bu tanıkların davada yararları olması nedeniyle ifadelerinin geçersiz olduğuna hükmetmiştir<sup>11</sup>.

Doktrinde tanık delili zayıf, çürük bir delil olarak kabul edilmiştir<sup>12</sup>. Gerçekten insanların hafıza kuvvetleri kişiden kişiye değiştiği gibi, kendileriyle özel bir ilgisi olmayan olayları muhafaza etmek hususundaki yetenekleri de her zaman güven verici olmaktan uzaktır. Bununla birlikte, menfaatlerinin veya bir kişiye karşı olan duygularının etkisi altında kişiler gerçeğe bağlı olmaktan bilerek veya bilmeyerek ayrılabilirler<sup>13</sup>. Yine, ahlak, din, şeref ve namus gibi manevi yönleri zayıf olan kişilerin bilerek gerçeğe aykırı tanıklık yapmaları mümkündür<sup>14</sup>. Bundan dolayı, tanık delili küçük meblağlar ve şenede bağlanması mümkün olmayan hukuki işlemler ile hukuki fiiller hakkında kabul edilmiştir<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> **KAŞIKÇI**, Mehmet, "Meraya İlişkin Uyuşmazlıklarda Yabancı Köyden Tanık Dinlenmesi Üzerine Düşünceler", Yargıtay Dergisi, C.24, S.4, Ekim 1998, s. 575 vd.; **KURU**, C.III, s. 2568; Yargıtay da bu doğrultuda kararlar vermektedir; bu konudaki kararlar için bkz., YHGK., 28.2.1975, 8-697/270 (ABD. 1975/5, s. 742-743; 8.HD., 5.3.1976, 140/1811 (YKD., 1976/10, s. 1436); **SINMAZ**, Burhan-**KARATAŞ**, İzzet, İhtihatlarla Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara, 1987, s. 445.

<sup>10</sup> 8.HD., 12.10.1995, 50/10461; YHGK., 19.3.1997, 8-855/218 (İKİD., 1997/444, s. 13010-13011).

<sup>11</sup> **KAŞIKÇI**, s. 580.

<sup>12</sup> **BELGESAY**, Deliller, s. 120; **KARAFAKİH**, s. 198; **ANSAY**, s. 266.

<sup>13</sup> **TUĞSAVUL**, Muhsin, "Taktiri Deliller", AD., Y.43, S.5, 1952, s. 610; **ARIKAN**, Baha, "Tanık", ABD., Y.1962, S.2, s. 130; **BİLGE**, s. 386; **POSTACIOĞLU**, s. 647; **BİLGE-ÖNEN**, s. 523; **BAUR/GRUNSKY** de tanığın uygulamada sıkça karşılaşılan ancak büyük bir dikkatle takdir edilmesi gereken bir delil olduğundan ve hafızanın, duygusallığın ve başkaca etkenlerin tanığa kötü bir oyun oynayabileceğinden bahsetmektedirler, ( bkz. Zivilprozeßrecht. **BAUR**, Fritz - **GRUNSKY**, Wolfgang, Berlin, 1997, s.177).

<sup>14</sup> **KURU**, C.III, s. 2571.

<sup>15</sup> **BİLGE**, s. 386; **BİLGE-ÖNEN**, s. 523.



Tanık delili zayıf bir delil olmasına rağmen vazgeçilmesi mümkün olmayan ve yaygın olan bir delildir<sup>16</sup>. Zira, çoğu zaman mahkemeyi çekişmeli olay hakkında aydınlatacak başka bir araç bulunamaz<sup>17</sup>. Nitekim Yargıtay da kararlarında bu hususa işaret etmektedir<sup>18</sup>.

### TANIKLIK YAPMA ZORUNLULUĞU (OBLIGATION OF ATTESTATION)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesine göre; kural olarak herkes tanıklık yapmak zorundadır. Bu zorunluluk, davete uyararak mahkemeye veya tayin olunan yere gelmeyi, sorulan sorulara cevap vermeyi ve verilen ifadeleri yeminle takviye etmeyi kapsar<sup>19</sup>.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda tanıkların yaşlarıyla ilgili herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Çocuklarla yaşlıların tanıklık yapmaları sakıncalı olmasına rağmen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu sadece belli bir yaştan küçük olanların yeminsiz dinlenmeleri hükmünü koymuştur<sup>20</sup>. Tanıklıkta bulunabilmek için ergin olmak gerekli değilse de, bu kişinin temyiz kudretine sahip olması doktrince uygun ve zorunlu görülmektedir<sup>21</sup>. Fiziki ve ruhi durumu, ispat edilmek istenen olayı anlamaya imkan vermiyorsa o kişi tanık olarak dinlenemez. Örneğin, sağır bir kimsenin bir patlama hakkında tanıklık yapması mümkün değildir<sup>22</sup>. Ancak tabiidir ki patlama hakkında görsel hususlara ilişkin olarak tanıklık edebilir.

Tanıklık yükümlülüğü yalnız kendilerine Türk yargısı uygulanabilen kişiler için söz konusudur<sup>23</sup>. Örneğin Türk yargısına tâbi olmayan yabancı ülkelerin diplomatik temsilcileri tanıklık yapmak zorunda değildir ve bu kişiler mahkemeye tanık olarak çağrılmazlar<sup>24</sup>.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesinin 1. fıkrası gereğince usûlüne uygun bir şekilde davet edildiği halde mazereti veya çekinme hakkı olmaksızın mahkemeye veya davet olunan yere gelmeyenler para cezasına mahkum edilir ve gelmemesi muhakemenin ertelenmesine neden olmuşsa, bu sebeple oluşan yargı-

<sup>16</sup> **UMAR**, Bilge, İktisatçılar İçin Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Ders Notları, İzmir, 1973, s. 63; **DUMAN**, İlker Hasan, "Tanıklık", AD., Y.1984, S.4, s. 978; **PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES**, s. 371.

<sup>17</sup> **KORAL**, Rabi, "Taktirî İspat Vasıtaları", İÜHF, C.XII, S.1, 1946, s. 1169.

<sup>18</sup> 2.HD., 12.3.2001, 2269/3659 (YKD., 2002/3, s. 361-363); aynı doğrultudaki diğer kararlar için bkz. 2.HD., 15.11.1996, 10721/11701 (YKD., 1997/3 s. 359-361); 2.HD., 17.10.2000, 9050/12427 (YKD., 2001/2, s. 176-177).

<sup>19</sup> **BİLGE**, s. 387; **POSTACIOĞLU**, s. 647-648; **ERSOY**, Rifat, İzahlı-Notlu-İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, 1976, s. 551; **BİLGE-ÖNEN**, s. 524; **BAUR-GRUNSKY**, s.179.

<sup>20</sup> **ERGÜL**, s. 1022; Gerçekten Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 247/1.maddesinde on beş yaşını bitirmemiş olan küçüklerin yeminsiz dinleneceği hakkında bir düzenleme mevcuttur; (yaşlılar ile çocukların tanıklık etmeleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **EĞİLMEZ**, Namık Kemal, "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi", ABD., Y.1956, S.1, s. 20-22).

<sup>21</sup> **KARAFAKİH**, s. 199; **ANSAY**, s. 269; **BİLGE**, s. 288; **BİLGE-ÖNEN**, s. 525; **ÖNEN**, Ergun, Medeni Yargılama Hukuku, 1979, Ankara, s.214; **ERDOĞAN**, Celal, Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, 1982, s. 373.

<sup>22</sup> **PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES**, s. 372.

<sup>23</sup> **ÖNEN**, s.214; **KURU**, C.III, s. 2572; **PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES**, s. 372

<sup>24</sup> **PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES**, s. 372.

lama giderlerini ödemeye mahkum edilir. Yine 2. fıkra gereği, hâkim gelmeyen tanığın kuvvet kullanılarak getirilmesine karar verebilir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 271. maddesinin 1. fıkrası gereği, tanıklık yapmanın mecburi olduğu hallerde, sorulan sorulara cevaptan veya yeminden kaçınan kişi, duruşma giderlerine mahkum edilir ve yeniden dinlenilmek üzere dava ertelenir. İkinci defa da cevaptan veya yeminden kaçınırsa o mahkemece on beş günü geçmemek üzere hapsedilir.

### **TANIKLIKTAN ÇEKİNME NEDENLERİ (REASONS FOR THE PRIVILEGE OF WITNESS)**

Bazı istisnai haller dışında tanık olarak çağrılan herkesin gelmek, tanıklık etmek ve yemin etmek mecburiyetinde olduğunu Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun (m. 253 ve 271) düzenlemiş olduğunu daha önce belirtmiştik<sup>25</sup>.

Aile bağı, kan birliği, menfaat birliği gibi dayanışma duygusu doğuran ilgilerin taraflarla tanık arasında mevcut olabileceğini hiçbir zaman unutmamak gerekir. Davada menfaat ve ilgisi bulunan tanıktan, tarafsız ve gerçeğe uygun bir tanıklık beklemek pek mümkün görülmemektedir. Böyle bir tanığın tanıklıktan çekinmesinin tanıklık etmesinden daha uygun olacağını düşünen kanun koyucu, bazı hallerde bazı kimselere "tanıklıktan çekinme" hakkı tanıyan hükümleri Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzda düzenlemiştir<sup>26</sup>.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzda "tanıklıktan çekinme nedenleri" üç ayrı durum göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir. Bu durumlar; tanığın taraflara yakınlığı nedeniyle tanıklıktan çekinmesi (m. 245), tanığın kendine veya yakınlarına zarar vermesi nedeniyle tanıklıktan çekinmesi (m. 246) ve tanığın devlet sırrı nedeniyle tanıklıktan çekinmesi (m. 249) olmak üzere üç çeşittir.

#### **A. Tanığın Taraflara Yakınlığı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmesi (The Reason of being a Relative for the Privilege of Witness)**

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzun 245. maddesi tanıklıktan çekinme hallerini dört bent halinde düzenlemektedir<sup>27</sup>. Bu düzenlemede tanıklık yapacak olanın, tarafla olan bağlantısı dikkate alınarak tespit edilmiş bulunan çekinme halleri yer almaktadır<sup>28</sup>. Tanıklıktan çekinme hakkı olan tarafların yakınları 245. maddede tahdidi olarak sayılmıştır. Bu düzenlemede yer alan kişilerin dışında kalan ve daha uzak derecedeki hısımların çekinme hakkı yoktur<sup>29</sup>.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 45. maddesinin 3. fıkrası tanıklara dinlenmeden önce tanıklıktan çekinme haklarının hatırlatılmasının gerektiğini düzenlemiştir.

<sup>25</sup> Bu konuda bkz. yuk. II.

<sup>26</sup> EĞİLMEZ, Namık Kemal. "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi", ABD., Y.1955, S. 6, s. 401.

<sup>27</sup> Aynı doğrultuda bir düzenleme de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 45.maddesinde yer almaktadır. (R.G. 17.12.2004, S. 25673).

<sup>28</sup> ÇATALKAYA, Cevdet-TARIKOĞULLARI, Abdurrahman-ÖZCAN, Mustafa Hamdi. Yeni İçtihatlı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, Ankara, 1965, s. 283; ALANGOYA, s. 374.

<sup>29</sup> ERDEMİR, İlter, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Şerh-Kararlar ve İlgili Mevzuat, Ankara, 1998, s. 1147.

Oysa aynı düzenlemeyi Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzun 245. maddesinde görmemekteyiz. Buna rağmen, hukuk davalarında da tanıklara dinlenmeden önce çekinme haklarının hatırlatılması yerinde olacaktır<sup>30</sup>.

### 1. İki Taraftan Birinin Nişanlısı ( Being a Fiancée or a Fiancé )

Kanun koyucu gerçeğe ulaşmanın mümkün görülmediği bu halde taraflardan birinin nişanlısına çekinme hakkı tanımıştır. Gerçekten taraflar arasındaki yakınlık, kişilerin vakıalar hakkında bildiklerini söylememesine belki de yalan söylemelerine yol açacaktır.

**Ansay'a** göre; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu "iki taraftan birinin nişanlısı" şeklinde bir düzenleme yaptığına göre, nişanlılığın ortadan kalkmamış olması gerekir<sup>31</sup>. Kanaatimizce Ansay'ın bu görüşte olmasının nedeni, bir sonraki bentte Kanun tarafından açıkça evlilik açısından evlilik bağı kalkmış olsa bile iki taraftan birinin tanıklıktan çekinebileceğini düzenlemesinden ötürüdür. Gerçekten, aynı yönde bir düzenlemeyi nişanlanma bakımından göremiyoruz. Tanık ile taraflardan biri arasındaki nişanlılık ilişkisi tanık beyanda bulunacağı sırada ortadan kalkmışsa ve tanığa çekinme hakkı veren başka bir durum da söz konusu değilse, tanığın çekinme hakkı sona erecektir<sup>32</sup>.

Taraflardan birinin nişanlısının tanıklıktan çekinebilmesi için nişanlılığın geçerli olması da gerekir<sup>33</sup>. Nişanlanmanın geçerli olabilmesi için nişanlanan eş adayları arasında bir nişanlanma engelinin bulunmaması gerekir. Nişanlanma engellerinin neler olduğu Medeni Kanunda düzenlenmemiştir. Buna rağmen Medeni Kanun'da düzenlenmiş olan evlenme engellerinin nişanlanma için de aynen geçerli olacağı kabul edilmektedir. Ayrıca, genel olarak tüm sözleşmeler için geçerli olan yasaklayıcı kurallar nişanlanma yönünden de geçerli olacaktır<sup>34</sup>.

Geçerli bir nişanlanmadan bahsedebilmek için öncelikle ortada imkansız bir nişanlanmanın olmaması gerekir. Buna göre, hukuka, ahlaka ve adaba, kişilik haklarına aykırı olan nişanlanmalar veya evlenmeleri imkansız olan kişilerin nişanlanmalarını mutlak butlanla geçersiz olacaktır<sup>35</sup>. İkinci olarak, nişanlanacaklar arasında kesin ve mutlak bir nişanlanma engeli bulunmamalıdır. Buna göre, aralarında yasak derecede hısımlık bulunduğu için bir başkasıyla evlenemeyen kimsenin o kişiyle nişanlanması mümkün değildir. Evli olan kişi ikinci kez evlenemediği gibi, bir başkasıyla nişanlanamaz. Akıl hastası ve sürekli ayırtım gücünden yoksun olanlar, evlenemediği gibi nişanlanmaları da mümkün değildir<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> BELGESAY, Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C.II, İstanbul, 1940. s. 78, (C.II); KURU, C.III, s. 2576.

<sup>31</sup> ANSAY, s. 270.

<sup>32</sup> FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara, 1996, s. 200.

<sup>33</sup> ÖZTÜRK, Bahri-ERDEM, Mustafa R.-ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemeleri Hukuku, Ankara, 2003, s. 417, dn. 24.

<sup>34</sup> ZEVLİLİLER, Aydın-ACABEY, M.Beşir-GÖKYAYLA, K.Emre, Medeni Hukuk, Giriş-Başlangıç Hükmüleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara, 2000, s.686; KOÇ, Nevzat, Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir, 2002, s. 38.

<sup>35</sup> ZEVLİLİLER-ACABEY-GÖKYAYLA, s. 686; KOÇ, s. 38-39; AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C.2, 2003, İstanbul, s. 30.

<sup>36</sup> ZEVLİLİLER-ACABEY-GÖKYAYLA, s. 686; KOÇ, s. 39-43, AKINTÜRK, s. 30-31.

## 2. Aralarında Evlilik Bağı Kalkmış Olsa Bile İki Taraftan Birinin Karı ve ya Kocasını ( Marital Privilege Despite Termination )

Evlilik, ortadan kalksa bile eşler tanıklıktan çekinebilirler. Evlilik, ölüm, boşanma veya butlan sebebiyle sona erebilir<sup>37</sup>.

Yargıtay bir kararında davalının dinlettiği tanıklardan karısı ile kızının davada hukuki yararlarının bulunması nedeniyle bu kişilerin tanıklıklarının hükme esas alınmayacağını belirtmiştir<sup>38</sup>. Kanımızca Yargıtay'ın burada tanıklık yapanların akrabalık ilişkilerini öne sürerek bir sonuca varması isabetli olmamıştır. Zira kural olarak herkes tanıklık yapabileceği gibi akrabalık, tanık sözlerini değerden düşürmeye yeterli olmamalıdır. Somut olayda tanık olarak dinlenebilecek kişiler sadece akrabalar olabilir; bu durumda "akrabalık" dolayısıyla bu kişilerin sözlerinin dikkate alınmaması gerçeğin aydınlatılması açısından bir eksiklik olacaktır<sup>39</sup>. Yargıtay'ın kararında Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 254. maddesine dayanarak bu kişilerin ifadelerinin doğruluğundan şüphe duyulması hususunda deliller ve emareler söz konusu ise aynı sonuca varması yerinde olurdu diyebiliriz.

## 3. İki Taraftan Birinin Usul ve Furuu veya Civar Hısımları ile Aralarında Evlatlık Bağı Bulunanlar (Being an Ascendant, Descendant or a Collateral Kinship of One of the Parties and also the Ones who have a Relation of Adoption)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu 245/3. maddesine göre, iki taraftan birinin neseben veya sebeben usul ve furuu yahut üçüncü dereceye kadar neseben veya kendisiyle evlilik bağı kalkmış olsa bile ikinci dereceye kadar sebeben civar hısımları ve aralarında evlatlık bağı bulunanlar tanıklıktan çekinebilirler.

Yargıtay kararlarında, tarafların yakınlık derecelerinin delillerin değerlendirilmesinde göz önünde tutulmasına dikkat çekmektedir. Elbette ki tanıkların yakınlıkları, akrabalıkları ifadelerin gerçeğe aykırı olduğu sonucunu doğurmamalıdır. Hâkim bu ifadeleri değerlendirirken dikkatli olmalıdır<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> KARAFAKİH, s. 201; Kanımızca, evliliğin ölüm halinde sona ermesi üzerine tanıklıktan çekinme hakkının kullanılması hususu üzerinde durulması gereken bir konudur. Dava tarihinden önce ölmüş olan kişiye karşı dava açılmaz. Bu durumda mirasçılara karşı dava açılması gerekir. Yine dava açıldıktan sonra taraflardan biri ölürse, dava konusu sadece öleni değil ölenin mirasçılarını da ilgilendiriyorsa, davaya mirasçılara karşı devam edilebilir veya mirasçılar tarafından devam edilebilir (KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 260 vd.; PEKCANİTEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 160). Tüm bu durumlarda mirasçılar davada taraf olarak bulunmaktadırlar. Ölenin karısı veya kocası mirasçılarının taraf olduğu davada 245.maddenin 3.bendine dayanarak tanıklıktan çekinebilmelidir. Zira kendisinin objektif olarak tanıklık yapabileceği olasılığı çok zayıftır. Ölmüş olan kişinin yakını olmak tanımın tüm bildiklerini gerçeğe uygun şekilde anlatmasına mani olabilir.

<sup>38</sup> "Davacı Osman, davacının yarı hissesini satın aldığı, gayrimenkulün tamamına zilyetliğinin satışa dayanmadığını savunmuştur. Davalının dinlettiği tanıklardan karısı Emine ile kızı Fatma dışında kalanlardan hiçbirisi satış hususunda hükme yeterli tanıklıkta bulunmamışlardır...Emine ile Fatma'nın şahadetleri mevcut ise de biri Osman'ın karısı diğeri kızı olmaları itibarıyla bu şahısların şahadetlerinin hükme mesnet itihazı isabetli görülmemiştir...", YHGK., 5.5.1971, 8-358/288 (ABD., 1972/ 6, s.1000).

<sup>39</sup> Mahkemenin gerekçe göstermeksizin tanıkların bir kısmının akrabalığını, onların gerçeği söylemediği yolunda bir gerekçe olarak kullanmasının usule aykırı bir tutum olduğunu yönündeki Yargıtay kararı için bkz., 2.HD., 13.3.1972, 1463/1512; YHGK., 20.6.1973, 2/1470-530 (KURU, C.III, s. 2617).

<sup>40</sup> Yargıtay'ın delillerin değerlendirilmesinde tarafların ve tanıkların yakınlık derecelerinin göz önünde tutulmasına ilişkin karar için bkz., 1.HD., 29.5.1978, 224/6156 (YKD., 1978/12, s. 1950-1952); KİPER, Osman. Hukuk Davalarında Kanıtlar Öğreti-Yargısal İçtihatlar-Örnekler. Ankara, 1995, s. 73.

Olayların büyük çoğunluğunda uyuşmazlık hakkında en doğru ve en çok bilgiye tarafın yakınlarının sahip olduğu düşünülecek olursa Kanunun adalet açısından büyük önem arz edebilecek beyanlara sahip olmaktan vazgeçmeyi göze almış olduğu da görülmektedir. Bu maddede sayılandan daha uzak derecedeki hısımların ise tanıklıktan çekinme hakkı yoktur<sup>41</sup>.

#### 4. Meslek Sırrı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme

##### (The Professional Secret for the Privilege of Witness )

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin 4. bendine göre; memuriyet ve sanat ve meslekleri itibariyle bir kimsenin sırrını bilenler tanıklıktan çekinebilirler; fakat o kimse muvafakat ederse tanıklıktan çekinemezler. Bu düzenlemedeki meslek ve sanat sahipleri doktor, avukat ve noter gibi kimselerdir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu, genel olarak memuriyet ve sanat ve meslek itibariyle bir sırrı öğrenenlere tanıklıktan çekinme hakkını vermişken; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46. maddesi eski düzenlemeye nazaran, daha geniş bir şekilde "**Meslek ve Sürekli Uğraşları Sebebiyle Tanıklıktan Çekinme**" başlığı altında durumu ifade etmektedir. Bu düzenlemeye göre; *Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır:*

- Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yükledikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler.*
- Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler.*
- Malî işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler.*

*Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.*

#### a. Avukatların Meslek Sırrı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmesi

##### (Attorney – Client Privilege )

Sır, genel olarak, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin şeref ve menfaatine zarar verebilecek hususlar olarak tanımlanabilir<sup>42</sup>. Sır saklama yükümlülüğü Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde ve Meslek Kuralları'nın 37. maddesinde düzenlenmiştir.

Edinilen ve gizli tutulması gereken bilgilerin, mesleği icra sırasında veya avukatlık sıfatı dolayısıyla öğrenilmiş olması gerekir<sup>43</sup>. Örneğin duruşmasına gitmekte olan bir avukatın yolda trafik kazasına tanık olması halinde, kaza ile ilgili tanıklık-

<sup>41</sup> FEYZİOĞLU, s.198; KURU, C.III, s. 2573; Tanığın akrabalık derecesinin her iki tarafla da dördüncü derecede olması nedeniyle çekinme hakkı olmadığına ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz., 2.HD., 3.6.1974, 3658/3568 (YKD., 1976/1, s. 15-16).

<sup>42</sup> DONAY, Süheyl, "Tartışmalar", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.IV, Ankara, 2000, s. 338.

<sup>43</sup> CENTEL, Nur, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul, 1984, s.180; GÜNERGÖK, Özcan, "Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü", AÜEHFD., C.VII, S. 1-2, Haziran, 2003, s. 655.

tan çekinme imkanı olamaz; çünkü tanıklık edeceği konudaki gözlemini mesleki faaliyet sırasında veya avukatlık sıfatı dolayısıyla edinmemiştir<sup>44</sup>. Bununla birlikte avukat, daha sonra o kazayla ilgili davada vekalet görevi alırsa tanıklıktan çekinebilecektir<sup>45</sup>.

Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde dikkat çeken husus avukatların sır saklama yükümlülüklerinin sadece müvekkilleri ile ilgili olmasının zorunlu olmadığı yolundadır. Avukatlar, avukatlık görevi ve Türkiye Barolar Birliği ve Barolar organlarındaki görevleri nedeniyle öğrendikleri sırları da saklayacaklardır<sup>46</sup>.

Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinin 2. fıkrasında avukatların öğrendikleri sırlar konusunda sır sahibi iş sahibinin muvafakatini almadan tanıklık yapmaları engellenmektedir. Ancak bu muvafakate rağmen tanıklık yapmaktan çekinebilirler. Burada yasa, gerçeğe ulaşma ile mesleki sır arasındaki tercihi sır yönünde kullanmıştır. Avukat gerçeğin ortaya çıkması olasılığına rağmen savunma yararını göz önünde tutarak tanıklıktan çekinebilecektir<sup>47</sup>.

Avukatlık Kanunu'nun getirdiği düzenleme ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na nazaran avukatın iradesine tanınan yetki genişletilmiştir<sup>48</sup>. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin 4. bendinde sır sahibinin rızası olması durumunda avukatların tanıklıktan çekinme haklarını kullanamayacakları hükme bağlanmıştır. Buna karşılık, Avukatlık Kanunu, böyle bir durumda sır sahibinin rızasına rağmen avukatın tanıklıktan çekinme imkanına sahip olduğunu belirtmektedir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu bir taraftan avukata tanıklıktan çekinme konusunda hak tanıırken diğer taraftan sır sahibinin rızası halinde bu hakkı göreve dönüştürmektedir. Avukatlık Kanunu ise, sır sahibinin rızasına rağmen, avukatın tanıklıktan çekinmesinin bir hak olduğu konusundaki kararlılığını vurgulamaktadır<sup>49</sup>.

Avukatlık Kanunu, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na oranla daha yeni bir kanun olup öncelikle dikkate alınması gerekir. Bununla birlikte özel bir kanun

<sup>44</sup> SUGURTEKİN, ÖZKAN, MERAL, Avukatlık Mesleği - Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir, 1999, s. 392 (Avukatlık Mesleği).

<sup>45</sup> SUGURTEKİN, ÖZKAN, MERAL, Avukatlık Mesleği, s. 392-393.

<sup>46</sup> DONAY, s. 339.

<sup>47</sup> FEYZİOĞLU, s. 180; DONAY, s. 339; GÜNERGÖK, s. 656.

<sup>48</sup> SUGURTEKİN, ÖZKAN, Avukatlık Mesleği, s. 388; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 46/2. maddesinde avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler açısından ilgilinin rızasının varlığı halinde tanıklıktan çekinebilecekleri yönünde düzenleme mevcuttur.

<sup>49</sup> ELMAS, Atilla, "Tartışmalar", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.IV, Ankara, 2000, s. 344; Yine ÖZKAN da Avukatlık Kanunu'ndaki bu düzenlemenin avukatın sır saklama yükümlülüğü kadar sır saklama hakkını da içerdiği görüşündedir (bkz. SUGURTEKİN, ÖZKAN, Meral, "Avukatlık Meslek Sırının Anlam ve Önemi". Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.IV, Ankara, 2000, s. 335); CENTEL'e göre, sırrın açıklanmaması sanığın lehine olacaktır müdafii sır sahibi izin vermese de tanıklık yapabilmelidir. Zira ortada bir zorunluluk vardır. Sanığın haksız olarak veya gerekenden fazla cezalandırılmaması, onun sırrının gizli kalmasına tercih edilmelidir (CENTEL, s. 181).

olması itibariyle de avukatın, sır sahibi rıza gösterse de tanıklıktan çekinebileceğinin kabul edilmesi gerekir<sup>50</sup>.

Nitekim Yargıtay da kararlarında vekilin tanık olarak gösterilmesi halinde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245/4 ve Avukatlık Kanunu'nun 36/2 maddelerine uygun olarak işlem yapılması gereği üzerinde durmaktadır<sup>51</sup>.

#### **b. Noterlerin Meslek Sırrı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmesi (Notary Public Privilege)**

Noterlik Kanunu'nun 54. maddesine göre, noterler görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları kanunların emrettiği haller dışında açıklayamazlar. Buradaki sır kavramına, noterin görevi dolayısıyla öğrendiği ve açıklanmamasında sır sahibinin maddi veya manevi bir yararının bulunduğu her türlü bilgi girmektedir<sup>52</sup>.

Noterin sır saklama yükümlülüğü, noterlik evrak ve defterlerine geçirilsin veya geçirilmesin, görevi dolayısıyla öğrendiği bütün sırları içerir. Bununla birlikte, noterlik evrak ve defterleri açısından bu yükümlülük ayrıca Noterlik Kanunu'nun 55. maddesinde düzenlenmiştir<sup>53</sup>.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre, noterler de görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler; ancak sır sahibi rıza gösterirse tanıklıktan çekinemezler. Sır sahibi rıza gösterse dahi, noterin tanıklıktan çekinme imkanının olup olmaması konusunda, Avukatlık Kanunu'ndaki açık düzenleme gibi bir düzenlemeyi Noterlik Kanunu'nda görmemekteyiz. Dolayısıyla Noterlik Kanunu'na göre genel nitelikte olan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu gereğince sır sahibinin rızası karşısında noterin tanıklıktan çekinemeyeceği söylenebilir. Aksi yönde bir düşünce yürürlükte olan kanuni düzenlemeler karşısında isabetli olmayacaktır.

#### **d. Doktorların Meslek Sırrı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmesi (Doctor – Patient Privilege)**

Bir hasta ya da yaralının başkaları tarafından bilinmeyen ve duyulması hoş karşılanmayacak özellikleri ve hastalıkları sır sayılır. Toplumun ayıplamasını, tiksinsmesini, hastanın ekonomik durumunu ve geleceğini etkileyen hastalık, evli olmayan kadının çocuk doğurması veya düşürmesi, intihar gibi toplum içinde kişinin onur ve saygınlığı ile ilgili olaylar sırdır<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> ELMAS, s.344; CENTEL de Avukatlık Kanunu m. 36/II'nin özel ve sonraki hüküm olması nedeniyle temel alınması gereği üzerinde durmaktadır (CENTEL, s. 181).

<sup>51</sup> 2.HD., 24.11.1997, 11134/12714 (Yargı Dünyasi, 1999/40, s. 78-80).

<sup>52</sup> TANJU, Fahrettin, Uygulama ve Açıklamaları ile Hukukumuzda Noterlik, basım yeri belirtilmemiş, 1983, s. 183; ULUKAPI, Ömer-ATALI, Murat, Noterlik Hukuku, Konya, 2001, s. 82 vd.

<sup>53</sup> Bu düzenlemeye göre: noterlik evrak ve defterleri mahkeme, sorgu hâkimliği ve Cumhuriyet Savcılıklarınca veya resmi daireler tarafından konusu da belirtilmek suretiyle, noterlikte soruşturmaya yetkili kılan kimselerce incelenebilir. Noterlik evrak ve defterlerinin noterlik dairesi dışına çıkarılabildiği mahkemenin veya sorgu hâkiminin kararıyla mümkündür. Mahkeme veya sorgu hâkimi evrakın dava sonuna kadar dava dosyasında kalmasına karar verirse, bu durumda evrakın bir örneği çıkartılıp aslına uygunluğu tasdik edilerek aslının yerinde saklanmak üzere notere verilir. Noterin bulunduğu yerde inceleme olanağı yoksa ve evrakın başka yere gönderilmesi gerekiyorsa noterin bulunduğu yer hukuk hâkimliğinin onaylayacağı örnek, aynı şekilde saklanır.

<sup>54</sup> HANCI, İ.Hamit, Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları-Tıp ve Sağlık Hukuku, İzmir, 1999, s. 169.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre, meslek sırrı taşıyan doktorun yargı önünde tanıklıktan çekinme hakkı vardır. Ancak sır sahibinin rızası söz konusu olduğu takdirde tanıklıktan çekinmek mümkün değildir.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 4. maddesine göre; doktor, mesleğinin uygulanması nedeniyle duyduğu sırları yasal bir zorunluluk olmadıkça açıklayamaz. Yine Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. maddesinde; doktorun hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamayacağı düzenlenmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesinde; sağlık hizmetlerinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler kanun ile izin verilen haller dışında hiçbir şekilde açıklanamaz. Yine bu maddenin 2. fıkrasında, kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması sonucunu doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz.

Tüm bu düzenlemelere baktığımızda, hiçbiri Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun üzerinde bir önemi haiz olamayacağından, bilakis belirtilen düzenlemelerin Kanuna uygun olması gerektiğinden, doktorun sır sahibinin rızası olduğu hallerde tanıklık yapma zorunluluğundan söz edilecektir.

Doktorun saklamakla yükümlü olduğu sır, görevi dolayısıyla öğrendiği sırdır. Bu nedenle, örneğin bir hastayı muayene eden doktor, o sırada varislerin bir vasiyetnameyi imha ettiklerine tanık olursa bu konuda tanıklıktan çekinemez; çünkü doktor bu hususu görevi dolayısıyla öğrenmemiştir. **Belgesay'a** göre, "*doktorun vasiyetnamenin imhasını öğrenmesi mesleğinin icrasının zaruri neticesi değildir*"<sup>55</sup>.

## **B. Tanığın Kendisine veya Yakınlarına Zarar Vermesi Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmesi ( The Reason to Harm himself or his Relatives )**

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinde üç halde tanıklıktan çekinme hakkı düzenlenmiştir. Bu haller, tanıklık etmenin tanık bakımından yaratabileceği menfi sonuçlar dikkate alınarak sevk edilmiş bulunmaktadır<sup>56</sup>. **Üstündağ**, Kanun'un 246. maddesinde maddi (objektif) sebeplerden dolayı tanıklıktan çekinme hakkının düzenlendiğini belirtmektedir<sup>57</sup>.

### **1. Doğrudan Doğruya Mali Bir Zarar Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme ( Proximate Actual Damages for Privilage of Witness )**

Tanıklık, tanığın kendisine veya Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin 1-3. bentlerindeki hısımlarından birine doğrudan doğruya mali bir zarar verecek nitelikte ise, tanıklıktan çekinme mümkündür.

Bu düzenlemenin ışığı altında, tanıklık, tanığın kendisine veya nişanlısına, eşi-ne, iki taraftan birinin neseben veya sebeben usul ve furuuna yahut üçüncü dereceye kadar neseben veya kendisiyle sıhriyet doğuran evlilik bağı kalkmış olsa bile ikinci dereceye kadar civar hısımlarına yahut aralarında evlatlık bağı bulunanlara doğru-

<sup>55</sup> BELGESAY, C.II, s. 82.

<sup>56</sup> ALANGOYA, s. 375.

<sup>57</sup> ÜSTÜNDAĞ, s. 734.



dan doğruya maddi bir zarara neden olursa, tanıklıktan çekinme söz konusu olabilecektir<sup>58</sup>.

Tanıklıktan dolayı doğacak zarar doğrudan doğruya tanıklığın sonucu olmalıdır. Dolayısıyla oluşacak zararlar bu kapsama girmez<sup>59</sup>. Tanıklık veya buna uygun verilecek karar tanığın malvarlığında bir azalma meydana getireceği veya bir çoğalmaya engel olacağı ihtimal dahilindeyse, onun mali bir zararı vardır. Örneğin, bir alacaklı aciz halinde bulunan borçlusunun aleyhine açılmış bir davada tanıklık yapar ve bu tanıklığı sonucunda bir karar verilirse malvarlığında azalma meydana getireceği ihtimal dahilinde olduğundan mali bir zararı vardır<sup>60</sup>.

Mali bir zararın söz konusu olabilmesi için bu zararın önemli olması gerekir. Malvarlığını önemli derecede etkilemeyecek zararlar açısından ortada mali bir zararın mevcut olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır<sup>61</sup>.

Bir kimsenin tanıklık yüzünden uğrayabileceği manevi zararlar tanıklıktan çekinme için sebep oluşturmaz. Örneğin, bir kimse tanıklık yüzünden yakın bir dostunu kaybetmek tehlikesine maruz kalsa da tanıklıktan çekinemez<sup>62</sup>.

## 2. Şeref ve Haysiyeti İhlâl veya Ceza Kovuşturması Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme ( Breach of Honor or Criminal Proceeding for Privilage of Witness )

Bir kimsenin tanıklık etmesi, tanığın kendisinin veya Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin 1-3. bentlerindeki hısımlarından birinin şeref ve haysiyetini ihlal ederse veya haklarında ceza kovuşturması yapılmasını gerektirirse tanıklıktan çekinme mümkün olacaktır. Örneğin, bir kadının iffetsizliğini ispat için onunla ilişkiye girdiği iddia edilen kişiler tanık olarak dinlenemez<sup>63</sup>.

Aynı yönde düzenlemeyi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 48. maddesinde görmekteyiz. Bu düzenlemeye göre vereceği ifade ile kendini veya kanunda belirtilen yakınlarını ceza takibatına uğratabilecek tanıklara da kendilerini koruma içgüdüsü ile yalan söylemelerine neden olmamak için çekinme hakkı tanınmıştır. Ceza takibi dışında, bir hukuk davası ya da disiplin soruşturması açılmasına sebep olacak ya da maddi veya manevi bir zarar doğurabilecek konular açısından çekinme hakkı yoktur<sup>64</sup>. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ise Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan farklı olarak mali zarara uğrama ile şeref ve haysiyet ihlali tehlikelerini de çekinme sebebi olarak kabul etmektedir.

<sup>58</sup> KARAFAKİH, s. 202.

<sup>59</sup> Doğrudan doğruya zarar, dolaylı zarar ayrımı daha çok illiyet bağıyla ilgili bir ayrımdır. Bu nedenle zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar doğrudan doğruya zarar; diğerleri ise dolaylı zarar olarak nitelendirilebilir (EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003, s. 472 vd.).

<sup>60</sup> BELGESAY, C.II, s. 84.

<sup>61</sup> BELGESAY, C.II, s. 84.

<sup>62</sup> KARAFAKİH, s. 202; BELGESAY, C.II, s. 84-85.

<sup>63</sup> BELGESAY, C.II, s. 85.

<sup>64</sup> FEYZİOĞLU, s. 216.

Tanığın beyanı üzerine ceza kovuşturmasına başlanması tehlikesinin derecesi önemli değildir. Önemli olan tanığın sunmaktan çekindiği beyanı kendini veya yakınlılarını suçlayıcı nitelikte olmasıdır<sup>65</sup>.

### 3. Gizlenmesi Gereken Sanata Ait Sırlar Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme (The Reason of Having Secrets Needed for the Profession)

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 246. maddesinin 3. bendine göre tanıklık, gizlenmesi tanığın kendisince gerekli olan ve sanatına ait sırların açıklanması sonucunu doğuruyorsa tanıklıktan çekinme mümkündür.

Bu düzenlemede, sanatın, mesleğin sırrını ifşa etmeden sorulan soruların cevaplandırılmaması söz konusudur. Örneğin bir tüccar tanıklık etmesi dolayısıyla kendi mallarının kaynağını veya oluşumunu açıklamak zorunda kalırsa tanıklıktan çekinebilir<sup>66</sup>.

İçerik olarak birbirine benzer görünen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin 4. bendi ile 246. maddesinin 3. bendi arasında fark vardır. İlkinde, tanık öğrenmiş olduğu başkasının sırrından dolayı tanıklık yapmaktan çekinme imkanına sahipken; ikinci düzenlemede tanık kendi sırrından dolayı tanıklık yapmaktan çekinme hakkına sahiptir<sup>67</sup>.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda yazılı olmayan nedenler, örneğin bir kimsenin korkaklığı, tarafların ailesi ile iyi yaşama arzusu tanıklıktan çekinme için neden oluşturmaz. Ancak hâkim, tanık takdiri delil olduğu için tüm bu durumları delilleri değerlendirirken göz önünde bulundurmalıdır<sup>68</sup>.

### C. Tanığın Devlet Sırrı Nedeniyle Tanıklıktan Çekinmesi (State – Secrets Privilege )

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 249. maddesinin 1. fıkrasına göre; devlet hizmetlerinde bulunanların meslek sırrı ile bağlı oldukları vakıalar hakkında hizmetlerinden ayrıldıktan sonra da mensup oldukları resmi makamın yazılı izni olmadıkça tanık olarak dinlenmeleri mümkün değildir. Bu düzenleme emredici niteliktedir. Böyle bir durumun varlığını öğrenen hâkim, re'sen taraflardan veya tanıktan bir talep olmadan resmi makamdan yazılı izin istemelidir<sup>69</sup>.

İzin verecek makam, sadece tanıklığın devlet menfaatlerine zararlı görüldüğünü beyan edebilir; sebep göstermeye mecbur değildir. Buna karşılık mahkemenin şikâyet hakkı yoktur<sup>70</sup>. Kanun'un 2. fıkrasına göre, tanıklık devlet yararına aykırı görülmedikçe izin verilmesinden kaçınılamaz. Eğer tanık izin almadan dinlenmiş ise, buna dayanan hüküm Yargıtay'ca bozulur<sup>71</sup>. Bu izin mahkeme kararı üzerine yazılı istenir.

<sup>65</sup> FEYZİOĞLU, s. 219.

<sup>66</sup> ANSAY, s. 270; BİLGE, s. 389; BİLGE-ÖNEN, s. 527.

<sup>67</sup> BİLGE, s. 389; BİLGE-ÖNEN, s. 527; PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 373.

<sup>68</sup> BELGESAY, Deliller, s. 127.

<sup>69</sup> ERDEMİR, s. 1149.

<sup>70</sup> ANSAY, s. 269-270; ERDEMİR, s. 1149.

<sup>71</sup> ANSAY, s. 270

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 249. maddesinin 1. fıkrasına göre, izin sonucu dinlenecek olan devlet hizmetinde bulunanlar; milletvekilleri, Bakanlar Kurulu üyeleri ile bunlardan başka diğer kamu personelinden oluşmaktadır. Her birine izni verecek olan makam birbirinden farklıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri hakkında izni meclis; Bakanlar Kurulu üyeleri hakkında izni Cumhurbaşkanı; bunların dışındaki diğer kamu personeli için<sup>72</sup> izin mensup oldukları bakan tarafından verilir. Cumhurbaşkanının tanıklığı hakkında herhangi bir düzenlemeye rastlamasak da cumhurbaşkanı bu konuda başka bir makamdan izin alamayacağından, bu sıfatla öğrenmiş olduğu bir olayda tanıklığı gerektiğinde tanıklığının devlet menfaatine zararlı olup olmayacağını doğrudan doğruya ve bizzat kendisi takdir edeceğini söylememiz mümkündür. Hatta bu durumun eski cumhurbaşkanları hakkında dahi uygulanabilir olduğunu belirtmemiz gerekir<sup>73</sup>.

Yetkili makamlarca izin verildikten sonra tanık çağrılır ve dinlenir. Bu itibarla, izin verildikten sonra tanık tanıklık etmekten çekinemez<sup>74</sup>. Kanunumuz sadece devlet hizmetinden bahsetmekte ise de memur statüsünde bulunmayıp da sırları bilecek durumda olan diğer kamu hizmeti görevlileri (resmi kurumlar, kamu iktisadi kuruluşları genel müdürleri) hakkında da aynı kuralın uygulanması gerektiğini savunanlar da vardır<sup>75</sup>.

### TANIKLIKTAN ÇEKİNMENİN MÜMKÜN OLMADIĞI HALLER (IMPOSSIBLE CONDITIONS FOR THE PRIVILEGE OF WITNESS )

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245 ve 246. maddelerinde belirtilen tanıklıktan kaçınma hakkı mutlak değildir<sup>76</sup>. Biraz sonra bahsedeceğimiz hallerde ise tanıklık etmek zorunludur. Bu haller, gerçeğin ortaya çıkarılması için zorunlu ve aynı değerde başka bir delil ikamesi çok defa mümkün olmayan hallerdir<sup>77</sup>.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesindeki yazılı haller ile 246. maddenin 1. fıkrasında yazılı olan hallerde, 248. maddedeki hallerden biri gerçekleşirse tanıklıktan çekinme söz konusu olamaz. Bununla birlikte, 246. maddede yazılı diğer hallerde tanık, 248. maddedeki hususlarla ilgili olarak tanıklıktan çekilebilir<sup>78</sup>.

<sup>72</sup> Devlet memurları, yetkili makamın izni olmadan yalnız sır sahibinin rızası ile tanıklık edemezler. Devlet memurlarının görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları ifşa etmeleri ilgili ferdin uğrayacağı zarardan başka Devletin menfaatlerini de ihlal edebilir. Kanun bu nedenle memurların yetkili makamların izni olmadan tanıklık yapmalarını yasaklamıştır (BELGESAY, C.II, s. 91).

<sup>73</sup> BELGESAY, C.II, s. 93; ANSAY, s. 270; PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 373; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 47/4. maddesinde Cumhurbaşkanının tanıklığı söz konusu olduğunda sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisinin takdir edeceğine ilişkin düzenlemeyi görmekteyiz.

<sup>74</sup> KURU, C.III, s. 2574.

<sup>75</sup> BİLGE, s.390; BİLGE-ÖNEN, s. 527-528.

<sup>76</sup> Tabii ki burada "meslek sırrı dolayısıyla tanıklıktan çekinme" halini unutmamak gerekir. Zira meslekleri dolayısıyla bir kişinin sırrını bilenler tanıklıktan çekinebilir. Bununla birlikte, o kişinin muvafakati ile tanıklıktan çekinemezler (m. 245/4). (bu konuda bkz. yuk. III. A. 4): yine devlet sırrının varlığı halinde (m. 249), yetkili makamların izni sonucu tanık, tanıklık etmekten kaçınmaz.

<sup>77</sup> KARAFAKİH, s. 201.

<sup>78</sup> BELGESAY, C.II, s. 89.

### A. Hukuki Bir Tasarrufta Hazır Bulunma Hali (To be Present during Legal Transaction )

Kanunumuzun 248. maddesinin 1. fıkrasına göre; hukuki bir tasarrufta tanık olarak bulundurulmuş olan kimse bu tasarrufun esası ve kapsamı hakkında tanıklıktan çekinemez. Örneğin sözlü veya yazılı veya resmi bir vasiyette tanık sıfatıyla hazır bulunmuş olan kişiler bu tasarrufun esas ve içeriği hakkında tanıklıktan çekinemezler<sup>79</sup>.

Meslekleri nedeniyle bir sırrı öğrenenler de sır sahibi tarafından yapılan bir muamelede (tasarrufta) onun tarafından tanık olarak tutulmuş ise tanıklık yapmaya mecbur olurlar. Örneğin bir kimse sağlık durumu hakkında doktoru tanık olarak buldurmuş ise doktor sır sahibi muvafakat etmemiş olsa bile tanıklık eder<sup>80</sup>. Burada şu hususu gözden kaçırmamak gerekir, eğer tanıklık sadece kişinin tanık olarak bulunduğu işlemle sınırlı ise tanıklık etmelidir.

### B. Doğum, Ölüm ve Evlenme Halleri (Birth, Death and Marriage )

Kanunumuzun 248. maddesinin 2. fıkrasına göre; aile fertleri arasında vuku bulan doğum, ölüm ve evlenme olayları hakkında tanıklıktan çekinmek mümkün değildir. Aile fertlerinden birinin görevi dolayısıyla öğrendiği olaylar açısından tanıklıktan çekinmesi 245. maddeye göre değerlendirilmelidir. Örneğin, aileden olan bir doktor mesleğini icra sırasında öğrendiği bir hısmının evlilik dışı ilişkiden çocuk doğurduğuna dair tanıklık etmeye mecbur tutulamaz<sup>81</sup>. Kanaatimizce de gerçeği ortaya çıkarma ile mesleki sır arasındaki tercihi sır yönünde kullanmamız gerekmektedir. Dolayısıyla, tanık açısından yapılacak olan açıklama herhangi bir yarar sağlamayacaksa ve gerçeği ortaya çıkarma uğruna kişilik haklarının zedelenmesine yol açacaksa, bu durumda tanıklıktan çekinme hakkının uygulama alanı bulması gerekir.

### C. Mali Anlaşmazlık Hali ( Financial Dispute)

Kanununun 248. maddesinin 3. fıkrasına göre; aile bağlarından doğan mali anlaşmazlıklar hakkında tanıklıktan çekinmek mümkün değildir. Örneğin bir babanın çocuğuna borç para vermesinde annenin tanıklık yapması gibi<sup>82</sup>.

**Belgesay'a** göre, bu fıkra ancak hısımların tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğu hallerde uygulanmalıdır. Meslek ve sanat sahipleri hakkında bu istisnayı uygulamak için sebep yoktur. Örneğin, nafaka dava eden kadının, hasta olmadığını ispat için çağrılan doktor tanıklıktan çekinebilir<sup>83</sup>. Bunun haricinde mirasın reddi, kabulü gibi haller de bu düzenlemeye örnek olarak gösterilebilir<sup>84</sup>.

<sup>79</sup> KARAFAKİH, s. 202.

<sup>80</sup> BELGESAY, C.II, s. 89.

<sup>81</sup> BELGESAY, C.II, s. 90.

<sup>82</sup> KARAFAKİH, s. 202.

<sup>83</sup> BELGESAY, C.II, s. 90.

<sup>84</sup> BİLGE, s. 390; BİLGE-ÖNEN.

### D. Tanığın Selef veya Temsilci Sıfatıyla Kendisinin Yaptığı İşlemler (Transactions made by the Witness as a Predecessor or a Representative)

İki taraftan birinin hukuken selefi veya temsilcisi olanlar, bu sıfatla bizzat yaptıkları işlemler hakkında tanıklık yapmak zorundadır. Yine, iki taraftan birinin vasisi veya velisi sıfatıyla, kişinin kendisinin yapmış olduğu işlemler hakkında, bu kişi tanıklık yapmak mecburiyetindedir<sup>85</sup>.

Yargıtay da kararlarında isabetli olarak bir şirketin temsilcisi konumunda bulunan kişilerin davada tanık olarak dinlenmesi gerektiği şeklinde karar vermektedir<sup>86</sup>.

### TANIKLIKTAN ÇEKİNME USÛLÜ (PROCEDURE FOR THE PRIVILEGE OF WITNESS)

Tanıklıktan çekinen kimse çekinme nedenini ve delilini, dinleneceği günden evvel yazı ile veya sözlü olarak mahkeme kalemine bildirmek zorundadır (m.250/1). Bu kişiler mahkemeye gelmeye mecbur değildirler (m. 250/2). Mahkeme yazı işleri müdürü, tanığın çekinme hususundaki beyanını iki tarafa tebliğ eder (m. 250/3). Doktrinde, tanığın duruşma gününden önce çekinme nedenini mahkemeye bildirmesi zorunluluğu kuralına sıkı sıkıya bağlı kalınmaması görüşü hakimdir<sup>87</sup>.

Taraflar tanığın çekinme sebebi hakkında görüşlerini bildirirler. Tanığı göstermiş olan taraf, çekinme hakkını kabul ederse, o tanığı dinletmekten vazgeçmiş sayılır. Bu durumda, mahkemenin tanığın çekinme isteği hakkında ayrıca karar vermesine gerek kalmaz<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> KARAFAKİH, s. 202; BİLGE, s. 390; BİLGE-ÖNEN, s. 528.

<sup>86</sup> "...davalı gerek cevap dilekçesinde gerekse son oturumdaki (isticvap) ve (yemin)inde dava konusu bononun müvekkilince davacı şirketin o zamandaki temsilcisi bulunan Saim Anıçok'a verilen borçların ve bu arada bu kişiye müvekkilinin şirkete ortak alınacağı vaağıyla alınan paraların karşılığı olarak verildiğini beyan etmiş bulunmaktadır. Bu durumda açıklanan savunmanın gerçeklik derecesinin saptanması için öncelikle adı geçen şirket temsilcisi (BK.449) Saim Anıçok'un mahkemeye dinlenilmesi icap etmektedir. Her ne kadar adı geçene davacı tarafından dava ihbar edilmişse de; kendisi davaya ihbar edilen sıfatıyla katılmamış, cevap dahi vermemiş bulunmaktadır. Bu durumda adı geçen, davada taraf sıfatını kazanmadığından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 248.maddesinin 4.fıkrası hükmü gereğince tanık sıfatıyla çağrılıp dinlenmesi mümkün bulunmamaktadır. O halde, adı geçen tanık sıfatıyla dinlenilerek olayın açıklığı kavuşturulması gerekirken (adı geçen) son oturumda dinlenmesine gerek olmadığı şeklinde, karar verilmesi doğru görülmemiştir", 11.HD., 25.5.1982, 1935/2498; YHGK., 15.2.1985, 11-267/97 (İKİD., 1986/303, s. 4021-4022).

<sup>87</sup> BELGESAY'a göre; Kanundaki gün sözü "an" anlamındadır. Bu itibarla, tanık dinleneceği ana kadar tanıklıktan çekindiğini bildirebilir. Kanun duruşma gününden önce tanıklıktan çekindiğini ve sebep ve delillerini bildirmeyen tanıkların çekinme haklarının düşeceğini belirtmediği gibi onlara çekinme sebebini bildirmeleri için kesin bir süre de tayin etmemiştir (bkz. BELGESAY, C.II, s. 94-95); ŞENSOY da, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 45/3.maddesinde bu derece şahitlikten çekinebilme hakkını haiz olan tanıkların dinlenirken dahi tanıklıktan çekinmelerini geri alabilecekleri gösterilmesi olmasına göre kıyasen bu hükmün hukuk davalarında da uygulanması gereğine değinmiştir (bkz. ŞENSOY, İhsan, Ceza ve Hukukta Şahitlik, İstanbul, 1952, s. 20); ANSAY, tanığın tanıklıktan çekindiğini dinleneceği günden önce yazı ile veya çağrıldığı duruşmada şifahan bildirmeye mecbur olduğu şeklinde görüşünü belirtmektedir (bkz. ANSAY, s. 271); aynı görüşte bkz., ERDOĞAN, s. 374.

KURU'ya göre de, tanık dinlenmek için çağrıldığı ve geldiği duruşmada da tanıklıktan çekindiğini bildirebilir (bkz. KURU, C.III, s. 2576).

<sup>88</sup> BİLGE, s. 391; BİLGE-ÖNEN, s. 528; ÖNEN, s. 221; KURU, C.III, s. 2576.

Tanığı göstermiş olan taraf, onun çekinme beyanını kabul etmezse, hâkim iki tarafı dinleyip çekinme sebep ve delilini inceleyerek bu konudaki kararını verir (m. 251). Hâkimin kararına karşı kanun yoluna gidilip gidilmeyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Bizim de görüşünü desteklediğimiz **Belgesay**'a göre; hâkim tanığın çekinme hakkı olmadığına karar verirse bu karar, tanık hakkında kesin ve nihai olduğundan tanığın temyiz yoluna müracaat etmesine bir engel bulunmamaktadır<sup>89</sup>. Buna karşılık, bu karar taraflar hakkında nihai olmadığından onların temyiz hakları yoktur<sup>90</sup>. Temyiz yoluna başvuran tanık, hakkındaki karar kesinleştikten sonra ancak tanıklık yapmaya mecbur tutulabilir<sup>91</sup>. **Bilge-Önen**'e göre ise; bu karara karşı gidilebilecek herhangi bir kanun yolu bulunmamaktadır<sup>92</sup>.

Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan tanık, bu hakkını kullanmayı tercih etmezse ve tanıklık yapmayı isterse, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 247.maddesi gereği yeminsiz dinlenir. Bu durumda hâkim tanık beyanlarını değerlendirirken dikkatli olmalıdır. Zira, tanık ile lehine tanıklık yapılacak olan kişi arasında bir yakınlık mevcut olduğundan, tanığın tarafsız olarak beyanda bulunma olasılığı düşüktür<sup>93</sup>.

Tanıklıktan çekinme usûlü konusunda son olarak, usûlde hata yapılması halinde, örneğin çekinme hakkı olmayan bir kimseye çekinme hakkı tanınmak suretiyle ifadesinin alınmaması durumunda ne yapılması gereği üzerinde durulmalıdır. Hukukumuzda temyiz sebepleri maddi hukuka ve usûl hukukuna ilişkin temyiz sebepleri olmak üzere iki ana grupta toplanmaktadır<sup>94</sup>. Çekinme usûlünde hata yapılması hiç şüphesiz ki maddi hukuka değil usûl hukukuna ilişkin bir temyiz sebebidir. Zira burada ne Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 428/I'deki maddi hukuk kuralının veya bir sözleşme hükmünün yanlış uygulanması durumu vardır ne de 428/V'teki vakıanın hukuki değerlendirilmesinde hata hali söz konusudur<sup>95</sup>.

Usûl hukukuna ilişkin temyiz sebepleri mutlak ve nispi olmak üzere iki çeşittir. Mutlak bozma sebeplerinde usûl hukukuna ilişkin aykırılığın ayrıca kararı etkileyip etkilemediği araştırılmaz. Bu haller Hukuk Usûlü Muhakemeler Kanunu'nun 428. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükmün son fıkrasına göre, davanın görülmesi sırasında usûle aykırılık ileri sürülmüş ve bu durum mahkemece dikkate alınmamışsa bu aykırılık mutlak bozma sebebi olacaktır. Örneğin, çekinme hakkı bulunmayan bir kimsenin bu hakkı olmadığı karşı tarafça ileri sürülmesine rağmen mahkeme bu durumu nazara almamışsa ortada bir mutlak bozma sebebi olduğundan hüküm Yargıtay tarafından bozulacaktır.

<sup>89</sup> BELGESAY, C.II. s. 96; BELGESAY, Deliller, s. 128.

<sup>90</sup> BELGESAY, C.II. s. 96; BELGESAY, Deliller, s. 128.

<sup>91</sup> BELGESAY, Deliller, s. 128.

<sup>92</sup> BİLGE-ÖNEN, s. 528; Aynı görüşte bkz. ERDOĞAN, s. 374.

<sup>93</sup> KURU, C.III, s. 2577; KURU-ARSLAN-YILMAZ, s. 495-496.

<sup>94</sup> AKCAN, Recep, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara, 1999, s. 48-52; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, İstanbul, 2001, s. 4536 vd. ( C.V ), PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 421 vd.

<sup>95</sup> BERKİN, Tatbikatçılara, s. 885 vd., AKCAN, s. 48-52; KURU, C.V, s. 4536 vd., PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 421 vd.

Bir diğer tahlilde tanıklıktan çekinme hakkı olmayana, mahkeme tarafından çekinme hakkı tanınıp ifadesinin alınmaması halinde durumun ne olacağı üzerinde durulmalıdır. Yargıtay'ın kararlarına baktığımızda, bu gibi hallerde "*savunma hakkını kısıtlayan ve hükmün sonucunu etkileyen bir usûl hatası*" olduğundan bahsedilmektedir<sup>96</sup>. Mahkemenin kendiliğinden dikkate alması gereken bir usûl kuralı uygulanmamışsa bu durum bir mutlak bozma sebebi teşkil edecektir (m. 428/4). Savunma hakkı, hukuki dinlenme hakkı ile doğrudan ilgilidir. Davalı dinlenmeden mahkemece karar verilmesi hukuki dinlenme hakkının ihlali anlamına gelir<sup>97</sup>. Hukuki dinlenme hakkının tanınmaması ise mahkeme tarafından kendiliğinden dikkate alınması gereken bir husustur ve bir mutlak bozma sebebi teşkil edecektir<sup>98</sup>. Kanımızca da, taraflardan birinin göstermiş olduğu tanığın çekinme hakkı bulunmamasına rağmen, mahkemece çekinme hakkı tanınmış olması, hukuki dinlenme hakkını kısıtlayacağından mutlak bozma sebebi teşkil edecektir.

Tanığın çekinme hakkına sahip olması mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gereken bir husustur. Tanık dinlenmeden evvel mahkeme tarafından bu hakkın kendisine hatırlatılması gerekir. Gerçi bu durum açıkça Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmeyip Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirtilmiştir (m. 45/3); ancak biz Kanun'da belirtilmemiş olsa da, hâkim tarafından çekinme hakkının tanığa hatırlatılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu inancımıza dayanak olarak da Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 260. maddesini göstermek mümkündür. Bu maddeye göre, tanıklar dinlenirken öncelikle ismi, ikamet ve iki tarafla bir yakınlığı olup olmadığı, varsa yakınlık derecesi ile tanıklıktan kaçınmasını gerektiren bir halin olup olmadığı sorulur. Dolayısıyla, hakim tanığın çekinme hakkına sahip olduğu kanaatine varırsa, bu durumu kendisine hatırlatması gerekir. Aksi halde, mahkeme re'sen gözönünde bulundurması gereken bir usûl kuralına aykırı davranmış olacaktır ve bu da mutlak bozma sebebi teşkil edecektir. Kanaatimizce; tanığa çekinme hakkının hatırlatılmaması her ihtimalde hükmün bozulmasını gerektirecek bir mutlak bozma sebebi olarak düşünülmemelidir. Çekinme hakkı tanınmayan tanığın beyanı hükme esas alınmışsa, bu durumda ortada mutlak bozma sebebi olacaktır ve hükmün bozulması gerekecektir. Bununla beraber, tanığın beyanı hükme esas alınmamışsa veya bu tanığın beyanı dinlenen diğer tanıklarla aynı doğrultuda ise ortada bir bozma sebebinin bulunduğundan söz edilmeyecektir. Zira, usûl kuralına aykırılık, hükme etki etmemiştir.

<sup>96</sup> 2.HD., 3.6.1974, 3658/3568 (YKD., 1976/1, s. 15 vd.).

<sup>97</sup> PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 255; Hukuki dinlenme hakkının unsurlarından biri de, "açıklama hakkıdır". Tarafların mahkemeye iddia ve savunmalarını anlatabilmeleri, bunları ispatlayabilmeleri, bu konudaki delilleri sunabilmeleri imkanının tanınması gerekir. Aksi halde, hüküm verilemez. Tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürmeleri ve bunları ispat etmeleri halinde, gerçek ortaya çıkabilecektir (ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Ankara, 2003, s.106 vd.).

<sup>98</sup> PEKCANITEZ-ATALAY-ÖZEKES, s. 422; Hukuki dinlenme hakkının ihlali, esasa etkili bir yargılama hatası olarak karşımıza çıkacaktır. Zira, hukuki dinlenme ilkesine uyulmamış olması sağlıklı bir hükmün verilememesi sonucunu doğuracaktır (ÖZEKES, s. 324).

## SONUÇ ( CONCLUSION )

Medeni Usul Hukukuna göre; kural olarak herkes tanıklık yapmak zorundadır. Bununla birlikte bazı hallerde tanıklıktan çekinme mümkündür. Bu haller, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzda 245, 246 ve 249. maddelerde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kişiler açısından tanıklık etmek zorunlu değildir. Ancak, gerçeğin ortaya çıkarılması için zorunlu ve aynı değerde başka delil ikamesi çok defa mümkün olmayan hallerde tanıklık etmek zorunludur. Bu husus da Kanunumuzun 248. maddesinde belirtilmiştir.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'na göre çekinme nedenleri; tanığın taraflara yakınlığı, tanığın kendisine veya yakınlarına zarar vermesi, tanığın devlet sırrına sahip olmasıdır. İki taraftan birinin nişanlısı, ancak nişanlılık ortadan kalkmadığı müddetçe tanıklıktan çekinebilir. Bununla beraber, nişanlılığın geçerli olması da gereklidir. Evlilik açısından ise bu müessese ortadan kalkmış olsa dahi eşler tanıklıktan çekinebilirler. Yine, iki taraftan birinin usul ve fûruu veya belirli dereceye kadar civar hısımları ile aralarında evlatlık bağı bulunanlar tanıklıktan çekinebilirler.

Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinin 2. fıkrasında avukatların öğrendikleri sırlar konusunda sır sahibinin muvafakatini almadan tanıklık yapmaları engellenmiştir. Ancak bu muvafakate rağmen avukatlar tanıklıktan çekinebilirler. Noterler de görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler; ancak sır sahibi rıza gösterirse tanıklıktan çekinemezler. Aksine bir düşünce yürürlükteki mevzuatımız açısından yerinde olmayacaktır. Aynı şekilde, doktorun da yargı önünde tanıklıktan çekinme hakkı vardır; ancak sır sahibinin rızası halinde tanıklıktan çekinme mümkün olmayacaktır. Yine, aksine bir görüş yürürlükteki mevzuatımız açısından isabetli olmayacaktır.

Tanığın kendisine veya yakınlarına zarar vermesi nedeniyle tanıklıktan çekinmesi; doğrudan doğruya mali bir zarar, şeref ve haysiyeti ihlal veya ceza kovuşturması ile gizlenmesi gereken sanata ait sırlar nedeniyle olmaktadır. Devlet hizmetlerinde bulunanların meslek sırrı ile bağlı oldukları vakıalar hakkında hizmetlerinden ayrıldıktan sonra da mensup oldukları resmi makamın yazılı izni olmadıkça tanık olarak dinlenmeleri mümkün değildir. Bu düzenleme emredici niteliktedir.

Tanıklıktan çekinmenin mümkün olmadığı haller; hukuki bir tasarrufta hazır bulunma hali, ölüm ve evlenme engelleri, mali anlaşmazlık hali ile tanığın selef veya temsilci sıfatıyla kendisinin yaptığı işlemlerden oluşmaktadır. Kanunumuzun 245. maddesindeki yazılı haller ile 246. maddenin 1. fıkrasında yazılı olan hallerde, 248. maddedeki nedenlerden biri gerçekleşirse tanıklıktan çekinme söz konusu olmaz.

Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan tanık, bu hakkını kullanmayı tercih etmezse ve tanıklık yapmayı isterse, Kanunun 247. maddesi gereği yeminsiz dinlenir. Bu durumda hâkim tanık beyanlarını değerlendirirken dikkatli olmalıdır.

Son olarak, tanıklıktan çekinme usûlünde hata yapılması durumunda sorunun nasıl giderileceğine değinmekte yarar vardır. Çekinme usûlünde hata yapılması usûl



hukukuna ilişkin bir temyiz sebebidir. Usûl hukukuna ilişkin temyiz sebepleri de mutlak ve nispi olmak üzere iki çeşittir. Kanunun 428. maddesinin son fıkrasına göre, davanın görülmesi sırasında usûle aykırılık ileri sürülmüş ve bu durum mahkemece dikkate alınmamışsa aykırılık mutlak bozma sebebi olacaktır. Dolayısıyla, çekinme hakkı bulunmayan bir kimsenin bu hakkı olmadığı karşı tarafça ileri sürülmesine rağmen mahkemece bu durum göz önünde bulundurulmamışsa bir mutlak bozma sebebinin varlığından bahsetmemiz mümkün olacaktır.

Tanıklıktan çekinme hakkı olmadığı halde kişiye mahkemece bu hak tanınırsa, tarafın hukuki dinlenilme hakkı ihlal edileceğinden, bu durum esasa etkili bir yargılama hatası olarak mutlak bozma sebebi şeklinde karşımıza çıkacaktır.

Tanığa çekinme hakkının hatırlatılmaması ise her ihtimalde hükmün bozulmasını gerektirecek bir mutlak bozma sebebi olarak düşünülmemelidir. Çekinme hakkı tanınmayan tanığın beyanı hükme esas alınmışsa, bu durumda ortada mutlak bozma sebebi olacaktır ve hükmün bozulması gerekecektir. Ancak, usûl kuralına aykırılık hükme etki etmemişse bozma sebebinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

**KAYNAKÇA ( BIBLIOGRAPHY )**

- AKCAN**, Recep., **Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri**, Ankara, 1999.
- AKINTÜRK**, Turgut., **Türk Medeni Hukuku-Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku**, İstanbul, 2003.
- ALANGOYA**, H.Yavuz., **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, 2003.
- ANSAY**, Sabri Şakir., **Hukuk Yargılama Usulleri**, Ankara, 1960.
- ARIKAN**, Baha., "Tanık", **ABD.**, Y.1962, S.2.
- BAUR**, Fritz – **GRUNSKY**, Wolfgang, **Zivilprozeßrecht**, Berlin, 1997.
- BELGESAY**, Mustafa Reşit., **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C.II, İstanbul, 1940 (C.II).
- BELGESAY**, Mustafa Reşit., **Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller**, İstanbul, 1940 (Deliller).
- BERKİ**, Şakir., **Hukuk Muhakemeleri Usulü.**, Ankara, 1959.
- BERKİN**, Necmeddin M., **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, 1969.
- BERKİN**, Necmeddin M., **Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi**, İstanbul, basım tarihi belirtilmemiş, (Tatbikatçılara).
- BİLGE**, Necip., **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara, 1965.
- BİLGE**, Necip - **ÖNEN**, Ergun., **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, Ankara, 1978.
- CENTEL**, Nur., **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî**, İstanbul, 1984.
- ÇATALKAYA**, Cevdet - **TARIKOĞULLARI**, Abdurrahman - **ÖZCAN**, Mustafa Hamdi., **Yeni İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara, 1965.
- DONAY**, Süheyl., "Tartışmalar", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, C.IV, Ankara, 2000.
- DUMAN**, İlker Hasan., "Tanıklık", **AD.**, Y.1984, S.4.
- EĞİLMEZ**, Namık Kemal., "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi", **ABD.**, Y.1955, S.6.
- EĞİLMEZ**, Namık Kemal., "Şahadet ve Şahidin Psikolojisi", **ABD.**, Y.1956, S.1.
- ELMAS**, Attila., "Tartışmalar", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, C.IV, Ankara, 2000.
- ERDEMİR**, İter., **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Şerh-Kararlar ve İlgili Mevzuat**, Ankara, 1998.
- ERDOĞAN**, Celal., **Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara, 1982.
- EREN**, Fikret., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2003.
- ERGÜL**, Teoman., "Şahit ve Şahitlik", **AD.**, Y.55, S.9-12.
- ERSOY**, Ersoy., **İzahlı-Notlu-İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara, 1976.
- FEYZİOĞLU**, Metin., **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık**, Ankara, 1996.
- GÜNERGÖK**, Özcan., "Avukatın Sır Saklama Yükümlülüğü", **AÜEHFD**, C.VII, S.1-2, Haziran, 2003.

- HANCI, İ.Hamit., Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları-Tıp ve Sağlık Hukuku, İzmir, 1999.**
- KARAFAKİH, İsmail Hakkı., Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları, Ankara, 1952.**
- KAŞIKÇI, Mehmet., "Meraya İlişkin Uyuşmazlıklarda Yabancı Köyden Tanık Dinlenmesi Üzerine Düşünceler", Yargıtay Dergisi, C.24, S.4, Ekim, 1998.**
- KİPER, Osman., Hukuk Davalarında Kanıtlar Öğreti-Yargısal İctihatlar-Örnekler, Ankara, 1995.**
- KOÇ, Nevzat., Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir, 2002.**
- KORAL, Rabi., "Takdiri İspat Vasıtaları", İÜHF, C.XII, S.1, 1946.**
- KURU, Baki., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul, 2001, (C.III).**
- KURU, Baki., Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, İstanbul, 2001, (C.V).**
- KURU, Baki - ARSLAN, Ramazan - YILMAZ, Ejder., Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2005.**
- ÖNEN, Ergun., Medeni Yargılama Hukuku., Ankara, 1979.**
- ÖZEKES, Muhammet., Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Ankara, 2003.**
- ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa R. - ÖZBEK, Veli Özer., Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2003.**
- PEKCANITEZ, Hakan - ATALAY, Oğuz - ÖZEKES, Muhammet., Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2004.**
- POSTACIOĞLU, İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 1975.**
- SINMAZ, Burhan - KARATAŞ, İzzet., İctihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara, 1987.**
- SUNGURTEKİN, ÖZKAN, Meral., Avukatlık Mesleği - Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, İzmir, 1999 (Avukatlık Mesleği).**
- SUNGURTEKİN, ÖZKAN, Meral., Avukatlık Meslek Sırrının Anlam ve Önemi, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, C.IV, Ankara, 2000.**
- ŞENSOY, İhsan., Cezada ve Hukukta Şahitlik, İstanbul, 1952.**
- TANJU, Fahrettin., Uygulama ve Açıklamaları ile Hukukumuzda Noterlik, basım yeri belirtilmemiş, 1983.**
- TUĞSAVUL, Muhsin., "Takdiri Deliller", AD., Y.43, S.5, 1952.**
- ULUKAPI, Ömer-ATALI, Murat., Noterlik Hukuku, Konya, 2001.**
- UMAR, Bilge., İktisatçılar İçin Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Ders Notları, İzmir, 1973.**
- ÜSTÜNDAĞ, Saim., Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, İstanbul, 2000.**
- ZEVKLİLER, Aydın - ACABEY, M.Beşir - GÖKYAYLA, K.Emre., Medeni Hukuk Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara, 2000.**

**DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI VE EŞLERİN EVLİLİK  
BİRLİĞİ GİDERLERİNE KATILMASI İLE İLGİLİ  
YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ'NİN, 20.09.2004 TARİHLİ, E.9196,  
K.10137 SAYILI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Arş. Gr. Gökhan ŞAHAN\***

## **I. GİRİŞ**

Çalışmamızın konusu; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2004 tarih ve E.2004/9196, K. 2004/10137 sayılı kararının incelenmesidir<sup>1</sup>. Bu inceleme yapılırken önce 4.Hukuk Dairesi'nin kararına konu oluşturan olayı tespit edecek; daha sonra bu kararı, 4721 sayılı Medeni Kanunda düzenlenen eşlerin birbirine yardımcı olma ve evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü ile Borçlar Kanununda düzenlenen destekten yoksun kalma tazminatı çerçevesinde değerlendireceğiz.

## **II. OLAY**

Karara konu olan olayda, davacı S.'in henüz ergenlik yaşına erişmeden önce davalı tarafından alıkonularak ırzına geçilmiş; davacı bu nedenle ileride evlilik yapabilme ihtimalinin azaldığını ve bu yüzden evlenmesi durumunda, eşinden alabileceği destekten yoksun kalacağını gerekçe göstererek maddi tazminat istemiştir.

## **III. OLAYA İLİŞKİN MAHKEME KARARLARI VE GEREKÇELER**

### **A) İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI**

İlk derece mahkemesi; davacının bu istemini kısmen kabul etmiş ve tazminata hükmetmiştir. Karar, davalı tarafından temyiz edilmiştir. Temyiz sonucu, Yargıtay aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

### **B) YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ'NİN KARARI VE GEREKÇESİ**

“Davacı S. bir kişi olarak mevcut ruhsal hali, sosyal durumu ile yaşamını sürdürmek ve bunun gerektireceği giderleri sağlamakla yükümlüdür. Yeni Türk Medeni Yasasının 185/2 ve 186/3. maddelerine göre eşlerin birbirlerine yardımcı olmak ve evlilik birliğinin gerektireceği giderlere malvarlıkları ile katılma yükümlülükleri varsa da, bu yükümlülük eşlerin birbirinin maddi gelirinden yasal olarak yararlanma zorunluluğu doğurmamaktadır. Buradaki yükümlülük birlikte yaşamaktan ve sosyal destekten kaynaklanmaktadır. Hukuktaki düzenlemeye göre bir kişinin geçim ve yaşamının bir başka kişiye bağımlı olacağı anlamına gelen böyle bir düşünce şekli, günümüzün değişen yaşam biçimi ile toplumsal değer yargılarına uygun olmadığı gibi kadın-erkek eşitliği gerçeğine de ters düşer.

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

<sup>1</sup> Yargıtay Kararları Dergisi, C. 32, S.1, 2005. s.26-27.

Bu nedenlerle adı geçen davacının, davalının haksız eylemi sonucu uygun bir evlilik yapma şansının azalacağı kabul edilse bile, bu durum maddi anlamda kazanç kaybı olarak değerlendirilemez. O halde davacının varsayımına dayalı destekten yoksunluk niteliğindeki maddi tazminat isteğinin reddine karar verilmelidir.”

Yargıtay bu nedenlere dayanarak ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.

#### IV. DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI VE EVLİLİK BİRLİĞİNDE EŞLERİN GİDERLERE KATILMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bu çalışmamızda öncelikle davacının talebini oluşturan destekten yoksun kalma tazminatı ile ilgili genel bilgiler verecek, daha sonra bu talebin dayanağını oluşturan evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünü açıklayacak, son olarak da karar üzerinde değerlendirmemizi yapacağız.

##### A) DESTEK KAVRAMI VE DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI

###### 1) Destek kavramı ve destek türleri

“Borçlar Kanunu’nun 45. maddesi II. fıkrasında düzenlenen yardımcıdan/ destek mahrumiyet tazminatı, ihtimali hesaplara dayanan bir zararın telafisi gayesini gütmektedir”.<sup>2</sup>

Bir başkasının ve başkalarının geçimini kısmen ve tamamen sağlayan kişiye “destek” denir<sup>3</sup>. Destek tazminat isteğinde bulunan kimseye fiilen, sürekli ve düzenli olarak bakan veya ona ileride bakması muhtemel olan kimsedir. Bakma, bir başkasının geçimini fiilen ve kısmen veya tamamen sağlama anlamında kullanılmaktadır<sup>4</sup>. Bakmadan maksat, yardım gören kişinin normal yaşama ihtiyaçlarını gidermektir<sup>5</sup>. Desteğin geçimini sağlama ve geçimine katkıda bulunma yardımı mutlaka para ve eşya vererek değil, hizmet etmek suretiyle de gerçekleştirilebilir<sup>6</sup>.

Destek ilişkisi hukuki değil, fiili bir ilişkidir. Hukuki zorunluluğa bakılmaksızın, bir başka kişiye fiilen bakan, onu geçindiren veya ileride bakma, geçindirme ihtimali bulunan kişi, destektir. Bu tarife göre destek gerçek destek ve farazi destek olmak üzere ikiye ayrılır<sup>7</sup>. Ölen kişi davacılar halen bakmakta ise gerçek destek, gelecekte bakacak idiyse farazi destek olarak nitelendirilir<sup>8</sup>. Bir başka deyişle ölüm anına kadar başkasına düzenli şekilde bakan kimseye gerçek destek, öldüğü anda üzerinde bakım yükümlülüğü yokken ileride bakması ihtimali olan kişiye farazi destek denir.

<sup>2</sup> İnan, A. N., Borçlar Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1984, s. 332.

<sup>3</sup> Tekinay, S. S. / Akman, S. / Burcuoğlu, H. / Altop, A., Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1993, s.620.

<sup>4</sup> Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, İstanbul, 2003, s. 721.

<sup>5</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 621.

<sup>6</sup> Y 4. HD 02.12.1988 T., E. 6744 K. 10354, Uygur, T., Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, C. I. Ankara, 1990 s. 608.

<sup>7</sup> Eren, s. 721.

<sup>8</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 621.

Farazi destek, bir varsayımaya dayanmaktadır. Farazi destek olarak kabul edilen kişi, öldüğü anda destek ilişkisi yoktur. Ancak ileride destek olacağı kuvvetle muhtemeldir. Küçük çocuklar, farazi destekler arasında ilk yeri alırlar. Çocuk ölmeseydi, anne ve babasına ileride elde edeceği gelirden yardımda bulunacağı kuvvetle muhtemeldir. Beklenen bu yardım, anne-baba ve evlat ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu ilişkiden dolayı, hayatın normal akışı içerisinde ve tecrübelerle göre çocuğun yardım edeceği beklenir. Nişanlı erkek de farazi destek sayılabilir. Nişanlının destek olarak kabul edilebilmesi için, nişanın bir merasim içinde yapılması gerekmez. Nişan ilişkisinden dolayı desteğin varlığını kabul etmek için, hal ve şartların evliliğin gerçekleşeceğini kanıtlar nitelikte olması yeterlidir<sup>9</sup>.

Gerçek destek, ölüm anına kadar desteğe ihtiyacı olanlara fiilen destek olan kişidir<sup>10</sup>.

*Gerçek destek çeşitleri ise şu şekilde sayılabilir:*

a) Koca ve babanın – Karı ve ananın destek olması: Eşler evlilik birliği devam ettiği sürece birbirlerine manevi olduğu kadar, maddi olarak da destekte bulunmaktadırlar. Eşlerden birinin ölümü üzerine diğeri onun desteğinden mahrum kalabilir. Normal hayat seviyesinde bir düşüş olabilir. Bu nedenle karı veya koca diğersinin ölümü üzerine destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilir<sup>11</sup>.

Çocuklar da kendi geçimlerini sağlayana kadar, anne ve babalarının hayatlarının desteğine ihtiyaçları vardır. Anne veya baba öldüğünde yaşam şartlarında öncekine göre negatif yönde değişiklik olan çocuklar da destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilirler.

b) Çocuğun anne ve babasına destek olması: Belirli bir yaşa gelmiş ve çalışarak kazanç sağlayan çocuk anne ve babasının geçimini sağlıyorsa, anne ve babası için destek olduğu kabul edilir<sup>12</sup>. Bu gibi durumlarda; çocuğu ölen anne ve baba, destekten yoksun kaldığından dolayı tazminat isteyebilirler.

c) Kardeşlerin birbirine destek olması: Kardeşlerden biri hayattayken diğerkardeşine fiilen bakmakta ise, ölümü halinde diğerkardeş destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilir<sup>13</sup>.

d) Evlilik dışı ilişki içinde yaşayan erkek ve kadının birbirinin desteği olması: Kadın ve erkeğin ortak bir hayat içerisinde resmi nikâhsız, örneğin imam nikâhıyla veya daha değişik bir sebeple karı koca gibi yaşamaları halinde, birbirinin desteği

<sup>9</sup> Eren, s. 724.

<sup>10</sup> Kılıçoğlu, A. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, 2004, s. 304, (Borçlar).

<sup>11</sup> Y. 15. HD 22.12.1975 T., E. 4551 K. 5051 “ Kocanın karısının eylemli(gerçek) desteği olduğu söz götürmez.”. Y. 11. HD 01.12.1975 T., E. 5524 K. 6910 “ Kocasının işlettiği bir otelde veya diğerbir işletmede onun yerine geçen bir kadının, kocasının sağladığı geliri elde edemediği, olayların mutad cereyan tarzına göre bilinen bir gerçektir. Bundan başka davacı eşin, ev işlerinde yardımı azalacağı ve kısmen veya tamamen otelde çalışacağı için, evde veya otelde yahut da her ikisinde yardımcıya muhtaç olacağı ve bu nedenle giderlerinde de bir artmanın vuku bulacağı düşünülebilir. Nihayet kadının evlenme ihtimali, çocukların yaşlarının göre ileriye nizam olarak tahsil, cihaz gibi yapılacak yardım bakımından uğrayacakları zarar da, gözönünde tutulmalıdır.”. Kazancı Bilişim Otomasyon.

<sup>12</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop. s. 625.

<sup>13</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop. s. 626.

olduğu kabul edilir. Birinin ölümü halinde diğeri destekten yoksun kalıyorsa tazminat isteyebilir<sup>14</sup>.

### 2) Destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmenin şartları

Destekten yoksun kalan kişinin, tazminat isteyebilmesi için, bakıma muhtaç olması gerekir ve aynı zamanda destek olarak kabul edilen kişinin de, bakım gücüne sahip olması gerekir. Şu anda ve ileride bakım gücü olmayan kişiye destek denilemez<sup>15</sup>. Desteğin, bakım ihtiyacı olan kişinin bu bakım ihtiyacını karşılayabilecek güçte olması gerekir. Bakım ihtiyacı, yoksulluk anlamında olmayıp, kişinin sosyal seviyesine uygun bir hayatı devam ettirebilmek için ihtiyaç duyduğu imkânlardan yoksun kalmasıdır. Yani tazminat isteyebilmek için, sefalet ve zaruret içinde olmak gerekmez<sup>16</sup>.

### 3) Destekten mahrum kalanın zararının hesaplanmasında dikkate alınacak hususlar:

Mahrum kalanın zarar hesaplanırken; her şeyden önce tazminat isteyen kişinin, sosyal seviyesindeki düşüşün ne kadar olduğu ve eğer ölen kimse yaşama devam etseydi, ne miktarda yardımda bulunacağı dikkate alınmalıdır<sup>17</sup>. Bununla beraber aşağıdaki unsurlar da dikkate alınmalıdır:

- Ölenin yaşı ve ölmeseydi muhtemel yaşam süresi;
- Ölenin muhtemel çalışma süresi;
- Ölenin muhtemel çalışma süresi sonuna kadar, gelirinden kendisine ayıracığı miktar;
- Destekte yoksun kalanın, muhtemel yaşam süresi ve destek alabileceği süre;
- Destekten yoksun kalanların sayısı ve her birine düşen destek oranı;
- Destek yoksun kalan kişi sağ kalan eş ise, bunun evlenme şansı;
- Destekten yoksun kalma tazminatı peşin bir ödemeyi içerdiği, hâlbuki ölen kişi hayatta olsaydı, bu ödemeleri toptan değil, aylık gibi belirli aralıklarla ödeyeceği göz önünde tutularak peşin sermaye indirimi<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop s. 627, 628 ; Y 21. HD 11.10.2001 T., E. 6819 K. 6640 "Medeni Kanun uyarınca evlilik bağı kurulmasa bile, karı koca diye birleşen, bu amaç ve duygu ile yaşamlarını sürdüren kadınlar için bakım yükümlülüğünü yerine getiren erkeğin destek sayılması gerektiği. doktrinde ve Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarında kabul edilmiş bir olgudur. BK.nun 45. maddesinde de belirttiği üzere "destek" kavramı hukuki bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu içerir.". Kazancı Bilişim Otomasyon.

<sup>15</sup> Eren, s. 725.

<sup>16</sup> Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 629 : Y 11. HD 06.12.1974 T., E. 3301 K. 3477 " Destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilebilmek için davacının yardıma muhtaç durumda olması şart değildir. Bir başka deyişle zengin bir kimseye örneğin, oğlunun belli zamanlarda verdiği veya filhal vermese dahi ileride vermesi muhakkak telakki edebilecek herhangi bir yardımdan hatta mutad olan hediyelerden mahrum kalmak dahi bir zarar teşkil eder ." . Kazancı Bilişim Otomasyon.

<sup>17</sup> Oğuzman, M. K.- Öz, M. T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 2000, s. 550.

<sup>18</sup> Kılıçoğlu (Borçlar), s. 304.

## B) EVLİLİK BİRLİĞİ İÇERİSİNDE GİDERLERE KATILMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Evlilik birliği içerisinde tarafların hak ve yükümlülükleri Medeni Kanun'un 185. ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiştir. Eski Medeni Kanununun 152. maddesine göre, evi geçindirme görevi kocaya verilmişti. Eski Medeni Kanununun 190. maddesi I. fıkrasına göre ise, karı sadece ev masraflarına katılma yükümlülüğü altındaydı. Eski Medeni Kanun, kocaya dışarıda çalışıp evi geçindirme; kariya ise, ev işlerini görme ve kocasına yardım etme yükümlülüklerini vermişti<sup>19</sup>. Medeni Kanun'un evin giderlerine katılma yükümlülüğüne ilişkin 186. maddenin III. fıkrasında "Eşler evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar" hükmünü getirerek; eşler arasında eşitlik ilkesinin bir gereği olarak, "evi geçindirme yükümlülüğü"nü sadece kocaya değil, eşlere ait olduğunu kabul etmiş; öte yandan da evin geçimine katkının sadece malvarlığı ile değil, emek karşılığı da olabileceğini öngörmüştür<sup>20</sup>. Eski Medeni Kanununun 152. maddesinin II. fıkrasındaki "evi geçindirme yükümlülüğü kocaya aittir" kuralı kaldırılmıştır. Buna bağlı olarak da, kadın ve çocukların infak ve iâşesini kocaya ait olduğunu belirten hükmün yerine, eşlerin evlilik birliği giderlerine eşit olarak katılacakları hükmü getirilmiştir. Evlilik birliği giderlerine katılma her iki eşe birlikte yüklenmiştir<sup>21</sup>. Türk Medeni Kanununun 186. maddesinin III. fıkrasına göre, eşler evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılacaktır. Evlilik birliği giderlerine eşlerin güçleri oranında katılmaları, hem eşitlik ilkesine, hem de evlilik birliğinin hayat ortaklığı oluşturmasına uygun bir yaklaşımdır. Eşlerin evlilik birliğinin giderlerine eşit ölçüde katılmalarını beklemek, evlilik birliğinin mantığına aykırı olabilirdi. Bu nedenle, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine eşit olarak değil, güçleri oranında katılmaları öngörülmüştür<sup>22</sup>.

Giderlere katılma, maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, sadece parayla katılmayı değil, emekle katılmayı da kapsamaktadır. Emek veya kazanca katılma, eşit değerde kabul edilmiştir<sup>23</sup>. Eşlerin birlik giderlerine katkısı, elde edilen para ile sağlanabileceği gibi; ev işlerinin görülmesi, çocuklara bakmak veya diğer eşe meslek ve sanatında yardım etmek şeklinde de gerçekleşebilir<sup>24</sup>. Kadın-erkek eşitliğini sağlamayı amaçlayan kanun koyucu, çalışmayan eşlerin de emeklerini dikkate almakta<sup>25</sup> ve kadınların ve özellikle ev hanımlarının, evdeki çalışmalarının ve iş güçlerinin değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Yasanın; evin geçimine katkı olarak

<sup>19</sup> Özdamar, D., Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara, 2002, s.242.

<sup>20</sup> Kılıçoğlu, A., Medeni Kanun'unuzun Aile-Mirâs-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2003, s. 25. (Yenilikler).

<sup>21</sup> Baygın, C., 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Bilgi Toplumunda Hukuk (Ünal Tekinalp'e Armağan), C.II, İstanbul, 2003, (437-461) s. 450.

<sup>22</sup> Ayan, S., Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, 2004, s. 54.

<sup>23</sup> Öztan, B., Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004, s.169.

<sup>24</sup> Dural, M.-Öğüz, T. / Gümtüş, A., Türk Özel Hukuku, C. III. Aile Hukuku, İstanbul, 2005, s. 181.

<sup>25</sup> Akıntürk, T., Türk Medeni Hukuku (Yeni Medeni Kanuna Göre Uyarlanmış Aile Hukuku), C.II, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 109.



öngördüğü bütün araçlar, eşit değerdedir. Bu nedenle; kocanın bir meslek icra ederek kazandığı parayı, ev için harcaması ile kadının ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, kocasının işlerinde yardımcı olması arasında bir fark yoktur<sup>26</sup>.

#### V. TECAVÜZE MARUZ KALAN KADININ EVLENME ŞANSINI YİTİRMESİNİN, DESTEKTEN YOKSUN KALMA TEŞKİL EDİP ETMEYECEĞİ SORUNU VE YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Olayımızda alikonularak ırzına geçilen davacı S., maruz kaldığı bu haksız fiilden dolayı evlenme şansının azaldığı, bu nedenle evlendiğinde eşinden alacağı destekten mahrum kalacağı gerekçesiyle tazminat istemiştir.

Destek konusu, çalışmamızın başında genel olarak anlatılmıştır. Bu doğrultuda olmak üzere, Borçlar Kanunu 45.maddesinin II. fıkrasına göre destekten yoksun kalma tazminatı, halen bakmakta olan bir kişinin ölümü halinde, bakımında olanların istediği bir tazminattır. Buna gerçek destek denir. Birde farazi destek vardır. Farazi destek, yukarıda açıklandığı üzere ileride bakma ihtimali olan kişidir. Davacı S., ileride söz konusu olabilecek bir destekten yoksun kalacağı iddiasıyla dava açmıştır. Bu nedenle; onun istemini daha uygun düştüğü için, farazi destek çerçevesinde değerlendireceğiz.

Farazi destek, şu an var olan ilişkiden dolayı ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kişidir. Bu ilişki hukuki olacağı gibi, fiili bir ilişki de olabilir. Davacı S. henüz var olmayan; ama, ileride evlenme ihtimalinden dolayı, var olacak bir ilişkiden dolayı bir destek beklentisi içerisindedir. Eğer evlenirse, söz konusu olacak destekten mahrum kalacağı gerekçesiyle tazminat davası açmıştır. Farazi destekte arada bir ilişki vardır, ancak destek ihtimale dayanmaktadır. Oysa; davacının isteminde, henüz bir ilişki yoktur. İleride var olması ihtimali olan bir ilişki vardır. Yani destek farazi değil, ilişki farazidir. Davacının ileride evlenmesi bir varsayımdır. ırzına geçilmemiş olsa bile evlenmeyebilir, yani evlenememesinin tek sebebi ırzına geçilmiş olması olmayabilir. Başka nedenlerle de evlenemeyebilir. Bunun somut örnekleri sosyal hayatımızın içerisinde mevcuttur. ırzına geçilmiş olması ülkemizdeki kültürel ve sosyal şartlar dikkate aldığımızda, evlenme ihtimalini zayıflatır; ancak, bundan dolayı uğrayacağı kaybı destekten yoksun kalma olarak tanımlayıp, tazminat istemesi kanımızca doğru değildir.

Bunun birlikte, Yargıtay'ın bozma kararı başka bir açıdan eleştirilebilir. Yargıtay "Türk Medeni Yasasının 185/II. ve 186/III. maddelerinde eşlerin birbirine yardımcı olma ve evlilik birliğinin gerektireceği giderlere malvarlıkları ile katılma yükümlülükleri varsa da, eşlerin birbirinin maddi gelirinden yasal olarak yararlanma zorunluluğu bulunmamaktadır" gerekçesiyle kararı bozmuştur. Yargıtay bunun aksine bir düşüncenin, bir kişinin geçim ve yaşamının, başka bir kişiye bağlı olacağı anlamına geleceğini ve böyle bir düşüncenin günümüz değer yargılarına uygun olmadığını, kadın erkek eşitliğine ters düşeceğini belirtmiştir. Bu nedenle evlenemeyi, bir kazançtan kayıp olarak görmemiştir.

<sup>26</sup> Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 27.

Eski Medeni Kanun'da bulunan kocanın bakma yükümlülüğünün kaldırılması, karı koca arasında destek ilişkisinin de artık olmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Zira, toplumumuzda, koca genellikle evin ihtiyaçlarını karşılarken, kadın da ev işlerini görmekte ve çocukların yetiştirilmesinde asli rolü üstlenmektedir<sup>27</sup>. Türk Medeni Kanununun 186.maddesinin III. fıkrasına göre; evlilik birliğinin giderlerine katılma konusunda, eşitlik prensibi kabul edilmiş olsa bile; çalışmayarak emeğini ev işlerine sarf eden eşin de, belirli bir ekonomik bağımsızlığa sahip olması gerekir<sup>28</sup>. Nitekim İsviçre Medeni Kanununun 164.maddesinin I. fıkrasında bu konuda; kendisini, çocukların bakımı ve ev işlerine vakfeden veya işinde, mesleğinde diğerine yardım eden eşin, diğer eşten serbestçe tasarruf edebileceği, makul miktarda bir parayı düzenli olarak alma hakkına sahip olduğunu öngörmüştür. İsviçre Medeni Kanunu'nda bu hükmün konmasının nedeni; evde yaşayan eşin kişisel harcamaları için, diğerinden para istemek zorunda kalması ya da kaçamak yollara saparak, para sağlamaya çalışmasının sakıncalı görülmesidir<sup>29</sup>. Türk Medeni Kanunu'nda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak; giderlere katılma düzenlenirken emeğe de yer verilmiş, para kazanan eşle emek sarf eden eş arasında giderlere katılma konusunda fark gözetilmemiştir. Ayrıca, Türk Medeni Kanununun 196. maddesinin I. fıkrasına göre; eşler evlilik birliğinin giderlerine katkı miktarını tayini için, hâkime başvurabilirler ve hâkim ailenin geçimi için eşlerden her birinin yapması gereken katkıyı belirler. Hâkim; eşlerin ailenin geçimine, kimin ne oranda katkıda bulunacağını belirlerken, Türk Medeni Kanununun 196. maddesinin II. fıkrasına göre eşin ev işlerini görmesini, çocuklara bakmasını, diğer eşin işinde karşılıksız çalışmasını dikkate alacaktır<sup>30</sup>. Buna bağlı olarak, evlilik giderlerine katılmak bir yükümlülüktür. Çalışmayan eş, nasıl giderlere emeğiyle katılma yükümlülüğü altındaysa, çalışan eş de, maddi kazancıyla giderlere katılma yükümlülüğü altındadır.

Türkiye'deki şartlar çerçevesinde değerlendirdiğimizde; evlenmenin, çalışmayan bir kişiye göre, sebeplerinden biri de, maddi açıdan da geleceğini güvenceye almaktır. Çalışmayan bir kişi emeği ile evlilik birliğinin giderlerine katılacağını kabul ederken, maddi geçiminin de eşi tarafından sağlanacağı beklentisindedir. Bununla birlikte, çalışmayan bir kişiyle evlenme niyetinde olan kişi de, alacağı emek karşılığında, maddi geliriyle ona destek olacağını farkındadır. Kanuna göre böyle bir zorunluluk yoktur. Ancak; bir eş evliyken, ölen eşi dolayısıyla, Türk Borçlar Kanununa göre tazminat isteyebilmektedir.

Yine Türk Medeni Kanunu 174. maddede, mevcut veya beklenen menfaati boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu tarafın, maddi tazminat isteyebileceği ve 175. maddede boşanma halinde yoksulluğa düşecek tarafın, süresiz

<sup>27</sup> Gökyayla, E., Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2004, s. 109.

<sup>28</sup> Öztan, s. 177.

<sup>29</sup> Koçhisarlıoğlu, C., İsviçre'de Evlilik Birliği Hukuku'ndaki Son Gelişmeler, Jale G. Akipek'e Armağan, Konya, 1991, (431-451) s. 438.

<sup>30</sup> Doğan, M., Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C.52, S. 4, (93-128) s. 115.

olarak nafaka isteyebileceği hükme bağlanmıştır<sup>31</sup>. Yukarda belirttiğimiz üzere; Medeni Kanuna göre, eşler evlilik birliğinin giderlerine, güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar. İşte Türk Medeni Kanunu'nun 174/1 maddesi, boşanma halinde bu imkânını kaybeden eşe tazminat ödenmesini öngörmektedir<sup>32</sup>. Bütün bunlar göstermektedir ki; bir kişinin geçimini evlenerek eşinden beklemesi, Yargıtay'ın öngördüğü gibi, günümüzde değişen yaşam biçimi ile toplumsal değer yargılarına ve kadın-erkek eşitliğine ters düşmemektedir; aksine, birlikte yaşamın ve sosyal hayatın bir gerekliliğidir.

Bu bağlamda tekrar davacının istemine döndüğümüzde; açıkladığımız üzere istenen tazminatın destekten yoksun kalma tazminatı olarak tanımlanması doğru değildir. Ancak; ülkemizdeki kültürel yapıyı dikkate aldığımızda, ırzına geçilmiş bir kişinin evlenme ihtimali zayıflar. Bu nedenle; çalışmayan bir kişinin, evlenerek emeği karşılığında alacağı maddi kazanç dolayısıyla, ekonomik geleceğini güvenceye alma ihtimali de zayıflayacaktır. Bu bağlamda davacı S.'ye, sadece evlenme ihtimalinin zayıflamasından dolayı, yukarıda belirttiğimiz beklentilerinin kayba uğrama ihtimaline karşı, bir tazminat hükmedilmesi gerekmektedir.

## VI. SONUÇ

Henüz evlenmemiş ve nişanlı da olmayan bir kişinin, tecavüze uğraması dolayısıyla, evlenme şansını yitirdiğini ve bundan dolayı da, destekten yoksun kaldığını ileri sürmesi doğru değildir. Bu durum; ancak, ortada bir dar anlamda farazi destek ilişkisinin bulunmasından kaynaklanır. Bununla birlikte, hiçbir zarar olmadığı da ileri sürülemez. Ayrıca Yargıtay'ın belirttiğinin aksine, evlilikle birlikte bir maddi desteğe kavuşmak; gerek sosyal açıdan, gerekse hukuki açıdan mümkün ve beklenebilir bir menfaattir. Kanun koyucu da buna binaen, evlilik sürerken veya sona erdiğinde, eşlerin bundan dolayı birbirlerine destek olacaklarını, çeşitli hükümlerde düzenlenmiştir. Bu çerçevede; tecavüze uğrayan kadının evlenme şansını yitirmesi dar anlamda olmasa bile, geniş anlamda farazi desteği kaybettiği anlamını taşır ve bundan doğan zararı (ileride doğacak gelir kaybını) isteyebilmelidir. Bu sebeple, Yargıtay'ın kararı isabetsizdir.

<sup>31</sup> Y. 2. HD 24.04.2003 T. E. 4694 K. 5925 "Boşanma sonucu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ile kusurları ve hakkaniyet ilkesi dikkate alınarak kadın yararına uygun miktarda maddi tazminat verilmelidir.". Kazancı Bilişim Otomasyon.

<sup>32</sup> Öztan, s. 497.

## KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut:** Türk Medeni Hukuku (Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku), C. II, 8. Bası, İstanbul, 2003.
- AYAN, Serkan:** Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara, 2004.
- BAYGIN, Cem:** “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler”, Bilgi Toplumunda Hukuk (Ünal Tekinalp’e Armağan), C.II, İstanbul, 2003, s. 437–461.
- DOĞAN, Murat:** “Türk Medeni Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 4, 2003, s. 93–128.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper:** Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul, 2005.
- EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, İstanbul, 2003.
- GÖKYAYLA, K. Emre:** Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2004.
- İNAN, Ali Naim:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara, 1984.
- KILIÇOĞLU, Ahmet:** Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara, 2003 (Yenilikler).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, 2004 (Borçlar).
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz:** “İsviçre’de Evlilik Birliği Hukuku’ndaki Son Gelişmeler”, Jale G. Akipek’e Armağan, Konya, 1991, s. 431–451.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul, 2000.
- ÖZDAMAR, Demet:** Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara, 2002.
- ÖZTAN, Bilge:** Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara, 2004.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk /ALTOP, Atilla:** Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1993.



# YABANCILARIN TAŞINMAZ MAL EDİNİMİ SORUNU ÇERÇEVESİNDE İNTİFA, OTURMA VE ÜST HAKKININ HAK SAHİBİNE VERDİĞİ YETKİLERİN MÜLKİYET HAKKININ HAK SAHİBİNE VERDİĞİ YETKİLERE ALTERNATİF OLUP OLAMAYACAĞI SORUNU

Arş. Gör. Pınar TURGUT\*

## I. GİRİŞ

Bu çalışmada mülkiyet hakkının hak sahibine verdiği yetkiler ile intifa, oturma ve üst hakkının hak sahibine verdiği yetkilerin neler olduğunu belirteceğiz. Bunu yapmakla ulaşmak istediğimiz nokta ise yabancılara Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı tanımak yerine intifa hakkı, oturma hakkı ve üst hakkı tanıma yoluna gitmenin ihtiyaçları ne ölçüde karşılayacağını bulmaktır.

Çalışmamızda ele alacağımız hakların, hak sahibine verdiği yetkilerin incelenmesine geçmeden önce, bu çalışmayı yapmamıza neden olan yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde hangi hakları edinebildikleri konusuna değineceğiz.

2644 sayılı Tapu Kanununun değişikliğe uğramamış ilk metninde yalnız yabancı gerçek kişilerin kanuni hükümler saklı kalmak ve karşılıklı olmak koşuluyla Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı edinebilecekleri düzenlenmişti. Kanuni miras hükümleri saklı kalmak koşuluyla yabancı gerçek kişinin köye bağlı olmayan çiftliklerle, köy arazisi dışında 30 hektardan fazla alanda mülkiyet hakkı edinebilmesi ise Bakanlar Kurulunun iznine bağlıydı. Kanunda yabancı tüzel kişilerin Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde herhangi bir hak edinebilmesine yahut yabancı gerçek kişilerin taşınmazlar üzerinde mülkiyetten başka sınırlı aynı hak edinebilmelerine ilişkin bir düzenleme yoktu.<sup>1</sup>

Tapu Kanununun yabancılara Türkiye'de taşınmaz edinimini düzenleyen 35. maddesi 4916 sayılı Kanun ile ciddi değişikliklere uğratılmıştır. Bu değişikliklerin konumuzu ilgilendiren yönü ilk kez yabancı ülkelerde bu ülke kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin de taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı edinebileceklerine Tapu Kanununda yer verilmesidir.

Bir başka önemli değişiklik ise hem yabancı gerçek kişilerin hem de yabancı ülkelerde bu ülke kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

<sup>1</sup> 2644 sayılı Kanuna, 3029 sayılı Kanun ve 3278 sayılı Kanunlarla eklenen fıkralarda karşılıklılığın Bakanlar Kurulu kararı ile aranmayabileceğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktaydı. Ancak bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesinin T.13.06.1985, E.1984/14, K.1985/7 ve T.09.10.1985, E.1986/18, K.1986/24 sayılı kararları ile Anayasa'ya aykırı bulunduğu için iptal edilmiştir.

hiçbir sınırlamaya hatta karşılıklılık ilkesine dahi tabi olmadan taşınmazlar üzerinde her türlü sınırlı aynı hakkı edinebileceklerinin düzenlenmesidir.<sup>2</sup>

Tapu Kanununda yapılan son değişiklik ise 5444 sayılı Kanun ile olmuştur. Bu düzenleme ile yabancı gerçek kişilerin taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkını karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uymak kaydıyla ancak işyeri ve mesken olarak kullanılmak amacıyla edinebileceklerine yer verilmiştir. Yabancı gerçek kişilerin taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak edinimleri de ilk kez mülkiyet hakkı edinimindeki sınırlamalara tabi tutulmuştur. Ayrıca edinilebilecek bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı aynı haklar ve mülkiyet hakkının toplam yüzölçümünün 2.5 hektarı geçmeyeceği şeklindeki düzenleme ile sınırlı aynı haklar bakımından da bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynı haklar ve bu nitelikte olmayan sınırlı aynı haklar şeklinde ayrıma gidilmiştir.

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin ise taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı ve sınırlı aynı hakları özel kanun hükümleri çerçevesinde edinebilecekleri düzenlenmiştir.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışında kalan yabancılar ise Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkı yahut sınırlı aynı haklar edinebileceklerdir.

Bu açıklamalardan sonra aşağıda, mülkiyet hakkı ve bazı sınırlı aynı hakların hak sahibine verdiği yetkileri karşılaştırmalı olarak ele alarak yabancılar bakımından alternatif olup olamayacağı üzerinde duracağız.

## II. Mülkiyet Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkiler Bakımından İncelenmesi

Mülkiyet kelime anlamı ile saltanat anlamında Arapça mülk sözünden gelmektedir. Mülk sözcüğünden türeyen bütün sözcüklerde güç, kuvvet, iktidar, egemenlik, kavramları bulunur<sup>3</sup>. Roma Hukukunda ise mülkiyet "plane in re potestas" mal üzerinde mutlak hakimiyet olarak tarif edilmiştir<sup>4</sup>.

Mülkiyet kişinin maddi ve manevi gelişmesinin, iktidar arzusunun, mutluluk ve bağımsızlığının, ödev ve sorumluluk bilincinin, toplum içindeki saygınlığının, gelir, sosyal güvenlik, tasarruf ve yatırım arzusunun bir şartıdır. Mülkiyet hakkı malike toplum içindeki ödev ve sorumluluklarını hatırlattığı için ayrıca eğitici bir role sahiptir. Mülkiyet hakkının haiz olduğu önemli fonksiyonlar vardır. Bu fonksiyonları; mülkiyetin iktidar fonksiyonu, güvenlik fonksiyonu, sosyal saygınlık fonksiyonu ve gelir sağlama fonksiyonu olarak belirlemek mümkündür. Bu fonksiyonları dolayısıyla mülkiyet hakkı malike iktidar, sosyal güvenlik, sosyal saygınlık ve gelir sağlar<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> 4916 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler Anayasa Mahkemesinin T.14.03.2005, E.2003/70, K.2005/14 sayılı kararı ile Anayasa'nın 2.7.16. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmiştir.

<sup>3</sup> Ayiter, Eşya Hukuku, 3. baskı, Ankara, 1987, s.77.

<sup>4</sup> Saymen/Elbir, Türk Eşya Hukuku, İstanbul, 1954, s.219.

<sup>5</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, Türk Eşya Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 1984, s.352 .

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı kişi hak ve ödevleri bölümünde bir temel hak olarak düzenlenmiş ve herkesin bu hakka sahip olacağı belirtilmiştir. Medeni Kanunun ise 683 vd. maddelerinde mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş ancak mülkiyet hakkının bir tanımı anılan yasalarda yapılmamıştır.

“Mülkiyet hakkı sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri veren bir aynı haktır.” Ancak şunu unutmamak gerekir ki modern (karma) mülkiyet anlayışına göre mülkiyet sahibine sadece yetkiler veren değil aynı zamanda ödevler de yükleyen bir aynı haktır. Bu nedenle Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı temel bir anayasal hak olarak kabul edilmiş ancak kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı ve kamu yararı amacı ile sınırlandırılabilceği belirtilerek mülkiyet hakkının anayasal sınırları çizilmiştir<sup>6</sup>. Sahibine eşya üzerinde en geniş yetkileri veren mülkiyet hakkı Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına da uygun şekilde kullanılmalıdır.

Mülkiyet hakkının hak sahibine hangi yetkileri verdiği Medeni Kanunun 683. maddesinde düzenlenmiştir. “Bir şeye malik olan kimse hukuk düzeninin sınırları içinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir. Malik malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir.”

Biz de mülkiyet hakkının malike verdiği yetkileri doktrinde kabul gördüğü üzere aktif yetkiler ve koruyucu yetkiler olarak ele almakta fayda görüyoruz. Mülkiyet hakkının hak sahibine verdiği aktif yetkiler -ki buna mülkiyet hakkının ‘müspet yönü’, ‘olumlu içeriği’, ‘iç muhtevası’ da denilmektedir<sup>7</sup>- malikin eşyayı kullanması, eşyadan yararlanması ve eşya üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilmesidir. Örneğin malik, sahibi olduğu arazi üzerine bina yapabilir yahut sahibi olduğu arazide meyve ağaçları dikebilir, bu ağaçların meyvelerinden dilediği gibi yararlanabilir, onları toplayabilir, dilerse bu ağaçları kesip odun olarak kullanabilir hatta araziye hiç kullanmayıp boş bırakabilir.

Bunlardan başka malik, eşya üzerinde tasarrufta bulunma yetkisine de sahiptir. Eşyayı değiştirebilir, bir başka eşya ile birleştirebilir yahut yok edebilir, eşyanın mülkiyetini bir başkasına devredebilir. Bu devri karşılıklı yahut karşılıksız yapabilir. Eşyası üzerinde sınırlı aynı hak yahut şahsi hak kurabilir. Örneğin sahibi olduğu arsa üzerinde ipotek hakkı yahut intifa hakkı gibi bir sınırlı aynı hak kurabilir ya da otomobilini kiraya verebilir yahut bir arkadaşına ödünç verebilir. Mülkiyet hakkı esnek bir yapıya sahip olduğundan hak sahibi mülkiyet hakkını sınırlayan bir çok sınırlı aynı hakkı yahut şahsi hakkı eşya üzerinde kurabilir. Kurduğu bu hakların ortadan kalkmasıyla birlikte mülkiyet hakkı tekrar ilk haline döner.

Malik eşyasını dilediği gibi kullanır, ondan yararlanır ve üzerinde tasarruf edebilir ancak bunları yaparken başta belirttiğimiz üzere mülkiyet hakkını toplum yararına aykırı olarak kullanamaz ve bu hakkın kendisine verdiği yetkileri dürüstlük

<sup>6</sup> Ertaş, Eşya Hukuku 6.Bası, Ankara, 2005, s.233.

<sup>7</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, 10.Bası, İstanbul, 2004, s.222; Ertaş, s.234; Gürsoy/Eren/Cansel, s.341.



kuralına uygun surette kullanılmalıdır. Zira bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

Mülkiyet hakkının hak sahibine verdiği koruyucu yetkiler ise 'pasif yetkiler', 'mülkiyet hakkının olumsuz içeriği' 'menfi yönü' de denilmektedir<sup>8</sup> Malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabilmesi ve her türlü haksız elatmanın önlenmesini dava edebilmesidir. Ayrıca mülkiyetin ihlali bir haksız fiil ise tazminat davası, idari eylemden kaynaklanıyorsa idari dava ve suç niteliğinde ise ceza davası açarak da mülkiyet hakkının verdiği korumadan yararlanabilir.

İstihkak davası dolaysız zilyet durumunda olmayan malikin malik olmayan ve haklı bir nedene dayanmayan zilyede karşı mülkiyet hakkına dayanarak açabileceği ve haksız olarak ele geçirilen veya alıkonulan eşyanın geri verilmesi, iadesini sağlama amacı güden, aynı nitelikte bir eda davasıdır<sup>9</sup>. İstihkak davası mülkiyet hakkına dayandığı için aynı bir davadır ve bu nedenle de zamanaşımına tabi değildir. Zamanaşımına tabi olmamasına karşın malın mülkiyetini karşı tarafın kazandırıcı zamanaşımına, iyi niyet ilkelerine, tapu siciline güvene bağlı olarak kazandığı durumlarda istihkak davası açılmaz. İstihkak davasında davacı malın malikidir. Paylı mülkiyette her paydaş kendi payı için bağımsız olarak bu davayı açabilirken, el birliği ile mülkiyette bütün ortakların birlikte bu davayı açması gerekir. Davalı ise haksız olarak eşyayı zilyetliğinde bulunduran kişidir. Buradan anlaşılıyor ki haklı nedene dayanarak malı elinde bulunduran kişiye karşı örneğin kiracıya karşı bu dava açılmaz.

Dava mülkiyete dayandığından davacı mülkiyet hakkını ispat etmek zorundadır. Davacı bundan başka davalının davanın açıldığı tarihte malın dolaysız zilyedi bulunduğunu ispat etmelidir<sup>10</sup>.

İstihkak davası bir eda davası olduğundan davacının hazır bulunması halinde hakimın vereceği karar ile davalının haksız olarak el koyduğu veya alıkoyduğu eşyanın zilyetliğinin malike verilmesini sağlar<sup>11</sup>.

Kimi zaman istihkak davası iadeyi amaçlayan aynı veya şahsi taleplerle yarışabilir. Örneğin A otomobilini B ye kiraya vermiştir ve kira sözleşmesinin sona ermesine rağmen B otomobili A ya teslim etmemiştir. Bu halde A aralarındaki kira sözleşmesine (borç ilişkisine) dayanarak otomobili isteyebileceği gibi istihkak davası da açabilecektir.

İstihkak davasının mülkiyetten bağımsız, ayrı olarak devredilip devredilemeyeceği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte baskın görüş bu dava hakkının mülkiyet hakkından ayrı olarak devredilemeyeceği yönündedir<sup>12</sup>.

Mülkiyet hakkının malike verdiği diğer koruyucu yetki elatmanın önlenmesi davası açılabilir. Elatmanın önlenmesi davasının açılabilirdiği hallerde aslında

<sup>8</sup> Gürsoy /Eren /Cansel, s.342; Oğuzman /Seliçi/Oktay Özdemir, s.223; Ertaş, s.235.

<sup>9</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, s.356; Oğuzman /Seliçi/Oktay Özdemir, s.224; Ertaş, s.236; Ayiter, s.79.

<sup>10</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.225.

<sup>11</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, s.359.

<sup>12</sup> Devredilemeyeceği doğrultusunda bkz Gürsoy/Eren/Cansel, s.365; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.226; Ertaş, s.236.

eşya malikin egemenlik alanında olmakla birlikte haksız bir saldırı nedeniyle malik eşyayı kullanamamakta veya eşyadan yararlanamamaktadır. Çünkü malikin kullanma ve yararlanma hakları haksız saldırı nedeniyle kısıtlanmakta, engellenmekte yahut zorlaştırılmaktadır. Bu dava mevcut bir müdahalenin durdurulması veya meydana gelecek bir elatmanın önlenmesi için açılabilir. Söz konusu el atma hukuka aykırı bir elatma olmalıdır. Malik elatmanın önlenmesi davasında hem eşya üzerindeki mülkiyet hakkını hem de haksız saldırıyı ispat etmelidir. Davalı elatmasının haklı olduğu iddiasında ise bunu kendisi ispat etmelidir. Elatmanın önlenmesi davası haksız elatma devam ettiği sürece açılabilir. Elatmanın önlenmesi davası tıpkı istihkak davası gibi aynı nitelikli bir dava olduğundan açılması da süreye bağlı değildir.

### III. İntifa, Oturma Ve Üst Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkiler

#### A-İntifa Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkiler

İntifa hakkı başkasına ait bir taşınır, taşınmaz, hak, alacak yahut malvarlığı üzerinde kurulan ve hak sahibine o şey üzerinde kullanma ve yararlanma yetkilerini veren, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçemeyen, şahsa bağlı bir irtifak hakkıdır<sup>13</sup>.

İntifa hakkı sınırlı ayni haklar içerisinde hak sahibine en geniş yetkileri veren bir haktır. Zira bu hak, sahibine mülkiyet hakkının malike tanıdığı kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinden ikisini kullanma ve yararlanma yetkisini vermektedir. Şu halde intifa hakkı ile yüklü olan bir malın sırf kuru (çıplak) mülkiyeti malike kalmakta<sup>14</sup> yararlanma ve kullanma yetkileri ise intifa hakkı sahibine geçmektedir. İntifa hakkı sahibinin istisnalar saklı kalmak üzere tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. İntifa hakkı sahibi gerçek bir kişi veya tüzel kişi olabilir. Gerçek kişilerde hakkın kurulabileceği azami süre için kurulabilir. Bu sebeple intifa hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte değildir. Medeni Kanununun 794. maddesi 1.fıkrası gereğince intifa hakkının konusu taşınır, taşınmaz hak veya malvarlığı olabilir. Çalışmamızda tek tek bunları, kurulma biçimlerini, sona ermelerini ve sona ermenin hükümlerini değerlendirmeyeceğiz. Biz yabancıların taşınmaz edinmelerindeki sorunu çerçevesinde mülkiyet hakkının malike tanıdığı yetkiler karşısında taşınmaz üzerinde kurulan intifa hakkının hak sahibine hangi yetkileri tanıdığını ele alacağız.

İntifa hakkı sahibinin hakkın kendisine verdiği yetkileri kullanabilmesi için her şeyden önce üzerinde hak kurulan mala zilyet olması gerekir. Bu nedenle intifa hakkı sahibinin intifa konusu olan mala zilyet olma yetkisi vardır (MK m.803/1). Şu halde intifa hakkı sahibi mala zilyet olduğunda ferî ve dolaysız zilyet olacak, malın maliki ise asli ve dolaylı zilyet konumuna gelecektir. İntifa hakkı sahibi söz konusu

<sup>13</sup> Farklı tanımlar için Akipek, Türk Eşya Hukuku, III. Kitap, Mahdut Ayni Haklar, Ankara, 1974, s.86; Köprülü/Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 2.Bası, İstanbul, 1982-1983 s.94; Gürsoy/Eren/Cansel, s.814; Ayan, Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, Konya, 2000 s.44; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.627.

<sup>14</sup> Köprülü/Kaneti, s.95; Gürsoy/Eren/Cansel, s.749,816; Saymen/Elbir, s.516; Ayan, s.44.

<sup>15</sup> Ayan, s.45.

taşınmaza zilyet olduğundan zilyetliğin korunması için Medeni Kanunun 981. ve devamı maddelerindeki koruma yollarından faydalanabilecektir. Bu aşamada tartışılması gerektiğini düşündüğümüz bir husus da intifa hakkı sahibinin sadece zilyetliğin korunması için kanunda tanınan yollara mı başvurabileceği yoksa bunun dışında bir imkanının olup olmadığıdır. Doktrinde intifa hakkı sahibinin de malike tanınan istihkak davası açma yetkisine sahip olduğunu savunanlar vardır<sup>16</sup>. Bu görüş doğrultusunda Yargıtay'ın vermiş olduğu intifa hakkı sahibinin istihkak davası açabileceğine dair kararlar örnek olarak gösterilmektedir<sup>17</sup>. Aynı şekilde malike tanınan yetkilerden olan elatmanın önlenmesi davasını intifa hakkı davası sahibinin de açabileceği savunulmaktadır<sup>18</sup>. Kanaatimizce intifa hakkı sahibine malike tanınmış olan istihkak davasını açabilme yetkisinin tanınması kanunun amacı ile bağdaşmamaktadır. Bu dava malikin açabileceği bir dava olmalıdır. Ancak zilyetliğin korunması için Medeni Kanunun 981 vd. maddelerinde yer alan imkanların süreye tabi olması oysa elatmanın önlenmesi davasının süreye tabi olmaması ve bu davanın bir nevi zilyetliği koruması sebebiyle intifa hakkı sahibinin de hiç olmazsa elatmanın önlenmesi davasını açabilmesi gerekir.

İntifa hakkı sahibinin bir diğer yetkisi kullanma yetkisidir. İntifa hakkı sahibi hakkın amacına uygun şekilde taşınmazı kullanma yetkisine sahiptir. Elbette intifa hakkı sahibinin kullanma yetkisi malikin kullanma yetkisi kadar geniş değildir. Çünkü intifa hakkı sahibi malı öz değerine zarar vermeyecek şekilde kullanılmalıdır. Hak sahibi taşınmazda önemli değişiklikler yapmayacak ve onun özgülendiği ekonomik amacı malike zarar verecek ölçüde değiştiremeyecektir. Örneğin konut olarak kullanılan binayı sinema yahut lokantaya dönüştüremez, pamuk tarlası olarak kullanılan arsayı ise atış poligonu, futbol sahası haline getiremez<sup>19</sup>.

Sanız bu nokta yabancılarla mülkiyet hakkını tanımak yerine intifa hakkı tanıma noktasında önemli sorun teşkil edecektir. Yatırım yapmak için gelen ve turizm bölgesinde önceden konut olarak kullanılan çok katlı bir binayı otel olarak kullanmak isteyen yabancı kişiye tanınacak intifa hakkı bu sebeple onun ihtiyacını karşılamayacaktır. Ancak intifa hakkı sahibi malik ile intifa hakkını kurmak için aralarında yapacakları sözleşmede üzerinde hak kurulacak binanın otel olarak da kullanılabilirliğini kararlaştırarak bu sorunu aşabilirler.

İntifa hakkı sahibinin en önemli yetkilerinden birisi de üzerinde intifa hakkı kurulan şeyden yararlanma yetkisidir. İntifa hakkı, sahibine aksine anlaşma olmadıkça konusu üzerinde tam bir yararlanma yetkisi sağlar (MK m.794/2). İntifa hakkı sahibinin yararlanma yetkisinin üzerinde intifa hakkı kurulan şeyin intifa hakkının kurulduğu sıradaki haliyle sınırlı mı olduğu yoksa şeye sonradan eklenenleri de kapsayıp kapsamadığı konusu tartışmalıdır. Bu konuda Yargıtay'ın birbiriyle çelişen iki

<sup>16</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, s.362.

<sup>17</sup> HGK T., 12.1.1976, 76/D-İc.İf. 4 Gürsoy/Eren/Cansel, s.362; Y 13HD T. 1.4.1976, E. 1300, K. 2713 Kazancı Bilişim Otomasyon.

<sup>18</sup> HGK T. 14.7.1971, E. 967/1-442, K.445; Gürsoy/Eren/Cansel, s.369; Y 18HD T. 15.3.1993, E. 105, K. 3493; Y 14HD T. 5.10.2001, E. 5276, K. 6387, Kazancı Bilişim Otomasyon.

<sup>19</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, s.865; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.640; Ayan, s.54.

farklı kararı bulunmaktadır. Bunlardan birine göre mülkiyet hakkı ancak intifa hakkının gerektirdiği derecede sınırlandırılacağına göre malik intifa hakkı sahibinin rızası olmadan malı üzerinde intifa hakkına engel olmayacak biçim ve ölçüde tasarruf edebilir<sup>20</sup>. Malikin intifa hakkına zarar vermeden mevcut binanın üzerine eklediği kattan yararlanma hakkı vardır. Mülkiyet hakkı sahibi ancak intifa hakkı sahibinin rızasını almadan malı üzerinde intifa hakkına engel olmayacak şekil ve derecede tasarruf edebilir. İntifa hakkını halele uğratmadan eklediği katın hukuki semerelerini almaya hakkı vardır. Aksi görüşün kabulü malikin taşınmaz mal üzerinde tesis edilen intifa hakkının doğumuna ilişkin irade açıklamasının kapsamına ve taraflar arasındaki ilişkinin niteliğine yanlış anlam verilmesi ve afaki iyi niyet kurallarına aykırı davranışın benimsenmesi anlamına gelir. O halde K'nın hibe ve satış tarihinden sonra yaptırdığı dairenin faydalanma hakkı hasılat kirası hükümlerine kıyas ile davalı İ'ye geçmiş sayılmaz. Bu nedenle mahkemenin katı kimin yaptırdığını araştırması K'nın yaptırdığı sonucuna varırsa intifa hakkın K'ya ait olduğunu benimsemesi gerekir. Yargıtay'ın aynı hukuk dairesi bu kararından sonraki tarihli kararında ise içtihat değiştirmiş ve sonradan eklenen kat ilavesinden intifa hakkı sahibinin yararlanamayacağına hükmetmiştir<sup>21</sup>. Medeni Kanunun (eski) 717 ve 727. maddelerine göre intifa hakkı sahibi taşınmazın tamamı üzerinde ve intifa hakkı oranında faydalanır. Medeni Kanunun 722. maddesi intifa hakkı ile yükümlü bir taşınmazda bu hakka konu teşkil eden şeyin tamamen ortadan kalkması halinde kuru mülkiyet hakkı sahibi bunu onarmak için yeniden ihya veya inşa etmek mecburiyetinde olmamakla birlikte kendi arzusu ile imar ederse yeni nesneden intifa hakkı sahibi de istifade eder. O halde tamamen inşa halinde intifa hakkının avdet edeceğini öngören kanun koyucunun kat ilavesi halinde de istifade hakkını intifa hakkı sahibine tanımasını kabul etmek maddenin konuluş amacına ve ruhuna uygun düştüğü gibi mütemmim cüz kurallarına da uygun olur. Diğer taraftan aksi şekilde bir düşünce olay gününde yürürlükte olmayan kat mülkiyeti esasını benimsememek anlamına gelir ki bu hal Medeni Kanunun sistemine aykırı düşüncü de üstün tutmak olur. Bu itibarla davanın reddi doğru olup hükmün onanması gerekir. Doktrinde intifa hakkının bütün iktisadi faydaları kapsayacağı bu nedenle ilave katın dahi bu kapsama gireceğini düşünenler olduğu gibi<sup>22</sup> aksini savunanlar da vardır. İntifa hakkının konusunu oluşturan malın tamamen yok olması halinde malik malı yararlanacak hale getirmekle yükümlü olmamakla birlikte getirirse intifa hakkının yeniden korunması ile ilave kat eklenmesi farklı şeylerdir<sup>23</sup>. Kanaatimizce de intifa hakkı sahibinin kullanma ve yararlanma hakkına zarar verilmedikçe ilave şeylerden yararlanma hakkı malike ait olmalıdır. Aksi başlangıçta ne ile sınırlı olduğu açıkça belirtilen intifa hakkının sebepsiz biçimde genişletilmesine yol açar.

İntifa hakkı, hak sahibine intifa konusu malın ürünleri ve gelirlerini elde etme yetkisi tanır. Bu ürünler doğal ürünler ve hukuki ürünler olabilir.

<sup>20</sup> Y 4HD T. 22.4.1964. E. 9632. K. 2329. Şener. Türk Medeni Kanunu 2.Cilt. 3.Baskı. Ankara. 1988.

<sup>21</sup> Y 4HD T. 14.12.1965. E. 6233. K. 7322 Kazancı Bilişim Otomasyon.

<sup>22</sup> Köprülü/Kaneti, s.134; karşı görüş için Gürsoy/Eren/Cansel, s.818.

<sup>23</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, s.818.

Eşyadan yararlanma o malın doğal ürünlerini elde etmek yetkisini kapsar. Doğal ürünler Medeni Kanunun 685. maddesine göre dönemsel olarak elde edilen mamuller ile o şeyin öngörülen amacına göre adetlerin o şeyden elde edilmelerini uygun gördüğü mamullerdir<sup>24</sup>. Doğal ürünler asıl şeyden ayrılınca kadar asıl şeyin bütünleyici parçasıdır ve asıl şey malikinin mülkiyetine tabi olur (MK m.684-685). Oysa Medeni Kanunun 804. maddesi 1. fıkrası intifa hakkı süresi içinde olgunlaşan doğal ürünlerin intifa hakkı sahibine ait olacağını söylemektedir. Bu maddenin Medeni Kanunun 685.maddesine istisna teşkil edip etmediği tartışma konusudur. Doktrinde bir kısım Medeni Kanunun 804. maddesinin “teferru” ilkesine bir istisna getirmiş olduğunu ve intifa hakkı sahibinin mülkiyet hakkını yasa gereği olgunlaşma anında kendiliğinden kazandığını savunmaktadır<sup>25</sup>. Hakim görüş ise intifa hakkı sahibinin doğal ürünler üzerinde sahip olduğu hakkın “teferru” ilkesine bir istisna getirmediğini, doğal ürünlerin sırf olgunlaşmakla sahibinin mülkiyetinden çıkıp intifa hakkı sahibinin mülkiyetine geçmeyeceğini intifa süresi içinde olgunlaşan ancak intifa konusu taşınmazdan henüz ayrılmayan doğal ürünler üzerinde intifa hakkı sahibinin bu ürünlerin ayrılıp bağımsızlaştırılmasına yönelik ve aynı nitelikte bir talep hakkı kazanacağını savunmaktadır<sup>26</sup>. Asıl şeyden ayrılmakla intifa hakkı sahibinin doğal ürünler üzerinde mülkiyeti kazanacağını düşünenler olmakla birlikte bunun için zilyetliğin devrinin şart olduğunu savunanlar da vardır.

İntifa hakkının başladığı andan önce olgunlaşmış bulunan doğal ürünler intifa hakkı başladıktan sonra koparılsa bile malike aittir. Doğal ürünler intifa hakkı kurulmadan önce malik tarafından ekilmekle birlikte intifa hakkı süresinde olgunlaşmış iseler bunlar intifa hakkı sahibine aittir ancak intifa hakkı sahibinden malik bu ürünler için yaptığı giderler karşılığında uygun bir tazminat isteyebilir. İntifa hakkının devam süresi içinde olgunlaşmış olan fakat intifa hakkının sona ermesinden sonra koparılan doğal ürünler de intifa hakkı sahibine aittir. İntifa hakkı sahibinin bunlar üzerinde aynı sonuçlu talep hakkı vardır, bu ürünler malikin elinde olsa bile intifa hakkı sahibinin borcu için haczedilebilir. İntifa hakkı sahibinin iflası halinde bu ürünler iflas masasına dahil edilir. İntifa hakkı son bulup da hak konusu şey malike iade edildikten sonra malik iflas etmiş olsa intifa hakkı sahibi hakkının devam ettiği sırada olgunlaşmış bulunan doğal ürünleri, malikin iflas masasından çekip alabilir. Bu ürünler taşınmaz maliki tarafından toplanırsa intifa hakkı sahibi istihkak talebiyle bunları isteyebilir. Taşınmaz maliki topladığı bu ürünleri üçüncü kişilere devrederse üçüncü kişilerin iyiniyetli aynı hak iktisap etmeleri saklı kalmak üzere intifa hakkı sahibi istihkak talebini üçüncü kişilere de yöneltebilir<sup>27</sup>. İntifa hakkının devam süresi içinde yetişmekte olup hakkın sona ermesinden sonra olgunlaşan ürün-

<sup>24</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.640.

<sup>25</sup> Özen, İntifa Konusu Taşınmazdan Elde Edilen Doğal Ürünler, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-2, Erzincan 2003, s.676.

<sup>26</sup> Özen, s.671; Köprülü/Kaneti, s.134-135; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.641; Ayan, s.55; Akipek, s.88; Gürsoy/Eren/Cansel, s.866.

<sup>27</sup> Özen, s.678; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.641; Gürsoy/Eren/Cansel, s.866; Köprülü / Kaneti, s.135; Ayan, s.55; Akipek, s.88.

ler ise malike aittir. Ancak burada da intifa hakkı sahibi yetişmekte olan ürünler için yaptığı giderlerin karşılığı olarak bir tazminat isteyebilecektir. Bu tazminat ise ürünün değerini aşamaz<sup>28</sup>.

İntifa hakkı sahibi ürünleri elde etmek için normali aşan bir ölçüde eşyanın zarar görmesine veya değerinden kaybetmesine sebep olmamalı ve yararlanmanın olağan sınırlar içinde kalması hususunda gerekli özeni göstermelidir<sup>29</sup> (MK m.816/2). İntifa hakkı sahibinin intifa hakkının sınırlarını aşarak elde ettiği ürünler üzerinde malik istihkak iddiasında bulunabilir, ürünler yok olmuş ise zararın tazminini talep edebilir.

Yine doğal ürün kapsamına girmeyen bütünleyici parça intifa hakkı sahibine ait olmaz, bunlar malike aittir; örneğin bahçe olarak kullanılan taşınmazdan sökülen ağaçlar yıkılan evin enkazı malike aittir<sup>30</sup>.

İntifa hakkı sahibinin yararlanma hakkı doğal ürünlerden başka hukuki ürünleri de kapsamına alır. İntifa konusu eşya ise eşyadan elde edilen dönemsel edimler 'hukuki ürün', 'medeni ürün', 'dolayısıyla ürün' olarak adlandırılır. Örneğin bir binanın kiraya verilmesiyle elde edilen kira bedeli, faizler, temettüleri hukuki ürünlerdir<sup>31</sup>. Tasarruf mevduatına isabet eden banka ikramiyesi ise hukuki ürün olarak intifa hakkı sahibine ait olamaz. Yargıtay'ın 7.2.1968 tarih 1966/18 esas 1968/2 karar sayılı içtihadı birleştirme kararında banka mevduatına çıkan ikramiyenin intifa hakkı sahibine ait olamayacağı belirtilmiştir. İkramiye intifa hakkı konusunun genişletilmesi çoğalmasa sayılacağından intifa konusu anaparaya dahil olup; intifa hakkı kapsamına girer. Yani ikramiyenin kuru mülkiyeti anapara sahibine ait olmakla birlikte intifa hakkı ikramiyeye de geçer<sup>32</sup>. İntifa hakkına konu olan hukuki ürünler daha geç muaccel olsalar bile intifa hakkının başladığı tarihten sona erdiği tarihe kadar intifa sahibine ait olur (MK m.805).

İntifa hakkı sahibinin malı yönetmesi ise onun açısından hem bir hak hem de yükümlülüktür (MK m.803). İntifa hakkı sahibi malın yönetimiyle ilgili bütün işlemleri yapabilir. Bunun için malikin rızasına ihtiyacı yoktur. Hatta malı bizzat yönetebileceği gibi malın yönetimini bir başkasına da bırakabilir<sup>33</sup>. Ancak bu yönetim hakkını kullanırken intifa hakkı sahibi dürüstlük kuralına uygun davranmalı, malın ekonomik özgülenme amacına aykırı hareket etmemelidir.

İntifa hakkı sahibinin hakkın konusunu oluşturan şeylerin defterinin tutulmasını talep etme yetkisi de vardır. Defter tutulması talebi hakkın kurulduğu anda yahut devamı esnasında yapılabilir. Bu yetkinin önemi kendisini malların geri verilmesi

<sup>28</sup> Köprülü/Kaneti, s.135.

<sup>29</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.641.

<sup>30</sup> Köprülü/Kaneti, s.135.

<sup>31</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.642.

<sup>32</sup> Köprülü/Kaneti, s.136; Doğanay, Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin Üzerinde İntifa Hakkı Bulunan Banka Tasarruf Hesabına Çıkan İkramiyelerin Kime Ait Olacağı İle İlgili 12.06.1965 Gün, 963/15220 Esas, Karar 3092 Sayılı ve 19.12.1966 Gün, Esas 965/8848, Karar 1083 sayılı Kararlarının Tahlili, Ankara Barosu Dergisi, 1968 Yıl 25. Sayı 1; Gürsoy/Eren/Cansel, s.838-839; Ayan, s.56; Akipek, s.89.

<sup>33</sup> Akipek, s.103; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.643; Köprülü/Kaneti, s.137; Gürsoy/Eren/Cansel, s.868.

anında gösterir. İntifa hakkı sona erdiği anda taşınmazın malike iadesi sırasında malın hangi halde iade edileceği hususunda sorun çıkması tutulan defter ile önlenmiş olur. İntifa hakkı sahibi malikin alacaklılarına karşı da böylece korunmuş olur<sup>34</sup>. Defter tutulmasına ilişkin masrafları malik ve hak sahibi birlikte karşılarlar. Deftere resmiyeti noter verir (Not. Kan. m.60/2), malik resmi defter tutulması talebine muvafakat etmezse intifa hakkı sahibi mahkemeye başvurarak resmi defterin mahkemece düzenlenmesini sağlayabilir<sup>35</sup>. Resmi nitelikte olan bu defter Medeni Kanununun 7. maddesinde yer alan resmi belgelere tanınan doğruluk karinesinden yararlanır<sup>36</sup>. Tarafların resmi biçimde tutmadığı defter ise ancak adi yazılı belge hükmünde olur.

İntifa hakkı kişisel irtifaklardan olduğu için başkasına devredilemez, üzerinde sınırlı bir ayni hak kurulamaz ve mirasçıya geçmez. Ancak intifa hakkı değil ama hakkın kullanılması başkasına devredilebilir. Bu bağlamda intifa hakkı sahibinin sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılıyorsa intifa hakkının kullanılmasını başkasına devir yetkisi vardır (MK m.806). Örneğin A ya ait taşınmaz üzerinde B lehine kurulan bir intifa hakkı mevcuttur ve B bu hakkın kullanımını C ile aralarında bir kira sözleşmesi yaparak C ye bırakabilir. Bu halde C nin sadece kullanma hakkını devreden B ye karşı kişisel bir talep hakkı vardır. C, A ya karşı bir hak kazanmamıştır ve A ile aralarında bir hukuki ilişki yoktur. İntifa hakkının kullanımının devri karşılıklı yahut karşılıksız olabilir. İntifa hakkı sahibinin hakkın kullanımını üçüncü şahsa devredebilmesi için aksine sözleşme olmadıkça malikten izin alması gerekmez. Ancak intifa hakkı sahibi, kullanımı devrettiği üçüncü kişinin intifa hakkı sözleşmesine aykırı düşen fiil ve davranışlarından malike karşı bizzat kendisi yapmış gibi sorumludur<sup>37</sup>. İntifa hakkının kullanımının devri halinde malik haklarını doğrudan doğruya devralan kişiye karşı da ileri sürebilir (MK m.806/2).

İntifa hakkı başkasına devredilemeyeceğinden haciz de edilemez ancak İİK m.83'te intifa hakkı konusu sebebiyle elde edilen ürünlerin haczedilebileceği düzenlenmiştir.

### **B-Oturma Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkiler**

Oturma hakkı hak sahibine, bir binanın tümünde veya bir bölümünde, tek başına veya malikle birlikte oturma, orayı konut olarak kullanma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır<sup>38</sup>. Oturma hakkı şahsa bağlı bir irtifak hakkı olduğu için başkasına devredilemez ve mirasçılara geçemez. Oturma hakkı şahsen kullanılması gerektiğinden ancak gerçek kişiler lehine kurulabilir, tüzel kişiler lehine bu hak kurulamaz.

Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça intifa hakkına ilişkin hükümler oturma hakkına da uygulanır (MK m.823/3). Böyle olmakla birlikte intifa hakkı ile oturma

<sup>34</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.643.

<sup>35</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.644; Gürsoy/Eren/Cansel. s.868; Köprülü/Kaneti, s.133.

<sup>36</sup> Köprülü/Kaneti, s.133.

<sup>37</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, s.871.

<sup>38</sup> Tanım için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.655; Ayan, s.68; Gürsoy/Eren/Cansel. s.884-885; Köprülü/Kaneti, s.152; Saymen/Elbir, s.534; Akipek, s.116.

hakkı pek çok bakımdan birbirinden ayrılır. Zira intifa hakkı kişiye kullanma yararlanma yetkilerini verirken oturma hakkı sadece kullanma yetkisi verir, kullanmayı da ancak konut olarak kullanma şeklinde sınırlandırır. İntifa hakkı bakımından, aksine hüküm bulunmadıkça hakkın kullanımı devredilebilirken oturma hakkında böyle bir devir dahi mümkün değildir. Yine intifa hakkı gerçek veya tüzel kişiler lehine kurulabilir, oysa oturma hakkı ancak gerçek kişiler lehine kurulabilir. İntifa hakkının kurulacağı taşınmaz bir arsa dahi olabilirken oturma hakkının kurulabilmesi için konut olarak yararlanılabilecek bir bina olmalıdır<sup>39</sup>. Tapuya bağımsız ve süreklilikli hak olarak kaydedilen üst hakkı ve kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler üzerinde de oturma hakkı kurulabilir<sup>40</sup>. Müşterek "mülkiyet payı" üzerinde ise bu hak kurulamaz<sup>41</sup>.

Oturma hakkı üç farklı biçimde kurulabilir. Münhasır oturma hakkında hak sahibi tek başına oturma yetkisine sahipken, müşterek oturma hakkında malikle veya 3. kişilerle birlikte oturmak suretiyle bu yetkiyi kullanır. Karışık oturma hakkında ise hak sahibi bu yetkisini binanın bir bölümünde bağımsız olarak kullanırken bazı bölümlerinde malik veya 3. kişi ile birlikte kullanır<sup>42</sup>.

Oturma hakkı elbette yabancı kişiler bakımından kira sözleşmesine nazaran daha avantajlı olacaktır. Çünkü kira sözleşmesi ancak şahsi nitelikte bir talep hakkı verirken oturma hakkı aynı nitelikte bir talep hakkı tanyacaktır<sup>43</sup>. Ancak söz konusu yabancı gerçek kişi ekonomik bir faaliyette bulunmak üzere bu haktan faydalanamayacaktır. Çünkü oturma hakkı yalnız konut olarak o yeri kullanma yetkisi verir, işyeri olarak kullanma yetkisi vermez.

Oturma hakkının kapsamı genel olarak hak sahibinin kişisel ihtiyaçlarına göre belirlenir (MK m.824/1). Hak sahibinin kişisel ihtiyaçları azalıp çoğalabilir. Bu durumda hakkın kapsamı buna göre daralacak veya genişleyecektir. Örneğin hak sahibinin ihtiyaçları hastalık nedeniyle artmışsa oturma hakkının kapsamı buna göre genişleyecektir<sup>44</sup>.

Oturma hakkı sahibi, hakkın şahsına özgü olduğu açıkça belirtilmedikçe bina veya onun bir bölümünde ailesi ve ev halkı ile birlikte oturabilir (MK m.824/2). Buradaki ev halkı kapsamına hizmet ve bakım işlemini gören personel girmektedir<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> Akipek, s.118; Ayan, s.69; ancak bu konuda karşı görüş olarak Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, oturma hakkının henüz inşa edilmemiş olmakla beraber üzerinde bir bina inşa edileceği muhakkak olan bir taşınmaz üzerinde de kullanılabilmesini savunmaktadır bkz. s.656; kanaatimizce oturma hakkından kanunda dahi çok açık biçimde bir binadan veya onun bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi şeklinde bahsedildiğinden üzerinde bina inşa edileceği muhakkak olan bir taşınmazda da bu hakkın tesis edileceğini düşünmek mümkün değildir.

<sup>40</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.656; Ayan, s.69; Akipek, s.118-119; Gürsoy/Eren/Cansel, s.883.

<sup>41</sup> Akipek, s.119; Gürsoy/Eren/Cansel, s.888.

<sup>42</sup> Akipek, s.117-118; Ayan, s.69; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.656; Gürsoy/Eren/Cansel, s.882; Köprülü/Kaneti, s.153.

<sup>43</sup> Gürsoy/Eren/Cansel, s.885; Saymen/Elbir, s.534.

<sup>44</sup> Köprülü/Kaneti, s.155.

<sup>45</sup> Akipek, s.117; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.658; Köprülü/Kaneti, s.155; Gürsoy /Eren /Cansel, s.887.



Binanın bir bölümü üzerinde oturma hakkına sahip olan kimse ise ortaklaşa kullanmaya özgülenen yerlerden de yararlanabilir (MK m.824/3). Merdivenler, tuvalet, mahzen vs. ortak kullanmaya özgülenen yerler arasına girer<sup>46</sup>.

Malik oturma hakkı sahibinin binada oturmasına katlanmak ve bu sebeple oturma hakkı sahibinin yararlanmasını güçleştirecek davranışlardan kaçınmak zorundadır<sup>47</sup>.

Oturma hakkı sahibi dolaysız feri zilyettir<sup>48</sup>. Dolayısıyla oturma hakkı sahibi zilyetliğin korunması yollarına başvurma yetkisine sahiptir<sup>49</sup>. İstihkak ve elatmanın önlenmesi davası açabilme bakımından ise oturma hakkı sahibinin tıpkı intifa hakkı sahibi durumunda olduğunu düşünüyor, bu konudaki tartışmaya burada değinmiyoruz.

### C-Üst Hakkının Hak Sahibine Verdiği Yetkiler

Üst hakkı başkasına ait bir taşınmazda inşaat yapmak ya da orada zaten var olan bir inşaatı alıkoymak ve bu inşaatların maliki olmak yetkisini veren sınırlı bir ayni haktır<sup>50</sup>.

Üst hakkının bir kimseye başkasının arazisinde inşaat yapıp yapıya bir süre malik olmak imkanı vermesi yaşadığımız çağda büyük önem taşımaktadır<sup>51</sup>. İnşaat için gerekli sermayeye sahip olmakla birlikte arsayı satın almaya mali kaynak bulamayan veya böyle kaynağa sahip olsa bile bunu arsa bedeline ayırmak istemeyen bir kişi, arsayı satın alarak onun bedelini peşinen ödemek yerine arsa üzerinde kendisinin malik olacağı bir inşaat yapar yahut halen mevcut bir inşaatın maliki olur. Bu ekonomik açıdan üst sahibi lehinedir<sup>52</sup>.

Üst hakkı sosyal konut ihtiyacının karşılanmasında devlet, belediye ve kooperatif aralarını elden çıkaracak yerde bu aralarda süreyle üst hakkı tanınması yapı spekülasyonunu ve "arazi bezirganlığını" önlemek ve değerindeki artıştan yer maliki, devlet, belediye ve kooperatiflerin yararlanmasını sağlamak, bu tüzel kişilere yapı türünde etkili olmayı mümkün kılmak gibi birçok yararlar sağlayan hukuki çaredir<sup>53</sup>. Üst hakkının bu önemini ve yararlarını üst hakkı ile ülkemize kazandırılan tesislerden birini örnek vererek tamamlamak yerinde olur. Belek Turizm Merkezi bu noktada iyi bir örnektir. Bugün o yörede dış kaynaklı turizm gelirlerinin büyük kıs-

<sup>46</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.658; Akipek, s.117; Köprülü/Kaneti, s.156.

<sup>47</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.657; Köprülü/Kaneti, s.156; Akipek, s.117.

<sup>48</sup> Akipek, s.117; Ayan, s.71.

<sup>49</sup> Ayan, s.71.

<sup>50</sup> Akipek, Üst Hakkı Kavramı ve Bu Hakkın Muhtevası, Medeni Kanununun 50. yılı Ankara, 1977 s.229. Farklı tanımlar için bkz. Köprülü/Kaneti, s.150; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.659; Gürsoy/Eren/Cansel, s.891; Ünal, Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara, 1988 s.49 vd.; Aral, İnşaat (Üst) Hakkı MK 652,751, İstanbul, 1962 s.1.

<sup>51</sup> Ünal, s.6 vd; Gürzumar, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil, 2.Baskı, İstanbul, 2001 s.23 vd; Köprülü/Kaneti, s.160; Akipek, s.233-238.

<sup>52</sup> Akipek, s.234.

<sup>53</sup> Kocayusuflupaşaoğlu, İnceleme. Sungurbey İsmet. Medeni Kanun Öntasarısının Nesnel Hukuku Eleştirisi, İstanbul, 1972, s.331.

mını sağlamakla yarattığı istihdam gücünün yanında yapılanmanın olduğu ormanlık alanda arazinin sahiplenilmesi sayesinde orman yangınına dahi rastlanmamaktadır<sup>54</sup>.

Üst hakkına ilişkin olarak konumuzla bağlantılı biçimde kısa bir bilgi vermek gerekirse üst hakkı gerçek bir kişi lehine yahut tüzel bir kişi lehine kurulabilir. Üst hakkı bağımsız bir üst hakkı olarak yahut şahsa bağlı olarak kurulabilir. Üst hakkının bağımsızlık niteliği hakkın eşyaya ve münhasıran belli bir şahsa bağlanmamış olması halinde söz konusudur. Üst hakkı, sahipliği diğer bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına sahip olmaya bağlanmamış böylece bu hakkın hukuki akıbeti diğer bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının akıbetine tabi değil ise ve bu hak başkasına devredilebiliyor ve mirasçıya geçebiliyorsa bağımsızdır<sup>55</sup>. Üst hakkı belli bir kişi lehine kuruldu ise devredilemiyor ve mirasçılara geçemiyor ise bağımsız bir hak değildir, şahsa bağlı haktır. Bu hak en fazla hak sahibinin ömrü boyunca kurulabilir<sup>56</sup>.

Üst hakkı aksine sözleşme bulunmadıkça başkalarına devredilebilir ve miras yoluyla geçebilir (MK m.826/2). Bağımsız olan üst hakkı en çok yüz yıllık bir süre için kurulabilir (MK m.836/1). Yüz yıllık süre ön görülen şekle uyularak azami bir yüz yıl daha uzatılabilir. Ancak bu uzatma üst hakkı için ön görülen sürenin dörtte üçü dolduktan sonra talep edilebilir. Süreyi uzatmaya ilişkin olarak önceden yapılan taahhütler geçersizdir (MK m.836/2).

Üst hakkının süreklilik niteliğine sahip olabilmesi için en az otuz yıllık süre için kurulmuş olması gerekmektedir ( m.826/3).

Üst hakkı bağımsız ve sürekli nitelikte kurulmuş ise tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir. Tapuya kaydedilen üst hakkı böylece bir taşınmaz eşya niteliğini kazanmaz ancak taşınmaz olarak işlem görür<sup>57</sup>. Yani taşınmaz mülkiyeti kapsamına ilişkin hükümler tapuya kaydedilen üst hakkının mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanır. Üst hakkının bağımsız bir sayfaya kaydı yükümlü taşınmaz malikinin ve bunun üzerindeki diğer sınırlı ayni hak sahiplerinin hukuki durumunu etkilemez<sup>58</sup>. Tapuya yapılan kaydın sonucunda ise üst hakkının el değiştirmesi artık taşınmaz mülkiyetinin devri hükümlerine tabi olur. Böylece üst hakkının devri tapu memuru tarafından resmi biçimde yapılmalıdır<sup>59</sup>. Tapu kütüğüne kaydedilen bağımsız ve sürekli üst hakkı bir taşınmaz gibi niteliğine uygun düştüğü ölçüde intifa, oturma gibi sınırlı ayni haklara ve şerhlere konu olabilir. Hatta üst hakkı sahibi sahip olduğu bu hak üzerinde tekrar bir başka üst hakkı dahi kurabilir<sup>60</sup>. Tapuya kay-

<sup>54</sup> Belen, Bağımsız Üst Hakkının Tasarruf sınırlamalarına Konu Olmasının Hüküm ve Sonuçları, Vecdi Aral'a Armağan, Kocaeli, 2001 s.371.

<sup>55</sup> Gürzumar, s.37.

<sup>56</sup> Gürzumar, s.53.

<sup>57</sup> Gürzumar, s.63; Kuntalp, Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/4, s.548; Ünal, s.138 vd.

<sup>58</sup> Kuntalp, s.548.

<sup>59</sup> Kuntalp, s.549.

<sup>60</sup> Kuntalp, s.549; Ünal, s.139; Gürzumar, s.61; Köprülü/Kaneti, s.167; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s.664; Aral, s.57-60.

dedilen bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı taşınmaz rehnine de konu olabilir<sup>61</sup>. Ancak tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilmiş bağımsız ve sürekli üst hakkı Kat Mülkiyeti Kanunu anlamında bir ana gayrimenkul sayılmaz ve böylece de kat mülkiyetine konu olamaz. Bağımsız olmakla birlikte tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilmemiş olan üst hakkının devredilebilir, rehnedilebileceği hususunda tartışma vardır. Bir kısım yazar ayrı sayfaya yazılmamış olan üst hakkı üzerinde tasarrufla bulunulamayacağını savunmaktadır. İkinci görüş ise bu tür üst hakkının devrinin mümkün olduğunu ancak rehnedilemeyeceğini savunmaktadır. Baskın görüş ise bu tip üst hakkının da her türlü tasarrufa konu olabileceğini savunmaktadır. Bu görüşün gerekçesi başkasına devredilebilen alacaklar ve haklar rehnedilebilir şeklindeki Medeni Kanunun 954. maddesidir. Bu hükme kanunda yazılmamış bir istisna getirilemeyeceğini, tapu kütüğü dışında da bunlar üzerinde sınırlı aynı hak kurulabileceğini, bu durumu sicile yansıtmada ise kanunda olan boşluğun tapu kütüğünün düşünceler sütununa yazılmak suretiyle doldurulabileceğini savunmaktadırlar. Bu hakkın devrinin ve rehninin alacak ve hakların temlik ve devrine ilişkin kurallara göre olacağını belirtirler (BK m.162 MK m.954)<sup>62</sup>.

Üst hakkı evvela konusu olan araziyi belirli biçimde kullanma ve ondan yararlanma yetkisi verir. Belirli biçimde kullanma arazide inşaat ve imalat yapmak belirli biçimde yararlanma da orada zaten var olan inşaat ve imalatı muhafaza etmektir. Üst hakkı bütün öbür irtifak haklarından ve özellikle taşınmaza bağlı olanlardan içeriğinin çok geniş kapsamlı olmasıyla ayrılır. Bu hak, sahibine arazi üzerinde çok geniş imkanlar verir. Hak sahibine taşınmazın maliki olma yetkisi de verdiği için bu geniş kapsamlı içeriğiyle mülkiyet hakkına çok yaklaşıyor. Bu nedenle üst hakkı konusu olan taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını da çok daha fazla kısıtlar. Bağımsız ve sürekli üst hakkında ve inşaatın taşınmazın belli bir bölümünde yapılacağı öngörülmeden kurulan üst haklarında malike sadece taşınmazın kuru mülkiyeti kalır<sup>63</sup>.

Üst hakkının kanuni zorunlu kapsamı iki yetkiden oluşur<sup>64</sup>. Bunlardan biri inşaat yapma veya mevcut inşaatı alıkoyma yetkisi diğeri ise inşaat üzerinde mülkiyet hakkına sahip olma yetkisidir. İnşaat yapmak malik için bir yükümlülük değil haktır ancak bu hakkı kullanma süresi Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına uygun olmalıdır. Üst hakkı yüklü taşınmazın tamamı üzerinde kurulmuş olabilir. Ancak üst hakkı sahibi inşaatı onun sadece belli bir kısmı üzerinde yahut yalnız üstünde veya altında yapabilir.<sup>65</sup>

<sup>61</sup> Kuntalp, s.550; Gürzumar, s.61.

<sup>62</sup> Gürzumar, s.40-42; Köprülü/Kaneti, s.167-171; Gürsoy/Eren/Cansel, s.895.

Bağımsız üst hakkının tasarruf sınırlamalarına konu olup olamayacağı noktasında yapılan tartışmalar bu makalenin boyutlarını aşmaktadır. Bu hususta tarafların karşılıklı çıkarları ve üst hakkı kurma amacıyla bağdaşabilir ölçüde ve çerçevede üst hakkının bağımsızlık niteliğini ve bu niteliğe tanınan işlevi ortadan kaldırmayacak şekilde tasarruf sınırlaması yapılabileceği görüşüne ( Kuntalp, s.539; Gürzumar, s.543; Aral, s.51; Köprülü/Kaneti, s.170-171) katıldığımızı belirtmekle yetiniyoruz. Tartışmalar için bkz. Belen.

<sup>63</sup> Akipek, s.247-248; Ünal, s.100.

<sup>64</sup> Akipek, s.250; Ünal, s.97 vd; Gürzumar, s.108 vd.

<sup>65</sup> Ünal, s.99; Akipek, s. 252.

Yabancı kişi bakımından üst hakkının tesis edileceği alandaki arazilerin farklı farklı kişilere ait olması hali sorun yaratacaktır. Zira birden çok taşınmaz üzerinde tek bir üst hakkının kurulup kurulamayacağı tartışmalıdır<sup>66</sup>.

İnşaat yapma yetkisini geniş anlamda anlayarak bunun içine imalatı da dahil etmek gerekir<sup>67</sup>. Üst hakkı sahibinin inşaat yapma yetkisi ona taşınmazdan yararlanma yetkisini sunar ancak bunu hak sahibi sadece inşaat yaparak kullanacaktır. Örneğin, yalnız ziraat yaparak veya oradan arabasıyla geçerek yararlanma bu kapsama girmez<sup>68</sup>. İnşaat yapma yetkisinin kullanılabilmesi için yüklü taşınmazın inşaat yapmaya elverişli olması gereklidir. Malik de üst hakkı sahibinin inşaat yapmasına veya var olan inşaatı alkoymasına katlanmak ve hatta orada ikinci bir inşaat yapmaktan kaçınmakla yükümlüdür<sup>69</sup>.

Hak sahibine tanınan zorunlu ikinci yetki ise inşaatın maliki olma yetkisidir. Bu yetki kanundan kaynaklandığından varlığı üst hakkı sahibinin iradesine bağlı değildir. İnşaat hak kurulurken var ise mülkiyet üst hakkının kütüğe tescili anında kanundan ötürü kendiliğinden her hangi bir işleme gerek olmadan üst hakkı sahibine geçer. İnşaat sonradan yapılırsa yapılaşma başlanmasıyla üst hakkı sahibinin mülkiyetine girer<sup>70</sup>.

Üst hakkı sahibinin inşaat üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkının niteliğine ilişkin üç farklı görüş vardır. Birincisi bunun bir taşınmaz mülkiyeti olduğunu, ikincisi taşınır mülkiyeti olduğunu, hakim görüş ise kendine özgü bir taşınmaz mülkiyeti olduğunu savunmaktadır<sup>71</sup>. Üst hakkında konusu ve sahipleri farklı iki mülkiyet vardır. Bunlardan biri malikin yüklü taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı, diğeri ise üst hakkı sahibinin inşaat üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Her iki mülkiyet hakkı arasında doğrudan doğruya bağ mevcut değildir. Bu durum taşınmaz hukukuna ait olan birleşme ilkesinin istisnalarından biridir<sup>72</sup>. Bu mülkiyet hakkı üst hakkı sahibine inşaat veya imalat üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisi verir. Ancak üst hakkı sahibinin inşaat üzerindeki tasarruf yetkisi üst hakkından ayrı olarak kullanılamaz. Üst hakkı sahibi mevcut inşaatı yıkıp yeniden kurabilir. Onun içinde ve üzerinde dilediği değişiklikleri yapabilir. İnşaatı devir ve temlik edebilir, rehnedebilir ve başkalarına kiraya verebilir, yani kanun dairesinde dilediği şekilde kullanıp yararlanabilir<sup>73</sup>. Üst hakkı sahibi mülkiyeti koruyucu yetkilerden de yararlanır, yani istihkak ve elatmanın önlenmesi davası açabilir. Ayrıca malik olarak zilyetliğin korunması, alacak ve ceza davalarından da yararlanabilir<sup>74</sup>. Daha önce belirttiğimiz üzere üst hakkı sahibi bu hakkını devredebilir ve mirasçılara geçirebilir.

<sup>66</sup> Tartışma için bkz. Gürzumar, s.103 vd. yazar böyle bir üst hakkı kurulamayacağı görüşündedir.

<sup>67</sup> Akipek, s.252; Gürzumar, s.110.

<sup>68</sup> Ünal, s.99.

<sup>69</sup> Ünal, s.10.1

<sup>70</sup> Akipek, s.253-254; Ünal, s.111.

<sup>71</sup> Tartışma için bkz. Ünal, s.106-111; Akipek, s.254.

<sup>72</sup> Ünal, s.103-104.

<sup>73</sup> Ünal, s.103.

<sup>74</sup> Ünal, s.103; Gürzumar, s.121.

Kanunda tanınan yetkilerden başka taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile de üst hakkı sahibine bazı yetkileri tanıyabilirler. Üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak resmi senette yer alan özellikle yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülenme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme kayıtları herkes için bağlayıcıdır (MK m.827). Üst hakkına ilişkin olarak sözleşmede yer alan hükümler üst hakkı sahibinin inşaat yapma yetkisine ilişkin olabilir. İnşaatın yapılış biçimine, tahsis gayesine, yüksekliğine, malzemenin çeşidine, yapılış süresine ve yapılış yerine ilişkin hükümler gibi<sup>75</sup>. Bu hükümler sayesinde üst hakkı sahibinin üst hakkı sahibinin inşaat yapma yetkisi ve inşaatı dilediği gibi kullanma yetkisi sınırlandırılabilceği gibi genişletilebilir.

Taraflar sözleşmede üst hakkının sona ermesi halinde inşaatın akibetini belirleyen hükümlere de yer verebilirler. İnşaatın arazi malikine ait olacağı, bunun belli bedel karşılığı olacağı gibi. Sözleşmede üst hakkının süresine ilişkin, bedele ilişkin hükümler bulunabilir. Üst hakkının devredilebilip, mirasçılara geçmesine dair sınırlayıcı veya bunları tamamen ortadan kaldıracı hükümlere de sözleşmede yer verilebilir<sup>76</sup>.

Üst hakkı sahibi bu haktan doğan yetkileri ağır şekilde aşar veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranırsa, malik, üst hakkının ona bağlı bütün hak ve yükümlülükleri ile birlikte süresinden önce kendine devrini isteyebilir (MK m.831). Bu hükmü üst hakkı sahibinin aleyhine bir hüküm gibi görmek gerekir. Zira malikin üst hakkının süresinden önce devrini isteyebilmesi için ya yetkiler ağır şekilde aşılmış olmalıdır ya da sözleşme hükümlerine önemli ölçüde aykırı davranılmış olmalıdır. Kaldı ki bu halde bile malikin Medeni Kanunun 831. maddesinde yer alan şartların gerçekleştiğini öğrendikten sonra somut olayın koşullarına göre mümkün olan en kısa zamanda bu hükümdeki olanağı kullanacağını karşı tarafa açıklaması gerekir. Zira malik bu hakkını Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralı gereğince uygun süre içinde kullanmalıdır<sup>77</sup>.

Üst hakkının sona ermesi halinde kendisine kalan yapılar için arazi maliki bir bedel ödemez. Ancak taraflar sözleşme ile aksini kararlaştırabilirler. Tarafların bedel ödenmesini kararlaştırdıkları durumlarda bu bedelin miktarı ve hesaplanış biçimi de belirtilmelidir (MK m.829).

#### **IV- Yabancıların Taşınmaz Edinimine İlişkin Farklı Ülkelerden Örnekler**

Dünya ülkeleri incelendiğinde genellikle yabancıların taşınmazlar üzerinde hak ediniminde sınırlama yoluna gidildiği görülmektedir. Bu ülkelerden bir kısmında konun düzenleniş biçimine yer vermeye çalışacağız.

İsrail'de toplam toprak arazisinin yaklaşık %93'ü devletin yahut yarı devlet kuruluşların mülkiyetindedir. Ayrıca Anayasanın 1. maddesinde İsrail toprakları için şu koşul konulmuştur; İsrail topraklarının mülkiyeti... satış yahut başka herhangi bir şekilde devredilemez. Anayasada tanımlandığı şekliyle İsrail toprakları (1960) şu üç

<sup>75</sup> Akipek, s.260.

<sup>76</sup> Akipek, s.261.

<sup>77</sup> Gürzumar, s.149-150.

kurumun mülkiyetinde bulunan topraklardan müteşekkildir. İsrail Devleti, Ulusal Yahudi Fonu(JNF) ve Kalkınma Kurumu. Bu sebeple İsrail’de yabancıların toprak edinebilmesi yok denecek kadar az bir alan için söz konusu olabilir<sup>78</sup>.

Meksika’da kural olarak yabancı gerçek kişiler taşınmaz edinebilmekle birlikte taşınmaz edinimi bakımından yasak bölgeler vardır ve buralarda doğrudan mülkiyet edinilemez yabancıların bu bölgelerdeki taşınmaz üzerinde doğrudan mülkiyet edinmemelerine karşın çeşitli işlemlerle başka haklar edinebilmeleri mümkündür. Örneğin taşınmaz ediniminin yasak olduğu bölgelerde ikamet amaçlı edinilmek isteniyorsa yabancı gerçek kişiler yahut şirketler ile %51 ya da daha yüksek oranda yabancı hisseli Meksika şirketleri vakıf aracılığı ile taşınmazlar üzerinde kullanma ve yararlanma hakkı edinebilirler. Yine genel kural olarak yabancı bir şirket Meksika’da tarım, hayvancılık ve ormancılık amacıyla taşınmaz mülkiyeti edinemez, bu faaliyetleri yapmak isteyen yabancıya kiralama yoluna gitmesi önerilmektedir<sup>79</sup>.

Trinidad Tobago’da 1990 Yabancı Yatırım Yasası ödemelerin bankalar ve kanunun yetkili kıldığı kuruluşlar aracılığıyla, uluslar arası geçerliliği bulunan dövizler aracılığıyla yapılması şartıyla yabancı gerçek ve tüzel kişilerin ikamet amaçlı 1 ar ve ticari amaçlı olarak 5 ara kadar taşınmaz edinmesine müsaade edilir. Yabancılar kiralama ya da mal sahibi unvanını satın alama seçeneklerine de başvurabilirler. Yabancı Yatırım Yasası uyarınca yıllık intifa hakkı ile 5 arı geçmeyen oturma edinebilirler.<sup>80</sup>

Tayland’da mevcut mevzuat uygulaması yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz edinmelerini yasaklamaktadır. Ancak Toprak Kanununun 96. kısmı 19 ocak 2002 de değiştirilmiş ve ikamet amaçlı olarak 1 rai’lik alandan fazla olmamak üzere ve diğer kural ve koşullara uygun olmak şartıyla yabancıların taşınmaz edinmesine izin vermeye başlanmıştır. Buna karşın edinilmek istenen toprağın kullanım amacı Yatırımlar Kurulu tarafından teşvik edilen faaliyetlerden birini sürdürmek ise Yatırımlar Kurulu tarafından yabancıların mülkiyetinde olan bir şirketin taşınmaz sahibi olmasına izin verilebilir. Ancak edinilen taşınmaz yalnızca o faaliyet için kullanılabilir ve faaliyeti devam ettiren iştirakin sona erdiği durumda, sona erme tarihinden itibaren bir yıl içinde taşınmaz satılmalıdır. Yabancıların taşınmaz edinimi Tayland’da sıkı kısıtlamalara tabi olduğundan genelde taşınmazın kiralanması yoluna gidilmektedir. Taşınmaz 30 yıllığına ve bir 30 yıl daha uzatma seçeneğiyle kiralanmaktadır. Toprak üzerinde yapılan yapının mülkiyeti bu halde toprağinkinden ayrıdır ve kiralama süresi dolduğunda mal sahibi tarafından zapt edilemez. 30 yıllık kiralamaların Toprak Departmanına kaydedilmesi gerekmektedir. Ayrıca toprak üzerindeki varlık satılsa bile kiralama geçerliliğini korumaktadır<sup>81</sup>.

Ukrayna’da yabancıların tarım arazilerinde taşınmaz mal edinme hakkı tanınmamaktadır. Tarım arazisi olmayan alanlarda ise yabancı gerçek kişilere sadece halen yabancı gerçek kişiye ait olan mülke bitişik taşınmaz malları satın almak hak-

<sup>78</sup> [http://www.jewishvirtualibrary.org/jsourc/society\\_@\\_cultre/land.html](http://www.jewishvirtualibrary.org/jsourc/society_@_cultre/land.html)

<sup>79</sup> <http://www.goodrichriquelme.com/PDF/RMS/.pdf>

<sup>80</sup> <http://www.amchamt.com/invesguide/realestate.html>

<sup>81</sup> <http://www.thailandlaw.com/bizforeign.html>

kı verilmektedir. Ukrayna'da yabancı tüzel kişilerin ancak bina inşa etmek üzere ve halen bir yabancı tüzel kişiye ait olan mülke bitişik mülkü satın almak hakları vardır.<sup>82</sup>

Slovenya'da ülkenin tarım arazileri ile bunların dışında kalan kısımlarında yalnız Avrupa Birliği üyesi ülkelerin vatandaşları üç yıldır Slovenya'da oturuyor, mülkiyet edinimine konu olan araziye işliyorsa taşınmaz edinebilmektedirler.<sup>83</sup>

Kore Cumhuriyeti'nde yabancıların toprak edinimi için yaptıkları sözleşmeler Shi/Kun/Ku başkanlığına bildirilecektir bunun dışında askeri üs koruma bölgeleri, kültürel varlık koruma alanları ve eko sistem koruma alanları için bildirim yetmeyip ilgili birimden izin almaları da gerekmektedir.<sup>84</sup>

Danimarka'da Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın ancak sürekli oturma iznine sahip veya ülkede 5 yıl ikamet etmiş olanlar yazlık veya ikinci ev olarak kullanılmamak koşuluyla taşınmaz mal edinebilmektedir. Bunun dışında kalan kişilerin taşınmaz edinimi Adalet Bakanlığının iznine bağlanmıştır.

İrlanda'da Avrupa Birliği üyesi veya Avrupa Ekonomik Alanına dahil ülkelerde daimi ikametgahı bulunan gerçek kişiler ile bu ülkelerin sınırları içinde kurulmuş tüzel kişiler taşınmaz mal edinebilmektedir. Bunun dışında kalan yabancılar ise ancak il ve ilçe merkezlerinde taşınmaz edinebilmekte il ve ilçe merkezleri dışında ancak tarım bakanlığına bağlı arazi dairesinin izni ile taşınmaz mal edinebilmektedirler.<sup>85</sup>

Avusturya sadece Avrupa Birliği üyesi devletlerin vatandaşlarına taşınmaz mal edinme hakkı tanımakla; diğer yabancı devletlerin vatandaşlarının bu haktan yararlanmasını izne bağlamaktadır.<sup>86</sup>

Yunanistan'da genel ilke olarak Avrupa Birliği üyesi olsun olmasın gerçek ve tüzel kişilerin sınır bölgelerinde taşınmaz mal edinimi yasaklanmış, ancak bu bölgeler dışında serbest bırakılmıştır. Yunanistan'da yabancıların taşınmaz mal edinebilmeleri konusu 1938 tarihli Sınır ve Kıyı Bölgelerinde Alım/Satım Hakkının İstimalinin Yasaklanmasına Dair 1366/38 sayılı yasa ile düzenlenmiştir. Bu Kanun'a göre ada ve illerin isimleri verilmek suretiyle Yunanistan'ın yaklaşık yarısı yabancıların taşınmaz mal edinimi bakımından yasaklı bölge kabul edilmiştir. 1982/90 sayılı yasa ile bu durumda değişiklik yapılmış sınırlamalar Avrupa Birliği vatandaşları bakımından kaldırılmıştır. Böylece sınır bölgelerinde ancak Yunan soyundan olanlar ile Avrupa Birliği vatandaşı gerçek ve tüzel kişilere her ilde ayrı ayrı kurulmuş komisyonlardan izin almak suretiyle taşınmaz mal edinme imkanı yakın zamanda getirilmiştir.<sup>87</sup>

Buna karşın Fransa, Almanya, İngiltere gibi bazı ülkelerde kural olarak yabancıların taşınmaz mal edinimi hiçbir kısıtlamaya tabi tutulmamaktadır.

<sup>82</sup> Anayasa Mahkemesi T. 14.03.2005, E. 2003/70, K.2005/14 sayılı kararı.

<sup>83</sup> Anayasa Mahkemesi T. 14.03.2005, E. 2003/70, K.2005/14 sayılı kararı.

<sup>84</sup> <http://unpon1.un.org/introdoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN011480.pdf>.

<sup>85</sup> Mutlu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 59, 2005, s.269.

<sup>86</sup> Anayasa Mahkemesi T. 14.03.2005, E. 2003/70, K.2005/14 sayılı kararı.

<sup>87</sup> Mutlu, s.271-272

Örnek verilen ülkeler incelendiğinde kimi ülkelerde yabancıların taşınmaz mal ediniminin tamamen serbest olduğunu, kimi ülkelerde edinilecek taşınmazın niteliği, konumu, miktarı, edinme amacı gibi kısıtlamalar olduğu görülmektedir. Kimi ülkelerde ise taşınmaz edinimi kural olarak yasak olup mülkiyet yerine yabancıların kullanma ve yararlanma hakkından faydalanmaları yahut taşınmazı kiralama yoluna gitmeleri çözüm olarak gösterilmektedir.

### V. Sonuç

Bu çalışmada mümkün olduğunca intifa hakkı, oturma hakkı ve üst hakkının tanıdığı yetkilere yer vermeye çalıştık. Elbette ki bu hakların tanıdığı yetkilerin, mülkiyet hakkının tanıdığı yetkileri birebir karşıladığını söylemek mümkün değildir. Ancak çalışmada belirttiğimiz üzere özellikle üst hakkı ve daha sonra intifa hakkı, sahibine oldukça geniş yetkiler vermektedir. Hatta öyle ki taşınmaz malikine, taşınmazın sadece kuru (çıplak) mülkiyeti kalmaktadır. İddiamız yabancılarla taşınmaz mülkiyeti tanımak yerine bu hakların tanınması ile yetinilmesi değildir. Ancak ülkemizin coğrafi politik ve stratejik konumunu ve tarımın ülkemiz için önemini gözden uzak tutmamamız gerektiği de bir gerçektir. Bu nedenle yabancılarla hangi alanlarda, ne amaçla ve hangi koşullar altında taşınmaz mülkiyeti tanınacağına dikkatle belirlenmesi gerekmektedir.

Burada özellikle vurgulamak gerektiğini düşündüğümüz husus ülkemizde, vatandaş olan yatırımcı da taşınmazın mülkiyetini edinmeden kamu arazileri üzerinde yatırımını yapmakta ve verimli sonuçları almaktadır.

#### Örneğin;

2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 74. maddesi devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde bu kanun hükümlerine uyularak sınırlı aynı haklar ve bu kapsamda üst hakkı tesis edilebileceği

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu 8. maddesi Devlet İhale Kanunu hükümlerine uyulmaksızın dahi bazı kamu arazilerinde bağımsız ve sürekli haklar tesisine belli koşullar altında izin verileceği

6831 sayılı Orman Kanunu 17. maddesi 3. fıkrasında devlet ormanları içinde kamunun yararlanmasına yönelik tesisler kurulup işletilmesine Tarım ve Orman Bakanlığınca kırkdokuz yılı geçmeyecek şekilde izin verilebileceğini bu sürenin doksandokuz yıla çıkarılabileceğini ve turizm amaçlı bu gibi tesisler için tapuda irtifak hakkı tesis edilebileceği

3996 sayılı Bazı ve Yatırım ve Hizmetlerin Yap İşlet Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun ve 94/5907 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi belli amaç ve şartlar çerçevesinde Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi olmadan kamu arazilerinde üst hakkı tesisi edilebileceği belirtilmektedir.

Bu kanun hükümlerine dayanarak ülkemizde vatandaş da taşınmazın mülkiyetini edinmeden yatırım yapmaktadır. Bu nedenle özellikle yabancı tüzelkişiliğe sahip ticaret şirketleri bakımından da yatırım yapmanın ön koşulunun taşınmazın mülkiyetini edinmek olmadığını, üst hakkı ve intifa hakkının bu amaca hizmet edebileceğini düşünürüz.



**KAYNAKÇA**

- AKİPEK Jale G., Türk Eşya Hukuku III. Kitap Mahdut Ayni Haklar, Ankara 1974.
- AKİPEK Jale G., Üst Hakkı Kavramı ve Bu Hakkın Muhtevası, Medeni Kanun'un 50. Yılı, Ankara, 1977.
- ARAL Vecdi, İnşaat (Üst) Hakkı MK 652,751, İstanbul 1962.
- AYAN Mehmet, Eşya Hukuku III Sınırlı Ayni Haklar, 2. Baskı, Konya 2000.
- AYİTER Nurşin, Eşya Hukuku, 3.Baskı, Ankara 1987.
- BELEN Herdem, Bağımsız Üst Hakkının Tasarruf Sınırlamalarına Konu Olmasının Hüküm ve Sonuçları, Vecdi Aral'a Armağan, Kocaeli, 2001, Sayfa 371-396.
- DOĞANAY Ümit, Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin Üzerinde İntifa Hakkı Bulunan Banka Tasarruf Hesabına Çıkan İkramiyelerin Kime Ait Olacağı İle İlgili 12.06.1965 Gün, 963/15220 Esas, Karar 3092 Sayılı ve 19.12.1966 Gün, Esas 965/8848, Karar 1083 sayılı Kararlarının Tahlili, Ankara Barosu Dergisi, 1968 Yıl 25, Sayı 1, Sayfa13-22.
- ERTAŞ Şeref, Eşya Hukuku, 6.Baskı, Ankara, 2005.
- GÜRSOY Kemal T./EREN Fikret/CANSEL Erol, Türk Eşya Hukuku, 2.Baskı, Ankara 1984.
- GÜRZUMAR Osman Berat, Türk Medeni Hukukunda Üst Hakkı Kamu Malı Taşınmazlar Üzerindeki Üst Hakkı Yap-İşlet-Devret Modeli Dahil, 2.Baskı, İstanbul Mayıs 2001.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, İnceleme, Sungurbey İsmet, Medeni Kanun Öntasarısının Nesnel Hukuku Eleştirisi, İstanbul 1972, Sayfa 331-363.
- KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim, Sınırlı Ayni Haklar, 2.Bası, İstanbul, 1982-1983.
- KUNTALP Erden, Bağımsız ve Sürekli Sınırlı Ayni Hakların Özellikle Üst Hakkının Taşınmaz Olarak İşlem Görmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/4, Sayfa 528-551.
- MUTLU Levent, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 59, 2005, Sayfa 264-309.
- SAYMEN H. Ferit/ELBİR K. Halid, Türk Eşya Hukuku, İstanbul, 1954.
- OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, 10.Bası, İstanbul, 2004.
- ÖZEN Burak, İntifa Konusu Taşınmazdan Elde Edilen Doğal Ürünler, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-2, Erzincan, 2003, Sayfa 669 – 682.
- ŞENER Esat, Türk Medeni Kanunu 2.Cilt, 3.Baskı, Ankara, 1988.
- ÜNAL Mehmet, Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı, Ankara, 1988.

---

*HUKUK EĞİTİMİ  
ARAŞTIRMALARI*

---



## HUKUK EĞİTİMİNDE FELSEFE DERSİNİN GEREĞİ VE ÖNEMİ

Yrd. Doç. Dr. N. Ayşe ODMAN BOZTOSUN\*

### GİRİŞ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ders programında birinci sınıflar için güz yarıyılında zorunlu dersler arasında yer alan felsefe dersini üstlenmek, benim için zor, ancak heyecanlı bir yolculuğun başlangıcını teşkil etti.<sup>1</sup> Bu yolculuk sırasında, felsefenin, sunduğu olanaklarla, hukuk eğitiminin başlangıcındaki hukuk öğrencisi için biçilmiş kaftan olduğunu keşfettim. Şu ana kadarki uygulamalarım gösteriyor ki, ders, "felsefe bilgisi" veya "felsefe tarihi" dersi şeklinde yürütülmeyip hukuk öğrencisinin hem ahlâkî şekillenmesine katkıda bulunacak hem de mesleğinde gerek duyacağı bazı yetenekleri kazandıracak bir uygulama dersine dönüştürüldüğünde çok önemli bir işlev üstlenebiliyor. Bu makalede önce, felsefe dersinin genel kapsamda üniversite eğitimine ve özel çerçevede hukuk eğitimine yapabileceği katkıları ele alacağım. Daha sonra hukuk öğrencileri ile yürütülecek felsefe dersinde izlenebilecek yöntemler ve ele alınabilecek konular üzerinde duracağım.

### I. Felsefe Dersinin Üniversite Eğitimine Katkıları

#### A. Anlamak ve Anlatmak İçin Felsefe

Felsefe dersi, lisans düzeyindeki tüm öğrenciler için üniversite öğrenimlerinin ilk yılında önemli ve gerekli bir derstir. Felsefi düşünce, üst düzeyde bir düşünsel faaliyet ürünüdür. Bu tür ürünlerin incelenmesi ve irdelenmesi, öğrencilerin birbirlerini, temas ettikleri bilim insanlarını, bilimsel eserleri anlamaları ve kavrama kapasitelerini geliştirmeleri için son derece yararlıdır. Felsefe dersinin bu işlevi, üniversite öncesi eğitimde ezberciliğin yaygın olduğu ülkemizde, üniversite öğrencisi-

\* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Makalede atıfta bulunulan internet sayfalarına en son 28 Aralık 2005 tarihinde erişilmiştir.

<sup>1</sup> Felsefe dersi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin ders programında, birinci sınıf güz yarıyılında haftada iki saat okutulan (iki kredilik) bir zorunlu derstir. Türkiye'deki belli başlı hukuk fakültelerinin ders programlarının çoğunda felsefe dersi bulunmamaktadır (örneğin İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi). Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde birinci sınıfta seçmeli ders olarak gözükmektedir. Dersin tanımı, "Bu derste temel amaç öğrenciye kurgusal düşüncenin doğuşunu ve gelişimini tanıtmaktır. Felsefi düşüncenin temel kavramları söyleneceğinden kurgusal düşünceye doğru evrim içinde betimlenmeye çalışılacaktır." şeklinde yapılmıştır. Saptayabildiğim kadarıyla sadece Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi ders programında, ikinci sınıfta iki yarıyılık bir zorunlu ders olarak "Sosyal ve Siyasal Felsefe (Social and Political Philosophy)" dersine yer verilmiştir. Ders içeriği, "İnsanın hayatını iyi yaşaması ne anlama gelir? Tek bir doğru ahlâk var mıdır? Ne zaman doğru ve yanlış davrandığımızı nasıl bilebiliriz? Neden doğruyu yapmalıyız? Bu ve diğer sorunlar, felsefe tarihinden seçilecek etkili metinlerin ayrıntılı şekilde okunmasıyla incelenecektir." şeklinde açıklanmıştır. Tanım, dersin öğrencinin yaratıcılığına açık şekilde tasarlandığını düşündürmektedir; ancak dersin İngilizce yürütülmesinin anadili Türkçe olan öğrenciler için sorun teşkil etme riski göz önünde bulundurulmalıdır.

nin üniversite eğitimine hazırlanması için büyük önem taşımaktadır. Felsefe metinlerini kavrayabilen, metinlerdeki düşünce silsilesini takip edebilen ve metinlerin ana fikrini çıkarabilen bir üniversite öğrencisi, ileride bu kazanımını, kendi disiplinindeki dersleri, sunumları ve eserleri kavramak için kullanabilecektir. Kavradığını anlatabilmek ise madalyonun diğer yüzüdür. Öğrencilerin edilgen konumda bırakılmadığı bir eğitim sisteminde, öğrencilere çalışmalarını sunabilmeleri, aktarabilmeleri için bir takım fırsatlar sunulur; böyle bir sistemde öğrencinin kavradığını aktarması çok önemlidir.<sup>2</sup> Bu sağlanmasa dahi, öğrenciler en azından yazılı sınavlarda ders konularını kavradıklarını göstermek zorundadırlar. İşte bu aşamada da iyi bir felsefe eğitimi, düşüncelerin nasıl ifade edilmesi gerektiği konusunda öğrenciye yol göstericidir.

### B. Ahlâkî (Etik) Değerleri Kavrama, İrdeleme, Kazandırma

Ahlâkî değerlerin irdelenmesi ve bireye kazandırılması için felsefe dersi en uygun araçtır. Üniversite öğrencisinin meslekî şekillenmesi ile birlikte kişilik gelişimini tamamladığı gençlik döneminde ahlâkî değerler üzerinde kapsamlı ve sistematik bir şekilde düşünmesi öğrencinin kişilik gelişimine önemli katkı sağlayacaktır. Bu değerlerin başında dürüstlük, toplumsal sorumluluk, kendini başkasının yerine koyabilme ve hoşgörü gelmektedir. Bu kavramların içini doldurabilmek için, insanlığın düşünce tarihi boyunca nasıl anlaşıldıklarını, nasıl uygulandıklarını incelemek, günümüzle bağlar kurmak ve öğrencinin kendisine, kendi yaşamına dönerek bu kavramların yaşamındaki yerini irdelemesini sağlamak gereklidir. Hele Türkiye gibi bu konuda son derece zengin bir kültür mirasına sahip bir ülkede, elimizin altında bu kadar malzeme varken böyle bir çalışma yürütmekten kaçınmak büyük bir eksikliktir.

### C. Tartışma Geleneği Kazandırma

Münazara, Cumhuriyetin ilk yıllarında ortaokullarda, liselerde yaygın olarak yürütülen, ancak daha sonra terk edilen ve eğitim sistemimizin olmazsa olmaz bir parçasını teşkil etmesi gereken bir etkinliktir. Münazaralarda iki düşünce takımı bir iddia etrafında çarpışır; kendi savlarını haklı göstermeye çalışırlar, çeşitli gerekçelerle destekler, karşı tarafın savını çürütmeye çabalarlar. Münazaralar, öğrencilerin düşünme yeteneklerini geliştiren, tartışma geleneğini benimseten birer şölendirler. Felsefe tarihi de bir münazaralar geçididir. İnsanlığın samimiyetle ve tüm düşünsel yeteneklerini kullanarak evrensel sorulara yanıt aradığı bu düşünce serüveninde düşünürler bazen diğer düşünürlerle bazen kendileriyle münazaralara girişmektedirler. Bu serüveni takip etmek ve bu kervana katılmak felsefe dersini alan öğrenciler için de tadına doyum olmaz bir deneyim teşkil edecektir. Bunun için kendilerinin de tartışmaya katılmaları, dersi yürüten öğretim üyesi ve öğrenci arkadaşlarıyla münazaraya girişmeleri gerekir. Bu çerçevede, bir düşüncenin aksi düşüncelere karşı savunuluyor olması ve bu savunmanın adabı, savunulan düşüncenin kendisinden daha önemlidir. Bu tartışmanın bir sistematik içerisinde, tartışma ortamında düzeni

<sup>2</sup> Eğitim alanında yeni yaklaşımı yansıtan aktif öğrenme ile ilgili açıklamalar için bkz.: Ali Ünlü, Aktif Öğrenme. [http://www.aliunlu.com.tr/?s=51&d\\_op=showpage&pid=82](http://www.aliunlu.com.tr/?s=51&d_op=showpage&pid=82).

sağlayan bir yönlendiricinin öncülüğünde yürütülmesi, tartışmanın verimliliğini ve kalitesini güvence altına alacaktır.

#### **D. Kendine Güven Kazandırma ve Yaratıcılığı Özendirme**

Eğitim sistemimizin kronik sorunlarından biri haline gelen ezbercilik ve kopyacılık üniversite eğitiminin sağlıklı işleyişi önündeki en büyük engeldir. Ezbercilik ve kopyacılık birbirinin kardeşidir. Öğrencinin kendi düşüncesinin değerli olduğuna inandırılmadığı bir eğitim sisteminde, düşünme düzeneklerinin kilitlenip dersi geçmeye yetecek kadar bilgi yığınının akılda tutulmaya çalışılması beklenen bir durumdur. Eğitimcilerin, sınavlarda bir başka öğrenciden, kitaptan veya notlardan kopya çekmek konusunda son derece katı bir tutum takınmalarına rağmen, özü açısından kopya çekmekle aynı sonucu doğuran ezbercilik konusunda böyle sert bir yaklaşım sergilemedikleri açıktır. Ezberciliğe karşı çıkabilmek için, eğitimcinin kendisinin de eleştirel düşünen, sorgulayan ve yaratıcı bir kişilik ortaya koyması gerektiği göz önüne alındığında, ezberciliğin dokunulmazlığının nedeni daha kolay anlaşılır. Bu çerçevede, düşüncelerin, savların dogmaya dönüşebilmeleri - çoğunlukla yanlış değerlendirildiği üzere- mutlaka din kaynaklı olmalarına bağlı değildir. Sorgulanmadan kabul edilen her düşünce dogmalaşmıştır ve insan aklına zarardır. Üniversiteler bilim yuvası ise buralarda bilimsel düşüncenin hüküm sürmesi gerekir. Bilimsel düşünce, niteliği gereği yaratıcıdır; ancak üniversite öncesi eğitiminin ayırt edici karakteri haline gelen ezbercilik ve kopyacılık maalesef üniversite eğitime de sirayet etmiştir ve üniversitemizden bilimsel düşünceyi kovmuştur. Ezbercilik ve kopyacılığın yegâne panzehiri yaratıcılığın teşvikidir. Nasıl kötü iyiyi kovarsa iyi de kötüyü kovar. Bu açıdan, üniversite eğitiminin ilk yılında, yaratıcı düşüncenin yüceltildiği, ödüllendirildiği, hedef gösterildiği felsefe dersine yer vermek hayati önem taşımaktadır. Ezberciliğin baskısı altındaki (veya tembelleştirici rahatlatıcılığı içerisindeki) öğrencilerde temel bir anlayış ve yaşam tarzı değişikliği yaratacak bu derslerde, öğrencilerdeki “düşünme direnci”ni kırmak için ilk yapılması gereken, öğrencilerin kendi düşüncelerine değer verildiğinin hissettirilmesidir. Düşüncelerine değer verilen öğrencilerin kişilik gelişimi de olumlu etkilenecek ve öğrenciler, kendine güvenen, benlik saygısına sahip bireylere dönüşeceklerdir.

Yalnız unutulmamalıdır ki ezbercilik ve kopyacılık, özgür ve yaratıcı düşüncelerin yelken açmasının umulduğu felsefe dersi için dahi tehdit oluşturmaktadır; dersin, yukarıda sayılan amaçlara ulaşmak, bu dersten beklenen yararları sağlamak için değil de ders programında yer aldığı için “okutulması” durumunda, “ezber dersleri çöplüğü”ne gitmekten kurtulamayacağı açıktır.

#### **E. Felsefe Dersinin Gençlerimizi Daha Donanımlı ve Bilinçli Kılması**

Son olarak, felsefe dersinin üniversite öğrencilerine sağlayabileceği bir diğer katkı, gençlerimizi, çeşitli olumsuz etkilere açık ve düşünsel açıdan korumasız “dehşetli” dönemlerinde kendilerine zarar verebilecek kişi ve oluşumlara karşı korumasıdır. Ülkemizde üniversite gençliği, çeşitli dönemlerde, çıkarları ulusal çıkarlarla çatışan güçler tarafından siyasî oyunlara alet edilmiştir. Bu tehlike sona ermiş

değildir. Öğrencilerin tahriklere kapılmaması, hukuka aykırı oluşumların içine çekilmemesi, bilinçli bireyler olmalarına bağlıdır. Felsefe dersi bu bilincin kazandırılmasında önemli rol üstlenebilir.

Felsefe dersi, ortak bir kültür ve anlayış oluşturulmasına hizmet edebilir. Öncelikle ahlâkî değerler sorgulaması sayesinde ulusal bilincin ve ortak çıkar anlayışının gelişmesine katkıda bulunabilir, öğrencinin kendinde keşfettiği öz değerlerine sahip çıkmasını sağlayabilir. Sorgulayıcı ve yaratıcı düşünceyi benimseterek öğrenciye mutlak doğru olarak sunulan ve benimsetilmeye çalışılan fikirlerin koşulsuz kabul edilmesi tehlikesine karşı bir sigorta teşkil edebilir; öğrencinin özgüvenini geliştirerek kendisine üstün gösterilmeye çalışılan kişi ve oluşumlara karşı şüpheli yaklaşmasını mümkün kılabilir. Tartışma geleneğini öğrenciler arasında yerleştirerek farklı düşüncelerin uyarca tartışılmasının zeminini hazırlayabilir. Son olarak, tez-antitez-sentez şeklinde ilerleyen düşüncenin ancak ortak ve iyiniyetli bir görüşme (*müzâkere*) ortamında yetkinleştirilebileceğini, sorunlara en uygun çözümlerin böyle bir ortamda bulunacağını gösterdiği için, bu ortamın ders dışında da yeşermesine olanak sağlayabilir. Yalnız, felsefe dersinin yukarıda sayılan yararları sağlamanın, dersin aşağıda açıklayacağım şekilde yürütülmesine bağlı olacağı göz önünde bulundurulmalıdır.<sup>3</sup>

## II. Felsefe Dersinin Hukuk Eğitimine Katkıları

### A. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Metodolojisi Derslerinin Altyapısını Oluşturma

Hukuk felsefesi, ülkemizdeki hukuk lisans programlarında zorunlu ders olarak yer almaktadır; ancak bu dersin de öğrenciyi kucaklamayan, öğrencinin sahiplenmediği bir şekilde yürütülmesi durumunda kendisinden beklenen yararları sağlamayacağı açıktır. Her ders gibi hukuk felsefesi dersi de bir ezber dersine dönüşebilir. Bir konuya felsefi açıdan yaklaşma yöntemini öğrenmemiş, bu yeteneği edinmemiş bir öğrencinin hukuk felsefesi dersinden verim alması beklenmemelidir.

Hukuk metodolojisi dersi ise birçok hukuk fakültesinde son yıllarda zorunlu dersler arasından çıkarılarak seçimlik dersler arasına konulmuştur. Bu hatalı tercihin olumsuz sonuçları yargı sistemimizin işleyişine kadar yansımaktadır. Ayrı bir makalede incelenmesi gereken bu meseleyi bir tarafa bırakarak, hukuk metodolojisi dersinin verimli şekilde yürütülmesi için ihtiyaç duyulan analitik düşünme ve yorum yeteneğinin kazandırılmasında felsefe dersinin katkısının aşikâr olduğunu vurgulamakla yetiniyorum.

### B. Ahlâkî (Etik) Değerleri Kavrama, İrdeleme, Kazandırma, Bu Değerlerin İçini Doldurma

Felsefe dersinde özellikle ahlâk felsefesine ayrıcalıklı bir yer ayrılması, bir hukuk lisans programı için gerekli altyapının oluşturulmasına büyük katkı sağlayabilir. Adaletli bir toplumun, güçlü bir devletin yaratılmasında ve korunmasında hukukçulara düşen rol dikkate alındığında hukuk öğrencilerinin ahlâkî şekillenmesinin ne

<sup>3</sup> Bkz.: aş. III.

kadar büyük önem arz ettiği ortaya çıkacaktır.<sup>4</sup> Hukukçular, hukukla ilgili tüm faaliyetlerinde vicdanlarının sesini dinlemek ve adaletle karar vermek zorundadırlar.<sup>5</sup> Ahlâkî kavramlar felsefi bir bakış açısıyla incelenmeden adalet kavramının hukuk felsefesi dersi kapsamında yetkinlikle irdelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, hukuk öğrencilerinin ahlâk felsefesi alanında sorulmuş sorulara samimiyetle yanıt aramalarının ve hatta kendi sorularını sormalarının sağlanması çok önemlidir. Bu zihinsel faaliyeti yürütürken öğrenci hem içinde yaşadığı toplumu eleştirel gözle irdelenecek hem de kendi içine dönerek öz değerlerini sorgulayacaktır.

Diğer yandan, daha öğreniminin ilk yılında Medeni Hukuk dersinde “dürüstlük kurallarıyla”, “iyiniyet” kavramıyla karşılaşan hukuk öğrencisinin bu kavramları yorumlayabilmesi, içini doldurabilmesi için, yukarıda açıklandığı şekilde ahlâk felsefesi tartışmalarını yapmış olması büyük bir avantaj sağlayacaktır.

### C. Metin İnceleme ve Muhakeme Yeteneğinin Geliştirilmesi

Hukukçunun mesleğini icra ettiği dönemde yürürlükte olan hukukun öğrenim gördüğü dönemde yürürlükte olan hukukla aynı kalması olanaksızdır. Dolayısıyla ezbercilik, hukuk öğrencisini kesinlikle yarı yolda bırakır. Kaliteli bir hukuk eğitiminden beklenen, bu eğitimin hukukî metinleri yorumlama ve eleştirel gözle değerlendirme yeteneği kazandırmasıdır. Bütünlük arz eden bir metnin analiz edilmesi, metnin ana fikirlerinin çıkarılması, metnin çeşitli unsurları yönünden birbirileriyle karşılaştırılması felsefe dersinde uygulanması gereken çalışma yöntemleridir. Felsefe metinlerinde düşünürün aklında bir soru (veya bir sorun) vardır ve düşünür bu soruya yanıt (veya bu soruna çözüm) ararken bir takım önermelerde bulunur veya bazı önermelere karşı çıkar. Bu önermelerini (veya önermelere karşı çıkışlarını) nedensellik ilkesine uygun şekilde gerekçelendirir ve bir çıkarıma varır. Söz konusu metinlerdeki bu düşünce akışını izleyebilme, metni sistematik ve tutarlılık açısından eleştirel gözle değerlendirebilme, felsefe dersinin hukuk öğrencisine kazandırabileceği en önemli yetenekler arasındadır. Bu işlevi mantık dersinin daha iyi yerine getirebileceği ileri sürülebilir; ilkesel olarak mantık dersinin de hukuk ders programına, en azından seçmlik ders olarak dâhil edilmesine taraftarım.<sup>6</sup> Yalnız, özellikle hukuk fakültesinin birinci sınıfında, mantık dersine felsefe dersine yüklenemediği kadar işlev yüklenemeyeceğini düşünüyorum. Öğrencilerin soyutlama ve matematiksel düşünme yetenekleri üniversite öncesi eğitimde yeterince geliştirilmediğinden mantık dersinde öğrencinin dersten kopma ve verim alamama tehlikesi

<sup>4</sup> Hukukçulara toplumu şekillendirme, adaletli bir toplum düzeni kurma ve yaşatma konusunda öncelikli rol verildiği ve hukukçunun bu rolü üstlenebilmesi için eğitiminde mutlaka ahlâk felsefesine yer verilmesi gerektiği yolundaki görüşün savunulduğu makalelere örnek olarak bkz.: Davison M. Douglas, The Jeffersonian Vision of Legal Education, <http://www.wm.edu/law/publications/online/douglas-1-6475.pdf>; Frederich Davis, Thoughts on Legal Education, [www.ruf.rice.edu/~acadadv/prelaw9.html](http://www.ruf.rice.edu/~acadadv/prelaw9.html).

<sup>5</sup> Hayrettin Ökçesiz, “Hukukçu Eğitiminde Bir Denek Taşı ‘Radbruch Formülü’”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 56, 2005, s. 167-174. Ökçesiz, bu makalesinde şöyle demektedir: “Hukukçunun eğitiminde ‘cesaret’in; adalete cesaretin ve haksızlığa karşı koymak cesaretinin onun kimliğinin ve kişiliğinin ana hattı olduğunu söylemeliyim. Adalete cesaret hukukçunun kimliğinin ve kişiliğinin ana hattı olacaksa, o bunun için gereken her şeyi kaybetmeye de manen hazır olacaktır. Onun tinsel ve duyuşsal donanımı bu yüksek bilinci taşımaya yeterli bir düzeyde bulunmalıdır.” (Ökçesiz, a.g.e., s. 167)

<sup>6</sup> Bkz.: aş. 16. dipnot.



daha fazladır. Hâlbuki mantık dersinde ele alınabilecek bazı konular, metin inceleme aşamasında felsefe dersine kolaylıkla ithal edilebilir.

#### D. Araştırma Kültürünün ve Yönteminin Kazanılması

Ezberciliğin yıkılmasında, kopyacılığın önlenmesinde, öğrenciye araştırma kültürünün kazandırılması ve araştırma yönteminin öğretilmesi büyük rol oynayacaktır. Fakülteodaki odama gelen birinci sınıf öğrencilerinin çoğunun kütüphanemdeki kitapları görünce, birbirlerinden habersiz *“Hocam bu kitapların hepsini okudunuz mu?”* şeklinde aynı soruyu yöneltmeleri, sanırım eğitim sistemimizin temel eksikliklerinden birini daha gösteriyor. Öğrenci, soru sormuyor ve dolayısıyla sorunun yanıtını araştırıyor.<sup>7</sup> Soru sorma, sorgulama öğrencinin kişiliğinin bir parçası haline gelmedikçe araştırma kültürü oluşturulamaz. Felsefe dersi öncelikle soru sormayı öğretecektir. Hukuk öğrencisi için *“neden?”* sorusu hayatî önem taşır. Sözlü ve yazılı sınavlarda kendisinden beklenen, sorulara verdiği yanıtların gerekçelerini ortaya koymasındır. *“Neden?”* sorusunu kendine sorarak yanıtını aramayan bir hukuk öğrencisinin mesleğinde başarılı olması mümkün değildir. Sorusuna yanıt ararken çeşitli kaynaklardan yararlanması, bilgiye ulaşabilmesi, sistematik şekilde araştırma yapabilmesi ve araştırma sonuçlarını verimli, amaca yönelik kullanabilmesi sağlıklı bir muhakeme yürütebilmesi için elzemdir. Hukuk öğrencisi, ezberci kişilikten sıyrılıp araştırmacı kişiliğe bürünmesiyle bir evrim geçirecektir. Bu evrimin geriye dönüşü yoktur; artık o bağımsız ve bilimsel düşünebilen bir bireydir. Bu evrimin olumlu yansımalarını dava dilekçelerinden yargı kararlarına, mevzuata kadar birçok alanda görebileceğimize inanıyorum.

#### E. Yazılı ve Sözlü İfadenin Geliştirilmesi

Hukukçunun işlevini yürütürken kullandığı tek araç dildir. Bu çerçevede, sözlü ve yazılı iletişiminin güçlü olması hukukçu için elzemdir.<sup>8</sup> Felsefe dersinin yürütülmesinde öğrencinin etkin katılımına olanak tanıyan bir yöntemin izlenmesi, hukuk öğrencisinin ifade yeteneğinin geliştirilmesine büyük katkı sağlayabilir.

### III. Hukuk Öğrencileri İçin Felsefe Dersinde İzlenebilecek Yöntemler

Derslerde izlenecek yöntemle ilgili temel sorunu *Uygun* çok yerinde bir şekilde saptamıştır:

*“Hukuk fakültelerinde dersler genellikle öğretim elemanının anlatımına dayalı olarak yürütülüyor. Bu yöntem, öğrencinin dersle aktif katılımına olanak tanımayarak, onu dersin önemsiz, pasif bir unsuru haline getirmektedir.*

*Anlatıma dayalı yöntem, ders kitaplarının veya ders notlarının ezberlenmesi sonucunu doğurur. Nitekim, mevcut sistemde, araştırma, yorumlama ve tartışma yerine, ezberleme yeteneğinin geliştirilmesi, öğrencinin başarısında esas unsur haline gelmiştir.”<sup>9</sup>*

<sup>7</sup> Aynı görüşte bkz.: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'in konuşması, Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı, Türkiye Barolar Birliği, 9-11 Ocak 2003, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 59, Nisan 2004, s. 111.

<sup>8</sup> Bedia Akarsu, Felsefe Açısından Dil, [http://www.turkischweb.com/anadilim/site45\\_old.htm](http://www.turkischweb.com/anadilim/site45_old.htm).

<sup>9</sup> Oktay Uygun, Türkiye'de Hukuk Öğretiminin Sorunları ve Bir Öğretim Reformu Önerisi, Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1999.

Bu gerçekler karşısında ne yapmalıyız, derslerde nasıl bir yöntem izlemeliyiz? Aslında yönteme ilişkin -kendi deneyimime dayalı- aşağıdaki önerilerimin birçoğu tüm dersler için geçerlidir. İlk önerim, dersin amacını ve dersten beklenen yararları dersin başında öğrenciye sorgulatmaktır. Böylece öğrenci bu dersten somut bir takım yararlar elde edebileceğine ve dersin takip edilmeye değer bir ders olduğuna inanacaktır. İkinci önerim öğrencinin derse etkin katılımının sağlanmasıdır; bu, hukuk öğrencileri için belki çok daha fazla gereklidir. Ben derslerde konuşma süresi olarak dersin yarı süresini aşmamaya gayret ediyorum. Özellikle metin irdelemele- rinde, benim soruları yönelmem yerine, öğrencilerin birbirilerine soru sormalarını sağlamaya çalışıyorum. Bu çerçevede, kanımca, hukuk öğrencilerine yönelik felsefe dersini yürüten öğretim üyesinin konumu esas itibarıyla yönlendiriciliktir.<sup>10</sup>

Bu yöntemin başarısı, öğrenciye ders yılının başında, her hafta incelenecek konu başlıklarını, yararlanılacak kaynakları, irdelenecek sorunları içeren anahtar nite- liğinde bir ders içeriğinin verilmesine bağlıdır. Bu ders içeriği sürekli güncellenme- lidir. Ayrıca öğrencinin ders içeriğine katkı yapması teşvik edilmelidir. Öğrencinin her hafta ilgili kaynakları okumuş ve bu kaynaklar üzerinde düşünmüş şekilde derse gelmesiyle dersten gerçek verim alınabilir.<sup>11</sup> Öğrencilerimizin tembel olduğu, bu tür çalışmaları yapmayacağı yolundaki iddialar kabul edilemez; her halde bu tür iddia- ları ileri sürebilmek için önce yukarıda nitelendiği şekilde bir ders içeriği hazırlamış ve dersi öğrencinin etkin şekilde katılacağı tarzda şekillendirmiş olmak gerekir. Öğrencinin irdelenecek sorunlarla ilgili araştırma yapması özendirilmelidir. Akade- mik yılın başında, birlikte kütüphaneye giderek kaynak araştırmasının nasıl yapıla- cağının gösterilmesi, internette yararlanma konusunda öğrenciye yol gösterilmesi, öğrencinin araştırma yapabilmesine olanak sağlayacaktır. Felsefe dersi için, Batı ve Batı dışı eserlerin dengeli bir şekilde dağıldığı kapsamlı bir koleksiyon oluşturmak ve bu koleksiyonu geliştirmek iyi bir altyapı çalışmasıdır. Öğrenciler, düşünürlerin hayatını anlatan, görüşlerini açıklayan kaynaklar yerine, doğrudan düşünürlerin eserlerine, yani birincil kaynaklara yönlendirilmelidir.

Belirli konu başlıkları altında sorunlar incelenirken karşılaştırma yöntemini uy- gulamanın verimli sonuçlar doğurduğunu gözlemledim. Öğrenci, farklı düşünürlerin aynı soruna yaklaşımını karşılaştırdığında sorunu daha iyi kavıyor. Bu yöntem, öğrencinin kavramların içini doldurma ve yorum yeteneğini de geliştiriyor. Ayrıca dersin ilerleyen aşamalarında önceki derslerde üzerinde durulan kavram ve konular- la yeni ele alınan konular arasında bağlar kurularak öğrencinin kavramlar arasındaki ilişkileri irdelemesi de sağlanabiliyor.

<sup>10</sup> Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'in konuşması. Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı, Türkiye Barolar Birliği, 9-11 Ocak 2003, Ankara. Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 59, Nisan 2004, s. 113.

<sup>11</sup> Mevcut öğretim sistemimizin takrir yöntemine dayalı sakıncalı bir yöntem olduğuna dair görüş için bkz.: Prof. Dr. Sait Güran'ın konuşması. Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi, Uluslar arası Toplantı, Türki- ye Barolar Birliği, 9-11 Ocak 2003, Ankara. Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 59, Nisan 2004, s. 86-87. Ayrıca klasik ders anlatma metodunun sakıncalarına dair görüş için bkz.: Şahin Akıncı, "Hukuk Eğitimi Üzerine Düşünceler", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, 2001, Sayı 1-2, s. 25-27; Yaşar Karayalçın, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod, Problem Çözme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Genişletilmiş 5. Baskı, 2001, s. 51-52

Öğrencinin ilk aşamada metni doğru anlaması hedeflenmelidir. Bunun için ilk önce, metinde ileri sürülen temel savın ortaya çıkarılması istenmelidir. Daha sonra bu savı destekleyen gerekçeler saptanmalı, eğer birbirini takip eden belitler (*aksiyomlar*) ileri sürülmüşse bunlar sırasıyla belirlenmelidir.

İkinci aşamada ise öğrencinin eleştirel gözle değerlendirme yapması ve metni sorgulaması sağlanmalıdır. Bu çerçevede, öğrenci temel savı destekleyen yargıların (gerekçelerin, önermelerin) kendi içinde doğru olup olmadıklarını, temel savı desteklemeye uygun olup olmadıklarını, birbirleriyle çelişip çelişmediklerini, doğru bir sistematik içerisinde ileri sürülüp sürülmediklerini, birbirini takip eden aksiyomlar varsa bunlar arasında kopukluk bulunup bulunmadığını incelemeyi öğrenmelidir. Bu aşamada “şeytanın avukatı”nı oynamanın, yani öğrencileri ilk başta yanılgıya düşürecek mantık oyunları saptırmaya çalışmanın, çeşitli söz oyunları yapmanın öğrencinin zihninin harekete geçmesine katkı yaptığını gözlemledim. Ayrıca iyi örnekler kadar kötü örnekleri incelettirmenin ve öğrencilere bu örnekleri karşılaştırma fırsatı vermenin de yararlarını gördüm.<sup>12</sup>

Son aşama ise, öğrencinin özgün düşünce üretmeye başlamasıdır. Bu aşama aslında ikinci aşamayla birlikte başlamıştır; ancak son aşamada öğrenciden sorularını kendi seçmesi ve bu sorularla ilgili özgün görüşlerini ortaya koyması beklenmektedir. İki yıldır öğrencilerime bir proje hazırlatıyorum. Projenin esnek bir çerçevesi var; kültürümüzden, tarihimizden bir olgu seçip bu olgunun unsurlarını günümüzde toplumumuzun yaşadığı bir veya daha fazla soruna çözüm oluşturacak şekilde irdelemelerini istiyorum. İlk iki aşamayı geçen öğrencilerim çok yaratıcı projeler sundular ve metin yazmaya ilişkin öğrendikleri kuralları (sistemlilik, tutarlılık, özlülük, açıklık) büyük ölçüde uygulayabildiler.

Bu çalışmalarını destekleyecek en güzel pratik çalışma ise münazaradır. Münazara, öğrencinin yaratıcılığını topluluk önünde ve önceden tasarlanmamış (*spontane*) bir şekilde ortaya koymasına olanak tanıyarak hem muhakemesini hızlandırmasına hem sözlü ifadesini güçlendirmesine yarayacaktır. Ayrıca münazara öncesinde araştırma yürütmesi ve bu araştırma sonuçlarını somut bir hedefe yönelik olarak değerlendirmesi de öğrencinin araştırma geleneğini ve yöntemini kazanmasına hizmet edecektir.

<sup>12</sup> Bu yöntemin uygulamasının A.B.D.’deki hukuk eğitiminin temel özellikleri arasında yer aldığı yolundaki açıklama için bkz.: Hiram Chodosh, “Hukuk Eğitimi: Trendler, Sorunlar ve Stratejiler” Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, 2001, Sayı 1-2, s. 330. Chodosh, makalesinde bu yöntemi şöyle açıklıyor: “Geleneksel olarak sınıf içi eğitimde kullanılan metot, seçilen örnek davalar (örnek olay yöntemi) üzerinde doğrudan soru sormaya (Sokratik Metot) dayanır. Örnek olay yöntemi, gerçek hayatta karşılaşılan çatışmalardan alınan ve insan ilişkilerinin çeşitli yönlerini ve bunlardan kaynaklanan hukuksal sorunların farklı yönlerden incelenmesine dayanan bir yöntemdir. Bu yol, öğrencilere sadece mahkemelerdeki karar verme sürecini öğretmekle kalmaz, bunun ötesinde gerek mahkemedeki taraflar gerekse benzer konudaki diğer toplumsal aktörlere yönelik sonuçlarını da anlamalarını sağlar. Sokratik sorgulama yoluyla dersi veren öğretimin üyesi öğrencilere değişik ve zor sorular sorarak sürekli onları sınar, olayların farklı yorumlarını öğretir ve zor konularda daha derin düşünerek gerekçeli kararlar oluşturmalarına yardım eder. Bu yaklaşımda hukuksal akıl yürütme süreci, en azından eldeki somut davanın içeriğini tartışmak kadar önemli görülür.”

#### IV. Hukuk Eğitiminde Felsefe Dersinde Ele Alınabilecek Konu Başlıkları

Ne hoş bir tesadüftür ki felsefenin babası olarak anılan *Sokrates*'in öğrencisi *Platon*'un en önemli eserlerinden biri "*Sokrates'in Savunması*"dır.<sup>13</sup> Bu kitapta *Sokrates*, yaşamın ve ölümün anlamını, adaletin nasıl sağlanabileceğini, hukuk kurallarının kim tarafından konulduğunu, nasıl uygulandığını, devletin saygınlığına neden gölge düşmemesi gerektiğini sorgular; bütün bunları ölüm cezası istemiyle yargılandığı bir davanın savunmasında yapar.<sup>14</sup> Kanımca hukuk öğrencileriyle felsefe dersine giriş yapmak için en uygun metindir "*Sokrates'in Savunması*"... Bir öğrencimin "*Sokrates'in Savunması*"nı değerlendirdiğimiz bir felsefe dersindeki şu sözleri beni çok etkilemişti: "Sanırım eğitim sistemimizin sorunu bizleri "*Sokrates*" ve "*Platon*" isimlerini ezberlemek zorunda bırakması, ama *Sokrates*'le hiç tanıştırmaması..." Öğrencilerin kendilerine fırsat verildiği zaman yaratıcı düşünceler ortaya koyabildiklerini, metin içerisinde ilginç bağlantılar kurabildiklerini ve özgün yorumlar yapabildiklerini görmek bir öğretim üyesi için de son derece teşvik edici bir durum teşkil ediyor. "*Sokrates'in Savunması*", yalın diliyle, açık ifadeleriyle, metin içerisindeki heyecan ve gerilimiyle öğrenciyi iten değil, içine çeken, kavrayan bir eser; bu açıdan da öğrenci ve öğretim üyesine birçok fırsat sunuyor. Henüz, "*Sokrates'in Savunması*" dışında, kesin olarak derste kullanılmasını önereceğim bir metin saptamadım; dolayısıyla aşağıda sadece, ele alınmasını uygun ve yararlı bulduğum konu başlıklarını irdeleyeceğim.

Kültürümüzün ait olduğu uygarlık cephesinin saptanmasında yaşanan tereddüt, düşünce ve kültür birikimimizin kıymetine karşı duyulan şüphe ve "Batı üstündür" kabullenmesi, kendi kültürümüzde ve kültürümüzün yansıdığı eğitim sistemimizin ürünleri olan öğrencilerimizde gözlemlenen bir yaklaşımdır. İki yıldır yürüttüğüm felsefe derslerindeki gözlem ve uygulamalarıma dayanarak öğrencilerimin bu yaklaşımı aslında hiç de benimsemek istemediklerini ve kendilerine güvenleri arttıkça, yaratıcı düşünceyi benimsedikçe tarihlerine ve kültürlerine ulusal bir bilinçle sahip çıktıklarını ve değerlerimizi yüceltiklerini söyleyebilirim. Bu çerçevede, felsefenin Batı ve Doğu uygarlıklarındaki gelişim serüvenini karşılaştırmalı şekilde incelemeye yönelik eserlerin seçilmesini çok yararlı görüyorum. Özellikle kendimize ait bir düşünce tarihimizin bulunmadığı, felsefe birikimimizin Batının bir kopyasından ibaret olduğu yolundaki görüşleri çürütebilmenin tek yolu, en az Batı uygarlığına ait felsefe metinleri kadar, belki daha da fazla başta Doğu olmak üzere Batı dışı uygarlıklarının felsefe metinlerine başvurmaktır. Böylece öğrencilerimiz uygarlığın Batının tekelinde olmadığını ve insanlığın uygarlık birikimine tarih boyunca çok çeşitli kaynaklardan katkıda bulunulduğunu da fark edeceklerdir.

Felsefe-mantık ilişkisi ve mantığın temel ilkeleri, hukuk öğrencileri için felsefe dersinin çatısı altında işlenebilecek bir diğer yararlı konudur. Düşünme yöntemi

<sup>13</sup> *Sokrates'in Savunması*, Platon (Çeviren: Niyazi Berkes), Dünya Klasikleri, Cumhuriyet Yayınları, İstanbul, 1998; *The Trial and Death of Socrates (Four Dialogues)*, Plato (İngilizceye çeviren Benjamin Jowett), Dover Thrift Editions, 1992.

<sup>14</sup> "Uygarlığımızın temelinde Sokrates'in Savunması (apologia) yatar", Melih Cevdet Anday, Cumhuriyet, 13.11.1981 [*Ökçesiz*'in makalesinden (bkz. yuk. 5. dipnot) naklen (a.g.e.'de 13. dipnot)].

şeklinde ifade edilebilecek mantık, felsefe yapabilmenin ön koşuludur.<sup>15</sup> Hukuk öğrencisinin de mantık kurallarını öğrenmesi ve düşünürken bu kuralları uygulayabilmesi gerekir. Gerçeği arayarak adalete ulaşmaya çalışan hukuk öğrencisinin doğru yapıp yapmadığını sorgulayabilmesi hem esas hem usul yönünden donanımlı olmasına bağlıdır. Esas yönünden donanımını özellikle ahlâk felsefesi kapsamında yapacağı tartışmalar, usul yönünden donanımını ise mantık kurallarını öğrenmesi ve uygulaması sağlayacaktır.<sup>16</sup>

Felsefe-ahlâk-din ilişkisi, bu çerçevede ahlâk ve din felsefesi bir arada incelenebilir. Yukarıda ahlâk felsefesinin hukuk öğrencileri için tasarlanan felsefe dersinin en önemli konu başlıklarından birini teşkil etmesi gerektiğinden bahsetmiştim.<sup>17</sup> Ahlâk ve din kavramlarının ayrıştırılarak etkileşimlerinin incelenmesi, toplumsal önemlerinin değerlendirilmesi ve değer yargılarının oluşmasındaki etkilerinin saptanabilmesi hukuk öğrencisi için önemli kazanımlardır; zira hukuk, toplumun değer yargılarından soyutlanarak sağlıklı bir şekilde icra edilemez.<sup>18</sup>

Bu konunun doğal akışı, dersi felsefe ile bilimsel düşüncenin bağlantısının sorgulanmasına götürmektedir. Hukukçu, toplumda geçerli ve yukarıda değinilen değer yargılarını saptarken bunlara eleştirel gözle yaklaşma ve toplumda düzene ve adalet dağıtımına ilişkin sorunlara yönelik çözüm üretme yeteneğini de kazanmış olmalıdır. Bu da ancak meselelere nedensellik bağına gözeterek yaklaşmakla ve bilimsel

<sup>15</sup> "Mantık, başkalarını bilgilendirmek kadar kendini bilgilendirmek için şeylerden bilgi edinme sürecinde aklını iyi yönetme sanatıdır. Bu sanat, insanların şu dört temel işlemde oluşturduğu düşüncelerden oluşur; kavramak, muhakeme etmek, usavurmak ve düzenlemek..." Arnauld ve Nicole, *La Logique ou l'Art de penser* (Bu alıntı, Armand Cuvillier, Felsefe Yazarlarından Seçilmiş Metinler, Doruk Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 441'de yer almaktadır.)

<sup>16</sup> Yukarıda değindiğim üzere (bkz.: yuk. II-C) mantık derslerinin de hukuk ders programında yer almasına taraftarım; bu karar kanımca hukuk öğrencisinin bu dersten verim alabilmesi olasılığı, makalede açıkladığım şekilde bir felsefe dersi görmesi durumunda fazlasıyla artacaktır. Öğrencinin mantık kurallarını kavrayarak uygulayabilmesi felsefe dersinde de gözetilebilir. Mantık ve ahlâk (ahlâk felsefesi) arasındaki ilişkiyi irdeleyen şu alıntı, bu meseleye bir ölçüde ışık tutmaktadır: "...O halde, mantık ve etik özde kuralcı bilimler olarak ortaya çıkmaktalar... Düzenleyici bilimlerin bu anlamı içinde, bilginizin tüm alanına yayılmaktadır. Mantık kuramcı bilimlerin kuralcı tabanını, etik, pratik bilimlerin kuralcı tabanını oluşturmaktadır... Mantık, diğer görevlerinin yanında, doğru düşüncenin ölçütlerini sergileme ve doğru düşüncenin değerini aydınlatma görevini yerine getirdiği sürece, düşüncenin etiği olarak adlandırılabilir. Bununla birlikte olması gereken kavramı, mantık ve etik için aynı anlama sahip değildir. Etik için, bu kavramın nedenleri doğrudan incelenmeye tabi olan nesnelere içindedir; mantıkta bu kavram, yalnızca nesnelere araştırılmasına kendisinin uyguladığı işlemin, bir değer muhakemesine tabi bir eylemin, yani etik bir eylemin görüş açısına göre devreye girdiği zamanda ortaya çıkar. Böylece kuralcı kavramın son kaynağı ahlâktır ve etik, temel kuralcı bilimdir." (Wilhelm Wundt, *Ethik, eine Untersuchung der Tatsachen und Gesetze des sittlichen Lebens*, F. Enke, sy. 1-7, seçmeler-Bu alıntı, Armand Cuvillier, Felsefe Yazarlarından Seçilmiş Metinler, Doruk Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 601-602'de yer almaktadır.)

<sup>17</sup> Bkz.: yuk. II-B.

<sup>18</sup> A.B.D.'de hukuk eğitiminin beş farklı analiz düzeyini kapsadığı ve bu düzeylerden üçünün, hukuk politikaları, değişik toplumsal değer yargılarının hukuk açısından önemi ve belli bir hukuk kuralının varmayı amaçladığı sonuçla o kuralın dayanağını teşkil eden toplumsal değer yargısı arasındaki ilişkiye dair olduğu hakkında bkz.: Hiram Chodosh, "Hukuk Eğitimi: Trendler, Sorunlar ve Stratejiler" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, 2001, Sayı 1-2, s. 331. Hukuk eğitimimizde öğrencilerin bu düzeylerde analiz gerçekleştirebilmesi hedeflendiğinde -ki kanımca bu kesinlikle hedeflenmelidir- içeriğinde ahlak ve din felsefesi tartışmalarına yer veren ve öğrenciyi toplumsal değer yargılarını eleştirel gözle değerlendirmeye yönelik felsefe dersinin, müfredatın ayrılmaz bir parçasını teşkil etmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır.

yöntemleri uygulamakla mümkündür. Bu çerçevede, deneysel yöntemin, tündenge-  
limin, tümevarımın, analiz ve sentezin ve hatta sezgisel yöntemin uygulamalı şekil-  
de, örneklerle irdelenmesinde büyük yarar vardır.

Hukuk öğrencisi bu başlıklar altında yapacağı çalışmalar ve inceleyeceği me-  
tinlerle gerekli düşünsel ve yönetsel altyapıyı kazandıktan sonra, dersin ilerleyen  
aşamalarında kendisini hukuk felsefesine hazırlayacak konu başlıklarına yönlendiri-  
lebilir. Siyaset felsefesi, bu açıdan son derece uygun, önceki konu başlıklarının  
harmanlanarak “siyaset, devlet erki, yönetim” kavramları çerçevesinde ele alınabile-  
ceği bir konu başlığıdır.

Bütün bu konular sırasıyla ele alındıktan sonra hukuk öğrencisi adalet ve eşitlik  
kavramlarını kavramlarını yetkinlikle irdelemeye, bu kavramların içini doldurmaya  
ve yaratıcılığını göstermeye hazırdır. Bu açıdan felsefe dersinin sonu, hukuk felsefe-  
si dersinin başlangıcıdır.

## SONUÇ

Üniversitelerde felsefe dersi tüm bölümler için gerekli ve yararlı bir derstir; hukuk öğrencileri için ise elzemdir. Her bölüm ihtiyaçlarına göre felsefe dersini şekillendirebilir. Fen bilimlerinde bilim ve varlık felsefesi üzerinde daha ağırlıklı durulurken sosyal bilimlerde ahlâk ve siyaset felsefesi ağırlıklı bir ders içeriği hazırlanabilir. Hukuk eğitiminin başlangıcındaki öğrenciler için en uygun konu başlıkları, ahlâk ve siyaset felsefesi kapsamında yer almaktadır. Felsefe dersinde, dersin işleniş şekli ve öğrenciye kazandırılmaya çalışılan zihinsel yetenekler, en az dersin içeriği kadar (belki de içerikten daha fazla) önem taşır. Hukuk eğitiminin amacı yürürlükteki mevzuatın öğretilmesi değil, beşeri ilişkilerin düzenlenmesi ve bu çerçevede ortaya çıkan sorunlara çözümler üretme yeteneğinin kazandırılmasıdır. Bu varsayımdan hareketle diyebilirim ki felsefe dersi, bu amaca ulaşmak için gerekli yapıtaşlarından biridir. İçeriğinin ve derste uygulanan yöntemlerin bu amaç doğrultusunda biçimlendirilmesi gerekir. Bu gerekçelerle, hukuk öğrencileri için felsefe dersinin hukukçu akademisyenler tarafından hazırlanarak verilmesinin dersten sağlanacak yararları artıracığı görüşündeyim. Diğer yandan, felsefe dersinin, hukuk öğrencilerinin eğitimlerinin sonraki aşamalarında görecekleri hukuk felsefesi dersi ile ilişkilendirilmesinde, bu derslerin içerik ve yöntem açısından birbirini tamamlamasında ve birbiriyle uyumlaştırılmasında da yarar görüyorum. Son olarak, felsefe dersinin hukuk lisans programlarına dâhil edilip içeriğinin ve yönteminin geliştirilmesinde felsefe ve hukuk alanında çalışan akademisyenlerin işbirliğine girişmesini ümit ediyorum.

Makaleye, Kant'ın ussalığın (rasyonelliğin) özünü saptadığı üç ilkeyi ve bu ilkelere ilgili önemli bir değerlendirmeyi aktararak son vermek istiyorum:

“ 1. Bağımsız düşünmek

2. Kendini (insanlarla iletişim içerisinde) her bir başka kimsenin yerine koyarak düşünmek,

3. Daima, kendisiyle çelişmeksizin, uyum içerisinde düşünmek<sup>19</sup>

Bu ilkelere dayalı *sapere aude* –kendi aklını kullanma cesareti-, bu yüzden yoğun ve sürekli bir araştırmayı ve tefekkürü de hukukçu için zorunlu kılmaktadır. Kendi-mişeti ya da müvekkilinin çıkarı için akıl yürütmek hukukça düşünmek değildir.”<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Kant, “Pragmatik Bakımdan Antropoloji” (Bkz.: Ökçesiz, a.g.e. de 8. dipnot).

<sup>20</sup> Ökçesiz, a.g.e., s. 171.