

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Ekim 2019 • Sayı 40 • Yıl: 11



yayin.taa.gov.tr

40



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

40

YIL: 11, SAYI: 40, EKİM 2019
www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER

Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR

Dr. Musa TANRISEVEN / Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ / Hâkim

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Muhittin ÖZDEMİR

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Fethullah SOYUBELLİ

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Dr. Musa TANRISEVEN

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR

Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP

Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Abdülkerim YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN

Esmâ BULANIK

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı Çankaya/ANKARA

Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com

Web: www.taa.gov.tr

BASKI / PRINT

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası

İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.taa.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, yayın yönetmeni ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar Kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto yazılmalı "Calibri" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atf sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik ünvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın mesleği, ünvanı, elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 2 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara beş adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna www.taa.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŞMA KURULU*/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. Adem SÖZÜER
Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL
Prof. Dr. Ali Şafak BALI
Prof. Dr. Arzu OĞUZ
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ
Prof. Dr. Aydın GÜLAN
Prof. Dr. Ayhan DÖNER
Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN
Prof. Dr. Cem BAYGIN
Prof. Dr. Cemal ŞANLI
Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN
Prof. Dr. Çiğdem KIRCA
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
Prof. Dr. Ejder YILMAZ
Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ
Prof. Dr. Emine AKYÜZ
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Prof. Dr. Ersan ÖZ
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. Feridun YENİSEY
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
Prof. Dr. Fügen SARGIN
Prof. Dr. Halil AKKANAT
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU
Prof. Dr. Hamide ZAFER
Prof. Dr. Hasan AYRANCI
Prof. Dr. Hasan BACANLI
Prof. Dr. Hasan İŐGÜZAR
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU
Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Prof. Dr. İbrahim AYDINLI
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Prof. Dr. İsmail KAYAR
Prof. Dr. İsmail KIRCA
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Prof. Dr. Kadir ARICI

Prof. Dr. Kamil Ufuk BILGIN
Prof. Dr. Kayıhan İÇEL
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Prof. Dr. Kudret GÜVEN
Prof. Dr. M. Fatih UŐAN
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN
Prof. Dr. Mehmet DEMİR
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Prof. Dr. Mahmut KOCA
Prof. Dr. Melikşah YAŞIN
Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN
Prof. Dr. Murat ATALI
Prof. Dr. Murat DOĞAN
Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN
Prof. Dr. Mustafa AKKAŐA
Prof. Dr. Mustafa ATEŐA
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN
Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Prof. Dr. Nevzat KOÇ
Prof. Dr. Nihat BULUT
Prof. Dr. Nuray EKŐİ
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR
Prof. Dr. Osman DOĞRU
Prof. Dr. Osman İSFEN
Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Prof. Dr. Sururi AKTAŐA
Prof. Dr. Süha TANRIVER
Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI
Prof. Dr. Şafak NARBAY
Prof. Dr. Turan YILDIRIM
Prof. Dr. Vahit BIÇAK
Prof. Dr. Vahit DOĞAN
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Prof. Dr. Veysel BAŐPINAR
Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Yener ÜNVER
Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA 1

Federal Almanya Örneğinde Ulusal ve AB Temel Hak Korumasının Uyumlu Beraberliği

Compatibility of National Fundamental Rights Protection With the EU Rules in the Case of Federal Germany

Dr. Cannur ERCAN19

Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Öneri

Legal Responsibility Resulting from the Action of Robots Solutions for Non-Contractual Liability

Dr. Hâkim Tamer SOYSAL53

Markanın İnternet Ortamında Eleştiri Amaçlı Kullanımı: Anayasa Mahkemesi'nin 9 Ocak 2019 Tarihli Kararı Çerçevesinde Değerlendirmeler

The Use of Trademark for Criticism on the Internet Environment: An Evaluation in the Framework of the Constitutional Court's Naif Sasma Decision, Dated January 9, 2019

Hâkim Ahmet CANPOLAT113

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Sendikal Faaliyet Kapsamında İş Bırakması

In Turkish Law, Work Stoppage of Civil Servants within the Context of Union Activity

Dr. Pelin KARAASLAN149

Kötüleyici Reklamların Tespitinde Esas Alınacak Ortalama Tüketici Ölçütü

The Criterion Of Average Consumer in the Context of Disparaging Advertisements

Hâkim Adayı Orhan Gazi SARIDAĞ175

Fikri Hukukta Manevi Tazminat

Non-pecuniary Compensation on Intellectual Law

Doç. Dr. İftar CENGİZ193

Türk Hukukunda Kamu Görevlileri Sendikaları

The Public Servants Trade Unions in Turkish Law

Hâkim Gökhan ÇAYAN.....213

Geçiş Adaleti Ve Avrupa Arındırma Hukuku

Transitional Justice and European Lustration Law

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM245

Devletlere Atfedilemeyen Silâhlı Saldırlara Karşı Meşru Müdafaa: Uluslararası Hukukta Sınır Ötesi Operasyonun Hukukî Zemini

Self-Defence in Response to Attacks by Non-State Actors: The Legal Basis of Cross-Border Operations in International Law

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

FEDERAL ALMANYA ÖRNEĞİNDE ULUSAL VE AB TEMEL HAK KORUMASININ UYUMLU BERABERLİĞİ

*Compatibility of National Fundamental Rights Protection with
the EU Rules in the Case of Federal Germany*

Prof. Dr. Füsün ARSAVA*

Geliş Tarihi: 25.12.2018 Kabul Tarihi: 31.10.2019

ÖZET

AB Temel hakları ve ulusal temel hak ilişkisi konusu oldukça tartışmalıdır. Makalede sıkça tartışma konusu olarak ele alınan AB Temel Haklar Şartı'nın 51.madde, 1.fıkrası değil, iki farklı başka konu ele alınmaktadır. Makalede AB Temel Haklar Şartı'nın 51.madde, 2.fıkrasının Birlik için yeni yükümlülükler tesis etmemesine karşılık temel haklar bağlamında Birliğin tasarruf mükellefiyeti ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin her iki temel hak düzenini (ulusal ve AB) birbirinden ayrılığını kabul etmekle beraber ulusal temel hak korumasını AB Adalet Divanı'nın talebinin ötesine geçerek geri çekmesi ve AB Adalet Divanı ile diyalog yoluyla her iki temel hak düzenlemesini paralel uygulaması tartışılmaktadır.

Anahtar Sözcükler: Ulusal temel haklar, AB Temel hakları, temel hak koruması, AB Temel haklarının icrası, yetki kataloğu

ABSTRACT

The relationship between the EU fundamental rights and national fundamental rights has been a controversial issue. In this article, first paragraph of the article 51 of EU Charter of Fundamental Rights is not discussed, two other topics are discussed. First, although this Charter does not establish any new power or task for the Union, the obligation of the EU to act regarding fundamental rights is discussed. Second that the German Federal Constitutional Court which recognizes the separation of national and EU fundamental rights, extends the national fundamental rights protection beyond the request of the EU Court of Justice is discussed. Moreover the parallel implementation of both national and EU fundamental rights through dialogue with the European Court of Justice is also controversial, for this reason this article debate this issue.

Key words: National fundamental rights ,EU fundamental rights, protection of fundamental rights, EU fundamental rights enforcement, catalogue of competences

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Kızılcaşar Mahallesi 06836 İncek Ankara
<http://www.atilim.edu.tr>, ORCID ID: 0000-0003-2275-7664

GİRİŞ

Çok katmanlı bir sistemde farklı temel hak düzenlemelerinin yanyana ve birarada geçerliliği oldukça karmaşık bir durum olarak değerlendirilmektedir. Bir hukuk düzeninin çok kolay bir şekilde diğerinin alanına nüfuz etmesi ve bunun sonucu olarak da söz konusu hukuk alanının zarar görmesi mümkün olabilmektedir. Federal Alman Anayasasının (Grundgesetz) 142.maddesinin düzenlemesine rağmen bu durum Almanya’da Birlik ve Eyalet temel hakları ilişkisinde yıllardır gözlenmektedir. GG’in tasarruf alanı bıraktığı her alanda bu alanlar GG’in 1.madde, 3.fıkrasına rağmen Eyalet Anayasa Mahkemeleri’nin eyalet temel haklarını Birlik yanlısı yorumlaması ile daraltılmaktadır.¹

I – AB’nde Temel Hak Çeşitliliği

Bu tür bir bakış Avrupa entegrasyonu için çok büyük bir önem taşımamaktadır. İnsan hakları bugün için Avrupa’nın doğal değerlerine dahildir. Özellikle AİHK ve ek protokolleri ve AB anlaşmasının 2. maddesi bu durumu açıkça ortaya koymakta ve teyit etmektedir. Şimdiye dek ancak Birlik üye devletlerinin temel hak kataloglarının şekillendirilmesinde ve münferit temel hakların içeriğinde farklılıklar olduğu görülmektedir.² Federal Almanya’da yaygın özgürlüğü yine hiçbir ülkede olmayan kapsamda yayınların kurumsal olarak devlet denetiminden uzak kullanılmaktadır.³ Kapsamlı Bilim ve sanat özgürlüğü ise Almanya’ya özgü temel haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Almanya’da oldukça kapsamlı temin edilen inanç özgürlüğü (BVerfGE 24, 236, 249) İngiltere’de AİHK’nunu (Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu) ulusal hukuka iktibas eden 2000 tarihli “Human Rights Act’in 13 maddesinde açık şekilde yer almaktadır. İnanç özgürlüğü ise Fransa’da buna karşılık kamu alanında önemli sınırlamalara tabidir.⁴ AB Adalet Divanı’nın başörtüsü ile ilgili yeni kararlarında farklı hassasiyetler yetersiz şekilde dikkate alınmıştır. İnanç özgürlüğü AB Adalet Divanı tarafından işverenin çalışanına karşı genel tarafsızlık yükümlülüğü bağlamında değil, 2.madde, 2.fıkra, b-bendi muvacehesinde tolere edilebilir dolaylı ayrımcılık bağlamında değerlendirilmiştir.⁵ İnanç

¹ Gärditz, Klaus Ferdinand. Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung, HStR IX, 3.Aufl. 2011, §189, Rn.38 vd.

² Verilerin korunması bağlamında İngiltere’de ve kıta Avrupa’sında video gözetlemesi arasında farklılık bulunmaktadır; Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kamera üzerinden genel gözetleme ile ilgili kararları için bkz.: BVerfGE 109,279,323; BVerfGE 112,304,319; bu konu bağlamında AB Adalet Divanı kararları için bkz.: EuGH, Rs. C-213/13 (František Ryně), ECLI:EU:C:2014:2428, Rn.33

³ Radyo kuruluşları ile ilgili denetim kurumları için bkz.: BVerfGE 136, 9 Rn., 45 vd.

⁴ Anayasa Mahkemesinin Burka yasağı ile ilgili 07.10.2010 tarihli kararına ilişkin eleştiri için bkz.: Société, droit et religion, 2011, s.47,58 vd.

⁵ EuGH, Rs. C-157/14 (G4S Secure Solutions), ECLI:EU:C:2017-203, Rn.35vd.; krş: EuGH, Rs. C-188/15 (Bougnaoi und ADDH), ECLI:EU:C:2017:204, Rn.32

özgürlüğünün dolaylı ayrımcılık bağlamında değerlendirilmesi eleştirilmektedir. İnanç özgürlüğü AB Adalet Divanı'nın da kabul ettiği gibi inanç nedeniyle belli kıyafetlerin taşınmasını mümkün kılmaktadır. Bunun sonucu olarak da dini kıyafetler yasağı inanç nedeniyle doğrudan mağduriyete neden olabilmektedir. AİHM'nin bu konuya ilişkin kararına⁶ AB Adalet Divanı atıf yapmakla beraber bu yaklaşım onun tarafından tam olarak benimsenmemiştir. Bu bağlamda sadece Federal Almanya'da katı kurallar bulunmamaktadır. Fransa'daki inanç özgürlüğü geleneklerinin farklı olmasına karşın AİHM Fransa'da da özel sektör işverenin tarafsızlık yükümlülüğü bağlamında başörtüsü yasağını prensip olarak caiz görmemiş, ancak laiklik esasının sadece devlet için geçerli olduğunu kabul etmiştir. Siyasi alanda ise konu farklı şekilde tartışılmaktadır.⁷ Konuya ilişkin olarak inanç nedeniyle ayrımcılığı önlemeye matuf direktifin ulusal seviyede ayrımcılığa yol açan yasaklayıcı önlemi caiz kabul etmesi şaşırtıcıdır. Direktifin 8.maddesi üzerinden üye devletlere asgari harmonizasyon sağlama mükellefiyeti getirildiğinin dikkate alınması gerekmektedir. AB Adalet Divanı'nın işletme özgürlüğüne ilişkin yapmış olduğu vurgu (AB temel haklar Şartı'nın 16.maddesi) bu bağlamda bir önem taşımamaktadır.⁸ Avrupa çapında mütecanis bir temel hak yaklaşımının benimsenmesi AİHK'nun sadece asgari bir standart temin etmesi nedeniyle şimdilik mümkün gözükmemektedir.⁹

Ulusal ve Avrupa temel hak korumasını birlikte ve yanyana temin eden, diğer bir ifade ile ulusal önlemleri ulusal, AB önlemlerini Avrupa temel hak himayesine tabi kılan şekli bir düzenleme henüz mevcut değildir. Ulusal hukukun ve Avrupa hukukunun içerik olarak içiçe girmesi nedeni ile AB Temel Haklar Şartı'nın 51.maddesi daha farklı bir model öngörmektedir. Buna göre AB üyesi devletler Birlik hukukunun icrası bağlamında Birlik temel hakları ile bağlıdır. Bu yaklaşım tüm detayları ile Temel Haklar Şartı'nda düzenlenmemiştir. Bu nedenle ulusal ve Avrupa temel hak teminatı ilişkisi konusunda kimi hususlara açıklık getirilmesi gerekmektedir. Tartışmanın merkezinde AB Temel Haklar Şartı'nın 51.maddesi değil, AB Adalet Divanı'nın Åkerberg Fransson davasında verdiği kararın yorumlanması yer almaktadır.¹⁰ AB Adalet Divanı'nın takip eden içtihatı sorunun hassasiyetini ortaya koymakta ve Avrupa Birliği temel haklar sisteminin endişeye yol açar şekilde sınırsız uygulanmasını önlemektedir.

⁶ 15.01.2013 tarihli karar için bkz.: 48420/10-Eweida-RJD 2013-1

⁷ bkz.: Classen, Claus Dieter. Laizismus und Religionsfreiheit in Frankreich, ZevKR, 2017, Heft 2, s.79-87

⁸ bkz.: EuGH, Rs. C-157/14, Rn.38

⁹ Masing, Johannes. Einheit und Vielfalt des europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 2015, s.477 vd.; Voßkuhle, Andreas. "Integration durch Recht" - Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichtes, JZ 2016, s.161,164

¹⁰ bkz.: EuGH, Rs. C-617/10 (Åkerberg Fransson), ECLI:EU:C:2013:105

2017 Şubat başında bir kanun sözcüsü 810/2009 sayı ve tarihli tüzükte yer alan vize kodeksinin 25.madde, 1.fıkra, a-bendine göre yapılan vize başvurularında normun ihlâl riskinin bulunduğu durumlarda Temel Haklar Şartı'nın 4.maddesinin dikkate alınma mükellefiyetinin bulunmadığını, diğer bir ifade ile vize verme mükellefiyetinin olmadığını ileri sürerken, üye devletler arasında mültecilerin tesliminde Dublin III-tüzüğünü dikkate almak istemeyen bir diğer savcı iki gün sonra aynı temel hakkı farklı yorumlamıştır. AB Adalet Divanı her iki davada da kanun sözcülerinin talebini kabul etmemiştir. Temel hak nitelikli ayrımcılık yasağının AB Adalet Divanı tarafından kabulü ayrımcılık yasağının horizontal etkisini (üye devletlerin ulusal hukuklarındaki etkisini) açıkça ortaya koymuştur.

II – Temel Hakların tasarruf yükümlülüğü öngörmesi - AB seviyesinde ortaya çıkan sorunlar

AB Temel Haklar Şartı'nın AB bakımından bağlayıcılığı tüm kapsamı ile yeterince ortaya konulmamıştır. AB Adalet Divanı içtihadında bu konuyla ilgili dava örneği olarak 2004/113 sayılı direktife ilişkin “Test-achat” davası¹¹ ve yedek verilerin depolanması direktifi ile ilgili “Digital rights ve diğerleri” davası¹² karşımıza çıkmaktadır. Her iki davada direktif hükümleri AB hukuku temel hak yükümlülükleri ile bağdaşmaz kabul edilmiş ve geçersiz ilan edilmiştir. İlk davada direktifin münferit hükümleri, ikinci davada ise tüm direktif geçersiz ilan edilmiştir. Her iki davada da AB Adalet Divanı'nın gerekçeleri tereddüt yaratmıştır. İlk davada kadın ve erkekler için farklı sigorta tarifelerinin¹³ esas alınması ve ikinci davada 2006/24 sayılı AT direktifine göre yedek verilerin depolanması konusunda AB Adalet Divanı tarafından geliştirilen gerekçeler tartışma konusu olmuştur. AB Adalet Divanı Birlik yetkilerinin kapsam kazanmasını temin için de facto temel hakları kullanmıştır. AB Temel Haklar Şartı'nın 6.madde, 1.fıkra, 3.paragrafında Temel Haklar Şartı'nın Birlik yetkilerini genişletmeyeceği öngörülmüştür. Temel Haklar Şartı'nın 51.madde, 2.fıkrası bu yasağa görevleri de dahil etmiştir. Vize verilmesi ile ilgili olarak da Birlik hukukunun ulusal hukuk üzerinden icrası bağlamında benzer problemler ortaya çıkmaktadır.

a – Eşitliğe aykırı bir faktör olarak cinsiyet

2004/113 sayılı direktifin 5.madde, 2.fıkrası üye devletlerin belli koşullar altında primler ve hizmetler bakımından nisbi farklılıklar yapılabileceğini öngörmektedir (istatistiksel ve matematiksel bir veri olarak cinsiyet riziko değerlendirmesinde önemli bir faktör teşkil ettiği takdirde). Bu hüküm AB

¹¹ EuGH, Rs. C-236/09 (Test-achat), ECLI: EU:C:2011:100, Slg. 2011, I, 773

¹² EuGH, Rs. C-293/12 ve 594/12 (Digital rights), ECLI:EU:C:2014:238

¹³ 2004/113 sayılı AT direktifinin 5.md., 2.fık.

Adalet Divanı tarafından kadın ve erkeğin eşit muamele edilmesi kuralına aykırı görülmüş ve bu nedenle geçersiz ilan edilmiştir. Divan bu çerçevede Birliğin belli bir amacı takip ettiği durumlarda (bu çerçevede cinsiyetler arasında ayrımcılıkla mücadele amacı) üye devletlerin amaca uygun davranma mükellefiyetini kabul etmiştir. Bu durum Divan'ın görüşüne göre adım adım ilerlemeyi ve geçiş düzenlemeleri yapılmasını engellemektedir.¹⁴ Buna ilave olarak üye devletlerin tehlike olarak nitelendirilen durumlarda 2004/113 sayılı direktifin 5.madde, 2.fıkrası muvacehesinde AB hukukunda kadın erkek eşitliği için öngörülen istisnayı sürekli kılması mümkündür. Bu düzenleme Divan tarafından caiz görülmemiştir. Direktif, AB Temel Haklar Şartı'nın 21. ve 23.maddelerinde temin edilen kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması ve kadınların ve erkeklerin durumlarının prim ve hizmetler itibariyle onlar tarafından akdedilen sigortalarına uygun gerçekleşmesi beklentisini dile getirmektedir. Divan tamamlayıcı olarak AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 8.maddesine atıfta bulunmuştur. Buna göre Birlik faaliyetlerini eşitsizlikleri ortadan kaldıracak ve cinsiyetler arasında eşitliği sağlayacak şekilde sürdürecektir. Direktifin kadın ve erkek eşitliğinin uygulanma alanında istisna kabul ettiği hususunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Şüphesiz bu istisna üye devletleri cinsiyetler arasında ayırım yapmakla mükellef kılmamaktadır. Divan tarafından temel haklara gönderme yapılan bu tablo temel haklar alanında AB'nin tam bir harmonizasyon gerçekleştirmekle, dolayısı ile bu şekilde direktifin içeriğini de facto temel hakların amacına uygun şekillendirmekle mükellef kılındığını ortaya koymaktadır.

b – Yetersiz koruma kuralları nedeniyle yedek verilerin depolanması

Aynı durum yedek verilerin depolanması bağlamında söz konusu olmuştur. Yedek verilerin depolanması bağlamında AB Temel Haklar Şartı'nın 7. ve 8.maddelerinde yer alan haklara yapılan müdahale dava konusu olmuştur. Divan bu kez dava konusu AB önlemini kapsamı ve uygulanma alanı itibariyle verileri yedek olarak depolanan kişiler bakımından yeterli teminatlar öngörmesi, kişilerin bu verilerin kötüye kullanılması ve verilere izinsiz ulaşma konusunda teminatlara sahip olması gerekçesiyle AB hukukuna uygun bulmuştur. Direktif ancak verilere ulaşma konusunda yeterli spesifik teminatlar içermemektedir.¹⁵ Direktif diğer bir ifade ile verilerin korunması bakımından hassasiyet taşıyan düzenleme eksikliğine istinaden değil, yetki dayanağına istinaden iptal edilmiştir [AB Adalet Divanı'nın gerekli gördüğü hususlara yer verilen Komisyonun orijinal önerisinde yetki dayanağı olarak AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin suçla mücadeleye hizmet

¹⁴ EuGH, Rs. C-236/09 (Test-achart), ECLI:EU:C:2011:100, Slg.2011, I-773

¹⁵ EuGH, Rs. C-293/12 ve 594/12 (Digital Rights), ECLI:EU:C:2014:238

eden 114.maddesi değil, AB anlaşmasının Nice metninin oybirliğini öngören 31.maddesi esas alınmıştır. Önerinin kabul görmemesi sonucu olarak direktif iletişim alanında yer alan işletmeler arası rekabeti düzenleyen bir içerikle, karar alma yöntemi olarak iç pazarda yetki kullanılmasını temin eden nitelikli çoğunluk benimsenerek kabul edilmiştir.¹⁶

c - Ülkesinde işkence tehdidi bulunan bireylere vize verilmesi

Kanun sözcüsü Mengozzi nihai talebinde bir kişinin AB üyesi devletlerden birine yaptığı 90 günlük bir vize başvurusunda ülkesinde Temel Haklar Şartı'nın 4.maddesi bağlamında insanlık dışı veya aşağılayıcı bir muameleye maruz kalacağını iddia etmesi halinde üye devletin insani nedenlerle vize kodex'inin (810/2009 sayı ve tarihli AB tüzüğü) 25.madde, 1.fıkra, a-bendine göre durumu mütalâa ederek vize vermesi gerektiğini ifade etmiştir. Mengozzi'ye göre AİHM'nin AİHK'dan istihraç ettiği bu sonuç AB Temel Haklar Şartı'nın 52.madde, 3.fıkrasına göre Temel Haklar Şartı'nın 4.maddesinin yorumu bakımından da geçerli olan pozitif mükellefiyetten doğmaktadır.¹⁷

Konu şeklen Birliğin tasarruf mükellefiyetine değil, AB üyesi devletlerin tasarruf mükellefiyetine ilişkin olmakla beraber temel haklara ilişkin yorum her iki durumda da aynı olmak zorundadır. Kanun sözcüsünün ortaya koyduğu tabloya göre AİHK yükümlülüğü Birlik hukuku tarafından yeterince yerine getirilmemektedir. AB Temel Haklar Şartı AİHK'da öngörülen mükellefiyeti özü itibarıyla genişletmektedir. AİHK'dan doğan yükümlülük AİHK'nun 1.maddesi muvacehesinde sadece Konvansiyon tarafı devletlerin egemenlik yetkisine tabî olan kişiler bakımından söz konusudur. AB Temel Haklar Şartı buna karşılık benzer bir ülkesel çekince içermemektedir. Kanun sözcüsü Temel Haklar Şartı'nın uygulanma alanının ve içerik konularının birbirinden farklı sorunlar olarak ele alınmasına itiraz etmiştir. Yaklaşım şeklen doğru olmakla beraber muayyen bir yükümlülüğün mevcut olup olmadığı bağlamında iki konuya ilişkin değerlendirmenin ayrı yapılması mümkündür. Bu durumun ancak diğer sorun bakımından doğacak etki denetimini engellememesi gerekmektedir. AB Adalet Divanı söz konusu tüzükte vize başvurusu için uzun bir prosedürün öngörülmesi gerekçesi ile kanun sözcüsünün talebini kabul etmemiştir.¹⁸

d – Federal Problem

Zikredilen her iki davada AB Adalet Divanı temel hakların temini için Birliğin

¹⁶ bkz.: EuGH, Rs. C-301/06 (İrland/Rat und Parlament), ECLI:EU:C:2009:68, Slg.2009, I, 543; Classen, Claus Dieter. bkz.: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7.Aufl. 2015, Art.114, AEUV, Rn.159)

¹⁷ kanun sözcüsü Mengozzi'nin 07.02.2017 tarihli nihai talebi için bkz.: Rs. C-638/16 PPU (X und X v. Belgien), ECLI:EU:2017:93, Rn.127

¹⁸ EuGH, Rs. C-538/16 PPU (X und X v. Belgien), ECLI:EU:2017:173, Rn.42 ff

kimi önlemler alma mükellefiyetini kabul etmiştir. Bu mükellefiyetin yerine getirilmemesi bu bağlamda Birliğin yetkisinin öngörülmemesi nedeni ile AB anlaşmasının 6.madde, 1.fıkra, 2.paragrafının per se ihlâline yol açmamaktadır. Birliğin bu mükellefiyetinin AB Temel Haklar Şartı'ndan yeni mükellefiyetler istihraç edilemeyeceğini öngören 51.madde, 2.fıkrasına uygun olup olmadığı normun içerdiği yaklaşıma bağlıdır. Yeni mükellefiyetler primer hukukta şimdiye kadar öngörülmemen mükellefiyetleri mi, yoksa şimdiye kadar yerine getirilmeyen mükellefiyetleri mi ifade etmektedir? Zikredilen ikinci olasılığın kabulü halinde bir ihlâlin kabul edilmesi mümkündür. Zira böyle bir durumda Federal Alman Anayasa Mahkemesinin yedek verilerin depolanması davasında talep ettiği gibi temel hakların korunması için ulusal hukukta olmamasına rağmen AB düzenlemelerinin mevcudiyeti gereklidir.

Sigorta davasında AB Adalet Divanı cinsiyetler arasında eşitlik direktifinin AB anlaşmasında öngörülen mükellefiyeti tam olarak yerine getirmediğini belirtmiştir. Divan bu bağlamda orantılılık prensibine atıfta bulunmuştur. Buna göre bir üye devletin temel özgürlük veya hakları sınırlaması bu sınırlamanın orantılı yapılmasına bağlıdır. Aksi takdirde sınırlama için yeterli bir dayanak olduğu kabul edilmeyecektir.¹⁹ Burada Birliğin cinsiyetler arasında eşitliği ihlâl eden bir önlemi re'sen karara bağlaması değil, direktifin uygulanma alanı (bknz.: Direktifin 3.maddesi) bakımından bir istisna yapılması söz konusudur. Böyle bir durumda caiz olmayan bir orantsızlıktan söz etme imkânı bulunmamaktadır. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin yetki düzenlemesi içeren 19.maddesi tasarrufta bulunmak için bir mükellefiyet değil, yetki öngörmektedir.

Karara bağlanan her iki davada da Divan AB yurttaşlarının temel haklarla ilgili durumlarının münhasıran direktife istinaden değil, ulusal hukuka istinaden tayin edildiğine ilişkin herhangi bir vurgu yapmamıştır.²⁰ Bu tablo Birlik Hukukuna uygulanma alanı açıldığı nispette verilere erişim ve depolanan yedek verilerin kullanılması bağlamında Birlik temel haklarının dikkate alınması gerektiğini ortaya koymaktadır.

e – Karşı örnekler

AB Adalet Divanı'nın içtihatında temel hak konularının ulusal yasama ve yürütmeye bırakıldığını gösteren örnekler de bulunmaktadır. Ailelerin birleştirilmesine ilişkin 2003/86 tarih ve sayılı AB direktifi aileleri yeterli

¹⁹ EuGH, Rs. C-243/01 (Gambelli), ECLI:EU:C:2003:597, Slg.2003 I-13031, Rn.67; EuGH, Rs. C-169/07 (Hartlauer), ECLI:EU:C:2009:141, Slg.2009 I-1721, Rn.57vd.

²⁰ Wolff, Heinrich Amadeus. Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 8.4.2014 zur Vorratsdatenspeicherung, DöV Heft 14, 2014, s.608; Kühling, Jürgen. Der Fall der Vorrats-datenspeicherungsrichtlinie und der Aufstieg des EuGH zum Grundrechtsgerichtshof, NVwZ 2014, s.681,684

şekilde korumadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. AB Adalet Divanı buna karşılık tereddüt konusu durumların Birlik hukukunun uygulama alanına ve dolayısıyla üye devletlerin ulusal hukuklarında yer alan temel haklara tâbi olduğunu ifade etmiştir. Direktif, temel hakların ve teminatlarının etkisinin fiilen gerçekleşmesi için hareket alanı bırakmaktadır.²¹ Divan özgürlük, güvenlik ve adalet alanında Lizbon anlaşmasının yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra üye devletlere tutuklama emirlerini karşılıklı olarak tanıma mükellefiyeti getiren tüzüğe ilişkin olarak verdiği kararda Temel Haklar Şartı'nı sadece Birlik hukukunun yorumunda esas almış ve Birlik Temel Hakları'nı ulusal icra tasarrufları bakımından esas almayı reddetmiştir.²² Yukarıda zikredilen kararlar gibi ikna edici niteliği olmayan bu kararın özelliği farklı bir bakışa sahip olmasıdır.

Arada geçen zaman zarfında Divan tutumunu değiştirmiş ve Avrupa tutuklama emri bağlamında direktiflerin uygulanmasında temel haklara saygı bakımından ilgili devletin hukuk düzeninin yahut münferit kararının güvenilir olması kriterini kabul etmiştir. Tutuklama emrini tanıma yükümlülüğünün uygulanma alanında sadece münferit durumlarda değil, genel olarak ve sistematik şekilde insan hakları ihlâl edildiği takdirde, diğer üye devletlerin Avrupa tutuklama emrinin tanınması talebini karşılamaktan, ikincil hukukta istisna açık olarak öngörülmesi dahi kaçınması mümkündür.²³ Temel hakların icrasında diğer üye devletler bakımından da yükümlülüklerin tesis edilebileceği gerçeğinden hareketle böyle bir durumda temel haklar bağlamında asgari harmonizasyon (uyum) öngören açık bir mükellefiyetin bulunduğu kabul edilmektedir.

AB Adalet Divanı'nın Birliğin Birlik temel haklarına bağlılığı konusundaki içtihatı her noktada ikna edici gözükmemektedir. AB'nin Temel Haklar Şartı'nı ihlâl ederek ulusal temel haklara müdahale yapması yahut üye devletlere karşı Birlik temel haklarını iddia etmesi mümkün değildir. Birlik hukukunun üye devletler tarafından icrası bağlamında Birlik hukuk tasarruflarının ulusal temel haklara müdahalesi Birlik tasarruflarında bu müdahale bağlayıcı olarak öngörüldüğü takdirde mümkündür. Bunun dışında Birlik Temel Haklar Şartı üye devletlerin temel haklarına müdahale için bir ölçü koymaktadır. Bu durum sadece temel hakları koruma boyutu bakımından geçerlidir. AB Temel haklarının tamamlayıcı düzenlemeler öngördüğünden hareket edildiği nispette üye devletlerin AB temel hakları bakımından meşru veya öngörülen

²¹ EuGH, Rs. C-540/03 (EP/Rat), ECLI:EU:C:2006:429, Slg.2006, I-5769 Rn.62 vd.

²² EuGH, Rs. C-400/10 PPU (McB), ECLI:EU:C:2010:582, Slg.2010, I-8965 Rn.52; Thym, Daniel. Anmerkung zu einer Einladung des EuGH, Urteil vom 05.10.2010 (C-400/10; FF 2011, 26) – Zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte, JZ 2011, s.148,151

²³ Classen, Claus Dieter. Gegenseitige Anmerkung und gegenseitiges Vertrauen im europäischen Rechtsraum, bkz.: FS Jürgen Schwarze, 2014, s.556,565 vd.

tasarruf mükellefiyetleri söz konusu olmaktadır. Bu tür düzenlemelerin Birlik hukukunun kendisi tarafından öngörülmesi gerekmektedir. Bu mükellefiyet diğer devletler için de öngörülebilir. Bu düzenlemelerle asgari bir temel hak standardı temin edilmektedir. Bunun dışında ulusal yahut Avrupa temel haklarının icrası bağlamında asgari temel hak teminatı yeterli olmaktadır. Bu bağlamda Birlik seviyesinde açık düzenlemelere gerek bulunmamaktadır. Bu tür düzenlemelerin eksikliği per se temel hak ihlâline neden olmamaktadır.

III – Ulusal seviyede doğan sorunlar

Ulusal ve Avrupa temel hak koruma standardının benzer olması gerekliliği zorluklara yol açmaktadır. Bu çerçevede AB entegrasyonunun anayasa hukuku sınırları gündeme gelmektedir. Ulusal temel hak korumasının Birlik hukukunun uygulanma alanında oynadığı rol bu kez anayasa hukukunun entegrasyon sınırlamaları olarak gündeme gelmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi ulusal egemenlik tasarruflarının değerlendirilmesinde ulusal temel hak korumasını esas almaktadır. Literatürde temsil edilen görüşe göre Birlik hukuku bağlayıcı düzenlemeler içerdiği takdirde Birlik hukukunu icra eden yahut ulusal hukukta düzenleyen ulusal hukuki tasarrufların Alman Anayasası (GG) esas alınarak değerlendirilmesi mümkün değildir.²⁴ Federal Alman Anayasa Mahkemesi ulusal ve AB temel haklarının ayrılığı modelini benimsemektedir. Bu şekilde Ulusal ve Avrupa temel haklarının paralel uygulanması modeli imkânsızlaşmaktadır.²⁵

Avrupa temel hak koruması prensip olarak gerektiği takdirde AB Adalet Divanı devreye sokularak temin edilecektir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi GG 100.madde muvacehesinde AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 267.madde, 3.fıkrasında öngörülen önkarar başvuru mükellefiyetine riayeti denetleyecektir.²⁶ Birlik hukukunun bağlayıcı olup olmadığı ve Birlik hukukunun ne ölçüde bağlayıcı olduğu, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin ne ölçüde denetim yetkisi kullanabileceği önkarar başvurusu bağlamında açıklığa kavuşturulmaktadır.²⁷ Federal Alman Anayasa hukukundan önkarar başvuru mükellefiyeti istihraç edilmektedir. Kanunlara karşı uygulanan anayasa şikâyeti prosedürü Anayasa Mahkemesinin kendisinin AB Adalet Divanına başvuru yapmasını gerektirmektedir.²⁸

Birlik hukukunun ulusal icra organına Birlik hukukunun icrasında hareket alanı bıraktığı durumlarda Federal Alman Anayasa Mahkemesi Alman

²⁴ Britz, Gabriele. Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015, s.275,276 vd.

²⁵ Thym, Daniel. Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta, NVwZ 2013 Heft 14, s.889,892

²⁶ BVerfGE 75, 223,233 vd. – Kloppenburg-Beschluss; BVerfGE 82, 159,195 vd.

²⁷ BVerfGE 129,186,203 vd.-Norm kontrolü yöntemi

²⁸ krş.t.: BVerfGE 125,260,308-Vorratsdatenspeicherung

mercilerinin Birlik hukuku ile tam olarak bağlılığını kabul etmekte ve bu mercileri olağan şekilde denetlemektedir.²⁹ Federal Alman Anayasa Mahkemesi başta zikredilen Birlik temel hak teminatlarının uygulanma alanına ilişkin AB Adalet Divanı içtihatına eleştirisel bakmaktadır.³⁰ Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kimi yargıçları hattâ Temel Haklar Şartı'nın bu çerçevede önem taşıyan 51.maddesinin AB Divanı'nın Temel Haklar Şartı'nın yürürlüğe girmesinden önce temel hakların korunmasına ilişkin verdiği kararlara nazaran daha dar yorumlanması gerektiği görüşünü temsil etmektedir.³¹ Her iki temel hak kategorisinin (AB ve ulusal) uygulanma alanlarının olabildiğince birbirinden ayrı mütalâa edilmesine ilişkin yaklaşım tereddüte yol açmaktadır. AB Adalet Divanı ulusal ve Avrupa temel haklarının prensip olarak yanyana uygulanmasından hareket etmektedir.³² AB Temel Haklar Şartı temel haklar konusunda Temel Haklar Şartı'nın 53.maddesinden istihraç edildiği üzere GG'in 142.md. gibi münhasıran geçerli olma iddiası yapmamaktadır.

Ulusal ve AB hukuku ilişkisine ilişkin bu durum tüzüklerle ilgili yaklaşımdan farklılık göstermektedir. Tüzükler paralel ulusal düzenlemeyi yasaklamaktadır.³³ Birlik hukuku ve ulusal hukuk arasında bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda ulusal hukukun ve ulusal anayasa hukukunun geri çekilmesi gerekmektedir.³⁴ Ulusal temel hak korumasının geri çekilmesi Federal Alman Anayasa Mahkemesi uygulamasının ortaya konulduğu üzere kısmen Birlik hukuku tarafından talep edilmekte, kısmen de Anayasa Mahkemesinin kendi kendini sınırlama sonucu ortaya çıkmaktadır. Ulusal ve Avrupa temel haklar standardının kümülatif (birbirini tamamlar şekilde) uygulanmasının ulusal hukukta bir dayanağının bulunmaması nedeniyle her iki hukuk düzeninin temel hakların ayrılığı konusunu titizlikle ele alması gerekmektedir.

a – Anayasa prosedürü çerçevesinde müdahale olanakları

aa) Ulusal temel hak korumasının rolü

Herşeyden önce ulusal temel hak korumasının Birlik hukukunun uygulanma alanında etki göstermesi konusunda tereddüt bulunmaktadır. Böyle bir etkinin kabul edilmesinin önkoşulu Anayasa Mahkemesinin prosedürel olarak

²⁹ Krş.: BVerfGE 112,273,292 vd. – Europäischer Haftbefehl; BVerfGE 125,260,347 vd. – yedek verilerin depolanması

³⁰ BVerfGE 133,277, Rn.91 – Antiterrordateigesetz

³¹ Kirchhof, Ferdinand. Kooperation zwischen nationalen und Europäischen Gerichten, EuR Heft 3, 2014, s.267,278 vd.

³² Weiß, Wolfgang. Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon, EuZW Heft 8, 2013, s.287,290

³³ EuGH, Rs. 34/73 (Variola), ECLI:EU:C:1973:101, Slg. 193, 981, Rn.11

³⁴ EuGH, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), ECLI:EU:C:1970:114, Slg. 1470, 1125, Rn.3

müdahale olanağının bulunmasına bağlıdır. Diğer bir ifade ile anayasa şikâyeti prosedürü çerçevesinde ulusal bir temel hak ihlâlinin tespiti olanağının yahut yine aynı şekilde somut norm kontrolü prosedürü üzerinden bir kanunun anayasaya aykırılığının ve temel hak ihlâli tespiti olanağının bulunması gerekmektedir. Bu durum Birlik hukukunun bir taraftan anayasal entegrasyon sınırlamaları, diğer taraftan Birlik Hukukunun münhasıran Birlik temel hakları esasında değerlendirilmesi nedeniyle mümkün değildir. Bunun sonucu olarak ulusal icrai tasarruflar bakımından da Birlik hukukundan doğan öncelikli yükümlülükler nedeniyle Birlik temel haklarına nazaran daha kapsamlı koruma sağlamayan ulusal temel hakların Birlik temel haklarına koruma sağlaması söz konusu değildir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi ulusal icrai tasarruflar için Birlik temel hak korumasını denetim ölçütü olarak kabul etmemektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bu çerçevedeki görevi uzman mahkemelerin önkarar başvurularını sağlayarak AB Adalet Divanı'nın karar yetkisini temin etmektir.

Prosedürel olarak Birlik hukukunun hareket alanı bıraktığı alanlarda ulusal temel hak korumasının gündeme gelmesi şüphesiz problem yaratmamaktadır. Aynı durum ulusal ve Avrupa temel hak korumasının paralel geçerli olduğu durumlar bakımından söz konusudur. Federal Alman Anayasa Mahkemesi böyle bir durumda Birlik tasarrufunun şeklen yahut içerik olarak AB Adalet Divanı'na yapılan önkarar başvurusu sonucu saptanan geçersizlik iddiası bağlamında şikâyetçinin bir kanuna karşı yaptığı anayasa şikâyeti başvurusunu kabul etmektedir. Geçersizlik iddiasının AB Adalet Divanı tarafından kabul edilmesi halinde Federal Alman Anayasa Mahkemesi bakımından tam denetim yetkisi doğmaktadır.³⁵

Bir tasarrufa karşı yapılan anayasa şikâyeti yahut somut norm kontrolü bağlamında ulusal ve Avrupa temel haklarının ihlâlinin paralel olarak gündeme gelmesi mümkündür. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Avrupa tutuklama emrine ilişkin kararında bu olasılığı zimnen kabul etmiştir.³⁶ Söz konusu davada Anayasa Mahkemesi anayasa ihlâlini ve Avrupa tutuklama emrinin çerçeve koşullarının ihlâlini, dolayısıyla Birlik temel haklarının ihlâlini birarada saptamıştır.³⁷ Dava anayasal kimlikle bağlantılı anayasa ihlâli davası olarak görülmele beraber, davada Temel Haklar Şartı'nın ihlâli de değerlendirilmiştir.³⁸

Yedek verilerin depolanması uyumsuzluğunda Federal Alman Anayasa Mahkemesi belli sınırlar içinde yedek verilerin depolanmasının anayasal kimlik

³⁵ Uzman mahkemede derdest bir davada önkarar başvurusu yapıldığı takdirde Federal Alman Anayasa Mahkemesi nezdinde kanunlara karşı anayasa şikâyeti yapılamamaktadır (BVerfGE 140, 317 Rn.84 vd.)

³⁶ BVerfGE 137,273 Rn.127 vd.

³⁷ BVerfGE 140,317 Rn.84 vd.

³⁸ Thym, Daniel. Vereinigt die Grundrechte! JZ 2015, s.60

muvaahesinde yasaklanamayacağını kabul etmiştir.³⁹ Bunun anlamı yedek verilerin depolanmasının anayasa hukukuna aykırı düşmemesidir. Anayasa Mahkemesinin doğrudan bir anayasa şikâyeti davası üzerinden yahut başka bir yolla, örneğin doğrudan uzman mahkeme kararına karşı anayasa şikâyeti davası yahut dolaylı olarak somut yahut soyut norm kontrolü üzerinden konuyla iştiğal etmesinin önemi bulunmamaktadır. Önemli olan bu çerçevede Birlik Hukukunun yorum veya geçerlilik sorunun cevaplandırılması, ilgili direktifin AB Adalet Divanı'nda önkarar başvuru konusu yapılmasıdır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin prosedürel müdahale olanağının söz konusu olduğu bir örnek inanç özgürlüğü bağlamında karşımıza çıkmaktadır. 2014 yılında Federal Alman Anayasa Mahkemesi Federal İş Mahkemesinin (BAG) bir kararını Kilisenin selfdeterminationsright"ına yeterince saygı göstermemesi gerekçesi ile iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi gerekçesinde Mahkemenin Kilisenin şekli uygulamalarını denetleme bağlamında kendine tanınan yetkilerini aşığı vurgulanmıştır.⁴⁰ Uyuşmazlık konusu AB'nin eşitlilikle ilgili 2000/78 tarih ve sayılı direktifinin uygulanma alanında doğmuştur. BAG'ye göre direktifin 4.madde, 2.fıkrasında üye devletlerin dikkate almak zorunda olmadıkları Kilise çalışma hukukuna ilişkin bir özel düzenleme yer almaktadır. Bunun sonucu olarak BAG'ya göre AB Adalet Divanı'na önkarar başvuru mükellefiyeti bulunmamaktadır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin konuya yaklaşımı daha farklı ortaya çıkmıştır. Anayasa mahkemesine göre boşanma ve yeniden evlenme ertesinde katolik hastanesindeki işinden çıkarılan doktorun kurumun etik değerleri ışığında samimi davranıp davranmadığının, bu konuda AB Adalet Divanı'nın şimdiye dek bir kararının olmaması nedeniyle önkarar başvurusu yapılmaksızın cevaplandırılması mümkün değildir. Birlik Hukukunun temel hakları koruma teminatı (Temel Haklar Şartı'nın 47.md.; direktifin 9.md.) muvaahesinde Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kendisine Kilise ile ilgili vermiş olduğu kararın denetlenmesi talebi ile dava iade edilen BAG Anayasa mahkemesinin talebi doğrultusunda AB Adalet Divanı'na önkarar başvurusu yapmıştır. Şüphesiz Federal Alman Anayasa Mahkemesi böyle bir durumda AB Adalet Divanı kararını anayasa hükmü olarak kabul etmek mükellefiyetinde değildir. AB Adalet Divanı'nın ulusal temel haklara müdahale teşkil eden mükellefiyetler öngörmesi, belli tutumlar talep etmesi halinde Anayasa Mahkemesinin müdahalenin gerekliliğini kabul etmeyen bir saptama ile yetinmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesinin ancak Birlik Hukuku tarafından belirlenen ulusal tasarruf söz konusu olduğu takdirde şimdiye dek kullandığı denetim yetkisini sona erdirmemekle beraber ulusal tasarrufun Birlik Hukuku tarafından belirlendiğini dikkate alması gerekmektedir.

³⁹ BVerfGE 125, 200, 260, 324 – yedek verilerin depolanması

⁴⁰ BVerfGE 137, 273 Rn.163 vd.

ab) Birlik Hukukuna istinat edilmesi

Birlik Hukukunun Federal Alman Anayasa Mahkemesi nezdinde gerçekleşen bir prosedür çerçevesinde oynadığı rolün açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Hangi soruların AB Adalet Divanı'na tevcih edilebileceği, Birlik Hukukunun karara esas olup olamayacağı hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 267.maddesi Birlik Hukuku sorununun karara esas olmasından hareket edilmektedir. Söz konusu tablo Birlik Hukukunun ulusal karara getirdiği sınırları ortaya koymaktadır. Buna göre Anayasa Mahkemesi Adalet Divanı'na ulusal temel hak koruması muvacehesinde karar vermesini mümkün kılan her soruyu yöneltebilecektir. Bu çerçevede iki olasılığın söz konusu olduğu görülmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Divana yönelttiği sorular ile Birlik Hukukunun mümkün olduğu kadar dar yorumlanarak kararında hareket serbestisi kazanma eğilimi göstermesi mümkün olabildiği gibi, nihai kararı belirleyen yorumlara yol açan sorular yönelmesi de mümkündür. Örneğin, kimi reklam düzenlemeleri düşünce özgürlüğü bağlamında sorun teşkil etmektedir. Bu düzenlemelerin yetki nedenleri ile dar yorumlanması mümkün olduğu gibi, Birlik Hukukundaki düşünce özgürlüğü muvacehesinde ulusal temel hak koruması bakımından istenilen sonuç elde edilecek şekilde yorumlanması mümkündür. AB Adalet Divanı'nın Birlik Hukukunu dar yorumlama yahut Birlik Hukukunu temel hakları onun tarafından istenilen kararı vermesini sağlayacak şekilde yorumlama olasılığı Anayasa Mahkemesinin anayasa şikâyeti başvurularını kabul etmesinde ölçü olmaktadır. Bu durum önkarar sorularının karar bakımından taşıdığı önemi ortaya koymaktadır.

ac) – Avrupa temel hak koruması çerçevesinde hareket alanı

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Birlik Hukukunun uygulanma alanında temel hak sorunlarına prosedürel müdahalesinin açıklığa kavuşturulması paralelinde bu müdahalenin içerik olarak olası sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Birlik Hukukunun uygulanması çerçevesinde ulusal temel hak korumasının etki olasılığı Birlik temel hak korumasının maddi hukuk ve usul hukuku özelliklerine bağlıdır. Muayyen bir alanda geçerli olacak temel hak düzenini siyasi yahut hukuki karar verici sorumlu merci belirler (ilk planda yasama organı, ikinci planda uzman mahkemeler). Ulusal seviyede hareket alanının belirlenmesinde meşruiyet kriteri önemli role sahiptir. Doğrudan demokratik meşruiyeti olan Parlamento'ya mahkemenin sınırlama getirmesi ancak özel koşullarla mümkündür. Federal Anayasa Mahkemesi de basit hukuki sorunlarda nihai karar organı olarak kabul edilmemiştir. Buna ilave olarak temel haklar sadece kanunların geçerliliği bakımından ölçü oluşturmamaktadır. Temel hakların yorumunda ve uygulamasında temel haklara saygı mükellefiyeti çok daha önemlidir.

Avrupa seviyesinde bu görüşler nisbi olarak değişik şekillerde temsil edilmektedir. Bu çerçevede ancak çok katmanlı sistemin özelliklerinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu durum Temel Haklar Şartı'nın sağladığı koruma için önemli bir fonksiyona sahip olan AİHK için de geçerlidir. Avrupa Temel Hak korumasının gelişiminde farklı ulusal özellikler dikkate alınmıştır.⁴¹ Birlik Hukukunda bu tür bir hareket alanının temini mükellefiyeti AB anlaşmasının 4.madde, 2.fıkrasında ulusal kimliğe saygı mükellefiyeti olarak düzenlenmiştir. Bu mükellefiyet uygulanma alanı itibarıyla AB Adalet Divanı tarafından Federal Alman Anayasa Mahkemesinin anayasanın (GG) 79.madde, 3.fıkrasına ilişkin yorumuna nazaran daha kapsamlı yorumlanmıştır. Bu şekilde AB Hukuku tarafından bırakılan hareket alanı Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından doldurulabilecektir.⁴² Buna doğal olarak usul hukuku özellikleri ilave olmaktadır.

Ulusal tasarrufların Birlik temel haklarına uygunluğu Temel Haklar Şartı'nın 51.maddesi çerçevesinde kural olarak önkarar prosedürü üzerinden AB Adalet Divanı tarafından karara bağlanmaktadır. Divan bu çerçevede sadece Birlik Hukukunun yorumu konusunda yetki kullanmaktadır. Bunun somut durum için doğuracağı sonuç, diğer bir ifade ile uyumsuzluk konusu ulusal tasarrufun Birlik Hukukuna uygunluğu ulusal mahkeme tarafından (koşullara göre anayasa mahkemesi tarafından) karara bağlanmaktadır.⁴³ AB Adalet Divanı uygulaması ulusal mahkemelere bırakılan hareket alanının çok kapsamlı olmadığını göstermektedir. Bu durum iki temel hak kataloğunun birbiriyle uyumlu kılınması gereken çok kutuplu hukuki ilişkilerde görülmektedir.⁴⁴

b – Federal Alman Anayasa Mahkemesi bakımından doğan sonuçlar

ba) Birlik Hukuku ve Anayasa Hukuku ilişkisinin açıklığa kavuşturulması

Federal Alman Anayasa mahkemesi uygulamasında mahkemenin 1974 tarihli Solange I kararından itibaren Birlik Hukukunun denetimi bakımından bir çekimserlik söz konusudur. Bunun dogmatik dayanaklarını mahkeme açık bir şekilde ortaya koymamış, belli hususları Birliğe saygı bağlamında denetlemediğini ifade etmiştir. Yukarıda işaret edildiği gibi Anayasa Mahkemesi Birlik Hukukuna saygıya istinaden Birlik Hukuku yasaklamadığı halde Birlik

⁴¹ Thym, Daniel. Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta, NVwZ 2013 Heft 14, s.895) –AİHK bağlamında “margin of appreciation” kavramı kullanılmaktadır”- (Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina. Europäische Menschenrechtskonvention, 6.Aufl., §18, Rn.20 vd.)

⁴² Frenzel, Eike Michael. Die Charta der Grundrechte als Maßstab für mitgliedstaatliches Handeln zwischen Effektivierung und Hyperintegration, Der Staat, Vol.53 (2014), s.1 vd.

⁴³ Boecker, Matthias. Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte, EuR 2015 Heft 4, s.401

⁴⁴ örnek olarak bknz.: EuGH, Rs. C-36/02 (Omega), ECLI:EU:C:2004:614, Slg. 2004, I-9608, Rn.38 vd.; EuGH, Rs. C-438/05 (ITF), ECLI:EU:C:2007:772, Slg. 2007, I-10779, Rn.84 vd.

Hukukunu denetleme yetkisi kullanmamıştır. Birlik Hukuku ve ulusal temel hak koruması arasındaki uyumsuzluk durumlarında anayasal kimliğin korunması dışında Birlik hukuku geçerli olmaktadır. Anayasa Mahkemesi nihai karar yetkisini şeklen kaybetmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi fiilen temel haklara ilişkin içtihatında Birlik Hukukunun önceliğini GG bakımından da tanımıştır.⁴⁵

bb) Uzman mahkemelerin aleyhine olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesinin güçlenmesi

Federal Alman Anayasa Mahkemesi yukarıda işaret edildiği üzere Birlik temel haklarının korunmasında ağırlık kazanmıştır. Şimdiye dek Anayasa Mahkemesi hernekadar Birlik Hukukunun uygulanma alanında AB Adalet Divanı'na önkara başvurusu yapılmaksızın, diğer bir ifade ile temel hak denetimi yapılmaksızın alınan nihai mahkeme kararları bağlamında GG 101. madde muvacehesinde anayasa şikâyeti başvurularını kabul etmiş ise de, maddi hukuk konusunda bir açıklama yapmamıştır. Anayasa Mahkemesinin temel hakların korunmasında uzman bir mahkeme olarak Divanla temel haklar konusunda diyaloga geçmesi büyük bir öneme sahiptir.

AB Adalet Divanı'nın kararına göre Federal Alman Anayasa Mahkemesi kendi önkara başvurusunun sonuçlarını kabul etmek zorundadır. Önkara kararları kimi zaman hareket alanı bırakabilmektedir. Bu bazen açık olarak öngörülmektedir, bazen yoruma açık kavramlar kullanılarak yapılmaktadır. Söz konusu hareket alanlarından nasıl yararlanılacağı konusunda karar yetkisi sadece uzman mahkemelere ait değildir. Önkara başvurusunun Federal Alman Anayasa Mahkemesinden gelmesi halinde yahut kararın nihai olarak uzman mahkemeler seviyesinde alınması gerekmediği takdirde AB Divanı kararının gereği anayasa hukuku düzenlemeleri ışığında Anayasa mahkemesi kararı ile yerine getirilecektir.

Alman temel haklarının Birlik temel hakları bakımından garantör olmasına gerek bulunmamaktadır. Bu çerçevede önemli olan temel hak standardının maddi hukuk olarak harmonize edilmesi değil, Anayasa Mahkemesinin hareket alanının teminat altına alınmasıdır. Bu çerçevede doğan sorunların inanç özgürlüğü bağlamında örneklenmesi mümkündür. Federal Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararı BAG'nın 2000/78 tarih ve sayılı direktifin 4.madde, 2.fıkrası ve 9.maddesinin yorumu bağlamında AB Adalet Divanı'na başvuru yapması konusunu gündeme getirmiştir. İnanç özgürlüğüne ilişkin alan Birlik Hukukunun özel olarak ulusal düzenlemeleri dikkate alma iradesine sahip olduğu bir alandır. Uyuşmazlık konusu direktifin 4.madde, 2.fıkrası inanç özgürlüğünün Birlik yasama organı bakımından doğan sonuçlarını

⁴⁵ BVerfGE 129,78,100

AB'nin çalışma usulleri hakkındaki sözleşmenin 17.maddesinde öngörülen düzenlemeden istihraç etmektedir. Söz konusu hükme göre Birliğin Kiliselerin üye devletlerde yararlandıkları statülerine saygı gösterme ve bu statüyü ihlâl etmeme mükellefiyeti bulunmaktadır. Başörtüsü uyuşmazlıklarında Anayasa Mahkemesi önkarar başvurusu yaparak sorunları baştan önleme yolunu seçmemiştir.⁴⁶ Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Lizbon anlaşmasına ilişkin kararında inanç özgürlüğünü kültürel, tarih ve dil çeşitliliği gereksinimi duyulan alanlar arasında saymış ve üye devletlere siyasi düzenleme yapmalarını temin edecek şekilde entegrasyon dışında kalan, demokratik kimliğin korunduğu yeterli bir alanın bırakılması gerektiğinin altını çizmiştir.⁴⁷ Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu çerçevede önkarar başvurusu yaparak AB hukuku sorununu kendi sorumluluğu olarak AB Adalet Divanı'na arz etme olanağını kullanmamıştır.

SONUÇ

Her iki yüksek mahkemenin (AB Adalet Divanı ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi) temel hak sorunları bağlamında sorumluluklarını yerine getirmekte zorlandıkları görülmektedir. AB Adalet Divanı birçok kararında Temel Haklar Şartı'nın 51.madde, 2.fkrasının yorumu bağlamında temel hakları Birlik görevlerini istihraç dayanağı olarak kullanmıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de benimsediği temel hak kataloglarının ayrılığı tezi ile Birlik Hukuku çerçevesinde ulusal temel hak korumasının anlamını gereğinden fazla azaltmıştır. Oysa temel hak koruması alanında "çeşitlilik içinde birlik" ilkesinin her iki mahkeme ilişkisinde önemli bir katkı sağlaması mümkündür. Bu çerçevede öncelikle temel hakların materyal olarak benzerliği değil, tersine bir durum hedeflenmektedir. Birlik Hukukunun uygulanması alanında Anayasa Mahkemesinin temel hakların korunması çerçevesinde aktif rol oynaması ulusal seviyede farklı ulusal geleneklerin temin edilmesinde bu rolün uzman mahkemeler tarafından oynanmasına nazaran çok daha fazla katkı sağlayacaktır.

⁴⁶ BVerfGE 108,282; BVerfGE 138,296

⁴⁷ BVerfGE 123,267,358,363

KISALTMALAR

ADDH	: Association de défense des droits de l'homme
AEUV	: Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Treaty on the Functioning of the European Union)
Aufl.	: Auflage (bası)
BAG	: Bundesarbeitsgericht
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DÖV	: Die öffentliche Verwaltung
ECLI	: European Case Law Identifier
EuGH	: Der Europäische Gerichtshof
EuGRZ	: Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	: Europa Recht
EuZW	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FS	: Festschrift (Armağan)
GG	: Grundgesetz (Alman Anayasası)
HStR	: Handbuch des Staatsrechts
Hrsg.	: Editör
JZ	: Juristen Zeitung
NVwZ	: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
PPU	: Acil Ön Karar Prosedürü (Procédure préjudicielle d'urgence)
RFSR	: Der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Özgürlük Güvenlik ve Adalet Alanı)
RJD	: Reports of Justice and Decisions
Rn	: Randnummer
Slg.	: Sammlung
ZevKR	: Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht

KAYNAKÇA

Boecker, Matthias Das Grundgesetz als Implementationsgarant der Unionsgrundrechte, EuR 2015 Heft 4

Britz, Gabriele Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht und den Europäischen Gerichtshof, EuGRZ 2015

Classen, Claus Dieter Laizismus und Religionsfreiheit in Frankreich, ZevKR, 2017, Heft 2

Classen, Claus Dieter bknz.: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7.Aufl. 2015, Art.114, AEUV, Rn.159)

Classen, Claus Dieter Gegenseitige Anmerkung und gegenseitiges Vertrauen im europäischen Rechtsraum, bknz.: FS Jürgen Schwarze, 2014

Frenzel, Eike Michael Die Charta der Grundrechte als Maßstab für mitgliedstaatliches Handeln zwischen Effektivierung und Hyperintegration, Der Staat, Vol.53 (2014)

Gärditz, Klaus Ferdinand Grundrechte im Rahmen der Kompetenzordnung, HStR IX, 3.Aufl. 2011, §189, Rn.38 vd.)

Grabenwarter, Christoph / Europäische Menschenrechtskonvention, 6.Aufl., §18,

Pabel, Katharina Rn.20 vd.).

Kirchhof, Ferdinand Kooperation zwischen nationalen und Europäischen Gerichten, EuR Heft 3, 2014

Kühling, Jürgen Der Fall der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie und der Aufstieg des EuGH zum Grundrechtsgerichtshof, NVwZ 2014

Masing, Johannes Einheit und Vielfalt des europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 2015, s.477 vd.; Andreas Voßkuhle, "Integration durch Recht" - Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichtes, JZ 2016

Thym, Daniel Anmerkung zu einer Einladung des EuGH, Urteil vom 05.10.2010 (C-400/10; FF 2011, 26) – Zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte, JZ 2011

Thym, Daniel Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta, NVwZ 2013 Heft 14

Thym, Daniel Vereinigt die Grundrechte! JZ 2015

Thym, Daniel Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta, NVwZ 2013 Heft 14

Weiß, Wolfgang Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon, EuZW Heft 8, 2013

Wolff, Heinrich Amadeus Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 8.4.2014 zur Vorratsdatenspeicherung, DÖV Heft 14, 2014

ROBOTLARIN FİİLLERİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK HALLERİNDE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Legal Responsibility Resulting from the Action of Robots
Solutions for Non-Contractual Liability*

Dr. Cannur ERCAN, LL.M. (Saarland)*

Geliş Tarihi: 27.03.2019 Kabul Tarihi: 31.10.2019

ÖZET

Robotlar, androidler ve benzeri otonom, yapay zekâ içeren teknolojik sistemlerdeki gelişmeler son yıllarda ivme kazanarak hizmet, savunma, tıp, lojistik gibi pek çok alanda ilgi ve talepleri üzerine çekmiştir. Dünya çapında münhasıran robotların hukuki sorumluluğunu ele alan yasal bir düzenleme henüz bulunmamaktadır. Ancak bununla ilgili çalışmaların hızlandırılması, özellikle Avrupa'da robotların medeni hukuk sorumluluğuna yönelik yeknesak hukuk sistemi çalışmalarının desteklenmesi amacıyla Avrupa Parlamentosu 27.01.2017 tarihli Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Taslak Tavsiye Raporunu, hemen ardından 16.02.2017 tarihli kabul metnini yayınlamıştır. Söz konusu rapor, robot hukuku ve yapay zekâya yönelik uluslararası yeknesak hukuki düzenlemeler getirmeyi hedefleyen ve tavsiyeleriyle yol gösteren ilk hukuki metin olması nedeniyle önemlidir.

Bu çalışmayla iç hukukumuzda sorumluluk hukukuna ilişkin *de lege lata* ve *de lege feranda* çözüm önerileri getirilmesi amaçlanmaktadır. Bu bağlamda ayrıca robot ve yapay zekâ kavramları ile Avrupa Parlamentosu Tavsiye Raporunda önerilen sorumluluk türlerine dikkat çekilecektir.

Anahtar kelimeler: Robotik, Yapay Zekâ, Medeni Hukuk, Sorumluluk Hukuku (Kusur Sorumluluğu, Kusursuz Sorumluluk, Tehlike Sorumluluğu, Ürün Sorumluluğu), Avrupa Parlamentosu Özel Hukuk Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu

ABSTRACT

Developments in technological systems involving robots, androids and similar autonomous, artificial intelligence have gained momentum in recent years and attracted interest and demands in many sectors such as service, military, medicine and logistics. There is no legal regulation exclusively addressing the legal responsibility of robots across the world yet. However, European Parliament's Committee on Legal Affairs has published the Robotic Draft Recommendation Report on 27.01.2017 and the acceptance letter dated 16.02.2017 to accelerate related works and particularly support the uniform law system regarding the civil responsibility in Europe. The report is important because it is the first legal text that aims to introduce uniform supranational legal regulations regarding law on robots and artificial intelligence and leads the way with the advises it includes.

The aim of this work is to find solutions for the national liability law of the *de lege lata* and *de lege feranda*. In this context, the concepts of robot and artificial intelligence along with the types of responsibilities proposed in European Parliament's recommendation report will be addressed.

Keywords: Robotic, Artificial Intelligence, Civil Law, Liability Law (The Strict Liability, Liability without Fault, Danger Liability, Product Liability), European Parliament Resolution of 16 February 2017 with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğr. Gör.,
cercan@ybu.edu.tr, cannurercan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1870-0510

I. Robot, Yapay Zekâ ve Otonomi Kavramları

Robotik alanında hukuki değerlendirmelere geçmeden önce alana özgü robot, yapay zekâ ve otonomi kavramlarını açıklamak gerekir. Hukuki sorumluluğa ilişkin değerlendirmeler, bu kavramlar üzerine inşa edilecektir.

1. Yapay zekâ

Yapay zekâ kavramı, 1956 yılında ilk olarak kullanıldığı Dartmouth Konferansından (*tam adıyla, Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*) bu yana merak konusu olmuştur. “Yapay zekâ”nın da tıpkı “robot” gibi üzerinde uzlaşılmış, net ve her durumu kapsar bir tanımı mevcut değildir. Doktrinde yapay zekâyı tanımlama çabaları, onu bir disiplin olarak görmek ve insan ile kıyaslamak arzusu ile açıklanmaktadır.¹ Bu anlamda bir görüşe göre yapay zekâ, “akıllı makinelerin geliştirilmesini hedef alan bir disiplin”dir.² Yapay zekânın görevi, “makineleri, insanların ortalama bir zekâ ile tamamlayacağı işleri görebilecek duruma getirmektir.”³ Ancak bu tanıma uyduğu halde yapay zekâ sahibi olmayan, yine de insan beyninden daha güvenilir sonuçlar veren, hesap makineleri gibi teknik sistemler mevcuttur.⁴ Bir başka görüş, yapay zekâyı çalışma alanlarına göre tanımlamayı hedefler. Buna göre yapay zekâ, İnfomatik’in bir bölümü olarak sınıflandırılabilir. Burada disiplinler arası bir alan söz konusu olduğundan yapay zekâ; matematik, psikoloji, felsefe, mantık, nörobiyoloji, sosyal bilimler ve dil bilimi alanlarıyla ilişkilendirilir.⁵ Ayrıca sistemle iletişim kurabilmek için yapay zekanın metin veya dil tanıma özelliğinin bulunması ve görüntü işleyebilmesi (*Bildverarbeitung*) de gereklidir.⁶ Yapay zekânın, insanları asiste etme özelliği taşıması gereği de unutulmamalıdır. Buradan yola çıkılarak yapılabilecek bir tanım, yapay zekâyı ilişkin hukuki değerlendirmeler açısından yetersiz ve meseleyi tam olarak ortaya koyamayacak kadar geniş kapsamlı kalır.⁷ Bu nedenle her iki görüş de birleştirilerek yapay zekâ “insanların meselelerin çözümüne yaklaşım şeklinin, yeni ve daha etkili çözümlere ulaşabilmek adına bilgisayarlarda taklit edilmesini deneyen, İnfomatik’in bir bölümü” olarak tanımlanabilir.⁸ Bu tanım da eleştirilere açık olmakla birlikte, yapay zekânın kullanım görevine

¹ Günther, Jan-Philipp, *Roboter und rechtliche Verantwortung/Eine Untersuchung der Benutzer- und Herstellerhaftung*, Herbert Utz Verlag, München 2016, s. 24.

² Günther, s. 24.

³ Manche/Simon, *Künstliche Intelligenz und Umwelthanwendungen*, it- Information Technology, 1994, s. 32 (Bkz. Günther, s. 24).

⁴ Lämmel/Cleve, *Künstliche Intelligenz*, München 2008, s. 14 (Bkz. Günther, s. 24, dn. 49).

⁵ John, Robert, *Haftung für Künstliche Intelligenz. Rechtliche Beurteilung des Einsatzes intelligenter Softwareagenten im E-Commerce*, Hamburg 2007, s. 7.

⁶ Knoll/Christaller, *Robotik*, Frankfurt am Main 2003, s. 123 (Bkz. Günther, s. 24).

⁷ Görüş için bkz. Günther, s. 24.

⁸ Günther, s. 25, dn. 54.

(*Anwendungsaufgabe*) odaklandığından, yapılacak hukuki değerlendirmelere yol göstermesi açısından yeterli kabul edilmektedir.⁹

Yapay zekâ, “güçlü yapay zekâ” ve “zayıf yapay zekâ” olarak ikiye ayrılır.¹⁰ “Zayıf yapay zekâ” bir insanın, yerine getirdiği takdirde zeki olarak nitelendirilebileceği özelliklere sahip teknik sistemlerin meydana getirilmesinde söz konusudur. Bu anlamdaki zekâ, insan zekâsını sadece taklit edebilir ve teknik asistan olarak somut olaydaki kullanım problemlerini gidermekte kullanılır. Bir başka deyişle burada amaç gerçek bir “bilinç” veya “zekâ” yaratmak değildir.¹¹ Navigasyon sistemleri; konuşmayı algılayarak yazılı sisteme aktarmada, hatta dil tanımlamada, çeviride kullanılabilen programlar; aramaların yanlış veya eksik girildiği durumlarda yapılan düzeltme önerileri, zayıf yapay zekâ kapsamında değerlendirilir.¹²

Güçlü yapay zekâ ise sadece taklit etmek yerine insana benzer şekilde mukayese edebilen, entelektüel kabiliyetlere sahip sistemler meydana getirmeyi amaçlar.¹³ Güçlü yapay zekânın, üzerinde uzlaşmış bir tanım olmamakla beraber yapay zekâ çalışan uzmanlar, “gerçek bir zekâ”da bulunması gereken özellikleri şu şekilde sıralar: “mantıklı düşünebilme”, “güvensiz durumlarda karar alabilme”, “planlama”, “öğrenme”, “gerçek dilde iletişim” ve “bütün bu özellikleri ortak bir amaca ulaşmak için kullanabilmek.” Yapay zekâ ise bunlardan bağımsız olarak “bilinç”, “kendi varlığının farkına varma”, “duyarlılık kabiliyeti” ve “bilgi” ile ilişkilendirilir. Ancak bu son dört kabiliyetin birbiriyle ilişkisi açıklanmamıştır.¹⁴ Güçlü yapay zekânın hedefleri arasında her ne kadar insan gibi entelektüel kabiliyetlere sahip olması bulunsa da bilim ve teknolojinin geldiği noktada henüz kendi varlığının bilincinde olan yapay zekâ türü mevcut değildir. Bilim-kurgu filmlerinde sıkça karşılaşılan yapay zekâ türü, güçlü yapay zekâdır.

⁹ Günther, s. 25 ve dn. 55.

¹⁰ Doktrinde yapay zekânın dört türünün bulunduğu; ancak henüz sadece ilk iki türün mevcut olduğu belirtilmektedir. Yukarıdaki sınıflandırmadan farklı olarak ilk iki tür doktrinde yapay zekânın zayıf türü “*tepki veren yapay zekâ (reactive)*” ve “*sınırlı hafıza kapasitesine sahip yapay zekâ (limited memory capacity)*” olarak adlandırılmaktadır. Üçüncü tür yapay zekâ, insanların duygu ve düşüncelerini anlayabilen “zihin teorisi (*theory of mind*)” ile ilişkilendirilir. Dördüncüsü “*kendi varlığının farkından olan yapay zekâ (self aware)*”dır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bak, Başak, Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk, TAAD (sayı: 35), Yıl 9, 2018 (211–232), s. 213.

¹¹ Günther, s. 25.

¹² http://www.informatik.uni-oldenburg.de/~iug08/ki/Grundlagen_Starke_KI_vs._Schwache_KI.html (son erişim: 23.08.2018).

¹³ Günther, s. 25–26; http://www.informatik.uni-oldenburg.de/~iug08/ki/Grundlagen_Starke_KI_vs._Schwache_KI.html (son erişim: 23.08.2018).

¹⁴ Örnekle, mantıklı düşünebilmek için kendi varlığının bilincinde olmak şart mıdır? (Bkz. http://www.informatik.uni-oldenburg.de/~iug08/ki/Grundlagen_Starke_KI_vs._Schwache_KI.html, son erişim: 23.08.2018).

Robotların farklı alanlarda, artan bir sayıyla günlük yaşamın bir parçası olmaları, karşılaşılabilecek hukuki meselelerin kapsam ve niteliğini oldukça çetrefilli hale getirmektedir. Buradaki en temel hukuki mesele, şüphesiz ki robotik alanında hâlihazırda yasal bir dayanağın mevcut olmamasıdır. Aşağıda da yeri geldikçe değinileceği üzere konuyla ilgili Avrupa Birliği çapında uluslararası yeknesak yasal bir düzenlemeye gidilmesinin teşvik edilmesi amacıyla Avrupa Parlamentosu 27.01.2017 tarihli Hukuk İşleri Komisyonu Robotik Tavsiye Raporu ve hemen ardından 16.02.2017 tarihli kabul metnini yayınlamıştır.¹⁵ Raporda yapay zekâ ile ilgili getirilen en önemli önerilerden biri, bilim ve teknoloji ne kadar ilerlerse ilerlesin Robotik alanında yapılacak yasal düzenlemelerle son karar merciinin her zaman insan olması, yapay zekâ donanımlı robotların faaliyetlerini ancak insanı tamamlayacak şekilde, insan yararına ve yine insan kontrolünde yerine getirebilmelerinin sağlanmasıdır.¹⁶

Yapay zekanın hâlihazırdaki teknik kapasitesi, spekülatif bazı haberlerde verildiğinin aksine insan faktöründen tamamen bağımsız şekilde, hatta karar verme yetisi ile deyim yerindeyse insanı alt ederek onun yerine geçebilecek şekildeki bir donanıma sahip değildir. Ne yazık ki konuyla ilgili basılı ve görsel yayınlarda dile getirilen hukuki görüşlerde yapılan tespitler ekseriyetle bu teknik arka planın gereğince kavranmadığı veya salt dikkat çekmek amacı ile kasten böyle beyanlar verildiği izlenimi uyandırmaktadır. Yapay zekanın insana göre çok kısa sürede sayıca çok daha fazla olasılığı değerlendirebilmesi ve tecrübelerinden çıkarımlar yaparak sınırlı da olsa öğrenme kabiliyetinin varlığı realitenin çok üzerinde yorumlanarak, pek çok alanda (hatta hukuk alanında dahi) insanı tamamen ikame edeceği yönünde anlaşılmaktadır. Hatta denilebilir ki “yapay zekâ” tanımlaması başlı başına böyle yanlış bir algıya yol açabilecek niteliktedir. Burada aslında insandaki “zekâ” ile kıyaslayarak kavrayabileceğimiz anlamından çok uzak, başlangıçta insan tarafından programlanan ve sonrasında yine bu programlama sırasında kendisine yüklenen ve kendi faaliyetleri ile elde edeceği çevresel verileri yine **kendi içinde değerlendirerek yeni veriler elde etmesine (veri işleyişine) izin verilen oranda** sahip olduğu “otonomi” ile faaliyet gösteren teknik bir işleyiş söz konusudur. Bu işleyişin taşıdığı en büyük risk, her ne kadar yapay zekanın, öğrenme algoritmaları ile fiili olarak karşılaştığı durumlarda hangi çıkarımları yaparak nasıl bir tepki geliştireceği teknik açıdan determinist bir yapı ihtiva etmesi sebebiyle öngörülebilecek olsa da bunun için gerekli olan öngörme kabiliyetinin günümüzdeki mevcut matematiksel bilgi ile yapılabirliklerin sınırının üzerinde olmasıdır. Nitekim ilerleyen yıllarda

¹⁵ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//DE> (son erişim 18.02.2019).

¹⁶ AP Robotik Tavsiye Raporu, Robotik'in gelişimi ve yapay zekanın sivil kullanımına ilişkin genel ilkeler (Allgemeine Grundsätze bezüglich der Entwicklung der Robotik und der Künstlichen Intelligenz zur zivilen Nutzung), Nr. 3.

teknolojinin de gelişmesiyle yapay zekanın (yapay zekâ donanımlı robotların) vereceği tepkilerin önceden bilinerek kontrol edilebilmesi amaçlanmaktadır.

Ayrıca belirtilmelidir ki yapay zekanın yaptığı çıkarımlar her durumda yüzde yüz doğru sonuçlar vermez. Yapay zekânın öğrenme algoritmalarının programlanması sırasında kendisinde tanımlanan bilgilerden yola çıkarak, bu bilgileri dış dünyada karşılaştığı somut durumlarda değerlendirip, kendi çıkarımlarını ortaya koyduğu düşünüldüğünde bu durum daha iyi anlaşılacaktır. Otonom araçlar örneğinden yola çıkarak durumu açıklayacak olursak; sürüş sırasında kendisinde tanımlanmayan ve bu nedenle bir çıkarımda da bulunamayacağı bir durumla karşılaştığında otonom araç, kontrolü gerçek insan sürücüyü devreder.¹⁷ Bozuk yol buna örnek gösterilebilir. Yine hukuk alanından örnekle, Yargıtay kararları kendisine yüklenerek, sonrasında somut bir uyuşmazlıkta Yargıtay'ın ne tür bir karar vereceği kendisine sorulan yapay zekâ donanımlı bilgisayar programı, içerisinde tanımlananlardan yola çıkarak somut uyuşmazlıkta verilmesi kuvvetle muhtemel kararı cevap olarak verecektir. Ancak bu, kararın yüzde yüz doğru/adil olduğu veya somut olayda kesinlikle böyle bir karar çıkacağı/çıkması gerektiği anlamı taşımaz. Yine önemle belirtilmelidir ki ülkemizde de kullanılmaya başlanan Da Vinci Robotik Cerrahisinde robot, ameliyatı kendi başına yapmaz. Süreci mutlaka bir doktor yürütür.¹⁸ Burada aslında zekâ kavramının, alışlagelmiş klasik anlamından bahsetmek güçtür. Kısaca “yapay zekâ” nitelendirmesinin, insan zekâsını çağrıştırması ve bununla kıyaslanmasına yol açması nedeniyle denilebilir ki, “yapay zekâ” yerine “öğretilmiş (ve öğrenebilen) algoritmalar”¹⁹ ifadesi, gerçeği daha doğru yansıtarak spekülatif yanlış anlaşılımların önüne geçebilecektir.

2. Robot

Robot kavramı, ilk olarak 1920 yılında Çek yazar Karel Capek tarafından “R. U. R – Rossum’s Universal Robots” adlı drama eserinde R. U. R şirketince üretilen, hiçbir hakkı olmaksızın çalışan işçileri betimlemek için kullanılmıştır. Slav dilinde “*Robota*” kelime olarak “iş, angarya iş, zorunlu iş” anlamı taşır.²⁰ Eserde robot-işçiler insanların iş yükünü hafifletmek amacı ile üretilir. Ancak

¹⁷ <https://www.sueddeutsche.de/auto/autonomes-fahren-selbstfahrende-autos-brauchen-weiterhin-menschen-am-steuer-1.3350699> (son erişim: 01.03.2019).

¹⁸ Komutu cerrah verir. Robot kollar tüm komutları eşzamanlı olarak yerine getirir. Robotun otonomisi, ameliyat bölgesini net ve yakından, üç boyutlu göstermesinde ve verilen komutları en doğru şekilde ve az kesi ile yapabilmesinde kendisini gösterir. Robotik cerrahi hakkında bkz. <https://www.davincicerrahisi.com/robotik-cerrahi-nedir/> (son erişim: 01.03.2019)

¹⁹ Bahsi geçen kavram, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Mühendislik Fakültesinde görevli Dr. Öğr. Gör. İbrahim YILMAZ ile yaptığım görüşmelerde beyan ettiği, kendi önerisidir.

²⁰ Beck, Susanne, Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik, JR Heft 6, 2009 (225 – 230), s. 226.

bir bilim adamı robotlara insani duygular yüklemeyi başardığında durum değişir ve robotlar insanların yanında değil karşısında yer alır. Robotik kavramı ise ilk kez yazar Isaac Asimov tarafından 1941 yılında kullanılmıştır.

Robot kavramı genellikle az veya çok yapay zekâya sahip insan görünümü makinelere olarak algılanır. Bu tür robotlar android olarak da anılmakla birlikte; robotlar androidlerden ibaret değildir. Genel bir tanım yapmak gerekirse robot, otonom görev yapan ve çoğu kez mobil (hareket edebilen) makinelerdir. Ancak robotun mobil olması zorunlu bir unsur değildir.²¹ Otonom olmaktan kasıt, robotun kısmen veya tamamen insan desteği olmaksızın, belirli görevleri yerine getirmek amacı ile somut olaya uygun ve hedefe yönelik, yeni çevre koşullarına uyum sağlayarak tepki verebilmesidir.²² Yarı otonom robotların ilk örnekleri 1950'li yıllardan beri yaşamımızda yerini alan endüstri robotlarıdır. Günümüzde tıp, lojistik, bakım ve hizmet gibi birçok sektörde kullanılan robotlar, yarı otonomdur.²³

Sadece sanal ortamda var olan ve kullanıcıları tarafından çoğunlukla belirli talimatların otonom olarak yerine getirilmesi amacıyla tercih edilen yapay zeka donanımlı yazılım etmenleri (*Software Agents*) ise dış dünyada somut bir varlıkları bulunmadığından doktrinde “robot” olarak nitelendirilmemektedir.²⁴ Ancak kanaatimizce bunların, belirli görev ve talimatları yerine getirmek, kullanıcılarını üçüncü kişilere tanıtmak ve çevresine mantıksal bir şekilde uyum sağlayabilmesi adına belirli bir seviyede yapay zekâyla donatılmış programlar²⁵ oldukları göz önünde bulundurulduğunda; robotların fiillerinden doğan hukuki sorumluluğa ilişkin yapılacak değerlendirmelerin, yazılım etmenlerini de kapsayabileceği unutulmamalıdır. Neticede “robot” olarak nitelendirilen mekanik varlıklar da yazılım etmenleri gibi farklı seviye ve kapsamlarda yapay zekâ ile donatılmışlardır. Diğer taraftan yazılım etmenleri de tıpkı robotlar gibi otonomiye (çıkarımlarından öğrenebilme kabiliyetine) sahiptirler. Yazılım etmenlerinin de tıpkı robotlardaki gibi sahip oldukları otonominin derecesine göre verecekleri tepkilerini, davranışlarını önceden tamamen öngörebilecek

²¹ Siciliano/Khatib, Springer Handbook of Robotics, 2008, s. 361.

²² Otonomi tanımı hakkında bkz. <http://www.eu-nited.net/robotics/market/introduction/index.html> (son erişim: 18.05.2018): “A robot is an actuated mechanism programmable in two or more axes with a degree of autonomy, moving within its environment, to perform intended tasks. Autonomy in this context means the ability to perform intended tasks based on current state and sensing, without human intervention.” Karşılaştırınız Hilgendorf, Eric, *Recht und Autonome Maschinen –ein Problemaufriss*, (Hrsg.) Eric Hilgendorf, *Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik, Beiträge der 1. Würzburger Tagung zum Technikrecht im November 2013*, Robotik und Recht Band 4, Baden-Baden 2015 (11– 40), s. 13.

²³ Hilgendorf, s. 13.

²⁴ Bkz. Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, *Robot Hukuku*, TAAD (Sayı 29), Yıl 7, 2017 (85–112), s. 88.

²⁵ Tanım için bkz. John, s. 15.

teknoloji hâlihazırda mevcut değildir.²⁶ Yazılım etmenlerinin robotlardan tek farkı, dış dünyada fiziksel bir varlıklarının bulunmamasıdır.

Robot ve yapay zeka kavramlarının henüz üzerinde uzlaşmış bir tanımı bulunmadığından, üye devletlerden getirilmesi talep edilen yasal düzenleme önerilerinde Robotik Tavsiye Raporu'nun C bendinde robot ve yapay zekâ kavramlarına ilişkin yapılacak tanımların, esnek olması ve bu alandaki gelişmeleri engellememesi gereğine dikkat çekilmektedir.²⁷ Komisyon, siber-fiziksel sistemlerin, otonom sistemlerin, akıllı otonom robotlar ve bunların alt kategorilerine ilişkin Avrupa Birliği çapında geçerli ortak kavram hükümlerinin belirlenmesinde, aşağıda özellikleri belirtilen akıllı robotların dikkate alınarak tespit edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.²⁸ Söz konusu özellikler şunlardır:

- Otonominin sensörler ve/veya çevresiyle veri alış-verişi vasıtasıyla ve bu verilerin analizi ve elde tutulmasıyla kazanılması,
- Tecrübeleri ve etkileşimi ile kendi kendine öğrenme kabiliyeti (*opsiyonel kriter*),
- En azından bir tane minimal fiziksel destek,
- Davranış ve hareketlerini çevresine uyarlayabilme kabiliyeti,
- Biyolojik anlamda canlı olmama.

“Robot” kavramı her ne kadar akıllara insan görünümü, kendine ait karar mekanizması olan mekanik varlıkları getirirse de yukarıdaki sınıflandırmadan da anlaşılacağı üzere nitelendirmede “insani görünüm” bir rol oynamaz. Nitekim otomobil ve uçak üretiminde ağır parçaların montajında kullanılan endüstriyel robotlar, insani görünümünden oldukça uzaktır.

Robotların makinelerden ayırt edilmesinin her zaman kolay olmayacağı da ayrıca belirtmek gerekir. Bir kahve makinesi ve mutfak asistanı arasındaki nitelendirme farkını anlamak kolaydır. Ancak özellikle sanayide kullanılan robotların, ayarlandıkları program doğrultusunda dış dünyayı algılamaksızın bir işi rutin olarak yaptıkları düşünülürse; burada bir makinenin mi yoksa bir robotun mu varlığından bahsedileceği sorusu gündeme gelecektir. Bir paketleme robotunun önünde kazara bir hayvan dursa dahi paketleme hareketlerine otomatik olarak devam etmesi buna örnektir. Burada her ne kadar kelimenin tam anlamıyla “yapay zekâ” sahibi bir robottan bahsedilemeyecek olsa da söz konusu makine klasik anlamda bir robottur.

²⁶ Kirn/Müller-Hengstenberg, *Rechtliche Risiken autonomer und vernetzter Systeme*, Oldenbourg 2016, s. 59 vd., 97 vd.

²⁷ AP Robotik Tavsiye Raporu, Giriş (Einleitung), C. bendi.

²⁸ AP Robotik Tavsiye Raporu, Robotik'in gelişimi ve yapay zekanın sivil kullanımına ilişkin genel ilkeler (Allgemeine Grundsätze bezüglich der Entwicklung der Robotik und der Künstlichen Intelligenz zur zivilen Nutzung), Nr. 1.

Ancak örneğin çevresini sensörleriyle algılama ve buna uygun tepki verebilme kabiliyeti bulunmadığından ve zaman zaman insan müdahalesi gerektiğinden yarı otonom olarak değerlendirilir. Makine ve robotlar arasındaki ayrımın (örn. ön planda insan müdahalesi gerekmeksizin seri üretim yapan bantlarda) bulanıklaşması nedeniyle, doktrinde robotların hukuki sorumluluğu değerlendirilirken meselenin hukuki yönüne yoğunlaşmak adına robot (*Roboter*) ve makine (*Automat*) kelimeleri arasındaki ince ayrım göz ardı edilerek her ikisinin de benzer anlamda kullanıldığına rastlamak mümkündür.²⁹

3. Robotlarda Otonomi

Otonomi kavramının tanımı ve herhangi bir robotta tanımlanmış otonominin derecesi, Medeni Hukuk açısından özellikle robotun kendi deneyimleri ile çıkarımlarda bulunarak buna uygun geliştirdiği davranışı ile herhangi bir zarara sebebiyet verdiği; bu fiilden dolayı kime, nasıl sorumluluk isnad edilebileceği meselesinde önem kazanır. Robotlarda otonomi kavramı ve sahip olunan otonominin derecesi bir anlamda robot iradesinin(!) bağımsız (insani bir yönlendirme olmaksızın) hareket kabiliyetinin derecesini ifade eder.

Çevresini sensörleri ile algılayan ve buna uygun karar verme kabiliyetine sahip robotların sayısı günden güne artmaktadır. Bu robotlar, geniş anlamda “otonom” kabul edilir.³⁰ Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonunun 16.02.2017 kabul tarihli Robotik Tavsiye Raporunda bir robotun otonom olması, “karar verebilme ve bu kararları dış dünyada, dışarıdan bir yönlendirme veya etkileşim olmaksızın uygulayabilme kabiliyeti” olarak tanımlanmaktadır. Rapora göre “söz konusu otonomi sadece teknolojik bir türdür; otonominin derecesi, robotun kendi çevresi ile etkileşiminde meseleleri ne derecede çözebileceği tasarlanmış ise ona bağlıdır”.³¹ Anlaşılacağı üzere **robotlardaki otonomi teknolojik anlamda olup, önceden tasarlanarak sınırları çizilmiştir;** kavram, insanlardaki anlamıyla dış dünyayı mantıkla anlayarak karar verebilme ve bu kararları özgür iradesiyle uygulayabilme kabiliyetinden farklı anlaşılmalıdır. Bu çıkarımla, örneğin ev temizliğinde yerlerin silinmesi, süpürülmesinde kullanılması tasarlanan bir robot, faaliyet gösterdiği evin koordinatlarını kendi çıkarımları ile öğrenip ona uygun davranma (köşeleri

²⁹ Bkz. Hanisch, Jochen, *Zivilrechtliche Haftungskonzepte für Robotik*, (Hrsg.) Eric Hilgendorf, *Robotik im Kontext von Recht und Moral, Robotik und Recht Band 3*, Baden-Baden 2014 (27– 61), s. 27-28.

³⁰ Beck, JR Heft 6/2009, s. 226.

³¹ “... in der Erwägung, dass die Autonomie eines Roboters als die Fähigkeit definiert werden kann, Entscheidungen zu treffen und diese in der äußeren Welt unabhängig von externer Steuerung oder Einflussnahme umzusetzen, und in der Erwägung, dass diese Autonomie rein technologischer Art ist und ihr Grad davon abhängt, wie ausgeklügelt die Interaktion des Roboters mit seiner jeweiligen Umwelt konzipiert worden ist...” [Avrupa Parlamentosu Robotik Tavsiye Raporu, Sorumluluk (Haftung), AA.]

fark ettiğinde yön değiştirme gibi) kabiliyetini gösterebileceğinden, teknolojik anlamda otonom kabul edilmelidir. Robotlarda otonominin “*teknolojik anlamda*” olduğunun tespiti, insanlardaki irade özgürlüğü kavramı ile kıyasının doğru olmadığı noktasında isabetli bir tutum olarak değerlendirilmelidir.³²

II. Robotların Fiillerinden Doğan Sorumluluk

Özellikle yapay zekâ donanımlı robotların pek çok alanda artan bir hızla kullanılmaya başlanması, robotların fiillerinin neden olacağı zararların nasıl tazmin edileceği meselesini gündeme getirir. Hâlihazırda yapay zekâyâ ve robotlara ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığından, konu öncelikle iç hukuk hükümlerimizce değerlendirilmeli; getirilecek yasal düzenleme önerileri, bunun üzerine inşa edilmelidir.

Sorumluluk hukuku hükümlerince robotun aktif bir fiili (*ein positives Tun*) veya ihmali (*Unterlassen*) nedeniyle zarar gören üçüncü bir kişi açısından ilk olarak, zararını haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin ettirip ettiremeyeceği meselesi gündeme gelir. Söz konusu robotik olduğunda haksız fiilin var olup olmadığının tespiti kadar, haksız fiil sorumluluğunun kime yöneltileceği meselesi de ayrı bir önem kazanır.

1. Robotların Haksız Fiil Sorumluluğu?

Kanun koyucu, haksız fiil hükümleriyle haksız insan fiiline sonuç bağladığından; sorumluluk hukuku ve haksız fiil hükümleri, doğrudan robotların hukuki sorumluluğuna uygulanmaya elverişli değildir. Bugün hukukumuzda hâkim modern sorumluluk hukuku hükümlerimiz, tabii olduğumuz Kıta Avrupası Hukuk Sisteminin 1800-1900’lü yıllardaki tarihsel gelişim sürecinde “*haksız insan fiiline (menschliches Handlungsunrecht)*” dayalı olarak şekillenmiştir.³³ Bir başka deyişle tarihsel süreçte, otomatikleştirilmiş süreçlerin (*automatisierte Vorgänge*) yasa tarafından ele alınması; tabiidir ki henüz elli yıl öncesine kadar geleceğin robotları gibi yüksek karmaşık yapıda otomasyon sistemleri öngörülemediği olduğundan, düşünülmemiştir. Bu nedenle bir otomat veya robotun “kendi başına sorumlu olacağı bir faaliyeti” sorumluluk hukuku hükümlerinin yasal unsurlarını aşmaktadır. Günümüz robot teknolojisindeki gelişmeler, pratikte göstermektedir ki robotun doğrudan “kendi” doğru veya yanlış davranışına dayanarak sorumluluk doğurabilecek olayların sayısı da oldukça azdır. Pratikten çıkan bu sonuç, şüphesiz ki hukuk

³² Tespitin yerindeliği, doktrinde kabul görmüştür. “...*Die einleitende Begriffsklärung ist deshalb zu begrüßen*”, Lohmann, Melinda Florina, Ein europäisches Roboterrecht – überfällig oder überflüssig?, ZRP 6/2017 (168–171), s. 169.

³³ Schuhr, Jan. C., Neudefinition tradierter Begriffe (Pseudo-Zurechnungen an Roboter), Eric Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral, Robotik und Recht Band 3, Baden Baden 2014 (13–26), s. 29, kritik hakkında bkz. dn. 10.

dogmatığının doğrudan robota sorumluluk isnad edilebilmesinde gelişmeler kaydedebilmesine engeldir.³⁴

İkinci olarak, haksız fiil sorumluluğunda aranan “kusur” unsuru da robotlarda mevcut değildir. Kusur, ancak bilinç sahibi insana ait olabilir. Mevcut teknolojik gelişmeler ışığında tereddüt edilemeyecek bir nokta vardır ki, o da insan davranışlarının robotlar üzerinden gerçekleştirilebileceğidir. İnsan vücuduyla bağlanarak vücuttan gelen sinyaller doğrultusunda hareketleri ile tepki verebilen protezler bu bağlamda düşünülebilir.³⁵ Ancak robotlar, kural olarak önceden yüklenen programlara uygun çalıştığından aynı varsayım, hepsi için geçerlidir. Robot teknolojisinin günümüzde geldiği aşamada, faaliyet gösteren bütün robotlar önceden belli bir görevi yerine getirmek amacı ile programlandığından science-fiction filmlerinin aksine, üretim amacından tamamen bağımsız kararlar alıp bunları uygulayabilen robotlar henüz mevcut değildir. Dolayısıyla her ne kadar software ve robot yönetimi sistemlerindeki gelişmelerin gösterdiği üzere robotların (sınırlı-) öğrenebilme ve buna uygun davranış geliştirebilme yetenekleri bulunsa da bu, hiçbir zaman üretim amacını tamamen aşarak; uç bir örnekle, ev temizleme robotunun herhangi bir saikle ev sakinlerine tuzaklar kurarak onları yaralamayı, öldürmeyi amaçlaması noktasına varmayacaktır. Önceden programlanmışlıkları nedeniyle robotlar, insanlardaki anlamıyla irade özgürlüğüne sahip değildir ve davranışlarına kusur isnad edilemez. Otonom bir araç, hangi yolda ne kadar hız limiti ile gitmesi öngörüldü ise kural olarak ona uygun hareket edecektir. Robotun, somut olayda hangi durumun içerisinde bulunacağı ve bu olay karşısında kendisine yüklenen hangi verileri işleyerek kullanacağı ve nasıl tepki göstereceği mevcut durumda önceden yüzde yüz öngörülemez de teknik olarak önceden bellidir. Bu anlamda robotlar, “determinist” makinelerdir.³⁶ Söz konusu öngörülemezlik nedeniyle teknolojinin, ilerleyen yıllarda robotların üretilirken ve programlanırken davranışlarını önceden tamamen öngörülebilecek şekilde geliştirilmesi amaçlanmaktadır. Hal böyle iken robotların fiillerinden veya ihmallerinden doğacak sorumluluk meselesinde hâlihazırdaki durumdan başka senaryolar üreterek hukuku buna göre şekillendirmeye çalışmak, en azından bilim ve teknolojinin günümüzde geldiği aşamada anlamsız olarak görülmektedir.³⁷

Yukarıda bahsi geçen nedenlerle robotlara ilişkin hukuki sorumluluk, ancak üretim veya kullanım aşamasındaki herhangi bir eksiklik veya yanlışlıktan ya da

³⁴ Schuhr, s. 29–30.

³⁵ Schuhr, s. 30. Yapay zekâ donanımlı bir el protezini, sıradan bir aletten (makas veya maşa gibi) ayıran, vücuduna takılı bulunduğu kişinin beyin dalgalarından önündeki cismi tutma komutunu aldıktan sonra cismin niteliğine göre nasıl kavrayıp sağlam bir şekilde tutacağına karar vermesine yarayan otonominin varlığıdır.

³⁶ Schuhr, s. 17.

³⁷ Görüş hakkında bkz. Schuhr, s. 17.

üretim amacına uygun yerde faaliyete konulmamasından kaynaklanacaktır.³⁸ Bu da robotun “şahsının” değil; üreticisinin, işleteninin, programlayıcısının veya kullanıcısının sorumluluğunu gündeme getirir. Bu kişiler de mevcut hukuk sisteminde doğrudan sorumluluklarına başvurulmasına bir engel olmayan; robotun işleyişinde “arka plandaki insanlar” olarak karşımıza çıkar.³⁹ Nitekim kısaltılmış şekliyle “robotların fiillerinden doğan sorumluluk” ifadesi ile anlatılmak istenen, aslında söz konusu arka plandaki sorumluluk sujelerinin davranışlarının meydana getireceği hukuka aykırılıklardan doğan sorumluluktur. Robotun ardındaki bu kimseler hukuken birer kişi olduklarından, kendi malvarlıkları bulunur ve doğrudan onların sorumluluğuna başvurulmasına bir engel yoktur. Nitekim Avrupa Parlamentosu Robotik Tavsiye Raporunda da robotun fiillerinden doğan sorumluluğun, en azından şimdilik gerçek kişilere ait olması gereğine dikkat çekilmektedir.⁴⁰

Robotların, fiillerinden haksız fiil hükümlerince sorumlu olup olmadıklarına ilişkin özellikle “kişi” olmamaları noktasında yapılan değerlendirmeler, aslında diğer sorumluluk türlerine de uygulanarak robotların yürürlükteki hukuk açısından yine sorumlu tutulamayacağını ortaya koyacaktır. Örneğin robotlar, hak ve borçlara ehil olmadıklarından bir sözleşmeye taraf olamazlar. Böylece sözleşmeden doğan sorumlulukları da gündeme gelmez. Burada robotların ancak yasal temsilciden farklı olarak başkasının iradesini sadece iletmekle görevli bir ulak/haberci (*Bote*) statüsünde olabileceği düşünülebilir.⁴¹ İnternet üzerinden yapılan alışverişlerde satım sözleşmesini otomatik olarak alıcıya yönelten ve sözleşmenin kurulmasını sağlayan “akıllı programlar” konuya ilişkin fikir vermek adına bu kapsamda düşünülebilir.

Son olarak robotik alanında usul hukukuna ilişkin gerçeğin ortaya çıkarılmasında uygun delillerin ne şekilde tespit edileceği önem kazanır.⁴² Arka plandaki insanların sayıca fazlalığı ve herhangi bir aşamada yapılan yanlışlığı robotun fiilinde şekle bürünmesi, hatanın hangi aşamada ve hangi nedenle kaynaklandığının tespitini epey zorlaştırmaktadır.

Robotlara ilişkin getirilecek bir hukuki düzenlemede ilk olarak gözetilmesi gereken noktalar şüphesiz ki yukarıda bahsi geçenler olacaktır. Mevcut hukuka ilişkin değerlendirmeler ve robot hukukuna dair yeni düzenlemeler, robotun varlığına özgü bu veriler dikkate alınarak yapılmalıdır. Robotlar henüz hukuken hak sahibi (sujе) olmadıklarından; çalışmanın devamında sorumluluğuna başvurulabilecek gerçek kişiler değerlendirilecektir.

³⁸ Hanisch, s. 32.

³⁹ Hinter dem Roboter stehenden Personen. Kavram için bkz. Schuhr, s. 21.

⁴⁰ Bkz. AP robotik Tavsiye Raporu, Sorumluluk (Haftung), Nr. 56, son tümce.

⁴¹ Günther, s. 50-51.

⁴² Schuhr, s. 31.

2. Üreticinin ve İşletenin/Kullananın Sorumluluğu

a. Genel Olarak

Söz konusu sorumluluk olduğunda, akla ilk olarak robotun işleteni gelir. Bunun pek çok nedeni vardır: Robotun kullanım alanına ilişkin doğrudan gözetim ve denetim imkânı işletene aittir; robottan en çok fayda sağlayan onun işletenidir ve en önemlisi, yurt dışında olması ve özellikle uygulanacak hukuka ve usule ilişkin zorluklar barındırması nedeniyle robot üreticisine kıyasen çok daha kolay erişilebilir durumdadır. Ancak işletenin, robot üreticisine kıyasen ekonomik açıdan çok daha zayıf konumda olacağı da göz ardı edilmemelidir.⁴³ Sorumluluğa neden olan olay bir sözleşme ilişkisi dâhilinde gerçekleşti ise (örn. otonom toplu taşıma araçlarında taşıma sözleşmesi), yine zarar gören açısından en elverişli yol, sözleşme kapsamında işletenin sorumluluğuna dayanmak olur. Robotun doğru yerde, kullanım amacına uygun ve güvenli şekilde faaliyete konulması, kontrol ve denetimlerinin düzenli yapılması da işletenin sorumluluğundadır.⁴⁴

İşletenin sorumluluğu zarar gören açısından ön planda olmakla beraber, robot üreticisinin sorumluluğu da oldukça büyüktür. Nihayetinde üretici, robotun bütün üretim aşamalarına hâkim olmalıdır. Robotun nasıl yapıldığını, hangi alanda ve ne tür kullanımlar için tasarlandığını teorik olarak en iyi üreticisi bilir. Bu nedenle üretim aşamasında robotun parçalarını bir araya getirme, kullanım amacına uygun bilgileri robota yükleyerek ne derecede otonomiye ve hangi kabiliyetlere sahip olabileceğini belirlemede herhangi bir hata meydana gelecek olursa bunu, ürünü gözetim ve denetim yükümlülüğu kapsamında ilk önce fark etmesi gereken yine robotun üreticisidir. Üretici, üretim aşamasındaki hatalı talimatlardan (*Instruktionsfehler*) ve yapısal hatalardan (*Konstruktionsfehler*), fabrika hatalarından (*Fabrikationsfehler*) ürünü denetleme yükümlülüğu (*Produktbeobachtungspflicht*) nedeniyle sorumludur.⁴⁵ Üreticinin, kullanım talimatındaki yanlış/eksik bilgilendirmelerden de sorumluluğu doğar. İsviçre ve Alman Hukuk sistemlerinin aksine ülkemizde henüz bir ürün sorumluluğu kanunu bulunmamaktadır. Ancak üreticinin bu yükümlülüklerinin ihlali halinde, üründe “güvenlik eksikliği” meydana gelirse, üreticinin sorumlu olacağına şüphe yoktur. Her ne kadar hükümlerine aykırılık halinde idari para cezası yaptırımını uygulansa da üründe güvenlik eksikliklerinin bulunmaması yönünde üreticiye yükümlülük getirmesi bakımından 4703 sayılı “Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun (Ürün

⁴³ Schuhr, s. 32-33.

⁴⁴ Özen yükümlülükleri hakkında bkz. Günther, s. 255-256.

⁴⁵ Karşılaştırınız Schuhr, s. 33; Dinç, s. 117 vd. Günther, s. 182 vd.

Güvenliği Kanunu)” önemlidir.⁴⁶ Aynı yükümlülük Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 76/3 ile de düzenlenmiştir. Buna göre: “Tüketici ürünleri ile tüketiciye sunulan hizmetler; can ve mal güvenliğine ve çevreye zarar vermemeli, uygulanması zorunlu her türlü idari ve teknik düzenlemeye uygun olmalıdır.” Ayrıca satım sözleşmesinin varlığı halinde, ayıplı mal söz konusu ise Borçlar Kanunu genel hükümlere; uygulama alanına girdiği müddetçe TKHK hükümlerine başvurulması da olasıdır.

Robotların fiillerinden doğan hukuki sorumluluk irdelenirken iş yaşamının karmaşıklığı nedeniyle kademeli bir sorumluluk silsilesi ile karşılaşılabacaktır. Üretici ve kullanana/işletene ek olarak onarım, kontrol veya gözetimlerin sağlanması için arada servis sağlayıcılar (*Dienstleister*) veya bakım şirketleri (*Wartungsfirmen*) varsa durum böyledir. Üretici ve kullanıcı arasında robotun bir dağıtım şirketi (*Vertriebsgesellschaft*) tarafından faaliyet göstereceği ortama göre özelleştirilip kullanıcısının hizmetine sunulacağı düşünülürse sorumluluk süjesi yelpazesine bir aktör daha eklenmiş olur.⁴⁷ Bu sorumluluk zincirinde adil bir ilişkide şans ve riziko dengesini sağlamak için sorumluluk doğuran davranışın etkilerinin sınırlarının uygun (*adäquat*) çizilmesi gereklidir. Bir hata veya eksiği denetimde gözden kaçırarak, bu ihmali için de sorumlu olmalıdır. Adil görünen, sorumluluğu, öncelikli olarak işleten ve servis sağlayıcılar ile iç ilişkide tespit etmektir.⁴⁸ Belirtilmelidir ki, robotların fiilleri nedeniyle doğacak hukuki sorumluluğun tespitinde öncelikle, zarara neden olan fiilin “önceki” bir programlamadan mı, robotun deneyimleriyle yaptığı “sonraki” çıkarımlarından mı yoksa çevre koşullarından mı kaynaklandığının ayrıca tespiti gerekir.⁴⁹

b. Haksız Fiil Sorumluluğu

Haksız fiil sorumluluğu, kural olarak bir kusur sorumluluğu halidir (TBK m. 49/1). Yürürlükteki hukuk açısından robot üreticisinin ve işletenin/kullananın sorumluluğu, ilk olarak bu perspektiften değerlendirilmelidir.

Haksız fiil TBK m. 49’da düzenlenmiştir. Hükmün unsurları bilindiği üzere hukuka aykırı bir fiilin varlığı, söz konusu fiilin zarara neden olması, fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı ve son olarak failin, zarara neden olan fiilinde kusurunun bulunmasıdır.

Haksız fiil sorumluluğun doğabilmesi için öncelikle bir insan fiilinin varlığı ve bu fiilin genel bir davranış kuralını ihlal etmesi, bir başka deyişle kurumun

⁴⁶ Kanun hakkında detaylı bilgi için bkz. Dinç, İnan Deniz, Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı, İstanbul 2017, s. 83 vd.

⁴⁷ Schuhr, s. 31-32.

⁴⁸ Schuhr, s. 32.

⁴⁹ AP Robotik Tavsiye Raporu, Sorumluluk (Haftung), Nr. 56.

adının da ifade ettiği üzere “haksız” olması gerekir.⁵⁰ Kişinin mutlak hakları, haksız fiil kurumu ile hukuken korunan değer kapsamındadır. Bunlar, vücut bütünlüğü, sağlığı, dokunulmazlığı ve özgürlüğü gibi kişinin doğrudan fiziksel varlığına ilişkin olabileceği gibi mülkiyet hakkı da olabilir. Hukuka aykırı fiil, bir davranış (*ein positives Tun*) veya ihmal (*Unterlassen*) şeklinde karşımıza çıkabilir. Kişinin ihmalden sorumlu olması için belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü (*Handlungspflicht*) olmalıdır. Uygun illiyet bağı ile hukuka aykırılık arasındaki bağı, bu yükümlülük kurar.⁵¹ Burada hukuk, adeta “zamanında davranırsa idin, büyük bir olasılıkla bu zararı engelleyebilirdin” diyerek zarar tazmini yükümlüsünü, zarara neden olan aktif bir fiili olmasa dahi bir davranış şekli yükleyerek sorumlu kılar. Alman doktrinde robot işletenin, robotu denetim, gözetim, bakım ve onarım yükümlülükleri bulunduğu, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, kusur (haksız fiil) sorumluluğu doğacağı kabul edilmektedir.⁵²

Doğrudan robotlara ilişkin bir düzenleme bulunmasa da hukukumuzda gerek Ürün Güvenliği Kanunu m. 5 gerek TKHK m. 76/3 ile üreticiye, üründe güvenlik eksikliğine yol açabilecek durumların engellenmesine ilişkin yükümlülük getirilir.⁵³ İhmal nedeniyle haksız fiil sorumluluğuna gidilebilecekse “*hal ve şartların gerektirdiği özeni göstermeme*” unsuru aranırken robotların fiillerinden doğabilecek haksız fiil sorumluluğunun değerlendirilmesinde sorulması gereken en önemli sorulardan biri şüphesiz “*bir robotun faaliyet göstermesinde hangi özen yükümlülüğü ihlal edilmelidir?*” olacaktır. Bir başka deyişle “*özen yükümlülüğüne uygun davranabilmek için ne gereklidir?*” Bu sorunun hukuki bir kesinlik içerisinde cevaplanması mümkün değildir.⁵⁴ Burada Alman doktrinde gerekli özen yükümlülüğünün ihlali, çoğunlukla somut bir tehlike veya eksik fonksiyonun (*eine jegliche abstrakte Gefährdung oder Fehlfunktion*) öngörüleebilecekken göz ardı edilmesi olarak görülmektedir.⁵⁵

İhmali bir davranıştan kaynaklanan kusur sorumluluğunda özen yükümlülüklerinin kapsamı bakımından Alman mahkeme kararlarındaki

⁵⁰ Hukuka aykırılığı önleyen sebepler için bkz. Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul 2017. s. 21 vd.

⁵¹ Honsel/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art 1 – 259 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 41, Rn. 19a.

⁵² Günther, s. 133 ile bağlantılı olarak s. 255-256.

⁵³ Bu yükümlülüklerin ihlali, üreticinin kusursuz sorumluluğunu gündeme getirir (Karşılaştırınız Dinç, İnan Deniz, Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı, İstanbul 2017, s. 117 vd). Ancak haksız fiil kurumu bağlamında (her ne kadar kusurun varlığını ispat zorluğu nedeni ile başvurulması elverişli olmasa da) unsurlarından hukuka aykırı fiilin, ihmali bir davranış ile gerçekleştirilmesi anlamı taşır. Bunun nedeni, yukarıda da değinildiği üzere hukuk sisteminde belirli bir davranış yükümlülüğünün (güvensiz ürünü piyasaya sunmama) getirilmesidir.

⁵⁴ Görüş için bkz. Schuhr, s. 34.

⁵⁵ Görüş ve sorular hakkında bkz. Schuhr, s. 34.

nitelendirmeler ile konuya ilişkin doktrin görüşleri hukukumuz açısından da yol gösterir nitelikte olacaktır. Doktrinde işletenin, özellikle karmaşık yapıdaki teknik sistemlerle insanların etkileşimi söz konusu olduğunda, yükümlülüklerinin türü ve kapsamı bilim ve tekniğin (güncel) anlayış durumu ile (*Erkenntnisstand vom Wissenschaft und Technik*) birlikte değerlendirilir.⁵⁶ Bu kavramla bağlantılı olarak Alman mahkeme içtihatlarında “teknğin bilinen kuralları (*anerkannten Regeln der Technik*)”, “teknğin durumu (*Stand der Technik*)”, “bilim ve tekniğin durumu (*Stand von Wissenschaft und Technik*)” gibi kavramlar, içerikleri açıklanmaksızın kaleme alınmaktadır. Yükümlülüklerin tayininde sonuç olarak, bir ürünün, “somut bir tehlike potansiyeli taşıması (das konkrete Gefährdungspotenzial eines Produkts)”, bir başka deyişle güvenli olmaması esas alınır.⁵⁷ Özen yükümlülüklerinin sınırı, “bilim ve tekniğin (güncel) durumu” ile çizilmekle birlikte; bu kavram doğa bilimcilerin gerçekleştirilebilir yeni araştırma sonuçları ile mühendislik biliminin tecrübeleriyle çalışmaktadır ve kabulü hala muallâktır.⁵⁸ Mahkeme kararlarına göre özellikle üreticinin, ürünün piyasaya sürülme anında öngörülemez hatalardan (gelişim hatalarından, “*Entwicklungsfehler*”) sorumluluğu bulunmazken (§ 1 Abs. 2, Nr. 5 ProdHaftG); işletenin, çelişkili bir şekilde sürekli bilim ve tekniğin güncel durumunu takip ederek buna uygun davranma yükümlülüğünün bulunduğu kabul görmektedir.⁵⁹ Bu durum, doktrinde eleştirilmekte; söz konusu kavramların içeriğinin netleştirilmesi gereğine dikkat çekilmektedir.⁶⁰

Hukumumuzda Ürün Güvenliği Kanunu m. 5 ve TKHK m. 76/3 ile düzenlenen, ürünün güvenli olması yükümlülüğü yerine getirilmediğinde, ihmali surette haksız fiilin varlığından bahsedilebilir. Robotik alanında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda ürünün somut bir tehlike potansiyeli taşımasının, bir başka deyişle “güvensiz” şeklinde nitelendirilebilecek olmasının içeriğinin somut olaylarda nasıl doldurulacağı, mahkeme kararlarıncı tespit edilmelidir. Ancak robotik alanındaki uyuşmazlıkların yargı önüne taşınarak karara bağlanmasında henüz zamana ihtiyaç vardır.

Haksız fiilin unsurlarına dönecek olursak; zarar tazmini yükümlüsüne bir davranış şekli yükleyerek onu ihmali nedeniyle sorumlu tutmaya yarayacak bu tür illiyet bağı doktrinde “*varsayımsal illiyet bağı (hypotetische Kausalzusammenhang)*” olarak adlandırılır.⁶¹

⁵⁶ Spindler, Gerald, *Zivilrechtliche Fragen beim Einsatz von Robotern*, Eric Hilgendorf, *Robotik im Kontext von Recht und Moral, Robotik und Recht Band 3*, Baden-Baden 2014 (63– 80), s. 70.

⁵⁷ Finke, *Die Auswirkungen der europäischen Normen und des Sicherheitsrechts auf das nationale Haftungsrecht*, 2001, s. 9 vd. (Bkz. Spindler, s. 70, dn. 28).

⁵⁸ BVerfG NJW 1979, 359 (362); OLG Köln NJW-RR 1991, 1077 (1079). Mahkeme kararları hakkında bkz. Spindler, s. 70, ve dn. 30, 31’de bahsi geçen yazarlar.

⁵⁹ BGHZ 181, 253 (265); ayrıca bkz. Spindler, s. 71 ve dn. 33.

⁶⁰ Spindler, s. 71.

⁶¹ Detayları hakkında bkz. Basler Kommentar, Art. 41, Rn. 18.

Haksız fiil sorumluluğunda gerekli ikinci unsur olan zarar, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmayı ifade eder. Zararın ölçüsü, “haksız/hukuka aykırı” davranış olmasa idi malvarlığının bulunacağı durum ile fiil neticesinde gelinecek durum arasındaki farktır.⁶² Zarar, maddi olabileceği gibi manevi de olabilir (Bkz. TBK m. 54, 56). Kişilik hakkının ihlalinde hem maddi hem manevi zarar gündeme gelebilir.

Üçüncü olarak, zarar ve fiil arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Zarara temel oluşturan illiyet bağının tespitinde, ilki hukuki perspektifte büyük oranda geçerliliğini yitirmiş iki teori mevcuttur: Doğal illiyet bağı (*natürlicher Kausalzusammenhang*) ve uygun illiyet bağı (*kausaler Zusammenhang*).⁶³

Yaşamın olağan akışında pek çok olay birbiriyle bağlantılıdır ve doğal illiyet bağı teorisi uyarınca bir neticenin gerçekleşmesinde “olmasaydı olmazdı (*condiktio sine qua non*)” diyerek ortaya çıkan zararlarla bağlantısını kurabileceğimiz her fiil, sorumluluk doğurur. Fakat hukuk, söz konusu zarar tazmini ve hakkaniyeti sağlamak olduğunda illiyet bağını yaşamdaki neden-sonuç ilişkileri kadar geniş değerlendirmemeli; buna bir sınır çizmelidir. Türk-İsviçre hukuk sistemlerinde zarar ve fiil arasındaki illiyet bağının tespitinde uygun illiyet bağı teorisi (*Adäquanztheorie*) hâkimdir ve teori uyarınca “meselenin alışıl gelmiş seyrinden ve yaşam tecrübelerinden tıpkı hâlihazırdaki gibi bir sonuca sebep olmaya veya en azından bu sonucu elverişli kılmaya” yönelik bir sebep (*Ursache*), sorumluluğa temel oluşturur (*adäquater Kausalzusammenhang*).⁶⁴ Zararı meydana getiren olayın tarafsız üçüncü bir kişinin perspektifinden objektif öngörülebilirliği bu kapsamda değerlendirilir.⁶⁵

Doğal nedensellik bağı, sorumluluğu doğuran ve zarar ile arasında doğal illiyet bağı bulunan her fiili, hukuki sorumluluğa yol açan illiyet bağı ile eşdeğer tuttuğundan; doktrinde ve mahkeme içtihatlarında bunun, uygun illiyet bağı teorisi ile sınırlandırılması gerektiği kabul görmüştür.⁶⁶ Robotik alanında ise doğal illiyet bağının kabulü, işi, zarar gören üçüncü kişinin robot işletene karşı “robotu burada faaliyete koymasaydın fiili ile bana zarar vermeyecekti” ya da üreticisine karşı “robotu üretmese idin bana zarar veremeyecekti” şeklindeki ithamlarına vardıracağından kabul görmemelidir.

⁶² Oğuzman/Öz, s. 39 ve dn. 94. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 39 vd.

⁶³ Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 45 vd.; Basler Kommentar, Art. 41, Rn. 14 vd.

⁶⁴ ... wird nur eine Ursache als haftungsbegründend angesehen, die “nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und den Erfahrungen des Lebens geeignet ist, einen Erfolg wie den eingetretenen herbeizuführen oder mindestens zu begünstigen” BGer, 23.4.2010, 6B_183/2010, E. 3; vgl. BGE 135 IV 56, 64; 129 II 312, 318 = Pra 2004, 31, Basler Kommentar, Art. 41, Rn. 16. Ayrıca bkz. Oğuzman/Öz, s. 45.

⁶⁵ BGE 131 IV 145, 147= Pra 2006, 498. Bkz. Basler Kommentar, Art. 41, Rn. 16.

⁶⁶ Bkz. Basler Kommentar, Art. 41, Rn. 15-16; Oğuzman/Öz, s. 45.

Zarar ile hukuka aykırı fiil arasındaki uygun illiyet bağının ise yukarıda bahsettiğimiz üzere sorumluluk yelpazesinde yer alacak aktörlerin sayıca fazlalığı nedeniyle tespiti pek de kolay değildir. Bir de sorumluluğa neden olan fiilin gerçekleşmesinde birden çok aşamadaki fiilin birlikte etkisi var ise sonuca ulaşmak daha da güçleşir. Herhangi bir aşamada (üretim, kullanım yeri ve güvenliği, denetim, bakım, onarım), o aşamada görevli herhangi bir aktörün aktif veya pasif tutumu ile robotun olumsuz bir davranış geliştirmesi nedeniyle ortaya çıkacak bir zararda uygun illiyet bağına tespit edebilecek uzman kişiler düşünülebilir. Ancak yine de her geçen gün ilerleyen ve değişen teknolojik yaşamda işletenin, hatta üreticisinin dahi sorunun kaynağını bizzat tespit edemeyeceği, öngöremeyeceği durumlarla mutlaka karşılaşılacaktır. Robotik alanında yasal düzenlemeyle getirilebilecek sorumluluk türlerine ilişkin değerlendirme ve öneriler, bu tür açıkları da kapatmayı hedeflemektedir.⁶⁷

Haksız fiil sorumluluğunda son olarak, failin fiilinde kusurlu olması aranır. Kusur kavramı, Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Objektif bakış açısıyla kusur, ancak bir kişinin kasıtlı hareket ettiği hallerde mevcut kabul edilir.⁶⁸ Zararın neticesini isteyen veya bunu göze alan kişi, kasten hareket etmiş olur. Hukuka aykırı sonucu istememekle beraber, hukukun yasakladığı bir davranıştan kaçınmak için iradesini gereği kadar kullanmaması, hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermemesi de kişinin ihmali nedeniyle sorumluluğunu doğurur.⁶⁹

Sorumluluğu doğuran davranışın, kasten veya hafif ya da ağır ihmali neticesinde gerçekleşmesi, haksız fiil sorumluluğunun doğmasında değil; tazminat miktarının tespitinde rol oynar.⁷⁰ Yapay zekâ donanımlı robotların üretim ve kullanımında gerek üreticisi gerek işleteni robotun fiili veya ihmali nedeni ile ortaya çıkan zarara kusuru ile sebebiyet vermiş olabilir. Söz konusu kusur, kast derecesinde olabileceği gibi ağır veya hafif ihmali de olabilir. Robot üreticisinin (veya üretimde görevli herhangi bir teknik personelin) psikolojik bozukluğu nedeniyle veya terörist duyguları ile hareket ederek⁷¹ otonom okul servislerinin olası bir kaza halinde yolcularının yaşamını gözden çıkaracak şekilde programlaması ve bu araçların ne fabrikadaki ürün denetiminde ne de faaliyet göstermesi sırasında işletenin gözetim ve denetimlerinde anlaşılabilir şekilde piyasaya sürülmesi halinde; ilgili teknik personelin kast, diğer aktörlerin ise ihmali nedeni ile sorumluluğu gündeme gelebilir. Böyle bir olasılıkta üretici de teknik personeli istihdamı nedeni ile sorumlu olur (TBK

⁶⁷ Öneriler için bkz. AP Robotik Tavsiye Raporu, Sorumluluk (Haftung), m. 49 vd.

⁶⁸ Basler Kommentar, Art. 41, Rn. 45.

⁶⁹ Oğuzman/Öz, s. 54, 57; Basler Kommentar, Art. 41, Rn. 48a.

⁷⁰ Basler Kommentar, Art. 41, Rn. 45, 48.

⁷¹ Belirtilmelidir ki hukuk, zaten kural olarak saikle ilgilenmez. Hukuka aykırı neticenin varlığı yeterlidir.

m. 66). Aynı örnek, yapay zekâ donanımlı metrolara, uçaklara, hatta robotik cerrahide kullanılacak robotlara, kişisel asistanlara uyarlanabilir. Ancak belirtilmelidir ki kastın varlığı oldukça zayıf bir ihtimaldir. Bunun en büyük nedeni, robotik alanında ürünlerin güvenli olmasına oldukça yoğun bir çaba gösterilmesidir.⁷²

Yukarıda da değinildiği üzere, robot teknolojisindeki mevcut gelişmeler göstermektedir ki robotlar, her ne kadar önceden programlanmış olsalar da tecrübelerinden çıkarımlar yaparak (sınırlı) öğrenebilir ve buna uygun davranış geliştirebilir kabiliyetine sahiptirler ve herhangi bir somut olayda üreticisinin dahi öngöremeyeceği şekilde davranarak irtibatla oldukları kişilere zarar verebilirler. Yine otonom araç örneğinden gidecek olursak; yokuş aşağı giden frenleri patlamış bir araç trafikte seyreden diğer araçları tehlikeye atmamak için can kaybı sayısına yönelik olasılıkları hesaplayarak direksiyonu yan tarafındaki uçuruma kırabilir. Bu olasılıkta, üreticinin de işletenin de kusurundan bahsetmek güçtür. Ancak burada programlanma aşamasında otonom aracın direksiyonu uçuruma kırması olasılığını öngörerek, aracın bu yöndeki tercihini öğrenme algoritmalarını belirlerken engelleyebilmesi mümkünse, robotun programlayıcısının ihmali nedeniyle sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Ayrıca belirtilmelidir ki robotun davranışlarından doğacak sorumluluğun kusursorumluluğu olarak değeriendirilmesinin, doktrinde, otonom görev yapan bir robot söz konusu ise artık illi ve sorumluluğa temel oluşturan bir davranışın varlığından bahsedilemeyeceği (*kein kausales, haftungsbegründendes Handeln*) gerekçesiyle eleştiriye açık olduğuna değinilmektedir.⁷³ Çünkü burada son aşamada “davranan” robottur, insan değil. Buna göre robotun hukuka aykırı davranışı ile bir zarar meydana geldiğinde burada “muhtemel borçlu” –bir başka deyişle sorumluluk yelpazesinde yer alacak herhangi bir aktör– esasen bir davranışta bulunmamıştır. Burada doktrinin genel çözümü, robotun davranışının öncesindeki insan fiilini esas almaktır.⁷⁴ Bu da işi, yine yukarıda bahsettiğimiz üzere otomatın (robotun) faaliyete konulması fiiline götürerek haksız fiilin unsurları şöyle dursun; bir yönüyle robotun kullanımını başlı başına sorumluluk sebebi yapmaktadır. Böyle bir tutumun, doktrinde her şeyden önce teknolojik alandaki yeniliklerin önünü kapatarak adeta robotun faaliyete konulmasını cezalandırır nitelikte olduğuna dikkat çekilmektedir.⁷⁵

Kanaatimizce burada ikili bir ayrıma giderek, örneğin, yapay zekâ donanımlı robotun başlangıçtaki programlanma aşamasına dayanan fiillerinden gerçek

⁷² Günther, s. 239.

⁷³ Hanisch, s. 34.

⁷⁴ Bilgi için bkz. Hanisch, s. 34.

⁷⁵ Hanisch, s. 35.

kişiyi sorumlu tutmak mümkündür. Ancak robotun kendi otonomisi ile sonradan dış dünyada yaşadığı deneyimlerden yapacağı çıkarımlarla nasıl bir davranış geliştireceğini tespit etmek güçleşeceğinden, başlangıçtaki “öğrenme algoritmalarının programlanması fiili”, “robotun otonomisi ile geliştirerek ortaya koyduğu sonraki bir fiili” nedeniyle ortaya çıkacak zarar arasındaki illiyet bağı kesilmekte; en azından ispatı güçleştirmektedir. Böylece haksız fiil sorumluluğuna dayanarak robotun işleyişinin arka planındaki bir gerçek kişinin sorumluluğuna gidilebilmesinde en büyük sıkıntı, illiyet bağının tespiti ve ispat meselesi olacaktır. Kusursuz sorumluluk türleri ayrıca değerlendirilmelidir.

c. Kusursuz Sorumluluk Halleri

Jhering’in ifadesiyle “*tazmini gerektiren zarar değil; kusurdur*”⁷⁶. Ancak klasik ifadenin aksine, sorumluluğun doğması için “kusur” araması gereği, günümüz hukuk sistemlerinde ortaya çıkış noktasından uzaklaşmış ve böylece kusur aranmayan, bir başka deyişle “kusursuz” sorumluluk türlerine de ihtiyaç duyulmuştur.

Doktrinde kusursuz sorumluluk hallerini olağan sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu olarak iki başlık altında veya hakkaniyet sorumluluğu, özen ve gözetim sorumluluğu, tehlike sorumluluğu olarak üç başlık altında değerlendirildiği görülmektedir.⁷⁷ Bu tür sorumluluk hallerinde sorumluluğun adından da anlaşılacağı üzere, sorumluluğu doğuran ilgili hükümlerin unsurları değerlendirilirken kişinin kusurunun bulunup bulunmadığı dikkate alınmaz. Kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluğun kapsamı, hükmün koruma amacı ile sınırlıdır.⁷⁸ Bir başka deyişle ortaya çıkan zarar, hükmün koruma amacı ile bağlantılı olmalıdır ki sorumluluğa hükmedilebilsin. Tıpkı haksız fiil sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk hallerinde de maddi veya manevi tazminat talep etmek mümkündür.⁷⁹

Bazı kusursuz sorumluluk türlerinde sorumluluğun isnad edilebilmesinin hukuki gerekçesi, gerekli objektif özen yükümlülüğünün gösterilmemesidir. Bunlar örneğin, adam çalıştıranlar (TBK m. 66) ile hayvan bulunduranlar (TBK m. 67) sorumluluğudur. İlkinde kişinin, çalışanları üzerindeki otoritesi; ikincisinde zilyedinde bulundurduğu hayvanlar üzerindeki hâkimiyeti gereği, çalışanların veya hayvanlarının vereceği zararlardan hareketle, kendisinden beklenen objektif özen yükümlülüğünün yerine getirmedeği karine gereği

⁷⁶ “*Nicht der Schaden verpflichtet zum Schadenersatz, sondern die Schuld*”. Hanisch, s. 34 ve dn. 15

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 137 ve dn. 3.

⁷⁸ Dinç, s. 67.

⁷⁹ TBK m. 56 hükmü uyarınca manevi tazminat talep edilebileceği 22.6.1966 tarih ve 7/7 sayılı İçtihadî Birleştirme Kararı (12360 sayılı Resmî Gazete) ile netlik kazanmıştır. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 139, dn. 7.

kabul edilir. Ayrıca TBK m. 66/3 hükmü ile 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak işletme (organizasyon) sorumluluğu düzenlenmiştir. “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu” madde başlığı altında üçüncü fıkrada düzenlenen hüküm uyarınca “*Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür*”.

Kişi, gereken özeni gösterdiğini ya da mevcut zararın, gereken özenin gösterilmemesinden değil; başka bir nedenden gerçekleştiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir (TBK m. 66/2, m. 67/2).

Borçlar Kanunu’nun 69. maddesinde düzenlenen “*bina veya diğer yapı malikinin*” sorumluluğunda ise sorumluluğun gerekçesi yukarıda bahsi geçen hükümlerden farklı olarak, ilgili malikin bina veya yapıdan en üst düzeyde yararlanan kişi olmasıdır. İlgili kişinin binanın veya yapının yapım bozukluğundan veya bakım noksanından sorumluluğunun doğması, bu sebeptir. TBK m. 65’de düzenlenen, ayırt etme gücü bulunmayanların fiillerinden doğan sorumlulukları ise hakkaniyet gereğidir. Yine zorunluluk (ıztırar) hali nedeni ile fiili hukuka aykırı olmayan kimsenin, doğan zararı tazmin yükümlülüğünün bulunması, hakkaniyet gereği fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanır (TBK m. 64/2).⁸⁰

818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak 6098 sayılı Borçlar Kanunu’nda ilk kez tehlike sorumluluğu genel bir sorumluluk hükmüyle “*Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme*” başlığı altında 71. maddede düzenlenmiştir. Hükmün ilk fıkrasında sorumluluğun sebebi “*önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğması*” olarak ifade edilmektedir. Böyle bir durumda “*işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur*” (TBK m. 71/1). “*Önemli ölçüde tehlike arz etme*” unsuruna aynı hükmün ikinci fıkrası ile açıklık getirilmeye çalışılmış, bir işletmenin somut olayda tehlike arz etmesi değil; işletmenin niteliğinin ve faaliyetinde kullanılan “*malzeme, araçlar ya da güçler*”in tehlike yaratma potansiyeline sahip olması yeterli görülmüştür (TBK m. 71/2 ilk tümce). Hükümde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte; ikinci fıkra ilk tümcede geçen “*... bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa...*” ifadesi, burada bir kusursuz sorumluluk türünün düzenlendiğine şüphe bırakmamaktadır. Böylece bir işletmede başkalarının mal veya can güvenliğini tehlikeye atmaya elverişli faaliyetlerde bulunan veya bu faaliyette gereksinim duyulan “*malzeme, araçlar ya da güçler*”i kullanan kişiler, tehlike yaratan işletme bakımından her türlü tedbiri aldıklarını kanıtlasalar dahi sorumluluktan kurtulamayacaklardır.

Motorlu taşıt işletenin sorumluluğu (2918 sk. m. 85), çevreyi kirletenin

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 140 vd.

sorumluluğu (2872 sayılı Çevre Kanunu m. 28), sivil hava araçlarının verdiği zararlardan doğan sorumluluk (Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 134), özel kanunlarda düzenlenen ve tehlike sorumluluğu olarak kabul gören sorumluluk türlerine örnektir. Ayrıca üretici ve ithalatçının sorumluluğu (6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 11), üreticinin sorumluluğu (4703 sk. m. 5), genetiği değiştirilmiş organizmalar ve ürünlerinden doğacak zararlardan sorumluluk (5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu) da özel kanunlarla düzenlenen kusursuz sorumluluk hallerindedir.⁸¹

Ne özel ne de genel yasada düzenlendiği halde mahkeme içtihatları kabul gören bazı sorumluluk türleri de mevcuttur. İş kazası ve meslek hastalıklarında sosyal sigortanın karşılamadığı zararlardan işverenin kusursuz sorumluluğu ile ruhsatlı yapılan inşaat nedeni ile komşuların uğradığı zarardan inşaatın tabi olduğu gayrimenkulün sahibi kusursuz sorumluluğu böyledir.⁸²

Görüldüğü üzere hukuk sistemimizde yapay zekâ donanımlı robotlara doğrudan uygulanabilecek nitelikte yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yukarıda yer alan kusursuz sorumluluk türlerinden herhangi birinin robotların fiillerinden doğacak zararları da kapsar nitelikte olup olmadığı tartışılabilirse de kanaatimizce robotik alanına özgü yasal düzenlemeye yer bırakmayacak şekilde olumlu bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.⁸³ Kısaca açıklayacak olursak; öncelikle adam çalıştırının kusursuz sorumluluğu kapsamında robotu faaliyete koyanın sorumluluğuna başvurabilmek için robotun bir “yardımcı kişi” olarak değerlendirilmesi ve arada istihdam ilişkisinin bulunması gerekir. TBK m. 66 uyarınca sorumluluğuna gidilecek (gerçek veya tüzel)⁸⁴ kişinin çalışanı “gerçek kişi” olmalıdır.⁸⁵ TBK m. 116 uyarınca ise yardımcı kişi (ifa yardımcısı) bir tüzel kişi de olabilir.⁸⁶ İstihdam ilişkisinin varlığını değerlendirmeye gerek olmaksızın, robotlar hukuken “kişi” niteliği taşımadığından, robot işleten veya kullananın adam çalıştırının kusursuz sorumluluğuna (TBK m. 66) gitmek, hükmün uygulama alanını aşmaktadır.⁸⁷ Ancak aynı hükmün üçüncü fıkrası ile düzenlenen işletme (organizasyon)

⁸¹ Doktrinde üreticilerin sorumluluğunun tehlike esasına dayalı bir kusursuz sorumluluk türü olması gerektiğine ilişkin görüşler mevcuttur [Kırca Çiğdem, Ürün Sorumluluğu, Ankara 2007, s. 97 vd.; Havatçu Ayşe, Türk Hukukunda Bir Örtülü Boşluk, İstanbul 2005, s. 112 vd. (Bkz. Bak, TAAD (Sayı: 35), dn. 31)] 6098 sayılı kanunun 71. maddesiyle getirilen tehlike sorumluluğunun, üreticilerin kusursuz sorumluluğunu da kapsadığı hakkında bkz. Bak, TAAD (Sayı: 35), s. 222.

⁸² Oğuzman/Öz, s. 138, Nr. 430; s. 248, Nr. 691 vd.; s. 252, Nr. 702 vd.

⁸³ Robotların fiillerinden doğacak sorumluluğa ilişkin sorunlar ve genel değerlendirmeler hakkında ayrıca bkz. Bozkurt Yüksel, TAAD (Sayı 29), s. 96 vd.

⁸⁴ Oğuzman/Öz, s. 142.

⁸⁵ Bkz. Oğuzman/Öz, s. 145.

⁸⁶ Oğuzman/Öz, s. 145.

⁸⁷ Bak, TAAD (Sayı 35), s. 222–223.

sorumluluğu uyarınca doğrudan çalışanın fiillerinden değil, işletenin⁸⁸ “*işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zarar*”dan sorumluluğu kaleme alınmaktadır. Her ne kadar doğrudan ve bütün robot türlerini ve bunların bütün kullanım alanlarını kapsar bir çözüm sunmasa da somut olayı çözümsüz bırakmamak adına, bu kapsamda değerlendirilebilecek bir işletmede kullanılan robotun sebep olabileceği zararların, işletenin kusursuz sorumluluğuna dayanılarak tazmini talebi düşünölebilecektir. TBK m. 67’de düzenlenen hayvan idare edenin kusursuz sorumluluğuna başvurmak ise hayvanların kabiliyetleri yapay zekâ donanımlı robotlardaki karmaşık yapının çok gerisinde kalacağından isabetli bir çözüm sunmayacaktır.⁸⁹ TBK m. 67 hükmü, hayvan idare edeni hal ve şartların gerektirdiği özenin gösterilmemesinden sorumlu tutar. Söz konusu hayvan idaresi iken öngörölebilecek ve öngörölmesi beklenen özen yükümlölüğünün kapsamını tayin etmek güç değildir. Ancak yukarıda kusur sorumluluğunda da değindiğimiz üzere robotların kullanımında aranması gereken özen yükümlölüğünün derecesini tayin etmek, bunların kullanılabilirlikleri geniş faaliyet alanları da göz önünde bulundurulduğunda oldukça güçtür.

Robotlara uygulanabilirliği tartışılabilir bir diğer kusursuz sorumluluk türü TBK m. 69 vd. hükümlerinde düzenlenen yapı malikinin sorumluluğudur. TBK m. 69/1 uyarınca “*Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.*” Akıllı ev olarak adlandırılan yapay zekâ donanımlı yapıların “*yapımındaki bozukluk*” veya “*bakımındaki eksiklik*” kapsamında değerlendirebilecek türden aksaklıkların sebep olabileceği zararlarda yapı malikinin kusursuz sorumluluğuna başvurulmasına bir engel yoktur. Ancak hüküm, “akıllı” veya “akılsız” her türden yapıya uygulanabileceğinden robotik alanına özgü yeni bir yaklaşım getirmemekte⁹⁰; uygulama alanı, robotların filleri neticesinde zararı meydana getirecek somut olay çeşitliliği göz önünde bulundurulduğunda, zararın tazmini meselesinde çok spesifik ve sınırlı kalmaktadır.

Robotların fiillerinden doğacak sorumluluk, TBK m. 65’te düzenlenen hakkaniyet sorumluluğu kapsamında da değerlendirilemez. Hüküm uyarınca

⁸⁸ BK m. 66/3’te geçen “bir işletmede adam çalıştran” ifadesi, “işleten” olarak anlaşılmalıdır. “*Hükümde yer verilen sorumluluğun süjesine ilişkin ibare, sorumluluğun doğumuna kaynaklık eden zararı ortaya çıkaran işletme faaliyeti ve organizasyon eksikliğine dayalı sorumluluk olgusu ile uyumlu değildir. Bu bakımdan, adam çalıştranın sorumluluğundan bağımsız nitelikte bir sorumluluk olarak “işletmede adam çalıştran” ibaresi yerine, “işleten” kavramı benimsenmelidir.*” Görüş için bkz. Ünlütepe, Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III) ve Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71) İlişkinin Değerlendirilmesi, ERÜHFD, C. XII, S. 2, 2017 (1– 41), s. 22, ayrıca bkz. dn. 77.

⁸⁹ Bak, TAAD (Sayı 35), s. 223.

⁹⁰ Hükümün, robot hukukuna yönelik yeni bir bilgi içermediği yönünde bkz. BAK, TAAD (Sayı: 35), s. 223.

hâkim, *“hakkaniyet gerektiriyorsa, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir”*. Sorumluluğun koşulu olarak ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin verdiği zararlar ele alındığından; ancak gerçek kişiler bu kapsamda değerlendirilebilir.

Robotların fiillerinden doğacak kusursuz sorumluluk adı altında son olarak başvurulması düşünülebilecek sorumluluk türü, tehlike sorumluluğudur. Öncelikle belirtilmelidir ki robotların fiilleri ile meydana gelebilecek zararlara ilişkin tehlike sorumluluğunu doğrudan düzenleyen özel bir kanun mevcut değildir. Bu nedenle tehlike sorumluluğunu genel hükümle düzenleyen 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 71. maddesi gündeme gelecektir. Yukarıda da değinildiği üzere hükmün unsurlarından biri *“önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin varlığı”*dir (TBK m. 71/1). Robotların fiillerinden doğabilecek zararlara ilişkin işletenin, kullananın, hatta üreticinin tehlike sorumluluğuna başvurmak *“önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme”* bulunmadığı sürece mümkün değildir. Tehlike sorumluluğunu düzenleyen 71. madde hükmü kapsamlı bir hüküm olup; doğrudan robotların kullanımına ve bunların fiillerinden doğacak zararın tazminine yönelik bir düzenleme getirmemektedir. Hükmün ikinci fıkrasında önemli ölçüde tehlike arz etme unsuru, *“bir işletmenin mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler”* dikkate alınarak tayin edildiğinden robotların varlığı ve fiillerinden (işletme içerisinde dahi) doğacak zararlar hükmün uygulama alanı dışında kalmaktadır. Doktrinde bir işletmede patlayıcı maddelerin üretimi ve bunların patlaması nedeniyle doğacak zararlar m. 71 uyarınca tehlike sorumluluğuna örnek gösterilmektedir.⁹¹ Burada *“önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme”* ile robotların fiillerinden doğacak zararın tazmini meselesini bağdaştırmak güçtür. Akla ilk olarak üretimde robotlardan yararlanılması ve TBK m. 71/2 unsurlarından işletmenin *“...faaliyet(in)de kullanılan araçlar...”* kapsamında değerlendirilmesi gelebilecekse de robotların, her durumda *“...sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli”* olma unsurunu taşımadıkları açıktır.

Unutulmamalıdır ki tehlike sorumluluğunun esası; hukuk sisteminin izin verdiği, fakat tehlikeli bir faaliyete girildiğinden, izin verilen riziko sebebiyle başkaca bir değerlendirmeye gerek olmaksızın zarara uğrayacak kişileri hukuken koruma olanağı sağlamaya dayanır.⁹² Bir başka deyişle tehlike sorumluluğunda hukuka aykırı bir fiilin ve failin kusurunun bulunup bulunmadığı dikkate alınmaz. Ayrıca zararın, yapılan faaliyetten çıkar sağlayan kişi dururken zarar gören tarafından karşılanmasının beklenemeyecek olması ve böyle bir sorumluluk türünün düzenlenmesiyle zarar görene bir tür ispat kolaylığı sağlanmış olması

⁹¹ Oğuzman/Öz, s. 195.

⁹² Günther, s. 237-238;

da göz ardı edilmemelidir.⁹³ Robotların her bir türünü kapsar nitelikte bir tehlike sorumluluğu hali düzenlenip düzenlenmemesi gereği bu veriler göz önünde bulundurulurken dikkatle ele alınmalıdır. Buna göre öncelikle bir robotun kullanımının, üçüncü kişilerin başkaca bir sorumluluk unsuru aranmaksızın korunmasını gerektirecek kadar tehlike arz edip etmediğine bakılmalıdır. Şüphe yoktur ki bir robotun kullanımı tek başına böyle bir sorumluluk türüne ihtiyaç duyuracak kadar tehlike arz etmez. Riziko taşıma ve tehlikeli olma unsuru çoğu zaman robotun, somut olaydaki kullanımına (örn. kullanım alanı, robotun türü veya kabiliyetleri) göre değişiklik gösterir.⁹⁴ Robotun kullanımı tek başına, bir faaliyetle bağlantılı olarak normal ölçünün üzerine çıkacak kadar bir riziko meydana getirmez. Bu duruma açıklık getirmek için doktrinde bir tren kazası veya nükleer enerji santralinde olası arıza örnekleri; herhangi bir alanda faaliyet gösteren bir robot ile kıyaslanmaktadır. İlk ikisi, herhangi bir robot kullanımı söz konusu olmasa dahi örneğin ev temizliğinde kullanılan bir robotun varlığından çok daha büyük tehlike arz eder. Trenin veya nükleer enerji santralinin otonom bir robot tarafından idare edilmesi elbette örneği farklı boyutlara taşır.⁹⁵ Ancak burada ifade edilmek istenen; robotların kullanılabilmesi bütün faaliyet alanları için genel bir tehlike sorumluluğunun yasaca düzenlenmesi önerilebilir bir çözüm olsa da, her bir somut olayı kapsamayacağı ve bu nedenle bazı hallerde aşırıya kaçacağı gerekçesiyle buna çekinceli yaklaşılması ve robotun kullanım alanının ve somut olayın koşullarının dikkatle değerlendirilmesi gereğidir. Örneğin, bir tanıtım firmasının düzenlediği etkinlikte, katılımcıları karşılamak ve onlara yol göstermek amacı ile faaliyet gösteren bir servis robotu, yol gösterme sırasında katılımcılardan birinin düşmesine ve kolunun kırılmasına neden olsa; söz konusu robottan etkinlikte yararlanılması başlı başına tehlikeli bir durum yaratma olarak algılanabilir mi? Şüphe yoktur ki servis robotunu söz konusu etkinlikte kullanan, örneğin, firma yöneticisinin bu durumu öngörerek engellemesini beklemek; insani kabiliyetlerin üzerinde bir beklenti olur. Ayrıca bu tür yapay zekâ donanımlı servis robotlarının ilerleyen yıllarda daha yaygın kullanımı ile yaşlı veya engelli kişilerin yaşamını kolaylaştıracağı düşünülürse, böyle bir beklenti robotların kullanımının yaygınlaşmasının önüne hukuki bir engel koymaktan öte anlam taşımayacaktır.⁹⁶

Bahsi geçen nedenlerle robotun kullanılması faaliyeti tek başına bir tehlike olarak sınıflandırılmaz; ancak somut bir kullanım alanında risk oluşturabilir.⁹⁷ *De lege feranda* getirilebilecek bir öneri, robotların kabiliyetlerine ve kullanım

⁹³ Günther, s. 238.

⁹⁴ Günther, s. 239.

⁹⁵ Günther, s. 239.

⁹⁶ Yaklaşım hakkında bkz. Günther, s. 131-132.

⁹⁷ Görüş için bkz. Günther, s. 241.

alanlarına göre kategorize edildikten sonra ortaya çıkarabilecekleri tehlikenin boyutunun önemi ve öngörülemezliği ile sürece hâkimiyetin mümkün olmadığı haller dikkatle değerlendirilerek bu tür bir tehlike sorumluluğu hükmünün unsurlarının tespit edilmesi olacaktır.

Robot işletenin hukuki sorumluluğu mevcut hukuk sistemimizde, kusur sorumluluğuna veya koşulları var ise (örn. otonom araçlarda) tehlike sorumluluğuna dayanır.⁹⁸ Gelecekte, robotik alanına özgü kusursuz sorumluluk halini ele alacak bir düzenlemeye gidilecekse, ilgili düzenlemede yine bu alana özgü sorumluluk şartları belirtilmelidir. Söz konusu sorumluluğun kapsamı, özen yükümlülüğünü düzenleyen diğer hükümlerde olduğu gibi hükmün koruma amacı ile sınırlı kalacak şekilde tayin edilecektir.⁹⁹ Robot hukukuna ilişkin getirilecek özel bir düzenlemede robotlar kullanım alanları ve amaçları dikkate alınarak kategorilerine göre yapılacak ayırmada; tehlike sorumluluğunun aranması gereken özel haller saklı olmak üzere (örn. otonom ulaşım araçları) işletenin sorumluluk türünün özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmesi; özen yükümlülüğünü yerine getirirse dahi öngörülemeyecek durumlar (örn. yazılım sistemini robotun otomatik güncellemesi nedeniyle veya robotun kendi çıkarımları neticesinde doğabilecek zararlar) için ise kısa vadede özel ve zorunlu bir sigorta türü düşünülebilir.¹⁰⁰

Robotların fiilleri ile ortaya çıkabilecek zararların tazmini noktasında yürürlükteki hukuk açısından gündeme gelebilecek bir başka sorumluluk türü, ürün sorumluluğudur. Örneğin, bir ev süpürme robotunun etrafını herhangi bir sebepten doğru algılayamaması nedeni ile evde elektrik kaçağına ve yangına sebebiyet vermesi halinde robotta bir üretim hatasının bulunup bulunmadığı bu kapsamda değerlendirilecek olasılıklar arasındadır.

Hukukumuzda ürün sorumluluğunda ağırlıklı görüş, bunun bir kusursuz sorumluluk hali olduğu yönündedir.¹⁰¹ Nitekim kanaatimizce ürün sorumluluğunda kusurlu- kusursuz sorumluluk halleri ayırımına giderek; somut olayda kusur sorumluluğu aranacaksa buradaki kusur unsurunun tespit ve ispatına çabalamak robotik alanında hukuk pratiğini oldukça zorlaştıracaktır. Üreticinin sorumluluğuna gidilecekse bunun tamamen bir kusursuz sorumluluk türü olarak ele alınmasının, robotikte bilim ve teknolojinin ulaştığı seviye ve robotun teknik yapısının karmaşıklığı dikkate alındığında daha realize edilebilir sonuçlar sunacağı açıktır. Bu bağlamda robotlara özgü, bilim ve teknolojinin gelişmesini engelleyecek geniş bir kapsamdan uzak, sadece robotlarla ilişkilendirilmiş özel

⁹⁸ Hanisch, s. 60.

⁹⁹ Kusursuz sorumluluk hukukuna özgü genel bilgiler açısından karşılaştırınız Oğuzman/Öz, s. 138.

¹⁰⁰ Karşılaştırınız AP Robotik Tavsiye Raporu, Sorumluluk (Haftung), m. 49 vd.

¹⁰¹ Dinç, s. 80; Oğuzman/Öz, s. 238, Nr. 670.

bir tehlike sorumluluğu türünün düzenlenebileceği de savunulmaktadır.¹⁰²

İsviçre ve Alman Hukuk sistemlerinin aksine, Türk Hukukunda özel olarak “ürün sorumluluğunu” düzenleyen bir kanun mevcut değildir. Bu nedenle bir ürün olarak robotların fiillerinden doğacak hukuki sorumluluğun hangi iç hukuk hükümlerinin uygulanmasıyla çözülebileceği değerlendirilecektir. Konuyla ilgili akla ilk olarak “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun” gelir. Kanun ile müteselsil sorumluluğun öngörüldüğu hükümlerde dolaylı olarak üreticinin sorumluluğu düzenlenmiş sayılır.¹⁰³ Diğer yandan böyle bir sorumluluğun doğması için (taraflarından biri üretici olmasa dahi) mal veya hizmeti geçerli bir tüketim sözleşmesi uyarınca alan tüketicinin zararının doğmuş olması aranır.¹⁰⁴ Malın ayıplı olması halinde ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından biri seçilirse, bu talep satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilbilir (TKHK m. 11/4). TKHK m. 76/3 uyarınca ayrıca tüketicie sunulan ürün ve hizmetlerin, can ve mal güvenliğine zarar vermemesi, uygulanması zorunlu her türlü idari ve teknik düzenlemeye uygun olması aranır.

Doğrudan 4703 sayılı Ürün Güvenliği Kanununa dayanarak tazminat talep edilemeyeceđi¹⁰⁵, Kanunda düzenlenen hükümlere aykırılık hallerinde ancak idari para cezası uygulanacağı gerekçesi ile Kanunun uygulama alanı daralsa da “Ürünlerin piyasaya arzında üreticilerin ve dağıtıcıların yükümlülükleri” başlıklı 5. maddesi ile ürün güvenliğine yönelik getirdiği düzenlemeler dikkate değerdir. Doğrudan ürün sorumluluğunu düzenleyen bir kanunumuz bulunmadığından, ürün sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerin uygulanması da gündeme gelecek; bu da bizi yukarıda da detaylarıyla ele alınan BK m. 49 genel hükmüne götürecektir. Ayrıca hükmün koşulları mevcut olduğu müddetçe BK m. 66/3’te işletenin sorumluluğuna da başvurulabilecektir. Her ne kadar konunun inceleme kapsamı dışında bırakılsa da elbette üreticinin aynı zamanda satıcı olduğu durumlarda satım sözleşmesi kapsamında sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurulmasına bir engel yoktur.¹⁰⁶ Ancak her ne kadar ürün sorumluluğuna ilişkin mevcut yasal durumdan dolaylı dahi olsa bazı çözümlere ulaşılabilsede konuyla ilgili doğrudan ve tartışmalara yer bırakmayacak şekilde ürün sorumluluğuna ilişkin kapsamlı bir yasal düzenlemeye gidilmesi yerinde olacaktır.¹⁰⁷

¹⁰² Spindler, s. 80.

¹⁰³ Oğuzman/Öz, s. 237, Nr. 666.

¹⁰⁴ Oğuzman/Öz, s. 237, Nr. 666.

¹⁰⁵ Aksi yönde bkz. Oğuzman/Öz, s. 239, Nr. 673.

¹⁰⁶ Bkz. Dinç, s. 88.

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz. Dinç, s. 87 ve dn. 315.

1. Avrupa Parlamentosu Tavsiye Raporu ile Medeni Hukuk Sorumluluğunda Getirilen Öneriler

AB hukukunda bir ürün olarak robotların üreticisinin sorumluluğuna başvurmayı sağlayacak güncel ve yürürlükteki kaynak, her ne kadar güncel haliyle ülkemize iktibası henüz sağlanmamışsa da “Ürün Sorumluluğu Direktifi”dir.¹⁰⁸ Ancak söz konusu direktif, robotların fiillerinden doğan sorumluluk konusunda yetersiz kalacağı için, yine direktifin uygulama alanı dışında, diğer mevcut yasal düzenlemeler de özellikle yeni tür robotların sebep olacağı zararları gidermekte yerli olmayacağından, Avrupa Parlamentosu üye devletlere robotik alanına özgü yeni bir uluslararası hukuki düzenlemeyi teşvik etmektedir.¹⁰⁹

Robotların fiillerinden doğacak medeni hukuk sorumluluğuna ilişkin Avrupa Parlamentosu tavsiye raporunda önerilerini kısa ve uzun vadeli öneriler olarak iki aşamada ele almaktadır.

Raporda “*Sorumluluk (Haftung)*” başlığı altında medeni hukuk sorumluluğuna ilişkin öneriler sıralanmıştır. Burada öncelikle, robotların meydana getirdiği zararlardan doğacak Medeni Hukuk sorumluluğunun önem taşıdığı, bu sorumluluğun analiz edilip, hukuk güvenliğinin gerçekleştirilmesinde geçerlilik (*Wirksamkeit*), şeffaflık (*Transparenz*) ve eşsafhalılıktan (*Kohärenz*) Avrupa Birliği çapında vatandaşların, tüketicilerin ve girişimcilerin eşit olarak faydalanabileceğinin garanti altına alınması gerektiğini belirtilir (m. 49).

Raporun 53. maddesinde komisyon, robotların fiillerinden doğacak hukuki sorumluluğa ilişkin getirilecek yasal düzenlemelere ilişkin detaylı bir değerlendirmenin komisyon tarafından destekleneceğini belirterek; burada kusursuz sorumluluk yaklaşımının (*der Ansatz der verschuldensunabhängige Haftung*) mı, yoksa risk yönetimi yaklaşımının (*Risikomanagementansatz*) mı kullanılması gerektiğinin cevaplanmasını istemektedir. Bunu izleyen 54 ve 55. maddelerde her iki sorumluluk yaklaşımının arasındaki farklar açıklanmaktadır. Buna göre –bilindiği üzere– kusursuz sorumluluk hali sadece zararın meydana geldiğini ve robotun zarar verici işleyişi ile mağdurun maruz kaldığı zarar arasında illi bağlantının varlığının ispatı yeterlidir (m. 54).

Buna karşılık risk yönetimi yaklaşımı kabul edilecekse; sorumluluğun merkezinde “ihmalî davranan” kişi değil; belirli koşullar altında riskleri azaltma ve negatif etkileri bertaraf edecek durumda olan kişi, şahsi olarak sorumludur (m. 55).

Komisyon, raporunda ayrıca “*robotun otonomisi, bir başka deyişle öğrenme kabiliyeti ne kadar fazla olursa çalıştırıcısının (seines Trainers)*

¹⁰⁸ RL85/374/EWG <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A31985L0374> (son erişim: 01.03.2019).

¹⁰⁹ AP Robotik Tavsiye Raporu, Sorumluluk (Haftung), AH.

sorumluluğunun da o kadar büyük” olacağını; “robotun davranışının gerçekte kime atfedilebileceğinin” değerlendirmesi yapılırken robotun *“eğitimi (Schulung)”* sırasında ona verilenler ile sonrasında öğrenme kabiliyeti neticesinde kendi tecrübeleri ile edindiklerinin karıştırılmaması gerektiğini; en azından şimdiki aşamada sorumluluğun bir robota değil; bir insana ait olması gerektiği görüşünde olduğunu belirtmiştir (m. 56).

Raporda bunlara ilaveten komisyon, insan davranışı veya ihmalden doğan zararları gidermek amacı ile karayolları ulaşımında yapılan sigortadan farklı olarak, robotik alanında üreticinin, malikin ya da kullanıcının sorumluluğuna dayanan bir sigorta sistemi önermektedir (m. 57). Bu sigorta sisteminin sigorta kapsamı dışında kalan zararların da onarılabilmesi için motorlu taşıtlarda olduğu gibi bir fon ile tamamlanabileceği; ayrıca Robotik endüstrisindeki gelişmelerle uyumlu yeni ürün ve teklif formlarının geliştirilmesi (*neue Produkte und Angebotsformen zu entwickeln*) gerektiği görüşünü savunur.

Avrupa Parlamentosu hukuk işleri komisyonu, raporun 59. maddesinde geleceğe dönük, daha uzun vadede gerçekleştirilmesi gereken hukuki düzenlemelere ilişkin tavsiyeler getirir. Buna göre komisyon, robotik alanında Medeni Hukuk sorumluluğuna ilişkin getirilecek yasal düzenlemelerin ortaya çıkaracağı sonuçların tahmininde bütün olası çözümlerin sonuçlarının araştırılması, analiz edilmesi ve değerlendirilmesini aşağıda belirtilen 6 bent ile getirdiği önerileriyle teşvik etmektedir (m. 59/a-f).

Komisyon, 59. maddenin ilk bendinde belirli kategorideki robotlar için işe yarar ve gerekli görülürse robotların üretici veya maliklerinin (tıpkı motorlu taşıtlar için yürürlükteki emredici sigorta hükümleri gibi) robotlarının muhtemelen sebep olabileceği zararları için sigorta yapmasının zorunlu olacağını (m. 59/a),

Tazminat fonunun sadece, bir robot tarafından meydana getirilen ve sigortaca karşılanmayan zararların tazmin edilmesi amacıyla hizmet etmemeyi garanti altına almasını (m. 59/b),

Üretici, programlayıcı, malik ya da kullanıcılara, bir tazminat fonuna ödemede bulunuyorlarsa ve hepsi birlikte robotun sebep olduğu bir zarar nedeniyle tazminatı garanti ediyorlarsa; sınırlı bir sorumluluktan yararlanmayı mümkün kılmayı (m. 59/c),

Bütün akıllı robotlar için genel bir fon mu; yoksa her bir belirli robot kategorisi için özel bir fon mu oluşturulması gerektiğine; ayrıca bu fon için robotun kullanıma konması sırasında katkının bir defalık ödeme olarak mı (*als einmalige Gebühr*); yoksa *“robotun (kullanım) ömrü (die Lebensdauer des Roboters)”* boyunca düzenli katkılar şeklinde mi yapılması gerektiğine karar verilmesini (m. 59/d),

Robot ile fon arasında bağlantıyı kurmak için robotun kendisine ait (*individuell*) bir sicil numarasının; oluşturulacak özel bir Avrupa Sicilinde (*das spezielle EU-*

Register) robot ile iletişimde olabilecek herkes tarafından; fonun türü, mala zarar verme halinde sorumluluğun sınırları, katkı ödeyenin adı ve ödevleri ve diğer bütün detaylar hakkında bilgi alabilmesi için görünür kılınmasını (m. 59/e);

Uzun vadede robotlara ilişkin özel bir hukuki statünün oluşturulması; en azından “zeki otonom robotlar için (*für die ausgeklügeltsten autonomen Roboter ein Status als elektronische Person*)” kendisinin neden olacağı bütün zararların tazmininden sorumlu kılınabilmesi adına “elektronik kişi (e-Person)” statüsünün tanınabileceği veya robotların kendi kararlarını alabileceği ve herhangi bir şekilde ve bağımsız olarak üçüncü kişilerle etkileşimde olduğu durumlarda ihtimal ki elektronik kişiliğin kullanılabileceğini kaleme almaktadır (m. 59/f).¹¹⁰

İnceleme konumuzla ilgili olarak Avrupa Parlamentosu Robotik Tavsiye Raporunda bahsi geçen sorumluluk türlerine ilişkin öneri ayrı bir önem arz eder. Burada kusursuz sorumluluk ve risk yönetimi yaklaşımları önerilmiş ve içerikleri kısaca açıklanmıştır. Ancak doktrinde haklı olarak bu iki sorumluluk türünün birbirlerinin yasal birer alternatifiymiş gibi önerilmesi eleştirilmektedir.¹¹¹ Kusursuz sorumluluk yaklaşımına ancak kusur sorumluluğu yaklaşımı alternatif olarak önerilebilir. Risk yönetimi yaklaşımında (*Risikomanagementansatz*), sorumluluğun sonuçta kesin olarak kime isnad edilebileceği belirlenmektedir. Buna göre sorumluluğun odak noktasında “*ihmali davranan*” kişi değil; belirli koşullar altında riskleri azaltma ve negatif etkileri bertaraf edecek durumda olan kişi, şahsi olarak sorumludur (m. 55). Risk yönetimi yaklaşımı (*Risikomanagementansatz*), Avrupa Parlamentosu Robotik Tavsiye Raporunda bahsi geçen şekliyle başlı başına bir sorumluluk konsepti olmaya uygun görülmemekte; ancak kusur sorumluluğu rejimi içerisinde, “kusur” unsurunun finansal analiz bakımından optimal risk taşıyıcısının kim olacağı ile ikame edilmek istenmesi olarak anlaşılabilirliği ifade edilmektedir. Ancak bu durumda dahi somut olaya uygun olmayan ve haksız fiil hukukunun temel ilkelerine kapsamlı bir müdahale olarak mevcut sorulara bir artı değer katmayacağı gerekçesiyle bu yaklaşım eleştirilmektedir.¹¹² Nitekim risk yönetimi yaklaşımının haksız fiil rejimi içerisinde değerlendirilmesi olasılığında da risk yönetiminde artık Tavsiye Raporu m. 55’te geçen ifadesiyle “*ihmali davranan kişinin, şahsen sorumlu olmamasının (... nicht die Person, die Fahrlässig gehandelt hat, als persönlich haftend...)*” amaçlandığı şeklinde görülmemelidir.

Tavsiye Raporunda önerilen bir diğer sorumluluk türü, kusursuz sorumluluk da kısmen eleştiriye açıktır. Şöyle ki; kusursuz sorumluluk açısından Avrupa Birliğinde zaten, yukarıda da bahsi geçen ve uygulanabilirliğinin Avrupa

¹¹⁰ Robotların hukuki statüsü hakkında görüşler için bkz. Bak, TAAD (Sayı 35), s. 215 vd.; Günther, s. 245 vd. Robotlara Roma Hukukundaki köleliğe benzer bir statü tanınıp tanınamayacağı hakkında ayrıca bz. Günther, s. 51–52.

¹¹¹ Lohmann, ZRP 6/2017, s. 170.

¹¹² Lohmann, ZRP 6/2017, s. 170.

Parlamentosu Robotik Tavsiye Raporunda da açıkça belirtildiği Direktif Hükümlerinin (RL 85/374/EWG), üreticinin hatalı ürünleri nedeniyle kusursuz sorumluluğunu düzenlediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Üreticinin bu sorumluluğunun kapsamı genişletilecekse; yürürlükteki ürün sorumluluğu hukukunun da buna uyarlanması gerektiği savunulmaktadır. Robotların fiillerinden doğacak zararlar için ekstra bir düzenleme yapılacaksa bu, ancak başkaca sorumluluk sujeleri de burada düşünülecekse makul olabilecektir. Örnekle, bu tür bir kusursuz sorumluluk düzenlenecekse, burada ilk olarak sorumluluğu kural olarak kusura dayanan robot işletenin de kusursuz sorumlu sayılacağı akla gelir.¹¹³ Her geçen gün robot işletenin robotun “kontrol, denetim ve gözlemlenmesine (*Aufsicht, Überwachung und Kontrolle*)” ilişkin beklentilerin arttığı göz önünde bulundurularak tavsiye raporundaki kusursuz sorumluluğa ilişkin getirilen öneri, bu kapsamda düşünülebilecekse de; kavramların içeriğinin netlik kazanması için yasa koyucu veya yargı içtihatlarının beklenmesi gerekecektir.¹¹⁴ Sonuç olarak doktrinde, tavsiye raporunda önerilen sorumluluk türleri üzerinde detaylı düşünülmeyeceği görüşüne varılmaktadır.¹¹⁵ Ayrıca raporda geleceğe yönelik getirilen elektronik kişiliğe en azından otonom araçlarda ihtiyaç bulunmadığı; tehlike sorumluluğu ve aracın özelliklerine göre yapılacak bir zorunlu sigortanın zarar gören açısından zaten uygun bir çözüm sunacağı savunulmaktadır.¹¹⁶

2. Değerlendirme ve Sonuç

Robotik alanında henüz hiçbir hukuk sisteminde özel bir düzenleme yoktur. Hukukumuzda robotların fiillerinden doğacak sözleşme dışı sorumluluk hallerinde çözüm önerileri kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk hükümleri göz önünde tutularak getirilebilecektir. Ancak söz konusu zarara sebep, bir robotun davranışı olduğundan; zararın tazmini talebinin kime yöneltileceği meselesi ayrı bir önem taşır. Robotlar hukuken “kişi” olmadığından, kusurlarından da kusursuz sorumluluklarından da bahsedilemez. Bu nedenle “robotların fiillerinden doğan hukuki sorumluluk” kavramından, robotların ardındaki gerçek kişilerin, robotun üretimi, denetimi, programlarının güncellenmesi, üretim amaçlarına uygun yerlerde kullanılması gibi herhangi bir noktadaki davranışları veya ihmalleri nedeni ile doğacak hukuki sorumlulukları anlaşılmalıdır. Bu bağlamda her ne kadar yüksek otonomiye sahip robotların hangi olasılıkları değerlendirerek nasıl bir davranışta bulunacağı, henüz bilim ve teknolojinin geldiği aşamada (örn. bir

¹¹³ Lohmann, ZRP 6/2017, s. 169.

¹¹⁴ Karşılaştırınız Lohmann, ZRP 6/2017, s. 169 ve dn. 22; Lohmann, Melinda Florina, *Roboter als Wundertüten – eine zivilrechtliche Haftungsanalyse*, AJP/PJA 2/2017 (152–162), s. 159.

¹¹⁵ Lohmann, ZRP 6/2017, s. 170.

¹¹⁶ Armbrüster, *ARMBRÜSTER, Automatisiertes Fahren – Paradigmenwechsel im Straßenverkehrsrecht?*, ZRP 2017, 85; Lohmann, ZRP 6/2017, s. 171.

denetim/kontrol programı ile) önceden tamamen öngörülemez de teknik açıdan yine de daha başlangıçta (henüz üretim/programlanma aşamasında) bellidir. Bir başka anlatımla robotlar esasen “determinist” makinelerdir. Robotun ardındaki gerçek kişiler sorumluluk sujesi olarak ele alındığında; burada şüphesiz karşımıza ilk olarak robotun üreticisi, işleteni veya kullanani çıkacaktır. Bu kişilerden üreticinin de lege lata haksız fiil sorumluluğu mümkün olmakla beraber özellikle fiil ile zarar arasında illiyet bağının ve kusurun ispatı oldukça zordur. Ayrıca üreticinin ürün sorumluluğu kapsamında kusursuz sorumluluğuna; kullanan veya işletenin ise kusursuz sorumluluklarına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığından kural olarak haksız fiil hükümleri uyarınca kusur sorumluluğuna gidilebilecektir. Ancak somut olayda koşulları varsa (yapay zekâ donanımlı) yapı malikinin BK m. 69, işletenin BK m. 66/3 ve 71 hükümleri uyarınca, ayrıca otonom araç söz konusuysa KTK m. 85/1 uyarınca kusursuz sorumluluğuna başvurulması olasıdır.

Kanaatimizce kusur sorumluluğu, robotik alanında somut olaya uygulanabilirliği noktasında *de lege feranda* tatmin edici çözümler sunmayacaktır. Bunun en büyük gerekçesi, robotların oldukça karmaşık bir yapıya sahip olması ve üretim ve hatta bazen kullanımları aşamasında oldukça fazla kişinin rol alması nedeni ile kusurun varlığının tespiti bir yana; sorunun hangi aşamadan kaynaklandığının tespiti dahi oldukça zor olmasıdır. Tıpkı özen yükümlülüğü ve tehlike sorumluluğu hallerinde olduğu gibi amaç kusur aramak değil; somut olay adaletini sağlamak olmalıdır. Öte yandan robotun fiili ile zarar gören üçüncü kişiye bir de kusur unsurunun varlığını ispatlama külfeti yükletilmemelidir. Robotik alanında kısa vadede *de lege feranda* getirilecek en önemli öneri öncelikle, unsurları açık ve anlaşılır bir robot tanımının yapılarak robotların türlerine göre kategorize edilmesi ve her bir türe, özelliklerine ve kullanım alanlarına uygun bir kusursuz sorumluluk türü öngörülmesi olacaktır. Ayrıca ortaya çıkan zararın kaynağının ispatlanabilmesi noktasında zarar gören açısından ispat kolaylığı getiren hükümlerin düzenlenmesi ve yasal olarak robotların içerisine kara kutu benzeri, sorunun kaynağını tespit etmeye yarayacak cihazların yerleştirilme zorunluluğu getirilmesi düşünülebilecektir. Yine robotlara ilişkin kategorilerine göre farklı içeriklerde zorunlu sigorta yapılması da getirilecek hukuki düzenleme önerileri arasındadır. Uzun vadede robotlara özgü (elektronik kişilik gibi) bir hukuki statü düşünülebilirse de günümüzdeki robotik tecrübelerimiz gerek fiilen gerek mahkeme kararlarına yok denecek kadar az olduğundan en ideal çözümü sunacak hukuki statü için bir süre daha beklemesi gerektiği kanısındayız.

KAYNAKÇA

ARMBRÜSTER, Automatisiertes Fahren – Paradigmenwechsel im Straßenverkehrsrecht?, ZRP 2017, 83 – 86.

BAK, Başak, Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk, TAAD (sayı: 35), Yıl 9, 2018 (211–232).

BECK, Susanne, Grundlegende Fragen zum rechtlichen Umgang mit der Robotik, JR Heft 6, 2009 (225 – 230).

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Robot Hukuku, TAAD (Sayı 29), Yıl 7, 2017 (85–112).

DİNÇ, İnan Deniz, Ürün Sorumluluk Sigortasında Rizikonun Konusu ve Teminatın Kapsamı, İstanbul 2017.

GÜNTHER, Jan-Philipp, Roboter und rechtliche Verantwortung/Eine Untersuchung der Benutzer- und Herstellerhaftung, Herbert Utz Verlag, München 2016.

HANISCH, Jochen, Zivilrechtliche Haftungskonzepte für Robotik, Eric Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral, Robotik und Recht Band 3, Baden-Baden 2014 (27– 61).

HILGENDORF, Eric, Recht und Autonome Maschinen –ein Problemaufriss, (Hrsg.) Eric Hilgendorf, Das Recht vor den Herausforderungen der modernen Technik, Beiträge der 1. Würzburger Tagung zum Technikrecht im November 2013, Robotik und Recht Band 4, Baden-Baden 2015 (11– 40).

HONSEL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art 1 – 259 OR, 6. Aufl., Basel 2015.

JOHN, Robert, Haftung für Künstliche Intelligenz. Rechtliche Beurteilung des Einsatzes intelligenter Softwareagenten im E-Commerce, Hamburg 2007.

KIRN/MÜLLER-HENGSTENBERG, Rechtliche Risiken autonomer und vernetzter Systeme, Oldenbourg 2016.

LOHMANN, Melinda Florina, Roboter als Wundertüten – eine zivilrechtliche Haftungsanalyse, AJP/PJA 2/2017 (152–162).

LOHMANN, Melinda Florina, Ein europäisches Roboterrecht – überfällig oder überflüssig?, ZRP 6/2017 (168–171).

OĞUZMAN/ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, İstanbul 2017.

SCHUHR, Jan. C., Neudefinition tradierter Begriffe (Pseudo-Zurechnungen an Roboter), Eric Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral, Robotik und Recht Band 3, Baden Baden 2014 (13–26).

SICILIANO/KHATIB, Springer Handbook of Robotics, 2008.

SPINDLER, Gerald, Zivilrechtliche Fragen beim Einsatz von Robotern, Eric Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral, Robotik und Recht Band 3, Baden-Baden 2014 (63– 80).

ÜNLÜTEPE Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III) ve Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71) İlişkisinin Değerlendirilmesi, ERÜHFD, C. XII, S. 2, 2017 (1– 41).

İnternet Kaynakları

http://www.informatik.uni-oldenburg.de/~iug08/ki/Grundlagen_Starke_KI_vs._Schwache_KI.html

<https://www.sueddeutsche.de/auto/autonomes-fahren-selbstfahrende-autos-brauchen-weiterhin-menschen-am-steuer-1.3350699>

<https://www.davincicerrahisi.com/robotik-cerrahi-nedir/>

<http://www.eu-nited.net/robotics/market/introduction/index.html>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A31985L0374>

MARKANIN İNTERNET ORTAMINDA ELEŞTİRİ AMAÇLI KULLANIMI: ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 9 OCAK 2019 TARİHLİ NAİF ŞAŞMA KARARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME

*The Use Of Trademark For Criticism on the Internet Environment: An
Evaluation in the Framework of the Constitutional Court's Naif Sasma
Decision, Dated January 9, 2019*

Dr. Hâkim Tamer SOYSAL*

Geliş Tarihi: 26.03.2019 Kabul Tarihi: 31.10.2019

ÖZET

Anayasa Mahkemesi, 9 Ocak 2019 tarihinde verdiği Karar'da, bir kargo firmasına ait ticari markanın alan adında "mağdurları" ifadesi ile birlikte yer almasını, ifade özgürlüğü hakları kapsamında kullanım olarak nitelendirmemiş ve kullanımın markadan doğan ticari itibar haklarını zedeleyici olduğunu belirtmiştir. İnternet ortamında bu tür kullanımın en bariz örneği, markanın internet alan adında yer alması suretiyle kullanılmasıdır. Bu tür kullanımlar, internet alan adlarına ilişkin uyuşmazlıkların yoğun olarak görüldüğü ABD'de ve WIPO Uyuşmazlık Çözüm mekanizmaları kapsamında genel olarak ifade özgürlüğü hakları ile bağlantılı olarak yorumlanmaktadır. Makalemizde, konuya ilişkin teknik ve teorik bilgiler verildikten sonra, WIPO Panelleri ve ABD mahkemelerince verilen kararlar ışığında Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirilmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Marka, Tanınmış marka, ifade Özgürlüğü, İnternet Alan Adları, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO), UDRP Kuralları, ACPA Kuralları.

ABSTRACT

The Constitutional Court of Turkey in its decision dated January 9, 2019, stated that the using of the trademark of a cargo company, together with the the word 'victims' in the internet domain name, didn't consider within the scope of the freedom of expression and that the use of the trademark harmed the commercial reputation of the trademark. The most distinct example of this kind of use on the Internet is the use of the trademarks in the domain names. Such uses are interpreted in the United States and the WIPO Dispute Resolution mechanisms, where conflicts concerning Internet domain names are commonly seen, in general, in relation to freedom of expression rights. In our article, after giving the technical and theoretical information about the issue, the decision of the Constitutional Court will be evaluated in the light of the decisions made by the WIPO Panels and US courts.

Keywords: Trademark, Well-known trademark, Freedom of Expression, Internet Domain Names, World Intellectual Property Organisation (WIPO), UDRP Rules, ACPA Rules.

* Adalet Bakanlığı, tamer.soysal@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0001-6763-5041

GİRİŞ

1972 yılının Ekim ayında Washington'da Hilton Otelinde yapılan "Birinci Uluslararası Bilgisayar İletişim Konferansı"nda¹ "federal bir araştırma etkinliği" olarak tanıtılan İnternet, 1994 yılında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Ulusal Bilim Kurumu'nun,² internetin ticari olarak kullanımına izin vermesi ile yeni bir evreye girmiş, insanların yaşamlarını değiştiren ve dönüştüren bir iletişim platformu halini almıştır. İnternetin yepyeni ve etkili bir iletişim platformu halini almasından sonra bireyler ve firmalar da bu yeni iletişim platformunun olanaklarından faydalanmaya çalışmışlardır. Firmalar, bir yandan internetin ortaya çıkardığı yeni fırsatları değerlendirmeye çalışmakta, öte yandan da kendilerini bu yeni ortamda alan adları almak suretiyle temsil ettirmeye çalışmaktadır. Daima çok taraflı bir süreç olan iletişimin öteki tarafında yer alan bireyler/gruplar ise bu yeni iletişim ortamını ifade özgürlüğü haklarını kullanabilecekleri bir ortam olarak anlamlandırmaktadır. Hiç şüphesiz hukukun en önemli fonksiyonu da, gelişmeleri takip ederek yeni oluşan bu çatışma alanlarına çözüm getirebilmektir. En önemli temel hak ve özgürlük kategorilerden biri olan ifade özgürlüğü hakları ile markaların internet ortamında karşı karşıya gelmeleri de bu neviden çatışma alanlarından birini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 20 Mart 2019 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan kararı ile Türk hukukunda fazlaca tartışılmayan markaların internet ortamında eleştiri hakkı kapsamında kullanımını değerlendirmek daha gerekli ve mümkün bir hal almıştır.

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 9 OCAK 2019 TARİHLİ NAİF ŞAŞMA KARARI³

A. KARAR'A ESAS İLK DERECE MAHKEMESİ VE YARGITAY KARARI

Anayasa Mahkemesi kararına konu bireysel başvuruyu, Nafi Şaşmaz isimli avukat yapmıştır. Başvurucu, '.....kargomagdurlari.com' alan adının sahibi kişidir. Davacı marka sahibi, marka hakkının ihlali ve haksız rekabet hükümlerine dayanarak internet sitesi sahibine dava açmıştır. Davalı, Yurtiçi Kargo firmasından ayrılan bazı çalışanların davalarına bakmıştır ve çalışanların düşünceleri ile konuyla ilgili diğer eleştiri ve görüşleri yayınlamak üzere '..... kargomagdurlari.com' internet sitesini oluşturmuştur. Davacı Şirket, "Yurtiçi Kargo" adının tescilli markaları olduğunu, davalının eylemleri nedeniyle marka

¹ International Conference on Computer Communication, Washington, October 1972. Bu konferanslar, daha sonra belirli aralıklarla yapılmaya başlamıştır. Bkz. <http://www.iccn.org/iccn07/index.html>

² United States, National Science Foundation, <https://www.nsf.gov/>

³ Anayasa Mahkemesi Kararı, İkinci Bölüm, Başvuru Numarası: 2015/3782, Karar Tarihi: 9.1.2019, Resmi Gazete: 20 Mart 2019, 30720. Karar'a internet üzerinden ulaşmak için bkz. Anayasa Mahkemesi, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/3782>

haklarının zarar gördüğünü, eylemin 556 sayılı KHK'nın 5833 sayılı Kanun⁴ ile değiştirilen 9/2-e maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 2 Temmuz 2013 tarihinde verdiği Karar'da,⁵ internet alan adının tescili ve kullanımının Avukatlık görevi kapsamında olmadığını, internet sitesinin ticari amaç taşımaması ve ticari etki doğurmaması ayrıca markasal kullanım bulunmadığı nedeniyle kararın 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 55/1-a-(1) maddesi uyarınca haksız rekabet hükümlerine göre verildiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre ticari kullanım bulunmasa bile "..... kargo mağdurları" ifadesinin davacının markası üzerinde negatif bir çağrışım oluşturduğunu, alan adı kullanımının davacıyı küçük düşüreceği ve ticari itibarını zedeleyeceğini, markasal kullanım olmadığı için 556 sayılı KHK'nın uygulanamayacağını ancak 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin 55/1/a-1 maddesinin⁶ ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca 6102 sayılı Kanun'un 56/1-d ve 56/1-e maddeleri uyarınca 1.000 TL. maddi ve 1.000 TL. manevi tazminata hükmetmiştir. Verilen Karar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından 17 Mart 2014 tarihinde onanmıştır.⁷

B. ANAYASA MAHKEMESİNE YAPILAN BAŞVURU VE İDDİALAR

Başvurucu Avukat, Yargıtay kararının kesinleşmesinin ve 19 Ocak 2015 tarihinde kendisine tebliğinin ardından 18 Şubat 2015 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Bireysel başvurular, iç hukuk yollarına ilişkin başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemiş ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren "otuz gün" içinde yapılmalıdır (AYM İçtüzüğü, m. 64/1).⁸ Dolayısıyla başvurucu bireysel başvuru yoluna süresi içinde başvurmuştur.

Başvurucu iddiasında bireysel başvuruya konu mahkeme kararında, kendisinin ticari bir faaliyet içinde olmadığı tespiti yapılmasına rağmen alan

⁴ 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kabul Tarihi: 21.01.2009, Resmi Gazete: 28.01.2009, 27124.

⁵ İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 02.07.2013, 2012/137 Esas, 2013/117 Karar.

⁶ 6102 sayılı Ticaret Kanunu söz konusu bendi şu şekildedir: "Aşağıda sayılan haller haksız rekabet hallerinin başlıcalarıdır: a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle; 1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötölemek" (m. 55/1/a-1).

⁷ Yargıtay 11. HD., 17.03.2014, 2013/15738 Esas, 2014/5119 Karar.

⁸ İçtüzüğün 64/1 maddesi 5 Mart 2014'te değiştirilmiştir. Söz konusu fıkra değiştirilmeden önce şu şekildeydi: "Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir." Söz konusu değişiklik ile "ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten" ibaresi çıkarılmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair İçTüzük, Resmi Gazete; 5 Mart 2014, 28932.

adında davacı markası ile birlikte "mağdurları" ibaresini kullanması nedeniyle olaya haksız rekabet hükümlerinin uygulandığını, oysa kendisinin davacı kargo şirketinin mağdur ettiği kişiler adına iş mahkemelerinde muvazaa temelli davalar açtığını, bu davaların çoğunluğunun mahkemelerce kabul edildiğini, gerçekten mağduriyet yaşayan insanlar var olmasının kurulan internet sitesini gereksiz, incitici ve haksız olmaktan çıkardığını iddia etmiştir. Başvuru kendisi hakkında 1.000 TL. maddi, 1.000 TL manevi tazminata hükmedilmesine ilişkin de, açmış olduğu internet sitesi nedeniyle davacının herhangi bir maddi hakkına tecavüz edilmediğini, ticari anlamda salt zarara uğraması kastıyla hareket edilmediğini, anayasal ilkeler doğrultusunda anayasal haklarının kullanılmasından öte bir amaç taşımadığını belirtmiş ve Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesi, haberleşme hürriyetinin, düşünce ve kanaat hürriyetinin, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

C. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

1. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ORGANLARI VE İNCELEME USULLERİNE İLİŞKİN KISA BİLGİ

3 Nisan 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun⁹ ile Anayasa Mahkemesi'nin yapısı değiştirilmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılar, Anayasa Mahkemesi'nin iç düzen ve işleyişine ilişkin Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nde¹⁰ düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, 6216 sayılı Kanun'un 5 inci maddesine dayanarak hazırlanmış ve 12 Temmuz 2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesi teşkilatı; Başkanlık, Genel Kurul, bölümler, komisyonlar, Genel Sekreterlik ve idari birimlerden oluşur (6216 sayılı Kanun, m. 20). Komisyonlar, bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapmak üzere iki Anayasa Mahkemesi üyesinden oluşturulan kurulları ifade eder (6216 sayılı Kanun, m. 2/1-g, AYM İçtüzüğü, m. 3/1-p). Komisyonlar, Bölümlere bağlı olarak görev yapmak üzere, bölüm başına üçer Komisyon şeklinde oluşturulmuştur. Komisyonlara kıdemli üye başkanlık eder (AYM İçtüzüğü, m. 32/1).

Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlar tarafından yapılır. Kabul edilebilirlik şartlarını taşımadığına oybirliği ile karar verilen başvurular hakkında, kabul edilemezlik kararı verilir. Kabul edilemezlik kararları kesindir (6216 sayılı Kanun, m. 48/3, 48/4). Oy birliği sağlanamayan dosyalar

⁹ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 30.03.2011, Resmi Gazete: 03.04.2011, 27894.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, Resmi Gazete: 12.07.2012, 28351.

ise bölümlere havale edilir (6216 sayılı Kanun, 48/3). Ayrıca komisyonlar, işin esas incelemesi ile birlikte kabul edilebilirlik incelemesini karara bağlama hususunu da bölümlere sevk edebilirler (6216 sayılı Kanun, 48/3, AYM İktüzüğü, m. 3/1-ğ, 28/1-b).

Bölümler, bireysel başvuruları incelemek üzere oluşturulan bir başkanvekili başkanlığında altışar¹¹ üyesi olan kurulları ifade eder (6216 sayılı Kanun, 2/-ç). İki adet bölüm bulunur. Bölümler, bir başkanvekilinin başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır (6216 sayılı Kanun, m. 22/1). Kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi ile komisyonlarca kabul edilebilirliği karara bağlanamamış başvuruların kabul edilebilirlik ve esas yönünden incelenmesi, bölümler tarafından yapılır (AYM İktüzüğü, m. 28/1-b).

Bireysel başvuruların kabul edilebilirliğine karar verilmesi halinde, başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilir. Adalet Bakanlığı, gerekli gördüğü hallerde, görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir (6216 sayılı Kanun, m. 49/2). Somut uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesi kabul edilemezlik kararı verdiğinden, Adalet Bakanlığı'ndan görüş alınmamıştır.

2. ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Komisyonu, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar vermiş ve dosyayı kabul edilebilirlik hususunda karar vermeden Bölüm'e göndermiştir.

Anayasa Mahkemesi, başvurunun bir bütün halinde Anayasa'nın "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti" başlıklı 26 ncı maddesi kapsamında incelenmesine karar vermiştir. Mahkeme bu incelemeyi öncelikle başvurunun ifade özgürlüğü haklarına müdahalenin bulunup bulunmadığı ve müdahale bulunmaktaysa müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığı yönünde yapmıştır (Naif Şaşma Kararı, par. 15 ve 16).

Mahkemeye göre ilk derece mahkemesi kararıyla başvurunun kurduğu internet sitesine erişimin engellenmesine ve başvurucu aleyhine maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir. Dolayısıyla başvurunun ifade özgürlüğü haklarına bir müdahalenin varlığından bahsedilebilir (Naif Şaşma Kararı, par. 17).

Müdahalenin ihlal niteliğinde olup olmadığı değerlendirilirken yasallık, meşru amaç ve demokratik toplum gereklerine uygunluk açısından ayrı ayrı inceleme yapılmıştır. İlk derece mahkemesi kararını, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 55 inci maddesine dayandırmıştır, dolayısıyla yasallık unsuru oluşmuştur. İkinci olarak bu müdahale başkalarının şöhret ve haklarının

¹¹ Daha önce Bölümler'in yediser üyesi bulunmaktayken, 6 kasım 2018 tarih ve 30587 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İktüzük değişikliği ile Bölümler'in üye sayısı "Bölüm Başkanı ve altı üye" olarak değiştirilmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi İktüzüğünün Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair İktüzük, Resmi Gazete, 06.11.2018, 30587.

korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olarak yapılmıştır. Bu nedenle meşru amaç bulunmaktadır (Naif Şaşma Kararı, par. 20 ve 21).

Müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk incelemesi daha ayrıntılı olarak yapılmıştır. Öncelikle Mahkeme, "çoğunluğa muhalif olanlar da dahil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları ve bu çabaların hoşgörüle karşılanması çoğulcu demokratik düzeninin gereklerindedir." şeklinde görüşünü belirtmiş ve düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün demokrasinin işleyişi açısından yaşamsal önemde olduğunu vurgulamıştır (Naif Şaşma Kararı, par. 22).

Müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması için 'zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması' ve 'orantılı' olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi ardından 'ticari itibar'ın Anayasa'nın 35 inci maddesi anlamında mülkiyet hakkı kapsamında 'mülk' teşkil ettiği hususunda tereddüt bulunmadığını ifade etmiştir. Devletlerin, mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri bulunduğu, sadece devlet tarafından değil, özel hukuk kişileri tarafından mülkiyete yapılan müdahalelerin korunması zorunluluğu bulunduğu belirtilmiştir. Mülkiyet hakkına üçüncü kişiler tarafından müdahalede bulunulması durumunda, bu müdahalenin malik üzerinde doğurduğu olumsuz sonuçların mümkünse eski hale döndürülmesini, mümkün değilse malikin zarar ve kayıplarının telafi edilmesini sağlayan idari ve yargısal birtakım hukuki mekanizmaların oluşturulmasının da devletlerin pozitif yükümlülüğü kapsamında olduğu belirtilmiştir (Naif Şaşma Kararı, par. 27).

Sayılan bu ilkeleri karara uygulayan Mahkeme, öncelikle verilen kararın başvuruya konu internet sitesinin içeriği ile ilgili olmadığını ve sadece davacı şirkete ait markanın anılan internet sitesinin alan adında kullanılmasıyla ilgili olduğu ve değerlendirmelerin bununla sınırlı yapıldığını belirtmiştir (Naif Şaşma Kararı, par. 29).

Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu müdahale ile devletin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri bağlamında, davacı şirketin ticari itibarının korunmasının amaçlandığının gözönünde bulundurduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını internet alan adında geçen "..kargomagdurlari" ibaresinin davacı şirket yönünden toplumda negatif bir çağrışım meydana getirdiği, bu alan adının kullanımının davacıyı küçük düşürdüğü ve ticari itibarını zedelediği gerekçesine dayandığını vurgulamıştır. Bu bağlamda ilk derece mahkemesinin kararında müdahalenin toplumsal bir ihtiyaç baskısına karşılık geldiği hususundaki ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterildiği belirtilmiştir (Naif Şaşma Kararı, par. 31). Bu bağlamda ilk derece mahkemesinin kararını orantılı ve müdahaleyi demokratik toplum

düzeninin gereklerine uygun olduğu sonucuna varan Anayasa Mahkemesi, başvurunun ifade özgürlüğü haklarına ilişkin ihlal bulunmadığının 'açık' olduğunu belirterek, başvuruyu 'açıkça dayanaktan yoksun' olması nedeniyle 'kabul edilemez' bulmuştur (Naif Şaşma Kararı, par. 33).

D. KARŞI OY YAZISI

Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümü tarafından verilen Karar'a bir üye¹² katılmamış ve karşı oy yazısı yazmıştır.

Karşı oy yazısına göre ifade özgürlüğü yalnızca bilgilerin içeriğini değil bu bilgilerin dağıtım araçlarını da kapsadığından internet sitelerine veya bunlarda yer alan bilgilere erişimin engellenmesi bilgi alma ve verme özgürlüğü kapsamında kalmaktadır. Günümüzde internet, başta ifade özgürlüğü olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahiptir. Somut başvuruda ilgili internet sitesine erişimin engellenmesi nedeniyle başvurunun müdahale edilen ifade özgürlüğü ile bahsi geçen şirketin ticari itibardan kaynaklanan mülkiyet hakkı arasında bir çatışma olduğundan bu iki hak arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının incelenmesi gerekmektedir. Karşı oy yazısına göre bu denge incelemesi yapılırken, ihlale konu olan internet sitesinin içeriğinde yer alan bilgilerin gerçekliği, bunların sunuluş şekli ve kim veya kimler tarafından sunulduğu, içerikteki bilgilerin kamusal yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, eleştiriye uğrayanın kim olduğu ve neden eleştirildiği gibi ölçütler göz önünde bulundurulmalıdır (Naif Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, par. 11).

Bir şirketin ekonomik bir malvarlığı değeri kapsamında kalan ticari itibarın maddi anlamda mülkiyet, manevi anlamda ise şeref ve saygınlık yönü bulunduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte bilirkişi raporundan internet sitesinin şirket tarafından işten çıkarılan çalışanların bu durumu protesto etmek için gerçekleştirdiği çeşitli etkinlik ve eylemlerle ilgili haber, fotoğraf, video ve yorumlar için kullanıldığı, sitede mal ve hizmet sunumu yapılmadığı, ticari bir amaç taşınmadığının anlaşıldığı belirtilmiştir (Naif Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, par. 14). İnternet sitesinde, ilgili şirketin faaliyetlerine ilişkin olarak yanıltıcı, gereksiz yere incitici veya tamamen yanlış ve uydurma bilgiler yer almamaktadır. Sitede, şirket aleyhine dava açan kişilerin durumlarını anlatan bilgiler yer almaktadır. Burada amaç, davacıyı kötülemekten ziyade uğranılan ve haksız olduğu düşünülen, şirket davranışlarını ifade özgürlüğü çerçevesinde dile getirmek, eleştirmek ve kamuoyuna aktarmak olarak yorumlanmıştır. Bu nedenle ilgili şirket çalışanlarının mağdur edildiklerini düşünen ve bu konuda yargıya başvurarak mağduriyetlerinin giderilmesini talep eden bazı eski şirket

¹² Karşı oy yazısını yazan Anayasa Mahkemesi Üyesi Engin Yıldırım'dır. Bu bölümde belirtilen ifadeler sayın Engin Yıldırım'ın karşı oy yazısından alınmıştır.

çalışanlarının şirkete karşı gerçekleştirdikleri bu eylem, 'haksız rekabet' değil, eski çalışanların 'ifade özgürlüğü' çerçevesinde değerlendirilmelidir. İnternet sitesinin adında yer alan "mağdurları" ibaresi şirketin bazı eski çalışanlarının, şirketle yaşadıkları iş ilişkisinden kaynaklanan sorunları kendi bakış açılarına göre ifade etme ve yorumlama biçimidir. Bu kişiler kendilerinin şirket tarafından mağdur edildiğini düşünmektedirler. İnternet sitesi kuran ve kullanan kişilerin ilgili şirketin mağdur edilmesi veya zarara uğratılmasından ziyade, kendilerine göre mağduriyetlerini ve bundan kaynaklanan deneyimlerini kendi aralarında paylaşmak ve bu konuda kamuoyunu bilgilendirmek amacı taşıdıkları düşünülmelidir (Naif Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, par. 15). İnternet alan adında "mağdurlar" ibaresinin kullanılması, başvuruçunun müvekkillerinin durumlarına kamuoyunun dikkatini çekmek için 'çarpıcı' ama biraz abartılı ve dramatik bir yol olarak görülebilir. Mağdur edildiklerini, haksızlığa uğradıklarını düşünen insanların kurduğu bir internet sitesinin isminde bu mağduriyete neden olduğunu düşündükleri tüzel kişiliğin adıyla beraber "mağdurları" ibaresinin olması düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamındadır (Naif Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, par. 19).

Karşı oy yazısında, Derece Mahkemesi'ne sunulan dilekçede yer alan bilgilere göre başvuruya konu internet sitesini ziyaret istatistiklerine de yer verilmiştir. Sitenin kurulduğu tarihten, engelleme kararı verildiği tarihe kadar 43.000 kişi siteyi ziyaret etmiştir. Karşı oy görüşüne göre bu ziyaretçi trafiği internet sitesinin isminin kamuoyunun dikkatini çekmede etkili olduğunun bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Bu sayede, şirket tarafından mağdur edildiklerini düşünen kişiler seslerini kamuoyuna duyurabilmişlerdir. Yurttaşların, bir uyuşmazlıkta seslerini duyurabilmeleri, kendi görüşlerini kamuoyuna aktarabilmeleri demokratik toplum düzeninin oluşması ve sürdürülmesinde hayati bir öneme sahiptir. Şirketlerin davranışları her zaman olmasa da genelde kamusal bir öneme sahiptir. Kamuoyunun dikkatini çeken, yurttaşların refahını, düşüncelerini etkileyen bir konuda onların düşüncelerini caydırıcı bir etkiyle karşılaşmadan ifade etmesi ve paylaşmasında kamusal bir çıkar olduğu açıktır (Naif Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, par. 17 ve 18).

Karşı oy yazısında şirketlerin ticari itibarlarının korunması ile şirketlerin eleştirilmesi arasında kurulacak dengeye de dikkat çekilmiştir. Buna göre ticari itibarın korunması amacıyla yapılan müdahaleler ifade özgürlüğünü kullanılamaz hale getirmemelidir. Ticari itibarın özel bir çıkar işlevi baskın gelirken ifade özgürlüğü kamusal yanısıra ağır basan bir çıkardır. Şirket aleyhine olan, onu eleştiren olguya dayalı ifadeler kamu yararına olan tartışmalarla ilgilidir. Kamuyu ilgilendiren konularda en geniş ve farklı kaynaklara dayanan bilgiye ulaşma imkânına sahip olmak yurttaşların en doğal hakkıdır. Bir anonim şirket biçiminde tüzel kişilik olarak kamusal alanda var olmayı kabul eden şirketlerinin faaliyetlerinin kamusal tartışma konusu olması neredeyse kaçınılmazdır (Naif

Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, par. 20). Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin Başlangıç Kısmında "...her birey ve toplumun her organı"na Bildirgedeki hak ve özgürlüklere saygının yerleşmesi için çaba göstermeleri çağrısında bulunulmuştur, Şirketler de Bildirgede ifade edilen "toplumun her organı" ibaresinin bir parçası olarak görülmelidir.

Karşı oy yazısında internet alan adında kullanılan ve Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde "haksızlığa uğramış kimse, kıygın" anlamı bulunan mağdur kelimesi ile şirket markasının yan yana kullanılmasının, şirket açısından toplumda olumsuz çağrışımlar yaptığı kabul edilmekle birlikte, şirketin kendisi ile ilgili açıklamalar ve bilgilendirilmeleri dışında şirketle ilgili açık iftira, itham ve karalama taşımayan değerlendirme ve bilgilendirmelerin toplumun değişik kesimlerince yapılması ve bunların paylaşılması demokrasinin gereği olarak nitelendirilmiştir. Düşünce ve ifade özgürlüğü ilke olarak bilgi akışının sınırlanmamasını, tek kaynaktan dağıtılmasını değil, genişletilmesini ve çeşitlendirilmesini gerekli kılmaktadır. Sonuç olarak internet sitesine erişimin engellenmesi ilgili tedbirin, şirketin ticari itibarından kaynaklanan mülkiyet hakkının korunması için demokratik bir toplumda gerekli bir tedbire denk düşmemektedir. Davacı şirketin mülkiyet hakkının korunması amacıyla başvuruçunun adına tescilli internet sitesine erişimin süresiz olarak engellenmesi bu amaca ulaşmak için elverişli bir araç olmakla birlikte kullanılabilir en son çare ve alınabilecek en hafif önlem niteliğinde değildir. Gerekli olmayan bir araçla başvuruçunun ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahalede bulunulmuştur.

Karşı oy görüşü başvuruçunun '....kargomagdurlari.com' alan adıyla kullandığı web sitesine erişimin süresiz olarak engellenmesi şeklinde verilen derece mahkemesi kararıyla başvuruçunun ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiği şeklindedir.

II. MARKALAR VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKLARI

A. MARKA: KAVRAM VE FONKSİYONLARI

Markalar, genel olarak hükümet tarafından tevdi edilen tekeli haklara dayanan telif ve patent haklarından farklı olarak tekeli haklar olarak nitelendirilmeyen ancak kullanım veya tescil ile sahibine kullanma hakkı veren ayırt edici ad ve işaretlerden kabul edilir.¹³ Genel olarak ticari marka, belirli bir işletmenin mal ve hizmetlerini ayırt edilebilir hale getiren ve bunları rakiplerinin mallarından ayıran herhangi bir işaret olarak tanımlanır.¹⁴ Bu tanım aynı zamanda

¹³ Dima Basma, The Nature, Scope and Limits of Modern Trademark Protection: A Luxury Fashion Industry Perspective, A Thesis submitted to the University of Manchester for the Degree of Doctor of Philosophy in the Faculty of Humanities, February, 2016., s. 67.

¹⁴ A WIPO Training Manual, Introduction to Trademark Law and Practice, The Basic Concepts, February 1993., s. 9. (WIPO, Trademark Law and Practice)

markanın birbiriyle iç içe geçmiş iki fonksiyonunu içerir. Bir işletme, mal veya hizmetlerini 'ayırt edilebilir hale dönüştürmek (individualizes)' için ürünün menşesine işaret etmelidir. Geleneksel anlamda marka, kullanıldığı mal veya hizmetin “menşeyini/kaynağını (source)”, o mal veya hizmetin kimden, hangi işletmeden geldiğini gösterir. Bu fonksiyon, tüketicinin ürünün kim tarafından üretildiğini bilmesi veya ürünün üretildiği fabrikanın nerede olduğunu bilmesini gerektirmez. Bu fonksiyon ile tüketicilerin malın kaynağına ilişkin güven duymalarının temin edilmesi yeterli kabul edilir.¹⁵ Markanın, kaynak belirtme işlevi, markalı ürünün diğerlerinden ayırt edilebilmesini gerektirir. Bu durum, markanın kaynak belirtme ve ayırt etme işlevlerinin birbiriyle iç içe geçmiş olduğunu gösterir.

Genel olarak markaların bu iki fonksiyonu dışında, güven işlevi (kalite ve garanti) ile reklam ve tanıtma fonksiyonlarının da bulunduğu ve bu fonksiyonların da korunması gereği kabul edilmektedir.¹⁶ Tüketiciler, pazar araştırmasında kararlarını verirken, markadan ürün ve hizmete yönelik olarak bekledikleri güveni de temin etmesini beklerler. Özellikle markanın, tüketici zihninde oluşturduğu güven ve imgenin (imajın) yitirilmemesi, markanın korunması açısından önem taşır.

Modern dönemde markaların alışılmış bu fonksiyonları ile birlikte yatırım ve iletişim fonksiyonları da bulunduğu belirtilmektedir.¹⁷ İletişim fonksiyonu işlevini yerine getirmek için daha çok reklam ve yatırım fonksiyonları kullanılmaktadır. Marka, iletişim fonksiyonu ile reklamcılara kendi mesajlarını tüketicilere taşımasına izin verir. Bu mesajlar kimi zaman markanın ilgili olduğu mal ve hizmetleri aşan ve daha çok 'brand'¹⁸ olarak ifade edilen işletmenin genel markası ile tüketiciler arasında bağlantı kuran ve düşünce aktaran bir şekle dönüşür. Bu şekilde işletmenin ve markanın genel algısının ve güvenilirliğinin artırılması amaçlanır.¹⁹

Uygulamada bir ticari marka iletişim fonksiyonunu yerine getirirken ürünün öne çıkan niteliklerini alıcının zihnine getirmeye çalışır. Ardından markanın imajı ve kurumsal yanı ile kamu arasında bağlantı kurmaya çalışır.²⁰

¹⁵ WIPO Trademark Law and Practice, s. 10.

¹⁶ Tamer Soysal, İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), Adalet Yayınevi, Eylül 2014., s. 733 vd. (Soysal, Domain Name Law)

¹⁷ Basma, 137.

¹⁸ Brand, genel olarak ticari markanın ilgili olduğu ürünleri üreten işletmeyle veya işletmenin ürün yelpazeleri için kullandığı genel ad ile ilgili bir fikri, cümleyi, pek çok değer ve vasfı özetleyen bir semboldür. Bu manada 'brand' ticari markalara göre daha geniş bir anlam içermektedir. Pek çok durumda 'brand' ile 'ticari marka (trademark)' aynı olmasına rağmen; ticari marka marka hukuku içinde yasal bir terim iken, 'brand' daha çok işletmenin pazarlama, imaj, itibar ve goodwill gibi varlıklarına ilişkin bir kavramdır. Bkz. Basma, s. 79-80.

¹⁹ Basma, 149.

²⁰ Basma, s. 147.

Bu işlev, tek taraflı ve çok taraflı diyalog modeline benzetilmiştir.²¹ Markaların genel olarak tek taraflı (monolog) iletişim modelini yerine getirdiği ifade edilmiştir. Monolog iletişim modelinde monolog komuta etmeye, zorlamaya, manipüle etmeye, kazanmaya, göz kamaştırmaya, aldatmaya ya da kullanmaya çalışır. Bu iletişim modelinde mesaj alıcının ihtiyaçlarından çok, iletişimcinin mesajına odaklanır. İletişimci tarafından benimsenen temel değerler, hedefler ve politikalar esas alınır, alıcıların uygulamak istedikleri dikkate alınmaz. Geri bildirimler sadece iletişimcinin amacı doğrultusunda kullanılır. Alıcıdan doğru bir cevap beklenmez veya engellenme yoluna gidilir. Bu tür bir iletişim modelinde, markalar için de, kazançlarını maksimize etme yolları tümüyle açıktır. Buna karşılık diyaloga dayalı iletişim modeli daha çok ifade özgürlüğü ile bağlantıdır ve çoğu zaman saldırgan, incitici veya doğru olmayan tarzda gerçekleşebilir. İfadeler, daima devam eden bir sosyal sürecin parçası olarak nitelendirilir. Markaların, reklamlar aracılığıyla bu tek taraflı iletişim modelini kullanarak alıcıları ürünü almaya iknaya çalıştığı vurgulanır. Markaların bu güçlü iletişim modelinin 1980'lerden sonra başladığı ve özel sektörün büyüyerek kamunun küçüldüğü bir zaman diliminde ortaya çıkan büyük şirketlerin, kârlarını düşürecek hiçbir düşüncüyü kabul etmeyen bir yapıya büründüğü ifade edilmektedir. Böylesi bir ortamda, büyük şirketleri eleştirmenin en kolay yolu da onlarla ilgili fikirlerin markaları üzerinden dile getirilmesidir. Buna karşılık marka sahipleri de, hukukun enstrümanlarını kullanmak suretiyle bu eleştirileri devre dışı bıraktırmaya, engellemeye çalışmaktadırlar.²²

B. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKLARINA BAKIŞ

1. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ UYGULAMASI

Birleşik Devletler'de, 1787 tarihli Kuruluş Bildirgesi'ne, 1791 yılında dahil edilen Birinci Ek Madde (first amendment) çerçevesinde, güçlü bir ifade özgürlüğü (freedom of express) geleneği ve uygulaması olduğu söylenebilir.

Birleşik Devletler Anayasası'nın Ek Birinci Maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:²³

“Kongre, dini bir kuruma ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü kısıtlayan; ya da halkın sükunet içinde toplanma ve şikayete neden olan bir halin düzeltilmesi için hükümetten

²¹ Wolfgang Sakulin, Trademark protection and freedom of expression: an inquiry into the conflict between trademark rights and freedom of expression under European, German, and Dutch law, University of Amsterdam, UvA-DARE, Digital Academic Repository, https://pure.uva.nl/ws/files/1515251/75299_06.pdf, s. 5.

²² Sakulin, s. 6.

²³ ABD Anayasasının Türkçe tercümesi için bkz. <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf> (Son Erişim Tarihi: 23.03.2019).

talepte bulunma hakkını kısıtlayan herhangi bir yasa yapmayacaktır".²⁴

İfade özgürlüğünün korunması ölçütü olarak uygulanan üç önemli yaklaşım bulunmaktadır:²⁵ Fikirlerin pazar yeri yaklaşımı (theory of marketplace of ideas), insan onuru ve kendini gerçekleştirme yaklaşımı (theory of human dignity and self-fulfillment) ve demokratik yönetim yaklaşımı (theory of democratic self-governance).

Bu ilkelere göre,²⁶ düşüncenin açıklanması, çok yakın bir gelecekte ortaya çıkması gereken kanunsuz bir fiilin (imminent lawless action) gerçekleştirilmesini tahrik (incite) etmedikçe ya da bu fiilin gerçekleştirilmesini sağlamaya yönelik veya buna elverişli olmadıkça müeyyide altına alınamayacaktır.²⁷

Fikirlerin pazar yeri kuramına göre, hakikate ancak fikirlerin serbestçe ifade edildiği ve birbiri ile rekabet ettiği özgür bir ortamda ulaşılabilecektir. Devletin bu sürece müdahale etmesi, toplumların gelişimini önemli ölçüde engelleyecektir. Eğer devlet, ifadenin serbest dolaşımını engellerse, toplumun doğrulara ulaşmasını de engellemiş olacaktır.²⁸

Mahkemeler, bir yasanın ya da davranışın ifade özgürlüğünü sınırlandırdığını tespit ettikten sonra, ikinci aşamada Ek Birinci Madde anlamında, ifade özgürlüğü dışında kabul edilen alanlara dahil olup olmadığını inceleyecektir. Ek Birinci maddenin kapsamına ifade açıklamaları, konuşma, basın, dernek kurma ve dilekçe hakkı girmektedir. İfade açıklamaları içinde yer alan tahrik, teşvik ve kışkırtma eylemleri (advocacy and incitements), bölücü ve yıkıcı propaganda (seditious speech), toplumda infial uyandıracak nefret içerikli konuşmalar (fighting words), gruplara toplu hakaret (group libel), sırların ifşası gibi suçlar girmekte, bununla birlikte bu hakların sınırsız ve mutlak olmadığı da kabul edilmektedir.

Ticari ifadelere ilişkin olarak, yanıltıcı ve aldatıcı ya da yasadışı herhangi bir faaliyete özendirici nitelikteki ifadelerin kamusal makamlar tarafından sınırlandırılabilmesi ilkesel olarak kabul edilmektedir.²⁹ Bu yüzden ticari

²⁴ "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free speech exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress grievances".

²⁵ Dale Carpenter, Theories of Free Speech Protection, 2012, <http://uscivilliberties.org/themes/4585-theories-of-free-speech-protection.html> (Son Erişim Tarihi: 31.03.2019)

²⁶ Brandenburg v. Ohio, 395 U.S., 444, 447, (1969).

²⁷ Carpenter, agm.; Öykü Didem Aydın, Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı, Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2), 2011 (s. 26-63), s. 30.

²⁸ Şule Özsoy, Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar, TBB Dergisi, S. 56, 2005 (s. 29-47), s. 31.

²⁹ In re Primus R.M.J., 455 U.S. 191 (1982); Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Commission, 413 U.S. 376 (1973). Buna karşılık Yüksek Mahkeme, avukatlara uygulanan

faaliyetlere ilişkin yapılan reklamların, ifade özgürlüğü hakkının düzenleme alanı dışında kaldığı ya da siyasal ifadelere göre daha dar bir korumaya sahip olduğu söylenebilir.³⁰

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ UYGULAMASI

İngiliz filozof John Stuart Mill (1806-1873), 1859 yılında yazdığı 'Özgürlük Üstüne (On Liberty)' isimli eserinde "Bir düşüncenin ona her türlü itiraz olanağı varken çürütülememiş olmasından dolayı doğru olduğunu farzetmekle, bu düşüncenin çürütülmesine izin verilmemek suretiyle onun doğruluğunu kabul etmek arasında önemli bir fark bulunduğunu" belirtmektedir.³¹ Günümüzde demokratik sistemlerin temelini oluşturan temel hak ve özgürlüklerin en önemli kısmını ifade özgürlüğü hakları oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) giriş kısmında geçen etkili bir demokrasi ve insan haklarına saygılı olma prensibi çerçevesinde ifade özgürlüğü, yalnızca kendi içinde önemli bir hak olmakla kalmaz, aynı zamanda AİHS kapsamındaki diğer hakların korunmasında merkezi bir rol oynar.³² İfade özgürlüğü ile diğer hakların çatışması halinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik bir toplum için vazgeçilemez nitelikteki³³ ifade özgürlüğü haklarının önemini dikkate alarak bir denge oluşturmaya çalışır.

AİHS'in 10 uncu maddesi, iki paragraftan oluşmaktadır. İlk paragraf korunan özgürlükleri tanımlar. İkinci paragraf bir devletin ifade özgürlüğünün kullanılmasına meşru şekilde müdahale edebileceği koşulları öngörür. Birinci paragraf ifade özgürlüğünün üç bileşenini içermektedir: i. Fikir sahibi olma özgürlüğü, ii. Bilgi ve fikir alma özgürlüğü ve iii. Bilgi ve fikir verme özgürlüğü.³⁴

İfade hürriyeti, düşüncüyü söz, yazı ya da başka vasıtalarla başkalarına aktarabilme, anlatabilme, yayabilme ve onları kendi düşünce ve inançlarının doğruluğuna ikna edebilme, inandırabilme, tercihleri doğrultusunda tutum ve davranışlarda bulunabilme hakkını ifade eder.³⁵

Sözleşme'nin 10 uncu maddesi bir iletişim aracı olarak internet açısından

reklam yasağının Anayasa'nın Birinci Ek Değişikliği kapsamında ifade özgürlüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir. Bates v. State Bar of Arizona, 433 U.S. 350 (1977).

³⁰ Ticari/Ticari Olmayan Söylemler/İfadeler, bir alt başlıkta daha ayrıntılı incelenecektir.

³¹ John Stuart Mill, On Liberty, s. 96.; Aktaran; Mill on Freedom of thought and expression, <http://documents.routledge-interactive.s3.amazonaws.com/9781138793934/A2/Mill/MillTruth.pdf>, s. 6.

³² Dominika Bychawska-Siniarska, Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights, A Handbook for Legal Practitioners, 2017, s. 9.

³³ Case of Lingens v. Austria, Application No. 9815/82, 8 July 1986; Case of Thoma v. Luxembourg, Application No. 38432/97, 29 March 2001; Marônek/Slovakia, Application No. 32686/96, 19 April 2001; Case of Castells v. Spain, Application No. 11798/85, 23 April 1992.

³⁴ Siniarska, Handbook, s. 13.

³⁵ Adnan Küçük, İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu, Eylül 2003., s. 48.

da geçerlidir. İletilen mesajın ticari amaçlar doğrultusunda iletilmesi halinde dahi ifade özgürlüğü hakları korunmaktadır.³⁶ Devletlerin bu özgürlükleri müdahaleleri, 'demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde' mümkündür.

Sözleşme'nin 10 uncu maddesinin, İkinci Fıkrasına göre ifade özgürlüğü haklarının kullanılması şu hallerde sınırlandırılabilir: Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, ii. Kamu düzeninin sağlanması, iii. Suç işlenmesinin önlenmesi, iv. Sağlığın veya ahlâkın korunması, v. Başkalarının şöhret ve haklarının korunması, vi. Gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi, vii. Yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması.

Bu hallerde dahi kısıtlama, ifade özgürlüğünün belirli bir şekilde kullanılmasına ilişkin uygulanabilecek, ifade özgürlüğünün özüne dokunulamayacaktır (AİHS, 10/1, 17).

AİHM, Sözleşme'nin 10 uncu maddesi kapsamında kamu makamları tarafından yapılan müdahaleleri genel olarak şu ölçütlere göre incelemektedir:

a. Müdahale Kanunla yapılmış mıdır? İfade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin kanun ile yapılması demek, müdahalenin yasal bir dayanağı olması, söz konusu yasanın yeterince kesin ve kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı koruyucu bir önlem içermesi demektir.

Yasal dayanak şeklen bir yasal düzenleme olması ile birlikte söz konusu yasanın ilgili kişiler tarafından ulaşılabilir olması ve ne tür bir hareketin, ne tür sonuçlara yol açabileceğinin makul bir düzeyde tahmin edilebilir (öngörülebilirlik) olmasını gerektirir.

b. Müdahalenin meşru bir amacı bulunmakta mıdır? Müdahalenin, Sözleşme'nin 10/2 maddesinde sayılan hususlar nedeniyle yapılmasını ifade eder. Ulusal güvenlik, toplum düzeninin bozulması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlâkın korunması gibi. AİHM, çoğunlukla bu şartı devletler tarafından belirtilen şekliyle kabul eder ve meşru bir amaç güdüldüğüne karar verir.

c. Müdahale, demokratik bir toplumda gerekli midir? Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması şartının karşılanabilmesi için, bazı sebeplerin bulunması tek başına yeterli olmamaktadır. Bu şartı karşılamak için; müdahalenin "acil bir toplumsal ihtiyaca yanıt vermesi (pressing social need)" ve aynı zamanda "orantılı" olması gerekmektedir.

Mahkeme, "acil toplumsal ihtiyacın" belirlenmesinde taraf devletlere bir 'takdir marjı (margin of appreciation)' bırakmaktadır. Ancak bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp, AİHM'in denetimine tabidir.

Orantılılık, birey hakları ile genel kamu yararının dengelenmesi ve müdahalede bulunulan amacın daha alt seviyede bir müeyyide ile karşılanması mümkünken, daha ağır bir müeyyide uygulanmamasını ifade eder. Müdahale ne

³⁶ Ashby Donald France, Application No. 36769/08, 10 January 2013, par. 34.

kadar kapsamlı ve ağır ise, söz konusu müdahaleyi haklı çıkartmak için gereken nedenler de o denli güçlü olmalıdır.

AİHM, başvurunun konu bakımından Sözleşme veya Protokolleri hükümleriyle bağdaşmaması, dayanaktan açıkça yoksun veya bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması halinde AİHS'in 35/3/a maddesine göre başvuru hakkında 'kabul edilemezlik' kararı verebilecektir. Aynı husus Türk hukukunda 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin 48/2 maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilecektir.

AİHM, uygulamada dört temel nedene dayanarak bir başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna ulaşmaktadır: i. Temyiz mercii ya da "dördüncü derece mahkemesi" olmama, ii. Açık ya da görünür bir ihlalin bulunmaması, iii. Delil yokluğu nedeniyle şikâyetlerin kanıtlanamaması, iv. Şikâyetin karmaşık ya da zorlama olması.³⁷

Bu kriter, başvurunun özüne ilişkindir, dolayısıyla, bir başvurunun esası hakkında değerlendirme yapmadan onun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilebilmesi mümkün değildir. Bu incelemede, şikâyetin delillerle kanıtlanıp kanıtlanmadığı veya açık bir görünür ihlal bulunup bulunmadığı hususları dikkate alınmalıdır. Ayrıca açıkça dayanaktan yoksunluk kriteri herşeyden önce bir usul ekonomisi kriteridir. Çünkü işin esasına girilerek yapılar ve AİHM uygulamasında da en son incelenen kabul edilemezlik kriteri niteliği taşır.³⁸

3. TİCARİ VE TİCARİ OLMAYAN SÖYLEM AYRIMI (COMMERCIAL SPEECH/ NON-COMMERCIAL SPEECH)

a. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YAKLAŞIMI

ABD Anayasası'nın Birinci Düzenlemesi, hükümeti ifade özgürlüğünü kısıtlayan düzenlemeler yapmaktan yasaklamaktadır. Bununla birlikte tüm ifadeler Birinci Düzenleme kapsamında eşit önemi haiz olarak nitelendirilemez.³⁹ Anayasal koruma açısından örneğin politik, şiddete dayanmayan ve ticari nitelik

³⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kabul Edilebilirlik Kriteri Uygulama Rehberi, 2014, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_TUR.pdf, s. 74-86. (AİHM, Kabul Edilebilirlik Kriteri Uygulama Rehberi)

³⁸ AİHM Kabul Edilebilirlik Kararı Uygulama Rehberi, s. 79. Bülent Algan, Bireysel Başvurularda 'Açıkça Dayanaktan Yoksunluk' Kriterininin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63 (2), 2014 (247-284)., s. 252.

³⁹ Alexandra Martinez, The Act of Registering a Trademark: Commercial Speech, Non-Commercial Speech, or a Combination of Both, 2017, https://www.inta.org/Academics/Documents/2017/Martinez_%20Student%20Winner.pdf, s. 14.

arzetmeyen ifadeler en yüksek koruma düzeyinde kabul edilirler. Bu tür ifadeler ancak özel yasal hükümler gereği veya kavgacı ya da müstehcen içerikte olması halinde kısıtlanabilirler. Buna karşılık ticari nitelikteki ifadeler, anayasal koruma açısından daha düşük düzeyde değerlendirilirler.⁴⁰

Ticari söylem (commercial speech), ticari bir işlem içeren ifade açıklamalarını kasteder.⁴¹ Markaların, karşılaştırmalı reklamlarda yahut ürün hizmetlere ilişkin olarak tanımlayıcı/referansiyel kullanımları bu tür kullanım kapsamında değerlendirilir.⁴² Bununla birlikte bu tür kullanımlar da markanın dürüst kullanımı (fair use) doktrini çerçevesinde meşru kabul edilebilir.⁴³

Başlangıçta ticari söylem tamamen Anayasal korumanın dışında kabul edilmiştir.⁴⁴ Ancak yıllar içinde bu tür konuşmaların da anayasal ifade özgürlüğü düzenlemesinden faydalanabileceği yönünde kararlar verilmiştir.⁴⁵ Buna rağmen bugün halen ticari ifadeler, ABD'de ifade özgürlüğünden daha alt düzeyde yararlanırlar.⁴⁶

Olgular, ifadenin ekonomik bir motivasyonla belirli bir ticari ürüne ilişkin olduğuna veya reklam niteliğinde olduğuna ya da böyle olduğuna ilişkin güçlü kanıtlar sunmakta ise bu takdirde ifadeyi 'ticari (commercial)' olarak nitelendirmek gerekecektir.⁴⁷ Ticari söylem, yanlış yahut hatalı bilgiler içeriyor veya yasa dışı bir ürünün/hizmetin reklamını yapmaktaysa, yasaklanabilecektir.⁴⁸ Yüksek Mahkeme, Central Hudson kararında, ticari söylemin anayasal ifade özgürlüğü kapsamında olup olmayacağını tespitine ilişkin dördümlü bir test benimsemiştir.

⁴⁰ Martinez, s. 15.

⁴¹ Board of Trustees of State University of New York v. Fox, No. 87-2013, June 29, 1989, 492 U.S. 469, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/469/>

⁴² Wolfgang Sakulin, Trademark Protection and Freedom of Expression, An Inquiry into the Conflict between Trademark Rights and Freedom of Expression under European Law, Wolters Kluwer, 2011, s. 277 vd.; Ross A. Dannenberg; Heather R. Smith-Carra, Balancing Free Speech and Trademark Rights, Summer 2017, <https://bannerwitcoff.com/wp-content/uploads/2017/07/Balancing-Free-Speech-and-Trademark-Rights.pdf>; Soysal, Domain Name Law, s. 122.

⁴³ Bu konuda bkz. Gül Büyükkılıç, Markanın Sulandırılması ve Sulandırmaya Karşı Koruma, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2018, (s. 467-474).

⁴⁴ US Supreme Court, Valentine v. Chrestensen, 316 U.S., 52, April 13, 1942, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/52/>

⁴⁵ Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., No. 74-895, May 24, 1976.;

⁴⁶ State University of New York v. Fox, 492 U.S. 469, June 29, 1989, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/469/>

⁴⁷ United States Court of Appeals, Ninth Circuit, Michael Hunt and Matthew Dowd v. City of Los Angeles, No. 09-55750, 99--55765, March 22, 2011, <https://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1560209.html>

⁴⁸ Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York, No. 79-565, June 20, 1980, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/447/557>

Buna göre; i. Söylem ticari nitelikli midir? Ticari nitelikli ise yanlış yahut hatalı bilgi içeriyor mu yahut yasa dışı bir ürün reklamı bulunmakta mıdır? ii. Ticari söylemin kısıtlanması ile hizmete sunulan kamu çıkarları esaslı şekilde önemli olmalıdır. iii. Düzenleme, söz konusu kamu çıkarlarını doğrudan iletmemelidir. iv. Kısıtlama, kamu çıkarı için gerekli olandan daha geniş olmamalıdır.

Öncelikle ilk iki soru incelenir ve bu ilk iki soru geçildikten sonra, diğer iki soru açısından 'özel ve detaylı bir inceleme (special care)' yapılır.

b. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ YAKLAŞIMI

Ticari söylem, ABD menşeli olarak oluşmuş ve gelişmiştir. Bununla birlikte AİHM yaklaşımı da bu ifadeleri dışlamamaktadır. AİHS'in 10/1 maddesinde "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir." denilmiş ve daha sonra ifadeler arasında kategorik bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle ekonomik konularla ilgili ifadeler olarak nitelendirilen ticari söylem de AİHS 10 uncu maddesine göre korunurlar. Bununla birlikte ticari nitelikteki bu ifadeler, politik ifadelerle göre daha alt düzeyde korunurlar ve AİHS 10/2 maddesindeki düzenlemeleri yapma hususunda devletlerin ticari nitelikteki bu ifadeler ile ilgili düzenleme yapma alanı daha geniş tutulmuştur.⁴⁹

1989 yılında verilen Markt Intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann/Almanya davasında, Markt Intern isimli ticari bültende, büyük ölçekli şirketlerin ticari uygulamalarına ilişkin bilgiler verilmekteydi. Klaus Beermann, bu dergide Cosmetic Club International isimli bir İngiliz posta sipariş firmasının, alınan üründen memnun olmayan müşteriye parasını iade etmediğini, parayı satıcıya verdiğini belirtti ve bu konuda okuyuculardan da daha fazla bilgisi olanlardan bilgi istedi. Şirketin dergiye dava açması üzerine Alman Mahkemesi, olayda ifade özgürlüğünün uygulanamayacağına çünkü Markt Intern'in rekabet amacıyla bu haberi yaptığını belirtti. Dosya sonraki süreçte AİHM önüne gitmiştir. AİHM, kararında ticari bir dergide, piyasada faaliyet gösteren bir şirket hakkında bilgi yayımlanmasını 'ticari ifade' olarak nitelendirmiş ve bu hususta hükümetlerin daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır. AİHM'e göre dergiye yapılan müdahale AİHS 10/2 maddesine uygun olarak yapılmıştır.⁵⁰ Ticari söylemler konusunda AİHM'in bilhassa yapılan müdahalenin demokratik toplum gereklerine uygunluğu açısından bir değerlendirme yaptığı görülmüştür.⁵¹

⁴⁹ Bychawska-Siniarska, s. 14.

⁵⁰ Case of Markt Intern Verlag GMBH and Klaus Beermann v. Germany, Application No. 10572/83, 20 November 1989.

⁵¹ Joanna Krzemińska, Freedom of Commercial Speech in Europe, 2005, aei.pitt.edu/3043/2/JKrzeminska_EUSA_paper.doc, s 9.; Case of Markt Intern Verlag GMBH/Beermann v. Germany, par. 32-38.

4. DEĞİŞEN TÜKETİCİ HAKLARI KONSEPTİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKLARI

1962 yılında ABD Başkanı John Kennedy tüketici hakları oluşturma çabalarına girişmiş ve tüketici haklarını (consumer rights) güvenlik hakkı, bilgi sahibi olma hakkı, seçme hakkı ve haberdar olma hakkı olarak açıklamıştır.⁵² Ancak günümüzde tüketici hakları bu yalın hakların ötesinde algılanmaktadır. Kaufman ve Channon, tüketici haklarını dört gelişme aşamasında ele almışlardır. Bunlar: i. Başlangıç, doğuş aşaması (crusading), ii. Gelişme sağlanan ve herkes tarafından tanınan dönem (popular movement), iii. Örgütlü dönem (organizational period), iv. Hükümet yasalarının ve düzenlemelerinin yer aldığı bürokrasi dönemi (bureaucracy).⁵³ Günümüzde tüketici hakları pek çok ülkede anayasal ve münferit yasalarla güvence altına alınmış, sivil toplum alanında oluşturulan örgütlü yapılarla desteklenmiş güçlü bir görünüme kavuşmuştur.

Zygmunt Bauman'a göre tüketicilik (consumerism), üretim toplumundan tüketim toplumuna geçiş ile birlikte belirginleşmiş ve kişilerin ihtiyaçlarından çok statü, aidiyet ve haz kazanmasına yönelik bir hal almıştır.⁵⁴ Son yıllarda tüketim harcamalarının hızla arttığı gözlemlenmektedir. Dünya genelinde 1960'larda 2 trilyon dolar büyüklüğündeki toplam tüketim hacmi, günümüzde 57 trilyon dolarlık bir büyüklüğe erişmiştir. ABD 327 milyon nüfusu ile dünya genelindeki toplam tüketim harcaması büyüklüğünün % 29'unu oluşturmaktadır. Türkiye, 1960'lı yıllarda yaklaşık 28 milyon nüfusu ile 10 milyar ABD doları büyüklüğündeki tüketici büyüklüğüne sahipken, 2017 yılı sonunda 80 milyon nüfus ve toplam 700 milyar dolarlık bir büyüklüğe erişmiştir.⁵⁵ Tüketimin yalnız bireylerin fiziksel ihtiyaçlarına cevap vermediği, bu satışların büyük miktarının 2015 yılında 500 milyar doların üzerine çıkmış olan ve ürünleri kullanım değerlerinden bağımsız bir şekilde pazarlamayı amaç edinmiş reklamcılık faaliyetleri aracılığıyla gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.⁵⁶ Bu yeni tüketim toplumunda, satıcılarla tüketiciler arasındaki ilişki, iş hukukundaki işveren ile işçi arasındaki ilişkiye benzetilebilir. Tıpkı işverenin, işçi karşısındaki güçlü konumunu dengelemeye yönelik olarak hukukun devreye girmek suretiyle işçi lehine haklarını daha kolay ortaya koyucu mekanizmaları devreye sokması gibi, satıcının da tüketici karşısındaki güçlü konumu uyarınca günümüzde tüketici hakları çok daha kurumsal, sistemli ve güvencelere bağlanmış bir hak

⁵² Wendy Reiboldt; Melanie Horn Mellers (Editors), Consumer Survival, An Encyclopedia of Consumer Rights, Safety, and Protection, ABC-CLIO, 2014, s. 550.

⁵³ Gökhan Yolaç, Consumerism: Literatür Tarama, Öneri Dergisi, C. 5, S. 35, Ocak 2011 (s. 159-162)., s. 161.

⁵⁴ Zygmunt Bauman, Work, Consumerism And The New Poor, McGraw-Hill Education, Londra 2004, Aktaran; Ömer Ersin Kahraman, Yeni Toplum ve Kitleleşme Üretimi, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 25, Bahar 2018 (s. 383-400)., s. 389.

⁵⁵ Rakamlar için bkz. The World Bank, <https://data.worldbank.org/indicator/NE.CON.TOTL.CD?locations=US> (Son Erişim Tarihi: 28.03.2019)

⁵⁶ Kahraman, s. 384.

halini almıştır. Bu yeni ekseninde, tüketicilerin bilhassa tanınmış statüdeki ürün ve hizmetlere ilişkin eleştiri ve yorumları da çok daha fazla şekilde korunmaya değer kabul edilmelidir.

III. MARKA HAKLARININ İNTERNET ORTAMINDA KULLANILMASI SURETİYLE İHLAL EDİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Ülkemizde 10 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun⁵⁷ 7/3 üncü maddesiyle "işaretin ticaret alanında kullanılması"ndan bahsedilmiş, 7/3-d bendi ile ise işaretin internet ortamında kullanılması durumunda ihlale vücut verebilmesi için gerekli olan şartlar sayılmıştır. Bu şartlar; i. İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımını ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması, ii. İşaretin aynı veya benzerinin internet ortamında kullanılması, iii. İşaretin ticari etki yaratacak biçimde kullanılması, iv. İşaretin alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerle internet ortamında kullanılması şeklinde belirtilmiştir (SMK, m. 7/3-d).

İnternet ortamı ifadesi, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Buna karşılık 23 Mayıs 2007 tarihinde yürürlüğe giren 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un⁵⁸ 2 nci maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre internet ortamı, "Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortam"dır. İnternet ortamında yapılan yayın ifadesi ise internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri karşılamaktadır (5651 sayılı Kanun, m. 2/1-ğ).

Markanın internet ortamında kullanımı, alan adında kullanım şeklinde olabileceği gibi web sitelerinde ve arama motorlarında yer alan anahtar kelimeler, yönlendirici kodlar vasıtasıyla da gerçekleştirilebilir.⁵⁹ Ayrıca markanın sosyal medyada ve diğer iletişim platformlarında kullanılması şeklinde kullanım da mümkündür. Başvuru konusu, tescilli ve tanınmış olan markanın internet alan adında kullanılmasını kapsadığı için incelememiz de markaların internet alan adında kullanımına ilişkin olacaktır.

⁵⁷ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, Kabul Tarihi: 22.12.2016, Resmi Gazete: 10.01.2017, 29944.

⁵⁸ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, Kabul Tarihi: 04.05.2007, Resmi Gazete: 23.05.2007, 26530.

⁵⁹ İnternet ve arama motorlarında anahtar kelime kullanımı ve oluşturduğu ihlal türleri hakkında bkz. Tamer Soysal, Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 12, Aralık 2018, (s. 693-722).

B. MARKANIN İNTERNET ALAN ADI OLARAK KULLANILMASI

1. İNTERNET ALAN ADLARI VE ALAN ADLARI SİSTEMİ

İnternet alan adları, bir veya birden fazla IP adresi ile ilişkili olarak kullanılabilen, URL⁶⁰ içindeki belirli bir web sayfasını tanımlayan kısımdır.⁶¹ İnternet Alan Adları Yönetmeliği'nin 3/1-d maddesinde alan adı, internet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol adresini tanımlayan adlar olarak tanımlanmıştır.

Günümüzde, herhangi bir kişi bir uygulama aracılığıyla bir başkasına konumunu gönderebilmektedir. Bu sayede kişinin hangi şehir, mahalle, cadde ve mahalde bulunduğu anlaşılabilir. Bu örnekte olduğu gibi internet alan adları da siber uzayda kullanıcıların hüviyet cüzdanı gibi işlem görmektedir. Bu sayede de kişilerin konum bilgilerine dahi ulaşmak mümkün olmaktadır. İnternette makinelerin iki tip adresi bulunmaktadır: Mutlak adresler (IP numarası) ve sembolik adresler (domain name). Sembolik isimler ağ yapısını aktarması ve hatırdaki kalması açısından kolaylık sağlamaktadır. İnternette yönlendirme IP numaraları cinsinden gerçekleşmektedir.⁶² Alan adları sisteminin perde arkasında sembolik isimler ve IP numaraları arasındaki iki yönlü dönüşüm bulunmaktadır. Alan isimleri, kullanıcılara bir anlam ifade eden, hatırlanması ve belirlenmesi kolay kısaltmalardan oluşan internet adreslerini ifade eder. IP sayısı ise, uluslararası telefon numarası, örneğin 192.91.247.53 gibi, sayısal bir adrestir. İnternet kullanıcısı bir alan ismini bilgisayarına yazdığı zaman, internet yazılımı (software) otomatik olarak bu alan ismini IP sayısal adresine dönüştürür, ilgili servis sağlayıcı (server) ile bağlantı kurar ve alan ismine karşılık gelen ana sayfa bilgisayarda görünür. Alan adları sistemi de IP numaraları ile alan adları arasındaki yönlendirmeye dayalı bir sistemi ifade etmektedir.⁶³

Alan ismi sisteminde bir alan ismi noktalarla ayrılan dört ana bölümden (labels)⁶⁴ oluşur. Soldan sağa doğru ilk bölüm kullanılan TCP/IP alt protokolünü gösterir (www,ftp, icr gibi). İkinci kısım ilgili bilgisayarın adıdır. Üçüncü kısım

⁶⁰ Uniform Resource Locators (URLs), (İnternet Kaynak Belirteçleri). Genel olarak web tarayıcıları vasıtasıyla bir web adresine yönlendirme yapılabilmesini sağlayan komut formatının tamamına 'URL' adı verilmektedir. URL'ler internet sunucu kaynağının nerede olduğunu bulan bir komut formatıdır. Örneğin 'http://www.pcwebopedia.com/index.html' şeklindeki bir URL'de alan adı 'pcwebopedia.com' kısmından oluşmaktadır. URL'ler için bkz. Soysal, Domain Name Law, 277-280.

⁶¹ Domain Name, https://www.webopedia.com/TERM/D/domain_name.html

⁶² Mustafa Akgül; İnternet Sunucu Araçları ve Yönetim, Ankara 1999, s.15

⁶³ Tamer Soysal, İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım-1; Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2006/2 (s. 481-507), s. 489 vd.

⁶⁴ ICANN, <http://www.icann.org/tlds/>

bilgisayarın bağlı olduğu kurumun hangi türden bir kurum olduğunu gösterir. En sonda ise, alan adının alındığı ülke kodu bulunur.

Alan ismi dediğimizde ön ek “http://www.” dahil edilmez. Asıl alan adı kısmı ön ekten sonra gelen kısımdır. Bu bölüm ise iki kısımdan oluşur. Bilgisayar adlarını gösteren, alan adının asıl kısmı “ikinci derece alan ismi (second level domain-SLD)” olarak adlandırılır. Kurumun çeşidini gösteren kısım ise “birinci derece alan ismi (top level domain-TLD)” olarak adlandırılır. Alan isimleri “dereceleri” sağdan sola doğru sayılmaktadır.

Birinci-derece alan isimleri iki kategoriye ayrılmıştır: Jenerik birinci derece alan isimleri (generic top level domains-gTLDs) ve ülke kodu birinci derece alan isimleri (country-code top level domains-ccTLDs).⁶⁵ İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu'nun (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers-ICANN)⁶⁶, başlangıçta “.com”, “.edu”, “.gov”, “.int”, “.mil”, “.net”, “.org” ve “.arpa” jenerik adlarını kullanıma sokmuş, ardından üç genişleme gerçekleştirmiştir. İlk genişlemede, 2000 yılında “.aero”, “.biz”, “.coop”, “.info”, “.museum”, “.name” ve “.pro”; ikincisinde 2004 yılında “.asia”, “.cat”, “.jobs”, “.mobi”, “.tel”, “.travel” ve üçüncüsünde de 2009 yılında “.post”, 2011 yılında “.xxx” jenerik adlarını kullanıma sokmuştur. 23 Ekim 2013 tarihinde başlayan yetkilendirme işlemleri ile de ICANN yeni jenerik alan adları sistemini uygulamaya koymuştur.⁶⁷

Jenerik birinci derece alan isimleri dışında, ülke kodlarının alan adının en sonunda yer aldığı “ülke kodu birinci derece alan adları (ccTLDs)” bulunmaktadır. Fonksiyonel olarak gTLD ile ccTLD arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. ccTLD içinde tahsis edilmiş bir alan ismi, bir gTLD içinde tahsis edilmiş bir alan ismi gibi aynı bağlantıyı sağlar. Ülke kodu, ilgili web sitesinin yönlendirildiği ülkeyi işaret eder.⁶⁸ Ülke kodları ISO-3166 standardında yaklaşık 249 ülke kodundan oluşan adlandırma sistemine dayanmaktadır. Örneğin Türkiye'nin ülke kodu “tr”, Fransa'nın “fr”, Almanya'nın “de”, İngiltere'nin “uk” ve ABD'nin “us” dir.⁶⁹

İnternet alan adları hukukunda da temel tahsis ilkesi “first come-first served (ilk gelen, ilk alır)” kuralı olmuştur. İnternet alan adları sisteminin ilk zamanlarında Network Solutions Inc (NSI), alan adlarını bu kurala dayalı olarak dağıtmıştır. Eylül 1998'de İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu'nun (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers-ICANN) kurulması ile alan adları sisteminin yönetimi el değiştirmiş ancak alan adlarının dağıtımında

⁶⁵ Ayrıca bu iki kategori dışında bir de ‘alt yapı birinci derece alan ismi (infrastructure TLD)’ olarak da bilinen ‘arpa’ bulunmaktadır. Bkz. <http://www.iana.org/arpa-dom/>

⁶⁶ ICANN, <http://www.icann.org>

⁶⁷ Yeni jenerik alan adlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Soysal, Domain Name Law, s. 208-220.

⁶⁸ John C. Ruhnka; John W. Bagby, Protecting Web Domain names, CPA Journal, Nov2001, Vol. 71, I. 11, s.62

⁶⁹ International Organization for Standardization, English Country Names and Code Elements; <http://www.iso.org/iso/en/prods-services/iso3166ma/02iso-3166-code-lists/list-en1.html>

“first come, first served” kuralı temel kayıt yöntemi olarak varlığını korumuştur. ICANN, internetin iş dünyası, teknik, akademik ve kullanıcı gruplarının geniş katılımıyla oluşturulmuş kar amacı gütmeyen bir kuruluş olarak nitelendirilmiştir.

2. İNTERNET ALAN ADLARININ ÖNEMİ

İnternet insanlığını yıllar boyu alışık olduğu modellerle yaklaştığı, bilgedinme, eğitim, eğlenme, ticaret yapma, alışveriş, finansal işlem ve bunlara benzer, kapsamı her gün genişleyen kategorilerde paradigma değişikliği getirmiştir.⁷⁰ Paradigma değişikliği ile birlikte internet kullanıcılarının oluşturduğu yepyeni bir faaliyet alanı olarak ‘siber uzay’ oluşmuştur. İnternetin ticari kullanımı ile birlikte bireyler, firmalar, ulusal ve uluslararası kuruluşlar da sözkonusu değişime ilgisiz kalmamışlar ve ‘alan adları’ almak suretiyle kendilerini bu sonsuz paylaşım evreninde temsil ettirmeye başlamışlardır. İnternet alan adları sayısı da bu gelişmelere paralel olarak hızlı bir artış seyri izlemiştir. 1990’larda birkaç yüzden oluşan alan adı sayısı, 2000 yılında 17 milyona, 2002 yılında 28 milyona, 2008 yılında 100 milyona ulaşmıştır.⁷¹ Günümüzde toplam 350 milyon internet alan adı kayıtlı olarak kullanılmaktadır.⁷² Ülkemiz ülke kodu olan '.tr' uzantılı alan adı sayısı ise 1 Nisan 2019 tarihi itibarıyla 404.105'dir.⁷³

Siber uzayda ticaret de gelişmelerden nasibini almış ve web tabanlı alışveriş rakamları 1996’da 407.3 milyon dolar, 1997’de 1.1 milyar dolar ve 2000 yılında 4.5 milyar dolar olmuştur.⁷⁴ Ülkemizde 2007 yılında 3.2 milyar dolar olan e-ticaret hacmi 2010 yılı başında 10 milyar doları bulmuştur.⁷⁵ Bu gelişmeler, firmaları internet ortamında kendilerini temsil ettirmek için daha istekli hale getirirken, daha önce benzeri görülmemiş firma türleri de, alan adları almak suretiyle, internet ortamında faaliyette bulunmaya başlamışlardır. Bütün bu gelişmeler sonucu, alan adını sadece ‘adres’ olarak değerlendiren anlayış geride kalmıştır. Çünkü, zamanla alan adları ile ilgili iki önemli gelişme olmuştur. Bunlardan birincisi, sözkonusu adların fikri mülkiyet hukukundaki “işaret”in veya “tanıtma vasıtası”nın anlamını yüklenip bir malvarlığı değeri kazanmalarındır. İkincisi, bir alan adının, adın sahibinin korunan işaretinden (markası, ticaret unvanı, işletme adı gibi) veya işaretinin bir parçasından

⁷⁰ Sait Güran, Teoman Akünel; Köksal Bayraktar ve Diğerleri; İnternet ve Hukuk, Superonline Workshop Metni, İstanbul 2000

⁷¹ Domain Counts&İnternet Statistics, <http://www.domaintools.com/internet-statistics/>

⁷² Domain Stats, <https://domainnamestat.com/>

⁷³ NIC.TR,Günlük İstatistikler, 1 Nisan 2019, [https://nic.tr/index.php?USRACTN=STATISTICS &PHPSESSID=1554153187771252124664130](https://nic.tr/index.php?USRACTN=STATISTICS&PHPSESSID=1554153187771252124664130)

⁷⁴ Fahad A. Alyabis, Electronic Commerce: An Introduction (Book Review), <http://www.nait.org/jit/Articles/alyabis120800.pdf>

⁷⁵ E-Ticaret Hacmi Arttı, Referans Gazetesi, 15.03.2010

oluşması halinin hukuk tarafından dikkate alınmaya başlamasıdır.⁷⁶ Bugün alan adları tüm dünyada "ayırt edici ad ve işaretler" kapsamında tanınmakta ve kabul edilmektedir.⁷⁷

İnternet alan adlarının bu anlamda büyük bir reklam ve pazar gücüne sahip olduğu kuşkusuzdur. Bugün internette temsil edilmeyen, web sitesi olmayan kuruluşları düşünmek imkansız hale gelmiştir. İnternet alan adları firmalar açısından da eşsiz bir reklam aracı niteliğine bürünmüştür. Çünkü firmalar sadece bir alan adı temin ederek olası müşterilerine kendi firma ve ürünleri ilgili tüm bilgilere ulaşma olanağını sunabilmektedirler. Akıllı telefonlar yoluyla oluşan yeni ortamda insanların yaşamında telefon uygulamalarının (applications) yer etmeye başlaması da, kanımızca internet alan adlarının önemini azaltmamıştır⁷⁸ Tüketiciler, daha doğrusu internet kullanıcıları da bu düşünce ile hareket etmektedirler. Zira bir şirket veya ürün hakkında bilgi almak, bir hizmetten yararlanmak isteyen kullanıcı bilgisayarında internet tarayıcısının adres kısmına, ilgili ürün veya hizmet markasını yazmakta, bu şekilde bilgi ve hizmete ulaşmayı amaçlamaktadır. İnternet kullanıcısı nazarında marka sahibi ve alan adı ile ulaşılan sitenin sahibi aynı kişi, şirket veya kuruluştur. Böylece internet kullanıcısı bakımından alan adları; şirket, kurum, organizasyon veya bireylerin internet ortamındaki hem isim hem de adreslerini oluşturmaktadır. Bu nedenle, internet alan adlarıyla ticaret unvanı, markalar gibi ayırt edici ad ve işaretler arasındaki ihtilaf oluşma durumları da sıklıkla yaşanmaktadır.

⁷⁶ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Arıkan, Aralık 2005, İstanbul, s.24.

⁷⁷ Soysal, *Domain Name Law*, s. 298 vd.; Füsün Nomer, *İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar*, Prof. Hayri Domanıç'e 80. Yaşgünü Armağanı, İstanbul 2001 (s. 395-418). Bu vesile ile 1923 yılında Kayseri'nin Pınarbaşı ilçesinde doğan ve 4 Temmuz 2010 tarihinde 87 yaşında yaşama veda eden Prof. Hayri Domanıç Hocamızı da saygı ve dua ile anıyoruz.

⁷⁸ 2010 yılında Chris Anderson ve Michael Wolff tarafından *Wired* Dergisi'nde yayımlanan "Web öldü, Yaşasın İnternet (The Web is Dead, Long Live the Internet)" başlıklı makale sonrasında, yoğun olarak tartışılmaya başlayan bu duruma ilişkin olarak, şu görüşler belirtilmiştir: "Bizim görüşümüze göre, sosyal ağlar ve mobil uygulamalar kullanıcıların alışkanlıkları üzerinde önemli değişimler yapmıştır. Ancak bu değişimler 'trend'dir ve değişmeye ve gelişmeye devam etmektedir. Oysa Web'in mecrası, tüm bu değişimleri içermeye daha müsaittir. Web 2.0'dan sonra Web 3.0 ile bilhassa yapay zeka ve interaktif modellerdeki gelişmeler devam etmektedir. ...Bu nedenle internetin ana mecrasının web olmaya devam edeceğini, değişimlerin ise bu mecrada yaşanacağını düşünüyoruz." Ayrıntılı bilgi için bkz. Soysal, *Domain Name Law*, s. 46-49.

3. İNTERNET ALAN ADLARININ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇERÇEVESİNDE KULLANIMINA İLİŞKİN FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNCE VERİLMİŞ KARARLARA BAKIŞ

a. MARKA VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKLARININ ÇATIŞMASI DURUMU

Markalar ile ifade özgürlüğü haklarının çatışma durumu asıl olarak üçüncü kişilerin markayı kullanmaları ile ortaya çıkan bir durumdur. Bununla birlikte marka sahipleri açısından da marka haklarını seçerken veya marka ile ilgili slogan, reklam faaliyetleri gerçekleştirirken konulmuş olan bazı sınırlamalar nedeniyle de ifade özgürlüğü hakları gündeme gelebilecektir. Pek çok ülkede ulusal marka kanunları ile girişimcilerin bilhassa kamu için aldatıcı nitelikte olan veya kamuya mal olmuş işaretleri marka olarak seçmeleri sınırlandırılmıştır.⁷⁹Örneğin ABD Markalar Kanunu'nun (Lanham Act) 2(a) maddesiyle ahlaka aykırı yahut insanları, kurumları, inançları veya ulusal sembolleri küçük düşürücü, aşağılayıcı ifadeler içeren markaların tescili yasaklanmıştır. Benzer bir hüküm Kanada Markalar Kanunu'nun 9/1-j maddesinde de yer almaktadır.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 5/1 maddesiyle kamuyu ilgilendiren, tarihi ve kültürel değerler bakımından halka mal olmuş işaretler ile yetkili mercilerce tescil izni verilmemiş olan armalar, nişanlar ve adlandırmaları içeren işaretler, dini değerleri veya sembolleri içeren işaretler ve kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği düzenlenmiştir.

Bu tür durumlarda marka sahibi, istediği işareti tescil ettiremediği zaman ifade özgürlüğü haklarının sınırlandığını iddia ederek yargı yoluna başvurabilmektedir. Buna örnek bir uyuşmazlıkta "The Slants"⁸⁰ markasını eglence sektöründe marka olarak kullanmak isteyen Siman Tam'in başvurusu ABD Marka ve Patent Ofisi (USPTO)⁸¹ tarafından Asya asıllı Amerikalıları aşağılama içerdiği için reddedilmiştir. Konu yargıya taşınmış, Yüksek Mahkeme (Supreme Court), 19 Haziran 2017 tarihinde verdiği Karar ile ABD Lanham Kanunu'nda 70 yıldır yer alan 2(a) düzenlemesinin Amerikan Anayasası'nın Birinci Düzenlemesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Karar'a gerekçe olarak insanların ifade özgürlüğü haklarının incitici yahut saldırgan olduğu için yasaklanamayacağı gösterilmiştir.⁸² Bu Karar sonrasında ABD mahkemelerinde 25 yıldır devam etmekte olan Amerikan futbol takımı Washington Redskins

⁷⁹ Lisa R. Ramsey, A Free Speech Right to Trademark Protection, The Trademark Reporter, International Trademark Association, V. 106, No. 5, September-October 2016 (s. 797-882), s. 797.

⁸⁰ "Slant" ifadesi, küçümseyici bir ifade olarak "çekik gözlü" anlamını da içermektedir. Bkz. Slant-eye, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/slant-eye>

⁸¹ United States Patent and Trademark Office-USPTO, <https://www.uspto.gov/>

⁸² Matal v. Tam, 582 U.S., June 19, 2017, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/582/15-1293/>

tarafından tescil edilen "Redskins" ifadesine ilişkin uyuşmazlık da 18 Ocak 2018 tarihinde karara bağlanmıştır. Karar'a konu "Redskins" markası, ilgili kulüp tarafından 1967-1990 yılları arasında altı farklı şekilde marka olarak tescil edilmiştir. Bu tescil sonrasında, 1992 yılından itibaren çeşitli defalar bu ifadenin Amerikan yerlilerini aşağılayıcı olması nedeniyle markanın iptali için davalar açılmıştır. Redskins ifadesi "kızılderili" anlamını içermektedir.⁸³ USPTO tarafından bu markaların Lanham Kanunu'nun 2(a) maddesine aykırılık içermesi nedeniyle altı markanın iptali kararı verilmiştir. Bununla birlikte Dördüncü Daire, verdiği Karar ile "The Slangs" kararına dikkate alarak altı markanın iptali kararını geri almıştır.⁸⁴

Markalar ile ifade özgürlüğü haklarının çatışmasını gündeme getiren asıl husus ise markanın dürüst kullanımının sınırlarının ne olduğu ile bilhassa ifade özgürlüğü haklarının kullanılırken markaların alay, komiklik, eleştiri gibi unsurlarla birlikte yer alması olduğu söylenebilir.

Sahteciliğe Karşı Uluslararası Ticaret Antlaşması'nın⁸⁵ fikri mülkiyet haklarının dijital ortama etkin olarak uygulanmasını düzenleyen 27 nci maddesinin ikinci fıkrasına göre yasal kurallar dijital ortamdaki tecavüzlere uygulanırken, dürüst davranış, mahremiyet ve ifade özgürlüğü gibi temel ilkeler korunacak ayrıca elektronik ticaret gibi meşru faaliyetlerin önünde engeller oluşturmayacak şekilde bir uygulama benimsenecektir. Bu Antlaşma, Ekim 2011'de ABD, Güney Kore, Singapur, Yeni Zelanda, Fas, Japonya, Kanada ve Avustralya tarafından imzalanmış, 2012 yılında ise Meksika ile birlikte 22 Avrupa ülkesi tarafından da imzalanmış ancak henüz yürürlüğe girmemiştir. Bununla birlikte uluslararası mahiyet arzeden bu antlaşmada ifade özgürlüğüne ilişkin bu düzenleme önem arz etmektedir.

Avrupa Birliği'nin 14 Haziran 2017 tarihli 2017/1001 sayılı Marka Tüzüğü'nün⁸⁶ 21 inci Gerekçesinde açık bir şekilde AB ticari markasının sağladığı münhasır hakların, üçüncü kişilerin dürüst kullanımlarını veya estetik ifade amaçlı kullanımlarını önleyecek şekilde kullanılamayacağı ayrıca bu Tüzüğün başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklere tam saygıyı temin edecek şekilde uygulanacağı belirtilmiştir (AB Marka Tüzüğü, rec. 21).

⁸³ Redskin, <http://www.webster-dictionary.org/definition/redskin>

⁸⁴ Karar için bkz. United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, No. 15-1874, Pro-Football, Inc., v. Amanda Blackhorse ve Diğerleri, January 18, 2018, <http://www.ca4.uscourts.gov/opinions/151874.U.pdf>

⁸⁵ Antlaşma metni için bkz. Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Council of the European Union, Brussels, 23 August 2011, <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2012196%202011%20INIT> (Son Erişim Tarihi: 31.03.2019)

⁸⁶ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017, on the European Union trademark, (codification), Official Journal of the European Union, 16.6.2017, L 154/1.

Aynı husus, Avrupa Birliği'nde 2008/95 sayılı Ticari Marka Direktifi'nin yerine yürürlüğe giren 2015/2436 sayılı Ticari Marka Direktifi'nin⁸⁷ 27. Gereğesinde de yer almaktadır. Türk hukukunda bu neviden ifade özgürlüğüne gönderme yapan bir marka düzenlemesi yer almamaktadır.

Markaların ifade özgürlüğü kapsamında kullanımına ilişkin mahkemelerce farklı kararlar verilmekle birlikte genel olarak bilhassa internet üzerinden kullanılan markalarla ilgili mahkemelerin ifade özgürlüğü haklarından yana baskın bir değerlendirmeleri olduğunu söylemek mümkündür.⁸⁸ Bu kararlara aşağıda temas edilecektir.

b. DÜNYA FİKRİ MÜLKİYET ÖRGÜTÜ (WIPO) UYGULAMASINDA MARKALARIN İNTERNET ALAN ADINDA ELEŞTİRİ/YAKINMA AMAÇLI KULLANIMINA İLİŞKİN YAKLAŞIM

aa. İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu (ICANN) ve UDRP Çözüm Kuralları

İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu, internetin iş dünyası, teknik, akademik ve kullanıcı gruplarının geniş katılımıyla oluşturulmuş kar amacı gütmeyen bir özel sektör kuruluşudur.⁸⁹

ABD Ticaret Bakanlığı'nın 5 Haziran 1998 tarihinde "Beyaz Kitap"ı yayınlamasının ardından, 6 Kasım 1998 tarihinde yayımlanan Yönetmelik (Original Bylaws)⁹⁰ ile ICANN hukuken ABD hükümeti tarafından tanınmıştır.

25 Kasım 1998 tarihinde ABD Ticaret Bakanlığı ile ICANN arasında bir "Mutabakat Metni"⁹¹ imzalanmış ve böylece ICANN, ABD hükümeti tarafından resmi olarak görevlendirilmiştir.⁹² Mutabakat metninde, ICANN'ın Beyaz

⁸⁷ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of Member States relating to trademarks (Recast), Official Journal of the European Union, 21.12.2015, L 336/1.

⁸⁸ Marka ve ifade özgürlüğü hakları ile ilgili bkz. Sakulin, age., s. 277 vd.; Ross A. Dannenberg; Heather R. Smith-Carra, Balancing Free Speech and Trademark Rights, Summer 2017, <https://bannerwitcoff.com/wp-content/uploads/2017/07/Balancing-Free-Speech-and-Trademark-Rights.pdf>; Soysal, Domain Name Law, s. 791 vd.

⁸⁹ ICANN, Internet Corporation For Assigned Names and Numbers, <http://icann.org/>

⁹⁰ Bylaws, Effective as of 6 November 1998; <http://www.icann.org/general/archive-bylaws/bylaws-06nov98.htm>

⁹¹ Memorandum of Understanding between the US. Department of Commerce and İnternet Corporation for Assigned Names and Numbers, November 25, 1998, <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/icann-memorandum.htm>

⁹² Birleşik Devletler Ticaret Bakanlığı 7 Ekim 1998 tarihinde, daha ICANN yetkilendirilmeden önce NSI ile yaptığı Sözleşme ile NSI'nın yeni kurum (new corporation) ile ana kök sunucu olarak faaliyetlerine devam edeceğini kararlaştırmıştır. Bkz. Special Award Conditions, NCR-9218742, Amendment No. 11, <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/proposals/docnsi100698.htm>

Kitap'ta belirtilen istikrar, rekabet, aşağıdan yukarıya özel sektör koordinasyonu ve temsil ilkelerine bağlı kalarak, internetin teknik, idari ve politika geliştirme görevlerini koordine edeceği belirtilmektedir. Mutabakat metni ile ICANN, internet alan adları sisteminin teknik yönetimini, IP adres alanlarının tahsisini, protokol parametrelerinin belirlenmesini ve alan adları sisteminin idaresini koordine etmekle görevlendirilmiştir.

24 Ekim 1999 tarihinde, uygulama belgeleriyle beraber, "Alan İsmi Anlaşmazlıklarının Halli için Yeknesak Politikalar (The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy-UDRP)"⁹³ kabul edilmiştir.

29 Kasım 1999 tarihinde, ilk servis sağlayıcı kurum olarak Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) onaylanmış ve politikalar 1 Aralık 1999'da uygulamaya konmuştur. Bunun hemen ertesinde WIPO Hakemlik ve Arbuluculuk Merkezi'ne 2 Aralık 1999 tarihinde ilk ihtilaf dosyası müracaatı yapılmış ve ilk on-line karar 14 Ocak 2000 tarihinde verilmiştir. Dava 45 gün içerisinde sonuçlanmış olup, sistemin bu şekilde hızlı çalışması hedeflenmiştir.⁹⁴

ICANN, UDRP sistemini 1 Aralık 1999 tarihinden itibaren uygulamaya başlamış, ancak prosedürün resmi anlamda yürürlüğe girmesi 1 Ocak 2000 tarihi olmuştur.

Mevcut durumda, ICANN tarafından yetkilendirilen beş adet yetkili servis sağlayıcı⁹⁵ UDRP kurallarına göre alan ismi uyuşmazlıklarının çözümü için başvuruları kabul etmektedir.

WIPO,⁹⁶ 1994 yılında kurulmuştur. Merkezi İsviçre'nin Cenevre şehrinde yer almaktadır. WIPO, Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi (WIPO, Arbitration and Mediation

⁹³ Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en> Kurallar'ın Türkçe tercümesi için bkz. Tamer Soysal, Alan İsmi Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Yeknesak Politikalar (UDRP) Çevirisi, Türkiye Adalet Akademisi, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Sayı: 18, Temmuz 2015.

⁹⁴ WIPO Arbitration and Mediation Center, Case No. D99-0001, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/1999/d1999-0001.html> (worldwrestlingfederation.com) Dünya Güreş Federasyonu (World Wrestling Federation) tarafından yapılan bu şikayette, 7 Ekim 1999'da "ilk gelen, ilk alır" kuralından faydalanarak 'www.worldwrestlingfederation.com' alan adını kayıt ettiren Michael Bosman adlı kişi, alan adını kayıt ettirdikten üç gün sonra, alan adını şikayetçiye satmak istemiştir. 14 Ocak 2000 tarihinde Hakem olarak görev yapan M. Scott Donahey tarafından verilen Karar ile alan adının şikayetçi tarafa transferine karar verilmiştir.

⁹⁵ Bu servis sağlayıcıları şu şekildedir: 1- Arap Alan Adları Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (Arab Center for Domain Name Dispute Resolution-ACDR), 2- Asya Alan Adları Uyuşmazlık Çözüm Merkezi (Asian Domain Name Dispute Resolution Center), 3- Çek Cumhuriyeti Tahkim Mahkemesi, İnternet Uyuşmazlıkları Tahkim Merkezi, (The Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes), 4- Ulusal Tahkim Forumu (National Arbitration Forum-NAF), 5- Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO). Bkz. ICANN, <https://www.icann.org/resources/pages/providers-6d-2012-02-25-en>

⁹⁶ WIPO, <http://arbiter.wipo.int/domains/>

Center), 1 Aralık 1999 tarihinde akredite edilmiştir. Akredite edilen ilk servis sağlayıcıdır. Alan adı ihtilaflarında en çok tercih edilen servis sağlayıcıdır. Bugüne kadar toplam 33.871 alan adı uyuşmazlığında, 29.588 uyuşmazlıkta alan adının transferine, 3737 uyuşmazlıkta talebin reddine ve 546 uyuşmazlıkta alan adının iptaline (cancellation) karar verilmiştir.⁹⁷ WIPO'nun bu konumu nedeniyle, incelememiz WIPO kararları esas alınmak suretiyle yapılacaktır.

UDRP kurallarının birinci maddesinde amaç belirtilmiştir. Amaç, alan adının kaydı veya kullanımından doğabilecek anlaşmazlıklarla ilgili hüküm ve şartları belirlemektir. Alan adı için başvuruda bulunan kişi, verilen bilgilerin eksiksiz ve doğru olduğunu, alan adı kaydının üçüncü bir tarafın yasal haklarını ihlal etmeyeceğini, kanunsuz bir iş yapmak amacıyla kayıt yaptırmadığını ve alan adını kanuna aykırı şekilde kullanmayacağını garanti edecektir (UDRP, m.2). Dolayısıyla, kayıt edilen alan adı üçüncü bir tarafın haklarını ihlal ediyor veya kanuna aykırı surette kullanılıyorsa, alan adı korunmayacaktır. UDRP'nin 4. maddesinde, alan adı ile ilgili bir uyuşmazlığın UDRP vasıtasıyla silinmesi veya devri için gerekli şartlar "Zorunlu İdari Hükümler" başlığı altında sayılmıştır. Buna göre alan adı ile ilgili yetkili servis sağlayıcılarından birine başvuran şikayetçi şu hususları savunacak ve ispatlayacaktır:

a. İnternet Alan Adının ticari bir marka veya hizmet markası ile aynı veya itibasa mahal verecek şekilde benzer olduğunu,

b. İnternet Alan Adı üzerinde herhangi bir hakkı veya haklı menfaati olmadığını,

c. İnternet Alan Adının kötüniyetli olarak kayıt edilmiş ve kullanılmış olduğunu.
Davacı, uyuşmazlık çözümünde bu üç unsurun da bulunduğunu ispatlamalıdır.

bb. Alan Adlarının Eleştiri Amaçlı Kullanımı ve Verilen Kararlara Bakış

İnternet üzerinde şirketlere veya şirketlerin ürettikleri mal ve hizmetlere yönelik şikayet, eleştiri ve yorumlar veya ünlü kişiler ile ilgili eleştiri amacıyla alan adlarının kullanılmasına 'cyber-gripping (siber-şikayet)' adı verilmektedir.⁹⁸ Birleşik Devletler'de özellikle alan adlarının sonuna eklenen 'sucks' eki bu neviden alan adlarını belirtmek için sık olarak kullanılmaktadır.⁹⁹

Alan adının siber-şikayet (cyber-gripping) şeklinde kullanımı halinde, bu durumun 'siber korsanlık (cyber-squatting)'¹⁰⁰ hali oluşturup oluşturmayacağı,

⁹⁷ WIPO, Case Outcome (Consolidated), All Years, https://www.wipo.int/amc/en/domains/statistics/decision_rate.jsp?year= (Son Erişim Tarihi: 08.04.2019).

⁹⁸ Word Spy, <http://www.wordspy.com/words/cybergripping.asp>

⁹⁹ Bu neviden alan adları için bkz. <http://www.webgripesites.com/> ve <http://www.cybergripping.com/>

¹⁰⁰ Cybersquatters (siber korsanlık yapan kişiler) "alan adı korsanları (domain name pirates veya domain name hijackers)" olarak da adlandırılır. Siber korsanlık, bilhassa internet alan adlarının ticari olarak kullanımına ilk izin verildiği yıllarda ünlü markalardan oluşan alan adlarını önceden kayıt ettirerek marka sahiplerine yüklü meblağlar karşılığında alan adını

genellikle anayasal ifade özgürlüğü ile marka hukuku koruması arasındaki sınır değerlendirilmek suretiyle belirlenmeye çalışılmaktadır. UDRP kurallarının 4 (c) (iii) maddesinde; internet alan adının "ticari olmayan yasal kullanımı ile dürüst kullanımı (legitimate noncommercial or fair use)", alan adı üzerinde "haklı menfaat (legitimate interests)" olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla alan adının "ticari olmayan yasal veya dürüst kullanımı" meşru kullanım olarak kabul edilecektir.

Dürüst kullanım doktrini, fikri mülkiyet hukukunda uygulandığı gibi hukukun da genel prensiplerinden birisidir. TRIPS'in 17. maddesinde "(M)arka sahibinin ve üçüncü tarafların meşru menfaatlerinin dikkate alınması koşuluyla, tanımlayıcı terimlerin adil kullanımı gibi, bir marka ile tanınan haklara sınırlı istisnalar uygulanabilir" diyerek dürüst kullanıma atıfta bulunmuştur.

Seçilmiş UDRP Soruları Üzerine Oluşturulan 2011 tarihli WIPO Panel Görüşlerine Genel Bakış'ta¹⁰¹ konuya ilişkin olarak hakemlerin herhangi bir uygulama üzerinde görüş birliğine ulaşamadıkları ancak temel olarak iki görüşü uyguladıkları belirtilmiştir. Birinci görüşe göre; eleştiri ve düşünce özgürlüğü, korunan bir marka ile aynı veya karıştırılabilecek kadar benzer alan adlarını kayıtlı etme ve kullanmayı da kapsar şekilde genişletilmemelidir. Bu durum özellikle markanın hiçbir ek almaksızın kullanılması durumunda geçerli olacaktır.¹⁰² Ancak bu görüş sahipleri, markanın örneğin "sucks" gibi çeşitli ekler vasıtasıyla alan adı olarak kaydedilmesi ve ticari olmayan gaye ile eleştiri amaçlı kullanılması durumunda ikinci görüşü uygulayabilmektedir.

İkinci görüşe göre; alan adının, eleştiri amacıyla kullanıldığına ilişkin hiçbir ek almaması durumunda dahi, alan adını kullanan tarafın, dürüst ve ticari olmayan gaye ile eleştiri amaçlı hareket etmesi durumunda marka hakkı ihlali bulunmadığı yönünde kararlar verilebilmektedir.¹⁰³

satma girişimlerini ifade etmektedir. Bkz. Graham J. H. Smith, Internet Law and Regulation, Third Edition, Bird&Bird 2002., s. 78

¹⁰¹ WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (WIPO Overview 2.0), <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/#24>

¹⁰² Bu görüş esas alınarak çözülen uyuşmazlıklar için bkz. WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-1314.html> (skatteetaten.com)(Transfer); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2001/d2001-0763.html> (myeronline.com) (Transfer); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2007/d2007-1461.html> (1066ha.com)(Transfer); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0022.html> (fbcglenarden.com) (Transfer).

¹⁰³ Bu görüş esas alınarak çözülen uyuşmazlıklar için bkz. WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0190.html> (bridgestone-firestone.net); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0536.html> (tmpworldwide.net, tmpworldwide.org); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2004/d2004-0014.html> (hjta.com); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2008/d2008-0647.html> (sermosucks.com) Bu uyuşmazlıklarda, alan adının transferi talepleri reddedilmiştir.

Bu iki görüş dışında, bazı Panel kararları ile başka kriterler belirlenmiştir. Bu kriterler;

(i) Alan adı gerçekten marka sahibini eleştirmek için kayıt edilmiş ve kullanılmakta mıdır?

(ii) Alan adını kayıt ettirenin eleştiri için iyi bir sebebi olmalıdır ve ticari kazanç güdülmemelidir.

(iii) İnternet sitesi ziyaret edildiğinde, internet kullanıcıları sitenin marka sahibine ait olmadığını kolay bir şekilde anlayabilmelidir.

(iv) Alan adını kayıt ettiren, marka sahibine ait başkaca alan adlarını da kayıt ettirmekten kaçınmalıdır.

(v) Uygun durum oluştuğunda, alan adı sahibinin, kendi sitesinden gerçek marka sahibinin resmi internet sitesine bağlantı sağlaması gerekir.

(vi) Alan adının, marka sahibi ile bağlantısı olduğunu sanarak e-posta gönderen kullanıcılar uygun bir şekilde, sitenin marka sahibi ile bağlantısı olmadığı konusunda uyarılmalıdır.¹⁰⁴

Seçilmiş UDRP Soruları Üzerine Oluşturulan WIPO Panel Görüşleri'nin (WIPO İçtihatlarına Bakış, 3.0) 2017 tarihli versiyonunda alan adı sahibinin dürüst kullanımı değerlendirilmesi yapılırken temel esas olarak alan adının marka ile arasında bir bağlantı veya yakın ilişki varmış intibai uyandıran davranışların 'dürüst (fair)' olarak nitelendirilmeyeceği belirtilmiştir.¹⁰⁵ Buna karşılık markanın 'sucks' eki gibi eleştiri amaçlı kullanıldığını gösteren eklerle birlikte kullanılması halinde, alan adı ile marka arasında bu tür bir yakın bağlantı olmadığı kabul edilecektir. Bu nedenle UDRP içtihatlarında alan adının ifade özgürlüğü kapsamında ticari olmayan kullanımları, genel olarak alan adı sahibinin alan adı üzerindeki hakkı veya haklı menfaati kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak bunun için, alan adı sahibinin eleştiri amaçlı kullanımının gerçek olması ve ticari nitelik içermemesi gerekir. Bu unsurların bulunmadığı çeşitli uyuşmazlıklarda hakemler, eleştiri amaçlı kullanımın siber korsanlığı maskeleyen için kullanıldığı yönünde kararlar vermişlerdir.

WIPO İçtihatlarına Bakış Raporu'nda¹⁰⁶ eleştiri amaçlı kullanımın meşru

¹⁰⁴ Bu görüşlerin belirtildiği kararlar için bkz. WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2004/d2004-0206.html> (covancecampaign.com)(Ret); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2007/d2007-1947.html> (calvinayrefoundation.org) (Transfer); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0062.html> (royalholiday.info)(Transfer); <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2009/d2009-0076.html> (midlandheart.com)(Ret)

¹⁰⁵ WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition (WIPO Jurisprudential Overview 3.0), <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0>, 2.5., What are some core factors UDRP panels look at in assessing fair use?.

¹⁰⁶ WIPO Jurisprudential Overview 3.0, 2.6. Does a criticism site support respondent rights or legitimate interests?.

kabul edilmesine ilişkin görüşün, alan adı ile markanın aynı olduğu veya bir harf dışında aynı olduğu (typo-squatting)¹⁰⁷ halleri de kapsar şekilde genişletilemeyeceği de belirtilmiştir. Alan adı ile markanın aynı yahut ayniyet derecesinde benzer olduğu hallerde, alan adının kullanımı gerçekten eleştiri amaçlı olsa ve ticari nitelik taşımasa dahi bu kullanım meşru kabul edilemeyecektir. Buna karşılık alan adı sahibi, markaya 'sucks' veya benzeri bir küçültücü (derogatory) ifadeyi ekleyerek alan adını kullanıyorsa ve bu kullanım ticari nitelik taşımıyor ve gerçek bir eleştiri sitesi şeklinde ise, bu takdirde WIPO içtihatları bu kullanımı meşru kullanım kapsamında değerlendirmektedir. Hatta bazı Hakem kararlarında, örneğin alan adının ve web sitesinin kullanılması için hosting ve kayıt masrafları gibi masrafların kullanıcılarından toplanması gibi önemsiz ticari faaliyetlerin dahi, alan adının meşru kullanımına hanel getirmeyeceği kabul edilmiştir.

UDRP Kuralları'na göre karar veren Hakemler, pek çok Karar'da, ünlü markaların alan adı olarak kullanılmasını başkaca bir incelemeye dahi gerek duymaksızın, kötüniyetli kullanım olarak kabul etmiştir.¹⁰⁸ WalMart Stores¹⁰⁹ ile Walsucks arasındaki uyuşmazlıkta sorumlu (respondent) şirket "walmartcanadasucks.com", "wal-martcanadasucks.com", "walmartuksucks.com", "walmartpuertorico.com" ve "walmartpuertoricosucks.com" alan adlarını 13 Mayıs 2000, 15 Mayıs 2000 ve 17 Mayıs 2000 tarihlerinde kayıt ettirmiştir. Şikayetçinin (Complainant), "Wal-Mart" markası tescillidir ve 1965'ten beri Kanada'da, 1962'den beri de ABD'de bilinmekte ve kullanılmaktadır. Şikayetçi, markasını 1993'te ABD'de, 1998'de ise Kanada'da tescil ettirmiştir. Ayrıca "Wal-Mart" markası 46 ülkede daha tescil edilmiş veya tescil için başvuruda bulunulmuştur. Şikayetçi şirket, "walmart.com", "wal-mart.com" ve "wal-martstores.com" alan adları altında faaliyetlerini sürdürmektedir. Davacı,¹¹⁰ davalının¹¹¹ "wal-mart" markası üzerinde herhangi

¹⁰⁷ Typo-squatting eylemi de esasen siber korsanlığın bir türüdür.'Typo' ve 'Typographical error' kelimeleri baskı ve matbaa hatalarını ifade etmek için kullanılır. Kelime mekanik veya el/parmak hatalarını içerir fakat bilgisizlikten dolayı oluşmuş hataları içermez. İnternet kullanımında da kullanıcıların gitmek istedikleri internet sitesi ile adres satırına yazmış oldukları internet sitesinin harf hataları nedeniyle farklılaşmasını ifade eder. Bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Typographical_error ve <http://en.wikipedia.org/wiki/Typosquatting> Bkz. Soysal, Domain Name Law, s. 433.

¹⁰⁸ M.Lisa Sharrock; The Future of Domain Name Dispute Resolution: Craftin Practical International Legal Solutions From within the UDRP Framework, Duke Law Journal, Vol. 51, s.835 vd.

¹⁰⁹ Wal-Mart Stores, 1972 yılından beri perakende satışı ile uğraşan mağazalar zinciridir. Bkz. <http://www.walmart.com>

¹¹⁰ WIPO Hakem kararlarında 'şikayetçi (complainant) şeklinde geçen taraf, makalemizde anlatım kolaylığı açısından 'davacı' olarak belirtilecektir.

¹¹¹ WIPO Hakem kararlarında 'sorumlu (respondent)' şeklinde geçen taraf, makalemizde anlatım kolaylığı açısından 'davalı' olarak belirtilecektir.

bir hakkı veya haklı kullanımı olmadığını iddia etmiştir.

Davalı, internet üzerinde “sucks” eklenerek yapılan alan adları ile meşru eleştiri hakkının kullanıldığını, “lucentsucks.com” alan adının benzer şekilde kullanımını Virginia Bölge mahkemesinin¹¹² düşüncesi açıklama özgürlüğü (freedom of speech) kapsamında değerlendirdiğini, yine Kanada Ottawa Üniversitesi Profesörlerinden Michael Geist'in “lucentsucks.com” kararını isabetli olarak değerlendirdiği ve siber uzaydaki bu tür kullanımın ‘meşru kullanım’ kapsamında görülmesi gerektiği hususlarını belirtmiştir.

Panel, “lucentsucks.com” kararının somut uyuşmazlıktan farklı olduğunu ifade etmiştir. Öncelikle “lucentsucks.com” alan adı uyuşmazlığında, davacının markası ile alan adının karıştırılma tehlikesi bulunmamaktadır. Oysa somut uyuşmazlıkta, davacının markaları ABD ve Kanada’da tanınmış marka niteliğindedir ve davacı “walmart.com” alan adı ile tanınmaktadır. Kullanılan alan adları ile davacının tescilli markası olan “Wal-Mart” markası karıştırılabilecek kadar benzerdir. Davalı, bu alan adları ile dürüst bir kullanım içinde olduğunu da ispatlayamamıştır. Panel, bu görüşlerle alan adlarının, davacı firmaya transferine 20 Temmuz 2000 tarihinde karar vermiştir.¹¹³

Bir başka uyuşmazlıkta davacı Bridgestone Firestone Inc., davalı ise 28 Ağustos 1999’da ‘bridgestone-firestone.net’ alan adını kayıt ettiren Jack Myers adındaki kişidir. Davacı, 29 Mart 1921 ile 13 Nisan 1999 tarihleri arasında “Bridgestone and Firestone” adlarını çeşitli şekillerde marka olarak tescil ettirmiştir. Davacı 1921’den beri araba lastikleri alanında faaliyet göstermektedir. Davacı, faaliyetleri ile ilgili olarak ‘bridgestone-firestone.com’ alan adını kullanmaktadır. Davacı, 20 Mart 2000 tarihinde WIPO’ya başvurmuştur.

Davalı savunmasında, davacının tescilli markalarını alan adı olarak kullanması eyleminin, Birleşik Devletler Anayasası’nda düzenlenen ifade özgürlüğü ve 1996 tarihli Birleşik Devletler Anti-Dilution Kanunu¹¹⁴ kapsamında ‘dürüst kullanım’ niteliğinde olduğunu ve marka hakkının ihlali olmadığını belirtmiştir. Davalı, internet sitesini davacının firmasıyla ilgili şikayet ve görüşler için kullanmaktadır. Ayrıca internet sitesinin ana sayfasında “Bu web sitesinin Bridgestone/Firestone

¹¹² Lucent Techs., Inc., v. LucentSucks.com, United States District Court for the Eastern District of Virginia, 95 F. Supp. 2d 528., May 3, 2000.

¹¹³ WIPO, <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2000/d2000-0477.html> (walmartcanadasucks.com, wal-martcanadasucks.com, walmartuksucks.com, walmartpuertorico.com, walmartpuertoricosucks.com) Aynı yönde; NAF, <http://www.arbforum.com/domains/decisions/102247.htm> (kendallhuntsucks.com), <http://arbiter.wipo.int/domains/decisions/html/2001/d2001-1195.html> (philipssucks.com)

¹¹⁴ ABD Markanın Sulandırılmasına İlişkin Federal Kanun, United States of America, Federal Dilution Act of 1995. Kanun'da 6 Ekim 2006 tarihinde değişiklikler yapılmıştır Bkz. Trademark Dilution Revision Act of 2006, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-109publ312/pdf/PLAW-109publ312.pdf>

Şirketi ile herhangi bir şekilde bağlantısı yoktur” uyarısı bulunmaktadır.

Hakem, Birleşik Devletler Mahkemeleri tarafından eleştiri hakkı kapsamında markanın kullanılmasına izin veren kararları da örnek göstererek davalının kullanımının ticari kullanım olmadığını, alan adının eleştiri hakkı kapsamında kullanıldığını üstelik kullanılan internet alan adının ‘com’ uzantılı değil, ‘net’ uzantılı olduğunu belirtmiş ve ‘dürüst kullanım’ olduğuna karar vererek marka sahibinin talebini 6 Temmuz 2000’de verdiği Karar ile reddetmiştir.¹¹⁵

2014 yılında karara bağlanan uyuşmazlıkta davacı 'nixsolutions.com' alan adını kullanan Ukrayna merkezli bir yazılım ve teknoloji şirkettir. Davacı, 'nix' adını Ukrayna'da marka olarak tescil ettirmiştir. Davalı ise 'nixsolutions-sucks.com' alan adını 2013 yılında kayıt ettirmiş ve davacı şirket ile ilgili eleştiri ve görüşleri yayımlamak için kullanmaktadır. Davalı internet sitesinde 'Nix Solutions Inc. Şirketinden Sakının (Beware of Nix Solutions Inc.)' ifadesi yer almakta ve davacı şirket ile bağlantılı kişilerin isimleri "Dolandırıcı ve Hırsızlar Listesi (List of Scammers and Thieves)" başlığı ile yayımlanmaktadır. Web sitesinde, davacı şirkete yönelik yasal davalara da yer verilmektedir. Hakem kararında, davalının davacı ile rekabet hali bulunmadığını, internet sitesinde ticari bir faaliyet de olmadığını, davalının internet sitesinde reklama dahi yer vermediğini, sadece davacı şirket ile ilgili diğer müşterileri uyaran ifadeler ile eleştirilerin yer aldığını belirtmiştir. Davacı, davalının internet sitesinde kendisiyle ilgili kanıtlanmamış iddialarda bulunduğunu belirtmiş ise de, Panel, UDRP Çözüm usulünün bu iddiaların gerçekliğini araştırmak olmadığını, alan adının ticari olmayan amaçlarla eleştiri amaçlı kullanımının tespitinin yeterli olduğunu belirtmiştir. Bu görüşlerle Panel, 7 Ekim 2014 tarihinde verdiği Karar ile alan adının transferi talebini reddetmiştir.¹¹⁶

Bir başka Karar'da davacı İngiltere merkezli olarak tüm Avrupa'da faaliyetleri olan bir sermaye piyasası değerlendirme şirketi ve gayrimenkul ve taşınabilir mallara ait aracılık hizmetleri sunan profesyonel bir şirket olan 'Royal Institution of Chartered Surveyors (Yeminli Uzmanlar Kraliyet Enstitüsü)' şirkettir. Davacı, 'RICS' adını 2003 yılında marka olarak tescil ettirmiş ve 'rics.org' alan adını kullanmaktadır. Davalı ise davacının üyelerinden birisidir ve davacı ile yaşadığı anlaşmazlık sonucu disiplin işlemi uygulanmış ve üyelikten atılmıştır. Bunun üzerine mahkemeye başvuran davalı, yeniden üyelik tesis ettirmiştir. Ardından 4 Ekim 2011 tarihinde 'rics-corruption.com' alan adını ve 14 Aralık 2015 tarihinde 'ricsfrance.com' alan adlarını kayıt ettirmiştir. Davalı bu sitelerde kendisine davacı tarafından uygulanan disiplin işlemini ayrıntılarıyla anlatan

¹¹⁵ WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2000/d2000-0190.html> (bridgestone-firestone.net)

¹¹⁶ WIPO, <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2014-1475> (nixsolutions-sucks.com ve nixsolutionsucks.com)

bilgiler ve belgeler yayımlamakta ayrıca dozu fazla olan eleştiriler sıralamaktadır. Örneğin davalının web sitesinde "Yeminli Uzmanların Düzenleyici Otoritesi İnsan Haklarını İstismar Ediyor (The Surveyor's Regulatory Authority Abused Human Rights)" ve "Temyiz Paneli, RICS Disiplin Duruşması Paneli'nin Mr. Martin Rushton'un RICS Kural ve Davranış Kuralları'nı ihlal ettiğine ilişkin yanlış (ve aşağılayıcı) kararına ulaşırken (sinsi ve derinden) yasaya aykırı şekilde hareket ettiğine karar verdi" şeklinde ifadeler yer almaktadır.

Panel değerlendirme yaparken 'ricsfrance.com' ve 'rics-corruption.com' alan adları arasında bir ayırım yapmıştır. Davalı, 'ricks-corruption.com' internet sitesinde kendine göre haklı olduğu konuları dile getirmekte, zaman zaman da davacının başka müşterilerinin görüşlerini yayımlamaktadır. Bu hususların doğruluğu davacı tarafından ayrı bir prosedür ile takip edilmesi gereken konulardır. UDRP Panel kararları ağırlıklı olarak bu tür kullanımların ifade özgürlüğü kapsamında olduğu şeklindedir. İfade özgürlüğü haklarının kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilirken, davalının ticari bir faaliyeti olup olmadığı, davacının marka haklarına zarar verme kastıyla hareket edip etmediği ile davacının marka/internet sitesi ile bir karıştırma olup olmadığı hususlarının dikkate alınacağını, davalının ticari bir faaliyeti olmadığı gibi 'corruption' ibaresinden internet sitesinin eleştiri amaçlı olarak kullanıldığının anlaşıldığı ifade edilmiştir. Bu görüşlerle Panel, 'ricks-corruption.com' alan adının transferi talebinin reddine karar vermiştir. Buna karşılık 'ricsfrance.com' alan adı davacı ile davalı arasında bir bağlantı olduğu yahut bu sitenin davacıya ait olduğu izlenimi oluşturmaktadır. Bu yüzden Panel, bu alan adının davacıya transferine karar vermiştir.¹¹⁷

c. ABD'de Markaların İnternet Alan Adında Eleştiri/Yakınma Amaçlı Kullanımına Yaklaşım

Alan adları ile ilgili uyuşmazlıkların artması üzerine, ABD'de 29 Kasım 1999 tarihinde internet üzerinde siber korsanlık ile mücadele için, "Siber Korsanlığa Karşı Tüketiciyi Koruma Kanunu (Anti-cybersquatting Consumer Protection Act-ACPA)"¹¹⁸ yürürlüğe girmiştir. ABD'de 5 Temmuz 1996'dan beri yürürlükte olan ve markaların korunması ile ilgili düzenlemeler içeren Lanham Markalar Kanunu'nun 43 üncü maddesine eklenen (d) bölümü ile yürürlüğe giren ACPA markalar ve kişi adlarının alan adı olarak kullanılmasını önlemeyi amaçlayan düzenlemeler içermektedir.

ACPA, UDRP gibi alternatif bir çözüm usulü olmayıp, mahkemeler nezdinde uyuşmazlıkların çözümünü sağlayan yargısal bir çözüm usulü getirmektedir.

¹¹⁷ WIPO, <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2016-0951> (ricsfrance.com ve rics-corruption.com)

¹¹⁸ ACPA kuralları için bkz. <http://www.gigalaw.com/library/anticybersquattingact-1999-11-29-p1.html>

ACPA'nın yürürlüğe girmesi ile marka sahipleri için, alacak davaları (in personam)¹¹⁹ yanında, çok tartışılan eşyaya bağlı aynı hak davaları (in rem action)¹²⁰ açmak da mümkün hale gelmiştir.¹²¹

ACPA'da, internet alan adı, "herhangi bir yetkili kayıt kurumu tarafından internet üzerinde kayıtlı bir bilgisayarı tanımlamak üzere kayıt edilen elektronik bir adresten oluşan, alfanumerik bir belirteç" olarak tanımlanmıştır.

ACPA'ya göre talepte bulunabilmek için alan adının ticari kullanımı şart değildir. Önemli olan alan adının kötüniyetli olarak kullanıldığının ortaya konulmasıdır.¹²²

ACPA'ya göre marka sahibi; i. Markasının ayırt edici niteliğe sahip olduğunu veya tanınmış marka niteliğinde olduğunu; ii. Alan adı sahibinin markadan kazanç sağlamak amacıyla kötüniyetli olarak hareket ettiğini; iii. Alan adı ile markanın aynı veya karıştırılacak kadar benzer olduğunu ispatlamalıdır.

ACPA kapsamında, alan adını kullanan tarafın sorumlu olması için, alan adını kullananın aynı zamanda alan adını kayıt eden veya alan adını kayıt edenin yetkili lisans sahibi olması gerekir (ACPA, 1125 (d)(1)(D)).

Markanın ayırt edicilik karakteri veya tanınmış olma şartı, alan adının kayıt edildiği tarihte mevcut olmalıdır. Aynı şekilde "alan adının kötüniyetli olarak kayıt edildiği" şartı da "alan adı kayıt tarihinde (at the time of registration)" mevcut olmalıdır (ACPA, 1125(d)(1)). Bu durum, alan adını iyiniyet ile kayıt ettirdikten sonra, bu hakkın ilk kayıttan bağımsız şekilde başkasına devri

¹¹⁹ 'In Personam' ibaresi, şahsi haktan doğan şahsi talep hakkını ifade eder. Alacak hakkı nisbi haklardanır. Yani sadece belirli bir borçluya veya borçlulara karşı ileri sürülebilir. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.,s.14-15. Kişiyeye bağlı davanın, doğal sonucu yetki meselesinin de kişiyeye bağlı olarak belirlenmesidir. Bkz. In Personam, <http://dictionary.law.com/>; Türk Hukukunda HMK 6 ncı maddesi (HUMK m. 9) ile genel yetki 'davalının ikametgahı mahkemesi' nin bulunduğu yer olarak belirlenmiştir.

¹²⁰ In Rem Action ibaresi, eşyaya bağlı aynı hakları ifade eder. Aynı haklar, sahibine mutlak haklar verir. Eşya üzerinde doğrudan hakimiyet sağlar ve hiç kimsenin araya girmesine, aracılık etmesine lüzum olmaksızın kendini gösterir. Aynı haklar, herkese karşı ileri sürülebilir. Bkz. M. Kemal Oğuzman; Özer Seliçi; Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 14 vd. Aynı haklara ilişkin davalar, aynı hakkın bulunduğu yerde açılırlar. Bkz. Jurisdiction, <http://dictionary.law.com/>; Türk Hukukunda da HMK 12 nci maddesine göre (HUMK m. 13) gayrimenkule ilişkin davalar gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinde görülürler.

¹²¹ Alan adlarının hak niteliği ile üzerinde mülkiyet hakkı kurulup kurulamayacağına ilişkin bkz. Tamer Soysal, İnternet Alan Adlarının 'Hak' Niteliği ve AİHM'in Paefgen v. Almanya Kararı Çerçevesinde Alan Adları Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tesisi, Adalet Bakanlığı, Adalet Dergisi, S. 54, Ocak 2016 (s. 1-25), <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/54.sayi/3.pdf>

¹²² Jerry Abeles, Courts must weight the claims of Trademark Holders against the rights of Domain Name Registrants, Los Angeles Lawyer, October 2013, 26., <http://www.lacba.org/Files/LAL/Vol36No7/3084.pdf>

halinde, bu kişinin sorumlu olup olmayacağı hususunda belirsizlik oluşmasına sebep olmuştur. Mahkemeler, bu belirsizliği alan adını kullanan tarafın, alan adını kullanım şeklini ve kötünüyete ilişkin sınırlı sayıda olmayan halleri dikkate alarak aşmaya çalışmışlardır.¹²³

ACPA'da alan adı korsanlığı için davacının ispatlaması gereken şartlar belirtildikten sonra, kötünüyetin belirlenmesinde dikkate alınacak hususlar – sınırlı sayıda olmayan şekilde- sayılmıştır. Bu hallerden dördüncüsü “alan adı sahibinin, alan adını ticari olmayan gayelerle veya dürüst kullanım şeklinde iyi niyet ile kullanması” olarak belirtilmiştir (ACPA, 1125(d)(1)(B)(i)(IV)). Bu hüküm, ACPA'da alan adı sahibi için, sorumluluktan bağışık tutulma (safe harbor) hali olarak düzenlenmiştir. Bu durum aynı zamanda ‘markanın dürüst kullanılması’ olarak nitelendirilmektedir. Markanın, alan adında mizah, eleştiri gibi amaçlarla kullanılması hali de (cyber-gripping), bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Siber yakınma (cyber-gripping) durumunda, bir tarafın (cyber-griper), bir şikayet veya saldırgan içerikli web sitesi oluşturması ve hedeflenen tarafa (target party) yönelik bir takım eleştiri, şikayet ve hicivler yönelmesi söz konusu olmaktadır. Tipik olarak siber-yakınan (cyber-griper), hedeflediği şirkete ait markaları “sucks.com”, “crooks.com” veya “ripoff.com” gibi marka için aşağılayıcı ifade içeren eklentilerle kullanmayı tercih etmektedir. Ancak pek çok kişi de herhangi bir ek almaksızın, hedeflediği markaya ilişkin alan adlarını kayıt ettirmek suretiyle eleştirilerde bulunmaktadır.

Siber yakınma durumu, alan adlarına ilişkin olarak ABD’de pek çok davada inceleme konusu yapılmıştır. Buna ilişkin hayli meşhur bir uyuşmazlıkta, davacı ünlü hayvan hakları derneği PETA’dır.¹²⁴ PETA, ABD’de hayvanları korumak için çalışmalar yapan ve hayvanlara daha insani davranılmasına yönelik faaliyetlerle uğraşan bir kuruluştur. Doughney adındaki davacı ise, ‘peta.org’ alan adını kayıt ettirerek “People Eating Tasty Animals-PETA” adıyla faaliyet göstermeye başlar. PETA, hayvanlara karşı insani muameleler topluluğu adıyla faaliyet gösterirken, Doughney, aynı kısaltmayı “Lezzetli Hayvanlar Yiyen İnsanlar” şeklinde kullanmaktadır. Doughney, sitesinde avcılık, et yemekleri, hayvan derisi ve kürk gibi konularda ayrıntılı bilgiler vermektedir. Uyuşmazlığı inceleyen Mahkeme, eylemde ACPA’nın 43(d)(1) maddesine göre kötünüyetli kullanım hali olduğuna hükmetmiştir. Siteye girildiği zaman ‘PETA’ kısaltmasının açılımından bu sitenin davacı derneğe ait bir site olmadığı anlaşılmaktadır.

¹²³ Frederick M. Abbott, On the Duality Internet Domain Names: Propertization and its Discontents, New York University, Journal of Intellectual Property and Entertainment Law, Fall 2013, s. 39 vd.

¹²⁴ PETA (People for the Ethical Treatment of Animals), Mart 1980’de Virginia, Norfolk şehrinde kurulmuştur. Dernek 300 çalışanı, 2 milyonu aşkın üyesi ve ilgi çekici protestoları ile hayvan haklarının en önde gelen sivil toplum kuruluşu olmuştur. Derneğin resmi sitesi için bkz. <http://www.peta.org>

Ancak Doughney bu kısaltmayı daha önce hiç kullanmamıştır. PETA kısaltması, hayvan hakları derneği ile tanınmakta ve bilinmektedir. Doughney, davacının adından haksız suretle faydalanarak internet kullanıcılarını kendi sitesine çekmeye çalışmaktadır. Site faaliyetleri de davacının faaliyetleri ile taban tabana zıtlık içermektedir. Bu nedenle davacının imajı olumsuz yönde etkilenmektedir. Mahkeme bu görüşlerle, ACPA'nın 43(d)(1)-B paragrafındaki "kötüniyet testi (bad faith test)" kapsamında davalının kötüniyetli olduğuna karar vermiş ve alan adının davacıya transferine karar vermiştir.¹²⁵ Karar temyiz incelemesi sonucunda da onanmıştır.¹²⁶

ABD'de cyber-gripping örneği bir başka uyuşmazlık Jerry Falwell ile 'fallwell.com' alan adını kayıt ettirip kullanan Christopher Lamparello arasındaki uyuşmazlıktır. Falwell,¹²⁷ Birleşik Devletler ve dünya genelinde önemli bir tanınmışlığa sahip, politik konulara yakınlığıyla tanınan ve televizyon programları da yapan evanjelist¹²⁸ bir din adamıdır. Falwell 'Jerry Falwell', 'Falwell' ve 'Listen America with Jerry Falwell' adlarını marka olarak tescil ettirmiştir. Ayrıca internet üzerinden günde 9.000 ziyaretçisi olan 'falwell.com' (tek "l" harfi ile) alan adını da kullanmıştır.

Davalı Lamparello, 11 Şubat 1999 tarihinde 'fallwell.com' (çift "l" ile) alan adını kayıt ettirmiş ve bu sitede Jerry Falwell'in görüş ve düşüncelerini eleştiren yazılara yer vermeye başlamıştır. Falwell, giriş sayfasında 'This web site is NOT affiliated with Jerry Falwell or his ministry'¹²⁹ şeklinde sitenin Falwell'in resmi sitesi ile ilgisi olmadığı yasal uyarısını yapmaktadır. Ayrıca Jerry Falwell'in resmi internet sitesine kendi sitesinden bağlantı koymuştur. Falwell, Ekim 2001

¹²⁵ People for the Ethical Treatment of Animals v. Doughney, 263 F. 3d 359, 2001.

¹²⁶ Peta v. Doughney, CA-99-1336-A, United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, August 23, 2001. Karar için bkz. http://cyber.law.harvard.edu/stjohns/PETA_v_Doughney.html

¹²⁷ Jerry Lamon Falwell, 1933-2007 yılları arasında yaşamıştır. 1956'da Thomas Road Baptist Kilise'sini kurmuş, 1971'de Liberty Üniversitesi'ni ve 1979'da Moral Majority Topluluğunu kurmuştur. Falwell için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Jerry_Falwell

¹²⁸ Evanjelist kelimesi, Eski Yunanca'da 'euangelion', latince 'evangelium' kelimelerinden türemiştir. Kelime, eski Yunanca'da 'iyi ve müjdeli haber getiren haberciye verilen mükafat' anlamındayken sonraları 'müjdeli haber' anlamında kullanılmıştır. 'Melek' anlamındaki 'angel' kelimesi de aynı kökten gelmektedir. Kelime, hristiyanlık teolojisinde 'gospel' anlamında genel kabul görmüş dört incili (matta, markos, luka, yuhanna) ifade etmeye başlamış ve bu dört incil yazarına da 'four evangelist (Dört Evanjelist)' denilmiştir. Evanjelizm, 'kutsal kitaba yönelmek', evanjelist 'hristiyan bilgisini yayan, vaaz eden kişi (proselytism)', evanjelik ise 'protestan kilisenin muhazakar kanadını' ifade eder. Evanjelistlerin en belirgin özelliği Eski Ahiddeki (Old Testament) 'seçilmiş kavim' inancını benimsemiş olmalarıdır. Evanjelizm için bkz. Stephen Sizer, Christian Zionism: Its History, Theology and Politics, AAARGH Internet Editions, 2005, <http://aaargh.vho.org/fran/livres2/SIZERchriszion.pdf>; Evanjelizmi yaymak için vaazların televizyondan yapılması durumu, 'television' ve 'evangelism' kelimelerinin birleşimi ile 'televangelism' olarak adlandırılmıştır. Jerry Falwell en tanınmış televanjelik din adamlarındandır. Bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Televangelism>

¹²⁹ "Bu web sitesi Jerry Falwell veya kilisesi ile bağlantılı değildir"

ve Haziran 2003'te, site sahibi Lamparello'ya iki mektup yazmış ve "fallwell.com" internet alan adının kendisine devrini talep etmiş, aksi takdirde sitede kendi isminin kullanılmamasını istemiştir. Lamparello ise derhal bir menfi tespit davası açarak kendisinin Falwell'in haklarını ihlal etmediğinin tespitini istemiştir. Falwell karşı dava açmış ve Lamparello'nun 'fallwell.com' alan adını kullanmasının, ABD Markalar Kanunu'na aykırı olduğunu ve ayrıca haksız rekabet teşkil ettiğini ve ACPA kapsamında da siber korsanlık hali olduğunu iddia etmiştir. Yerel Mahkeme verdiği Karar ile Lamparello'yu söz konusu alan adını kullanmaktan men etmiş ancak Falwell'in talep ettiği yasal tazminat ve avukatlık ücreti talebini reddetmiştir. İki taraf da, Karar'ı temyiz etmiştir.

Temyiz Mahkemesi, öncelikle marka hakkı ihlali ile menşei konusunda aldatma olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, bunların olması için ilk şart olarak alan adının kullanımının ticari bir kullanım olması gerektiğini belirtmiştir. Karar'da marka hukukunun üç önemli fonksiyonu olduğu belirtilmiştir: i. Marka hukuku, ürünün kimliğini korur (to protect product identification), ii. Tüketicinin bilgilenmesini sağlar (to provide consumer information) iii. Kaliteli mal ve hizmet üretimini teşvik eder (to encourage the production of quality goods and services). Marka hukukunun bu fonksiyonları, ifade hürriyetini kontrol etmek veya denetim altına almak için kullanılmamalıdır.¹³⁰ Çünkü ürünlerin eleştirilmesi ve ürünle ilgili görüş ve yorumların paylaşılmasında, kamunun menfaati vardır ve aynı zamanda bu düşünce özgürlüğünün de bir parçasıdır. Kişiler sürekli ürüne ilişkin hakları ihlal edeceği tehdidi altında kalırlarsa, özgürlüğün sağlanması mümkün olmayacaktır.

1995 tarihli Federal Trademark Dilution Act ve 1999 tarihli ACPA düzenlemeleri ile ticari menfaat ile hareket edilmeyen durumlarda marka ihlalinin oluşması güç olacaktır. Ancak Lanham Kanunu'nun (32) ve 43(a)) göre bu husus daha geniş yorumlanmak suretiyle, ticari olmayan kullanımlarda dahi marka hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir. PETA kararında olduğu gibi mal ve hizmet satışı yapılmassa dahi, faaliyet "mal ve hizmetlerle bağlantılı (in connection with goods or services)" kabul edilerek marka hakkının ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir.

Temyiz Mahkemesi, bu görüşlerin ardından, marka hukukunda ihlalin temel noktasının "karıştırılma ihtimali (likelihood of confusion)" olduğunu belirtmiştir. Somut uyuşmazlıkta, davalının internet sitesi ile davacının internet sitesinin karıştırılma ihtimali bulunmamaktadır. Davalı, internet sitesinde sitenin Falwell'in resmi internet sitesi olmadığını açıkça belirtmektedir. Davalının, siber korsanlık eylemi içinde olduğuna dair başkaca alan adı kaydı bulunmamaktadır. Davalının kötüniyetli olduğuna dair delil bulunmamaktadır.

¹³⁰ Mark A. Lemley, The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense, Yale Law Journal, Vol. 108, 1710-11 1999, s. 1687.

PETA kararında, davalı uyuşmazlığa konu alan adı dışında, 50-60 civarında alan adını da kayıt ettirmişti ve bunları satarak ticari kazanç elde etmek istiyordu. Davalının kötüniyetinin tespitinde, bu hususlar da dikkate alınmıştı. Somut uyuşmazlıkta bu hususlar bulunmamaktadır. Lamparello'nun internet sitesinde kitap satışı için 'amazon.com' internet sitesine bağlantı kurması da, tek başına alan adının ticari gaye ile kullanıldığını göstermez.

Mahkeme, geçmişte benzer şekilde siber korsanlık iddiasına rağmen eleştiri hakkı kapsamında düşünülerek ACPA'ya aykırılık olmadığına karar verilen iki davaya atf yapmıştır. Bu iki dava 2004 yılında karar verilen TrendMaker Homes ve Lucas Nursery Inc. kararlarıdır.

TrendMaker Homes¹³¹ adında lüks evler yapımı işiyle uğraşan şirket müşterilerinden Joseph Maxwell, 'trendmakerhome.com' internet sitesini kayıt ettirerek bu alan adı altında kendi tecrübelerine dayanarak TrendMaker Homes Şirketi ile ilgili şikayet ve eleştirilere yer vermeye başlar. TrendMaker Homes Şirketi'nin alan adı ise 'trendmakerhomes.com' dur. Her iki alan adı arasında sadece 's' harfi farklıdır. Maxwell, ilk kayıt ettirdiği alan adı olan 'trendmakerhome.com' alan adının kayıt süresi dolduktan sonra, bu defa 'trendmakerhome.info' alan adı ile faaliyetlerini sürdürür.

TrendMaker Homes (TMI Inc.), ACPA'ya aykırılık olduğunu, eylemin siberkorsanlık oluşturduğunu, belirterek dava açmış ise de Temyiz sonucu verilen Karar¹³² ile davalının potansiyel müşterilere olumsuz düşünceleri iletmek için hareket ettiği, ticari kullanım olmadığı belirtilerek davacının talebi reddedilmiştir.

Benzer şekilde karar verilen bir başka uyuşmazlıkta bahçe ve fidanlık işiyle uğraşan Lucas Nursery Inc. müşterilerinden Michelle Grosse, Landscaping Inc. isimli işyerinde Lucas Nursery tarafından yapılan işi beğenmeyince, 12 Ağustos 2000 tarihinde 'lucasnursery.com' alan adını kayıt ettirir ve bu sitede Lucas Nursery ile ilgili şikayet ve yorumlar yayımlamaya başlar. Davalı Grosse, sitenin Lucas Nursery'nin resmi sitesi olmadığını belirtmektedir. Ayrıca başkaca alan adı kayıtları yaptırmamış, alan adını satmaya da çalışmamıştır. Mahkeme, ACPA'ya göre davalının eyleminin marka hakkı ihlali olmadığı, ACPA'nın temel amaçlarından bir tanesinin de internet ortamında tüketicileri korumak olduğu tespitini yapmıştır.¹³³

Bu iki örnek Karar'da belirtilen düşüncelerden de yola çıkan Yüksek Mahkeme, 'fallwell.com' alan adını kayıt ettiren Lamparello'nun eyleminin eleştiri hakkı

¹³¹ Şirket'in resmi internet sitesi için bkz. <http://www.trendmakerhomes.com/>

¹³² TMI, Inc. v. Maxwell, 368 F. 3d 433, 434-35 5 th Circuit, April 21, 2004, Karar için bkz. <http://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/03/03-20243-CV0.wpd.pdf>

¹³³ Lucas Nursery Inc., & Landscaping, Inc., 359 F.3d 806, 810 (6 th Circuit, March 5, 2004). Karar için bkz. <http://www.ca6.uscourts.gov/opinions.pdf/04a0071p-06.pdf>

kapsamında olduğunu, ticari kullanım ve kötünietli kullanım olmadığını belirterek ACPA'ya göre marka hakkı ihlali oluşmadığına karar vermiştir.¹³⁴

İnternet alan adının tescilli marka ile birlikte eleştiri içerik şeklinde kullanımına ilişkin bir başka Karar, 2008 yılında verilen Utah Lighthouse Ministry ve Found for Apologetic Information & Research davasında verilmiştir. Bu davada davacı Utah Işık Kilisesi (UTLM),¹³⁵ ABD'de kendilerine "Ahir Zaman Azizleri (Latter Day Saints)" adını veren ve yaygın adı ile Mormonluk¹³⁶ olarak bilinen topluluğa ait "İsa Mesih'in Ahir Zaman Azizleri Kilisesi (Church of Jesus Christ of Latter-day Saints-LDSs)"¹³⁷ hakkında eleştiriler yapan bir kilisedir. Site, 'utlm.org' internet sitesinde, kitap satışları ile birlikte LDS hakkında eleştirilere yer vermektedir.

Apolojetik¹³⁸ Bilgi ve Araştırma Kuruluşu (Foundation for Apologetic Information and Research-FAIR),¹³⁹ mormonluk ve Ahir Zaman Azizlerine ilişkin eleştirilere cevap veren ve bu konuda araştırmalar yapan gönüllü bir kuruluştur. Allen Wyatt, FAIR'in ikinci başkanıdır. Kasım 2003'te Wyatt, kendi şirketi olan "Discovery Computing" adına 'Utah Lighthouse Ministry' ile kilisenin kurucuları olan 'Gerald Tanner' ve 'Jerald Tanner' isimlerinden oluşturduğu, aralarında 'utahlighthouse.com' ve 'utahlighthouse.org' alan adlarının da bulunduğu 10 farklı alan adını kayıt ettirmiştir. Oluşturulan web siteleri, ilk olarak Nisan 2004 tarihinde faaliyete geçirilmiştir. Sitelerde, UTLM'ye ait tescilli marka olan siyah ve beyaz renklerden oluşan bir fener ile 'utlm.org' sitesine benzer ifadeler yer almaktadır. UTLM sitesinde "Welcome to an official website of the Utah Lighthouse Ministry, founded by Jerald and Sandra Tanner (Jerald ve

¹³⁴ Christopher Lamparello v. Jerry Falwell; Jerry Falwell Ministries, 420 F.3d 309, 4 th Circuit, August 24, 2005, Karar için bkz. <http://pacer.ca4.uscourts.gov/opinion.pdf/042011.P.pdf>

¹³⁵ Utah Lighthouse Ministry, UTLM., Jerald ve Sandra Tanner tarafından 1982 yılında "mormonluk hareketini" eleştiren bir kilise olarak kurulmuştur. Kilisenin resmi internet sitesi için bkz. <http://www.utlm.org>

¹³⁶ Mormon Kilisesi, Joseph Smith tarafından 1830 yılında ABD'de kurulmuştur. Joseph Smith, İsa ve onun havarileri tarafından kurulmuş kilisenin doğru yoldan sapması nedeniyle, kendisinin Tanrı tarafından seçildiğini, kendisine kitap ve kiliseyi yenileme görevi verildiğini iddia etmiştir. Mormon kilisesi, hristiyanlığın ana kiliseleri tarafından heretik olarak nitelendirilmiştir. Buna rağmen, 80'i aşkın ülkede 10 milyon mormon bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. Ramazan Işık, Mormonluk ve Mormon Kilisesi Üzerine Bir Araştırma, Cumhuriyet Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. X/1, Haziran 2006 (s. 165-190).

¹³⁷ The Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints, <http://www.lds.org>

¹³⁸ Kelime anlamı olarak "savunma" anlamına gelen "apology", ilahiyat terminolojisinde "belli bir saldırı veya suçlama karşısında Hristiyanlığı savunma" anlamını ifade etmektedir. Apologetic ise, sistematik bir şekilde Hristiyanlığı savunma yollarını ve araçlarını araştıran bilim dalı olarak belirtilmektedir. Bkz. Muhammet Tarakçı, Hristiyan Düşüncesinde Apoloji ve St. Thomas Aquinas, Uludağ Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 2, 2005 (s. 135-146).

¹³⁹ Kasım 1997'de inanışlarına yönelik eleştirileri karşılamak üzere bir grup mormon tarafından New York'ta kurulmuştur. Ağustos 2013 tarihinde, topluluk adını "FairMormon" olarak değiştirmiştir. Topluluğun resmi internet sitesi için bkz. <http://www.fairmormon.org>

Sandra Tanner tarafından kurulan, Utah Işık Kilisesi'nin resmi internet sitesine hoşgeldiniz)" ifadesi yer alırken; FAIR tarafından hazırlanan taklit sitede "Welcome to an official website about the Utah Lighthouse Ministry, founded by Jerald and Sandra Tanner (Jerald ve Sandra Tanner tarafından kurulan, Utah Işık Kilisesi hakkındaki Resmi Web Sitesine Hoşgeldiniz)" ifadesi yer almaktadır. Her iki yazı da aynı formatta yer almaktadır. Site, 16 ayrı siteye bağlantı (link) içermektedir. Bunların onbir tanesi Brigham Young Üniversitesi'ne, üç tanesi ise FAIR'in kendi sitesine bağlantı sağlamaktadır. Bağlantıların bir tanesi de Ahir Zaman Azizlerinin sitesine bağlantı sağlamaktadır. Wyatt tarafından hazırlanan sitelerde, sitenin UTLM'nin resmi internet sitesi olmadığına ilişkin bir uyarı yer almamaktadır. Ancak sitede "Destroy, Mislead and Deceive (Tahrip, Yanılma ve Aldatma)" ifadesi yer almaktadır. Ayrıca sitelerde, reklam yer almamakta ve herhangi mal ve ürün satışı yapılmamaktadır.

Davacı UTLM, Mahkeme'ye başvurmuş ve marka hakkı ihlali, haksız rekabet, markanın sulandırılması, siber korsanlık ve endüstriyel tasarım ihlalleri bulunduğunu iddia etmiştir.

Mahkeme, yaptığı incelemede davacının "Utah Lighthouse" adının Kasım 2003 tarihinde tescilli bir marka olmadığını belirlemiştir.¹⁴⁰ Davacı, davalının internet sitelerini mal ve hizmetlerle bağlantılı kullandığını ispat etmiş ancak bunun kötüniyetli olarak yapıldığını ispat edememiştir. Mahkeme, ACPA'ya dayanan iddialara ilişkin olarak ACPA'nın kötüniyetin tespitine ilişkin bir bağışıklık düzenlemesini içerdiğini, Mahkeme'nin alan adını kullanan tarafın, alan adını yasal ve dürüst bir şekilde kullandığı inancıyla hareket ettiğini tespit etmesi halinde, kötüniyete hükmedemeyeceğini belirtmiştir. Somut uyumsuzlukta, davalının kullanıma soktuğu web sitelerinin internet kullanıcıları tarafından UTLM'nin resmi internet sitesi olarak düşünülmesi ihtimal dahilinde değildir. Çünkü siteye gidenler, site içeriğinden bu sitenin UTLM'nin resmi sitesi olmadığını anlamaktadırlar. Ayrıca davalılar bu adları ticari olarak kullanmamaktadır. Bu nedenle davalının eyleminin ACPA kapsamında sorumluluktan bağışık tutulması gereken alanda kaldığını belirleyen Mahkeme, davacının iddialarının reddine karar vermiştir. Verilen Karar, 29 Mart 2008 tarihinde Onuncu Daire tarafından da onanmıştır.¹⁴¹

d. Türkiye'de Konuya İlişkin Düzenlemeler ve Verilmiş Kararlar'a Bakış

aa. Markanın Dürüst Kullanımı

Markanın dürüst kullanımına ilişkin olarak 556 sayılı KHK'nın 12. maddesinde "*Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak*

¹⁴⁰ UTLM, markasını 25 Temmuz 2006 tarihinde tescil ettirmiştir.

¹⁴¹ United States Court of Appeals, Tenth Circuit, Utah Lighthouse Ministry v. Foundation for Apologetic Information and Research; Discovery Computing, No. 07-4095, May 29, 2008.

kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamalı kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez” düzenlemesi yer almaktaydı. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) 7/5 maddesinde ise bu ifadenin daha açık ve kısmen genişletilerek düzenlendiğini görüyoruz. Buna göre üçüncü kişiler, dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışına uygun olmak kaydıyla, başkasına ait markayı şu biçimlerde kullanabilecektir: i. Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi, ii. Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması, iii. Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.

SMK'nın 8 inci maddesinde ise markanın başvuru eserlerinde yer alması hali düzenlenmiştir. Buna göre tescilli bir markanın, basılı olarak veya elektronik ortamda sunulan sözlük, ansiklopedi ya da başka bir başvuru eserinde, tescilli olduğu belirtilmeden jenerik ad izlenimi verecek şekilde yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebine bağlı olarak yayımcı, elektronik ortamda sunulan eserlerde derhâl, basılı eserlerde ise yayımın talebi takip eden ilk baskısında markanın tescilli olduğunu belirtmek suretiyle yanlışlığı düzeltir ya da markayı eserden kaldırır. Bu düzenleme, 556 sayılı KHK'nın 10 uncu maddesi düzenlemesi ile de uyumludur.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda markanın ifade özgürlüğü kapsamında kullanımına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamıştır. Bununla birlikte markanın internet ortamında kullanımına ilişkin 7/3-d maddesiyle bu kullanımın ihlal oluşturabilmesi için öncelikle markanın ticaret alanında kullanılması ile markayı kullanan kişinin, markanın kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartı aranmaktadır. Bu düzenleme yukarıda incelenen internet alan adlarına ilişkin ACPA ve UDRP düzenlemeleri ile de uyumludur. Dolayısıyla kişinin bir başkasına ait markayı alan adında ticari etki yaratmayacak şekilde, ifade özgürlüğü hakkı kapsamında kullanımı bu madde düzenlemesi uyarınca meşru kabul edilebilecektir.

bb. Tanınmış Markalarda Koruma

Anayasa Mahkemesi'nin kararına konu kargo markasının Ülkemizde tanınmış bir marka olduğu düşünülebilir. Nitekim gerek ilk derece Mahkemesi gerekse Anayasa Mahkemesi kararında, '...kargomagdurlari.com' şeklindeki kullanımın kargo markasının ticari itibarına zarar verdiği şeklinde kabul yapılmıştır.

Markanın niceliksel olarak hitap ettiği çevrenin önemli bir kesimi tarafından bilinmesi yanında markanın tanınmışlığını kabul için niteliksel bir unsur olarak

markanın reklam gücü ve etkisi şeklinde ortaya çıkan markanın itibarının da bulunması gerekir. Bu husus SMK'nın 6/5, 7/1-c (556 sayılı KHK'nın 8/4 ve 9/1-c) maddelerinde geçen "markanın itibarı" ifadesi ile ortaya çıkmaktadır. Markanın itibarı, markanın tüketici zihninde temsil ettiği düşünce ve değeri bir başka deyişle imajı ifade etmektedir.¹⁴²

Tanınmış markanın koruma alanı (SMK, m. 7/1-c):

- i. Tanınmış markanın itibarından dolayı haksız yarar elde etmek sureti ile,¹⁴³
- ii. Tanınmış markanın itibarına zarar vermek sureti ile,¹⁴⁴
- iii. Tanınmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikte,¹⁴⁵ herhangi bir işaretin kullanılması sureti ile ihlal edilebilecektir.¹⁴⁶

Markanın itibarına zarar verilmesinde; tanınmış marka sahibinin yıllar süren çabaları sonucu oluşturduğu markasına ait imge (imaj) zayıflatılmakta ve itibarı (prestij) zaafa uğratılmaktadır. Bu durum çok değişik şekillerde oluşabilir. Tanınmış markanın internet alan adı olarak kullanılması sureti ile markanın itibarına zarar verilmesi, kullarımdaki web sitesi içeriğinin marka imajını olumsuz etkileyecek nitelikte olması, tanınmış markanın önüne olumsuz ekler eklenmek sureti ile alan adının oluşturulması veya web sitesi üzerinden marka sahibinin rakiplerini övücü yayınlar veya markayı yerici yayınlar yapılması şeklinde oluşabilecektir.¹⁴⁷ Tanınmış markanın itibarının zarara uğratılması, markanın düşük kaliteli mallarda ve imaja aykırı surette kullanılması, markanın istenmeyen bağlantılar kurulmasına yol açacak şekilde kullanılması ve markanın küçük düşürücü biçimde kullanılması suretiyle gerçekleştirilebilir.

İskandinav ülkelerinde tanınmış olan bir parfüm markasının, fare zehiri için kullanılması, tanınmış markanın itibarının zarara uğratılması olarak değerlendirilmiş ve dava nedeniyle markanın bu şekilde istenmeyen bağlantılara yol açacak şekilde kullanılması 'Fare Zehiri Doktrini (rat poison doctrine)'¹⁴⁸ olarak isimlendirilmiştir.¹⁴⁹ Tanınmış markanın internet alan adı olarak kullanımı da istenmeyen bağlantılara yol açacak şekilde kullanıldığında markanın itibarını zarara uğratabilecektir. Markanın 'Gag Etkisi' denilen şekilde kullanılarak gülünç durumlar oluşturulmak sureti ile de itibarının zarara uğratılması mümkündür. Bu şekilde oluşan ihlallerde tüketici nezdinde 'karıştırma tehlikesi' çoğu zaman

¹⁴² Hanife Dirikkan, Tanınmış Markanın Korunması, Mart 2003, Seçkin Yayınevi, Ankara., s. 148 ve 154.

¹⁴³ Bkz. Dirikkan, s. 200-215.

¹⁴⁴ Bkz. Dirikkan, s. 215-224.

¹⁴⁵ Bkz. Dirikkan, s. 224-229.

¹⁴⁶ Büyükkılıç, s. 257-369.

¹⁴⁷ Soysal, Domain Name Law, s. 818 vd.

¹⁴⁸ CJEU, C-323/09, Interflora Inc., Interflora British Unit v. Marks&Spencer plc.; Flowers Direct Online Limited, 24 March, 2011, dipnot 42.

¹⁴⁹ Dirikkan, s. 221.

yoktur ancak buna rağmen tanınmış markaya sağlanan koruma nedeniyle marka hakkı ihlal edilmektedir. Almanya'da verilen bir Karar'da tanınmış bir marka olan 'Lufthansa'¹⁵⁰ markasının; 'hava' anlamındaki 'Luft' kelimesi yerine, 'istek, hoşlanma, zevk duyma' anlamındaki 'Lust' kelimesi kullanılmak sureti ile 'Lusthansa' şekline getirilmesi markanın itibarına zarar verici kullanım olarak değerlendirilmiştir.¹⁵¹ Tanınmış bir marka olan 'Viagra'¹⁵² markasının "viagratiip.de" ve 'viagrabestellun.de' şeklinde pornografik içerikli kullanımı da Frankfurt Mahkemesi tarafından markanın itibarının zarara uğratılması olarak nitelendirilmiştir.¹⁵³

Tanınmış markayı alan adı olarak kullananların eylemi, Yargıtay tarafından da marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilmiştir. Buna ilişkin bir uyuşmazlıkta, davalı ayakkabıcılık alanında faaliyet göstermektedir ve 26 Ekim 1998 tarihinde 'jaguar.com.tr', 24 Şubat 2009 tarihinde de 'jagclub.com.tr' alan adını kayıt ettirmiştir. Davalı internet sitesinde ticari faaliyetlerde bulunmakta ve Jaguar Arabaları'na¹⁵⁴ ait "Jaguar başı" logosunu kullanmaktadır. Mahkeme, davalının internet sitesinde tescilli "Jaguar başı" logosunu kullanmasının, davacıların tescilli ve tanınmış olan "Jaguar" ve "Jaguar+Şekil" markaları ile iltibas oluşturacağını, davalılara ait internet sitelerini görüp inceleyen, talep eden, sipariş eden kişiler nazarında ürünlerin davacı Jaguar Cars'tan

¹⁵⁰ Almanya merkezli havayolu şirketi olan Lufthansa adı ilk olarak 25 Eylül 1979 tarihinde Almanya'da marka olarak tescil edilmiştir. Marka, 26 Şubat 2001 tarihinde Avrupa Birliği markası ve 20 Ağustos 1996 tarihinde Birleşik Devletler'de tescil edilmiştir. Markanın 'lufthansa.org', 'lufthansa.net', 'lufthansa.com.au', 'lufthansaairlines.com', 'lufthansa.com', 'lufthansaagent.com', 'lufthansaticket.com', 'belufthansa.com', 'lufthansa-reisemarkt.com' şeklinde kullanımları UDRP kurallarına aykırı bulunarak alan adlarının marka sahibine transferine karar verilmiştir. Bkz. WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/>

¹⁵¹ Kemal Şenocak, Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali, BATİDER; Eylül 2009 (s. 89-141), s. 134.

¹⁵² Viagra adı, Pfizer İlaç Firması tarafından 2 Haziran 1998 tarihinde Birleşik Devletler'de marka olarak tescil edilmiştir. Markanın 'viagra.biz', 'viagrachile.com', 'viagraoysters.com', 'vivaviagra.com', 'viagraing.com', 'viagrastories.com', 'viagraindia.com', 'cheapviagrastore.com', 'half-price-viagra.com', 'bioviagra.com', 'freenericviagra.com', 'viagra-price-guide.org', 'freeviagraclub.com', 'shopviagra.com', 'pfizerviagra.com', 'viagre-123.net', 'europeanviagra.com', 'blue-viagra.com', 'blue-viagra.net', 'viagra-discussion-board.com', 'viagraconfidential.com', 'viagra.net', 'wwwviagra.com', 'viegratea.com' gibi çeşitli kullanımları marka hakkını ihlali olarak nitelendirilerek UDRP kurallarına göre alan adlarının marka sahibine transferine karar verilmiştir. Bkz. WIPO, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/>

¹⁵³ Şenocak, s. 134.

¹⁵⁴ Jaguar Arabaları, İngiltere merkezli tanınmış bir otomobil firmasıdır. Firma ilk olarak 1922 yılında Swallow Sidecar Company adıyla kurulmuş, 2. Dünya savaşıdan sonra ismini "Jaguar" olarak değiştirmiştir. Firma, 1990 yılında Ford'a satılmış, 2008 yılında ise Hindistan firması Tata tarafından satın alınmıştır. Firma, Jaguar Land Rover Ltd. adıyla faaliyetlerini sürdürmektedir. Jaguar için bkz. http://en.wikipedia.org/wiki/Jaguar_Cars

kaynaklandığı, “Jagclub” markasının davacıya ait markalardan biri olduğu ve bu ürünlerin üreticisi ile davacı arasında işletmesel bir bağ bulunduğu algılamasına yol açacağını belirtmiş ve davacının marka hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁵⁵ Yargıtay,¹⁵⁶ davalı ayakkabı firmasının da dava tarihinden önce, 07.02.2002 tarihinde, 25. sınıftaki ayak giysileri emtiasında “Jag Club” ve “Jaguar başı” ibarelerini marka olarak tescil ettirmesi karşısında, bu hususun da incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁷

Bir başka uyuşmazlıkta, davalının ticaret unvanında “Aras Nakliyat” ibaresini ve ‘ankaraarasnakliyat.com’ alan adını kullanması eylemi, uluslararası alanda ve yurt içi kara, deniz ve hava yolu kargo taşımacılığı ile nakliyecilik alanında faaliyet gösteren davacının, tanınmış ve tescilli “Aras”, “Aras Cargo, “Aras Kargo” markalarına tecavüz olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁸ Karar, Yargıtay tarafından da onanmıştır.¹⁵⁹

Bir başka davada, davalının ‘bjktv.com’ alan adını kayıt ettirerek kullanması eylemi, “BJK”, “1903”, “Beşiktaş” ve “Karakartal” markalarının sahibi Beşiktaş Jimnastik Kulübü’nün marka haklarına aykırı görülmüştür. Karar’da eylemin 556 sayılı KHK’nın 9/2-e maddesine aykırı olduğu belirtilerek markaya tecavüz eyleminin tespitine, tecavüzün önlenmesine ve dava konusu internet adresine erişimin engellenmesine hükmedilmiştir.¹⁶⁰ Verilen Karar, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından 06.12.2011 tarihinde onanmıştır.¹⁶¹

Tanınmış marka ile aynıyet içeren alan adı, ticari bir faaliyette kullanılmasa dahi, marka hakkının ihlal edildiğine karar verilecektir. Davacı Avea İletişim Hizmetleri A.Ş., tarafından “avea.com” alan adını kullanan ve kayıt ettirenlere karşı açılan davada, mahkeme alan adını kayıt ettiren olarak gözüken Kore uyruklu kişiye ulaşamadığı ve gerçekte böyle biri olup olmadığı belli olmadığı için davanın Kore uyruklu kişi yönünden açılmamış sayılmasına fakat “avea.com” internet sitesini işleten kişinin alan adının bulunduğu web sitesinde “Avea” marka ve logosunu kullanmak suretiyle davacının marka hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, buna karşılık alan adının Kore’de kayıt edilmesi ve alan adını kayıt ettirenin tespit edilememiş olması nedeniyle alan adının transferine veya silinmesine şeklinde karar tesis etmemiştir.¹⁶²

¹⁵⁵ İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 30.01.2009, 2006/46 Esas, 2009/9 Karar.

¹⁵⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 01.12.2011, 2009/14376 Esas, 2011/16272 Karar.

¹⁵⁷ Bu durum karşısında, davacının öncelikle kendi tanınmış markası ile iltibas oluşturduğuna iddia ettiği fakat tescil edilmiş olan markanın hükümsüzlüğünü ileri sürmesi gerekirdi.

¹⁵⁸ Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 17.03.2009, 2008/35 Esas, 2009/63 Karar.

¹⁵⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.04.2011, 2009/12226 Esas, 2011/4766 Karar.

¹⁶⁰ İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, 10.12.2009, 2006/316 Esas, 2009/158 Karar.

¹⁶¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 06.12.2011, 2010/5047 Esas, 2011/16489 Karar.

¹⁶² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 04.02.2013, 2012/1156 Esas, 2013/1838 Karar.

cc. İfade Özgürlüğü Kapsamında Yaklaşım

Tanınmış markadan oluşan alan adı altında, marka ile ilgili eleştiri ve görüşler yayınlanmasının anayasal fikir özgürlüğü açısından konumunun ne olduğu akla gelmektedir. Anayasamızın 25 inci maddesinde “Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir.” denildikten sonra, 26 ncı maddesinde de “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar” denilerek düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti temel hak ve hürriyet olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın 14 üncü maddesiyle de temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması ilkesi benimsenmiştir.

Düşünceyi açıklama hürriyeti başkalarının şeref, haysiyet ve temel değerlerini rencide edici şekilde kullanılmamalıdır. Hukuk devleti ilkesi de bunu gerektirir. Bununla birlikte korunmaya değer bir markanın, o marka ile ilgili görüş ve şikayetleri dile getirmek için alan adında kullanılması halinde ifade özgürlüğü hakkı ile markayı koruyan hakların çatışması söz konusu olacaktır. Bu gibi durumlarda öncelikle markadan oluşan alan adı ile ticari bir kullanım olup olmadığı incelenmelidir. Ayrıca web sitesi içeriğinde markaya ilişkin kullanılan ifadeler ve göndermeler de önem taşıyacaktır. Ticari bir kullanım olmasa dahi, eleştiri hakkının sınırlarını aşan, konuya ilişkin olmayan, aşağılayıcı ve zedeleyici ifadeler marka hakkının ihlalini gündeme getirebilecektir.

Bir diğer önemli husus olarak gerek UDRP, gerekse Dünya uygulamalarında benimsenen bir yaklaşım olarak eleştiri amacı ile de olsa, marka ile internet alan adının 'aynıyet' içerdiği durumlarda marka hakkının ihlali söz konusu olacaktır. Çünkü bu şekilde alan adı ile marka arasında 'karıştırılabilirlik' oluşturulmasının yanı sıra, tanınmış markanın, siber uzayda kendi adıyla temsil edilmesine engel olunmaktadır.¹⁶³ Ayrıca bu tür alan adlarının önce davranılıp kayıt edilmesi dahi, bizatihi ticari bir değer oluşturmaktadır. Bu nedenle eleştiri amaçlı alınan bu tür alan adlarında, markaya eklemeler yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak bu halde dahi internet sitesinin tanınmış marka ile arasında bir bağlantı olmadığına açıkça belirtilmesi ve internet sitesinin ticari amaçla kullanılmaması gerekir.

WIPO nezdinde UDRP kuralları uygulanarak çözüme kavuşturulan

¹⁶³ Tamer Soysal, Siber Uzayın Hüviyet Cüzdanları: İnternet Alan Adları ve Ortaya Çıkardığı İhtilafları Çözüm Yolları (İçinde, Müge Demir (Editör), Yeni Medya Üzerine, LiteraTurk, İstanbul, Eylül 2013, s. 255-308)).

uyuşmazlıkta, Türk Hakem Gökhan Gökçe, 'akbankmagdurlari.com' ve 'akbankmagdurlari.net' alan adları, tüketicilerin kendilerini ifade edebilecekleri, ifade özgürlüğü kapsamında oluşturulan siteler olarak nitelendirilmiştir. Buna karşılık aynı Karar'da, "antiakbank.com" alan adı, eleştiri amacıyla oluşturulmuş bir site olarak nitelendirilmemiştir.¹⁶⁴ Bize göre de tanınmış bir marka olan "Akbank" adına eklenen "anti" kelimesi, tanınmış markanın itibarına zarar vermektedir. Buna karşılık, "akbankmagdurlari" ifadesi, sitenin iyi niyetli kullanımı durumunda, markaya zarar verici olarak yorumlanamaz. Bu itibarla, verilen Karar isabetli olmuştur.

Bu konuda fazla içtihat oluşmayan Türk hukukunda, Yargıtay, iki karar vermiştir. Bunlardan ilki 'opelzede.com' internet sitesine ilişkindir. Site, Opel marka araçlara ilişkin eleştiri, yorum ve karikatür yayınlarını içermektedir. Davacı Opel firması, sitede markası ile ilgili asılsız ve haksız beyanlarda bulunduğu, öteki davalıların yapmış olduğu kazada hava yastıklarının açılmamasında aracı ayıplı bulan raporların yayımlandığını, markanın bu şekilde zarar gördüğünü belirterek marka hakkı ihlali olduğunu iddia etmiştir.

Davalılardan, C.T. dava konusu sitenin kendisine ait olmadığını belirtmiştir. Öteki davalılar ise bilirkişi raporunu mağduriyetlerinin giderilmesi amacıyla siteye gönderdiklerini, internet sitesi ile bir bağlantıları olmadığını belirtmişlerdir.

Mahkeme, alan adının kayıtlı olduğu kişinin belli olmaması ve internet sitesinin ticari olarak kullanılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 26 Kasım 2012 tarihinde kararı onamıştır.¹⁶⁵

İkinci önemli uyuşmazlık ise Anayasa Mahkemesi kararına konu olan '... kargomagdurlari.com' alan adına ilişkin olarak oluşmuştur. İstanbul 4. Fikri ve Sinai Haklar Hukuk Mahkemesi, 2 Temmuz 2013 tarihinde verdiği Karar'da¹⁶⁶ eylemde markasal kullanım veya ticari kullanım olmadığını ancak "... kargo mağdurları" ifadesinin davacının markası üzerinde negatif bir çağrışım oluşturduğunu, alan adı kullanımının davacıyı küçük düşüreceği ve ticari itibarını zedeleyeceğini belirtmiş ve eylemde markasal kullanım olmadığı için de 6102 sayılı Kanun'un haksız rekabete ilişkin 55/1-a (1) bendini uygulamıştır. Mahkeme, marka hakkının haksız rekabet yoluyla ihlali yanında, 6102 sayılı Kanun'un 56/1-d ve 56/1-e maddeleri uyarınca maddi ve manevi tazminata hükmetmiştir. Verilen Karar, 17 Mart 2014 tarihinde Yargıtay tarafından da onanmıştır.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Bkz. WIPO, D2011-1411, www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/ (akbankmagdurlari.com, akbankmagdurlari.net ve antiakbank.com)

¹⁶⁵ Yargıtay 11. HD., 26.11.2012., 2011/12467 Esas, 2012/19096 Karar.

¹⁶⁶ İstanbul 4. Fikri ve Sinai Haklar Hukuk Mahkemesi, 02.07.2013, 2012/137 Esas, 2013/117 Karar.

¹⁶⁷ Yargıtay 11. HD., 17.03.2014, 2013/15738 Esas, 2014/5119 Karar. Yargıtay kararında bir üye, muhalif görüşte kalmış ve eylemin internet sitesinin kullanımının ifade özgürlüğü

IV. ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

6216 sayılı Kanun'un 45 inci maddesine göre bireysel başvuru yoluna Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddialarına ilişkin gidilebilecektir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan inceleme, eylemin 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu çerçevesinde bir marka ihlali olup olmadığına ilişkin değildir. Başvurucunun temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edilip edilmediğine ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, bu esaslar dahilinde başvurucunun ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin başvurucunun iddialarını "açıkça dayanaktan yoksun" olarak nitelendirirken, başvurucunun "açık ya da görünür bir ihlalinin bulunmaması" ve "iddialarına ilişkin yeterli kanıtlar getirememesi" nedenlerine dayandığı söylenebilir. Şunu kabul etmek gerekir ki, gerek AİHM gerekse Anayasa Mahkemesi, salt hukuki nedenlerle 'kabul edilemezlik' kararı tesis etmemektedir. Kabul edilemezlik kararları aynı zamanda bir usul ekonomisi ilkesi olarak mahkemelerin yetki ve görev alanlarını tayin etmeyle bağlantılı olarak hukuk politikası ile ilgilidir. Ancak buna rağmen bize göre internet, marka ve ifade özgürlüğü gibi gerek yeterli içtihadın bulunmadığı, gerekse yeterli akademik çalışmaların olmadığı alanlarda Anayasa Mahkemesi'nin 'kabul edilemezlik' kararı yerine, uyuşmazlığın esasını incelemesi daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifadesini bulan 'hukuk devleti ilkesi" ile 36 ncı maddesinde düzenlenen 'hak arama hürriyeti' esaslarının uygulamaya geçirilmesi de böyle mümkün olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin başvuru Naif Şaşma ile ilgili verdiği bu Karar, başvurucunun çağımızın en etkili iletişim aracı konumundaki internet ortamında gerçekleştirdiği hak arama ve düşüncelerini eleştirel şekilde ifade etme özgürlüğüne ket vurmamakla kalmayıp, bu tür hak arama girişimlerinin önünü de kapatıcı bir nitelik arz etmektedir. Halbuki Anayasa Mahkemesi Youtube kararında internet ile ilgili şu düşünceleri kararında belirtmiştir:¹⁶⁸

"İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. Sosyal medya, medya içeriğini oluşturmak, yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkan veren şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platform şeklindeki medya kanalıdır. İnternetin sağladığı

kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

¹⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, Genel Kurulu Kararı, Başvuru Numarası: 2014/4705, Karar Tarihi: 29.05.2014, paragraf 57 ve 58.

sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri haline gelen sosyal medya araçları konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır....(i)nternet siteleri büyük miktardaki verileri saklama ve yayınlama kapasitesi ile bunların erişilebilirliği sayesinde toplumun gündem oluşturmaya, gündemin takibini ve bilgi alışverişini kolaylaştırmaya büyük ölçüde katkı sağlamaktadır."

Aynı hususlar 2 Nisan 2014 tarihinde İkinci Bölüm tarafından verilen Twitter kararında da¹⁶⁹ belirtilmiştir.¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesi aynı özgürlükçü yaklaşımını 25 Şubat 2016 tarihinde verdiği Erdem Gül ve Can Dünder Başvurusu'nda da göstermiştir.¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin başvuru hukuk devleti ilkesi ve hak arama hürriyetinin gereği olarak Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri nezdinde yaptığı girişimleri topluma duyurma ve fikirlerini ifade etme ortamı olarak kullandığı '...kargomagdurlari.com' internet sitesine ilişkin de aynı özgürlükçü yaklaşımı göstermesi, daha demokratik, çoğulcu ve çağın gelişmelerine uygun bir yaklaşım olurdu.

Bu genel ilkesel tespiti yaptıktan sonra, uyuşmazlığın yasal düzenlemeler kapsamındaki konumunu belirlemek gerekli olacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin, bireysel başvurularla ilgili genel inceleme esasları nedeniyle, uyuşmazlığı salt bir marka davası şeklinde değerlendirmesi beklenemezse de, Anayasa Mahkemesi'nin uyuşmazlığı açıklığa kavuşturmak için Sınai Mülkiyet Kanunu'nda konuyu düzenleyen 7/3-d maddesinden faydalanması mümkündür. Uyuşmazlık tescilli ve tanınmış bir markanın, internet alan adında kullanımına ilişkindir. 556 sayılı KHK'da 5833 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile 9/2-e maddesi olarak eklenen düzenleme, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda da 7/3-d maddesi olarak yer almıştır. Söz konusu madde marka tescilinden doğan hakların kapsamını düzenlemektedir. Marka tescilinden doğan haklar kapsamında, marka sahibi, şu şartların oluşması halinde eylemi engelleyebilecektir.

- *İşaretin ticaret alanında kullanılması (SMK, m. 7/3)*: Bu ifade nedeniyle markaya tecavüz halinin "markasal" kullanım ile oluşması şartı yoktur. Ayrıca engellenecek tecavüz eyleminin "ticaret alanında kullanılması" şarttır.

¹⁶⁹ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm Kararı, Başvuru Numarası: 2014/3986, Karar Tarihi: 02.04.2014, paragraf 39.

¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesi'nin Twitter ve Youtube Kararlarının Değerlendirilmesi için bkz. Tamer Soysal, Anayasa Mahkemesi'nin Twitter ve Youtube Kararları ve Değerlendirilmeleri, Adalet Dergisi, S. 52, Mayıs 2015, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/52.sayi/01_tamer.pdf

¹⁷¹ Anayasa Mahkemesi, Genel Kurul Kararı, Başvuru Numarası: 2015/18567, Karar Tarihi: 25.02.2016.

- *İşaretin aynı veya benzerinin internet ortamında kullanılması (SMK, m. 7/3-d)*: Eğer marka ile alan adı tamamen farklı ve bir benzerlik hali yoksa, bu hüküm uygulanamayacaktır.

- *İşaretin internet ortamında ticari etki yaratacak şekilde kullanılması (SMK, m. 7/3-d)*: SMK'nın 7/3 maddesi ilk cümlesinde düzenlenen, "ticaret alanında kullanım" şartı, "d" bendinde internet ortamında kullanıma ilişkin olarak tekrarlanmış ve "ticari etki yaratacak şekilde kullanım" şart koşulmuştur. Bu nedenle, marka sahibinin bu neviden bir eylemi engelleyebilmesi için markanın internet ortamında ticari etki yaratacak şekilde kullanılması şarttır.

- İnternet ortamında kullanımın internet alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimde kullanımı şarttır.

- Son olarak konuyu Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruları inceleme yaklaşımı ile uyumlu hale getiren şu şart aranmaktadır. İşareti internet ortamında kullanan kişinin, bu kullanımına ilişkin "hakkı veya meşru bağlantısı bulunmaması" gerekmektedir. Dolayısıyla eğer işareti internet ortamında kullanan kişi, anayasal teminat altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden bir tanesini kullanmak için böyle bir davranışta bulunuyorsa, bu halde Anayasa Mahkemesi eylemi başvuru açısından "hakkı veya meşru bağlantılı" şeklinde nitelendirebilecektir.

Konuya ilişkin en özel düzenleme olan SMK'nın 7/3-d düzenlemesini gerek ilk derece mahkemesi, gerek Yargıtay gerekse Anayasa Mahkemesi dikkate almamıştır. Bu maddenin uygulanabilmesi için "markasal kullanım" şartı da bulunmamaktadır.

Uyuşmazlığa konu alan adı "...kargomagdurlari.com" şeklindedir. Bu adın tanınmış marka olan kargo sahibinin tescilli markasına benzer olduğu açıktır. Buna karşılık gerek ilk derece mahkemesi kararında, gerekse Anayasa Mahkemesi kararında başvuru alan adını kullanımının ticari nitelikte olmadığı açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu nedenle, uyuşmazlığa bu madde uygulanamayacak ancak alan adı sahibinin "hakkı veya meşru bağlantısı" olup olmadığı değerlendirmesi yapılmak suretiyle bir sonuca varılabilecektir.

İnternet alan adlarına ilişkin en yoğun ve çeşitli uyuşmazlıkların bulunduğu ABD ile salt bu neviden uyuşmazlıkları çözmek için oluşturulmuş olan UDRP Çözüm Mekanizması kapsamında WIPO Hakemleri tarafından yapılan incelemelerde, bu türden marka ile eleştiri amaçlı internet sitelerinin karşı karşıya gelmesi durumunda şu hususların dikkate alınması gerektiği söylenebilir:

- Öncelikle uyuşmazlığa konu alan adı ile marka arasında 'aynıyet' veya 'benzerlik' durumu mevcut mudur? Bu husus incelenmelidir. Şayet alan adı ile marka aynı veya kullanıcıların kolaylıkla yanlış harf yazmak suretiyle gidebilecekleri türden bir aynıyete yakın bir benzerlik durumu varsa (typo-

squatting) bu halde, internet alan adı ticari etki oluşturmaksızın, eleştiri amaçlı kullanılıyor olsa dahi, bu kullanım markaya tecavüz olarak yorumlanmalıdır. Çünkü marka ile aynıyet içeren bu türden bir alan adının kullanıcı tarafından kayıt edilmesi dahi, tek başına "ticari etkiyi haiz" kabul edilmelidir. Bu şekilde, marka sahibinin, kendi adından oluşan alan adını kullanımı engellenmekte ve internet kullanıcıları nezdinde de, karıştırılabilirlik oluşturulmaktadır.

- İkinci olarak internet alan adı ve web sitesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, marka sahibi ile arasında bir bağlantı, anlaşma, onay halini çağrıştıran bir duruma sebebiyet verilmekte midir? Bu husus incelenecektir.

- Üçüncü olarak internet alan adı sahibinin, alan adını bu şekilde kullanımı "samimi ve gerçek bir ifade özgürlüğü ve eleştiri hakkının kullanımı mıdır" yoksa, kişinin marka sahibine kasıtlı olarak zarar verme niyeti ile hareket etmesini gerektirir sebepler bulunmakta mıdır? Bu incelenecektir. Bu kapsamda internet alan adını kayıt ettirenin, başka başka alan adlarını da bu şekilde kayıt ettirmesi durumu onun, eleştiri hakkı konusunda dürüst şekilde hareket etmediğini gösterebilecektir.

- Dördüncü olarak internet alan adının kullanımı ticari nitelikte midir? Bu husus değerlendirilirken, internet sitesinin kayıt ve masraflarını giderme amaçlı ufak tefek gelirler, ticari olarak değerlendirilmemelidir.

- Beşinci bir ölçüt olarak internet alan adı sahibi, alan adına markadan ayırmak için bir ek almış mıdır? Sitenin eleştiri niyetiyle kullanıldığına ilişkin bu neviden ekler (sucks, şikayet, mağdur, eleştiriler gibi) eylemde, internet alan adı sahibinin hakkını veya meşru menfaati olduğunu düşündürmelidir.

- Bir diğer etken olarak internet alan adı sahibinin, internet sitesinde kendisinin marka sahibi ile bağlantısı olmadığı veya sitenin marka sahibi ile ilgisi olmadığına ilişkin kullanıcılara yönelik bir açıklaması bulunmakta mıdır? Bu hususa bakılacaktır.

İnternet ortamında marka ihlali davalarında genel olarak markasal kullanım şartı aranmamakla birlikte ticari kullanım şartı arandığı görülmektedir. Avrupa Birliği'nde 2015/2436 sayılı Ticari Marka Direktifi'nin 10/2 maddesinde marka sahibinin üçüncü kişilerin izinsiz marka kullanımı ile ilgili ancak "ticarete kullanımı (in the course of trade)" halinde taleplerde bulunulabileceği belirtilir. Aynı husus 14 Haziran 2017 tarihli 2017/1001 sayılı Marka Tüzüğü'nün¹⁷² 9/2 maddesinde de belirtilmiştir. ABD'de Lanham Markalar Kanunu'nun 1114 (1) (a) ve 1125 (c) maddesinde de ihlalin oluşması için "olağan şekilde ticarete kullanım (ordinary course of trade)" şartı aranmaktadır.

¹⁷² Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017, on the European Union trademark, (codification), Official Journal of the European Union, 16.6.2017, L 154/1.

Bu altı esas dahilinde, Anayasa Mahkemesi'nin kararına konu uyuşmazlık değerlendirildiğinde, alan adının ticari nitelik içermeyen şekilde başvuruçunun Anayasa'nın 26 ncı maddesinde düzenlenen "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti" ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10 uncu maddesinde düzenlenen "İfade Özgürlüğü" hakları kapsamında eleştirilerini paylaştığı bir platform olarak kullanıldığı sonucu çıkarılabilecektir.

Anayasa Mahkemesi Kararı'na Karşı Oy Yazısı'nda da belirtildiği üzere,¹⁷³ günümüzde güçlü şirketler karşısında bireyler, kendileri ifade etme, haklarını arama, eleştirilerini dile getirme yönünden her zamankinden daha kısıtlanmış durumdadırlar. Marka sahipleri ile ilgili dile getirilen en önemli yaklaşımlardan birisi de markanın günümüzde güçlü bir iletişim aracı olarak kullanıldığı, bu nedenle marka sahiplerinin markayı bu kadar fonksiyonel kullanması karşılığında bazı eleştirelere de katlanmasının makul olması gerektiğidir. Bir başka husus olarak nasıl ki özel hayatın sınırları çizilirken ünlü ve topluma mal olmuş kişilerin özel alanı daha dar yorumlanmaktadır, tanınmış ve yılların birikimi ile toplumsal güven kazanmış markaların da, ticari nitelik arzermeyen, kendileriyle rekabet durumu olmayan, yapıcı eleştirilere ilişkin daha geniş bir hoşgörü göstermeleri beklendiği söylenebilecektir. Bu yaklaşım, AİHM'in topluma mal olmuş, politik figürlerin eleştirilmesine ilişkin geniş ifade özgürlüğü yorumu ile de uyumludur.

Türk hukukunda marka ile ifade özgürlüğü haklarının karşı karşıya geldiği durumlarda bu kurumların ilk derece mahkemelerince de yeteri kadar tartışılmadığı görülmektedir. Bize göre salt markaya zarar vermek kastı olmaksızın ve ticari gaye güdülmeksizin markaya ilişkin eleştirileri ifade eden internet sitelerine karşı daha toleranslı davranılması gerekir. İngiltercede, eleştiri amaçlı web sitesi isimlerinde sık olarak kullanılan "sucks" eki gibi; "zede", "mağdurları" gibi eklerin dürüst kullanım bulunmak kaydıyla marka hakkının ihlalini oluşturmayacağı düşüncesindeyiz. Tüketici hakları ve düşünceleri ifade etme haklarının da, marka hakkı gibi korunması gereken haklardan olduğu gerçeği gözardı edilmemelidir.

Kara Avrupası hukukunda, markaların, ticari gaye olmaksızın eleştiri amacıyla kullanılması genel olarak meşru kabul edilmiştir.¹⁷⁴ Alan adları hukukunda da, markaların eleştiri amacıyla kullanılması eyleminin, bilhassa markanın korunması ile elde edilecek faydadan daha geniş bir paydada sosyal sorumluluk gayesiyle kullanılması durumunda, anayasal ifade özgürlüğü hakları kapsamında yorumlandığını görüyoruz. Buna güzel bir örnek, "Stop Esso" boykotları nedeniyle oluşan uyuşmazlıktır. Ünlü petrol şirketi Exxon Mobil'in küresel ısınmayı kabul etmemesi, Kyoto Protokolü'nü desteklememesi nedeniyle Exxon Mobil'in

¹⁷³ Anayasa Mahkemesi, Naif Şaşma Kararı, Karşı Oy Yazısı, paragraf, 20-26.

¹⁷⁴ Paris Court of Appeal, 16 November 2005 (Esso Kararı); Paris Court of Appeal, 17 November 2006 (Areva Kararı); German Supreme Court, 3 February 2005, BGH I ZR 159/02 (Milka Kararı).

uluslararası ticarete kullandığı unvanı olan "Esso" adı, "stopesso.de" alan adı olarak kayıt edilmiş ve sivil toplum kuruluşları tarafından çevre sorunlarına dikkat çekmek için kullanılmıştır. Almanya'da Hamburg Mahkemesi, 'stopesso.de' kararında şu hususu vurgulamıştır:¹⁷⁵ "Şirketler, marka hukukunu, adlarının şirket faaliyetleri eleştirilirken kullanılmasını engellemek için kullanamaz.". Mahkeme, "stopesso.de" alan adı altında sivil toplum kuruluşlarının, toplumda farkındalık oluşturmak için küresel ısınma gibi problemlere dikkat çektiğini ve bu kapsamda siteyi de boykot için kullandığını, bu hususun Anayasal ifade özgürlüğü kapsamında kaldığına işaret etmiştir.¹⁷⁶

Bir başka örnek 2001 yılında Fransa'da gerçekleştirilen Danone boykotu sırasında oluşmuştur. Danone, Fransa merkezli, çok uluslu bir gıda firmasıdır. Firma, yeni iş planları çerçevesinde 570 çalışanını işten çıkarma kararı almıştır. Firmanın, bu kararını protesto etmek için bir gazeteci "jeboycottedanone.com"¹⁷⁷ alan adını kayıt ettirmiştir. Söz konusu web sitesine gidildiğinde, Danone Logosunun değiştirildiği ve "insanlar yoğurt değildir (human beings are not yogurts)" ifadesinin yer aldığı görülmektedir.

Danone firması, bu alan adının faaliyete geçmesinin hemen ardından 18 Nisan 2001 tarihinde mahkemeye başvurmuş ve alan adının kullanımının durdurulması ile marka tecavüzü nedeni ile zararlarının tazminini talep etmiştir. İlk derece Mahkemesi tazminata hükmetmiştir. Ancak Fransız Temyiz Mahkemesi, eylemin marka hakkı ihlali oluşturmadığını, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasından ibaret olduğunu, bu durumda ifade özgürlüğü hakkının marka hakkından önce geleceğini belirtmiş ve kararı bozmuştur. Yüksek Mahkeme, eylemde ticari bir kullanım bulunmadığını da belirtmiştir.¹⁷⁸ Ancak bu belirleme yapılırken, alan adı ile markanın aynı olup olmadığı, karıştırılabilirlik oluşturup oluşturmadığı, sitede reklamların yer alıp almadığı gibi durumlar dikkate alınmıştır.¹⁷⁹

Dünyadaki uygulamalar, oluşan içtihatlar ve internetin doğası dikkate alındığında Anayasa Mahkemesi'nin de uyuşmazlığa ifade özgürlüğü perspektifinden bir yaklaşım göstermek suretiyle söz konusu uyuşmazlıkta, başvuranın Anayasa'nın 26 ncı maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü haklarının ihlal edildiği yönünde karar vermesi beklenirdi. Türk hukukunda Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 7/3 maddesi de bu yoruma cevaz verici mahiyet arz etmektedir.

¹⁷⁵ Sakulin, age. s. 136 vd.

¹⁷⁶ Hamburg District Court, 10 June 2002, 2002 MD 9 (stopesso.de) Aynı yönde karar için bkz. Kammergericht Berlin, 23 October 2001, KG5 U 101/1 (oil-of-elf.de); Aktaran; Sakulin, age. s. 205.

¹⁷⁷ Fransızca "Je", "ben (I)" ve "boycotté", "boykot etmek" anlamındadır. Alan adı, "Danoneyi boykot ediyorum" anlamını taşımaktadır. Bkz. Soysal, Domain Name Law, s. 787.

¹⁷⁸ Mark Lee Hunter; Marc Le Menestrel; Henri-Claude de Bettignies, Beyond Control: Crisis Strategies and Stake Holder Media in the Danone Boycott of 2001, Corporate Reputation Review, Volume 11, Number 4, 2008., s. 339-340.

¹⁷⁹ Soysal, Domain Name Law, s. 786-787.

SON SÖZ

Ülkemizde nüfusun % 75'i internet kullanıcısı ve nüfusun yarısından fazlası sosyal medya ağlarının aktif kullanıcısı konumundadır.¹⁸⁰ İnternetin ticari olarak kullanımına izin verildiği 1994 yılından itibaren geçen yaklaşık 30 yılda internete özgü teamül ve etik kurallar ile kullanım alışkanlıklarının oluştuğu inkar edilemez bir gerçektir. Türkiye'de Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı tarafından Mart 2019 döneminden itibaren "Bilişim ve Teknoloji Hukuku" müstakil bir doçentlik alanı olarak kabul edilmiştir.¹⁸¹ Bu konuya yaklaşımın ortaya konulması açısından sevindirici bir gelişmedir. Bununla birlikte Ülkemizde gerek bilişim okur-yazarlığının geliştirilmesi gerekse yargı mensuplarının bilişim ve konularına ilişkin yetkin duruma getirilmeleri konusunda eksikliklerimiz olduğu da kabul edilmelidir. İnternete ve hukukuna yaklaşım ne büsbütün hukuk kurallarını devre dışı bırakacak ölçüde özgürlükçü, ne de her konuyu mevcut kurallar ile katı bir anlayış ile çözecek kadar dar bir bakış açısını içermemelidir. Bilhassa ulusal güvenlik, kamu güvenliği gibi konuların daha hassasiyetle değerlendirilmesi olağan karşılanmalıdır. Buna karşılık marka ve ifade özgürlüğü gibi konularda daha esnek bir bakış açısı benimsemenin doğru olduğuna inanıyoruz. Bu kapsamda, hakim ve savcılara gerek staj sürelerinde gerekse meslek içinde internet alan adları, fikri mülkiyet haklarının internete özgü kullanımları, internette erişim sınırlamaları gibi konularda eğitimler verilmesinin de fayda sağlayacağına inanıyoruz.

İnternetin, alışılmış marka hakkı ihlallerini değiştirdiği ve dönüştürdüğü açık olarak görülmektedir. Zaman içinde ülkeler başta ABD kaynaklı olarak verilen örnek mahkeme kararlarını esas almak suretiyle kendi mevzuatlarını bu yeni durumları da kapsayacak şekilde değiştirmekte veya Yüksek Mahkeme kararları ile yeni duruma yön vermektedirler. İnternet kullanıcılarının, uygulamayı benimsemesi ile artık alışkanlık ve gelenek halini almış hususlar, mahkemelerce kararlarında esas alınmak suretiyle marka hakkı ihlaline farklı bir açıdan yaklaşılmaktadır. Hukukun dinamik yönü de internet, bilişim, fikri mülkiyet gibi konularda daha belirgin olarak öne çıkmaktadır. Hiç şüphesiz, dördüncü sanayi devriminden¹⁸² bahsedildiği bir dönemde bu gelişmelerin takip edilmesi daha büyük önem taşımaktadır.

¹⁸⁰ Digital in 2019, Turkey, <https://dijilopedi.com/2019-turkiye-internet-kullanim-ve-sosyal-medya-istatistikleri/> (Son Erişim Tarihi: 31.03.2019)

¹⁸¹ Bkz. Türkiye Cumhuriyeti, Üniversitelerarası Kurul Başkanlığı, Doçentlik Başvuru Şartları, 2019 Mart Dönemi, Tablo 5, Hukuk Temel Alanı, http://www.uak.gov.tr/temelalan/TA_Tablo5_2019M_140319.pdf

¹⁸² Klaus Schwab, The Fourth Industrial Revolution, World Economic Forum, 2016.

KAYNAKÇA

A WIPO Training Manual, Introduction to Trademark Law and Practice, The Basic Concepts, February 1993. (WIPO, Trademark Law and Practice).

ABBOTT M., Frederick; On the Duality Internet Domain Names: Propertization and its Discontents, New York University, Journal of Intellectual Property and Entertainment Law, Fall 2013.

ABD Anayasası, <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>

ABELES, Jerry; Courts must weight the claims of Trademark Holders against the rights of Domain Name Registrants, Los Angeles Lawyer, October 2013, 26., <http://www.lacba.org/Files/LAL/Vol36No7/3084.pdf>

ACPA, <http://www.gigalaw.com/library/anticybersquattingact-1999-11-29-p1.html>

AKGÜL, Mustafa Akgül; İnternet Sunucu Araçları ve Yönetim, Ankara 1999.

ALGAN, Bülent; Bireysel Başvurularda 'Açıkça Dayanaktan Yoksunluk' Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 63 (2), 2014 (247-284).

ALYABIS A., Fahad; Electronic Commerce: An Introduction (Book Review), <http://www.nait.org/jit/Articles/alyabis120800.pdf>

Anti-Counterfeiting Trade Agreement, Council of the European Union, Brussels, 23 August 2011, <https://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2012196%202011%20INIT>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kabul Edilebilirlik Kriteri Uygulama Rehberi, 2014, https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_TUR.pdf, (AİHM, Kabul Edilebilirlik Kriteri Uygulama Rehberi)

AYDIN, Öykü Didem; Düşünce Özgürlüğünün Anlamı ve İşlevi Işığında Düşünce Özgürlüğünü Sınırlamanın Anayasallığı, Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, 1 (2), 2011 (s. 26-63).

BASMA, Dima; The Nature, Scope and Limits of Modern Trademark Protection: A Luxury Fashion Industry Perspective, A Thesis submitted to the University of Manchester for the Degree of Doctor of Philosophy in the Faculty of Humanities, February, 2016.

BÜYÜKKILIÇ, Gül; Markanın Sulandırılması ve Sulandırmaya Karşı Koruma, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2018.(yok.gov.tr).

BYCHAWSKA-SINIARSKA, Dominika; Protecting the Right to Freedom of Expression Under the European Convention on Human Rights, A Handbook for Legal Practitioners, 2017.

CARPENTER, Dale; Theories of Free Speech Protection, 2012, <http://uscivilliberties.org/themes/4585-theories-of-free-speech-protection.html>

DANNENBERG A., Ross; SMITH-CARRA R., Heather; Balancing Free Speech and Trademark Rights, Summer 2017, <https://bannerwitcoff.com/wp-content/uploads/2017/07/Balancing-Free-Speech-and-Trademark-Rights.pdf>

Dictionary, <https://www.merriam-webster.com>

Digital in 2019, Turkey, <https://dijilopedi.com/2019-turkiye-internet-kullanim-ve-sosyal-medya-istatistikleri/>

DİRİKKAN, Hanife; Tanınmış Markanın Korunması, Mart 2003, Seçkin Yayınevi, Ankara.

Domain Counts&Internet Statistics, <http://www.domaintools.com/internet-statistics/>

Domain Stats, <https://domainnamestat.com/>

European Court of Human Rights, HUDOC, <https://hudoc.echr.coe.int/>

Find Law for Legal Professionals, <https://caselaw.findlaw.com/>

GÜRAN ve DİĞERLERİ, İnternet ve Hukuk, Superonline Workshop Metni, İstanbul 2000.

HUNTER, Mark Lee; MENESTREL, Marc Le; BETTIGNIES, Henri-Claude de; Beyond Control: Crisis Strategies and Stake Holder Media in the Danone Boycott of 2001, Corporate Reputation Review, Volume 11, Number 4, 2008.

IANA, <http://www.iana.org/>

ICANN, <http://www.icann.org/tlds/>

International Organization for Standardization, English Country Names and Code Elements; <http://www.iso.org/iso/en/prods-services/iso3166ma/02iso-3166-code-lists/list-en1.html>

İŞİK, Ramazan; Mormonluk ve Mormon Kilisesi Üzerine Bir Araştırma, Cumhuriyet Üniversitesi, İlahiyet Fakültesi Dergisi, C. X/1, Haziran 2006 (s. 165-190).

KAHRAMAN, Ömer Ersin; Yeni Toplum ve Kitleleşme Üretim, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 25, Bahar 2018 (s. 383-400).

KRZEMINSKA, Joanna; Freedom of Commercial Speech in Europe, 2005, aei.pitt.edu/3043/2/JKrzeminska_EUSA_paper.doc

KÜÇÜK, Adnan; İfade Hürriyetinin Unsurları, Liberal Düşünce Topluluğu, Eylül 2003.

Legal Information Institute, Supreme Court, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/home>

LEMLEY A. Mark; The Modern Lanham Act and the Death of Common Sense, Yale Law Journal, Vol. 108, 1710-11 1999.

MARTINEZ, Alexandra; The Act of Registering a Trademark: Commercial Speech, Non-Commercial Speech, or a Combination of Both, 2017, https://www.inta.org/Academics/Documents/2017/Martinez_%20Student%20Winner.pdf

Memorandum of Understanding between the US. Department of Commerce and İnternet Corporation for Assigned Names and Numbers, November 25, 1998, <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/icann-memorandum.htm>

Mill on Freedom of thought and expression, <http://documents.routledge-interactive.s3.amazonaws.com/9781138793934/A2/Mill/MillTruth.pdf>, s. 6.

NIC.TR, Günlük İstatistikler, 1 Nisan 2019, <https://nic.tr/index.php?USRACTN=STATISTICS&PHPSESSID=1554153187771252124664130>

NOMER, Füsün; İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar, Prof. Hayri Domaniç'e 80. Yaşgünü Armağanı, İstanbul 2001 (s. 395-418).

OĞUZMAN, M. Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.

ÖZSOY, Şule; Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar, TBB Dergisi, S. 56, 2005 (s. 29-47).

RAMSEY R., Lisa; A Free Speech Right to Trademark Protection, The Trademark Reporter, International Trademark Association, V. 106, No. 5, September-October 2016 (s. 797-882).

Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017, on the European Union trademark, (codification), Official Journal of the European Union, 16.6.2017, L 154/1.

REIBOLDT, Wendy; MALLERS, Melanie Horn; (Editors), Consumer Survival, An Encyclopedia of Consumer Rights, Safety, and Protection, ABC-CLIO, 2014.

RUHNKA C., John; Bagby W., John; Protecting Web Domain names, CPA Journal, Nov2001, Vol. 71, I. 11, s.62.

SAKULIN, Wolfgang; Trademark Protection and Freedom of Expression, An Inquiry into the Conflict between Trademark Rights and Freedom of Expression under European Law, Wolters Kluwer, 2011.

SAKULIN, Wolfgang; Trademark protection and freedom of expression: an inquiry into the conflict between trademark rights and freedom of expression under European, German, and Dutch law, University of Amsterdam, UvA-DARE, Digital Academic Repository, https://pure.uva.nl/ws/files/1515251/75299_06.pdf

SCHWAB, Klaus; The Fourth Industrial Revolution, World Economic Forum, 2016.

SHARROCK M., Lisa; The Future of Domain Name Dispute Resolution: Craftin Practical International Legal Solutions From within the UDRP Framework, Duke Law Journal, Vol. 51.

SMITH, Graham J. H.; Internet Law and Regulation, Third Edition, Bird&Bird 2002.

SOYSAL, Tamer; İnternet Alan Adları Hukuku (Domain Name Law), Adalet Yayınevi, Eylül 2014., (Soysal, Domain Name Law).

SOYSAL, Tamer; Anayasa Mahkemesi'nin Twitter ve Youtube Kararları ve Değerlendirilmeleri, Adalet Dergisi, S. 52, Mayıs 2015, http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/52.sayi/01_tamer.pdf

SOYSAL, Tamer; İnternet Alan Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarına Göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım-1; Erciyes Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl: 2006/2 (s. 481-507).

SOYSAL, Tamer; İnternet Alan Adlarının 'Hak' Niteliği ve AİHM'in Paeffgen v. Almanya Kararı Çerçevesinde Alan Adları Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tesisi, Adalet Bakanlığı, Adalet Dergisi, S. 54, Ocak 2016 (s. 1-25), <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/54.sayi/3.pdf>

SOYSAL, Tamer; Siber Uzayın Hüviyet Cüzdanları: İnternet Alan Adları ve Ortaya Çıkardığı İhtilafları Çözüm Yolları (İçinde, Müge Demir (Editör), Yeni Medya Üzerine, LiteraTurk, İstanbul, Eylül 2013, s. 255-308)).

SOYSAL, Tamer; Alan İsmi Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Yeknesak Politikalar (UDRP) Çevirisi, Türkiye Adalet Akademisi, Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi, Sayı: 18, Temmuz 2015.

SOYSAL, Tamer; Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 12, Aralık 2018, (s. 693-722).

Special Award Conditions, NCR-9218742, Amendment No. 11, <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/proposals/docnsi100698.htm>

ŞENOCAK, Kemal; Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali, *BATİDER*; Eylül 2009 (s. 89-141).

TARAKÇI, Muhammet; Hristiyan Düşüncesinde Apoloji ve St. Thomas Aquinas, *Uludağ Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2005 (s. 135-146).

TEKİNALP, Ünal; *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Arıkan, Aralık 2005, İstanbul.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP; *Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

The World Bank, <https://data.worldbank.org/indicator/NE.CON.TOTL.CD?locations=US>

Türkiye Cumhuriyeti, Anayasa Mahkemesi, <http://www.anayasa.gov.tr>

United States Patent and Trademark Office-USPTO, <https://www.uspto.gov/>

US Supreme Court Cases, <https://supreme.justia.com/>

WIPO Arbitration and Mediation Center, <http://www.wipo.int/amc/en/domains/>

WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Second Edition (WIPO Overview 2.0), <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview2.0/>

WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition (WIPO Jurisprudential Overview 3.0), https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0

Wikipedia, <http://en.wikipedia.org>

Word Spy, <http://www.wordspy.com/words/cybergripping.asp>

YOLAÇ, Gökhan; *Consumerism: Literatür Tarama, Öneri Dergisi*, C. 5, S. 35, Ocak 2011 (s. 159-162).

Not:

İlk derece Mahkeme kararlarına ve Yargıtay kararlarına UYAP Ekranından erişim sağlanmıştır.

İnternet sitelerinde dipnotta erişim tarihi belirtilmeyen kaynaklara son erişim tarihi 31.03.2019 tarihidir.

TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN SENDİKAL FAALİYET KAPSAMINDA İŞ BIRAKMASI

In Turkish Law, Work Stoppage of Civil Servants Within the Context of Union Activity

Hâkim Ahmet CANPOLAT*

Geliş Tarihi: 19.05.2019 Kabul Tarihi: 31.10.2019

ÖZET

Hukumumuzda, kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakması, iç hukukun uluslararası mevzuata uyumsuzluğu nedeniyle sorun olma niteliğini devam ettirmektedir. Doktrinde ileri sürülen eleştiriler ve uluslararası yargı kuruluşlarının emsal nitelikteki kararları doğrultusunda, ülkemizde hem Anayasa Mahkemesi hem de Danıştay tarafından kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakabileceği karara bağlanmıştır. Bu hakkın içtihatlar doğrultusunda kamu görevlilerine tanınması sonrası, ülkemizde gelişen koşullar nedeniyle anılan hakkın sınırları yargılama makamların en güncel sorunlarından biri haline gelmiştir. Bu doğrultuda çalışma kapsamında, çalışmanın temel iki unsuru kamu görevlisi ve iş bırakma kavramı açıklanmış, daha sonra kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakması uluslararası mevzuat kapsamında ele alınmış ve son bölümde kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakması ve sınırları doktrin görüşleri ve yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamu görevlisi, iş bırakma, sendikal faaliyet, sendikal hakların uluslararası çerçevesi, içtihatlar

ABSTRACT

In our law, work stoppage of civil servants within the context of union activity continues to become an issue due to the non-concurrence of domestic law with international regulation. In accordance with critical observations asserted in doctrine and precedential judgement of international judicial institutions; work stoppage of civil servants in the context of union activity has been determined by both Constitutional Court and Council of State in our country. After the accordance of this right to civil servants toward judicial opinions, limits of above-cited right become one of the latest issues of judicial authorities owing to today's conditions in our country. In the context of this study, two main factors "civil servant" and "work stoppage" are explained, later; work stoppage of civil servants in the context of union activity is discussed pursuant to international regulation, and in the last part, work stoppage of civil servants within the scope of union activity and its limits are evaluated in the light of doctrinal opinions and jurisdictional decisions.

Key Words: Civil Servant, Work Stoppage , Union Activity, Judicial Opinions

* Danıştay Tetkik Hakimi, canpolat.ahmet@adalet.gov.tr, ORCID ID: 0000-0001-8217-7501

GİRİŞ

Çoğulcu demokrasi modelinde, toplumun çoğulcu yapısının yönetim sürecine yansımaları hedeflenmektedir. Demokratik ve sosyal bir hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinden birisini örgütlenme özgürlüğü oluşturmakta olup, temel insan haklarından sayılan bu özgürlüğün sendikal hak olarak tüm çalışanlara ayrımsız bir şekilde tanınması gerekmektedir.

Kamu görevlileri sendikacılığı, tüm dünyada olduğu gibi, Türkiye’de de işçi sendikacılığıyla karşılaştırıldığında çok eski bir geçmişe sahip bulunmamaktadır. Kamu görevlilerinin uzun yıllar çalışma koşulları açısından işçilere göre ayrıcalıklara sahip olmaları, devleti temsil ettikleri ve bu nedenle devlete karşı örgütlenemeyecekleri yönünde genel kabul gören sav nedeniyle geç bir sendikalaşma süreci yaşadıklarını söylemek mümkündür. Zaman içinde kamu görevlilerinin sayısındaki artış ve ayrıcalıklı konumlarını kaybetmeye başlamaları, 1960’lı yıllardan itibaren kamu görevlileri arasındaki örgütlenme hareketlerine ivme kazandırmıştır. Bunun sonucunda birçok ülkede kamu görevlileri, toplu pazarlık ve grev hakkını da içine alan sendikal haklarını kullanmaya başlamış; Türkiye’de de ilk kez 1961 yılında kabul edilen Anayasa ile birlikte, sınırlı da olsa, kamu görevlilerine örgütlenme hakkı verilmiştir.

Türkiye’deki işçi sendikacılığından farklı olarak, kamu görevlileri özellikle 1980’li yıllardan itibaren tabanda başlattıkları hareket sonucunda sendikal hakları elde etmişlerdir. Ancak bu hak elde etme mücadelesinde karşılarına her zaman için önce yasal düzenlemelerin yapılması, sonrasında sendikal hakların kullanılması gerektiği yönünde genel kabul görmüş mevzuatçı anlayış çıkmıştır. Bu nedenle Türkiye’de kamu görevlilerinin sendikal haklarına ilişkin tartışmalar genellikle mevzuat temeline dayanmaktadır.

Bu doğrultuda çalışma kapsamında, ilk olarak çalışmanın temel iki unsuru kamu görevlisi ve iş bırakma kavramı açıklanacaktır. Akabinde, Türkiye’de kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakması, ulusal ve uluslararası mevzuat kapsamında ele alınacak, son bölümde de kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakması ve sınırları doktrin görüşleri ve yargı kararları ışığında değerlendirilecektir.

I. KAMU GÖREVLİSİ VE İŞ BIRAKMA KAVRAMI

a. Kamu Görevlisi Kavramı

Kamu adına işlem tesis eden ve eylem yapan gerçek kişilerin hukuki durumları farklılık gösterebilmektedir. Dolayısıyla kamuda görevli gerçek kişileri tek bir kategori içerisinde ele almak mümkün değildir. Hukuki durumlarına göre gerçek kişileri tasnif etmek üzere çeşitli kavramlar ortaya atılmıştır. Bu kavramlardan bazılarının tam olarak kimleri işaret ettiği açıkken, bazı kavramların kimleri kapsadığı tartışma konusu olabilmektedir. Kamu

görevlisi kavramının tanımı ve tanımından daha ziyade kimleri kapsadığı hususunda doktrinde bir uzlaşma bulunmadığı gibi kavram, yargı kararlarında ve mevzuatta da farklı kapsamlarda kullanılabilir. ¹ 1982 Anayasası'nın 128. maddesinde "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" hükmüne yer verilmiştir. ² Anılan hükümden ve doktrindeki görüşlerden hareketle kamu görevlisi kavramını geniş ve dar anlamda açıklamak mümkündür. ³

Geniş anlamda kamu görevlisi kavramı, hukuksal durumları birbirinden farklı olsa da, kamu kesiminde çalışan bütün görevlileri ifade eder. ⁴ Tanımda "bütün görevliler" ifadesine yer verilerek geniş anlamda kamu görevlisi sayılmanın tek ölçütü, *kişinin kamu adına faaliyet yürütmesi* olarak belirtilmiştir. Kamu görevlisi kavramının geniş tanımının ceza hukuku açısından önem arz ettiğini söylemek mümkündür. ⁵ Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun m.6/1-c hükmüne göre ceza kanunlarının uygulanmasında, "*kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*" anlaşılmaktadır. Hükümde ifade edilen kapsamın geniş anlamda kamu görevlisi tanımıyla örtüştüğü söylenebilir. Buna karşın, hukuki durumları ve yürüttükleri görevlerin nitelikleri birbirinden farklı olan kişileri kapsayan bu geniş yorumun idare hukuku açısından açıklayıcı olduğunu söylemek güçtür. ⁶

Dar anlamda kamu görevlisi kavramı ise, kamu tüzel kişilerinde mesleki bir sıfatla ücretli bir iş yapan ve kamu hukuku rejimine tabi olan personeli kapsar. İdare hukukunda kamu görevlisi kavramı dar anlamda kullanılır. ⁷ Gözler, kamu görevlisi kavramını idare hukukuna özgü olacak şekilde, "*bir kamu tüzel kişisi tarafından, bir kamu hukuku bağıyla istihdam edilen görevlilerdir*" ifadeleriyle tanımlamıştır. ⁸ Danıştay "*kamu hizmeti, umuma arz edilen, sürekli ve kesintisiz bir biçimde işlemesi zorunlu, toplumun genel ve ortak gereksinimlerini karşılamak amacıyla kanunla kurulan idarenin, doğrudan ya*

¹ **Karlı**, M. Rauf, (2016), İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, s.3.

² 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, R.G. Tarihi: 9.11.1982, Sayı: 17863 (Mükerrer).

³ **Günday**, Metin, (2011), İdare Hukuku, Ankara: İmaj Yayınevi, s.579., **Akgüner**, Tayfun, (2009), **Kamu Personel Yönetimi**, İstanbul: Der Yayınları, s.41.

⁴ **Kanlıgöz**, Cihan, "1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı" <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/299/2796.pdf>, s.181, E.T.: 13.4.2019.

⁵ **Günday**, 2011, s.580.

⁶ **Karlı**, 2016, s.3.

⁷ **Gözler**, Kemal / **Kaplan**, Gürsel, (2018), **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa : Ekin Yayınevi, 20. Baskı, s. 559.

⁸ **Gözler / Kaplan**, (2018), s.560.

da yakın gözetim ve sorumluluğu altında kamusal yetki ve usuller kullanarak yürüttüğü faaliyetlerdir. Bu faaliyetler, anayasanın 128 inci maddesinde de belirtildiği gibi genel idare esaslarına göre yürütülür. Asli ve sürekli görevler, genel idare esaslarına göre kamu gücü kullanılarak yürütülen görevlerdir. Bu görevlerde kamu gücünü kullanarak çalışanlar ise, kamu görevlileridir. **Kamu görevlileri, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde yönetime kamu hukuku ilişkisi ile bağlı olarak çalışan, kendilerine kadro tahsis edilen, bütçeden ödeme yapılan ve haklarında yasalarda belirlenen özel kurallar uygulanan memurlar ile diğer kamu görevlileridir.**" ifadeleriyle Anayasası'nın 128. maddesinden yola çıkarak dar anlamda kamu görevlisi kavramına temas etmiştir.⁹

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (a) bendinde kamu görevlisi: "Bu Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların kadro veya pozisyonlarında istihdam edilenlerden işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlilerini" ifade ettiği düzenlenmiştir.¹⁰ Tanımdan hareketle işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlisi kavramının izahı önem taşımaktadır. İç hukukumuzda sistematik ve düzenli personel mevzuatı bulunmadığından, kamu görevlisi kavramının kapsamını belirlemek güçtür. Kamu görevlilerinin çeşitleri, idare hukukuna özgü ve dar anlamda kamu görevlisi tanımından hareketle, memurlar ve diğer kamu görevlileri şeklinde belirtilebilir. Anayasa'da kamu hizmeti görevlilerinin iki türünü oluşturan "memurlar" ve "diğer kamu görevlileri" arasında yerine getireceklerin görevin mahiyeti açısından herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Buna göre "diğer kamu görevlileri" de tıpkı memurlar gibi, genel idari esaslara göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getirmek üzere istihdam edilebilecektir. Dolayısıyla Anayasa'daki "diğer kamu görevlileri" deyiminin, memurlar ve işçiler dışında kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisi içinde yönetime bağlı olarak çalışan tüm kamu personelini kapsadığı söylenebilir.¹¹ Sözleşmeli personeller, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) kendi özel yasalarına bağlı olduğunu belirttiği silahlı kuvvetler mensupları, hakimler ve savcılar ile yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen öğretim elemanları diğer kamu görevlilerine örnek gösterilebilir.

657 sayılı DMK'nin "İstihdam Şekilleri" başlıklı 4. maddesinin (a) bendinde; "Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile

⁹ Danıştay 1. Dairesinin, 17.4.2000 tarih ve E. 2000/29, K. 2000/59 sayılı kararı.

¹⁰ 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu, R.G. Tarih: 12.7.2001, Sayı: 24460.

¹¹ Aydın, Hüseyin, (2010), "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", Ankara Barosu Dergisi, S:2010/1, s.113-114.

görevlendirilenler, bu Kanun'un uygulanmasında memur sayılır" hükmüyle memurun tanımına yer verilmiştir.¹²

Sözleşmeli personel istihdamı, personel hukukumuzun en karmaşık konusudur. 657 sayılı DMK'nin 4. maddesinin (b) bendinde sözleşmeli personel, zaruri ve istisnai hollere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç duyulan ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlisi şeklinde tanımlanmıştır. 657 sayılı DMK dışında, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkları bünyesinde 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname uyarınca istihdam edilen sözleşmeli personeller bulunmaktadır.¹³ Ayrıca kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıklarında kapsam dışı personel adı altında iş kanunu çerçevesinde çalıştırılan bir kesim bulunmaktadır. Kapsam dışı personel deyimini uygulama alanına girdiğinde, kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde yer almamakta, sendikalarla işveren arasında akdedilen toplu iş sözleşmelerinde bahis konusu edilmekte ve toplu iş sözleşmesinden yararlananlar "kapsam içi" diğerleri de "kapsam dışı" olarak adlandırılmaktadır. Özelleştirilen veya özelleştirilme kapsamında bulunmayan kamu iktisadi teşebbüslerinde sözleşmeli veya kapsam dışı personel statüsünde çalışanların kurumlarıyla olan ilişkileri nedeniyle meydana gelen anlaşmazlıkların çözümünde görevli yargı yerinin belirlenmesi amacıyla Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından; "*Kapsam dışı personel hakkında düzenlemeye 418 sayılı KHK'de yer verilmiş ise de bu KHK Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Daha sonra bu personelin 18.5.1994 gün ve 527 sayılı KHK'de ve 24.11.1994 gün ve 4046 sayılı Yasa'da yer aldığı ve İş Yasası'na tabi olmasına rağmen kamu personeli sayıldığı Yasa'nın sistematiğinden, yani bunlara Yasada memur ve sözleşmeli personelle birlikte yer verilmesinden anlaşılmaktadır. Kapsam dışı personel olarak belirlenen görev unvanlarını taşıyanların kurumda belli bir süre çalıştıktan sonra sendika ile ilişkisini kesen ve daha çok idareci niteliğindeki personel olduğu, bu ayırmadaki amacın, bu kesimin, yetki ve ücretinin tayin ve takdirinin idareye bırakılması ve statülerinin, aslı ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürütülen personele yaklaştırılması olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle 4046 sayılı Yasa hükümlerinden, kapsam dışı personelin de kamu personeli sayıldığı sonucu çıkmaktadır.*" gerekçesiyle idari yargı yerinin bu tür uyuşmazlıklarda görevli olduğuna karar verilmiştir.¹⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi kararı uyarınca kapsam dışı personelin iş kanununa tabi olsa da kamu görevlisi sayıldığını belirtmek gerekir.

¹² 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, R.G. Tarih: 23.7.1965, Sayı: 12056.

¹³ 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, R.G. Tarih: 29.1.1990, Sayı: 20417(mükerrer).

¹⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 22.1.1996 tarih ve E: 1995/1, K: 1996/1 sayılı kararı.

Kamu görevlisi kavramına ilişkin yapılan açıklamalar ışığında, bu çalışma kapsamında kamu görevlisi kavramı, işçi statüsü dışında kalan, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinde asli ve sürekli görevleri ifa eden tüm kamu görevlilerini kapsamaktadır. Ayrıca özellikli durum arz eden kapsam dışı personel de 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olsa da niteliği gereği çalışma kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmiştir.

b. İş Bırakma Kavramı

Çalışmada, kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında işe gelmemeleri durumunu ifade etmek için iş bırakma kavramı tercih edilmiştir. Zira kamu görevlilerinin işe gelmemeleri ile işçilere tanınan grev kavramı arasında nitelik farkı bulunmaktadır. Grev, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 58. maddesinin 1. fıkrasında; "İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir" şeklinde tanımlanmış, ikinci fıkrasında; "Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir" hükmüyle kanuni grevin tanımı ve koşulları belirtilmiştir.¹⁵ Görüldüğü üzere işçilere tanınan grev hakkı ve koşulları kanunda açıkça gösterilmiştir. Buna karşılık kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakabilmeleri ise hem uluslararası hem de ulusal yargı makamların içtihatlarıyla gelişmiş ve sınırları her somut olaya göre değişkenlik göstermektedir. İşçilere tanınan grev hakkı karşılığında da işverenlere lokavt hakkı tanınmaktadır. Lokavtın da tanımı ve koşulları açıkça kanunda düzenlenmiştir.¹⁶ Kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakma yerine grev hakkı olduğundan söz edersek, kamu idaresinin de lokavt hakkı gündeme gelebilir. Anılan gerekçelerle içtihat hukukuyla gelişen kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakması ifadesi, sendika üyesi kamu görevlilerini de himaye edecek ifadedir. Nitekim öğretide de iş bırakma eyleminin, grev niyetiyle yapılmış olan eylemlere yasal kaygılardan dolayı verilmiş isim olduğu belirtilmiştir.¹⁷

Anayasa Mahkemesi de kamu görevlilerinin iş bırakmalarının işçilere tanınan grev hakkından farklı olduğunu belirtmiştir; "...*Olay tarihinde başvuruçunun bağlı olduğu sendika kararı ile tüm ülke çapında bir gün işe gelmeme eylemi yapılmasına karar verilmiştir. Her ne kadar adı geçen sendika söz konusu*

¹⁵ 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, R.G. Tarih: 7.11.2012, Sayı: 28460

¹⁶ Bkz. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 59. madde.

¹⁷ **Beyoğlu**, Cem Ümit, (2018), "*AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı*", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 135, s.84.

*eylemi “uyarı grevi” olarak isimlendirmişse de bu eylem, Anayasa’nın “grev ve lokavt” kenar başlıklı 54. maddesinde yer alan ve **toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin sahip olduğu grev hakkı ile bir ilgisi olmayan, sendika üyesi kamu görevlilerinin toplumsal meselelerde seslerini duyurmayı hedefleyen bir sendikal faaliyettir**”.*¹⁸ Danıştay da kararlarında, yapılan eylem sendikalar tarafından grev olarak ifade edilse de iş bırakma kavramını tercih etmektedir. Örneğin “...davacının üyesi olduğu sendikanın yetkili kurullarınca alınan karara uyarak, “Türkiye genelinde grev şeklindeki sendikal etkinlik” bağlamında düzenlenen iş bırakma eylemine katılarak derse girmeme eylemini gerçekleştirdiği” ifadeleriyle sendika tarafından grev olarak belirtilen eylem Danıştay tarafından iş bırakma şeklinde kaleme alınmıştır.¹⁹

Açıklamalar ışığında, yasal mevzuatımızda kamu görevlilerine açıkça grev hakkı tanınana ve hakkın sınırları belirlenene kadar, iş bırakma kavramının kamu görevlilerinin lehine olacağı düşüncesiyle çalışma kapsamında grev hakkı yerine iş bırakma ifadesi tercih edilmiştir. Bununla beraber uluslararası denetim organları ve doktrin görüşlerinin açıklanması sırasında, anılan görüşlerin özgün hallerini bozmamak adına ilgili bölümlerde iş bırakma kavramı yerine “grev” kavramı kullanılmıştır.

II. KAMU GÖREVLİLERİNİN SENDİKAL FAALİYET KAPSAMINDA İŞ BIRAKMA HAKKININ ULUSAL ÇERÇEVESİ

Ulusal mevzuatın hali hazırdaki durumu kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakmalarını etkilediğinden, uluslararası mevzuatla kıyaslayabilmek adına hem Anayasal hem de kanuni düzenlemelere değinmekte fayda vardır.

a. Anayasal Düzenleme

Kamu görevlilerinin iş bırakabilmelerinden önce sendika hakkından söz etmek gerekir. Zira ülkemizde kamu görevlileri uzun uğraşlar sonucunda sendika hakkını elde etmişlerdir. Devlet geleneğimizde Osmanlı Devletinden bu yana memurların sendikalaşma hareketine sıcak bakılmamıştır. Bunda geleneksel asker-devlet anlayışının, memuru devletle özdeş sayma ve özellikle 1839 Tanzimat Fermanından sonra kamu yönetim modeli olarak devlete sadık, klasik memur modelini benimsemiş olan Fransa’nın seçilmiş olmasının rolü büyüktür.²⁰

Türkiye Cumhuriyeti’nin kurulmasından sonra 1961 yılına kadar geçen süre zarfında da bu anlayış hakim olmuştur. 1961 Anayasası’nın çalışanlara

¹⁸ Anayasa Mahkemesinin, 25.3.2015 tarih ve Başvuru No: 2013/7199 sayılı kararı.

¹⁹ Danıştay 12. Dairesinin 26.5.2016 tarih ve E:2013/5107, K: 2016/3272 sayılı kararı.

²⁰ **Tuncay, A. Can - Savaş, F. Burcu, (2016), Toplu İş Hukuku, İstanbul: Beta Yay., s. 474**

ve işverenlere sendika hakkını tanıyan 46. maddesinin 20.9.1971 tarihinde 1488 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önceki şeklinde “işçi niteliği taşımayan kamu hizmeti görevlilerinin bu alandaki hakları kanunla düzenlenir” hükmü yer alıyordu. Bu hükmeye uygun olarak 8 Haziran 1965 tarihinde 624 sayılı Devlet Personeli Sendikaları Kanunu (DPSK) çıkarılmış ve kamu görevlileri sendikaları kurulmuştu.²¹ Ancak bunların ömrü pek uzun olmamış ve yaşanan bazı sosyal ve siyasal kargaşadan ötürü 1971 yılında Anayasa’nın 46. maddesi değiştirilmiş, arkasından 624 sayılı DPSK yürürlükten kaldırılarak kamu görevlileri sendikacılığına son verilmiştir. Buna paralel olarak 657 sayılı DMK’nin kamu görevlilerine sendika kurma hakkını tanıyan 22. maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır.

1982 Anayasası’nın 51. maddesinde işçilerin ve işverenlerin sendika kurma hakkına sahip oldukları belirtilmiş, fakat kamu görevlilerinin sendika kurma hakkından söz edilmemişti. Öte yandan 1961 Anayasası’nda olduğu gibi kamu görevlilerinin sendika kurmasını yasaklayan bir hükme de yer verilmemişti. Bu suskunluk doktrinde, Anayasanın bu yönde bir yasaklama getirmediğine göre kanun koyucunun bu hakkı tanımamasının anayasaya aykırı düşmeyeceği yolunda bir görüşün savunulmasına yol açmıştı.²² Hatta Hükümetin istişari mütalaasını sorması üzerine Danıştay 1. Dairesi “Kamu görevlilerinin sendikal örgütlenmesini yasaklayan bir hüküm Anayasada yer almadığına göre bu hususun kanunla düzenlenmesinde Anayasaya aykırılık söz konusu olmaz” sonucuna varmıştı²³.

Kamu görevlilerinin sendikal haklarına ilişkin durum böyle iken, Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin 151 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmesi, T.C. tarafından (87 sayılı sözleşme ile birlikte) 25.11.1992 tarihinde bir kanunla kabul edildikten sonra Bakanlar Kurulu tarafından 8.1.1993 tarihinde onaylanıp yürürlüğe konularak kamu görevlilerine sendika yolu açılmıştır²⁴. Ancak bir yandan Anayasadaki suskunluk, diğer yandan anılan sözleşmenin kamu görevlilerine doğrudan sendika kurma hakkı veremeyişi ve nihayet bu konuda yasal düzenleme yapılmadığı için kamu görevlileri sendikası kurulması o aşamada imkansızdı. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, bu sözleşmenin kabulünden sonra bu konuda özel bir kanun kabul edilip yürürlüğe konulmadığı için sırf 151 sayılı Sözleşme’nin iç hukuka dahil edilmesine dayanılarak kurulmuş olan bazı kamu çalışanları sendikalarının

²¹ Gülmez, Mesut, (2002), **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788’den 4688’e:1926-2001**, Ankara: TODAİE Yay., s. 37 vd.

²² Gülmez, Mesut, (1990), **Memurlar ve Sendikal Haklar**, Ankara: İmge Yay., s. 116 vd.

²³ Danıştay 1. Dairesi’nin, 22.4.1992 tarih ve E:136, K:147 sayılı kararı.

²⁴ Kutal, Metin, (1997), **151 sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye’nin Uyumu, ILO Normları ve Türk İş Hukuku**, Ankara: Kamu-İş, s.125 vd.

tüzel kişilik kazanmalarının mümkün olmadığı sonucuna varmıştı²⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anılan kararından kısa bir süre sonra Anayasanın 53. maddesinde 23.7.1995 tarihinde 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle kamu görevlileri sendikacılığının karşısında duran anayasal engel kaldırılmıştır. Ayrıca, 12.6.1997 tarih ve 4275 sayılı kanunla 657 sayılı DMK'nin daha önce ilga edilen 22. maddesi yeniden düzenlenmiştir. 2001 yılında 4709 sayılı Kanunla Anayasanın 51. maddesinin başındaki "işçiler" sözcüğü "çalışanlar" şeklinde değiştirilerek tüm kamu görevlilerinin sendika hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bütün bu olumlu gelişmelerin devamında 25.6.2001 tarihinde 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu kabul edilmiş ve yürürlüğe konulmuştur²⁶.

7.5.2010 tarihinde kabul edilen 5982 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişiklik ile **kamu görevlilerine toplu sözleşme yapma hakkı** tanınmıştır (Md.53/3). Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde ise tarafların Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna (KGHK) başvurabileceği öngörülmüştür. Öte yandan kurulun kararlarının kesin olduğu ve toplu sözleşme hükmünü taşıdığı da belirtilmiştir. Söz konusu değişiklik kamu görevlileri yönünden sadece toplu sözleşme hakkı ile sınırlı kalmıştır. Diğer bir ifadeyle Anayasa'nın "Grev hakkı" başlıklı 54. maddesinde, belirlenen koşullar altında sadece işçilere tanınan grev hakkında kamu görevlileri lehine bir değişiklik olmamıştır. Öğretide de, Anayasada yapılan değişikliklerin "*örtülü grev yasağı*" içerdiği ileri sürülmektedir. Değişiklikte toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde öngörülen zorunlu tahkim, grev hakkının dolaylı olarak yasaklandığı şeklinde yorumlanmaktadır. Kurul kararlarının kesin ve toplu sözleşme hükmünde olacağını belirtilmesi de örtülü grev yasağının diğer bir nedeni olarak gösterilmiştir.²⁷ Açıklamalardan hareketle, Anayasada kamu görevlilerinin iş bırakma haklarının olmadığı söylenebilir.

b. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu

Kamu görevlilerinin iş bırakmalarının açıkça yasaklandığı temel yasal düzenleme DMK'dir. Kanununun 26. maddesinde toplu eylem ve hareketlerde bulunma, 27. maddesinde ise grev yasağı düzenlenmiştir. Kanununun 125. maddesinde de anılan yasaklara riayet edilmemesi durumunda, fiili işleyen görevlilerin devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla tecziye edileceği belirtilmiştir. Öte yandan '*özürsüz olarak bir veya iki gün gelmemek*' eylemi için de aylıktan kesme cezası öngörülmüştür. Uygulamada, sendikal

²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.5.1995 tarih ve E:4-367, K:550 sayılı kararı, Yargıtay Kararları Dergisi, Temmuz 1995, 1013.

²⁶ RG. 12.7.2001, No. 24460.

²⁷ **Atasayan**, M. Gözde, (2011), "*Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi*", İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, s. 144-145.

faaliyetler kapsamında iş bırakan kamu görevlilerinin aylıktan kesme cezasıyla cezalandırıldığı görülmektedir.

c. 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu

Anayasada 2010 yılında yapılan kamu görevlilerinin toplu sözleşme hakkında ilişkin değişiklik paralelinde 4688 sayılı Kanun'da da önemli değişiklikler olmuş ve 2012 yılında 6289 sayılı Kanun²⁸ ile söz konusu kanun Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu adını almıştır. Anılan Kanunda, sadece toplu görüşme tanımlanmış, kamu görevlilerinin iş bırakmasına dair herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

d. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Kanunda, grev sözcüğüne açıkça yer verilmemekle birlikte, hukuken aynı sonuçların doğmasına yol açabilecek olan kamu görevinin toplu olarak terk edilmesi, yavaşlatılması eylemleri cezai yaptırıma bağlanmıştır. (TCK. m.260). Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, *hizmeti aksatmayacak biçimde* yapılan iş bırakma veya yavaşlatma eylemleri nedeniyle verilecek cezada indirim yapılacağı ya da ceza verilmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

III. KAMU GÖREVLİLERİNİN SENDİKAL FAALİYET KAPSAMINDA İŞ BIRAKMA HAKKININ ULUSLARARASI ÇERÇEVESİ

a- Birleşmiş Milletler Belgelerinde Kamu Görevlilerinin Sendikal Hakları

1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) ile İkiz Sözleşmeler olarak bilinen 1966 yılında kabul edilen Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, BM'nin sendikal haklara ilişkin hükümler içeren ve ILO Sözleşmeleriyle de uyumlu temel belgelerini oluşturmaktadır.

a.1. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

Bildirgenin 23. maddesinde: "Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkı vardır" hükmü ile sendika hakkı düzenlemiştir.²⁹ İHEB, kamu görevlilerini de kapsayacak şekilde 'herkese' sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını getirmekte, ancak toplu pazarlık ve grev hakkına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemektedir. Hukuksal bağlayıcılığı olmayan İHEB ile düzenlenen hak ve özgürlüklerin etkin olarak kullanılması ve güvenceye kavuşturulması amacıyla 1966 yılında ikiz sözleşmeler kabul edilmiştir. Bildirgeden farklı olarak bu iki belge, kabul eden ülkeleri bağlayıcı

²⁸ RG. 11.4.2012, No. 28261.

²⁹ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Türkiye tarafından onaylanarak 27 Mayıs 1949 tarihinde 7217 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme metni için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_righths_turkce.pdf, E.T.: 13.4.2019.

uluslararası sözleşme niteliğini taşımaktadır.³⁰

a.2. Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş, 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış, 2003 yılında ise onaylamıştır.³¹ Sözleşmenin 8/a maddesi ile herkese sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı tanınmıştır. Ayrıca Sözleşmenin 8/d maddesinde: “ilgili ülkenin yasalarına uygun olarak kullanılmak koşuluyla taraf devletin grev hakkını üstelenmesini” öngörmektedir.³² Sözleşmede toplu pazarlık hakkı açıkça düzenlenmemekle birlikte, sendika hakkının toplu pazarlık hakkını da beraberinde getirdiğini söylemek mümkündür³³. Nitekim Sözleşmenin denetim organı olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin (ESKHK) verdiği kararlarda sendika hakkının toplu pazarlık hakkını da kapsadığı belirtilmektedir³⁴.

Sözleşme, ekonomi, sosyal ve kültürel haklarla ilgili genel bir sözleşme olduğu için, anılan sözleşmede yer alan düzenlemelerin 87 sayılı ILO sözleşmesinde öngörülen güvenceleri zedeleyecek şekilde yorumlanamayacağı ve uygulanamayacağı ifade edilmektedir (Md. 8/3). Dolayısıyla Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS), 87 sayılı ILO sözleşmesini kendisine üstün tutmaktadır. Bu nedenle kamu görevlilerinin sendika ve grev hakları konusunda BM'nin bu sözleşmesi değil, 87 sayılı ILO sözleşmesinin geçerli olacağını söylemek mümkündür³⁵.

a.3. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş, 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise sözleşmeyi 15 Ağustos 2002 tarihinde imzalamış, 2003 yılında onaylamıştır³⁶. Sözleşmenin 22/1 maddesi ile sendika hakkı güvence altına alınmıştır. Bu sözleşmede de, ESKHS' de olduğu gibi, sendikal haklara verilen önemin bir yansıması olarak, 87 sayılı ILO sözleşmesinin üstünlüğü tanınmaktadır (Md. 22/3).³⁷ Ayrıca sözleşmenin pozitif metninde yalnızca sendika hakkı tanınmakla birlikte, denetim organı

³⁰ Uçkan, Banu, (2013), **4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Çerçevesinde Türkiye'de Kamu Görevlileri Sendikacılığı**, İstanbul: Legal Yayınevi, s.25.

³¹ RG. 11.8.2003, No. 25196.

³² Sözleşme metni için bkz. http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf, E.T.: 13.4.2019.

³³ Talas, Cahit, (1990), **Toplumsal Politika**, Ankara: İmge Kitapevi, s.222.

³⁴ Gülmez, Mesut (2008) “ *Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Hakkını Kapsar mı?*”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:3, s.142.

³⁵ Uçkan, 2013, s.26.

³⁶ RG: 21.7.2003, No. 25175.

³⁷ Sözleşme metni için bkz . http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf, E.T.: 13.4.2019.

olan İnsan Hakları Komitesi pozitif metnin ötesine geçerek denetimlerini yapmakta ve düzenlediği raporlarda sendika hakkının toplu pazarlık ve grev hakkını da kapsadığını belirtmektedir.³⁸

b- Avrupa Konseyi Belgelerinde Kamu Görevlilerinin Sendikal Hakları

II. Dünya Savaşı sonrası ilk uluslararası siyasi örgütlerden biri olan Avrupa Konseyi, 5 Mayıs 1949 tarihinde on Batı Avrupa ülkesi tarafından kurulmuştur. Türkiye ise Avrupa Konseyine 13 Nisan 1950 tarihinde üye olmuştur. Avrupa Konseyi'nin temel amacı, üye ülkelerdeki yasal düzenlemelerin çoğulcu demokrasi, insan hakları ve hukuk düzeni çerçevesinde modernleştirilmesi ve uyumlaştırılmasıdır³⁹. Bu bağlamda Avrupa Konseyi ulusal yasal düzenlemeleri birbiriyle ve Konseyin standartları ile uyumlu kılmak için 160'ın üzerinde sözleşme kabul etmiştir. Avrupa Konseyi'nin kabul ettiği bu sözleşmelerden İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Avrupa Sosyal Şartı sendikal haklara ilişkin önemli düzenlemeler getirmektedir.

b.1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

Avrupa Konseyi, Avrupa ülkeleri arasında siyasi birliği sağlamak ve üye ülkelerdeki temel insan hak ve özgürlüklerini güvence altına almak amacıyla 10 Mart 1954 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni (İHAS) kabul etmiştir.⁴⁰ Sözleşme, üye ülkelerin başta medeni ve siyasal haklar olmak üzere temel hak ve özgürlüklere saygılı olmalarını sağlayan Avrupa'daki sürekli ve bağımsız tek kontrol mekanizmasıdır.⁴¹ Sözleşmenin önemi yalnızca güvence altına aldığı hakların genişliğiyle sınırlı değildir. Sözleşme, yapılan şikayetleri çözmek, uygulamaları denetlemek ve Sözleşmenin yüklediği sorumlulukları gerçekleştirmek için bir yargı mekanizmasına sahip olması açısından da büyük bir önem ve farklılık taşımaktadır.

Toplam 59 maddeden oluşan sözleşme, sendika hakkı ve sınırlarını 'Dernek Kurma ve Toplantı Yapma Özgürlüğü' başlığını taşıyan 11. maddede düzenlemektedir. Sözleşmede sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı açıkça düzenlenirken, toplu pazarlık ve grev hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak bu durum, sözleşmenin toplu pazarlık ve grev hakkını kapsamadığı anlamına gelmemektedir⁴². İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), 2000'li yılların başına kadar verdiği kararlarda, katı bir sözelci yaklaşım içinde bulunarak ve ILO denetim organlarının verdiği kararları

³⁸ Gülmez, 2008, 142.

³⁹ Uçkan, 2013, 27.

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye tarafından onaylanarak 19 Mart 1954 tarihinde 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme metni için bkz. <http://www.goc.gov.tr/files/files/AIHS.pdf>, E.T.: 13.4.2019

⁴¹ Uçkan, 2013, 27.

⁴² Uçkan, 2013, 28.

dikkate almadan sendika hakkını salt örgütlenme çerçevesinde ele almıştır. Ancak 2000'li yıllardan itibaren İHAM'ın verdiği kararlarda değişiklik yaşanmış ve sendika hakkını toplu sözleşmeli ve toplu eylemli sendika hakkı olarak değerlendirmeye başlamıştır. Nitekim İHAM, kamu görevlileri ile ilgili olarak, Avrupa çapında büyük yankı uyandıran 21 Kasım 2006 tarihli Demir ve Baykara/Türkiye davasında⁴³, 27 Mart 2007 tarihli Karaçay/Türkiye davasında⁴⁴ ve 17 Temmuz 2007 tarihli Satılmış ve Diğerleri/Türkiye davasında⁴⁵ sendika hakkının toplu pazarlık ve toplu eylem hakkını da içerdiği yönünde karar vermiştir.⁴⁶

b.2. Avrupa Sosyal Şartı

Temelde sivil ve siyasal haklara yer veren İHAS'ın ekonomik ve sosyal alandaki karşılığını oluşturan Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ), 18 Ekim 1961 tarihinde imzalanmış ve 26 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise ASŞ'yi 14 Ekim 1989 tarihinde onaylamıştır.⁴⁷

ASŞ örgütlenme, toplu pazarlık ve grev hakkı da dahil olmak üzere toplam 19 sosyal hakkı güvence altına almaktadır. Türkiye ASŞ'de yer alan örgütlenme hakkını düzenleyen 5. maddeye ve toplu eylem hakkını da kapsayan toplu pazarlık hakkını düzenleyen 6. maddenin tümüne çekince koymuştur. Türkiye her ne kadar koyduğu çekinceler nedeniyle Avrupa Konseyi tarafından sorgulanmayacak ve denetime tabi tutulmayacaksa da bu şarttan yıllar önce onayladığı İHAS ve aşağıda ele alınacak olan 87 ve 98 sayılı ILO sözleşmelerinin daha etkili ve güçlü denetim mekanizmalarına ve yaptırımlarına bağlı olacaktır.⁴⁸

⁴³ İHAM Başvuru No: 34503/97. 1994 yılında KESK'e bağlı Tüm Bel-Sen ile Gaziantep Büyükşehir Belediyesi arasında imzalanan toplu sözleşmenin uygulanmaması üzerine açılan davada İHAM, toplu sözleşmeli sendika hakkının yönetimin sert çekirdeği dışında kalan kamu görevlilerini de kapsayacak şekilde yasal düzenlemelerin olmamasını İHAS'ın 11. maddesini ihlali anlamına geldiğine karar vermiş ve hükümeti mahkum etmiştir.

⁴⁴ İHAM Başvuru No: 6615/03. 2002 yılında KESK'e bağlı Yapı Yol-Sen'in kararına uyararak kamu görevlilerinin maaşlarını protesto etmek amacıyla iş yavaşlatma eylemine katıldığı iddia edilen bir kamu görevlisine idare tarafından disiplin cezası verilmiştir. Ancak bu konuda açılan davada İHAM, verilen ceza küçük de olsa sendika üyelerini grev günlerine veya eylemlerine katılmaktan alıkoyan eylemlerde bulunulmaması gerektiğini vurgulayarak, hükümeti mahkum etmiştir.

⁴⁵ İHAM Başvuru No: 74611/01, 26876/02, 27628/02. Boğaziçi köprüsünde çalışan gişe görevlileri, 1998 ve 1999 yıllarında çeşitli zamanlarda çalışma koşullarını protesto etmek amacıyla üyesi oldukları KESK'e bağlı Enerji Yapı-Yol Sen'in kararına uyararak birkaç saatliğine gişelerden ayrılmak suretiyle iş bırakma eylemine gitmişlerdir. Bu kamu görevlilerine idare tarafından verilen disiplin cezası, İHAM tarafından sendikal hakka müdahale olarak değerlendirilmiş ve hükümet İHAS'ın 11. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle mahkum edilmiştir.

⁴⁶ **Gülmez**, 2008, 146-164.

⁴⁷ RG. 4.7.1989, No. 20215.

⁴⁸ **Gülmez**, Mesut (2007) "Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek miyiz?", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:1, s.41-42.

c- Uluslararası Çalışma Örgütü Belgelerinde Kamu Görevlilerinin Sendikal Hakları

1919 yılında kurulan ILO, insan haklarının, sosyal adaletin ve çalışma haklarının iyileştirilmesi için çalışan BM'nin bir ihtisas kuruluşudur⁴⁹. Türkiye bu kuruluşa 1932 yılında üye olmuştur. Sendika özgürlüğü ilkesi ilk kez 1919 yılında ILO Anayasasına girerken, toplu pazarlık ilkesi de Filadelfiya Beyannamesiyle⁵⁰ açıkça tanınmış ve Beyannamenin Anayasaya eklenmesiyle hak niteliğini kazanmıştır. Bu Anayasal kurallar, ILO'nun sendikal haklarla doğrudan ilgili kabul ettiği dört sözleşmenin de dayanağını oluşturmuştur.

87 sayılı Örgütlenme Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi ve 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi, ILO'ya üye olan ülkeler tarafından ayrıca onay gerekmeksizin uyulma zorunluluğu olan 8 çekirdek sözleşme arasında yer almaktadır.⁵¹ Bunun yanında ikincil nitelikte bir sözleşme olmakla birlikte 151 sayılı ILO sözleşmesi kamu görevlilerinin sendikal haklarını doğrudan düzenleyen sözleşme olması açısından önem taşımaktadır. 154 sayılı ILO sözleşmesi ise, 87 ve 98 sayılı ILO sözleşmeleriyle uyumlu olarak ve bunları temel alarak özgür ve gönüllü toplu pazarlığı özendirme amacı taşımaktadır. Türkiye 87, 98 ve 151 sayılı ILO sözleşmelerini onaylamakla birlikte henüz 154 sayılı ILO sözleşmesini onaylamamıştır.⁵²

c.1. 87 sayılı Örgütlenme Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi

9 Temmuz 1948 tarihinde kabul edilen ve 2013 yılı itibarıyla toplam 152 ülke tarafından onaylanan 87 sayılı ILO sözleşmesi Türkiye tarafından, 25 Şubat 1993 tarihinde onaylanmıştır.⁵³ İkiz Sözleşmelerde üstünlüğü ve önceliği belirtilen 87 sayılı ILO sözleşmesi, sendika özgürlüğünü en kapsamlı şekilde düzenleyen uluslararası belgelerin başında gelmektedir.

Tüm ILO sözleşmelerinde olduğu gibi, 87 sayılı ILO sözleşmesinde de grev hakkı açıkça düzenlenmemektedir. Her ne kadar Sözleşme metninde grev hakkı açıkça düzenlenmemiş ise de, ILO Denetim organları, tüm çalışanların ekonomik ve sosyal çıkarlarını koruyup geliştirebilmek için başvurabilecekleri

⁴⁹ Uçkan, 2013, 32.

⁵⁰ Beyanname, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 26. toplantısında 10 Mayıs 1944 yılında kabul edilmiştir. Metin için Bkz. https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412361/lang--tr/index.htm, E.T.: 13.4.2019.

⁵¹ 19 Haziran 1998 tarihinde imzalanan Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi, Metin için Bkz. https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412372/lang--tr/index.htm, E.T.: 13.4.2019.

⁵² Türkiye'nin onayladığı ILO Sözleşmeleri için Bkz. <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm>, E.T.: 13.4.2019.

⁵³ RG. 25.2.1993, No. 21507.

temel ve yasal bir grev hakkının olduğunu belirtmişlerdir.⁵⁴ ILO Denetim organları grevin, çalışanların ekonomik çıkarlarını savunma amacı ile kullanılmasında çok önemli olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca “ekonomik çıkar” kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ve bu doğrultuda grevi, daha iyi çalışmalar elde etme amacının yanında, çalışanları doğrudan ilgilendiren ve sosyal sorunlara çözüm bulunmasını da kapsayan eylemler olarak ifade etmiştir.⁵⁵ Dolayısıyla, hem yargı organlarının hem de yönetsel yetkililerin, ulusal mevzuatta yer alan kesin grev yasaklarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözülmesinde ILO Sözleşmeleri ile beraber ILO Denetim organlarının da bu içtihat niteliği kazanmış kararlarını göz önüne almadan karar vermemeleri gerekmektedir.⁵⁶ Ayrıca bu kararlarda, halkın tümünün ya da bir bölümünün yaşamını, güvenliğini ya da sağlığını tehlikeye sokabilen temel hizmetlerde ve devlet adına otorite işlevlerini yerine getiren memurlar için grev hakkının sınırlanabileceği ifade edilmektedir.⁵⁷

c.2. 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi

1 Temmuz 1949 yılında kabul edilen 98 sayılı ILO sözleşmesi, Türkiye tarafından 8 Ağustos 1951 tarihinde onaylanmıştır⁵⁸. Sendika özgürlüğünü devlete karşı güvence altına almayı amaçlayan 87 sayılı ILO sözleşmesini tamamlayıcı bir nitelik taşıyan 98 sayılı ILO sözleşmesi, işverenlere ve işveren örgütlerine karşı sendika özgürlüğüne güvence getirmeyi amaçlamaktadır. İki ayrı belge olmakla birlikte, 87 ve 98 sayılı ILO sözleşmelerinin güvenceye aldıkları hak ve özgürlükler açısından birbirini tamamlamaları nedeniyle 98 sayılı ILO sözleşmesini, 87 sayılı ILO sözleşmesinin ikizi olarak nitelendirmek mümkündür.⁵⁹

87 sayılı ILO sözleşmesinden farklı olarak, 98 sayılı ILO sözleşmesinin devlet memurlarının durumu ile ilgili olmadığı ve hiçbir şekilde onların haklarını veya statülerini olumsuz yönde etkilemeyeceği ifade edilmektedir (Md.6). Bu maddenin lafzından, sözleşmenin tüm kamu görevlilerini kapsam dışında bıraktığı sonucuna ulaşılabilir. Ancak Uzmanlar Komisyonu, verdiği çeşitli kararlarda bu maddenin tüm kamu görevlilerini sözleşmenin kapsamı dışında tutacak şekilde geniş yorumlanmaması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰ Dolayısıyla bu

⁵⁴ **Kutal**, Metin, (2010), **Uluslararası Çalışma Normları Karşısında 1982 T.C. Anayasası'nın Grev Hakkına İlişkin Hükümleri**, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, İstanbul: Kamu-İş Yayınevi, 2010, s. 329.

⁵⁵ **Kutal**, 2010, 329.

⁵⁶ **Gülmez**, Mesut (2004) “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:54, s.159.

⁵⁷ **Gülmez**, Mesut, (1996), **Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar**, Ankara: TODAİE Yay., s. 147.

⁵⁸ RG. 14.8.1951, No. 7884.

⁵⁹ **Gülmez**, Mesut (2013) “Örgütlenme ÖzgürSÜzlüğü Cephesinde Yeni Bir Şey Yok! Olacağı da Yok!”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:2, s.32.

⁶⁰ **Uçkan**, 2013, 37.

maddede ifade edilen ‘devlet memurlarının’ Uzmanlar Komisyonu’nun verdiği kararlarda belirttiği ‘kamu gücünün organı olarak hareket eden’ ve ‘devlet adına otorite işlevini yerine getiren’ kamu görevlileri şeklinde yorumlanması gerekmektedir.⁶¹

c.3. 151 Sayılı Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemleri Sözleşmesi

27 Haziran 1978 tarihinde kabul edilen 151 sayılı ILO sözleşmesi, Türkiye tarafından 25 Şubat 1993 tarihinde onaylanmıştır.⁶² 151 sayılı ILO sözleşmesi, birçok ülkede kamu hizmeti faaliyetlerinin kapsamının genişlemesi sonucunda kamu görevlilerinin sayısının artması, üye devletlerin siyasi, sosyal ve ekonomik sistemlerinin büyük ölçüde çeşitlilik ve uygulamada farklılık göstermesi, 98 sayılı ILO sözleşmesinin kamu görevlilerine uygulanması konusunda yorum güçlüklerinin ortaya çıkması ve kimi ülkelerin 98 sayılı ILO sözleşmesini kamu görevlilerini uygulama alanı dışında bırakacak şekilde uygulaması nedeniyle kabul edilmiştir.⁶³

Sözleşme’nin 1. maddesinde belirtilen “Bu Sözleşme, diğer uluslararası çalışma sözleşmelerinde bu kesime uygulanabilecek daha elverişli hükümler bulunmadığı durumlarda kamu makamlarınca çalıştırılan herkese uygulanır” hüküm uyarınca, “yedek” bir sözleşme niteliğindedir.⁶⁴ Bu sözleşmenin anılan niteliği gereği Türkiye tarafından 87, 98 ve 151 sayılı her üç ILO Sözleşmesi de onaylandığı için kamu görevlilerinin sendikal haklarına ilişkin 87 ve 98 sayılı ILO Sözleşmeleri, 151 sayılı Sözleşmeye kıyasla öncelikli olarak dikkate alınması gerekmektedir.

d- Uluslararası Sözleşmelerin Bağlayıcılığı

Günümüzde ülkeler ve vatandaşlar yalnızca iç hukuk ve Anayasa kurallarıyla değil, uluslararası kurullarla da bağlı bulunmaktadır. Bu durum özellikle güvenlik, insan haklarının korunması ve ekonomik kalkınma konularında yapılan uluslararası sözleşmelerle kendisini göstermektedir.

1982 Anayasası’nda uluslararası sözleşmelerin uygun bulunması ile ilgili 90. madde, 1961 Anayasası’ndan aynen alınmıştır. Maddenin 2004 yılında değişikliğe uğrayan son fıkrası, uluslararası sözleşmelerin Türk hukuk sistemindeki yeri ve bu sözleşmelerin anayasal denetimini düzenlemektedir. Ancak bu maddenin sendikal haklarla ilgili kabul edilen uluslararası sözleşmeler açısından en önemli hükmün, fıkranın son cümlesi olduğunu söylemek mümkündür.

⁶¹ Gülmez, 1996, 153-156.

⁶² RG. 25.2.1993, No. 21507.

⁶³ Uçkan, 2013, 39.

⁶⁴ Sözleşme metni için Bkz. https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377291/lang--tr/index.htm, E.T.: 13.4.2019.

Anılan fıkrada, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*” hükmüne yer verilmiştir. 2004 yılında Anayasada yapılan söz konusu değişiklikle, usulüne göre yürürlüğe konulmuş ve temel hak ve özgürlükleri ihtiva eden uluslararası sözleşmelerin, ulusal kanunlardan üstün olacağı ve anılan sözleşmelerin iç hukuka aktarılma koşulu aranmadan, kendiliğinden ve doğrudan uygulanacağı hükme bağlanmıştır.⁶⁵

Sendikal haklar, hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde, temel hak ve özgürlükler arasında yer aldığından, anılan Anayasa hükmü gereği, sendikal haklarla ilgili ulusal mevzuat ile uluslararası mevzuat arasında bir çelişkinin olması durumunda; uluslararası mevzuat hükümlerinin doğrudan uygulanması söz konusu olacaktır. Bu doğrultuda ILO Denetim organlarının içtihat niteliği kazanmış olan kararları da önem arz etmektedir. Anılan kararlar göz önüne alınmadan, sözleşme metinlerini doğru yorumlamak ve ulusal düzenlemeler yapmak olanaksızdır. Bundan dolayı, her ne kadar kamu görevlilerinin grev hakkı 87 sayılı ILO Sözleşmesi metninde açıkça yer almasa da, ILO Denetim organları kararlarında uzun zamandır yasal bir hak olarak nitelendirildiği vurgulanmalıdır.⁶⁶ ILO Denetim organları, içtihat niteliği kazanmış birçok kararında grev hakkı ile sendikal toplantılar düzenleme hakkının sendika özgürlüğünün temel unsurları olduğunu vurgulamış ve grev hakkının da 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin ayrılmaz bir parçası olduğunu ifade etmiştir.⁶⁷

İHAM da, kamu görevlileri ile ilgili olarak, 21 Kasım 2006 tarihli Demir ve Baykara/Türkiye davasında, 27 Mart 2007 tarihli Karaçay/Türkiye davasında ve 17 Temmuz 2007 tarihli Satılmış ve Diğerleri/Türkiye davasında sendika hakkının toplu pazarlık ve toplu eylem hakkını da içerdiği yönünde karar vermiştir. ILO Denetim Organları ve özellikle İHAM kararları neticesinde, ulusal mevzuatta aksi düzenlense de iç hukukta kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakma haklarının varlığı kabul edilmiştir. Yargı kararlarında da sözü edilen Anayasa hükmünden bahsedildikten sonra, İHAM'ın Türkiye ile ilgili kararlarına atıf yapılarak, kamu görevlilerinin iş bırakma haklarının olduğu belirtilmiştir.

IV. KAMU GÖREVLİLERİNİN İŞ BIRAKMASI (GREV HAKKI) SORUNU VE SINIRLARI

1982 Anayasasının 54. maddesi, grev hakkını yalnızca “*işçilere*” toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde tanımıştır.

⁶⁵ **Gülmez**, Mesut (2005) “*Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar*”, **Çalışma ve Toplum**, Sayı 1, s. 32-41.

⁶⁶ **Gülmez**, Mesut (2001) “*Aykırılıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:34, Sayı:3, s.5.

⁶⁷ **Kutal**, 2010, 329.

Böylece grev hakkı işçilere yönelik olarak, salt çıkar uyumsuzları için güvence altına alınmıştır. Anılan hükmün yazım şekli itibarıyla kamu görevlileri ile ilgili iki sonucu vardır: birincisi grev hakkının kamu görevlilerine yasaklanmadığı, ikincisi ise grev hakkının kamu görevlilerine açıkça tanınmadığıdır. Bu durum kamu görevlilerinin grev hakkına ilişkin Anayasal düzlemde tartışmalarına sebebiyet vermektedir.

Gülmez, Anayasa koyucu tarafından grev hakkının açıkça işçilere tanınmasının, bu hükmün mefhumu muhalifinden kamu görevlilerine tanınmadığı yorumunun doğru olmayacağını belirtmiştir. Bu türden özgürlükleri daraltıcı yorumların, Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenen “*kuşku durumlarda özgürlük yararına yorum*” ilkesini zedeleyeceğini ifade etmiştir.⁶⁸

Kamu görevlilerinin grev hakkı konusunda ulusal ve tarafı olduğumuz uluslararası mevzuatta çelişkiler bulunmaktadır. Bu durum da, bu konunun doktrinde ve yargı kararlarında tartışılmasına sebebiyet vermiştir. Bu konuda kamu görevlilerinin grev hakkının mevcut olduğu ve mevcut olmadığı yönünde iki görüş bulunmaktadır.

a. Kamu Görevlilerinin Grev Hakkının Mevcut Olduğu Görüşü

Kamu görevlilerinin grev haklarının mevcut olduğu görüşünü savunanların dayanak noktalarından biri, uluslararası sözleşmelere göre kamu görevlilerinin grev haklarının varlığı düşüncesidir. Anayasa'nın 90. maddesine göre bu sözleşmeler usulüne göre yürürlüğe konulmasıyla iç hukukumuzun bir parçası olmuşlardır. Görüş doğrultusunda; ESKHS, 87, 98 ve 151 sayılı ILO Sözleşmeleri göz önüne alınarak kamu görevlilerinin grev haklarının varlığı kabul edilmelidir.⁶⁹Nitekim İHAM kararlarıyla grev hakkının kamu görevlilerinin tümü için yasaklanması sözleşmelere aykırı olarak değerlendirilmiştir. Bu kararlarla, pozitif metni sendika hakkını düzenlemekle sınırlı olan İHAS'nin 11. maddesinin, aynı zamanda, durum ve koşullara göre, toplu iş sözleşmesi ve toplu eylem hakkını da kapsadığı vurgulanmış ve devletin, gerek işçiler ve gerekse kamu görevlilerinin bu haklardan eylemli olarak yararlanmalarını sağlama konusunda “olumlu” yükümlülük altında bulunduğu yinelenerek karara bağlanmıştır.⁷⁰

Gülmez'e göre, yürürlükteki 657 sayılı DMK'nin kamu görevlileri için öngördüğü genel ve kesin grev yasağı, izlenen meşru amaçla orantısız bir önlem olarak İHAS'a, ILO sözleşmelerine ve de ESKHS'ye açıkça aykırıdır.⁷¹

Kamu görevlilerinin grev haklarının mevcut olduğuna dair görüşün bir

⁶⁸ Gülmez, 2002, 164.

⁶⁹ Ünal, Emel, (2012), “Türkiye’de Memurların Sendikal Hakları Çerçevesinde Grev Hakkı”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 167.

⁷⁰ Gülmez, 2008, 166.

⁷¹ Gülmez, 2005,19.

başka dayanak noktası ise, sendikal hakların birbirini bütünler nitelikte olduğu görüşüdür.⁷² Narmanlıoğlu'na göre de; kolektif sosyal haklar topluca kullanılan haklar oldukları için birbirleriyle sıkı sıkıya bağlı olup, birinin yokluğu diğerinin kullanılmasını imkânsızlaştırır.⁷³ Böylece birbirinin tamamlayıcısı niteliğinde olan sendikal haklardan grev hakkının tanınmayışı, tanınan toplu sözleşme hakkını da etkisiz kılacaktır. Eğer toplu sözleşme hakkının tam anlamıyla aktif bir şekilde kullanılması isteniyorsa, grev hakkının da tanınması gerekiyor ki böylece sendikal haklar bir bütün olarak işlevselliklerini sağlayabilsinler.⁷⁴

Görüşün müellifleri, kamu görevlilerine grev hakkının tanınmasının kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi ile bağdaşmayacağı itirazını da kabul etmemektedirler. Kamu görevlileri aracılığıyla yerine getirilmesi öngörülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerin sürekli niteliğinin, söz konusu hizmetlerin tümünün hiçbir zaman ve hiçbir biçimde kesintiye uğratılmayacağı ve aksatılmayacağı yolunda yorumlanmaması gerektiğini belirtmişlerdir.⁷⁵ Hizmetin niteliğine göre kamu görevlilerini ayırma tabi tutmak ve sınırlı da olsa kamu görevlilerine grev hakkı tanımak yerinde olacaktır.⁷⁶ Hangi hizmetin temel, hayati bir gereksinimi karşıladığını belirlemek her zaman kolay değildir. Ancak ölçüt grevin türü değil hangi alanlarda yapılabileceği olmalıdır. Sonuçta sendika kurma hakkı tanınan, toplu görüşme yapma imkanı verilen kamu görevlilerine bu hakların tabi uzantısı olan grev hakkının da belli sınırlar içinde tanınması yerinde olacaktır.⁷⁷

b. Kamu Görevlilerinin Grev Hakkının Mevcut Olmadığı Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre, ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde kamu görevlilerinin grev hakkına ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı savıdır. Ayrıca bu görüşü savunanlar grev hakkı isteyen kamu görevlileri için şu uyarıda bulunmuşlardır: *“Lokavtsız bir grev hakkı olamayacağı için memur sendikaları grev hakkını isterken lokavtın geleceğini de dikkate almalıdırlar.”*⁷⁸

Kamu görevlilerinin grev haklarının mevcut olmadığına diğer bir gerekçesi ise kamu hizmetlerinde devamlılık ilkesinin geçerli olmasıdır. Asli ve sürekli kamu

⁷² Gülmez, 2008,166.

⁷³ Narmanlıoğlu, Ünal, (1990), **Grev**, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, s. 14.

⁷⁴ Ünal, 2012, s. 168.

⁷⁵ Gülmez, Mesut (2010) *“Sendikal Hakların Bölünmezliği”*, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:3, s.9-50.

⁷⁶ Kaboğlu, Ö. İbrahim, (2002), *Özgürlükler Hukuku*, Ankara: İmge Kitapevi, s.483.

⁷⁷ Kaman, N. Karan, (2003), **Devlet Memurluğunun Sona Ermesi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 136.

⁷⁸ Tunç, Hasan- Arıcı, Kadir (2010) **Kamu Görevlilerinin Sendikal ve Demokratik Hakları Çalıştayı**, Ankara: Başbakanlık Basımevi, s.103.

hizmetlerinin kamu görevlileri eliyle yürütülüyor olması kamu görevlilerinin grev yapma imkanını kaldırmaktadır. Zira grev, anlaşmalı bir toplu iş bırakma eylemi olduğuna göre, kamu görevlilerinin greve başvurmasının, yerine getirmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerin süreklilik niteliğini olumsuz yönde etkileyecek, kesintiye uğramaksızın ve aksamaksızın görülmesini engelleyecektir. Görüşlere göre, kamu görevlilerinin tabi oldukları statü hukuku çerçevesinde grev hakkının varlığı söz konusu bile olamaz.⁷⁹

c. Değerlendirme

Örgütlenme özgürlüğü, bireyin kendi menfaatlerini korumak için kendilerini temsil eden kolektif bir oluşum meydana getirerek bir araya gelme özgürlüğünü ifade etmektedir. “Örgütlenme” kavramının Anayasa çerçevesinde özerk bir anlamı vardır ve bireylerin devamlı olarak ve eşgüdüm içerisinde yürüttükleri faaliyetlerin hukukumuzda örgütlenme olarak tanınmaması, Anayasa hükümleri kapsamında örgütlenme özgürlüğünün zorunlu olarak gündeme gelmeyeceği anlamına gelmez.

Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bileşenidir. Demokrasilerde böyle bir örgüt, devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir. İstihdam alanında **kendi üyelerinin menfaatlerinin korunmasını amaçlayan** örgütler olan sendikalar, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır.⁸⁰

Örgütlenme özgürlüğü, bireylere topluluk halinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkanı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle bağımsız bir hak değil, örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olarak görülmektedir.⁸¹

Anayasanın 90. maddesinin değişik son fıkrası göz önüne alınarak, Anayasa’da düzenlenen sendikal hak ve özgürlükler, benzer güvenceler getiren başta Örgütlenme Özgürlüğü Sözleşmesi ile Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi olmak üzere ilgili ILO Sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı ile tamamlanmaktadır. Anayasada düzenlenen sendikal hak ve özgürlüklerin kapsamı yorumlanırken bu belgelerde yer alan ve ilgili organlar tarafından yorumlanan güvencelerin de göz önüne alınması gerekir.

⁷⁹ **Gözler**, Kemal, (2009), İdare Hukuku Dersleri, Bursa: Ekin Yayınları, s.652.

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 18.9.2014 tarih ve 2013/8463 sayılı kararı.

⁸¹ İHAM’ın 27.10.1975 tarih ve 4464/70 sayılı *Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika* kararı.

Genel olarak örgütlenme özgürlüğü ve özel olarak da sendika hakkı Anayasa'da benimsenen temel değerlerden biri olan siyasal demokrasiyi somutlaştıran özgürlükler arasında yer alır ve demokratik toplumun temel değerlerinden birini oluşturur. Demokrasinin esasını, meselelerin halka açık olarak tartışılması ve çözümlenmesi yeteneği oluşturur. Zira demokrasinin temelleri, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliktir.⁸² Buna göre sendikal hakkını kullanan bireyler, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi, demokratik toplumun temel ilkelerinin korumasından yararlanırlar. Başka bir deyişle şiddete teşvik etme veya demokratik ilkelerin reddi söz konusu olmadığı sürece, sendika hakkı çerçevesinde dile getirilen bazı görüşler veya bunların dile getirilme biçimi yetkili makamların gözünde kabul edilmez olsa dahi, ifade, örgütlenme ve sendikal özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler demokrasiye hizmet edemez ve hatta tehlikeye düşürür. Hukukun üstünlüğüne dayanan demokratik bir toplumda, farklı düşüncelerin sendikal özgürlükler veya başka yollarla dile getirilmesine imkan tanınmalıdır.⁸³

Tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve belirtilen gerekçeler doğrultusunda, kamu görevlileri sendikaları tarafından, *kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek* amacıyla, sendikal faaliyet kapsamında makul süre kadar iş bırakma kararının alınabileceğinin kabulü gerekir. Nitekim yargı kararları da bu yöndedir.

İHAM 15.9.2009 tarihli, *Kaya ve Seyhan/Türkiye* kararında; Eğitim-Sen üyesi öğretmenlere, 11/12/2003 tarihinde Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu'nun çağrısına uyararak, *parlamentoda tartışılmakta olan kamu yönetimi kanun tasarısını* protesto etmek üzere düzenlenen bir günlük ulusal eyleme katımları nedeniyle 11.12.2003 tarihinde göreve gelmedikleri için uyarma cezası verilmesinin, her ne kadar bu ceza çok küçük olsa da **sendika üyelerinin çıkarlarını korumak için meşru grev ya da eylem günlerine** katılmaktan vazgeçirecek bir nitelik taşıdığı, öğretmenlere verilen disiplin cezasının acil bir sosyal ihtiyaca tekabül etmediği ve bu nedenle demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmış, bunun sonucu olarak, bu davada İHAS'ın 11. maddesinin ihlal edildiğine, *Karaçay/Türkiye* davasında; (27 Mart 2007 tarihli, Başvuru No:6615/03) Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nda elektrik mühendisi olan davacının, üyesi bulunduğu sendika tarafından memur maaşlarına yapılan düşük zammı protesto etmek ve kamuoyu oluşturmak amacıyla 5 Eylül 2002 tarihinde İstanbul'da yapılan eyleme katıldığından bahisle uyarma cezasıyla cezalandırılmasının ve verilen uyarma cezasının "demokratik toplumda gerekli olmadığı" ve bu ceza nedeniyle İHAS'ın 11. maddesinin ihlal edildiğine, *Urcan ve Diğerleri/Türkiye*

⁸² Anayasa Mahkemesi'nin 25.6.2014 tarih ve 2013/409 sayılı kararı.

⁸³ İHAM'ın 5.3.2007 tarih ve 74552/01 sayılı *Oya Ataman/Türkiye* kararı.

(17 Temmuz 2008 23018/04 sayılı) kararında da; başvuranların Eğitim-Sen sendikasının çalışma koşullarının iyileştirilmesine dikkat çekmek amacıyla düzenlediği bir günlük greve katıldıkları için sonradan para cezasına çevrilen mahkumiyet cezasına çarptırıldıklarını ve geçici olarak kamu hizmetinden uzaklaştırıldıklarını belirterek, başvuranlara Türk Ceza Kanunu uyarınca cezai yaptırım uygulanmasının “demokratik bir toplum için gerekli olmadığına” karar vermiştir.

Yine İHAM, *Satılmış ve Diğerleri/Türkiye* davasında ise; (17 Temmuz 2007 74611/01); İstanbul Boğaz Köprüsü’nde görevli gişe memurları olan davacıların işi yavaşlatma eylemi nedeniyle haklarında açılan tazminat davası sonucu ortaya çıkan zararı ödemek zorunda kalmalarının, varılmak istenilen amaçla orantılı bulunmadığına ve “demokratik bir toplum için gerekli olmadığına” kanaat getirmiş ve kararın verildiği tarihte ayrıca kamu görevlilerinin örgütlenme hakkının sınırlı olduğu ve içerisinde buldukları olumsuz koşulların kamuoyuna duyurulması için başka bir seçenekleri olmadığını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi 18.9.2014 tarih ve 2013/8463 sayılı *Tayfun Cengiz* kararı ile benzer gerekçelerle Anayasanın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 22.5.2013 tarih ve E:2009/63, K:2013/1998 sayılı kararında; Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına atf yapıldıktan sonra, davacının sendikal faaliyet gereği, 11.12.2003 tarihinde göreve gelmeme eyleminin özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek kapsamında değerlendirilemeyeceği ve sendikal faaliyet kapsamında bir gün göreve gelmemek fiilinin mazeret olarak kabulü gerektiğinden, disiplin suçu teşkil etmeyen eylem nedeniyle davacının 657 sayılı Kanunun 125/C-b maddesi uyarınca aylıktan kesme cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmamıştır, diyerek sendikal faaliyet kapsamında memurların iş bırakabileceğini belirtmiştir. Danıştay’ın aynı doğrultuda içtihat haline gelmiş birçok kararı bulunmaktadır.⁸⁴

V. KAMU GÖREVLİLERİNİN SENDİKAL FAALİYET KAPSAMINDA İŞ BIRAKMASININ SINIRLARI

Sendika hakkı, hem Anayasa’da hem de tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde sınırlandırılabilen bir hak olarak düzenlenmiştir. Anayasa’nın 51/2 maddesinde, “*Sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve*

⁸⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 20.3.2014 tarih ve E:2013/3257, K:2014/948 sayılı, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 15.4.2015 tarih ve E:2013/3362, K:2015/1382 sayılı, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 20.3.2014 tarih ve E:2013/4803, K:2014/971 sayılı, Danıştay Onikinci Dairesinin 30.12.2013 tarih ve E:2010/8278, K:2013/13087 sayılı kararları örnek gösterilebilir.

özgürlüklerinin korunması sebebiyle ve kanunla sınırlanabilir” hükmüne yer verilmiştir.

İHAS’ın *Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü* başlıklı 11/2 maddesinde sendikal faaliyetlerin sınırlama sebepleri; “*ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” şeklinde belirtilmiştir. Ayrıca anılan maddede *silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınınca* sendikal hakların kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilebileceği belirtilmiştir.

Hem İHAM,⁸⁵ hem de Anayasa Mahkemesi,⁸⁶ sendika hakkını sınırlanabilir bir hak olarak kabul etmiş, ancak bu özgürlüklere yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiğini belirtmişlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa’nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmaktadır. Bu sebeple sendika hakkına getirilen sınırlamaların denetiminin Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa’nın 51. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir. Bu nedenle sendikal haklara yapılacak müdahalenin; *kanuni olması, meşru amaç taşınması, demokratik bir toplumda gerekli olması ve ölçülü olması* gerekmektedir. Şu halde kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakmasına ilişkin olarak, iş bırakan kamu görevlisine verilen disiplin cezasının hukuka uygun olabilmesi için; müdahalenin Anayasa’nın 51. maddesinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanması ve Anayasa’nın 13. maddesinde sayılan koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir.

Memurların sendikal faaliyet kapsamında iş bırakmasına ilişkin yasal mevzuatımızdaki engellere rağmen, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve bağlayıcı olan İHAM kararları sonucu memurların sendikal faaliyet kapsamında iş bırakma hakkının varlığının kabul edilmesi, tüm kamu görevlileri için bu hakkın geçerli olacağı anlamına gelmez. Zira İHAS’da da, *silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınınca* sendikal hakların kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilebileceği belirtilmiştir. Bu ifadelerden *devlet idaresi mensupları* kavramı her somut olayda değerlendirilmesi gereken bir kavramdır. Bu kavram kapsamında ulusal ve yerel bürokratların, hakim ve cumhuriyet savcılarının sendikal faaliyet kapsamında iş bırakma haklarının olmadığını söylemek mümkündür. Nitekim yasal mevzuatımızda 4668 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu’nun 15. maddesinde belirtilen sendika üyesi olamayacak kamu görevlilerinin,⁸⁷ sendika üyesi

⁸⁵ İHAM, 15.9.2009 tarihli, *Kaya ve Seyhan/Türkiye* kararı.

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 18.9.2014 tarih ve 2013/8463 sayılı kararı.

⁸⁷ Bu Kanuna göre kurulan sendikalara; a) Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri, b) Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar, c) Bu Kanun kapsamında

olamadıkları için bu kapsamda iş bırakma hakları da bulunmamaktadır.⁸⁸

İş bırakma konusunda ILO Sendika Özgürlüğü Komitesinin belirttiği ilkeler, rehber niteliğindedir. Komite grev yasakları hakkında temel esasları, “*grev ancak devlet adına kamu gücünü kullanan memurlar bakımından veya dar anlamda temel hizmetlerde, yani kesintiye uğraması durumunda, halkın tamamının veya bir kısmının yaşamı, güvenliği veya sağlığını tehlikeye düşürebilecek hizmetlerde yasaklanabilir. Zorunlu tahkim de ancak bu durumda öngörülebilir. Temel hizmetlerin kapsamı geniş ölçüde her devletin kendine özgü koşullarına bağlıdır. Bu kavram, mutlak ve kesin bir anlam taşımaz, zira temel sayılamayacak bir hizmette grevin süresi ve kapsamı belli ölçüleri aşarak bu surette halkın tamamının veya bir kısmının yaşam, güvenlik veya sağlığını tehlikeye düşürebilecekse, bu alan temel hizmet olarak nitelendirilebilir.*” ifadeleriyle belirtmiştir.⁸⁹ Komite, grev hakkının sınırlandırılması bağlamında ikili bir ayırım yapmış ve kamu gücünü kullanan memurlar ile kesintiye uğramaması gereken hizmetlerden söz etmiştir. *Kamu hizmetlerinin sürekli niteliği* komite tarafından grev hakkının sınırlandırılma sebepleri arasında belirtilmiştir.

Kamu hizmetlerinin sürekli niteliğinden hareketle, kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakması hakkına ilişkin değerlendirmede sağlık mensuplarını, eğitimcileri, sosyal hizmet ve ulaşım hizmetleri alanında görev yapan kamu görevlilerini özel değerlendirmek gerekir. Anılan meslek mensupları, gördükleri kamu hizmeti sebebiyle, kendilerinin sendikal hakları ile başkalarının hak ve özgürlükleri her an yarışma içinde olma ihtimali bulunmaktadır. Bu kapsamda hastanede yapılacak ameliyatlarda nöbetçi olarak görev yapan anestezi uzmanının, nöbetine gitmeyip sendikal faaliyet kapsamında iş bırakması eylemi disiplin hukuku açısından cezalandırılabilir bir eylem olarak

bulunan kurum ve kuruluşların müsteşarları, başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcıları, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilâtlarının denetim birimleri yöneticileri ve kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilâtlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, belediye başkanları ve yardımcıları, d) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcıları, e) Mülkî idare amirleri, f) Silahlı Kuvvetler mensupları, g) (...) h) Millî İstihbarat Teşkilâtı mensupları, ı) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları, j) Emniyet hizmetleri sınıfı (...) (...), k) Ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri, l) Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli subay, sözleşmeli subay, astsubay, sözleşmeli astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve sözleşmeli erler, üye olamazlar ve sendika kuramazlar.

⁸⁸ Bu denli geniş bir sınırlama yapılmış olması, 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 9. maddesine aykırı olması sebebiyle ILO Denetim organları tarafından da birçok kararda eleştirilmiştir. **Kutal**, 2010, 334.

⁸⁹ **Sur**, Melda, (2016), “*Grev, Toplumsal İhtiyaçlar ve Asgari Hizmet*”, **İstanbul Üniversitesi: Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Sayı: 1, s.1027.

kabul edilmesi gerekir.⁹⁰ Zira bu olayda bir kimsenin yaşam ve sağlık hakkı, sendikal faaliyet kapsamında iş bırakma hakkından önce gelir. Aynı kapsamda geleceğimizin teminatı çocukların ve gençlerin iyi eğitim almalarında temel unsur olan öğretmenlerin, iş bırakma eylemlerine katılırken eğitim görenlerin eğitim hakkına saygı göstermeleri gerekir.⁹¹ Yine engelli bir vatandaşın bakımını üstlenen kimseye bağlanacak olan maaşın koşullarının oluşup oluşmadığının incelemesini yapacak olan sosyal hizmet uzmanının, incelemeye gitmeyip sendikal faaliyet kapsamında iş bırakması sosyal devlet ilkesini zedeleyecek niteliktedir. Ulaşım hizmetleri de niteliği gereği aksatılmaması, sürekliliğine halel gelmemesi gereken hizmetlerdendir.

⁹⁰ Benzer olay kapsamında, Aile hekimi olarak görev yapan davacının nöbet görevini yerine getirmeyip sendikal faaliyet kapsamında iş bırakması sonucu, kendisine 20 ihtar ceza puanı verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada yerel mahkeme tarafından işlemin iptal edilmesi üzerine yapılan temyiz incelemesi sonucunda; **Danıştay 2. Dairesi 20.6.2017 tarih E:2016/10548, K:2017/5220 sayılı** kararında; “ Her ne kadar, uluslararası mevzuat, İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca, kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliştirilmesi amacıyla kurulan sendikaların bu amaç doğrultusunda iş bırakma kararı alabilecekleri kabul edilmekte ise de; Devlete yüklenen sağlık hakkının korunması amacıyla, sağlık personeline nöbet görevi getirilmesine ilişkin düzenlemenin, bireyin sağlık hakkını koruyucu, iyileştirici ve sağlık sunucularından etkili bir şekilde yararlanmasını sağlayıcı nitelikte olduğu ve temel haklar arasında yer alan sağlık hakkının korunmasındaki kamusal yarar dikkate alındığında, vatandaşlara etkin, verimli ve hızlı bir hizmet sunumu ile yükümlü olan davacının, iş bırakma eyleminin sağlık hizmetini sekteye uğrattıcı ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.” gerekçesiyle yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.

⁹¹ Öğretmenlerin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakabilecekleri Danıştay tarafından birçok kez karara bağlanmıştır. Öğretmen olarak görev yapan davacının, 15.5.2014 tarihinde özürsüz olarak bir gün göreve gelmediğinden bahisle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/C-(b) maddesi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, İstanbul 10. İdare Mahkemesince verilen 25.3.2015 tarih ve E:2014/2153, K:2015/472 sayılı kararda; davacının, üyesi olduğu sendikanın aldığı karar doğrultusunda yapılan sendikal etkinliğe katılması ve bunun sonucunda etkinliğin yapıldığı gün görevine gidememesinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen «özürsüz ve mazeretsiz olarak göreve gelmeme» fiili kapsamında değerlendirilemeyeceği, sendikal faaliyet kapsamında bir fiil olarak kabulü gerekeceği gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar Danıştay Onikinci Dairesinin 4.2.2019 tarih ve E: 2015/2549, K: 2019/591 sayılı kararıyla onanmıştır. Anılan onama kararında belirtilen karşı oy gerekçesi dikkate değerdir. Karşı oyda; *“Davacının gerek kendi gerek olduğu sendikanın yerel şubesi, gerekse sendika yetkili kurulları tarafından, görevli olduğu ilkokulu, yapılacak eylem hakkında bilgi verilmediği görülmektedir. Davacının sendikal faaliyet kapsamında iş bırakabileceği, ancak çalıştığı kurumun eğitim-öğretim faaliyeti gerçekleştiren bir kurum olması, davacının da öğretmen olması nedeniyle, sendikal faaliyet kapsamında herhangi bir zamanda iş bırakma eylemi söz konusu olduğunda, bu hususun çalıştığı kamu kurumuna bildirilmesi gerektiği, aksi halde idarenin personel koordinasyonunu sağlayamaması nedeniyle anayasal güvence altındaki eğitim hakkının ihlali ortaya çıkarılabilecektir.”* gerekçesiyle bizim de belirttiğimiz çekinceye vurgu yapılmıştır.

Tren teşkil memuru olarak görev yapan davacının, üyesi olduğu sendikaya üye 16 kamu görevlisinin görevden uzaklaştırılmış olması nedeniyle iş bırakması üzerine kınama cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada Danıştay, “davacının da katıldığı bir günlük iş bırakma eyleminin sendikal faaliyet kapsamında bir eylem olarak kabulü gerekeceği, bu amaçla davacının bir gün göreve gelmemesi eylemi, disiplin cezasıyla cezalandırılmasını gerektirecek bir eylem olarak kabul edilemeyeceğinden” davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görmemiştir.⁹² Anayasa Mahkemesi ise aynı konuda farklı bir yorum getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 25.3.2015 tarih ve 2013/7199 sayılı *Yücel Yaşar* kararında, kamu görevlilerinin iş bırakmalarının kamu hizmetlerinin sürekliliği ile olan ilişkini ILO Sendika Özgürlüğü Komitesinin ifade ettiği kriterler ölçüsünde izah etmiştir. Başvurucu, üyesi olduğu sendikanın tüm Türkiye’de yaptığı göreve gelmeme çağrısına katılarak görevine gelmediğini, ancak mazeretsiz olarak göreve gelmediği gerekçesiyle kınama cezası verildiğini, sendikal faaliyetlere katılması nedeniyle ceza verilmesinin toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin anayasal haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi, “Devlet memurlarının bu haktan bütünüyle mahrum bırakılamayacaklarını not etmek gerekir. Bununla birlikte, demokratik bir toplumda gerekliliği tartışılmaz olan durumlarda ordu, emniyet veya başka bazı sektörlerde sendikal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesi mümkündür. İlk Derece Mahkemesinde görülmekte olan dava sırasında başvurusunun bu türden sınırlamalara tabi tutulmasını gerektirecek bir görevde bulunduğu ileri sürülmüştür.

Toplum yaşantısının vazgeçilmez bir parçası olan ulaşım ve ulaştırma sistemi, ekonomik ve sosyal girdileriyle toplumu sürekli etkileyen bir yapıya sahiptir. Ulaştırma, üretim sürecinin önemli bir parçasını oluşturması ve gerektirdiği önemli yatırımların ekonomide yarattığı etkiler açısından toplumların ekonomik yapıları içinde ağırlıklı bir yere sahiptir. Devletin temel görevi ise ekonomik ve toplumsal gelişmelerin yarattığı ihtiyaçları karşılayabilecek şekilde ulaşım kapasitesini yaratan, ülke ve toplum çıkarlarına uygun ulaşım sistemlerini kurmak ve koordine etmektir. Bu sebeplerle bir sendikal faaliyetin yapılması nedeniyle bu alandaki aksamaların bireysel ve toplumsal hayatın derin bir şekilde etkileyeceği kabul edilmelidir.

Nitekim İlk derece Mahkemesi, söz konusu eylem nedeniyle bireysel ve toplumsal hayatın etkilenme derecesini değerlendirmiştir. Buna göre, iş bırakma eyleminin başladığı 15/12/2009 tarihinde saat 24:00’de eyleme katılanlar görevli olduğu trenleri, merkezi gar ve istasyonlarda bırakarak trendeki yolcuların mağduriyetine sebep olmuş, bazı personel görevlendirildiği trene gelmemiş; istasyon ve garlarda manevralarda nezaret görevleri olan personel

⁹² Danıştay Onikinci Dairesinin 8.3.2016 tarih ve E:2012/10139, K:2016/1160 sayılı kararı.

bu görevlerini yapmamış, eylem nedeniyle yük ve yolcu taşıma faaliyetleri aksamıştır. 11 yolcu treni merkezi gar ve istasyonlarda bırakılmış ve trendeki yolcular mağdur edilmiş; 56 yolcu treni seferi iptal edilmiş, gar ve istasyonlarda bırakılan trenlerdeki yolcuların otobüslerle varış yerlerine ulaştırılmış trafikte bulunan 17 adet yük treninin muhtelif gar ve istasyonlarda bırakılmış; trafiği planlanan toplam 35 yük treninin de seferleri iptal edilmiştir.

Devlet memurlarının bu haktan bütünüyle mahrum bırakılmaları hakkın özünü zedeler. Buna karşın başvuru tren teşkil memuru olarak görev yapmaktadır ve başvuru işe gitmeyerek görevini yerine getirmemesi nedeniyle tren seferleri yapılamamıştır. Başka bir deyişle başvuru, işe gelmediği takdirde bazı büro işlerinin aksamasına neden olabilecek büro görevlisi değildir ve yaptığı işi bırakması nedeniyle ulusal ulaşım sisteminin en önemli parçası olan devlet demiryollarının kuruluş faaliyetleri ve ulaşım hizmetleri yapılamamıştır. Başvuruya konu sendikal faaliyetin yapılması nedeniyle bu alandaki aksamalar, bireysel ve toplumsal hayatı derin bir şekilde ve doğrudan doğruya etkilemiştir.

Verilen ceza hafif olsa da, başvuru gibi sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan meşru sendikal faaliyetlere veya eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir niteliğe sahiptir. Buna karşın somut başvuruda verilen kınama cezasının ölçsüz olduğu söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, her ne kadar başvuru benzer eylemlere katılmaktan vazgeçirecek niteliğe sahip olsa da şikâyet edilen kınama cezasının “zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaçtan” kaynaklanması nedeniyle “demokratik toplumda gerekli olduğu” sonucuna varılmıştır. Bu sebeple başvuru Anayasa’nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edilmeğine karar verilmesi gerekir.” gerekçesiyle iş bırakan kamu görevlisi hakkında tesis edilen disiplin cezasının demokratik toplumda gerekli olduğu sonucuna varmıştır.

Kamu görevlilerinin iş bırakabilmesinin en temel koşulu, iş bırakmanın gerçek anlamda sendikal faaliyet kapsamında yapılmasıdır. Kamu görevlileri sendikalarının, kamu görevlilerinin, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin ve bu kapsamda özlük ve parasal haklarının, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi, bu konulara dikkat çekilmesinin ve kamuoyu oluşturulması amacıyla ve başka seçeneklerinin bulunmaması durumunda iş bırakma çağrısı yapabileceklerini belirtmek gerekir. Şu halde bu kapsamda her somut olayda iş bırakma eyleminin sendikal faaliyet kapsamında yapılıp yapılmadığının incelenmesi gerekir. Nitekim hem İHAM hem de Anayasa Mahkemesi tarafından verilen, kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakma hakkını tanıyan kararların tamamında, iş bırakmanın sayılan bu amaçlar doğrultusunda olduğu görülmektedir. ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi de; “grev hakkı salt bir toplu iş sözleşmesinin yapılması sürecindeki iş uyuşmazlıklarıyla sınırlı tutulamaz. Bu itibarla çalışanları doğrudan etkileyecek

ekonomik ve sosyal politika sorunları karşısında greve gidilebilir. Buna karşılık **salt siyasal grev sendika özgürlüğü kapsamında değildir.**" ifadeleriyle iş bırakmanın belirtilen amaçlarla yapılabileceğini, salt siyasal grevin yasak olduğunu belirtmiştir.⁹³ Anayasa Mahkemesi de kamu görevlilerinin iş bırakma haklarını dar yorumlamamış, salt siyasal grev amaçlı faaliyette bulunulmadığı sürece özgürlükler lehine yorum getirmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 10.6.2015 tarih ve 2014/4199 sayılı *Hayati Aktop ve Diğerleri* kararında, başvuru, üye olunan sendikanın aldığı karar doğrultusunda iki gün işe gelinmemesi nedeniyle verilen kınama cezasının, toplantı ve örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir. Olay tarihinde TBMM'de devam eden İlköğretim ve Eğitim Kanunu Tasarısı görüşmelerinin sonlandırılması ve Tasarının geri çekilmesini sağlamak amacıyla, EĞİTİM-SEN Yönetim Kurulunun 6/3/2012 tarihli kararı ile 28 ve 29 Mart 2012 tarihlerinde tüm ülke çapında işe gelmeme eylemi yapılmasına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, iş bırakma kararının temelinde yasama faaliyeti olsa da anılan faaliyeti salt siyasal grev şeklinde değerlendirmeyerek, uygulanan disiplin cezalarının "*zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan*" kaynaklanmaması nedeniyle "*demokratik toplumda gerekli olmadığı*" sonucuna varmıştır.

Açıklamalar ışığında, **sendika zırhına bürünerek sendikal faaliyet kapsamında olmayan, salt siyasal sebepler dolayısıyla yapılan iş bırakma eylemlerinin hukuka uygun olmadığı ve siyasi sebeplerle iş bırakan kamu görevlilerinin idarelerce cezalandırılabilmesi söylenebilir.** Yargı yerleri de salt siyasal sebeplerden kaynaklanan iş bırakma eylemlerinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Yargı makamlarınca, açıkça salt siyasal iş bırakmadan bahsedilmemiş olsa da konusu itibarıyla siyasal iş bırakmalara şu örnekler verilebilir:

Suriye'nin Aynel-Arap (Kobane) bölgesinde yaşanan hadiseler nedeniyle ülkemizde belirli sendikalar tarafından alınan iş bırakma kararı eylemine katılan kamu görevlilerine disiplin cezası verilmesi üzerine açılan davalarda, "*uyuşmazlık konusu olayda davacının görevine gelmeme nedeninin, İŞİD isimli terör örgütünün saldırılarını kınamak ve Kobane kenti ile dayanışma sağlamak olduğu hususu çekişmesiz sabit olup, kamu görevlilerinin, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin ve bu kapsamda özlük ve parasal haklarının, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi amacını taşımayan iş bırakma eylemine katılan ve bu nedenle görevine gelmeyen, dolayısıyla görevleri ve meslekleri ile herhangi bir şekilde ilintisi olmayan, sadece vatandaş olarak demokratik bir toplumda yaşamaları nedeniyle kullanma özgürlükleri bulunan haklarını kullanarak mesai dışında katılabilecekleri bir eyleme mesai içinde katılarak diğer bir demokratik ve Anayasal hak olan eğitim hakkını engelleme sonucunu doğuran fiili işleyen davacı hakkında tesis*

⁹³ Sur, 2016, s. 1026.

edilen dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle ilk derece mahkemeleri tarafından ret kararı verildiği ve anılan kararların Danıştay ilgili dairesi tarafından onandığını⁹⁴ belirtmek gerekir. Aynı konuda öğretmen olan başvurucunun üyesi olduğu sendikanın çağrısı üzerine iki gün göreve gitmemesi nedeniyle aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasının örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkin yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, disiplin cezası verilmesi şeklinde yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu gerekçesiyle Anayasa’nın 33. maddesinde güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁹⁵

İstanbul - Taksim / Gezi Parkında yaşanan olaylar nedeniyle belirli sendikalar tarafından alınan iş bırakma kararı eylemine katılan kamu görevlilerine disiplin cezası verilmesi üzerine açılan davalarda, *“uyuşmazlık konusu olayda, kamu görevlisinin 05.06.2013 ve 17.06.2013 tarihlerinde iki gün süreyle işe gelmemesi şeklinde gerçekleşen eylemin amacının “kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek” kapsamında olmadığı, ülke genelinde sürdürülen bir takım toplumsal olaylara destek olmak amacıyla yapıldığı, davacının katıldığı eylemin niteliğinin sendikal hak olarak kabul edilmesine imkan bulunmadığı, bu haliyle davacının göreve gelmemesinin sendikal faaliyet kapsamında değerlendirilemeyeceği... eylemin karşılığı olarak tesis edilen dava konusu disiplin cezasında hukuka aykırılık bulunmadığı”* gerekçesiyle ilk derece mahkemeleri tarafından ret kararı verildiği ve anılan kararların Danıştay ilgili dairesi tarafından onandığı görülmektedir.⁹⁶ Aynı konuda kamu görevlisi olan başvurucuların üyesi oldukları sendikanın çağrısı üzerine bir gün göreve gelmemeleri nedeniyle disiplin cezası ile cezalandırılmalarının örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkin yapılan bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, disiplin cezası verilmesi şeklinde yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu gerekçesiyle Anayasa’nın 33. maddesinde güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁹⁷

⁹⁴ Bkz. Danıştay Onikinci Dairesinin 22.6.2017 tarih ve E:2017/45, K:2017/3420 sayılı, Danıştay Onikinci Dairesinin 22.6.2017 tarih ve E:2017/934, K:2017/3418 sayılı, Danıştay Onikinci Dairesinin 25.12.2018 tarih ve E:2018/1277, K:2018/6736 sayılı, Danıştay Sekizinci Dairesinin 3.7.2018 tarih ve E:2015/7963, K:2018/3821 sayılı kararları. Konya BİM 3.D., 28.3.2017 tarih ve E:2017 155, K: 2017/136 sayılı kararında da aynı gerekçelerle ret kararı verilen ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusu ret edilmiştir.

⁹⁵ Anayasa Mahkemesinin Başvuru Numarası: 2017/29263, Karar Tarihi: 22.5.2019, *Ahmet Parmaksız* Başvurusu.

⁹⁶ Danıştay Onikinci Dairesinin 15.11.2018 tarih ve E:2016/6604, K:2018/5324 sayılı ve Danıştay Onikinci Dairesinin 15.11.2018 tarih ve E:2016/6605, K:2018/5323 sayılı kararları.

⁹⁷ Anayasa Mahkemesinin Başvuru Numarası: 2015/14046, Karar Tarihi: 17.7.2019, *Filiz Koçak Demir ve Diğerleri* Başvurusu

“Savaşta İnat, Barış Hemen Şimdi temalı Emek, Dayanışma ve Demokrasi” mitingine yapılan saldırı sonucu, sendika üyelerinin de aralarında bulunduğu, hayatını kaybeden insanları anmak ve saldırıyı lanetlemek amacıyla iş bırakma eylemi yapan kamu görevlilerinin disiplin cezasıyla cezalandırılmaları üzerine açılan davalarda, idare mahkemeleri tarafından verilen iptal kararlarına karşı yapılan istinaf başvurusunda, *“kamu görevlilerinin, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin ve bu kapsamda özlük ve parasal haklarının, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi amacını taşımayan söz konusu iş bırakma eylemine destek veren, dolayısıyla görevleri ve meslekleri ile herhangi bir şekilde ilintisi olmayan, sadece vatandaş olarak demokratik bir toplumda yaşamaları nedeniyle kullanma özgürlükleri bulunan haklarını kullanarak mesai dışında katılabilecekleri bir eyleme göreve gelmeyerek sağlık kamu hizmetinden faydalanma hakkını engelleme sonucunu doğuran fiili işleyen davacı hakkında tesis edilen dava konusu işlemde hukuka aykırılık, aksi yöndeki idare mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmadığı”* gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak davanın reddine karar verilmiştir.⁹⁸

Okul müdür yardımcısı olarak görev yapan davacının, üyesi olduğu sendika kararı uyarınca Güneydoğu Anadolu Bölgesinde güvenlik güçlerinin terör örgütü PKK'ya yönelik operasyonları kapsamında bazı il, ilçe ve mahallelerde uygulanan sokağa çıkma yasaklarını protesto etme amacıyla iş bırakma eylemine katılması üzerine, aynı il içinde başka okula atanması işleminin iptali istemiyle açılan davada, idare mahkemesi tarafından verilen iptal kararına karşı yapılan istinaf başvurusunda, *“davacının görevine gelmeme eyleminin amacı ve konusu dikkate alındığında, sendika üyelerinin ortak, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerini korumaya yönelik sendikal bir faaliyet olarak değerlendirilemeyeceği, alınan sendika kararının davacının eylemini meşru kılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda; eğitimcilik görevini yürüten davacının, eğitim-öğretim faaliyetlerinin fiilen devam ettiği bir zaman aralığında, kamu hizmetinin devamlılığı ve sürekliliği ilkelerine aykırılık teşkil edecek ve öğrencilerin temel hak ve hürriyetleri arasında yer alan eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmalarına yol açacak nitelikte göreve gelmeme şeklinde sübut bulan eyleminin, sendikal faaliyet kapsamında değerlendirilemeyeceği, gerek kolluk güçleri, gerekse de vatandaşların çoğunluğu tarafından bu söylemin terörle mücadeleye karşı olduğu şeklinde algılanması dolayısıyla davacının aynı okulda görevine devam etmesinin okulda görev yapan diğer öğretmenler, idareciler, öğrenciler ve öğrenci velileri ile arasındaki çalışma barışı ve güveni bozabileceği anlaşıldığından, davacının, kamu yararı ve hizmet gereği il içinde bir başka okula öğretmen*

⁹⁸ Gaziantep BİM 3.D., 31.10.2017 tarih ve E:2017/ 1407, K: 2017/1497 sayılı kararı, Gaziantep BİM 3.D., 28.11.2017 tarih ve E:2017/ 1965, K: 2017/1770 sayılı kararı.

olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak davanın reddine karar verilmiştir.⁹⁹

Görüldüğü üzere örneklerin tamamında yargı yerleri, ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin de belirttiği ilkeler kapsamında salt siyasi sebeplerden ötürü yapılan iş bırakma eylemlerinin sınırlandırılmasına karar vermiştir. Kararlarda belirtilen, iş bırakma eylemi nedeniyle kamu hizmetlerinin sürekliliğine halel gelmemesi vurgusu da ayrıca önemlidir. Gerçekten salt siyasi grev hakkı, işçilere dahi tanınmazken, idareye sadakatle bağlı olan kamu görevlilerine tanınması pek olanaklı değildir.

Kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakırken ölçülü davranmaları da kendilerinden beklenmektedir. Aksi durumda kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamını aşar nitelikteki eylemleri nedeniyle disiplin cezası ile tecziye edilmeleri gündeme gelecektir. ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi de, *“temel sayılamayacak bir hizmette grevin süresi ve kapsamı belli ölçüleri aşarak bu surette halkın tamamının veya bir kısmının yaşam, güvenlik veya sağlığını tehlikeye düşürebilecekse, bu alan temel hizmet olarak nitelendirilebilir”* gerekçesiyle ölçüyü aşan iş bırakmaların sınırlandırılabilirliğini ifade etmiştir. Nitekim, TCDD 6. Bölge Müdürlüğünde görev yapan davacının, hakkında açılan soruşturma neticesinde 657 sayılı Kanununun 26, 399 sayılı KHK'nin 19. ve TCDD Personel Yönetmeliğinin 101/11. ve 26. maddelerini ihlal ettiğinden bahisle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılması gerekmekte ise de 399 sayılı KHK'nin 44. maddesi uyarınca 1/8 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararda¹⁰⁰; *“davacının da aralarında bulunduğu demiryolu ulaşım hizmetlerinde görev yapan bir kısım personelin, seslerini duyurabilmek için bir günlük iş bırakma eylemine katıldıkları, davacının da aralarında bulunduğu 23 personel tarafından iş bırakma şeklindeki bu eylem yeterli görülmemekle kendi görev sahalarında bulunmayan Adana Gar 2. Yolda bulunan 61205 nolu Çukurova Ekspresinin teşkil manevrasını yapmak üzere makinenin depoya alınması esnasında makinenin önüne oturarak depoya alınmasını engelledikleri ve seferi tehir etmesine neden oldukları, neticede ise çalıştıkları kurumun gelir, prestij ve güven kaybına uğramasına sebebiyet verdikleri görülmekte olup davacının anılan fiilinin “sendikal faaliyet” kapsamını aşar nitelikte bulunduğu anlaşıldığından söz konusu eylemi gerçekleştiren 23 personel arasında bulunan davacının, 1/8 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde ölçülülük ilkesine, kişilerin örgütlenme özgürlüğüne ve*

⁹⁹ İzmir BİM 1.D., 17.4.2018 tarih ve E:2018/ 236, K: 2018/215 sayılı kararı.

¹⁰⁰ Adana 1. İdare Mahkemesinin 17.1.2013 tarih ve E: 2012/524, K: 2013/72 sayılı kararı.

hukuka aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.¹⁰¹ Anılan uyuşmazlığın Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuruya konu olması sonrasında, Mahkemece şikayet edilen disiplin cezasının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu sonucuna varılmış olup başvuruçuların Anayasa’nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir.¹⁰²

SONUÇ

Geniş anlamda kamu görevlisi kavramı, hukuksal durumları birbirinden farklı olsa da, kamu kesiminde çalışan bütün görevlileri ifade eder. Dar anlamda kamu görevlisi kavramı ise, kamu kurum ve kuruluşlarının genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa edenleri kapsamaktadır. Dar anlamda kamu görevlisi kavramının karşılığı Anayasası’nın 128. maddesinde belirtilen memurlar ve diğer kamu görevlileridir. İdare hukukunda kamu görevlisi kavramı dar anlamda kullanılır. İç hukukumuzda sistematik ve düzenli personel mevzuatı bulunmadığından, kamu görevlisi kavramının kapsamını belirlemek güçtür. Kamu görevlilerinin çeşitleri, dar anlamda kamu görevlisi tanımından hareketle memurlar ve diğer kamu görevlileri şeklinde belirtilebilir. Diğer kamu görevlileri başlığı altında da sözleşmeli personel, 657 sayılı Kanun’un kendi özel yasalarına bağlı olduğunu belirttiği silahlı kuvvetler mensupları, hakimler ve savcılar ile yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen öğretim elemanları yer almaktadır.

Osmanlı Devleti’nde ve Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında toplumda belli bir yeri ve ağırlığı olan kamu görevlileri, giderek bu ayrıcalıklı konumunu yitirmiştir. Bir yandan gerçek gelirindeki azalmayla ekonomik sıkıntılar içine girerken öte yandan toplumdaki saygınlığı azalmıştır. Bu gelişim, kamu görevlilerini uluslararası temel belgeler ve yasaların kendisine tanıdığı sendika hakkını kullanmaya itmiştir. Bu kapsamda kamu görevlileri de seslerini duyurmak için üyesi oldukları sendikalar aracılığıyla iş bırakma kararları almışlardır. Kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakması, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin sahip olduğu grev hakkı ile bir ilgisi olmayan, sendika üyesi kamu görevlilerinin toplumsal meselelerde seslerini duyurmayı hedefleyen bir sendikal faaliyettir.

Kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakma hakları konusunda iç hukuk ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler arasında çelişki bulunmaktadır. Her ne kadar uluslararası sözleşmelerde kamu

¹⁰¹ Bu karar Danıştay Onikinci Dairesinin 26.1.2016 tarih ve E: 2013/4697, K: 2016/239 sayılı kararıyla onanmıştır. Aynı doğrultuda karar için Bkz. Danıştay Onikinci Dairesinin 15.3.2016 tarihli ve E:2013/4372, K:2016/1355 sayılı kararı.

¹⁰² Anayasa Mahkemesinin Başvuru Numarası: 2015/1261, Karar Tarihi: 26.9.2019, *Tonguç Özkan ve Diğerleri* Başvurusu.

görevlilerinin iş bırakma hakkında açık hüküm bulunmasa da, hem ILO denetim organları hem de İHAM bu hakkın varlığını kabul etmiştir. Bu nedenle Anayasa'nın 90. maddesi gereği, kamu görevlilerine sendikal faaliyet kapsamında iş bırakma hakkı tanıyan tarafı olduğumuz sözleşmeler iş hukukumuzda da uygulanacaktır. Nitekim ulusal yargı makamlarınca da içtihat haline gelen kararlarda bu hakkın varlığına vurgu yapılmıştır. Öte yandan aynı kararlarda kamu görevlilerine tanınan iş bırakma hakkının, kamu hizmetlerinin sürekliliğine halel getirmemesine de dikkat edilmiştir.

İç hukukumuzda içtihatlarla gelişen kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakma hakkına ilişkin sınırlamalar, yargı makamlarını meşgul eden güncel sorunlardan biridir. Ulusal yargı makamlarınca bu hakkın varlığı tartışmasız kabul edilmiştir. Bununla beraber değişkenlik gösteren iş bırakma eylemleri nedeniyle her somut olayda iş bırakma eyleminin sendikal faaliyet kapsamında yapılıp yapılmadığının incelenmesi zorunluluğu doğmuştur. Özellikle salt siyasi sebeplerle yapılan iş bırakma eylemleri nedeniyle disiplin cezası ile cezalandırılan kamu görevlilerinin açmış olduğu davalarda, iş bırakma hakkının sınırlandırılabilmesine ve cezaların hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. Bu kapsamda idareye sadakatle bağlı olması gereken kamu görevlilerinin de salt siyasi sebeplerle iş bırakmaması gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca iş bırakma eyleminin sendikal faaliyeti aşar nitelikte olmaması gerektiği de ulusal yargı makamlarınca vurgulanmıştır. Kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakma hakkına ilişkin ülkemizdeki içtihat ve özellikle Anayasa Mahkemesi kararları, bir ölçüde hem ILO Denetim Organları hem de İHAM kararları doğrultusunda gelişmiştir.

Bu alanda yaşanan sıkıntıların giderilmesi adına öncelikle kamu görevlisi tanımı, uluslararası genel kabul görmüş tanımlamalara uygun olarak Anayasa düzeyinde yeniden düzenlenmelidir. Personel reformuyla memur ve kamu çalışanı farkı açık bir şekilde ortaya konmalıdır. Kamu görevlisi tanımı belirlendikten sonra *devlet otoritesini temsil eden kamu görevlileri* kapsam dışı tutularak sendikal faaliyet kapsamında iş bırakma hakkı bütün çalışanlar için geçerli olmak üzere uluslararası sözleşmeler çerçevesinde teminat altına alınmalı ve bu hakkın sınırları açıkça belirlenmelidir. Kamu görevlilerinin sendikal faaliyet kapsamında iş bırakma hakkına ilişkin gelecekteki düzenleme ve uygulamalarda ILO Denetim Organları ve İHAM görüşleri de dikkate alınmalıdır. Nitekim uluslararası sözleşmeyi onaylayan ülkeler, sözleşmeye uygun mevzuatı oluşturmakla yükümlüdür. Bu, uluslararası hukukunun ahde vefa ilkesinin de doğal bir sonucudur.

KAYNAKÇA

- Akgüner**, Tayfun, (2009), **Kamu Personel Yönetimi**, İstanbul: Der Yayınları.
- Atasayan**, M. Gözde, (2011), *“Kamu Hizmetlerinin Süreklilik ve Düzenlilik İlkesi”*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi.
- Aydın**, Hüseyin, (2010), *“Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”*, **Ankara Barosu Dergisi**, S:2010/1, s. 109-128.
- Beyoğlu**, Cem Ümit, (2018), *“AİHM Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Grev Hakkı”*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 135, s. 77-118.
- Gözler**, Kemal, (2009), **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa: Ekin Yayınları.
- Gözler**, Kemal / **Kaplan**, Gürsel, (2018), **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa : Ekin Yayınevi, 20. Baskı.
- Gülmez**, Mesut (1990) **Memurlar ve Sendikal Haklar**, Ankara: İmge Yayınevi.
- Gülmez**, Mesut (1996) **Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar**, Ankara: TODAİE Yayınları.
- Gülmez**, Mesut (2001) *“Aykırlıklarla Dolu Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası”*, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:34, Sayı:3, s. 1-21.
- Gülmez**, Mesut (2002) **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, 788’den 4688’e:1926-2001, Ankara: TODAİE Yayınları.
- Gülmez**, Mesut (2004) *“Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri”*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:54, s. 147-161.
- Gülmez**, Mesut (2005) *“Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”*, **Çalışma ve Toplum**, Sayı 1, s. 11-56.
- Gülmez**, Mesut (2007) *“Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek miyiz?”*, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:1, s. 27-52.
- Gülmez**, Mesut (2008) *“Sendika Hakkı, Toplu Sözleşme ve Grevi de İçeren Toplu Eylem Hakkını Kapsar mı?”*, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:3, s. 137-169.
- Gülmez**, Mesut (2010) *“Sendikal Hakların Bölünmezliği”*, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı: 3, 9-50.
- Gülmez**, Mesut (2013) *“Örgütlenme ÖzgürSÜZlülüğü Cephesinde Yeni Bir Şey Yok! Olacağı da Yok!”*, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Sayı:2, s. 13-40.
- Günday**, Metin, (2011), **İdare Hukuku**, Ankara: İmaj Yayınevi.
- Kaboğlu**, Ö. İbrahim, (2002), **Özgürlükler Hukuku**, Ankara: İmge Kitapevi.

Kaman, N. Karan, (2003), Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kanlıgöz, Cihan, “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı” <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/299/2796.pdf>

Karslı, M. Rauf, (2016), İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı, İstanbul: XII Levha Yayıncılık.

Kutal, Metin (1997) 151 sayılı ILO Sözleşmesi ve Türkiye'nin Uyumu, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, Ankara: Kamu-İş Yayınevi.

Kutal, Metin, (2010), Uluslararası Çalışma Normları Karşısında 1982 T.C. Anayasası'nın Grev Hakkına İlişkin Hükümleri, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, İstanbul: Kamu-İş Yayınevi.

Narmanlıoğlu, Ünal (1990) Grev, Ankara: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi.

Sur, Melda, (2016), “Grev, Toplumsal İhtiyaçlar ve Asgari Hizmet”, İstanbul Üniversitesi: Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı: 1, 1021-1038.

Talas, Cahit (1990) Toplumsal Politika, Ankara: İmge Kitapevi.

Tuncay, A. Can - Savaş, F. Burcu (2016) Toplu İş Hukuku, İstanbul: Beta Yay.

Tunç, Hasan- Arıcı, Kadir (2010) Kamu Görevlilerinin Sendikal ve Demokratik Hakları Çalışmayı, Ankara: Başbakanlık Basımevi.

Uçkan, Banu (2013) 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Çerçevesinde Türkiye’de Kamu Görevlileri Sendikacılığı, İstanbul: Legal Yayınevi.

Ünal, Emel, (2012), “Türkiye’de Memurların Sendikal Hakları Çerçevesinde Grev Hakkı”, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/24669/EmelUNALtez.pdf

İnternet Kaynakları

www.resmigazete.gov.tr.

<https://www.uyap.gov.tr>.

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf

<http://www.goc.gov.tr/files/files/AIHS.pdf>

https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412361/lang--tr/index.htm

https://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_412372/lang--tr/index.htm

<https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm>

https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377291/lang--tr/index.htm

KÖTÜLEYİCİ REKLAMLARIN TESPİTİNDE ESAS ALINACAK ORTALAMA TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜ

*The Criterion of Average Consumer in the Context of Disparaging
Advertisements*

Dr. Pelin KARAASLAN*

Geliş Tarihi: 01.08.2019 Kabul Tarihi: 31.10.2019

ÖZET

Reklamlarda rakibi ya da başkalarını gereksiz yere kötüleyen ifadelerin kullanılması, dürüstlük kurallarına aykırı olan ve bu nedenle reklamcılıkta hukuken yasaklanan eylemlerden biridir. Ancak “neye göre ve kime göre kötüleyici” sorusu uygulamada pek tartışılmamıştır. Her ne kadar reklam hukukunda incelemeye esas olan kriter “ortalama tüketicinin bakış açısı” olsa da söz konusu kriterin bugüne kadar içinin doldurulmaya çalışıldığı alan aldatıcı ve yanıltıcı reklamlarla sınırlı kalmıştır. Kötüleyici reklamlar ile ilgili mahkeme ve Reklam Kurulu kararlarında ortalama tüketicisi ölçütüne pek vurgu yapılmadığı görülmektedir. Bu durum kimi zaman reklam veren açısından haksız sonuçlar doğurabilir. Özellikle içinde mizah öğeleri barındıran reklamlar bakımından ilgililerin bakış açısı önem teşkil eder. Öte yandan “kötü” gibi öznel bir kavramı “ortalama tüketicinin bakış açısı” gibi objektif bir ölçüt ışığında değerlendirmek her zaman kolay değildir.

Ortalama tüketicisi ölçütünün kötüleyici reklamlar bakımından ne ifade ettiği, aldatıcı reklamlar için belirlenen ölçütlerle ne kadar paralellik gösterdiği bu çalışma kapsamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Reklam Hukuku, Tüketicisi Hukuku, haksız rekabet, kötüleyici reklamlar, ortalama tüketicisi

ABSTRACT

The use of disparaging remarks about the competitors or others in the advertisements is one of the acts contrary to the requirement of good faith, and for that reason legally prohibited in the advertising business. However, the question of “disparaging according to what and whom” has not been discussed much in practice. Although the “viewpoint of the average consumer” serves as a basis for examination in the advertisement law, the areas applicable for this criterion till now have remained limited to the deceptive and misleading advertisements. It is to be observed that there is little emphasis on the average consumer criterion in decisions of national courts and those of Advertising Board regarding disparaging advertisements. This can sometimes have unfair consequences for the advertiser. Particularly in terms of ads that contain humor elements, the point of view of those concerned is important. On the other hand, it is not always easy to evaluate a subjective concept such as “disparaging” by using an objective criterion such as the average consumer perception.

The meaning referred to by the criterion of average consumer in respect of the disparaging advertisements and how it is parallel with the criteria determined for disparaging advertisements was examined under the scope of this study.

Keywords: Advertisement Law, Consumer Law, unfair competition, disparaging advertisements, average consumer

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, pkaraaslan@anadolu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5695-192X

GİRİŞ

Reklam,¹ tüketicilerle iletişim kurmanın en iyi yoludur. Çok iyi kalitedeki bir ürünün bile, etkin bir reklamla tanıtımı yapılmadığı sürece geniş bir tüketici grubuna ulaşma şansının az olduğu bugün bilinen bir gerçektir. Özellikle rekabetin oldukça yoğun yaşandığı günümüz serbest piyasa ekonomilerinde reklam, bir ürünün varlığı ve özellikleri konusunda tüketiciye farkındalık sağlayarak, bir yandan işletmelerin satışlarını arttırmasına imkân verirken, diğer yandan da bu işletmelerin piyasadaki rakiplerini tanımasına ve buna göre rekabet politikalarını oluşturmalarına katkıda bulunur.

Reklamlar yalnızca üreticilere ve işletmelere yarar sağlamakla kalmaz, aynı zamanda vakit ve emek tasarrufu sağlaması bakımından tüketiciye de faydalı olur. Nitekim tüketiciler, farklı ürünlerin varlığından reklamlar sayesinde haberdar olurlar ve bunları aramak için özel bir çaba ve zaman harcamaya ihtiyaç duymazlar. Reklamcılık faaliyetlerinin tüketiciler açısından bir diğer büyük önemi ise rekabet ortamını kızıştırmaması ve böylelikle işletmeleri daha düşük fiyatla daha kaliteli ürünleri ya da hizmetleri sunmaya zorlamasıdır.²

Anılan bu rekabet ortamında işletmelerin, kendi ürünlerinin rakip firmalarından ayrılır yönlerini ortaya koymak ve bunu tüketicinin aklında kalır nitelikte kılmak istemeleri, onları reklamcılıkta orijinal ve etkili argümanlar ya da sloganlar bulmaya yönlendirir. Bu bağlamda reklamlarda abartılı ifadelerin ya da karşılaştırma kalıplarının kullanılması, kelime oyunları yapılması hiç de az rastlanmayan bir durumdur. Ancak bu ifadelerin, hukukun öngördüğü “hoşgörülebilirlik” sınırını aşmaması gerekliliği, işletmelerin reklamcılık faaliyetlerinde özellikle dikkat etmeleri gereken hususlardandır.

Reklamlardaki ifade özgürlüğüne, hukukun pek çok alanında sınırlama getirilmiştir. Özel hukuk bakımından bir tanesi de “reklamda kötüleme” hususunda karşımıza çıkmaktadır. Ancak “kötü” gibi sübjektif bir kavramı, reklam hukukunda esas alınan “ortalama tüketici algısı” gibi objektif bir ölçüt ışığında değerlendirmek her zaman kolay değildir. Zira bir tüketiciye göre kötü olan bir özellik, bir başka tüketicinin arayıp da bulamadığı şey niteliğinde olabilir. Örnek olarak, Çaykur Firması’nın “Didi” markasını taşıyan

¹ Ticari reklam, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 61/1, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 4-n ve Reklam Kurulu Yönetmeliği m.3-ı hükümlerine göre; ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak, bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralınmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyuruları ifade eder.

² Reklamların, pazarlama faaliyetleri açısından önemine değinen bir çalışma için bkz. Remziye Terkan, Importance of Creative Advertising and Marketing According to University Students’ Perspective, International Review of Management and Marketing, Vol. 4, No. 3, 2014, pp.239-246.

“soğuk çay” ürünüyle ilgili yapılan, rakipleri kötüleyici ve doğru olmayan ifadeler içerdiği gerekçesiyle 2015 yılında yasaklanan reklamı gösterilebilir.³ Söz konusu reklamda ünlü bir rap sanatçısı tarafından seslendirilen ve “*Acaba ne içeyim yanında yemeğin. Sarmanın, sotenin, makarna ve böreğin... Ayrıncı denedim o uyutuyor zaten. Sofrada “Didi” evet kana kana için...Her yemeğin yanında “Didi” gider...*” ifadelerini içeren şarkı sözleri ile, bir sofraya içeceği olan ayrıncının herhangi bir veriye dayanmadan kötülendiği, tüketicilere ayrıncı tüketimini engellemeye yönelik olumsuz bir mesaj verildiği ve böylece ayrıncı pazarında faaliyet gösteren firmalar aleyhine haksız rekabet yaratıldığı ileri sürülmüştür. Peki bir içeceğin uyku getirici nitelikte olması kime göre kötüdür? Kuşkusuz ki uykusuzluk rahatsızlığı çeken ya da örneğin akşam yemeğinden sonra erkenden uyumak isteyen bir tüketici açısından ayrıncının uyku getirici olarak nitelendirilmesi “kötü” bir durum yaratmaz; tam tersi sırf bu yüzden bile tüketici yemekle birlikte ayrıncı tüketmek eğiliminde olabilir. O halde “ortalama tüketici” kriterinin kimi, hangi çevreyi ifade ettiği ve bu çevrenin algısı incelenirken hangi verilerin dikkate alınması gerektiği somut olay değerlendirmesinde önem taşımaktadır. Ortalama tüketici ölçütü ile ilgili bahsi geçen ve çalışmamızın da konusunu oluşturan bu sorulara yanıt aramadan önce “kötüleyici reklam” olgusunun mevzuatta ne şekilde düzenlendiğini ve kavramsal olarak ne ifade ettiğini tespit etmek yerinde olacaktır.

I. KÖTÜLEYİCİ REKLAMLARIN MEVZUATTA DÜZENLENİŞİ

Kötüleyici reklamlara ilişkin olarak, ulusal mevzuatın farklı alanlarında çeşitli hükümlere rastlamak mümkündür. Her şeyden önce kötüleyici reklamlar, dürüstlük kuralına aykırı reklam ve satış yöntemlerinin kanunda yer alan örneklerinden biri olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 55. maddesi kapsamında yer almaktadır. Nitekim TTK m.55/1, a-1 gereğince, başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek haksız rekabet yaratan fillerdendir. Bunun yanında TTK kötülemeyi, karşılaştırmalı reklamlar bakımından da gözetilmesi gereken bir husus olarak değerlendirmiş ve bir işletmenin kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmanın haksız rekabet olacağını TTK m. 55/1, a-5 ile hükme bağlamıştır. Söz konusu hükümlere dayanarak dava açabilecek kişiler TTK m. 56’da belirtilmiş olup bunlar; müşterileri, kredisi, meslekî itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek olan kişiler, ekonomik çıkarları

³ 11.08.2015 tarihli 239 Sayılı Reklam Kurulu toplantısında “Dosya No: 2015/967” için alınan söz konusu karara <https://tuketici.gtb.gov.tr/reklam-kurulu/reklam-kurulu-kararlari> linkinden ulaşılabilir.

zarar gören veya böyle bir tehlikeyle karşılaşabilecek müşteriler ile bu kişilerin menfaatlerini korumaya yetkili kurum ve kuruluşlardır.

Ticari reklamlarla ilgili bir diğer düzenleme de 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 61. maddesinde yer almaktadır. Kanunda kötüleyici reklama yönelik özel bir ifade yer almamaktadır. Ancak TKHK m. 61/II'de reklamların genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmalarının esas olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla ticari reklamlarda rakipleri kötüleyici ifadelerin kullanılması, yukarıda anılan hükümlerin yanında TKHK m. 61/II'ye de aykırılık oluşturacaktır. Nitekim TKHK'ya dayanılarak hazırlanan 10/1/2015 tarihli ve 29232 sayılı Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği⁴ de 10. maddesi ile reklamların; hiçbir kişi, kurum veya kuruluşu, ticari ya da mesleki faaliyeti, malı ya da hizmeti, reklamı veya markayı aşağılayamayacağını, açıkça alay konusu edemeyeceğini ve benzeri bir biçimde kötüleyemeyeceğini öngörmüştür. Aynı yönetmelikte karşılaştırmalı reklamları düzenleyen m. 8/I-g ise kötüleyici reklamı, esasen yasal olan karşılaştırmalı reklamın yasal olmayan bir icra ediliş şekli olarak değerlendirmiş ve karşılaştırmalı reklamın, rakiplerin fikri ve sınaî mülkiyet haklarını, ticaret unvanını, işletme adını, diğer ayırt edici işaretlerini, mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması gerektiğini düzenlemiştir. Bu düzenlemeler, kötüleme fiilinden etkilenen rakipler dava açmasa dahi Reklam Kuruluna,⁵ 03.07.2014 tarihli Reklam Kurulu Yönetmeliği'nin 7. Maddesi uyarınca re'sen inceleme ve denetleme yetkisi vermektedir.⁶ Söz konusu idari denetimi Reklam Kurulu tüketicilerden gelen başvuru üzerine de gerçekleştirebilir (Reklam Yönetmeliği m. 8).

Reklamlarda kötüleme Avrupa Birliği mevzuatında da düzenlenmiştir. 12.12.2006 tarih ve 2006/114 sayılı Yanıltıcı ve Karşılaştırmalı Reklam Direktifi'nin 4/d maddesine göre, karşılaştırmalı reklam rakip bir firmanın ticari markalarının, ticari unvanlarının, diğer ayırt edici markalarının, mallarının, hizmetlerinin, faaliyetlerinin, ya da içinde bulunduğu şartların itibarını zedelemeyecek veya kötülemeyecek tarzda yapılmalıdır.

Mehaz İsviçre Haksız Rekabet Kanunu (UWG) Art. 3 lit. 1-a hükmü de başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalar yoluyla kötülemek fiilini haksız rekabete örnek teşkil eden fiiller arasında saymış-

⁴ Çalışmanın bundan sonraki bölümünde yalnızca "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

⁵ T.C Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü bünyesinde yer alan Reklam Kurulunun yapısı, işleyişi ve tüketicinin hukuka aykırı reklamlara karşı korunması bakımından rolü için bkz: Numan Tekelioğlu, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 150 vd.

⁶ Bkz. İ. Yılmaz Aslan, Tüketici Hukuku Dersleri, 6. Bası, Ekin Yayınevi, Eylül 2016, s. 77.

tır. Bu genel düzenlemenin yanında karşılaştırmalı reklamlar Art. 3 lit 1-e hükmünde ayrıca düzenlenmiş ve esasen hukuka uygun olan karşılaştırmalı reklamların, bir işletmenin kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırma içermesi halinde haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmiştir. Anılan hükümler açısından UWG ile TTK paralellik göstermektedir.

Görüldüğü gibi kötüleme fiili gerek sıradan reklamların gerekse karşılaştırmalı reklamların hukuka aykırılığı sonucunu doğurabilmektedir. Karşılaştırmalı reklamları sıradan reklamlardan ayıran pek çok unsur elbette ki vardır; ancak “kötüleme” fiili her iki reklam türü açısından aynı şekilde yorumlanmalıdır. Zira aksine bir çıkarım yapılmasına imkân verecek bir yasa hükmü bulunmamaktadır.

II. KAVRAM OLARAK “KÖTÜLEYİCİ REKLAM”

A. Konusu ve İcra Ediliş Şekli

Kötüleyici reklamlara ilişkin yukarıda anılan normlarda “kötüleyici reklam” ya da “kötüleme” kavramlarına dair bir tanım yer almamış, yalnızca kötüleme fiilinin konusuna ve icra ediliş şekline yönelik açıklamalarda bulunulmuştur. Doktrinde kötüleme “bir kişi hakkında olumsuz intiba yaratılması”⁷ ya da “muhatabın üzerinde olumsuz etki yapan, her türde ve içerikteki karalayıcı veya küçültücü açıklama”⁸ olarak tanımlanmıştır. Mevzuata göre kötülenin konusunu oldukça geniş bir yelpaze oluşturur. Bir kimsenin kendisi⁹ (dolayısıyla kişilik hakkı)¹⁰, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, ürün fiyatları, fikri ve sınai

⁷ Füsün Nomer Ertan, Haksız Rekabet Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 131; aynı şekilde Cüneyt Bellican, Bir Haksız Fiil/Haksız Rekabet Fiili Olarak Başkalarının Ya Da Ürünlerinin Kötülenmesi, Fasikül Hukuk Dergisi, Sayı: 111, Şubat 2019, s.664.

⁸ R. Tamer Pekdiğer, Kötüleme Suretiyle Haksız Rekabet Eylemi ve Bazı Özel Durumlar, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Temmuz 2017 Özel Sayı) Cilt 16, Sayı 2, s. 514

⁹ “Kendisi” demek reklamdaki kötüleyici ifadelere konu olan kimselerin ille de bir ya da birkaç kişiden oluşması ve bunların da ismen teşhis edilebiliyor olması demek değildir. Belirlenebilir bir gruba işaret ediliyor olması yeterlidir. Buna karşın, bütün rakiplere yönelik kullanılan ifadelerin hukuken değerlendirilmesi nispeten daha zordur ve her somut olayda farklılık gösterebilir. Örneğin “bırakın pahalı rakip ürünleri, bizi tercih edin” gibi bir ifade, tüm rakiplerin ürünleri daha pahalı olmasa dahi hukuka aykırılık teşkil etmezken (bu bağlamda kıyaslayınız: OLG Hamburg GRUR 1992, 531), “tek kaliteli marka bizimki” gibi bir ifade kötüleyici reklam sayılabilir.

¹⁰ Türk Medeni Kanunu’nun 24. maddesinde, kişilik hakkına yapılan saldırının unsurları ile hukuka aykırılığı, 25. maddesinde ise, kişilik hakkına karşı yapılan saldırının dava yolu ile korunacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla reklamdaki ifadeler nedeniyle kişilik hakkı zedelenen kimsenin bu hükümler gereğince kanun yollarına başvurması mümkündür (ayrıca bkz. Nomer Ertan, s. 146 vd).

mülkiyet hakları gibi bir işletmenin kendisinin ya da onu işletenlerin “maddi ya da manevi değerini” oluşturabilecek her türlü olgu, kötüleme fiilinin konusudur.

Söz konusu hükümlerde ayrıca kötüleme davranışının yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalar yoluyla icra edilebileceğine vurgu yapıldığı görülmektedir. Yanlış açıklamalar, bilgi açıklamaları niteliğinde olup iddia edilen durumun gerçeği yansıtmaması ya da gerçeği yansıttığına dair kesin kanıtların mevcut olmaması halinde söz konusu olabilir.¹¹ Yanıltıcı açıklamalar ise, içeriği doğru dahi olsa tarzı ve içeriği ile birlikte değerlendirildiğinde açıklamanın muhatabının yanılgıya düşmesine sebep olabilecek beyanlardır.¹² Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken bir husus şudur ki, yanlış veya yanıltıcı beyanlar yalnızca kötüleyici reklamlar kapsamında değil, bunun yanında TTK m. 55’te yer alan diğer bazı hallerde ve aldatıcı karşılaştırmalı reklamları düzenleyen Yönetmelik m. 8/1-b ile diğer her türlü aldatıcı eylemi düzenleyen Yönetmelik m. 29 kapsamında da hukuka aykırılığın unsurlarından biri olarak anılmıştır. Avrupa Birliği’nin Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönergesi’nin 2. Maddesinde aldatıcı reklam, “sunulması da dâhil olmak üzere herhangi bir şekilde yöneltildiği veya ulaştığı kişileri yanıltan veya yanıltması muhtemel olan ve bu yanıltıcı niteliği dolayısıyla onların ekonomik davranışlarını etkilemesi muhtemel olan reklamlar” olarak tanımlanmıştır. Uygulamadaki örneklerine bakıldığında,¹³ aldatıcı reklama yol açan yanlış ve yanıltıcı açıklamaların, daha çok reklam veren işletmenin kendi bünyesindeki mal ve hizmetlere ve benzeri değerlere yönelik açıklamalar niteliğinde olduğu görülmektedir.¹⁴ Dolayısıyla mevzuatta “aldatıcı reklam” olarak ifade edilen reklamı yapan işletmenin amacı esasen kendi ürün ya da faaliyetlerini olduğundan daha iyi göstererek rakiplerine nazaran öne çıkarmak iken kötüleyici reklamı yapanın/yaptırtanın amacı, rakip firmaları yanlış ve yanıltıcı açıklamalarla kötü göstererek kendini öne çıkarmaktır. Ancak her iki hukuka aykırılık türünün somut olayda bir arada var olması da mümkündür.

Türk Ticaret Kanunu’na göre yanlış ve yanıltıcı reklamlar dışında kötüleyici reklamların bir diğer icra edilmiş şekli de rakibi gereksiz yere incitici açıklamalar kullanmaktır. Gereksiz yere incitici beyanlar TTK m. 55/1, a-1 gerekçesinde

¹¹ Ansgar Ohly, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), § 4 Rn. 1/19, 7. Basım, Münih 2016; Pekdiñer, s. 516.

¹² Nomer Ertan, s. 139; Pekdiñer, s. 517.

¹³ Çeşitli sektörler bakımından tüketicilere yönelik aldatıcı reklamlara ilişkin örnekler için bkz. Ergun Özsunay/Murat Özsunay, Mili Şerh, Editörler: Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016, s. 994-997.

¹⁴ TTK m.55/1, a-2 bakımından ise bu husus “Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek” ifadesiyle açıkça düzenlenmiştir.

“amacını aşan değer yargıları” olarak tanımlanmıştır. Bir eleştiriyi amacını aşan değer yargısına dönüştüren şey ise “o eleştirinin yapılmasındaki ölçsüzlük ve uygun olmayan üslup” olarak ifade edilmiştir.¹⁵ Böylesine bir amacını aşma durumu varsa, yapılan beyanla ilgili olarak gerçeklik payı olsa dahi eleştiri (beyan) incitcidir. Bununla birlikte incitici açıklamalar, sadece açık bir eleştiri şeklinde değil, diğer şekillerde, örneğin sözlü veya yazılı ifadeler, görüntüler, işaretler, jestler, mimikler, sesler yoluyla da yapılabilir.¹⁶

Öte yandan gerek yanlış gerekse yanıltıcı ya da gereksiz yere incitici açıklamaların, piyasa katılımcılarını etkilemeye yönelik ortamlarda yapılmış olması gerekmektedir. Bu nedenle, iki arkadaşın sohbeti esnasında geçen veya doğrudan rakibin kendisine iletilen sözler ya da benzer açıklamalar kötüleyici ifadeler içerse dahi yukarıda anılan hükümlere aykırılık oluşturmazlar.¹⁷

B. Kapsamı

TTK m. 55/I, a-1 gerekçesinde kötüleminin kapsamına da yer verilmiştir. Buna göre kötüleme, somut olaya göre karalamayı, perdelemeyi, değerini küçümsetmeyi ve düşürmeyi de kapsayan bir olgudur. Yönetmeliğin 10. maddesi ise reklamların; hiçbir kişi, kurum veya kuruluşu, ticari ya da mesleki faaliyeti, malı ya da hizmeti, reklamı veya markayı aşağılayamayacağını, açıkça alay konusu edemeyeceğini ve benzeri bir biçimde kötüleyemeyeceğini öngörmüştür. Kötüleminin ve açıkça alay konusu etmenin birbirine denk tutulması, her türlü eleştirinin ya da (bir karşılaştırma durumu söz konusu olduğunda) bir ürünün diğerinden daha iyi olan yanlarının açıkça ortaya konduğu her durumun kötüleme fiilini oluşturmayacağı anlamına gelmektedir.¹⁸ Özellikle de haklı bir nedene dayalı olarak yapılan eleştirilerin, reklamın hukuka aykırılığı sonucunu doğuracak nitelikte “kötüleme” sayılacağından bahsedilemez.

Gerek TTK gerekse Yönetmelik bakımından bir açıklamanın “kötüleme” sayılabilmesi için, bunun objektif olarak haksız olması ya da haklı olmanın bahsettiği sınırlar dışında bir üslup ile ortaya konması gerekir. Tüm bu olgular ışığında, kötüleyici reklamları, “bir kişiye veya gruba ait maddi ve manevi

¹⁵ Karşılaştırmalı reklamlar bakımından ayrıca bkz. **Emrehan İnal/Başak Baysal**, Reklam Hukuku ve Uygulaması, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008, s. 61-62; **Hediye Bahar Sayın**, Haksız Rekabet Açısından Karşılaştırmalı Reklamların Unsurları ve Türleri, Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi (Proceedings Book of 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Social Sciences, Yıl: 2017) s, 258-259; **Savaş Bozbel**, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 112.

¹⁶ Örneğin Köln İstinaf Mahkemesi bir kararında (OLG Köln NJWE-WettbR 1999, 277) rakibin yenik, kıskanç ve çaresiz bakışlarla görselleştirilmesini hukuka aykırı bulmuştur.

¹⁷ **Nomer Ertan**, s. 132 vd.

¹⁸ **İnal/Baysal**, s. 61; Sayın, s.258; **Hermann-Josef Omsels**, Kommentar zum UWG (Editörler: Henning Harte-Bavendamm/FraukeHenning-Bodewig), 4. Basım, Münih 2016, § 4 Nr. 1, Rn. 18.

değerleri oluşturan olguları nesnel bir haklılığa dayanmaksızın karalayan, perdeleyen, küçümseyen ve/veya benzer bir şekilde zedeleyen yanlış, yanıltıcı ya da gereksiz yere incitici açıklamalar” olarak tanımlamak mümkündür.

C. Kötülemenin “haksızlığı”

1. Kötülemenin önemli derecede olması

Tüketici hukuku ve haksız rekabet hukukunda kötüleme fiili ile ilgili yukarıda anılan şekilde bir “haksızlık” unsurunun var olabilmesi için her şeyden önce kötülemenin “önemli” olması, yani rakibin itibarını veya rakip işletme aleyhine tüketicinin satın alma kararını etkileyebilecek nitelikte olması gereklidir.¹⁹ Doktrinde bu durum TTK’da düzenlenen kötüleyici reklamlar açısından “yaratılan olumsuz intiba ancak kişinin ticari hayatını da etkilemesi durumunda haksız rekabet olarak nitelendirilir” demek suretiyle açıkça ifade edilmiştir.²⁰ Aynı tutum, Yönetmelik m.8/1-g ve m.10’da düzenlenen kötüleyici reklamlar bakımından da aranmalıdır. Zira bu hükümlerin yasakladığı fiillerde de kötüleyici açıklamaların yöneltildiği kişi ya da nesnelere yönelik bir itibarsızlaştırma ya da olduğundan daha değersiz gösterme durumu söz konusudur. Yukarıda da işaret edildiği üzere, Yönetmelik’te kötülemenin ve açıkça alay konusu etmenin birbirine denk tutulduğu görülmektedir. Bu nedenle sadece piyasa aktörlerinin gözünde bir “itibar ya da değer azalması”²¹ ihtimali yaratan fiiller, reklamlar bakımından kötüleyici kabul edilmelidir.²²

Kötülemenin önem derecesini “kötülemenin haksızlığı” incelemesine dâhil etmek istememizdeki sebep, burada herhangi bir ortamda yapılan kötüleyici açıklamalardan değil, ticari reklamlardan bahsediyor olmamızdır. Bu reklamların belli bir ölçüde mizah, abartı ve ironiden beslendiği hususu bugün herkesçe kabul edilen bir gerçektir. Özellikle de karşılaştırmalı reklamlarda rakibe yönelik belli bir “dokundurma” bu reklam türünün kendi kavramsal özelliğini oluşturur. Dolayısıyla, reklamda ortaya konan ifadeler reklamın yöneldiği kesimce hiçbir şekilde ciddiye alınmayacak nitelikte iseler ve söz konusu kesim reklamdaki mizahi unsurları kolaylıkla ayıklayıp kendisi için gerekli olan bilgiyi içinden seçip alabilecek durumdaysa, kullanılan ifadeler

¹⁹ İsviçre için bkz. **Lorenza Ferrari Hofer, David Vasella**, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRGund KKG, Art. 3, s. 445; Nicolas Schwarz, *Werberecht-Ein Leitfaden für Praktiker*, s. 36.

²⁰ **Nomer Ertan**, s. 131.

²¹ Nitekim kötüleyici reklamın yukarıda anılan AB Yönergesinde kullanılan “herabsetzende Werbung” şeklindeki Almanca ifadesi ile “Denigrating Advertising” şeklindeki İngilizce ifadelerinde de kavramsal olarak bir değer azalması unsuru görülmektedir. Öte yandan aldatıcı reklamların da hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi için “önemli olma” şartı aranmış ve bu da aldatıcı reklamların Yönerge’de “ekonomik davranışları etkilemesi muhtemel olan” şeklinde ifade edilmesinden kaynaklanmıştır.

²² **Ohly**, § 4 Rn.12.

kötüleyici sayılmazlar.²³

O halde haksızlık unsurunun tespitinde reklamdaki beyanın hangi bütünlük içerisinde kullanıldığı değerlendirilmelidir. Reklamın içerisinden tek bir kelime ya da cümle cımbızla seçilip bütüne altına tutulmamalı, ifadelerin bütününe bakılmalıdır.²⁴

2. Hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması

İşletmenin itibarını zedelemeye yönelik bir ifade ya da beyanın reklamda kullanıldığının tespiti de her zaman “haksızlık” unsuru için tek başına yeterli değildir; zira somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması ihtimali de söz konusudur.²⁵ Bu bağlamda ilk akla gelen, anayasal güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden basın özgürlüğü²⁶ ile düşünce ve kanaatleri açıklama özgürlüğüdür.²⁷ Nitekim Anayasa m. 26 ve AİHS m. 10 herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğunu hüküm altına almıştır. Ticari ve ekonomik kazanç gütmeye amacıyla reklam vb. mecralarda ortaya konan ifadelerin (commercial speech) de bu bağlamda korunması gerekliliği genel olarak kabul edilmekle birlikte, bu korumanın kapsamının ekonomik ve ticari amaçla kullanılmayan (örneğin siyasi, bilimsel ve sanatsal) ifade ve beyanlar ile

²³ Bilhassa Almanya’da bu durumu vurgulayan çok sayıda mahkeme kararı vardır. Örnek olarak bkz. BGH GRUR 2002, 828, 830 – Lottoschein; BGH GRUR 2002, 982, 984 – Die „Steinzeit“ ist vorbei!; BGH GRUR 2010, 161 Rn 20 – Gib mal Zeitung; ayrıca bkz. **Omsels**, § 4 Nr 7 Rn 18.

²⁴ **Ohly**, § 4 Rn. 1/14.

²⁵ Bu durumu, kötülemenin “gereklilik” kıstası taşıyıp taşımadığı bağlamında inceleyen yazarlar mevcuttur: bkz. örn., **İnal/Baysal**, s. 62.

²⁶ Yargıtay bir kararında (11. H.D. E. 2018/1519, K. 2019/3205, T. 29.4.2019) “*Davalı tarafından kaleme alınan yazıda kullanılan ifadelerin ifade ve basın özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilmesi gerekecektir. AİHM’in yerleşik içtihatlarında, ifade özgürlüğünün sadece kabul edilen, zararsız ya da farklı olan bilgi ya da düşünceler için değil, ayrıca hoş gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğu ifade edilmekte, kamu yararı bakımından özel bir önem atfedilen basın özgürlüğünün ise bir derece abartıyı ve hatta tahriki bile sınırları kapsamına aldığı belirtilerek, basının okuyucuların ilgisini çekebilme adına sansasyonel ve rahatsız edici ifadeler kullanarak haber yapabileceği ve basın yoluyla bu şekilde görüş açıklanabileceği kabul edilmektedir. Yapılan açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, her ne kadar davalı tarafından kaleme alınan yazıda davacı şirket yöneticisine hitaben “küstah” ve “cingöz recai” gibi ifadeler kullanılmışsa da, anılan ifadelerin incitici nitelikte kabul edilemeyeceği, reklamcılık alanında öğretim görevlisi olarak görev yapan davalı tarafından bu alanla ilgili bir hususta toplumu ve ilgili tüketiciyi bilgilendirme amacıyla sansasyonel ve rahatsız edici ifadeler kullanılarak kaleme alınmış bir eleştiri niteliğinde olduğu ve belirtilen nitelikleri hasebiyle haksız rekabet teşkil etmediği anlaşılmaktadır. Belirtilen nedenlerle, mahkemenin, anılan ifadelerin incitici niteliği hasebiyle haksız rekabet teşkil ettiği şeklindeki görüşü isabetli bulunmamış, mahkemenin kabul şekli nazara alınarak hükmün anılan nedenlerle de bozulmasını gerektirmiştir.” ifadelerine yer vermiştir (www.kazanci.com)*

²⁷ Ayrıca bkz. **Pekdiğer**, s. 523 vd.

aynı ölçüde olup olmayacağı konusunda fikir ayrılıkları mevcuttur.²⁸ Bir görüşe göre ticari çıkarlara hizmet eden ifadeler, siyasi ifadeler ve sanatsal ifadelere göre daha az koruma görmelidir.²⁹ Ancak böyle bir üstün tutmayı haklı kılacak bir sebep anayasanın ilgili maddelerinde yer almamaktadır. Öte yandan ticari ve ekonomik kazanç gütmeye amacıyla ortaya konan ifadelerin aynı zamanda hiciv, parodi, pandomim gibi sanatsal ifadeler ile kendini gösteriyor olması da mümkündür. Bu durumda reklamda kullanılan ifadelerin, sanat özgürlüğü kapsamında hukuka uygunluk nedeni oluşturması da mümkündür.³⁰

Ne var ki reklamlarda kullanılan siyasi, mizahi, bilimsel ve sanatsal ifadelerin hukuka uygunluk nedeni oluşturması mutlak olmayıp yapılacak olan hukuki değerlendirmede reklam veren ve reklamdaki ifadelerden zarar gördüğü iddiasında bulunan işletme arasındaki menfaat dengesinin de göz önüne alınması gerekmektedir. Her ne kadar ifade özgürlüğü, ifadenin ne ile ilgili olduğu önemli olmaksızın Anayasal koruma altında olsa da bu temel hakkın karşısında yer alan “olumlu prestiji koruma” çıkarı da Anayasa’nın 48 vd. maddeleri ile güvence altına alınan çalışma hürriyetinin bir yansımasıdır. İki temel hakkın karşı karşıya geldiği bu tip durumlarda menfaat dengesinin ne şekilde çözüleceğine ilişkin olarak, kullanılan ifadelerin maddi olgulara mı yoksa değer yargılarına mı dayandığı önem taşımaktadır.

Şayet reklamdaki ifadeler, rakiplerle ilgili maddi olgulara, yani doğru ya da yanlış şeklinde ispatlanabilecek vakalara dayanıyorsa, iddiaların yanlış ya da doğruluğunun kanıtlanamıyor olması reklamda kullanılan ifadeyi haksız kılar.³¹ Dolayısıyla örneğin “en iyi reklamımızı rakibimizin ürünleri yapıyor” şeklinde bir ifade, içinde mizahi öğeler barındırıyor olsa da reklamın bütünü değerlendirildiğinde haksız bir kötüleme fiili teşkil edebilir.³² Buna karşın gerçek olguları temel alan ithamlar (örneğin rakibin reklamda konu edilen hizmetler bakımından arz potansiyelinin sınırlı olduğuna ya da rakip ürünlerin fiyatının daha pahalı olduğuna işaret eden gerçeği yansıtan açıklamalar) uygun bir üslup ile kullanıldığı ve gereksiz yere incitici olmadığı sürece hukuka uygundur.³³ Gereksiz yere incitici olup olmama bakımından reklamın hedef

²⁸ Konu için bkz. **Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamaları, 11. Basım, Ankara 2016, s. 378; **Eike Ullmann**: Einige Bemerkungen zur Meinungsfreiheit in der Wirtschaftswerbung, GRUR 1996, 448.

²⁹ Bkz. örn. **Angshar Ohly**: Das neue UWG –Mehr Freiheit für den Wettbewerb?, GRUR 2004, 889, 893.

³⁰ **Volker Michael Jänich**, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Basım, Münih 2014, § 4 Rn. 37; İsviçre için bkz. Samue Lötscher, DieMarkenparodie, Schriften zum Medien- und Immaterialgüterrecht, Band/Nr. 104, 2017, s.329 vd.

³¹ BGH WRP 2012, 77 Rn. 27 – Coaching-Newsletter; OLG Köln WRP 2013, 938 Rn. 15.

³² KG Berlin, Urteil vom 18.09.1998 – KG Aktenzeichen 25U607397 25 U 6073/97

³³ **Klaus Ikaş/Matthias Eck**, Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Basım, Münih 2017, § 6 (UWG) Rn. 111; ayrıca bkz. **İnal/Baysal**, s. 62.

kitlesinin bilgilenme hakkının hukuken korunan kapsamına da dikkat etmek gerekir. Rakibin gizli ve özel alanına dair yapılan gerçeğe uygun açıklamalar genellikle hedef kitlenin bilgilenme hakkının kapsamı dışında ve dolayısıyla haksız kabul edilebilecek iken,³⁴ rakibin önceden işlenmiş bir suç veya tatsız bir olaya adının karıştığına reklamda ifşa edilmesi somut olaydaki diğer durumlar ile birlikte değerlendirildiğinde hukuka uygun kalabilir.³⁵

Değer yargıları ise bir gerçekliği değil, bir değerlendirmeyi içeren ifadelerdir. Esasen ifade özgürlüğü kapsamında geniş koruma görmesi gereken reklam ifadeleri de bunlardır. Değer yargısı görünümündeki bir açıklamanın temel aldığı olgular ne kadar gerçek ve reklamın hedef kitlesinin aydınlatılmasına hizmet eder tarzdaysa, bu açıklamanın ifade özgürlüğü koruması altında kalması da o kadar mümkündür.³⁶ Bir nesnelige dayanmayan (yani rakiplerin ya da toplumdaki başkaca kişi ya da kesimlerin herhangi bir faaliyetini değil de doğrudan kendisini hedef alan) söylemlerde bulunmak ise hukuka uygunluk argümanından faydalanamaz.³⁷ Bir kimseyi halkın düşmanlığına ve aşağılamasına sebep olacak tarzda reklamda kötülemek, onun için namus ve onuruna dokunacak fiil yakıştırmalarında bulunmak, şeref ve haysiyetine sövmek ve küfretmek bakımından da durum aynı şekildedir. Zira insan onurunun mutlak dokunulmazlığı karşısında herhangi bir menfaatin hukuken üstün gelme şansı yoktur.

Reklamda bir kimseye ait din, dil, ırk, inanç, köken gibi unsurları kötülemek de yine mutlak surette reklamın hukuka aykırılığı sonucunu doğurmakla birlikte, bu tarz reklamların Yönetmelik m. 10'daki düzenlemeden de evvel m.5-d kapsamında³⁸ hukuka aykırılık oluşturacağı ve menfaat dengelerinin tespit edilmesi vs. gibi başkaca bir değerlendirmeye gerek kalmaksızın yaptırıma tabi tutulacağı açıktır.

III. KÖTÜLEYİCİ REKLAMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİNDE ORTALAMA TÜKETİCİ ALGISININ ROLÜ

A. Genel Olarak

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve buna bağlı yönetmelik açısından geçerli olan genel ilke, reklamların hukuka aykırılığının tespitinde reklamın muhatabının bakış açısının esas alınmasıdır.³⁹ Reklam verenin, reklamda

³⁴ Jänich, § 4 Rn. 37

³⁵ Ohly, § 4 Rn. 1/19; ayrıca bkz. Pekdiñer, s. 522.

³⁶ Ohly, § 4 Rn. 1/20; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 37. Basım, Münih 2019, UWG § 4 Rn. 1.18.

³⁷ Omsels, § 4 Abs. 1 Rn. 27.

³⁸ Anılan hükme göre reklamlar, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri özelliklere yönelik kötüleme, istismar, önyargı veya ayrımcılık içeremez.

³⁹ Her ne kadar bu ilke, TKHK ve Yönetmelik'te ticari reklamları değil de haksız ticari uygulamaları

kullanılan ifadeler bakımından kötüleme niyetiyle hareket edip etmediğinin ya da kullandığı ifadelerin anlamı ya da etkileri konusunda bilinçli olup olmadığının ise bir önemi yoktur. Haksız rekabet hukuku bakımından da durum aynı şekildedir.⁴⁰ TTK'da düzenlenen kötüleyici reklamların, esasen reklamı yapan işletmenin rakiplerinin çıkarlarını korumak amacıyla yasaklanması ve tüketicilerin çıkarlarını yalnızca dolaylı yoldan koruması, reklamın onu izleyen müşteri kitlesi gözünden değerlendirilmesine engel teşkil etmez. Bununla birlikte hukuki değerlendirmeye hedef kitleyi oluşturan bireylerin gösterdiği “her türlü düşünce, tutum ve algı” esas alınmaz. Buradaki kıstas, ortalama bir tüketicinin gösterdiği davranış modelidir.⁴¹ Yönetmelik ortalama tüketiciyi “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlamıştır (m. 4/I-j). Dolayısıyla hukuk uygulayıcıları, önlerine gelen olaylarda karar verirken kendilerini ortalama bir reklam izleyicisinin yerine koymalı, gerekli hallerde bu kimselerin bakış açısının tespit edilmesi için anket ya da uzman görüşü gibi verilerden yararlanmalıdır.

İncelemenin bundan sonraki kısmında reklamın yöneldiği hedef tüketici grubunun ve bu gruptaki ortalama tüketici modelinin kötüleyici reklamlar açısından nasıl tespit edilmesi gerektiği tartışılacaktır.

B. Kötüleyici Reklamın Hangi Unsurları Bakımından Reklamın Hedef Kitlesinin Görüşünün Esas Alınacağı Sorunsalı

Reklamların kötüleyici olup olmadığının tespitinde, reklamın muhatabının bakış açısının esas alınması pek çok noktada büyük önem arz eder. Bununla birlikte “bir kişiye ait maddi ve manevi değerleri oluşturan olguları nesnel bir haklılığa dayanmaksızın karalayan, perdeleyen, küçümseyen ve benzer bir şekilde önemli ölçüde zedeleyen yanlış, yanıltıcı ya da gereksiz yere incitici açıklamalar” olarak tanımladığımız kötüleyici reklamların somut olayda mevcut olup olmadığına dair yapılacak nihai tespitte reklamın hedef kitlesinin bakış açısını esas almak duruma uygun değildir. Zira tanım, “haklılığa dayanmayan” ve “gereksiz yere” gibi ampirik dayanaklar ile ortaya konması mümkün olmayan, salt hukuki tespitler gerektiren unsurlar içermektedir. Örneğin reklamlarda

düzenleyen hükümlerde yer almış olsa da (bkz. TKHK m. 62 ve Yönetmelik m. 28 vd.) ticari reklamlar bakımından da uygulanmalıdır. Zira TKHK gerekçesinde “Tüketiciye Yönelik Haksız Ticari Uygulamalara İlişkin 2005/29/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi” ile uyumun hedeflendiği belirtilmiş olup söz konusu Yönerge m. 2-d hükmünde ticari uygulamalar “bir işletmenin, ürünün tüketiciye tanıtımı, satışı veya tedariki ile doğrudan bağlantılı olan her türlü işlem, ihmal, davranış veya beyanı ile reklam ve pazarlamayı da içeren ticari iletişimi” olarak tanımlanmıştır.

⁴⁰ **Nomer Ertan**, s. 143; ancak tazminat talebi söz konusu olduğunda reklam verenin kusuru olup olmadığı önem taşır.

⁴¹ **Bellican**, s. 667; **Nomer Ertan**, s. 143.

kullanılan ifadelerin, koruması altında olduğu düşünce ve ifade özgürlüğünün diğer anayasal menfaatlerle çatışması halinde hakkaniyetin hangisinden yana geleceği, reklamın muhatabının bakış açısıyla tespit edilemez. Ancak elbette ki hukuk uygulayıcıları değerlendirme yaparken haklılık ve hukuka uygunluk kriterlerini reklamın yöneldiği kesimin sosyal ve kültürel yapısını göz önüne alarak tespit etmelidir. Dolayısıyla salt hukuki değerlendirme yapılırken bile reklamın yöneldiği toplum kesiminin özel durumları gözetilmek durumundadır.

Kötülemeye yönelik ifadeler “yanlış” ise ve haksızlığını da bu noktadan alıyorsa, “yanlış olma” tespiti de kural olarak (çok açık bir abartı teşkil etmediği sürece)⁴² ortalama tüketici bakış açısından yapılamaz.⁴³ Tam tersinden bakılacak olursa da örneğin “Trademark (ticari marka)” kelimesinin kısaltması olan “TM” ibaresini reklamı yapılan ithal ürünlerin markası üzerinde kullanan bir işletme, toplumun geneli bu ibareyi “Türk Malı” kelimesinin kısaltması olarak biliyor diye yanlış bir açıklamada bulunmakla itham edilemez.⁴⁴

Kötüleyici reklamların çekirdek unsurunu oluşturan “kötü” kavramının kendisi; özellikle de kullanılan ifadelerin karalama, perdeleme, küçümseme niteliğinde olup olmadığı ise reklamın muhatabının bakış açısıyla tanımlanmaya uygun; hatta tanımlanması gerekli bir kriterdir.⁴⁵ Kötülemenin “önemli” derecede olduğu, yani tartışma konusu ifadelerle konu olan kimseye ya da ürünlere yönelik tüketicinin tutum ve davranışlarını etkileyebilecek nitelikte olduğunun tespiti de yine bu bakış açısıyla değerlendirilmelidir.⁴⁶

C. İlgili Tüketici Grubunun Belirlenmesi

Reklamların hukuka uygunluğu, belirli bir tüketici kitlesi tespit edilip onun bakış açısı esas alınarak denetlenir. Peki söz konusu tüketici grubu nasıl belirlenmelidir?

Genel olarak reklamlar, herkesin görebileceği, izleyebileceği veya dinleyebileceği mecralarda yayımlanmış olsalar da konu aldıkları ürün ya da hizmet türü bakımından her zaman herkese hitap etmezler. Bazen, ürünün hedef aldığı özel bir tüketici kitlesi olabilir. Diyabetlilere yönelik hazırlanan özel besinler, çocuklara hitap eden ürünler, hamilelere özel kıyafetler ya da oldukça yüksek bir gelir seviyesine sahip kişilere yönelik yapılan reklamlar buna örnektir.

⁴² **Sabih Arkan**, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19. Baskı, Ankara 2014, s. 319; **Celal Göle**, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983; s. 64; **Tekelioğlu**, s. 74.

⁴³ **Göle**, s. 63.

⁴⁴ Bu ve benzer durumlar ancak somut olayın özelliğine göre “yanıltıcı ifade” teşkil edebilir.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 25. 4. 2002 - I ZR 272/99 (Nürnberg) die „Steinzeit“ istvorbei.

⁴⁶ Kıyaslayınız: **Stefan Koos**, Kommentar zum UWG (Editörler: Fezer/Büscher/Obergfell), 3. Basım, Münih 2016, § 6 Rn. 255

İşte reklamlar bu tür bir özel müşteri grubuna hitap eder nitelikteyse reklamın hukuka aykırılığının tespitinde yararlanılacak olan tüketici algısı, söz konusu müşteri kesimi ile sınırlandırılmalıdır.⁴⁷ Ancak burada kastedilen tüketici grubu, sadece reklamı yapılan ürünü hali hazırda satın almış olan kimselerden oluşmaz. Potansiyel alıcılar (çok teorik olmadığı sürece) ve kendisi satın almasa da söz konusu ürün veya hizmeti doğrudan kullananlarda hukuki değerlendirmeye esas alınacak muhatap kitleyi oluştururlar.⁴⁸

Eğer bu türden bir özel müşteri grubu yoksa, günlük hayatta pek çok kişi tarafından sıklıkla kullanılan ürünler ya da faydalanılan hizmetler bakımından ülkedeki genel tüketici kesimi dikkate alınmalıdır. Tüketici grubunu reklamı yapılan ürünün spesifik niteliklerine göre daraltmak, sınırlandırmak yersizdir. Yani söz gelimi reklamda asitli bir içecek tanıtımı yapılmaktaysa, tüketici grubunu “asitli içecek sevenler” olarak değil, genel nüfus olarak belirlemek gerekir.⁴⁹ Yine bu durumda da hem aktif ve potansiyel alıcılar hem de ürünü doğrudan veya dolaylı olarak kullananlar değerlendirmeye dâhil edilmelidir.

Reklam hukukunda genel ilke yukarıda izah edilen şekilde olmakla birlikte, kötüleyici reklamlar bakımından akla bir soru gelebilir ki o da reklamda tanıtımı yapılan mal ve hizmet türü ile reklamda kullanılan ifadeler yoluyla hakları zedelendiği iddia edilen işletmenin mal ve hizmet türü arasında bir fark olduğunda hangi tüketici kesiminin bakış açısının dikkate alınacağıdır. Kanımızca bu sorunun cevabı açıktır: Kötüleme neye yönelikse o şeyin hitap ettiği tüketici kesimi dikkate alınmalıdır. Farazi bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse; çok pahalı olan ve bu nedenle sadece belirli bir gelir seviyesinin üstündeki tüketici kesimine hitap eden “yemek saklama kapları” üreten bir firma “*piyasada doğru dürüst buzdolapları satılsaydı biz de böyle özel kaplar üretmek zorunda kalmazdık*” şeklinde ifadeler barındıran bir reklam yapsaydı, burada kullanılan ifadelerin kötüleyici olup olmadığının tespitinde gelir seviyesi yüksek olan ve söz konusu saklama kaplarını alabilme ihtimali olan kesim değil, genel olarak tüm tüketici grubunun bakış açısını esas almak gerekirdi. Zira buzdolabı, toplumun genelinde kullanılan ve herkese hitap eden bir ürün niteliği göstermektedir.

Öte yandan, daha önce belirttiğimiz gibi kötüleyici reklamdan söz etmek için kötüleme fiilinin mutlaka belli bir ürüne yönelik olması gerekmez; rakibin ya

⁴⁷ **Mehmet Ali Aksoy**, Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri Ve Uygulama Örnekler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (İÜHFİM) C. LXXIII, s. 290; **Nomer Ertan**, s. 144-145; **Tekelioğlu**, s. 78; İnal/Baysal, s. 27; Gunda Dreyer, Kommenar zum UWG (Editörler: HenningHarte-Bavendamm/FraukeHenning-Bodewig), 4. Basım, Münih 2016, § 3 Abs. 22 Rn. 14;

⁴⁸ **Karl N. Peifer/Eva Ines Obergefell**, Kommentar zum UWG (Editörler: Fezer/Büscher/Obergefell), 3. Basım, Münih 2016, § 5 Rn. 208; BGH GRUR 1971, 305 307 – Konservenzeichen II.

⁴⁹ Alman Federal Mahkemesinin benzer kararları için bkz. BGH GRUR 1982, 672, 674 – Aufmachung von Qualitätsseifen; GRUR 1990, 377, 378 – RDM.

da piyasadaki diğer aktörlerin doğrudan kendilerine yönelik kötuleyici ifadeler barındıran reklamlar da hukuka aykırıdır. Dolayısıyla örneğin “aklı olan tüketici bizim ürünümüzü satın alır” şeklinde reklam yapan bir işletme, tanıttığı ürün hangi tüketici kesimine hitap ederse etsin, kullandığı ifadeler bir genelleme niteliğindedir ve bu nedenle de hukuka aykırılığı toplumun genelinin bakış açısıyla tespit edilmelidir. Doğrudan rakibin kendisini hedef alan ifadeler içeren reklamlarda da yine benzer bir bakış açısı izlenmeli ve hakkında olumsuz ifadeler kullanılan işletmenin tüm faaliyet alanlarındaki müşteri çevresi değerlendirmeye esas tutulmalıdır. Zira “kötüleme” işletmelerin prestijini etkileyen bir husustur. Doğrudan işletmenin kendisine yönelik kullanılan olumsuz ifadeler, ilgili kesim tarafından ciddiye alınması halinde, işletmenin tüm faaliyetlerindeki kazancını ve müşteri çevresini olumsuz yönde etkileyebilir.

O halde kötuleyici reklamlar bakımından somut olayın tüm koşulları dikkatle irdelenmeli ve ilgili tüketici çevresi belirlenirken duruma göre aldatıcı reklamlarda olduğundan daha geniş bir müşteri kitlesinin hukuki değerlendirmeye konu olabileceği göz ardı edilmemelidir.

D. İlgili Tüketici Grubunun Ortalama Üyesi

Ortalama tüketicinin reklamı algılayış yönündeki bakış açısını tespit etmek için hangi tüketici grubunun değerlendirmeye esas tutulacağını belirlemek yetmez; aynı zamanda ortalama tüketicinin davranış modelini de tanımlamak gerekir. Bu bağlamda gerek ülkemizde gerekse Avrupa Birliği Hukukunda bugüne kadar pek çok bakış açısı benimsenmiş; ancak günümüz itibarıyla ortalama tüketicinin durumun gerektirdiği kadar dikkatli, ortalama düzeyde bilgili, yetenekli ve anlayışlı farazi bir model olduğu yönündeki görüş içtihat ve öğretide yerleşmiştir.⁵⁰ Nihayetinde Yönetmelik de ortalama tüketiciyi “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciyeye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlamıştır (m.4/1-j). Öyleyse bakış açısı hukuki değerlendirmeye esas tutulacak kimseler, ilgili müşteri kesiminin tüm üyeleri değil, yalnızca makul derecede ihtiyatlı, dikkatli ve bilgili olanlarıdır. Tecrübesiz, çekimser ve ortalamanın altında dikkatsiz ya da bilgisiz tüketiciler ile aşırı dikkatli ve detaycı tüketiciler ise değerlendirme dışı bırakılacaktır.

⁵⁰ Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), 18. 11. 2010, Lidl,C-159/09, EU:C:2010:696, Rn. 48; Yargıtay 11. H.D, E.2018/7, K.2019/1957, T. 11.3.2019; **Aksoy**, s. 289; **Emrehan İnal**, Türk Hukukunda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 93; **Hayrunisa Özdemir**, , Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 3, 2004, s. 75; ayrıca bkz. **Koray Güven**, Reklam Hukuku Perspektifinden AB, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: ABAD’ın ‘Gut Springenheide’ Kararı Üzerinden Bir İnceleme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Y.28 S.120 (Eylül-Ekim 2015), 493-508.

Bununla birlikte reklamın yöneldiği tüketici kitlesinin ortalama üyelerinin, bir başka reklamın ulaşmayı hedeflediği kesimin ortalama üyelerine nazaran daha yüksek ya da daha düşük bir bilgi ya da dikkat düzeyine sahip olabileceği durumlar söz konusu olabilir. Hedef kitlenin ve dolayısıyla bu grubun ortalama üyesinin yüksek seviyede bilgi ve dikkat seviyesine sahip olmasına örnek olarak sağlık sektöründe çalışanlara yönelik reklamlar verilebilir.⁵¹ Öte yandan, günlük hayattaki ihtiyaçların giderilmesi için hemen herkes tarafından sıklıkla edinilen ve piyasada çok yüksek fiyatlar ile sunulmayan mallar bakımından tüketicinin reklama üst düzey bir dikkatle yaklaşması beklenmezken,⁵² belli bir itibar ve statü simgesi haline gelmiş ve oldukça yüksek alım gücüne sahip tüketicilere hitap eden malları konu edinen reklamlar açısından grubunun ortalama bir üyesinin daha yüksek bir dikkat ile reklamda kullanılan ifadeleri irdeleyeceği düşünülebilir.⁵³ İşte örneklendirilen bu ve bunun gibi hallerde, grubun ortalama üyesinin yüksek ya da daha düşük bir algı ve dikkat seviyesine sahip olması “ortalama tüketici” kriterinin uygulanmasına istisna oluşturmaz.⁵⁴ Zira burada grubun tüm üyelerinin bilgi, algı, tecrübe vs. seviyesi diğerlerinden farklıdır. Dolayısıyla grubun ortalama üyelerinin durumu da bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Ortalama tüketicinin durumun gerektirdiği kadar dikkatli, ortalama düzeyde bilgili ve anlayışlı farazi bir model olduğu yönünde yukarıda ifade edilen görüş, bir reklamın aldatıcı ya da yanıltıcı olup olmadığının tespitinde gözetilmesi gereken unsurların içeriğini doldurmaktadır. Ancak şu durum göz ardı edilmemelidir ki yanıltıcı reklamlar bir ifadenin tüketici tarafından objektif olarak nasıl algılandığına ilişkin olan, dolayısıyla tüketicinin dikkat ve tedbir düzeyinin esas alınmasını şart koşan bir duruma ilişkin iken kötüleyici reklamlar, doğruluk, dürüstlük, ahlak gibi sübjektif yargıların değerlendirme süzgecinden geçen ve toplumun mizah anlayışı ile yakından ilgili açıklamalar içerir. İşte tüketicinin karar alma özgürlüğünün dikkat ve tedbir düzeyinden ziyade reklama karşı verilen psikolojik ve duygusal tepkiden, mizah anlayışından ve sahip olunan değer yargılarından etkilendiği bu tip hallerde ortalama tüketici kavramının içeriğine “ortalama bir etik anlayışına sahip, ortalama derecede hassas, alingan ve duygusal tüketici” modelinin de dâhil edilmesi gerekir.⁵⁵ Bu durum, ilgili tüketici kitlesi içerisindeki aşırı toleranslı ve

⁵¹ Nomer, s. 145.

⁵² Özdemir, s. 74.

⁵³ Bkz. Aksoy, s.292.

⁵⁴ Keza yine bu sebepten, doktrinde “bazı tüketici grupları ortalama tüketiciye oranla daha zayıf durumundadır” şeklinde ifade edilen görüşe (bkz. Özsunay/Özsunay, s. 1038; ayrıca bkz: Aksoy, s. 295, Aslan, s. 80; Göle, s. 75) katılmamaktayız.

⁵⁵ Tobias Lettl, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2004, 449, 452 f. ; benzer görüşü ilk derece Avrupa Mahkemesi “Ficken” ibaresinin marka olarak tescil edilebilirliğine ilişkin

aşırı hassas kimselerin bakış açısı ile reklamın değerlendirilmemesi anlamına gelir.

Bununla birlikte, aynen reklamların aldatıcı olup olmadığı incelemesinde dikkate alınması gerektiği gibi, kötileyici olup olmadığının tespitinde de reklamın özellikli bir kesime hitap etmesi durumunda ortalama tüketici algısı bu spesifik kesimin özelliklerine göre belirlenmelidir. Reklamın hedef kitlesi, reklamlardan kolay etkilenmeye meyilli kimseler (örneğin çocuklar, gençler, kolay inanmaya meyilli veya tedirginliğe yatkın yaşlılar⁵⁶), belirli bir dili konuşanlar ya da belirli bir dine ya da meslek grubuna mensup olanlar vb. şekilde tanımlanabiliyorsa, bu kimselerin içinde “ortalama hassas ve toleranslı olanları” ortalama tüketici modeli olarak gözetilmelidir.

Bunun yanında ortalama tüketicinin duygusallık, tolerans ve hassaslık seviyesinin, aynen dikkat seviyesinde olduğu gibi,⁵⁷ reklama konu olan ürünlerin cinsi bakımından değişkenlik göstermesi mümkündür. Örneğin insan sağlığı ile yakından ilişkili olan ürünler açısından tüketiciler, sağlıklarına yönelik risk almamak adına reklamda yer alan olumsuz ifadelerden daha kolay etkilenme ve ürün tercihlerini değiştirme eğilimindedirler.⁵⁸

Diğer taraftan ilgili tüketicinin hangi dili konuşan, hangi sosyal ve kültürel yapıya sahip olan insanlardan oluştuğu da somut olayda önem taşıyabilir.⁵⁹ Örneğin İtalyanlar için kötü anlama gelen bir mimik ya da el işareti, Türkiye’de bulunan ve böylesi bir anlamın varlığından haberdar olmayan tüketicilere yönelik yapılan bir reklamda kullanıldığında, reklamın kötileyici olduğundan söz edilemez.

Sonuç olarak ilgili tüketici grubu belirlendikten sonra, bu kitlenin sosyal, kültürel, dilsel ve yaşa dair özellikleri gibi durumları ile reklama konu edilen ürün veya hizmetlerin nitelikleri bir arada değerlendirilmeli ve bu grubun ortalama bir üyesinin nasıl bir duygu, anlayış ve karar alma mekanizmasına sahip olacağı belirlenmelidir.

bir uyumsuzlukta savunmuş ve ilgi tutulacak ortalama tüketicinin ne aşırı toleranslı ne de aşırı hassas bir tüketici modeli olması gerektiğini ileri sürmüştür, bkz.: General Court (EUG) Urteil vom 14.11.2013 –T-52/13 (CELEX 62013TJ0052); benzer şekilde bkz.:EuG, Urteil vom 5.10.2011 - T-526/09 (CELEX 62009TJ0526).

⁵⁶ Bu kimseler öğretilerde “zayıf tüketiciler” olarak tanımlanmıştır, bkz: **Aksoy**, s. 294; **Özsunay/Özsunay**, s. 1038-1039.

⁵⁷ Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) GRUR 2006, 237, 240 (Rn. 42) – Picasso; GRUR Int. 1999, 734, 736 (Rn. 26) – Lloyd; BGH GRUR 2001, 158, 60 – Drei-Streifen-Kennzeichnung.

⁵⁸ BGH GRUR 1995, 50, 53 – Indorektal/Indohexal; BPatG, Beschl. v. 18.09.2012, Az: 28 W (pat) 24/11, BeckRS 2012, 24606 – tobys/TOBI; BPatG, Beschl. v. 09.02.2012, Az: 25 W (pat) 45/10, BeckRS 2012, 08024 – BONA/Don.

⁵⁹ Aksoy, s. 293; Özsunay/Özsunay, dipnot: 2796.

E. Bölünmüş Tüketici Algısı

Bazı tüketici gruplarının diğerlerine nazaran daha farklı bir algı ve anlayış düzeyleri olabileceği hususu, reklam sadece o ilgili tüketici kitlesine hitap ettiği sürece sorun teşkil etmez. Çünkü hukuki değerlendirmeye sadece ilgili tüketici grubunun ortalama üyesinin bakış açısı esas tutulur. Fakat reklamın birden fazla farklı tüketici kitlesine hitap etmesi halinde, “hangi tüketici grubunun ortalama üyesinin algısına bakılarak reklamın kötüleyici olup olmadığı tespit edilmelidir?” sorusu akla gelebilir.

Bu soruyu cevaplama evvel hemen belirtelim ki, aynı tüketici grubu içinde birbirinden farklı özellikteki insanların veya görüşlerin varlığı halinde ortalama tüketicinin hangi kesime göre belirleneceği gibi bir problem ortaya çıkmaz. Zira “ortalama tüketici” ölçütü getirilmesinin temel nedeni, şu veya bu bakış açısının algısı diye ayırım yapılmasının önüne geçmek, tek tip bir tüketici algısı belirlemek ve bu bakış açısından hukuka aykırılığı tespit etmektir. Ortalama tüketici ölçütü normatif bir kavramdır ve aynı grup içerisinde farklı türden ortalama algıların yaşamasına izin vermez.⁶⁰

Buna karşın reklamın, objektif olarak birbirinden ayrılabilen, farklı nitelikteki tüketici gruplarına hitap etmesi halinde (*gespaltene Verkehrauffassung*) bu kitlelerin her birindeki ortalama tüketici algısının diğerinden farklı olması mümkündür.⁶¹ İşte bu şekilde birbirinden keskin surette ayrılabilen kitlelere hitap eden reklamlar açısından birden fazla “ortalama tüketici” ölçütü gözlemlenebilir. Kanımızca bu durumda, reklamın bir kesimin ortalama tüketici modeline göre kötüleyici nitelikte olması, diğer şartların da varlığı halinde hukuka aykırılık tespiti için yeterlidir.⁶² Ancak gruplardan birine ait ortalama tüketici modelinin reklamı “kötüleyici” görmesi halinde diğer gruplar reklamı bu şekilde değerlendirmese dahi reklamın yasaklanabilmesi için gruplar arasındaki ayrılığın nesnel ölçütlere dayanması gerekir.⁶³ Nesnellik ile kastedilen, yaş, cinsiyet, konuşulan dil gibi faktörlerdir. Öyleyse bir reklam farklı dillere mensup kişilere hitap ediyorsa bu gruplardan birinin ortalama tüketici modelinin reklamı kötüleyici olarak yorumlaması, reklamın hukuka aykırılığını kabul etmek için yeterli olacaktır. Aynı durum gerek genel tüketiciye gerekse belli bir meslek grubuna hitap eden reklamlar açısından da geçerlidir. Genel kesim için kötüleme teşkil etmeyen bir ifade, belirli bir meslek grubu

⁶⁰ BGH GRUR 2014, 1013 Rn. 33– Original Bach-Blüten; ayrıca bkz. marka hukuku bakımından: BGH GRUR 2013, 631 Rn. 64– AMARULA/Marulablu.

⁶¹ **Olaf Sosnitza**, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), § 5 Rn. 125; 7. Basım, Münih 2016.

⁶² Almanya’da da uygulama bu şekildedir, bkz. (aldatıcı reklamlar için) BGH GRUR 2012, 54 Rn. 9 – Maalox/Melox-GRY; BGH WRP 2013, 778, 784 Rn. 64 – AMARULA/Marulablu; GRUR 2014, 1013 Rn. 33 – Original Bach-Blüten; BGH WRP 2015, 732, 734 Rn. 22 – PINAR.

⁶³ BGH WRP 2013, 778, 784 Rn. 64 – AMARULA/Marulablu; **Sosnitza**, § 5 Rn. 125.

için kötüleyici nitelikteyse reklamın hukuka aykırılığı kabul edilmelidir.⁶⁴

Ancak bu noktada, “kötüleyici reklamın unsurları” başlığı altında vurguladığımız hususa yeniden işaret etmekte fayda vardır. Şöyle ki, reklamın içinde geçen ifadelerden bir ya da birkaç tanesinin herhangi bir tüketici grubuna göre kötü bir anlam ifade etmesi, hukuka aykırı nitelikteki bir kötüleyici reklamın kabulü için yeterli değildir. Reklamın geneli yorumlanmadan, orada geçen tek bir sözcüğe odaklanıp kalmak, hukuken eksik bir değerlendirmedir.

F. Genel Değerlendirme ve Uygulamadan Örnekler

Kötüleyici reklamların tespitinde hangi tüketici grubunun bakış açısının esas alınacağı, bu tüketici grubunun ortalama bir üyesinin davranış modelinin ne olduğunun ve bu davranış modeli ile esasen hangi sorulara cevap aranacağı belirlenmesi ve varsa hukuka uygunluk nedenlerinin normatif bir şekilde tespit edilmesi ile birlikte somut olayda tartışma konusu reklamın hukuka aykırılığı hususunda genel bir kanıya varmak mümkündür. Peki, uygulamada reklamın hukuka aykırılığı tespit edilmeden evvel bu tarz bir genel değerlendirme yapılmakta mıdır?

Çalışmamızın giriş bölümünde verdiğimiz “Didi” reklamı örneği üzerinden gidilecek olursa; her şeyden önce Reklam Kurulu haklı olarak kararını genel bir tüketici kitlesi gözünden ortaya koymuş, “uyku problemi olanlar-olmayanlar”, “şekerli içecek sevenler-sevmeyenler” gibi öznel ölçütlere dayalı alt tüketici grupları belirlememiştir. Bir üst başlıkta belirtildiği üzere, nesnel ölçütlere dayalı tüketici gruplaştırmaları hukuka uygun iken, sübjektif nitelikler dikkate alınarak yapılacak gruplaştırmalar “ortalama tüketici” kriterinin hukukta uygulanma amacına aykırıdır. Bu açıdan Kurul’un tutumu isabetlidir. Ancak genel bir tüketici kitlesine hitap ettiği örtülü de olsa tespit edilen bir reklamda “*Ayrıyından denedim o uyutuyor zaten*” ifadesi ortalama derecede hassas, duygusal ve etki altında kalan bir tüketici modeli için ne kadar kötüleyicidir? Kurul tarafından tartışma konusu yapılmayan nokta budur. Reklamın Türkiye’de yaşayan izleyicilere hitap ettiği ve burada yaşayan halkın, küçüklüğünden beri süt ile süt ürünleri tüketiminin uyku getirdiği ve vücudu gevşettiği söylemleriyle büyüyen bireylerden oluştuğu göz önüne alınırsa Kurul kararında yer aldığı gibi, ayrıyından herhangi bir veriye dayanmadan kötülendiği kanısına varmak güçtür. Kaldı ki, yukarıdaki açıklamalarımızda da ortaya koyduğumuz gibi, bir reklamda yer alan ifadelerin yanlış olması tek başına kötüleyici reklamın kabulü için yeterli değildir. “Yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici olma” kötüleme tespit edildikten sonra, bunun haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı

⁶⁴ Ancak “ilgili tüketici grubunun belirlenmesi” başlığı altında açıkladığımız gibi, reklamın herkes tarafından görülebiliyor ya da izleniyor olması, reklamın her kesime hitap ediyor olması anlamına gelmez.

incelenirken göz önüne alınan hususlardır.⁶⁵ Somut olayda kötüleme yoksa bu unsurların incelenmesine de gerek yoktur.⁶⁶ O halde öncelikle kötüleme tespit edilmelidir. Bunu yaparken de kullanılan ifadelerin reklamın doğasına özgü bir abartıdan ibaret olup olmadığı, ortaya konuluş biçimi ve reklamın bütünü içindeki yeri bakımından tüketicinin kararını etkileyecek önemi gösterip göstermediği değerlendirilmelidir.

Reklam Denetleme Kurulu'nun bu ve bunun gibi birçok kararında⁶⁷ ortaya koyduğu genel bakış açısını ortalama tüketicinin muhtemel algı düzeyi üzerine temellendirmediği dikkat çekmektedir. Bu durum kanımızca eleştirilmesi gereken bir husustur.⁶⁸

Kötüleyici reklamlara yönelik yargı içtihatlarında da "ortalama tüketici" vurgusunun aldatıcı reklamların değerlendirilmesinde olduğu kadar öne çıkmadığı görülmekle birlikte, reklamın hukuka aykırılığının tespitinde daha ihtiyatlı davranıldığı gözlenmektedir. Yargıtay, "ilan ve reklamlarda, müşterilerin göz, kulak ve zihinlerinde yarattığı etki bakımından kolaylıkla karşı taraf ile bağ kurulmasına yol açabilecek nitelikte olan ve teamülün kabul ettiği toleransı aşan beyanlar haksız rekabet oluşturur" demek suretiyle, hem reklamın bütünüyle yarattığı intibanın somut olayda önem taşıdığını hem de kötülemenin belli bir ölçüyü aşması gerekliliğini vurgulamıştır.⁶⁹

Bir diğer kararında Yargıtay,⁷⁰ "...Efendim orda burada ucuzuz diyorsunuz peki fiyatlarınızı neden internette yayınlamıyorsunuz, ...fiyatı internette olmayana inanma..." şeklindeki reklam içeriğinin, davacı şirketi gereksiz yere incitecek, kötüleyecek, halka yanlış ve yanıltıcı malumat vermek suretiyle rakiplerine nazaran davalıyı üstün duruma getirecek veya iyiniyet kurallarına aykırı bir davranışta bulunmak suretiyle haksız rekabet yaratacak nitelikte olmadığını ileri süren mahkeme kararını onamıştır.

Avrupa'da da mahkemeler olaylara esnek yaklaşmakta ve reklamların belirli ölçüde mizah, ironi ve abartıdan beslendiğini kararlarında sıklıkla vurgulamaktadırlar. Örneğin Zürih Ticaret Mahkemesi, kahve presi ürünü için "make taste, not waste (tat üret, atık değil)" sloganıyla reklam yapan ve bu reklamda ayrıca "kahve hazırlamanın açıkça en iyi yolu" ifadesini kullanan işletmenin fiilini haksız rekabet olarak nitelendirmemiştir. Mahkeme,

⁶⁵ Hofer/Vasella, s. 456; aynı şekilde Nomer Ertan da bu görüştedir: bkz. s. 138 "Kötüleme içeren açıklama ancak yanlış, yanıltıcı ya da gereksiz yere incitici ise haksız rekabet olarak nitelendirilebilir."; ayrıca bkz. Pekdinçer, s. 516; Bellican, s. 665.

⁶⁶ Bkz. açıkça İsviçre Federal Mahkemesi, 05.09.2018 , 6B_106/2018.

⁶⁷ Kurul kararları için erişim linki: <https://tuketici.gtb.gov.tr/reklam-kurulu/reklam-kurulu-kararlari>

⁶⁸ Reklam Kurulu kararlarına getirilen eleştirilere yönelik bir özet için bkz.: Tekelioğlu, s. 160 vd.

⁶⁹ 11. H.D, E. 2013/15253 K. 2014/17694 T. 14.11.2014 (www.kazanci.com).

⁷⁰ 11. H.D, E. 2012/9468, K. 2013/11545,T.3.6.2013 (www.kazanci.com).

tüketicinin bu ifadelerin abartı niteliğinde olduğunu çok açık bir şekilde görebileceğini; bu yüzden de yanıltıcı veya gereksiz yere incitici bir ifadenin bulunmadığını ileri sürmüştür.⁷¹

Almanya’da ise Federal Mahkemenin “Gib Mal Zeitung” Kararı⁷² reklamın haksız yere kötüleyici olup olmadığını tespitinde mizahın ve ifade özgürlüğünün ağır geldiği kararlara en net örnektir. Reklamda bir adam, üzerinde sadece bir atlet, altında eşofman, ayağında ise çorabın üzerine giyilmiş sandaletlerle sabahleyin içki ve gazete satan bir büfenin önüne gider. Adam, büfedeki satıcıya yerel bir şive ile “*bana bir gazete ver*” der. Satıcı ise “*kalmadı*” diye cevap verir. Adamın gazete ile “BILD” Gazetesini kastettiği, reklamda izleyiciye bu gazetenin boş rafları gösterilerek açıklanmıştır. Adam daha sonra “*Ne demek bitti?*” diye sorar; satıcı ise bunun üzerine adama yavaşça Tageszeitung (TAZ) Gazetesini uzatır. Adam “*bu ne şimdi? Beni bitirme*” der. Satıcı da bunun üzerine tezgâhın altına sakladığı son bir BILD gazetesini çıkararak adama verir ve ortamdaki herkes gülmeye başlar. Buna benzer birkaç ifadeye ve görsele yer verilen reklamda genel izlenim olarak, adamın Almanya’da üçüncü sınıf haberler yapan bir bulvar gazetesi olarak bilinen BILD okuyucusu olduğu ve “TAZ” Gazetesini gazeteden saymadığı çok açıklıkla gösterilmektedir. Ne var ki bu reklamı yapan gazete TAZ Gazetesidir ve reklamın sonunda şu ifadeleri kullanır: “*TAZ zaten herkese göre değil, sorun değil*”⁷³ Bild gazetesi bu reklam için mahkemeye başvurur. İlk derece mahkemesi reklamdaki ifadelerin kötülemeye yönelik haklılık sınırını aştığına karar verir. Reklam yayından kaldırılır. İstinaf mahkemesi de oldukça gerekçeli olarak kaleme alınmış ve somut olayda gözetilmesi gereken, anayasal haklara ilişkin bir menfaat karşılaştırması yapan argümanlar ile kararı onar. Ancak dosya Federal Mahkemeye geldiğinde durum değişir. Mahkeme kararında öncelikle, komik bir şekilde giyinmiş ve komik bir şive ile konuşan adamın söz konusu reklamın mizahi yönünü oluşturduğunu; Almanya’daki ortalama reklam izleyicisinin reklamlarda bu tip komik ve hiciv içeren unsurlar görmeye alışkın olduğunu, ayrıca bu ifadelerin “ifade özgürlüğü kapsamında” kaldığını belirtir. Bunun ardından mahkeme, söz konusu hukuka uygun görseller bir kenara bırakıldığında geriye sadece “Taz herkese göre değil” ifadesinin kaldığını, bir gazetenin herkese hitap etmeyeceğinin de zaten bilinen bir gerçek olduğunu vurgular.⁷⁴

Bir an için Federal Mahkemenin yukarıdaki açıklamaları yapmadığını; bunun yerine farazi olarak “Bu ifadeler ile TAZ okuyucusunun daha kaliteli bir okuyucu olduğu izlenimi verilmek istenmekte ve BILD Gazetesi ile BILD okuyucuları

⁷¹ Handelsgericht Zürich vom 14.6.2012 in sic! 2013/10.

⁷² BGH, Urteil v. 01.10.2009 –I ZR 134/07.

⁷³ Reklamın izlenebileceği link için bkz.: <https://www.youtube.com/watch?v=skY4nddl5q0>

⁷⁴ BGH, Urteil v. 01.10.2009, I ZR 134/07.

reklamda ti'ye alınmaktadır" diyerek kararı hukuka aykırı bulduğunu düşünelim. Eğer bu tarz ifadeler kararda yer alsaydı "mahkemelerin, kişinin kıyafetini, giyim ve konuşma tarzını yorumlayarak onun kalitesi hakkında karar verme yetkisi var mıdır?" sorusu akla gelebilirdi. Dolayısıyla Federal Mahkemenin kararda bu tür ifadelere yer vermemesi, reklamdaki adamın kıyafetini ve konuşmasını sadece "mizahi" olarak yorumlaması ve hukuka uygun olarak görmesi kanımızca son derece isabetlidir. Reklamda alenen bulunmayan aşağılamaya, mahkemelerin ya da idari mercilerin kararlarını gerekçelendirirken kendilerinin yol açmaması gerekir.

Batılılara nazaran iyi yönlerimizi ortaya koyarken bile mizahtan daha iyi anladığımızı sıklıkla vurgulayan bir toplum olarak, hukuku uygularken esas alınması gereken ortalama tüketici ölçütünde bu durumu gözetmemek, mizahtan ve abartıdan hiç anlamayan, her şeyi lafzı ile yorumlayan, çok çabuk etkilenen ve aşırı dozda alınan bireylermişiz gibi değerlendirilmek kanımızca reklam hukukunun temelinde yatan "ortalama tüketici" ölçütü ile bağdaşmamaktadır.

SONUÇ

Hukuken yasaklanan kötüleyici bir reklamın varlığından söz edebilmek için öncelikle bir "kötüleme" fiili; sonrasında ise "kötülemenin haksızlığı" tespit edilmelidir. Kötüleme fiilinin somut olayda var olup olmadığı ilgili tüketici kitlesinin bakış açısından tespit edilir. Reklam yapanın kötüleme niyeti ile hareket edip etmediğinin TTK, TKHK ve ilgili Yönetmelik bakımından önemi yoktur. İlgili tüketici kitlesinin doğru belirlenmesi, somut olayda değerlendirmeye esas alınacak ortalama tüketici ölçütünün tespiti için önem teşkil eder. Nitekim her müşteri grubu bakımından ortalama tüketici algısı diğer gruplarda olduğundan farklı olabilir. Bununla birlikte kötüleyici reklam incelemesine esas alınacak müşteri kitlesi somut olayda aldatıcı reklamlara göre daha geniş bir çevreyi ifade edebilir. Zira aldatıcı reklamda, promosyonu yapılan ürünün hâlihazırda ve potansiyel alıcıları ile kullanıcıları ilgili çevreyi belirlerken, kötüleyici bir reklamda, negatif ifadelerle maruz kalan rakip, kullanılan ifadelerin niteliğine göre tüm müşteri çevresinin gözündeki itibarının zedelenmesi tehlikesi ile karşılaşabilir.

Kötüleyici reklamlar bakımından gözetilmesi gereken ortalama tüketici modeli esasen "ortalama derecede hassas, alınan, duygusal ve toleranslı" kimseleri ifade eder. Dolayısıyla, ilgili tüketici çevresinin içinde aşırı toleranslı ya da aşırı hassas olanlar kötüleyici reklamların tespitinde göz önünde bulundurulmamalıdır. Öte yandan, aldatıcı reklamlarda gözetilen "ortalama derecede bilgili, tedbirli ve dikkatli" olma durumu, kötüleme fiili bakımından doğrudan önem taşımaz; ancak genel olarak kötüleyici reklamın nihai tespitinde rol oynar. Zira kötüleyici reklamdan söz edebilmek için kötüleme

filinin yanında bir de haksızlık unsurunun bulunması gerekir. Haksızlık, duruma göre kullanılan ifadelerin yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici olması sebebiyle ortaya çıkabilir. Buradaki “yanıltıcı” olma unsurunun tespitinde “ortalama dikkatli, bilgili ve tedbirli” tüketici modeli gözetilebilir. “Yanlış” olma ise objektif bir durumdur. Burada tüketici algısı kural olarak önem taşımaz. “Gereksiz yere incitici olma” ise inciticiliğin tespiti bakımından ortalama tüketicinin bakış açısının esas alınmasını şart koşsa da “gereksizlik” somut olayın tüm koşulları, özellikle de Anayasa ile korunan menfaatler değerlendirilerek tespit edilir. Aynı zamanda “gereksizlik”, hukuka uygunluk nedenlerinin somut olayda var olup olmadığına denetiminde de rol oynar. Dolayısıyla “gereksizlik” kriteri ortalama tüketicinin bakış açısına değil, hukuk uygulayıcılarının reklamın yöneldiği kesimin sosyal ve kültürel yapısını da gözeten normatif değerlendirmelerine dayanmalıdır.

Öte yandan kötülemenin haksız olması çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir durum da kötülemenin “önemli” derecede olmasıdır. Bu da, reklamın rakibin itibarını veya rakip işletme aleyhine tüketicinin satın alma kararını etkileme ihtimali doğurur nitelikte olması demek olup bu bağlamda yine ortalama tüketicinin bakış açısının esas alınmasını gerektirir. Ölçüt yine ortalama derecede duygusal ve ortalama derecede olaylardan etkilenebilen tüketici modelidir. Bunun belirlenmesinde özellikle, reklamın yöneldiği kesimin içinde bulunduğu toplumun mizah anlayışı rol oynar. Reklamdaki abartıyı ve hicivsel öğeleri fark eden tüketici, reklamda kullanılan ifadeler nedeniyle bir başkası aleyhine olumsuz değer yargıları oluşturmaz. Tüketici gözünde bir itibarsızlaştırma, değer azalması durumu yaratmayan açıklamalar önemli derecede kötüleme teşkil etmezler.

Tüm bu parametreler değerlendirilmeden, sadece bir ya da birkaç kelimenin lafzına dayanılarak reklamın kötüleyici ve hukuka aykırı olduğuna hükmetmek, ifade özgürlüğüne yönelik haksız bir müdahaledir.

KAYNAKÇA

AKSOY Mehmet Ali, Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri Ve Uygulama Örnekler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, (İÜHFİM) C. LXXIII, S. 279-318.

ARKAN Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 19. Baskı, Ankara 2014.

ASLAN İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 6. Bası, Ekin Yayınevi, Eylül 2016.

BELLİCAN Cüneyt, Bir Haksız Fiil/Haksız Rekabet Fiili Olarak Başkalarının Ya Da Ürünlerinin Kötülen-mesi, Fasikül Hukuk Dergisi, Şubat 2019, S.663-671.

BOZBEL Savaş, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006

DREYER Gunda, Kommentar zum UWG (Editörler: Henning Harte-Bavendamm/ Frauke Henning-Bodewig), 4. Basım, Münih 2016.

GÖLE Celal, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1983.

GÖZÜBÜYÜK Şeref / GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamaları, 11. Basım, Ankara 2016.

GÜVEN Koray, Reklam Hukuku Perspektifinden AB, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: ABAD'ın 'Gut Springenheide' Kararı Üzerinden Bir İnceleme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Y.28 S.120 (Eylül-Ekim 2015), 493-508.

HOFER Lorenza Ferrari / VASELLA David, Wirtschaftsrechtliche Nebenerlasse: FusG, UWG, PauRGund KKG, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Basım, 2016.

İKAS Klaus / ECK Matthias, Hasselblatt, MAH Gewerblicher Rechtsschutz, 5. Basım, Münih 2017.

İNAL Emrehan / BAYSAL Başak, Reklam Hukuku ve Uygulaması, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.

İNAL Emrehan, Türk Hukukunda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar, Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, S. 87-104.

JÄNİCH Volker Michael, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 2. Basım, Münih 2014.

KOOS Stefan, Kommentar zum UWG (Editörler: Fezer/Büscher/Obergf ell), 3. Basım, Münih 2016.

LETTL Tobias, Der Schutz der Verbraucher nach der UWG-Reform, Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) 2004, 449, 452.

LÖTSCHER Samuel, Die Markenparodie, SMI - Schriften zum Medien- und Immaterialgüter-recht Band/Nr. 104, 2017.

NOMER ERTAN Fusun, Haksız Rekabet Hukuku, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

OHLY Ansgar, Das neue UWG –Mehr Freiheit für den Wettbewerb?,GRUR 2004, 889, 893.

OHLY Ansgar, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), 7. Basım, Münih 2016.

OMSELS Hermann-Josef, Kommenar zum UWG (Editörler: HenningHarte-Bavendamm/FraukeHenning-Bodewig), 4. Auflage, Münih 2016.

ÖZDEMİR Hayrunisa, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 3, 2004, s. 61-90

ÖZSUNAY Ergun / Özsunay Murat, Mili Şerh, Editörler: Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner, Aristo Yayınevi, İstanbul 2016.

PEİFER Karl N. / OBERGFELL Eva Ines, Kommentar zum UWG (Editörler: Fezer/Büscher/Obergfell), 3. Basım, Münih 2016.

PEKDİNÇER Tamer, Kötüleme Suretiyle Haksız Rekabet Eylemi ve Bazı Özel Durumlar, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Temmuz 2017 Özel Sayı) Cilt 16, Sayı 2, s. 513-538.

SAYIN Hediye Bahar, Haksız Rekabet Açısından Karşılaştırmalı Reklamların Unsurları ve Türleri, Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Degisi (Proceedings Book of 2nd International Scientific Researches Congress on Humanities and Social Sciences, Yıl: 2017) s, 258-259.

SCHWARZ Nicolas, Werberecht-Ein Leitfade für Praktiker, e-book, ISBN: 9783738646276.

SOSNITZA Olaf, Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), § 5 Rn. 125; 7. Basım, Münih 2016.

TEKELİOĞLU Numan, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016,

TERKAN Remziye, Importance of Creative Advertisingand Marketing AccordingtoUniversityStudents' Perspective, International Review of Management and Marketing, Vol. 4, No. 3, 2014, pp.239-246.

ULLMANN Eike, Einige Bemerkungen zur Meinungsfreiheit in der Wirtschaftswerbung, GRUR 1996, 448.

FİKRİ HUKUKTA MANEVİ TAZMİNAT

Non-pecuniary Compensation on Intellectual Law

Hâkim Adayı Orhan Gazi SARIDAĞ*

Geliş Tarihi: 01.08.2019 Kabul Tarihi: 31.10.2019

ÖZET

Fikri mülkiyet hukuku, fikri hukuk ve sınai mülkiyet hukukunu içerisine almaktadır. Çalışmamızda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında korunan, fikri hukukta meydana gelen ihlaller sonucu talep edilebilecek manevi tazminat ele alınmıştır. Fikri hukukta hakkın içeriği, maddi ve manevi hak olarak ikiye ayrılmıştır. Maddi ve/veya manevi bir hakkın ihlali, manevi tazminat sonucunu doğurabilir. Çalışmamızda öncelikle maddi ve manevi hakların kapsamına değinilmiştir. Ayrıca manevi tazminat taleplerinde uygulanacak hükümlere yer verilmiştir. Son olarak çalışmamızda, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevi değerlendirilmiştir. Bu kapsamda manevi tazminat taleplerinde fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevli olup olmadığı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Fikri hak, Manevi tazminat, Eser sahipliği, Maddi hak, Manevi hak, Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi

ABSTRACT

Intellectual property law involves intellectual law and industrial property law. This study tackles non-pecuniary damages in a cosequence of violation of a intellectual right. Context of intellectual right is gone into division as pecuniary and non-pecuniary rights. An incident which causes to non-pecuniary damage, could be a consequence of violation of pecuniary and/or non-pecuniary right. Firstly, this study mentions scope of pecuniary and/or non-pecuniary rights. Besides that applicable legislation for non-pecuniary compensation are touched upon. Finally, jurisdiction of civil courts for intellectual and industrial property rights is taken stock.

Keywords: Intellectual right, Non-pecuniary compensation, Authorship, Pecuniary right, Non-pecuniary right, Civil courts for intellectual and industrial property rights.

* T.C. Adalet Bakanlığı Hakim Adayı, İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı. E-posta: orhansaridag@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9366-0304

I. GİRİŞ

İnsanın düşünsel emekleri sonucunda elde etmiş olduğu eserlerin pozitif hukuk kapsamında korunma ihtiyacı doğmuştur. Bu nedenle fikri mülkiyet hukuku kavramı ortaya çıkmıştır. Fikri mülkiyet hukuku terimi, telif gibi fikri hakları ve patent, faydalı model, tasarım, marka gibi sınai mülkiyet haklarını içine almaktadır. Fikri haklar ile daha özel bir menfaat olan insan düşüncesi korunduğu için, 1800'lerden itibaren genel hukuk kurallarından daha özel düzenlemeler getirme cihetine gidilmiştir. Bu kapsamda ülkemizde ilk olarak 1908 tarihli Hakki Telif Kanunu ve ardından bu Kanun yerine 1951 tarihinde Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) yürürlüğe girmiştir.

FSEK'in 70. maddesi ile manevi tazminat konusunda borçlar hukuku genel hükümlerden biraz daha farklı bir düzenleme getirilmiştir. Bu maddenin, kişilik hakları ihlali sonucu manevi tazminatı düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinden ayrıldığı noktalara ve hangi hallerde hangi hükmün uygulanması gerektiği, bu hükümlerin birlikte uygulanıp uygulanmayacağı çalışmanın ana problemini oluşturmaktadır.

Çalışmanın konusunu yalnızca FSEK kapsamında kalan fikri hak ihlalleri sonucu doğan manevi zarar ve bunun tazmini oluşturmaktadır. Bu nedenle sınai mülkiyet haklarına yapılan ihlaller sonucu doğan manevi zararlar çalışmada incelenmemiştir. Son olarak, mahiyetinin genişliği bakımından ayrı bir çalışmaya konu olabileceğinden dolayı bağlantılı hak sahipliğinden doğan mali ve manevi haklar çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

II. FİKRİ HAKKIN SAHİBİNE SAĞLADIĞI YETKİLER

Fikri mülkiyet haklarının, eşya hukuku anlamındaki klasik mülkiyet hakkından ayrıştığı ve benzerlik taşıdığı özellikleri mevcuttur. Mutlak hak olma, sahibine inhisari nitelikte yetkiler sağlama gibi özellikleriyle klasik anlamdaki eşya mülkiyetine yaklaşırken,¹ maddi varlığa sahip olmama,² somutlaştığı eşyadan farklı olma, zilyetliğe konu olmama, sağlanan korumanın süreyle sınırlı olması gibi yönleriyle ayrılır.³ Sınai haklardan daha uzun koruma sürelerine sahip olan fikri hakların, hak sahibine sağladığı yetkiler FSEK'te üç ana başlık halinde zikredilmiştir.⁴ FSEK md. 13-29 arasında hak sahibine maddi (mali) ve manevi haklar tanınmıştır. İkinci olarak, üçüncü kişilerce maddi ve manevi hakka yapılan ihlaller karşısında FSEK md. 66-70'te zikredilen hukuk davalarını açma hakkı sağlanmıştır ki çalışmamızın konusunu oluşturan manevi tazminat davası bu

¹ Benzer özellikler Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına da yansımıştır; 2016/148 E., 2016/189 K., 14/12/2016 T., RG. 29940.

² Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 6.

³ Tekinalp, s. 7; Cahit Suluk, Rauf Karasu, Temel Nal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 1. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 1.

⁴ Suluk, Karasu, Nal, s. 85.

kapsamdadır. Son olarak, ihlalde bulunan üçüncü kişinin davranışının tipikliğe uygun olması halinde FSEK md. 71-75'teki cezai sonuçlar vücut bulacaktır.

Fikri hakların hak sahibine müspet olarak sağladığı yetkiler Kanun sistematüğinde ve doktrinde, maddi (mali) ve manevi haklar olarak iki gruba ayrılmaktadır. Maddi (malî) haklar, eser sahibinin eserinden ekonomik yarar sağlamasını amaçlarken, manevî haklar şahsi ve manevî menfaatlerini korur.⁵ Ancak doktrinde bu ayırım; yapay olması, pratik bir sonucu olmaması, bu hakların iç içe geçtiği, birine yapılacak ihlalin diğerini de etkileyeceği nedenleriyle eleştirilmiştir.⁶ Ayrıca Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesinde⁷ de maddi ve manevi hakların iç içe olduğu ve ayırım yapılamayacağı vurgulanmıştır.⁸ Gerek maddi gerek manevi haklar Kanun'un amacına uygun olarak sınırlı sayıdadır (numerus clausus). Özellikle maddi haklar bakımından bu durum Kanun'un 20. maddesinde açıkça zikredilmiştir.⁹

Çalışmamızda maddi ve manevi haklar, mahiyetleri ve sağladığı yetkiler gereği aşağıda ayrı ayrı olarak incelenmiştir. Kanun sistematüğüne uygun olarak öncelikle FSEK md. 13-19 arasında yer alan manevi haklar, ardından md. 20-25 arasında yer alan maddi(mali) haklar işlenmiştir.

A. Eser Sahibinin Manevi Hakları

Manevi haklar, eser sahibine eseri dolayısıyla doğrudan kişiliğine bağlı haklardır.¹⁰ Manevi hakkın amacı, üçüncü kişilerin haksız fiil niteliğindeki saldırılarına karşı gerek eseri gerekse eser sahibinin kişiliğini korumaktır.¹¹ Manevi haklar eser sahibinin kişiliği ile yakından ilgili olduğu için eserin kullanım yetkisi üçüncü kişiye devredilmiş olsa dahi hak sahibinin manevi

⁵ Halil Arslanlı, Fikrî Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1954, s. 80.

⁶ Şafak N. Erel, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 5. bs., Ankara, İmaj Yayıncılık, 1998, s. 111; Nuşin Ayiter, Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 109.

⁷ 4117 sayılı Kanunla iç hukuk kuralımız haline gelmiştir. R.G 22341, T. 12.07.1995.

⁸ Erel, s. 111; http://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_349175.pdf (E.T. 14.11.2018).

⁹ "IV - Mali haklar: (1)

1. Genel olarak:

Madde 20 – (Değişik: 1/11/1983 - 2936/3 md.)

Henüz alenileşmemiş bir eserden her ne şekil ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir. Alenileşmiş bir eserden eser sahibine münhasıran tanınan faydalanma hakkı, bu Kanunda mali hak olarak gösterilenlerden ibarettir. Mali haklar birbirine bağlı değildir. Bunlardan birinin tasarrufu ve kullanılması diğerine tesir etmez."

¹⁰ Tekinalp, s. 160.

¹¹ Mustafa Ateş, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 125.

hakları ömrü boyunca (hatta ömründen sonra dahi¹²) devam eder, ki bu durum manevi hakkın muhtevasına da uygundur.¹³ Ancak her ne kadar manevi haklar şahsiyet haklarına yakın da olsa, doğrudan şahsiyet haklarından sayılmazlar ve bundan dolayı Medeni Kanun'daki kişiliğin korunması hükümlerince değil, FSEK kapsamında korunur.¹⁴

Manevi hak, manevi zarar ve manevi tazminattan farklı bir terimdir. Manevi hak, bir hak türü iken, manevi tazminat zarara ilişkin bir taleptir. Eser sahipliğinden doğan manevi hakların ihlalinde tıpkı maddi hakların ihlalinde olduğu gibi FSEK'ten doğan tecavüzün ref'i, men'i davalarıyla birlikte maddi ve manevi tazminat talep edilebilecektir.¹⁵

Manevi haklar; eseri umuma sunma hakkı, eserde adının belirtilmesi hakkı, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı, eseri teşhir hakkı, tahrip etmeyi önleme hakkı, eserin aslına ulaşma hakkı olmak üzere altı adet haktan ibarettir.¹⁶

Eseri umuma sunma hakkı, eser sahibinin eserini dilediği zaman kamuya sunabilmesine yahut hiç sunmamasına imkan veren haktır.¹⁷ Ayrıca bu hak, eserin içeriği hakkında bilgi vermeyi, eserin sunum şeklini ve zamanını belirleme yetkisini de içerir.¹⁸ Eser sahibi isterse hiçbir zaman eseri mahreminden çıkarmayabilir¹⁹, eser sahibinden başkası da sunulmamış bir eseri gerek kendi gerek eser sahibi adına çıkaramaz.

Eserde adın belirtilmesi hakkı, eser sahibine eserini kendi adı veya müstear ad ile yahut isimsiz - anonim olarak yayımlanması yetkisini vermektedir.²⁰

Eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı, eserin varlığını ve bütünlüğünü koruma amacı ile getirilmiş bir haktır.²¹ Bir eserin uygunsuz bir şekilde icra edilmesi yahut yorumlanması da bu hak kapsamındadır. Yargıtay Hukuk Genel

¹² Erel, s. 112.

¹³ Ayiter, s. 110.

¹⁴ Zira, eser üzerindeki manevi hakların kullanımının devri ve miras yoluyla intikali mümkündür. Şahıs varlığı haklarında ise böyle bir serbesti söz konusu değildir. Ateş, s. 131 Erel, s. 113.

¹⁵ Cahit Suluk, Ali Orhan, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C. II: Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, Arıkan, 2005, s. 799.

¹⁶ Fırat Öztan, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 286.

¹⁷ Duygun Yarsuvat, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, Güryay Matbaacılık, 1984, s. 117-118.

¹⁸ Erel, s. 117.

¹⁹ Ayiter, s. 111.

²⁰ ...Eser sahibinin adının eser yayımlanırken belirtilmemesi halinde maddi ve manevi tazminat istenebilir... 11. HD., 1978/1183E., 1979/1704 K., 3.4.1978 T. ; ...Davalının imal ettiği plakların üstüne davacının üstüne davacının ismini yazmaması hali bir kusur teşkil eder... 11. HD., 1978/687 E., 1978/1437 K., 23.3.1978 T. (Ateş, s. 144, dn. 254-255).

²¹ Suluk, Karasu, Nal, s. 88; ...Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 16/3'e göre, eser sahibi, kayıtsız ve şartsız izin vermiş olsa bile, şeref ve itibarını yahut eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirmelere muhalefet hakkını muhafaza eder. Bu haktan sözleşme ile vazgeçmek hükümsüzdür... 15.HD., 1992/490 E., 1992/1984 K., 15.04.1992 T. (Ateş, s. 147, dn. 268).

Kurulu kararına konu olan bir olayda, “Çile Bülbülüm Çile” şarkısının icra ediliş biçimi farkından dolayı önlenmesi talebinin, eser sahibinin manevi hakları arasında olduğu zikredilmiştir.²²

Eseri teşhir hakkı gereğince eserin tek ve özgün olması durumunda eser sahibi, kendisine ait tüm dönemleri kapsayan çalışma ve sergilerde kullanmak amacıyla tüm koruma şartlarını yerine getirerek, kullanım sonrası iade edilmek üzere, eseri malikten isteyebilir(FSEK md. 17/3).

Eserin tahrip edilmesini önleme hakkı, 1995 yılında 4410 sayılı Kanun değişikliği sonucu FSEK’te yer almıştır. Buna göre eser sahibi asıl eseri devrettiğinde asıl eserin maliki, eseri bozamaz ve eser sahibinin haklarına müdahale edemez. Bu düzenlemeyle birlikte eser sahibinin eşya hukukundan doğan mülkiyet hakkına Kanun’dan doğan -eser sahibi lehine- bir sınırlama getirilmektedir.²³

Esere ulaşma hakkı ise eser sahibinin, eserin aslını elinde bulunduran malik veya zilyetten eseri talep ederek, eserden geçici bir süre için yararlanmayı ifade eder.²⁴ Bu hak yalnızca FSEK md. 17/I’de zikredilen güzel sanat eserleri, el yazısı ile kaleme alınmış edebiyat eserleri ve el yazısıyla yazılmış musiki eserler için tanınmıştır.

B. Eser Sahibinin Maddi (Mali) Hakları

Maddi haklar, hak sahibine eserden iktisadi olarak münhasıran faydalanma hakkı veren ve üçüncü kişilerin bu şekilde eseri kullanmasını kısıtlama yetkisi sağlayan mutlak haklardır.²⁵ Bu bakımdan eser sahibi eserinden, çoğaltma, kullanımını devretme, kiralama gibi pek çok farklı şekilde faydalanabilir.²⁶

Maddi haklar, Kanun’da md. 20-25 arasında; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı, temsil hakkı, yayın ile umuma iletim hakkı olarak sınırlı şekilde sayılmıştır. İşleme hakkı, bir eser sahibinin eserini işlemek suretiyle(tercüme, eserin nev’ini değiştirme, seçme eserlerinin tertibi) eserinden faydalanmasını ifade eder.²⁷

Çoğaltma hakkı (dar anlamda copyright), eserin aslının kopyalanarak

²² ...Eserin - Türk San'at müziğine ve onun icra edilmiş şekline göre - (mahiyet) ve (hususiyetlerini) bozucu bir tarzda icra edip etmedikleri yönü ile keza, aynı eserin televizyon programında söylenirken çalınan müzik aletinin (enstürmanın) çıkardığı ses bakımından eserin özelliğinden haleldar olup olmadığının ve diğer bir deyişle dava konusu olayda Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 14 - 16 ve 70. maddeleri hükümlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği bakımlarından... HGK, 1981/4-70 E., 1983/123 K., 11.02.1983 T. (Suluk, Orhan, s. 809; Kararın tam metni için, <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/hgk-1981-4-70.htm> E.T: 11.11.2018).

²³ Suluk, Karasu, Nal, s. 90.

²⁴ Öztan, s. 333-335.

²⁵ Tekinalp, s. 180.

²⁶ Suluk, Karasu, Nal, s. 91.

²⁷ Ernst E. Hirsch, Hukuki Bakımdan Fikri Say, İkinci Cilt, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1943, s. 162; Tekinalp, s. 182; Suluk, Karasu, Nal, s. 91.

iktisadi hayata katılmasıdır.²⁸ Fikri hakların temelini oluşturan ve en sık kullanılan hak çoğaltma hakkıdır. Diğer maddi haklar temel olarak çoğaltma hakkından türemiştir.²⁹ Uygulamada da en sık çoğaltma hakkının ihlali ile karşılaşılmaktadır.

Yayma hakkı, çoğaltılmış olan eserin dağıtımına çıkartılması, kiralanması, kamuya ödünç verilmesi gibi iktisadi faaliyetleri kapsayan yetkileri içeren bir mutlak haktır.³⁰

Temsil hakkı, eseri umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak, göstermek gibi suretlerle eserden faydalanma hakkıdır ki, bu hak münhasıran eser sahibine aittir.

Kanun'da anılan son maddi hak işaret, ses, görüntü nakline yarayan araçlar vasıtasıyla umuma iletim hakkıdır. Bu düzenlemeye göre eserin radyo, televizyon ve benzer yayın araçlarıyla yayınlanması ve bu amaçlarla satılması, kiralanması³¹ hakkı münhasıran eser sahibine aittir.

III. FİKRİ HAKLARIN İHLALİ NEDENİYLE MANEVİ TAZMİNAT SORUMLULUĞU

A. Manevi Tazminat Sorumluluğunun Amacı

Manevi tazminatın amacına ilişkin doktrinde farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bunlar; tatmin görüşü (klasik görüş), özel hukuk cezası görüşü, telafi görüşü, önleme-caydırma görüşü, denkleştirme görüşü ve sosyal adalet görüşüdür. Çalışma kapsamında en çok taraftar bulan ve fikri hak ihlallerinde de uygulanabileceği savunulan tatmin, ceza ve telafi görüşlerine yer verilmiştir.

Tatmin görüşüne (klasik görüş) göre manevi tazminat kişilik hakkına yapılan hukuka aykırı fiillerden dolayı meydana gelen elem, acı ve ızdırabın giderilmesi, eğer bu mümkün değilse dindirilmesi amacını güder.³²

Bir diğer teori olan ceza teorisine göre ise, manevi tazminat bir anlamda özel hukuk cezasıdır. Bu ceza ile hem mağdurum öç alma duygusu köreltilmekte hem de fail cezalandırılmaktadır.³³ Ancak gerek cezalarda kanunilik ilkesi,

²⁸ Hirsch, s. 165.

²⁹ Tekinalp, s. 184; Arzu Genç Arıdemir, Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları (Anılış: Çoğaltma ve Yayma), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003, s. 52: "Mali hakların kökeni, çoğaltma hakkına dayanır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda belirtilen eser sahibinin mali haklarını, çoğaltma hakkının bir nevi 'tevsiî' olarak değerlendirmek mümkündür."

³⁰ Genç Arıdemir, Çoğaltma ve Yayma, s. 93.

³¹ Suluk, Karasu, Nal, s. 101.

³² Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 12. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 257; Haluk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit ve Akdi Mes'uliyet), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 330-331; Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev.: Cevat Edege, 1. bs., Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 116; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2015, s. 784.

³³ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017, s. 554.

gerek kusursuz sorumluluk hallerinde de manevi tazminata hükmolunabilmesi nedenleriyle bu görüş eleştirilmektedir.³⁴

Son görüş olan telafi teorisine göre manevi tazminatın amacı, uğranılan manevi zararı aynen veya nakden telafi etmektir. Telafi görüşünün objektif bir görüş olduğu savunulmaktadır.³⁵ Bu görüşe göre zarar görenin zararına karşılık ödenecek olan para, kişinin elem, acı duyup duymasına bakılmaksızın ödenir.³⁶ Bu görüşe göre tüzel kişilerin maruz kaldığı kişilik hakları ihlalinde bir elem, acı söz konusu olmamasına rağmen tüzel kişilik manevi tazminat talep edilebiliyorsa, manevi tazminatın bu elem, acıyı tatmin etme amacı taşımasına lüzum yoktur.

Yargıtay'ın manevi tazminatın amacındaki görüşü öğretilerdeki klasik görüş olan tatmin görüşü doğrultusundadır. Bu görüş Yargıtay'ın 22.06.1966 tarihli 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da benimsenmiştir.³⁷ Ancak çalışmanın konusunu teşkil eden FSEK md. 70/I kapsamındaki manevi tazminat taleplerinde Yargıtay, zarar görenin tatmini yanında mütecevizin cezalandırılması amacını da esas almaktadır.³⁸

Alman Federal Mahkemesi, manevi tazminatın önleme ve caydırma görüşü olduğunu da belirtmiştir.³⁹ Yargıtay da son yıllarda vermiş olduğu bazı kararlarda bu görüşü savunmaktadır.⁴⁰

B. Manevi Tazminat Taleplerine Uygulanacak Hükümler ve Kapsamı

1. Manevi Hakların İhlali Halinde

Fikri mülkiyet hukukunda manevi tazminata ilişkin temel düzenleme FSEK md. 70/1'dir. Hükme göre "Manevi hakları haleldar edilen kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat ödenmesi için dava açabilir. Mahkeme bu para yerine veya bunlara ek olarak başka bir manevi tazminat şekline de

³⁴ Ahmet Kılıçoğlu, "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", Ankara Barosu Dergisi, 1984, S.1, s. 16-17(Anılış: Manevi Tazminat); Eren, s. 785.

³⁵ A. Dilşad Keskin, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 108, Fulya Erlüle, Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015, s. 63 vd. ;Objektif görüşü savunmamakla birlikte bu görüşe ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Arzu Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, (Anılış: Sözleşmeye Aykırılık), 1.bs., İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2008, s. 11-12.

³⁶ Eren, s. 786-787; Kılıçoğlu, Manevi Tazminat, s. 18.

³⁷ ...cismani zarara uğrayan kimsede veya ölenin yakınlarında önemli bir manevi zarar (elem, ızdırıp) husule gelmeli, yani gerçekten manevi bir tatmin ihtiyacı doğmuş bulunmalıdır... R.G 28.07.1966, S. 12360.

³⁸ 11. HD. 2007/7817 E., 2008/10176 K., 18.09.2008 T. (Levent Yavuz, Türkey Alica, Fethi Merdivan, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, C. 2, s. 2110).

³⁹ Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılık, s. 13.

⁴⁰ Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılık, dn. 35'teki kararlar.

hükmedebilir.” Anılan hüküm TBK 58 ile büyük ölçüde paraleldir. Ancak TBK 58/1’de *kişilik haklarının zedelenmesi* aranmışken, FSEK md. 70/1’de manevi hakların ihlalden bahsedilmiştir. FSEK md. 70/1’e dayanarak açılacak bir manevi tazminat davasında eser sahibinin kişilik hakkının ihlal edilip edilmediği bir önem taşımayacak; eser sahibinin manevi haklarına tecavüz edilmesi yeterli olacaktır.⁴¹ Yargıtay’ın yaklaşımı da benzer yöndedir.⁴² Ancak bir fiil eser sahibinin hem manevi haklarını hem de kişilik haklarını zedeleyebilir. Bu gibi durumlarda, şartların oluşması halinde hem TBK md. 58’e hem de FSEK md. 70/1’e dayanılarak manevi tazminat talep edilebilir.⁴³

Benzer şekilde manevi hakka tecavüz hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil edebilir. Özellikle lisans(ruhsat) sözleşmesi yoluyla eser sahibinin maddi haklarını devralan kişinin eser sahibine tecavüz teşkil eden fiili söz konusu olduğunda durum böyledir. Bu gibi durumlarda sebeplerin yarışması söz konusu olacak ve eser sahibi dilerse sözleşmeye aykırılık dilerse haksız fiil sorumluluğuna dayanabilecektir.⁴⁴

Eserin, eser sahibinin izni olmadan kamuya sunulması, eser sahibinin adının gösterilmemesi veya hatalı gösterilmesi, başkasına ait eserin kendisine ait olarak gösterilmesi gibi hallerde manevi hak ihlali söz konusudur ve manevi tazminat talep edilebilir.⁴⁵

Bir eylemin, eser sahibinin hem manevi haklarına hem de kişilik haklarına tecavüz teşkil etmesi durumunda ihlal sayısınca farklı eylem söz konusu olacak ve hem FSEK md. 70/1 uyarınca hem de TBK md. 58 uyarınca tazminat talebi söz konusu olacaktır. Bu durum Yargıtay’ın 18.02.1981 tarihli içtihadı

⁴¹ Levent Akın, “Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, İş ve Sosyal Güvenli Hukuku Türk Millî Komitesi, 2000, s. 141.

⁴² “...Eser sahibinin eser üzerindeki manevi haklarının ihlali halinde istenebilecek manevi tazminata ilişkin düzenlemeler Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alırken, şahsi menfaatlerinin ihlali halinde istenebilecek tazminat B.K. 49 maddesine bırakılmıştır. Genel olarak şahsi menfaatlerin ihlal edilip edilmediği kişilik hukukuna ait hükümlere tayin olunacak bir husustur...” HGK 1.5.2002, 11-283 E., 2002/340 K. ; Suluk, Orhan, s. 805. “... Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre, manevi hakların ihlali nedeniyle manevi tazminat isteyebilmek için eser sahibinin kişilik haklarının da tecavüze uğramış olması koşulu aranmaz. FSEK.nun 70nci maddesi, manevi tazminat istemini kişilik hakkının ihlalden bağımsız olarak hükme bağlamıştır. Bu bakımdan BK.nun 49ncü maddesi hükmün, FSEK. nun 70nci maddesinin tamamlayıcısı veya onun yerine ikame edilecek bir hüküm olarak görmemek gerekir. Zira bu iki hükmün bağladığı menfaatler birbirinden farklıdır. Ancak, zarar miktarının tayininde hakim, BK.nun 42/2 nci maddesi hükmüne göre takdir yetkisine sahiptir...” 11. HD, 2002/10070 E., 2003/1592 K., 25.02.2003 T.; Suluk/Orhan, s. 812-813.

⁴³ Cüneyt Bellican, Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, s. 540.

⁴⁴ Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılık, s. 286.

⁴⁵ Canan Küçükali, Fikri Hakların İhlalden Kaynaklanan Tazminat Davası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 174-175.

Birleştirme Kararı'nda da belirtilmiştir.⁴⁶

FSEK md. 70 kapsamında manevi tazminat için kusurun aranıp aranmayacağı tartışma konusudur. Söz konusu tartışmanın nedeni, FSEK md. 70/1'in 1995 yılında 4110 sayılı yasa ile değişmeden önceki metninde açıkça ağır kusur ibaresinin yer alması ancak değişiklikten sonra kusur ibaresinin metinde geçmemesidir.⁴⁷ eBK md. 49 düzenlemesine paralel şekilde hazırlanmış olan bu eski hüküm, eBK'daki ağır kusur ibaresinin kaldırılmasının ardından 1995 yılında FSEK metninden de kaldırılmıştır.

Tekinalp'e göre manevi hakları tecavüze uğrayan eser sahibinin dava açabilmesi için hakkına tecavüz edilmiş olması yeterlidir. Ayrıca manevi zararın ve kusurun varlığını ispatlaması gerekmez. Zira FSEK sistematığı zarar oluştuğunda manevi zararın da oluştuğunu kabul etmiş olup, tecavüz ile zarar arasında ispatı gerektirmeyen bir sebep sonuç bağının bulunduğunu varsaymıştır.⁴⁸ Ayrıca bu görüşe göre tecavüzün ref'i davalarında kusur aranmaması da manevi tazminat davalarında kusur aranmayacağına bir kanıttır. Ancak bu görüşü çelişkili bulanlar vardır.⁴⁹

Baskın olan diğer görüşe göre ise FSEK'te aksi açıkça belirtilmediğinden ve borçlar hukukunun genel esaslarında asıl sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğundan bahisle, FSEK md. 70/1'den kaynaklı manevi tazminat davasında da kusur aranmalıdır.⁵⁰ Bu görüşe göre manevi tazminat bakımından bu kuraldan ayrılmayı gerektiren özel bir neden bulunmamaktadır. Ayrıca zarar bakımından FSEK md. 70/1 lafzı açıkça uğradığı manevi zarara karşılık ibaresini barındırdığı için manevi zarar oluşması bu görüş uyarınca şarttır.⁵¹

Yargıtay ise manevi hakkın ihlali dolayısıyla manevi tazminata hükmederken kusur aranmayacağı kanaatinde dir.⁵²

⁴⁶ "...eser sahibinin eseri üzerindeki manevi haklarının ihlali halinde istenebilecek manevi tazminata ilişkin düzenlemeler Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alırken şahsi menfaatlerin ihlali halinde istenebilecek manevi tazminat BK'nın 49. maddesine bırakılmıştır. FSEK kapsamına giren faaliyetlerde bulunulduğu sırada ve bu arada yasaya uygun veya aykırı olarak bir eserden diğerine iktibas yapılmasında da kişilerin aynı teminattan yararlanacakları ve BK'nın 49. maddesindeki koşullar varsa manevi tazminat isteyebilecekleri tartışmasız benimsenmesi gereken temel bir prensiptir..." İBK. 1980/1-1981/2, 18.02.1981 T. (Yavuz, Alica, Merdivan, s. 2120, Tekinalp, s. 332).

⁴⁷ Yavuz, Alica, Merdivan, s. 2109. Eski metin; "Manevi hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa zarar ve ziyan; kusur ve tecavüzün ağırlığı icab ettirdiği takdirde, ayrıca manevi zarar adı ile bir paranın verilmesini dava edebilir." hükmünü taşımaktaydı.

⁴⁸ Tekinalp, s. 327.

⁴⁹ Hamdi Yasaman, "Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s. 812.

⁵⁰ Erel, s. 304, Suluk, Orhan, s. 800; Bellican, s. 527.

⁵¹ Yavuz, Alica, Merdivan, s. 2123, Küçükali, s. 215.

⁵² "...Yukarıda anılan manevi haklara tecavüz halinde eser sahibi FSEK 70/1. maddesi uyarınca manevi tazminat davası açabilir. Dava açılabilmesi için eser sahibine ait manevi hakların

Yargıtay kararları ve uygulamada manevi hakkın ihlali söz konusu olduğunda kusur araştırılması dahi yapılmadan doğrudan manevi tazminata hükümlenmesi doktrinde eleştirilmiştir.⁵³

2. Maddi Hakların İhlali Halinde

Maddi haklar, hak sahibine daha ziyade iktisadi, ekonomik haklar bahsettiği için maddi hakların ihlali nedeniyle manevi zarar ve dolayısıyla manevi tazminat oluşmayacağı doktrinde savunulmaktadır.⁵⁴ Bu görüşe göre ancak maddi hakkın ihlali dolayısıyla o hakkın irtibatlı olduğu bir manevi hakkın da tecavüze uğraması durumunda manevi tazminat talep edilebilir.⁵⁵

Doktrinde bir diğer görüşe göre, mali hakların ihlali nedeniyle manevi tazminat davası, TBK 58'deki şartları sağlıyorsa açılabilir. Yani hukuka aykırı bir mali hak ihlali, ihlal sonucunda uğranılan bir zarar, illiyet bağı ve mütecevizin kusuru şartları birlikte gerçekleştiğinde manevi tazminat davası açılabilir.⁵⁶ Örneğin, eser sahibinin rızası dışında eseri çoğaltılmış, senaryo yazarının rızası dışında senaryosu kullanılmış, tablo sahibinin rızası dışında eseri kartpostal haline getirilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda hem maddi hem de manevi zarardan bahsetmek mümkündür.⁵⁷

FSEK md. 70/1 hükmü açıkça manevi haklara ilişkin tazminat talebinin düzenlediğinden maddi hak ihlalleri bakımından uygulanması mümkün değildir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında maddi hak ihlallerine yönelik düzenleme getirilmiştir ve; "Mali hakları haleldar edilen kimse, tecavüz edenin kusuru varsa haksız fiillere mütaallik hükümler dairesinde tazminat talep edebilir."

ihlal edilmesi yeterli olup, karşı tarafın kusuru aranmaz..." HGK, 2003/4-260 E., 2003/721 K. 02.04.2003 T. Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y. 3, C. 3, S. 2003/3, s. 157-162.

⁵³ Suluk, Orhan, s. 799

⁵⁴ Erel, s. 304.

⁵⁵ Örneğin, yayım hakkını devralan yayımcı bunu sözleşmede kararlaştırılan süre yahut tarzda kullanılmazsa, eseri kamuya sunma veya eserin bütünlük ve özelliğini koruma hususundaki manevi haklar da ihlal edilmiş olabilir. Erel, s. 308; Bellican, s. 516; Suluk, Orhan, s. 800; Genç Arıdemir, Çoğaltma ve Yayma, s. 201; Akın Beşiroğlu, Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, 3.bs., İstanbul, Beta Basım, 2004, s. 699: Manevi tazminat adı altında bir para ödeme sorumluluğu, ancak manevi haklara tecavüz edilmesi durumunda söz konusu olur.

⁵⁶ Ramazan Durgut, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1086-1087; Ayşenur Şahin, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 189; İlhami Güneş, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 131: "Manevi tazminat sadece manevi hak ihlallerine özgü bir olanak değildir. Yani her iki hak ihlaline bağlı olarak manevi tazminat istenebilmektedir."

⁵⁷ Ahmet Kılıçoğlu, "Fikri Hakların İhlalinde Açılacak Hukuk Davaları", Hirsch'ten Günümüze Fikri Haklar-Tebliğler, Ankara, Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi, 24 Mayıs 2004, s. 46.

denilmiştir. Madde lafzı açıkça TBK'nın haksız fiillere ilişkin hükümlerine atıf yapmaktadır. Bu nedenle maddi hakların ihlali dolayısıyla manevi tazminat talebinde bulunurken hukuki dayanak noktası, kişilik hakları ihlali dolayısıyla TBK md. 58 hükmü olacaktır.⁵⁸

FSEK md. 70/II hükmü doğrudan haksız fiil hükümlerine atıf yaptığı için borçlar hukukunun genel kuralları uygulama alanı bulacaktır. Böylelikle müterafık kusur, müteselsil sorumluluk, haksız fiil zamanaşımı gibi hükümler de koşulları oluştuğu takdirde uygulanacaktır.⁵⁹

3. Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme Hükümlerinin Uygulanması

FSEK md. 70/III 'te tecavüze uğrayan kimsenin tazminattan başka temin edilen kârın kendisine verilmesini isteyebileceği de belirtilmiştir. Burada mütecevazinin gerçekleştirmiş olduğu eylem gerçek olmayan vekaletsiz iş görme teşkil etmektedir ve bunun sonucu olarak menfaat (kâr) devri hükme bağlanmıştır. Söz konusu fıkranın düzenleniş biçimi itibarıyla hem maddi hem de manevi hak sahiplerinin tazminat taleplerini kapsadığı tartışmasızdır.⁶⁰

FSEK md. 70/III'te öngörülen menfaat devri ile birinci ve ikinci fıkralardaki tazminat hükümleri arasındaki ilişki saptanmalıdır. Manevi tazminat talebi ile menfaat devri talebi birbiri ile yarışma değil yığılma halindedir.⁶¹ Yani şartları mevcutsa manevi tazminat talebi ile birlikte menfaat devri de talep edilebilir. Söz konusu fıkradaki "tazminattan başka" ibaresi de bu yorum ile paraleldir. Örneğin, bir ressamın ait tabloyu izinsiz olarak poster haline getirip satan kimse, hem ressamın duyduğu üzüntünün karşılığı olan zararı tazmin etmeli hem de satıştan elde ettiği menfaati devretmelidir.⁶²

IV. AÇILACAK DAVADA HUSUSİYET ARZ EDEN USULİ MESELELER

A. Görevli ve Yetkili Mahkeme

FSEK'in göreve ilişkin düzenlemesi olan 76. maddesinde, fikri ve sınai haklara ilişkin davalarda, görevli mahkemenin belirlenmesinde Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 156. maddesine atıf yapılmakta ve görevin bu madde uyarınca belirleneceği belirtilmiştir. SMK'nın 156. maddesi ise "Bu Kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir" hükmünü ihtiva etmektedir. Yani FSEK ve SMK'dan kaynaklanan hukuki uyumsuzluklarda görevli mahkeme fikri ve

⁵⁸ Yarsuvat, s. 221; Suluk, Orhan, s. 800, Tekinalp, s. 333.

⁵⁹ Akın, s. 142.

⁶⁰ Ece Baş Süzöl, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yapıtırımı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 292-293.

⁶¹ Azra Arkan Akbıyık, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, Alfa Basım Yayım, 1999, s. 85-86.

⁶² Arkan Akbıyık, s. 86.

sınai haklar hukuk mahkemeleridir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri, ihtisas mahkemesi niteliği taşır ve HSK'nın olumlu görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığınca lüzumlu görülen yerlerde kurulur. 2019 yılı itibariyle Ankara, İstanbul, Bakırköy, İstanbul Anadolu ve İzmir adliyelerinde fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri bulunmaktadır. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin bulunmadığı yerlerde fikri haklardan kaynaklı hukuk davaları ise genel mahkeme sıfatıyla asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir. Asliye hukuk mahkemelerinde tevizinin nasıl yapılacağı ise HSK'nın 335 sayılı kararı⁶³ ile belirlenmiştir. Bu karara göre; iki asliye hukuk mahkemesi varsa 1 numaralı asliye hukuk mahkemesinin, ikiden fazla asliye hukuk mahkemesi varsa 3 numaralı asliye hukuk mahkemesinin davaya bakması gerekmektedir. Asliye hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi arasındaki ilişki işbölümü değil, görev ilişkisidir.⁶⁴ Fikri sınai haklar hukuk mahkemesinin bulunmadığı yerlerde davayı gören asliye hukuk mahkemesi, fikri sınai haklar hukuk mahkemesi sıfatıyla davayı görmelidir.⁶⁵

Hukukumuzda genel yetki kuralı (HMK md. 6) uyarınca hukuk davaları, davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılır. Buna karşılık FSEK md. 66 önleme ve kaldırma davaları bakımından davanın, davacının kendi ikametgâhında da açılabilmesi imkanı tanımıştır. Ancak aynı imkan tazminat davaları için öngörülmemiştir.

Manevi tazminat talepli fikri hak uyuşmazlıklarında uyuşmazlığın temelinde genellikle bir haksız fiil yattığı için HMK md. 16 uyarınca, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

B. Dava Açabilecek Kişiler

FSEK'ten kaynaklanan hukuk davalarını, eser sahibi ile mirasçılarından başka, mali hak sahipleri ve münhasır lisans (tam lisans) sahiplerinin de açabileceği doktrinde belirtilmiştir.⁶⁶

Yukarıda tüm davalar için bahsedilen genel görüş manevi tazminat davalarında farklılık gösterebilmektedir. Zira eser sahibinin manevi hakları, eser sahibine bizzat eserin üreticisi olduğu için bahşedilmiş yetkililerdir. Ayrıca sahibinin manevi hakları miras ile mirasçılara intikal etmemektedir. Ancak FSEK md. 19 uyarınca eser sahibinin manevi haklarını kullanma yetkisi eser sahibinin ölümü ile birlikte yetmiş yıl süreyle; vasiyeti tenfiz memuruna; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mansup

⁶³ R.G. 24363 T. 04. 04. 2001.

⁶⁴ 11. HD. E. 2003/6871, K. 2004/1240, 16.02.2004 T. (Suluk, Orhan, s. 979).

⁶⁵ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammed Özkes, Medeni Usul Hukuku: Ders Kitabı, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 47.

⁶⁶ Suluk, Karasu, Nal, s. 147

mirasçlarına, ana - babasına, kardeşlerine aittir. Bu halde doğrudan hakkın geçişi değil, hakkın kullanılması yetkisinin geçmesi söz konusudur.

Eser sahibinin mirasçılarının bu davayı açıp açamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Hirsch'e göre burada bizzat terekeye dahil olmayan, şahsa bağlı bir hak söz konusudur. Bu nedenle belirtilen kişilerin bu davayı açamamaları gerekmektedir.⁶⁷ Tekinalp'e göre ise yakınların hakkı teorisi çerçevesinde bu kişiler tazminat davasını açabilirler.⁶⁸ Eser sahibi hayattayken ihlal gerçekleşmiş olması durumunda da TMK md. 25 uyarınca mirasçılar ancak miras bırakanın sağlığında ileri sürmüş olması koşuluyla manevi tazminat talep edebilirler.⁶⁹

Yargıtay da FSEK md. 19'da belirtilen kimselerin manevi tazminat davası açabileceklerini kabul etmektedir.⁷⁰ Kanaatimce Yargıtay'ın mevcut görüşü isabetlidir.

Eserin mali haklarını devralan, adi ruhsat (lisans) sözleşmesi akdeden üçüncü kişilerin manevi tazminat talep edemeyecekleri de tartışmalıdır. Çalışmada belirtildiği üzere FSEK md. 70/1'den kaynaklı manevi tazminat davası yalnızca eser sahibinin manevi haklarına karşı tecavüzlere yönelik olarak talep edilebilmektedir. Üçüncü kişilerin ruhsat alması yahut eserin mali haklarını devralması, manevi hakların devri sonucunu doğurmayacaktır. Zira manevi haklar devredilemez. Bu nedenlerden dolayı mali hak sahipleri FSEK md. 70/1'den kaynaklanan manevi tazminat davasını açamayacaklardır.⁷¹ Yargıtay da aynı nedenlerden ötürü maddi hak sahiplerinin manevi tazminat talebini reddetmiştir.⁷² Ancak kanaatimce, adi lisans sahibi kişilerin maddi haklarının ihlali nedeniyle TBK md. 58 kapsamında manevi tazminat talep edebilmeleri mümkündür. Aksi durumun kabulü anılan kişilerin kişilik hakları ihlalinde dahi manevi tazminat talep edememeleri sonucunu doğurur ve hukuk mantığına aykırı bir durum ortaya çıkar.

⁶⁷ Hirsch, s. 153.

⁶⁸ Tekinalp, s. 163; Konu hakkındaki ayrıntılı görüşler için bkz. Bellican, s. 534-537.

⁶⁹ Halil Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 133.

⁷⁰ *"..eser sahibinin ölümünden sonra kimlerin "manevi tazminat" isteyebileceklerini de aynı Kanunun 19. maddesi hükmünde belirtmiş bulunmaktadır. Davacının, temellük eden bir kimse olarak, gerek BK.nun 162 ve 168. maddeleri hükümlerine göre, kendisine yapılan temlik sonucu ve (işin mahiyeti) icabı olarak manevi tazminat talebine hakkı bulunduğu gibi, ayrıca da Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 19. maddesi hükmünden kaynaklanan (halefiyet) nedeniyle de, keza, "manevi tazminat" talebine hakkı bulunmaktadır. Doktrin de aynı görüştedir..."* HGK, 1981/4-70 E., 1983/123 K., 11.02.1983 T. (Suluk, Orhan, s. 809; Kararın tam metni için, <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/hgk-1981-4-70.htm> E.T: 11.11.2018).

⁷¹ Bellican, s. 520.

⁷² *"...manevi hakların devrinin mümkün olmaması nedeniyle kendine intikal etmemiş olan manevi haklar konusunda davacının talepte bulunamayacağı..."* 11. HD. 2003/784 E., 2003/6343 K., 16.06.2003 T. (Suluk, Orhan, s. 806).

Yukarıda bahsedilen durum çalışanların üretmiş oldukları eserler için de geçerlidir. Zira çalışan eserlerinde FSEK md. 18/II gereği eserin maddi hak sahibi işverendir. Ancak manevi haklar eserin üreticisi olan çalışandır. Bu nedenle işveren FSEK md. 70/I kapsamında manevi tazminat talep edemez.⁷³

Bilindiği üzere manevi tazminat talep edebilmek için hak sahibinin gerçek kişi olmasına gerek yoktur. Zira tüzel kişilerin de kişilik hakları ihlal edilebilir.⁷⁴ FSEK md. 70/I uyarınca talep edilecek manevi tazminatta da aynı durum geçerlidir. Manevi hakları haleldar olan tüzel kişiler lehine de manevi tazminata hükmolunabilir. Yargıtay da bu konuda aynı görüşe iştirak etmektedir.⁷⁵

Birden çok kişinin aynı eserin sahibi olduğu durumlarda birlikte dava açma zorunlulukları, eserin meydana getiriliş şekline bağlıdır. Eğer oluşturulan eser ayrılmaz biçimde birden fazla kişinin hususiyetini taşıyorsa, bu durumda eser sahipleri açacakları davalarda kural olarak birlikte hareket etmelidirler.⁷⁶ Ancak söz konusu husus manevi tazminat davalarında farklılık göstermektedir. Zira manevi tazminatın koruduğu değerler daha kişisel olduğu için, eser sahiplerinden birinin hakkına zarar verirken diğerine vermeyebilir. Örneğin bir heykeltıraşın vücut şeklini oluşturduğu, diğer heykeltıraşın ise kafa ve yüz hatlarını detaylandığı bir heykelde kafa şeklinden dolayı yapılan ağır eleştiriler nedeniyle yalnızca o bölümü yapan sanatçı manevi tazminat talep edebilecektir. Benzer şekilde her bölümü farklı bir yazarın yazmış olduğu hukuk kitabında bir yazarın isminin belirtilmemesi halinde ilgili yazar tek başına manevi tazminat talep edebilecektir. Ayrıca ikinci örnekte birbirinden ayrılabilir eserler söz konusu olduğu için mecburi dava arkadaşlığı oluşmayacaktır.

⁷³ "... memur, hizmetli ve işçilerin işlerini görürken meydana getirdikleri eserlerin mali hak sahipleri bunları çalıştıran veya tayin edenlerdir... Kanun'da mali ve manevi haklar ayrı ayrı düzenlenmiş olup, manevi haklar tadadi olarak gösterilmiştir. Sayılan bu haklardan dolayı manevi tazminat isteme hakkı da manevi hak sahibine aittir. O halde davaya konu eserin mali hak sahibi olan davacının bu eserden dolayı manevi tazminat isteyemeyeceğinin kabulü ile bu istek kaleminin reddine karar verilmesi gerekirken..." 11. HD., 2001/2687 E., 2001/5080 K., 04.06.2001 T. (Suluk, Orhan, s. 807).

⁷⁴ O. Gökhan Antalya, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine Bir Model Önerisi", Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 231 (Çevrimiçi: <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/333488> E.T: 18.11.2018)

⁷⁵ "...Yargıtay'ın kökleşen kararlarına göre, tüzel kişiler yararına dahi manevi tazminata karar verilmesi mümkündür..." 11. HD. 1994/4485 E., 1994/8647 K., 17.11.1994 T. (Suluk, Orhan, s. 819).

⁷⁶ Öztan, s. 257.

V. SONUÇ

FSEK'te eser sahibinin hakları, manevi ve maddi(mali) haklar olarak iki gruba ayrılmıştır. Manevi haklar, eseri umuma sunma hakkı, adın belirtilmesi hakkı, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı, eseri teşhir hakkı, tahrip edilmesini önleme hakkı, eserin aslına ulaşma hakkı olmak üzere altı adet haktan ibarettir. Maddi haklar ise; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma hakkı ve temsil hakkını kapsar. Her ne kadar doktrinde maddi ve manevi haklar ayrımının yapay olduğu belirtilmiştir. Ancak kanun sistematüğünde bu haklar ayrı ayrı incelenmiştir ve özellikle çalışmanın konusu olan manevi tazminat talebi yönünden maddi ve manevi hakların ihlali sonucu talep edilecek olan manevi tazminata farklı hükümler uygulanmaktadır.

Manevi hakların ihlali söz konusu olduğunda manevi tazminat taleplerine FSEK md. 70/I hükmü uygulanacaktır. Bu fıkra, TBK md. 58 hükmü ile paralel ibareler taşımaktadır. Aradaki temel fark, FSEK'ten kaynaklı manevi tazminat taleplerinde yalnızca manevi hak ihlali yeterlidir. Ayrıca kişilik hakkı ihlali aranmamaktadır.

Maddi hakların ihlali durumunda ise FSEK md. 70/II hükmünün yollaması ile haksız fiillere ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Yani TBK md. 58'in uygulanmasına gidilecektir.

Manevi tazminat talebinde şartları oluştuysa ayrıca gerçek olmayan vekaletsiz iş görme sonucu elde edilen menfaat de FSEK 70/III kapsamında talep edilebilecektir. Burada sebeplerin yarışması söz konusu değildir.

Doktrinde eleştirildiği üzere, maddi ve manevi hak iç içe geçmişse ve bir fiil hem maddi hem manevi hakkı ihlal ediyorsa ihlal sayısınca farklı eylem söz konusu olacak ve hem FSEK md. 70/I uyarınca hem de TBK md. 58 uyarınca tazminat talebi söz konusu olacaktır. Bu hususa ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı da mevcuttur.

Bir maddi veya manevi hakkın ihlali hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil edebilir. Bu durumda sebeplerin yarışması ilkesi gereğince hak sahibi istediği sebebe dayanabilecektir.

Fikri haklara ilişkin manevi tazminat davalarında fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevlidir. Eğer dava açılan yerde bu mahkeme mevcut değilse, 3'ten az asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde 1 numaralı asliye hukuk mahkemesi; 3 ve daha fazla asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde 3 numaralı asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır.

KISALTMALAR

bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası-Baskı
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
eBK	: 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu
E.T	: Erişim tarihi
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HSK	: Hakimler ve Savcılar Kurulu
md.	: Madde
K.	: Karar Numarası
R.G	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

KAYNAKÇA

Antalya, O. Gökhan, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması-Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine Bir Model Önerisi-”, Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 221-250.

Akbıyık, Azra Arkan, Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme, İstanbul, Alfa Basım Yayım, 1999.

Akın, Levent, “Fikri Haklara Yönelik Tecavüzlere Karşı Hukuk Davaları”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, İş ve Sosyal Güvenli Hukuku Türk Milli Komitesi, 2000, s. 105-146.

Akkanat Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

Arslanlı, Halil, Fikrî Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1954.

Ateş, Mustafa, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Ayiter, Nuşin, Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.

Baş Süzel, Ece Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme ve Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.

Bellican, Cüneyt, Fikri Hukukta Manevi Haklar ve Manevi Hakların Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Beşiroğlu, Akın, Düşünce Ürünleri Üzerinde Haklar, 3.bs., İstanbul, Beta Basım, 2004 .

Durgut, Ramazan, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Tazminat Davaları", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007, s. 1075-1093.

Erel, Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 5. bs., Ankara, İmaj Yayıncılık, 1998.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2015.

Erlüle, Fulya, Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.

Genç Arıdemir, Arzu, Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003, (Çoğaltma ve Yayma).

Genç Arıdemir, Arzu, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, , 1.bs., İstanbul, On iki Levha Yayıncılık, 2008 (Sözleşmeye Aykırılık).

Güneş, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.

Hirsch, Ernst E., Hukuki Bakımdan Fikri Say, İkinci Cilt, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1943.

Keskin, A. Dilşad, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2017.

Kılıçoğlu, Ahmet, "Fikri Hakların İhlalinde Açılacak Hukuk Davaları", Hirsch'ten Günümüze Fikri Haklar-Tebliğler, Ankara, Fikri ve Sınai Haklar Araştırma ve Uygulama Merkezi, 24 Mayıs 2004, s. 45-48.

Kılıçoğlu, Ahmet, “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, 1984, S.1, s. 15-21.

Küçükali, Canan, Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 12. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

Öztañ, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.

Pekcanitez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özkes, Muhammed, Medeni Usul Hukuku: Ders Kitabı, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf/ Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 1. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Suluk, Cahit/ Orhan, Ali, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C. II: Fikir ve Sanat Eserleri, İstanbul, Arıkan, 2005.

Şahin, Ayşenur, Fikri Hukukta Eser Sahibinin Mali Haklarının Korunması, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Tandoğan, Haluk, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit ve Akdi Mes’uliyet), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev.: Cevat Edege, 1. bs., Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983.

Yasaman, Hamdi, “Fikri Haklarda Tazminat ile İlgili Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s. 805-819.

Yarsuvat, Duygun, Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul, Güryay Matbaacılık, 1984.

Yavuz, Levent/ Alica, Türkay/ Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, C. 2.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR;

www.kazanci.com.tr

www.lexpera.com

http://www.telifhaklari.gov.tr/resources/uploads/2012/03/18/2012_03_18_349175.pdf

www.dergipark.gov.tr

TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİ SENDİKALARI

The Public Servants Trade Unions in Turkish Law

Doç. Dr. İştar CENGİZ*

Geliş Tarihi: 01.08.2019 Kabul Tarihi: 31.10.2019

ÖZET

1997 yılında, Devlet Memurları Kanunu'na "Devlet Memurları, Anayasada ve özel kanununda belirtilen hükümler uyarınca sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilir ve bunlara üye olabilirler" (DMK m.22) hükmü konulmuştur. Ülkemizde halen yürürlükte olan 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu, 25.06.2001 tarihinde "Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu" adıyla kabul edilmiştir (RG 12.07.2001, Sayı:24460). Kanunun ilk halinde sendika hakkı tanınıp düzenlenmekle birlikte, toplu sözleşme hakkı yer almamaktaydı. Kanun, 04.04.2012 tarih ve 6289 sayılı Kanunla ismiyle birlikte değişikliğe uğramıştır (RG 11.4.2012, Sayı:28261). Değişiklikle kamu görevlileri sendikalarının kuruluş ve yapısı da önemli ölçüde değişmiştir. Anayasada 12.09.2010 tarihinde yapılan değişiklik sonucu memur ve diğer kamu görevlilerinin bazı haklarının toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenmesine olanak tanınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamu görevlisi, kamu görevlisi sendikaları, grev hakkı, sendikacılık, toplu iş sözleşmesi

ABSTRACT

In 1997, the Civil Servants Law was stipulated that "Civil Servants can establish and become a member of trade unions and supreme organizations in accordance with the provisions of the Constitution and special law" (Article 22). The Law No. 4688, which is still in force in our country, was first adopted on 25 June 2001 under the name "Law of Public Servants Syndicates" (RG 12.7.2001, No: 24460). Although the first right of the law was recognized and regulated, the right to collective bargaining was not included. The law has been amended by the Law No. 6289 dated 04.04.2012. With this change, the organization and structure of public servants syndicates have also changed significantly. As a result of the amendments made in the Constitution on 12.09.2010, some rights of civil servants and other public servants were regulated by collective agreements.

Keywords: Public servants, Public servants trade unions, the right to strike, trade unionism, collective bargaining agreement

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, (istarcengiz@hacettepe.edu.tr), ORCID ID: 0000-0002-3769-9260

GİRİŞ

Mevcut Anayasamız başlangıçta sendika hakkını sadece işçi ve işverenlere tanıırken, 2001 yılında yapılan değişiklikle (3.10.2001 tarihli, 4709 sayılı kanun) bu hakkı daha geniş bir Şekilde “çalışanlara” teşmil etmiştir. Esasen bu değişiklikten önce de, mevzuatta memurların sendikalar kurup üye olmalarına engel bir hüküm yoktu. Ülkemizin taraf olduğu uluslararası çalışma sözleşmeleri de dikkate alındığında, sendika özgürlüğünün sırf işçilere hasredilmesi doğru olamazdı. Bununla beraber 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun kabul edilmesinden önce, uluslararası çalışma sözleşmelerinde yer alan sendika özgürlüğü normlarının iç hukukumuzda tüm çalışanlara doğrudan hak verip vermediği konusunda farklı görüşler öne sürülmüştür. Onaylanan 87 ve 151 sayılı Sözleşmelere uyma zorunluluğu olduğuna göre, somut bir düzenlemenin getirilmesi görüşü doğal olarak ağırlık kazanmıştır.

1995 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle (23.7.1995 tarih, 4121 sayılı Kanun), sendika özgürlüğü kamu çalışanları bakımından ele alınmıştır. Anayasanın “Toplu İş Sözleşmesi Hakkı” başlığını taşıyan 53 üncü maddesinin II. fıkrası, 2010 yılında uğradığı değişiklikten önceki haliyle, şöyleydi: “128 inci maddenin ilk fıkrası kapsamına giren kamu görevlilerinin kanunla kendi aralarında kurmalarına cevaz verilecek olan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 54 üncü madde hükümlerine tabi olmayan sendikalar ve üst kuruluşları, üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilir ve İdareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilirler. (...)”. Söz konusu hüküm uyarınca sendika hakkının fiilen hayata geçirilmesi, getirilecek yasal düzenlemeye tabi tutulmuştur.

1997 yılında, Devlet Memurları Kanununa “Devlet Memurları, Anayasada ve özel kanununda belirtilen hükümler uyarınca sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilir ve bunlara üye olabilirler” (DMK m. 22) hükmü konulmuştur.

Ülkemizde halen yürürlükte olan 4688 sayılı *Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu*, ilk Şekliyle 25 Haziran 2001 tarihinde “Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu” adıyla kabul edilmiştir (RG 12.7.2001, Sayı: 24460). Kanunun ilk halinde sendika hakkı tanınıp düzenlenmekle birlikte, toplu sözleşme hakkı yer almamaktaydı. Kanun 04.04.2012 tarih ve 6289 sayılı Kanunla ismiyle birlikte değişikliğe uğramıştır (RG 11.4.2012, Sayı: 28261).

2001 yılında ilk kabul edildiğinde “Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu”nun Genel Gerekeçesinde, özellikle Türkiye’nin kamu görevlileri de dâhil tüm çalışanlara sendikalaşma hakkını tanımayı üstlenmiş olduğuna işaret edilerek, bu hakların başlıca uluslararası kaynakları da zikredilmektedir. Bunlar, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Avrupa Sözleşmesinin 11. maddesi, Avrupa Sosyal Şartının Girişi ve Birinci Bölümü, ülkemizin üyesi bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasasının Girişi

Bölümü, Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı Sözleşme ve Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 151 sayılı Sözleşmelerdir. Ülkemizin taraf olduğu Avrupa Sosyal Şartı ve daha sonra Gözden Geçirilmiş Sosyal Şartın örgütlenme ve toplu pazarlık haklarına ilişkin 5’inci ve 6’ncı maddeleri onaylama kapsamı dışında tutulmuştur. Ancak, Şartın Girişinde ve Birinci Bölümünde sendikal haklara da yer verildiği için bu haklar bakımından da Şart ülkemiz için kaynak teşkil etmektedir.²

Anayasada 12.09.2010 tarihinde yılında yapılan değişiklik sonucu memur ve diğer kamu görevlilerinin bazı haklarının toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenmesine olanak tanınmıştır. Anayasanın “*Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler - Genel ilkeler*” başlıklı 128. maddesinin II. fıkrası, eklenen yeni cümleyle, şöyledir: “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.*” Böylece, memurların statülerinin kanunla düzenlenmesi ilkesi ile çelişmeyecek bir hüküm de konulmuştur.³

Anayasanın “*Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı*” başlıklı m.53/III-IV hükümleri de şöyle düzenlenmiştir: “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler.*” “*Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir.*” “*Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.*”

Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununun 2. maddesi uyarınca: bu Kanun, Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin görüldüğü genel, katma ve özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı kuruluşlarda, kamu iktisadi teşebbüslerinde, özel kanunlarla veya özel kanunların verdiği yetkiye dayanarak kurulan banka ve teşekküller ile bunlara bağlı kuruluşlarda ve diğer kamu kurum veya kuruluşlarında işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlileri hakkında uygulanır. Bu Kanunun uygulanmasında “*kamu görevlisi*”, bu kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların kadro ve pozisyonlarında istihdam edilenlerden işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlileridir (KGSTSK, s. 3/a).⁴

KGSTSK m. 43’de yapılan yollama uyarınca, bu kanunda hüküm bulunmayan

² Başterzi, 2006/II: 15-45; Tuncay, 2007: 157-175; Tuncay & Savaş Kutsal, 2017: 492-495.

³ Tuncay, 2010: 54-55.

⁴ Keser, 2014: 543-566, 545-554.

hallerde Sendikalar Kanunu (şimdi Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu), Dernekler Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve kamu görevlilerinin tabi oldukları personel kanunlarının ilgili hükümleri uygulanır.

I. Kamu Görevlileri Sendikalarının Kuruluş Esasları

Sendikaların güçlü yapılanmalarına olanak sağlanması amacıyla “*hizmet kolu*” esasını benimsenmiştir. Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununun 4. maddesi uyarınca, sendikalar hizmet kolu esasına göre, Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacıyla bir hizmet kolundaki kamu işyerlerinde çalışan kamu görevlileri tarafından kurulur. Bir hizmet kolunda birden fazla sendika kurulabilir. Meslek veya işyeri esasına göre sendika kurulamaz. İşkolu yerine hizmet kolu deyimine yer verilmesi kamu görevinin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Madde hükmünde yer alan Türkiye çapında faaliyette bulunma koşulu, sendikaların fiilen Türkiye çapında örgütlenmiş olmasını değil, Türkiye çapında örgütlenmeyi amaç edinerek kurulmayı ve bu hususa tüzüğünde yer vermeyi ifade etmektedir.⁵

Hizmet kolları 5. maddede on bir hizmet kolu olmak üzere; 1.Büro, bankacılık ve sigortacılık hizmetleri, 2. Eğitim, öğretim ve bilim hizmetleri, 3. Sağlık ve sosyal hizmetler, 4. Yerel yönetim hizmetleri, 5. Basın, yayın ve iletişim hizmetleri, 6. Kültür ve sanat hizmetleri, 7. Bayındırlık, inşaat ve köy hizmetleri, 8. Ulaştırma hizmetleri, 9. Tarım ve ormancılık hizmetleri, 10. Enerji, sanayi ve madencilik hizmetleri, 11. Diyanet ve vakıf hizmetleri şeklinde sıralanmıştır. Daha sonra yayımlanan *Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Kapsamına Giren Kurum ve Kuruluşların Girdikleri Hizmet Kollarının Belirlenmesine İlişkin Yönetmelik*, hizmet kollarına giren işyerlerinin hangileri olduğunu düzenlemektedir (RG, 7.9.2001, S.24516). Yönetmeliğin 4. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, bu kurum ve kuruluşların merkez ve taşra teşkilatına bağlı tüm birimler ile yine bu kuruluşlara bağlı döner sermaye, fonlar ve kefalet sandıkları, bağlı ortaklık ve müesseseler de asıl işyerinden sayılır. Yönetmeliğin 5. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, kamu kurum ve kuruluşlarının girdikleri hizmet kolunda anlaşmazlık çıkması halinde tarafların başvurusu üzerine hizmet kolu, kurum ve kuruluşta yürütülen görevin niteliğine göre Çalışma, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Hazine ve Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığınca birlikte belirlenir. Hizmet kollarının Kanunda sayılmış olması ve işyerlerinin hangi hizmet koluna dâhil olduklarının tespit edilmiş olması yerinde bir düzenlemdir. Ancak bir işyerinin hangi hizmet koluna girdiğine ve hizmet kolu istatistiklerine yönelik itirazların usulüne ilişkin olarak Kanunda herhangi bir hüküm bulunmaması önemli bir noksanlık olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 43. madde yoluyla 2821 sayılı Sendikalar Kanuna (şimdi 6356 sayılı Kanun),

⁵ Tuğ: 1992.

2908 sayılı Dernekler Kanununa, 743 sayılı Türk Medeni Kanununa (şimdi 4721 sayılı Kanun) gönderme yapılmıştır. Bu bağlamda işyerlerinin girdiği hizmet kolu ve hizmet kolu istatistiklerine itiraz konularında 6356 sayılı Kanunun ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁶

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda olduğu gibi, bu Kanunda da kabul edilen tek üst kuruluş türü konfederasyondur. Konfederasyon, değişik hizmet kollarında bu Kanuna tabi olarak kurulmuş en az beş sendikanın bir araya gelerek oluşturdukları tüzel kişiliği haiz üst kuruluştur (m.3/g).⁷

Kamu görevlileri sendikalarının kuruluş işlemleri KGSTSK m. 6'da düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki; sendika ve konfederasyonlar önceden izin almaksızın serbestçe kurulurlar (m. 6/I); dolayısıyla "serbest kuruluş" ilkesi burada da geçerlidir. Madde hükmüne göre; kurucu olabilmek için kamu görevlisi olarak çalışmak yeterlidir (m.6/II). İşçi sendikaları kurucuları için aranan niteliklere burada yer verilmemiştir. Bunun nedeni; Devlet Memurları Kanununda kamu görevlisi statüsünü taşıyabilmek için zaten belli şartların aranıyor olmasıdır (m. 48). Ayrıca bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 6356 sayılı Kanuna atıf yapan 43. madde uyarınca, 6356 sayılı Kanunun 6. maddesinde gösterilen şartların kamu görevlileri sendikaları açısından da arandığının kabulü yerinde olacaktır. O halde bir kamu görevlisinin sendika kurucusu olabilmesi için; kamu görevlisi olarak çalışmasının yanında, ayrıca fiil ehliyetine sahip olma, fiilen çalışma, Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama ve kaçakçılık suçlarından birinden mahkûm olmama koşullarına sahip olma zorunluluğu bulunmaktadır.

4688 sayılı Kanunun ilk halinde sendika kurucusu olabilmek için en az iki yıldan beri kamu görevlisi olma şartı aranmışsa da 2012 yılında kabul edilen metinde söz konusu 2 yıl şartına yer verilmemiştir. Bu şarta yasada yer verilmesinin nedeni en fazla 2 yıl süren adaylık sürecidir. Ancak 87 sayılı ILO Sözleşmesinin 2. maddesine göre; sendika hakkı ayırım gözetilmeksizin tüm çalışanlara tanınması gereken bir haktır. Bu nedenle söz konusu şart örgütlenme özelliğini kısıtlayıcı niteliktedir ve bu haliyle 87 sayılı ILO Sözleşmesine aykırılık taşımaktadır.

⁶ Tuncay & Savaş: 2013.

⁷ Ülkemizdeki başlıca kamu görevlileri sendika konfederasyonları şunlardır: Memur Sendikaları Konfederasyonu (Memur-Sen), Türkiye Kamu Çalışanları Sendikaları Konfederasyonu (Türkiye Kamu-Sen), Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu (KESK), Birleşik Kamu İşgörenleri Sendikaları Konfederasyonu (Birleşik Kamu-İş), Bağımsız Kamu Görevlileri Sendikaları Konfederasyonu (BASK), Tüm Memur Sendikaları Konfederasyonu (Tüm Memur-Sen), Çalışanlar Birliği Sendikalar Konfederasyonu (Çalışan-Sen), Kamu Çalışanları Hak Sendikaları Konfederasyonu (Hak-Sen).

Kurucu sayısı hakkında Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle ve KGSTSK m.43'ün boşluk halinde uygulanacak hükümlere yaptığı atıf uyarınca, Türk Medeni Kanununun 56. maddesine göre en az yedi kamu görevlisinin bulunması gerekir. KGSTSK m. 6/III uyarınca sendikanın kurucuları; sendika tüzüğü ve kamu görevlisi olduklarını gösterir belge ile sendikayı ilk genel kurula kadar sevk ve idare edeceklerin isimlerini kuruluş dilekçelerinin ekinde sendika merkezinin bulunacağı ilin valiliğine vermek zorundadırlar. Belirtilen belgeler ve tüzüğün ilgili valiliğe verilmesi ile sendika veya konfederasyon tüzel kişilik kazanır (m.6/V). Valilik, tüzük ve belgelerin birer örneğini Çalışma, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığına gönderir (m.6/VI).

Sendika ve konfederasyon tüzüklerinin içereceği hususlar ise 7. maddede on dokuz bent halinde düzenlenmiştir. Buna göre; Sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde; a) Sendika veya konfederasyonun adı, merkezi ve adresi. b) Sendika veya konfederasyonun amacı ve bu amacı gerçekleştirmek üzere sürdürülecek çalışma konuları ile çalışma usulleri. c) Sendikanın faaliyet göstereceği hizmet kolu. d) Sendika kurucularının ad ve soyadları, meslek veya görevleri ve adresleri; konfederasyonu kuran sendikaların hizmet kolları ile ad ve adresleri. e) Sendika veya konfederasyona üyelik koşulları, üyelikten çıkma ve çıkarılmanın usul ve esasları. f) Konfederasyon, sendika ve sendika şubesi genel kurul delegelerinin belirlenmesi usulü. g) (Değişik: 4/4/2012-6289/5 md.) Genel kurulun görev ve yetkileri, oy kullanma ve karar alma usul ve yeter sayıları ile yönetim, denetleme ve disiplin kurullarının oluşumu, bu kurulların görevleri ve toplantı usulü. h) Sendika veya konfederasyonun genel kurul dışındaki zorunlu organlarına üyelerin seçilme usulü, asil ve yedek üye sayısı, görev ve yetkileri. ı) Sendika veya konfederasyonların yöneticilerinde aranılacak şartlar. j) Sendika şubelerinin nasıl kurulacağı, görev ve yetkileri, genel kurulların toplantılarına ve kararlarına ilişkin usul ve esaslar ile sendika genel kurulunda şubelerin temsil şekli. k) (Değişik: 4/4/2012-6289/5 md.) Üyelik ödentsinin oranı. l) Sendika veya konfederasyonun iç denetim usulü. m) Harcamaların nasıl yapılacağı, yetkilerin nasıl verileceği ve yetki sınırları. n) (Değişik: 4/4/2012-6289/5 md.) Tüzüğün değiştirilmesi usulü, yapılacak ilk genel kurula sunulması ve geçmişe etkili olmaması kaydıyla ilgili makamlarca veya mahkemelerce kanuna aykırı görülerek düzeltilmesi istenen tüzük hükümlerinin değiştirilmesi için yönetim kuruluna yetki verilebilmesi. o) Sendika veya konfederasyonun feshi, kendiliğinden dağılması, başka bir sendika veya konfederasyonla birleşmesi veya mahkeme kararıyla kapatılması hallerinde mal varlığının tasfiye usulü. p) Sendika veya konfederasyonun zorunlu organlarının oluşumuna kadar kuruluşun işlerini yürütmeye ve temsile yetkili geçici yönetim kurulu üyelerinin ad ve soyadları ile adresleri. r) Sendika ve konfederasyon temsilcilerinin seçiminde yetkili kurulun belirlenmesi, temsilcilerin nitelikleri ve görevden alınma usulü. s) Gelirlerini ne şekilde

muhafaza edecekleri ve zorunlu giderleri için kasalarında tutacakları azamî nakit mevcudu. t) Demirbaşların satış ve terkininde uygulanacak usul ve esasların bulunması zorunludur.

Tüzük veya belgelerin içerdikleri bilgilerin kanuna aykırılığı tespit edilir veya yasadaki kuruluş koşullarının gerçekleşmediği anlaşılırsa, valilik, eksikliğin bir ay içinde tamamlanmasını ister; tamamlanmadığı takdirde kuruluşun faaliyetinin durdurulması için iş mahkemesine başvurur (m.6/VII). Mahkeme, kanuna aykırılık veya eksikliğin giderilmesi için altmış günü aşmayan bir süre verir, verilen süre sonunda tüzük ve belgeler kanuna uygun hale getirilmemişse, mahkeme sendika veya konfederasyonun kapatılmasına karar verir (m.6/VIII)⁸.

Kamu görevlileri sendikalarının organları ve işleyişlerine dair düzenleme 8 ila 13. maddeler arasında düzenlenmiştir. Kanunun 8. maddesinde zorunlu organlar; genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu olarak sayılmıştır (m.8/I). Bu organların dışında başka organların kurulabilmesi de mümkündür. Tüzüklerinde belirtilmesi kaydıyla genel kurul dışındaki organlar, görev, yetki ve sorumluluklarını kurulacak organlara devredebilir (m.8/II).

Yönetim, denetleme ve disiplin kurullarının oluşması, görevleri ve toplantılarına dair hükümler Kanunun 13 maddesinde yer almaktadır. Yönetim, denetleme ve disiplin kurulları ile kurulması uygun görülen diğer organların oluşumu, görev ve yetkileri ile toplanma ve karar alma usulleri Sendikalar Kanununun (şimdi Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun) ilgili maddelerinde belirtilen esaslara uygun olarak sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde düzenlenir (m.13/III).

Genel kurullar tarafından zorunlu organlara seçilen üyelerin ad ve soyadları, meslek ve görevleri, adresleri ile tüzük değişiklikleri ve açılan, kapatılan veya birleştirilen şubeler; sendika şubesinin, sendikanın veya konfederasyonun bulunduğu illerin valiliklerine ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına otuz gün içinde bildirilir (m. 8/III).

Sendika ve sendika şubesi genel kurulları üyelerden oluşur. Sendika şubesi genel kurulları ve üye sayısı bini aşan sendikaların genel kurulları delegelerle yapılabilir. Delegeler üyeler tarafından gizli oy, açık sayım ve döküm esasına ve sendika tüzüğündeki hükümlere göre seçilir (m. 9/I-III).

Konfederasyon genel kurulları, üye sendikalarca seçilen en çok beş yüz delegeden oluşur. Üye sendikaların genel kurulda kaç delegeyle temsil edileceği konfederasyon tüzüğünde belirtilir.

Sendika şubeleri ile sendika ve konfederasyonların yönetim ve denetleme kurulu üyeleri bu sıfatla kendi genel kurullarına delege olarak katılırlar. Delege sıfatı, müteakip olağan genel kurul için yapılacak delege seçimine kadar sürer.

⁸ Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, Tarih: 25.5.2005, Esas: 2005/9-320, Karar: 2005/355

Tüzüklere delege seçilmeyi engelleyici hükümler konulamaz (m. 9/V-VI).

Kuruluşu üzerine 6 ay içinde yapılması gereken ilk genel kurul toplantısından sonra, genel kurulun olağan toplantıları en az dört yılda bir, tüzüklerde belirtilen sürede yapılır (m.10/I-II).

Olağanüstü genel kurul da, yönetim kurulu veya denetleme kurulunun gerekli gördüğü durumlarda ya da genel kurul üye veya delegelerinin beşte birinin yazılı isteği üzerine en geç altmış gün içinde toplanmalıdır (m.10/IV).

Kanunun 10. maddesine aykırı hareket eden şube, sendika veya konfederasyon yönetim kuruluna mahkeme kararıyla işten el çektilir. Bu karara karşı temyiz yolu kapalıdır (İş Mahkemeleri Kanunu, m. 8/ç).

Toplantı yeter sayısı ilk toplantıda üye veya delege tamsayısının salt çoğunluğudur. İlk toplantıda yeter sayı sağlanmazsa, ikinci toplantı en çok on beş gün sonraya bırakılabilir ve bu toplantıda salt çoğunluk aranmaz (m.10/VI). Karar yeter sayısı ise toplantıya katılan üye veya delege sayısının salt çoğunluğudur (m.10/VII).

Genel kurullarda seçimler yargı gözetimi altında, serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esasına göre yapılır (m.11/I). Seçimlerde 2821 sayılı SK m.14 ve m.52 hükümleri uygulanacağı (şimdi STİSK'nun ilgili hükümleri olan m.14, 15 ve 16) belirtilerek, bu hükümlere açıkça atıf yapılmıştır. Seçimlere ilişkin diğer usul ve esasların sendika ve konfederasyonların tüzüklerinde belirtileceği ifade edilmiştir.

Seçimlere, seçim sonuçlarına ve genel kurul kararlarına karşı itirazlar ise sendika merkezinin bulunduğu iş mahkemesine yapılmalıdır (Tuncay & Savaş Kutsal, 2017: 505-506)

KGSTSK m.13 uyarınca, sendika şubesi ve sendika yönetim kurulları en az üç, en çok yedi üyeden; konfederasyon yönetim kurulları ise en az beş, en çok on üyeden; disiplin kurulu en az üç, en çok beş üyeden; denetleme kurulu ise en az üç, en çok beş denetçiden oluşur. Şubelerde bir denetçi ile yetinilebilir (m.13/I-II).

Yönetim, denetleme ve disiplin kurulları ile kurulması uygun görülen diğer organların oluşumu, görev ve yetkileri ile toplanma ve karar alma usulleri Sendikalar Kanunu hükümlerine (şimdi STİSK) uygun olarak, kuruluş tüzüklerinde düzenlenir.

II.Kamu Görevlileri Sendikalarına Üyelik

4688 sayılı Kanunun 15. maddesinde kamu görevlisi olmakla birlikte kamu görevlileri sendikalarına üye olamayacaklar sayılmıştır. Madde hükmüne göre; a) (Değişik:2/7/2018-KHK-703/197 md.) Cumhurbaşkanlığı merkez teşkilatında, bağlı kurullarında ve Diyanet İşleri Başkanlığı, Savunma Sanayi Başkanlığı ile İletişim Başkanlığı hariç olmak üzere bağlı kuruluşlarında, Millî

Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri, b) Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar, c) Bakanlar, bakan yardımcılar, bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcılar, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilâtlarının denetim birimleri yöneticileri ve kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilâtlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, belediye başkanları ve yardımcılar, d) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcılar, e) Mülkî idare amirleri, f) Silahlı Kuvvetler mensupları, g) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 10/4/2013 tarihli ve E.: 2013/21, K.: 2013/57 sayılı Kararı ile.) h) Millî İstihbarat Teşkilâtı mensupları, ı) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları, j) Emniyet hizmetleri sınıfı, k) Ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri, l) (Ek: 2/1/2017-KHK-682/36 md.; Aynen kabul: 31/1/2018-7068/36 md.) Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığında görevli subay, sözleşmeli subay, astsubay, sözleşmeli astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve sözleşmeli erler, sendika üyesi olamayacak ve sendika kuramayacak kamu görevlileridir.⁹

87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunması Sözleşmesi¹⁰'ne göre; sadece silahlı kuvvetlerin ve güvenlik güçlerinin “ne ölçüde örgütlenme hakkından yararlanacağı” belirlenmesi taraf devletlere bırakılmıştır (m.9/l). Zaman içinde bazı kısıtlamaların kaldırılmış olmasına karşın, Kanunun 15. maddesinde yer alan liste hala oldukça kapsamlıdır ve bu haliyle ilgili sözleşmeyle uyumlu olmadığı söylenebilecektir.¹¹ Öğretide, özellikle 151 sayılı Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi¹² bağlamında, sadece devlet adına kamu gücünü kullanan üst düzey kamu görevlileri, MİT mensupları, güvenlik ve asayişle ilgili emniyet teşkilatı ile silahlı kuvvet

⁹ Ayrıca bkz. Keser, 2014: 556-560.

¹⁰ Bkz. https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377261/lang--tr/index.htm ; ILO Kabul Tarihi: 17 Haziran 1948, Kanun Tarih ve Sayısı: 25 Kasım 1992 / 3847, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 22 Aralık 1992 / 21432 mükerrer, Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 8 Ocak 1993 / 93-3967, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 25 Şubat 1993 / 21507, Türkiye’de Yürürlüğe Girdiği Tarih: 12 Temmuz 1993.

¹¹ Kutal, 2007: 64.

¹² https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377291/lang--tr/index.htm ; ILO Kabul Tarihi: 7 Haziran 197, Kanun Tarih ve Sayısı: 25 Kasım 1992 / 3848, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 11 Aralık 1992 / 21432-Mükerrer, Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 8 Ocak 1993 / 93-3967, Resmi Gazete Yayım Tarihi ve Sayısı: 25 Şubat 1993 / 21507, Türkiye’de Yürürlüğe Girdiği Tarih: 12 Temmuz 1993.

mensubu kamu görevlilerinin istisnalar kapsamında yer alabileceği ifade edilmektedir.¹³

Kamu görevlilerinin sendikalaşma düzeyi işçilere nazaran çok daha yüksek olup, resmi istatistiklere göre %69,28 oranındadır (RG 5.7.2017, S. 30115).

Kanuna göre sendikaya üyelik serbesttir (m.14/I) ve kamu görevlisinin üç nüsha olarak doldurup imzaladığı üyeformu ile sendikaya başvurusu ve başvurunun sendika yetkili organınca kabulü ile kazanılır (m.14/II). Üyelik başvurusu sendika tarafından en çok otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik istemi kabul edilmiş sayılır (m.14/III). Üyeliği kazanma ve üyelikten ayrılma usulü Kamu Görevlileri Sendikaları ve Konfederasyonlarınca Düzenlenecek Üyeliğe Başvuru Belgesi, Çekilme Bildirimlerinin Şekli, İçeriği, Tutulacak Defterlerin Şekli, İhtiva Edeceği Bilgiler ile Kayıtların Düzenlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir (RG 7.9.2001, S.24516). Haklı bir sebep gösterilmeden üyeliği kabul edilmeyen kamu görevlisi, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede (iş mahkemesinde) dava açabilir (m.14/IV). 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun kanun yollarına ilişkin hükümleri iş mahkemelerince verilen kararlar hakkında da uygulanmaktadır; ancak, KGSTSK m.14/4 uyarınca üyelik başvurusunun reddine karşı açılan davada temyiz yolu kapalıdır (7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, m.8). Sendika, üyeliği kesinleşen kamu görevlisinin başvuru belgesinin bir örneğini üyenin kendisine verir, bir örneği sendikada kalır, bir örneğini üyelik ödentisine esas olmak ve dosyasında saklanmak üzere onbeş gün içinde işverene gönderir (m.14/V).

Kanunun 14. maddesinde aynı zamanda birden çok sendikaya üye olunması da yasaklanmış ve birden çok sendikaya üye olma halinde sonraki üyeliklerin geçersiz olacağı düzenlenmiştir. (m.14/VI). Bu bağlamda aynı tarihli birden fazla üyeliğe ilişkin bildirimler dikkate alınmaz ve bu husus kamu işvereni tarafından ilgiliye ve sendikalara yazılı olarak bildirilir (m.14/VII).

Kanunda her üyenin üyelikten serbestçe çekilebileceği düzenlenmiştir (m.16/I). Üyelikten çekilme, çekilmek isteyen kamu görevlisi tarafından, üç nüsha olarak doldurulup imzalanan üyelikten çekilme bildiriminin kurumuna verilmesi ile gerçekleşir (m.16/II) ve çekilme, sendikaya başvurma tarihinden itibaren 30 gün sonra geçerli olur; bu süre içinde başka bir sendikaya üye olma durumunda yeni üyelik bu sürenin bitiminde kazanılır (m.16/IV). Aynı maddede üyenin sendikadan ihracı da düzenlenmiştir. Buna göre; üyenin, sendikadan çıkarılma kararı sendika merkez genel kurulunca alınır. Çıkarma kararı, çıkarılana ve işverene yazı ile bildirilir. Çıkarma kararına karşı üye, bildirim tarihinden itibaren on beş gün içinde görevli iş mahkemesine itiraz

¹³ Tuncay & Savaş Kutsal, 2017: 511.

edebilir. Mahkeme iki ay içinde kesin karar verir. Üyelik, çıkarılma kararı kesinleşinceye kadar sürer (m.16/IV).

Bazı durumlarda sendika üyeliği kendiliğinden sona erer (m.16/V). Madde hükmüne göre; çekilme, göreve son verilmesi veya sair nedenlerle kamu görevinden ayrılanların üyelikleri, sendika şubesi, sendika veya konfederasyon organlarındaki görevleri, farklı bir hizmet koluna giren kuruma atanarlardan sendika üyesi olanların ise üyelikleri, varsa sendika şubesi ve sendika organlarındaki görevleri sona erer, ancak varsa konfederasyon organlarındaki görevleri devam eder. Emekliye ayrılanların sendika şubesi, sendika veya konfederasyon organlarındaki görevleri seçildikleri dönemin sonuna kadar devam eder.

Konfederasyon ve uluslararası kuruluş üyeliği 17. maddede düzenlenmiştir. Konfederasyona üyelik yönünden işçi sendikalarına nazaran bir fark yoktur.

Kanunun 18. maddesinde ise; sendika üyelerinin ve yöneticilerinin güvenceleri yer almaktadır. Madde hükmüne göre; kamu görevlileri, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde sendika veya konfederasyonların bu Kanunda belirtilen faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı bir işleme tâbi tutulamaz ve görevlerine son verilemez (m.18/I). Kamu işvereni işyeri sendika temsilcisi, sendika işyeri temsilcisi, sendika il ve ilçe temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe değiştiremez (m.18/II), kamu görevlileri arasında sendika üyesi olmaları veya olmamaları nedeniyle bir ayırım yapamaz (m.18/III).

Sendika veya konfederasyonu ilk genel kurula kadar sevk ve idare edecek yönetim kurulu üyeleri, genel kurulda yönetim kuruluna seçilenler ile sendika şube yönetim kurulu üyeleri seçildikleri tarihten itibaren durumlarını en geç otuz gün içinde kurumlarına yazılı olarak bildirirler. Söz konusu yöneticiler sendika tüzüğünde belirtilen hükümlere göre, ayrıca yazılı talepte bulunmaları halinde bu görevleri süresince aylıksız izine ayrılırlar. Talepte bulunmayanlar ise kurumlarındaki görevlerine devam ederler. İzine ayrılmayan yönetim kurulu üyeleri haftada bir gün kurumlarından izinli sayılırlar. Sendika yönetim kurulu üyelerinin, bu fıkrada belirtilen haklardan yararlanabilmesi için bağlı buldukları sendikanın şube kurulması için öngörülen üye sayısına (400 sayısına, m.18/V)) ulaşması, konfederasyon yönetim kurulu üyelerinin bu fıkrada belirtilen haklardan yararlanabilmesi için ise konfederasyona bağlı sendikaların toplam üye sayısının genel kurullarını delegelerle yapabilecek sendika üye sayısına (1000 sayısını aşmasına) ulaşması gerekir (m.18/IV). Sendika şubeleri en az 400 üye ile kurulur. Sendika şubesi bulunmayan il ve ilçelerde il ve ilçe temsilciliği kurulabilir. İldeki üye sayısı 100 ve daha fazla olan sendikanın il temsilcisi ile ilçedeki üye sayısı 50 ve daha fazla olan sendikanın ilçe temsilcisi haftada dört saat izinli sayılır (m.18/V).

Aylıksız izine ayrılan yöneticilerin bu süreleri, emekli kesenekleri ve karşılıklarının yöneticisi oldukları sendikaları tarafından her ay Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığına ödenmesini kabul etmeleri koşuluyla kazanılmış hak aylığı ile emeklilik hizmetine sayılır (m.18/VI). Kurumlarından aylıksız izinli sayılan sendika, konfederasyon ve şube yönetim kurulu üyeleri ile bunların bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinin sağlık giderlerinin kurumlarınca karşılanmasına devam olunur (m.18/VII).

Aylıksız izinli sayılanlardan herhangi bir nedenle sendika veya konfederasyon organlarındaki görevlerinden ayrılanlar, görevlerinin son bulması tarihinden itibaren otuz gün içinde ayrıldıkları kurum ve kuruluşu yazılı müracaat etmeleri durumunda, kamu işvereni bu kimseleri otuz gün içinde eski görevlerine ya da uygun diğer bir göreve atamak zorundadır. Otuz gün içinde görevlerine başlamak için başvurmayanlar görevlerinden çekilmiş sayılırlar (m.18/VIII). Görevden uzaklaştırma, re'sen emeklilik, göreve son verilmesi, tayin veya sair hallerde görevlinin mahkemeye başvurması halinde, mahkeme kararı kesinleşinceye kadar sendikadaki görevi devam eder (m.18/IX).

III.Kamu Görevlileri Sendikalarının Faaliyetleri

A.Yasal Faaliyetler

Kamu görevlileri sendikaları ile konfederasyonlar, bu Kanundaki hükümler çerçevesinde, toplu sözleşme görüşmelerinde taraf olmaya yetkilidir (m.19/I).

Sendika ve konfederasyonlar, kuruluş amaçları doğrultusunda, toplumsal cinsiyet eşitliğini de gözeterek; genel olarak kamu personelinin hak ve ödevleri, çalışma koşulları, yükümlülükleri, iş güvenlikleri ile sağlık koşullarının geliştirilmesi konularında görüş bildirme ve toplu sözleşmenin uygulanmasını izlemek üzere yapılacak çalışmalara temsilciler gönderme; devlet personel mevzuatında kamu görevlilerinin temsilini öngören çeşitli kurullara temsilci gönderme, verimlilik araştırmaları yapmak, sonuçlarla ilgili raporlar düzenleme, önerilerde bulunmak ve işverenlerle bu konularda ortak çalışmalar yapmak, üyelerin ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatleri ile personel hukukunu ilgilendiren konularda ilgili kurumlara ve yetkili makamlara sunulmak üzere çalışmalar yapmak ve öneriler getirme gibi iş koşullarının belirlenmesine yönelik faaliyetlerde bulunabilirler.

Sendika ve konfederasyonlar bu faaliyetlerin yanında ayrıca üyelerin mesleki yeterliliklerinin artırılması ve sorunlarının çözülmesi ile sendikal faaliyetlerinin geliştirilmesine yönelik kurs, seminer ve sosyal amaçlı toplantılar düzenleme, bilimsel çalışmalar yapma ve yayınlarda bulunma gibi etkinliklerde de bulunabilirler (m. 19/d). Sendika ve konfederasyonlar gelirlerinin en az yüzde onunu üyelerinin mesleki bilgi ve tecrübelerini artırmak üzere kullanmakla zorunludur (m.26). Bu etkinliklerden yararlandırmada üyeler arasında eşitliğe

uyulmalıdır; mevzuat yönünden Medeni Kanun, Dernekler Kanunu ve STİSK hükümleri bu esasın hukuki temellerini teşkil etmektedir (KGSTSK m.43).

Sendika ve konfederasyonların önemli bir etkinliği de, üyelerinin idare ile doğacak ihtilaflarında ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek ve ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmaktır (m. 19/f). Yargı alanındaki etkinlik sendikaların yanında konfederasyonlar için de öngörülmektedir ve üyelerin mahkeme önünde temsili için herhangi bir yazılı müracaat şartı aranmamaktadır.

Sendika ve konfederasyonların bir diğer faaliyet alanı ise, üyeleri ve ailelerinin yararlanmaları için hizmet amacıyla eğitim ve sağlık tesisleri, dinlenme yerleri, misafirhane, spor alanları ve benzeri yerler ile kitaplık, kreş, yuva ve huzur evleri, yardımlaşma sandıkları kurmak ve yönetmek ile herhangi bir bağışta bulunmamak kaydı ile üyeleri için kooperatifler kurulmasına yardım etmek ve nakit mevcudunun yüzde onundan fazla olmamak kaydıyla bu kooperatiflere kredi vermektir (m.19/g). Bu kapsamda kamu çalışanları örgütleri bizzat sandıklar kurabilecek, yönetebileceklerdir.

Sendika ve konfederasyonlar yangın, su baskını, deprem gibi doğal afetlerde, gerektiğinde üyelik şartı aranmaksızın nakit mevcudunun yüzde onunu aşmamak kaydıyla afete uğrayan bölgelerde konut, sağlık ve eğitim tesisleri yapılması amacıyla kamu yararına çalışan dernekler ve Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ile kamu kurum ve kuruluşlarına yardımda bulunabilir, afete uğrayan bölgelerde konut ve sağlık tesisleri yapabilir (m.19/h).

B.İşyeri Sendika Temsilcileri

Kamu görevlileri sendikaları işyerinde temsilci atama yetkisine sahiptir. Yasada, “*işyeri sendika temsilcisi*” ile “*sendika işyeri temsilcisi*” birbirinden farklı anlamlarda kullanılmıştır. İşyeri sendika temsilcisi, bir işyerinde en çok üye kaydetmiş sendika tarafından o işyerinden seçilen kamu görevlisidir (m.3/j). *Sendika işyeri temsilcisi*, ise işyerinde en çok üye kaydetmiş sendika dışındaki her bir sendika tarafından o işyerinden seçilen kamu görevlisini ifade etmektedir (m.3/k).

4688 sayılı Kanununun 23. maddesine göre; 30. madde uyarınca yapılan tespite göre işyerinde *kamu görevlilerinden en çok üye kaydetmiş sendika* o işyerinden işyeri sendika temsilcisi seçmeye yetkilidir.

Temsilci sayıları da, işyerindeki kamu görevlileri sayısına göre, 23. maddede gösterilmiştir. Bu sayı bir ile beş arasında değişir ve işyerindeki kamu görevlisi sayısı 200’ e kadar ise bir; 201-600 arasında ise en çok iki; 601-1000 arasında ise en çok üç; 1001-2000 arasında ise en çok dört, 2000’den fazla ise en çok

beş işyeri sendika temsilcisi seçilebilir; aralarından biri sendika tarafından baş temsilci olarak görevlendirilebilir (m.23/I). Temsilciler sendika tüzüğünde belirtilen yetkili kurullar tarafından bir genel kurul dönemi için seçilirler. Temsilci olabilmek için kanunda özel bir koşul aranmamıştır ve bu nedenle kamu görevlisi olup, kendisini atayan sendikanın üyesi olması gerekli ve yeterlidir. “Sendika işyeri temsilcileri” ise; bir işyerinde *en çok üye kaydetmiş sendikanın dışında* faaliyette bulunan sendikalar tarafından, sendikal faaliyetler açısından koordinasyon görevini yürütmek üzere o işyerinde çalışan kamu görevlileri arasından belirlenirler (m.23/III).

İşyeri sendika temsilcilerinin görevleri, işyerinde kamu görevlilerinin işveren veya işyeri ile ilgili sorunlarını dinlemek, ilgili yerlere iletmek, kamu görevlileri ile işveren arasında iletişim sağlamaktır. İşyeri sendika temsilcileri görevlerini işyerinde, haftada dört saat olmak üzere yerine getirirler ve bu sürede izinli sayılırlar (m.23/II). Kamu işvereni, yönetim ve hizmetin işleyişini engellemeyecek şekilde sendika temsilcilerine çalışma saatleri içinde ve dışında görevlerini yapabilmeleri için imkânlar ölçüsünde kolaylıklar sağlayacaktır (m.23/IV).

Kamu işvereni, “*işyeri sendika temsilcisi, sendika işyeri temsilcisi, sendika il ve ilçe temsilcisi ile sendika şube yöneticilerinin işyerini sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe değiştiremez*” (m. 18/II). Bu hükme aykırılık halinde yapılan değişiklik geçersizdir (6356 sayılı kanun m.24/4) ve idari yargı yoluna gidilebilecektir.

C.Yasak Faaliyetler

Sendika ve konfederasyonların yönetim ve işleyişleri Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı olamaz (m.20/I). Sendika ve konfederasyonlar kamu makamlarından maddi yardım kabul edemez, siyasi partilerden maddi yardım alamaz ve onlara maddi yardımda bulunamaz (m.20/II); siyasi partilerin kuruluşu içinde yer alamaz, siyasi partilerin ad, rumuz veya işaretlerini kullanamazlar (m.20/III). Sendika ve konfederasyonların ticaretle uğraşamayacağı esası da aynı madde de düzenlenmiştir (m.20/IV).

Yasal faaliyetleri arasında iktisadi ve sınai yatırımlardan söz edilmemesi nedeniyle kamu görevlileri sendikaları açısından ciddi bir ticaret yasağının öngörüldüğünü göstermektedir.

IV.Kamu Görevlileri Sendikalarının Gelir ve Giderleri, Denetimi

A.Gelirler

Sendika ve konfederasyonların gelirleri 24. maddede sayılmıştır. Madde hükmüne göre; sendika ve konfederasyonların gelirleri; a) Üyelerinin ödeyecekleri üyelik ödentilerinden, b) Bu Kanuna göre yapabilecekleri faaliyetlerden elde edilecek gelirlerden, c) Bağış ve yardımlardan, d) Mal varlığından elde edilen

gelirlerden oluşmaktadır (m.24/I).

Yurt dışı kaynaklar hakkındaki hükme göre, sendika ve konfederasyonlar, kendilerinin veya Türkiye'nin yesi bulunduğu uluslararası kuruluşlar hariç, dış kaynaklardan Cumhurbaşkanının izni olmadıkça yardım ve bağış kabul edemezler (m.24/II).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, sendika ve konfederasyonlar tüm nakd gelirlerini bankalara yatırmak zorundadırlar ve zorunlu giderler için kasalarında tutacakları azamî nakit mevcudu tüzüklerinde gösterilir (m.24/III).

yelik aidatları hakkındaki esaslar ve check-off hükümleri Kanunun 25. maddesinde düzenlenmiştir (m.25). Buna göre; aidatların tahsilinde dentinin maaştan kesilerek doğrudan kamu kurumu tarafından sendikaya ödenebilmesi için sendikanın hizmet kolunda çalışan kamu görevlilerinin belirli bir oranda ye kaydı gerekmez. yelik başvuru formuna ve sendika tzğindeki aylık ödenti tutarına göre kamu işverenince aidatlar aylıktan kesilerek beş gün içinde sendikanın banka hesabına yatırılır ve ödenti listesinin bir rneği de sendikaya gönderilir. Görüldüğü üzere ne sendikanın ne de üyenin talebi bir koşul olarak aranır. Kamu işvereni, sendikaya ye olan ve üyelik ödentisi kesilen kamu görevlilerinin listesini her ayın son haftasında, işyerinde herkesin görebileceği yerde ve kurumsal düzeyde duyurulabilecek diğer araçlarla ilan eder (m.25/I).

Anayasa Mahkemesi, 25.6.2009 tarih, 2006/94 - 2009/92 sayılı kararıyla, 21.3.2006 tarih 5473 sayılı Kanunla 375 sayılı KHK' ye getirilen Ek madde 4/1 hükmünü demokratik ilkelere aykırı olması ve kamu işverenin sendikalara müdahalesinin önünü açması ve bu gibi nedenlerle 98 sayılı ve 151 sayılı ILO Sözleşmelerine ve Anayasanın 90. maddesine aykırılık oluşturması nedeniyle iptal etmiştir. İptal edilen hükme göre, kamu görevlileri sendikasına ye olup üyelik aidatı kesilen kamu görevlilerine bu kesinti karşılığı her ay 5 TL "sendika deneği" verilmekteydi. Anayasa Mahkemesinin oybirliğiyle aldığı karar uyarınca iptal edilen hüküm özellikle Anayasanın 51. maddesini ihlal etmekte; sendikalara ve gönüllülük esasına devletin müdahalesi anlamına gelmektedir.

Aylık yelik ödenti tutarı; kamu görevlisinin kadro ya da pozisyonuna bağlı ve her ay mutad olarak ödenmekte olan damga vergisine tâbi aylık brüt gelirleri toplamına, sendika tzğinde belirtilen oran uygulanmak suretiyle hesaplanır. denti tutarı, 15 inci derecenin birinci kademesinden aylık alan Devlet memurunun damga vergisine tâbi brüt gelirleri toplamının binde dördünden az, otuzda birinden fazla olamaz. Böylece, burada en düşük maaş alan kamu görevlisinin aldığı brüt tutar esas alınmaktadır (m.25/II).

Sendika tüzüğüne üyelik aidatı dışında her ne ad altında olursa olsun başka bir kesinti yapılacağına dair hüküm konulamaz (m.25/III).

Sendika merkez genel kurul kararıyla üyelikten çıkarılan üyelerin isimlerinin sendikaca on beş gün içinde işverene bildirilmesi zorunludur (m.25/IV).

Konfederasyonlara ödenecek aidatlara ilişkin bir hüküm de dikkat çekmektedir: Konfederasyona üye sendikalar tarafından ödenecek ödenti tutarı, “*sendikaların ödenti tutarlarının yüzde beşinden aşağı olmamak üzere*” konfederasyon genel kurullarınca belirlenir (m.25/V).

B.Giderler

Sendika ve konfederasyonlar, gelirlerini tüzüklerinde belirtilen amaçları ve Kanunda gösterilen faaliyetleri dışında kullanamazlar ve bağışlayamazlar (m.26/I). Sendika ve konfederasyonlar, gelirlerinin en az yüzde onunu üyelerinin mesleki bilgi ve tecrübelerini artırmak için kullanmak zorundadırlar (m.26/II). Diğer hususlar yanında, sendika şubeleri, sendika ve konfederasyonların yardımlaşma sandıkları dışında üyelerine, yöneticilerine veya diğer kişi ve kuruluşlara borç para veremeyeceği ve elde ettikleri gelirleri dağıtamayacağı belirtilmektedir (m.26/IV).

C.Denetim

Kanunun 27. maddesi uyarınca, şube, sendika ve konfederasyonların yönetim ve işleyişleri ile gelir ve giderleri ile bunlarla ilgili her türlü işlemlerin kanunlar ve ilgili diğer mevzuat ile tüzük ve genel kurul kararlarına uygun olup olmadığına dair idari ve mali denetim, denetleme kurulları ya da denetçiler tarafından yapılır. Denetimin esasları hakkında 6456 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre çıkarılan yönetmelik hükümleri uygulanacaktır (m.27/I).

Ayrıca, sendika ve konfederasyonların yıllık hesapları, 3568 sayılı Kanuna göre denetim yetkisi almış meslek mensupları, yani yeminli malı müşavirler tarafından denetlenerek, bağımsız denetim raporu hazırlanır ve bu raporlar genel kurula sunulur (m.27/II).

Sendika ve konfederasyonlar her hesap ya da bütçe dönemine ait bilanço ve hesaplarıyla çalışma ve denetleme raporlarını ait oldukları dönemi izleyen üç ay içinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığına, sendikalar da ayrıca bağlı oldukları konfederasyona gönderirler (m.27/III).

V.Kamu Görevlileri Sendikalarının Sona Ermesi

A.Sendika ve Konfederasyonların Katılması ve Birleşmesi

Kamu görevlileri sendika ve konfederasyonların katılmaları ve birleşmesine dair esaslar 36. madde de işçi sendikalarına benzer biçimde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre; Genel Kurul kararıyla sendikaların başka bir sendikaya veya konfederasyonların başka bir konfederasyona katılması halinde katılan sendika veya konfederasyonun bütün hak, borç, yetki ve menfaatleri katıldığı sendika veya konfederasyona kendiliğinden geçer (m.36/I). Birleşen sendika veya konfederasyonların bütün hak, borç, yetki ve menfaatleri birleşme sonucu

meydana getirdikleri yeni tüzel kişiliğe kendiliğinden geçer (m.36/II). Bu madde hükümleri gereğince katılan veya birleşen sendika ve konfederasyonların üyeleri, ayrı bir işleme gerek olmaksızın devralan veya yeni kurulan sendika veya konfederasyonun üyesi olurlar (m.36/III). Birleşme ile ilgili diğer usul ve esaslar sendika veya konfederasyonların tüzüklerinde gösterilir (m.36/IV).

B.Kuruluşun Feshi ve Kapatılması

Boşluk bulunan hallerde 43. madde uyarınca STİSK, DK ve MK hükümlerine başvurulacaktır. Özellikle, kuruluşun feshi hakkında KGSTSK’ de düzenleme yapılmadığından, genel kurul kararı TMK m.78 ile STİSK m.13/3’ de belirtilen yetersayı ve çoğunlukla alınmalıdır.

İşçi sendikalarında olduğu gibi, kamu görevlileri sendikaları da TMK m.87’ de belirtilen hallerde kendiliğinden sona erecektir.

KGSTSK’ nın 37. maddesi uyarınca, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine ve demokratik esaslara aykırı faaliyetlerde bulunan sendika ve konfederasyon, merkezinin bulunduğu Cumhuriyet Başsavcısının istemi üzerine iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkeme kararıyla kapatılır (m.37/I).

Sendika ve konfederasyonların kuruluş sürecindeki aykırılıklar nedeniyle faaliyetinin durdurulması ve aykırılığın giderilmemesi halinde kapatılması hakkındaki hükümler (KGSTSK m.6/VII- VIII), 6356 sayılı kanun hükümlerine benzer şekilde düzenlenmiştir. Faaliyeti durdurulan sendika veya konfederasyonun mallarının idaresi, menfaatlerinin korunması ve durdurma süresi sonunda yeniden faaliyete geğebilmesi için genel kurul yapılması, Medenî Kanun hükümleri gereğince tayin olunacak bir veya üç kayyım tarafından sağlanır. (m.39).

C. Malların Devri

KGSTSK m.40 uyarınca, fesih, infisah ve kapatma hallerinde kuruluşun malvarlığı, STİSK’ nun 32. maddesine göre tasfiye edilir. Ancak, tasfiye sonucu kalacak para ve mallar, ilgili sendika ve konfederasyonun tüzüğünde aksi belirtilmemişe, Hazineye devredilir.

SONUÇ

1995 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle (23.7.1995 tarih, 4121 sayılı Kanun), sendika özgürlüğü kamu çalışanları bakımından da tanınmıştır. Anayasanın “Toplu İş Sözleşmesi Hakkı” başlığını taşıyan 53 üncü maddesinin II. fıkrası, 2010 yılında uğradığı değişiklikten önceki haliyle, şöyleydi: “128 inci maddenin ilk fıkrası kapsamına giren kamu görevlilerinin kanunla kendi aralarında kurmalarına cevaz verilecek olan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 54 üncü madde hükümlerine tabi olmayan sendikalar ve üst

kuruluşları, üyeleri adına yargı mercilerine başvurabilir ve İdareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilirler. (...). Söz konusu hüküm uyarınca sendika hakkının fiilen hayata geçirilmesi, getirilecek yasal düzenlemeye tabi tutulmuştur. Bunun sonucu olarak 1997 yılında, Devlet Memurları Kanununa “Devlet Memurları, Anayasada ve özel kanununda belirtilen hükümler uyarınca sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilir ve bunlara üye olabilirler” (DMK m. 22) hükmü konulmuştur. Sonrasında 25 Haziran 2001 tarihinde “Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu” kabul edilmiş (RG 12.7.2001, Sayı: 24460), ancak Kanunun ilk halinde sendika hakkı tanınıp düzenlenmekle birlikte, toplu sözleşme hakkı yer almamıştır. Kanun 04.04.2012 tarih ve 6289 sayılı Kanunla ismiyle birlikte değişikliğe uğramıştır (RG 11.4.2012, Sayı: 28261). 2001 yılında ilk kabul edildiğinde “Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu”nun Genel Gereğesinde, özellikle Türkiye'nin kamu görevlileri de dâhil tüm çalışanlara sendikalaşma hakkını tanımayı üstlenmiş olduğuna işaret edilerek, bu hakların başlıca uluslararası kaynakları da zikredilmiştir.

Anayasada 12.09.2010 tarihinde yılında yapılan değişiklik sonucu memur ve diğer kamu görevlilerinin bazı haklarının toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenmesine olanak tanınmış ve 25.06.2001 tarihinde, halen yürürlükte olan 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Başterzi, S.** (2006/II). Uluslararası Sözleşmeler ve İş Hukuk Kuralları Çerçevesinde Kamu Görevlilerinin Toplu Pazarlık ve Toplu Sözleşme Sorunu, TİSK Akademi. 2006/II.
- Gülmez, M.** (1996). Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar. Ankara.
- Gülmez, M.** (2002). Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e; 1926-2001. Ankara: TODAİE Yayınları.
- Keser, H.** (2014). 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Uyarınca Kamu Görevlileri Sendikaları Üyeliği. İstanbul: Prof. Dr. Ali Ruza Okur'a Armağan.
- Kocaoğlu, M.** (1999). Türkiye'de ve Dünya'da Memur Sendikacılığının Gelişmesine Panoramik Bakış. TÜHİS.
- Kutal, M.** (2007). Uluslararası Çalışma Normları Karşısında 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu. Sicil.
- Pélissier, J. & Auzero, G. & Dockès, E.** (2013). Droit du Travail. 27e édition. Paris.
- Tuğ, A.** (1992). Sendikalar Hukuku. Yetkin Yayınları. Ankara.
- Tuncay, A. C.** (2007). Kamu Görevlilerinin Sendikalaşması ve Toplu Pazarlık Hakkı. İzmir: Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan.
- Tuncay, A. C.** (1996). Türkiye'nin Onayladığı Sendika Özgürlüğü'ne İlişkin Son Sözleşmeler ve Bunlara Uyumu. İstanbul: Halid K. Elbir'e Armağan.
- Tuncay, A. C.** (2010). Toplu İş Hukuku. 2. Bası. İstanbul.
- Tuncay, A. C. & Savaş, B.** (2013). Toplu İş Hukuku. 3. Bası. İstanbul: Beta Yayınları.
- Tuncay, A. C. & Savaş Kutsal, B.** (2017). Toplu İş Hukuku. İstanbul: Beta Yayınları.
- Ünsal, E.** (2003). Sendika Özgürlüğü ve Uluslar arası Çalışma Örgütü ile T.C. Hükümetleri İlişkileri. İstanbul.

GEÇİŞ ADALETİ VE AVRUPA ARINDIRMA HUKUKU

Transitional Justice and European Lustration Law

Hâkim Gökhan ÇAYAN*

Geliş Tarihi: 08.09.2019 Kabul Tarihi: 31.10.2019

ÖZET

Arındırma usulünün iki amacı bulunmaktadır. Birincisi mağdur toplumla ilgilenmek, ikincisi demokrasi ve hukukun üstünlüğünü yeniden tesis etmektir. İlk amaç toplumun travmalarını bastırırken, ikincisi geleceğe odaklanır. İnsan hakları ihlallerinin tekrarlanmasını önlemek, adil ve etkili kamu kurumları oluşturmak için kötü niyetli ya da beceriksiz görevlilerin kamudan dışlanmasını sağlamak arındırma usulünün uygulandığı ülkelerin genel özelliğidir. Zira arındırma usulünde devletler, hem insan hakları ihlallerinin mağdurlarına hem de topluma borçlu olduğu yükümlülükleri yerine getirmek için gereken önlemleri almak zorundadır. Bununla birlikte, hukukun üstünlüğüne dayanan modern bir demokrasi kurmaya istekli olan toplumlar, hukukun temel ilkelerine de bağlı kalmalıdır. Bu makalede arındırma usulünün tarihi, amacı, uygulamaları ve hukuki boyutu inceleme konusu yapılmıştır. Makalenin giriş kısmında tarihi perspektif, birinci kısmında genel prensipler, ikinci kısmında Avrupa'daki arındırma usulleri, üçüncü kısmında da hukuki inceleme yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler : Arındırma usulü, Çekoslovakya Arındırma Hukuku, Polonya Arındırma Hukuku, Macaristan Arındırma Hukuku, Ukrayna Arındırma Hukuku, kamu görevlileri, insan hakları.

ABSTRACT

The Lustration System has two purposes. First is to deal with victim society; second is to restore democracy and the rule of law. The first aim is about the repression of the past, while the second one is focusing on the future. Processes to exclude abusive or incompetent public servants in order to prevent the recurrence of human rights abuses and build fair and efficient public institutions is a general characteristic of countries where lustration procedure was applied. However the society that aspires to establish a modern democracy based on the rule of law must adhere to several primary principles of the orderly legal system. In this article, history, purpose, procedure, applications and legal aspects of the lustration system are examined. There are a historical perspective in introduction part of the article, general principles in first part, lustration system in Europe in second part and legal dimension in third part.

Key Words : Lustration System, Czechoslovakia Lustration Law, Poland Lustration Law, Hungary Lustration Law, Ukraine Lustration Law, public servants, human rights.

* Hâkim: Ankara İdare Mahkemesi; LL. M: Kırıkkale Üniversitesi, LL. B: Kırıkkale Üniversitesi, D. eP: Pazmany Peter Üniversitesi, İletişim: gçayan@yandex.com, ORCID ID: 0000-0001-8704-2884

GİRİŞ

Doğu ve Orta Avrupa'nın birçok ülkesi, 1918 yılında imzalanan Paris Barış Antlaşması ve ekli protokollerinin sonucu olarak yeni ve bağımsız birer Devlet haline geldiler. Doğu ve Orta Avrupa'nın çok uluslu imparatorlukları dağılırken ortaya yeni çıkan devletler, sosyal ve ekonomik açıdan oldukça zayıf bir haldeydi. Aslında, Doğu Avrupa ülkelerinin Birinci Dünya Savaşı öncesinde elli yıl süren Batılı kurumları taklit etme çabası, en iyi durumda bile kısmen başarılı olabilmisti.²

Birinci Dünya Savaşı'na kadar uluslararası alanda etkili olamayan ve demokratikleşme gelişimini tamamlayamayan Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri, Naziler tarafından işgal edildi. 1938 ila 1939 yılları arasında Çekler ve Lehler bağımsızlıklarını kaybederken, Çek Cumhuriyeti doğrudan doğruya Almanya'ya bağlandı. Polonya ise zamanla Almanya ve Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (Sovyetler Birliği) tarafından ikiye bölünerek ilhak edildi.³

1939 ila 1943 yılları arasında ağır hasar gören Doğu ve Orta Avrupa ülkeleri, Kızıl Ordunun başlattığı seferlerle Nazi işgalinden kurtuldu. Yaklaşık beş yıl süren Nazi hakimiyeti bölgede etkinliğini kaybederken, etki alanına Sovyetler Birliği dahil oldu.⁴

Nazilerin Doğu ve Orta Avrupa ülkelerindeki hakimiyetlerinin sonlanmasıyla, Müttefik Devletler arasında uyuşmazlıklar baş gösterdi. Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere ve Fransa'nın oluşturduğu blok, işgal altındaki bölgelerin yönetimi konusunda Sovyetler Birliği ile uyuşmadı. Bunun sonucunda işgal altındaki Doğu ve Orta Avrupa ülkeleri ikiye bölündü. Sınır kabul edilen Berlin şehrinin batısı ABD., İngiltere ve Fransa bloğu yönetimine, doğusu ise Sovyetler Birliği'ne bırakıldı.⁵

Bu gelişmelerle birlikte Sovyetler Birliği, Doğu ve Orta Avrupa'daki etkinliğini arttırarak ülkelerde yeni rejimler ihdas etti. Doğu Almanya, Çek Cumhuriyeti, Polonya ve Macaristan'ın da aralarında bulunduğu ülkelerdeki hükümetler, gizli veya açıktan Sovyet Rejiminin etkisi altında faaliyet gösteriyor, ülkenin kamu görevlileri Sovyet Gizli Teşkilatıyla işbirliği yapıyor ve ülkede alınacak önemli kararlarda Sovyet idarecilerin onayı alınıyordu.⁶

Sovyetler Birliği'nin etkisiyle Doğu ve Orta Avrupa'da sosyalist devlet

² BEREND Ivan, *Decades of Crisis: Central and Eastern Europe Before World War II*, Berkely, Kalifornya Üniversitesi Yayınları, Kalifornya 1998, s. 22.

³ BEREND, s.23-24.

⁴ NIELSEN Alexandra Kathryn, *Lustration: Transitional Justice in Poland and its Continuous Struggle to Make Means With The Past*, Yüksek Lisans Tezi, Kalifornya 2008, s.13.

⁵ BEREND, 26.

⁶ PERSAK Krzysztof/ KAMINSKI Lukasz, *A Handbook of the Communist Security in East Central Europe 1944-1989*, Varşova 2005, s.10.

modelleri benimseniyor, genellikle totaliter rejimler iktidarı elinde tutuyordu. İşgal dönemi içerisinde uluslararası metinlerle güvence altına alınan haklar ihlal ediliyor, işkence ve kötü muamele uygulamaları çoğalıyor, adil yargılanma hakkına ilişkin birçok güvence geri planda bırakılıyordu.⁷

Berlin duvarının yıkılması ve Sovyetler Birliği'nin dağılmasının ardından, Birliğin Orta ve Doğu Avrupa ülkelerindeki etkinliği de yavaş yavaş sona ermeye başladı. İki sene arayla yaşanan bu önemli gelişmeler eski sosyalist devletlerde bir taraftan toplumsal bunalıma yol açarken, bir taraftan da demokratikleşme adımlarının hızlanmasına neden oldu.⁸

Bütün bu olayların ardından demokratikleşme sürecine giren ülkelerde eski sosyalist totaliter rejimin mirasını ortadan kaldırmak, yaşanmış insan hakları ihlallerini gidermek ve yeni ihlalleri önlemek amacıyla bir takım tedbirler alınması gerekli hale gelmiştir.⁹ Demokratik rejimi benimseme gayesindeki ülkelerin, eski rejimle bağlarını koparmak amacıyla, özelde kamu görevlileri, genelde ise toplumdaki bireyler açısından aldığı tedbirlere ilişkin usullerin bütününe arındırma usulü adı verilmektedir.¹⁰

I. ARINDIRMA USULÜ (LUSTRATION SYSTEM)

A. GENEL OLARAK

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi¹¹, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi¹² ve Venedik Komisyonu'nca¹³ arındırma usulü "*Lustration System*" terimiyle ifade edilmiştir. İngiliz dilinde "*Lustration*" kelimesinin üç anlamı bulunmaktadır. Bunlar, "arındırma, taharetlenme ve aklanma" olarak ifade edilebilir. "*Lustration*" kelimesi, latince "*Lustrare*" kökeninden türetilmiş¹⁴ olup, anılan köken Türk dilinde "gözleme ve temizleme" olarak karşılık bulmaktadır.

Nazilerin yenilgiye uğratılmasından sonra işgal edilen bölgelerdeki Nazi arındırması ve Almanya'nın birleşmesinden sonra 1989 tarihinden itibaren uygulanan Doğu Almanya mirasını ortadan kaldırmaya yönelik tedbirler bir kenara bırakılacak olursa, Avrupa'daki ilk Arındırma Yasası 1991 yılında

⁷ BEREND, s. 27, PERSAK/KAMINSKI, s. 12, NIELSEN, s. 13, 16.

⁸ MARKESIC Ivan, The Catholic Church in Croatia: From Tending to Lustration to Lustration Crisis, CPI Yayınları, Zagreb 2007, s. 113; NIELSEN, s. 18.

⁹ Venedik Komisyonu, K.N. 1096/1996, §7.

¹⁰ MARKESIC, s.114.

¹¹ VOGT v. ALMANYA, B.N.: 17851/91, 26 Eylül 1995; TUREK v. SLOVAKYA, B.N.: 57986/00, 14 Şubat 2016.

¹² Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, K.N. 1096/1996, §12.

¹³ Venedik Komisyonu, G.N.: 788/2014, §5.

¹⁴ DAVID Roman, From Prague to Baghdad: Lustration System and their Political Effects, Government and Opposition Ltd Yayınları, Cilt 41, Sayı 3, Haziran 2006, s. 350.

Çekoslovakya ile Litvanya'da yürürlüğe girmiştir.¹⁵ Çekoslovaklar, 1991 tarihli Arındırma Yasasıyla, - Anayasayla kurulmuş hür demokratik düzeni korumayı, ulusal güvenlik risklerini en aza indirmeyi ve kamu kurumlarına olan güveni yeniden tesis etmeyi - amaçlamıştır.¹⁶ Anılan devletleri 1992 yılında Bulgaristan, 1994 yılında Macaristan, 1995 yılında Arnavutluk ve 1997 yılında çıkarılan Yasayla Polonya takip etmiştir.¹⁷

En genel tabiriyle Arındırma Yasaları, kamu görevinde çalışanların sosyalist rejimle işbirliği yapıp yapmadığı, insan hakları ihlallerine bulaşıp bulaşmadığı, kamu hizmetinin güvenilirliği ile ulusal güvenliğe aykırı hareket edip etmediği ve Anayasaya sadık kalıp kalmadığını inceleyen özel yasalardır.¹⁸ Genellikle iki bölümden oluşan yasaların birinci bölümü, esasa ilişkin kuralları düzenlerken; ikinci bölümü, arındırmanın usulü hakkında düzenlemelere yer vermektedir. Yasalar, arındırmaya kimlerin tabi olacağını, kimin hangi konularda inceleneceğini, arındırmanın nasıl yapılacağını düzenleyerek olumlu bir tasfiye yapmayı amaçlamaktadır.¹⁹

Arındırma usulü herhangi bir bağlayıcı uluslararası metinde düzenlenmemesine rağmen Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1096/1996 numaralı kararında açıkça ele alınarak, "arındırma tedbirlerinin bazı kriterleri taşıması durumunda hukuka dayanan demokratik devlet ilkeleriyle uyumlu olabileceği" belirtilmiştir. Meclisin belirlediği kriterlere göre arındırma usulünde suç ithamı toplu olmaktan ziyade bireysel olmalı ve kanıtlanmalı, kişiye kendisini savunabilecek bir fırsat verilmeli, masumiyet karinesine aykırı hareket edilememeli, mahkemeye erişim imkanı tanınmalı ve arındırma belirli bir süreyle sınırlandırılmalıdır.²⁰

Meclisle benzer bir yaklaşım sergileyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, "demokratik bir devletin, kamu görevlilerinden Anayasal ilkelere sadakatle davranmasını isteme hakkına sahip olduğu" hususunu vurgulayarak arındırma usulünün temelde insan haklarını ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır.²¹ Ayrıca Mahkeme, yüksek akit devletlerin, kendisini savunabilecek bir demokrasiyi ihdas etmek için - hukuk sınırları içerisinde - gerekli olan her türlü tedbirleri

¹⁵ DAVID Roman, Lustration Law in Action: The Movies and Evaluation of Lustration Policy in the Czech Author(s), Law and Social Inquiry, Cilt 28, Sayı 2, Blackwell Yayınları, 2003, s.388.

¹⁶ DAVID, From Prague to Baghdad, s. 348.

¹⁷ UZELAC Alan, (In)surpassable Barriers to Lustration: quis custodiet ipsos custodes, CPI Yayınları, Zagreb 2007, , s. 47; DAVID, Lustration Law in Action, s.388.

¹⁸ HORNE M. Cynthia, International Legal Rulings on Lustration Polices in Central and Eastern Europe: Rule of Law in Historical Context, Hukuk ve Sosyoloji Dergisi, C. 34, S. 3, Yaz 2009, s. 714.

¹⁹ DAVID, Lustration Law in Action, s. 389.

²⁰ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, K.N. 1096/1996, §12-13.

²¹ VOGT v. ALMANYA, §59.

alabilme hak ve yetkisine sahip olduğunu defalarca vurgulamıştır.²² Zira, hür demokratik düzenin ortadan kaldırılması, totaliter rejimin geri dönmesi veya insan haklarının yok sayılmasına yönelik ciddi tehditler, bizzat ve doğrudan doğruya “kendisini savunabilecek demokrasi” tarafından bertaraf edilmelidir.

B. USULÜN AMACI

Arındırma usulünün ortaya çıkabilmesi için bir geçiş döneminin mevcut olması gerekir. Bu geçiş dönemi seneler alabileceği gibi bir kaç yılla da sınırlı olabilir. Burada önemli olan nokta, geçiş döneminden önceki bir evrede, Anayasayla kurulmuş hür demokratik düzene bir saldırı olması, ağır insan hakları ihlallerinin baş göstermesi veya ulusal güvenlik ile demokratik sisteme karşı ciddi bir tehlikenin mevcut olmasıdır. Bu evre, otoriter veya totaliter rejimden çıkmış devletlerde yaşanabileceği gibi, askeri cuntanın meşru hükümeti devirerek Anayasal düzeni yıkmayı amaçlamadığı ülkelerde de yaşanabilir.

Arındırma usulünde demokratik hukuk devleti, baskıcı rejime veya darbeci cuntaya karşı mutlak bir zafer kazanma amacı güder.²³ Geçiş dönemi ister baskıcı rejimden isterse de darbeci cuntadan kaynaklanıyor olsun Devlet, geçmişle uğraşmayı ve yapılan saldırıların faillerini bertaraf etmeyi seçebilir. Böyle bir durumda dahi Anayasa ve uluslararası hukuk kuralları işlemeye devam eder.²⁴

En genel ifadeyle arındırma usulünün birbirine ardışık iki temel amacı olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar, failleri tasfiye ederek kamuda taharet önlemlerini almak ve demokratik hukuk devletinin üstünlüğüne bağlı kalacak ortamı hazırlamaktır.²⁵ Birinci amaç geçmişin bastırılmasına hizmet ederken, ikincisi geleceğe odaklanmaktadır.²⁶ Bu minvalde, arındırma usulüyle bir taraftan geçmişteki tehditler ve failer temizlenirken, diğer taraftan insan haklarına dayanan demokratik devletin geleceği inşa edilecektir.²⁷

Arındırma usulü, Anayasal ilkelere sadık kalmayarak demokratik hukuk

²² Ibid, 60; SIDABROS ve DZIAUSTOS v. Litvanya, B.N: 55480/00, 59330/00, 27 Temmuz 2004, §54.

²³ HALMAI Gabor, Lustration and Access to Files of The Secret Police in Central Europe, CPI Yayınları, Zagrep 2007, s. 19.

²⁴ Ibid, s. 21; GREIFF, s. 521; MENDEZ, s. 9.

²⁵ HALMAI, 24; KRİTZ, 19.

²⁶ KRITZ Neil J., Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes, Uluslararası Barış Enstitüsü Yayınları, Washington 1995, s. 19.

²⁷ Örneğin Macaristan, geçmişi temizlemenin en iyi yolunun şimdi daha iyisini yapmak olduğunu kabul etmiştir. Macar Devleti için iyi yaşamak, geçmişteki kamu görevlilerinden alınacak en güzel intikamdır (HALMAI Gabor/ SCHEPPELLE KL, Liwing Well is the Best Revenge: The Hungarian Approach to Judging the Past, Norta Dame Üniversitesi Yayınları, Paris 1997, s. 155 vd.).

devletine aykırı eylemler gerçekleştiren kamu görevlilerini hedef alır.²⁸ Kamu hizmetinin kendisine sağladığı kamu gücünü totaliter rejimin gizli teşkilatı lehine kullanan²⁹, ulusun çıkarları doğrultusunda hareket etmeyen, devlete ait gizli bilgileri yabancı devletlerle paylaşan, toplumun hakkını ihlal eden ya da zaten var olan demokratik hukuk devletini yıkarak yerine totaliter bir rejimin geçmesini sağlayanlar, arındırılması gerekli olan hedef kitle içerisinde yer almaktadır.³⁰

Son çıkan Yasalardan birisi olan Ukrayna Arındırma Yasası, geniş çaplı yolsuzluğa bulaşan personelin kamudan temizlenmesi için de arındırma ilkelerinin uygulanacağını kabul etmiştir. Bir dizi toplantı ve panelin ardından Venedik Komisyonu, Ukrayna Arındırma Yasası'nın yolsuzlukla mücadele amacıyla taharet işlemleri yapmasını, genel anlamda, meşru ve hukuka uygun bulmuştur.³¹

Mendez, insan haklarına dayanan demokratik devletin, hem mağdurlara hem de toplumun bütününe borçlu olduğu güven ve adaleti gerçekleştirmek için çaba göstermekle yükümlü olduğunu vurgulamaktadır.³²

Greiff, varlığına müdahale edilen veya yeni demokrasiye geçen devletlerin, geçici bir hukuk politikası uygulayarak mağdurların haklarını tesis etmeyi ve toplumsal güveni arttırmayı amaçlaması gerektiğini ifade etmektedir.³³

Greiff tarafından öne sürülen amaç ile Mendez tarafından ileri sürülen yükümlülük kavramlarının nasıl gerçekleştirileceği sorununu Halmai dört başlık altında açıklamaktadır.³⁴ Buna göre;

- 1- İnsan haklarını ihlal edenlerle demokratik devlete saldıran failerin tespit edilerek soruşturulması ve kovuşturulması,
- 2- Mağdurlara gerçeği bilme hakkı verilmesi,³⁵

²⁸ Andelko Milardoviç, arındırma usulünün hedef aldığı kitleyi tanımlamıştır. Milardoviç göre, demokrasi ve hukuk devletine karşı askeri bilgi, finansal güç, bir politik gruba bağlılık ve sembollerle çalışan eylemleri uygulayan, toplum içerisinde örgütsel becerilerde bulunabilen, yüksek düzeyde konumlandırılmış, bir biriyle az ya da çok bir bağlantı içerisinde olan kişilerin toplumdaki arındırılması gerekmektedir (MILARDOVIC Andelko, *Elites in the Waves of Democratization and the Lustration*, CPI Yayınları, Zagreb 2007, s. 85).

²⁹ HORNE, s. 714.

³⁰ HALMAI, s. 24.

³¹ Venedik Komisyonu, *Adopted Final Opinion on the Law on Government Cleansing (Lustration Law) of Ukraine as Would Result from the Amendments Submitted*, G.N.: 788/2014, §24.

³² MENDEZ Je, *In Defence of Transitional Justice*, Notre Dame Üniversitesi Yayınları, Paris 1997, s. 11-13.

³³ GREIFF Pablo de, *Vetting and Transitional Justice*, Sosyal Bilimler Araştırma yayınları, New York 2007, s. 524.

³⁴ HALMAI, s. 21-22.

³⁵ Suça bulaşmış kamu görevlilerinin deşifre edilerek yaptığı eylemlerin toplumun bilgisine sunulmasıdır (HALMAI, s. 21).

3- Baskıcı veya darbeci rejim mağdurlarının zararlarının giderilmesi,³⁶

4- Kamu güvenliğini ilgilendiren konularda görev yaparken ya da üst düzey kamu görevi icra ederken ihlallere bulaşanların kamu görevine devam ettirilmemesi ve anılan görevlerde yeniden istihdam edilmesinin önlenmesi gerekmektedir.³⁷

Her arındırma usulünde Halmai dörtlüsünün var olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira amaçlar arasında doktrinde muhtelif görüşler de mevcuttur. Örneğin Hungtinton, bu evrede soruşturma ve kovuşturma yapılmasını şiddetle reddetmektedir. Ona göre, geçiş döneminde yönetimi elinde bulunduranların yönlendirmesine adalet kurban edilmemelidir. Ayrıca suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesinin evrensel hukukun vazgeçilmez bir kaidesi olduğu dikkate alındığında, soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin bu dönemde uygulanması adaleti derinden yaralayacaktır.³⁸

Mağdurlara gerçeği bilme hakkının verilmesi konusunda oldukça katı görüşe sahip olan Rogger Errera, toplumsal hafızanın en önemli adalet sağlayıcısı olduğunu ve insan haklarına dayanan demokratik devlete kasteden failerin toplum önünde ifşa edilerek sosyal alanlardan dışlanması gerektiğini savunmaktadır.³⁹ Errera'nın ifade ettiği bu görüş en çok Macaristan Arındırması'nda uygulanmıştır. Zira söz konusu arındırma sisteminde kamudan ihracın alternatifi, geçmiş ihlallerinin topluma bildirilmesidir. Macarlara göre, toplumdan daha iyi bir adalet sağlayıcısı ve denetim mekanizması bulunmamaktadır.⁴⁰

C. ARINDIRMA MODELLERİ

Hem Arındırma Yasasının tasarlanması hem de arındırma usulünün belirlenmesinde farklı modeller benimsenmiştir. Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri, arındırma usulünün ortaya çıkardığı potansiyel problemleri dikkate alarak kendi sosyolojisine uygun modelleri geliştirme yolunu tercih etmiştir. Polonya ve Macaristan gibi ülkeler daha yumuşak arındırma usulünü benimserken, Çek Cumhuriyeti ve Romanya gibi ülkeler daha sert bir usulün savunucusu olmuştur.⁴¹

³⁶ Tazminat uygun bir miktarda para vermek olabileceği gibi mağdurlardan özür dilemek veya onları toplumda onure etmek ya da uygun bir dille kamu önünde özür dilemek şeklinde de olabilir (HALMAI, s. 22)

³⁷ Timoty Gerton Ash ise arındırmanın dört yolla mümkün olabileceğini söylemektedir. Bunlar, ceza yargılaması, kamu görevlilerinin ihracı, dürüstlük ve uzlaşma komisyonu kurulması, gizli bilgi ve belgelerin kamuya ifşa edilmesidir (KRİTZ, s. 26-27).

³⁸ HOLMES Stephen, The End of Decommunization, Doğu Avrupa Anayasa Dergisi, Cilt 3, Sayı 4, s. 33-36.

³⁹ HOLMES, s.36.

⁴⁰ DAVID, From Prague to Baghdad, s. 359.

⁴¹ HORNE, s.718; DAVID, From Prague to Baghdad, s. 353.

Arındırma usulü, geçiş aşamasından önceki evrede kamu görevlisi olarak çalışan ve ihlale bulaştığı için arındırmaya tabi tutulan kişinin, geçiş dönemi sonrasında kamu görevlisi olarak istihdam edilip edilemeyeceğine göre dışlayıcı model ve kapsayıcı model olmak üzere ikiye ayrılabilir.⁴² İki model ayrımının ana noktası, arındırılan kişinin kamu hizmetindeki mevcut pozisyonu devam ettirip ettiremeyeceğine ilişkindir.⁴³

1. Dışlayıcı (*Exclusive*) Model

Dışlayıcı model, mevcut pozisyonlarını sürdürmeleri halinde ihlallere bulaşan kamu görevlilerinin, gücünü kötüye kullanmaya devam etmesi, şantaj yapması veya arındırma sürecini zaafa uğratması gibi muhtemel tehditleri kaynağında çözmek amacıyla kabul edilmiş bir modeldir.

Bu modelde, arındırmaya muhatap olan kamu görevlisi meslekten ihraç edilir ve mevcut pozisyonu koruyamaz. İhraç edilenin iyi niyet beyannamesi vermesi, bulaştığı ihlalleri veya arındırmanın hedef aldığı gruba aidiyetini kabul etmesi (yani kurtuluş beyannamesi getirmesi) sonucu değiştirmez. Bu nokta, dışlayıcı model ile kapsayıcı modelin birbirinden ayrılmasını sağlar. Kapsayıcı modelde de kamu görevinden ihraçlar yaşanabilir. Fakat kişinin kurtuluş beyannamesi getirirse dahi ihraç edilmesi yalnızca dışlayıcı modele ait bir özelliktir. Dışlayıcı modelde, ihraca konu olan personel bir daha kamu görevinde istihdam edilemez. Buna arındırmada istihdam yasağı denir. İstihdam yasağı genellikle belirli bir zamanla sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmaya da arındırmada teksif ilkesi adı verilmektedir.⁴⁴

Dışlayıcı model, vatandaşların ihlallere bulaşan kamu görevlilerinden oluşan kurumlara olan güveninin sarsılmasını ve adaletsizliğin devam ettirilmesini engellemeyi amaçlamaktadır.⁴⁵

Bu sistemde toplum menfaati, bireyin menfaatinin üstünde tutulur. Geçmiş davranışlarla ilgili bir yargıya varılarak, yeni politikaların belirlenmesi amaçlanır.⁴⁶

Diğer modele nazaran dışlayıcı model daha net ve verimlidir. Anayasayla kurulmuş hür demokratik düzene sadık olmayan kamu görevlileri ihraç edilir ve onlardan boşalan kadrolara Anayasaya sadık olanlar atanır.

Dışlayıcı modelin en temel sorunu, arındırma usulünde uzun sürecek dava süreçleri ve kanuni prosedürü açıkça düzenlememesidir. Öte yandan delil

⁴² DAVID, From Prague to Baghdad, s. 353.

⁴³ GÜLENER Serdar/ ERCİYAS Serencan, Dünyada Arındırma Uygulamaları ve Türkiye'de Devletin FETÖ'den Arındırılması, SETAV Analiz, S. 179, Aralık 2016, s.13.

⁴⁴ HORNE, s. 355.

⁴⁵ Ibid, s. 354, DAVID, From Prague to Baghdad, s. 356.

⁴⁶ HALMAI, s. 29; DAVID, From Prague to Baghdad, s. 354.

standardının oldukça düşük olması bazı istismlara yol açabilir. Bu istismar, kişisel husumetlerden doğacak asılsız suçlamalar olabileceği gibi boşalan kadrolara belirli kişilerin getirilmesi şeklinde de olabilir.⁴⁷ Nitekim, Arnavutluk ve Bulgaristan'da yapılan dışlayıcı arındırma usulü istismar olayları sebebiyle başarısızlıkla sonuçlanma yoluna girmiştir.⁴⁸

Dışlayıcı model, ihlale bulaşan kamu görevlisinin çok fazla olduğu ülkelerde uygulanmıştır. Modeli uygulayan ülkelerin ortak noktası, kamudan ihraç edilen personelin yerini, yenilerinin alabileceği yetişmiş bir insan kaynağına sahip olmasıdır. İnsan kaynağı kısıtlı ülkelerin dışlayıcı modeli tatbik etmesi, kamu hizmetlerinin verimli ve düzenli bir şekilde yürütülmesini engelleyebilir.⁴⁹

1991 tarihli Çekoslovakya, 1992 tarihli Bulgaristan, 1993 tarihli Arnavutluk ve 2014 tarihli Ukrayna Arındırma Yasalarında dışlayıcı arındırma modeli kabul edilmiştir.⁵⁰

2. Kapsayıcı (*Inclusive*) Model

Kapsayıcı model, ihlallere bulaşan kamu görevlilerinin, bulaştığı ihlalleri itiraf ederek mevcut pozisyonlarını korumaları, ıslah olmaları ve ikinci bir şansa sahip olarak topluma yeniden entegre edilmeleri (treatment) amacıyla kabul edilmiş bir modeldir.⁵¹

Bu model, arındırmaya muhatap olan kamu görevlisine, iyi niyet beyannamesi vermek, bulaştığı ihlalleri açıklamak veya arındırmanın hedef aldığı gruba aidiyetini kabul etmek (yani kurtuluş beyannamesi getirmek) şartıyla kamu görevini sürdürmeye imkan tanır. Ancak kapsayıcı modelde hiçbir zaman ihraç işlemi tesis edilmeyeceğini söylemek de mümkün değildir. Belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda ihlale bulaşanlar kamu görevinden ihraç edilecektir.⁵²

Diğer modele nazaran dışlayıcı model, daha karmaşık ve hantaldır.⁵³ Arındırmaya tabi olacak kamu görevlileri, arındırmanın usulü ve kurtuluş beyannamesinin şartları oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Bu sistemlerin uygulanmasında bağımsız bir Komisyon veya Juri heyeti görev yapar. Arındırma usulünün sonuçlanması fazla zaman alsa da, kapsayıcı modeldeki delil standardının yüksekliği, usulün istismar edilmesinin önüne geçer.⁵⁴

⁴⁷ GÜLENER/ ERCİYAS, s. 13.

⁴⁸ URASHI Raluca, In Search of a Theoretical Model of Transitional Justice, CPI Yayınları, Zagreb 2007, s.69-70.

⁴⁹ HALMAI, s. 30; DAVID, From Prague to Baghdad, s. 356.

⁵⁰ DAVID, From Prague to Baghdad, s. 355.

⁵¹ KRITZ, s. 356; DAVID, From Prague to Baghdad, s. 357.

⁵² HALMAI, s.33-34; DAVID, Lustration Law in Action, s. 412.

⁵³ GÜLENER/ ERCİYAS, s. 14.

⁵⁴ Venedik Komisyonu, Lustration the Experience of Hungary, s. 4; HALMAI, s. 32- 33.

Kapsayıcı model, genellikle ihlale bulaşan kamu görevlisinin az olduğu ülkelerde uygulanmıştır. Modeli uygulayan ülkelerin ortak noktası, kamudan ihraç edilen personelin yerini, yenilerinin alabileceği yetişmiş insan kaynağının kısıtlı olmasıdır. Zira insan kaynağı kısıtlı ülkelerin dışlayıcı modeli tatbik etmesi, kamu hizmetlerinin verimli ve düzenli bir şekilde yürütülmesini engelleyebilir.⁵⁵

Kapsayıcı model, kurtuluş adımının başlatılmasına göre, basit kapsayıcı model ve uzlaşmacı kapsayıcı model olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kurtuluş beyannamesi doğrudan doğruya idare tarafından isteniyorsa basit kapsayıcı model, idare devreye girmeden önce kişi kendi kendisini ihbar edip kurtuluş beyannamesi veriyorsa buna da uzlaşmacı kapsayıcı model adı verilir.

*****Basit Kapsayıcı (Basic Inclusive) Model:** Bu modelde idare, şüphelendiği kamu görevlisinden, geçmiş dönemle ilgili bazı durumları aydınlatmasını ister. İlgili kamu görevlisi, aydınlatılması istenen durumlar hakkında bilgi vermek istemiyorsa istifa edebilir. Bu durumda arındırma prosedürü sonuçlanmış olur. Eğer kamu görevlisi, aydınlatılması istenen durumlar hakkında açıklama yapıyorsa, üç yargıçtan oluşan komisyon açıklamanın doğruluğunu teste tabi tutar. Bu teste güven testi denir. Test sonucunda komisyon, yapılan açıklamanın yanlış veya tutarsız olduğuna kanaat getirirse kamu görevlisinin ihracına karar verir. Bu karara karşı, idare mahkemelerinde iptal davası açılabilir. Buna karşın, açıklamanın doğru olduğuna kanaat getirilirse kamu görevlisine geçmişiyile yüzleşme ve topluma hesap verme mahiyetinde ikinci bir şans tanınır. İlgilinin geçmiş yaşantısına ait kesitler ve bulaştığı ihlaller çeşitli vasıtalarla yayımlanarak topluma duyurulur. Böylece geçmiş dönemde ihlallere bulaşan kamu görevlisi mevcut pozisyonunu koruyabilecektir.⁵⁶

Basit kapsayıcı model, dışlayıcı modele göre insan temelli bir arındırma usulünü esas alır. Bu sistemin savunucularına göre, arındırmaya tabi tutulan kişi geçmişiyile yüzleşip pişman olur ve gelecekte Anayasayla kurulmuş hür demokratik düzene sadık kalmayı tercih ederse topluma entegrasyonu yeniden gerçekleşebilir. Esasen temel nokta, ihlallere bulaşan kamu görevlisinin, aynı ihlalleri tekrar etmemek ve Anayasaya sadık kalmak hususunda gösterdiği iyi niyettir. Pişman olan, farkına varan ve değişen kamu görevlisi mevcut pozisyonunu korumaya devam edecektir.⁵⁷

Basit kapsayıcı modelde kamu görevlisinin geçmişi ve ihlallerinin çeşitli vasıtalarla topluma duyurulmasında hedeflenen amaç, ilgilinin bizzat toplum tarafından denetlenmesini sağlamaktır. Bu duyurma, arındırma usulünde ihraç işleminin alternatifidir ve ilgili bundan böyle bütün bir topluma karşı sorumlu

⁵⁵ DAVID, From Prague to Baghdad, s. 358.

⁵⁶ Venedik Komisyonu, Lustration the Experience of Hungary, s. 4.

⁵⁷ DAVID, From Prague to Baghdad, s. 358.

hale gelecek, toplum da ilgilinin davranışlarını denetleyecektir.⁵⁸

1994 tarihli Macaristan ve 1999 tarihli Romanya Arındırma Yasaları basit kapsayıcı modeli esas almaktadır.⁵⁹

*****Uzlaşmacı Kapsayıcı (Reconciliarity) Model:** Uzlaşmacı kapsayıcı modelde kendisinden şüphelenilmeyen kamu görevlisi, geçmişte Anayasaya sadık kalmadığını, insan hakları ihlallerine karıştığını veya hür demokrasiye aykırı işlemler yaptığını itiraf ederek kendisini ihbar etmektedir. Uzlaşmacı kapsayıcı modelde idare, şüpheli listesi düzenlemez. İhlallere bulaşan kamu görevlisinin, iyi niyet beyannamesi vererek kendisini ihbar etmesi, geçmişini açıklaması beklenir. İhlallere bulaşmayan kamu görevlilerinin bu sistemde yapması gereken herhangi bir işlem bulunmamaktadır.⁶⁰

İyi niyet beyannamesi vermeyen bir kamu görevlisinin ihlallere bulaştığı bizzat idarece tespit edilirse, bu durumda ilgili, kamu görevinden ihraç edilecektir. Bu açıdan uzlaşmacı kapsayıcı model, dışlayıcı modelle benzerlik göstermektedir.

Bir kamu görevlisi iyi niyet beyannamesi vererek geçmişteki ihlallerini ihbar ederse, yapılan ihbar yargıç ve kamu görevlilerinden oluşan komisyonca sadakat testine tabi tutulur.⁶¹ Sadakat testinde hem ilgilin Anayasaya sadakati hem de verdiği bilgilerin doğruluğu incelenir. Eğer kişinin verdiği bilgiler doğruysa ve sadakati konusunda bir şüphe bulunmuyorsa, arındırma usulü sona erdirilir ve ilgili, mevcut pozisyonunu korumaya devam eder. Eğer kişinin verdiği bilgiler gerçeği yansıtmıyorsa veya Anayasaya sadakat konusunda derin şüpheler varsa ya da önemli bir bilginin gizlenmesi söz konusuysa komisyonun teklifi ve Kamu Yararı Komiserinin inhasıyla kişi aleyhine Arındırma Mahkemeleri'nde (*Lustration Courts*) dava açılır.⁶² Davayı inceleyen mahkeme, beyanları doğru görürse davayı reddeder. Bu durumda süreç sonlanır ve ilgili mevcut pozisyonunu korumaya devam eder. Buna karşın mahkeme beyanların doğru olmadığını tespit ederse ilgilinin kamu görevinden ihraç edilmesine karar verir. Bu sistemde, her iki karara karşı da yargı yolu açık bırakılmıştır.⁶³

Diğer modellerde olduğu gibi uzlaşmacı kapsayıcı modelde de kamu görevinden ihraç edilen kişiler, topluma duyurulmaktadır. Burada uzlaşmacı kapsayıcı modeli diğer sistemlerden ayıran en önemli özellik, sadakat testinin olumlu sonuçlanması halinde ilgiliye ait geçmişin, topluma duyurulmamasıdır. Başka bir anlatımla, arındırma sürecine dahil olup da gerekli prosedürü uygun

⁵⁸ DAVID, *From Prague to Baghdad*, s. 359.

⁵⁹ DAVID, *From Prague to Baghdad*, s. 358; GÜLENER/ ERCİYAS, s. 14.

⁶⁰ DAVID, *From Prague to Baghdad*, s. 360; GÜLENER/ ERCİYAS, s. 15.

⁶¹ DAVID, *From Prague to Baghdad*, s. 361.

⁶² DAVID, *Lustration Law in Action*, s. 411.

⁶³ HALMAI, s. 33-34.

bir biçimde yerine getiren ve mevcut pozisyonunu koruyan kamu görevlisinin geçmişini gizli tutulmaktadır.⁶⁴

1999 tarihli Polonya Arındırma Yasası, uzlaşmacı kapsayıcı modeli benimsemiştir.⁶⁵

Bütün bu açıklamalarımızdan hareketle, basit kapsayıcı modelle uzlaşmacı kapsayıcı model arasında dört temel farklılığın olduğunu söylemek mümkündür. İlk olarak basit modelde, şüphelinin mevcut pozisyonunu sürdürebilmesi için geçmiş ihlallerini itiraf etmesi beklenirken; uzlaşmacı modelde, şüphe duyulmayan kamu görevlisinin kendisini ihbar ederek bulaştığı ihlalleri anlatması beklenir. İkinci olarak, basit modelde her türlü ihraç kararı, kural olarak, idarece alınırken; uzlaşmacı modelde iyi niyet beyannamesi veren bütün kamu görevlileri yalnızca Mahkeme kararıyla ihraç edilebilir. Üçüncü olarak, basit modelde geçmiş ihlallerini itiraf ederek mevcut pozisyonunu sürdüren kişinin geçmişi ve ihlalleri topluma duyurulurken; uzlaşmacı modelde, kendisini ihbar ederek mevcut pozisyonunu sürdüren kişinin geçmişi ve ihlalleri topluma duyurulmaz. Dördüncü olarak, basit modelde itiraf güven testine tabi tutulurken; uzlaşmacı modelde ihbar sadakat testine tabi tutulur.

Basit modelle uzlaşmacı model üç noktada benzerlikler göstermektedir. Her iki modelde de insan temelli bir arındırma yapılı ve geçmişte ihlallere bulaşan kişinin pişman olması halinde mevcut pozisyonunu koruyabilmesine imkan tanınır. Hem basit hem de uzlaşmacı modellerde kurtuluş beyannameleri teste tabi tutulur. Ve en nihayetinde her iki sistemde de kurulan komisyonlar arındırma usulünde aktif olarak rol oynar.

Doktrindeki bazı görüşler arındırma modellerini tasniflerken **karma model** adı altında bir modeli de benimsemektedir.⁶⁶ Karma model, arındırmanın usulüne ilişkin olmayıp esasına ilişkin farklılıklar içeren bir sistemdir. Bu sistem arındırmaya tabi tutulan kişinin, geçmiş dönemde yaptığı ihlallerin ağırlığına göre ihraç edilip edilmeyeceğini esas alır. Yani, geçmiş ihlallerin ağır olması halinde kişi kamu görevinden ihraç edilirken, hafif olması halinde mevcut pozisyonu sürdürmeye devam eder.⁶⁷ Dolayısıyla karma olarak adlandırılan model, arındırmaya tabi tutulacak kişiye mevcut pozisyonunu devam ettirme şansı sağlamaktadır ve bu açıdan kanımızca kapsayıcı modelin içerisinde yer almaktadır. Bu sebeple biz sınıflandırma yaparken, karma modeli ayrı bir model olarak ele almayı tercih etmiyoruz. Az önce ifade ettiğimiz gibi karma model, kapsayıcı modelin içerisinde yer alan bir arındırma modelidir. Basit kapsayıcı model, ihlalleri itiraf edenlere; uzlaşmacı kapsayıcı model ihlalleri

⁶⁴ DAVID, From Prague to Baghdad, s. 361.

⁶⁵ DAVID, From Prague to Baghdad, s. 358; GÜLENER/ ERCİYAS, s. 15- 16.

⁶⁶ DAVID, From Prague to Baghdad, s. 361; GÜLENER / ERCİYAS , s.15.

⁶⁷ DAVID, From Prague to Baghdad, s. 361-366; GÜLENER / ERCİYAS , s.15-16.

ihbar edenlere mevcut pozisyonunu sürdürme imkanı tanırken; karma olarak adlandırılan model, işlenen ihlallerin hafif olması durumunda kişiye, mevcut pozisyonunu sürdürme imkanı tanımaktadır.

II. AVRUPA'DA ARINDIRMA UYGULAMALARI VE VAKIA İNCELEMESİ

A. ÇEKOSLOVAKYA ARINDIRMASI

Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun I. Dünya Savaşı'nda yenilmesiyle bugünkü Çekya ve Slovakya topraklarında kurulan Çekoslovakya Cumhuriyeti, 1938 tarihinde imzalanan Münih Anlaşmasıyla Nazilerce işgal edildi. Kızıl Ordunun başlattığı seferlerle Nazi işgalinden kurtulan Çekoslovakya Cumhuriyeti'nin yönetimi, Berlin'in doğusuyla birlikte Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'ne bırakıldı. Sovyetler Birliği, ülkede sosyalizmi tesis ettikten sonra, 1960 yılında kurulan Çekoslovak Sosyalist Cumhuriyetinin bağımsızlığını tanıdı.

17 Kasım 1989 tarihinde başlayan ve 29 Aralık 1989 tarihinde nihayete eren Kadife Devrim neticesinde komünist yönetim düşürülerek Çek ve Slovak Federal Devleti (Çekoslovakya) kuruldu.⁶⁸

Yeni devletin kurulmasıyla Çekoslovaklar, insan haklarına dayanan demokrasiyi tesis etmek ve kendisini savunabilecek hale getirmek amacıyla bir dizi tedbirler ihdas etti. Bu tedbirlerden birisi de, Anayasaya sadakatle davranmayan, ihlallere buluşan veya ulusal güvenlik açıdan tehdit oluşturan kamu görevlilerinin ihraç edilmesiydi.⁶⁹

Çekoslovak arındırma usulünde, 451/1991 sayılı Yasayla bir Arındırma Ofisi kuruldu. Akabinde, hak ihlallerine bulaşan, düşman devletlerle işbirliği içerisinde casusluk yapan ve Anayasaya sadık kalmayan kamu görevlilerinin ifşa edilmesini düzenleyen 279/1992 sayılı Yasa çıkarıldı. Arındırma Yasası, Arındırma Ofisi Kurulması Hakkındaki Yasayla birlikte uygulandı ve işlerlik kazandı. Her iki Yasa da, eski dönemde yaşanan hak ihlallerini gidermek ve demokratik hukuk devletine gelebilecek tehlikeleri bertaraf etmek amacıyla hizmet etmektedir.⁷⁰

451 sayılı Yasa iki Ofis kurmaktadır: Tarama Ofisi ve Arındırma Ofisi. Tarama Ofisi, tarama yaparak arındırma usulüne tabi tutulacak personel listesini düzenlerken; Arındırma Ofisi, kendisine gelen listeler üzerinden, işgal ettiği makama ve kullandığı kamu gücü ölçütüne göre çeşitli kriterler belirleyerek kamu görevlisinin insan haklarını ihlal edip etmediği, ajanlık veya casusluk faaliyetlerinde bulunup bulunmadığı,⁷¹ Anayasaya sadakatle bağlı

⁶⁸ DAVID, *Lustration Law in Action*, s. 406.

⁶⁹ DAVID, *Lustration Law in Action*, s. 392-393; HALMAI, s. 29.

⁷⁰ HALMAI, 21.

⁷¹ DAVID, *Lustration Law in Action*, s. 409.

kalıp kalmadığı, ulusal güvenliği tehdit edip etmediği ve demokratik hukuk devletine ileride tehdit oluşturup oluşturmayacağı yönlerinden değerlendirir. Değerlendirme sonucunda Arındırma Ofisi, kamu görevlisi hakkında olumlu sertifika veriyorsa, kişi kamu görevine devam eder. Kamu görevlisinin, az önce ifade edilen beş kriterden birini taşıması halinde, kamu görevinden ihraç edilmesine karar verir. İhraç kararına karşı, yargı yolu açıktır.⁷²

Arındırma Ofisi, Federal düzeyde tek bir ofisi ifade ederken; Tarama Ofisi birden fazladır. 451 sayılı Yasaya göre, tüm Anayasal organlar, silahlı kuvvetler, emniyet ve istihbarat teşkilatı, yargı mercileri, noterler, devletin çoğunluk hissesine sahip olduğu iktisadi teşebbüsler, devlet medyası, devlet bankaları, üniversiteler ve Bilimler Akademisi bünyesinde birer tarama ofisi kurulmuştur.⁷³

279 sayılı Yasa taranacak ve arındırılacak faaliyetleri üç ana başlık altında düzenlemektedir. Bunlar:

1- Bünyesinde Tarama Ofisi kurulan idari mercilerde görev yapıp da devletin güvenliğine karşı faaliyette bulunan veya faaliyet gruplarıyla işbirliği yapan ya da anılan gruplarla bağlantılı olan kamu personeli,

2- Komünist Parti Genel Başkanı, Genel Sekreteri, yönetim kurulu ve merkez komite kurulu üyeleri, rütbesine bakılmaksızın merkez veya taşra teşkilatında görev yapan kamu görevlilerden Komünist Partiye üye olanlar,

3- 1948 yılındaki Komünist darbeden sonra istihdam edilen kamu görevlileri ile Sovyetler Birliği okullarından mezun olan kamu görevlileridir.⁷⁴

Yasanın yürürlüğe girdiği tarih itibariyle, bölüm amiri veya daha üst rütbede bulunan Emniyet ve İstihbarat Teşkilatı mensuplarının görevleri kendiliğinden sona ermiştir. Bu mensuplar için Tarama Ofisi ve Arındırma Ofisi prosedürleri uygulanmaz. Yalnız, Savunma Bakanı ile İçişleri Bakanı güvenlik kaygısının mevcut olduğu durumlarda, görevden ihraç edilen mensuplara olumlu sertifika vererek göreve iade edebilir.

Kanuna göre, arındırmaya muhatap olup da hakkında olumlu sertifika düzenlenmeyenler meslekten ihraç edilir ve mevcut pozisyonu koruyamaz. İhraç edilenin iyi niyet beyannamesi vermesi, bulaştığı ihlalleri veya arındırmanın hedef aldığı gruba aidiyetini kabul etmesi (yani kurtuluş beyannamesi getirmesi) ihraç işlemini engellemez.⁷⁵

Özel sektörde istihdam edilenler ile sermayesinin yarısından azının Devlete ait olduğu iktisadi teşebbüslerde çalışanlar, arındırma prosedürünün dışında tutulmuştur.⁷⁶

⁷² HALMAI, s. 30.

⁷³ HALMAI, s. 27; DAVID, Lustration Law in Action, s. 410.

⁷⁴ HALMAI, s. 28.

⁷⁵ HORNE, s. 355.

⁷⁶ KRITZ, s. 348.

Çekoslovakya Federal Anayasa Mahkemesi, 279 ve 451 sayılı Yasaların Anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Kararda, yasa hükümlerinin kendi kendisini savunabilecek demokrasinin tesisi için elzem olduğu vurgulanmıştır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, İçişleri Bakanı ile Savunma Bakanına olumlu sertifika verebilme yetkisi bahşeden düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, aynı pozisyonda olanlardan birinin sadece Bakan onayıyla arındırma dışında bırakılmasının Yasanın amacıyla çeliştiğini ifade ederek, anılan düzenlemenin iptal edilmesine karar vermiştir.⁷⁷

451 ve 279 sayılı Yasalar beş yıllık süreyle sınırlı olarak yürürlüğe girmiş olsa da, Parlamento tarafından süresi uzatılmıştır. Çekoslovakya'nın 1992 yılında Çekya ve Slovakya olarak ikiye ayrılmasından sonra hem Çekya hem de Slovakya, anılan Yasaları uygulamaya devam etmiştir.⁷⁸

Çekoslovakya, Çekya ve Slovakya'da yapılan arındırma usulü bir bütün halinde değerlendirildiğinde, Tarama Ofislerince ismi bildirilen kamu görevlilerinin yüzde üçü olumlu sertifika alabilirken, yüzde doksan yedisi olumsuz sertifikaya muhatap bırakılmıştır. Olumsuz sertifika alanların yaklaşık yüzde doksan sekiz dava açmış, açılan davaların yüzde ikisi iptal kararıyla sonuçlanmıştır.⁷⁹

B. MACARİSTAN ARINDIRMASI

Çekoslovakya ile benzer bir tarihe sahip olan Macaristan, Doğu Bloku'nun çöküşü ve Sovyetler Birliği'nin zayıflamasıyla birlikte, 23 Ekim 1989 tarihinde gerçekleştirilen Üçüncü Cumhuriyet Devrimiyle, insan haklarına dayanan demokratik hukuk devletine büründü.

Çekoslovakya'dan farklı olarak Macaristan'ın Arındırma Yasası'nı tatbik etmesi, Cumhuriyetin ilanından yaklaşık beş yıl sonra gerçekleştirilebildi. Macaristan Arındırma Yasası (23 sayılı Yasa), uzun süre yaşanan tereddütten sonra, seçimle iş başına gelen hükümetin görev süresinin sonuna doğru 1994 yılında kabul edildi.

⁷⁷ Kararın detaylı analizi için bakınız: KRITZ, s.346- 365; HALMAI, 29-30.

⁷⁸ HALMAI, s. 30. Raluca Ursachi, Çek ve Polonya Arındırma pratiğinde gerçekleştirilen hukuka aykırılıkları geniş bir biçimde incelemiştir. Urashi, Polonya'daki arındırma listelerinin tamamen kontrolsüz bir biçimde yapıldığını, Çekoslovakya, Çekya ve Slovakya'da kamu çalışanlarının büyük bir bölümünün hiç bir kural tanınmadan ihraç edildiğini ifade etmektedir. Örneğin, dönemin Çekoslovak Dışişleri Bakanı Juri Dienstbier, bakanlık çalışan şoförlerden yüksek müşavirlere kadar bütün bakanlık çalışanlarının arındırılmasına karar vermiştir. Başka bir örnekte, Çekoslovak Basın Ajansının başkanı Peter Uhl, 23 gizli ajanı istifaya zorlamış, daha sonra istifalarla ilgili şu açıklamayı yapmıştır: *"Kelimenin tam anlamıyla şantaj yaptım. Durumu çözdüm. Ajanlara ya gönüllü olarak istifa edip çeker gidersiniz ve yaptıklarınızı kimse bilmez, ya da bütün yaptıklarınızı kamuoyuna ifşa ederek sizi herkese rezil ederim. Seçim sizin, dedim. Onlar da gönüllü olarak istifa etme yolunu tercih ettiler"* (URASHI, s. 398).

⁷⁹ DAVID, Lustration Law in Action, s. 413; HALMAI, s. 30; KRITZ, s. 60.

23 sayılı Yasa iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısımda arındırmanın usulüne ilişkin hükümler yer alırken, ikinci kısımda arındırmanın esasına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Herkes için insan hakları düsturuyla insanı temel alarak basit kapsayıcı modeli benimseyen Macaristan Arındırma Yasa'nın amacı, üç gruba dahil olan kişilerin kamu ve siyaset görevinden arındırılmasını sağlamaktır. Bu gruplar,⁸⁰

1- Komünist rejim döneminde önemli mevkilerde bulunan üst düzey kamu görevlileri ile siyasetçilerin toplumdan arındırılması,

2- Eski rejimin devamı için ciddi suçlar işleyenlerin oluşturulması ve kovuşturulması,

3- Eski rejimin gizli servisinde çalışan kamu görevlileri ile bu servislerle işbirliği içerisinde bulunanların topluma ifşa edilmesidir.

23 sayılı Arındırma Yasasına göre, en az üç yargıçtan oluşan bir Tarama ve Arındırma Ofisi kurulur. Tarama ve Arındırma Ofisi yeteri kadar raportör vasıtasıyla yukarıda belirtilen üç gruptan birine dahil olan kamu görevlilerinin geçmişini inceler. İncelenecek kamu görevlileri arasında, cumhurbaşkanları, bakanlar, milletvekilleri, Anayasa Mahkemesi üyeleri, hakimler ve savcılar, bazı gazeteciler ve rektörler bulunmaktadır.⁸¹

Tarama ve Arındırma Ofisi, eski ve yeni istihbarat raporları, ifade ve ihbarlar ile diğer bilgi ve belgeleri inceleyerek kamu görevlileri hakkında herhangi bir şüphe olup olmadığını tespit eder. Taranan kişi hakkında yeterli şüphe mevcut olmazsa arındırma prosedürü başkaca bir işleme gerek kalmaksızın sona erer. Eğer Ofis, kişinin durumunda bir şüphe görüyorsa, şüphenin aydınlatılması için ilgiliden bir beyanname vermesini ister. Burada, kamu görevlisinin iki seçimlik hakkı vardır. İlk olarak kamu görevlisi beyanname vermeyi reddederek görevden istifa edebilir. İstifayla birlikte arındırma süreci sona erer ve ilgilinin istifa ettiği topluma duyurulur. Ancak, şüphenin durumu hakkında detay bilgi verilmez. İkinci olarak kamu görevlisi, beyanname vermeyi kabul ederek şüpheler hakkında ayrıntılı ve yazılı bir beyan verebilir. Beyanname, gerçeklik testine tabi tutulur. Verilen bilgilerin doğruluğuna kanaat getirilirse, kamu görevlisi mevcut pozisyonunu sürdürmeye devam eder. Bu halde dahi ilgilinin bulaştığı ihlaller, hakkındaki şüphe ve bu şüpheye verilen beyanlar "*Magyar Kozlony*" adı verilen gazete vasıtasıyla topluma duyurulur. İlgili gazetenin basım ve dağıtımı Macar Haber Alma Teşkilatı'na gerçekleştirilir. Kozlony'de yapılan duyuruyla arındırma usulü sonuçlanmış olur. Buna karşın, beyanname verilen bilgilerin doğru olmadığı veya önemli bir bilginin gizlendiği tespit edilirse, kamu görevlisinin ihracına karar verilir.

⁸⁰ Venedik Komisyonu, Lustration the Experience of Hungary, 19 Kasım 2015, s. 2.

⁸¹ Venedik Komisyonu, Lustration the Experience of Hungary, s. 4; HALMAI, s. 32-33.

İlgili hakkındaki şüpheler, verdiği yanıltıcı bilgiler ve durumun özeti Magyar Kozlony'de topluma duyurulur.⁸²

Ofis tarafından ihraç edilmesine karar verilen kişi, bu karara karşı idare mahkemelerinde iptal davası açmakta serbesttir. İptal davasında Mahkeme, kişi hakkındaki delillere belirli kriterleri uygulayarak, beyannamenin doğru olup olmadığı hakkında bir karar verir. Mahkeme, verilen beyannamenin doğru olduğuna ve önemli bir bilginin gizlenmediğine kanaat getirirse, ihlal boyutu ne olursa olsun, ihraç işleminin iptal edilmesine karar verir. Aksi durum davanın reddiyle sonuçlanır. Her iki karara karşı da temyiz yolu açıktır.⁸³

Macar arındırmasında, arındırmaya tabi tutulan kişilerin durumlarının topluma duyurulması çok önemlidir. Bu duyurular, resmi şekilde düzenlenen bir gazeteyle kamuoyu bilgisine sunulur. Duyuruda; kamu görevlisinin konumu, duyulan şüphe, yapılan ihlaller, Ofis veya Mahkeme kararlarının kısa özeti yer alır.⁸⁴ Burada ulaşılmak istenen amaç, ilgilinin bizzat toplum tarafından denetlenmesini sağlamaktır. Duyurma, ihraç işleminin alternatifidir ve ilgili bundan böyle bütün topluma karşı sorumlu hale gelir, toplum da ilgilinin davranışlarını denetleme imkanına sahip olur.⁸⁵

23 sayılı Arındırma Yasasının Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Macaristan Anayasa Mahkemesi'ne itiraz başvurusunda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi, arındırma usulünde üstün kamu yararı bulunduğu ve demokrasiye ve insan haklarına dayanan devletin korunabilmesi için alınan tedbirlerin makul kabul edilmesi gerektiğine hükmederek, arındırma usulünün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁸⁶ Bununla birlikte Mahkeme, özel hayata ilişkin bilgilerin topluma açıklanması ve arındırılacak personelin çok geniş kitleye yayılmasına ilişkin düzenlemelerin, Anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğuna karar vererek iptal etmiştir.⁸⁷

C. POLONYA ARINDIRMASI

Polonya Ulusal Aklama Yasası Nisan 1997'de Leh Parlamentosu'nca kabul edilmiştir. Ağustos 1997 tarihinde onaylanan Yasa, 1998 Aralık ayında Varşova

⁸² DAVID, *From Prague to Baghdad*, s. 358; HALMAI, s. 33-34.

⁸³ DAVID, *From Prague to Baghdad*, s. 359.

⁸⁴ Venedik Komisyonu, *Lustration the Experience of Hungary*, s. 4.

⁸⁵ DAVID, *From Prague to Baghdad*, s. 359.

⁸⁶ HALMAI, s. 34-36.

⁸⁷ HORNE, S. 717. Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra Macar Parlamentosu, 1996 tarihinde, 23 sayılı Arındırma Yasası'nda bir takım değişiklikler sevk etmiştir. Hakimler ve savcılar arındırma usulünün dışında bırakılmıştır. Mevcut Cumhurbaşkanı'nın yemin etmesinden önce üst düzey kamu görevine atananlar ile Parlamento tarafından göreve seçilenler arındırmaya tabi tutulmuş, böylelikle kamu görevlileri hakkında bir sınırlandırma yapıldı. Ayrıca, arındırmaya ilişkin konuların Magyar Kozlony adı verilen gazete vasıtasıyla topluma duyurulmasına ilişkin hükümler de Yasa metninden çıkarılmıştır.

Bölge Mahkemesi 5. Dairesi'nin kurulmasıyla yürürlüğe girmiştir.⁸⁸

“Biz onlardan iyi olacağız” düsturundan hareketle insan merkezli arındırma usulünü esas alan Yasa, prosedüre ve esasa ilişkin hükümleri karışık biçimde düzenlenmektedir.

Yasaya göre, iki gruba dahil olan kamu görevlileri arındırmaya tabi tutulacaktır. Bu gruplar;⁸⁹

1- 1989 tarihinden önce Yasada sayılan pozisyonlarda istihdam edilen kamu görevlileri,

2- Kamudaki pozisyonu ve rütbe derecesi ne olursa olsun 1944 ila 1990 tarihleri arasında gizli güvenlik teşkilatıyla işbirliği yapan kamu görevlileridir.

Birinci grupta belirtilen kamu görevlileri Yasada numerus clauses ilkesiyle sınırlı bir şekilde düzenlemiştir. Anılan düzenlemeye göre birinci gruba, parlamento üyeleri ve senatörler, hakimler ve savcılar, bakanlık yüksek müşavirlikleri ve daha yüksek görevde bulunanlar, Polonya Devlet Televizyonu ile Basın, Yayın ve Enformasyon Ajansının üst düzey yöneticileri dahil edilmiştir.⁹⁰

Çekoslovak ve Macar arındırmasından farklı olarak Leh arındırması, kamu görevlilerinin kendi kendisini ihbar etmesi ilkesine dayanır. Buna göre kamu görevlilerinden, geçmişte bulaştığı hak ihlallerini veya Anayasaya sadık olmama durumunu, yani geçmişini açıklamaları beklenir. İhlallere bulaşmayan kamu görevlilerinin bu sistemde yapması gereken herhangi bir işlem bulunmamaktadır.⁹¹ Geçmişle ilgili herhangi bir beyanda bulunmayan kamu görevlisinin ihlale bulaştığı idare tarafından tespit edilirse, Kamu Yararı Yüksek Komiseri, ilgili hakkında Varşova Bölge Mahkemesi 5. Dairesi nezdinde ihraç davası açabilir. Davanın sonucuna göre kişi ya mevcut pozisyonunu sürdürür ya da kamudan ihraç edilir. İyi niyet beyannamesi veren kamu görevlisinin beyanı, yargıç ve bürokratlardan oluşan Arındırma Komisyonu'na sadakat testine tabi tutulmaktadır.⁹² Sadakat testi, Macar arındırmasında uygulanan güven testinden farklıdır. Zira sadakat testinde, beyanın doğru olup olmadığının yanında bundan sonraki evrede Anayasaya sadık kalınıp kalınmayacağı da değerlendirilmektedir. Sadakat testi olumlu olarak sonuçlanan kamu görevlisi, ihraç işlemine tabi tutulmaz, mevcut pozisyonunu devam ettirir. Kamu Yararı Yüksek Komiseri, Komisyon kararına rağmen beyannamenin gerçeğe aykırı olduğunu düşünüyorsa, ilgilinin ihracı istemiyle dava açabilir. Bunun dışında Komisyon, kamu görevlisi tarafından verilen beyannamenin gerçek dışı olduğuna, önemli bir bilginin gizlendiğine veya ileride Anayasaya sadık kalacağı konusunda şüpheli

⁸⁸ HALMAI, s. 31.

⁸⁹ HALMAI, s. 31.

⁹⁰ HALMAI, s. 31.

⁹¹ DAVID, From Prague to Baghdad, s. 360; GÜLENER/ ERCİYAS, s. 15.

⁹² DAVID, From Prague to Baghdad, s. 361.

durum bulunduğu kanaat getirirse, ilgili hakkında ihraç davası açılması için Kamu Yararı Yüksek Komiseri'ne teklifte bulunur. Komiser burada takdir hakkına sahiptir. İlgili aleyhine dava açabileceği gibi açmaya da bilir. Dava açılmazsa, kişi mevcut pozisyonunu devam ettirir. Dava açılırsa Mahkeme, kamu görevlisinin beyanlarının doğru olup olmadığı noktasında inceleme yapar. Yapılan muhakeme neticesinde verilen beyanların doğru olduğuna kanaat getirilirse dava reddedilir ve ilgili mevcut pozisyonunu korur. Beyanların doğru olmadığına, gizli bir durumun saklandığına veya ileride Anayasaya sadık kalınamayacağına karar verilmesi halinde ilgilinin, kamu görevinden ihraç edilmesine⁹³ karar verilir. Her türlü karara karşı temyiz yolu açık bırakılmıştır.⁹⁴

Görüldüğü gibi Leh arındırmasında ihraçlar, diğer arındırmalardan farklı olarak yalnızca ve yalnızca Mahkeme kararıyla alınabilir. İdarenin ihraç işlemi tesis etmesi gibi bir durum, söz konusu olmaz. Arındırma usulüyle ilgili özel yetkili mahkeme ihdas edilmiştir. Lustration Court olarak ifade edilen Varşova Bölge Mahkemesi 5. Dairesi, Polonya'da arındırma usulünden doğan davaların görüldüğü tek mahkeme niteliğindedir.⁹⁵

İhraç edilen kamu görevlilerinin isimleri, "Monitor Polski" adı verilen gazetede ilan edilerek topluma duyurulur. Fakat Polonya Arındırma Yasası, Macaristan Arındırma Yasası'ndan farklı olarak sadece isimlerin toplumla paylaşılmasını düzenlemiştir. Macar Arındırmasında olduğu gibi kamu görevlisinin konumu, duyulan şüphe, yapılan ihlaller, Komisyon veya Mahkeme kararlarının kısa özeti Monitör Polski'de yayımlanmaz.⁹⁶

1999 ila 2004 yılları arasında, Polonya'da, 27.000 kişi iyi niyet beyannamesi vermiştir. 278 kişi Devletle işbirliği yapmıştır. Komiser 126 adet ihraç davası açmış, açılan davaların 52'sinde Mahkeme, beyannamenin doğru olmadığına hükmederek ihraç kararı vermiştir.⁹⁷ İnceleme, beyan verme ve dava açma süreçleri halen devam etmektedir.

93 İlgilinin kamu görevinden ihraç edilmesi ifadesi, arındırmaya tabi tutulan personelin konumuna göre değişiklik arz eder. Söz gelimi Mahkemece ihracına karar verilen kişi parlamento veya senato üyesi ise üyeliği düşer, normal kamu görevlisiyle başkaca bir işlem ve karara gerek olmaksızın meslekten ihraç edilmiş sayılır. Ancak Mahkemece ihracına karar verilen kişi hakim ise söz konusu karar hakimin doğrudan doğruya meslekten ihraç edilmesi sonucunu doğurmaz. Böyle bir durumda hakim aleyhine, Hakimler Kurulu nezdinde disiplin prosedürü başlatılır. Hakimler Kurulu, Arındırma Mahkemesi'nin kararıyla bağlı değildir. Kurul, mahkemece ihracına karar verilen hakimi görevden ihraç edebileceği gibi görevde kalmasına da hükmedebilir. Bu karar kesin olup, Kamu Yararı Yüksek Komiseri'nin söz konusu karar aleyhine dava açma hakkı yoktur. Savcılar bu hükmün dışındadır. Savcılar hakkında ihraç kararı verilmesi halinde bu karar derhal infaz olunur (HALMAI, s. 33).

94 HALMAI, s. 33-34; DAVID, Lustration Law in Action, s. 412.

95 DAVID, Lustration Law in Action, s. 411.

96 DAVID, Lustration Law in Action, s. 411.

97 HALMAI, s. 35.

D. UKRAYNA ARINDIRMASI

Ukrayna Arındırma Yasası, Orta ve Doğu Avrupa'da kabul edilen Yasalardan daha geniş olması açısından farklılaşmaktadır. Yasa 2 farklı amaca hizmet etmektedir. Birincisi, geçmiş davranışları ve ihlalleri sebebiyle demokratik rejime tehdit oluşturabilecek kişilerden toplumu korumak, ikincisi ise büyük çapta yapılan yolsuzlukların önün geçmek ve yolsuzluk yapan görevlileri kamudan arındırmaktır.⁹⁸

Görüleceği üzere Ukrayna Arındırma Yasası, diğer Yasalardan farklı olarak, yolsuzlukla mücadele için de arındırma usulünü kabul etmiştir. Büyük çapta yolsuzluk yapan kamu görevlilerine karşı arındırma usulünün uygulanıp uygulanmayacağı konusunda uzun süre tereddütler hasil olmuştur. Bir dizi toplantı ve panelin ardından Venedik Komisyonu, Ukrayna Arındırma Yasası'nın her iki amacının da meşru ve hukuka uygun olduğunu kabul etmiştir.⁹⁹

Yasanın 3.maddesinde bir takım kriterler belirlenmiştir. Bu kriterlere dahil olan kişiler, 5 yıldan 10 yıla kadar Yasanın 2.maddesinde sayılan kamu görevlerinde istihdam edilemeyecektir. Buna arındırmada istihdam yasağı denir. İstihdam yasağının mevcut olduğu kamu görevleri, Yasanın 2.maddesinde numerus clauses ilkesine göre sınırlayıcı biçimde düzenlenmiştir.

Yasaya göre 10 yıl yasaklamayı gerektiren haller şunlardır:¹⁰⁰

1- 25 Şubat 2010 - 22 Şubat 2014 tarihleri arasında en az 1 yıl boyunca devletin yüksek mevkilerinde bulunanlar,

2- 21 Kasım 2013 - 22 Şubat 2014 tarihleri arasında asker, polis, adliye veya medya sektöründe belirli pozisyonlarda bulunanlar,

3- Komünist Parti yöneticileri ve Rus İstihbarat Teşkilatıyla gizli veya açıktan işbirliği içerisinde olanlar,

4- Yolsuzlukla Mücadele Kanunu'na aykırı olarak kendisini zenginleştirenlerdir.

5 yıl yasaklamayı gerektiren haller şunlardır:¹⁰¹

1- Yanukoviç karşıtı faaliyetlerin kovuşturulmasında aktif rol oynayan hakimler, savcılar, polis memurları ve diğer kolluk kuvvetleri,

2- 25 Şubat 2010 ila 22 Şubat 2014 tarihinde orta düzeyde görev yapan merkez veya taşra teşkilatı yöneticileri,

⁹⁸ Venedik Komisyonu, Adopted Final- Ukraine, §23.

⁹⁹ Venedik Komisyonu, Adopted Final- Ukraine, §24.

¹⁰⁰ Venedik Komisyonu, Adopted Final- Ukraine, §45.

¹⁰¹ Venedik Komisyonu, Adopted Final- Ukraine, §46.

3- 21 Kasım 2013 tarihinde yapılan eylemleri engellemeye çalışan merkezi ve yerel yönetim yetkilileri,

4- Savunma ve toprak bütünlüğüne aykırı hareket eden veya düşmanla işbirliği içerisine giren diğer kamu personelleridir.

Ukrayna Arındırma Yasası, dışlayıcı modeli benimsemiştir. Diğer Avrupa Arındırma Yasalarından farklı olarak Ukrayna Yasası, ilgili kategorilere dahil olan kişilerin görevlerinin otomatik olarak sona ermesini benimsemiştir. Yani Yasaya göre, kamu görevlilerinin ihlale bulaşıp bulaşmadığının ya da Anayasaya sadık olup olmadığının bir önemi yoktur. Dışlayıcı modelin kendine has özelliği gereği arındırmaya tabi olacak personelin kurtuluş beyannamesi getirmesi, geçmişinden pişman olması veya toplumla yüzleşmesi de tedbirlerin uygulanmasını engellememektedir.¹⁰²

Kanımızca bugüne kadar vakia incelemesini yaptığımız Arındırma Yasalarına göre Ukrayna Yasası oldukça katı ve sert bir arındırma usulünü benimsemiştir. Öyle ki, kişilerin ihlale bulaşıp bulaşmadığı neredeyse hiç incelenmemektedir. Mesela, kamu görevlisinin, 25 Şubat 2010 - 22 Şubat 2014 tarihleri arasında en az 1 yıl boyunca devletin yüksek mevkisinde bulunması veya Yanukoviç karşıtı faaliyetlerin kovuşturulmasında aktif rol alması ya da 25 Şubat 2010 ila 22 Şubat 2014 tarihinde orta düzeyde görev yapması, kamudan arındırılması için yeterlidir. Bunların söz konusu eylemleri yaparken veya ilgili pozisyonu işgal ederken Anayasaya sadık kalıp kalmadığının veya insan haklarına dayanan hür demokratik düzene aykırı eylemler içerisinde bulunup bulunmadığının hiç bir önemi yoktur.

Venedik Komisyonu, Ukrayna Arındırma Yasasındaki hükümlerin sorunlu olduğunu, kamu görevlilerinin, eylemleri yaparken veya ilgili pozisyonu işgal ederken Anayasaya sadık kalıp kalmadığı veya insan haklarına dayanan hür demokratik düzene aykırı eylemler içerisinde bulunup bulunmadığı hususları incelenmeden doğrudan doğruya ihraç edilmesinin orantılı olmadığını ifade etmektedir.¹⁰³

III. ARINDIRMA USULÜNÜN HUKUKİ BOYUTU

Hukukun üstünlüğüne dayanan modern bir demokrasiyi kurmak veya devam ettirmek isteyen toplumların, hukukun genel ilkelerine bağlı kalmaları

¹⁰² HORNE, s. 355- 356.

¹⁰³ Venedik Komisyonu, Adopted Final- Ukraine, §55. Venedik komisyonu Ukrayna Hükümetine, Komisyonun 1996 tarihli Arındırma Yönergesine uygun davranması gerektiği tavsiyesinde bulunmuştur. 1996 tarihli Arındırma Yönergesine göre Arındırma, insan hakları veya demokrasi için önemli bir tehlike oluşturacağına şüphe duyulan konularla sınırlı olmalıdır; seçimle iş başına gelen makamlara ve özel veya yarı özel kuruluşlardaki pozisyonlara uygulanmamalıdır (Venedik Komisyonu, Adopted Final- Ukraine, §32).

şarttır. Geçmiş dönemin kötü mirasından uzaklaşmak gerekir¹⁰⁴. Fakat öyle bazı durumlar vardır ki, genel ilkelerin sıkı sıkıya uygulanması, insan hakları, toplum ve demokrasiyi korumak ve sistemli bir biçimde yapılan hukuka aykırılıkları önlemek için yetersiz kalabilir. Böyle bir durumda, yine hukukun genel ilkeleri kapsamında insan haklarını esas alan yeni kuralların belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Arındırma usulünde de durum böyledir. Nitekim Çekoslovakya (Çekya ve Slovakya), Polonya, Macaristan, Ukrayna, Almanya gibi ülkeler, arındırma usulünü uygularken, yürürlükteki mevzuatlarından farklı esas ve usullere dayanan yeni kurallar bütünü düzenlemiştir.¹⁰⁵

Arındırma usulünün uygulanmasındaki en büyük engel hukukun genel ilkeleridir. Bu açıdan arındırma usulünün hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Doktrindeki bir görüş, bir süreç olarak arındırma usulünün ancak mevcut yasal düzenlemeler ışığında yapılması halinde hukuk devletiyle uyumlu olacağını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, doğrudan doğruya yapılan meslekten ihraçlar veya sıkıyönetim mahkemesi kurulması gibi uygulamalar totaliter rejimin övgüyle bahsedeceği niteliktedir. Demokratik hukuk devletinin totaliter rejimin araçlarıyla tesis edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla arındırma usulünün, medeni bir ortamda ve hukuk devletinin çizdiği sınırlar içerisinde yapılması gerekir. Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş, arındırma usulünün insan haklarına dayanan demokrasiyi koruma amacına hizmet ettiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre; Devlete ve onun egemenlik hakları aleyhine faaliyet yürüten siyasal, ideolojik veya amaçsal örgütlerin, devlet sisteminde işgal ettikleri kadro genişliği de dikkate alındığında, sürecin nominal olarak değil olağanüstü bir şekilde yürütülmesi gerekir. Burada hukuk devleti ilkelerinden tamamen ayrılmak mümkün olmamakla beraber, normların, arındırma usulünün amacına uygun şekilde yorumlanması elzemdir.¹⁰⁶

Timoty Gerton Ash, bir ülkede arındırma usulünün başarıya ulaşabilmesi için normal hukuk kurallarından ayrılarak yeni düzenlemeler belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ash'e göre; ceza yargılaması, kamu görevlilerinin ihracı, dürüstlük ve uzlaşma komisyonu kurulması, gizli bilgi ve belgelerin kamuoyuna ifşa edilmesi mümkün olmadıkça arındırma usulünün başarıya ulaşması da mümkün olmayabilir.¹⁰⁷

Gerçekten de, bugüne kadar uygulanan arındırma sistemlerinin tamamında Devletler, personel rejimi ve yürürlükte bulunan mevzuatından ayrı usulleri benimsemiştir. Mesela Polonya Arındırma Yasası'nın yürürlüğe

¹⁰⁴ UZELAC, s. 47; HORNE; s. 714.

¹⁰⁵ UZELAC, s. 47.

¹⁰⁶ Ayrıntılı tartışma için bakınız: UZELAC, s. 48 vd.

¹⁰⁷ KRITZ, s. 26-27.

girdiği tarihte Kamu Personeli Disiplin Yasası da yürürlüktedir. Fakat Polonya, kamu personelini, Disiplin Yasası hükümlerine göre ihraç etmek yerine ayrı bir Arındırma Yasasıyla ihraç etme yolunu tercih etmiştir. Bu tercih sebebi, normal düzende uygulanan Disiplin Yasasının, arındırma sisteminin ihtiyaçlarına cevap vermemesidir. Arındırma Yasası, Disiplin Yasası'ndan farklı eylemleri arındırmaya tabi tutmuş, soruşturma ve tarama usulünde ayrı bir usul düzenleyerek Tarama ve Arındırma Ofisini kurmuştur. Ayrıca Polonya, davalara bakacak mahkemeyi özel olarak yetkilendirerek bir Arındırma Mahkemesi kurulmasını da öngörmüştür.

Başka bir anlatımla, karşılaştırmalı hukukta ondan fazla Devlet, Arındırma Yasaları düzenleyerek kamuda taharet işlemleri uygulamıştır. Bu Devletlerin ortak özelliği, arındırmayı özel bir kanun ve prosedür çerçevesinde yapmalarıdır. Arındırma usulünü uygulayan Devletlerden hiç birisi, normal personel disiplin yasalarıyla arındırma usulünü tatbik etmemiştir. Arındırmaya tabi fiiller ile izlenecek usul, personel yasasında ihracı gerektiren fiil ve usullerden farklı düzenlemiştir. Örneğin Ukrayna Kamu Görevlileri Yasası'nda, Yanukoviç karşıtı faaliyetlerin kovuşturulmasında aktif rol oynaması ihracı gerektiren fiiller arasında düzenlenmemişken, Arındırma Yasası anılan fiilleri işleyenlerin kamudan ihraç edilerek bir daha kamu görevinde istihdam edilememelerini düzenlemiştir.

Arındırma usulü tatbik edilirken bir takım usulü güvencelerin tanınması gerekir. Bu usulü güvencelerin tanınması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesine riayet etmekten geçer. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Polonya (Matjek, Bobek davaları), Slovakya (Turek davası) ve Litvanya (Zdanoka davası) aleyhine açılan davalarda silahların eşitliği, eşit muamele ve özel hayata saygı ilkesi¹⁰⁸ yönlerinden çeşitli kararlar vermiştir¹⁰⁹. Matjek, Bobek, Turek ve Zdanoka kararlarında AİHM, arındırma usulünün meşruiyetine saygı duymasına rağmen usulün sınırlarını çizmeye çalışmıştır. Ayrıca, usulü güvenceler sağlandığı sürece Devletlerin arındırma politikası uygulamasına saygı gösterileceği deklare edilmiştir¹¹⁰. Hülasa, arındırma yargılamasının adil olabilmesi için Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen ilkelere uygun olması gerekir.¹¹¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, arındırma usulünün üç kriteri taşıması durumunda meşru olduğunu kabul etmiştir. İlk olarak arındırma usulü, yasal temelde belirli ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır. Bu nitelik, arındırma

¹⁰⁸ KARAJANOV v. KUZHEY MAKEDONYA, Birinci Bölüm, B. N.: 2229/15, 06/07/2017, §76- 77. Anılan davada Mahkeme, başvurucunun özel hayatına ilişkin bir takım bilgilerin topluma duyurulmasını Sözleşmenin 8.maddesine aykırı bulmuştur.

¹⁰⁹ UZELAC, s. 54.

¹¹⁰ UZELAC, s. 55.

¹¹¹ ÇAYAN Gökhan, Adil Yargılanma Hakkı, Legal Hukuk Yayınları, İstanbul 2016, s. 90.

usulünün Sözleşmeyle uyumlu bir takım güvenceleri de ihtiva etmesini gerekli kılar. İkinci olarak arındırma işlemleri, intikam veya ölç alma amacıyla tesis edilmemelidir. Üçüncü olarak ulusal yasanın, Sözleşmede tanınan hakları kısıtladığı durumlarda, arındırmanın bireyselleştirilmesi¹¹² gerekir.¹¹³

Sözleşmenin 6.maddesinin birinci fıkrasında, medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin yargılama güvenceleri düzenlenmişken, 3. fıkrasında suç ithamına ilişkin güvenceler düzenlenmiştir. Bir muhakemenin adil olabilmesi için taşıması gereken güvenceler belirlenirken, uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir uyuşmazlık mı yoksa suç isnadından kaynaklanan bir uyuşmazlık mı olduğunun belirlenmesi zorunludur.¹¹⁴ AİHM, arındırma usulünden kaynaklanan bazı davaları medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlık olarak kabul ederken, bazı davaları suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklar olarak kabul etmektedir.¹¹⁵

Bir uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin kabul edilmesiyle suç ithamı olarak kabul edilmesi arasında ciddi muhakeme farklılıkları gündeme gelmektedir.¹¹⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalayan devletlerin tamamına yakını idari yargıda yazılı yargılama usulünü benimsemiştir. Yazılı yargılama usulünde, duruşma ve tanık gibi usul araçlarının kullanılması istisnai bir mahiyet arz ederken, suç ithamından kaynaklanan uyuşmazlıkların muhakemesinde anılan araçları kullanmak zorunluluk arz etmektedir. Eğer arındırma usulüne ilişkin davalar medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar olarak kabul edilecek olursa duruşma yapılması¹¹⁷ veya tanık dinlenmesi¹¹⁸ zorunlu olmaktan çıkar. Eğer arındırma usulüne ilişkin davalar suç isnadına ilişkin olarak kabul edilirse, duruşma yapılması veya tanık dinlenmesi gibi usul araçlarının kullanılması zorunludur.¹¹⁹ Az önce de ifade ettiğimiz gibi AİHM, arındırma usulünden kaynaklanan uyuşmazlıkların bir kısmını medeni hak ve yükümlülüklerle ait uyuşmazlık olarak kabul ederken, bir kısmını suç ithamından kaynaklanan uyuşmazlık olarak kabul etmiştir.

¹¹² Adamsons kararında AİHM, KGB'nin eski çalışanlarının tamamının kamudan ihraç edilmesini, arındırmanın bireyselleştirilmemesi sebebiyle Sözleşmeye aykırı bulmuştur (ADAMSONS v. LETONYA, Üçüncü Bölüm, B.N.: 3669/03, 01/12/2018 §132).

¹¹³ MATYJEK v. POLONYA, §62; TUREK v. SLOVAKYA, §115; ADAMSONS v. LETONYA, §116.

¹¹⁴ ÇAYAN Gökhan, Kamu Görevlilerinin Statüsüyle İlgili Uyuşmazlıklarda Adil Yargılanma Hakkı, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, Sayı 116, Nisan 2016, s. 91; ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, s. 24-48.

¹¹⁵ JALOWIECKI v. POLONYA, Dördüncü Bölüm, B.N.: 34030/07, 17/02/2009, §30; BOBEK v. POLONYA, İkinci Bölüm, B.N.: 68761/01, 17/07/20017, §75; LUBOCH v. POLONYA, Dördüncü Bölüm, B.N.: 37469/05, 15/01/2018, §63; EDWARDS, s. 33- 34.

¹¹⁶ ÇAYAN, Kamu Görevlileri, s. 91.

¹¹⁷ Duruşmalar bütün usuli güvencelere uygun olarak açık ve şeffa bir biçimde yapılmalı, davacıya kendini ifade edebilecek yeterde söz ve imkan tanınmalıdır (BOBEK v. POLONYA, §66).

¹¹⁸ JALOWIECKI v. POLONYA, §22, 24.

¹¹⁹ HONER, s. 724; LUBOCH v. POLONYA, §68-73, 77.

Arındırma usulüne ilişkin davalarda, silahların eşitliği ilkesi¹²⁰ ve çekişmeli yargılama hakkının tesis edilmesi gerekir¹²¹. AİHM'e yapılan başvuruların bir çoğu istihbarat raporları ve dosyaya erişim hakkıyla ilgilidir.¹²² AİHM, incelediği uyuşmazlıklarda başvurucuların kendileriyle ilgili raporlara ve mahkeme dosyalarına erişememesi¹²³ sebebiyle Sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹²⁴

¹²⁰ JALOWIECKI v. POLONYA, §31.

¹²¹ ÇAYAN Gökhan, The Right to a Fair Trial, the Covarage of the Right and Application in the Tax Cases, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y. 7, Sayı 12, Haziran 2016, s. 439.

¹²² ÇAYAN Gökhan, The Right to a Fair Trial in the Discrepancies Originating from Public Officials' Status, İnsan Hakları Dergisi, Adalet Akademisi Yayınları, Y: 6, Sayı 11, s. 411.

¹²³ Luboch v. Polonya davasında başvurucu, 1992 yılından itibaren avukat olarak çalışmaya başlamıştır (§ 7). Başvurucu iş ve aile ziyareti amacıyla 1984 yılında yurt dışına çıkmıştır. Başvurucu, arkadaşı olan W.C. isimli şahsın bir mektupla ilgili yardım isteğini kabul etmiştir. Başvurucu W.C. isimli şahsı öğretmen olarak bilmektedir. Fakat anılan şahıs gerçekte Devlet Güvenlik Servisi'nin memuru olarak görev yapmaktadır (§§ 8, 9). Leh Parlamentosu 11 Nisan 1997 tarihinde, 1944 ila 1990 yılları arasında Güvenlik Servisiyle işbirliği içerisinde olan kamu görevlilerinin arındırılmasıyla ilgili bir Yasa kabul etti (§ 10). Başvurucu, Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra Devlet Güvenlik Servisiyle kasıtlı veya gizli bir iş yapmadığı konusunda iyiniyet beyannamesi verdi (§ 11). Kamu Yararı Yüksek Komiseri, davacının W.C. ile olan ilişkisini öne sürerek, önemli bir bilginin saklandığını ve verilen beyannamenin dürüst olmadığını belirterek başvurucunun ihracı istemiyle Varşova Bölge Mahkemesi 5. Dairesi'nde dava açtı (§ 12). Başvurucu, davada W.C. isimli şahsın tanık olarak dinlenmesini istese de (§ 15), söz konusu istek reddedildi (§ 17). Derece mahkemesi, beyanların dürüst olmadığı, W.C. ile yapılan işbirliğinin gizlendiği, Devlet Güvenlik Servisiyle işbirliği içinde olduğu gerekçesiyle başvurucunun ihraç edilmesine karar verdi (§ 18). Temyiz mahkemesi, W.C. isimli şahsın duruşmada tanık olarak dinlenmesine karar vererek ilgili şahsı iki kez duruşmada dinledi (§§ 19, 20). W.C.'nin ifadeleri doğrultusunda başvurucu, bu kez de M.S. ve S.S. isimli şahısların dinlenmesini talep etti. Bu talep Temyiz mahkemesince reddedilerek, başvurucunun kamudan ihracına ilişkin kararın hukuka uygun olduğuna karar verildi (§ 21). Başvurucu dinlenmesini talep ettiği tanıkların dinlenmemesi ve dava dosyasına erişiminin engellenmesi sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etti (§ 51). Başvuruyu kabul edilebilir bulan AİHM işin esasını inceleme geçti (§ 48): "Mahkeme Sözleşmenin 6. maddesinin 3.fıkrasında düzenlenen güvencelerin ceza yargılamalarında uygulanabilir olduğunu, fakat somut başvurunun 1. fıkrada düzenlenen hakkın özel yönlerini oluşturduğunu ve uyuşmazlıkta suç ithamı yapıldığını dikkate alarak 1. fıkraya ile 3. fıkranın birlikte uygulanması gerektiğine hükmetmiştir (Edwards v. Birleşik Krallık, Seri A-247, 16 Aralık 1992, § § 33- 34). Mahkeme, ilk olarak komünist dönemdeki istihbari belgelerin Devlet sırrı olarak görüldüğünü ve çok gizli belge olarak nitelendirildiğini (62), Kamu Yararı Yüksek Komiserinin arındırma usulüyle ilgili davada her türlü bilgi ve belgeye sınırsız erişim hakkına sahip olduğunu, ancak başvurucunun aynı konuyla ilgili bilgi ve belgelere ulaşamadığını, onu kopyalayamadığını ve duruşma salonundan aldığı notları dışarı çıkaramadığını (§ 63), bu durumun Sözleşmenin 6.maddesini ihlal ettiğini (§ 73), sözleşmenin 6. maddesinin ihlaline karar verildiğinden diğer itirazın incelenmesine gerek olmadığını ifade eder (§ 77).

¹²⁴ Mahkeme dosyasına sunulan gizli belgelerin başvurucuya gönderilmediği, not alma ve kopyalamasının engellendiği, bu sebeple de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan başvuruya ilişkin Matyjek v. Polonya davasında AİHM, başvurucunun dosyasıyla ilgili belgelerin yarısından fazlasının gizli belge olduğunu, idarenin söz konusu belgelere sınırsızca erişebilmesine rağmen davacıya böyle bir imkanın tanınmadığını, başvurucuya dava dosyasındaki gizli belgeleri görme imkanı verilmesine rağmen

Makul süre içerisinde bitirilmeyen yargılamanın adil olduğunu söylemek mümkün değildir.¹²⁵ Bilindiği gibi makul sürede yargılanma hakkı, adil yargılama hakkının bireylere sağladığı güvencelerden bir tanesidir.¹²⁶ AİHM, arındırma usulüne ilişkin yargılamaların da makul süre içerisinde bitirilmesi gerektiğini, aksi durumun Sözleşmenin 6. maddesini ihlal edeceğini sıklıkla ifade etmiştir. Turek v. Slovakya davasında AİHM, derece mahkemesinde davanın açıldığı tarihi muhakemenin başlangıcı, temyiz kararının verildiği tarihi de muhakemenin bitişi kabul ederek her iki muhakeme arasında geçen yedi yıllık sürenin makul olmadığını ve Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.¹²⁷ Burada dikkat edilmesi gereken husus, Polonya Arındırma Sistemindeki Ofislerde geçen sürenin hesaba dahil edilmemesidir.

Arındırma Usulünün en önemli problemlerinden birisi de delil standardının belirlenmesidir. Ceza yargılamasında kanıt kuralları genellikle katıdır ve suçluluğun ispatlanması için yüksek standart gerekir. Ancak kamu görevinden ihracın standart eşiği ceza yargılamasından daha düşüktür.¹²⁸ Arındırma usulünü uygulayan ülkelerde delil standardının, normal ihraç işlemlerinden de düşük olduğunu söylemek mümkündür. Sözelimi, ifade, ihbar, istihbarat raporu veya belirli bir organizasyona üyelik gibi hususlardan birisinin bulunması, kişilerin, arındırma usulüyle ihraç edilmesine esas olabilir. Yukarıda incelemediğimiz Çekoslovakya, Macaristan, Polonya ve Ukrayna arındırma sistemlerinde, Komünist siyasi parti, dernek veya vakıflara üye olmak tek başına arındırmaya tabi tutulmak için yeterli bir eşik düzeyidir.¹²⁹ Hatta ve hatta, Çekoslovakya

anılan belgeleri kopyalaması veya belgelerden çeşitli notlar alınmasının engellendiğini, başvurunun belgelere sınırsız erişebilmesi, notlarını serbestçe kullanması ve belgelerden kopya almasının itibarı ve on yıl boyunca görevde bulunmama yasağı da dikkate alındığında ayrı bir öneme sahip olduğunu, idarenin yargılama sırasındaki üstünlüğü ve başvurunun iddiaları birlikte değerlendirildiğinde, taraflar arasındaki eşitliğin ve Sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir (MATJEK v. POLONYA, § 56-65).

¹²⁵ ÇAYAN, Adil Yargılanma Hakkı, 90.

¹²⁶ ÇAYAN, Tax, s. 440.

¹²⁷ TUREK v. SLOVAKYA, §99.

¹²⁸ UZELAC, s. 53.

¹²⁹ Doktrinde, belirli bir organizasyona üyeliğin, kamudan ihracı gerektirip gerektirmeyeceği noktasında tartışmalar mevcuttur. Doktrindeki bir görüş, dernek, vakıf, sendika gibi belirli bir organizasyona üyeliğin, demokratik standartlara göre bireysel sorumluluk için yeterli olmadığını, çağdaş perspektiften bakıldığında, bu tür sivil toplum örgütlerine üye olmanın, eylemin yapıldığı dönemde suç sayılmadığını, dolayısıyla burada hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli kaidelerinden olan geriye yürümezlik ilkesinin ihlal edildiğini, temel insan haklarının korunması adına bir başka hakkın çiğnenmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır. Bu görüş, temel insan haklarını korumak adına başka bir hakkın çiğnenmesini çelişkili bir uygulama olarak kabul etmektedir. Doktrindeki diğer görüş ise, ilk görüşün endişelerine saygı duyar. Fakat bu görüş, Umumun menfaatinin tesisi için bireysel menfaatlerin terk edilebileceğini kabul etmektedir. Zira, arındırmaya tabi tutulan kişiler, geçmişteki şaibeli işlemleriyle toplumun yeterli derecede demokrasi ve adalete erişememesine

Arındırma Yasası, Sovyetler Birliği okullarından mezun olan kamu görevlilerinin ihraç edileceğini de düzenlemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi,¹³⁰ kural olarak, arındırma işlemlerinde ulusal mahkemelerin delil standardını ve delilleri değerlendirme biçimini incelemeyiz. Mahkeme tarafından sadece delillerin ele alınması da dahil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak Sözleşmeye uygun olup olmadığı değerlendirilmektedir.¹³¹ Turek v. Slovakya davasında, Slovakya Eğitim İdaresi'nde görev yapmakta iken arındırmaya tabi tutularak İçişleri Bakanlığı'nca görevinden ihraç edilen başvuru, kişisel ilişkileri ve sosyal hayatı gerekçe gösterilerek ihraç edilmesinin, Sözleşmenin 8. maddesine aykırı olduğunu ve 6. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek AİHM'e başvurmuştur.¹³² Her iki iddia açısından da başvuruyu kabul edilebilir bularak¹³³ işin esasını incelemeye geçen AİHM, özel hayata saygı ilkesi bakımından düzenlenen usul korumasının pratik

sebeplere olmuştur. Bunlardan bazıları pişman bile değildir ve mevcut demokrasi için tehdit oluşturabilecektir. Herkes geçmişinden sorumlu olmak zorundadır. Bu sebeple de, toplumun temel haklarının korunması için geçmiş dönemdeki üyeliklerin bir kriter olarak kullanılması hukukun geçmişe yürümezliğini ihlal etmeyecektir (WILLIAMS FOWLER SZCZERBIAK, s. 27- 28; UZELACK 52-54; WERLE, 2005, 32) . Burada ikinci görüşün daha tutarlı olduğunu söylemek mümkündür. Kanımızca, arındırma usulünde önemli olan toplum menfaatinin korunmasıdır. Zaten birey menfaatlerinin korunması da toplum menfaatinin tesis edilmesinden geçer. Arındırma usulüne tabi tutulanların büyük bir çoğunluğu, geçmişteki ihlalleriyle toplumu adaletsiz ve güvensiz bırakmıştır. Bunlara verilecek en iyi cevap bu adaleti ve güveni demokrasiyle inşa etmektir. Adalet ve güvenin yeniden inşası için de bazı fedakarlıkların gösterilmesi, toplum menfaati gerektiriyorsa, birey menfaatlerinin dar şekilde yorumlanması gerekir. Mutlak adalet her zaman hukukun temel ilkeleriyle sağlanamaz. Örneğin, bir milleti soykırıma uğratan bir komutanın, suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi gerekçe gösterilerek saliverilmesi ne kadar adaletle uygundur. Burada gösterilecek fedakarlıklar veya bireysel menfaatlerin dar bir şekilde yorumlanması bizlere, çocuklarımıza ve onların çocuklarına daha adil, daha demokrat ve daha güvenilir bir toplum bahşedecektir. Burada doktrindeki ilk görüşün belirttiği gibi hukuk geçmişe yürümüş değildir. Zaten kendine özgü esas ve kuralları olan arındırma usulü de kişilerin geçmişinden hareket ederek geleceği hakkında bir yargıya varmayı amaçlar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de normal koşullar altında onay vermeyeceği durumlara, arındırma usulü kapsamında onay vermekte ve Devletlerin uyguladığı arındırma usulünü meşru kabul etmektedir. Diğer taraftan, birey menfaatinde meydana gelebilecek zedelenmenin telafisi de mümkündür. Örneğin Almanya, bireysel menfaatleri zedelenenleri, bir miktar tazminat vermek suretiyle kamu görevinden ihraç etmiştir.

¹³⁰ Arındırma usulüyle ilgili olarak, adil yargılanma hakkı (m. 6), ifade özgürlüğü (m.10), özel hayata saygı hakkı (m. 8), toplanma ve örgütlenme özgürlüğü (m. 11), etkili başvuru hakkı (m. 13), ayrımcılık yasağı (m. 14) ve serbest seçim hakkı'nın (1 numaralı Protokol, m. 3) ihlal edildiğinden bahisle AİHM'e çeşitli başvurular yapılmıştır (HORNE, s. 720).

¹³¹ TUREK v. SLOVAKYA, §114.

¹³² TUREK v. SLOVAKYA, §9-11, 83, 86, 89.

¹³³ TUREK v. SLOVAKYA, §91, 99.

ve etkili olup olmadığının inceleneceğini, bu inceleme yapılırken delil değerlendirilmesi yapılmayacağını, sadece delillerin ele alınma biçimi de dahil olmak üzere yargılamanın bütünü 8.madde açısından uygun olup olmadığının inceleneceğini,¹³⁴ eski Devlet Güvenlik Ajansı kayıtlarına Devletçe tam olarak erişilebilmesine rağmen başvurucuya böyle bir imkan verilmediğini, anılan kayıtların başvurucunun kişisel ilişkileri ve aile yaşantısına ilişkin olduğunu, kayıtların tam olarak incelenememesi sebebiyle başvurucuya, hakkındaki iddiaları çürütme şansı tanınmadığını belirterek özel hayata saygı ilkesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir.¹³⁵ Anılan kararda AİHM, eski Devlet Güvenlik Ajansı kayıtlarının Mahkemede delil olarak kullanılmasını hukuka aykırı görmemiş ve ulusal mahkemenin delil ikame etmesini de inceleme konusu yapmamıştır.

SONUÇ

Demokratikleşme sürecine giren ülkelerde eski sosyalist rejimin mirasını ortadan kaldırmak, yaşanmış insan hakları ihlallerini gidermek ve yeni ihlalleri önlemek amacıyla bir takım tedbirler alınması gerekli hale gelmiştir. Demokratik rejimi benimseme gayesindeki ülkelerin, eski rejimle bağlarını koparmak amacıyla kamu görevlileri açısından aldığı tedbirlere ilişkin usullerin bütününe arındırma usulü adı verilmektedir.

Arındırma usulünün uygulandığı evreye geçiş evresi adı verilir. Geçiş evresinden önceki bir aşamada, ağır hak ihlalleri yaşanmış, demokratik kurallara aykırı eylemler yapılmış ve ulusun varlığı tehdit edilmiştir. Arındırma usulü, geçiş evresinden sonraki aşamada, hak ihlallerini önlemeyi, demokratik kuralları güçlendirmeyi ve ulusun varlığını güvence altına almayı amaçlar.

Usulde, Anayasal ilkelere sadık kalmayarak demokratik hukuk devletine aykırı eylemler gerçekleştiren kamu görevlileri hedef alınır. Kamu hizmetinin kendisine sağladığı kamu gücünü totaliter rejimin lehine kullanan, insan haklarını ihlal eden, devlete ait gizli bilgileri yabancı devletlerle paylaşan ya da zaten var olan demokratik hukuk devletini yıkarak yerine totaliter rejimin geçmesini sağlayanlar, arındırılması gereken hedef kitle içerisinde yer almaktadır.

Arındırma usulüne ilişkin hukuki prosedür, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmediği gibi başkaca bir uluslararası metinde de düzenlenmemiştir. Uluslararası alanda arındırma usulüne ilişkin ilk değerlendirme Venedik Komisyonu'nun 1996 tarih ve 1096 sayılı Yönergesiyle yapılmıştır. Anılan Yönergede Komisyon, devletlerin yeni demokrasiyi inşa edebilme kastıyla arındırma usulünü tatbik edebilmesinin meşru olduğunu kabul etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kendi kendini savunabilecek demokrasiyi ihdas edebilmek amacıyla alınacak tedbirlerin meşruiyetini tanımıştır.

¹³⁴ TUREK v. SLOVAKYA, §113.

¹³⁵ TUREK v. SLOVAKYA, §116.

Arındırma usulüne atfedilen bu meşruiyet, usulün tamamen hukuk dışı olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Arındırma, belirli esaslar ve usuller dahilinde, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde tatbik edilmelidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, arındırma usulüyle ilgili uyuşmazlıklarda akit devletlerce, adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü, özel hayata saygı hakkı, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü gibi hak ve güvencelerin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Arındırma usulünde delil standardının, normal uyuşmazlıklarda uygulanandan daha düşük olması, usulün doğası gereğidir. Zira arındırma usulünde normal muhakeme usulünden farklı olarak, kişinin geçmiş yaşantısından hareketle geleceği hakkında bir kanıya varılma durumu söz konusudur. Nitekim arındırma yapan devletler, arındırma usulünde uygulanacak delil standardını normal olandan daha düşük bir seviyede tutmuştur.

Hülasa, arındırma usulünün, geçiş aşamasından önceki evrede gerçekleştirilen ihlallerin gelecekte yaşamasını önlemek amacına hizmet eden, delil standardı normal uyuşmazlıklardan daha düşük olan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanınan güvencelere uyması gereken olağanüstü bir hukuk tedbiri olduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

BEREND Ivan, Decades of Crisis: Central and Eastern Europe Before World War II, Berkely, Kalifornya Üniversitesi Yayınları, Kalifornya 1998.

ÇAYAN Gökhan, Adil Yargılanma Hakkı, Legal Hukuk Yayınları, İstanbul 2016.

ÇAYAN Gökhan, Kamu Görevlilerinin Statüsüyle İlgili Uyuşmazlıklarda Adil Yargılanma Hakkı, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, Sayı 116, Ankara Nisan 2016.

ÇAYAN Gökhan, The Right to a Fair Trial, the Covrage of the Right and Application in the Tax Cases, Hukuk ve Adalet Dergisi, Y: 7, Sayı 12, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara Haziran 2016.

ÇAYAN Gökhan, The Right to a Fair Trial in the Discreoancies Originating from Public Officials' Status, İnsan Hakları Dergisi, Y. 6, Sayı 11, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara Haziran 2016.

DAVID Roman, From Prague to Baghdad: Lustration System and their Political Effects, Government and Opposition Ltd Yayınları, Cilt 41, Sayı 3, Haziran 2006.

DAVID Roman, Lustration Law in Action: The Movies and Evaluation of Lustration Policy in the Czech Author(s), Law and Social Inquiry, Cilt 28, Sayı 2, Blackwell Yayınları, 2003.

GREIFF Pablo de, Vetting and Transitional Justice, Sosyal Bilimler Araştırma yayınları, New York 2007.

GÜLENER Serdar/ ERCİYAS S., Dünyada Arındırma Uygulamaları ve Türkiye'de Devletin FETÖ'den Arındırılması, SETAV Analiz, Sayı 179, Aralık 2016.

HALMAI Gabor, Lustration and Access to Files of The Secret Police in Central Europe, CPI Yayınları, Zagreb 2007.

HALMAI Gabor/ SCHEPPELLE KL, Liwing Well is the Best Revenge: The Hungarian Approach to Judging the Past, Norta Dame Üniversitesi Yayınları, Paris 1997.

HOLMES Stephen, The End of Decommunization, Doğu Avrupa Anayasa Dergisi, Cilt 3, Sayı 4.

HORNE M. Cynthia, International Legal Rulings on Lustration Polices in Central and Eastern Europe: Rule of Law in Historical Context, Hukuk ve Sosyoloji Dergisi, C. 34, S. 3, Yaz 2009.

KRITZ Neil J., Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Fermer Regimes, Uluslararası Barış Enstitüsü Yayınları, Washington 1995.

MARKESIC Ivan, The Catholic Church in Croatia: From Tending to Lustration to Lustration Crisis, CPI Yayınları, Zagreb 2007.

MENDEZ Je, In Defence of Transitional Justice, Notre Dame Üniversitesi Yayınları, Paris 1997.

MILARDOVIC Anđelko, Elites in the Waves of Democratization and the Lustration, CPI Yayınları, Zagreb 2007.

NIELSEN Alexandra Kathryn, Lustration: Transitional Justice in Poland and its Continuous Struggle to Make Means With The Past, Yüksek Lisans Tezi, Kalifornya 2008.

PERSAK Krzysztof/ KAMINSKI Lukasz, A Handbook of the Communist Security in East Central Europe 1944-1989, Varşova 2005.

URASHI Raluca, In Search of a Theoretical Model of Transitional Justice, CPI Yayınları, Zagreb 2007.

UZELAC Alan, (In)surpassable Barriers to Lustration: quis custodiet ipsos custodes, CPI Yayınları, Zagreb 2007.

DEVLETLERE ATFDİLEMEYEN SİLÂHLI SALDIRILARA KARŞI MEŞRU MÜDAFAA: ULUSLARARASI HUKUKTA SINIR ÖTESİ OPERASYONUN HUKUKÎ ZEMİNİ

Self-Defence in Response to Attacks by Non-State Actors: The Legal Basis of Cross-Border Operations in International Law

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM*

Geliş Tarihi: 17.10.2019 Kabul Tarihi: 31.10.2019

ÖZET

BM Şart'ının 51. maddesi devletlere karşı gerçekleştirilen silâhlı saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının doğacağını hükme bağlamakta ancak hakkın doğmasına sebebiyet verecek saldırıların faillerinin kimler olması gerektiği sorusuna yanıt vermemektedir. 21. yüzyıla kadar yalnızca devletlere atfedilebilen silâhlı saldırılara karşı meşru müdafaa hakkını düzenlediği şekilde yorumlanan 51. maddenin, özellikle 11 Eylül saldırılarının ardından, sınır aşan terörist faaliyetler ile mücadele edilebilmesi için yenilikçi ve dinamik bir biçimde yorumlanması önerilmiş ve bir devletin ülkesi üzerinden başka devletlere saldıran terörist gruplara karşı da meşru müdafaa hakkının bulunduğu kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler geliştirilmiştir. Bu çerçevede, devlet dışı silâhlı grupların ve düzensiz birliklerin, konuşlandıkları devletin ülkesi üzerinden üçüncü bir devlete karşı gerçekleştirdikleri şiddet eylemlerinin ülke devletine atfedilebilir olmadığı durumlarda saldırıya uğrayan devletin meşru müdafaa hakkının bulunup bulunmadığı meselesi devletleri ve uluslararası hukukçuları ikiye bölmüş durumdadır. Makale, uluslararası hukuk doktrininin, içtihadın ve devlet uygulamalarının devletlere atfedilemeyen silâhlı eylemlere karşı meşru müdafaa hakkı tanıyıp tanımadığını incelemekte ve sınır ötesi operasyon olarak da adlandırılan meşru müdafaa hakkının bu özel görünümünün hukukî zeminini tartışmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Devlet Dışı Aktörler, Kuvvet Kullanma, Meşru Müdafaa, Sınır Ötesi Operasyon, Terörizm.

ABSTRACT

Article 51 of the UN Charter provides that states against which an armed attack is committed have an inherent right of self-defence but does not mention the identity of the perpetrators of the attack that would give rise to the right of self-defence. In this context, the doctrine is divided as to whether an attack by non-state actors is the kind of armed attack that allows a state to exercise its right of self-defence by using armed force. Indeed, Article 51 which was narrowly interpreted until the 21st century has started, following the 9/11, to be subject to a more innovative and dynamic interpretation that suggests to recognize the right of self-defence against armed activities committed by non-state actors. This paper analyzes whether the international law doctrine, the jurisprudence and state practice provides a right to self-defence against attacks which are not imputable to a state and discusses the legal basis of cross-border operations which constitute a specific form of self-defence.

Keywords: Cross-Border Operations, Non-State Actors, Self-Defence, Terrorism, Use of Force.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, [zeynepirim@hotmail.com], ORCID ID: 0000-0001-6680-6494

GİRİŞ

Devletlerarası ilişkiler, 1945 yılından bu yana, dünya siyaset ve hukuk tarihini en azından teoride değiştirdiği yadsınamayacak bir ilke üzerine kuruludur. Modern uluslararası hukukun en temel normu addedilen,¹ Birleşmiş Milletler (BM) Şartı'nın 2. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen, gerek doktrin gerek içtihat tarafından emredici nitelikte olduğu kabul edilen² ve "kuvvet kullanma yasağı" olarak adlandırılan bu ilke uyarınca devletler, "uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi başka bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasal bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine veya kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınma" yükümlülüğü altındadır.

Uluslararası hukuk, aralarında kuvvet kullanma yasağının da bulunduğu temel ilkelerine dokunulmasını yerinde görmeyen muhafazakâr bir hukuk anlayışı üzerine kuruludur. Bununla birlikte, söz konusu ilkeler uluslararası toplumun karşılaştığı yeni gerçeklikler ve tehlikeler karşısında devletler ve hukukçular tarafından farklı yorumlanabilmekte,³ devletlerin bu temel ilkeler uyarınca sahip olduğu hak ve yükümlülüklerin varlığı değil ama kapsamı ve ileri sürülebilme koşulları tartışılabilir. Nitekim, hangi eylemlerin kuvvet kullanma yasağının ihlâlini teşkil ettiği bugüne kadar çokça tartışılmış, devletlerin hangi istisnâî hallerde kuvvet kullanabilecekleri meselesi uluslararası hukuk doktrininde ciddi fikir uyuşmazlıklarının konusunu teşkil etmiştir.⁵

¹ Louis Henkin, "Use of Force: Law and US Policy" in Louis Henkin et al., *Right v. Might: International Law and the Use of Force*, 1991, ss. 37-69, ss. 37-38; Norman Menachem Feder, "Reading the U.N. Charter Connotatively: Toward a New Definition of Armed Attack", *New York University Journal of International Law & Politics*, 1987, Vol. 19, ss. 395-432, s. 402.

² Bkz. Tom Ruys, 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, s. 27; Federica Paddeu, "Use of Force against Non-state Actors and the Circumstance Precluding Wrongfulness of Self-Defence", *Leiden Journal of International Law*, 2017, Vol. 30, ss. 93-115, s. 100; David Kretzmer, "The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in Jus Ad Bellum", *European Journal of International Law*, 2013, Vol. 24, n°: 1, ss. 235-282, s. 241; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, s. 14, Separate Opinion of President Nagendra Singh, s. 153, Separate Opinion of Judge Sette-Camara, s. 199; *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Merits, ICJ Reports 2003, s. 161, Separate Opinion of Judge Kooijmans, s. 260, Separate Opinion of Judge Simma, s. 327; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, s. 136, Separate Opinion of Judge Elaraby, s. 254.

³ Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *European Journal of International Law*, 2009, Vol. 20, n°: 2, ss. 359-397, s. 360.

⁴ David Kretzmer, *op. cit.*, s. 241.

⁵ Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, ss. 359-360.

Kuvvet kullanma yasağının kapsamına ilişkin tartışmaların temelinde BM Şartı'nın muhtelif hükümlerinin düzenlenme biçimi bulunmaktadır. Şöyle ki; devletlerin birbirlerine karşı kuvvet kullanmalarını 2. maddesinin 4. fıkrasında yasaklayan Şart, 42-43 ve 51. maddelerinde yasağın iki istisnasının bulunduğunu hükme bağlamaktadır. 42 ve 43. maddeler uyarınca uluslararası barış ve güvenliğin tehdit altında olduğu veya bozulduğu veya bir saldırı eyleminin söz konusu olduğu hallerde BM Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden tesis edilmesi amacı ile kuvvet kullanılmasını da içeren tedbirler alabilecek, 51. madde uyarınca ise kuvvet kullanma yasağı devletlerin meşru müdafaa hakkına hanel getirmeyecektir. Bu çerçevede, merkezinde Güvenlik Konseyi'nin bulunduğu kolektif bir güvenlik sistemi üzerine kurulan BM Şartı'nın kuvvet kullanma yasağına "devletler" lehine getirdiği yegâne istisna 51. maddesinde düzenlediği meşru müdafaa hakkıdır. Söz konusu madde "*andlaşmanın hiçbir hükmünün Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silâhlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel veya ortak meşru müdafaa hakkına hanel*" getirmeyeceğini ifade etmekte ancak meşru müdafaa hakkının doğmasına sebebiyet verecek saldırıların faillerinin kimler olması gerektiği sorusuna yanıt vermemektedir.

Söz konusu madde, 21. yüzyıla kadar, sadece devletlere atfedilebilen silâhlı saldırılara karşı meşru müdafaa hakkını kapsadığı şeklinde yorumlanmıştır. Şüphesiz, bu yorumun temelinde BM Şartı'nın kaleme alındığı dönemde ve öncesinde silâhlı çatışmaların çoğunlukla devletler arasında yaşanmış olması yatmaktadır. Oysa BM Şartı'nın kabulünden sonra uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanılmasına ilişkin senaryolar hem kuvvet kullanma araçları, hem de kuvvetin kim tarafından kullanıldığı bakımından ciddi bir değişime uğramıştır. Teknoloji alanında yaşanan gelişmeler ve askerî unsurlara erişim imkânının kolaylaşması devlet dışı silâhlı grupların tahrip gücünü arttırmış, sivil-savaşan ayrımı yapmayan ve geleneksel olmayan savaş yöntemlerine başvuran bu grupların belli bir devletin ülkesinden başka bir devletin ülkesine yönelttikleri silâhlı saldırılar ile nasıl mücadele edileceği modern uluslararası hukukun en önemli meselelerinden biri haline gelmiştir.⁶ BM Şartı'nın temellerinden birini teşkil eden kolektif güvenlik sisteminin Şart'ın kabulünden çok kısa bir süre sonra işlememeye başlaması ve Güvenlik Konseyi'nin, dâimî üyelerin sahip oldukları veto yetkisini sıklıkla kullanmaları nedeni ile görevlerini yerine getiremez hale gelmesi ise meselenin çözümünü zorlaştırmıştır.⁷

Bu çerçevede, zaman içinde ve özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarının ardından

⁶ Federica Paddeu, *op. cit.*, s. 93.

⁷ Devika Hovell, "Chinks in the Armour: International Law, Terrorism and the Use of Force", *University of New South Wales Law Journal*, 2004, Vol. 27, n°: 2, ss. 398-427, s. 401.

yalnızca devletlerin silâhlı saldırılarına karşı değil, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı da meşru müdafaa hakkının bulunduğu savunulmaya başlanmıştır.⁸ ABD, 11 Eylül 2001 saldırılarının hemen ardından El-Kaide adlı örgüte karşı Afganistan ülkesi üzerinde meşru müdafaa hakkı temelinde kuvvet kullanmış ve aynı yıl El-Kaide lideri Osama Bin Laden'i yakalamak amacı ile ve Bin Laden'in yarattığı tehlikeleri ortadan kaldırmaya isteksiz veya âciz olduğundan hareketle, rızasını almadığı Pakistan'ın ülkesine girmiştir.⁹ Benzer bir biçimde, Irak, Fransa, İngiltere ve ABD, 2015 yılında Suriye ülkesi üzerinde konuşlanmış bulunan IŞİD'e karşı meşru müdafaa iddiasında bulunmuş, Türkiye ve İsrail, devletlere atfedilemeyen silâhlı saldırılara karşı meşru müdafaa haklarının bulunduğu yönündeki kanaatlerini savunmaya devam etmişlerdir.¹⁰

11 Eylül saldırıları mesele üzerindeki doktriner tartışmaları da alevlendirmiş,¹¹ sınır aşan terörist faaliyetler ile mücadele edilebilmesi için, var olan uluslararası hukuk kurallarının dar değil, yenilikçi ve dinamik bir biçimde yorumlanması ve devletlerin, başka devletlerin ülkeleri üzerinden kendilerine silâhlı saldırılarda bulunan teröristlere karşı kuvvet kullanmalarının mümkün kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler geliştirilmiştir.¹² Meşru müdafaa hakkının, kuvvet kullanma yasağı gibi, teamül hukukunun bir parçasını teşkil ettiği¹³ ve teamül hukuku uyarınca bütün silâhlı saldırıların, failerinden bağımsız olarak, meşru müdafaa hakkı doğuracağı ileri sürülmüştür.

Kısacası, devlet dışı silâhlı grupların, konuşlandıkları devletin ülkesi üzerinden üçüncü bir devlete karşı gerçekleştirdikleri saldırıların ülke devletine atfedilebilir olduğu durumlarda saldırıya uğrayan devletin meşru müdafaa hakkının doğacağı tartışmasız kabul edilirken, bu grupların, konuşlandıkları devletin ülkesi üzerinden üçüncü bir devlete karşı gerçekleştirdikleri saldırıların ülke devletine atfedilebilir olmadığı durumlarda, meşru müdafaa hakkının doğup doğmayacağı devletleri ve uluslararası hukukçuları ikiye bölmüş

⁸ Devlet dışı aktör kavramı, her türlü devlet dışı birimi ifade etmekte ve terörist, isyancı ve diğer örgütlü silâhlı grupları ve hatta bireyleri kapsar şekilde kullanılmaktadır. Ashley S. Deeks, "Unwilling or Unable": Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defence", *Virginia Journal of International Law*, 2012, Vol. 52, ss. 483-550, s. 494.

⁹ Bkz. *idem*, s. 485.

¹⁰ Raphaël Van Steenberghe, "Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?", *Leiden Journal of International Law*, 2010, Vol. 23, ss. 183-208, s. 184.

¹¹ Jordan J. Paust, "Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond", *Cornell International Law Journal*, 2002, Vol. 35, ss. 533-557, s. 533; Raphaël Van Steenberghe, "Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?", *op. cit.*, s. 183.

¹² Federica Paddeu, *op. cit.*, ss. 93-94; Tom Ruys & Sten Verhoeven, "Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence", *Journal of Conflict & Security Law*, 2005, Vol. 10, n°: 3, ss. 289-320, s. 290.

¹³ David Kretzmer, *op. cit.*, s. 241.

durumdadır.¹⁴

Doktrindeki bu görüş ayrılığının temel nedeni açıktır: kuvvet kullanma yasağına devletler lehine istisna getiren BM Şartı'nın 51. maddesi, bu madde uyarınca kuvvet kullanılması durumunda "ülkesel bütünlük" ilkesinin ihlâlini de meşrulaştırmaktadır.¹⁵ Daha açık bir ifade ile, kendisine karşı meşru müdafaaada bulunan devletin saldırının faili olması durumunda söz konusu devletin ülke bütünlüğünün ihlâlinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Oysa, saldırının devlet değil de devletin ülkesi üzerinde faaliyet gösteren devlet dışı birtakım aktörler tarafından gerçekleştirilmiş olması durumunda ülke bütünlüğü ilkesinin ihlâlinin açıklanması hukuken zorlaşmaktadır.¹⁶

Elinizdeki çalışma, uluslararası hukukun devletlere, devlet dışı aktörlerden kendilerine yönelik saldırılara karşı meşru müdafaa hakkı tanıyıp tanımadığını incelemekte ve sınır ötesi operasyon olarak da adlandırılan meşru müdafaa hakkının bu özel görünümünün hukukî zeminini tartışmaktadır.

I. Meşru Müdafaa Hakkının Dar Yorumu: Devlete Atfedilebilirlik Üzerine Kurulu Meşru Müdafaa Teorisi ve Sınır Ötesi Operasyon Kavramının Reddi

Devletlerin tek taraflı olarak kuvvet kullanmalarının mümkün olduğunca sınırlandırılması gerektiğini savunan ve bu çerçevede uluslararası hukukta meşru müdafaa hakkını geleneksel olarak dar yorumlayan hukukçular BM hukukunun öngördüğü meşru müdafaa teorisinin (A), Uluslararası Adalet Divanı içtihadının (B) ve devlet uygulamalarının büyük çoğunluğunun (C) sınır ötesi operasyon adı verilen kavramın kabulüne engel olduğu kanaatindedir.

A. BM Metinlerinde Meşru Müdafaa Hakkı

Her hukuk metni kendisine zemin hazırlayan dönemin koşullarının izlerini taşır ve öncelikle bu izler ışığında yorumlanır. Devletlerarası savaş senaryoları üzerine kurulu olan BM Şartı'nın ortaya koyduğu hukukî altyapı da çok uzun bir dönem boyunca BM hukukunun oluşumuna kaynak teşkil eden tecrübeler ışığında yorumlanmıştır.

Şöyle ki; devletlerin, "uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi başka bir devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde" kuvvet kullanma tehdidinde bulunamayacaklarını veya kuvvet kullanamayacaklarını hükme bağlayan BM Şartı'nın 2. maddesinin 4. fıkrası, tesis ettiği yasağı açıkça

¹⁴ *Idem*, ss. 244-245.

¹⁵ Kimberley N. Trapp, "Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors", *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, Vol. 56, ss. 141-156, s. 146.

¹⁶ *Ibidem*.

tanımlamıyor ve yasağın hangi eylemleri içerdiğini açıklamıyor olsa da,¹⁷ yasağın muhâtabının devletler olduğu hususunda son derece açıktır. Şartın meşru müdafaa hakkını düzenleyen 51. maddesi ise “*andlaşmanın hiçbir hükmünün Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silâhlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel veya ortak meşru müdafaa hakkına halel*” getirmeyeceğini hükme bağlamakta ve yukarıdaki satırlarda ifade edildiği üzere, meşru müdafaa hakkının doğmasına sebebiyet verecek silâhlı saldırıların faillerinin kim olması gerektiği sorusuna yanıt vermemektedir. Başka bir ifade ile, 2. maddesinin 4. fıkrası ile “devletler arasında” kuvvet kullanılmasını yasaklayan BM Şartı, 51. maddesinde, meşru müdafaa hakkını doğuracak silâhlı saldırıların devletler tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde sarih bir ifade içermemekte, silâhlı bir saldırıya uğrayan devletin meşru müdafaa hakkının doğacağını belirtmekle yetinmektedir.

Bununla birlikte, BM’nin kurulduğu 1945 yılı ile 2000’li yıllar arasındaki dönemde ve özellikle 80’li yılların sonunda, *jus ad bellum* uyarınca devletlerin “bütün” kuvvet kullanma eylemlerinin yasak olduğu ve bir devletin, başka bir devletin ülkesi üzerinde bulunan ama bu devlet ile herhangi bir bağı bulunmayan silâhlı gruplara karşı kuvvet kullanmasının da yasağın ihlâlini teşkil ettiği ağırlıklı görüş olarak savunulmuştur.¹⁸ Daha açık bir ifade ile, BM Şartı’nın 51. maddesinin, “devletlerin” kuvvet kullanmalarını yasaklayan 2. maddenin 4. fıkrasının istisnasını teşkil ettiği ve dolayısıyla yalnızca “devletlerin” gerçekleştirdiği saldırılara karşı meşru müdafaa hakkını düzenlediği iddia edilmiştir.¹⁹ Bu çerçevede, erken dönem uluslararası hukuk doktrini, meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesi için silâhlı saldırının yalnızca mağdurunun değil failinin de devlet olması gerektiğini, bir devletin ülkesi üzerinde konuşlanan ancak bu devlet ile hiçbir organik bağı bulunmayan grupların üçüncü bir devlete yönelik saldırılarının saldırıya uğrayan devlet nezdinde, silâhlı gruplara ev sahipliği yapan devletin ülkesi üzerinde meşru müdafaa hakkı doğurmayacağını, aksi yönde bir kabulün söz konusu grupların konuşlandığı devletin ülke bütünlüğünü ve egemenliğini ihlâl edeceğini ileri sürmüştür.²⁰

¹⁷ Olivier Corten, “The ‘Unwilling or Unable’ Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?”, *Leiden Journal of International Law*, 2016, Vol. 29, ss. 777-799, ss. 791-792.

¹⁸ Christian J. Tams, “The Use of Force Against Terrorists”, *op. cit.*, s. 364.

¹⁹ Marco Frigessi di Rattalma, “War in Afghanistan, Self-Defence and Questions of Attribution of the September 11 Attacks to the Afghan-Taliban Regime”, *Italian Yearbook of International Law*, 2003, Vol. 13, ss. 59-75, ss. 61-62.

²⁰ Örneğin Kelsen, BM Şartı’nın 51. maddesinin yalnızca BM üyesi olan devletlerin silâhlı bir saldırıya uğramaları halinde uygulanabileceğini, bu tür saldırılar haricindeki hukuk ihlâllerinin meşru müdafaa hakkı doğurmayacağını ifade etmiştir. Brownlie de, benzer bir yaklaşım ile, 51. maddede zikredilen “silâhlı saldırı” kavramının hükümetlerin emri ile gerçekleşen ağır kuvvet kullanma eylemleri olarak yorumlanması gerektiğini ileri sürmüştür.

Böylece, “devletlerin” kuvvet kullanmalarını yasaklayan BM Şartı’nın 51. maddesi 1837 yılında yaşanan *Caroline* vak’ası ile birlikte okunarak²¹ yalnızca “devletlerin” silâhli saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkı bulunduğu, daha doğru bir ifade ile yalnızca devletlerin “silâhli saldırı” gerçekleştirebileceği şeklinde yorumlanmış²² ve bir devletin meşru müdafaa hakkını kullanabilmesi için dört temel unsurun bir arada bulunması gerektiği kabul edilmiştir: devlet

Hans Kelsen, *Law of the United Nations*, New York, Frederick A. Praeger, 1950, s. 269; Ian Brownlie, “International Law and the Activities of Armed Bands”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1958, Vol. 7, n°: 4, ss. 712-735, s. 731

²¹ Uluslararası hukukta meşru müdafaa hakkının koşullarının, 1837 yılında, Kanada’nın Birleşik Krallık’a karşı verdiği bağımsızlık savaşı sırasında yaşanan ve *Caroline* vak’ası olarak bilinen uyuşmazlıkta şekillendiği kabul edilmektedir. Birleşik Krallık kuvvetleri, Kanadalı isyancılara yardım ve yataklık ettiğini ileri sürdükleri *Caroline* adlı Amerikan gemisini yakmış, Niagara Şelâlesi’nden aşağı atmış ve bazı Amerikan vatandaşlarının hayatlarını kaybettiği olay sonrasında bir İngiliz tutuklanmıştır. İngiliz Dışişleri Bakanı, İngiltere’nin söz konusu eylemi meşru müdafaa hakkı çerçevesinde gerçekleştirdiğini ifade etmiş, ABD’nin İngiltere’nin iddiasını reddetmesi üzerine uyuşmazlık hakem önüne götürülmüştür. Birleşik Krallık, savunmasında, *Caroline* adlı geminin, kendisine karşı saldırılarda bulunan örgütün ayakta kalmasını sağladığını ve gemiyi yok etmek sûreti ile ileride gerçekleştirilecek olan saldırıları engellediğini yani meşru müdafaa hakkını kullandığını ifade etmiştir. ABD Dışişleri Bakanı Daniel Webster ise, Birleşik Krallık’a verdiği yazılı cevapta meşru müdafaa hakkının doğabilmesi için ortada bir eylem bulunması, bu eylemin ani, karşı konulamaz ve başka yollar ile önlenemez olması ve eylemin, sorunu müzakere etmek için zaman bırakmaması gerektiğini ifade etmiştir. İngilizce “*Webster formulation*” olarak adlandırılan bu görüş tahkim heyeti tarafından da benimsenecektir. Heyet, bir devletin meşru müdafaa hakkını kullanabilmesi için “tehlikenin o an ortaya çıkmış, ani, karşı konulamaz ve başka hiçbir korunma yoluna başvurmaya imkân bırakmayacak nitelikte olması” gerektiğini belirtmiş ve somut olayda, İngiltere’nin, meşru müdafaa hakkının boyutlarını aştığını ifade etmiştir. *Caroline* olayında ortaya konulan bu şartlar, daha sonra İngiltere tarafından da benimsenecek ve zaman içinde meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesi için uluslararası hukukun aradığı şartlar haline gelecektir. Günümüz uluslararası hukukunda da, müdafaanın meşru olabilmesi için 1837 *Caroline* Şartları olarak adlandırılan bu şartların var olması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Devika Hovell, *op. cit.*, s. 409; Jordan J. Paust, “Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond”, *op. cit.* ss. 534-535; Antonio Cassese, “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”, *European Journal of International Law*, 2001, Vol. 12, n°: 5, ss. 993-1001, s. 995.

²² Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, s. 290. BM Şartı’nın 51. maddesinin dar yorumlanması gerektiğini savunan eserler için bkz. Olivier Corten, “Has Practice Led to an ‘Agreement between the Parties’ Regarding the Interpretation of Article 51 of the UN Charter?” in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 14-20; Letizia Lo Giacco, “Reconsidering the Legal Basis for Military Actions Against Non-State Actors” in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 32-34; Shin Kawagishi, “Clearing Uncertainties of the Jurisprudence of the ICJ on Self-Defence Against Non-State Actors” in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 24-27; Inger Österdahl, “Scarcely Reconcilable with the UN Charter” in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 21-23.

bir başka devlet tarafından gerçekleştirilen silâhlı bir saldırının mağduru olmalı; söz konusu silâhlı saldırı ya gerçekleşmiş olmalı ya da gerçekleşeceği yönünde açık ve tatminkâr kanıtlar bulunmalı; meşru müdafaa hakkını kullanan devletin hedefi silâhlı saldırıyı gerçekleştiren veya planlayanlar olmalı ve meşru müdafaa hakkı doğan devletin kullandığı kuvvet saldırıyı defetmek için gerekli ve orantılı olmalıdır.²³

İki dünya savaşının tecrübeleri ile hazırlanan BM Şartı'nın hükümlerinin ruhunun, lâfzının ve tarihçesinin “yalnızca devletlerin silâhlı saldırı gerçekleştirebileceği” şeklinde bir yorumu zorunlu kıldığından hareket eden hukukçuların²⁴ bir diğer gerekçesi silâhlı saldırı kavramının kuvvet kullanma kavramı ile aynı anlamı taşıyor olmasıdır. Şöyle ki; 2. maddesinin 4. fıkrasında devletler arasında “kuvvet kullanılmasını” yasaklayan BM Şartı, meşru müdafaa hakkının doğması için bir kuvvet kullanma eyleminin varlığını yeterli görmemekte ve 51. maddesinde bir “silâhlı saldırının” varlığını şart koşmaktadır. Bilindiği üzere, BM Şartı'nda tanımlanmayan silâhlı saldırı kavramı BM Genel Kurulu'nun 1974 yılında aldığı ve teamül hukukunu yansıttığı kabul edilen 3314 (XXIX) sayılı Silâhlı Saldırının Tanımı kararı ile açıklığa kavuşturulmuş ve kavramın “belli bir yoğunluğa erişmiş kuvvet kullanma eylemlerini” kapsadığı kabul edilmiştir.²⁵ Aşağıdaki satırlarda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, Uluslararası Adalet Divanı da içtihadında kuvvet kullanma eylemlerinin en ağır halleri ile hafif halleri arasında bir ayırım yapmış ve yalnızca ağır kuvvet kullanma eylemlerine yani

²³ Mary Ellen O'Connell, “Lawful Self-Defense to Terrorism”, *University of Pittsburgh Law Review*, 2002, Vol. 63, ss. 889-908, ss. 889-890.

²⁴ Christian J. Tams, “The Use of Force Against Terrorists”, *op. cit.*, s. 364 ve s. 373.

²⁵ Kararın 3. maddesine göre, aşağıdaki eylemler BM Şartı'nın 51. maddesi anlamında silâhlı saldırı teşkil etmektedir:

- a) Bir devletin silâhlı kuvvetlerinin diğer bir devleti istilâ etmesi veya ona hücum etmesi veya ne kadar geçici olursa olsun, böyle bir istilâdan veya hücumdan ileri gelen herhangi bir askerî işgal veya kuvvet yoluyla başka bir devletin ülkesinin veya bir bölümünün ilhaki;*
b) Bir devletin silâhlı kuvvetlerinin, başka bir devletin ülkesini bombardıman etmesi veya bir devletin diğer bir devletin ülkesine karşı herhangi bir şekilde silâh kullanması;
c) Bir devletin liman veya kıyılarının diğer bir devletin silâhlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması;
d) Bir devletin silâhlı kuvvetleriyle başka bir devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine veya deniz veya hava filolarına saldırması;
e) Bir devletin, başka bir devletin ülkesi üzerinde ev sahibi devletin rızası ile bulunan silâhlı kuvvetlerinin, taraflar arasındaki anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı şekilde kullanılması veya anlaşmanın süresinin bitmesine rağmen ülkeyi terk etmemesi;
f) Ülkesini başka bir devletin kullanımına tahsis eden devletin, ülkesinin söz konusu devlet tarafından üçüncü bir devlete karşı saldırı amacıyla kullanılmasını kabul etmesi;
g) Bir devlet tarafından veya bir devlet adına diğer bir devlete yukarıdaki fiillere karşılık gelen silâhlı kuvvet eylemlerini icra eden silâhlı çete veya grupların, düzensiz birliklerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi eylemlere önemli ölçüde katılması.”

silâhlı saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğu hükmetmiştir.²⁶

Bu çerçevede, devletlere atfedilemeyen saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının doğmayacağı görüşünü savunan yazarlar, madde 51'in aradığı eşğin madde 2, fıkra 4'ün aradığı eşikten daha yüksek olduğundan hareket etmekte ve silâhlı bir grubun eylemlerine müsamaha gösteren ancak söz konusu eylemleri kendileri gerçekleştirilmeyen devletlere karşı meşru müdafaa hakkı bulunmadığını ileri sürmektedir.²⁷ Örneğin Olivier Corten'e göre, düzensiz bir birliğin kendi ülkesi üzerinden başka bir devlete saldırmasını engellemeyen veya engelleyemeyen devletlere karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğu kabulü durumunda, kuvvet kullanma ve silâhlı saldırıda bulunma eylemleri arasındaki yoğunluk farkı anlamsızlaşacak ve bunun sonucunda, ülkesi üzerinde konuşlanmış bulunan silâhlı grupla mücadelesinde başarısız olan devlet, yerleşik uluslararası hukuka uygun olmayan bir biçimde, BM Şartı'nın sadece 2. maddesinin 4. fıkrasını değil, 51. maddesini de ihlâl etmiş gibi muamele görecektir.²⁸

Nitekim devlet dışı aktörlerin silâhlı saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğunu savunan hukukçular bu tür bir yorumu bertaraf etmek için BM Şartı'nın 51. maddesini farklı okumakta ve bir silâhlı saldırının varlığının kabulü için aranan koşullar ile meşru müdafaa hakkının varlığının kabulü için aranan "gereklilik koşulu" arasında ayırım yapılması gerektiğini savunmaktadır.²⁹ Bu çerçevede, gereklilik koşulunun sadece saldırıya uğrayan devlet-terörist grup arasındaki ilişkilerde uygulanması, silâhlı saldırının varlığının kabulü için gerekli olan koşulların ise saldırıya uğrayan devlet-ülke devleti arasındaki ilişkide aranması gerektiği ileri sürülmektedir. Oysa meşru müdafaa hakkını dar yorumlayan hukukçulara göre, BM Şartı'nın 51. maddesinin devlet dışı aktörlerin saldırı eylemlerinin varlığında uygulanabileceğini söyleyen hiçbir hukuk metni veya uluslararası yargı kararı bulunmadığı gibi, gereklilik kriterinin saldırının faili olmayan devlete karşı kuvvet kullanılmasını sağlayabileceği yönünde hiçbir hukuk kuralı da kabul edilmiş değildir.³⁰ Bunun yanı sıra, meşru müdafaa hakkının koşullarını bu şekilde ayırıştırmanın 51. maddenin lâfzına ve ruhuna ve genel hukuk mantığına açıkça aykırı olduğu ifade edilmekte³¹, bu yönde bir yorumun kuvvet kullanma ve meşru müdafaa hukukunu radikal bir biçimde değiştireceği ve BM kolektif güvenlik sisteminin sonunu getireceği ileri sürülmektedir.³²

²⁶ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *op. cit.*, par. 191.

²⁷ Bkz. Olivier Corten, "The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?", *op. cit.*, s. 794.

²⁸ *Idem*, s. 795.

²⁹ Bkz. Ashley S. Deeks, *op. cit.*, ss. 494-495.

³⁰ Olivier Corten, "The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?", *op. cit.*, ss. 795-797.

³¹ *Ibid.*

³² *Idem*, s. 797.

Tüm bu gerekçeler ile, devletlerin düzensiz gruplar tarafından kendilerine yöneltilen ve herhangi bir devlete atfedilemeyen şiddet eylemlerine karşı meşru müdafaa hakkına sahip oldukları iddiası 2000’li yıllara kadar ve özellikle 70’li ve 80’li yıllarda uluslararası hukukçuların büyük çoğunluğu ve uluslararası toplum tarafından sistematik olarak reddedilmiş, kuvvet kullanma yasağına yazılı olmayan istisnalar getirilmesi ve yasağın istisnalarının terörizm ile mücadeleye genişletilmesi yönündeki anlayış kabul edilmemiştir.³³

B. Uluslararası İçtihadta Silâhlı Saldırı Kavramı ve Meşru Müdafaa

21. yüzyıla kadar uluslararası hukuk doktrininde baskın olan ve meşru müdafaa hakkını dar yorumlayan görüşün, devletlerin meşru müdafaa hakkını istismar etmelerinin önüne geçmeyi hedefleyen ve bu çerçevede ihtiyatlı davranmayı tercih eden Uluslararası Adalet Divanı’nın içtihadında da benimsendiği görülmektedir.³⁴ Şöyle ki; Divan *Nikaragua*³⁵ ve *Kongo Ülkesi Üzerinde Silâhlı Faaliyetler*³⁶ kararlarında ve *Duvar* danışma görüşünde³⁷ devlet dışı aktörlerin eylemlerine karşı meşru müdafaa bulunabilmesi için söz konusu eylemlerin

³³ Christian J. Tams, “The Use of Force Against Terrorists”, *op. cit.*, ss. 372-373. Yazar, bu dönemde terörle mücadelenin merkezindeki temel vasitanın kuvvet kullanma olmadığı, devletlerin teröristleri çoğunlukla işbirliği yaparak cezalandırmak yönünde bir anlayış benimsediklerinin altını çizmektedir. Gerçekten de, bu dönemde terörizm ile mücadele edebilmek amacı ile çok sayıda uluslararası anlaşma akdedilmiştir. Devletler, Hava Araçlarında İşlenen Saldırı ve Diğer Bazı Eylemlere İlişkin 1963 Tokyo Sözleşmesi, Sivil Hava Araçlarının Yasadışı Olarak Ele Geçirilmesinin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 1970 La Haye Sözleşmesi, Sivil Havacılık Güvenliğine Karşı Yasadışı Eylemlerin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 1971 Montreal Sözleşmesi, Sivil Havacılığa Hizmet Veren Havaalanlarındaki Yasadışı Şiddet Eylemlerinin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 1988 Montreal Protokolü, Diplomasi Görevlileri Dâhil Olmak Üzere Uluslararası Korumadan Yararlanan Kişilere Yönelik Suçların Önlenmesi ve Bastırılmasına Dair 1973 New York Sözleşmesi, Rehin Alınmasına Karşı 1979 New York Sözleşmesi, Nükleer Malzemenin Fiziksel Olarak Korunmasına İlişkin 1980 Viyana Sözleşmesi, Terörist Bombalama Eylemlerinin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 1997 Sözleşmesi ve Terörizmin Finanse Edilmesinin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin 2000 New York Sözleşmesi gibi uluslararası anlaşmalar ile bazı eylemleri iç hukuklarında yasaklama yükümlülüğü altına girmişler ve söz konusu eylemleri ülkeleri üzerinde gerçekleştiren kişileri yargılamak veya iade etme anlayışını benimsemişlerdir. Bkz. Devika Hovell, *op. cit.*, s. 406; Emre Öktem, “Uluslararası Hukukta Terörizm: Tanım Sorunu ve Millî Bağımsızlık Hareketleri”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi*, 2004, Sayı 5, ss. 133-147, s. 135.

³⁴ Stephan Wittich, “The Use of Force, Self-defence and the Unrealism in International Law”, *Austrian Review of International and European Law*, 2009, Vol. 14, ss. 79-99, s. 82; Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 129.

³⁵ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *op. cit.*

³⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, s. 168.

³⁷ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *op.cit.*

bir devlete atfedilebilir olması gerektiğine hükmetmiş ve böylece sınır ötesi operasyon adı verilen meşru müdafaa anlayışını zimnen reddetmiştir.

1- *Nikaragua Kararı*

Uluslararası Adalet Divanı'nın kuvvet kullanma hukukuna ilişkin en temel kararını teşkil eden 1986 tarihli *Nikaragua* kararı, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunup bulunmadığı meselesinde de önemli bir kaynaktır ve uluslararası hukukta meşru müdafaa hakkının dar yorumlanması gerektiğini savunan hukukçuların en temel dayanaklarından birini teşkil etmektedir.³⁸

Divan söz konusu kararında, BM Genel Kurulu'nun 1974 tarihli Silâhlı Saldırının Tanımı kararını temel alarak,³⁹ devletin düzenli birlikleri aracılığı ile gerçekleştirdiği eylemlerin yanı sıra, düzensiz birliklerin devlet adına veya devletin emir ve talimatı ile gerçekleştirdiği ve belli bir yoğunluğa erişen eylemlerin de silâhlı saldırı teşkil edebileceğini ifade etmiştir.⁴⁰ Ancak, devletin birtakım silâhlı grupları veya düzensiz birlikleri bir başka devlete kuvvet kullanmak üzere göndermesinin silâhlı saldırı teşkil etmesi ve bu çerçevede saldırıya uğrayan devlet nezdinde meşru müdafaa hakkı doğurması önünde hukukî bir engel bulunmadığına hükmeden Divan'a göre, düzensiz silâhlı birliklere veya terörist gruplara destek vermek veya müsamaha göstermek, bu grupları ülke üzerinde barındırmak, eğitmek, finanse etmek veya bunların eylemlerine engel olmamak silâhlı saldırı derecesine varan eylemler değildir. Bu tür destek ve yardımlar uluslararası hukukun çok temel bir başka ilkesini, iç işlerine karışma yasağını, ve hatta kuvvet kullanma yasağını ihlâl edebilir, bu çerçevede eylemleri gerçekleştiren gruplara destek veren devletin uluslararası sorumluluğunu doğurabilir⁴¹ ve hiç şüphesiz siyâsî, diplomatik, ekonomik ve hukukî yaptırımların devreye girmesine neden

³⁸ Bununla birlikte, *Nikaragua* kararının devlet dışı aktörlerin eylemlerine karşı meşru müdafaa hakkı ile ilgili olmadığı kanaatini dile getiren uluslararası hukukçular da bulunmaktadır. Şöyle ki; bilindiği üzere *Nikaragua* kararına konu olan olayda El Salvador *Nikaragua*'nın aktif desteğini alan birtakım eylemcilerin saldırılarına uğramıştır. Bu çerçevede, ABD El Salvador adına meşru müdafaaada bulunduğu iddiası ile *contra* güçlerine destek vermiştir. Divan'ın, ABD'nin *contralara* verdiği bu desteğin meşru müdafaa kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartıştığı söz konusu karar, Kimberley Trapp'e göre, yabancı bir devletin ülkesi üzerinde konuşlanan devlet dışı aktörlere karşı meşru müdafaa meselesine ilişkin değildir. Zira ABD, El Salvador'a saldıran eylemcileri değil doğrudan *Nikaragua* hükümetini ve silâhlı kuvvetlerini hedef alan *contra* güçlerine destek vermiştir. Yazar Divan'ın, ABD'nin *contralara* verdiği desteğin meşru müdafaa kapsamında kabul edilebilmesi için El Salvador'a karşı düzenlenen saldırı eylemlerinin *Nikaragua*'ya atfedilebilir olması gerektiğini belirttiğinin altını çizmektedir. Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, ss. 142-143.

³⁹ Mary Ellen O'Connell, *op. cit.*, s. 891; Devika Hovell, *op. cit.*, s. 411.

⁴⁰ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *op. cit.*, par. 195.

⁴¹ *Ibid.*

olabilir.⁴² Ancak söz konusu eylemler silâhlı saldırı telâkki edilemeyeceğinden saldırıya uğrayan devlet nezdinde, grupların konuşlandığı devletin ülkesi üzerinde meşru müdafaa hakkı doğurmayacaktır.⁴³

Karara göre, bir devletin ülkesi üzerinden bir başka devlete saldıran devlet dışı aktörlere karşı, söz konusu aktörlerin konuşlandığı devletin ülkesi üzerinde meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesi için bu devletin devlet dışı aktörleri etkin kontrolü altında tutması, saldırıları örgütlemesi, yönetmesi, saldırılara doğrudan ve esaslı olarak katılması, kısacası saldırıların arkasındaki güç olması gerekmektedir.⁴⁴ Başka bir ifade ile, bir devlete karşı gerçekleştirilen kuvvet kullanma eylemlerinin silâhlı saldırı derecesine vardığının ve dolayısıyla meşru müdafaa hakkı doğurduğunun kabul edilebilmesi için söz konusu eylemlerin belli bir yoğunluğa ulaşmış olmalarının yanı sıra bir devlete atfedilebilir olmaları da gerekmektedir.

Somut uyuşmazlıkta Nikaragua'ya atfedilebilen herhangi bir silâhlı saldırı bulunmadığını belirten ve ABD'nin, "Nikaragua'ya karşı Kosta Rika, Honduras ve El Salvador ile birlikte ortak meşru müdafaa hakkının bulunduğu" yönündeki iddiasını reddeden Divan'ın⁴⁵ meşru müdafaa hakkını son derece dar ve sınırlayıcı bir biçimde yorumladığı⁴⁶ ve bir kuvvet kullanma eyleminin devlete atfedilebilir olmasını silâhlı saldırının varlığından söz edebilmenin ön koşulu kabul ederek oldukça yüksek bir eşik tesis ettiği görülmektedir.⁴⁷ Bu çerçevede karardan, saldırıların herhangi bir devlete atfedilemediği durumlarda, bu saldırılara karşı meşru müdafaa hakkı çerçevesinde kuvvet kullanılabilmesinin mümkün olmadığı ve dolayısıyla devlet dışı aktörlerin konuşlandığı devletin ülkesine sınır ötesi operasyon düzenlenemeyeceği sonucu çıkmaktadır.

İkinci bölümde inceleneceği üzere, çok sayıda uluslararası hukukçu

⁴² Jordan J. Paust, "Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond", *op. cit.*, s. 540; Devika Hovell, *op. cit.*, ss. 410-411.

⁴³ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *op. cit.*, par. 195.

⁴⁴ Jordan J. Paust, "Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond", *op. cit.*, s. 541; Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 368; Sonja Cenic, "State Responsibility and Self-Defence in International Law Post 9/11: Has the Scope of Article 51 of the United Nations Charter Been Widened as a Result of the US Response to 9/11?", *Australian International Law Journal*, 2007, Vol. 14, ss. 201-216, s. 204.

⁴⁵ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *op. cit.*, par. 230 ve par. 292.

⁴⁶ Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, s. 303; Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 365 ve s. 369.

⁴⁷ Christine Gray, "The Use of Force and the International Legal Order" in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, ss. 618-648, s. 629; Jordan J. Paust, "Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond", *op. cit.*, s. 541; Sonja Cenic, *op. cit.*, s. 204.

tarafından eleştirilmiş olsa da *Nikaragua* kararında yürütülen muhakeme Divan tarafından 2005 yılında verilecek *Kongo* kararında tekrar benimsenecektir.

2- Kongo Ülkesi Üzerinde Silâhlı Faaliyetler Kararı

Uluslararası Adalet Divanı, *Nikaragua* kararının ardından devletlere atfedilemeyen saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının bulunup bulunmadığı meselesi hakkında bir süre sessiz kalmıştır. Divan, 2000’li yıllara gelindiğinde, *Kongo Ülkesi Üzerinde Silâhlı Faaliyetler* uyuşmazlığı vesilesi ile meseleyi yeniden tartışmak durumunda kalacaktır.

Karara konu olayda Kongo, Uganda’nın hem silâhlı kuvvetleri yani düzenli birlikleri aracılığı ile kendisine saldırarak hem de düzensiz silâhlı gruplara destek vererek uluslararası hukukun öngördüğü kuvvet kullanma yasağını ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Davalı Uganda ise savunmasında Kongo’nun, Uganda’nın başkenti Kampala’da silâhlı eylemler gerçekleştiren grupları desteklediğini, bu gruplara müsamaha gösterdiğini ve söz konusu gruplar ile mücadele edebilmek için Kongo ülkesi üzerinde meşru müdafaa hakkını kullanan Uganda ordusuna doğrudan silâhlı saldırıda bulunduğunu iddia etmiştir. Kısacası, her iki devlet de birbirini hem doğrudan hem dolaylı silâhlı saldırı gerçekleştirmekle itham etmiş ve her iki devlet de kendi kullandığı kuvveti karşı tarafın gerçekleştirdiği saldırıların doğurduğu meşru müdafaa hakkı ile temellendirmeye çalışmıştır.⁴⁸

Uluslararası Adalet Divanı, kararında, Kongo ülkesi üzerinde faaliyet gösteren Uganda karşıtı eylemcilerin Uganda’ya karşı gerçekleştirdikleri saldırıların Kongo’ya atfedilebilir olmadığına ve dolayısıyla söz konusu saldırıların Uganda nezdinde Kongo’ya karşı meşru müdafaa hakkı doğurmadığına karar vermiştir.⁴⁹ Ve Divan’ın söz konusu hükmünün, bir devlete karşı meşru müdafaa hakkının doğabilmesi için söz konusu devletin ülkesi üzerinde konuşlanmış bulunan düzensiz birliklerin üçüncü devlete karşı giriştiği saldırı eylemlerinin ülke devletinin etkin kontrolü altında gerçekleştirilmesi yani ülke devletine atfedilebilir olması gerektiği anlamına geldiği ve devletlere atfedilemeyen saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının bulunmadığı yönündeki *Nikaragua* kararını teyit ettiği kabul edilmiştir.⁵⁰

⁴⁸ Jörg Kammerhofer, “The Armed Activities Case and Non-State Actors in Self-Defence Law”, *Leiden Journal of International Law*, 2007, Vol. 20, ss. 89-113, ss. 91-92.

⁴⁹ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *op. cit.*, par. 146.

⁵⁰ Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, s. 144; Jörg Kammerhofer, “The Armed Activities Case and Non-State Actors in Self-Defence Law”, *op. cit.*, s. 90; Constantine Antonopoulos, “Force by Armed Groups as Armed Attack and the Broadening of Self-Defence”, *Netherlands International Law Review*, 2008, Vol. 55, ss. 159-180, s. 168; Eric A. Heinze, “The Evolution of International Law in Light of the ‘Global War on Terror’”, *Review of International Studies*, 2011, Vol. 37, ss. 1069-1094, s. 1081.

Aslında Divan, kararında, BM Şartı madde 51 anlamında bir silâhlı saldırıdan söz edebilmek için saldırının bir devlet tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği yönünde herhangi bir ifade kullanmamış, onun yerine Uganda'nın, savunma tedbirlerini kendisine saldıran eylemcilere değil, eylemcilerin bulunmadığı köy ve kasabalara yani doğrudan Kongo Devleti'ne yönelttiğinin altını çizmiştir.⁵¹ Uganda güçlerinin meşru müdafaa adı altında gerçekleştirdikleri eylemlerin Uganda karşıtı düzensiz birliklere yöneltilmemiş olmasından hareket eden Divan, "tarafkların, günümüz uluslararası hukukunun düzensiz birlikler tarafından gerçekleştirilen ve herhangi bir devlete atfedilemeyen büyük ölçekli saldırılara karşı meşru müdafaa hakkı tanıyıp tanımadığı ve tanıyor ise hangi koşullarda tanıdığı sorusuna yanıt vermeye gerek olmadığını" belirtmiştir.⁵² Bu çerçevede, Divan'ın söz konusu ifadelerinin meşru müdafaa hakkının sadece bir devlete atfedilebilir olan silâhlı saldırılara karşı kullanılabileceği şeklinde algılanmaması gerektiği ileri sürülebilir. Nitekim Kimberley Trapp, Divan'ın, Kongo uyuşmazlığında, devlet dışı aktörlerin eylemlerine karşı meşru müdafaa hakkının bulunup bulunmadığı meselesini açıklığa kavuşturma fırsatını teptiğini⁵³ ve kararın "meşru müdafaa hakkının bir devlete karşı kullanıldığı durumlarda, meşru müdafaa hakkını doğuran silâhlı saldırının söz konusu devlete atfedilebilir olması gerektiği" şeklinde algılanması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁴; ki kanaatimizce Trapp'in yorumu yerindedir. Bununla birlikte, bu yönde bir yorumun kabulü halinde dahi Divan'ın, Kongo kararında, Nikaragua kararından dönmediği ve devletlere atfedilemeyen saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğu yönünde sarih bir yaklaşım benimsemediği de aşikârdır.

Son olarak, Kongo kararının Uluslararası Adalet Divanı üyelerinin tamamının görüşünü yansıtmadığının ve bazı Divan üyelerinin, kaleme aldıkları ayrık oy yazılarında, bir devletin ülkesi üzerinden başka bir devlete saldıran ve ülke devleti ile arasında herhangi bir ilişki bulunmayan devlet dışı aktörlere karşı da meşru müdafaa hakkının bulunduğunu savunduklarının altının çizilmesi gerekmektedir; ki söz konusu ayrık oy yazılarına çalışmanın ikinci bölümünde değinilecektir.

⁵¹ Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, ss. 144-145.

⁵² *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *op. cit.*, par. 147.

⁵³ Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, s. 141 ve s. 145. Benzer bir görüş için bkz. Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, *op. cit.*, s. 134.

⁵⁴ Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, s. 145. Anne Peters, Christian Marxsen ve Christian Tams da Divan'ın, Kongo kararında, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunup bulunmadığı sorusuna açıkça cevap vermediğinin ve muğlak ifadeler kullandığının altını çizmektedir. Anne Peters & Christian Marxsen, "Editors Introduction: Self-Defence in Times of Transition" in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 3-13, s. 6; Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 384.

3- İşgal Altındaki Filistin Topraklarında Duvar İnşasının Hukukî Sonuçları Danışma Görüşü

Devlet dışı aktörlerin eylemlerine karşı meşru müdafaa hakkının bulunup bulunmadığı meselesinin gündeme geldiği bir diğer uyuşmazlık Uluslararası Adalet Divanı'nın *Duvar* danışma görüşüne konu olan İsrail-Filistin uyuşmazlığıdır. Bu danışma görüşü, devlet dışı aktörlerin şiddet eylemlerine karşı meşru müdafaa hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalarında dönüm noktası olan 11 Eylül 2001 saldırılarının sonrasında verilmiş olması bakımından ayrıca önemlidir. Zira, aşağıdaki satırlarda tartışılacağı üzere, uluslararası hukuk doktrininin bir kısmının meseleye bakış açısı söz konusu saldırılardan sonra değişecek ve sınır ötesi operasyon kavramının uluslararası hukuka uygun olduğu görüşü önemli sayıda hukukçu tarafından dile getirilmeye başlanacaktır.

Bilindiği üzere İsrail, terörist saldırılara uğradığı gerekçesi ile işgal altındaki Filistin toprakları ile arasına duvar inşa etmiş ve duvarın inşasını, zaruret halinin yanı sıra, meşru müdafaa hakkı ve Güvenlik Konseyi'nin 11 Eylül saldırısına ilişkin olarak aldığı 1368 (2001) ve 1373 (2001) sayılı kararları ile temellendirmiştir.⁵⁵

Uluslararası Adalet Divanı, İsrail'in iddialarını reddedecek ve verdiği danışma görüşünde, Şartın 51. maddesinde hükme bağlanan meşru müdafaa hakkının yalnızca bir devletten bir başka devlete yönelen silâhlı saldırıların varlığı halinde doğacağını, oysa İsrail-Filistin uyuşmazlığında İsrail'e karşı gerçekleştirilen şiddet eylemlerinin Filistin Devleti'ne atfedilebilir olmadığını ve dolayısıyla İsrail'in madde 51 çatısı altında meşru müdafaa hakkının bulunmadığını ifade edecektir.⁵⁶

Divan'ın İsrail'in meşru müdafaa hakkının bulunmadığı yönündeki görüşünün temeline yerleştirdiği bir diğer gerekçe, uyuşmazlığa konu olan şiddet eylemlerinin İsrail'in etkin kontrolü altında bulunan topraklar üzerinden gerçekleştirilmiş olmasıdır. Söz konusu eylemlerin, bu nedenle, 1368 ve 1373 sayılı Güvenlik Konseyi kararlarına konu olan 11 Eylül saldırılarından farklı bir nitelik arz ettiğini ifade eden Divan, İsrail'in söz konusu kararlara dayanabilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.⁵⁷ Duvarın zaruret hali ile de gerekçelendirilemeyeceğine hükmeden Divan'a göre, İsrail uluslararası hukuku ihlâl etmiştir.⁵⁸

Her ne kadar üç hâkim, Divan üyelerinin çoğunluğunun görüşüne katılmayarak ayrık oy yazıları yazmış ve çok sayıda hukukçu Divan'ın

⁵⁵ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, op. cit., par. 138.

⁵⁶ *Idem*, par. 139.

⁵⁷ *Idem*, par. 139.

⁵⁸ *Idem*, par. 142.

muhakemesini eleştirmiş ise de - ki bu eleştirilere çalışmanın ikinci bölümünde değinilecektir - *Duvar* danışma görüşü *Nikaragua* kararından dönmemiş, aksine meşru müdafaa hakkının yalnızca devletlere atfedilebilir olan silâhlı saldırıların varlığı halinde doğacağı, atfedilebilirlik koşulunun ise yalnızca devletin devlet dışı aktörler üzerinde etkin kontrolünün bulunduğu durumlarda gerçekleşmiş kabul edileceği yönündeki klasik içtihadı teyit etmiştir.⁵⁹

4- *Tadic* Kararı⁶⁰

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi önünde görülen *Tadic* davasında savunma makamı, Yugoslavya Ceza Mahkemesi'nin, Mahkeme'yi tesis eden Statü'nün 2. maddesi uyarınca yalnızca uluslararası silâhlı çatışmalarda işlenen suçları yargılayabileceğini hatırlatmış, karara konu olan ve Bosna-Hersek üzerinde yaşanan çatışmaların uluslararası bir nitelik arz etmediğini ve dolayısıyla Sırp etnik kökenli Bosna Hersek vatandaşı Duško Tadic'in söz konusu çatışmalar sırasında gerçekleştirdiği ileri sürülen eylemlerin Mahkeme'nin yargı yetkisi içinde bulunmadığını iddia etmiştir.⁶¹ Mahkeme'nin yalnızca uluslararası nitelik taşıyan silâhlı çatışmalar için yargı yetkisinin bulunduğunu kabul eden Temyiz Dairesi ise karara konu olan çatışmaların karma nitelikli olduklarını yani hem uluslararası hem de uluslararası olmayan bir nitelik arz ettiklerini belirtmiştir. Temyiz merciine göre, çatışmalar Sırbistan'ın, Bosna-Hersek'in bir parçasını teşkil eden ve uyuşmazlığın konusunu oluşturan eylemlerin gerçekleştirildiği *Republika Srpska* üzerindeki "genel kontrolü" nedeni ile uluslararasılaşmıştır ve dolayısıyla Mahkeme yetkilidir.⁶²

Bu çerçevede, bazı hukukçular, Uluslararası Adalet Divanı'nın kuvvet kullanma uyuşmazlıklarında ısrarlı ve istikrarlı bir biçimde uyguladığı "etkin kontrol" (ing. *effective control*) kriterinin "genel kontrol" (ing. *overall control*) kriterine evrildiğini ileri sürmüşlerdir. Söz konusu yazarlara göre, *Tadic* kararında genel kontrol kriterinin uygulanması ve Sırbistan'ın *Republika Srpska*'da gerçekleştirilen eylemlerden sorumlu olabilmesi için bu eylemlerin gerçekleştirilmesi yönünde emir ve talimat vermiş olmasına gerek olmadığını, genel olarak eylemlerin planlanması ve yönetilmesinde payının bulunmasının yeterli olduğunun belirtilmesi devlet dışı aktörlerin eylemlerinin

⁵⁹ David Kretzmer, *op. cit.*, s. 245; Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, s. 143; Nicholas Tsagourias, "Self-Defence against Non-state Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Rule and Self-Defence as a Secondary Rule", *Leiden Journal of International Law*, 2016, Vol. 29, ss. 801-825, s. 804; Sonja Cenic, *op. cit.*, s. 206.

⁶⁰ *Prosecutor v. Duško Tadic*, ICTY Appeals Chamber, Case n°: IT-94-1-A, 15 July 1999, par. 120 vd.

⁶¹ *Prosecutor v. Duško Tadic*, ICTY Trial Chamber, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995.

⁶² *Prosecutor v. Duško Tadic*, ICTY Appeals Chamber, *op. cit.*, par. 120 vd.

devlete atfedilebilirliğinin eşliğinin düşürüldüğü anlamına gelmektedir.⁶³ Zira genel kontrol kriteri, *Nikaragua* kriteri olarak da adlandırılan etkin kontrol kriterinden daha esnek bir atfedilebilirlik anlayışı üzerine kuruludur. Bir devletin, kendi ajanı olmayan özel kişiler üzerinde etkin kontrolü bulunduğu için uluslararası sorumluluğuna gidilebilmesi, devletin bu kişilerin gerçekleştirdiği eylemlere etkin ve esaslı olarak katılmasını, bunlara emir ve talimat vermesini gerektirmekte iken, devletin kendi ajanı olmayan kişi ve gruplar üzerinde genel kontrol sahibi olduğu için uluslararası sorumluluğuna gidilebilmesi için bu kadar katı koşulların varlığına gerek yoktur; devlet dışı aktörler üzerinde daha sınırlı bir kontrol ve etkiye sahip olunması ve bunların genel olarak yönlendirilmesi yeterlidir.

Bununla birlikte, Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi Temyiz Dairesi'nin gerekçeleri, bu tür bir yorumu destekler nitelikte değildir. Temyiz Dairesi, Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nikaragua* kararının kendisi için emsal teşkil edemeyeceğini zira söz konusu kararda düzensiz birlikler ve kişi gruplarının eylemlerinin devlete atfedilebilirliğinin değerlendirildiğini oysa *Tadic* davasında uyuşmazlığın konusunun militer ve paramiliter grupların eylemleri olduğunu ifade etmiş, bu tür eylemlerin varlığında etkin kontrol kriterinin uygulanmasının yerinde olmayacağını altını çizmiştir⁶⁴. Karardan, bireylerin cezâ sorumluluğuna ilişkin yargılamalarda devletlerin uluslararası sorumluluğunun tespitine ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanan kriterlerin benimsenmesinin mümkün olmadığı, bir devletin uluslararası hukuka aykırı bir eylem nedeni ile uluslararası sorumluluğuna gidilmesi ile bir silâhlı çatışmanın niteliğinin tespitinin farklı hukukî muhakemeler gerektirdiği sonucu çıkmaktadır.⁶⁵

Bu çerçevede, uluslararası içtihadın, devlet dışı aktörlerin eylemlerinin bir devlete atfedilebilir olup olmadığının tespitinde etkin kontrol kriterinden vazgeçerek genel kontrol kriterini uygulamaya başladığı yönündeki görüş kanaatimizce yerinde değildir. Yukarıdaki satırlarda incelendiği üzere, uluslararası yargı kararlarının, meşru müdafaa hakkının yalnızca devletlerin düzenli birlikleri aracılığı ile veya etkin kontrol altına aldıkları düzensiz birlikler vasıtası ile gerçekleştirdikleri silâhlı saldırılara karşı kullanılabileceğini kabul ettiği aşikârdır ve Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Tadic* kararı uluslararası içtihadta bugüne kadar benimsenen bu anlayışın aksini benimsemiş değildir. Meşru müdafaa hakkını dar yorumlayan bu içtihadın yerinde olup olmadığı ise ayrı bir meseledir ve bu mesele çatışmanın ikinci bölümünde ele alınacaktır.

⁶³ Bkz. Derek Jinks, "State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups", *Chicago Journal of International Law*, 2003, Vol. 4, n°: 1, ss. 83-95, s. 89.

⁶⁴ *Prosecutor v. Duško Tadic*, ICTY Appeals Chamber, *op. cit.*, par. 125.

⁶⁵ Bkz. *idem*, par. 124-131.

C. Dar Yorumu Destekleyen Devlet Uygulamaları

Yukarıdaki satırlarda açıklandığı üzere, erken dönem uluslararası hukuk doktrini silâhlı saldırı kavramını dar yorumlamış, bu tür saldırıların yalnızca devletlerin düzenli birlikleri tarafından (doğrudan silâhlı saldırı) veya devletlerin etkin kontrolü altında (dolaylı silâhlı saldırı) gerçekleştirilebileceğini savunmuş ve dolayısıyla devlete atfedilebilirlik üzerine kurulu bir meşru müdafaa teorisini temel almıştır. Devletlerin büyük çoğunluğunun da, özellikle sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinde, silâhlı saldırı kavramını dar yorumlayan bir anlayış benimsedikleri bilinmektedir.⁶⁶

Aslında bu dönemde, bazı devletler, bir devletin dolaylı silâhlı saldırı gerçekleştirdiğinin kabul edilebilmesi için bu devletin, ülkesi üzerinde konuşlanmış düzensiz birliklerin saldırılarına aktif olarak destek vermesi gerektiğini savunmuş,⁶⁷ diğer bazı devletler düzensiz birliklere ve terörist gruplara pasif destek vermenin de yani bunları ülke üzerinde barındırmanın da dolaylı silâhlı saldırı teşkil edeceğini ileri sürmüştü,⁶⁸ bu iki görüşün yanı sıra düzensiz silâhlı gruplara aktif veya pasif destek vermemekle birlikte, bu grupların eylemlerini önlemeyen veya önleyemeyen devletlerin de dolaylı silâhlı saldırı gerçekleştirdiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunan ve zaman içinde “isteksiz veya âciz devlet teorisi (ing. *unwilling or unable doctrine*)” olarak adlandırılacak olan bir görüş de ortaya atılmıştır.

İşte BM Şartı'nın kabulünden sonraki ilk kırk yıllık dönemde üçüncü görüşü yani bir devletin ülkesi üzerinde konuşlanmış ancak devlet ile hiçbir organik bağı bulunmayan devlet dışı aktörlerin üçüncü devletlere yönelik saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesini savunan çok az sayıda devlet olduğu görülmektedir.⁶⁹ En yüksek sesle İsrail tarafından ileri sürülen bu görüşün ABD tarafından desteklendiği,⁷⁰ sömürgeciliğin tasfiyesi sürecinde

⁶⁶ Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, s. 292.

⁶⁷ Örneğin Fransa, 1958 yılında Tunus'a karşı gerçekleştirdiği askerî operasyonları Tunus hükümetinin Fransa'ya başkaldıran Cezayirli'lere yardım ve yataklık ettiği gerekçesine dayandırmıştır. Güney Afrika ve Güney Rodezya da, komşu devletlerin ülkeleri üzerinde gerçekleştirdikleri kuvvet kullanma eylemlerini, söz konusu devletlerin apartheid rejimine başkaldıran gruplara aktif destek verdikleri gerekçesi ile temellendirmiştir. Bkz. Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, s. 292.

⁶⁸ Örneğin Portekiz, Senegal'de bulunan üslerden kendisine saldıran Portekiz aleyhtarı gruplara karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğunu ileri sürerek 1969 yılında Senegal ülkesi üzerinde kuvvet kullanmıştır. Bkz. Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, s. 292.

⁶⁹ Bkz. Michael Brent, “Responding to Attacks by Non-State Actors: The Attribution Requirement of Self-Defence”, *Australian International Law Journal*, 2009, Vol. 16, ss. 133-159, ss. 145-148.

⁷⁰ Tarcisio Gazzini, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 2005, s. 195; Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, ss. 292-293; Devika Hovell, *op. cit.*, s. 412.

Portekiz ve Güney Afrika tarafından dillendirildiği⁷¹ ve Soğuk Savaş sonrasında Rusya, Türkiye ve İran tarafından benimsendiği bilinmektedir.⁷² İsteksiz veya âciz devlet teorisi olarak adlandırılan bu yaklaşım 11 Eylül 2001 saldırıları öncesinde bu az sayıda devlet dışında kabul görmeyecek, uluslararası toplumun büyük çoğunluğu tarafından reddedilecektir.⁷³

Şöyle ki; bilindiği üzere İsrail Devleti, kurulduğu tarihten kısa bir süre sonra Mısır ve Lübnan'da faaliyet gösteren silâhlı gruplar ile mücadeleye girişmiş ve bu devletlerin, ülkeleri üzerinde konuşlanmış bulunan terörist grupların İsrail'e yönelik saldırılarını önleyemediğini ileri sürmüştür. Ülkeleri üzerinde faaliyet gösteren terörist grupların eylemlerini önlemede isteksiz veya âciz olan devletlere karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğunu savunan İsrail,⁷⁴ 1956'da Filistin Fedailerinin saldırılarına cevaben Sina yarımadasını işgal etmiş, 1968'de Beyrut Havaalanı'na, 1973 ve 1986'da biri Lübnan'a diğeri Libya'ya ait iki sivil uçağa saldırı düzenlemiş, 1976'da Uganda ülkesi üzerinde kuvvet kullanmış ve 1985'de Filistin Kurtuluş Örgütü'nün Tunus'taki karargâhını bombalamıştır. İsrail, bütün bu eylemlerini, söz konusu devletlerin terörist örgütleri destekledikleri veya barındırdıkları gerekçesine dayandırmış ancak bu çerçevede ileri sürdüğü meşru müdafaa iddialarının tamamı uluslararası toplum tarafından reddedilmiştir.⁷⁵ Sina yarımadasının işgali İngiltere ve Fransa'nın veto yetkilerini kullanmaları nedeni ile BM Güvenlik Konseyi'nin karar alamamasına rağmen çok sayıda devlet tarafından kınanmış,⁷⁶ 1968 Beyrut Havaalanı saldırısı BM Güvenlik Konseyi tarafından uluslararası hukuka aykırı telâkki edilmiş,⁷⁷ 1976 Uganda operasyonu BM Şartı'nın 2. maddesinin 4. fıkrasının ihlâli addedilmiş,⁷⁸ 1985 Tunus saldırısı BM Şartı'nı açıkça ihlâl eden bir silâhlı saldırı eylemi olarak nitelendirilmiş,⁷⁹ 1973 ve 1986 uçak saldırıları uluslararası toplumun desteğini alamamıştır.⁸⁰

⁷¹ Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, *op. cit.*, ss. 136-137.

⁷² Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, ss. 294-295.

⁷³ Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, *op. cit.*, s. 138; Devika Hovell, *op. cit.*, s. 412; Michael Brent, *op. cit.*, s. 148.

⁷⁴ Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, ss. 292-293.

⁷⁵ Tarcisio Gazzini, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, *op. cit.*, s. 195.

⁷⁶ Bkz. Draft Security Council Resolution of 30 October 1956, UN Doc. S/3710; Devika Hovell, *op. cit.*, s. 412.

⁷⁷ Security Council Resolution of 31 December 1968, UN Doc. S/RES/262.

⁷⁸ Security Council Official Records, 31st Year, 1940th Meeting, UN Doc. S/PV.1940, 1976, par. 80-81.

⁷⁹ Security Council Resolution of 4 October 1985, UN Doc. S/RES/573.

⁸⁰ 1973 yılında Lübnan'a ait sivil uçağa Lübnan hava sahası içinde düzenlenen saldırı BM Güvenlik Konseyi tarafından resmen kınanmıştır. Security Council Resolution of 15 August 1973, UN Doc S/RES/337. 1986 yılında Libya'ya ait sivil uçağa uluslararası hava sahasında düzenlenen saldırı ise ABD'nin vetosu nedeni ile Konsey tarafından resmen kınanmamış olsa da devletlerin ciddi tepkilerine neden olmuştur. Security Council Draft Resolution of 6 February 1986, S/17796.Rev.1. Bkz. Devika Hovell, *op. cit.*, s. 413.

Benzer bir biçimde, Portekiz'in 60'lı ve 70'li yıllarda Afrika'daki sömürgelerine yönelik saldırılardan sorumlu tuttuğu Angola, Gine, Mozambik, Zambiya ve Senegal ülkeleri üzerinde meşru müdafaa hakkını ileri sürerek gerçekleştirdiği kuvvet kullanma eylemleri ve Güney Afrika'nın, terörist örgütleri desteklediğini iddia ettiği Angola, Botsvana, Mozambik ve Zambiya'ya "sıcak takip" adı altında düzenlediği sınır ötesi operasyonlar⁸¹ BM Güvenlik Konseyi tarafından kınanmıştır.⁸²

ABD'nin, 1986'da, içinde Amerikan askerlerinin de olduğu Berlin'de bulunan bir gece kulübünün Kaddafi'nin desteklediği ve finanse ettiği ileri sürülen silâhlı gruplar tarafından bombalanmasının ardından meşru müdafaa hakkı temelinde Libya'yı bombalaması da uluslararası toplum tarafından kabul edilmemiş, ABD, Birleşik Krallık ve Fransa Güvenlik Konseyi'nin saldırıyı kınayan bir karar kabul etmesini veto etmiş olsalar da BM Genel Kurulu, 41/38 sayılı kararı ile, uluslararası hukuku ve BM Şartı'nı ihlâl ettiği gerekçesi ile ABD'yi kınamıştır.⁸³

Tüm bu örnekler, uluslararası toplumun büyük çoğunluğunun, terörist grupları barındıran ancak bu gruplar ile organik bir bağı bulunmayan devletlerin

⁸¹ Deniz hukukuna ait bir kavram olan sıcak takip hakkı 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 111. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: "kıyı devletinin yetkili makamları, bu devletin kanunlarına ve kurallarına aykırı hareket ettiğine ilişkin yeterli kaniya sahip oldukları takdirde bir yabancı geminin izlenmesine girişebilirler. Bu izleme, yabancı gemi veya bunun araçlarından birini izleyen devletin iç sularında, takımada sularında, karasularında veya bitişik bölgesinde iken başlamalıdır ve karasularının veya bitişik bölgenin ötesinde, ancak kesintiye uğramamak şartıyla devam edebilir". Güney Afrika, kıyı devletinin, bu çerçevede kural olarak bayrak devletinin yetkili olduğu açık deniz alanlarında yetki kullanabileceğini öngören sıcak takip hakkı kavramını kıyasen sınır ötesi operasyon hakkı anlamında kullanmış ancak uluslararası toplum tarafından kabul görmeyen bu adlandırmadan kısa bir süre sonra vazgeçmiştir. Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, op. cit., s. 137; Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", op. cit., s. 371.

⁸² Bkz. Security Council Resolution of 28 July 1969, UN Doc. S/RES/268; Security Council Resolution of 23 October 1972, UN Doc. S/RES/321; Security Council Resolution of 22 November 1972, UN Doc. S/RES/322; Security Council Resolution of 31 March 1976, UN Doc. S/RES/387; Security Council Resolution of 6 May 1978, UN Doc. S/RES/428; Security Council Resolution of 28 March 1979, UN Doc. S/RES/447; Security Council Resolution of 2 November 1979, UN Doc. S/RES/454; Security Council Resolution of 27 June 1980, UN Doc. S/RES/475; Security Council Resolution of 20 December 1983, UN Doc. S/RES/545; Security Council Resolution of 6 January 1984, UN Doc. S/RES/546; Security Council Resolution of 20 June 1985, UN Doc. S/RES/567; Security Council Resolution of 21 June 1985, UN Doc. S/RES/568; Security Council Resolution of 8 March 1979, UN Doc. S/RES/445. Bkz. Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, op. cit., ss. 136-137.

⁸³ General Assembly Resolution of 20 November 1986, UN Doc. A/RES/41/38. ABD'nin 1986 yılında Libya'ya gerçekleştirdiği saldırının ayrıntılı bir değerlendirmesi için bkz. Ahmet Hamdi Topal, *Uluslararası Hukukta Devlet Destekli Terörizme Karşı Kuvvet Kullanma*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2004, ss. 208-219.

ülkeleri üzerinde meşru müdafaa hakkı çerçevesinde kuvvet kullanılabilceği görüşüne 2000’li yılların başına kadar sıcak bakmadığını, başka bir ifade ile bu dönemde *opinio juris*, saldırıya uğrayan devletlerin sınır ötesi operasyon hakkının bulunmadığı yönünde şekillendiğini göstermektedir.⁸⁴

2000’li yıllara doğru devletlerin başka devletlerin ülkeleri üzerinde meşru müdafaa hakkına dayanarak gerçekleştirdikleri askerî operasyonlar uluslararası toplum tarafından daha yumuşak tepkiler ile karşılaşacak, örneğin ABD’nin 1998 yılında Afganistan ve Sudan’da bulunan ve El-Kaide örgütü tarafından kullanıldığı iddia edilen terör üslerine ve kimyasal silâh fabrikalarına yönelik saldırıları daha kısık sesle eleştirilecek ve bu saldırılar herhangi bir Güvenlik Konseyi kararına konu olmayacaktır.⁸⁵ Benzer bir biçimde, aşağıdaki satırlarda inceleneceği üzere, bu dönemde Türkiye’nin Kuzey Irak’ta bulunan PKK kamplarına düzenlediği sınır ötesi operasyonlar Arap Devletleri Ligi, Körfez Arap Devletleri İşbirliği Konseyi ve Bağlantısızlar Hareketi’nin itirazlarına konu olacak⁸⁶ ancak Güvenlik Konseyi tarafından kınanmayacaktır.

II. Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkının Geniş Yorumu ve Sınır Ötesi Operasyon Kavramının Kabulü

11 Eylül saldırılarının ardından devletlerin sınır aşan terörle mücadele kurallarını gözden geçirmek ve yeniden yorumlamak ihtiyacı içine girdikleri görülmektedir. Her ne kadar devletler BM Şartı’nın uluslararası hukukta kuvvet kullanma meselesine ilişkin öngördüğü rejimi değiştirmeye yanaşmamışlar ise de, 2000’li yıllardan önce baskın olan ve meşru müdafaa hakkını dar yorumlayan anlayışın yeni yüzyılın gerçeklikleri karşısında yetersiz kaldığı ve hatta meseleye ilişkin mevcut hukukî çerçevenin çöktüğü ifade edilmeye başlanmıştır.⁸⁷ Gerçekten de, iki dünya savaşının tecrübeleri ile ortaya çıkan ve uluslararası hukukta kuvvet kullanılmasını ciddi bir biçimde sınırlandıran anlayışın günümüz koşullarına uygun olmadığı,⁸⁸ terörle mücadelenin askerî bir yaklaşım gerektiren ve *jus ad bellumun* yeni koşullara uyarlanmasına müsaade edecek bir olgu olduğu ve artık devletlere atfedilemeyen saldırılara

⁸⁴ Sonja Cenic, *op. cit.*, s. 207; Devika Hovell, *op. cit.*, s. 412.

⁸⁵ Devletlerin ABD’nin Sudan ve Afganistan’a meşru müdafaa hakkını ileri sürerek düzenlediği operasyonlara verdikleri tepkiler için bkz. Jules Lobel, “The Use of Force to Respond to Terrorist Attacks: The Bombing of Sudan and Afghanistan”, *Yale Journal of International Law*, 1999, Vol. 24, Issue 2, ss. 537-557, ss. 537-538; Ahmet Hamdi Topal, *op. cit.*, ss. 229-242.

⁸⁶ Bkz. UN Doc. S/1997/461.

⁸⁷ Christian J. Tams, “The Use of Force Against Terrorists”, *op. cit.*, s. 374; Devika Hovell, *op. cit.*, s. 398; Raphaël Van Steenberghe, “The Law of Self-Defence and the New Argumentative Landscape on the Expansionists’ Side”, *Leiden Journal of International Law*, 2016, Vol. 29, ss. 43-65, ss. 45-46; Jackson Nyamuya Maogoto, “War on the Enemy: Self Defence and State-Sponsored Terrorism”, *Melbourne Journal of International Law*, 2003, Vol. 4, ss. 406-438, s. 433.

⁸⁸ Devika Hovell, *op. cit.*, s. 403.

karşı da meşru müdafaa hakkının bulunduğu kabul edilmesi gerektiği giderek artan bir biçimde dile getirilmektedir.⁸⁹ Devlet dışı aktörlere karşı başka bir devletin ülkesi üzerinde kuvvet kullanmanın uluslararası hukuka aykırı olduğunu savunan yaklaşım, 11 Eylül saldırıları sonrasında, uluslararası hukuktaki baskın konumunu kaybetmiş görünmektedir.⁹⁰

Bu çerçevede, çalışmanın bu bölümünde ele alınacak hukukî sorun, uluslararası hukukun devlet dışı aktörlerin gerçekleştirdiği silâhlı saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesi için söz konusu saldırıların herhangi bir devlete atfedilebilir olması koşulunu hâlâ arayıp aramadığı sorunudur.

Meşru müdafaa hakkının geniş yorumlanması gerektiğini savunan yazarların bir kısmı, devlete atfedilebilirlik anlayışı üzerine kurulu meşru müdafaa teorisinin uygulanmaya devam edilmesi ancak devlete atfedilebilirliğin eşliğinin düşürülmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Devlet merkezli meşru müdafaa anlayışına sahip çıkan ve BM Güvenlik Konseyi'nin 11 Eylül saldırıları sonrasında kabul ettiği ve devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen saldırılara karşı bireysel ve ortak meşru müdafaa hakkının bulunduğunu açıkça ifade eden 1368 ve 1378 sayılı kararlarını temel alan bu görüş uyarınca devlet dışı aktörlerin eylemlerinin devlete atfedilmesi için "etkin kontrol" kriterinin değil, "genel kontrol" veya "barındırma" kriterlerinin uygulanması gerekmektedir (A).

Uluslararası hukukta meşru müdafaa hakkının geniş yorumlanması gerektiğini savunan yazarların bir kısmı ise meşru müdafaa hakkını devlete atfedilebilirlik üzerine kurulu olmayan bir yaklaşım ile ele almaktadır. Bu

⁸⁹ Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 374.

⁹⁰ Kammerhofer Jörg, "International Legal Theory. Introduction: The Future of Restrictivist Scholarship on the Use of Force", *Leiden Journal of International Law*, 2016, Vol. 29, ss. 13-18, s. 13; Raphaël Van Steenberghe, "The Law of Self-Defence and the New Argumentative Landscape on the Expansionists' Side", *op. cit.*, s. 43; Eric A. Heinze, *op. cit.*, s. 1072. Devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğunu savunan eserler için bkz. Thomas Buergenthal & Sean D. Murphy, *Public International Law*, West Group, 2002, s. 325; Thomas M. Franck, "Terrorism and the Right of Self-Defence", *American Journal of International Law*, 2001, Vol. 95, n°: 4, ss. 839-843, s. 840; Harold Hongju Koh, "The Spirit of the Laws", *Harvard International Law Journal*, 2002, Vol. 43, n°: 1, ss. 23-39, s. 28; Tom J. Farer, "Beyond the Charter Frame: Unilateralism or Condominium?", *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96, ss. 359-364, s. 359; Jochen Abr. Frowein, "Article 51 and the Realities of the Present Day World" in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 42-43; Karin Oellers-Frahm, "Article 51-What Matters is the Armed Attack, not the Attacker" in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 44-46; Michael Wood, "Self-Defence Against Non-State Actors-A Practitioner's View" in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 65-67; Irène Couzigou, "The Right to Self-Defence Against Non-State Actors-Criteria of the 'Unwilling or Unable' Test" in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 47-49.

yaklaşımı benimseyen hukukçular BM Şartı'nın 51. maddesinin bir silâhlı saldırının meşru müdafaa hakkı doğurabilmesi için bir devlete atfedilebilir olması gerektiği yönünde herhangi bir ifade içermediğinin altını çizmekte ve meşru müdafaa hakkının doğal bir hak olduğunu, teamül hukukunun bir parçasını teşkil ettiğini ve dolayısıyla kimden gelirse gelsin bütün silâhlı saldırıların meşru müdafaa hakkı doğuracağını ifade etmektedir (B).⁹¹

Her iki yaklaşım da, meşru müdafaa hakkını dar yorumlayan görüşün temel

⁹¹ Bu iki görüşün yanı sıra, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğunu "zaruret hali" gerekçesi ile açıklayan yazarlar da bulunmaktadır. Örneğin, Tarcisio Gazzini, geleneksel olarak uluslararası hukukta meşru müdafaa hakkının doğabilmesi için saldırıların bir uluslararası hukuk kişisinden gelmesi yani uluslararası sorumluluğu doğabilecek kişilere atfedilebilmesi gerektiğinin kabul edildiğinin altını çizmekte ancak bu hususta BM Şartı'nın 51. maddesinin sessiz olduğunu hatırlatmaktadır. Yazara göre, her ne kadar söz konusu sessizlik, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaaada bulunulabileceği şeklinde yorumlanabilmekte ise de, bu iddia sorunludur. Zira, her ne kadar meşru müdafaa hakkı devlet dışı aktörlere karşı kullanılacak olsa da, bir devletin başka bir devletin ülkesi üzerinde kuvvet kullanması bu iki devlet arasında hukukî bir sorun yaratacaktır. Bu çerçevede, isteksiz veya âciz devlet teorisinin tatmin edici olmadığını ileri süren Gazzini'ye göre üç farklı durum, üç farklı şekilde değerlendirilmelidir:

- teröristlerin eylemlerinin, söz konusu teröristleri barındıran devlet tarafından kontrol edildiği ve örgütlendiği hallerde devlete atfedilebilirlik koşulu gerçekleşmiştir ve söz konusu kontrolün derecesinin açıklığa kavuşturulamamış olduğu hallerde dahi madde 51 uyarınca meşru müdafaa hakkı doğacaktır.

- devletin teröristlerin eylemlerini doğrudan kontrol etmediği, bu kişilere emir vermediği ancak bunları desteklediği ve tolere ettiği hallerde, söz konusu devlet hiç şüphesiz uluslararası hukuku ihlâl etmektedir ve Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2001 yılında kabul ettiği Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Sorumluluğunu Düzenleyen Maddeler Metni'nin 11. maddesi devreye girmelidir. Bu madde devlete atfedilebilir olmayan eylemlerin devlet tarafından benimsenmesi durumunda devlet eylemi sayılacağını hükme bağlamaktadır.

- devletin, teröristlerin eylemlerine hiçbir şekilde katılmadığı ancak bunları engelleyemediği hallerde ise meşru müdafaa hakkı doğmayacaktır. Bununla birlikte, devlet dışı aktörlerin saldırılarına maruz kalan devletin, söz konusu aktörleri barındıran ülke devleti üzerinde "zaruret hali" ışığında kuvvet kullanabilmesi mümkün olmalıdır. Bu durumlarda, saldırıya uğrayan devlet, saldırılarda payı bulunmayan devletin ülkesi üzerinde kuvvet kullanarak uluslararası hukuku ihlâl edecek ancak zaruret hali nedeni ile uluslararası sorumluluğu doğmayacaktır. Tarcisio Gazzini, "A Response to Amos Guiora: Pre-Emptive Self-Defence Against Non-State Actors?", *Journal of Conflict & Security Law*, 2008, Vol. 13, ss. 25-32, ss. 27-28.

Zaruret halinin, devlet dışı aktörlerden yönelen saldırılara karşı kuvvet kullanılabilmesinin hukukî temelini teşkil edebileceği görüşü diğer bazı yazarlar tarafından, kanaatimizce haklı olarak reddedilmektedir. Örneğin Ruys ve Verhoeven, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun, zaruret halinin kuvvet kullanma yasağının ihlallerini meşrulaştırıp meşrulaştırmayacağı meselesine yanıt vermediğini, kuvvet kullanma yasağının emredici bir nitelik arz ettiğini ve meşru müdafaaanın söz konusu yasağın yegâne istisnası olduğunu ve dolayısıyla bu kavramın komşu devletlere düzenlenecek sınır ötesi operasyonların hukukî temelini teşkil edemeyeceğini ifade etmektedir. Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, s. 309.

aldığı uluslararası yargı kararlarına yazılan ayırık ve karşı oy yazılarına atıfta bulunmakta (C) ve günümüz devlet uygulamalarının devlet dışı aktörlerden yönelen ve herhangi bir devlete atfedilemeyen saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğunu teyit ettiğini savunmaktadır (D).

A. Devlete Atfedilebilirliğin Tespitinde Yeni Bir Katılım Eşiği Önerileri

Yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere, meşru müdafaa hakkının geniş yorumlanması gerektiğini savunan yazarların bir kısmı, bir silâhlı saldırının devlete atfedilebilirliğini belirlerken temel alınan ve *Nikaragua* kriterleri olarak bilinen “etkin kontrol” ve “esaslı katılım” kriterlerinin uluslararası hukukta artık geçerli olmadığını, teamül hukukunun bu hususta “barındırma kriteri”ne (ing. *harbouring*) doğru evrildiğini ileri sürmektedir. BM Güvenlik Konseyi tarafından 11 Eylül saldırıları sonrası alınan kararlardan ve uluslararası toplumun söz konusu saldırılar karşısında takındığı tutumdan yola çıkan bu yazarlar, BM Şartı’nın 51. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa hakkının kapsamının devlet dışı aktörlerin eylemlerinin bu eylemleri destekleyen devlete atfedilebilirliği bakımından genişlediğini, bir devlete karşı meşru müdafaa hakkının doğabilmesi için söz konusu devletin devlet dışı aktörlerin eylemlerine aktif olarak katılmasının artık gerekli olmadığını, bu aktörlerin eylemlerini pasif kalmak sûretiyle kolaylaştırmanın yeterli olacağını savunmaktadır.⁹² Başka bir ifade ile, bu görüşü benimseyen hukukçular, bir devlete karşı meşru müdafaa hakkının doğması için, söz konusu devlete atfedilebilen bir silâhlı saldırının mevcudiyetini aramaya devam etmekte ancak

⁹² Örneğin Randelshofer, bir devletin, devlet dışı aktörlerin kendi ülkesi üzerinden başka devletler aleyhine saldırı düzenlemelerine göz yummasının ve devlet dışı aktörler için güvenli bir liman oluşturmasının, saldırı emri vermek kadar eyleme katılmak anlamına geldiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, devlet dışı aktörlere yalnızca lojistik destek veren devletin, söz konusu aktörleri silâhlı saldırı gerçekleştirmek üzere başka bir devlete gönderen devletten farkı yoktur; her iki durumda da devletin saldırıya katıldığının kabul edilmesi gerekir. Bruno Simma & Hermann Mosler & Albrecht Randelshofer & Christian Tomuschat & Rüdiger Wolfrum (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2002, Vol. 1, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, s. 801. Aynı şekilde, Feinstein, BM Şartı, uluslararası teamül kuralları, uluslararası anlaşmalar ve çok sayıda BM Genel Kurulu kararı uyarınca devletlerin, ülkeleri üzerinde gerçekleştirilen ve başka devletlerin haklarını ve egemenliğini ihlâl eden bütün eylemler nedeni ile kategorik olarak sorumlu olduklarının altını çizmekte, bir devletin, kendi ülkesi üzerinden başka devletlere karşı gerçekleştirilen terör eylemlerini durdurmak için harekete geçmemesinin terör eylemine “katılmak” anlamına geldiğini ifade etmektedir. Barry A. Feinstein., “A Paradigm for the Analysis of the Legality of the Use of Armed Force against Terrorists and States that Aid and Abet Them”, *The Transnational Lawyer*, 2004, Vol. 17, ss. 51-81, ss. 66-67. Benzer görüşler için bkz. Greg Travalio & John Altenburg, “Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force”, *Chicago Journal of International Law*, 2003, Vol. 4, ss. 97-119, s. 105; Eric A. Heinze, *op. cit.*, s. 1079; Michael Brent, *op. cit.*, s. 134; Oscar Schachter, “In Defense of International Rules on the Use of Force”, *The University of Chicago Law Review*, 1986, Vol. 53, ss. 113-146, s. 137.

eylemin devlete atfedilebilirliğinin eşliğini eylemi gerçekleştiren devlet dışı aktörleri barındırmaya kadar düşürmekte⁹³ ve böylece, devlet dışı aktörlere verilen pasif desteğin bu aktörlerin eylemlerini devlet eylemine dönüştürmeye yeteceğini ileri sürmektedir.⁹⁴

Devlet dışı aktörlerin saldırılarının devlete atfedilebilirliğinin tespitinde etkin kontrol ve eyleme esaslı katılım kriterlerinin öngördüğü eşikten daha düşük bir katılım eşığı aranması gerektiğini savunan yazarlar görüşlerini, öncelikle, meseleye gerçekçi bir biçimde yaklaşılması gerektiği gerekçesi ile açıklamakta ve saldırıya uğrayan devletlerin hareketsiz kalmalarının beklenemeyeceğini, bu devletlerin meşru müdafaa haklarının bulunmadığının kabulünün mâkul olmadığını ifade etmektedir.⁹⁵

Ardından, uluslararası toplumun 11 Eylül saldırıları sonrasında ABD'nin Afganistan'a düzenlediği askerî operasyona verdiği desteğin ve BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararların altı çizilmekte ve saldırıların hemen sonrasında yaşanan gelişmelerin uluslararası sorumluluk ve meşru müdafaa hukukuna ilişkin bazı kuralları değiştirdiği ileri sürülmektedir.⁹⁶ Şöyle ki; ABD, 11 Eylül saldırılarını Afganistan merkezli El-Kaide adlı terör örgütüne atfetmekle birlikte yalnızca örgüte veya saldırıların gerçekleştirilmesine aktif olarak katılan devletlere karşı değil, teröristleri barındıran devletlere karşı da

⁹³ Sonja Cenic, *op. cit.*, s. 208.

⁹⁴ Uluslararası hukuk doktrininin bir bölümü ise devlete atfedilebilirlik eşığının "devlet dışı aktörleri ülke üzerinde barındırmaya" kadar düşürülmesi önerilerine şiddetle karşı çıkmaktadır. Örneğin Paust, devlet dışı aktörleri yalnızca barındıran devletlere karşı Güvenlik Konseyi kararı olmadan kuvvet kullanılabilmesinin BM Şartı altında mümkün ve kabul edilebilir olmadığını ifade etmektedir. Jordan J. Paust, "Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond", *op. cit.*, s. 540. Bazı yazarlar ise Uluslararası Adalet Divanı'nın *Nikaragua* kararında çok dar bir yorum benimsediğini, devlete atfedilebilirlik eşığının düşürülmesi gerektiğini ancak "barındırma" eşığının haddinden düşük bir eşik olduğunu belirtmektedir. Bu yazarlar, bir devletin devlet dışı aktörlere yaptığı silâh yardımının ve mâlî ve lojistik desteğin (ing. *aiding and abetting*) bu aktörlerin eylemlerinin devlete atfedilebilirliği sonucunu doğurması gerektiğini ancak bu grupları sadece barındırmanın (ing. *harbouring*) atfedilebilirlik için yeterli olmayacağını ve dolayısıyla saldırıya uğrayan devlet nezdinde meşru müdafaa hakkı doğurmayacağını ileri sürmektedir. Bkz. Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, s. 319; Sonja Cenic, *op. cit.*, s. 216. Diğer bazı yazarlar ise, uluslararası hukuka aykırı bir eylem nedeni ile bir devletin uluslararası sorumluluğuna gidilebilmesi için söz konusu eylemin devlete atfedilebilir olması gerektiğini, bunun için ise devletin eylemin gerçekleştirilmesine esaslı olarak katılması gerektiğini ancak başka devletlere karşı saldırı düzenleyen devlet dışı aktörleri yalnızca barındırıyor olmanın her zaman "esaslı katılım" için yeterli olmayacağını, bazı hallerde barındırmanın yalnızca özen yükümlülüğünün ihlâlini teşkil edeceğini, bu çerçevede her olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Nicholas Tsagourias, *op. cit.*, ss. 816-817.

⁹⁵ David Kretzmer, *op. cit.*, s. 246; Sonja Cenic, *op. cit.*, s. 208; Mary Ellen O'Connell, *op. cit.*, ss. 899-901.

⁹⁶ Sonja Cenic, *op. cit.*, ss. 208-211.

askerî güç kullanacağını beyan etmiştir. ABD, 7 Ekim 2001 tarihinde BM Dâimî Temsilciliği aracılığı ile BM Güvenlik Konseyi'ne ilettiği mektupta, uluslararası hukukun Afganistan'daki Taliban rejimine karşı kuvvet kullanılmasına müsaade ettiğini zira "11 Eylül 2001'de gerçekleştirilen saldırıların [...] Taliban rejiminin, kontrolü altında bulunan Afganistan topraklarının el-Kaide adlı örgüt tarafından üs olarak kullanılmasına izin verdiği için gerçekleştirilebildiğini" ve "El-Kaide örgütünün, Afganistan ülkesi üzerinden, teröristleri eğiterek ve destekleyerek dünya üzerindeki masum insanlara saldırdığını ve Amerikan vatandaşlarını ve menfaatlerini hedef aldığını" ifade etmiştir.⁹⁷ Ardından, Amerikan Kongresi ABD Başkanı'na yalnızca 11 Eylül saldırılarını gerçekleştirenlere karşı değil, saldırıyı gerçekleştirenleri ülkeleri üzerinde barındıran devletlere karşı da kuvvet kullanma yetkisi vermiştir.⁹⁸ Benzer şekilde, ABD'nin 2002 tarihli Ulusal Güvenlik Stratejisi adlı belge "teröristler ve bunları bilerek ülkelerinde barındıranlar ile bunlara yardım edenler" arasında bir fark bulunmadığını dile getirmiştir.⁹⁹

Aslında ABD, yalnızca teröristlere karşı değil, bunları barındıran devletlere karşı da meşru müdafaa hakkının bulunduğunu ilk defa 11 Eylül saldırıları sonrasında ileri sürmüş değildir. Yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere, ABD'nin 1998 yılında aynı gerekçe ile Afganistan'daki terör kamplarını ve Sudan'daki kimyasal silâh fabrikalarını vurduğu bilinmektedir.¹⁰⁰ Ancak ABD'nin bu yöndeki iddiaları, uluslararası toplumda ilk defa 11 Eylül saldırıları sonrasında karşılık bulmuş, Kuzey Atlantik Teşkilâtı, Amerikan Devletleri Örgütü ve Avrupa Birliği ABD'nin saldırılara karşı gerçekleştireceği meşru müdafaa eylemlerini desteklediklerini açıklamışlardır.¹⁰¹ Şöyle ki; Kuzey Atlantik Konseyi, 12 Eylül 2001 tarihli kararında ABD'ye karşı gerçekleştirilen saldırıların Kuzey Atlantik Andlaşması'nın "örgüt üyelerinden herhangi birine karşı gerçekleştirilen silâhlı saldırıların, üyelerin tamamına yöneltmiş kabul edileceğini" öngören 5. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiş ve böylece 11 Eylül saldırılarını "silâhlı saldırı" telâkki etmiştir.¹⁰² Amerikan Devletleri Örgütü de 21 Eylül 2001 tarihinde aldığı kararda 11 Eylül saldırılarını kınamış ve bu saldırıları gerçekleştirenleri, planlayanları veya finanse edenleri ülkeleri üzerinde barındıran devletlerin de saldırılara iştirak etmiş sayılacağını altını

⁹⁷ UN Security Council, Letter dated 7 October 2001 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations Addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2001/946 (2001).

⁹⁸ *Authorization for Use of United States Armed Forces*, Public Law No 107-40, 115 Stat 224, 18 September 2001.

⁹⁹ The National Security Strategy of the United States of America, September 2002, s. 5.

¹⁰⁰ Bkz. Sonja Cenic, *op. cit.*, s. 207; Christine Gray, *International Law and the Use of Force, op. cit.*, s. 163.

¹⁰¹ Bkz. Marco Frigessi di Rattalma, *op. cit.*, ss. 59-60.

¹⁰² Statement by the North Atlantic Council, 12 September 2001, Press Release (2001) 124.

çizerek bu devletlere karşı da meşru müdafaa hakkının bulunduğunu kabul etmiştir.¹⁰³ Avrupa Birliği ise ABD'nin "11 Eylül saldırılarına karşı BM Şartı'na ve BM Güvenlik Konseyi'nin 1368 sayılı kararına uygun olarak kullandığı meşru müdafaa hakkını desteklediğini" beyan etmiş¹⁰⁴ ve böylece devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğunu zımnen de olsa ikrar etmiştir.

İşte, ABD'nin terörle mücadelesinde teröristler ile bunları ülkeleri üzerinde barındıran devletler arasında bir ayırım bulunmadığını dile getirmesi ve uluslararası toplumun bu iddiayı desteklemesi, teröristlerin eylemlerinin bunları barındıran devletlere atfedilebilir olduğunun kabulü şeklinde yorumlanmış, pek çok yazar, uluslararası hukukun bir eylemin devlete atfedilebilirliğinin tespitinde etkin kontrol kriterinden vazgeçtiğini ve yeni bir yorum kabul ettiğini dile getirmiştir.¹⁰⁵

Bu yorumun, BM Güvenlik Konseyi'nin 11 Eylül saldırıları sonrasında kabul ettiği 1368 ve 1373 sayılı kararlar ile de temellendirildiği görülmektedir. Şöyle ki; BM Güvenlik Konseyi, 11 Eylül saldırılarının ertesi günü kabul ettiği 1368 sayılı kararında, devletlerin BM Şartı'nda da düzenlenen bireysel ve ortak meşru müdafaa haklarını tanıdığını ifade etmiş, "bütün devletleri, terörist saldırıları gerçekleştiren, örgütleyen ve bunlara sponsor olanları adalet önüne çıkarmak için birlikte çalışmaya" davet etmiş ve "saldırıları gerçekleştirenlere ve örgütleyenlere ve bunlara sponsor olanlara yardım eden, bunları destekleyen veya ülkeleri üzerinde barındıran devletlerin de sorumlu tutulacağını" altını çizmiştir.¹⁰⁶

Güvenlik Konseyi, 1368 sayılı kararını teyit eden 28 Eylül 2001 tarihli 1373 sayılı kararında da 11 Eylül 2001 tarihinde New York, Washington ve

¹⁰³ Strengthening Hemispheric Cooperation to Prevent, Combat, and Eliminate Terrorism, 12 September 2001, OAS Res. RC.23/RES.1/01, par. 3.

¹⁰⁴ 2372nd Council meeting, General Affairs, 12330/01 (Presse 337), C/01/337, 8-9 October 2001.

¹⁰⁵ Bkz. Greg Travalio & John Altenburg, *op. cit.*, s. 109; Derek Jinks, *op. cit.*, ss. 84-88; Michael Byers, "Terrorism, The Use of Force and International Law after 11 September", *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, Vol. 51, ss. 401-414, ss. 408-410. Uluslararası toplumun ABD'nin meşru müdafaa eylemlerine verdiği desteğin bazı yazarlar tarafından El-Kaide örgütü ve Taliban rejimi arasındaki sıkı ilişki ile açıklandığının da altının çizilmesi gerekir. Örneğin Ratner'e göre, pek çok devlet 11 Eylül saldırıları sonrası ABD'nin Afganistan'da kuvvet kullanmasına, Afganistan El-Kaide örgütünü "barındırdığı" için değil, bu örgüt ile arasında çok sıkı bir bağ olduğu için destek vermiştir. Steven R. Ratner, "Jus ad Bellum and Jus in Bello After September 11", *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96, ss. 905-921, s. 908. Benzer şekilde, O'Connell'a göre, Afganistan'ın *de facto* hükümetinin El-Kaide adlı terörist örgütle yakın ilişkisi vardır ve dolayısıyla, 11 Eylül saldırılarının Afganistan Devleti'ne atfedilebilmesi mümkündür. Mary Ellen O'Connell, *op. cit.*, s. 901.

¹⁰⁶ Security Council Resolution of 12 September 2001, UN Doc. S/RES/1368.

Pensilvanya’da gerçekleştirilen terörist saldırıları kınamış, uluslararası barış ve güvenlik için tehdit oluşturan bu tür eylemlerin doğal bir hak olan meşru müdafaa hakkını doğuracağını belirtmiş ve bütün devletlerin terörist eylemlere katılan kişilere aktif veya pasif destek vermekten kaçınma, terörist eylemleri gerçekleştiren, finanse eden, planlayan ve destekleyenler için güvenli bir liman olmayı reddetme ve ülkelerini başka devletler aleyhine kullandırmama yükümlülüklerine sahip olduğunu ifade etmiştir.¹⁰⁷

Her iki karar da 11 Eylül saldırılarını “silâhlı saldırı” değil “terörist saldırı” olarak nitelendirmekte ve devletlerin bireysel ve ortak meşru müdafaa haklarını “BM Şartı’na uygun olarak” kullanabileceklerini ifade etmektedir. Bu çerçevede, bazı yazarlar, 1368 ve 1373 sayılı kararların, devlet dışı aktörlerin saldırılarının BM hukuku altında “silâhlı saldırı” sayılıp sayılmayacağı ve dolayısıyla bu saldırılara karşı meşru müdafaaada bulunulup bulunulamayacağı meselesini açıklığa kavuşturılmaktan uzak olduklarını ve hatta meşru müdafaa hakkının doğması için saldırıların bir devlete atfedilebilir olması gerektiği yönündeki kuraldan sapmadıklarını ifade etmektedir. Bu görüşe göre, söz konusu kararların “devlet dışı aktörlerin saldırılarına esaslı olarak katılmayan devletlere karşı meşru müdafaa hakkının yalnızca Güvenlik Konseyi tarafından kabul edildiğinde var olduğu” şeklinde yorumlanmaları gerekmektedir.¹⁰⁸

Bununla birlikte, uluslararası hukuk doktrininin önemli bir kesimi 1368 ve 1373 sayılı Güvenlik Konseyi kararlarının devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkını açıkça tanıdığı görüşünü savunmakta¹⁰⁹ ve bu kararlar, meşru müdafaa hakkını geniş yorumlayan ekolün en önemli dayanaklarından

¹⁰⁷ Security Council Resolution of 28 September 2001, UN Doc. S/RES/1373.

¹⁰⁸ Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, ss. 311-312. Mary Ellen O’Connell da BM Güvenlik Konseyi’nin 1373 sayılı kararının ABD’nin Afganistan’a karşı meşru müdafaa hakkı çerçevesinde kuvvet kullanmasına açıkça izin vermediği, bununla birlikte, 11 Eylül saldırılarının, diğer koşulların da bulunması durumunda, meşru müdafaa hakkı doğuracak kadar ciddi ve yoğun kuvvet kullanma eylemleri olduğunu kabul ettiği görüşündedir. Mary Ellen O’Connell, *op. cit.*, s. 892. Benzer bir yaklaşım için bkz. Jörg Kammerhofer, “The Armed Activities Case and Non-State Actors in Self-Defence Law”, *op. cit.*, s. 99; Sonja Cenic, *op. cit.*, ss. 210-211; Eric P. J. Myjer & Nigel D. White, “The Twin Towers Attack: An Unlimited Right to Self-Defence?”, *Journal of Conflict and Security Law*, 2002, Vol. 7, n°: 1, ss. 5-17, ss. 9-11.

¹⁰⁹ Bkz. Thomas M. Franck, *op. cit.*, ss. 839-840; Nicholas Rostow, “Before and After: The Changed UN Response to Terrorism since September 11th”, *Cornell International Law Journal*, 2001, Vol. 35, ss. 475-490, s. 481; Süleyman Sırrı Terzioğlu, “Uluslararası Hukuk Açısından Fırat Kalkanı Harekâtının Meşruluğu Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Sayı 134, ss. 587-638, s. 622. Hâkim Buergenthal de *Duvar* danışma görüşüne yazdığı beyanında, Güvenlik Konseyi’nin 1368 ve 1373 sayılı kararlarının yalnızca devletlerin gerçekleştirdiği saldırılara karşı değil, bütün terörist saldırılara karşı meşru müdafaa hakkı tanıdığını ifade etmiştir. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, op.cit.*, Declaration of Judge Buergenthal, s. 242.

birini teşkil etmektedir.¹¹⁰

B. Teamül Hukukunu Temel Alan Doktriner Yaklaşım: İsteksiz veya Âciz Devlet Teorisi

Uluslararası hukukta meşru müdafaa hakkını geniş yorumlayan yazarların bir diğer kısmı devlet dışı aktörlerin saldırılarının, herhangi bir devlete atfedilebilir olup olmadıklarına bakılmaksızın, başlı başına silâhlı saldırı kabul edilmeleri gerektiğinin, zira BM Şartı'nın 51. maddesinin, bir silâhlı saldırının meşru müdafaa hakkı doğurabilmesi için bir devlete atfedilebilir olması gerektiği yönünde herhangi bir ifade içermediğinin altını çizmektedir.¹¹¹ Kanaatimiz de bu yödedir. Gerçekten de, BM Şartı'nda bir silâhlı saldırının varlığından söz edebilmek için saldırının devlete atfedilebilir olması gerektiği yönünde herhangi bir ifade bulunmamakta, Şart teleolojik olarak yorumlandığında, "silâhlı saldırı" daha ziyâde saldırının yoğunluğu ile ilgili bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹² Başka bir ifade ile, devlete atfedilebilirlik şartını saldırının varlığına ilişkin bir şart olarak değil, sorumluluğun ve karşı önlemlerin yöneltileceği hukuk kişinin tespitinde dikkate alınacak bir unsur olarak algılamak gerekir.

Bu çerçevede, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunup bulunmadığı meselesinin, saldırıya uğrayan devlet ile saldırıları gerçekleştiren devlet dışı aktörleri barındıran devlet arasındaki ilişkilere dair hiçbir ipucu taşımayan madde 51 çatısı altında değil¹¹³, uluslararası teamül hukukunun öngördüğü muhtelif ilkeler ışığında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹¹⁴

Söz konusu ilkeleri incelemeden önce, William Banks ve Evan Criddle tarafından yapılan "akdî kısıtlayıcılık (ing. *conventional restrictivism*)" - "teamülî kısıtlayıcılık (ing. *customary restrictivism*)" ayırımına değinmekte fayda vardır. Yazarlar, meşru müdafaa kavramının dar ve sınırlandırıcı bir

¹¹⁰ Anne Peters & Christian Marxsen, *op. cit.*, s. 4.

¹¹¹ Bkz. Barry A. Feinstein., *op. cit.*, ss. 67-68; Jordan J. Paust, "Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond", *op. cit.* s. 534; Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, ss. 145-146; Jackson Nyamuya Maogoto, *op. cit.*, s. 434; Ruth Wedgwood, "Responding to Terrorism: The Strikes Against Bin Laden", *Yale Journal of International Law*, 1999, Vol. 24, ss. 559-576, s. 564.

¹¹² Benzer bir görüş için bkz. Carsten Stahn, "'Nicaragua is Dead, Long Live Nicaragua'-The Right to Self-Defence under Art. 51 UN-Charter and International Terrorism" in Christian Walter, Silja Vöneky, Volker Röben, Frank Schorkopf (eds.), *Terrorism as a Challenge in National and International Law: Security versus Liberty?*, Heidelberg, Springer, 2004, ss. 827-878, s. 848; Jackson Nyamuya Maogoto, *op. cit.*, s. 431; Michael Brent, *op. cit.*, s. 135; Nicholas Tsagourias, *op. cit.*, s. 813.

¹¹³ Federica Paddeu, *op. cit.*, s. 97.

¹¹⁴ Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, s. 146.

biçimde yorumlanması gerektiğini savunan Kıt'a Avrupası hukukçularının yalnızca BM Şartı'nın 51. maddesini temel aldıklarını ve devletlerin tek taraflı kuvvet kullanmalarını bu çerçevede sınırlandırarak uluslararası barışı sağlamayı amaçladıklarını ifade etmekte ve elinizdeki çalışmanın ilk bölümünde incelenen bu görüşü "akdî kısıtlayıcılık" olarak adlandırmaktadır. Buna karşılık, meşru müdafaa hakkının benzer şekilde dar ve sınırlandırıcı bir biçimde yorumlanması gerektiğini savunan Amerikalı hukukçuların büyük çoğunluğu, dar yorumu savunan Kıt'a Avrupası hukukçularının aksine, kategorik olarak madde 51 kapsamında değerlendirilemeyecek bazı durumlarda da meşru müdafaa hakkının doğacağını ve uluslararası hukukta kuvvet kullanımının madde 51'de zikredilmeyen gereklilik, orantılılık ve hukuk genel ilkeleri gibi ilkeler uyarınca sınırlandırılması gerektiğini savunmaktadır. Söz konusu ekol Banks ve Criddle tarafından "teamülî kısıtlayıcılık" olarak adlandırılmaktadır.¹¹⁵

Kıt'a Avrupası hukukçularının geliştirdiği akdî kısıtlayıcılık görüşü uyarınca silâhlı saldırı ancak devletler tarafından gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla, devlet dışı aktörlerin saldırılarının silâhlı saldırı telâkki edilebilmeleri ve meşru müdafaa hakkı doğurabilmeleri için bir devlete atfedilebilir olmaları gerekmektedir.¹¹⁶ Bu çerçevede, bir devletin başka bir devlet üzerinde konuşlanmış devlet dışı aktörlere karşı sınır ötesi operasyon düzenleyebilmesi için ev sahibi devletten izin alması gerekmektedir; aksi takdirde ev sahibi devlet bu operasyonu bir silâhlı saldırı telâkki edip karşı saldırıya geçebilecek ve böylece uluslararası barış ve güvenlik tehlikeye girebilecektir.¹¹⁷

Amerikalı hukukçuların geliştirdiği teamülî kısıtlayıcılık ekolü ise bireylerin korunmasının devlete ait bir ayrıcalık, hak ve yükümlülük olduğu görüşünden yola çıkmakta ve BM Şartı'nın 51. maddesi de dâhil olmak üzere, söz konusu korumayı sağlamaya yönelik bütün uluslararası hukuk kurallarını bu çerçevede yorumlamaktadır.¹¹⁸

Görüldüğü üzere, meşru müdafaa hakkının dar yorumlanması gerektiğini savunan bu iki ekolün gerekçeleri birbirinden farklıdır. Amerikan ekolü, gerekçelerini BM Şartı'nın dışında bulmakta ve Şartın 51. maddesinde yer alan sınırlamaların teamül hukuku ile değiştiğini savunmaktadır.¹¹⁹ İşte Banks ve Criddle tarafından teamülî kısıtlayıcılık olarak adlandırılan bu yaklaşım 11 Eylül saldırılarından bu yana yalnızca Amerika'da değil bütün dünyada giderek artan bir biçimde savunulmakta ve bu çerçevede meşru müdafaa hakkının sadece BM Şartı'nın 51. maddesine değil, aynı zamanda teamül hukukuna ait

¹¹⁵ William C. Banks & Evan J. Criddle, "Customary Constraints on the Use of Force: Article 51 with an American Accent", *Leiden Journal of International Law*, 2016, Vol. 29, ss. 67-93, ss. 67-68.

¹¹⁶ *Idem*, ss. 69-70.

¹¹⁷ *Idem*, s. 71.

¹¹⁸ *Idem*, s. 74.

¹¹⁹ *Ibid.*

bir kural olduğu, bu teamül kuralının zaman içinde gelişip değiştiği ve yeni koşul ve tehditlere uyum sağladığı ileri sürülmektedir.¹²⁰ Başka bir ifade ile, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımının her şeyden önce teamül kuralları ile sınırlandırılmış olduğunun altı çizilmektedir.

Söz konusu teamül kurallarının başında devletlerin ülkelerini diğer devletler aleyhine kullanmama ve kullandırmama yükümlülüğü gelmektedir: bütün devletler, teamül hukukunun bir parçasını teşkil eden ve BM Şartı'nın 2. maddesinin 1. fıkrasında hükme bağlanan iç işlerine karışma yasağı ile bağlıdır ve Uluslararası Adalet Divanı'nın *Korfu Boğazı* kararında da ifade edildiği üzere, ülkelerinin diğer devletler aleyhine kullanılmamasını sağlama yükümlülüğü altındadır.¹²¹ Söz konusu ilke, BM Genel Kurulu'nun 24 Ekim 1970 tarihli Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri kararında da düzenlenmiş ve devletlerin, başka devletlerin rejimlerini şiddet kullanarak devirmeye yönelik yıkıcı, terörist ya da silâhli eylemleri örgütlememe, kışkırtmama, teşvik etmeme, bunlara yardımda bulunmama, mâlî destek sağlamama, hoşgörü göstermeme, başka devletlerin içindeki sivil mücadelelere müdahale etmeme ve bu tür örgütlü eylemlerin kendi toprakları üzerinde gerçekleştirilmesine rıza göstermekten kaçınma yükümlülüğü altında oldukları kaleme alınmıştır.¹²² Bazı hukukçular, devletlerin yükümlülüğünün bunlar ile de sınırlı olmadığını altını çizmekte ve hâkim John Moore'un Uluslararası Dâimî Adalet Divanı'nın *Lotus* kararına yazdığı karşı oy yazısında da ifade ettiği üzere¹²³, devletlerin ülkeleri üzerinde başka devletler aleyhine cezâî sorumluluk gerektiren eylemler gerçekleştirilmesini aktif olarak önleme yükümlülüğüne de sahip olduklarını belirtmektedir.¹²⁴

Bu çerçevede, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımını sınırlandıran bu teamül kuralların ihlâlinin devletler nezdinde sınır ötesi operasyon hakkı doğurabileceği ileri sürülmektedir. Ancak kanaatimizce, söz konusu teamülî yükümlülüklerin ihlâli özen yükümlülüğünün ihlâli teşkil edebilecek ve bu çerçevede devletin uluslararası sorumluluğunu ve dolayısıyla onarım yükümlülüğünü doğurabilecek ise de, sınır ötesi operasyon kavramının hukukî temelini teşkil etmeye, tek başına, yetmeyecektir. Zira devletin özen yükümlülüğünün ihlâlinin, uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanmaya ilişkin kurallar dışındaki diğer kuralların ihlâlinden farklı bir sonuç doğurması ve meşru

¹²⁰ *Idem*, s. 92.

¹²¹ *The Corfu Channel Case*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1949, s. 4, s. 22. Bkz. Barry A. Feinstein., *op. cit.*, ss. 57-58.

¹²² General Assembly Resolution 26/25 (XXV), Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations.

¹²³ Dissenting Opinion by Mr. Moore, *The Case of the S.S. "Lotus"*, PCIJ, 1927, Series A, No. 10, s. 88.

¹²⁴ Bkz. Barry A. Feinstein., *op. cit.*, s. 58.

müdafaa hakkına sebebiyet vermesi teknik uluslararası hukuk bakımından mümkün görünmemektedir.¹²⁵

Nitekim, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğu yönündeki görüş, çok sayıda uluslararası hukukçu tarafından sadece özen yükümlülüğünün ihlali ile değil, uluslararası teamül hukukunun meşru müdafaa hakkının kullanımına ilişkin öngördüğü “gereklilik” ve “orantılılık” kriterleri ile de temellendirilmektedir.¹²⁶ Bilindiği üzere, uluslararası hukukta meşru müdafaa hakkının yalnızca barışçıl bir yöntemle başvurulmasının mümkün olmadığı hallerde kullanılabilmesi (gereklilik)¹²⁷ ve bu çerçevede, uğranılan saldırıyı püskürtmeye veya uğranılması muhtemel olan saldırıları önlemeye yetecek olan kuvvetten fazlasına başvurulamayacağı (orantılılık)¹²⁸ kabul edilmektedir. İşte, bir devletin bir başka devlete karşı meşru müdafaa hakkını kullandığı durumlarda teamülen uyması gerektiği kabul edilen bu iki kriter, pek çok yazar tarafından, devlet dışı aktörlerin silâhlı eylemlerine karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğu yönündeki görüşün temeline yerleştirilmekte ve devlet dışı aktörler tarafından saldırıya uğrayan devletlerin güvenlik menfaatleri ile devlet dışı aktörlerin barındığı ve eylemlerini gerçekleştirdiği ülke devletlerinin menfaatleri arasında arabulucu görevi gören kriterler addedilmektedir.¹²⁹

Şöyle ki; devlet dışı aktörlerin bir devletin ülkesi üzerinden başka bir devlete saldırdığı durumlarda, saldırıya uğrayan devletin, devlet dışı aktörlerin konuşlandığı ülkeye düzenleyeceği sınır ötesi operasyonun, uluslararası hukukun en temel ilkelerinden olan “ülkesel bütünlük” ilkesini ihlâl edeceği aşikârdır. Bu tür senaryoların varlığında, devlet dışı aktörler ve bunların konuşlandığı ülke devleti arasında hukukî bir ilişki bulunmalıdır ki, saldırıların doğrudan veya dolaylı faili olmayan devletin ülkesel bütünlüğünün ihlali meşru kabul edilebilsin.¹³⁰ İşte söz konusu ilişkinin gereklilik ve orantılılık kriterleri vasıtası ile kurulabileceği ve bu iki kriterin, saldırıyı kendisi gerçekleştirmeyen devletin ülkesi üzerinde kuvvet kullanılması durumunda ülkesel bütünlük ilkesinin ihlâlini meşrulaştırabileceği

¹²⁵ Benzer bir görüş için bkz. Federica Paddeu, *op. cit.*, s. 109; Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, ss. 305-307; Nicholas Tsagourias, *op. cit.*, s. 812.

¹²⁶ Ashley S. Deeks, *op. cit.*, ss. 494-495; Raphaël Van Steenberghe, “Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?”, *op. cit.*, ss. 200-202; Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, ss. 146-147; Dapo Akande & Thomas Lieflander, “Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense”, *American Journal of International Law*, 2013, Vol. 107, ss. 563-570, ss. 564-566; Christian J. Tams & James G. Devaney, “Applying Necessity and Proportionality to Anti-Terrorist Self-Defence”, *Israel Law Review*, 2012, Vol. 45, ss. 91-106, ss. 98-101; Barry A. Feinsein., *op. cit.*, s. 73 vd.

¹²⁷ Dapo Akande & Thomas Lieflander, *op. cit.*, s. 564.

¹²⁸ Ashley S. Deeks, *op. cit.*, s. 494.

¹²⁹ Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, ss. 146-147.

¹³⁰ Raphaël Van Steenberghe, “Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?”, *op. cit.*, ss. 199-200.

ileri sürülmektedir: kendi ülkesi üzerinden başka bir devlete karşı kendisine ait olmayan güçler tarafından gerçekleştirilen saldırıları önlemek için her yolu deneyen devletin ülkesi üzerinde kuvvet kullanmak “gerekli” değildir. Oysa, kendi ülkesi üzerinden başka devletlere karşı gerçekleştirilen saldırı eylemlerini önlemede isteksiz veya âciz olan devletlerin varlığında, saldırıya uğrayan devletlerin elinde çok az seçenek vardır; bu devlet, teröristlerin konuşlandığı devletin ülke bütünlüğüne kendi güvenliği pahasına saygı gösteremeyeceğine göre terörist eylemlerini gerçekleştirildiği noktalara karşı kuvvet kullanması “gerekli”dir.¹³¹

İşte, isteksiz veya âciz devlet teorisi olarak adlandırılan teorinin kaynağı, uluslararası teamül hukukunun meşru müdafaa hakkının kullanımına ilişkin öngördüğü gereklilik kriterini temel alan bu görüştür¹³²: bir devlet, kendi ülkesi

¹³¹ Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, ss. 146-147. Aksi yönde bir görüş için bkz. Nicholas Tsagourias, *op. cit.*, s. 811. Tsagourias’a göre, gereklilik kriteri devlet dışı aktörlere karşı kuvvet kullanılmasını meşrulaştırabilir ancak söz konusu aktörleri barındıran devletin ülke bütünlüğünün ihlâlini meşrulaştıramayacaktır.

¹³² İsteksiz veya âciz devlet teorisinin temelde tarafsızlık hukuku kökenli olduğu ve kaynağını uluslararası silâhlı çatışmalar hukukundan aldığı bilinmektedir. Şöyle ki; tarafsızlık hukuku, 1907 La Haye Sözleşmeleri’nde ve uluslararası teamül hukukunda düzenlendiği şekli ile, silâhlı çatışmalara katılmayan devletlerin çatışmalardan en az zararlı çıkmasını temin etmeyi amaçlamakta ve söz konusu devletlere, ülkelerini, savaşı devletlere kullandırmama yükümlülüğü yüklemektedir. Böylece, tarafsız devletlerin, savaşı devletlerin birbirlerine karşı saldırılar düzenleyeceği güvenli alanlar olmalarının önüne geçilmesi hedeflenmektedir. Ashley S. Deeks, *op. cit.*, s. 497.

1907 Sözleşmeleri’nin pek çoğu hem tarafsız hem de savaşı devletlere özel birtakım hak ve yükümlülükler içermektedir. Her şeyden önce, tarafsız devletlerin ülkelerinin dokunulmazlığı ve ihlâl edilemezliği ilkesi çerçevesinde, savaşı devletler, askerî birliklerini, cephane ve mühimmat konvoylarını veya diğer savaş ikmal malzemelerini tarafsız devletlerin ülkeleri üzerinden geçirmeme, tarafsız devletler de savaşı devletlerin, ülkelerini ihlâl etmelerine müsaade etmeme yükümlülüğü altındadır. Tarafsız devletler aynı zamanda özen yükümlülüğüne sahiptir. Bu çerçevede, tarafsızlıklarını korumak amacı ile gerekli tedbirleri almak durumundadır; ki genel kabul uyarınca, tarafsızlık hukukunu ihlâl eden savaşı devletlere karşı kuvvet kullanılması söz konusu tedbirler arasındadır. Ashley S. Deeks, *op. cit.*, s. 498.

Bunun yanı sıra, herhangi bir uluslararası anlaşma tarafından öngörülmemekle birlikte, hukukçular ve devletlerin askerî el kitapları, tarafsız devletlerin, tarafsızlıklarını ihlâl etmeleri ve tarafsız olmanın gereklerini etkin bir biçimde yerine getirmemeleri halinde, başka bir ifade ile, tarafsız devletlerin tarafsız kalmakta isteksiz veya âciz olmaları durumunda, savaşı devletlerin tarafsız devletlerin ülkeleri üzerinde kuvvet kullanma hakkına sahip olacağını öngörmektedir. Ashley S. Deeks, *op. cit.*, s. 497. Aksi bir görüş için bkz. Federica Paddeu, *op. cit.*, ss. 110-111.

Doğrudan devletler ve devlet dışı aktörler arasındaki ilişkileri düzenlemeyen tarafsızlık hukukunun öngördüğü bu ilkenin zamanla bu hukuk dalından taşıdığı ve devletlerin devlet dışı aktörlerin saldırıları ile mücadelelerini düzenleyen hukuk içinde de yerini aldığı savunulmaktadır. Daha açık bir ifade ile, tarafsızlık hukukunun tarafsız devletler ile savaşı devletler arasında dikkate aldığı ilişki, isteksiz veya âciz devlet teorisyenleri tarafından,

üzerinden bir başka devlete karşı gerçekleştirilen saldırıları engellemeye istekli veya muktedir değil ise, meşru müdafaa hakkının doğması ve kullanılabilmesi için aranan “gereklilik koşulu” sağlanmıştır; hatta gereklilik ilkesi, saldırıya uğrayan devlete sınır ötesi operasyon düzenlemekten başka bir çare bırakmamaktadır.¹³³

Devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğunu gereklilik kriteri temelinde açıklayan hukukçuların, söz konusu hakkın kullanımına ilişkin bir dizi ilke geliştirdiği ve böylece isteksiz veya âciz devlet teorisi olarak adlandırılan teorinin hukukî çerçevesini çizmeye çalıştıkları görülmektedir. Bu çerçevede, teorinin içini belki de en fazla dolduran yazar olan Ashley Deeks tarafından önerilen ilkeler uyarınca;

- Bir başka devletin ülkesi üzerinde konuşlanmış devlet dışı aktörler tarafından saldırıya uğrayan devlet, söz konusu aktörlerin konuştuğu devletin ülkesi üzerinde kuvvet kullanmadan önce ülke devletinin rızasını almaya çalışmalı ve ülke devleti ile işbirliği içinde hareket etmelidir.¹³⁴ Böylece,

devlet dışı aktörlerin saldırısına uğrayan devletler ile devlet dışı aktörlerin konuştuğu ve saldırılarını gerçekleştirdiği devletler arasındaki ilişkiye benzetilmektedir. Bkz. Ashley S. Deeks, *op. cit.*, s. 497.

Sonuç olarak, tarafsızlık hukukunda ve devlet dışı aktörlerin, konuşlandıkları devlet üzerinden başka bir devlete saldırılar düzenlediği hallerde benzer iki senaryo olduğunun altı çizilmektedir. Birinci senaryoda tarafsız devletler, ikinci senaryoda ise devlet dışı aktörlerin konuştuğu devletler, ülke bütünlüklerini korumayı, ülkeleri üzerinden başka devletlere karşı kuvvet kullanılmasını önlemeyi, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini yerine getirdiklerini göstermeyi ve mümkün olduğunca çatışmadan uzak durmayı arzu etmektedir. Benzer şekilde, birinci senaryoda saldırıya uğrayan savaşan devletler, ikinci senaryoda ise devlet dışı aktörlerin saldırılarına maruz kalan devletler, söz konusu saldırıları önlemeyi ve güvenliklerini sağlamayı hedeflemektedir. Ashley S. Deeks, *op. cit.*, s. 503.

¹³³ Barry A. Feinsein., *op. cit.*, s. 75.

¹³⁴ Ashley S. Deeks, *op. cit.*, ss. 519-521. İsteksiz veya âciz devlet teorisini savunan diğer bazı yazarlara göre ise, ülke devletinin rızası, söz konusu devletin devlet dışı aktörler ile hareket ettiği yönünde mâkul ve objektif emarelerin bulunduğu hallerde, devlet dışı aktörlerin silâhlı eylemlerini engellemede isteksiz olduğu hallerde veya mâkul ve objektif emareler ışığında devlet dışı aktörlerin silâhlı eylemlerini engellemede âciz olduğu hallerde aranmamalıdır. Zira bu hallerde saldırıya uğrayan devletin meşru müdafaa hakkı çerçevesinde kuvvet kullanması “gerekli”dir. Bkz. Bethlehem Daniel, “Self-Defense Against An Imminent or Actual Armed Attack by Non-State Actors”, *American Journal of International Law*, 2012, Vol. 106, ss. 770-777, s. 776, ilke 10, 11 ve 12. Daniel Bethlehem, ayrıca, meşru müdafaa hakkı çerçevesinde silâh kullanımının saldırıyı planlayan, saldırı tehlikesi teşkil eden ve saldırıyı gerçekleştiren kişilere de yöneltilmesi ve güçlü, mâkul ve objektif emareler ışığında bir saldırının gerçekleştirilmesine sadece maddî destek verdiği anlaşılan kişilere karşı da meşru müdafaa bulunulabilmesi gerektiğini savunmaktadır. Daniel Bethlehem, *op. cit.*, s. 775, ilke 7. Oysa sınır ötesi operasyon hakkının varlığını savunan pek çok uluslararası hukukçuya göre, devletlere atfedilemeyen saldırıların varlığında düzenlenecek bu operasyonların yalnızca devlet dışı aktörleri hedef alması gerekir. Bkz. David Kretzmer, *op. cit.*, s. 247. Her ne kadar ortaya attığı görüşlerin kişisel görüşleri olduğunu ifade etmiş

ülke devletinin ülkesel bütünlüğü korunacak, devlet dışı aktörlere karşı daha etkili bir mücadele yürütülebilecek, ülke devletinin sınır ötesi operasyon düzenleyen devlete karşı saldırıya geçme ihtimali ortadan kaldırılacak ve uluslararası toplumun, yürütülen sınır ötesi operasyona karşı olası tepkileri önlenecektir.¹³⁵

- Saldırıya uğrayan devlet, maruz kaldığı saldırı, tehlike ve tehditleri devlet dışı aktörlerin konuşlandığı ülke devletine bildirmeli ve bu aktörlerin eylemlerini bastırmak ve önlemek için kendisine mâkul bir süre tanınmalıdır. Sürenin mâkullüğü tehlike ve saldırının niteliğine göre her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir.¹³⁶
- Devlet dışı aktörler tarafından saldırıya uğrayan devlet, söz konusu aktörlerin konuşlandığı ülke devletinin saldırı eylemlerini bastırma ve önleme kapasitesini ve saldırı ve tehlikeleri önlemek adına almayı önerdiği tedbirleri objektif bir biçimde değerlendirmeli¹³⁷ ve olumlu veya olumsuz değerlendirmesini ülke devleti ile paylaşmalıdır.¹³⁸ Ülke devletinin önerilerinin mâkullüğü ve yeterliği saldırıya uğrayan devlet tarafından takdir edilecektir. Bununla birlikte, uluslararası toplumun çoğunluğunun mâkul bulduğu önlemlerin saldırıya uğrayan devlet tarafından yetersiz kabul edilmesi ve bu kabul uyarınca kuvvet kullanılması, kullanılan kuvvetin meşru kabul edilmesi riskini doğuracaktır.

Yoram Dinstein da, ülkesi üzerinden üçüncü devletlere saldıran devlet dışı aktörlerin saldırılarını önlemekte isteksiz veya âciz olan devletlere sınır ötesi operasyon düzenlenebileceği fikrini desteklemekte ve bu tür operasyonları “hukukun ülke dışı icrası (ing. *extraterritorial law enforcement*)” olarak adlandırmaktadır.¹³⁹ Dinstein’e göre, hukukun ülke dışı icrası, başka bir devletin ülkesi üzerinde konuşlanmış teröristler tarafından saldırıya uğrayan devletin, uluslararası hukuku, meşru müdafaa biçiminde, teröristlerin barındığı devletin ülkesi üzerinde ve teröristlere karşı uygulamasını ifade etmektedir.¹⁴⁰ Yazar, uluslararası meşru müdafaa hukukunun ülke dışında uygulanabilmesi için birtakım koşulların varlığının gerekli olduğunun altını çizmekte ve Deeks’in geliştirdiği ilkelere benzer önerilerde bulunmaktadır. Dinstein’e göre;

- Devlet, başka bir devlet üzerinde konuşlanmış devlet-dışı aktörler tarafın-

olsa da, bu görüşlerin, Bethlehem’in 2006-2011 yılları arasında Birleşik Krallık Dışişleri Bakanlığı’nın baş danışmanı olarak görev yaptığı bilgisi ışığında okunmasında fayda vardır.

¹³⁵ Ashley S. Deeks, *op. cit.*, s. 520.

¹³⁶ *Idem*, s. 525.

¹³⁷ *Idem*, ss. 525-529.

¹³⁸ *Idem*, s. 506.

¹³⁹ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, s. 247.

¹⁴⁰ *Idem*, ss. 244-247.

dan saldırıya uğradığında meşru müdafaa hakkını kullanmalı ancak gerçekleşmesi muhtemel bir saldırının varlığından hareketle önleyici meşru müdafaa bulunmamalıdır.

- Meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesi için devlet dışı aktörlerin saldırılarının devamının gelmesi muhtemel olmalıdır; zira hukuk, ülke dışında, cezalandırma amaçlı değil, savunma amaçlı icra edilmelidir.
- Saldırıya uğrayan devletin, teröristlerin ve silâhlı grupların eylemlerine son verebilmek için kuvvet kullanmaktan başka bir çaresi bulunmamalıdır.
- Meşru müdafaanın “ani” olması koşulu gereği, teröristlerin saldırısına uğrayan devlet, saldırının hemen sonrasında kuvvet kullanmalıdır.
- Orantılılık ilkesi gereği, yalnızca teröristlere ve silâhlı gruplara karşı kuvvet kullanılmalı, ülke devletinin unsurları ve sivil halkı hedef alınmamalıdır.¹⁴¹

Deeks ve Dinstein’in görüşleri birlikte okunduğunda görülmektedir ki, isteksiz veya âciz devlet teorisi, saldırıya uğrayan devleti, saldırıyı gerçekleştiren devlet dışı aktörlerin konuşlandığı ülke devletinin egemenliğine mümkün olduğunca az hâle getirerek korumayı hedeflemektedir.¹⁴² Ve söz konusu teori uluslararası hukuk doktrinine mensup yazarlar tarafından giderek artan bir biçimde benimsenmektedir.¹⁴³

Teoriyi şiddetle reddeden yazarlar da yok değildir. Örneğin, Theodore Christakis teorisinin devletlerin özen yükümlülüğünü bir davranış yükümlülüğü olmaktan çıkarıp sonuç yükümlülüğüne dönüştürdüğünü, devlet dışı aktörler ile mücadelede meşru müdafaaı yegâne vasıta haline getirdiğini, askerî müdahale dışındaki çok taraflı işbirliği yöntemlerini dışladığını ve devletlerin tek taraflı olarak kuvvet kullanmalarına kapıyı açarak kolektif güvenlik sistemini ve kuvvet kullanma yasağını tehlikeye attığını ifade etmektedir.¹⁴⁴ Teorinin, tek taraflı olarak kuvvet kullanabilmek için çok düşük bir standart tesis ettiğinin altını çizen Britta Sjøstedt de isteksiz veya âciz devlet yaklaşımının, içeriği belirsiz bir yaklaşım olduğunu ve söz konusu yaklaşımın kabulü halinde BM Şartı’nın

¹⁴¹ *Idem*, s. 250.

¹⁴² Fatma Taşdemir & Adem Özer, “Kuvvet Kullanma Hukuku Açısından Fırat Kalkanı Operasyonu”, *Akademik Hassasiyetler Dergisi*, 2017, Cilt 4, Sayı 7, ss. 53-70, s. 63.

¹⁴³ Bkz. Guy Keinan, “Humanising the Right of Self-Defence” in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 50-52; Jochen Abr. Frowein, “Article 51 and the Realities of the Present Day World” in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 42-43; Karin Oellers-Frahm, “Article 51-What Matters is the Armed Attack, not the Attacker” in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 44-46; Irène Couzigou, “The Right to Self-Defence Against Non-State Actors-Criteria of the ‘Unwilling or Unable’ Test” in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 47-49; Christian J. Tams, “Embracing the Uncertainty of Old: Armed Attacks by Non-State Actors Prior to 9/11” in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 53-56.

¹⁴⁴ Theodore Christakis, “‘Unwilling or Unable’ Test” in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 17-20.

tesis ettiği kolektif güvenlik sisteminin tehlikeye gireceğini ileri sürmektedir.¹⁴⁵ Benzer bir biçimde, teorinin devlet egemenliği ilkesine ve BM Şartı'nın ortaya koyduğu kolektif güvenlik şemasına uygun olmadığını ve dolayısıyla hukuken sıkıntılı olduğunu savunan Priya Urs'a göre yabancı devlet üzerinde konuşlanmış teröristlere karşı söz konusu devletin rızası olmadan meşru müdafaa temelinde kuvvet kullanmak teröristlere hukuk kişiliği atfetmek anlamına gelecektir.¹⁴⁶ "İsteksiz" ve "âciz" kavramlarının tam olarak ne ifade ettiğinin bilinmediğinin altını çizen Mathias Hartwig ise, teröristlerin tek bir yabancı devlette konuşlanmadıklarını, eylemlerinin planlarını bir devlette yaparken mâlî kaynaklarını başka bir devletten temin edebildiklerini belirtmekte ve bu durumun teorinin uygulanmasına engel olacağını ifade etmektedir.¹⁴⁷

C. İÇTİHAH

Makalenin birinci bölümünde incelendiği üzere, Uluslararası Adalet Divanı, bugüne kadar, devletlere atfedilemeyen saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğu yönünde bir karar vermiş değildir. Aksine, Divan *Nikaragua* ve *Kongo* kararlarında ve *Duvar* danışma görüşünde meşru müdafaa hakkını dar yorumlamış ve sınır ötesi operasyon kavramına yeşil ışık yakmamıştır. Bununla birlikte, söz konusu kararlar yalnızca Divan dışından değil, Divan içinden yükselen eleştirilerin de konusu olmuş, Divan hâkimlerinin bir kısmı her üç karar için de ayrık ve karşı oy yazıları kaleme almışlardır. Elbette ki; söz konusu görüşler bağlayıcı değildir. Bununla birlikte, Divan'ın meseleye bakış açısına kendi içinden yöneltilen ve doktrininin bir parçasını teşkil eden bu itirazlar, devletlere atfedilemeyen saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının bulunmadığı yönündeki klasik ve dar yorumun uluslararası toplumun ve hukukçuların tamamını ikna etmekten uzak olduğunu gözler önüne sermektedir.

İlk olarak, Uluslararası Adalet Divanı'nın, *Nikaragua* uyuşmazlığında, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının doğabilmesi için söz konusu saldırıların bir devlete atfedilebilir olması gerektiğine hükmetmesi ve atfedilebilirliğin eşliğini oldukça yüksek tutması Divan üyelerinden Schwebel ve Jennings'in itirazlarına konu olmuş ve bu iki hâkim kaleme aldıkları karşı oy yazılarında Divan'ın meseleye bakış açısını ciddi bir biçimde eleştirmişlerdir. Hâkim Schwebel, Divan'ın "bir devletin devlet dışı aktörlere silâh tedarik etmesinin ve lojistik yardımda bulunmasının bu aktörlerin eylemlerinin devlete atfedilebilir olması için yeterli olmadığı, bu çerçevede söz konusu yardımların silâhlı saldırı

¹⁴⁵ Britta Sjöstedt, "Applying the Unable / Unwilling State Doctrine-Can a State Be Unable to Take Action?" in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 35-38.

¹⁴⁶ Priya Urs, "Effective Territorial Control by Non-State Armed Groups and the Right of Self-Defence" in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 28-31.

¹⁴⁷ Mathias Hartwig, "Which State's Territory May Be Used for Self-Defence Against Non-State Actors?" in Anne Peters & Christian Marxsen (eds.), *op. cit.*, ss. 39-41.

telâkki edilemeyeceği ve dolayısıyla meşru müdafaa hakkı doğurmayacağı” yönündeki yaklaşımını reddetmiş ve bu tür destek ve yardımların silâhlı saldırı addedilmesi ve dolayısıyla meşru müdafaa hakkına sebebiyet vereceğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur.¹⁴⁸ Hâkim Jennings de, benzer bir biçimde, Divan’ın meseleye yaklaşımının gerçekçi olmadığını ifade etmiş, meşru müdafaa hakkının koşullarının katı ve dar yorumlanmasının uluslararası barış ve güvenlik için tehlike oluşturabileceğini belirtmiştir.¹⁴⁹

Divan’ın 2004 yılında verdiği ve meşru müdafaa hakkının yalnızca bir devletten başka bir devlete yönelen silâhlı saldırıların varlığı halinde doğacağını belirttiği *Duvar* danışma görüşü de heyet içinde ciddi fikir ayrılıklarının konusunu teşkil etmiş ve üç hâkim, kaleme aldıkları ayrık oy yazılarında, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkı bulunmadığı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadıklarını ifade etmişlerdir. Hâkim Higgins, Divan’ın meşru müdafaa hukukuna ilişkin değerlendirmelerine katılmadığını, BM Şartı’nın 51. maddesinde “meşru müdafaa hakkının yalnızca devletlerin birbirilerine karşı gerçekleştirdiği saldırıların varlığında söz konusu olacağı”na ilişkin hiçbir ifade bulunmadığını, bu yorumun daha ziyâde Divan’ın *Nikaragua* kararından çıkan bir sonuç olduğunu dile getirmiştir.¹⁵⁰ Benzer bir biçimde, Divan’ın, BM Şartı’nın 51. maddesi uyarınca yalnızca bir devletten başka bir devlete karşı gerçekleştirilen silâhlı saldırıların varlığında meşru müdafaa hakkının doğacağı yönündeki ifadelerine katılmadığını belirten hâkim Kooijmans, Güvenlik Konseyi’nin 1368 ve 1373 sayılı kararlarının, herhangi bir saldırıya uğrayan devletin, saldırının faili kim olursa olsun, doğal olan meşru müdafaa hakkına sahip olduğunu kabul ettiğinin altını çizmiş ve uluslararası hukukta meşru müdafaa kavramına ilişkin bu “yeni” yaklaşımın Divan tarafından dikkate alınmamış olmasını eleştirmiştir. Kaldı ki; Kooijmans’a göre, BM Şartı’nın 51. maddesinin lâfzı bu yeni yaklaşımı dışlıyor değildir; maddede meşru müdafaa hakkının doğması için silâhlı saldırının bir devlet tarafından gerçekleştirilmiş olması gerektiği yönünde hiçbir ifade bulunmamaktadır.¹⁵¹ Higgins ve Kooijmans ile aynı kanaatte olduğunu belirten hâkim Buergenthal’e göre de doğal olan meşru müdafaa hakkını teyit eden BM Şartı, hakkın varlığını silâhlı saldırının bir devlet tarafından gerçekleştirilmesi şartına bağlamış değildir. Ayrıca, Güvenlik Konseyi’nin terörizmle mücadele bağlamında aldığı 1368 ve 1373 sayılı kararları meşru müdafaa hakkının kullanımını devletler

¹⁴⁸ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *op. cit.*, Dissenting Opinion of Judge Schwebel, par. 154-161.

¹⁴⁹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *op. cit.*, Dissenting Opinion of Judge Jennings, ss. 543-544.

¹⁵⁰ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *op.cit.*, Separate Opinion of Judge Higgins, par. 33.

¹⁵¹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *op.cit.*, Separate Opinion of Judge Kooijmans, par. 35.

tarafından gerçekleştirilen saldırılar ile sınırlandırmamakta, aksine devlet dışı aktörlerin saldırı eylemlerinin doğurduğu meşru müdafaa hakkına atıfta bulunmaktadır.¹⁵²

Son olarak, Divan'ın *Kongo Ülkesi Üzerinde Silâhlı Faaliyetler* kararında ortaya koyduğu ve *Nikaragua* kararını teyit ettiği şekilde yorumlanan yaklaşım da heyetteki bütün hâkimler tarafından benimsenmiş değildir. Hâkim Kooijmans, o güne kadar kaleme aldığı yazıları teyit ve tekrar eden ayırık oy yazısında, her ne kadar elli seneden fazla bir süredir bu şekilde yorumlanıyor olsa da, BM Şart'ının 51. maddesinin meşru müdafaa hakkının yalnızca devletlerden yönelen saldırılara karşı kullanılabileceğine dair herhangi bir ifade içermediğini dile getirmiştir.¹⁵³ Meşru müdafaa hakkının dar yorumunun artık Güvenlik Konseyi tarafından da benimsenmediğini, 1368 ve 1373 sayılı kararların devletlere atfedilemeyen saldırılara karşı da meşru müdafaa hakkı tanıdığını belirten hâkime göre, devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen bir saldırı eylemi, ölçüsü ve etkileri bakımından düzenli birliklerce gerçekleştirildiğinde silâhlı saldırı kabul edilebilir nitelikte ise silâhlı saldırıdır ve saldırıya uğrayan devlet nezdinde meşru müdafaa hakkı doğuracaktır¹⁵⁴; aksi yönde bir kabul saldırıya uğrayan devlet açısından değerlendirildiğinde mâkul olmayacaktır.¹⁵⁵ Hâkim Kooijmans'ın değerlendirmelerine katıldığını belirten hâkim Simma'ya göre de, madde 51 geleneksel olarak yalnızca devletlerin gerçekleştirdiği silâhlı saldırılara karşı meşru müdafaa hakkı bulunduğu şeklinde okunsa da, devlet uygulamalarında ve *opinio juriste* son dönemde yaşanan gelişmeler dikkate alınarak yeniden yorumlanmalı ve terörist grupların saldırılarını da kapsadığı kabul edilmelidir.¹⁵⁶

Görüldüğü üzere, Uluslararası Adalet Divanı'nın meşru müdafaa hakkını dar ve katı yorumlayan anlayışı, bütün Divan üyeleri tarafından paylaşıyor değildir. Divan'ın içtihadının heyet dışından çok sayıda uluslararası hukukçu tarafından da eleştirildiğinin altının çizilmesi gerekir. Örneğin Wittich'e göre, Divan'ın muhtelif kararlarında geliştirilen ve madde 51'i dar yorumlayan yaklaşım, geleneksel uluslararası andlaşmaların yorumu ilkeleri ile ve özellikle Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesi ile bağdaşmamaktadır;¹⁵⁷

¹⁵² *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *op.cit.*, Declaration of Judge Buergenthal, par. 6.

¹⁵³ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *op. cit.*, Separate Opinion of Judge Kooijmans, par. 28.

¹⁵⁴ *Idem*, par. 29.

¹⁵⁵ *Idem*, par. 30.

¹⁵⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *op. cit.*, Separate Opinion of Judge Simma, par. 11.

¹⁵⁷ Söz konusu maddenin birinci fıkrası uyarınca "bir andlaşma, içeriği ile bağlantılı olarak ve konu ve amacının ışığında, terimlerin olağan anlamına uygun bir biçimde, iyi niyetle yorumlanmalıdır".

lâfzî yorum yapıldığında, madde 51'in, silâhlı saldırıların bir devlet tarafından gerçekleştirilmesi yönünde herhangi bir koşul tesis etmediği görülmektedir.¹⁵⁸ Dolayısıyla, yazara göre meşru müdafaa hakkının devletler tarafından gerçekleştirilen silâhlı saldırılar ile sınırlandırılması BM Şartı'nın 51. maddesinden çıkan bir sonuç değildir. Bu çerçevede, Divan hâkimlerinden Higgins, Kooijmans ve Buergenthal'in ayırık oy yazılarının yerinde olduğunu ifade eden Wittich,¹⁵⁹ Divan'ın, meşru müdafaa hukukuna ilişkin kararlarının gerekçelerini yeterince açıklamadığını, devlet uygulamalarını göz ardı ettiğini ve meseleyi aydınlatacağına daha da muğlâk hale getirdiğini belirtmektedir.¹⁶⁰ Hatta yazar, 51. maddenin bu kadar dar yorumlanması meşru müdafaa kavramını hukuken etkisiz hale getirebileceği ve uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımının artması sonucunu dahi doğurabileceği kanaatindedir. Zira devlet dışı aktörler tarafından saldırıya uğrayan devletler yazılı olmayan gerekçelere başvurarak saldırılara cevap vermeye kalkacak ve hatta kendilerine yönelik saldırıları bertaraf etmek için herhangi bir hukukî gerekçe ileri sürmeye tenezzül dahi etmeyecebilecektir.¹⁶¹

Sean Murphy ise Divan'ın, BM Şartı'nın 51. maddesinin yalnızca devletlerin silâhlı saldırılarının varlığında meşru müdafaa hakkı tanıdığı yönündeki görüşünü temellendirmediği görüşündedir.¹⁶² Yazara göre, maddenin lâfzından ve Şart'ın bütününden böyle bir sonuç çıkmamaktadır. Bir "devletin" başka bir "devlete" karşı kuvvet kullanmasını yasaklayan Şartın 2. maddesinin 4. fıkrasında benimsenen kurgunun, 51. maddede tekrar edilmediğinin altını çizen Murphy, 51. maddenin meşru müdafaa hakkı doğuracak silâhlı saldırıyı kimin gerçekleştirmesi gerektiği hususunda sessiz kaldığını ve dolayısıyla devlet dışı aktörlerin saldırılarını dışlamadığını ifade etmektedir.¹⁶³

Meseleye benzer bir biçimde yaklaşan David Kretzmer, Divan'ın bugüne kadar geliştirdiği içtihadı ve özellikle *Duvar* danışma görüşünde kullandığı açık ifadelerle rağmen, devletlere atfedilemeyen saldırıların da uluslararası hukuk çatısı altında "silâhlı saldırı" telâkki edilmesi görüşünü savunmakta,¹⁶⁴ Michael Brent, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının

¹⁵⁸ Stephan Wittich, *op. cit.*, s. 87.

¹⁵⁹ *Idem*, ss. 87-89.

¹⁶⁰ *Idem*, s. 90.

¹⁶¹ *Idem*, s. 99.

¹⁶² Sean D. Murphy, "Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?", *American Journal of International Law*, 2005, Vol. 99, n^o: 1, ss. 62-76, s. 63.

¹⁶³ *Idem*, s. 64.

¹⁶⁴ David Kretzmer, *op. cit.*, s. 247 ve 273. Bununla birlikte yazar, devletlere atfedilemeyen saldırıların varlığında düzenlenecek sınır ötesi operasyonların yalnızca devlet dışı aktörleri hedef alması ve operasyonu düzenleyen devletin, gereklilik ve orantılılık ilkeleri de dâhil olmak üzere, meşru müdafaa hakkının kullanımına ilişkin bütün kurallar ile bağlı olması gerektiğinin özellikle altını çizmektedir.

bulunup bulunmadığı meselesinde Divan'ın ikiye bölündüğünün ve geleneksel ve dar meşru müdafaa yorumunu benimseyen hâkimlerin özellikle 11 Eylül sonrasındaki devlet uygulamalarını dikkate almadığının altını çizmekte¹⁶⁵, Claus Kreß, Divan'ın içtihadının izaha muhtaç olduğunu belirtmekte¹⁶⁶, meseleye nispeten ihtiyatlı yaklaşan ve 1990'lı yıllardan beri uluslararası ilişkilerde yaşanan gelişmelere rağmen BM Şartı'nın 51. maddesinin artık devlete atfedilebilirlik şartını aramadığı yönünde bir sonuca varılması için erken olduğunu savunan Christian Tams bile, *Nikaragua* kararında ortaya konulan ve Divan'ın muhtelif kararları ile teyit edilen geleneksel ve dar meşru müdafaa anlayışının uluslararası hukukta "genel kabul" olmaktan çıktığını dile getirmekte ve Divan'ın kararlarının günümüz devlet uygulamalarını göz ardı ettiğini ileri sürmektedir.¹⁶⁷

Görüldüğü üzere, Divan'ın meşru müdafaa hakkının dar yorumunu eleştiren bütün hukukçular, söz konusu yorumun devlet uygulamaları ile desteklenmediği gerekçesinin altını özellikle çizmektedir. Bu noktada, devlet uygulamalarının ve dolayısıyla *opinio juris*in 11 Eylül sonrasında nasıl şekillendiğinin incelenmesinde fayda vardır.

D. Geniş Yorumu Destekleyen Devlet Uygulamaları

Devletlerin, devlet dışı aktörlerin gerçekleştirdikleri saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının bulunup bulunmadığı meselesine yaklaşımlarının, bu tür saldırılara veya saldırı tehditlerine maruz kalıp kalmadıklarına göre şekillendiğini tahmin etmek zor olmasa gerekir. Gerçekten de, devlet dışı aktörler tarafından sıklıkla saldırıya uğrayan veya saldırı tehdidi altında bulunan devletlerin, meşru müdafaa hakkını geniş yorumladıkları, geçmişte bu tür saldırıların hedefi olmamış ve meşru müdafaa hakkının dar yorumunu savunmuş olan devletlerin ise devlet dışı aktörlerin hedefi haline geldikten sonra tezlerini radikal bir biçimde değiştirdikleri görülmektedir.¹⁶⁸ Bu çerçevede, 20. yüzyılın sonlarından itibaren devlet dışı aktörlerin devletlere atfedilemeyen saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğunu savunan devletlerin sayısının arttığı, bu yöndeki iddiaları kınayan devletlerin sayısının azaldığı ve uluslararası toplumun, giderek artan bir biçimde, geleneksel meşru müdafaa hukuku rejiminin dışına çıkmaya meylettiği gözlemlenmektedir.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Michael Brent, *op. cit.*, ss. 154-155.

¹⁶⁶ Claus Kreß, "Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts", *Journal of Conflict & Security Law*, 2010, Vol. 15, ss. 245-274, s. 248.

¹⁶⁷ Christian J. Tams, "Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the Wall Case", *European Journal of International Law*, 2005, Vol. 16, n°: 5, ss. 963-978, s. 973.

¹⁶⁸ David Kretzmer, *op. cit.*, s. 238.

¹⁶⁹ Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 378. Bazı devletlerin, 20. yüzyılın başlarında da, ülkeleri üzerinde konuşlanmış devlet dışı silâhli grupların eylemlerini engellemeye isteksiz veya âciz oldukları gerekçesi ile üçüncü devletlere sınır ötesi operasyon

Elbette ki; yukarıdaki satırlarda ayrıntılı bir biçimde incelenen 11 Eylül saldırıları ve söz konusu saldırılar sonrasında ABD'nin Afganistan'a düzenlediği operasyonlar karşısında uluslararası toplumun takındığı tutum bu tespiti doğrular nitelikteki en çarpıcı örnektir; ancak yegâne örnek değildir. ABD, 2000'li yıllardan önce de sınır ötesi harekâtlar düzenlemiş, örneğin Başkan George Bush'a 1993 yılında Kuveyt'e yaptığı seyahat sırasında suikast hazırlığı yapıldığı gerekçesi ile Irak İstihbarat Teşkilâtı'nın Bağdat'taki karargâhlarını vurmuş¹⁷⁰, 1998 yılında Kenya ve Tanzanya'daki büyükelçiliklerine yapılan saldırılara cevaben Sudan ve Afganistan'da bulunan terör kamplarını bombalamıştır.¹⁷¹ ABD'nin, 2000'li yıllarda, isteksiz veya âciz devlet teorisini ileri sürerek teröristleri ülkeleri üzerinde barındırdıkları gerekçesi ile başta Pakistan ve Suriye olmak üzere çok sayıda devlet üzerinde kuvvet kullandığının da altının çizilmesi gerekir.¹⁷²

ABD'nin yanı sıra, İran, Rusya, Kolombiya, Avustralya, İsrail, Ruanda, Tacikistan, Miyanmar ve Türkiye gibi çok sayıda devletin uygulamalarının da bu yönde olduğu ve meşru müdafaa kavramını geniş yorumlayan tüm bu devletlerin zımnen veya sarahaten isteksiz veya âciz devlet teorisine dayandıkları görülmektedir. Örneğin İran, 1990'lı yılların ortalarından itibaren, BM Şartı'nın 51. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa hakkı temelinde

düzenledikleri ve söz konusu operasyonları meşru müdafaa gerekçesi ile temellendirdikleri bilinmektedir. Bu örnekler için bkz. Ian Brownlie, "International Law and the Activities of Armed Bands", *op. cit.*, ss. 732-733.

¹⁷⁰ Bkz. Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 380; Michael W. Reisman, "The Raid on Baghdad: Some Reflections on Its Lawfulness and Implications", *European Journal of International Law*, 1994, Vol. 5, ss. 120-133; Luigi Condorelli, "A propos de l'attaque américaine contre l'Iraq du 26 juin 1993", *European Journal of International Law*, 1994, Vol. 5, ss. 134-144; Dino Kritsiotis, "The Legality of the 1993 US Missile Strike on Iraq and the Right of Self-Defence in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, Vol. 45, ss. 162-177.

¹⁷¹ Bkz. Jules Lobel, *op. cit.*; Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, ss. 379-380.

¹⁷² Bkz. UN Doc. S/2014/695, 23 September 2014, Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General; Michael Brent, *op. cit.*, ss. 152-154; Olivier Corten, "The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?", *op. cit.*, ss. 777-778. ABD, İŞİD terör örgütü ile mücadele bağlamında Irak ülkesi üzerinde de kuvvet kullanmıştır. Ancak Irak'ta gerçekleştirilen operasyonların temeli bu devletin rızası ve vâdetidir. Irak 2014 yılında BM'ye gönderdiği mektuplar vasıtası ile İŞİD ile mücadelede uluslararası toplumun yardımına ihtiyacı olduğunu dile getirmiş ve yabancı güçler tarafından ülkesi üzerinde gerçekleştirilecek askerî müdahalelere rızası olduğunu açıklamıştır. Bkz. UN Doc. S/2014/440, 25 June 2014; UN Doc. S/2014/691, 20 September 2014. Dolayısıyla, ABD'nin bu dönemde Irak'ta gerçekleştirdiği operasyonların hukukî temeli tartışmalı değildir. Selami Kuran & Hande Gür, "Devlet-Dışı Aktörlere Karşı Meşru Müdafaa'da 'İsteksiz veya Âciz' Doktrini: Suriye ve DAEŞ Örneği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, Cilt 23, Sayı 1, ss. 57-88, s. 69.

Irak ülkesi üzerinde bulunan Halkın Mücahitleri Örgütü'nün karargâhlarını vurmuş,¹⁷³ Rusya, 2000'li yıllarda, Gürcistan ülkesi üzerinde bulunan ve Rusya'da şiddet eylemleri gerçekleştiren Çeçen teröristlere karşı Gürcistan'ın söz konusu eylemleri önlemede isteksiz olduğu gerekçesi ile kuvvet kullanmış¹⁷⁴ ve İran'ın ve Rusya'nın söz konusu eylemleri uluslararası toplumda ciddi bir tepki ile karşılaşmamıştır.¹⁷⁵ Yine 2000'li yıllarda, Mart 2008'de, Kolombiya Silâhlı Kuvvetleri Ekvador ülkesi üzerinde bulunan FARC mensuplarına karşı kuvvet kullanmış, söz konusu operasyon Amerikan Devletleri Örgütü tarafından uluslararası hukuk ihlâli olarak nitelendirilmiş olsa da¹⁷⁶, BM Güvenlik Konseyi veya Genel Kurulu tarafından kınanmamıştır.¹⁷⁷ Benzer bir biçimde, Avustralya, Ekim 2002'de Bali'de gerçekleştirilen saldırılar sonrasında teröristlere karşı sınır ötesi operasyon hakkının bulunduğunu beyan etmiş¹⁷⁸, Ruanda, Tacikistan ve Myanmar, komşu devletler üzerinde konuşlanmış gruplar tarafından uğradıkları muhtelif saldırılara kuvvet kullanarak cevap vermişlerdir.¹⁷⁹ Kanada da, 2015 yılında BM Güvenlik Konseyi'ne gönderdiği mektupta, Suriye'nin IŞİD ile mücadelede isteksiz ve âciz olduğunu ve bu durumun Irak'ın güvenliğini tehdit ettiğinin altını çizmiş, BM Şart'ının 51. maddesi uyarınca Irak Devleti'nin meşru müdafaa hakkını kullanmasına ortak olacağını ve bu çerçevede Suriye ülkesi üzerinde gerekli ve orantılı bir biçimde kuvvet kullanacağını ifade etmiştir.¹⁸⁰

Meşru müdafaa hakkının geniş yorumunun uluslararası toplumdaki en istikrarlı ve eski savunucularından olan İsrail'in uygulamaları da isteksiz veya âciz devlet teorisini desteklemektedir. İsrail, 2003 yılında Hayfa'da düzenlenen bir intihar saldırısına cevaben Şam'ın kuzeyindeki Filistin kamplarını vurmuş¹⁸¹

¹⁷³ Bkz. Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 380.

¹⁷⁴ Bkz. UN Doc. S/2002/854; UN Doc. S/2002/1012/Annex, 12 September 2002.

¹⁷⁵ Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 380; Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, s. 153.

¹⁷⁶ OAS CP/Res 930 (1632/08), 5 March 2008.

¹⁷⁷ Sean D. Murphy, "Protean Jus Ad Bellum", *Berkeley Journal of International Law*, 2009, Vol. 27, Issue 1, ss. 22-52; ss. 41-42; Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 380.

¹⁷⁸ Tom Ruys, "Quo Vadit Jus ad Bellum?: A Legal Analysis of Turkey's Military Operations Against the PKK in Northern Iraq", *Melbourne Journal of International Law*, 2008, Vol. 9, ss. 334-364, ss. 354-355; Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, s. 290; Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 380.

¹⁷⁹ Bkz. Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 381; Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, s. 317; Tom Ruys, "Quo Vadit Jus ad Bellum?: A Legal Analysis of Turkey's Military Operations Against the PKK in Northern Iraq", *op. cit.*, s. 355.

¹⁸⁰ Letter from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Canada to the United Nations addressed to the President of the Security Council, 31 March 2015, UN Doc. S/2015/221.

¹⁸¹ Bkz. UN Doc S/PV.4836, 5 October 2003.

ve 2006 yılında Hizbullah tarafından gerçekleştirilen roket saldırılarına Lübnan ülkesi üzerinde kuvvet kullanarak cevap vermiştir. Hizbullah ve Hamas gibi örgütlerin, eylemlerini, Suriye ve Lübnan'ın desteği ile gerçekleştirdiklerini ileri süren İsrail, bu devletlerin, ülkeleri üzerinden kendisine yöneltilen saldırıları önleyemediklerini, teröristleri barındırdıklarını, bunlara mâlî, siyâsî ve lojistik destek sağladıklarını ve dolayısıyla terörist eylemlerden sorumlu olduklarını savunmuş,¹⁸² bu çerçevede meşru müdafaa hakkına sahip olduğunu ısrarla ifade etmiş¹⁸³ ve sınırlarının ötesinde kullandığı kuvveti isteksiz veya âciz devlet teorisi ile temellendirmiştir.¹⁸⁴ Her ne kadar İsrail'in Lübnan'a – ve benzer gerekçeler ile Suriye'ye - düzenlediği sınır ötesi operasyonlar orantılı olmadıkları için kınanmış olsalar da, İsrail'in devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen saldırılara karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğu, özellikle 2006 operasyonu sonrasında, devletlerin büyük çoğunluğu tarafından ilkesel olarak kabul edilmiştir.¹⁸⁵

Uluslararası hukukta sınır ötesi operasyon hakkını istikrarlı bir biçimde savunan devletlerden bir diğeri, PKK terör örgütü ile mücadele bağlamında 1983 yılından itibaren sınırlarının ötesinde çok sayıda harekât gerçekleştiren Türkiyedir.¹⁸⁶ Türkiye, 1984-1988 yılları arasında sınır ötesi operasyonlarını 15 Ekim 1984 tarihinde Irak ile akdedilen ve her iki devlete birbirlerinin sınırlarından

¹⁸² Bkz. *idem*; Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, *op. cit.*, s. 243.

¹⁸³ Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, *op. cit.*, s. 244.

¹⁸⁴ Bkz. UN Doc. S/PV.5489, 14 July 2006, s. 6; Ashley S. Deeks, *op. cit.*, s. 486.

¹⁸⁵ Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 379; Raphaël Van Steenberghe, "Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?", *op. cit.*, s. 193; Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, *op. cit.*, ss. 243-239; Tom Ruys & Sten Verhoeven, *op. cit.*, s. 317; Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, s. 153. İsrail'in devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı ilkesel olarak meşru müdafaa hakkına sahip olduğu görüşünü destekleyen devletlerin beyanları için bkz. UN Doc. S/PV.5489, s. 9 (Arjantin); UN Doc. S/PV.5489, s. 12 (Birleşik Krallık); UN Doc. S/PV.5489, s. 14 (Peru); UN Doc. S/PV.5489, s. 15 (Danimarka); UN Doc. S/PV.5489, s. 16 (Slovakya); UN Doc. S/PV.5489, s. 17 (Yunanistan); UN Doc. S/PV.5493, ss. 16-17 (ABD); UN Doc. S/PV.5493 (Resumption 1), s. 2 (Rusya); UN Doc. S/PV.5493 (Resumption 1), s. 8 (Gana); UN Doc. S/PV.5493 (Resumption 1), s. 18 (İsviçre); UN Doc. S/PV.5493 (Resumption 1), s. 19 (Brezilya); UN Doc. S/PV.5493 (Resumption 1), s. 23 (Norveç); UN Doc. S/PV.5493 (Resumption 1), s. 27 (Avustralya); UN Doc. S/PV.5493 (Resumption 1), s. 28 (Türkiye); UN Doc. S/PV.5493 (Resumption 1), s. 39 (Kanada); UN Doc. S/PV.5493 (Resumption 1), s. 41 (Guatemala).

¹⁸⁶ Türkiye'nin 1983, 1984, 1986, 1987, 1991, 1992, 1994, 1995, 1996, 1997 ve 2007 tarihli sınır ötesi operasyonları için bkz. Sercan Semih Akutay & Davut Ateş, "Türkiye'nin Sınır Ötesi Operasyonlarının Hukukî Çerçevesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt XVII, Sayı 3, ss. 109-146, ss. 129-131. 2007 ve sonrasında düzenlenen operasyonlar için bkz. Fatma Taşdemir & Adem Özer, *op. cit.*; Süleyman Sırrı Terzioğlu, *op. cit.*; Tom Ruys, "Quo Vadit Jus ad Bellum?: A Legal Analysis of Turkey's Military Operations Against the PKK in Northern Iraq", *op. cit.*

beş kilometre içeri girme hakkı tanıyan Güvenlik Protokolü temelinde yürütmüş ve Irak ülkesi üzerinde Irak'ın rızası alınarak gerçekleştirilen bu operasyonlar herhangi bir uluslararası hukuka aykırılık sorunu doğurmamıştır. Bununla birlikte, dört yıllık bir süre için akdedilen söz konusu Protokolün süresi uzatılmamış, Irak 1991 yılından itibaren Türkiye'nin Irak ülkesi üzerinde kuvvet kullanmasına rızası olmadığını açıklamış, Türkiye'nin BM Şartı'nı ve uluslararası hukuku ihlâl ettiğini ileri sürmüştü¹⁸⁷ ve böylece Türkiye, sınır ötesi operasyonlarının en güçlü hukukî temelini teşkil eden "ülke devletinin rızası" gerekçesini kaybetmiştir.

Türkiye, bu tarihten itibaren, terör örgütü PKK'ya karşı sınırlarının ötesinde düzenlediği askerî operasyonları meşru müdafaa hakkı ve isteksiz veya âciz devlet teorisi ile temellendirmiştir. Örneğin, 1995 yılında Irak ülkesi üzerinde gerçekleştirilen sınır ötesi operasyonun temeli Türkiye tarafından şu ifadeler ile açıklanmıştır: *"Irak, malûm nedenler ile 1991'den bu yana ülkesinin kuzey kesiminde otoritesini uygulamaktan âciz olduğundan Türkiye Irak hükümetine, uluslararası hukuktan kaynaklanan 'Türkiye'ye karşı terörist eylemler gerçekleştirilmesi için ülkesinin kullanılmasını önleme yükümlülüğünü' yerine getirmesini talep edememektedir. Bu koşullar altında, Türkiye'nin kendi güvenliğini sağlayabilmek için alması zarurî olan meşru önlemlerin Irak'ın egemenliğini ihlâl eden eylemler addedilebilmesi mümkün değildir. Komşu devletin ülkesi üzerinden aralıksız bir biçimde sınır ötesi saldırılara maruz kalan hiçbir devletin, komşu devletin söz konusu saldırılara son vermekten âciz olduğu durumlarda, hareketsiz kalması beklenemez. Operasyonlar bu çerçevede gerçekleştirilmiştir"*.¹⁸⁸

Türkiye, 1996 ve 1997 yıllarında gerçekleştirdiği sınır ötesi operasyonlarını gerekçelendirirken de, benzer bir biçimde, devletlerin ülkeleri üzerinden başka devletlere zarar verilmesini önleme yükümlülüğünün altını çizmiş, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi veya getirilememesi durumunda, saldırıya uğrayan devletin, kendisini korumak için, yükümlülüğünü yerine getirmeyen devletin ülkesi üzerinde orantılı bir biçimde kuvvet kullanmasının kaçınılmaz hale geleceğini ifade etmiş, Irak'ın, ülkesinin kuzeyinde etkin kontrol sağlayamadığını ve PKK'nın Türkiye'ye yönelik terör saldırılarını engellemekten âciz olduğunu belirtmiştir: *"Irak, kara ve hava ülkesinin belli bir bölümünde*

¹⁸⁷ Letter from Ahmad Hussein, Minister for Foreign Affairs concerning aerial operation in Northern Iraq in which eight Turkish warplanes crossed the Iraqi border, UN Doc. S/23141, 14 October 1991; Letter from Ahmad Hussein, Minister for Foreign Affairs concerning violation of Iraqi airspace by Turkish military aircraft, UN Doc. S/23152, 17 October 1991.

¹⁸⁸ Letter from Turkey referring to the letter from the Libyan Arab Jamahiriya (S/1995/566) and stating that under existing circumstances, Turkey's use of measures seen as imperative to its security cannot be regarded as a violation of Iraq's sovereignty, UN Doc. S/1995/605, 14 July 1995.

kontrol sağlayamaz haldedir. Dolayısıyla Türkiye, Irak hükümetinden, yükümlülüklerini yerine getirmesini veya Kuzey Irak'ta gerçekleştirilen terör eylemlerinin sorumlularını cezalandırmasını talep edemeyecektir. Irak, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülük ve sorumluluklarını üstlenebilir hale gelene kadar Türkiye bölgeden kendisine yönelen tehditleri ortadan kaldırmak için gerekli ve uygun önlemleri almak durumundadır".¹⁸⁹ Türkiye'nin, 1990'lı yıllarda sınırlarının ötesinde gerçekleştirdiği askerî operasyonları temellendirirken "gereklilik", "varlığını korumak" ve "sınırlarını ve vatandaşlarını terörizmden sakınmak" gibi kavramlara da atıf yaptığı görülmektedir.¹⁹⁰

2000'li yıllarda Irak ve Suriye ülkesi üzerinde gerçekleştirilen sınır ötesi operasyonlar Türkiye tarafından hem meşru müdafaa hakkı hem de isteksiz veya âciz devlet teorisi ile temellendirilmeye devam edilmiştir. Örneğin, 2015 yılında IŞİD tarafından Suruç ve Kilis'te gerçekleştirilen saldırılar sonrasında BM Güvenlik Konseyi'ne gönderilen mektupta "*Suriye'nin, ülkesi üzerinden sâdır olan tehditleri engellemeye ne muktadir ne de istekli olduğu, bu durumun Türkiye'nin ve vatandaşlarının güvenliğini tehlikeye soktuğu*" ifade edilmiş, BM Şartı'nın 51. maddesinde de düzenlenen ve uluslararası hukukta doğal bir hak olduğu kabul edilen bireysel ve ortak meşru müdafaa hakkının doğduğu beyan edilmiştir.¹⁹¹

Türkiye, Ağustos 2016-Mart 2017 arasında Suriye ülkesi üzerinde gerçekleştirdiği Fırat Kalkanı Operasyonu'nu ve Ocak 2018'te yine Suriye'nin Afrin bölgesinde PKK/KCK/PYD-YPG unsurlarına karşı düzenlediği Zeytin Dalı Operasyonu'nu da benzer ifadeler ile gerekçelendirmiş¹⁹² ve BM Güvenlik

¹⁸⁹ Letter from the Minister for Foreign Affairs of Turkey addressed to the Secretary-General and to the President of the Security Council, UN Doc. S/1996/479, 2 July 1996; Letter from the Minister for Foreign Affairs of Turkey addressed to the Secretary-General and to the President of the Security Council, UN Doc. S/1997/7, 3 January 1997.

¹⁹⁰ Letters from Turkey from the Minister for Foreign Affairs in response the letter from Iraq (S/1996/401) stating that measures taken by Turkey to counter cross-border attacks of an organization with long term separatist goals based and operating in northern Iraq cannot be regarded as a violation of Iraq's sovereignty and that Iraq cannot exercise its authority either in the territory or the airspace of that part of the country, UN Doc. S/1996/479; Letter from the representative of Turkey addressed to the Secretary General and the President of the Security Council, UN Doc. S/1997/552, 16 July 1997.

¹⁹¹ Letter from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the President of the Security Council, 24 July 2015, UN Doc. S/2015/563.

¹⁹² Fırat Kalkanı Operasyonu'na ilişkin Başbakanlık Koordinasyon Merkezi'nden yapılan basın açıklamasında, "*Fırat Kalkanı Operasyonu Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 51. maddesinde yer alan meşru müdafaa hakkı ile Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin DAEŞ ile mücadeleye yönelik almış olduğu kararlar çerçevesinde sürdürülmektedir*" ifadeleri kullanılmıştır. Suriye'nin itiraz ettiği bu operasyon, Suriye ile işbirliğine gidilmesinin altını çizen uluslararası toplumun büyük çoğunluğu tarafından kabul görmüştür. Bkz. Süleyman Sırrı Terzioğlu, *op. cit.*, ss. 612-614 ve s. 621.

Konseyi'ne Afrin operasyonuna ilişkin gönderdiği mektupta Suriye ülkesi üzerinde konuşlanmış söz konusu örgütlerin kendisi için oluşturduğu tehlikeyi, BM Şartı'nın 51. maddesinde öngörülen meşru müdafaa hakkına uygun olarak, orantılı bir biçimde bertaraf etmeyi amaçladığını ve operasyonun yalnızca teröristleri hedef alacağını belirtmiştir.¹⁹³

Bu makalenin son satırlarının kaleme alındığı günlerde, 9 Ekim 2019 tarihinde, Suriye ülkesi üzerinde PKK/PYD/YPG unsurlarına karşı başlatılan Barış Pınarı Operasyonu da BM Şartı'nın 51. maddesi ile temellendirilmiş ve operasyonun BM Güvenlik Konseyi'nin 1373 (2001), 1624 (2005), 2170 (2014), 2178 (2014), 2249 (2015) ve 2254 (2015) sayılı kararları doğrultusunda gerçekleştirileceği beyan edilmiştir. Türkiye, BM Güvenlik Konseyi'ne gönderdiği mektupta, Suriye'nin kuzey bölgesinde, Fırat nehrinin doğusunda konuşlanmış bulunan terör örgütlerinin kendisi için çok yakın bir tehlike (ing. *imminent threat*) teşkil ettiğini ve söz konusu operasyon ile, uğradığı saldırılara karşı meşru müdafaa hakkını kullandığını ifade etmiştir.¹⁹⁴

Bazı yabancı yazarlar, Türkiye'nin, sınırlarının ötesinde gerçekleştirdiği operasyonların hukukî gerekçesini açıkça ilân etmekten imtina ettiğini ve kullandığı ifadelerin net olmadığını ileri sürmekte¹⁹⁵, hatta Türkiye'nin meşru müdafaa hakkına dayanmadığını iddia etmektedir.¹⁹⁶ Örneğin Türkiye'nin, Zeytin Dalı Operasyonu'nu Güvenlik Konseyi'ne bildirdiği metinde, BM Şartı'nın 51. maddesinin meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesinin koşulları arasında saydığı "silâhlı saldırı" kavramını kullanmadığının altı çizilmekte, operasyonu "terörizm tehdidi" ve "Suriye'nin Afrin bölgesi üzerindeki kontrol kaybı" ile temellendirdiğine vurgu yapılmaktadır.¹⁹⁷

Kanaatimiz, Türkiye'nin 1990'lı yıllardan bu yana sınırlarının ötesinde yürüttüğü harekâtları temellendirirken kullandığı muhtelif gerekçeler bir bütün olarak okunduğunda, bir yandan teamül hukukunda ve BM Şartı'nın 51. maddesinde düzenlenen meşru müdafaa hakkına, diğer yandan isteksiz veya âciz devlet teorisine dayanıldığı¹⁹⁸ ve ileri sürülen hukukî gerekçelerin satır aralarında saklı olduğu yönündedir.

¹⁹³ Identical letters from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council, UN Doc. S/2018/53, 20 January 2018.

¹⁹⁴ UN Security Council, Letter dated 9 October 2019 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the President of the Security Council.

¹⁹⁵ Bkz. Tom Ruys, "Quo Vadit Jus ad Bellum?: A Legal Analysis of Turkey's Military Operations Against the PKK in Northern Iraq", *op. cit.*, s. 345; Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, *op. cit.*, ss. 141-143.

¹⁹⁶ Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, *op. cit.*, ss. 141-143.

¹⁹⁷ Peters Anne, "The Turkish Operation in Afrin (Syria) and the Silence of the Lambs", *EJIL: Talk!*, 30 Ocak 2018.

¹⁹⁸ Benzer bir görüş için bkz. Ashley S. Deeks, *op. cit.*, ss. 486-487.

Ancak, Türkiye'nin, sınırlarının ötesinde düzenlediği askerî operasyonları temellendirirken ve BM Güvenlik Konseyi'ne ve uluslararası topluma duyururken daha açık bir hukukî dil kullanmasında ve teknik uluslararası hukuk terminolojisine riayet etmesinde fayda vardır. Örneğin, Türkiye, meşru müdafaa hakkının varlığını, maruz kaldığı "çok yakın tehlike" ve "terör tehdidi" gibi kavramlar üzerine değil, uluslararası hukuk uyarınca meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesinin koşulunu teşkil eden "silâhli saldırı" kavramı üzerine inşa etmeli, sınırlarının ötesinde gerçekleştirdiği operasyonları, uğradığı veya uğramak üzere olduğu silâhli saldırıların varlığına dayandırmalıdır.

Bunun yanı sıra, Türkiye'nin, sınırlarının ötesinde gerçekleştirdiği askerî operasyonları temellendirirken isteksiz veya âciz devlet teorisine her zaman açıkça atf yapmıyor olması, söz konusu teorinin uluslararası hukuktaki yerinin belirsizliğinin kullanılan ifadelerle yansımaları olarak değerlendirilebilir. Başka bir ifade ile, Türkiye tedbirli ve temkinli davranarak uluslararası hukuktaki yeri henüz belirsiz bir teoriyi ileri sürerek hukuken güçsüz duruma düşmemeyi hedefliyor olabilir. Bununla birlikte, kanaatimizce, terör örgütlerine karşı sınırlarının ötesinde düzenlediği operasyonları ilk ve esas olarak uluslararası teamül hukukunun öngördüğü meşru müdafaa hakkına dayandırmaya devam etmesinde ve BM Güvenlik Konseyi'ne bildirmesinde fayda bulunan Türkiye'nin,¹⁹⁹ pozitif uluslararası hukuka uygunluğu tartışmalı dahi olsa, uluslararası toplumun giderek daha yüksek sesle dile getirdiği isteksiz veya âciz devlet teorisini açıkça zikretmekten imtina etmemesinde de fayda vardır.²⁰⁰

¹⁹⁹ Türkiye, bazı sınır ötesi operasyonlarını, örneğin, 2007 ve 2008 yıllarında Kuzey Irak'taki PKK kamplarına düzenlediği büyük çaplı harekâtları BM Güvenlik Konseyi'ne bildirmemiştir. Uluslararası hukuk doktrini ve içtihat uyarınca, meşru müdafaa temelinde kullanılan kuvvetin Güvenlik Konseyi'ne bildirilmemesi, söz konusu kuvvetin kullanılmasını uluslararası hukuka aykırı hale getirmemekte ancak kuvveti kullanan devletin haklı olduğu yönünde bir karine oluşmasına katkıda bulunmaktadır. Bu çerçevede, Türkiye'nin, bütün sınır ötesi operasyonlarını Güvenlik Konseyi'ne bildirmesinde fayda vardır. Bkz. Tom Ruys, "Quo Vadit Jus ad Bellum?: A Legal Analysis of Turkey's Military Operations Against the PKK in Northern Iraq", *op. cit.*, s. 348; Raphaël Van Steenberghe, "Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?", *op. cit.*, s. 187.

²⁰⁰ Gerçi, Türkiye'nin günümüze kadar sınırlarının ötesinde düzenlediği askerî operasyonlar çoğu zaman Arap Devletleri Ligi, Körfez Arap Devletleri İşbirliği Konseyi ve Bağlantısızlar Hareketi'nin itirazlarına konu olmakla birlikte orantılılık çağrısında bulunmakla yetinen diğer devletler ve BM Güvenlik Konseyi tarafından açıkça kınanmamış, uluslararası toplumun büyük çoğunluğu tarafından zımnen kabul görmüştür. Bkz. UN Doc. S/1997/461; Tom Ruys, "Quo Vadit Jus ad Bellum?: A Legal Analysis of Turkey's Military Operations Against the PKK in Northern Iraq", *op. cit.*, ss. 339-345; Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 379; Raphaël Van Steenberghe, "Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?", *op. cit.*, s. 193. Her ne kadar, bu makalenin son satırlarının yazıldığı dönemde Suriye ülkesi üzerinde başlatılan Barış Pınarı Operasyonu, uluslararası toplumun büyük çoğunluğunun desteğini alamamış görünse de ve Türkiye'nin daha önceki sınır ötesi operasyonlarına ilkesel olarak

Kanaatimiz, bu yönde bir tercihin, Türkiye'nin terörle mücadelede elini güçlendirmesi ve uluslararası hukukun bu alandaki kurallarının netleşmesine katkıda bulunması bakımından faydalı olabileceği yönündedir.

Sonuç

Yukarıdaki satırlarda incelendiği üzere, günümüz devlet uygulamaları, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğunu giderek artan bir biçimde desteklemekte ve uluslararası toplumun ve hukuk doktrininin büyük çoğunluğu sınır ötesi operasyon kavramının uluslararası hukuka uygunluğunu artık ilkesel olarak reddetmemektedir.²⁰¹ 1990'lı yıllardan bu yana meşru müdafaa hakkını geniş yorumlayan çok sayıda devlet ve hukukçu, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunup bulunmadığından ziyade, bu hakkın kullanımının koşullarını tartışmaktadır.

Devlet uygulamaları ışığında, devlet dışı aktörlerin saldırılarının meşru müdafaa hakkı doğuracağı yönünde bir teamül kuralı oluştuğunu söyleyebilmek mümkün müdür, tartışılabilir. Ancak, tartışma götürmeyen bir gerçek vardır ki; devlet dışı aktörler tarafından saldırıya uğrayan devletlerin, bu tür saldırılara hoşgörü göstermelerini beklemek mâkul ve gerçekçi değildir. Zemanek'in ifadeleri ile, uluslararası hukukta, özellikle teorik alt yapının tartışmalı olduğu alanlarda, "sağlıklı dozda pragmatik bir gerçekçilik" elzemdir.²⁰²

Elbette ki; salt "gerçekçilik", pozitivist hukuk anlayışını benimsemiş bir uluslararası hukukçunun görüşlerinin yegâne temelini teşkil edemez. Ancak, elinizdeki çalışmanın ortaya koymaya çalıştığı üzere, devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı meşru müdafaa hakkının bulunduğu yönündeki görüş sadece gerçekçilik ile açıklanan ve hukukî temelden yoksun bir görüş değildir. Uluslararası kuvvet kullanma hukukunun öngördüğü gereklilik ve orantılılık kriterleri, devletlerin devlet dışı aktörlerin saldırılarına karşı savunma

itiraz etmeyen çok sayıda devlet, Barış Pınarı Operasyonu başlar başlamaz, Türkiye'yi kınayan açıklamalar yapmış olsalar da, operasyona tepki gösteren devletler, Türkiye'nin sınır ötesi operasyon hakkının varlığından ziyade, Suriye'nin kuzeyinde bir "güvenli bölge" kurma hedefine karşı çıkıyor görünmektedir. Uluslararası hukukta güvenli bölge kavramı, sınır ötesi operasyon kavramı ile yakından ilgili olmakla birlikte, farklı bir değerlendirme gerektirmekte ve elinizdeki çalışmanın sınırlarını aşmaktadır. Söz konusu kavramın ayrıntılı ve teknik bir incelemesi için bkz. Lokman B. Çetinkaya, *Safe Zone. A Response to Large-Scale Refugee Outflows and Human Suffering*, Springer, 2017.

²⁰¹ Christian J. Tams, "The Use of Force Against Terrorists", *op. cit.*, s. 381; Christian J. Tams, "Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the Wall Case", *op. cit.*, s. 973; Devika Hovell, *op. cit.*, s. 414; Raphaël Van Steenberghe, "Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?", *op. cit.*, s. 197; Federica Paddeu, *op. cit.*, s. 114. Aksi yönde bir görüş için bkz. Olivier Corten, "The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?", *op. cit.*, ss. 780-785; Sonja Cenic, *op. cit.*, ss. 212-213.

²⁰² Stephan Wittich, *op. cit.*, s. 80.

tedbirleri almalarını ve terör eylemlerini önleme ve bastırma yükümlülüklerini yerine getirmeyen ev sahibi devletin ülke bütünlüğünü ihlâl etmelerini meşrulaştırmaktadır.²⁰³ Devlet dışı aktörlere ev sahipliği yapan devlet ile saldırıya uğrayan devlet arasında hukuken bağ kuran bu kriterler, isteksiz veya âciz devlet teorisinin hukukî temelini oluşturmakta ve uluslararası hukukta sınır ötesi operasyon kavramının kabulünü mümkün kılmaktadır.

Şüphesiz, saldırıya uğrayan devletler nezdinde devlet dışı aktörlerin eylemlerine karşı var olduğu kabul edilecek meşru müdafaa hakkının istismar edilme ve orantısızca kullanılma ihtimali her zaman vardır. Ancak hukuk düzenlerinin öngördüğü bütün hakların istismar edilebilmeleri mümkündür ve bu ihtimal, söz konusu hakların varlığına hâlel getiremez.²⁰⁴ Bu çerçevede, devlet dışı aktörler tarafından saldırıya uğrayan devletlerin, istismar edebilecekleri gerekçesi ile, meşru müdafaa hakkına sahip olmadıklarını ileri sürmek meşru müdafaa hakkının varlık sebebine aykırıdır.

Bununla birlikte, devletler, sınır ötesi operasyonlarını, ülkesi üzerinde operasyon gerçekleştirilen devlet ile işbirliği içinde gerçekleştirmeyi denemeli ve meşru müdafaa haklarını orantılı olarak kullanmalıdır. Zira, yukarıdaki satırlarda yapılan tespitler, uluslararası hukukun meşru müdafaa hakkının kullanımına ilişkin öngördüğü sınırlara ve özellikle orantılılık ilkesine riayet etmeyen devletlerin uluslararası sorumluluklarının doğacağı gerçeğine hâlel getirmemektedir.

²⁰³ Kimberley N. Trapp, *op. cit.*, s. 156; Raphaël Van Steenberghe, "Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?", *op. cit.*, s. 202.

²⁰⁴ Barry A. Feinstein., *op. cit.*, s. 76.

KAYNAKÇA

1. Doktrin

Akande Dapo & Lieflander Thomas, “Clarifying Necessity, Imminence, and Proportionality in the Law of Self-Defense”, *American Journal of International Law*, 2013, Vol. 107, ss. 563-570.

Akutay Sercan Semih & Ateş Davut, “Türkiye’nin Sınır Ötesi Operasyonlarının Hukuki Çerçevesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt XVII, Sayı 3, ss. 109-146.

Antonopoulos Constantine, “Force by Armed Groups as Armed Attack and the Broadening of Self-Defence”, *Netherlands International Law Review*, 2008, Vol. 55, ss. 159-180.

Banks William C. & Criddle Evan J., “Customary Constraints on the Use of Force: Article 51 with an American Accent”, *Leiden Journal of International Law*, 2016, Vol. 29, ss. 67-93.

Bethlehem Daniel, “Self-Defense Against An Imminent or Actual Armed Attack by Non-State Actors”, *American Journal of International Law*, 2012, Vol. 106, ss. 770-777.

Brownlie Ian, “International Law and the Activities of Armed Bands”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1958, Vol. 7, n°: 4, ss. 712-735.

Buergenthal Thomas & Murphy Sean D., *Public International Law*, West Group, 2002.

Cassese Antonio, “Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law”, *European Journal of International Law*, 2001, Vol. 12, n°: 5, ss. 993-1001.

Cenic Sonja, “State Responsibility and Self-Defence in International Law Post 9/11: Has the Scope of Article 51 of the United Nations Charter Been Widened as a Result of the US Response to 9/11?”, *Australian International Law Journal*, 2007, Vol. 14, ss. 201-216.

Christakis Theodore, “‘Unwilling or Unable’ Test” in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 17-20.

Condorelli Luigi, “A propos de l’attaque américaine contre l’Iraq du 26 juin 1993”, *European Journal of International Law*, 1994, Vol. 5, ss. 134-144.

Corten Olivier, “Has Practice Led to an ‘Agreement Between the Parties’ Regarding the Interpretation of Article 51 of the UN Charter?” in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 14-20.

Corten Olivier, “The ‘Unwilling or Unable’ Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?”, *Leiden Journal of International Law*, 2016, Vol. 29, ss. 777-799.

Couzigou Irène, “The Right to Self-Defence Against Non-State Actors – Criteria of the ‘Unwilling or Unable’ Test” in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 47-49.

Çetinkaya Lokman B., *Safe Zone. A Response to Large-Scale Refugee Outflows and Human Suffering*, Springer, 2017.

Deeks Ashley S., “‘Unwilling or Unable’: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defence”, *Virginia Journal of International Law*, 2012, Vol. 52, ss. 483-550.

Dinstein Yoram, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Farer Tom J., “Beyond the Charter Frame: Unilateralism or Condominium?”, *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96, ss. 359-364.

Feder Norman Menachem, “Reading the U.N. Charter Connotatively: Toward a New Definition of Armed Attack”, *New York University Journal of International Law & Politics*, 1987, Vol. 19, ss. 395-432.

Feinstein Barry A., “A Paradigm for the Analysis of the Legality of the Use of Armed Force against Terrorists and States that Aid and Abet Them”, *The Transnational Lawyer*, 2004, Vol. 17, ss. 51-81.

Franck Thomas M., “Terrorism and the Right of Self-Defence”, *American Journal of International Law*, 2001, Vol. 95, n°: 4, ss. 839-843.

Frigessi di Rattalma Marco, “War in Afghanistan, Self-Defence and Questions of Attribution of the September 11 Attacks to the Afghan-Taliban Regime”, *Italian Yearbook of International Law*, 2003, Vol. 13, ss. 59-75.

Frowein Jochen Abr., “Article 51 and the Realities of the Present Day World” in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 42-43.

Gazzini Tarcisio, “A Response to Amos Guiora: Pre-Emptive Self-Defence Against Non-State Actors?”, *Journal of Conflict & Security Law*, 2008, Vol. 13, ss. 25-32.

Gazzini Tarcisio, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester, Manchester University Press, 2005.

Gray Christine, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Gray Christine, “The Use of Force and the International Legal Order” in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, ss. 618-648.

Hartwig Matthias, “Which State’s Territory May be Used for Self-Defence Against Non-State Actors?” in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 39-41.

Heinze Eric A., “The Evolution of International Law in Light of the ‘Global War on Terror’”, *Review of International Studies*, 2011, Vol. 37, ss. 1069-1094.

Henkin Louis, “Use of Force: Law and US Policy” in Henkin Louis et al., *Right v. Might: International Law and the Use of Force*, 1991, ss. 37-69.

Hovell Devika, “Chinks in the Armour: International Law, Terrorism and the Use of Force”, *University of New South Wales Law Journal*, 2004, Vol. 27, n°: 2, ss. 398-427.

Jinks Derek, “State Responsibility for the Acts of Private Armed Groups”, *Chicago Journal of International Law*, 2003, Vol. 4, n°: 1, ss. 83-95.

Kammerhofer Jörg, “The Armed Activities Case and Non-State Actors in Self-Defence Law”, *Leiden Journal of International Law*, 2007, Vol. 20, ss. 89-113.

Kammerhofer Jörg, “International Legal Theory. Introduction: The Future of Restrictivist Scholarship on the Use of Force”, *Leiden Journal of International Law*, 2016, Vol. 29, ss. 13-18.

Kawagishi Shin, “Clearing Uncertainties of the Jurisprudence of the ICJ on Self-Defence Against Non-State Actors” in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 24-27.

Keinan Guy, “Humanising the Right of Self-Defence” in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 50-52.

Kelsen Hans, *Law of the United Nations*, New York, Frederick A. Praeger, 1950.

Koh Harold Hongju, “The Spirit of the Laws”, *Harvard International Law Journal*, 2002, Vol. 43, n°: 1, ss. 23-39.

Kretzmer David, “The Inherent Right to Self-Defence and Proportionality in *Jus Ad Bellum*”, *European Journal of International Law*, 2013, Vol. 24, n°: 1, ss. 235-282.

Kreß, Claus, “Some Reflections on the International Legal Framework Governing Transnational Armed Conflicts”, *Journal of Conflict & Security Law*, 2010, Vol. 15, ss. 245-274.

Kritsiotis Dino, “The Legality of the 1993 US Missile Strike on Iraq and the Right of Self-Defence in International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, Vol. 45, ss. 162-177.

Kuran Selami & Gür Hande, “Devlet-Dışı Aktörlere Karşı Meşru Müdafaaada ‘İsteksiz veya Âciz’ Doktrini: Suriye ve DAĞ Örneği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2017, Cilt 23, Sayı 1, ss. 57-88.

Lobel Jules, “The Use of Force to Respond to Terrorist Attacks: The Bombing of Sudan and Afghanistan”, *Yale Journal of International Law*, 1999, Vol. 24, Issue 2, ss. 537-557.

Lo Giacco Letizia, “Reconsidering the Legal Basis for Military Actions Against Non-State Actors” in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 32-34.

Maogoto Jackson Nyamu, “War on the Enemy: Self Defence and State-Sponsored Terrorism”, *Melbourne Journal of International Law*, 2003, Vol. 4, ss. 406-438.

Michael Brent, “Responding to Attacks by Non-State Actors: The Attribution Requirement of Self-Defence”, *Australian International Law Journal*, 2009, Vol. 16, ss. 133-159.

Murphy Sean D., “Protean Jus Ad Bellum”, *Berkeley Journal of International Law*, 2009, Vol. 27, Issue 1, ss. 22-52.

Murphy Sean D., “Self-Defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?”, *American Journal of International Law*, 2005, Vol. 99, n°: 1, ss. 62-76.

Myjer Eric P. J. & White Nigel D., “The Twin Towers Attack: An Unlimited Right to Self-Defense?”, *Journal of Conflict and Security Law*, 2002, Vol. 7, n°: 1, ss. 5-17.

O'Connell Mary Ellen, "Lawful Self-Defense to Terrorism", *University of Pittsburgh Law Review*, 2002, Vol. 63, ss. 889-908.

Oellers-Frahm Karin, "Article 51-What Matters is the Armed Attack, not the Attacker" in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 44-46.

Öktem Emre, "Uluslararası Hukukta Terörizm: Tanım Sorunu ve Millî Bağımsızlık Hareketleri", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi*, 2004, Sayı 5, ss. 133-147.

Österdahl Inger, "Scarcely Reconcilable with the UN Charter" in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 21-23.

Paddeu Federica, "Use of Force against Non-state Actors and the Circumstance Precluding Wrongfulness of Self-Defence", *Leiden Journal of International Law*, 2017, Vol. 30, ss. 93-115.

Paust Jordan J., "Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond", *Cornell International Law Journal*, 2002, Vol. 35, ss. 533-557.

Peters Anne, "The Turkish Operation in Afrin (Syria) and the Silence of the Lambs", *EJIL: Talk!*, 30 Ocak 2018.

Peters Anne & Marxsen Christian, "Editors Introduction: Self-Defence in Times of Transition" in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 3-13.

Ratner Steven R., "Jus ad Bellum and Jus in Bello After September 11", *American Journal of International Law*, 2002, Vol. 96, ss. 905-921.

Reisman Michael W., "The Raid on Baghdad: Some Reflections on Its Lawfulness and Implications", *European Journal of International Law*, 1994, Vol. 5, ss. 120-133.

Rostow Nicholas, "Before and After: The Changed UN Response to Terrorism since September 11th", *Cornell International Law Journal*, 2001, Vol. 35, ss. 475-490.

Ruys Tom, *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Ruys Tom, “*Quo Vadit Jus ad Bellum?: A Legal Analysis of Turkey’s Military Operations Against the PKK in Northern Iraq*”, *Melbourne Journal of International Law*, 2008, Vol. 9, ss. 334-364.

Ruys Tom & Verhoeven Sten, “Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence”, *Journal of Conflict & Security Law*, 2005, Vol. 10, n°: 3, ss. 289-320.

Schachter Oscar, “In Defense of International Rules on the Use of Force”, *The University of Chicago Law Review*, 1986, Vol. 53, ss. 113-146.

Simma Bruno & Mosler Hermann & Randelshofer Albrecht & Tomuschat Christian & Wolfrum Rüdiger (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2002, Vol. 1, 2nd edition, Oxford, Oxford University Press.

Sjöstedt Britta, “Applying the Unable / Unwilling State Doctrine - Can a State Be Unable to Take Action?” in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 35-38.

Stahn Carsten, ““Nicaragua is Dead, Long Live Nicaragua” - The Right to Self-Defence under Art. 51 UN- Charter and International Terrorism” in Walter Christian, Vöneky Silja, Röben Volker, Schorkopf Frank (eds.), *Terrorism as a Challenge in National and International Law: Security versus Liberty?*, Heidelberg, Springer, 2004, ss. 827-878.

Tams Christian J., “Embracing the Uncertainty of Old: Armed Attacks by Non-State Actors Prior to 9/11” in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 53-56.

Tams Christian J., “Light Treatment of a Complex Problem: The Law of Self-Defence in the Wall Case”, *European Journal of International Law*, 2005, Vol. 16, n°: 5, ss. 963-978.

Tams Christian J., “The Use of Force Against Terrorists”, *European Journal of International Law*, 2009, Vol. 20, n°:2, ss. 359-397.

Taşdemir Fatma & Özer Adem, “Kuvvet Kullanma Hukuku Açısından Fırat Kalkanı Operasyonu”, *Akademik Hassasiyetler Dergisi*, 2017, Cilt 4, Sayı 7, ss. 53-70.

Terzioğlu Süleyman Sırrı, “Uluslararası Hukuk Açısından Fırat Kalkanı Harekâtının Meşruluğu Sorunu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2018, Sayı 134, ss. 587-638.

Topal Ahmet Hamdi, *Uluslararası Hukukta Devlet Destekli Terörizme Karşı Kuvvet Kullanma*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2004.

Trapp Kimberley N., “Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2007, Vol. 56, ss. 141-156.

Travalio Greg & Altenburg John, “Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force”, *Chicago Journal of International Law*, 2003, Vol. 4, ss. 97-119.

Tsagourias Nicholas, “Self-Defence against Non-state Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Rule and Self-Defence as a Secondary Rule”, *Leiden Journal of International Law*, 2016, Vol. 29, ss. 801-825.

Urs Priya, “Effective Territorial Control by Non-State Armed Groups and the Right of Self-Defence” in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 28-31.

Van Steenberghe Raphaël, “Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?”, *Leiden Journal of International Law*, 2010, Vol. 23, ss. 183-208.

Van Steenberghe Raphaël, “The Law of Self-Defence and the New Argumentative Landscape on the Expansionists’ Side”, *Leiden Journal of International Law*, 2016, Vol. 29, ss. 43-65.

Wedgwood Ruth, “Responding to Terrorism: The Strikes Against Bin Laden”, *Yale Journal of International Law*, 1999, Vol. 24, ss. 559-576.

Wittich Stephan, “The Use of Force, Self-defence and the Unrealism in International Law”, *Austrian Review of International and European Law*, 2009, Vol. 14, ss. 79-99.

Wood Michael, “Self-Defence Against Non-State Actors-A Practitioner’s View” in Peters Anne & Marxsen Christian (eds.) *Self-Defence Against Non-State Actors: Impulses from the Max Planck Dialogues on the Law of Peace and War*, MPIL Research Paper Series No. 2017-07, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, ss. 65-67.

2. İctihat

Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, ICJ Reports 2005, s. 168.

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, s. 14.

Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Merits, ICJ Reports 2003, s. 161.

Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, s. 136.

Prosecutor v. Duško Tadić, ICTY Appeals Chamber, Case n°: IT-94-1-A, 15 July 1999.

Prosecutor v. Duško Tadić, ICTY Trial Chamber, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995.

The Corfu Channel Case, Merits, Judgment, ICJ Reports 1949, s. 4.

3. BM Belgeleri

Draft Security Council Resolution of 30 October 1956, UN Doc. S/3710
General Assembly Resolution 26/25 (XXV), Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations

Security Council Resolution of 31 December 1968, UN Doc. S/RES/262

Security Council Resolution of 28 July 1969, UN Doc. S/RES/268

Security Council Resolution of 23 October 1972, UN Doc. S/RES/321

Security Council Resolution of 22 November 1972, UN Doc. S/RES/322

Security Council Resolution of 15 August 1973, UN Doc S/RES/337

Security Council Official Records, 31st Year, 1940th Meeting, UN Doc. S/PV.1940, 1976

Security Council Resolution of 31 March 1976, UN Doc. S/RES/387

Security Council Resolution of 6 May 1978, UN Doc. S/RES/428

Security Council Resolution of 8 March 1979, UN Doc. S/RES/445

Security Council Resolution of 28 March 1979, UN Doc. S/RES/447

Security Council Resolution of 2 November 1979, UN Doc. S/RES/454

Security Council Resolution of 27 June 1980, UN Doc. S/RES/475

Security Council Resolution of 20 December 1983, UN Doc. S/RES/545

Security Council Resolution of 6 January 1984, UN Doc. S/RES/546

Security Council Resolution of 20 June 1985, UN Doc. S/RES/567

Security Council Resolution of 21 June 1985, UN Doc. S/RES/568

Security Council Resolution of 4 October 1985, UN Doc. S/RES/573

Security Council Draft Resolution of 6 February 1986, S/17796.Rev.1

Security Council Resolution of 12 September 2001, UN Doc. S/RES/1368

Security Council Resolution of 28 September 2001, UN Doc. S/RES/1373

UN Doc. A/RES/41/38

UN Doc. S/1997/461

UN Doc. S/23141

UN Doc. S/23152

UN Doc. S/1995/605

UN Doc. S/1996/479

UN Doc. S/1997/7
UN Doc. S/1997/552
UN Doc. S/2001/946
UN Doc. S/2014/695
UN Doc. S/2014/440
UN Doc. S/2014/691
UN Doc. S/2002/854
UN Doc. S/2002/1012/Annex
UN Doc. S/2015/221
UN Doc S/PV.4836
UN Doc. S/PV.5489
UN Doc. S/PV.5493
UN Doc. S/2015/563
UN Doc. S/2018/53

1- FEDERAL ALMANYA ÖRNEĞİNDE ULUSAL VE AB TEMEL HAK KORUMASININ UYUMLU BERABERLİĞİ

Compatibility of National Fundamental Rights Protection with the EU Rules in the Case of Federal Germany

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA

2- ROBOTLARIN FİİLLERİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK HALLERİNDE ÇÖZÜM ÖNERİ

Legal Responsibility Resulting from the Action of Robots Solutions for Non-Contractual Liability

Dr. Cannur ERCAN

3- MARKANIN İNTERNET ORTAMINDA ELEŞTİRİ AMAÇLI KULLANIMI: ANAYASA MAHKEMESİ'NİN 9 OCAK 2019 TARİHLİ KARARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRMELER

The Use of Trademark for Criticism on the Internet Environment: An Evaluation in the Framework of the Constitutional Court's NaifSasma Decision, Dated January 9, 2019

Dr. Hâkim Tamer SOYSAL

4- TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN SENDİKAL FAALİYET KAPSAMINDA İŞ BIRAKMASI

In Turkish Law, Work Stoppage of Civil Servants within the Context of Union Activity

Hâkim Ahmet CANPOLAT

5- KÖTÜLEYİCİ REKLAMLARIN TESPİTİNDE ESAS ALINACAK ORTALAMA TÜKETİCİ ÖLÇÜTÜ

The Criterion Of Average Consumer in the Context of Disparaging Advertisements

Dr. Pelin KARAASLAN

6- FİKRİ HUKUKTA MANEVİ TAZMİNAT

Non-pecuniary Compensation on Intellectual Law

Hâkim Adayı Orhan Gazi SARIDAĞ

7- TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİ SENDİKALARI

The Public Servants Trade Unions in Turkish Law

Doç. Dr. İftar CENGİZ

8- GEÇİŞ ADALETİ VE AVRUPA ARINDIRMA HUKUKU

Transitional Justice and European Lustration Law

Hâkim Gökhan ÇAYAN

9- DEVLETLERE ATFEDİ LEMEYEN Sİ LÂHLI SALDIRILARA KARŞI MEŞRU MÜDAFAA: ULUSLARARASI HUKUKTA SINIR ÖTESİ OPERASYONUN HUKUKİ ZEMİNİ

Self-Defence in Response to Attacks by Non-State Actors: The Legal Basis of Cross-Border Operations in International Law

Doç. Dr. Ceren Zeynep PİRİM



Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya / ANKARA - TÜRKİYE

T. +90 (312) 489 81 80 • F. +90 (312) 489 81 01

yayin.taa.gov.tr

ISSN:1309-6826