

ISSN:1309-6826



T Ü R K İ Y E
A D A L E T A K A D E M İ S İ

T Ü R K İ Y E A D A L E T A K A D E M İ S İ
D E R G İ S İ

Ekim 2015 - Sayı 23 - Yıl: 6

Üç ayda bir yayımlanan ulusal hakemli dergidir.

www.taa.gov.tr

2015

23



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

23

YIL:6, SAYI:23, EKİM 2015

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

*

GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN

Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

*

EDİTÖR/EDITOR

Aşkın GÜVEN

Hâkim

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ

Hâkim

*

YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Yılmaz AKÇİL

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Danıştay Üyesi

Rifat İNANÇ

Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı

Eğitim Merkezi Başkanı

Mehmet GEDİK

Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Dr. İhsan BAŞTÜRK

Yargıtay Üyesi

Dr. Gürsel ÖZKAN

Danıştay Üyesi

*

KAPAK TASARIM/COVER DESIGN

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mah. İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

Çankaya/Ankara

Tel: 312 489 81 80 • **Faks:** 312 489 81 01

E-posta: bilimsel.dergi@taa.gov.tr

Web: www.taa.gov.tr

BASKI

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, genel editör 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 12, dipnotlar ise 9,5 punto yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Times New Roman" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atıf 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 1 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 iki 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*

Prof. Dr. Adem Sözüer
Prof. Dr. Ahmet Gökçen
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu
Prof. Dr. Ali Güzel
Prof. Dr. Anıl Çeçen
Prof. Dr. Arzu Oğuz
Prof. Dr. Atilla Özer
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay
Prof. Dr. Bahri Öztürk
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Prof. Dr. Bilge Öztan
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Prof. Dr. Ejder Yılmaz
Prof. Dr. Emine Akyüz
Prof. Dr. Ender Ethem Atay
Prof. Dr. Enver Bozkurt
Prof. Dr. Erdal Tercan
Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör
Prof. Dr. Faruk Turhan
Prof. Dr. Feridun Yenisey
Prof. Dr. Fügen Sargın
Prof. Dr. Gökhan Oral
Prof. Dr. Hakan Hakeri
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu
Prof. Dr. Hasan Bacanlı
Prof. Dr. Hasan Tunç
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu
Prof. Dr. İhsan Erdoğan
Prof. Dr. İmdat Elmas
Prof. Dr. İsmail Kayar
Prof. Dr. İsmail Kırca
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin
Prof. Dr. Kayıhan İçel
Prof. Dr. Kemal Gözler
Prof. Dr. Kudret Güven
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Serpil Salaçın
Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Tevfik Odman
Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

* Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır. Derginin hakemler kurulu www.taa.gov.tr adresinde bulunmaktadır.

İÇİNDEKİLER/CONTENENTS

- ◆ **Doç. Dr. Recai AKYEL** 1
Bir Hesap Yargısı Olarak Sayıştay
Turkish Court of Accounts for Judgments on Accounts
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER**23
Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılan Uluslararası Suyollarının Hakça ve Makul Kullanımı ve Türkiye'nin Sınır Aşan Suları
The Equitable and Reasonable Utilization of the Non-Navigational Uses of International Watercourses and the Transboundary Waters of Turkey
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU**45
Aile Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanabilirliği
Enforceability of The Law on Mediation in Legal Disputes No. 6325 in Family Law Disputes
- ◆ **Dr. Hakan A. YAVUZ**85
Onarıcı Adalet ve Uzlaştırma Kurumu Bağlamında Ceza Adalet Sisteminde Mağdurun Konumu
Victim Status in Criminal Justice System in the Context of Restorative Justice and Victim-Offender Mediation
- ◆ **Dr. Serhan DİNÇ**117
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Tacir Kavramı
Merchant According To Turkish Commercial Code Numbered 6102
- ◆ **Dr. Mehmet SAYDAM – Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK**135
Türk Ceza Kanunu Bakımından Taksir
Negligence under the Turkish Penal Code

◆ Arş. Gör. Kahan Onur ARSLAN	159
Bireysel Başvuru Neticesinde Devletin Ödediği Tazminat Sebebiyle Hâkimin Hukuki Sorumluluğuna Bakış <i>An Outlook to the Civil Liability of Judges Due to Compensation Paid By the State as a Result of Individual Application</i>	
◆ Arş. Gör. Rezzan İTİŞGEN	179
Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu <i>Offence of Unlawfully Giving or Obtaining of Personal Data in Turkish Criminal Law</i>	
◆ Metin KIRATLI	203
Marka Lisans Sözleşmeleri <i>Trademark License Agreements</i>	
◆ Mustafa DOĞAN	225
Incoterms®2010 Kurallarına Göre Hasarın İntikali <i>The Passing of Risk According to Incoterms®2010 Rules</i>	
◆ Tuğba ÜNSAL	255
Kentleşme ve Suç İlişkisi: Çocuk Suçlular <i>The Relation of Urbanization and Crimes: Child Criminals</i>	
◆ Yasemin YÜCESOY YILMAZ	273
Hekim Aleyhine Açılan Tazminat Davalarında Zamanaşımı Uygulaması <i>The Limitation of Action Practices in the Suits for Damages Against Doctors</i>	

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

BİR HESAP YARGISI OLARAK SAYIŞTAY

Turkish Court of Accounts for Judgments on Accounts

Doç. Dr. Recai AKYEL*

ÖZET

Türk kamu mali yönetimi ve denetimi sistemi içerisinde Sayıştay, Kamu Kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını denetlemekte ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamaktadır. Sayıştay hem bir Yüksek Denetim Kurumu, hem de bir hesap yargısı olarak yapılandırılmıştır. Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağladığı ve bu yönüyle bir hesap yargısı olduğu başta Anayasa olmak üzere; 6085 ve 5018 sayılı Kanunlar ile Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları ile açıkça ifade edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hesap, yargılama, yargılamaya esas rapor, kesin hüküm, hesap yargısı.

ABSTRACT

In the Turkish public financial management and audit system, the Turkish Court of Accounts (TCA) audits all incomes, expenditures and assets of public entities and gives the final judgment on the accounts and transactions of those responsible. The TCA is structured both as a Supreme Audit Institution and as a court of accounts. The fact that the TCA gives the final judgment on the accounts and transactions of those responsible and that it is a court of accounts with this aspect is clearly stated in the Constitution, in the Laws numbered 6085 and 5018, and also in the Decisions of the Constitutional Court and ECHR.

Keywords: Account, trial, judicial report, final judgment, judgment on accounts.

◆◆◆◆

GİRİŞ

Sayıştay'ın iki temel görevi bulunmaktadır. Birincisi, Sayıştay Kamu Kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemektedir. İkincisi, Sayıştay sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamaktadır. Sayıştay birinci görevi ile bir Yüksek Denetim Kurumu, ikinci görevi ile de bir hesap yargısı olarak yapılandırılmıştır.

Bu makalede, Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme

* Sayıştay Başkanı

bağlama ile ilgili Sayıştay kararlarının hukuki niteliği irdelenmektedir. Sayıştay'ın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağladığı ve bu yönüyle bir hesap yargısı olduğu hususu başta Anayasa olmak üzere 6085 ve 5018 sayılı Kanunlar ile Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları çerçevesinde incelenmektedir.

Sayıştay yaygın bir şekilde harcama sonrası denetim yapan bir dış denetim organı olma yönü ile bilinmiş; Sayıştay'ın sorumluların hesapları ile ilgili kesin hüküm veren bir hesap yargısı olma yönü ise gözardı edilmişti. Bu makale ile Sayıştay'ın bir hesap yargısı olduğu yönü vurgulanmakta ve kamu hesapları ve mali konularda bir ihtisas yargısı olarak bir hesap yargısının nitelikleri ve çalışma usul ve esasları genel hatları ile anlatılmaktadır.

1. SAYIŞTAYIN KURULUŞ AMACI VE HESAP YARGISI

Sayıştay bir Yüce Mahkeme olarak kurulmuştur. Günümüz Sayıştay'ınının 153 sene önce Divanı Muhasebat olarak kuruluşunu düzenleyen ve Sultan Abdülaziz'e 29 Mayıs 1862 günü sunulan Arz Tezkiresinin içeriği şöyledir; '... Mali konuların düzenlenmesi için, Devletin gelirinden fazla harcama yapmaması için, Devlet Dairelerince yapılan harcamaların yılsonlarında ilgili memurlar tarafından hesabının verilmesi ve bunun sağlanması için, her devlette olduğu gibi, bir **yüce mahkeme** tarafından incelenmesi gerektiğinden, Divan-ı Aliyi Muhasebe veya Divanı Muhasebat adıyla bir kurumun kurulması, Başkanlığına da Evkaf Nazırı Ahmet Vefik Paşa'nın atanması...' (Akgündüz, 2012;67); (Sayıştay, 2012a;13). Yukarıda içeriği belirtilen Arz Tezkiresi aynı gün Sultan Abdülaziz tarafından onaylanmış ve bir **Mahkeme-i Kübra-i Tetkik** olarak Divan-ı Muhasebat çalışmalarına başlamıştır. Divan -ı Muhasebatın ismi sonraki yıllarda aynı anlamı karşılamak üzere Sayıştay olarak günümüz Türkçesiyle devam ettirilmiştir. Sayış, 'sayışmak, hesaplaşmak ve muhasebe' karşılığı olarak; tay, ise divan veya kurul karşılığı olarak kabul edilmiş ve Sayıştay kullanılmıştır.

Sayıştay'ın 1862 yılında ilk kuruluş kurgusu irdelendiğinde, Sayıştay'ın; bir **Mahkeme-i Kübra-i Tetkik** olarak Devletin hesapları ile ilgili bir Yüksek hesap mahkemesi şeklinde kurgulandığı anlaşılmaktadır. Gerçekten de Divan-ı Muhasebat, bir taraftan kamunun mali denetimini yapan, diğer taraftan da bu hesap yargısına ilişkin kesin hüküm veren bir mahkeme olarak amaçlanmıştır.

2. TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI

2.1. Sayıştay'ın Anayasadaki Yeri

Sayıştay ile ilgili düzenleme Anayasanın Yargı bölümünde yer almaktadır. Sayıştay, 1982 Anayasası'nın "Cumhuriyetin Temel Organları" başlıklı üçüncü

kısımının, “Yargı” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Yargı bölümü, genel hükümler, Yüksek Mahkemeler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Sayıştay sıralamasıyla oluşturulmuştur. Yargı bölümünün konu sıralaması ile sürdürüldüğü anlaşılmaktadır. Sayıştay maddesinden sonra Mali ve Ekonomik Hükümler Kısımına, Bütçe maddesine kolayca geçiş sağlanmıştır. Sayıştayın Anayasadaki yeri ile ilgili olarak bunun dışındaki yorumlar gerçeği yansıtmaz. Anayasa maddelerinin sıralanışında belli bir mantığın izlendiği doğrudur; ancak her zaman belli bir mantık aramak yanıltıcı da olabilmektedir. Örneğin, kanunsuz emir hususunun Anayasa’da yer alışı şekli dikkat çekici niteliktedir. Kanunsuz Emir Anayasasının 137. Maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. ‘Kanunsuz Emir’ konusunun neden 137. Maddede düzenlendiğini anlamak biraz zor görünmektedir. Anayasadaki madde sıralamalarının her zaman belli anlam içermediğini Anayasa Mahkemesi de söylemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 16.01.1969 tarihli, 1967/13 Esas ve 1969/5 Karar sayılı Sayıştay ile ilgili Kararında konu ile ilgili olarak şöylece yorumda bulunmuştur:

‘...Öte yandan Anayasa’nın açık ifadesi karşısında, hükmün bulunduğu bölüme dayanan yorum da, esasında kandırıcı değildir. Gerçekten Anayasa’mızın düzenlenmesinde, benzer kurum ve müesseselerin aynı bölümlerde toplanması için çaba harcandığı, ancak çeşitli sebeplerle bunun eksiksiz olarak yerine getirilemediği görülmektedir. Bu bakımdan bir kurum ve kuruluşun Anayasa’daki yerinin, onun bünyesini gösteren kesin bir ölçü olarak alınması doğru değildir. Anayasa’da bunun en açık örneği Yüksek Seçim Kurulu ile Yüksek Hâkimler Kuruludur. Yüksek Seçim Kuruluna, yüksek bir yargı organı olduğu ve kararları da kesin nitelikte bulunduğu ve Danıştay’ca da böyle kabul edildiği halde, Anayasa’nın yargı bölümünde değil, görevinin konusu bakımından olan ilgisine göre yasama bölümünde (Madde 75), tamamiyle idari görev yapan Yüksek Hâkimler Kuruluna da, görevinin çeşidine göre Anayasa’nın yürütme bölümünde değil, hâkimlerle ve yargı organlarıyla yakın ilişkisi nazara alınarak yargı bölümünde (madde 143, 144) yer verilmiştir.’ değerlendirmesini müteakiben ‘Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, bir kuruluşun tasarruflarının niteliğinin, o kuruluşun Anayasa’daki yerine göre değil, Anayasa hükümlerine göre değerlendirmesi gerektiği açık olarak ortadadır’ (Resmi Gazetenin 14.4.1970 tarihli ve 13471 sayılı nüshası). İfadesiyle konu ile ilgili kararını belirtmiştir.

2.2. Anayasanın Sayıştay başlıklı maddesi

Anayasasının 160. maddesi Sayıştay başlıklı olup, Sayıştayı düzenlemiş bulunmaktadır. Söz konusu madde irdelendiğinde, Sayıştayın hem bir denetim

organı hem de bir yargı mercii olarak kurgulandığı anlaşılmaktadır.

a) Bu maddeye göre Sayıştay, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir.

Söz konusu maddede kullanılan hüküm deyimi, yargılama işlemi sonucu verilen karar anlamındadır. Anayasa koyucu bununla da yetinmeyip kesin sözcüğünü kullanarak Sayıştay kararlarının başka bir mercii önüne götürülmesini önlemiştir (Tan, 2013; s.666).

b) Sayıştay'ın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler.

Karar düzeltilmesi talebi yalnızca Yargı mercilerinden istenebilen bir olgudur.

c) Bu kararlar dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulamaz.

Anayasanın 160. maddesinde, ' sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak', denilirken hüküm deyimiyle Sayıştay yargı yetkisiyle donatılmış, 'kesin' sözcüğüyle de Sayıştay'ın yargısal kararlarının başka yargı yerlerine götürülmesi önlenmiştir (AKYEL ve BAŞ,2010; s.386).

ç) Vergi, benzeri malî yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararları esas alınır.

Aynı derecede kabul edilen iki merciiin farklı kararları arasında kaosu önlemek için bir öncelik verilmiştir.

d) Bağımsızlık ve teminat düzenlenmiştir. Sayıştayın kuruluşu, işleyişi, denetim usulleri, mensuplarının nitelikleri, atanmaları, ödev ve yetkileri hakları ve yükümlülükleri ve diğer özlük işleri, Başkan ve üyelerinin teminatı kanunla düzenlenir.

2.3. Anayasanın Kesinhesap başlıklı maddesi

Anayasanın 164. maddesinin düzenlenişi irdelendiğinde, Sayıştayın yine bir yargı mercii olarak kurgulandığı anlaşılmaktadır. Kesinhesap kanunu tasarıları, kanunda daha k.sa bir süre kabul edilmemiş ise ilgili oldukları malî yılın sonundan başlayarak, en geç yedi ay sonra, Bakanlar Kurulunca Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur. Sayıştay, genel uygunluk bildirimini, ilişkin olduğu kesinhesap kanunu tasarısının verilmesinden başlayarak en geç yetmişbeş gün içinde Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar.

Kesinhesap kanunu tasarısı ve genel uygunluk bildiriminin Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiş olması, ilgili yıla ait Sayıştayca sonuçlandırılmamış denetim ve **hesap yargılamasını** önlemez ve bunların karara bağlandığı anlamına gelmez.

Söz konusu maddede yer alan “Sayıştayca sonuçlandırılmamış denetim ve **hesap yargılamasını** önlemez ve bunların karara bağlandığı anlamına gelmez” ifadesi yine anayasanın Sayıştayı düzenlediği 160. Maddesindeki düzenlemeyle uyumlu ifadelere yer vermiştir. Her iki maddede de Sayıştayın hem denetim hem de hesap yargılaması yapan bir kurum olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

3. 5018 SAYILI KAMU MALİ YÖNETİMİ VE KONTROL KANUNU

3.1. 5018 sayılı kanunun Dış denetim başlıklı maddesi Sayıştay ile ilgilidir. Kanun, Anayasada yer alan düzenlemelere uygun olarak Sayıştayın iki ayrı yetkisinden bahsetmektedir! Birincisi, Sayıştay harcama sonrası dış denetimi yapar. İkincisi, Sayıştay hesapları hükme bağlar. Söz konusu maddenin başka bir fıkrasında ise **hesapların hükme bağlanmasına** ilişkin diğer hususların ilgili kanunda düzenlenmesini öngörmektedir. Bu ilgili kanun 6085 sayılı Kanun olarak daha sonra yürürlüğe girmiştir (5018/68).

5018 sayılı Kanun söz konusu maddesinde hesap yargısı ile ilgili olarak aşağıdaki hükümler yer almaktadır.

‘Sayıştay tarafından hesapların hükme bağlanması; genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelir, gider ve mal hesapları, ile bu hesaplarla ilgili işlemlerinin yasal düzenlemelere uygun olup olmadığına karar verilmesidir.’

‘Dış denetim ve hesapların hükme bağlanmasına ilişkin diğer hususlar ilgili kanununda düzenlenir.’

3.2. 5018 sayılı Kanunun Genel uygunluk bildiri başlıklı maddesi konumuz açısından irdelendiğinde, yine hakeza Sayıştay faaliyetleri için bir yargısal faaliyet kurgusu oluşturulduğu görülmektedir.(5018/43).

‘Genel uygunluk bildiri; dış denetim raporları, idare faaliyet raporları ve genel faaliyet raporu dikkate alınarak hazırlanır.’

Kesin hesap kanunu tasarısı ve genel uygunluk bildiriminin Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiş olması, ilgili yıla ait Sayıştayca sonuçlandırılmamış denetimleri önlemez ve **hesapların kesin hükme bağlandığı** anlamına gelmez.’

4. 6085 SAYILI SAYIŞTAY KANUNU

4.1. Bağımsızlık ve Teminat

Sayıştay'ın bağımsızlığı Kanunun bağımsızlık başlıklı maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre; Sayıştay; bu kanun ve diğer kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve kesin hükme bağlama işlerini yaparken işlevsel ve kurumsal bağımsızlığı olan bir kurumdur (6085/3).

Sayıştay mensuplarının teminatı Kanunun değişik maddelerinde sağlanmıştır. Kanunun amaçları arasında; Sayıştay'ın kuruluşunu, işleyişini, denetim ve **hesap yargılaması** usullerini, mensuplarının niteliklerini ve atanmalarını, ödev ve yetkilerini, haklarını ve yükümlülüklerini ve diğer özlük işlerini, başkan ve üyelerinin seçim ve **teminatını düzenlemek** hususları sayılmıştır (6085/1).

Sayıştay başkanı, daire başkanları ve üyelerin azlolunamayacakları, kendileri istemedikçe 65 yaşından önce emekliye sevk edilemeyecekleri hususu Sayıştay Başkanı, daire başkanları ve üyelerin teminatı başlıklı maddede düzenlenmiş bulunmaktadır (6085/70).

Aylık, ödenek, mali, sosyal, emeklilik ve diğer haklar ve teminatlar bakımından; Sayıştay Başkanı, daire başkanları ve üyeleri sırasıyla Yargıtay birinci başkanı, daire başkanları ve üyeleri hakkındaki hükümlere tabiidirler. Diğer Sayıştay meslek Mensupları kıdem, sınıf ve derecelerindeki birinci sınıf, birinci sınıfa ayrılmış, ikinci sınıf ve üçüncü sınıf hakim ve savcılar hakkındaki hükümlere tabiidir.(6085/63).

4.2. Sayıştay Daireleri Birer Hesap Mahkemesidir

6085 sayılı Kanunun Daireler başlıklı maddesine göre, Bir başkan ile altı üyeden kurulu daireler birer **hesap mahkemesidir**. Daireler, bir başkan ve dört üye ile toplanır, **hüküm ve kararlar** oy çokluğuyla verilir(6085/23). Daireler; Hesap mahkemesi olarak sorumluların hesap ve işlemlerine ilişkin düzenlenen yargılamaya esas raporlarda yer alan kamu zararına ilişkin hususları hükme bağlar.

Sayıştay Dairelerinin birer hesap mahkemesi olduğu hükmü, önceki 832 sayılı Sayıştay Kanununda da yer almış bulunmaktaydı (832/14).

4.3. Yargılamaya Esas Raporun Dairece İncelenmesi ve Hükme Bağlanması

Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap ve işlemlerinin denetimi sırasında denetçiler tarafından kamu zararına yol açan bir husus tespit edildiğinde sorumluların savunmaları alınarak mali yılsonu itibariyle yargılamaya esas rapor düzenlenir. Yargılamaya esas raporlar eki belgelerle birlikte

Başkanlığa sunulur. Başkanlık bu raporları en geç on beş gün içinde hesap yargılamasının yapılacağı daireye gönderir (6085/48).

Daire başkanları dairelerine verilen yargılamaya esas raporlar hakkında başsavcılığın ve müteakiben bir üyenin yazılı düşüncesini alır. Yargılamaya esas raporda konu edilen hesap ve işlemlerin yargılanmasına başlanır. Hesap yargılaması sırasında savcı da hazır bulunur ve görüşünü açıklar (6085/49).

4.4. Hüküm ve Tutanaklar

Daireler tarafından yapılan hesap yargılaması sonucunda; a) hesap ve işlemlerin yasal düzenlemelere uygunluğuna veya b) kamu zararının sorumlulardan tazminine hükmedilir. Bu hükümler dışında, c) gerekli görülen hususların ilgili mercilere bildirilmesine karar verilebilir, d) Hesap yargılaması sırasında, mahkemelere veya yürütülen bir soruşturma için ilgili idari mercilere verilmiş olması nedeniyle belgeleri bulunmayan hesap yargılamasına konu olan bilgi ve belgelerin yeterli görülmemesi ve kovuşturma veya soruşturma sonucunun beklenmesine gerek görülen hallerde, bu hususlara ilişkin hesap ve işlemlerin yargılanması durdurularak, hüküm dışı bırakılabilir. Hüküm dışı bırakılan hususlara ilişkin noksanlıklar giderildikten sonra bu hesap ve işlemlerin yargılanmasına devam edilir. Verilen hüküm ve kararlar gerekçeli olarak tutanağa bağlanır ve daire başkanı ve üyeler tarafından imzalanır (6085/50).

4.5. İlamlar, İlamların Tebliği, Tavzihi ve Düzeltilmesi

İlamlar gerekçeli olarak düzenlenir. İlamlardan ikişer nüshası daire başkanı ve üyeler tarafından imza edildikten sonra imzalı nüshalardan biri dairede alıkonulur, diğeri ve imzasız nüshaları rapor dosyası ile birlikte Sayıştay Başkanlığına verilir. Sayıştay Başkanı veya görevlendireceği kimseler tarafından Sayıştay mührü ile mühürlenip imza edildikten sonra hesap yargılamasını yapan daire başkan ve üyeleri tarafından imzalanan nüsha Başkanlıkça saklanır (6085/51).

İlamların tebliği, tavzihi ve düzeltilmesi hususları 6085 sayılı Sayıştay kanununda düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanuna göre; Sayıştay ilamları; sorumlulara, sorumluların bağlı olduğu kamu idarelerine, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri için Maliye Bakanlığına, ilgili muhasebe birimine ve başsavcılığa tebliğ edilir (6085/52).

Sayıştay dairelerinden veya Temyiz Kurulundan verilen kararlar müphem ise taraflardan her biri bunların tavzihini yahut tarafların adı ve soyadı ile sıfatı ve iddiaların sonucuna ilişkin yanlışlıklar ile hüküm fıkrasındaki hesap yanlış-

İlklarının düzeltilmesini isteyebilir. Tavzih veya düzeltme dilekçeleri karşı taraf sayısından bir nüsha fazlasıyla verilir. Kararı vermiş olan daire veya Kurul işi inceler ve lüzum görürse dilekçenin bir nüshasını, tayin edeceği süre içerisinde cevap verilmek üzere, diğer tarafa tebliğ eder. Cevap iki nüsha olarak verilir; bunlardan biri tavzih veya düzeltmeyi isteyen tarafa gönderilir. Görevli daire veya Kurulun bu husustaki kararı taraflara tebliğ olunur. Tavzih veya düzeltme, kararın yerine getirilmesine kadar istenebilir (6085/52).

4.4. İlamların İnfazı

Sayıştay ilamları kesinleştikten sonra doksan gün içerisinde yerine getirilir. İlam hükümlerinin yerine getirilmesinden, ilamların gönderildiği kamu idarelerinin üst yöneticileri sorumludur. İlamlarda gösterilen tazmin miktarı hüküm tarihinden itibaren kanuni faize tabi tutularak, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı icra ve iflas Kanunu hükümlerine göre tahsil olunur (6085/53).

4.5. Kanun Yollarına Başvurma

Kanun yollarına başvurma müessesesi 6085 sayılı Kanun ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Temyiz, yargılamanın iadesi ve karar düzeltilmesi talepleri, Sayıştay Başkanlığına hitaben yazılmış imzalı dilekçe ile yapılır. Dilekçeler Sayıştay Başkanlığına verilir veya gönderilir. İlgililer isterlerse evrakın alındığına dair kendilerine bir alındı verilir (6085/54).

4.5.1. Temyiz

Sayıştay dairelerince verilen ilamlar Sayıştay Temyiz Kurulunda temyiz olunur. Bu Kurulca verilen kararlar kesindir. Sayıştay dairelerinin ilamları; a) Kanuna aykırılık, b) Yetkiyi aşmak, c) Hesap yargılaması usullerine riayet etmemek, gibi sebeplerle, 6085 sayılı kanunun 52 nci maddesinin birinci fıkrasında yazılı ilgililer tarafından temyiz olunabilir (6085/55).

4.5.2. Yargılamanın İadesi

6085 sayılı kanunun 52 nci maddesinin birinci fıkrasında yazılı ilgililer tarafından yargılamanın iadesi istenebileceği gibi Sayıştay dairelerince de doğrudan doğruya buna karar verilebilir (6085/56).

4.5.3. Karar Düzeltilmesi

Temyiz Kurulu kararları hakkında, 6085 sayılı kanunun 52 nci maddesinin birinci fıkrasında yazılı ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere kanunda sayılan sebeplerle karar düzeltilmesi isteminde bulunabilirler (6085/57).

4.6. İctihatların Birleştirilmesi

İctihatların birleştirilmesi müessesesi 6085 sayılı Kanun tarafından düzenlenmiş bulunmaktadır. İşin gereği ve ibraz edilen belgelerin mahiyeti bir olduğu halde aynı konu hakkında dairelerce veya Temyiz Kurulunca verilen ilamlar birbirine aykırı ise Sayıştay Başkanı bu ilamları ictihatların birleştirilmesi için Genel Kurula gönderir. Ayrıca, Sayıştay Başkanı birleşmiş ictihadın değiştirilmesi için de istemde bulunabilir. İctihatların birleştirilmesi veya değiştirilmesi kararları Resmi Gazetede yayımlanır. Bu kararlara Sayıştay daire ve kurulları ile kamu idareleri ve sorumlular uymak zorundadır (6085/58).

4.7. Danıştay ile Sayıştay Kararları Arasındaki Uyuşmazlık Hali

Sayıştay'ın görev alanı kamu kurumlarındaki sorumluların mali konulardaki karar, eylem ve işlemleri ile alakalı olduğundan Danıştay ile uyuşmazlık hali söz konusu olabilir. Sayıştay Kanunu iki yargı mercii arasında uyuşmazlık hali olduğunda konunun uzamamasını teminen baştan bir düzenlemede bulunmuş ve Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyuşmazlık halinde Danıştay'a öncelik vermiştir. Böylece Uyuşmazlık mahkemesine gitmeye gerek kalmamıştır. Kanun adli yargı ile Sayıştay'ın uyuşmazlık hali olamayacağı varsayımını kabul etmiştir (6085 /60).

4.8. Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanununun Uygulanacağı Haller

Sayıştay'ın görev alanı başta anayasa olmak üzere kanunlarda belirlenmiş olan kamu hesap yargısı ile sınırlı bir ihtisas yargısıdır. Sayıştay, kendi yargılama usulünü 6085 Sayılı Sayıştay Kanununda belirlemiş olmakla birlikte Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunmuştur. 6085 Sayılı Sayıştay Kanununda yargılama usulüne ve kanun yollarına ilişkin hüküm bulunmayan hallerde 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanması kabul edilmiştir (6085/61).

5. DİğER DÜZENLEMELER

1136 sayılı Avukatlık Kanununa istinaden Türkiye Barolar Birliği Tarafından her yıl yayınlanan Avukatlık asgari ücret tarifesi uygulamasında, Sayıştay'ın da Yargıtay ve Danıştay gibi kabullenildiği görölmektedir.

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı tarafından her yıl yayınlanan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin Avukatlık ücretinin kapsadığı işler başlıklı ikinci maddesinde, ' buna karşılık, icra takipleriyle, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Sayıştay'da temyizen ve bölge idare ve bölge adliye mahkemelerinde itirazın görölen işlerin duruşmaları ayrı ücreti gerektirir.' Hükümü yer almaktadır.

Avukatlık Ücret Tarifesinin Yargı Yerleri ile İcra ve İflas Dairelerinde Yapılan ve Konusu para olmayan veya para ile değerlendirilemeyen hukuki yardımlara ödenecek ücret çizelgesinde; Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Sayıştay'da temyiz yolu ile görülen işlerin duruşması için aynı rakam belirlenmiş bulunmaktadır.

6. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesinin Sayıştay ile ilgili değişik nedenler ile önüne gelen dört ayrı konuda kararı bulunmaktadır. Peşpeşe verilen dört kararda da istikrarlı bir şekilde Sayıştay'ın bir yargı mercii olduğu açıkça vurgulanmaktadır.

6.1. Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 tarihli, 2012/102 Esas ve 2012/207 Karar sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesinin bu kararı, Sayıştayın hesap yargılaması ile ilgili kararlarının hukuki niteliğinin ne olduğunun anlaşılması hususunda önemli bir referans olmuş bulunmaktadır (RG 02.04.2013 gün ve 28606 mükerrer sayı).

Söz konusu Anayasa Mahkemesinin iptale ilişkin konusu: 4.7.2012 günlü, 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 45. maddesiyle, 3.12.2010 günlü ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 35. maddesine eklenen (2) numaralı fıkranın (a) bendinin ikinci ve üçüncü cümleleri ile (b), (c), (ç) ve (d) bentlerinin, Anayasa'nın Başlangıcı ile sayılan bazı maddelerine ve 160. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

Anayasa Mahkemesi İptal davasına konu olan Yasa maddeleri ile ilgili olarak esasın incelenmesine geçildiğinde; 6353 sayılı Kanun' un 45. Maddesiyle, 6085 Sayılı Kanun'un 35. Maddesine Eklenen (2) Numaralı Fıkranın (a) Bendinin İkinci ve Üçüncü Cümleleri ile (b), (c), (ç) ve (d) Bentlerinin İncelenmesinde Öncelikli olarak; Sayıştayın Anayasal Konumu Hakkında Genel Değerlendirme yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin Sözkonusu Kararında Sayıştayın Anayasal Konumu Hakkındaki Genel Değerlendirme Özet Olarak Şu Şekilde Yer Almıştır:

a) Sayıştay, 1961 Anayasası'nda "Yürütme" bölümünün "İktisadi ve Mali Hükümler" alt başlığında yer alırken, 1982 Anayasa'nın "Cumhuriyetin Temel Organları" başlıklı üçüncü kısmının, "Yargı" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir.

b) 1982 Anayasası'nda, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak Sayıştay kararlarına karşı idari yargı yoluna (Danıştay'a) başvurulamayacağı, ancak vergi ve benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyumsuzluklarda Danıştay kararlarının esas alınacağı hükme bağlanmıştır.

c) 1982 Anayasası'nın 160. maddesinin birinci fıkrasında, Sayıştayın görevleri;

- Merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek,

- Sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak,

- Kanunla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmak, şeklinde sayılmıştır.

Sayıştay'ın, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamasının yargısal bir faaliyet olup olmadığının saptanabilmesi için söz konusu faaliyetin objektif içeriğine ve Sayıştayca verilen hükmün niteliğine bakmak gerekmektedir. Bunun için öncelikle, yargılama faaliyetinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması zorunludur.

Devletin yargılama fonksiyonunun belirlenmesinde iki temel yaklaşım söz konusudur. Maddi anlamda yargılama faaliyeti, hukuki uyumsuzlukları ve hukuka aykırılık iddialarını çözümlen ve karara bağlayan bir devlet fonksiyonu olarak görülmektedir. Bu anlayış, organik açıdan idare içerisinde yer alan kimi organ ve kurulların benzer faaliyetlerinin de yargılama faaliyeti sayılması sonucunu doğurması nedeniyle yetersiz kalmaktadır.

Günümüzde genel kabul gören organik-şekli ölçüte göre, yargısal faaliyet, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlar tarafından, hukuki uyumsuzlukların ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi ve kesin hükme bağlanması faaliyeti olarak tanımlanmaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık, yargı fonksiyonunu idare fonksiyonundan ayıran en önemli ölçüt olup, yargı yetkisini kullanacak olan merciin, çözülmesi istenen uyumsuzluğa doğrudan veya dolaylı olarak taraf olmayan ve uyumsuzluğun taraflarından tamamen bağımsız olan kişi veya kişilerden oluşmasını gerektirmektedir. Öte yandan yargılama faaliyetinde idari faaliyetten farklı olarak, uyumsuzluğun çözümü, bağımsızlık ve tarafsızlığı güçlendiren özel yargılama usulleri izlenerek gerçekleştirilmektedir. Ayrıca, yargı organları bir uyumsuzluğu kesin bir biçimde çözerken, idare organlarının verdiği kararlar kural olarak kesin nitelikte değil-

dir. Dolayısıyla verilen karara karşı herhangi bir organa başvurulamaması, karara yargısal kimlik kazandıran önemli bir göstergedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılama hakkı bağlamında mahkemeyi, ulusal kanunlarda mahkeme olarak nitelendirilmiş olup olmadığına bakmaksızın, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün olan karar verme yetkilerini elinde tutan organ olarak nitelemektedir (Sramek/Avusturya kararı, Başvuru no:8790/79, par.36).

Bu tanıma göre yargısal faaliyetin en önemli unsuru, bir hukuki uyuşmazlığın tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması ve bu kararın kesin hüküm niteliği taşımasıdır. Kesin hüküm, davanın tarafları arasındaki hukuki ilişkinin, bütün bir gelecek için kesin olarak tespiti veya düzenlenmesi ve aynı davanın hükmün kesinleşmesinden sonra yeniden açılmamasıdır. Sayıştay, sorumluların hesap ve işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığı, hukuka aykırı ise kamu zararı doğurup doğurmadığı ve hukuka aykırı mali işlem ile kamu zararı arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı yolunda, 6085 sayılı Kanun'da öngörülen yargılama usullerini izleyerek bir inceleme yaptıktan sonra, her üç koşulun da gerçekleşmesi durumunda kamu zararının hesap sorumlusundan tazminine karar vermektedir. Sayıştayın tazmin kararı vermesi, hukuka aykırılığın müeyyidesidir. **Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasında, Sayıştayın bu kararının kesin hüküm niteliğinde olduğunun açıkça belirtilmesi ve bu karara karşı herhangi bir hukuksal yola başvurma yolunun öngörülmemiş olması, Sayıştay kararının yargısal anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğunu göstermektedir.**

d) Öte yandan, Anayasa'nın 164. maddesinin son fıkrasında yer alan "Kesin Hesap Kanunu tasarısının ve genel uygunluk bildiriminin Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiş olması, ilgili yıla ait Sayıştayca sonuçlandırılmamış denetim ve hesap yargılamasını önlemez ve bunların karara bağlandığı anlamına gelmez." şeklindeki hükümde, **hesap yargılamasından söz edilmesi, Sayıştayın, sorumluların hesap ve işlemlerine ilişkin olarak verdiği kararların yargısal kimliği sahip olduğunun önemli bir göstergesidir.**

e) Diğer taraftan, Anayasa'nın 160. maddesinin ikinci fıkrasında, vergi ve benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyuşmazlıklarda Danıştay kararının esas alınacağına öngörülmüş olması, Sayıştayın bir yargı mercii olarak kabulünü gerektirir. Sayıştayın idari bir makam olarak kabulü durumunda, Sayıştay ile Danıştay kararları arasındaki

uyuşmazlıkta Danıştay kararının üstün olduğunu vurgulayan Anayasa hükmünün bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü yargı kararları ile idari kararlar arasında kıyas yapılması dahi mümkün değildir. **Anayasa koyucunun, Sayıştay ile Danıştay kararları arasında bu şekilde bir kıyaslama yapma ihtiyacı duyması, ikisini de yargı organı olarak görmesinin bir sonucudur.**

f) Sayıştayın yargısal fonksiyon ifa edip etmediğinin saptanmasında dikkate alınması gereken diğer bir unsur da, bağımsızlık ve tarafsızlıktır. Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasında Sayıştayın merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını "Türkiye Büyük Millet Meclisi adına" (TBMM) denetleyeceğinin belirtilmiş olması, Sayıştayın TBMM'ye bağlı olarak faaliyet yürüttüğü ve bağımsızlık unsurunu taşımadığı yolunda görüşlerin ileri sürülmesine zemin hazırlamıştır. Ancak Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin lafzı dikkate alındığında, Sayıştayca TBMM adına icra edilen görev denetim görevi olup, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi değildir. Zira cümlede, "Türkiye Büyük Millet Meclisi adına" ibaresi "denetlemek" ibaresinden hemen önce kullanıldığından "ve" bağlacından sonraki "sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak" ibaresini ilgilendirmemektedir. Şayet, "Türkiye Büyük Millet Meclisi adına" ibaresinin, "sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak" ifadesini de nitelmesi istenseydi, cümlenin ortasında ("denetlemek" ibaresinden hemen önce) değil, başında kullanılması gerekirdi. Kaldı ki Sayıştayın TBMM adına görev ifa etmesi, TBMM'ye bağlı olduğu anlamına gelmemektedir. Sayıştay mensupları, TBMM Başkanlığıyla herhangi bir hiyerarşik ilişki içerisinde bulunmadıkları gibi, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti sırasında, TBMM'den telkin, tavsiye ve talimat almadan tamamen bağımsız bir şekilde hareket etmektedirler.

Anayasa'nın 160. maddesinin dördüncü fıkrasında, bir yandan Sayıştayın işleyişi ve denetim usulleri ile Başkan ve üyelerinin teminatının kanunla düzenleneceği belirtilmek suretiyle yargılama usulleri kanunilik güvencesine bağlanmış, öte yandan da Başkan ve üyelerinin diğer kamu görevlilerinden farklı teminatlarla donatılması gerektiği hükme bağlanarak karar mercilerinde görev yapacak kişilerin bağımsızlık ve tarafsızlıkları güçlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi sözkonusu kararında Sayıştayın Anayasal konumu hakkındaki genel değerlendirmelerde bulunduktan sonra sonuç olarak;

'Bütün bu açıklamalar dikkate alındığında, Sayıştayın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet

icra ettiği ve bu çerçevede verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden yargı kararı niteliğinde olduğu, kesin hüküm vermesi nedeniyle bunu sonuçsuz veya etkisiz kılacak şekilde gerek idari gerekse yargısal makamlar nezdinde herhangi bir karar alınmasının söz konusu olamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.’ hükmüne varmıştır.

6.2. Anayasa Mahkemesinin 28.02.2013 Tarihli ve E:2011/21, K:2013/36 sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesi bu kararında da yine Sayıştay’ın anayasal konumu hakkında genel değerlendirmede bulunulmuş ve bir önceki kararına atıf yaparak, Sayıştay, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet gerçekleştirdiği ve bu çerçevede verdiği kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden yargı kararı niteliğinde olup, bu kararlarına karşı yargı organları dahil hiçbir makam ve merciye başvurma olanağının bulunmadığı ve yargısal sonuçlu kararlar veren **bir hesap mahkemesi olduğu** sonucuna ulaşılmaktadır (RG,06.03.2014 gün ve 28933 sayı).

6.3. Anayasa Mahkemesinin 13.11.2014 Tarihli ve E:2014/172, K:2014/170 sayılı Kararı

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, Sayıştay birinci Dairesinin Anayasaya aykırılık başvurusunu kabul ederek, esastan görüşmüş ve söz konusu ibarelerin Anayasaya aykırı olduklarına ve iptallerine karar vermiştir. Böylece Anayasa Mahkemesinin yeni bir kararında da Sayıştay’ın bir yargı mercii, bir mahkeme olduğu tekraren vurgulanmış oldu (RG, 10.01.2015 gün ve 29232 sayı).

6.4. Anayasa Mahkemesinin 21.11.2013 tarihli ve 2012/615 Başvuru numaralı kararı

Anayasa Mahkemesi Sayıştay aleyhine açılan Bireysel Başvuruyu kabul etmiş; davayı esastan görüşmüştür. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, Sayıştay’ı mahkeme ve yargı mercii olarak; Sayıştay’daki işlemleri de yargılama faaliyeti olarak kabul etmiştir.

Başvurunun konusu, başvuru, Sayıştay Temyiz Kurulu tarafından yapılan yargılamada müvekkilinin beraat etmesine rağmen, kendi lehine vekâlet ücreti ödenmesine karar verilmemesi nedeniyle kendisinin Anayasa’da yer alan savunma hakkı ile angarya yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bireysel başvuruyu kabul etmiş, esastan görüşmüş ve hüküm olarak; başvurunun kabul edilemez olduğuna oybirliği ile karar vermiştir.

Başvuru konusu olayda, başvurucu müvekkili ile serbestçe yaptıkları ve ücreti müvekkiliyle birlikte tespit ettikleri vekâlet sözleşmesi gereği müvekkilini Sayıştay nezdinde yapılan **yargılamada** savunmuştur. Dolayısıyla başvurucunun çalışması yasal bir zorunluluktan değil, kendi hür iradesiyle gerçekleşmiştir. Aynı zamanda başvurucu yapılan işin kendisine sıkıntı verdiğini, bunaltıcı olduğunu veya meşakkatli olduğunu da iddia etmemekte, yalnızca **mahkemenin** vekâlet ücretine dair hüküm kurmaması nedeniyle **yargılama** gideri olarak vekâlet ücreti alamadığından şikâyet etmektedir.

Sayıştay yargılamasında başvurucunun iddia ettiği gibi avukatla temsil edilenler ve davası lehine sonuçlananlar için vekâlet ücreti kişisel bir hak olarak kabul edilse dahi bu hak, 6100 sayılı Kanun ve yerleşik mahkeme içtihatlarına göre davada tarafı temsil eden avukatın değil, davası lehine sonuçlanan tarafın güncel ve kişisel bir hakkı olacaktır.

7. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

Sayıştay Temyiz Kurulunun Belediyelerde toplu sözleşme ile memurlara sağlanan haklar nedeniyle toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yapma yetkisinin tanınmaması yönünde alınan kararı ile ilgili olarak TÜM-BEL-SEN tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine dava açılmıştır. AİHM Sayıştay Temyiz Kurulu kararına karşı açılan davayı kabul etmiştir(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2. Dairesil 8.02.2014 tarih ve E:2010/38927, K:2014 sayılı kararı).

8. ULUSLARARASI YÜKSEK DENETİM KURUMLARI (INTOSAI) STANDARTLARI

Yüksek Denetim Kurumları Uluslararası Kuruluşu olan ve Türk Sayıştay'ının da üyesi bulunduğu INTOSAI, üye ülke Sayıştayları arasında denetim usul, metod ve teknikleri yönünden bir birliktelik sağlamak amacıyla Denetim Standartlarında mahkeme şeklinde kurulmuş Sayıştayların bu özelliklerinden kaynaklanan belirli ihtiyaçlarına da cevap verecek biçimde standartlar belirlemiştir. Konumuzla ilgili olan ve hesap mahkemesi niteliği bulunan Sayıştayların bu özelliğini dikkate alan standartlar "Devlet Denetiminde Temel Prensipler" başlığı altında düzenlenmiştir (ISSAI 100). Söz konusu standartlardan bazıları şunlardır (WWW.İNTOSAI.ORG):

a) Sayıştaylar önemli olarak nitelendirilen her konuda INTOSAI denetim standartlarına uygunluğu göz önünde bulundurulmalıdır. Belirli standartlar, **Hesap Mahkemesi** şeklinde kurulanlar dahil Sayıştayların yaptığı bazı işlerde ve Sayıştaylarca yürütülen denetim dışı işlerde uygulanamayabilir. Sayıştaylar, bu tür işlerin yüksek kalitede olmasını temin için bunlara uygulanabilecek standartları tespit etmelidir(ISSAI 100).

b) Sayıştaylar, en yüksek yasa koyucu organ tarafından veya Anayasal hükümler uyarınca kurulmaktadır. Bazı durumlarda Sayıştayların rollerinin bazı unsurları, özel yasal hükümlerden çok teamüllere dayanmaktadır. Çoğunlukla Sayıştayların (mahkeme, kurul, komisyon, yasal büro veya Bakanlık gibi) şekli, görev şartları, teminatları, yetkileri, görevleri, fonksiyonları, genel sorumlulukları, görevde kalma ve fonksiyon ve görevlerin yerine getirilmesine ilişkin diğer hususlar; kuruluş kanunları veya diğer düzenlemelerde belirlenir.

c) Düzenlenme biçimi nasıl olursa olsun Sayıştayların temel işlevi, kamusal hesap verme sorumluluğunu sürdürmek ve teşvik etmektir. **Kimi ülkelerde Sayıştaylar; hakimlerden müteşekkil, kendisine hesapları sunmak zorunda olan muhasebe yetkilileri üzerinde yetkiye sahip bir mahkemedir.** Bu yargısal fonksiyon, Sayıştayların kamu kaynaklarından sorumlu olan herkesin kendisine karşı sorumlu olmasını ve bu bakımdan Sayıştayların yargı yetkisine tabi olmalarını gerekli kılar (ISSAİ 100).

d) Yargı yetkisi ile denetimin diğer nitelikleri arasında önemli bir tamamlayıcılık ilişkisi bulunmaktadır. Bu nitelikler, dış denetimce izlenen genel hedeflerin özellikle muhasebe yönetimine ilişkin hedeflerin mantığının bir parçası olarak görülmelidir (ISSAİ 100; WWW.INTOSAI.ORG).

Uluslararası Yüksek Denetim Kurumları Standartlarından da görüleceği üzere Bazı Sayıştayların denetim yetkisi ile birlikte mahkeme olarak da görev yaptığı vurgulanmakta ve bunların mahkeme olmaları nedeniyle kendilerine ilişkin denetim standartları geliştirebilecekleri kabul edilmektedir. Mahkeme olarak görev yapan Sayıştaylar arasında Türk Sayıştayını da bulunmaktadır.

9. SAYIŞTAY YARGISININ KONUSU

Sayıştay tarafından yapılacak olan hesap yargısının konusunu sorumluların kasıt veya ihmali nedeniyle genel yönetim kapsamındaki idarelerin kaynaklarında meydana gelen artışa engel veya azalışa sebep oldukları kamu zararları oluşturmaktadır. Bu husus ilgili olan 5018 ve 6085 sayılı Kanunlarda da açıkça düzenlenmiştir. Kamu zararı konusunda uygulamada yapılan tartışmalar hesap yargılamasına yönelik olmayıp, kamu zararının kapsamına yöneliktir. Bu hususta yaşanan sorunlar Sayıştay tarafından yapılacak yargılama ve içtihatlarla zamanla azalacaktır.

Anayasada ifade edilen sorumluların hesap ve işlemlerinin kesin hükme bağlanması da aslında ilgili Kanunlarda ifade edilen denetim sonucunda meydana geldiği iddia edilen kamu zararına sebep olan sorumlular hakkında hü-

küm vermeyi ifade etmektedir. Bu husus ile ilgili Anayasa Mahkemesinin bir kararı bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 16.01.1969 tarihli, 1967/13 Esas ve 1969/5 Karar sayılı Kararında (Resmi Gazetenin 14.4.1970 tarihli ve 13471 sayılı nüshası) (Karar tarihindeki Anayasa hükmü ile yürürlükte olan Anayasanın konuya ilişkin hükmü aynı); “Anayasa’nın 127. maddesinde, sadece hesap ve işlemlerin hükme bağlanmasında söz edilmeyip sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamaktan söz edildiğine göre maddeden, hesap ve işlemler ile o hesap ve işlemleri yürüten sorumluların ve onların sorum derecelerinin belli edilmesi gerektiği açıkça anlaşılmaktadır. Esasen sorumlusu ve sorum derecesi belli edilmeyen bir hesap ve işlemin “kesin hükme bağlanması” gibi, anlamı ve uygulamada yararı olmayan bir görevi, 127. maddenin, hesap ve işlemler sonucu meydana gelen durumu, onları yürüten sorumluları, sorum dereceleri ile birlikte belli ederek Devlet zararının ödettilmesini hüküm altına almaktan ibaret olan amacı ile bağdaştırmağa imkân bulunmadığına göre, söz konusu 127. maddenin Sayıştay’ın bu nitelikleri taşıması gerekli bulunan hükümlerine “kesinlik” tanıdığını kabul etmekte zorunluk vardır.” Denilerek Sayıştay tarafından kesin hükme bağlanan durumun sorumluların sebep oldukları kamu zararı olduğu açıkça ifade edilmiştir.

10. DOKTRİN

Başta İdare Hukuku olmak üzere Hukuk Derslerinde ve Kitaplarında Sayıştay’ın konumu diğer yargı organları ile birlikte incelenmiş ve değişik açılardan fikirler ifade edilmiştir. Sayıştay’ın hem TBMM adına denetim yapan bir Yüksek Denetim Organı olması, hem de Sorumluların hesapları ile ilgili kesin hüküm vermesi, yani iki ayrı fonksiyonu olması, Sayıştay’ı tanımlamayı zorlaştırmıştır. 1961 Anayasasının İdare kısmında yer almasına rağmen (1961Anayasa; m. 127) Sayıştay için özel görevli bir yüksek mahkeme demek daha baskın olmuştur. 1982 Anayasasının Yargı kısmında (1982 Anayasası; m. 160) yer alan Sayıştay için özel görevli bir yüksek mahkeme demek daha kolay olmuştur. Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012, 28.02.12013, 21.11.2013 ve 13.11.2014 tarihli Kararlarından sonra ise doktrinde Sayıştay’ın bir hesap mahkemesi olduğu söylemi iyice belirginleşmiştir.

Sayıştay’ın doktrinde, Hukuk kitaplarında anlatımı çok eskiye dayanmaktadır. Zira Türkiye’nin ilk Yüksek Yargı birimi Bir Mahkeme-i Ktibra olarak kurulan Divan-ı Muhasebat’ tır (1862), yani Sayıştay’dır. Sayıştay ile ilgili Hukuk kitaplarında yer alan çalışmalardan bazılarında makale yazımı çerçevesinde yer vermenin faydalı olacağı kabul edilmiştir.

A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku kitabında Sayıştay'ı yargı görevleri açısından 'özel görevli bir yüksek mahkeme' olarak kabul etmektedir (Gözübüyük, 1989;s.255). Gözübüyük'e göre bir Anayasa Kurumu olan Sayıştay, bir yandan mali denetim organı, bir yandan da 'özel yönetsel yargı' kuruluşudur (Gözübüyük,1989;s.254).

Gözübüyük bir hukukçu olarak tüm akademik çalışmalarında Sayıştay'ı bir özel yargı yeri olarak kabul etmiştir. Konuyla ilgili olarak şu çalışmalara bakmak mümkündür: Gözübüyük, A. Şeref (1973), Sayıştay, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, cilt XVII, sayı 3-4, s.303; Gözübüyük, A. Şeref (1973), Sayıştay ve Yargı Görevi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, cilt XXI, sayı 4, s.157; Gözübüyük, A. Şeref (1973), Cumhuriyetin 50nci Yılında Sayıştay, s.151.

Turgut TAN, İdare Hukuku kitabında Sayıştay'ı 'Hesap Mahkemesi Olarak Sayıştay' ana başlığı altında anlatmış bulunmaktadır (Tan,2013;s.662). Sayıştay Kanununa ve uygulamaya göre, Sayıştay'ın bazı kamu görevlilerinin sorumluluklarının saptanması işlemini, bir yargı işlemi olarak kabul etmek, bir Danıştay kararında da belirtildiği gibi, Sayıştay'ı da kendine özgü bir idari yargı yeri saymak, yerinde bir yol olacaktır (Tan,2013;s.665).

Siddik Sami ONAR da çalışmalarında Sayıştay ile ilgili olarak kesin hüküm veren bir yargı mercii olduğunu kabul etmektedir. Onar, Siddik Sami (1966), İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II,s.790; Cilt III,s.1918, Hak Kitabevi, İstanbul; Onar, Siddik Sami (1973), Cumhuriyetin 50nci Yılında Sayıştay.

Lütfü Duran'ın Sayıştay ile ilgili yaklaşımının da aynı yönde olduğunu çalışmalarından anlamamız mümkündür. Duran, Lütfü (1970), Bir Yüksek Mahkeme Daha: Sayıştay, İmran Ökteme Armağan, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, s.569.

Ayrıca, Sayıştay'ın yargı fonksiyonu ile ilgili diğer bazı çalışmaları isim olarak ta olsa zikretmek faydalı olacaktır. Bunlardan, İnan, A. (1985), Sayıştay Yargılaması ve Sayıştay'ın Yargı Düzenindeki Yeri, Danıştay Dergisi, sayı 56-57, s.35; Keneti, S. (1990), Sayıştay'ın Anayasal Durumu, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, 3.kitap, s. 1007; Bilgen, P. (1994), Sayıştay'ın Yargı Düzeni İçindeki Yeri, İ.Ü.S.B.F. Dergisi, Sayı:7, s.54., ifade etmek doğru olur.

Hem akademik çalışmada bulunan ve bu makaleyi kaleme alan olarak, hem de Sayıştay Başkanı olarak benim de konu ile ilgi değerlendirmem Sayıştay'ın bir hesap Yargısı olduğu yönündedir. Gerçekten de, Sayıştay, kamu kaynaklarının hukuka uygun elde edilmesi, muhafazası ve harcanması ile ilgili hesap ve mali işlemler hakkında yargılama yoluyla kesin hüküm verme bakımından bir

hesap mahkemesidir. Sayıştay'da hem Hesap Mahkemeleri, hem de Temyiz Kurulu bulunmaktadır. Birer hesap mahkemesi olarak çalışan Sayıştay Daireleri tarafından verilen ilamların son hüküm mercii Sayıştay Temyiz Kuruludur (Akyel, 2013; s. 144).

Anayasa Mahkemesinin son dört kararından sonra Sayıştay ile ilgili yazılacak hukuki değerlendirmelerde Sayıştay'ın bir hesap yargısı olduğu değerlendirilmesinin tartışılmaz olacağı düşünülmektedir.

Günümüzde mali karar ve işlemler mali yargının konusunu oluşturmakta ve mali yargı gelişmektedir. Mali yargının gelişimi Sayıştay kararları ile oluşacaktır. Önceleri, mali karar ve işlemler, idari karar ve işlemlerin bir parçası olarak idari yargının konusuna dahil edilme eğilimi ağırlıktaydı. Günümüzün yaklaşımı, mali karar ve işlemlerin idari karar ve işlemlerin bir parçası sayılması yerine, kendi başına ayrı bir karar ve işlem olarak mali yargının konusunu oluşturduğu şeklindedir.

SONUÇ

Sayıştay; Mali konuların denetlenmesi, Devletin gelirinden fazla harcarma yapmaması, Devlet Dairelerince yapılan harcamaların yıl sonlarında ilgili memurlar tarafından hesabının verilmesi ve bunun sağlanması amacıyla, bir' **Mahkeme -i kübra-i Tetkik'** olarak, Divan-ı Aliyi Muhasebe veya Divanı Muhasibat adıyla, 1862 yılında kurulmuştur.

Sayıştay, Osmanlı Devlet sistemi içerisinde bir Divan olarak kurulmuş; Günümüze değin hemen hemen aynı amaç, fonksiyon, yetki ve sorumluluk ile devam edegelmiştir. Gerçekten de 1862 yılındaki Sultan Abdulaziz'e sunulan Arz tezkiresi ile 2010 yılında yürürlüğe giren 6085 sayılı Kanunun amaç ve yapılanması genel hatları ile aynıdır. Günümüzde Sayıştay'ın Divan yapılanması hemen hemen aynen sürdürülmektedir. Sayıştay'ın, denetim yapması, rapor yayınlaması, görüş bildirmesi ve hesap yargılaması yoluyla hesapların kesin hükme bağlanması gibi çok fonksiyonlu olması Sayıştay'ın Divan geleneğinden geldiğini göstermektedir. Osmanlı Devlet Sistemindeki Divan yapılanmasını bilenlerin Sayıştay'ı anlayabilmeleri daha kolaylaşmaktadır.

Divan idari, mali, askeri, meselelerin ve her türlü **davaların** görüşülüp gerekli **hükümlerin** verildiği toplantı ve toplanılan yerdir. Osmanlı Devletinde, devlet işlerini yürüten, gerekli kararları alan devlet yetkililerinin toplandığı tüksek kurul anlamına gelen Divan vardı. Divan bütün devlet kuruluşlarının üstünde hususi bir ad ile anılmaktaydı (dersimiz.com). Divan -ı Muhasibat ta bu divanlardan biriydi. Divan kararları idari, mali, yargı gibi tasniflenebilirdi;

ancak Divan kararları kesin hüküm niteliğindeydi. 1862 Yılında Divan-ı Muhasabat olarak kurulan Sayıştayın kararları Anayasa tarafından her zaman **Kesin Hüküm** olarak tanınmıştır.

Bu çalışmanın metin kısmında yer alan Anayasa, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, Sayıştay Kanunu gibi yasal kaynakların Sayıştay ile ilgili ifadelerinin bir yargısal yapı kurguladıkları anlaşılmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de Sayıştay'ı bir yargı kuruluşu olarak kabul ettikleri görülmektedir.

Sayıştay kuruluşundan günümüze aralıksız olarak, faaliyetlerini yargısal sistem içerisinde yürütmüş ve sonuçlandırmıştır. Yapılan denetimler sonucunda, tespit edilen bulgular üzerine Sorgu yazılarak Savunmanın alınması, dairede davanın açılması, hesabın yargılanması, karar verilmesi, ilam düzenlenmesi, kanun yollarına başvurunun kabulü ve sonuçlandırılması, kararların kesin hüküm haline gelmesi ve ilamın infazı süreçleri Sayıştayın yerleşmiş uygulamalarından olup, bu uygulamaların ise yargısal bir sistemin gereği ve sonucu olduğu anlaşılmaktadır.

Sayıştayı, ilk derece ve temyizi birlikte barındıran, özel kurgulu, kamu hesapları ile ilgili bir hesap mahkemesi olarak tanımlamak en doğru tanımlama olur. Hem hukuki durumun buna uygun düştüğü, hem de kamu menfaati ve birey hakkının buna uygun olduğu kanaatindeyiz.

Mahkeme veya yargı ile ilgili mutlakiyet peşinde koşularak, Sayıştay'a getirilebilecek her noksanlık diğer yargı mercileri için de geçerli olacaktır. Doktor tartışmanın ardi arkası kesilmez, ama uygulamada var olan bir olgunun adı konulmalıdır.

Sayıştay, sorumluların hesap ve işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığı, hukuka aykırı ise kamu zararı doğurup doğurmadığı ve hukuka aykırı mali işlem ile kamu zararı arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı yolunda, 6085 sayılı Kanun'da öngörülen yargılama usullerini izleyerek bir inceleme yaptıktan sonra, her üç koşulun da gerçekleşmesi durumunda kamu zararının hesap sorumlusundan tazminine karar vermektedir. Sayıştayın tazmin kararı vermesi, hukuka aykırılığın müeyyidesidir. Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasında, Sayıştayın bu kararının kesin hüküm niteliğinde olduğunun açıkça belirtilmesi ve bu karara karşı herhangi bir hukuksal yola başvurma yolunun öngörülmemiş olması, **Sayıştay kararının yargısal anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğunu göstermektedir.** (AYM Kararı).

Sayıştay, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi

yönünden yargısal bir faaliyet gerçekleştirdiği ve bu çerçevede verdiği kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden yargı kararı niteliğinde olup, bu kararlarına karşı yargı organları dahil hiçbir makam ve merciye başvurma olanağının bulunmadığı ve yargısal sonuçlu kararlar veren **bir hesap mahkemesi olduğu** sonucuna ulaşılmaktadır. (AYM Kararı).

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, (www.mevzuat.gov.tr)

5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu,,(www.resmi gazete.gov.tr) 6085 Sayılı Sayıştay Kanunu,(www.resmi gazete.gov.tr) 832 Sayılı Sayıştay Kanunu, (www.mevzuat.gov.tr)

1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Yıllık Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi,(www.mevzuat.gov.tr)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Büyük Daire 12.11.2008 Tarih ve 34503/97 Başvuru Numaralı Kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2.Dairesi, 18.02.2014 Tarih ve E: 2010/38927, K: 2014 sayılı Karar.

Anayasa Mahkemesinin 16.01.1969 Tarihli ve E: 1967/13, K: 1969/5 Sayılı Kararı, RG, 14.04.1970, Sayı 13471.

Anayasa Mahkemesi, 27.12.2012 tarih ve E.2012/102, K.2012/207 sayılı Karar, RG,

Mükerrer Sayı 28606.

Anayasa Mahkemesinin 21/11/2013 Tarih ve 2012/615 Başvuru Numaralı Kararı.

Anayasa Mahkemesinin 28.2.2013 Tarihli ve E: 2011/21, K: 2013/36 Sayılı Kararı, RG, Sayı 28933.

Anayasa Mahkemesinin 13.11.2014 Tarihli ve E: 2014/172, K: 2014/170 Sayılı Kararı, RG, 10.1.2015, Sayı 29232.

INTOSAI, Devlet Denetiminde Temel Prensipler (ISSAI 100)

TAN, Turgut, (2013), İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref (1989), Yönetim Hukuku, Ankara.

AKGÜNDÜZ, Ahmet;(2012), Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Sayıştay, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul.

Sayıştay, (2012a), Kuruluşundan Cumhuriyet'e Sayıştay Tarihi, Sayıştay Başkanlığı, Ankara.

Akyel Recai ve Hasan Baş, (2010), Kamu Yönetimi ve Denetimi Bağlamında Sayıştay'ın Anayasal ve Yargısal Konumu', Maliye Dergisi, Sayı 158, 2010, Maliye Bakanlığı, Ankara.

Akyel, Recai, (2013), Yeni Türkiye Dergisi, Sayı 52, Yeni Türkiye Stratejik Araştırma Merkezi, 2013, Ankara.

ULAŞIM DIŞI AMAÇLARLA KULLANILAN ULUSLARARASI SUYOLLARININ HAKÇA VE MAKUL KULLANIMI VE TÜRKİYE’NİN SINIR AŞAN SULARI

*The Equitable and Reasonable Utilization of the Non-Navigational
Uses of International Watercourses and the Transboundary Waters of Turkey*

Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER*

ÖZET

Uygarlık tarihi boyunca su, yalnızca yaşamın temel unsuru değil ulusların refah düzeyi ve geleceği ile de yakından ilgilidir. Su kaynaklarına sahip olmanın getirdiği stratejik üstünlük, birbirleri ile söz konusu kaynaklara düzenli olarak ulaşabilme ve kontrol edebilme mücadelesini beraberinde getirmektedir. Suyun bu denli önemli olması, diğer doğal kaynaklara nazaran alternatifsiz olmasından kaynaklanmaktadır. Dünya nüfusunun hızla artması, kullanılabilir su kaynaklarının yetersizliği ve çevre kirliliği nedeniyle ulaşım dışı suyollarına olan bağımlılık giderek artmaktadır. Uluslararası hukukta suyollarının ulaşım dışı kullanımını düzenleyen kurallar bakımından en önemli kaynak, 1997 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme’dir. Söz konusu Sözleşme, bu alanda evrensel olarak kabul görmüş, genel ve yerleşik kurallar getirmek amacıyla paylaşılan tatlı su kaynaklarının yönetilmesine ilişkin bir çerçeve sözleşme niteliğindedir. Bu bakımdan uluslararası suyollarının hakça ve makul kullanımı, önemli zarar vermeme, alınacak önlemleri önceden haber verme gibi çok önemli rehber ilkeler kabul edilmiştir. Bu çalışmada, ulaşım dışı amaçlarla kullanılan uluslararası suyolları ve önemine ilişkin genel kavramlar ile en önemli ilkelerden biri olan hakça ve makul kullanım ilkesi incelenerek uygulama alanı ortaya konulmaktadır. Ayrıca Türkiye’nin önemli bir gündemini oluşturan sınır aşan sular sorunu, Fırat ve Dicle nehirleri gibi stratejik suyollarından bilgiler aktarılarak irdelenmek istenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası su yolu, ulaşım dışı suyolları, sınır aşan su, hakça ve makul kullanım, Türkiye

ABSTRACT

Water is not only basic element of human life, closely related to the welfare and future of the nations throughout the history of civilization. Strategic advantage brought by having water resources, brings the struggling to control and regular access to these resources with each other. Water is such an important that there is no another alternative due to compared to other natural resources. The addiction of non-navigational

* T.C. Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Genel Hukuku Anabilim Dalı,
kenandulger@beykent.edu.tr

watercourses is increasing gradually because of the lack of utilizable water resources, rapid increase in the world population and environmental pollution. The 1997 United Nations Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses is primary instrument in terms of rules governing utilization of the non-navigational uses of watercourses in international law. It is a framework convention, in the sense that it provides a framework of principles and rules that may be applied and adjusted to suit the characteristics of particular international watercourses. Some key guiding principles set out in the document include: the equitable and reasonable utilization of international watercourses; the application of appropriate measures to prevent harm to other States sharing an international watercourse; and the principle of prior notification of planned measures. It is examined general concepts and the principle of equitable and reasonable utilization related to the non-navigational uses of international watercourses in this study. It is also intended to examine significant agenda of Turkey about transboundary waters problem with giving detailed information from its strategic watercourses such as the Euphrates and Tigris Rivers.

Keywords: International watercourse, non-navigational watercourse, transboundary water, the equitable and reasonable utilization, Turkey



GİRİŞ

Su, sadece yaşamın temel bileşeni değil, aynı zamanda küresel uygarlığın ve barışın da temelidir. Bir ülkenin gereksinim duyduğu miktarda su kaynağına erişebilmesi, o ülkenin toplumsal, ekonomik ve siyasal istikrarı kadar, bekası ile de doğrudan ilgilidir.¹ Bir diğer ifadeyle su, tüm doğal kaynaklar içerisinde yaşamın sürdürülmesinde en önemli faktörlerin başında gelir. Uygarlık tarihi boyunca da ulusların refahı, suya düzenli olarak ulaşabilmek ve suyu kontrol edebilme yetilerine bağlı kalmıştır. Tarım sulama sistemlerinin geliştirilmesi ile toprak verimliliğinin artırılması sağlanarak tarihte önemli medeniyetlerin oluşması ve gelişmesine katkı sağlandığı görülmektedir. İnsanlığın ilk yerleşim bölgesi olan Ortadoğu'da yer alan Fırat ve Dicle nehirlerinin Mezopotamya medeniyetleri açısından ve Nil nehrinin Mısır medeniyeti açısından oynadıkları rol bu duruma örnek olarak gösterilebilir.²

I. SUYOLLARININ ÖNEMİ

Günümüzde su, sahip olanlara stratejik bir üstünlük sağlayan, ekonomik ve ekolojik bir kaynak haline gelmiştir. Petrol, nasıl 20. yüzyılda ekostratejik (eko-

¹ Karakılıç Y., "Bölgesel Su Anlaşmazlıklarının Küresel Çatışmaya Dönüşme Riski: Fırat ve Dicle Örneği", Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt:4, No:16, 2008, s.20.

² Aytemiz L.-Kodaman T., "Sınırtaş Sular Kullanımı ve Türkiye-Suriye ilişkileri", TMMOB Su Politikaları Kongresi, 7. Oturum, 21-23 Mart 2006, s.527.

nomik, ekolojik ve stratejik) bir kaynak olarak rol oynamışsa; su da 21. yüzyıl-
da petrole eşdeğer bir rol oynayabilir.³ Bu nedendir ki içinde bulunduğumuz
dönemde bütün ekonomik ve siyasi aktörler, strateji uzmanları ve hukukçular
özellikle Ortadoğu gibi hala çözülememiş suyollarının paylaşımı sorunlarının
var olduğu istikrarsız bölgelerde çıkması muhtemel bir bölgesel ve/veya küre-
sel savaşın en önemli sebeplerinden biri olarak su ve paylaşım sorununu işaret
etmektedir. Suyun insan yaşamında bu kadar önemli olması ve tarihin ilk çağ-
larından itibaren ulusların yaşam mücadelesini doğrudan ya da dolaylı olarak
bu bağlamda sürdürmesi doğal olarak bu yorumları da haklı çıkarmaktadır.

Aslında suyun taşıdığı önemin şekillenmesinde söylenebilecek başlıca et-
ken, suyun alternatifsizliğidir. Özellikle 20. yüzyılda stratejik bir enerji kaynağı
olarak önem kazanan petrol bile alternatif enerji kaynakları ile ikame edile-
bilirken, suyun alternatifinin henüz bulunamadığı görülmektedir. Dünyanın
artan nüfusuna karşılık su kaynaklarının kirletilmesi ve suyun ekonomik ola-
rak kullanılmaması, özellikle çevre kirliliğine neden olan endüstriyel ve evsel
atıklar ile hızlı yapılaşma, kaliteli ve kullanılabilir suyun ihtiyaçları karşılamak-
tan giderek uzaklaşmasına neden olmaktadır. Bu nedenle zengin kaynaklara
sahip olan ülkelerin, ekonomik ve stratejik bir koz olarak algıladıkları su, barış
ve işbirliğine sebep teşkil etmesi ile birlikte, potansiyel savaş tehlikesini de
gündemde tutmaktadır.⁴ Bu bakımdan su, birbirine rakip ülkeler arasında ger-
ginlik yaratan ekonomik bir mal olarak kalırken, yaşamsal bir kaynak olarak da
ülkelerin ulusal çıkarlarını tehdit eden bir unsur olmaya devam etmektedir.
Bundan dolayı, eğer gelecekte doğabilecek felaketlerden sakınmak isteniyor
ise rasyonel ve planlı bir su kullanım modelinin şimdiden geliştirilmesi gerekir.⁵

A. Uluslararası Suyolu-Sınır Aşan Su

Uluslararası hukukta suyollarının ulaşım dışı kullanımını düzenleyen genel
ve yerleşik kurallar getirilmek istenirken karşılaşılan sorunların kaynağında as-
lında bir tanımlanma ve kavram karmaşasının yattığını söyleyebiliriz. Mevcut
uluslararası metinlerde yer alan su yolu kavramları ve tanımlamaları, bu metin-
lerin öncesinde komisyon çalışmalarında ortaya çıkan taslak metinlerde hala
süren benzer tartışmaların yol açtığı bir tanım sorunu yatmaktadır. Uluslara-
rası su yolunu tanımlamadan önce karşıt anlamından yola çıkarak daha kolay
açıklayabileceğimiz 'ulusal su yolunu' ifade etmek isteriz. Bir ülkenin kendi sı-
nırları içerisinde doğup yine aynı sınırlar içerisinde biten ya da bir başka nehre,

³ Karakılçık, a.g.e., s.20.

⁴ Yalçın E., "Ortadoğuyu Bekleyen Tehlike", Stratejik Düşünce Enstitüsü, 2010.

⁵ Aytemiz-Kodaman, a.g.e., s.530.

göle, denize dökülen sular ulusal sular olarak tanımlanır. Buna bağlı olarak da o ülkenin hukuki rejimine tabidirler. Ulusal sularda söz konusu ülke mutlak olarak egemenlik hakkına sahiptir. Çünkü burada önemli olan ülke sınırları içinde kalmasıdır, ayrıca kullanım amacı ve türünün bir önemi yoktur.⁶

Uluslararası su yolu ise 1997 tarihli Birleşmiş Milletler Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme'sine göre "parçaları ayrı devletler ülkesinde yer alan ve fiziksel ilişkisinden ötürü tek bir bütün oluşturan ve normal olarak ortak bir noktaya akarak sona eren, yer üstü ve yer altı sular sistemidir.⁷ Tanımdan anlaşılacağı üzere yalnızca nehir yatağı değil bu nehri besleyen diğer tüm yer üstü ve yer altı suları da kapsam dahilindedir. Ancak nehirle bağlantısı olmayan yer altı suları kapsam dışı bırakılmıştır.⁸

Can'a göre bir nehir, tanımdaki gibi eğer bir ülkede doğup başka ülkelerin sınırlarına geçiyorsa; uluslararası su yolu tanımlamalarında o ülkelerin konumları, siyasi ve askeri gücü, suya olan talep ve bu suyun kullanım imkanları gibi etkenler rol oynayabilmektedir.⁹ Bu bağlamda bazı ülkeler kendilerinin belirlediği kıstaslara göre sınır aşan sular terimini kullanmaktadır. Örneğin Fırat ve Dicle nehirleri Türkiye'ye göre sınır aşan sulardır fakat Irak ve özellikle Suriye'ye göre ise uluslararası su yoludur.¹⁰ Buradaki sorunun temelinde söz konusu ülkelerin karşılıklı ilişkilerinde yaşanan çıkar çatışmaları ve suya olan ihtiyaçları ön planda olmaktadır. Akmandor ve Kocaoğlu gibi yazarlar sınır oluşturan suları uluslararası su yolu; Fırat ve Dicle'yi sınır aşan sular olarak tanımlamışlardır.¹¹ Türkiye'ye göre de uluslararası su yolu, iki ülke arasında sınır oluşturan ve bu nedenle iki ülkenin aynı anda kullanımına imkan sağlayan su yoludur.¹² 1997

⁶ Can H. H., "Türkiye'nin Sınır Aşan Suları" Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi TODAİE, Cilt 12, Sayı 27, 2003, ss.62-74, s.64; Acabey M. A., "Sınır aşan Sular (Hukuki Rejim Dicle-Fırat ve Türkiye'nin Diğer Sınır aşan Suları)" İstanbul, Beta Yayınları, 2006, s.21.

⁷ UN Convention on the Non-navigational Uses of International Watercourses, UN General Assembly Resolution, 51. Session, 1997, Article 2/a-b, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/772/93/PDF/N9777293.pdf?OpenElement>, 21.10.2015. Sözleşme'nin Türkçe Çevirisi için bkz. Dalyan D. Ö., "Birleşmiş Milletler Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme", İHFM, Cilt 55, Sayı 4, 1997, m. 2/a-b, s. 364.

⁸ Toluner S., "Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları" 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s.429.

⁹ Can, a.g.e., s.64.

¹⁰ Erhan Ç., "Türk-Suriye İlişkilerinde Fırat Suyunun Paylaşım Sorunu", Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt 21, Sayı 199, 2009, s.44; Acar E., "Avrupa Birliği'nin GAP ve Su Sorununa Yaklaşımı Çerçevesinde Fırat ve Dicle Nehirlerinin Yönetimi Üzerine Tartışmalar" Stratejik Araştırmalar Enstitüsü Güvenlik Stratejileri Dergisi, Sayı 4, 2006, s.80.

¹¹ Acabey, a.g.e., s.79, dp.338; Acar, a.g.e., s.75.

¹² Tacar P., "Türkiye'nin Sınır Aşan Sularla İlgili Sorunları" Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt 14, Sayı 42, 1998.

tarihli Sözleşme hazırlanırken öncelikle sınır aşan su deyimi kullanılması önerilmesine rağmen kabul edilmemiştir. Bazı yazarlar ikiden fazla ülke sınırları aşan ve bir başka ülke içinde akmaya devam eden suları sınır aşan sular olarak tanımlamıştır.¹³ Saltürk'e göre, sınır aşan su bir ülkeden kaynaklanarak bir veya daha fazla ülke sınırlarını kat eden sulardır. Buna karşılık uluslararası su ise iki devlet arasında sınır oluşturan ve kıyıdaşlar tarafından eşit olarak paylaşılan sudur.¹⁴ İnan'a göre ise sınır aşan sular kavramı devletlerin tüketim ve koruma amaçlarını bağdaştırmak için kabul edilmiştir ve ulaşım kistasını kapsam dışı bırakmaktadır. Ancak, burada diğer kullanımların ulaşımı etkilememesi veya ulaşım nedeniyle diğer kullanımların etkilenmemesi esastır. Bu gibi sorunların yaşandığı durumlarda sınır aşan sular kavramı yerine uluslararası su yolu kavramı söz konusudur. Bununla birlikte ülkesi içinden geçen suyu kullanan devlet, diğer ülkeleri etkilememişse bu tür kullanımlar sınır aşan sular sistemi içinde değerlendirilemezler.¹⁵

B. Su Sorunu ve Kaynağı

Yeryüzünde pek çok nehir, bir ülkede doğduktan sonra başka bir ülkeye ya da ülkelere geçmekte ve 'sınır aşan su' niteliğini taşımakta, bazıları yer yer iki ülke arasındaki sınır boyunca da akarak 'sınır oluşturan su' işlevini görmektedir.¹⁶ Buna bağlı olarak da mevcut su kaynaklarının ülkeler arasında adil paylaşımı, özellikle sınır aşan tanımlaması içerisine giren sular ve mevcut su kaynaklarının kit olduğu havzalar açısından bir başka olguyu da şekillendirmektedir. Kısaca *su sorunu* olarak tanımlanabilecek bu olgu, farklı ülke topraklarından geçen çok sayıda nehre sahip olan ve su fakiri çok sayıda ülkenin üzerinde bulunduğu Ortadoğu gibi coğrafyalar açısından ayrı bir önem arz etmektedir.¹⁷ Nehirler 19. yüzyılın sonlarına kadar seyrüsefer, balıkçılık, tomruk yüzdürülmesi ve ufak çapta sulama gibi, etkileri aynı ulusal alanın içinde kalan eylemlere konu teşkil edecek şekilde kullanılmışlardır. 20. yüzyılın başında, nehir sularının depolama ve saptırma olanaklarına ilişkin teknolojik gelişme, endüstri ve tarım alanlarında su ihtiyacının artması gibi etkiler nedeniyle nehirlerden; hidroelektrik enerji üretimi, endüstride kullanım ve tarımsal sulama amacıyla

¹³ Acabey, a.g.e., s.79.

¹⁴ Saltürk, a.g.e., s.25.

¹⁵ İnan Y., "Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutları (Fırat ve Dicle)" AÜSBFD, Cilt 4, No:1-2, 1994, s.245-246.

¹⁶ Öziş Ü.-Baran T.-Fıstıkoğlu O.-Özdemir Y.-Demirci N., "Sınır aşan Fırat-Dicle Havzasının Su Potansiyeli ve Yararlanılması", TMMOB Su Politikaları Kongresi, 8. Oturum, 21-23 Mart 2006, s.506.

¹⁷ Yalçın, a.g.e.

faýdalanılmaya başlanılmıştır.¹⁸ Bunun yanında nehirlerin ulaşım dışı kullanım şekilleri arasında; su ürünleri üretimi, teknolojik gelişmelere paralel olarak nükleer enerji üretimi, ulaşım dışı nakliyat, madencilik, atık bertarafında kullanma ve suyun içme ve temizlik gibi yaşamsal insan ihtiyaçları da sayılabilir.

Dünyanın birçok yerinde bölgesel ve uluslararası su gerginlikleri yaşanmaktadır. Uluslararası hukuk, su kaynaklarının hakça paylaşımı ve akılcı kullanımı konusunda henüz bağlayıcı bir hukuk kuralı geliştirebilmiş değildir. Su kaynaklarının yönetimine ilişkin belirsizlikler ve sorunlar, suyun yakın ve uzak gelecekte bölgesel ve/veya küresel çatışmalara zemin oluşturma riskini gittikçe arttırmakta ve su kaynaklarının sürdürülebilirliğini iyice zorlaştırmaktadır. Bugün dünya nüfusunun % 40'ından fazlası su kıtlığıyla karşı karşıyadır. Gidererek daha çok ülke bu listeye dahil olmaktadır. 2050'lerde dünya nüfusunun % 65'inin su sorunu veya su kıtlığı ile karşı karşıya kalabileceği tahmin edilmektedir. Hidrologlara göre, bir ülkedeki kişi başına düşen içilebilir su miktarı 500 m³'ün altına düşerse o ülke, tam su sıkıntısı çeken ülkeler sınıfına girmektedir. Bu miktarın altında ise, su kıtlığı, yani susuzluk söz konusudur ve toplumsal yaşam tehlike altında demektir.¹⁹ Dünyada kullanılabilir suyun % 65'i sulama, % 25'i endüstri, % 10'u içme ve kullanma amaçlı kullanılmaktadır. En fazla suyun tarım için kullanılması nedeni ise dünya nüfusunun her yıl 80-90 milyon kişi artması ve buna bağlı olarak gelişen tarımsal üretimdir.²⁰ Birleşmiş Milletler (BM)'in çalışmasına göre dünyada 214²¹ uluslararası su yolu mevcuttur. Bunların 69'u Amerika'da, 48'i Avrupa'da, 57'si Afrika'da ve 40 tanesi de Asya kıtalarında bulunmaktadır. Söz konusu su yollarının 53 tanesi ise üç ve daha fazla ülke tarafından kullanılmakta ve yaklaşık olarak dünya nüfusunun % 40'ı bu su yollarının bulunduğu bölgelerde yaşamaktadır. Birden fazla ülke tarafından paylaşılan bu tip su yollarında, kullanım hakkına sahip bir ülkenin ekonomik

¹⁸ Hakgüden F.-Önem S.-Caşın M. H., "Sınır Aşan Sular", Nautical Trade Company; Pazarıcı H., "Uluslararası Hukuk" 8. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s.241-242.

¹⁹ Karakılıç, a.g.e., s.20.

²⁰ Karadağ A. A.-Uzun O., "Havza Yönetimi ve Türkiye'nin Sınır Aşan Su Politikalarına Etkisi", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası Davraz Kongresi.

²¹ Aydoğdu M.H.-Yenigün K., "Sınır Aşan Sularda Su Politikalarının Değerlendirilmesi ve Türkiye'deki Durum: GAP Bölgesi Örnekleme" Harran Üniversitesi 5. GAP Mühendislik Kongresi Bildiriler Kitabı, 2006, s.1151. Bu konuda çeşitli yazarların farklı rakamlar verdiği görülmektedir. Örneğin Saltürk'e göre dünyada 261 civarında uluslararası su yolu ve göl havzası bulunmaktadır. Bunların 145 adedi iki veya daha fazla ülke tarafından paylaşılan nehir havzalarından oluşmaktadır. Bkz. Saltürk M., "Ortadoğu'da Su Sorunu ve Türkiye Açısından İncelenmesi" Stratejik Araştırmalar Enstitüsü Güvenlik Stratejileri Dergisi, Sayı 3, 2006, s.24; Öziş-Baran-Fıstıkoğlu-Özdemir-Demirci, a.g.e., s.506.

gelişimi için su kullanımı, suyolunun aktığı diğer aşağı komşu ülkelerin kullanımına uygun olmayan veya tamamen zıt durumlar yaratabilmektedir. Bu şekilde birbirlerine bağımlı olan ülkeler arasında hem su kullanım maliyetlerinin yükselmesi hem de sınır aşan suların kullanımındaki rekabetin artması, suyollarının aktığı ülkeler arasında çatışmalar yaratmaktadır.²²

II. SUYOLLARININ PAYLAŞIMI VE YÖNTEMLERİ

Dünyadaki mevcut su kaynaklarının nüfusa oranla sınırlı olması, sınır oluşturan ve sınır aşan suların dağılımının düzensiz olması nedeniyle ortaya genel bir kaynakların paylaşım sorunu çıkmaktadır. Birden fazla devlet ülkesinden geçen veya iki komşu devlet arasında sınır oluşturan suların ulaşım dışı kullanımı teknolojik gelişmelerin de etkisiyle yeni yeni ortaya çıkan bir sorun olduğu görülmektedir. Bununla beraber, bu tür suların ulaşım dışı kullanımlarını düzenleyen uluslararası hukuk kuralları da henüz oluşma sürecindedir. Devletler öncelikle sınırlarını kat eden ya da komşu oldukları ülkelerle sınır çizgisi oluşturan nehirlerin paylaşımında karşılıklı anlaşmalarla bu sorunu halledebilirler. Nitekim geçmişte bu tür ikili ya da çok taraflı anlaşmaların varlığını görmekteyiz.²³ Saltürk'ün de belirttiği gibi dünyadaki sınır aşan sularla ilgili bu tür anlaşmalar incelendiğinde; aralarında anlaşmazlık olan kıyıdaş ülkelerin genellikle "*hakça paylaşım*"²⁴ ilkesini uygulayarak, sorunu çözdükleri ve hatta ortak sulama ve enerji üretim projeleri geliştirdikleri görülmektedir.²⁵ Ulaşım dışı kullanım sorunlarının çözümünde kıyıdaş devletlerin farklı ihtiyaçlarının olması, suyollarının bulunduğu şartlar, coğrafi durumu ve özellikleri göz önünde bulundurulması gereken esaslardır. Ancak uygulamada böyle bir anlaşma yapılamaması halinde veya mevcut anlaşmanın ayrıntılı bir şekilde her şeyi içermediği durumlarda ya da tüm kıyıdaşların mevcut anlaşmaya taraf olmadığı durumlarda su kaynaklarını kullanım sorunu ortaya çıkabilmektedir.²⁶

Bununla beraber bütün kıyıdaş devletler suyollarının kullanımında ve anlaşmaların yapılmasında bazı hususları göz önünde bulundurmak zorundadır. Buna göre doğal kaynakları paylaşan kıyıdaş devletler, diğer kıyıdaşlara zarar vermeden ve onların hukuksal menfaatlerini ihlal etmeden söz konusu kaynaklardan en uygun kullanımı sağlamak üzere birbirlerine bilgi vermek ve

²² Aytemiz-Kodaman, a.g.e., s.528; Aydoğdu-Yenigün, a.g.e., s.1152; Karakılıç, a.g.e., s.27.

²³ Toluner, a.g.e., s.422; İnan, a.g.e., s.247.

²⁴ Bazı kaynaklarda söz konusu ilke orijinal metninden "hakkaniyet ve nisfete uygun ve makul paylaşım" olarak tercüme edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm II/B, Dalyan, a.g.e., s. 366.

²⁵ Saltürk, a.g.e. s.24.

²⁶ Toluner, a.g.e., s.423; İnan, a.g.e., s.247.

danışmak amacıyla koordineli çalışmalıdır. Ancak buradaki bilgi verme ve danışma amacı hiçbir zaman diğer kıyıdaşın rızasını alma boyutuna ulaşmamaktadır.²⁷ Bir diğer ifadeyle devletler, yukarıdaki şekilde ifade edilen BM Genel Kurulunun “Devletlerin Ekonomik Hak ve Yükümlülükleri Şartı” adı altındaki 12 Aralık 1974 tarihli kararını ve özellikle günümüzde uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline gelen m. 3 hükmünü dikkate almak zorundadır.²⁸

Devletlerin uygulamada aralarında yaptıkları anlaşmalarla belirledikleri paylaşım yöntemlerine bakacak olursak, genel olarak üç farklı şekilde yöntem kabul ettiklerini görebiliriz. Bunlardan ilki nehir sularının kıyıdaşlar arasında eşit bir şekilde paylaşılmasıdır. Kanımca bu yöntem ancak nehre iki kıyıdaş devletin olması durumunda mümkün olabilir. İki den fazla kıyıdaş olduğu durumlarda eşit bir şekilde paylaşımında uzlaşma sağlanabileceği pek gerçekçi gözükmemektedir. Buna örnek olarak, Hindistan ile Pakistan 1996'da Ganj nehri sularının kurak dönemlerde bile paylaşılmasına dair anlaşmışlardır.²⁹ Ayrıca Türkiye 1927'de Sovyet Rusya ile Kars Anlaşmasını imzalamıştır³⁰ ve Aras nehrinin sularını eşit olarak paylaşmışlar, daha sonra da ortak projelere imza atmışlardır. Bir diğer yöntem ise nehrin sularını kararlaştırılan oran dahilinde kullanma veya oran yerine belirli bir zaman aralığı ya da mevsim zamanları seçilerek paylaşım belirlenebilir. Üçüncü yöntem de nehir sularının hakça kullanım ilkesi çerçevesinde paylaşılmasıdır. Bugün uygulamada en çok tercih edilen ve genellikle arz eden yöntem de budur.³¹

A. Suyollarının Kullanım Hakkına Dair Hukuksal Görüşler

Doktrinde sınır aşan sulara ve/veya uluslararası suyollarının paylaşım sorununa açıklık getirebilmek için birtakım hukuksal görüşler ileri sürülmüştür. Başlıca görüşleri aşağıdaki gibi sıralayabiliriz;

- *Mutlak egemenlik görüşü:* ABD Başsavcısı Harmon'un 1895'te Meksika ile aralarındaki Rio Grande uyuşmazlığının çözümü için geliştirip adını verdiği görüşe göre, kıyıdaş devlet kendi ülke sınırları içindeki nehir sularından dilediği şekilde ve dilediği kadar kullanma hakkına sahiptir. Ayrıca geliştirdiği projeleri

²⁷ İnan, a.g.e., s.247; Saltürk, a.g.e. s.24.

²⁸ BM, “Devletlerin Ekonomik Hak ve Yükümlülükleri Şartı” Genel Kurul Kararı, 1974, Karar No: A/RES/3281(XXIX), s.52, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3281%28XXIX%29, 21.10.2015.

²⁹ Denk E., “Uluslararası Akarsulardan Yararlanmada Minimum Akış Doktrini” Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 4, Sayı 16, 2008, ss.79-96, s.81, dp.4.

³⁰ Kars Anlaşması, 13 Ekim 1921, http://garabagh.net/content_62_tr.html, 21.10.2015.

³¹ İnan, a.g.e., s.248.

de diğer kıyıdaşlardan izin almadan, bilgi vermeden uygulamaya sokabilir. Anlaşılacağı üzere kıyıdaş devlet sınırları içinde kalan sular açısından tam ve kesin bir egemenliğe sahiptir. Bu görüş, aşağı kıyıdaş devletin haklarını ve menfaatlerini dikkate almadığı, uluslararası hukuk kurallarını göz ardı etmediği gerekçesiyle eleştirilmiş ve bu gibi olumsuz yönleri nedeniyle artık terk edilmiştir.³²

• *Doğal bütünlük görüşü*: Yukarı kıyıdaş devlete üstünlük sağlayan mutlak egemenlik görüşüne bir tepki olarak geliştirilen bu görüş tamamen aşağı kıyıdaş devletin lehine ilkeler içermektedir. Örneğin, yukarı kıyıdaş nehrin doğal bütünlüğünü ve akışını bozmamalı, suyolunun kullanımında aşağı kıyıdaşın rızası alınmalı, aşağı kıyıdaşın gelecekteki kullanımları da göz önünde tutulmalıdır. Görüldüğü üzere nehrin son bulunduğu ülkeye tüm hakların tanındığı bu görüşü genellikle Irak gibi aşağı kıyıdaşlar savunmaktadır.³³

• *Kullanımda öncelik görüşü*: Suyun kaynağı olan yukarı kıyıdaş devletin kullanımını öncelik olarak kabul eden bu görüş mutlak egemenlik görüşünün yumuşatılmış şeklidir. Ancak bu öncelik kazanılmış bir hak teşkil etmez.³⁴

• *Hakça ve makul kullanım görüşü*: Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından benimsenen ve bugün devletlerin büyük çoğunluğunun kabul ettiği bu görüşe göre kıyıdaş devletler, sınır aşan suyollarından kendi sınırları içinde geçen miktarı kullanma hakkı vardır. Kıyıdaşlar arasında hiçbir zaman eşit olarak paylaşma anlamına gelmeyen bu kullanım, kıyıdaşlar arasında hakça ve makul oranda olmalı, aşağı kıyıdaşa önemli zarar vermemelidir.³⁵

• *Sınırlı egemenlik görüşü*: Bu görüşte, kıyıdaş devletin sınırları içinde kalan sulardan yararlanma ya da suların akışında değişiklik yapma gibi egemenlik hak ve yetkilerine sahip olduğu kabul edilmekle birlikte bu haklarını kullanırken aşağı kıyıdaşa önemli zarar vermemesi gerekmektedir.³⁶

• *Ortak yönetim görüşü*: Bu görüşe göre nehir yatağı ve onu oluşturan bü-

³² Acar, a.g.e., s.76; İnan, a.g.e., s.249; Yalçın, a.g.e.; Can, a.g.e., s.68; Saltürk, a.g.e., s.24; Toluner, a.g.e., s. 427; Tacar, a.g.e; Evsahibioglu A. N.-Aküzüm T.-Çakmak B., "Su Yönetimi, Su Kullanım Stratejileri ve Sınırşan Sular", Türkiye Ziraat Mühendisliği VII. Teknik Kongresi, Ankara, 11-15 Ocak 2010, s.130; Acabey, a.g.e., s.95; Aytemiz-Kodaman, a.g.e., s.528.

³³ Yalçın, a.g.e.; İnan, a.g.e., s.249; Can, a.g.e., s.68; Saltürk, a.g.e., s.24; Acar, a.g.e., s.77; Evsahibioglu-Aküzüm-Çakmak, a.g.e., s.130; Acabey, a.g.e., s.114; Aytemiz-Kodaman, a.g.e., s.528.

³⁴ İnan, a.g.e., s.249; Can, a.g.e., s.68; Saltürk, a.g.e., s.24; Acabey, a.g.e., s.139.

³⁵ İnan, a.g.e., s.249; Can, a.g.e., s.68; Saltürk, a.g.e., s.24; Toluner, a.g.e., s. 428; Yalçın, a.g.e.; Aytemiz-Kodaman, a.g.e., s.528; Tacar, a.g.e.

³⁶ Acar, a.g.e., s.76; Yalçın, a.g.e; Evsahibioglu-Aküzüm-Çakmak, a.g.e., s.131; Acabey, a.g.e., s.122.

tün kolları bir bütün havza halinde değerlendirilip bu havzaya kıyıdaş ülkelerin hepsi ortak haklara sahiptirler, birlikte ve ortak olarak projeler geliştirebilirler, suların kullanımı da aynı şekilde ortak olacaktır.³⁷

B. Hakça ve Makul Kullanım İlkesi

1. Genel Olarak

1997 tarihli Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlı Kullanımı Sözleşme'sinin 5. maddesinde düzenlenen ve günümüzde devletler arasında uygulamada en yaygın tercih edilen hakça ve makul kullanım ilkesi, geçmişte ileri sürülen ya da geliştirilen ilkelerin eksiklikleri ve yanlışlıklarının bir bakıma giderilmiş hali diyebiliriz.³⁸ Sözleşme'nin orijinal metninde ilgili madde başlığı *equitable and reasonable utilization and participation* olarak yer almaktadır. Doktrinde bu başlık ve ilkeye yapılan yorumlar ve Türkçe karşılıkları arasındaki farklılıklar çeşitli tartışmalara yol açmıştır.

Acabey ve eserinde yer verdiği birçok yazar, söz konusu madde başlığını "Hakça ve Makul Kullanım ve Katılım" olarak çevirmiş, ilkeyi de "hakça ve makul(akılcı) kullanım ilkesi" ya da kısaca "hakça paylaşım ilkesi" olarak belirtmiştir.³⁹ Buna karşılık Toluner ise bu şekilde bir yorum ve ifadeyi doğru bulmadığı gibi söz konusu çevirinin de orijinal metnin Türkçe karşılığı olarak da uyuşmadığı düşüncesindedir. Yazara göre hakkaniyet ve nısfete uygunluk somut bir olayda adil bir sonuca ulaşmak demektir ve her olayın kendi şartları, özellikleri göz önünde bulundurularak belirlenebilir. Bu bağlamda bir kullanımın "hak" olması hakkaniyet ve nısfete uygunluğun bir sonucudur. Ayrıca hakça kullanımı, hakça kullanım olarak açıklamak neyin/neden hak olduğu sorusuna cevap teşkil etmemektedir. "Makul" ibaresini de "akılcı" olarak ifade ettiğinizde orijinal metindeki *reasonable* ibaresinin tam karşılığı değil *rational* kelimesinin karşılığı söylenmiş olur, dolayısıyla doğru bir çevirme ve hukuki niteleme yapılmış olmaz.⁴⁰ Bu nedenle yazar, ilgili madde başlığını ve ilkeyi, hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesi olarak ifade etmektedir. Bununla beraber hakça ve makul kullanım, kıyıdaşların ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarının

³⁷ Evsahibioğlu-Aküzüm-Çakmak, a.g.e., s.131; Acar a.g.e., s.76; Acabey, a.g.e., s.125.

³⁸ BM Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme m.5 "*Suyolu devletleri kendi ülkelerinde suyunu hakkaniyete ve nısfete uygun ve makul bir şekilde kullanacaklardır. Özellikle bir uluslararası su yolu, su yolu devletleri tarafından su yoluna yeterli koruma sağlanmasına uygun olmak kaydıyla ilgili su yolu devletlerinin çıkarları göz önüne alınarak en elverişli ve sürdürülebilir kullanıma ve faydaya ulaşma amacıyla kullanılacak ve geliştirilecektir.*" Bkz. Dalyan, a.g.e., s.366.

³⁹ Acabey, a.g.e., s.143.

⁴⁰ Toluner, a.g.e., s.430.

değerlendirilmesini, bu ihtiyaçları mümkün olduğunca karşılayan, kıyıdaşlara en az zarar veren ve en çok yarar sağlayan dağılımı öngörür.⁴¹ Sar ise hakça kullanımı tüm kıyıdaşlar arasında ayırım yapmadan herkesin kullanma hakkının bulunduğu bir ilke olarak tanımlarken, aslında aşağı kıyıdaşın korunduğunu belirtmiştir.⁴²

Toluner, su yoluna yeterli koruma sağlamak amacıyla en elverişli kullanım ve faydaya ulaşma amacı ile kullanım, geliştirme ve korumada hakkaniyet ve nisfete uygun ve makul katılım ilkelerinin hakkaniyet ve nisfete uygun ve makul kullanım ilkesini güçlendirdiğini belirtmiştir. Yazar en elverişli kullanım ve faydayı, en ekonomik, en verimli, en fazla kullanım olarak tanımlamamaktadır. İlgili devletlerin ihtiyaçlarının çoğunu karşılayan ve karşılanmamış ihtiyaçlarını en aza indiren, en fazla fayda sağlayıp en az zarar veren kullanımlar olarak tanımlamaktadır.⁴³ Mümkün olduğunca fazla fayda elde etme ve az zarar verme, ilkenin esasını oluşturmaktadır. Her kullanım yukarıda belirtilen amaca uygun ve yararlı olmalıdır. Ancak bu takdirde makul kullanımdan söz edilebilir.⁴⁴

Hakça ve makul kullanım ilkesine göre sınır aşan suların paylaşımında, nehrin ülkelerinden geçtiği her kıyıdaş devlet suların kullanımında eşit hak sahibidir. Bu durum uluslararası hukukta devletlerin egemen eşitliği ilkesinin doğal bir sonucudur. Ancak bu, hiçbir zaman suların kullanımında kıyıdaşlar arasında eşit oranlarda hak sahibi olduğu anlamına gelmemektedir.⁴⁵ Her somut olayın özelliklerine göre hakça ve makul kullanımın belirlenmesinde rol oynayan etkenler ise Sözleşme m.6'da sayılmıştır.⁴⁶

⁴¹ Acabey, a.g.e., s.177.

⁴² A.e., s.143. Acabey'e göre hakça ve makul kullanım, kıyıdaşların kullanım haklarının belirleyen bir yöntemdir.

⁴³ Toluner, a.g.e., s.432. Yazara göre en elverişli kullanım ve fayda ile su yoluna yeterli koruma sağlama amacı, kıyıdaşlar arasında egemen eşitlik, ülke bütünlüğü ve karşılıklı fayda esasına göre işbirliği yapma yükümüne uygun hareket edilerek gerçekleştirilir.

⁴⁴ Acabey, a.g.e., s.181.

⁴⁵ İnan, a.g.e., s.231; Toluner, a.g.e., s.428; Acabey, a.g.e., s.177-178; Karakılıçık, a.g.e., s.28.

⁴⁶ 1997 Sözleşme'si m.6 "1. Bir uluslararası su yolunun madde 5 anlamında hakkaniyet ve nisfete uygun ve makul şekilde kullanımı aşağıdakiler dahil olmak üzere tüm ilgili faktör ve durumları dikkate almayı gerektirir.

(a) doğal mahiyetteki coğrafi, hidrografik, hidrolojik, iklimsel, ekolojik ve benzeri faktörler;

(b) söz konusu su yolu devletinin sosyal ve ekonomik ihtiyaçları;

(c) her bir su yolu devletinde su yoluna bağımlı nüfus;

(d) bir su yolu devletinin su yolunun kullanımının veya kullanımlarının diğer su yolu devletleri üstündeki etkisi;

(e) su yolunun mevcut ve potansiyel kullanımları;

(f) su yolunun su kaynaklarının kullanımının korunması, geliştirilmesi ve iktisadi ve bu yolda alınacak önlemlerin maliyeti;

2. İlkenin Hukuki Dayanağı

Hakça ve makul kullanım ilkesinin doktrinde genel olarak üç genel hukuk ilkesine dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Toluner'e göre söz konusu ilkenin hukuki dayanağı olarak iyi niyet ilkesi, iyi komşuluk ve işbirliği yapma ilkesi ve Roma Hukuku'ndan uluslararası hukuka aktarılmış haliyle *hiçbir devlet, bilerek ülkesinin başkasının haklarına zarar verecek eylemlerde kullanılmasına izin veremez* ilkesidir.⁴⁷ Buna karşılık Acabey'in aktardığına göre, Stoll, hakkın kötüye kullanılması yasağı, devlet irtifakı düşüncesi ve iyi komşuluk ilkesini makul kullanım ilkesinin dayandırıldığı üç genel hukuk ilkesi olarak belirtmiştir.⁴⁸ Komşuluk ilkesi çerçevesinde komşuluk ilişkisinin varlığı için mutlaka devletlerin sınır olarak komşu olmaları gerekmemektedir. Şöyle ki, suyoluna kıyıdaş bir devletin faaliyeti, o suyoluna kıyıdaş fakat sınır komşusu olmayan bir diğer devleti etkiliyorsa bu görüşe göre o devletler komşudur. Hakkın kötüye kullanılması ilkesi de herkes tarafından bilinen ve kabul gören bir genel hukuk ilkesinin uluslararası hukuka aktarılmasıyla sınır aşan sular sorununa uygulanmış hali- dir. İrtifak düşüncesi ise anlaşma ile devletler ülkelerini belirli bir amaç uğruna diğer devletlerin kullanılmasına izin vermesinden kaynaklanır.⁴⁹

III. TÜRKİYE'NİN SINIR AŞAN SULAR SORUNU

Türkiye, hem Asya ve Avrupa arasında köprü konumundan dolayı hem de Balkanlar, Kafkaslar ve Ortadoğu'ya coğrafi yakınlığı nedeniyle bu geniş bölgede her açıdan stratejik öneme sahiptir. Bu öneminin yanında bir de bölgenin içinde bulunduğu su sorunu ülkemizi daha karmaşık bir kısır döngünün içine çekmektedir.⁵⁰ Ülkemiz hidrolojik olarak 26 havzaya ayrılmıştır. Bu havzalardan 5 tanesi sınır aşan sular kapsamındadır. Bunlar; Meriç-Ergene Havzası, Asi Havzası, Çoruh Havzası, Aras Havzası, Dicle-Fırat⁵¹ Havzasıdır. Türkiye, Dicle ve Fırat

(g) planlanan veya mevcut olan belirli bir kullanıma eş değerde alternatiflerin varlığı.

2. ilgili su yolu devletleri, madde 5'in veya bu maddenin 1. paragrafının uygulanmasında, ihtiyaç olduğu takdirde, işbirliği ruhu içinde danışmalara girişeceklerdir.

3. Her bir faktöre verilecek ağırlık, ilgili diğer faktörlere nazaran önemine göre belirlenecektir. Makul ve hakkaniyet ve nisfete uygun kullanımın ne olduğu belirlenirken, ilgili tüm faktörler beraber değerlendirilip tümü üzerinden bir sonuca varılacaktır."

⁴⁷ Toluner, a.g.e., s.428. Yazara göre bu ilkelerin varlığı ve geçerliliği tartışılmaz olsa da Sözleşme hükümlerinin hepsinin temelinde bu ilkelerin yattığını düşünmek mantıksızdır.

⁴⁸ Acabey, a.g.e., s.144.

⁴⁹ A.e, s.146,148,151.

⁵⁰ Karakılçık, a.g.e., s.35.

⁵¹ Bazı kaynaklarda Fırat ve Dicle ayrı havzalar olarak gösterilmiştir. Bkz. Öktem O., "Türkiye'nin Sınır Aşan Sular Politikasında Karşılaştığı Kısıtlar: Dicle-Fırat Örneğinde Yeni Bir Hidro-Strateji" TMMOB Su Politikaları Kongresi, 8. Oturum, 21-23 Mart 2006, s.564.

nehirleri ile Aras ve Çoruh nehirlerinde yukarı kıyıdaş ülke konumundadır. Meriç nehrinde aşağı kıyıdaş ülke konumunda; Asi nehrinde ise hem yukarı hem de aşağı kıyıdaş ülke konumundadır. Bu çerçeveden bakıldığında ülkemizin su potansiyelinde genel olarak yukarı kıyıdaş ülke olduğunu söyleyebiliriz.⁵² Bu havzaların yıllık potansiyelleri ve uzunlukları; Çoruh 6.3 milyar m³ ve 19.872 km², Aras⁵³ 4.63 milyar m³ ve 27.548 km², Meriç-Ergene⁵⁴ 1.33 milyar m³ ve 14.560 km²'dir.⁵⁵ Bir ülkenin su zengini sayılabilmesi için kullanılabilen su varlığı kişi başına 2.000-10.000m³⁵⁶ civarında olması gerekmektedir. 110 milyar m³'lük kullanılabilir su varlığıyla ülkemizde bu oran yaklaşık 1.692m³'e⁵⁷ denk gelmekte ve bu da ülkemizin su zengini olmadığını göstermektedir.⁵⁸

Türkiye'nin 1997 Suyolları Sözleşmesi'ni imzalamamasının en önemli sebeplerinden biri de bölgede geliştirip uygulamaya koyduğu Güneydoğu Anadolu Projesi'nin (GAP) engellenmesi endişesidir. Türkiye, baştan beri Fırat-Dicle ve Asi nehirleri sularının paylaşım sorununda bölgesel düşünerek Irak ve Suriye ile ikili ve/veya üçlü görüşmeler yoluyla çözüm getirme amacındadır. Bu nedenledir ki bu amacını sekteye uğratabilecek uluslararası yükümler altına girmekten özenle kaçınmaktadır.⁵⁹ Ülkemizin sınır aşan sularla sürdürmeye çalıştığı politikanın temelinde yatan ilkelere bakarsak; öncelikle insanlığın temel ihtiyacı olan suyun kullanılmasında hakça ve makul kullanım ilkesi geçerlidir. Sınır aşan suların kullanımında kıyıdaş ülkeler birbirlerine önemli zarar vermemelidir, kıyıdaşlar sınırları içinde kalan suları kullanmada egemen haklara sahiptir ve elbette ki hakça ve makul kullanım asla kıyıdaşlara eşit paylaşım hakkı tanımamaktadır. Görüldüğü gibi Türkiye'nin tutarlı bir biçimde uygulamaya çalıştığı bu politikanın hukuki yönünü hakça ve makul kullanım ilkesi oluşturmaktadır. Bunu destekler nitelikte aşağı kıyıdaşa önemli zarar vermeme ilkesi ve

⁵² Evsahibioğlu-Aküzüm-Çakmak, a.g.e., s.128; Öktem, a.g.e., s.564.

⁵³ Akmandor'a göre bu rakam 3.7 milyar m³'tür. Bkz. Akmandor M. N., "Su Kaynaklarımız ve Sınır Aşan Akarsuların Yeri ve Önemi" Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi, Türkiye 10. Enerji Kongresi, 2006.

⁵⁴ Akmandor'a göre bu rakam yılda 1.8 milyar m³'tür, ayrıca bu rakam Bulgaristan ve Yunanistan ile birlikte düşünüldüğünde 8 milyar m³'e ulaşmaktadır.

⁵⁵ Evsahibioğlu-Aküzüm-Çakmak, a.g.e., s.128; Akmandor, a.g.e.

⁵⁶ Bazı yazarlar farklı rakamlar vermektedir. Bkz. Öktem, 8.000-10.000m³, s.562.

⁵⁷ Bazı yazarlar farklı rakamlar vermektedir. Bkz. Öktem, 1700m³, s.562; Karadağ-Uzun, 1510m³, a.g.e. Yazara göre Türkiye'de kullanılabilir suyun %74'ü (29.6 km³) Tarım, %15'i (6.2 km³) İçme ve Kullanma, %11'i (4.3 km³) Endüstri tesislerinde kullanılmaktadır.

⁵⁸ Hakgüden-Önem-Caşın, a.g.e.; Akmandor, a.g.e.

⁵⁹ Erhan Ç., a.g.e., s.42. Toluner'e göre böyle bir yükümlülük altına girilmesi halinde Fırat ve Dicle sularının kullanımını düzenleyen bir anlaşma yapılması söz konusu olduğunda Irak ve Suriye'nin iddialarına zemin teşkil etmekle kalmayıp Türkiye'nin halen tarafı olduğu diğer anlaşma hükümlerinin de yorumunda rol oynayacaktır. Bkz. Toluner, a.g.e., s.425.

kendi sınırları içinde kalan suları kullanmada tam egemenlik ilkesi de birbirini tamamlamaktadır.⁶⁰

A. Fırat Nehri

Fırat nehri, Elazığ yakınlarında Karasu ve Murat nehirlerinin birleştiği yerden doğarak Türkiye sınırları içinde 1263 km⁶¹ yol kat ederek güney sınırimızdan Suriye'ye geçiş yapmaktadır. Suriye sınırları içinde 680 km yol kat ederek Irak sınırına geçmekte, burada Dicle nehriyle birleşerek Şattül-Arap'ı oluşturup Basra Körfezi'ne dökülmektedir. Toplam 2780 km⁶² uzunluğu ile Asya'nın en uzun nehri olmaktadır.⁶³ Bu nehre, Türkiye yıllık 28-30 milyar m³ su potansiyeli ile % 89⁶⁴ katkı sağlamakta, Suriye 5 milyar m³ ile % 11 oranında katkı sağlamakta, Irak'ın ise hiç katkısı bulunmamaktadır. Bu duruma bir de Türkiye'den doğup Suriye tarafına geçen Habur ile Sacır kollarını da katarsak, Türkiye'nin yaklaşık % 98 civarında bir katkısı olduğu söylenmektedir. Yazarlar arasında farklı görüşler olmasına rağmen genel olarak Türkiye, Fırat nehrinin tamamına yakını yukarı kıyıdaş ülke olarak beslemektedir. Sonuç olarak nehrin toplam potansiyeli yaklaşık 36 milyar m³'tür. Bununla beraber 3 komşu ülkenin (Türkiye 18.42 milyar m³, Suriye 11.3 milyar m³, Irak 23 milyar m³) bu nehirde su taleplerinin toplamı yaklaşık 68 milyar m³'e ulaşmaktadır.⁶⁵ Ancak bu rakam Fırat nehrinin toplam potansiyelinden neredeyse iki katı fazladır. Bu nedenledir ki söz konusu kıyıdaşlar arasında bugüne kadar çözülemeyen paylaşım sorunu bulunmaktadır. Şimdiye kadar Türkiye'nin geliştirdiği projelere itiraz eden ve hakından fazla talepte bulunan Suriye ve Irak, Türkiye'nin kendilerine karşı suyu bir koz olarak kullanacağını ileri sürmüşlerdir. Bu bağlamda tarımsal sulamadan ve enerji santrallerinden geçen suların kalitesizleşeceğini ve kirlenmiş olarak ülkelerine akacağını dolayısıyla kendilerinin çok ciddi su sıkıntısı çekeceklerini ileri sürmüşlerdir.⁶⁶

⁶⁰ Öktem, a.g.e., s.565.

⁶¹ Bu konuda yazarlar çok farklı rakamlar vermektedir. Örneğin İnan, 1220 km, s.252; Akmandor, 1170 km, Karakılıçık, 900 km, s.41.

⁶² Bu konuda yazarlar çok farklı rakamlar vermektedir. Örneğin Karakılıçık, 2870 km, s.41; Aytemiz-Kodaman, 2700 km, s.530; İnan, 2780 km, s.252; Akmandor, 2935 km.

⁶³ Çağrı, a.g.e., s.42; Karakılıçık, a.g.e., s.41; Saltürk, a.g.e., s.30.

⁶⁴ Bu konuda farklı görüşler için bkz. Akmandor, 31.58 milyar m³ ve %88.7; Karakılıçık, 32 milyar m³ ve % 98, s.41; Çağrı, 31.5 milyar m³ ve %90, s.42; İnan, 47-49 milyar m³, s.252; Acabey 31.9 milyar m³, s.239; Öziş-Baran-Fıstıkoğlu-Özdemir-Demirci, 31.9 milyar m³, s.508.

⁶⁵ İnan, a.g.e., s.252; Aytemiz-Kodaman, a.g.e., s.530; Karakılıçık, a.g.e., s.41; Acabey, a.g.e., s.282-284; Karadağ-Uzun, a.g.e.; Turgay S., "Su Sorunu Ekseninde Türkiye Suriye İlişkileri" Çağın Polisi Dergisi, Sayı 59, 2009.

⁶⁶ Karakılıçık, a.g.e., s.36-37.

Türkiye'nin sınır aşan sulara ilişkin yaptığı anlaşmaların başında halen yürürlükte olan 1921 tarihli Ankara Anlaşması gelir.⁶⁷ O tarihte Suriye'nin Fransız mandası altında olması nedeniyle Fransa ile yapılan anlaşmaya göre (m.12) Kuveik suyu her iki taraf arasında adil bir şekilde paylaştırılmıştır. Yine Fransa ile 1926 yılında benzer hükümlerin yer aldığı bir diğer anlaşma yapılmıştır. Nihayet Suriye 1944'te bağımsız olduktan sonra Fransa'nın yaptığı anlaşmaları kabul etmiştir.⁶⁸

Bir diğer önemli anlaşma ise 1923 tarihli Lozan Anlaşması'dır. Anlaşma'nın 109. maddesinde⁶⁹ savaş öncesi kullanımları korumak amacıyla kıyıdaş devletler arasında kazanılmış hakların ve çıkarların gözetilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bir görüşe göre sınırın yeniden çizilmesi nedeniyle nehirlerle ilgili tarafların çıkarları doğrultusunda bir anlaşma yapılmalıdır. Bu sayede birinci dünya savaşından önceki kullanımlar da kazanılmış haklar olarak korunacaktır.⁷⁰ Bir diğer görüşe göre ise söz konusu hüküm hiçbir şekilde kıyıdaşlara kazanılmış hak vermemektedir. Şöyle ki, hükümdeki "korumak" ifadesi Irak'ın şuan ki kullanımlarını kastetmemektedir. Çünkü bu korumanın içeriğine sadece kazanılmış haklar değil hak niteliği olmayan çıkarlar da girmektedir. Ayrıca bu hüküm özellikle suları kullananlara değil kıyıdaşlardan her birinin hak ve çıkarlarına hasretmektedir.⁷¹ Irak, bu bağlamda, geçmişten gelen sulama kullanımları nedeniyle kazanılmış hakları bulunduğunu ve buna bağlı birçok tesisler yapıldığını ve çalıştırıldığını ileri sürmektedir.⁷²

⁶⁷ Yavuz B., "1921 tarihli Ankara Anlaşması", Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, <http://www.atam.gov.tr/dergi/sayi-23/1921-tarihli-turk-fransiz-anlasmasinin-hazirlik-asamalari>, 21.10.2015.

⁶⁸ Çağrı, a.g.e., s.43; Karakılıçık, a.g.e., s.38; Aytemiz-Kodaman, a.g.e., s.533; Acabey, a.g.e., s.273.

⁶⁹ Lozan Andlaşması m.109 "*Hilafına ahkam mevcut olmadıkça. Yeni bir hududun çizilmesi yüzünden bir devletin usulü miyahi diğer bir devletin arazisinde icra edilecek mesaiye merbut bulunduğu veyahut bir devletin arazisi üzerinde, harbden mukaddemki teamülat mucibince diğer devletin arazisinde mütevellit miyah veya kuvayı miyahıye istimal edildiği takdirde, alakadar devletler arasında her birinin menafi ve hukuku müktesebelerini muhafaza edecek mahiyette bir itilaf tesis edilmek lazımdır. Ademi itilaf halinde mesele tahkim tarikiyle hallolunacaktır.*" Metnin Türkçe çevirisi için bkz. Acabey, a.g.e., s.240.

⁷⁰ Acabey, a.g.e., s.240. Yazar eserinde bu görüşe katılmamaktadır. Savaştan önceki kullanımların kazanılmış hak olması için bu yönde bir anlaşmanın varlığı gerekmektedir. Savaştan sonraki kullanımların ise m. 109'a göre kazanılmış hak olamayacağı ise açıktır.

⁷¹ Toluner, a.g.e., s.423; Karakılıçık, a.g.e., s.38. Toluner'e göre hükümde sözü edilen korumanın belirlenmesi taraflar arasında ikinci bir anlaşmaya bırakılmıştır. Yani m.109, anlaşma için anlaşmaya varmaktır. Ayrıca hükümdeki "devlet" deyiminden yola çıkarak o tarihte Suriye ve Irak'ın bağımsız birer devlet olmaları nedeniyle bu hükümden yararlanamayacakları ileri sürülebilmesine rağmen söz konusu maddenin amacına yönelik yorum yapılırsa bunun doğru olmayacağı belirtilmiştir.

⁷² Hakgüden-Önem-Çaşın, a.g.e.; Tacar, a.g.e.

Türkiye ile Irak arasında imzalanan 1946 tarihli Dostluk ve İyi Komşuluk Anlaşması ile Fırat ve Dicle nehir sularının düzenlenmesi kararlaştırılmış ayrıca suyolları üzerinde kurulması planlanan tesisler ve projelerde ortak çıkarlar göz önünde bulundurulacaktır. Anlaşmaya göre Türkiye, nehirler üzerinde yaptığı projelerde Irak'a bilgilendirme yapacak ve iki tarafında menfaatine olacak bir yatırımda karşılıklı katkıda bulunulacaktır. Söz konusu hüküm Türkiye'nin kendi sınırları içinde geliştireceği projeler hakkında egemenlik hakkını sınırlamadığı gibi sulamalara yönelik bir yenilikte ayrı bir anlaşmanın varlığı da gerekecektir.⁷³ Türkiye kendi sınırları içinde çeşitli barajlar, enerji santralleri vs. gibi projeler ve tesislerin yapımına başladığında 1946 Anlaşmasına istinaden tarafların ortak iradesiyle Fırat nehrinden önce saniyede 350 m³, sonra 450 m³, en son görüşmelerden sonra toplam 500 m³ su bırakmayı kabul etmiştir. Söz konusu miktar yılda yaklaşık 16 milyar m³ su potansiyeliyle Fırat'ın yarısından fazlasına karşılık gelmektedir. Buna rağmen Suriye ve Irak bu miktarları yetinmeyerek daha da arttırma niyetindedirler.⁷⁴

B. Dicle Nehri

Fırat nehrinden sonra ikinci büyük nehir olan Dicle toplam 1900 km uzunluğundadır. Elazığ yakınlarından doğup Türk topraklarında 523 km yol kat ederek Irak'ta Fırat ile birleşerek Şattül-Arap'ta Basra Körfezine dökülür. Türk-Suriye sınırınının 30 km'sini oluşturan Dicle, Türkiye'den ayrıca Batman, İllisu, Botan ve Gorzan nehirleriyle birleşerek Irak'a girer. Türkiye'nin %51 oranında 21.3 milyar m³ katkısı, Irak'ın 31.4 milyar m³ ve % 39 oranında katkısı vardır. İran ise yalnızca % 10 katkı sağlamaktadır.⁷⁵ Dicle nehrinin yıllık su potansiyeli hakkında farklı rakamlar verilmekle birlikte 41-60 milyar m³ arasında olduğu ve genellikle 50 milyar m³ civarında bir değerde olduğu söylenmektedir.⁷⁶

Dicle nehri ile ilgili olarak 1946 tarihli anlaşmayı tekrar edebiliriz. Fırat nehrinin düzenlenmesi ve paylaşılması için getirilen hükümler aynı şekilde Dicle nehri içinde geçerlidir. Aynı şekilde kıyıdaşların özellikle de Irak'ın Dicle üzerinde de geçmişten gelen sulamaları nedeniyle kazanılmış hakları olduğu iddiası

⁷³ İnan, a.g.e., s.251; Akmandor, a.g.e.; Karakılıçık, a.g.e., s.38; Acabey, a.g.e., s.276-280.

⁷⁴ İnan, a.g.e., s.252; Acar, a.g.e., s.81; Çağrı, a.g.e, s.43; Tacar, a.g.e.; Karakılıçık, a.g.e., s.39; Aytemiz-Kodaman, a.g.e., s.533; Acar, a.g.e., s.79; Üste A. N., "Uluslararası Politika ve Türk Dış Politikası Açısından Sınıraşan Sularımız", DEÜİİBF Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, 1998, ss.231-246, s.236. Suriye ve Irak 1990 yılında anlaşarak Türkiye'nin bıraktığı 500m³/sn suyun %58'ini Suriye'nin, %42'sini Irak'ın kullanmasını kararlaştırmışlardır. Bkz. Karakılıçık, s.39.

⁷⁵ Karakılıçık, a.g.e, s.42; İnan, a.g.e., s.252; Saltürk, a.g.e., s.30; Akmandor, a.g.e.

⁷⁶ Öziş - Baran - Fıstkoğlu - Özdemir - Demirci, a.g.e., s.508; Acabey, a.g.e., s.282-284; Evsahibioğlu-Aküzüm-Çakmak, a.g.e., s.129; Turgay, a.g.e.; Üste, a.g.e., s.236.

mevcuttur. Ayrıca Irak özel olarak Türkiye'ye karşı görüşmelerde Fırat ile Dicle nehrinin ortak bir havza olarak kabul edilmesini istememektedir.⁷⁷

C. Asi Nehri

Asi nehri, Lübnan toprakları içinde Beka vadisinden doğarak Suriye sınırına geçmekte, oradan da Türkiye topraklarına geçerek Hatay'dan Akdeniz'e dökülmektedir. Nehir, Lübnan'da 40 km, Suriye'de 120 km ve Türkiye'de de 88 km yol kat ederek toplam uzunluğu 248 km'ye ulaşmaktadır. Buna göre nehrin su potansiyelinin %6'sı Lübnan'dan, %2'si Türkiye'den ve %92'si de Suriye'den kaynaklanmaktadır. Buna karşılık Asi nehrinden Türkiye % 2, Suriye ve Lübnan ise % 98 oranında yararlanmaktadır.⁷⁸ Bu yararlanmanın çoğu sulama amacı taşımakta ve özellikle yaz aylarında Türkiye'ye su akışını engellemektedir. Ayrıca nehir üzerinde yaptığı çalışmalarda hiçbir şekilde Türkiye'yi haberdar etmemektedir.⁷⁹ Hiçbir hukuki dayanağı olmayan bu paylaşım ayrıca hakkaniyet ve nasfete uygun ve makul paylaşım ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Aşağı kıyıdaş konumunda olan Türkiye'ye karşı Suriye'nin gösterdiği bu tavır iyi komşuluk ilkesiyle de uyuşmamaktadır. Aynı konumda olduğu Fırat ve Dicle nehirleri söz konusu olduğunda ise aşağı kıyıdaş olarak haklarının çiğnendiği ve uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerimize aykırı davrandığımızı iddia eden Suriye'nin bu ikiyüzlü davranışı tasvip edilemez niteliktedir.

D. Türkiye'nin Yaklaşımı ve Çözüm Önerileri

Türkiye öncelikle Fırat ve Dicle nehirlerini, Suriye ve Irak'ın iddia ettiği gibi uluslararası su yolu olarak değil sınır aşan sular olarak kabul etmektedir. Buna bağlı olarak da söz konusu sorunun çözümünde uluslararası bir müdahale yerine bölgesel düzeyde üçlü görüşmelere dayanan bir çözüm önerisi getirmektedir. Ayrıca aşağı kıyıdaşların matematiksel olarak 3 eşit paya ayrılması⁸⁰ gibi tekliflerine karşılık, paylaşım değil ancak ortak çıkarların göz önünde tutulduğu hakkaniyet ve adilce bir tahsis görüşünü ileri sürmektedir. Bu iddiaya karşılık aşağı kıyıdaşlar Türkiye'nin söz konusu nehirler üzerinde mutlak egemenlik hakkına sahip olmadığını, dolayısıyla nehir sularından dilediği gibi kullanma ve

⁷⁷ Aytemiz-Kodaman, a.g.e., s.533.

⁷⁸ Akmandor, a.g.e.; Saltürk, a.g.e., s.30; Hıkgüden-Önem-Çaşın, a.g.e.; Tacar, a.g.e.; Aydoğdu-Yenigün, a.g.e., s.1155.

⁷⁹ Acar, a.g.e., s.81.

⁸⁰ Toluner'e göre paylaşılmış doğal kaynak olarak nitelendirilen bu anlayışa göre bir kıyıdaşın kullanımı diğerini etkiliyorsa paylaşılmış doğal kaynak sayılmalıdır. Ancak yazar bu görüşün altında suların paylaşımının değil kullanımın paylaşımının yattığını ileri sürerek Suriye'ye katılmamaktadır. Bkz. s.427.

yararlanma da bulunamayacağını ileri sürmektedirler.⁸¹

Her fırsatta konuyu uluslararası platformlara taşıma çabasında, Türkiye'nin kendilerine karşı suyu bir koz olarak kullandığını, dilediğinde kesebilmek için nehir sularını kontrol altına almaya çalıştığını ileri sürmektedirler. Türkiye ise suyolları üzerinde yapılan tesislerin aşağı kıyıdaşlara zararı değil daha çok yararı olduğunu, örneğin su taşkınlarını ve akış düzensizliklerini önlediğini, enerji santrallerinin suyu tutma gibi bir fonksiyonu olmadığını anlatmaya çalışmaktadır. Bununla birlikte Suriye'nin Asi nehrini⁸² mutlak surette tartışmaya açmasına karşı, söz konusu nehrin görüşmelere dahil edilmesini talep etmektedir. Türkiye, ayrıca Fırat ve Dicle nehirlerinin tek havza olarak kabul edilerek gerektiğinde birbirlerinden su naklinin yapılmasını teklif etmektedir. Irak ise buna şiddetle karşı çıkarak bu iki nehir üzerinde tarihsel sulamalardan kaynaklanan kazanılmış hakları olduğunu iddia etmektedir.⁸³

Bu bağlamda, Türkiye, tümüyle iyi niyet ve iyi komşuluk ilkeleriyle ve hakça ve makul paylaşım ilkesine uygun, teknik ve bilimsel gerçeklere dayanan 3 aşamalı bir plan⁸⁴ hazırlamıştır. Plana göre öncelikle taraflarca ortak teknik heyetler oluşturularak koordineli bir şekilde çalışmalar yapılması, havzaya ait potansiyel su miktarları ve kıyıdaşların su ihtiyaçlarını birlikte belirlenmesi kararlaştırılacak. İlk aşamada söz konusu nehir havzaları tek bir havza olarak el alınacak ve su kaynaklarının bilimsel çalışmalarla envanteri çıkarılacak, kullanılabilir su kaynakları belirlenecektir. İkinci aşamada ilgili ülkelerde tarıma elverişli topraklar gözden geçirilerek sınıflandırılacak ve arazi kullanımı ve ürün desenine bağlı olarak toplam su tüketim ihtiyacı belirlenecektir. Üçüncü ve son aşamada ise ilk iki aşamada toplanan bilgiler ışığında en makul tarımsal sulama projelerinin uygulanacağı belirlenecek, her ülkenin su ihtiyacı hesaplanacak ve su kaybını en aza indirecek tedbirler alınacaktır. Görüldüğü üzere söz konusu plan temelinde Fırat ve Dicle nehirlerinin tek bir sınır aşan su sistemi olarak değerlendirilmekte ve ilgili ülkelerin tüm bölgesel ihtiyaçlarına göre hazırlanmaktadır. Ancak aşağı kıyıdaşların matematiksel paylaşım teklifine karşılık tahsis yöntemi içeren plan, aşağı kıyıdaşların haklarını gözetmediği, Fırat ve Dicle'yi tek havza olarak ele aldığı ve ülkelerin egemenlik hakkı olarak gördüğü

⁸¹ Acar, a.g.e., s.30-31; Yalçın, a.g.e.

⁸² Suriye Asi nehrini, Hatay'ın Türkiye'ye ilhakından dolayı şuan ki sınırları kabul etmeyerek söz konusu nehrin Türkiye sınırları içinde değil kendi sınırları içinde akmaya devam ettiğini ileri sürmektedir.

⁸³ Saltürk, a.g.e., s.30-31; Yalçın, a.g.e.

⁸⁴ Planın tam adı "Fırat-Dicle Havzası Sınır Aşan Sularının Hakkaniyet ve Nisfete Uygun ve Makul Kullanımı İçin Üç Aşamalı Plan"dır.

ulusal tarım politikalarına müdahale olarak gördükleri iddiaları nedeniyle hem Suriye hem de Irak tarafından kabul edilmemiştir.⁸⁵

SONUÇ

Sınır aşan sulara uygulanabilecek yeknesak kuralların uluslararası alanda kabul görmediğini söylemeliyiz. Yalnızca birtakım uyumsuzluklara uygulanabilecek bazı uluslararası ilkeler mevcuttu. Dolayısıyla taraflar aralarındaki anlaşmazlıkları iyi niyet, iyi komşuluk ve hakça ve makul kullanım ilkesi çerçevesinde çözmeleri gerekmektedir. Şimdiye kadar ifade ettiklerimiz ışığında Türkiye'nin uygulamalarında, geliştirdiği projelerde ve komşularıyla olan su sorununa dair ilişkilerinde genellikle hakça kullanım ilkesine uygun, temelinde uluslararası kaidelere dayanan bir tutum içinde olduğunu belirtmek mümkün olacaktır.

Türkiye, sınır aşan sular konusunda belirlediği politikasında, egemenlik haklarından ödün vermediği gibi bu hakkını kullanırken de kıyıdaş ülkelere zarar vermeme ilkesini ön planda tutarak iyi niyetle davranmıştır. Türkiye'nin bazı çevrelerce iddia edildiği gibi su zengini bir ülke olmadığını daha önce ifade etmiştik. Bir ülkenin su zengini sayılabilmesi için kişi başına düşen yıllık su miktarı en az 2000 m³ civarında olması gerekmektedir. Halbuki Türkiye'de bu rakam bugün yaklaşık 1530 m³'tür. Bununla birlikte sürekli artan nüfus oranı ve gelişmekte olan ticari ve sanayi yaşamını da bu tabloya eklediğimizde gelecekte ülkemizin ne kadar ciddi bir su sıkıntısıyla karşı karşıya kalabileceğini fark edebiliriz.

Bu nedenle yüzyılın projesi olarak lanse ettiği GAP tüm engellemelere rağmen faaliyete geçirerek biraz olsun gelecek yıllardaki muhtemel su sıkıntısına karşı tedbir almaya çalışmaktadır. Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesinde yer alan birçok ilde sulanabilen tarıma elverişli arazileri proje kapsamında değerlendirerek bölgenin gelişmesi ve su kaynaklarının artması amaçlanmaktadır. Özellikle proje kapsamında inşasına başlanan, faaliyete geçen barajlar neticesinde aşağı kıyıdaş ülkeler buna şiddetle karşı çıkmışlardır. Söz konusu tesislerin kendi ülkelerine akan suların kalitesini bozacağı, aşırı sulama ve enerji santrallerinde kullanılmasından dolayı su miktarının azalacağı ve topraktaki tuz miktarının da artacağını ileri sürmüşlerdir. Halbuki sözü edilen tesislerde kullanılan sular nedeniyle su miktarında bir azalma olmadığı gibi iddia edildiği gibi santrallerin niteliği gereği suyu tutma ya da bekletme gibi bir ihtiyaçlarının olmadığı da bir

⁸⁵ Saltürk, a.g.e., s.31; Karakılıçık, a.g.e., s.39; Çağrı, a.g.e., s.45; Akmandor, a.g.e.; Acar, a.g.e., s.82; Sandıklı A., "Sınır Aşan Sular ve Türkiye" Türk Asya Stratejik araştırmalar Merkezi, 2004.

gerçekdir.⁸⁶ Ayrıca bahsi geçen tesisler Fırat ve Dicle nehirlerinde her yıl meydana gelen su taşkınlarına ve akış düzensizliklerine de bir düzenleme getirerek adeta aşağı kıyıdaş ülkelerin yararına olmaktadır. Hatta Türkiye bu hizmeti hiçbir karşılık beklemeden ve talep etmeden kendisi üstlenmiştir. Ancak bütün bunlara karşılık bölge ülkelerin Türkiye'ye karşı belirledikleri politika ikiyüzlülük ve sözde hakkaniyete dayanmaktadır. Özellikle Suriye'nin Asi nehri söz konusu olduğunda karşılıklı görüşmeleri hiçbir şekilde kabul etmemesi, Türkiye'nin suyu kontrol etme gücüne karşılık Güneydoğu Bölgesinde ayrılıkçı terör örgütüne maddi ve manevi destek vermesi hiçbir uluslararası hukuki temele dayanmamaktadır. Irak'ın ise hiçbir katkısı olmamasına rağmen Fırat nehrinden hem Türkiye hem de Suriye'den daha fazla su talep etmesi hiçbir mantıklı açıklaması bulunmamaktadır. Bazı yazarlar bölgede komşu ülkeler arasında söz konusu su sorununun anlaşmaya varılması halinde de çözülemeyeceğini dile getirmektedirler. Bu görüşe göre bölgedeki su kaynaklarının kısıtlı olması buna karşılık su ihtiyacının gün geçtikçe sosyal ve ekonomik ilerlemelere paralel olarak artması nedeniyle böyle bir anlaşmanın kalıcı olamayacağı belirtilmektedir.⁸⁷

◆◆◆

KAYNAKÇA

Acabey Münevver A., "Sınıraşan Sular (Hukuki Rejim Dicle-Fırat ve Türkiye'nin Diğer Sınıraşan Suları)" İstanbul, Beta Yayınları, 2006.

Acar Eray, "Avrupa Birliği'nin GAP ve Su Sorununa Yaklaşımı Çerçevesinde Fırat ve Dicle Nehirlerinin Yönetimi Üzerine Tartışmalar" Stratejik Araştırmalar Enstitüsü Güvenlik Stratejileri Dergisi, Sayı 4, 2006, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/guvenlikstrtrj/article/view/5000098941/5000092197>, 10.03.2015.

Akmandor M. Neşet, "Su Kaynaklarımız ve Sınır Aşan Akarsuların Yeri ve Önemi" Dünya Enerji Konseyi Türk Milli Komitesi, Türkiye 10. Enerji Kongresi, 2006, http://www.dektmk.org.tr/pdf/enerji_kongresi_10/nesetakmandor.pdf, 11.03.2015.

Aydoğdu M. Hakkı-Yenigün Kasım, "Sınır Aşan Sularda Su Politikalarının Değerlendirilmesi ve Türkiye'deki Durum: GAP Bölgesi Örneklemesi" Harran Üniversitesi 5. GAP Mühendislik Kongresi Bildiriler Kitabı, Şanlıurfa, 2006, <http://eng.harran.edu.tr/~kyenigun/Yayinlar/C12-GAP5.pdf>, 11.03.2015.

⁸⁶ Hakküden-Önem-Çaşın, a.g.e.; Aydoğdu-Yenigün, a.g.e., s.1155.

⁸⁷ Acabey, a.g.e., s.327. Yazar Fırat ve Dicle nehirlerinin çözümünde su sorununun bölgesel değil uluslararası boyutta olması gerektiğini savunmaktadır.

Aytemiz Levent-Kodaman Timuçin, “Sınır aşan Sular Kullanımı ve Türkiye-Suriye ilişkileri”, TMMOB Su Politikaları Kongresi, 7. Oturum, 21-23 Mart 2006, http://topraksuenerji.org/tmmob_su_politikalari_kongresi/Bildiriler/51.pdf, 10.03.2015.

Birleşmiş Milletler Resmi Web Sitesi, <http://untreaty.un.org/>, 13.04.2015.

Can Hasan H., “Türkiye’nin Sınır Aşan Suları” Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi TODAİE, Cilt 12, Sayı 27, 2003, ss.62-74, [http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/be06fc47d258de0_ek.pdf?dergi=Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi](http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/be06fc47d258de0_ek.pdf?dergi=Çağdaş%20Yerel%20Yönetimler%20Dergisi), 08.03.2015.

Dalyan Ö. Dolunay, “BM Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme’nin Türkçe Çevirisi” İÜHFİM, Cilt 54, Sayı 4, 1997.

Denk Erdem, “Uluslararası Akarsulardan Yararlanmada Minimum Akış Doktrini” Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt 4, Sayı 16, 2008, ss.79-96.

Erhan Çağrı, “Türk-Suriye İlişkilerinde Fırat Suyunun Paylaşım Sorunu”, Mülkiyeliler Birliği Dergisi, Cilt 21, Sayı 199, 1997, http://mulkiyedergi.org/index.php?option=com_rokdownloads&view=file&Itemid=63&id=457:tuerk-suriye-ilikilerinde-frat-suyunun-paylam-sorunu-car-erhan, 09.03.2015.

Evsahibioglu A. Nejat-Aküzüm Turhan-Çakmak Belgin, “Su Yönetimi, Su Kullanım Stratejileri ve Sınır aşan Sular”, Türkiye Ziraat Mühendisliği VII. Teknik Kongresi, Ankara, 11-15 Ocak 2010, http://www.zmo.org.tr/resimler/ekler/7ab1aac36b6428d_ek.pdf, 09.03.2015.

Hakgüden Fikret-Önem Semih-Çaşın Mesut H., “Sınır aşan Sular”, Nautical Trade Company, http://ntcshipping.com/article_en.asp, 10.03.2015.

İnan Yüksel, “Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutları (Fırat ve Dicle)” AÜSBFD, Cilt 4, No:1-2, 1994, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/462/5271.pdf>, 09.03.2015.

Karadağ Ayfer A.-Uzun Osman, “Havza Yönetimi ve Türkiye’nin Sınır aşan Su Politikalarına Etkisi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası Davraz Kongresi, http://akademikpersonel.duzce.edu.tr/osmanuzun/bildiri/osmanuzun22.02.2010_10.42.54bildiri.pdf, 10.03.2015.

Karakılıçık Yusuf., “Bölgesel Su Anlaşmazlıklarının Küresel Çatışmaya Dönüşme Riski: Fırat ve Dicle Örneği”, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt:4, No:16, 2008.

Öktem O., “Türkiye’nin Sınır aşan Sular Politikasında Karşılaştığı Kısıtlar: Dicle-Fırat Örneğinde Yeni Bir Hidro-Strateji” TMMOB Su Politikaları Kongresi, 8.

Oturum, 21-23 Mart 2006, http://topraksuenerji.org/tmmob_su_politikalari_kongresi/Bildiriler/54.pdf, 10.03.2015.

Öziş Ünal-Baran Türkay-Fıstıkoğlu Okan-Özdemir Yalçın-Demirci Nurhan, "Sınır aşan Fırat-Dicle Havzasının Su Potansiyeli ve Yararlanılması", TMMOB Su Politikaları Kongresi, 8. Oturum, 21-23 Mart 2006, http://topraksuenerji.org/tmmob_su_politikalari_kongresi/Bildiriler/49.pdf, 10.03.2015.

Pazarıcı Hüseyin, "Uluslararası Hukuk" 8. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

Saltürk Metin, "Ortadoğu'da Su Sorunu ve Türkiye Açısından İncelenmesi" Stratejik Araştırmalar Enstitüsü Güvenlik Stratejileri Dergisi, Sayı 3, 2006, http://www.harpak.edu.tr/saren2/files/GSD/guv_str_sayi_3_haziran2006.pdf, 10.03.2015.

Sandıklı Atilla, "Sınır Aşan Sular ve Türkiye" Türk Asya Stratejik araştırmalar Merkezi, 2004, http://www.tasam.org/tr-TR/Icerik/160/sinir_asan_sular_ve_turkiye, 17.03.2015.

Sur Melda, "Uluslararası Hukukun Esasları" 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.

Tacar Pulat, "Türkiye'nin Sınır Aşan Sularla İlgili Sorunları" Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt 14, Sayı 42, 1998, <http://www.atam.gov.tr/dergi/sayi-42/aturkumuz-panelinde-yaptigi-konusma-turkiyenin-sinir-asan-sularla-igli-li-sorunlari>, 09.03.2015.

Toluner Sevin, "Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları" 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.

Turgay Salih, "Su Sorunu Ekseninde Türkiye Suriye İlişkileri" Çağın Polisi Dergisi, Sayı 59, 2009, http://www.caginpolisi.com.tr/eski_sitemiz/85/70-71.htm, 17.03.2015.

Üste A. Nazmi, "Uluslararası Politika ve Türk Dış Politikası Açısından Sınır aşan Sularımız", DEÜİİBF Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, 1998, ss.231-246.

Yalçın Ersin, "Ortadoğuyu Bekleyen Tehlike", Stratejik Düşünce Enstitüsü, 2010, <http://www.sde.org.tr/tr/haberler/823/ortadoguyu-bekleyen-tehlike.aspx>, 17.03.2015.

Yavuz Bige, "1921 tarihli Ankara Anlaşması", Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, <http://www.atam.gov.tr/dergi/sayi-23/1921-tarihli-turk-fransiz-anlasmasinin-hazirlik-asamalari>, 21.10.2015.

AİLE HUKUKU UYUŞMAZLIKLARI BAKIMINDAN 6325 SAYILI HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU'NUN UYGULANABİLİRLİĞİ

*Enforceability of The Law on Mediation in Legal Disputes No.
6325 in Family Law Disputes*

Yrd. Doç. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU*

ÖZET

22.06.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Türk hukuk sistemine yeni bir yargı dışı uyuşmazlık çözüm yöntemini dâhil etmiştir. Kanun'un uygulama alanı, esas olarak, "tarafaların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları"dır.

Bu çalışmada, en önemli özel hukuk uyuşmazlıklarından olan aile hukuku uyuşmazlıklarının 6325 sayılı Kanun'da düzenlendiği gibi bir arabuluculuk faaliyetine konu olup olamayacağı meselesi, özellikle, aile hukukunda serbestçe tasarruf edilebilirlik unsuru dikkate alınarak tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, 6325 sayılı Kanun, aile hukuku uyuşmazlıkları, irade serbestliği

ABSTRACT

Law on Mediation in Legal Disputes no 6325 which was entered into force on the 22nd of June 2013 integrated a new alternative dispute resolution into Turkish Law System. The application field of the Law is "private law disputes arising from businesses or transactions on which parties might dispose independently" in essence.

In this paper, one of the most important private law disputes, family law disputes are discussed whether they can be subject matter of the mediation activities or not as regulated in the Law no 6325 by taking independent disposal element in family law into consideration.

Keywords: Mediation, Law no 6325, family law disputes, freedom of will

◆◆◆◆

I. GİRİŞ

Çağdaş devlet ve modern hukuk sistemlerinde hukukun uygulama alanına giren tüm uyuşmazlıklar, devletin yetkili yargı mercileri eliyle çözüme kavuş-

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
huriyereyhan@gazi.edu.tr

turulur. Devlet, üç temel erkenden birisi olan yargı erkini bu şekilde “hukukun uygulama alanına giren uyuşmazlıkları çözmek üzere” kullanır. Bununla birlikte yine modern toplumlarda sosyal ve ekonomik hayatın gittikçe yoğunlaştığı, karmaşık bir hal alarak çözümü daha zor ve uzun zaman alan, özel uzmanlıklar gerektiren uyuşmazlıklara yol açtığı görülmektedir. Bu sebeple hukuk sistemi içerisinde bir yandan yargı mercilerinin ve yargıçların sayılarının artırılması, ihtisas mahkemeleri ile yargı mercilerinin çeşitlendirilmesi, hatta istinaf mahkemelerinin dâhil edildiği yeni bir sistem oluşturulması gibi yargılama faaliyetini iyileştirmeyi ve daha işlevsel hale getirmeyi amaçlayan düzenlemeler yapılmakta; diğer yandan ise devlet eliyle gerçekleşen yargılama faaliyetine alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, başka bir ifadeyle “uyuşmazlıkların yargıya taşınmaksızın dostane çözümü”nü¹ sağlayacak çeşitli yöntem ve müesseseler geliştirilmeye çalışılmaktadır².

Teknik tanımından uzak, en genel anlamıyla alternatif uyuşmazlık çözümü (AUÇ)³, devletin yargı mercilerince çözümlenmesi beklenen, yani hukukun tipik uygulama alanına giren bir uyuşmazlığın yargı dışı bir usul ile çözümlenmesidir. Bu anlamda olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözümü, aslında kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde geleneksel olan yöntemdir ve tarihi muhtemelen insanlık tarihi kadar eskidir⁴. Sözkonusu uyuşmazlık çözüm yön-

¹ **TANRIVER Süha**, “Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi”, (Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara 2010, s. 2025 – 2036), Makalelerim II, Ankara 2011, s. 248. Yazar burada sözkonusu kavram ve müesseseyi ifade etmek üzere “... zihni planda yargıyla rekabet eden ve onun yerini almaya çalışan bir mekanizma gibi algılanmasına sebebiyet veren ‘alternatif uyuşmazlık çözümleri’ tabiri yerine, amaç ve işlevinin daha iyi bir biçimde tanımlanmasına hizmet etmesi de gözetilerek ‘dostane bir biçimde uyuşmazlık çözüm yöntemleri’ tabirinin kullanılmasının daha uygun olacağını ...” ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **TANRIVER Süha**, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk” (TBB, 2006, S. 64, s. 151 – 177), Makalelerim II, Ankara 2011, s. 7.

² Bu konuda bkz. **ŞAHİN CEYLAN Şule**, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009.

³ Angla-Sokson kökenli bir kavram olan “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü / Çözüm Yolları” orijinal dili İngilizcede “Alternative Dispute Resolution” şeklinde ifade olunmakta ve bu ifadeden hareketle, gerek dünya gerek Türk hukuk literatüründe genellikle “ADR” şeklinde kısaltılmaktadır, bkz. **ÖZBEK Mustafa**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2013, 3. Bası, s. 167 vd. ve s. 91 (Kısaltmalar Cetveli); **DEMİR Şamil**, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2014, s. 2. Ancak biz, sözkonusu kavramı, Türkçe çevirisine uygun olarak “AUÇ” şeklinde kısaltmayı daha uygun görmekteyiz.

⁴ **ÖZBEK**, AUÇ, s. 590. Yazar burada bir AUÇ yöntemi olan arabuluculuk hakkında değerlendirme yapmakta, insanların toplu halde yaşamaya başlamalarından itibaren, topluluk üyeleri arasındaki anlaşmazlıkların topluluğun diğer üyeleri için bir nevi müdahale konusu olduğunu belirtmektedir. Yazarın arabuluculuk özelinde ele aldığı geleneksel uyuşmazlık çözüm

temlerini geleneksel olmaktan çıkartarak “modern” hale getiren husus ise, bu yöntemlerin yine hukuk tarafından sisteme dâhil kılınmaları; hatta bu yöntemlerden bazıları ile elde edilen çözümlerin, belli şartlar altında hukuken bağlayıcı kabul edilmeleridir⁵. Böylece kendisi statik ve formel yapıda olan hukuk sistemi, AUÇ yöntemleri ile uyumsuzlukların daha hızlı ve barışçıl, kimi zaman taraflara özel ve yaratıcı çözümlere kavuşturulmasının önünü kendisi açmış olmaktadır.

Doktrinde daha dar ve teknik anlamda olmak üzere alternatif uyumsuzluk çözümü, devlet tarafından gerçekleştirilen yargılama faaliyetine nispetle çoğu zaman seçimlik bir yol olarak, yani gönüllülük esasına dayalı şekilde işleyen, tarafların genellikle tarafsız bir üçüncü kişi nezdinde bir araya gelerek⁶, mevcut bir uyumsuzluk hususunda ortak bir çözümü kendilerinin üretmelerini sağlayacak iletişim zeminini oluşturmaları veya somut olaya mahsus bir biçimde üzerinde uzlaşabilecekleri çözüm önerilerinin kendilerine sunulması suretiyle yargılama yapılmaksızın sonuca ulaşmayı amaçlayan “uyumsuzluk çözüm yöntemleri bütünü” olarak tarif edilmektedir⁷.

Bugün modern hukuk sistemlerinde uygulaması bulunan ve Türk hukuk literatüründe bahsi geçen⁸ AUÇ yöntemlerinin başlıcaları, sınırlayıcı olmamak kaydıyla; tahkim⁹, arabuluculuk, uzlaşma, müzakere, tarafsız öndeğerlendir-

yöntemlerinin tarihçesi, farklı kültürlerdeki görünüm biçimleri ve özellikle İslam Hukukundaki önemi hakkında ayrıca bkz. s. 591 vd. Arabuluculuğun özel bir öneme sahip olduğu Uzak Doğu’da gerek geleneksel, gerek modern arabuluculuğun gelişimi ve uygulanması hakkında ayrıca bkz. **ÖZMUMCU Seda**, Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2012.

⁵ Doktrinde AUÇ ile “ulaşılabilir çözümün kural olarak bağlayıcı olmadığı” yönünde görüşlere ve modern anlamdaki AUÇ’yi “ulaşılabilir çözümün kural olarak bağlayıcı olmadığı” yöntemler olarak tanımlayan yazarlara da rastlanmaktadır, bkz. **ILDIR Gülgün**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003, s. 30; **ILDIR Gülgün**, “Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü”, 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki KURU Armağanı, Ankara 2004, TBBY, no: 8, s. 392, s. 396; **POLAT Malike**, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010, s. 25.

⁶ “Tarafsız üçüncü bir kişinin müdahalesi”nin AUÇ uygulaması bakımından mutlak bir unsur olup olmadığı hakkında bkz. **ÖZBEK**, AUÇ, s. 167, dph. 3.

⁷ Bkz. **TANRIVER**, TBBD, Makalelerim II içinde s. 3; **ÖZBEK**, AUÇ, s. 127. Arabuluculuğun çatışma yönetimindeki etkinliği hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **BARUCH BUSH Robert A. / FOLGER Joseph P.**, The Promise of Mediation, (çev. Gemze SART), Ankara 2013.

⁸ Bkz. **DEMİR**, uzlaşma sağlama, s. 15 vd.; **TANRIVER**, TBBD, Makalelerim II içinde s. 12 vd.; **ILDIR**, s. 78 vd.

⁹ İhtiyari tahkimin alternatif bir uyumsuzluk çözüm yolu olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Gerçekten, tahkim, içinde “yargılama faaliyeti ve neticede hüküm tesisi” barındıran bir yöntem olduğu için AUÇ’nin dışında görülebilir iken; bu yargılamanın devletin yetkili mercileri tarafından değil, tarafların seçiminde üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi sebebiyle

me, vakıaların saptanması ve kısa duruşma yöntemleridir. Sözkonusu yöntemlerin tek tek ele alınarak değerlendirilmesi, bunların uygulanma tarzları ve aralarındaki teknik farklılıklar çalışmamızın kapsam ve amacının dışında bulunduğundan, aşağıda yalnızca genel hatlarıyla “arbuluculuk” kurumu üzerinde durulmuş ve arbuluculuğun “uzlaşma” ve “avukatların uzlaştırma yetkisi” ile karşılaştırması yapılmıştır.

II. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ OLARAK ARBULUCULUK VE UZLAŞMA

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin en yaygın ve etkilisi olarak gösterilen¹⁰ arbuluculuk (mediation) “aralarında uyuşmazlık olan tarafların, ihtilaflarını tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi olan arbulucunun (mediator) yardımıyla müzakere ederek çözüme kavuşturmak için anlaştıkları, gönüllü bir süreçtir”¹¹.

Diğer AUÇ yöntemlerinde olduğu gibi¹² arbuluculuk uygulamasında da esasen bir yargılama yapılmaz; arbuluculuk görevini üstenen kişi, uyuşmazlık hakkında hüküm vermez. Hatta arbuluculuk, başka bazı AUÇ yöntemlerinin aksine, arbulucu sıfatını taşıyan üçüncü kişinin taraflara uyuşmazlığın çözümüne ilişkin tavsiyelerde bulunduğu, çözüm önerileri sunduğu bir yöntem değildir. Doktrinde ifade edildiği üzere, arbulucu “*sadece sistematik bir biçimde iletişim teknikleri uygulamak suretiyle, taraflar arasında iletişimin kurulmasını kolaylaştırır ve bir diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sağlar; onlara rahat ve özgür bir müzakere ortamı yaratmak suretiyle, sorumlulukları tümüyle kendilerine ait olmak üzere, kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına yardımcı olur*”¹³. Görüldüğü gibi arbuluculuk, çözüm sürecine büyük oranda tarafların egemen oldukları bir yöntemdir; başka bir deyişle arbuluculukta taraflar kendi çözümlerini kendileri üretmekte ve bu sebeple süreçte aktif rol oynamaktadırlar. Arbulucu ise bu süreçte “*tarafların üzerinde anlaşabilecekleri noktaları, ortak paydaları tespit eder ve bu*

AUÇ'ye yakın bir yöntem olarak da değerlendirilebilir. Sözkonusu tartışmalar hakkında bkz. ÖZBEK, AUÇ, s. 187 vd. İhtiyari tahkimin alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olmadığı yönünde bkz. TANRIVER, TBBD, Makalelerim II içinde s. 24-25.

¹⁰ Bkz. TANRIVER, TBBD, Makalelerim II içinde s. 18; DEMİR, uzlaşma sağlama, s. 17 ve dpn. 44'te yer alan literatür.

¹¹ DEMİR, uzlaşma sağlama, s. 16.

¹² Bu konuda sadece tahkime ilişkin tartışmalar mevcuttur. Sözkonusu tartışmalar hakkında bkz. yukarıda dpn. 8.

¹³ TANRIVER Süha, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış”, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 827.

zemin üzerinde mutabakata varmalarına yönelik olarak faaliyet gösterir¹⁴”.

Yukarıda kısaca ortaya koyulan yapısı itibariyle arabuluculuğun bir başka AUÇ yöntemi olan “uzlaşma (uzlaştırma)”dan farklı olduğu doktrinde ileri sürülmektedir¹⁵. Bir görüşe göre dar ve teknik anlamı ile “uzlaşma (conciliation) tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin, uyuşmazlığın taraflarına, olayın özelliklerine göre belirlenecek çözüm önerileri sunarak, bunları görüşmelerini ve bu önerilerden biri veya birkaçı üzerinde anlaşmaya varmalarını hedefleyen bir ADR¹⁶ yöntemidir¹⁷”. Buna göre bir AUÇ yöntemi olarak uzlaşma ile arabuluculuk arasındaki başlıca fark, çözüm sürecine müdahil olan üçüncü kişinin bu süreçte üstlendiği rol bakımından olup; arabuluculukta taraflara çözüm önerisi sunmayan sadece sağlıklı bir görüşme ve iletişim ortamını sağlama durumunda olan üçüncü kişinin yerini, uzlaşmada taraflara çözüm önerileri sunmak ve tarafların bu önerilerden birisi üzerinde mutabakata varmalarını sağlamak suretiyle çözüm sürecine daha etkin şekilde müdahale eden bir üçüncü kişi almaktadır. Zira uzlaşmada uzlaştırıcı, uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasına odaklanmıştır; uyuşmazlığı doğuran gerçek sorunlar, bu süreçte ikinci planda olup, geçmişteki olaylar mevcut haklılık durumunu tespit bakımından dikkate alınır. Bu sebeple, arabuluculuğun aksine “uzlaşmada, hukuk kuralları ve bunların uyuşmazlığa etkileri daha önceliklidir”¹⁸. Böylece uzlaşmanın hukukî açıdan da anlam ifade eden sonuçlar elde etmeye daha elverişli, arabuluculuğa nispetle daha katı ve formel bir süreç olarak karşımıza çıktığı; buna karşılık arabuluculuğun sonuçtan ziyade gerçek sorunlara odaklanarak öncelikle davranışsal çözümler üretmeyi amaçlayan bir yöntem olduğu görülmektedir. Bu ayırmadan hareketle, uzlaşma, uyuşmazlığın hakkaniyete uygun bir biçimde çözümlenmesinin ardından tarafların belli bir ilişkiyi sürdürmelerinin gerekli

¹⁴ **TANRIVER**, Eren’e Armağan, s. 828.

¹⁵ Arabuluculuk ve uzlaşma kavramlarının karşılaştırılması için bkz. **TANRIVER**, Eren’e Armağan, s. 828 - 829; **DEMİR**, uzlaşma sağlama, s. 22.

¹⁶ “ADR” kısaltması hakkında bkz. yukarıda dpn. 2.

¹⁷ **DEMİR**, uzlaşma sağlama, s. 20. Ancak yazarın tespitine göre “uzlaşma kavramının arabuluculuk yerine kullanılmasından dolayı, ulusal ve uluslararası terminolojide bir yeknesaklık sağlanamamıştır. Uzlaşma, genellikle ortaya çıkan uyuşmazlıkların barış içinde çözümlenmesi, sulh olma anlamında kullanılmaktadır. Kavram olarak uzlaşmanın, tarafsız üçüncü kişinin çözüme etkin müdahalesini ve bu açıdan arabuluculuk ile olan farkını belirtmek, kolaylaştırıcılık faaliyetini ifade etmek, arabuluculuk faaliyetine geçmeden önce atılmış gayri resmî görüşmeleri anlatmak için kullanıldığı yerler olmuştur (**DEMİR**, uzlaşma sağlama, s. 20 – 21)”. Ayrıca ülkemizde “uzlaşma” kavramı halk arasında ve hatta hukukçular tarafından yaygın bir biçimde “anlaşma sağlama” anlamında da kullanılmakta olduğundan, uzlaşmanın bir AUÇ yöntemi olarak yukarıda verdiğimiz dar ve teknik anlamı ile tanımlanması, oldukça yenidir, **DEMİR**, uzlaşma sağlama, s. 21.

¹⁸ **DEMİR**, uzlaşma sağlama, s. 22.

olmadığı durumlarda işlevsel bir yöntem iken; arabuluculuk, özellikle süreklilik arz eden ilişkilerde münferit uyuşmazlıklardan ziyade uyuşmazlık sebeplerinin ortadan kaldırılarak ilişkinin sağlıklı bir biçimde devamının arzlandığı durumlarda daha çok tercih edilmesi gereken bir yöntem olarak görülebilir. Ancak bunun için arabulucunun, hukuk mesleğine mensup bir kişi olmasından ziyade, iletişim teknikleri ve çatışma yönetimi gibi konularda uzman bir kişi olması esas olup; hukuk mesleği mensubu bir kişi olması durumunda ise, iletişim ve uyuşmazlık çözümü becerisini de ayrıca kazanmış, bu hususlarda eğitim almış olması şarttır.

Muhtelif AUÇ yöntemlerinin Türk hukukundaki düzenleniş biçimi¹⁹ de, yukarıda vurgulanan bu hususları teyit eder biçimdedir. Gerçekten Türk hukukunda uzlaşma müessesesi, vergi, ceza, idare hukuku gibi kamusal nitelikli uyuşmazlıklar bakımından mevzuatta yer bulmuştur. Bunlardan vergi hukukunda uzlaşma²⁰, vergi uyuşmazlığının yargıya intikal etmeden çözümüne yönelik bir yöntem olması itibarıyla AUÇ'ye benzetilebilir ise de, uyuşmazlık taraflarından birisinin doğrudan devlet olması ve uyuşmazlığın tarafsız bir üçüncü kişi (uzlaştırıcı) nezdinde değil, vatandaşın başvurusu üzerine ancak devletin tasarrufunda gerçekleştirilmesi sebebiyle²¹ teknik anlamda bir AUÇ yöntemi olarak kabul edilemez. Buna karşılık Türk hukukuna ilk kez 2004 tarihli Ceza Kanunu ile giren -fakat 5560 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılarak Ceza Muhakemeleri Kanunu ile yeniden düzenlenen- ceza hukukunda uzlaşma, teknik anlamı ile bir uzlaşma müessesesidir²². Zira burada soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar ile kanunda sayılan başka bazı suçlarla sınırlı olmak ve tamamen gönüllülük esasına göre işletilmek üzere, şüpheli (veya sanık) ile mağdur (veya suçtan zarar gören) arasındaki cezai nitelikteki uyuşmazlığın, Cumhuriyet Savcısı veya onun belirleyeceği bir başka üçüncü kişi nezdinde²³

¹⁹ Hukuk sistemimizdeki AUÇ yöntemlerine ilişkin muhtelif düzenlemeler hakkında bkz. **TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis**, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s. 69 vd.

²⁰ Vergi hukukunda uzlaşma hakkında bkz. **YILMAZ Elif**, "Uzlaşma Müessesesinin Hukukî Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi", GÜHFD 2009, C. XIII, S. 1-2.

²¹ Vergi hukukunda uzlaşma, bir AUÇ yöntemi olan uzlaşmadan ziyade devlet ile vergi mükellefi vatandaş arasında bir tür pazarlık ile gerçekleşen sulhu ifade etmektedir. Vergi hukukunda uzlaşma prosedürü hakkında bkz. 03/02/1999 tarih ve 23600 sayılı Uzlaşma Yönetmeliği m. 7 vd.

²² Ceza hukukunda uzlaşma prosedürü hakkında bkz. 26/07/2007 tarih ve 26594 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik.

²³ Ceza muhakemesinde uzlaştırıcı sıfatıyla görev yapacak üçüncü kişinin kim olacağı hususuna, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik madde 13 fıkra 1 ve 2'de değinilmiştir. Buna göre:

"(1) Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi hâ-

uzlaşma ile sonuçlandırılması; böylece uyuşmazlığın muhakeme dışı bir yol ile çözülmesi amaçlanmaktadır²⁴. İdare hukuku alanında ise uzlaşmayı veya genel ifadesiyle uyuşmazlıkların dava açılmaksızın AUÇ yöntemlerinden birisiyle çözülmesini öngören veya teşvik eden genel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır²⁵; ancak sağlık personelinin yol açtığı zararlar bakımından olduğu gibi²⁶ idare aleyhine açılması sözkonusu belli bazı davalar bakımından öncelikle uzlaşma yolunun tüketilmesinin gerekli kılındığı özel düzenlemelere rastlanmaktadır²⁷.

Hukuk uyuşmazlıkları sözkonusu olduğunda ise, mevzuatta düzenlemesini bulan AUÇ yöntemi, uzlaşmadan ziyade, özellikle arabuluculuk olmuştur. Gerçekten hukuk uyuşmazlıkları bakımından uzlaşma prosedürüne özel olarak yer veren bir düzenlemeye Türk hukukunda rastlanmamakta²⁸; bu noktada sadece Avukatlık Kanunu m. 35/A'daki düzenleme dikkat çekmektedir. Bu hükme göre "Avukatlar, dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte, karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf, bu

linde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, bir avukatın uzlaştırmacı olarak görevlendirilmesini barodan isteyebilir ya da bu Yönetmelikte nitelikleri belirlenen hukuk öğrenimi görmüş bir kimseyi görevlendirebilir. (2) Uzlaştırmacı görevlendirilmesinde tarafların üzerinde anlaştıkları bir avukat ya da hukuk öğrenimi görmüş bir kişi tercih edilebilir".

Aynı yönetmeliğin 15. maddesi, hukuk öğrenimi görmüş uzlaştırmacılar bakımından arana-cak nitelikleri; 30 maddesi ise uzlaştırmacıların alması gereken özel eğitimi düzenlemektedir.

²⁴ **ŞAHİN CUMHUR / GÖKTÜRK NESLİHAN**, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Ankara 2014, 3. Baskı, s. 199. Ceza yargılaması hukukunda uzlaşma hakkında ayrıca bkz. **ÖZBEK MUSTAFA**, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma", AÜHFD 2005, C. 54, S. 3, s. 289 – 321.

²⁵ İdari uyuşmazlıklar bakımından AUÇ'yi bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak benimseyen genel bir düzenlemenin bulunmaması doktrinde eleştirilmekte ve böyle bir düzenleme ihtiyacının bulunduğu dikkat çekilmektedir, bkz. **ÖZBEK MUSTAFA**, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", TBBD, 2005, S. 56, s. 95.

²⁶ 02. 11. 2011 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Türk hukukunda ilk kez, sağlık hizmetinin ifası dolayısıyla vatandaşın gördüğü zararlar bakımından idare aleyhine dava açılmasından önce, zararı veren sağlık personeli ile vatandaş arasında uzlaşmaya gidilmesi öngörülmüştür.

²⁷ Uzlaşmanın öngörüldüğü başka bazı idari uyuşmazlık örnekleri için bkz. **ÖZBEK**, idari uyuşmazlıklarda AUÇ, s. 96 vd.

²⁸ Sağlık mesleği mensuplarının verdikleri zararlar bakımından 663 sayılı KHK bir uzlaşma prosedürü öngörmüş ve bu tip zararların tazmininin "bedensel bütünlüğün ihlalinden kaynaklanması sebebiyle" hukuk uyuşmazlığına konu olabileceği Yargıtay uygulaması ile Türk hukukunda kabul edilmiş ise de, kamu hastanelerinin taraf olduğu bu tip uyuşmazlıkların esasen idari yargının konusu olduğu ve bu konuda aksi yönde gelişen Yargıtay uygulamasının yukarıdaki tespitimize önemli bir istisna oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilliği tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 38. maddesi anlamında ilâm niteliğindedir". Söz konusu düzenlemenin teknik anlamda bir AUÇ yöntemi olup olmadığına, eğer öyleyse hangi AUÇ yöntemi olarak kabul edileceğine ilişkin doktrindeki tartışmalar²⁹ çalışmamızın amaç ve kapsamı dışında olduğundan, hükmün özel bir AUÇ yönteminden ziyade, avukatlara mahsus bir yetkiyi düzenlemeyi amaçladığını belirtmeyi yeterli görmekteyiz. Söz konusu hükmün Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda değil Avukatlık Kanunu'nda yer alıyor olması da, bu kanaatimizi güçlendirmektedir. Bununla birlikte avukatların ilgili hükümde yer alan yetkilerini kullanırken üstlendikleri role göre, müzakereci, arabulucu veya uzlaşmacı olarak nitelendirilmeleri; başka bir deyişle, teknik anlamdaki bir AUÇ yöntemini Avukatlık Kanunu m. 35/A hükmü kapsamında uygulamaları şüphesiz ki mümkün, hatta çoğu zaman kaçınılmazdır. Nitekim doktrinde uyuşmazlığın anlaşmaya dayalı olarak yargı dışı yöntemlerle çözümlendiği haller bakımından, kullanılan yöntemler arasında katı ve sınırlayıcı ayrımlar yapmanın anlamlı ve yararlı olmadığı, zaman zaman kimi AUÇ yöntemlerinin iç içe geçmiş bir şekilde uygulandığı ve kavramsal olarak dahi birbirinin yerine kullanıldığı belirtilmektedir³⁰. Bu sebeple biz değerlendirmelerimizi, çeşitli AUÇ yöntemlerinin doktrinde ve varsa mevzuattaki adlandırılış biçimlerine göre değil; "uyuşmazlık çözüm sürecinin tarafsız bir üçüncü kişinin nezdinde gerçekleşip gerçekleşmemesi", "üçüncü kişinin niteliği ve süreçte üstlendiği rol" ve nihayet sürecin başarıyla tamamlanması durumunda "ulaşılan anlaşmanın hukukî bağlayıcılığı" gibi temel hususları dikkate alarak yapmayı uygun görmekteyiz. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK.) ile Türk hukukuna dâhil olan uyuşmazlık çözüm yönteminin yapısı ve esaslarını, bu hususlar doğrultusunda ortaya koymaktayız.

²⁹ Söz konusu tartışmalar için bkz. **DEMİR**, uzlaşma sağlama, s. 23; **TANRIVER**, TBBD, Makalelerim II içinde s. 26.

³⁰ "ADR usullerinde arabulucunun müdahalesinin amacı, uyuşmazlığın çözümü halinde mümkün olduğu kadar başarılı bir sonuç elde edilebilmesini sağlamaktır. Arabulucunun işlevi, uyuşmazlığın yapısına, tarafların kişiliklerine, taraflar arasındaki ilişkilerin bozulma ölçüsüne ve müzakerenin kendi yapısına göre daha çok ya da daha az aktif olabilecektir. Bu nedenle uzlaştırma ve arabuluculuk kelimeleri eş anlamlı olup, bunlar arasında yapılacak bir ayırım faydalı olmayacaktır" **ÖZBEK**, AUÇ, s. 195 - 196. İki kavramın birbiri yerine kullanılmasına ilişkin olarak ayrıca bkz. **POLAT**, s. 36 vd.

III. 6325 SAYILI HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU'NA GENEL BAKIŞ

6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK.)³¹ Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten bir sene sonra³² 22.06.2013 tarihinde yürürlüğe girmiş; böylece “alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu” olarak Türk Hukukundaki yerini almıştır.

Kanun'un 2. maddesi “b” bendine göre arabuluculuk, “Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, *uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü* kişinin katılımıyla *ihthiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini*” ifade eder. Arabuluculuğun doktrindeki tanımına uygun olarak kaleme alınan bu hükümden şu hususları ortaya koymak mümkündür:

- Arabuluculuk, zorlayıcı değil, ihtiyarî bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.
- Arabuluculuk süreci, arabulucu sıfatını taşıyan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi nezdinde yürütülür.
- Bu süreçte arabulucunun işlevi, taraflara kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamaları için uygun iletişim şartlarını ve ortamını hazırlayarak yardımcı olmaktır. Bu sebeple arabuluculuk faaliyetinde bulunabilmek, hukuk eğitiminin dışında özel bir uzmanlık gerektirir.

Kanun'da dikkati çeken önemli bir husus, taraflara hukuk içi veya dışı çözüm önerileri sunmak gibi bir işlevi bulunmamasına rağmen arabulucunun, hukuk fakültesi mezunu olmasının zorunlu kılınması; başka bir deyişle arabuluculuğun sadece hukuk fakültesi mezunlarınca icra edilebilecek bir faaliyet olarak düzenlenmiş olmasıdır. Gerçekten Kanun'da arabuluculuğun, sadece “mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunlarınca icra edilebileceği (bkz. m. 20/II, b. b)”; “arabuluculuk eğitiminin ancak hukuk fakültesinin tamamlanmasından sonra alınabileceği (bkz. m. 22)” hükümlerine yer verilmiştir³³. Böylece, Türk hukuk sisteminde arabuluculuğun -esasî ile ne

³¹ RG. T. 22.06.2012, S. 28331. Kanun'a ilişkin, tasarı aşamasındayken yapılan değerlendirme ve eleştiriler hakkında bkz. **ŞİPKA Şükran**, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Değerlendirilmesi”, İTÜSBD, Güz 2007/2, S. 12, s. 163-175; **TANRIVER Süha**, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı'nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 637-656.

³² Bkz. 6325 sayılı Kanun m. 37.

³³ 6325 sayılı Kanun'a ilişkin hükümet tasarısında arabuluculuk faaliyeti, sadece hukuk fakül-

ölçüde bağdaştığı tartışılabilir olmakla birlikte- hukuk mesleği ile ilgili bir faaliyet algısı yaratılacak şekilde düzenlendiğini söylemek yanlış olmaz. Bu durumun, Türkiye'de arabuluculuk uygulamasını, taraflara aynı zamanda hukukî çözüm yolları gösterilmesini veya en azından bu hususta tavsiyelerde bulunulmasını da içeren bir sürece dönüştürme ihtimali yarattığını öngörmekteyiz³⁴.

Arabuluculuk düzenlemelerinde özellikle göze çarpan ve geleneksel arabuluculuğu hukuken de anlam ifade eden bir sürece dönüştüren en önemli husus, süreç sonunda ortaya çıkan yazılı belgeye (tutanağa) tanınan niteliklidir. 6325 sayılı Kanun'un hükümet tasarısına ve gerekçesine göre bu tutanak, öncelikle genel hükümlere tâbi bir anlaşma olup³⁵, buna icra mahkemesi tarafından icra edilebilirlik şerhi verdirilmesi halinde, ilâm niteliğinde bir belge niteliği kazanır. Yine hükümet tasarısına göre; icra edilebilirlik şerhinin verilmesi davanın görülmesi sırasında davayı gören mahkemeden, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması halinde ise, uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre belirlenecek icra mahkemesinden istenir ve niteliği gereği bir çekişmesiz yargı işidir. Şerh verilmesine ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılacak olup, "bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve cebrî icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır"³⁶. Ancak hüküm, şerhi verecek

tesisi değil, tüm dört yıllık lisans mezunları tarafından icra edilebilecek bir faaliyet olarak öngörülmüş, ancak hukuk dışı meslek mensuplarının arabuluculuk eğitimlerini tamamlamış sayılmaları için yüz saatlik temel hukuk eğitimi almaları öngörülmüş idi. Ancak, Adalet Komisyonu metninde arabuluculuk sadece hukuk mesleği mensuplarına hasredilen bir faaliyet olarak kabul edilmiş ve tasarısı bu şekilde yasalaşmıştır, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariyasamaları/Kanunlasan/2012Yili/Kanmetni/6325ss.pdf> (25.09.2014). Gerçekleştirilen bu değişikliğin gerekçesi komisyon raporunda "Arabuluculuk müessesesi, yargılama faaliyeti olmamakla birlikte müessesesinin etkin bir şekilde işletilebilmesini sağlamak amacıyla arabulucuların hukuk eğitimi almış olmaları ve belli bir süre tecrübe edinmiş olmaları uygun görülmüştür. Bu nedenle arabuluculuk siciline kaydedilecek kişilerin hukuk fakültesinden mezun olması ve kayıt başvurusunun yapıldığı tarih itibarıyla en az beş yıl mesleğinde kıdeme sahip olması gerekliliği ortaya konulmuştur" şeklinde ifade olunmuştur.

³⁴ Arabulucunun taraflara hukukî çözüm yolları gösteremeyeceği veya hukukî tavsiyelerde bulunamayacağı hususu, 6325 sayılı Kanun'da açıkça ifade olunmamakta, ancak bu Kanun'a dayalı olarak çıkartılan 28540 sayılı Yönetmelik m. 19/V hükmünde bu husus açıkça göze çarpmaktadır: "Arabulucu, sürecin yürütülmesi sırasında, taraflara hukukî tavsiyelerde bulunamaz; bir çözüm önerisi ya da öneriler kataloğu geliştirip, bunu onlara empoze edemeyeceği gibi, müzakereler sırasında geliştirilen bir çözüm önerisi üzerinde anlaşmaya varmaları için de onları zorlayamaz. Ancak, taraflardan birisinin, uyuşmazlığın çözümü bağlamında, sunmuş olduğu bir önerinin, arabulucu tarafından, diğer tarafa iletilmesi ve onun bu konudaki beyanının alınması bu kapsamda mütaala edilemez".

³⁵ Bkz. 6325 sayılı Kanun hükümet tasarısı, m. 18/II gerekçesi.

³⁶ 6325 sayılı Kanun hükümet tasarısı, m. 18/II ve III'ün tam metni şu şekildedir: "(2) Taraflar arabuluculuk sürecinin sonunda bir anlaşmaya varırlarsa bu anlaşmayı, asil uyuşmazlık

mercii ve şerh verilme işinin gerçekleştirilme tarzı hususlarında önemli değişikliklere uğradıktan sonra kanunlaşmıştır. Buna göre, dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulması halinde şerhi verecek mercii, tasarıda uyuşmazlık hakkındaki yetki kurallarına göre belirlenecek “icra mahkemesi” iken, kanunlaşan metinde “mahkeme”dir. Şerh verilmesine ilişkin incelemenin dosya üzerinden yapılacağına ilişkin düzenleme ise “...dosya üzerinden de yapılabilir” şeklinde değiştirilerek, incelemenin esasen duruşmalı olarak yapılması, ancak dosya üzerinden yapılmasının da mümkün olduğu hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Ayrıca tasarıdan farklı olarak Kanun’da “arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda incelemenin mutlaka duruşmalı olarak yapılması gerektiği” açık bir hüküm ile düzenlenmiş; böylece aile hukuku uyuşmazlıklarında icra edilebilirlik şerhi verilmesinin özel bir öneme sahip olduğu hususuna dikkat çekilmiştir. Ancak aile hukuku uyuşmazlıkları da dâhil olmak üzere icra edilebilirlik şerhi verilirken yapılacak incelemenin kapsamı, tasarıda olduğu gibi Kanun’da da, “anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususuyla sınırlı” tutulmuştur³⁷.

hakkındaki yetki kurallarına göre yetkisi belirlenecek olan icra mahkemesine ibraz edip, icra edilebilirliğine ilişkin bir şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılır. (3) İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, niteliği itibarıyla bir çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler arasında yer alıp almadığı ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bu başvurunun reddi üzerine ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden bir başka resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır”.

³⁷ 6325 sayılı Kanun m. 18/II ve III’e göre: “(2) Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilâm niteliğinde belge sayılır. (3) İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden de yapılabilir. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır”.

IV. TÜRK AİLE HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK

A. GENEL OLARAK

Arabuluculuk, sonuçtan ziyade gerçek sorunlara odaklanarak öncelikle davranışsal çözümler üretmeyi amaçladığından, aile hukuku ilişkileri gibi süreklilik arz eden ilişkilerde öncelikle tercih edilmesi gereken bir AUÇ yöntemi olarak kabul görmektedir³⁸. Gerçekten, münferit uyuşmazlıklardan ziyade uyuşmazlık sebeplerinin ortadan kaldırılarak ilişkinin sağlıklı bir biçimde devamının arzandığı durumlar, arabuluculuk uygulamasında verimli bir alan oluşturmakta ve bunların başında aile hukuku uyuşmazlıkları gelmektedir. Özellikle geleneksel arabuluculuk sözkonusu olduğunda aile hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli bulunduğu, hukuksal olduğu kadar genel hayat tecrübelerine de dayanan bir tespittir.

Aile hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişliliği, yalnızca geleneksel arabuluculuk ile sınırlı değildir. Gerçekten modern arabuluculuğu uzun süredir uygulayan ve bundan etkili neticeler elde eden ülkelerde aile hukuku uyuşmazlıkları, arabuluculuğun yaygın biçimde uygulandığı uyuşmazlık türlerindedir³⁹. Hatta Avrupa ülkelerinde bu tür uyuşmazlıkların çözümü için yargılama yerine AUÇ yöntemlerine başvurulmasının teşvik edildiğine; bu noktada Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye ülkelere yönelik tavsiye kararının bulunduğu özellikle dikkat çekmek gerekir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 21 Ocak 1998 tarih ve R(98) sayılı bu

³⁸ **ÖZBEK**, AUÇ, s. 561. Aile hukukunda olduğu gibi, uyuşmazlık tarafları arasında süreklilik arz eden bir ilişkinin varlığı sebebiyle arabuluculuğun özel bir öneme sahip olduğu diğer bir alan, iş hukuku olarak görülmektedir. Türk iş hukukunda arabuluculuk hakkında bkz. **KOCA-OĞLU Mehmet**, Türk İş Hukuku'nda Arabuluculuk Kurumu, Ankara 1999. Arabuluculuğun başka bir yaygın uygulama alanını ticari uyuşmazlıklar oluşturmaktadır. Ticari uyuşmazlıklarda arabuluculuk uygulaması hakkında bkz. **YEŞİLİRMAK Ali**, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem – Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.

³⁹ "Almanya'da arabuluculuk alanları nelerdir? Tabii ki aile uyuşmazlıkları –ve yeri gelmişken söyleyeyim 20 yıldır böyle-. Dolayısıyla arabuluculuğun ailevi uyuşmazlıklar açısından uygun bir yöntem olduğunu tartışmaya hiçbir şekilde gerek yok. Basitçe yapılır ve düzenli bir temelde yapılır ve hem avukatlar hem de diğer meslek sahiplerince yürütülür", **DENDORFER Renate**, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, 11 Mart 2011 Ankara, TBBY, no: 216, s. 55. Belçika, İspanya, Avusturya ve Hollanda örnekleri için de bkz. aynı yayın, s. 26, s. 34, s. 59, s. 85. Almanya'da aile arabuluculuğu hakkında bkz. **KALKAN OĞUZTÜRK Burcu**, "Das familienrechtliche Mandat: Familien – Mediation im deutschen Familienrecht", Law and justice Review 2011, S. 3., s. 163 vd.

Aynı şekilde, Japon aile hukuku bakımından arabuluculuk uygulaması hakkında bkz. **ÖZMUMCU**, Uzak Doğu'da arabuluculuk, s. 283 vd.

tavsiye kararının amacı, “bütün aile üyelerinin menfaatlerini koruyacak şekilde anlaşmazlıkları azaltarak, aile uyuşmazlıklarını karşılıklı anlaşmaya dayalı bir süreçte çözmeyi amaçlayan aile arabuluculuğunun, Avrupa Konseyi’ne üye olan ülkelerde kabulü, uygulanması, yaygınlaştırılması ve geliştirilmesidir”⁴⁰. Bu amaçla Komite; aile uyuşmazlıkları bakımından “gönüllülük (Tav.Kar. II- a) ve hukukî tavsiye verilmemesi esasına dayalı (Tav.Kar. III- x), fakat tarafların anlaşmaya ulaşmaları halinde bunun yetkili bir merci tarafından onaylanmasını kolaylaştıran ve cebrî icra yoluyla yerine getirilmesini düzenleyen yöntemler içeren (Tav.Kar. IV)” bir arabuluculuk sisteminin üye ülkelerin iç hukuklarına dâhil edilmesini önermektedir. Sözkonusu karar, aile arabuluculuğunun uygulama alanını ortaya koyduğu I-a hükmünde, aile uyuşmazlıklarını “ister kan hısımlığıyla ister evlilikle ilgili olsun, aynı ailenin üyeleri arasındaki bütün uyuşmazlıklar” olarak tanımlamış ve aile arabuluculuğunun, bu tip uyuşmazlıklar ile iç hukuk tarafından tanımlanan aile ilişkileri içinde birlikte yaşayan veya yaşamış kişilere uygulanacağını belirtmiştir.

Türk hukukunda da 6325 sayılı Kanun’un kabul edilmesi, aslında -Kanun’un genel gerekçesi ve Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu’nda görüldüğü üzere- “1998 yılından itibaren uyuşmazlıkların genel hukuk yolları dışında anlaşma ve uzlaşma ile çözülmesi yönünde” Avrupa’da atılan adımların ve Avrupa Birliğine üye ve aday ülkelere bu yönde düzenlemeler yapmaları yolunda yapılan çağrılarının sonucudur⁴¹. Bununla birlikte, sözkonusu Kanun ile kabul edilen Avrupa ülkelerindeki benzer⁴² bir arabuluculuk sisteminin, kendine özgü ni-

⁴⁰ **ÖZBEK Mustafa**, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin ‘Aile Arabuluculuğu’ Konulu Tavsiye Kararı”, DEÜHFD. 2005, C. VII, S. 2, s.72.

⁴¹ “AB, 1998 yılından itibaren uyuşmazlıkların genel hukuk yolları dışında anlaşma ve uzlaşma ile çözülmesi yönünde adımlar atmaya, üye ve aday ülkelere bu yönde düzenlemeler yapmaları yolunda çağrı yapmaya başlamıştır. İlk olarak 1999 Tampere AB Zirvesi’nde üye ülkeler mahkeme dışı alternatif yöntemler oluşturmaya çağırılmıştır. Bu çalışmalar sonucunda 2002 yılında hazırlanan Yeşil Kitap ile arabuluculuğun temel ilkeleri tespit edilmeye çalışılmış, alternatif çözüm yöntemlerinin fark edilmesi, siyasi olarak teşviki ve yasama sürecinde bu yönde adımlar atılması amaçlanmıştır. Avrupa Parlamentosu ve Konseyi 2004’te çıkardığı bir direktifle, medenî hukuk alanında ve ticari konularda arabuluculuğa ilişkin hükümler benimsemiş, bu süreçte üye ülkeler alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin yasalar çıkarmış ve hayata geçirmişlerdir”, 6325 sayılı Kanun Tasarısı, Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu, s. 1-2. Ayrıca bkz. 6325 sayılı Kanun Genel Gerekçesi.

⁴² “Tasarının hazırlanmasında, UNCITRAL Model Kanun ve Avrupa Birliği Direktif Tasarısı dışında, Özel Hukukta Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin Alternatif Usuller Hakkında Yeşil Kitap ile Avusturya Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğa İlişkin Federal Kanun, Almanya’nın 1999 yılında yürürlüğe giren Baden Württemberg Uzlaşma Kanunu ile Baviera’nın 2000 yılında kabul edilen Özel Hukukta Zorunlu Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Kanunu, Macaristan Arabuluculuk Kanunu ile son yıllarda kabul edilmeleri nedeniyle Bulgaristan ve Slovakya Arabuluculuk Kanunları dikkate alınmıştır. Bu yazılı kaynaklar yanında, Amerika Birleşik Devletleri,

telikler ve hassasiyetler içeren Türk aile hukuku özelinde ne şekilde ve ölçüde uygulanabileceğinin, ayrıca tartışılması gerekir.

B. AİLE HUKUKU UYUŞMAZLIKLARININ BELİRLENMESİ VE ARABULUCULUK KANUNU'NUN KAPSAMINA DÂHİL EDİLEBİLİRLİĞİ

1. Aile Hukuku Uyuşmazlıklarının Belirlenmesi

Türk hukukunda aile hukuku uyuşmazlıkları, basitçe, Türk Medenî Kanunu'nun Aile Hukuku başlığını taşıyan ikinci kitabında düzenlenen hususlara ilişkin uyuşmazlıklar olarak tanımlanabilir. Buna göre aile hukuku uyuşmazlıklarının; evlilik hukukundan, hısımlıktan ve vesayetten doğan uyuşmazlıklar olarak tasnif edilmesi Kanun'un sistematığına uygun görünse de, aile hukuku uyuşmazlıklarını, esasen evlilik hukukundan, bazı hallerde ise soybağından doğan uyuşmazlıklarla sınırlandırmak yanlış olmaz. Zira aile hukukumuzun temel kavram ve müessesesi "evlilik" olup; aile hukukunun, soybağı meseleleri de dâhil olmak üzere, evlilik müessesesi etrafında toplanmış hükümlerden oluştuğu söylenebilir. Bu sebeple, biz aile hukuku uyuşmazlıklarını; "evlilikten önce henüz evlenme vaadiyle başlayan" veya "evlilik devam ederken" yahut "evliliğin sona ermesi ile sona erdikten sonrasını kapsayan" bir aşamada ortaya çıkmış olmasına göre tasnif etmeyi daha fonksiyonel ve aile hukukunun esasına uygun görmekteyiz. Buna göre:

- Henüz evlenmeden önce, fakat evliliğin vaad edilmesiyle başlayan dönemde, yani nişanlılık döneminde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, esas olarak, mal rejimi sözleşmesi yapıp yapmamaya ve nişanın sona ermesi halinde hediyeilerin iadesi ile tazminat taleplerine ilişkindir. Fakat bu iki hususun dışında da nişanlıların ileride tâbi olacakları evlilik statüsüne ilişkin bazı hususları önceden kendi iradeleriyle düzenlemek istemeleri, pratik hayatta ihtimal dâhilindedir. Örneğin, nişanlılar, evlendikten sonra kadının kızlık soyadını kullanmaya devam edip etmeyeceği, hatta kocanın soyadını almayıp yalnızca kızlık soyadını kullanabileceği hususunu aralarında kararlaştırmış veya kararlaştıramayıp uyuşmazlığa düşmüş olabilirler. Nişanlılar kendilerine göre özel boşanma sebepleri yaratmak veya mevcut boşanma sebeplerinden bazılarını kendileri için boşanma sebebi olmaktan çıkartmak isteyebilirler. Muhtemel bir boşanma durumunda birbirlerinden hiçbir şekilde tazminat veya nafaka talep etmemeyi kararlaştırmış olabilirler. Hatta evlilik statüsü içerisinde diğer eşin

İngiltere, İtalya, İspanya ve Kanada gibi ülkelerin uzmanlarıyla çeşitli zamanlarda toplantılar yapılmış, Almanya, Hollanda ve Avusturya gibi ülkelerin uzmanları ve uygulamacılarıyla bir araya gelinerek, mukayeseli hukuktaki gelişmeler izlenmiştir", 6325 sayılı Kanun Genel Gerçekçe.

rızasına bağlı bazı işlemler⁴³ sözkonusu olduğunda bu rızayı göstermeyi birbirlerine bu dönemde vaad edebilirler.

- Evlilik devam ederken ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar, nişanlılık dönemine göre çok daha fazla ve çeşitli olabilir. Eşlerden birisinin çalışması veya çalışmaması, ailenin ortak giderlerine katılma, edinilmiş veya kişisel malların kullanılması ve yönetimi gibi malî konular başta olmak üzere, eşler arasındaki kişisel veya cinsel sorunlar, aile içi şiddete kadar varabilen geçimsizlik hali, evlilik birliğinin temsilinde veya diğer eşin rızasına bağlı işlemlere gösterilecek rızada ortaya çıkan ihtilâflar, ortak çocuklara konulacak isimden çocukların bakım ve eğitim meselelerini kapsayan çocuk odaklı sorunlara kadar uzanan geniş bir yelpaze içindeki uyuşmazlıklar, evli çiftler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklardan başlıcalarıdır.

- En ciddî aile hukuku uyuşmazlıklarının ise evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde, gerek boşanma aşamasında gerek bundan sonrasını kapsayan dönemde ortaya çıkacağı şüphesizdir. Zira boşanma, başlı başına bir uyuşmazlık halini ifade eder. Buna göre, mal paylaşımı, nafaka ve tazminat gibi malî konular ile ortak çocukların velâyeti ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair meseleler, tipik aile hukuku meseleleridir. Boşanma sonrasında ise, özellikle çocuğun velâyeti ve velâyet kendisinde olmayan tarafın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı hususunda uyuşmazlıkların devam etmesi mümkündür.

2. Aile Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamına Dâhil Edilebilirliği

Yukarıda kısaca somutlaştırılmaya çalışılan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünün Türk hukuk sistemi bakımından mümkün olup olamayacağı meselesi, 6325 sayılı Kanun'un "Amaç ve kapsam" başlığını taşıyan birinci maddesinin ikinci fıkrası hükmü dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Buna göre *"Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir"* (HUAK. m. 1/II). O halde aile hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa konu olabilmesi, tıpkı diğer hukuk uyuşmazlıklarında olduğu gibi, her şeyden önce, uyuşmazlık konusu-

⁴³ Türk hukukunda diğer eşin rızasına bağlı olan işlemlerin en önemlileri; 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'a göre, aile konutu üzerindeki belli işlemler (TMK. m. 194), hâkim kararı ile diğer eşin rızasına bağlanmış bulunan belli malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruflar (TMK. m. 199), edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin paylı mülkiyetine tâbi olan şeyler üzerindeki paylarının devri ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na göre kefalet sözleşmesidir (m. 584).

nun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlere ilişkin olmasını gerektirmektedir⁴⁴. Ayrıca kanunkoyucu, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların çözümünü arabuluculuğa elverişli görmemektedir.

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemler, irade özerkliğinin hâkim olduğu iş veya işlemleri ifade eder⁴⁵. İrade özerkliği (muhtariyeti), “kişilerin kendilerini ilgilendiren bazı özel hukuk ilişkilerinde serbestçe hareket edebilme yetkileri”⁴⁶ olup; aile hukuku sahası, irade muhtariyetinin, başka bir deyişle tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri işlerin en sınırlı olduğu özel hukuk sahasıdır. Bu noktada, aile hukuku sahasında ortaya çıkan iradeyi sınırlayıcı düzenlemelerin “neler” ve “neden” olduğu, başka bir deyişle bu sahada sıklıkla karşılaştığımız devlet müdahalesinin bunların altında yatan sebeplerle birlikte açıklanması; böylece Türk aile hukukunun kendine has özelliklerinin ortaya konulması gerekmektedir⁴⁷.

a. Türk Aile Hukukunun Özellikleri ve Aile Hukuku Uyuşmazlıklarının Serbestçe Tasarruf Edilebilirlik Yönünden Değerlendirilmesi

Türk hukuk doktrininde aile hukukunun “süreklilik ve birlik”, “eşler arasında eşitlik”, “zayıfların korunması”, “düzenleme serbestliğinin bulunmaması”, “emredicilik”, “sınırlı sayıda olma”, “devletin müdahalesi”, “hâkimin takdir yetkisi”, “şekle bağlılık” gibi, bazıları birbirinden bağımsız, bazıları birbiriyle ilişkili, hatta aynı içeriğe sahip olarak birbirinin yerine ifade edilebilecek birçok özelliğinden bahsedilmektedir⁴⁸.

⁴⁴ Kanun'un (tasarının) uygulama kapsamına girecek uyuşmazlıkları sınırlı bir sayma yöntemi ile belirlemek yerine “serbestçe tasarruf edilebilirlik özelliğini dikkate alarak” belirlenmesinin isabetli bir tutum olduğu yönünde bkz. **TANRIVER**, İnan'a armağan, s. 186.

⁴⁵ HUAK. m. 1/II'nin gerekçesine göre, serbestçe tasarruf edilebilirlik, “sulh olmak suretiyle sona erdirilebilecek hukuk uyuşmazlıkları”nı ifade etmekte; kamu düzenine ilişkin olmaları sebebiyle tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacakları hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklar ise arabuluculuk uygulamasının dışında tutulmaktadır.

⁴⁶ Eren irade özerkliğini “bireylerin özel hukuk ilişkilerini kendi özgür iradelerine göre bizzat düzenleme yetkileri” olarak tanımlamaktadır, bkz. **EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, 18. Bası, s. 297. Benzer bir tanım için bkz. **BAŞPINAR Veysel**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 16.

⁴⁷ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunun sunduğu 07. 05. 2012 tarih ve 1/486 (Esas) 11 (Karar) nolu rapora göre de, “... Tasarıda arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar belirlenirken tek kistas, ‘tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları’ olarak belirlenmiştir. Ancak bu kistas yeterince açık değildir. İş hukukundan ve aile hukukundan kaynaklanan bazı konular arabuluculuk müessesesinin yapısıyla bağdaşmamasına rağmen, bu kapsamda değerlendirilebilecek ve ilgilinin aleyhine sonuçların doğmasına neden olunabilmektedir. Bu nedenle hangi konuların arabuluculuğa elverişli olduğu, sayma yoluyla tüketilmelidir”.

⁴⁸ Bkz. **ÖZTAN Bilge**, Aile Hukuku, Ankara 2004, 5. Bası, s. 5, s. 17; **DURAL Mustafa / ÖĞÜZ**

Aile hukukuna ilişkin belirtilen bu özelliklerden birçoğu, esasen, 1982 Anayasasının 41. maddesinde ifade olunan “ailenin Türk toplumunun temeli olması” fikrine dayanmaktadır⁴⁹. Zira, bu hüküm ile ailenin ve bilhassa ana ve çocukların korunması, devlete bir yükümlülük olarak yüklenmekte ve devlet bu yükümlülüğünün bir ifası olarak, aile hukuku ilişkilerine diğer özel hukuk ilişkilerinde görülenden daha fazla müdahale etmektedir. Ailenin Türk toplumunun temelini oluşturduğu fikri, aile hukuku ilişkilerinin çoğu zaman kamu düzeninden kabul edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Bu sonuç aile hukuku sahasında yine devlet müdahalesine meşruiyet kazandıran bir zemin yaratmaktadır.

Aile hukuku sahasında devlet müdahalesi, bazen doğrudan doğruya gerçekleşir. Devletin doğrudan müdahalesi, aile hukukunun temel müessesesi olan evliliğin henüz kurulmasından başlayarak sona ermesi, hatta zaman zaman devamı aşamalarında hep esaslı bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletin resmî memuru önünde gerçekleştirilmeyen evliliklerin “yok” hükmünde kabul edilerek⁵⁰ salt şekil eksikliğinin ötesinde bir müeyyideye tâbi kılınması; evliliğin -ölüm ve cinsiyet değiştirme halleri hariç- sona ermesinin ancak inşaî nitelikte bir mahkeme hükmü ile gerçekleşmesi⁵¹, boşanmanın yanı sıra evliliğin batıl olduğu hallerde dahi yine inşaî bir karara (butlan hükmüne) ihtiyaç duyulması⁵², istisnaî bir durum olarak gaiplik halinde evliliğin ancak mahkemece feshedilebilmesi⁵³ devletin aile hukuku ilişkilerine yaptığı doğrudan müdahalenin en önemli örnekleridir. Boşanma davasının yürütülüşünde, ikrarın bağlayıcı olmaması, delillerin serbestçe takdiri, vicdanî kanaat gibi hâkimi diğer özel hukuk davalarına nispetle daha yetkili kılan bazı usul hukuku prensiplerine yer verilmiş olması⁵⁴; aynı şekilde bazı aile hukuku hak ve

Tufan / GÜMÜŞ M. Alper, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2015, 10. Bası, s. 4 vd.; **AKINTÜRK Turgut / ATEŞ KARAMAN Derya**, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, İstanbul 2014, 16. Bası, s. 9 vd.; **HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona**, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 14 vd.; **YILDIRIM Abdülkerim**, Türk Aile Hukuku, Ankara 2014, 1. Bası, s. 9 -10.

⁴⁹ Anayasasının Türk Aile hukukuna yansıyan hükümleri hakkında bkz. **ÖZTAN**, s. 5 vd.

⁵⁰ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 76.

⁵¹ Bkz. **YILDIRIM**, s. 71 vd.

⁵² **ÖZTAN**, s. 325.

⁵³ **OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe**, Kişiler Hukuku, s. 35.

⁵⁴ Türk Medenî Kanunu m. 184'e göre, hâkim, “ ... boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamaz. ... bu olgular hakkında gerek re'sen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez. ... Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz. ... kanıtları serbestçe takdir eder. ... Boşanma veya ayrılığın fer'î sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz. ...”

yükümlülüklerinin içeriklerinin belirlenmesinde⁵⁵ hâkime tanınan geniş takdir yetkisi yine bu alanda devlet müdahalesinin varlığına delâlet etmektedir.

Aile hukukunda devletin doğrudan müdahalesinin en yoğun olduğu ilişkilerden birisi de ana-baba ve çocuk arasındaki velâyet ilişkisidir. Gerçi kanunkoyucu, evlilik içinde doğan çocukların velâyetini ana – babaya, başkaca bir işleme veya herhangi bir resmî ya da yargısal makamın kararına ihtiyaç bulunmaksızın doğrudan doğruya tanımakta ve velâyetin sözkonusu olduğu hallerde, vesayet hükümlerinin aksine, ana – baba üzerinde özel bir denetim öngörmemektedir. Kanunkoyucunun bu tutumunun pratik hayatın olağan akışına ve gereklerine uygun olduğu da her türlü şüpheden uzaktır. Bununla birlikte kanunun velâyetin kazanılmasına ilişkin sistemi bir bütün olarak değerlendirildiğinde “hayatın olağan akışından sapma arz eden” durumlarda velâyetin ancak yargı kararı ile kazanılmakta veya devam ettirilmekte olduğu görülmektedir. Örneğin, veli sıfatını taşıyan ana ve/veya babadan nez edilen velâyet, nez sebebinin ortadan kalkmasıyla otomatik olarak geri kazanılamamakta, ancak hâkim tarafından iade edilmektedir (TMK. m. 351); boşanma durumunda velâyet kendisine bırakılan ana veya babanın ölümü, ayırt etme gücünü kaybetmesi veya kısıtlanması halinde diğer ebeveynin velâyeti kazanması ancak bir yargı kararı ile gerçekleşmektedir⁵⁶; kısıtlanmış ergin çocuğun vesâyet altına alınmak yerine velâyet altında bırakılması⁵⁷ yargı kararını gerektirmektedir; evlilik dışı doğan çocukta baba ile soybağının kurulmuş olması babayı veli kılmamakta, ancak hal ve şartların bunu gerektirmesi halinde hâkim tarafından babaya velâyet hakkı tanınmaktadır. Tüm bu hallerde, devlet, çocuğun menfaatlerine en uygun olan durumu tesis edebilmek uğruna, özel hukukun en mahrem sahası olarak kabul edilebilecek ailevi ilişkiye doğrudan müdahale etmektedir.

Devlet müdahalesi bazen de hukuk düzeninin taraflara belli konularda düzenleme serbestisi tanımaması şeklinde *dolaylı olarak* gerçekleşir. Düzenleme serbestisi, irade muhtariyetinin ve bilhassa bunun en önemli görünümü olan sözleşme serbestisinin (TBK. m. 26) altında yer almakta⁵⁸ ve en geniş uygulamayı borçlar hukuku sahasında bulmaktadır. Buna karşılık, aile hukuku ilişkilerinin bir yandan sınırlı sayıda (kapalı adette) olması, diğer yandan ağırlıklı olarak emredici hükümlerle düzenlenmesi sebebiyle aile hukuku alanında bu serbesti önemli ölçüde daraltılmıştır. Buna göre:

⁵⁵ Bkz. **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 5.

⁵⁶ Aksi görüşte **AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN**, s. 408.

⁵⁷ **KESKİN Dilşad**, “Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velâyet Hakkı (Uzatılmış Velâyet)”, EÜHFD. Aralık 2014, C. IX, S. 2, s. 27 vd.

⁵⁸ **BAŞPINAR**, s. 16.

- Kişilerin tarafı olabilecekleri aile hukuku ilişkileri, sınırlı sayıda olup; bu saha içinde “kanunla kurulmamış ya da düzenlenmemiş olan bir ilişkiyi veya kurumu eşlerin kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile kurmalarına ya da düzenlemelerine imkân yoktur”⁵⁹. Özellikle evlilik hukukunda kişilerin serbestisi, yalnızca evlenip evlenmemeye karar vermek yönünde olabilir; ancak tercihini evlilik yönünde kullanan kişi, kanunun evli kişiler için tanıdığı hak ve yükümlülükleri içeren belli bir statüye dâhil olur. Bu statü içerisinde evli kişiler, örneğin mal rejmi sözleşmesi yapmak gibi belli bazı işlemleri iradeleriyle gerçekleştirmekte serbesttirler; ancak bu noktada dahi eşlerin kendi ihtiyaçlarına göre yepyeni bir mal rejimi yaratma imkânı bulunmayıp, bu serbestinin, kanunun eşlere sunduğu sınırlı seçeneklerden birisini tercih yönünde kullanılması zorunludur. Aynı şekilde, boşanma sebeplerinin Kanunda sınırlı sayıda belirtilmiş olması, boşanmak isteyen eşlerin bu sebeplerden birisine dayanmalarını zarurî kılar⁶⁰. Eşlerin gerek evlenmeden önce gerek evlendikten sonra kendi isteklerine göre yeni boşanma sebepleri yaratmaları veya bazı sebepleri kendileri için boşanma sebebi olmaktan çıkartmaları ise mümkün değildir. Evliliğin mutlaka farklı cinsten kişiler arasında kurulması esası da, kanaatimizce, evliliğin “kadın eş” ve “koca” dikkate alınarak oluşturulmuş bir statü hukuku olmasının ve aile hukuku ilişkilerininin kapalı adette vaaz edilmesinin sonucudur⁶¹. Zira kanunkoyucu, aynı cinsten kişilerin fiilî beraberliklerine hukukî bir statü tanımamış, başka bir deyişle, aynı cinsten kişilerin kurdukları hayat ortaklıklarını, bir aile hukuku ilişkisi olarak tanımlamamıştır⁶². Türk ve mevcut İsviçre hukukunda aynı cinsten kişilerin evlilikleri yok hükmünde olup⁶³; Türk hukukunda evliliğin mutlaka farklı cinsten kişiler arasında kurulabileceği kuralı, aynı zamanda kamu düzeninden kabul edilmektedir⁶⁴.

⁵⁹ AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 11.

⁶⁰ Ancak anlaşmalı boşanmanın kabul edilmesinin, boşanmada sınırlı sayı prensibini şeklen olmasa da içerik itibarıyla sarsmakta olduğunu kabul etmek yanlış olmaz.

⁶¹ Evlenmenin mutlaka iki farklı cins arasında gerçekleştirileceği hususu Medenî Kanun’da ayrı bir madde ile açıkça hüküm altına alınmamış olsa da, m. 124, m. 134, m. 136 gibi hükümlerde yer alan “kadın ve erkek” ifadeleri, bu hususa işaret etmektedir. Ayrıca Evlendirme Yönetmeliği m. 2/ b. f’de evlenme “bir kadın ve bir erkeğin usulüne göre yetki verilmiş bir memur önünde bir aile kurmak amacı ile yapmış oldukları resmî akit olarak tanımlanmaktadır.

⁶² Almanya gibi eşcinsel beraberlikleri yasal bir zeminde düzenleyen bazı ülkelerde de aslında, eşcinsellerin beraberlikleri “evlilik” olarak tanımlanmamakta, “hayat ortaklığı (Lebenspartnerschaft)” denilen ayrı bir statüye tâbi kılınmaktadır, bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 71. Benzer yönde, bkz. AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 205 dph. 8.

⁶³ HAUSHEER Heinz / GEISER Thomas / AEBI-MÜLLER Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2007, s. 44; ÖZTAN, s. 321.

⁶⁴ DURAL / ÖĞÜZ, s. 75; ÖZTAN, s. 95.

- Türk aile hukuku büyük oranda emredici hükümlerle düzenlenmiştir. En sade tanımıyla emredici hüküm “tarafaların serbest iradeleriyle aksini kararlaştırmalarının mümkün olmadığı hükümlerdir”⁶⁵. Kanunkoyucuyu belli bir konuda emredici hükümler vaaz etmeye sevk eden birbirinden farklı mülâhazalar mevcuttur. İşlemi yapan kişiyi daha iyi düşünmeye sevk etmek, zayıfları korumak, hatta bazen işlemi yapan kişinin kişiliğini kendi işlemine karşı korumak, kamu düzeni ve genel ahlâkın bozulmasını önlemek, bu mülâhazalardan başlıcalarıdır⁶⁶.

İşlemi yapan kişiyi daha iyi düşünmeye sevk etme fikri, örneğin taşınmaz satışı (TBK. m. 237, TMK. m. 706) veya ölüme bağlı tasarruf (TMK. m. 531 vd.) gibi çok önemli kabul edilen ya da kefil olma (TBK. m. 583), bağışlama taahhüdünde bulunma (TBK. m. 288) gibi tek tarafa borç yükleyen işlemleri belli bir geçerlilik şekline tâbi kılan kurallarda karşımıza çıkmaktadır.

Zayıfları koruma düşüncesiyle vaaz edilmiş emredici kurallara da, özel hukukta sıklıkla rastlanmaktadır. Gerçi özel hukuk, eşit kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir; bununla birlikte sözkonusu eşitlik, “hukuk nazarında varlığı kabul edilen soyut bir eşitliği” ifade etmekte olup, sosyal ve ekonomik hayattaki somut gerçeklik, böyle bir eşitliğin ne pahasına olursa olsun kabulüne engeldir. Bu sebeple akdî ilişkilerde örneğin, hizmet veya kira sözleşmelerinin zayıf tarafı olarak kabul edilen işçi veya kiracı lehine olacak şekilde⁶⁷ emredici hükümlere rastlanmaktadır. Bunun dışında tüketici hukuku, doğuş felsefesi itibarıyla dahi zayıfların devlet eliyle korunması amacına hizmet eden bir saha olup, tüketici dediğimiz kişiler lehine vaaz edilmiş emredici kurallardan oluşmaktadır. 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlemesini bulan genel işlem şartlarının denetimine ilişkin emredici hükümler de zayıfları koruma mülâhazasıyla vaaz edilmiştir⁶⁸.

⁶⁵ “Emredici hukuk kuralları, kanunda yazılı ve uygulanmaları zorunlu olan; bir başka deyişle ilgililerin kendi iradeleriyle uygulanmaları bertaraf edilmeyen kurallardır”, **EDİS Seyfullah**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, 6. Bası, s. 155.

⁶⁶ Edis, emredici kuralların öngörülmesini “kamu düzeni”, “genel ahlak ve adap” ve “zayıfların korunması” şeklinde üç sebep ile ilişkilendirmektedir, bkz. **EDİS**, s. 157 vd. Özel hukukta emredici hukuk kurallarının vaaz edilmiş saikleri hakkında ayrıca bkz. **ATAKAN Arda**, “Kamu Düzeni Kavramı”, MÜHFHAD, 2007, C. 13, S. 1-2, s. 91 vd.

⁶⁷ Bu şekilde, özellikle taraflardan birisini korumak amacıyla vaaz edildiği için korunmak istenen taraf aleyhine değiştirilmesi mümkün olmayan; buna karşılık korunmak istenen tarafın lehine olacak şekilde aksine düzenleme yapılabilen hükümler, doktrinde “nisbi emredici hüküm” olarak adlandırılmaktadır, **ÇELİK Nuri**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, 26. Bası, s. 20.

⁶⁸ **YELMEN Adem**, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014, s. 41.

İşlem yapan kişiyi kendi işlemine karşı koruma fikri ile vaaz edilen temel emredici norm ise Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesidir. Söz konusu hüküm ile kişilik hakları “vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı” korunmakta; daha açık bir ifadeyle, kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçme veya temel özgürlüklerini hukuka ya da ahlaka aykırı bir biçimde sınırlandırmaları anlamına gelebilecek içerikte sözleşme yapmaları engellenmektedir. Söz konusu sınırlamaya aykırılığın yaptırımı, TBK. m. 27/1' de ifade olduğu üzere, kesin hükümsüzlüktür.

Kamu düzenini koruma amacıyla vaaz edilen emredici hükümlerin sayısı ise özel hukukta fazla değildir⁶⁹. Bunun sebebi, özel hukukun “özel” -ve hukuk nazarında eşit kabul edilen- kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemesi, kamu düzeni kavramının ise bir şekilde “toplum ile ilişkili” bulunmasıdır. Gerçekten, kamu düzeni kavramının tam olarak neyi ifade ettiği hususu hukuk doktrin ve uygulamasında kesin bir biçimde ortaya konulmasa da⁷⁰, bu konuda kesin olarak söylenebilecek husus, “kamu düzeninden kabul edilen kuralların işlemin taraflarını ilgilendirdiği kadar, toplumu da ilgilendiren kurallar” olduğudur. Ancak hangi kuralların böyle bir niteliğe sahip olduğu kesin ve sınırlı bir biçimde ortaya konulamaz; zira belli bir hususun “toplum ile de ilişkili olması” veya “toplumu da ilgilendirmesi”, her şeyden önce, toplumdan topluma, hatta aynı toplum içerisinde kesimden kesime ve zamandan zamana değişebilecek bir değer yargısına dayanmaktadır⁷¹. Aslında kamu düzeni kavramının belirsizliği de, bu kavramın soyut olarak tanımlanmasından ziyade, bu tanımın içinin doldurulması bakımındandır. Buna göre, örneğin, borçlar hukuku sahasında bazı yazarlar kamu düzeniyle ilgili hükümlerin bulunmadığını genel olarak kabul ederken⁷², bazı yazarlar “sözleşme özgürlüğü, ahde vefa, güven ilkesi gibi

⁶⁹ Bununla birlikte Yargıtay, “üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyecek iş veya işlemler” ile “kamu düzeninden sayılma” kavramlarını aynı anlamda kullanmakta; bundan dolayı arabuluculuğun uygulama alanının belirlenmesinde özellikle uygulamacıların yaklaşımları, Yargıtay'ın bu yöndeki yaklaşımına paralel olmaktadır, bkz. **BİLGE Turgay M.**, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul 2014, s. 93 vd.; **KAPLAN GÜLER Beyhan**, Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, İstanbul 2014, s. 77.

⁷⁰ Kamu düzeni kavramının, neredeyse bu kavrama işaret eden yazar sayısı kadar çok sayıda tanımlanmış bulunduğunu söylemek yanlış olmaz. Kamu düzeni kavramının birbirine benzer ve farklı tanımları için bkz. **BİLGE**, s. 95 vd.; **ATAKAN**, s. 60 vd.

⁷¹ Kamu düzeni kavramının özellikleri hakkında bkz. **ATAKAN**, s. 80 vd.

⁷² “... (amme intizamı) tabirinden, muhafaza ve riayetinde topluluğun (devlet ve cemiyet) büyük bir menfaate malik olduğu hususi hukuk kaideleri anlaşılacak lâzım gelir. Bu kaidelerin ekserisi aile hukukunda ve aynı haklarda ve bir kısmı da miras hukukunda bulunur; buna mukabil, borçlar hukuku, prensip itibarıyla, ancak tarafların menfaatlerine taalluk edip, amme intizamına dâhil değildir. ...”, **VON TUHR Andreas**, Borçlar Hukuku 1 – 2 (çev. Cevat

kurallar toplum menfaati yönünden büyük önem taşıdığından” bunların kamu düzeninden sayılmak gerektiğini vurgulamaktadır⁷³. Yargıtay ise bir kararında, genel işlem şartlarının denetimine ilişkin 6098 sayılı Kanun ile getirilen -ve bizim zayıfların korunması düşüncesiyle vaaz edildiği kanaatinde olduğumuz- düzenlemeyi kamu düzeninden kabul etmiştir⁷⁴.

Aile hukuku sahasında karşımıza çıkan emredici hükümlerin ise, ailenin toplumun temelini oluşturduğu yönündeki anayasal ilkeye de paralel olarak, kamu düzenini koruma düşüncesine dayandığını söylemek bir çok durumda isabetlidir. Bu noktada toplumun geneli tarafından benimsenen, dolayısıyla ihlâlî halinde toplumda genel ve bir ciddî rahatsızlığa yol açan ahlâk anlayışını yani “genel ahlâkı” da, aile hukuku sahasıyla sınırlı kalmak üzere, kamu düzeninin bir parçası olarak kabul etmekteyiz⁷⁵. Buna göre, devletin aile hukukuna doğrudan müdahalesine de örnek gösterdiğimiz resmî evlilik (medenî nikah) prensibi başta olmak üzere, tek eşlilik, yakın hısımlık ilişkisi içinde olan kişiler arasındaki evlenme yasağı⁷⁶, evliliğin mutlaka farklı cinsten kişiler arasında gerçekleşeceği kuralı⁷⁷ ve soybağı ve hısımlığa dair hükümlerin⁷⁸ kamu düzenini ve genel ahlâkı koruma saikiyle vaaz edilen başlıca emredici hükümler olduğu kabul edilebilir. Bunlardan resmî evlilik ile tek eşlilik prensiplerinin, Cumhuriyet tarihimizin ilk Medenî Kanunu olan ve devrimci bir saikle kabul edilen 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi ile benimsenmiş oldukları da göz önünde

EDEGE), Ankara 1983, s. 244.

⁷³ Bkz. **EREN**, s. 320. Edis'e göre ise TMK. m. 2/I'de ifadesini bulan güven esası, eBK. m. 19 ve 20 ile TMK. m. 23 vd. daki maddelerde öngörülen kurallar gibi kamu düzenine ilişkin değildir, bkz. **EDİS**, s. 299.

⁷⁴ Bkz. Yargıtay 13. HD'nin 05.02.2013 tarih ve E. 2013/3676, K. 2013/5247 nolu kararı, bkz. <http://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=14483> (03. 06. 2015). Kararda “6098 sayılı BK'nun 25. maddesi gereğince genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafın aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı- nin düzenlendiği, bu maddenin normunun kamu düzeninden oluşu nedeni ile 6101 Sayılı Kanunun 7. maddesi gereğince derhal uygulanacağı...” şeklinde bir değerlendirme yapan Yargıtay, kanaatimizce emredicilik ve kamu düzeninden olma kavramlarını birbirine karıştırmıştır. Aynı yönde bkz. **YELMEN**, s. 77. Ancak Yüksek Mahkeme'nin aksi yönde kararları da mevcuttur. Konuya ilişkin farklı yargı kararları hakkında bkz., **YELMEN**, s. 74 vd.

⁷⁵ Esasen kamu düzeni ve genel ahlâk, birbirinden farklı içeriğe sahip iki ayrı kavramdır. Ancak biz, aile hukuku sahası bakımından kanunkoyucuyu emredici hüküm vaaz etmeye sevk eden mülâhazalardan olmak üzere sözkonusu iki kavramın birlikte değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

⁷⁶ **HATEMİ / SEROZAN**, s. 114.

⁷⁷ **DURAL / ÖĞÜZ**, s. 75; **ÖZTAN**, s. 95.

⁷⁸ **ÖZTAN**, s. 513.

tutulurak⁷⁹, kamu düzeniyle yakın ilişkili buldukları özellikle belirtilmelidir⁸⁰. Nitekim, Türk hukukunda tek eşlilik prensibinin, doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından açılabilen mutlak butlan davası ile korunması, gerek bu prensibin; gerek ihlali yine evliliğin mutlak butlanına yol açan yakın hısımlar arası evliliği, ayırt etme gücünden daimi yoksun kişiler ile akıl hastalarının evliliğini yasaklayan hükümlerin kamu düzeninden kabul edildiklerinin en belirgin emâresidir. Aynı şekilde, Kanun'un soybağına ilişkin bazı ihtilâflar bakımından Cumhuriyet savcısına doğrudan itirazda bulunma (m. 294/I) veya dava açma hakkı tanıdığı haller (m. 298/I, m. 318/I) veya açılan davanın Cumhuriyet savcılığına bildirilmesini öngördüğü düzenlemeler (m. 301/III) dikkate alınarak, Türk hukukunda soybağının da kamu düzeninden kabul edildiği tespiti yapılabilir. Medenî Kanun'un evlilik yaşını kesin ve objektif bir biçimde belirleyen m. 124 hükmünün de kamu düzeninden olduğu, bu hükme aykırı bir şekilde her nasılsa gerçekleşmiş bulunan resmî evliliklere doktrinin tanıdığı mutlak butlan hükmünün bir neticesi olarak kabul edilebilir^{81 82}.

b. Aile Hukukunda Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edilebilen Hususlar Bakımından Arabuluculuk Uygulaması

Yukarıda yaptığımız üzere, Türk aile hukukuna hâkim olan esaslar ve bu

⁷⁹ Nitekim, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 174/b. 4'e göre, evlenmenin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair prensip ile TMK. m. 143 hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilemez. "Anayasa'nın 174'üncü maddesinin 4'üncü bendi, bir inkılâp hükmüdür" **ÖZTAN**, s. 10.

⁸⁰ 743 sayılı Türk Kanunu Medenî'sinin kabulü ve bunun toplumsal hayatı yönlendirici etkisi hakkında bkz. **DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan**, "Medenî Kanunların Toplumsal Hayatı Belirleyici Rolü ve Bunun Türk Aile Hukuku Özelinde Değerlendirilmesi", *KÖK Araştırmalar Dergisi*, C. XI, S. 2 (Güz 2009), s. 33 – 58.

⁸¹ TMK. m. 124 hükmüne aykırı şekilde her nasılsa gerçekleşmiş olan evliliklerin hukukî akıbeti kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde hâkim görüş, kanundaki evlilik yaşını ayırt etme gücü ile ilişkilendirerek, evlilik yaşını doldurmamış kişilerin evliliğe ilişkin ayırt etme gücünden yoksun oldukları hususunda kanuni bir faraziyenin mevcudiyetini kabul etmekte; böylece küçük yaşta olmasına rağmen her nasılsa medenî nikah ile evlenmiş olan kişilerin evliliklerini de m. 145/b. 2 uyarınca mutlak butlan yaptırımına tâbi tutmaktadır, bkz. **KESKİN Dilşad**, "Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi", *GÜHFD*. Ekim 2011, C. XV, S. 4, s. 65 vd. Buna karşılık küçük yaştaki "evliliğin (!)" hukuken mevcut olmadığı, başka bir deyişle "medenî nikah" yapılmaksızın fiilî bir beraberliğin gerçekleştirildiği hallerde meselenin küçük yaştaki evlilik değil, esasen resmî evliliğin "yokluğu" meselesi olduğu açıktır.

⁸² Aile konutu üzerindeki bazı tasarruf işlemlerini veya evli kişilerin kefalet ehliyetlerini sınırlayan TMK. m. 194, TBK. m. 584 hükümleri gibi "sırf aileyi veya ailenin ekonomik geleceğini korumaya yönelik" emredici hükümler ise, kanaatimizce kamu düzeninden kabul edilmemelidir. Söz konusu hükümlerin emredicilik vasıflarını, kamu düzeninden soyut olarak "sırf ailenin korunması" düşüncesine dayandırmanın, kanunkoyucunun amacına daha uygun düştüğü kanaatindeyiz.

esasların bilhassa somut hükümlerle ortaya konulması, göstermektedir ki, bu sahada tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlar son derece azdır.

- Henüz evlilik kurulmadan önce, “evliliğin vaad edilmiş olduğu” safhada nişanlılar mal rejimi sözleşmesi yapıp yapmama hususunda irade serbestisine sahiptirler. Ancak bu serbestinin mutlaka kanunda öngörülen mal rejimlerinden birisini seçmekle sınırlı olup, tarafların yepyeni bir rejimi kendilerinin yaratmalarının mümkün olmadığına daha önce değinilmişti⁸³. Bunun dışında, nişanın evlilikten başkaca bir sebeple sona ermesi üzerine hediyeilerin iadesi ile nişanın bozulması halinde tazminat meselelerinin, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri meseleler olduğu söylenebilir. Ancak nişanlıların –özel hayatları üzerindeki tercihleri saklı kalmak üzere- ileride tâbi olacakları evlilik statüsünü değiştirecek anlaşmalar yapamayacakları, daha doğru bir ifadeyle yapmış oldukları bu tip anlaşmaların hukuken bir anlam ifade etmeyeceği açıktır. Buna göre nişanlılar, ortak konutun seçimi, kadının soyadı⁸⁴, evlilik birliğinin temsili, eşlerin meslek seçimi ve hukukî işlemleri, aile konutu üzerindeki tasarruflar gibi, evliliğin genel hükümlerine ilişkin TMK. m. 185 – m. 201 arasında yer alan düzenlemelerin aksine bir anlaşma yapamazlar. Aynı şekilde, aile hukukuna hâkim olan sınırlı sayı prensibi gereğince kendileri için yeni boşanma sebepleri yaratamaz veya mevcut boşanma sebeplerini kendileri için boşanma sebebi olmaktan çıkaramazlar. Hatta malî bir konu olmakla birlikte, muhtemel bir boşanma halinde tazminat veya nafaka talep edilmeyeceği hususunda henüz nişanlılık döneminde yapılan anlaşmaların da hukuken geçerliliği yoktur. Zira bu tür anlaşmalar, doğmamış haktan önceden feragât etmek sayılacağından, kişiliğin aşırı sınırlandırılmasına karşı koruma

⁸³ Bkz. yukarıda, B, 2, a.

⁸⁴ TMK. m. 187'ye göre “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır”. Türk hukukunda emredici olarak kabul edilen bu hükmün Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan birkaç davayı Anayasa Mahkemesi önceleri reddetmiştir; sözkonusu davalar ve Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararları hakkında bkz. **MOROĞLU Nazan**, “Kadının Kimlik Sorunu, Kadının Soyadı”, TBBD, Mart – Nisan 2012, S. 99, s. 258 vd. Ancak bireysel başvuru yolunun açılmasından sonra ilk kez 19.12.2013 tarihli Sevim Akat Ekşi Kararı ile Yüksek Mahkeme, önceki içtihatlarından dönerek, evli kadının kocasının soyadını almak zorunda olmaksızın, sadece evlenmeden önceki soyadını kullanabileceğine hükmetmiştir, karar için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140107-8.pdf>. Böylece, “kadının soyadının medeni durumundan etkilenmezliği” kuralı, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) gibi taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin yanı sıra, yargı kararları eliyle de Türk hukukunda yerini almıştır. Ancak, halen yürürlükte olan TMK. m. 187 hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmedikçe veya yasama organı tarafından yargı kararlarıyla uyumlu olacak şekilde tekrar düzenlenmedikçe, kocasının soyadını almak istemeyen kadınların bu sonucu ancak dava yoluyla elde etmeleri mümkündür.

sağlayan TMK. m. 23 hükmüne aykırılık oluşturur. Aynı sebeple nişanlıların, diğer eşin rızasına bağlı bazı işlemler sözkonusu olduğunda bu rızayı göstermeyi birbirlerine bu dönemde vaad etmelerinin de hukuken bağlayıcılığı bulunmaz.

- Evlilik devam ederken ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından ise alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulması, esasen Türk Hukukuna yabancı bir husus değildir. Gerçekten evlilik birliğinin korunmasını ve hâkimin birliğe müdahalesini düzenleyen TMK. m. 195'e göre "(1) Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. (2) Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; **onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.** (3) Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır". Türk Medenî Kanunu'nun bu hükmü 09.01.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun (AMKDK.)⁸⁵ m. 6/1, b. a ve m. 7 ile tamamlanmaktadır⁸⁶. Bu hükümlere göre, aile mahkemesi "Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak gerektiğinde uzlaştırmaya" (m. 6/1, b. a) karar verebilir; "... önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek **bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder.** Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir" (m. 7). Aile mahkemelerinin bu işlev ve yükümlülüklerine paralel olarak "Her aile mahkemesine , ... mahkemece istenen konular hakkında **tarafklar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak** ve sonucu bildirmek ... üzere Adalet Bakanlığınca, tercihan; evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından birer psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı atanır" (AMKDK. m. 5/1).

Yukarıda görüldüğü gibi, gerek evlilik birliği devam ederken ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, gerek aşağıda ele alacağımız üzere -yine 4787 sayılı Kanun kapsamındaki uyuşmazlıklardan olmaları hasebiyle- evliliğin boşanma ile sona ermesi sözkonusu olduğunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulması, HUAK'dan önce de Türk hukukunda mevcut olan bir durumdur. Bu sebeple Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair

⁸⁵ RG. T. 18.01.2003, S. 24997.

⁸⁶ Türk hukukunda aile mahkemeleri ile ilgili olarak bkz. **TANRIVER Süha**, Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014.

Kanun'un ilgili hükümleri ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekmektedir.

Şayet eşler, mevcut bir evlilik birliği içinde ortaya çıkan uyuşmazlıklarının çözümü için TMK. m. 195'te öngörüldüğü gibi hâkim müdahalesini talep etmiş iseler, 6325 sayılı Kanun'daki anlamıyla bir arabuluculuğu tercih etmemişlerdir. Bu durumda uyuşmazlık, Türk Medenî Kanunu ve Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'da öngörüldüğü biçimde, "meselenin esasına girmeden önce bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzman kişilerin de yardımıyla teşvik ederek", bunun işlevsiz kaldığı halde ise yargı kararı ile çözümlenir⁸⁷. Bu kapsamda aile mahkemesi hâkiminin, kanundaki yetkisine dayanarak, fakat aşağıda tartışılacağı üzere aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklar hariç olmak üzere, tarafları bağımsız bir arabulucuya yönlendirmesi ve meselenin 6325 sayılı Kanunda düzenlenen arabuluculuk faaliyetiyle çözümlenmesini teşvik etmesi de ihtimal dâhilindedir⁸⁸. Nitekim 6325 sayılı Kanunda da arabuluculuğa davanın açılmasından önce veya davanın görülmesi sırasında başvurulabileceği; ayrıca mahkemenin de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp teşvik edebileceği açıkça öngörülmüştür (HUAK. m. 13/1).

Evlilik içindeki uyuşmazlıkların çözümü için hâkim müdahalesi talep edildiğinde bizzat kanunkoyucunun alternatif uyuşmazlık çözümünü öngörmesi, bu tür uyuşmazlıkların arabuluculuk uygulamasına elverişliliğinin kabulünü de prensipte haklı kılar. Dolayısıyla eşlerin evlilik içindeki bir uyuşmazlıkta hâkim müdahalesine başvurmaksızın, doğrudan bağımsız bir arabulucuya gidebileceklerinin kabulü de hiç tartışmasız mümkündür. Bu noktada, taraflar arabulucuya ister doğrudan ister mahkemenin teşviki ile gitmiş olsunlar, hukuk tekniği bakımından tartışılması gereken husus, arabuluculuk sürecinin sonunda varılan anlaşmanın bağlayıcılığı ve bilhassa icraî kabiliyetidir. Buna göre, uyuşmazlığın icra edilebilir bir hususa ilişkin olması durumunda arabuluculuk süreci sonunda elde edilen anlaşmanın da icraî niteliğinin bulunduğu kabul edilmelidir. Örneğin, eşlerden birisinin evlilik birliğinin giderlerine katılması hususunu ve bunun meblağını belirleyen bir anlaşma icra edilebilir niteliktedir; dolay-

⁸⁷ Türk hukukunda Aile mahkemelerinin işlevselliği ve konuya ilişkin uygulamada karşılaşılan sorunlar hakkında bkz. **ÇİFTÇİ Baran**, "Aile Mahkemeleri Uzmanlarının Hukuki Niteliği ve Mesleki Uygulama Sorunları", ABD, 2007, Y. 65, S. 3., s. 173 vd.

⁸⁸ "... aile mahkemesi hâkimine, taraflar arasında bir anlaşmanın sağlanabilmesi için 'aile arabulucusu' gibi hareket etme, hatta mahkemesi nezdinde görev yapan uzmanları bu bağlamda arabulucu sıfatıyla yetkilendirebilme olanağı yaratılmıştır", **TANRIVER**, TBBD, Makalelerim II içinde, s. 26.

sıyla böyle bir anlaşmaya 6325 sayılı Kanun m. 18/II uyarınca davayı gören veya asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden icra edilebilirlik şerhi verilmesi istenebilir. Buna karşılık, anlaşmanın konusu, eşin alkol almaması, sadakat yükümlülüğüne uyması gibi icrası mümkün olmayan bir husus ise, teknik anlamdaki arabuluculuk faaliyetiyle elde edilmiş bir anlaşmadan kanaatimizce bahsedilemez. Bu gibi hallerde uyuşmazlığın çözümü için belli bir faaliyet yürütülmüş olsa dahi, sözkonusu faaliyet, evlilik danışma merkezlerinin yürüttüğüne benzer bir faaliyet olarak görülmelidir. Bu sebeple evliliğin genel hükümleri kapsamında olup icraî niteliği bulunmayan ve bir mahkeme kararına da konu olamayacak meseleler, 6325 sayılı Kanun'dan ziyade, aile hukuku mevzuatının konusunu oluşturur ve kanaatimizce aile hukuku özelinde ele alınmalıdır.

Evliliğin devamı sırasında “aile içi şiddet” iddiasını içeren uyuşmazlıklar ise, ayrıca üzerinde durulması gereken bir konudur. Aslında bu tür uyuşmazlıklar, salt hukuk uyuşmazlığı olmayıp, ceza hukuku kapsamında da değerlendirilmesi gereken uyuşmazlıklardır⁸⁹ ve bu yönü itibarıyla tipik aile hukuku meselesi olarak kabul edilmeleri mümkün değildir. Nitekim kanunkoyucunun bu tip uyuşmazlıkları “hukuk uyuşmazlıklarında” arabuluculuğu düzenlediği 6325 sayılı Kanun'un kapsamından çıkartmış olması; daha açık bir ifadeyle, aile içi şiddetin arabuluculuk faaliyetine konu olabilecek uyuşmazlıklardan kabul edilmemesi, bu kanaatimizi desteklemektedir. Gerçi sözkonusu hususun düzenlendiği HUAK. m. 1/II, c. 2 yanlış anlaşılmaya son derece müsait bir şekilde kaleme alınmış bulunmaktadır. Nitekim Kanun'un yürürlüğe girmesini takiben konuya ilişkin olarak doktrinde yapılan değerlendirmeler, hükmün kanaatimizce yanlış anlaşılmış olması halinde ortaya çıkabilecek sakıncaları gözler önüne seren eleştiriler içermektedir⁹⁰. Buna göre sözkonusu hükmün, örneğin, aile içi fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet iddialarını da içerecek şekilde açılmış bir boşanma davasının fer'isi niteliği taşıyan sonuçları bakımından dahi arabuluculuğun önünü kapattığı yönünde değerlendirildiği görülmektedir⁹¹.

⁸⁹ bkz. **DEMİR Şamil**, “Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tâbi Suçların İlişkisi”, ABD, 2014, S. 2, s. 211 vd.; **ÖZBEK**, AUÇ, s. 1025.

⁹⁰ Bkz. **DEMİR**, aile içi şiddet, s. 222.

⁹¹ “Dava sebebini oluşturan maddi vakialardan biri ya da bir kaç aile içi şiddetin kapsamına giren eylemlerden oluşuyorsa artık bu dava sonunda verilen kararın kesinleşmesinden sonra ortaya çıkacak fer'i nitelikteki uyuşmazlıkların çözümü için arabulucuya başvurulması mümkün görünmemektedir. Zira fer'i uyuşmazlıklar da esasında boşanma davasında ileri sürülen maddi vakalar ve bunlar nedeniyle çıkmış esas uyuşmazlığa dayanmaktadır. Diğer bir ifadeyle boşanma davası eşlerin birbirlerine uyguladıkları fiziksel, cinsel, ekonomik ve özellikle psikolojik şiddette dayanıyorsa, boşanma kararı kesinleştikten sonra boşanmanın fer'i neticeleri bakımından halli gereken uyuşmazlıklar arabuluculuk yoluyla çözüme kavuş-

Hâlbuki, kanaatimizce, HUAK. m. 1/II, c. 2 hükmü, bir şekilde aile içi şiddet iddiasını da barındıran her türlü özel hukuk uyuşmazlığının arabuluculuk kapsamından çıkartılması sonucunu doğuracak şekilde anlaşılmalıdır⁹². Bu noktada hüküm, TMK. m. 1 uyarınca Kanun'un özüne uygun bir biçimde daraltılarak yorumlanmalı ve sadece "konusu bizzat aile içi şiddet olan uyuşmazlıklar" ile sınırlı tutulmalı; aile içinde şiddet iddiasını da içeren hukuk uyuşmazlıkları bakımından ise "halihazırda şiddet tehlikesinin mevcut olup olmadığı" ayrıca değerlendirilmelidir⁹³. Kanaatimizce HUAK. m. 1/II, c. 2 ile kanunkoyucu, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da⁹⁴ öngörülen tedbirlerin uygulanmasına ilişkin, "... Koruyucu veya önleyici tedbir kararlarının alınması ve yerine getirilmesi aşamasında şiddet mağduru ile şiddet uygulayan arasında uzlaşma ya da arabuluculuk önerilemez" şeklindeki Yönetmelik hükmüne (6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği⁹⁵ m. 35 / III, c. 2) benzer bir düzenleme⁹⁶ yapmayı amaçlamış; ancak Uygulama Yönetmeliğine göre tarih itibarıyla önceden yapılmış olan bu düzenlemenin hukuk uyuşmazlıkları bakımından farklı neticeler doğurabileceğini öngörememiştir. Bu değerlendirme neticesinde, örneğin, aile içi şiddet gördüğü iddiasıyla adli veya idari makamlara başvuran kimse, gerek HUAK. m. 1/II, c. 2, gerek 6284 sayılı Kanun'a dair Yönetmelik m. 35/III, c. 2 uyarınca, arabuluculuğa yönlendirilemez⁹⁷;

turulamaz", **DEMİR**, aile içi şiddet, s. 222. Benzer yönde bkz. **BİLGE**, s. 105; **KAPLAN GÜLER**, s. 124, s. 129, s. 141.

⁹² Benzer yönde, "... aile içi şiddet iddiasını içeren her durumun aile arabuluculuğuna uygun olmadığı sonucuna da varılmamalıdır" **ÖZBEK**, AUÇ, s. 1023.

⁹³ Nitekim, sadece aile hukuku uyuşmazlıklarında değil, "diğer birçok uyuşmazlık taraflardan birinin diğeri üzerinde baskı kurması ve bunun sürecin eşit şartlar altında sürdürülmesine engel olması ihtimali bulunduğundan", arabulucuların böyle bir durum karşısında gerekli tedbirleri alma ve gerektiğinde arabuluculuk sürecini sonlandırma yükümlülükleri bulunmaktadır, **DEMİR**, aile içi şiddet, s. 219.

⁹⁴ 6284 sayılı ve 08. 03. 2012 kabul tarihli Kanun, bkz. 20. 03. 2012 tarih ve 28239 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁵ Bkz. 18. 01. 2013 tarih ve 28532 sayılı Resmî Gazete.

⁹⁶ Doktrinde Özbek de, HUAK. m. 1/II, c. 2 ile 6284 sayılı Kanun'a dair Yönetmelik m. 35/III'ün benzer düzenlemeler olduğunu kabul etmekle, kanaatimizce, meselenin aslında konusu doğrudan aile içi şiddet olan uyuşmazlıklara ilişkin olduğuna işaret etmiş olmaktadır, bkz. **ÖZBEK**, AUÇ, s. 1026.

⁹⁷ "... arabuluculuğa elverişlilikle ilgili olarak 6235 sayılı Kanun'da getirilmiş olan kayıtlama, aynen arabuluculukta olduğu gibi, aile mahkemesi hâkimlerinin, sulhe teşvik ödevlerini yerine getirmeleri evresinde de geçerlilik taşıyacaktır", **TANRIVER**, aile mahkemeleri, s. 86 – 87. Doktrinde, bu hususta dahi, Kanun'un isabetli bir düzenleme içermediği ileri sürülmüştür. Buna göre, doktrinde bazı yazarlar, aile içi şiddet içeren uyuşmazlıklarda ancak zorunlu arabuluculuğun önüne geçilmesinin gerektiğini; zira HUAK'taki düzenlemenin, esasen, ülkemizin tarafı olduğu 08.03.2012 yürürlük tarihli İstanbul Sözleşmesinin, aile içi

ancak şiddet gördüğü iddiası ile zaten boşanma davası açmış olan kimsenin boşanmanın malî sonuçlarına ilişkin talepleri, aşağıda ele alacağımız hususlar dâhilinde, prensip olarak arabuluculuğa elverişli kabul edilmelidir. Zira sözkonusu talepler, boşanma sebebi ne olursa olsun, bu sebepten bağımsız; fakat boşanmanın kendisine bağlı sonuçlar olarak ortaya çıkmaktadır. Aile içi şiddet kapsamına psikolojik şiddetin de dâhil edildiği günümüz literatürü dikkate alındığında⁹⁸, aksi bir değerlendirme, prensip olarak arabuluculuğa elverişli kabul edilebilecek bazı aile hukuku uyuşmazlıklarının dahi, arabuluculuk kapsamı dışında tutulması sonucunu doğurur ki, böyle bir sonucun kanunkoyucunun iradesine de uygun düşmediği kanaatindeyiz⁹⁹.

- Nihayet evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde, gerek boşanma aşamasında gerek bundan sonrasını kapsayan dönemde ortaya çıkan uyuşmazlıklar, aile hukuku sahasında arabuluculuğun özel olarak değerlendirilmesini gerektiren belki de en önemli uyuşmazlıklardır.

Boşanma, geçerli bir evliliğin kanunda gösterilen belli sebeplerden birisine dayanılarak hâkim hükmü ile ortadan kaldırılması olduğundan¹⁰⁰, yukarıda da etraflıca açıklandığı üzere, aile hukuku ilişkilerine devletin yaptığı doğrudan müdahalenin en tipik örneklerinden birisini oluşturur. Boşanmanın gerçekleşebilmesi için mutlaka “inşâî bir dava” olan boşanma davasının açılması ve bunun neticesinde “inşâî bir karar” niteliğindeki boşanma hükmünün elde edilmesi gerekir. Bu sebeple boşanma aşamasında arabuluculuk uygulaması,

şiddet hususunda zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini yasaklamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alma yönünde taraf ülkelere yüklediği yükümlülüğü karşılama amacı taşıdığını belirtmektedir, bkz. DEMİR, aile içi şiddet, s. 220. Doktrinde bazı yazarlar ise, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olup olmadığının, her somut olayın özelliğine tespit edilmesinin doğru olduğunu; örneğin tarafların talep ve ihtiyaçlarının, şiddetin türü ve derecesinin dikkate alınmasının gerektiğini ileri sürmektedir, bkz. ÖZBEK, AUÇ, s. 1024. Hatta yazara göre, “... Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuğun kendine has faydaları vardır”, ÖZBEK, AUÇ, s. 1025 vd.

⁹⁸ Bkz. DEMİR, s. 217 vd.

⁹⁹ Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunun sunduğu 07. 05. 2012 tarih ve 1/486 (Esas) 11 (Karar) nolu rapora göre “... aile içi şiddet olaylarının varlığı, taraflardan birinin diğerini tehdit etmesi veya benzeri nedenlerin varlığı halinde, tarafların kendilerini güvende hissedemeyeceklerini ve eşitlik prensibinin hayata geçemeyeceğini göstermektedir. Bu nedenle aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa uygun olmadığı sonucuna varılmıştır”. Biz bu gerekçenin, halihazırda mevcut şiddet veya şiddet tehdidinin bulunduğu hallere işaret etmekte olduğu; buna karşılık, dayandığı sebep şiddet dahi olsa, uyuşmazlığın yargıya intikal ettirilerek neticelendirildiği ve nihayetinde tazminat, nafaka gibi prensipte arabuluculuğa elverişli kabul edilebilecek meseleleri hükmün kapsamına dâhil etmeyi amaçlamadığı görüşündeyiz.

¹⁰⁰ Bkz. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 102; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 235.

her halükârda yargı mercilerine intikal etmesi gereken bir dava (boşanma davası) etrafında “ya davanın açılmasından önce” veya “davanın görülmesi esnasında”, istisnâ bazı hallerde ise belki “dava sona erdikten sonra” sözkonusu olabilir. Ancak belirtilmelidir ki, bu aşamalardan her hangi birisinde tarafların “boşanmadan vazgeçmeleri” ile sonuçlanmış bir arabuluculuk faaliyeti, esasen evlilik içi uyuşmazlıkların çözümüne odaklanmış olacağından, bunun sonucunda elde edilecek anlaşmanın niteliği ve icrâ kâbiliyeti de yukarıda açıklandığı gibi olacaktır. Bu durum boşanma davasının görülmesi sırasında hâkimin 4787 sayılı Kanun (AMKDK.) m. 7’de öngörülen usul dâhilinde –aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklar hariç¹⁰¹ tarafları sulhe teşvik etmesi, bu kapsamda gerekirse bağımsız bir arabulucuya yönlendirmesi halini de kapsar. Bu sebeple boşanma sürecindeki arabuluculuk, kanaatimizce, boşanmanın malî ve varsa ortak çocuklar üzerindeki sonuçlarını düzenlemeye yönelik bir faaliyetten ibaret olarak görülmelidir. Buna göre, evlilik içindeki uyuşmazlıkların çözümüne yönelik aşama tüketilmiş veya tüketilmeksizin bir şekilde geride bırakılmış, dolayısıyla boşanma kaçınılmaz hale gelmiş ise, bu aşamadan sonra gerçekleştirilecek arabuluculuk, boşanmanın mümkün olduğunca çekişmeden uzak, uzlaşmaya dayalı bir biçimde gerçekleşmesini sağlamak içindir. Özellikle, ortak çocukların bulunduğu hallerde, evlilik sona ermiş olsa dahi tarafların çeşitli vesilelerle bir araya gelmelerinin kaçınılmaz olması, boşanmanın sağlıklı iletişim yöntemleri ve çatışma yönetimi gibi hususlarda uzmanlığı bulunan bir arabulucunun yönlendireceği bir zeminde gerçekleştirilmesini son derece değerli kılar. Bu sebeple anlaşmalı boşanma protokolünün arabuluculuk yöntemiyle elde edilmesinin mümkün hatta teşvik edilmesi gereken bir durum olduğu her türlü tartışmadan uzaktır. Ancak bu gibi hallerde, arabuluculuğun Yönetmelik m. 19/5 gereğince “taraflara hukukî tavsiyeler verilmesinden kaçınılması gereken bir faaliyet” olarak yürütülmesinin ne derece mümkün olduğu; bunun mümkün olmadığı hallerde ise uygulanan yöntemin teknik anlamda arabuluculuk olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorusuna dikkat çekilmelidir. Kanaatimizce arabulucunun HUAK. m. 20/II, bend b hükmü gereğince aynı zamanda hukukçu olması zorunluluğu, anlaşmalı boşanma protokolünün hazırlanması sırasında ihtiyaç duyulan hukuk bilgisinin de kaçınılmaz olarak taraflara aktarılması sonucunu doğurur. Ancak bu durum, uygulanan yöntemin teknik anlamda arabuluculuk faaliyeti olarak nitelendirilmesine engel olmaz. Aksi bir düşünce, anlaşmalı boşanma protokolünü çatışma ortamından uzak bir biçimde hazırlamak amacıyla arabulucuya başvurmuş tarafların, hukukî bilgi elde etmek için de başka bir hukukçuya başvurmalarını zarurî kılmak olur.

¹⁰¹ Bkz. **TANRIVER**, aile mahkemeleri, s. 86 – 87.

Bu ise, ülkemiz açısından yeni ve doğru anlaşılmaya muhtaç olan arabuluculuk müessesesinin tercih edilirliliğini azaltır.

Arabuluculuk süreci sonunda elde edilen anlaşmalı boşanma protokolüne ilişkin tartışılması gereken esas mesele, bu protokolün niteliğidir. Gerçi sözkonusu protokolün konusunu, evlilik içi uyuşmazlıkların çözümüne yönelik anlaşmaların aksine, esas olarak, boşanmanın malî sonuçları ile varsa ortak çocukların velâyetinin düzenlenmesi¹⁰² gibi icraî kabiliyeti bulunan hususlar oluşturur. Ancak sözkonusu protokol HUAK. m. 18/II'deki imkândan yararlanılarak mahkemeden icra edilebilirlik şerhi verdirilebilecek anlaşmalardan değildir. Zira hem böyle bir protokolün hüküm doğurabilmesi için öncelikle inşaî bir karar olarak boşanma hükmünün mahkemeden alınması gerekmektedir; hem de sözkonusu hükmün alınması yani anlaşmalı boşanmanın gerçekleştirilmesi TMK. m. 166/II, c. 4 uyarınca boşanma protokolünün mahkemece de uygun bulunmasına bağlıdır. Arabuluculuk süreci sonunda elde edilmiş de olsa, mahkemenin boşanma protokolü üzerindeki tasarrufunun HUAK. m. 18/III'de öngörüldüğü gibi sadece "anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebrî icraya elverişli olup olmadığı hususlarının incelenmesi" ile sınırlı olmayacağı da açıktır. Gerçekten "... boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir" şeklindeki TMK. m. 166/II, c. 4 ve c. 5 hükümleri ile "Boşanmanın veya ayrılığın fer'î sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz" şeklindeki TMK. m. 184, b. 5 hükmü, kanaatimizce zayıfların korunması amacıyla, devletin aile hukuku ilişkilerine yaptığı doğrudan müdahalenin tipik bir örneğini oluşturur. Bu sebeple, TMK.'ya nispetle daha özel ve yeni bir ka-

¹⁰² Anlaşmalı boşanma protokolünde ortak çocukların velâyetinin düzenlenmesinden maksat, TMK. m. 182/I'de "Hâkimin takdir yetkisi" başlığı altında ifade edildiği gibi "ana babanın haklarının ve çocukla olan kişisel ilişkilerinin" nasıl olacağını taraflarca belirlenmesidir. Bu belirleme, esas olarak boşanma sonrası çocuğun velâyetinin taraflardan birisine bırakılması, diğer taraf açısından ise, çocukla nerede, ne zaman, ne sıklıkla görüşüleceğinin açıklığa kavuşturulması şeklinde olur. Ancak boşanma sonrasında çocuğun velâyetinin taraflardan birisine bırakılmasının kanunî zeminini teşkil eden "Velâyet, ... boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa aittir" şeklindeki TMK. 336/III hükmünün emredici olup olmadığı günümüz hukuk çevrelerince tartışılır olmuştur. Buna göre, boşanma sonrası da velâyeti birlikte yürütmeye yetenekli ve istekli olan tarafların bu yöndeki tasarruflarının dikkate alınması gerektiğini savunan yazarlara, hatta bu yönde verilmiş münferit yargı kararlarına rastlanmaktadır. Konuya ilişkin olarak bkz. **SERDAR İLKNUR**, "Birlikte Velâyet", DEÜHFD 2008, C. 10, S. 1, s. 155 vd.

nun olsa da, HUAK.'nın m. 18/III hükmünün TMK. m. 166/II, c. 4 ve m. 184/b. 5 hükümlerini bertaraf ettiğini söylemek mümkün değildir. Nafaka, tazminat ve mal rejiminin tasfiyesine ilişkin hususların tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri hususlar olduğundan bahisle, boşanma protokolünün bu kısmı için HUAK. m. 18/II ve III hükümlerinin uygulanabilme ihtimali de, gerek TMK. m. 166/II ile m. 184/b. 5'deki açık hükümler karşısında, gerek boşanmaya ilişkin inşâî kararı veren hâkimin bunun fer'î sonuçlarını da pratikte hükme bağlayacağı düşünüldüğünde, kanaatimizce göz ardı edilebilecek bir ihtimaldir.

Boşanmanın kesinleşmesinden sonra TMK. m. 178'e göre en geç bir yıl içinde ileri sürülebilen tazminat ve nafaka talepleri ile nafakanın yeniden düzenlenmesine ilişkin daha sonraki zamanlarda ileri sürülebilen taleplerin ise, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilecek meselelerden sayılıp, arabuluculuk faaliyetine konu olabileceklerinden şüphe duyulmamalıdır. Bu hususlara ilişkin elde edilecek anlaşmaların, HUAK. m. 18/II hükmünden yararlanılarak, icra edilebilirliklerine dair şerh verdirilmesi de mümkündür.

Boşanmanın kesinleşmesinden sonraki dönemde ileri sürülebilecek "velâyetin yeniden düzenlenmesine ilişkin talepler" bakımından ise aynı sonuca ulaşmak kanaatimizce mümkün değildir. Gerçi, Türk Medenî Kanunun'da –tıpkı evlilik statüsü gibi- velâyet statüsünü düzenleyen bir çok hüküm emredici olmakla birlikte, boşanma halinde velâyetin tevdiî usulünü emredici biçimde düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Gerçekten, belli bazı hal-lerde veya çocuğun cinsiyetine göre ya da ulaşacağı belli bir yaşa/çağa kadar velâyetin mutlaka anaya ya da mutlaka babaya verileceğini öngören bir düzenleme Kanun'da yer almamaktadır. Bu durum gerek boşanmada velâyetin tevdisinin gerek boşanma sonrasında velâyetin yeniden düzenlenmesinin tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri meselelerden olduğu ihtimalini akla getirebilir; ancak velâyete ilişkin her türlü meselede çocuğun menfaati ve korunması, mutlak bir amaç¹⁰³ ve bu değerlendirmeyi bağlayıcı şekilde yapmaya yetkili tek merci kamusal mercii olduğundan¹⁰⁴, "hayatın olağan akışından sapma gösteren her durumda" velâyetin mutlaka yargı kararı ile düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla bu husus, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir husus olmayıp, arabuluculuk faaliyetine konu edilemez¹⁰⁵.

¹⁰³ **AKYÜZ Emine**, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara 2000, s. 79 vd.; **HATEMİ / SEROZAN**, s. 281.

¹⁰⁴ **HATEMİ / SEROZAN**, s. 279.

¹⁰⁵ Benzer değerlendirmeler için bkz. **KAPLAN GÜLER**, s. 180 vd.

V. SONUÇ

22.06.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile bazı ülkelerde uzun zamandır başarılı bir şekilde uygulanan arabuluculuk, bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak Türk hukukundaki yerini almıştır. Kanun'a göre arabuluculuk "Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi"dir (HUAK. m. 2/b).

Arabuluculuğun başvurulması zorunlu olmayan ihtiyarî bir yöntem olması, mutlaka bağımsız bir üçüncü kişi nezdinde gerçekleştirilmesi, bu kişinin iletişim teknikleri ve çatışma yönetimi gibi konularda belli bir uzmanlık eğitimi almış, fakat hukuk mesleği mensubu bir kişi olması zarureti; ayrıca arabuluculuk süreci sonunda elde edilen anlaşmaya mahkmeden "icra edilebilirlik şerhi" verdirilme imkânının öngörülmesi, mahkemenin bu şerhi verirken yapacağı incelemenin "anlaşma içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı" hususlarıyla sınırlı tutulması, şerhi içeren anlaşmanın ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilmesi, Kanun'da dikkati çeken önemli hükümlerdir.

Kanun'un uygulanma kapsamı ise "Bu Kanun, yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir (m. 1/1)" şeklinde belirtilmiştir. Böylece hüküm, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar bir tarafa bırakıldığında, özel hukuk uyuşmazlıklarını "üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilen meseleler" ile "üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulamayanlar" şeklinde ikiye ayırmış olmakta ve ikinci kategorideki uyuşmazlıkları Kanun'un kapsamının dışına çıkartmaktadır. Bu noktada, hukuk uyuşmazlıklarının bir türü olan aile hukuku uyuşmazlıklarının, HUAK. m. 1/1 hükmü karşısında arabuluculuk faaliyetine ne ölçüde konu olabileceği meselesi önemli bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır.

Arabuluculuk "süreklilik arz eden ilişkilerde münferit uyuşmazlıklardan ziyade uyuşmazlık sebeplerinin ortadan kaldırılarak ilişkinin sağlıklı bir biçimde devamının arzulandığı durumlar bakımından daha çok tercih edilmesi gereken bir yöntem" olarak kabul görmektedir. Aile hukuku uyuşmazlıklarının da böyle bir yöntem ile çözümlenmeye en elverişli uyuşmazlıklar olacağı akla gelmekte-

dir. Gerçekten aile hukukunun insan hayatının en mahrem sahasına dâhil olan ve süreklilik arz eden ilişkileri düzenliyor olması, bu saha içinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde meselenin yargıya intikal ettirilmeksizin alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle çözümlenmesini hukukun diğer sahalarında ortaya çıkan uyuşmazlıklara göre çok daha değerli kılar. Ancak, aile hukuku, “ailenin Türk toplumunun temeli olması şeklindeki anayasal ilkenin (AY. m. 41) bir yansıması olarak” hukuk sistemimiz içerisinde devlet müdahalesinin en yoğun biçimde kendini gösterdiği özel hukuk sahası olma özelliğine de sahiptir. Bu durumda, aile hukuku uyuşmazlıkları mümkün olduğunca somut bir biçimde ve üzerinde serbestçe tasarruf edilebilirlik açısından ayrı ayrı değerlendirilmedikçe, bu tip uyuşmazlıkların arabuluculuğa ne ölçüde elverişli olduğu hususu da belirsiz kalır. Böyle bir belirsizlik, gerek Türk toplumu nezdinde kamu düzeniyle ilişkilendirilen hususların fazlalığı, gerek kadın ve bilhassa çocuklar gibi aile içinde korunmaları özellikle önem arz eden tarafların varlığı sebebiyle, aile hukuku sahası içerisinde önemli sakıncalara ve telafi edilemez zararlara yol açabilir. Bu sebeple “üzerinde serbestçe tasarruf edilebilirlik” unsuru, kendine özgü hassasiyetler içeren aile hukuku sahasına gelindiğinde, titizlikle ele alınmalıdır. Hatta tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma imkânlarının sözkonusu olmadığı meselelerde, bu sınırlamanın sebeplerini de ortaya koymakta kanaatimizce yarar vardır; zira hukukta taraf iradelerini sınırlayan her hükmün “emrediciliği”, hukukça makbul görülen bir sebebe dayanır. Sözkonusu sebep, kamu düzeninin bozulmasını önleme, zayıfları veya işlem yapan kişinin kişiliğini koruma, işlem yapan kişiyi daha iyi düşünmeye sevk etme gibi, hukuk düzeninin taraf iradesine nispetle üstün gördüğü bir başka menfaati korumak içindir. Bu anlamda olmak üzere hukukun sübjektif bir değer yargısını yansıtan ve hukuk politikası ile ilişkilendirilerek ele alınması gereken “emredicilik”, bunu haklı kılan değer yargıları ve sosyal zemindeki değişime paralel biçimde, zaman içerisinde değişebilecek bir niteliktir. Aile hukuku sahası da böyle bir değişimin en somut gözlemlenebileceği özel hukuk sahasıdır. Hatta bu saha içindeki uyuşmazlıkların, geçmişte ve hâlihazırda olduğu gibi, gelecekte de “üzerinde serbestçe tasarruf edilebilirlik” açısından yeni tartışmalar ve talepler doğuracağı öngörülebilir. Örneğin, evli kadının kocası lehine yaptığı bazı işlemlerin hâkim onayıyla geçerli olması, kadının ev dışında çalışmasının kocanın iznine tâbi kılınması, ev reisliğinin koca lehine olacak şekilde cinsiyetçi bir yaklaşımla belirlenmesi, evlilik dışında doğan çocuğun babasıyla nesep bağı kurulmuş olsa bile evlilik içinde doğan çocuklara göre farklı bir hukukî statüde kabul edilmesi, velâyetin kullanımında babanın reyine üstünlük tanınması gibi, geçmişte “emredici” şekilde öngörülmüş bazı aile hukuku prensipleri, 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi döneminde kimi zaman Anayasa Mahkemesi'nin

iptal kararları ile ve nihayetinde bu Kanun'un yürürlükten kalkması üzerine bugün için geçerliliklerini yitirmiştir. Bugün evli kadının soyadı meselesi, Türk m. 187'deki açık hükme rağmen, çeşitli yargı kararları ile " tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir mesele" haline gelmiştir. Benzer şekilde velâyetin boşanan ana babadan ancak birisine bırakılmasının emredici bir hüküm olup olmadığı; boşanmış da olsalar birlikte velâyeti yürütmeye yetenekli ve istekli ana babaların bu konudaki tasarruflarının dikkate alınıp alınamayacağı hususu, bazı çevrelerce tartışılır olmuştur. Bugün için yine kamu düzeniyle yakından ilişkili olduğunu hiç tartışmasız kabul ettiğimiz tek eşlilik prensibi veya evliliğin mutlaka farklı cinsten kişiler arasında gerçekleştirilmesi esasının dahi, gelecekte tartışılabileceğini varsayabiliriz. Buna göre gelecek nesiller, bir kişinin kaç eşi bulunduğunun veya kendisine hayat arkadaşı olarak seçtiği kişinin cinsiyetinin kamu düzeniyle neden ve nasıl ilişkilendirildiğini sorguluyor olabilirler. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, aile hukuku sahasında "emredicilik" unsurunun, özel hukukun diğer sahalarına göre toplumsal değişime daha duyarlı ve geçmişte olduğu gibi yargı kararları ile içerik değiştirmeye müsait bir unsur olduğuna; dolayısıyla 6325 sayılı Kanun ile getirilen uyumsuzluk çözüm yönteminin zaman içerisinde şimdi kabul ettiğimizden farklı bir kapsamda uygulanma ihtimalinin bulunduğu da işaret edilmelidir. Ancak, bugünkü mevzuat ile hukuk doktrin ve uygulaması dikkate alındığında, aile hukuku uyumsuzluklarının teknik anlamda bir arabuluculuk faaliyetine konu olabilirdiğine dair şu tespitler ortaya konulabilir:

Nişanlı çiftlerin, mal rejimi sözleşmesi hariç, ileride tâbi olacakları evlilik statüsüne ilişkin yaptıkları anlaşmalar, arabuluculuk faaliyeti sonucu elde edilmiş dahi olsalar hukuken anlam ifade etmezler; ancak nişanın bozulması durumunda tazminat ve hediyelerin iadesini konu edinen uyumsuzluklar, arabuluculuk faaliyetine konu edilebilir.

Boşanmanın malî sonuçlarına ve mal rejiminin tasfiyesine ilişkin anlaşmalar da, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilen konular olmaları sebebiyle arabuluculuğa prensip olarak elverişlidir. Ancak bu tip anlaşmaların doğrudan icrası için, HUAK. m. 18/II hükmünden yararlanılamaz; daha açık bir ifadeyle, boşanmanın malî sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, icra edilebilirlik şerhi düşürülerek ilâm niteliğinde belge statüsüne kavuşturulamaz. Zira böyle bir anlaşmanın hüküm doğurabilmesi için öncelikle inşâî bir karar olarak boşanma hükmünün mahkemeden alınması; hem de TMK. m. 166/II, c. 4 ve m. 184/b. 5 uyarınca bu anlaşmanın mahkemece de uygun bulunması gerekmektedir. Mahkemenin bu anlaşmanın (boşanma protokolünün) uygunluğuna ilişkin incelemesi ise, TMK. m. 166/II, c. 5 hükmü karşısında "taraf menfaatlerine

uygunluğun da dikkate alındığı”, yani esasa ilişkin bir inceleme olmak durumundadır. Boşanmanın kesinleşmesinden sonra TMK. m. 178’e göre en geç bir yıl içinde ileri sürülebilen tazminat ve nafaka talepleri ile nafakanın yeniden düzenlenmesine ilişkin daha sonraki zamanlarda ileri sürülebilen talepler ise, arabuluculuk faaliyetine konu olabilir ve bu şekilde elde edilen anlaşmalar, HUAK. m. 18/II hükmünden yararlanılarak icra edilebilirliklerine dair şerh ile ilâm niteliğinde belge statüsüne kavuşabilir.

Boşanmanın çocuklar bakımından sonuçlarını düzenleyen anlaşmaların ise, TMK. m. 166/II, c. 4 ile m. 184 / b. 5 hükmü karşısında, esas bakımından da değerlendirilmek suretiyle, hâkim tarafından uygun bulunması şarttır. Bu sebeple ana – babanın çocuklarını konu edinen anlaşmaları, teknik bir arabuluculuk faaliyeti neticesinde elde edilmiş olsa da, HUAK. m. 18/II kapsamında değerlendirilemez. Burada sözkonusu olan arabuluculuk, süreç sonunda elde edilecek anlaşmaya belli prosedürün tamamlanmasıyla icraî kabiliyet tanınmasını sağlayan bir faaliyeti değil, mevcut uyuşmazlığın çözümüne dair tercih ve teşvik edilmesi gereken bir yöntemi ifade etmelidir. Aynı değerlendirme, boşanma sonrası çocuğun velâyetinin yeniden düzenlenmesine yönelik uyuşmazlıklar bakımından da geçerlidir.

Evlilik birliği devam ederken ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından yargılama yerine alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine başvurulması ise, 6325 sayılı Kanun’dan çok önce TMK. m. 195 ve özellikle 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluşuna Dair Kanun m. 6/1, b. a ve m. 7 hükümleri ile Türk hukukunda kabul edilmiştir. Bu sebeple 4787 sayılı Kanun’un kapsamı içinde bulunan uyuşmazlıklar yargıya intikal ettiğinde, bu Kanun hükümleri öncelikle uygulama alanı bulur. Bununla birlikte ilgili hükümlerin uygulanması sırasında aile mahkemesi hâkiminin tarafları bağımsız bir arabulucuya yönlendirmesi ve uyuşmazlığın HUAK.’da öngörüldüğü biçimde çözümlenmesini teşvik etmesi de sözkonusu olabilir. Buradan hareketle, tarafların evlilik içindeki uyuşmazlıklarını aile mahkemesine hiç gitmeksizin doğrudan arabulucu nezdinde çözümlenmelerinin de mümkün olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu ihtimalde tarafların süreç sonunda elde ettikleri anlaşmaya mahkmeden şerh verdirerek icraî nitelik kazandırabilmeleri, hiç kuşkusuz anlaşma konusunun icraya elverişli bir konu olmasına bağlıdır.



KAYNAKÇA

AKINTÜRK Turgut / ATEŞ KARAMAN Derya, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, İstanbul 2014, 16. Bası.

AKYÜZ Emine, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara 2000.

ATAKAN Arda, “Kamu Düzeni Kavramı”, MÜHFHAD, 2007, C. 13, S. 1-2.

BARUCH BUSH Robert A. / FOLGER Joseph P., The Promise of Mediation, (çev. Gemze SART), Ankara 2013.

BAŞPINAR Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.

BİLGE Turgay M., “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Açısından Kamu Düzeni Kavramı”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I, İstanbul 2014.

ÇELİK Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, 26. Bası.

ÇİFTÇİ Baran, “Aile Mahkemeleri Uzmanlarının Hukuki Niteliği ve Mesleki Uygulama Sorunları”, ABD, 2007, Y. 65, S. 3.

DEMİR Şamil, Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2014 (kısaltması: uzlaşma sağlama)

DEMİR Şamil, “Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tâbi Suçların İlişkisi”, ABD, 2014, S. 2 (kısaltması: aile içi şiddet).

DEMİRCİOĞLU Huriye Reyhan, “Medenî Kanunların Toplumsal Hayatı Belirleyici Rolü ve Bunun Türk Aile Hukuku Özelinde Değerlendirilmesi”, KÖK Araştırmalar Dergisi, C. XI, S. 2 (Güz 2009).

DENDORFER Renate, Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı, 11 Mart 2011 Ankara, TBBY, no: 216.

DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ M. Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2015, 10. Bası.

EDİS Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, 6. Bası.

EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, 18. Bası.

HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993.

HAUSHEER Heinz / GEISER Thomas / AEBI-MÜLLER Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2007.

ILDIR Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Ankara 2003.

ILDIR Gülgün, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü", 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki KURU Armağanı, Ankara 2004, TBBY, no: 8.

KALKAN OĞUZTÜRK Burcu, "Das familienrechtliche Mandat: Familien – Mediation im deutschen Familienrecht", Law and Justice Review 2011, S. 3.

KESKİN Dilşad, "Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi", GÜHFD, Ekim 2011, C. XV, S. 4.

KESKİN Dilşad, "Ergin Kısıtlı Üzerindeki Velâyet Hakkı (Uzatılmış Velâyet)", EÜHFD, Aralık 2014, C. IX, S. 2.

KOCAOĞLU Mehmet, Türk İş Hukuku'nda Arabuluculuk Kurumu, Ankara 1999.

MOROĞLU Nazan, "Kadının Kimlik Sorunu, Kadının Soyadı", TBBD, Mart – Nisan 2012, S. 99

OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2014, 14. Bası.

ÖZBEK Mustafa, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2013, 3. Bası (kısaltması: AUÇ).

ÖZBEK Mustafa, "Ceza Muhakemesi Kanununda Uzlaştırma", AÜHFD, 2005, C. 54, S. 3.

ÖZBEK Mustafa, "İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargılama Dışı Usuller (I)", TBBD, 2005, S. 56, (kısaltması: idari uyuşmazlıklarda AUÇ).

ÖZBEK Mustafa, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 'Aile Arabuluculuğu' Konulu Tavsiye Kararı", DEÜHFD, 2005, C. VII, S. 2.

ÖZMUMCU Seda, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, İstanbul 2012 (kısaltması: Uzak Doğu'da arabuluculuk).

ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2004, 5. Bası.

POLAT Malike, Milletlerarası Usul Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2010.

SERDAR İlknur, "Birlikte Velâyet", DEÜHFD, 2008, C. 10, S. 1.

ŞAHİN CEYLAN Şule, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, İstanbul 2009.

ŞAHİN Cumhur / GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Ankara 2014, 3. Bası.

ŞIPKA Şükran, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, İTÜSBD, Güz 2007/2, S. 12..

TANRIVER Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBBD, 2006, S. 64 (Makalelerim II, Ankara 2011), (kısaltması: TBBD)

TANRIVER Süha, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006 (kısaltması: Eren’e armağan).

TANRIVER Süha, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009 (kısaltması: İnan’a armağan).

TANRIVER Süha, “Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarında Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençlerin Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi” Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara 2010. (Makalelerim II, Ankara 2011)

TANRIVER Süha, Türk Aile Mahkemeleri, Ankara 2014 (kısaltması: aile mahkemeleri).

TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.

Von Tuhr Andreas, Borçlar Hukuku 1 – 2 (çev. Cevat EDEGE), Ankara 1983.

YELMEN Adem, Türk Borçlar Kanunu’na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.

YEŞİLİRMAK Ali, Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem – Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.

YILDIRIM Abdülkerim, Türk Aile Hukuku, Ankara 2014, 1. Bası.

YILMAZ Elif, “Uzlaşma Müessesesinin Hukuki Niteliği ve Temel Vergilendirme İlkeleri Açısından Değerlendirilmesi”, GÜHFD, 2009, C. XIII, S. 1-2.

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ABD	Ankara Barosu Dergisi
ADR	Alternative Dispute Resolution
AMKDK.	Aile Mahkemelerinin Kuruluşuna Dair Kanun
AUÇ	Alternatif Uyuşmazlık Çözümü
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	Anayasa
bkz.	bakınız
b.	bend
C.	cilt
c.	cümle
çev.	çeviren
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dpn.	dipnot
E.	esas
eBK.	818 sayılı Borçlar Kanunu
EÜHFD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	Hukuk Dairesi
HUAK.	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
İTÜSBD	İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
K.	Karar
MÜHFHAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
Tav.Kar.	tavsiye kararı
T.	tarih
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBBY	Türkiye Barolar Birliği Yayınları
TBK.	Türk Borçlar Kanunu
TMK.	Türk Medenî Kanunu
m.	madde
RG.	Resmî Gazete
S.	sayı
s.	sayfa
vd.	ve devamı
Y.	yıl

ONARICI ADALET VE UZLAŞTIRMA KURUMU BAĞLAMINDA CEZA ADALET SİSTEMİNDE MAĞDURUN KONUMU

*Victim Status in Criminal Justice System in the Context of Restorative Justice
and Victim-Offender Mediation*

Dr. Hakan A. YAVUZ*

ÖZET

Bu çalışmada genel olarak, ceza adalet sistemlerinde fail odaklı geleneksel yaklaşımdan mağdur ve çözüm odaklı yeni yaklaşıma geçiş şeklindeki paradigma değişimi ele alınmaktadır. Mağdurun bu evrilme sürecindeki konumunu belirlemek çalışmanın temel amaçlarından birisidir. Türk ceza adalet sisteminde bir onarıcı adalet kurumu olan uzlaştırma, bu yeni yaklaşımın temel argümanları dikkate alınarak mağdur öznesi bağlamında değerlendirilmiş ve bazı önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Onarıcı adalet, mağdur-fail uzlaştırması, ceza adalet sistemi, ceza adalet sisteminde mağdur.

ABSTRACT

In this study, the paradigm shift from the offender-oriented traditional approach to the victim and resolution-oriented new approach in criminal justice systems is generally discussed. One of the main objectives of the study is to elucidate of the victim's position in this evolving process. Victim-offender mediation is regulated in Turkish criminal justice system as an institution of restorative justice. This institution is evaluated considering the main arguments of this new approach and some suggestions is made.

Keywords: Restorative justice, victim-offender mediation, criminal justice system, victim in criminal justice system.

◆◆◆◆

Giriş

Onarıcı adalet düşüncesi, ceza adaletini gerçekleştirmenin bir imkânı olarak uzun zamandan beri tartışılmaktadır. Ülkelerin birçoğunda farklı biçimler ve derecelerde olsa da artık onarıcı adalet cezai uyumsuzlukların çözümüne ilişkin süreçlerde hukuki bir yöntem olarak kabul görüp uygulanmaktadır¹.

* Hakim, Lahey Adalet Müşaviri. hayavuz@gmail.com

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: Ekrem ÇETİNTÜRK, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara Şubat 2009, s. 236-377; Ekrem ÇETİNTÜRK, Onarıcı Adalet, Ankara 2008; Galma JAHİC – Burcu YEŞİLDAĞLI, “Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım”, Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu

Adalet sisteminden ve yargıdan memnuniyetsizlik aslında insanlık tarihi kadar eski bir meseledir. Geçtiğimiz yüzyılda yaşanan ekonomik ve sosyal değişimler, mevcut hukuk kurallarının ve kurumlarının toplumsal ilişkileri düzenlemekte yetersiz kalmasına, sadece devlet ve devletin resmi görevlileri eliyle dağıtılan adaletin yarattığı olumsuzlukların görmezden gelinemeyecek boyutlara taşınmasına neden olmuştur. Bunun bir sonucu olarak hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında, uluslararası literatürde “alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri (alternative dispute resolution)” şeklinde ifade edilen uygulamalar geliştirilmeye başlanmıştır.² İşte onarıcı adalet, geleneksel cezalandırıcı adalet anlayışı ve kurumlarının mahsurlarını gidermek amacıyla alternatif bir adalet yöntemi olarak ortaya çıkan bir düşünce, teori, akımdır.³ Bununla birlikte cezalandırıcı adaletten onarıcı adalete geçiş süreci, bu yeni düşüncenin kabul görüp uygulamaya yansması çok da kolay olmamıştır, olmamaktadır.

Bu çalışmada, onarıcı adalet düşüncesinin ceza adalet sürecinin önemli bir parçası olan mağdur öznesi üzerindeki etkilerini, özellikle mağdur-fail uzlaştırması kurumu bağlamında incelemeye çalışacağız. Bu doğrultuda, öncelikle geleneksel ceza hukuku felsefesine hâkim olan cezalandırıcı adalet düşüncesinin ne olduğu ve mahsurları üzerinde durulacak, akabinde bir paradigma değişikliği⁴ olarak değerlendirilen onarıcı adalet düşüncesinin kabulünün gerekliliği

ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, Ankara 2008, s. 11; Cumhuriyet ŞAHİN, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 781-803.

² Ceza adalet sistemlerinde alternatif çözüm yöntemleriyle ilgili kapsamlı bir çalışma için bkz: Mustafa ÖZBEK, Çağdaş Ceza Adalet Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, İstanbul 2005.

³ Modern anlamda üç farklı adalet teorisinden söz edilmektedir. Bunlar: Tazmin edici adalet (restitutionary justice), düzeltici adalet (corrective justice) ve cezalandırıcı adalet (retributive justice)dir. Onarıcı adalet (restorative justice), bu adalet teorilerinden bağımsız yeni bir teori olarak ortaya çıkmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: ÇETİNTÜRK, Onarıcı Adalet, s. 40-47.

⁴ “Onarıcı Adalet paradigmatic bir değişimi ifade etmektedir. Thomas Kuhn’un klasikleşmiş eseri The Structure of Scientific Revolutions’da bahsedildiği üzere paradigma değişikliği (paradigm shift) esasında yorumlarımızı ve dünyaya bakışımızı şekillendiren “ana düşünce kalıpları”nın değişmesi anlamına gelmektedir. ...Karşılaşılan problemler insanları yeni arayışlara ve çözüm yolları bulmaya yönlendirebilmektedir. Çözüm bulmaya yönelik çabalar gelişmenin, ilerlemenin de yolunu açabilmektedir. Ancak, çözüm arayışlarımız çoğu zaman hâkim düşünce ve uygulama kalıplarının sınırları içerisinde kalmakta ve belli bir aşamadan sonra kendi içerisinde kısır bir döngüye dönüşebilmektedir. Gelişimin önünü tıkayan ve sorunların çözülmesinde mesafe alınmasını engelleyen bu kısır döngü paradigmatic değişimleri doğurabilmekte, değişen paradigmayla birlikte sorunların ve tikanıklıkların önünün açılmasında yeni ve daha ileri bir döneme girilebilmektedir.” Şener ULUDAĞ, “Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt 13(4), 2011, s. 128-129.

üzerinde durulacak, son olarak Türk Hukuk sistemine dahil edilen uzlaştırma kurumu ve kurumun düzenleniş biçimi ve uygulaması bağlamında mağduru konumu hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.

I. MEMNUN EDİCİ ADALET

Cezalandırıcı adaletten onarıcı adalete geçiş kanlı kürk paltoları terk edip temiz beyaz önlükler giyinmeye benzetilmiştir.⁵ Hukukçular, hukuk sistemini geliştirmek, bütün taraflar bakımından memnun edici bir adalet sistemi tesis etmek için çalışmaktadırlar. Ancak gerek teoride gerekse pratikte yapılan çalışmalar esnasında aynen hastanelerde olduğu gibi nasıl mikroplar gözle görünmüyorsa, sistemi işlemez hale getiren hayati sorunlar ve artan mağduriyetler de görülmeyebilmekte veya görmezden gelinmektedir. Oysa adalet sistemi içerisinde çözüm aranan ihtilaflar, insanlar arasındaki ilişkilerin derinliklerinde yatmaktadır ve bu ihtilafları çözmek için sadece şekli ve yüzeysel konulara

⁵ 19. yüzyılın başlarında Avrupa'da görev yapan doktorlar siyah, pahalı kürk paltolar giyerlermiş. Doktorlar hastanede, ameliyathanede bu kürklerle dolaşmışlar. Ameliyat sonlarında neşterlerini kürklerin kollarına ve yakalarına sürtmek suretiyle temizlermiş. Üzerinde ne kadar pıhtılaşmış kan var ise kürkün sahibi o ölçüde tecrübeli kabul edilirmiş. Bir gün doktorlardan birisi, ameliyat yaparken diğer bir doktorun elini kesmiş ve bu doktor ateşli bir hastalıktan dolayı ameliyat ettiği hastasından kapıldığı mikrop neticesinde hayatını kaybetmiş. Dikkatsizlik eseri arkadaşının elini kesen doktor bir gün yine ameliyattan çıkmış, neşterini kürke silip kanlı elleriyle diğer bir ameliyata, bir doğum ameliyatına giderken demiş ki: "bir dakika, galiba biz doktorlar bu hastalıkların yayılmasına neden oluyoruz" ve ellerini temizleyip ameliyata bu şekilde girmiş. Sonrasında hastanede hayatını kaybeden kişilerle ilgili bir araştırma yapılmış ve fark etmişler ki özellikle doğum için gelen kadın hastaların ve bebeklerinin neredeyse yüzde yirmisi bulaşıcı hastalıklardan ötürü ölüyor, dolayısıyla evde doğum hastaneden çok daha güvenli, arabada hatta sokak ortasında doğum yapmak bile daha güvenli, çünkü dışarda, ölüme neden olan mikrobun hastaya bulaşma ihtimali hastaneye nazaran neredeyse yok gibiymiş. Bunun üzerine demişler ki: "madem öyle, artık ellerimizi temizleyelim, bari hastayla temas kurarken, ameliyat yaparken olsun ellerimizi yıkayalım". Takip eden süreçte yaptıkları gözlemlerde ölüm sayısının dikkate değer bir şekilde azaldığını görmüşler. Daha sonra hastane yönetimine demişler ki: "bu kanlı kürklerimiz de çıkartalım artık, başka bir şey giyelim, beyaz bir önlük mesela, çünkü kürklerimize dokunuyoruz, elimizi siliyoruz, üzerinde birikir pıhtılaşan kana sürekli temas ediyoruz ve bu hem bizim için hem de hastalarımız için tehlike oluşturuyor". Ancak hastane yönetimi ve doktorların birçoğu "hayır" demişler "ne münasebet, kürk paltolarımız bizim statü simgelerimizdir, kesinlikle bunları çıkartmak istemiyoruz, zaten söyledikleriniz dışında bunların tehlike saçtığına ilişkin bir delil de yok" demişler. Maalesef doktorların direnişi neredeyse kırk yıl sürmüştür. Kırk yılın sonunda kürk paltoların giyilmesinin yasaklanması gerekmiş. Günümüzde Avrupa'da hastanelerde, benzer nedenlerle ölüm oranı yaklaşık binde iki kadardır. Bu işin öncüsü olan doktor ise tarihe hijyenin babası olarak geçmiştir. Anlatı için bkz: Andre Gomma De AZEVEDO, Çalıştay Sunumu, UNDP ve Adalet Bakanlığı ortaklığında düzenlenen "Ceza Adalet Sisteminde Mağdur-Fail Uzlaştırma Uygulamaları Uluslararası Çalıştay", UNDP Yayını, Mart 2012 İstanbul, s. 51-52.

odaklanmak yeterli değildir.⁶ Ne kadar çok ameliyat yaptığı nasıl kişinin başarılı bir doktor olduğunu göstermiyorsa, adliyelerde geçmişe göre çok daha fazla sayıda dosya hakkında karar veriliyor oluşu, sanıklara daha ağır cezalar veriliyor oluşu, toplumda yargı ile ilgili meselelerin çok daha fazla tartışılıyor oluşu adaletin tesisinde başarılı olunduğu anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla daha adil, gerek taraflar ve gerekse toplum açısından daha kabul edilebilir bir ceza adalet sistemine ulaşmak için daha derinlikli değişikliklere, şüphesiz bir paradigma değişikliğine ihtiyaç bulunmaktadır.

Adliyeler ve mahkeme salonları niçin var? İşte onarıcı adalet anlayışı üzerinde düşünmek, bu sorunun yeniden gündeme alınmasıdır. Hâkimler ve savcılar genellikle kimse tebrik etmez, taraflarca “elinize sağlık hâkim bey, savcı bey bugün çok adildiniz” şeklinde teşekkür edilmesi alışlagelmiş bir durum değildir. Bununla birlikte çok nadiren de olsa bazen taraflar teşekkür ettiğinde, hâkimler ve savcılar bir an iyi bir iş yaptıkları düşüncesine kapılırlar, ancak şunun da farkındadırlar ki; bu teşekkür çoğu zaman bitmez tükenmez gibi görünen adalet süreçlerinin bitiminde gelir, yani insanlar aslında verilen kararlardan *memnun oldukları için değil* nihayet bu sürecin bir parçası olmaktan kurtuldukları için teşekkür ederler.⁷

Ceza adalet sisteminden memnuniyetin mahkemeler veya savcılıkların, tarafların gerçek dünyalarını görmezden gelerek oluşturdukları yargılar ve kararlarla sağlanması mümkün değildir. Bununla birlikte kişilerin ihtilaflarını çözebilmek için, devlet güvencesi altında birbirleriyle yeterince ve gerektiği kadar temasa imkân verecek şartların sağlanması, adalet duygusunun hakiki bir tatminine ve ihtilafların temelinden çözümlenmesine imkân sağlayacaktır.

II. CEZALANDIRICI ADALET NEYE HİZMET EDER

Fail ve failin cezalandırılmasına, rehabilitasyonuna, yeniden topluma kazandırılmasına odaklanmış olan geleneksel ceza⁸ adalet anlayışı, ne mağduru

⁶ AZEVEDO, a.g.e., s. 52.

⁷ Fail, mağdur hatta tanık için de geçerli olan bu şükran duygusunun kaynağı esasen bu kişilerin *“muhakeme sürecinin mağduru”* olmalarından kaynaklanmaktadır. Kavram için bkz: L. P. ZEDNER, *Criminal Justice*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, New York 2004, s. 143.

⁸ Aslında ceza adalet sistemi, ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku gibi kavramlardaki “ceza” kelimesinin kullanımını da bu bağlamda tartışmaya açmak gerekebilir. Zira “ceza” kelimesi esasen İngilizcedeki “punishment” veya “penal” kelimelerine karşılık gelmekte iken, “suç” kelimesi “crime” kelimesine karşılık gelmekte ve aynı kökten türeyen “criminal” kelimesi ise “suça dair”, “suçla ilgili” anlamında kullanılmaktadır. İngilizcedeki “criminal justice system”, “criminal law”, “criminal procedure law” kavramları “ceza adalet sistemi”, “ceza hukuku”,

ne de toplumu memnun edebilmektedir.⁹ Zira cezalandırıcı adalet yaklaşımın esas alındığı bu anlayışta, suç niteliğindeki eylemlerin esas mağduru “devlet”-tir.¹⁰ Suç, ceza kanunlarıyla korunan hukuki değerlerin ihlalidir ve bu ihlal kar-

“ceza muhakemesi hukuku” anlamlarından ziyade “suç adalet sistemi”, “suç hukuku”, “suç muhakemesi hukuku” anlamında kullanılmaktadır. Bu kullanım, suç işlenmesiyle beraber başlayan kolluk ve adli süreçleri ifade etmesi bakımından daha uygun görünmektedir, zira bu süreçlerde yapılan işlemler suç niteliğindeki eylemler hakkındadır. Öte yandan artık modern hukuk sistemlerinde her suç ceza ile karşılanmak durumunda değildir. Türk hukuk terminolojisinde başından beri, suçla ilgili adalet mekanizmalarının kavramlaştırılması “ceza” kelimesi kullanılarak yapılmıştır. *Kanımızca* bu durum, suç niteliğindeki eylemlere mutlak surette ceza ile karşılık verilmesi anlayışını esas alan geleneksel cezalandırıcı adalet anlayışının bir yansımasıdır. Bununla birlikte biz bu çalışmada artık galat-ı meşhur olmuş bu terminolojiyi kullanmaya devam edeceğiz. Doktrinde bazı yazarlar bu hususa dikkat çekerek, doğru kullanımın “suç hukuku”, “suç muhakemesi hukuku” olduğunu ifade ederek çalışmalarını bu terminolojiyle isimlendirmişlerdir. Bkz: Ali ŞAFAK, Suç (Ceza) Muhakemesi Hukuku Kısa Temel Konuları, Güncelleştirilmiş Ders Notu, Polis Akademisi, Ankara Şubat 2015; Vahit BIÇAK, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010; Öztekin TOSUN, Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul 1979. Selçuk da yakın tarihli bir çalışmada bu terminolojiyi tercih etmiştir: “Türk suç hukuku sistemi, özgürlükçü suç hukuku sisteminden esinlenmiştir ve ‘eylem suç hukuku’na dayanır.” Bkz: Sami SELÇUK, “Hukukun Terörle Sınarı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, Y. 2, S. 5, Nisan 2011, s. 57.

⁹ Bu memnuniyetsizlik, adalet mekanizmasına karşı bir güvensizlik oluşmasına neden olmaktadır. İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından 2008 yılında yürütülmüş olan Adaleti Gözet Projesi kapsamında yapılan “Adalet Barometresi” adındaki çalışma sonucuna göre; Türkiye’nin 12 büyük şehrinde yaşayan 3000 kişi üzerinde yapılan araştırmada, davalarda aldıkları sonuçlar bakımından bu kişilerden mağdur olarak mahkemede bulunanların yüzde 44.6’sı, sanık olarak bulunanların yüzde 34.5’i yaşadıkları deneyimin sonucu olarak mahkemelerden memnun olmadıklarını ifade etmişlerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Seda KALEM – Galma JAHIC – İdil ELVERİŞ, Adalet Barometresi: Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirmeleri, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 9. Mağdurların ceza adalet sisteminden memnuniyet düzeyleriyle ilgili olarak şiddet suçları özelinde 40 farklı ilde 3390 kişi üzerinde yapılan bir başka araştırmaya göre ise; kişilere sorulan “Ülke kanunları ve/veya adalet sistemi şiddet mağdurlarının haklarını yeterince koruyabilmekte midir?” şeklindeki soruya yüzde 15.87 oranında “evet”, yüzde 8.65 oranında “fikrim yok”, yüzde 75.48 oranında ise “hayır” cevabı alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Bayram ERZURUMLUOĞLU, “Türkiye’de Şiddet Suçu Mağduriyetinin Sosyal Boyutları, Mağdur Hakları ve Hizmetlerine Toplumsal Bakış”, Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu (30-31 Ekim, Ankara) Tebliği, Sempozyum Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara Mayıs 2015, s. 151.

¹⁰ Ceza adalet sisteminde mağdurun önemi, devlet gücünün merkezileşmesine paralel olarak azalmaya başlamış, bu değişimle birlikte suç, kralın düzeni (King’s Peace), dirliği, asayişinin ihlali olarak görüldüğünden, kişiden ziyade devlete karşı işlenmiş bir eylem, ceza takibatının başlatılması ve cezalandırılması sürecinde yetki, devlet ve onun kurumlarına geçmiştir. Ceza sistemindeki bu tarihsel değişim, ceza adalet sürecinde mağdura ikincil bir rol verilmesine, mağdurun ceza adalet sistemindeki yetkisinin, büyük ölçüde sadece suçu yetkili mercilere bildirmek şeklinde sınırlanmasına yol açmıştır. ÇETİNTÜRK, Uzlaştırma, s. 172; “Her ne kadar suç, kişiler arasında gerçekleşmiş bir olay gibi görünse dahi, her suçta gerçek mağdur devlettir.” Ayhan ÖNDER, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 1991,

şıksız bırakılamaz, yaptırım olarak ifade edilen bu karşılığı vermek de devletin tekelindedir. Ceza muhakemesinin amacı “maddi gerçeğe ulaşmak” ve “faile hak ettiği cezayı vermek” olduğundan, “mağdur” ancak bu amacı gerçekleştirmenin bir aracından başka bir şey değildir.¹¹ Bu anlayışta, ceza muhakemesinin suç işlenmesine neden olan ya da suç nedeniyle ortaya çıkan anlaşmazlığın çözülmesi, işlenen haksızlığın yol açtığı mağduriyetin telafi edilmesine yönelik öncelikli bir amacı bulunmamaktadır.¹² Cezalandırıcı adalet anlayışına göre, rasyonel varlıklar olan insanlar suçları bilerek ve isteyerek işlerler, dolayısıyla yaptıkları eylemlerden sorumludurlar. Bunun bir sonucu olarak da suç niteliğindeki eylemler karşılığında bir “ceza” uygulamak esastır. Cezanın uygulanması ise “caydırıcılık” temeline dayanmaktadır. Suç işlerken rasyonel olan kişileri bu eylemlerinden vazgeçirebilmek ve toplumun diğer fertlerinin de suç işlemesini önlemek için o eylemin karşılığının, en az eylemin sonuçları kadar ağır olması, yani kişinin yeterli ölçüde cezalandırılması gerekmektedir.¹³ Dev-

s. 24; “Her suçun ilk, tabi ve zorunlu mağduru devlettir”, Sulhi DÖNMEZER - Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt II, İstanbul 1994, s. 397; Aile bağlarına ve kabile örgütlenmesine dayanan ilkel toplumlarda ceza adaletini sağlayan merkezi bir otorite bulunmadığından uyumsuzlukların çözümünde mağdur aktif bir rol oynamaktaydı. Zira bu dönemde suç, mağdura ve ailesine karşı işlenmiş olarak kabul edilirdi. Devletin ortaya çıkmasıyla birlikte suçun algılanış biçimi değişmiş ve toplum adına cezalandırma görevinin devlete ait olduğu kabul edilmiştir. Devletin “kamusal suçlar” adı verilen suçları şikâyet koşuluna tabi olmaksızın muhakemeye başlaması, suçun mağdurunun devlet olduğu anlayışına dayanmaktadır. M. Buket SOYGÜT ASLAN, Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması ve Onarıcı Adalet Anlayışı, Kazancı Hukuk Dergisi Uzlaşma Özel Sayısı, 2010, s. 286; Modern anlamda devlet kavramının ortaya çıkması öncesinde suçlunun da mağdurun haklarını koruyacak bir hukuk düzeni bulunmamaktaydı. Yatay ve dikey farklılaşmanın en alt düzeyde olduğu bu toplumlarda herhangi bir ihlale kamusal nitelik tanınmadığı gibi bununla mücadele için de herhangi bir örgüt bulunmamaktaydı. Füsün AKINCI SOKULLU, Viktimoloji, İstanbul 1990, s. 27; 765 sayılı TCK, medeni hukuk ile ceza hukuku arasında kesin bir ayırımın bulunduğunu ve tazminatın ceza hukukuna yabancı olduğunu kabul eden “klasik doktrin”in etkisi altında kaleme alınmıştır. Bu anlayış, suçtan kamunun, yani devletin zarar gördüğünü kabul etmiş, böylece devlet ve sanık arasında güçlü bir ilişki kurulmuştur. Çetin ÖZEK, “Suç Mağdurunun Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 1-4, 1984, s. 14.

¹¹ Devletin, faili cezalandırmak suretiyle görevini yapmış olduğuna ilişkin bu anlayışta mağdurun rolü suçu haber vermekten öteye gitmemektedir. M. Bedri ERYILMAZ, “Bir İnsan Hakkı Olarak Türkiye ve Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerinde Mağdurun Bilgilendirilme Hakkı”, Polis Dergisi, Y. 4, S. 15, 1998, s. 45.

¹² Devlet, suçun mağduruna, adeta bunun mağdurla fail arasında özel hukuk hükümlerini ilgilendiren bir ilişki olduğunu ve devletin buna karışamayacağını söylemektedir ki bu yaklaşımın adaletsiz olduğu açıktır. Sulhi DÖNMEZER, “Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 184.

¹³ Cezaların amacı, ne duyarlı bir varlık olan insanı üzüp bunaltmaktır, ne de daha önce işlenmiş olan bir suçu işlememişcesine yadsımak, yok saymaktır. O halde cezaların amacı, suçlunun kendi yurttaşlarına karşı zarar vermelerini engellemekten ve başkalarının benzer

let, ceza adaleti ile mağdurun öcünü almakta, bu yolla bozulan hukuk düzenini “denkleştirmek” suretiyle korumaktadır.¹⁴ Bu yüzdendir ki, bu anlayışa “cezalandırıcı” ya da “öç alıcı adalet felsefesi” adı da verilmektedir.¹⁵ Bununla birlikte cezalandırıcı adalet anlayışında, cezalandırmak sureti ile suç işlemekten vazgeçirmenin fail bakımından rehabilite edici bir işleve sahip olduğu varsayılmaktadır.¹⁶ Bu anlayışın belki de en büyük handikabı, ceza ile suçun gelecekte tekrar işlenmesinin önlenmesi hedeflense de *esas odaklanılan husus geçmiş ve geçmişte gerçekleştirilen eylemdir*, dolayısıyla muhakeme açısından gelecek, sistemin ilgi alanı dışındadır.¹⁷

eylemlerde bulunmalarını önlemekten başka bir şey değildir. Bu nedenlerle söz konusu cezaların oranları ve onların uygulanma yöntemleri öyle seçilmelidir ki, bunlar insanların ruhları, zihinleri üzerinde pek çok kalıcı, ama suçlunun bedeni üzerinde en az üzücü iz bırakacak biçimde olsunlar. Cesare BECCARİA, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çeviren: Sami SELÇUK), Ankara 2004, s. 71-72.

¹⁴ Turgut TARHANLI, “Onarıcı Adalet”, Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, Ankara 2008, s. 11.

¹⁵ “Gerek tazmin edici adalet ve gerekse de düzeltici adalet suç nedeniyle bozulan eşitliğin gerçekleştirilmesi bakımından kendi sorumluluk alanlarını nakil fikriyle sınırlamışlardır. Ancak cezalandırıcı adalet fikri bu düşünceyi paylaşmamaktadır. Cezalandırıcı adalet anlayışı, tazmin edici ve düzeltici anlayışından ziyade onarıcı adalete daha yakındır. Cezalandırıcı adalet anlayışı, onarıcı adalet gibi sosyal eşitliğin sağlanması fikrine dayanmaktadır. Cezalandırıcı adalet, genellikle ceza olarak adlandırılan tarihi bir takım uygulamalarla sosyal adaletin gerçekleşeceğini kabul etmektedir. Başka bir deyişle cezalandırıcı adalet, ceza olgusuna eşitliğin sağlanması bakımından zorunlu bir unsur olarak bakmaktadır.” ÇETİNTÜRK, Onarıcı Adalet, s. 44.

¹⁶ “Geçmiş dönem uygulamalarına bakıldığında, klâsik ceza hukuku öğretisinde, mağdurun arka planda bıraktığı ceza hukuku anlayışının hâkim olduğu bir yapı olduğu gözlemlenir. Özellikle XVIII. yüzyılda, suçlar ilgi merkezi olmuşken, XIX. yüzyılda failin temel alındığı, onun kişiliğinin ön plana geçtiği bir ceza hukuku anlayışı ile karşılaşılır. XIX. yüzyılın sonlarında Lombroso, Feri ve Garofalo’nun ve XX. Yüzyılın başlarında Kurt Schneiders’in suçun sebebini fail yoluyla açıklayan çalışmaları, XX. yüzyılın tamamına yakınında egemen olan fail eğilimli, mağduru öteleyen bir ceza hukukunun ortaya çıkmasında ve hâkim duruma gelmesinde büyük rol oynamıştır. XX. yüzyılın üçüncü çeyreğine kadar hem ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku, tamamen fail merkezli bir eğilim taşımıştır. Ancak 1969-1975 yılları arasında ceza hukukundaki reform hareketleri de, yeniden topluma kazandırma, suç olmaktan çıkarma ve insanileştirme alanlarında kendini göstermiştir. Esasında yeniden topluma kazandırma anlayışı, daha çok faile dönük ve fakat mağduru kenarda bırakan bir eğilimin sonucudur. Bu durum temelde toplumsal savunma düşüncesinden kaynaklanmıştır. Anılan anlayışta cezanın amacı, suçluyu ıslah etmek ve onu yeniden topluma kazandırmaktır.” Ferhat USLU, “Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/4, s. 245.

¹⁷ ULUDAĞ, a.g.m., s. 139-140; Cezalandırıcı adalet 3 temel soruya cevap arar: Hangi kanun maddeleri ihlal edilmiştir? Bunu kim yapmıştır? Bu kişi hangi cezayı hak etmiştir? Kısacası suç, kuralların ihlal edilmesidir ve devlet, kuralı ihlal edilen olarak mağdurdur. Dolayısıyla cezalandırıcı adalet, suç ve onun karşılığında faile verilecek acıyla meşgul olmakta, gelecekte değil geçmişle ilgilenmektedir. Sandra L. BLOOM, “Restorative vs. Retributive Justice, E-Mail From America”, The Psychotherapy Review 1(6), November 1999, s. 259.

Cezalandırıcı adalet anlayışının en önemli mahsurlarından birisi, suçun mağdur ve toplum üzerinde meydana getirdiği zararın telafisini değil de faile ceza yoluyla bir karşılık verilmesini önlemesidir. Bu nedenle zararın telafisi ve dolayısıyla mağdur otomatik olarak ikinci plana itilmektedir. Suçun salt yaptırım içeren bir hukuk kuralının ihlali olarak değerlendirilmesinin bir sonucu olarak tüm ceza adalet süreci, “maddi gerçeğin ortaya çıkarılması” şeklindeki “kutsal” amaca hizmet etmek zorunda olduğundan, mağdur ve fail bu amacın gerçekleştirilmesine hizmet eden “özneler”den ziyade “nesnelere” konumuna getirilmektedir.¹⁸ Dolayısıyla bu süreçte mağdurun, fail ve ona verilecek yaptırımın türü, miktarı veya nasıl infaz edileceği hakkındaki düşünceleri önemsizdir; mağdurdan beklenen, failin kendisi aleyhine gerçekleştirdiği eylemi tüm çıplaklığıyla anlatması¹⁹ ve mahkemenin failin eyleminin kanunda tanımlanan tipik eylemle uyumlu olup olmadığına ilişkin tespitine yardımcı olmasıdır.

Öte yandan cezalandırıcı adalet anlayışına göre dizayn edilen sistemlerde, maddi gerçeğe ulaşmak için tamamlanması gereken bir çok aşama ve prosedür bulunmaktadır. Odak noktası cezalandırma olduğu için mahkemeler aracılığıyla bu sürecin titiz bir şekilde sürdürülüp sonuçlandırılması gerekir. İşte bu noktada basit ve nitelikli ayırımı yapılmaksızın suç niteliğindeki tüm eylemler bakımından süreçlerin tamamlanması zorunluluğu sistemleri tıkanma noktasına getirmiş, verilen kararların kalitesi ve adil olup olmadığı tartışmalı hale gelmiştir. Bir şekilde tamamlanan süreçler sonucunda verilen cezaların, yeterince ağır olması, en kısa sürede infazının sağlanması ve hiçbir ayırım yapılmadan suç işlediği kesinleşen herkese mutlak surette tatbik edilmesi gerekmektedir. Ancak bu üç şartın yerine getirilmesinin güçlüğü nedeniyle, verilen cezalar hem fail hem de muhtemel failer bakımından suç işlenmesinin önlenmesini sağlayamamakta, caydırıcı olmamaktadır.²⁰

¹⁸ Örneğin, CMK'nın mağdur ve şikâyetçinin haklarının düzenlendiği 234 vd. maddelerinde iddianamenin mağdura tebliğ edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Mağdurun, kendisi lehine kamu adına faile isnat olunan eylemleri ve fail hakkında talep edilen yaptırım hakkında bilgi sahibi olması önemsenmemiştir. Mağdur bu süreçte “duruşmaya çağrılan kişi” konumundadır ve esasen tanıktan pek farkı bulunmamaktadır. Bu bakımdan mağdur adeta **ceza muhakemesinin mahkûmudur**.

¹⁹ “Mağdur, ceza muhakemesinde sadece bir tanık olarak görülmekte ve bu, bazı fiiller bakımından ikinci bir mağduriyete neden olmakta, bedensel zararlar yanında ruhsal açıdan da zarara neden olabilmekte, hatta özellikle cinsel suçlardan sonra mağdur, toplum tarafından izole edilebilmektedir. Uzun süre failin yeniden topluma kazandırılması konusu üzerinde durulmuşken, *mağdurun da yeniden topluma kazandırılması gerektiği hiç düşünülmemiştir*. Böylelikle ceza yargılamasının merkezine sanık oturtularak birey olarak hep sanık ele alınmıştır. Öyle ki, hukuk devletinden söz edilirken bile, kavramlar hep sanık etrafında biçimlendirilmiştir.” USLU, a.g.m., s. 246.

²⁰ Gerek dünyanın çeşitli ülkelerinde, gerekse Türkiye’de çeşitli suç tiplerine göre analizler

Cezalandırıcı adalet anlayışının bir diğer mahsuru, suç nedeniyle faile verilecek bir karşılık olarak hapis cezasının esas alınmasıdır. Zira bu anlayışa göre kurgulanmış kanunlarda, cezalar genellikle hapis ve para cezası olarak sınıflandırılırlar²¹, hapis cezası dışındaki yaptırımlar ise gerçek bir “alternatif” olmaktan ziyade “seçenek” olarak, hapis cezası merkeze alınarak konumlandırılırlar. Bu anlayışta her ne kadar erteleme bir şartı olarak ya da seçenek bir yaptırım türü olarak mağdurun zararının giderilmesi öngörülse de, bu giderimin maddi bir tazminden ibaret olduğu açık olup, mağdurun ve toplumun gerçek anlamda onarılması amacına hizmet etmesi beklenmez.

Cezalandırıcı adaletin, onarıcı adalet üzerinde düşünülmesi gerekliliğini haklı kılan önemli mahsurlarından bir başkası da, suçun mağdura yönelik bir haksızlık olarak algılanmayışı nedeniyle, suçun işlenmesine neden olan ya da suçla birlikte ortaya çıkan “ihtilaf” ve bu ihtilafın neden olduğu “husumet”in giderilmesi ihtiyacına kayıtsız kalmasıdır. Bu anlayışa göre taraflar arasındaki ihtilafın giderilmesi ceza adaletinin bir meselesi değildir. Failin eylemi karşılığında bir cezaya muhatap olmasıyla sorumluluğunu yerine getirdiği kabul edilir. Oysa karmaşık insan ilişkilerinin derinliklerine temas etmeyen, bireyler arasındaki ihtilafların giderilmesine katkı sağlamayan bir sistemin makbul görülmesi mümkün değildir.

III. YENİ BİR İMKÂN OLARAK ONARICI ADALET

Onarıcı adalet, cezalandırıcı adalet karşısında tamamen başka bir paradigma, yeni bir bakış açısı önermektedir.²² Bu anlayışın temel çıkış noktası; suçun,

yapıldığında sistemin ulaşmaya çalıştığı ve belki de özü olan caydırıcılığa ulaşamadığı, sistemin tüm mekanizma ve prosedürlerine rağmen insanların giderek artan bir oranda suç işledikleri, dahası suç işleyip ceza alan ve cezaevlerinde özgürlüğü kısıtlanan insanların büyük bir kısmının cezalarını müteakip tekrar suç işleyip ceza evine döndüğü tartışılmaktadır. ULUDAĞ, a.g.m., s. 143; Türk ceza adalet sisteminin caydırıcılığıyla ilgili ayrıntılı bir çalışma için ayrıca bkz: Osman DOLU - Hasan BÜKER - Şener ULUDAĞ, “Türk Ceza Adalet Sisteminin Caydırıcılık Kapasitesine İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 1, Y. 2012, s. 69 – 106.

²¹ Örneğin, TCK’nın 45 ve devamındaki maddelerde cezalar, hapis ve adli para cezaları olarak sınıflandırılmış, seçenek yaptırımlar hapis cezası yerine verilebilecek yaptırımlar olarak öngörülmüştür.

²² Onarıcı adalet düşüncesinin öncülerinden birisi olan Howard Zehr, ilk baskısı 1990 yılında kaleme alınan ünlü eserinde onarıcı adaletin yeni bir bakış açısı getirdiğini, bunun gözlük merceklelerinin değiştirilmesine benzediğini, onarıcı adaletin ceza adaletine onarıcı merceklerle bakmak anlamına geldiğini ifade etmektedir. Bkz: Howard ZEHİR, *Changing Lenses, A New Focus On Crime and Justice*, Herald Press, USA-Canada 2005, s. 177vd.. Ayrıca bkz: Paul REDEKOP, *Changing Paradigms, Punishment and Restorative Discipline*, Herald Press, USA-Canada 2008, s. 7vd.; Christa Pelikan ise, onarıcı adaletin yeni bir adalet

salt cezai yaptırım içeren bir kanun hükmünün ihlalinden ibaret olmayıp bir *haksızlık* olduğunun kabulüne dayanmaktadır.²³ Dolayısıyla suç, esas olarak fail ve mağdur arasında cereyan eden bir eylemdir; suçun esas mağduru, suçtan doğrudan etkilenen kişiler ve toplumdur. Suça verilecek karşılık belirlenirken, mağdur ve toplumun katılımı ve onların tatmini göz ardı edilmemelidir.²⁴ Yani onarıcı adalet, suçtan etkilenen kişilerin doğrudan doğruya katılımıyla, suç nedeniyle ortaya çıkan haksızlığın, ihtilaf ve husumetin giderilmesini amaçlayan, suç olgusuna karşı mağdur merkezli bakan ve *geçmiş yerine geleceğe yönelerek* uyumsuzluğu çözmeyi amaçlayan bir yaklaşım getirmektedir.²⁵ Öte yandan onarıcı adaletin, sorumluluk, onarım ve topluma geri kazandırma şeklindeki üç temel fonksiyonu yerine getirmeye çalıştığı ifade edilmektedir.²⁶

paradigması, ceza adaletinde *üçüncü bir yol* olduğunu ifade etmektedir. Bkz: Christa PELIKAN, “Onarıcı Adalet Üzerine”, Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, Ankara 2008, s. 21.

²³ Esasen “mağdur” kelimesinin Türkçe’deki anlamı gayet net ve konumuz bağlamında ilham vericidir. Zira Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre mağdur: “Haksızlığa uğramış kimse” şeklinde tanımlanmıştır. Bkz: <http://tdk.gov.tr>, 10.08. 2015. Zehr’e göre suç, kişilere ve onların ilişkilerine yönelik bir haksızlık-ihlal (violation) dir. Ve bu, faille doğru olan şeyi yapma yükümlülüğü getirir. ZEHR, a.g.e., s. 181. “Suç, bu toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır. Bu yönü itibarıyla, suç, bir haksızlıktır, bir başka ifadeyle, hukuka aykırılık arz eden muayyen bir fiildir. Her hukuk kuralının temelinde bir *değer* yatmaktadır. Bu değerlerin somut bir ifade biçimi olan davranış normlarının ilk icra ettiği fonksiyon; icrai olsun, ihmali olsun, insanın belli fiillerinin ahlaken ve hukukten tasvip edilemez olduğu hususunda bir yargıyı ifade etmeleridir. Yani, bu normlar, belli davranış biçimleri hakkında bir değersizlik *yargısının* (veya *menfi, olumsuz anlamda bir değer yargısının*) oluşumunu sağlamaktadır. Bu normlar, kişilerin belli davranışlarının muhteva itibarıyla doğru olmadıklarının, bir *haksızlık* (gerçeği, hakkı örtme anlamında *zulm*) teşkil ettiğinin tespitini sağlar.” İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2012, s. 154-155.

²⁴ Mark S. UMBREIT, “Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment”, Western Criminal Review 1, 1998, s. 1. “Onarıcı adalet programları bir kaç varsayımı temel alır: (a) suça verilen yanıt mağdur tarafından uğranılan zararı mümkün olduğunca gidermeli; (b) faille davranışlarının kabul edilemez olduğu ve suçun mağdur ve toplum için bazı gerçek sonuçları olduğu anlatılmaya çalışılmalı; (c) failer hareketlerinin sorumluluğunu kabul etmeli ve edebilmeli; (d) mağdurlar ihtiyaçlarını ifade etme ve failin verdiği zararı giderilmesi için en iyi yolun bulunmasına katılma fırsatına sahip olmalı ve (e) toplumun bu sürece katkıda bulunma sorumluluğu olduğu.” Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, United Nations of Drugs on and Crimes, New York 2006, s. 8.

²⁵ Dean John CHAMPION, The American Dictionary of Criminal Justice: Key Terms and Major Court Cases, USA 2004, s. 219; Tony F. MARSHALL, Restorative Justice An Overview, Research Development and Statistics Directorate, Home Office, London 1995, s. 5; Osman SÜMER, “Suç Önleme İşlevi Açısından Uzlaşma”, Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi (Editörler: Güncel ÖNKAL – Özgür SARI), Ankara 2013, s. 49.

²⁶ SOYGÜT ARSLAN, a.g.m., s. 291.

“Onarıcı Adalet Hakkında Birleşmiş Milletler Çalışma Topluluğu” (United Nations Working Party on Restorative Justice) tarafından yapılan tanıma göre onarıcı adalet: *İşlenmiş bir suçtan etkilenen tarafların tümünü, suç nedeniyle ortaya çıkan zararlı sonuçları ve suçun geleceğe yönelik etkilerini nasıl gidecekleri konusundaki meseleyi toplu olarak çözmeleri için bir araya getiren süreçtir. Burada amaç, mümkün olduğu ölçüde zararın tazmin ve telafisi veya suçun neden olduğu zararın ve yaralanmanın giderilmesidir.*²⁷

Onarıcı adalet, suçtan etkilenen kişiler olarak; mağdur, fail ve toplumun ihtiyaçlarını dengeleyerek²⁸, suç teşkil eden eylemlere verilecek karşılık konusunda daha yapıcı, telafi edici, eğitici, affedici, sorumluluk yükleyici, toplumsal katılım ve diyalogu teşvik edici bir model sunmaktadır²⁹. Cezalandırıcı adaletten farklı olarak ihlal edilen kurala ve failin cezalandırılmasına odaklanmak yerine, öncelikli olarak mağdura yoğunlaşmakta ve mağdurun uğradığı maddi ve manevi zararın bir şekilde telafi edilmesine çalışmaktadır³⁰. Onarıcı adaletin en yaygın uygulama modeli “uzlaştırma” olmakla birlikte, aile-toplum grup konferansı (family-community group conferencing), cezalandırıcı halkalar (sentencing circles), uzlaştırıcı halkalar (restorative circles), toplum ıslah kurulları (community reparative boards) gibi modelleri de bulunmaktadır.³¹

²⁷ Bkz: ÖZBEK, M., a.g.e., s. 212.

²⁸ ÇETİNTÜRK, Onarıcı Adalet, s. 25.

²⁹ Kent ROACH, Changing Punishment at the Turn of the Century: Restorative Justice, Canadian Journal of Criminology, Volume 42, Issue 3, July 2000, s. 257. Onarıcı adaletin dayandığı temel ilkeleri; suçla karşı verilecek toplumsal tepkiye, mağdurun maruz kaldığı zararın olabildiği ölçüde giderilmesinin temini ile başlanması; failin mağdura karşı gerçekleştirdiği eylemin etkilerini anlamaya ve bundan dolayı sorumluluğunu kabul etmeye teşvik edilmesi; mağdura, suçun etkilerini faile doğrudan anlatabilmesi, ona sorular sorabilmesi ve suç nedeniyle ortaya çıkan zararın en iyi şekilde giderilebilmesi amacıyla faille kimi zaman toplum temsilcilerinin de katılımıyla, bir kolaylaştırıcı, uzlaştırıcı huzurunda bir araya gelmesinin sağlanması ve şayet faille bir yaptırım uygulanacaksa bu yaptırımın belirlenmesi ve infazı sürecinde söz sahibi olmasının sağlanması, şeklinde sıralamak mümkündür. Bkz: ÇETİNTÜRK, a.g.e., s. 25; Ivo AERTSEN - Robert MACKAY - Christa PELIKAN - Jolien WILLEMSSENS - Martin WRIGHT, Rebuilding Community Connections, Mediation and Restorative Justice in Europa, Germany 2004, s. 15.

³⁰ ÇETİNTÜRK, a.g.e., s. 27. “Aslında bu konunun özüne sadece mağdura ne de sadece sanığa odaklanmaktan ibarettir. Yani böyle bir dengesizliğe prim vermek veya bunu desteklemek değildir. Adilane dengeyi kurabilen bir yapıyı gerçekleştirebilmektir ki, bu da aslında taraflar arasında bir iletişimin kurulması anlamına gelir. Taraflar arasında bir iletişim önem kazanır ama daha genel bir çerçeve içinde bakılarak, söz konusu olan aslında bir toplumsal iletişimsizlik sonucu ortaya çıkan bu gibi olgular karşısında, bireyler arasındaki o iletişimi nasıl kurabileceğimizdir.” TARHANLI, a.g.m., s. 12.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: ÇETİNTÜRK, Onarıcı Adalet, s. 62-92; Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, s. 14-15; Gökhan GÖKULU, “Onarıcı Adalet Kavramı ve Uygulamaları”, Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi (Editörler: Güncel ÖNKAL – Özgür SARI), Ankara 2013, s. 91-95.

Geleneksel cezalandırıcı adalet anlayışına göre dizayn edilmiş sistemlerde mağdurlar; süreç hakkında yeterince bilgilendirilmemekten, kolluk, savcılık ve mahkeme aşamalarında defalarca ifade vermekten, rapora gönderilmekten, davalarının gereksiz yere uzamasından, duruşma öncesinde ve duruşma esnasında çoğu zaman faille birlikte uzun süre bekletilmekten, kolluk, savcı ve hâkimler tarafından hor görülüp nesneleştirilmekten, fail tarafından korkutulup bundan sonraki hayatının kontrolünü kaybetme riskinden, suçun esasen kendileri aleyhine işlenmesine karşın kamu adına yetki kullananlar tarafından düşüncesinin hiç sorulmamasından, uğradığı zararın telafisine yönelik girişimlerin faili cezadan kurtarmak veya cezasında indirim sağlamaya, yani kendisini değil faili korumaya yönelik olduğu izleniminin verilmesinden yakınmaktadırlar.³²

Bir suç mağduru neden kolluk birimlerine veya savcılığa gidip ihbar ve şikâyette bulunur? Belki ilk aşamada, yani sığağı sığağına yapılan başvurular da mağdurlara hâkim olan duygu; bir kötülüğe, haksızlığa uğramış olmanın verdiği acıyla failin en ağır bir şekilde cezalandırılması isteğidir. Ancak zaman geçtikten, belirli bir soğuma süreci yaşandıktan sonra bu duygu değişime uğrar ve failin kendisine verdiği zararı telafi etmesi ve özür dileyip, pişman olduğunu söylemesi ve gelecekte huzur içinde yaşamasını temin edecek güven

³² ÇETİNTÜK, Uzlaştırma..., s. 173; Edna EREZ, "Victim Participation in Sentencing: Rhetoric and Reality", *Journal of Criminal Justice*, Vol. 18, 1990, s. 20-21; UMBREIT, a.g.e., s. 2; AERTSEN – MACKAY - PELIKAN-WILLEMSEN - WRIGHT, s.72-73. Gerçekten de ülkemiz uygulamasında daha kolluk aşamasında mağdurların örselenmeye başladıkları görülmektedir. Zira adli kolluk yapılanmasının bulunmadığı ülkemizde, mağdurların genellikle ilk müracaat ettikleri yerler olan polis veya jandarma karakollarında, çoğunlukla fail veya mağdura yaklaşım konusunda yeterince eğitim almamış kolluk görevlileriyle gerçekleştirdikleri temasın sorunlu olduğu bilinmektedir. Kolluk görevlileri daha ziyade suç ve faile odaklı bir yaklaşıma sahip olduklarından, mağdurun zararı ve psikolojik destek ihtiyacına karşılık verememektedirler. Hatta çoğu zaman, mağdurun acil tedavi ihtiyaçları dahi dikkate alınmayabilmektedir. Malvarlığına yönelik suçlarda ise, eylemin olup bitmiş olması nedeniyle, özellikle hırsızlık veya dolandırıcılık sonucu yitirilen malvarlığının geri alınması için gerekli olan acil tedbirleri almak yerine, ifade almak, zararın tespitini yapmak gibi daha sonra da yapılabilecek işlemlere yoğunlaşmaktadır. Hollanda'da kolluğun bu sorunlu yaklaşımının farkına varılması sonrasında, suç sonrası yapılması gereken işlemlerin daha hızlı ve verimli bir şekilde gerçekleştirilmesi amacıyla 2013 yılında hayata geçirilen "ZSM" adında bir uygulama bulunmaktadır. "Mümkün olduğunca çabuk (as soon as possible)" ifadesiyle izah edilen bu modelde, suçların yoğun olarak işlendiği yerlerde kurulan polis merkezlerinde, polisin yanında savcı, mağdur hizmetleri görevlisi, psikolog, denetimli serbestlik uzmanı, adli tıp uzmanı ile çocuk suçlu ve mağdurlarla ilgili uzmanlar bir arada görev yapmaktadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz: Pauline JAKOPS – Petra Van KAMPEN, "Dutch 'ZSM Settlements' in the Face of Procedural Justice: The Sooner the Better?", *Utrecht Law Review*, Vol. 10, No. 4, November 2014, s. 73-85; Konuyla ilgili resmi İngilizce tanıtım broşürü için ayrıca bkz: http://jj2015.ch/sites/default/files/Bonnes%20pratiques_DUBBELMAN%20pr%C3%A9sent.%20par%20pays%2029.01.15.pdf, 18.08.2015.

duygusunun fail ve devlet tarafından kendisine verilmesi isteğine dönüşür. Zira faile ceza verilmesinin mağdurun dünyasında bir değişiklik yaratması çoğu zaman mümkün değildir, hatta failin, alacağı cezadan dolayı mağdura karşı kin besleyeceği ve ona yeniden zarar vereceği endişesi, mağduriyetin sürekli hale gelmesine neden olur. Sonuç olarak ceza, mağdurun maddi ve manevi kayıplarını giderememekte, sorularına cevap verememekte, korkularını giderememekte, yaşadıklarını unutturmamaktadır³³. Bununla birlikte ceza tehdidi, failin mağduru değil kendisini düşünmeye zorlamakta, dolayısıyla mağdur, kendi zararının telafisini isterken sistem, faili zararı inkâr etmeye veya az göstermeye teşvik etmektedir.³⁴ Öte yandan tüm ceza adalet süreçlerinde failin susma hakkı varken, mağdurun konuşmak, başına gelen olayları defalarca anlatmak ve yaşamak zorunluluğu vardır³⁵.

Fail açısından bakıldığında da onarıcı adaletin imkânları daha elverişli görünmektedir. Zira çoğu zaman failler, şayet suçu meslek edinen kimselerden değil iseler, eyleminin üzerinden kısa bir zaman geçtikten sonra, özellikle mağdur üzerindeki sonuçlarını gördüklerinde, pişman olurlar ve suçu hiç işlememiş olmayı, zamanı geri alma imkânına sahip olabilmeyi dilerler. İşte onarıcı adalet, samimiyetini ispatlamak isteyen faillere bu imkânı tanır.

Geleneksel ceza adalet sistemlerinde, mağdurla fail arasında bir diyalog kurulamamakta, mağdur faile, eyleminden dolayı yaşadıklarını anlatamamakta, neden mağdur olarak kendisini seçtiğini ve bunu neden yaptığını soramamaktadır. Öyle ki, failin mağdurdan içten bir özür dilemesine dahi izin verilmemekte, failin mağdurun gözünde bir canavar olarak görülmeye devam etmesine neden olunmaktadır. Oysa mağdurun dünyasında, suç nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlık; korku, güvensizlik, utanma gibi çeşitli duygular olarak görülmektedir. Bu duygular dikkate alınmalı, dolayısıyla mağdurun sadece tanık olarak görülmesinden vazgeçilmeli, onun mutsuz, utangaç ve yaralanmış bir insan

³³ ÇETİNTÜK, Uzlaştırma..., s. 177.

³⁴ ÇETİNTÜK, Uzlaştırma..., s. 178.

³⁵ SOYGÜT ARSLAN, a.g.m., s. 289. Ülkemiz uygulamasında, mağdurun yaşadığı olayları defalarca anlatmaya zorlanması sadece savcılık ve mahkeme aşamasında değil kolluk aşamasında da sıklıkla görülen bir durumdur. Kolluk pratiğimizde, suç şüphesi taşıyan bir olay meydana geldiğinde bazen sırasıyla resmi asayiş ekipleri, emniyet müdürlüğü araştırma ekipleri, polis karakolu ekipleri, asayiş şube müdürlüğü uzman ekipleri, sorumlu amir ve müdürler olaya müdahil olduklarından mağdurun hassas durumunu dikkate almadan olayı aydınlatmak ve şüpheliyi yakalamak amacıyla mağdura sorular yöneltebilmektedirler. Suça ve faile odaklı bu yaklaşım mağdurun daha sürecin ilk aşamasında ikinci bir travma yaşamasına neden olur. Bkz: Ahmet POLAT, "Polisin Mağdura Yaklaşımı ve Eğitimi", Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu (30-31 Ekim, Ankara) Tebliği, Sempozyum Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara Mayıs 2015, s. 362.

olduğu gerçeği göz ardı edilmemelidir.³⁶ Öte yandan mağdurlar, kovuşturma sonrasında ve özellikle hapis cezasıyla cezalandırılmaları sonrasındaki süreçte çoğu zaman failerin hedefinde kalmaya devam ederler ve cezaevinden çıktıkları sonra kendisine veya yakınlarına tekrar zarar vereceği korkusuyla yaşamaya devam ederler ve kendilerini uzun süre korunmasız hissederler.³⁷ Cezalandırıcı adalet anlayışına dayalı sistemlerin mağdurun bu korkusunu gidermeye yönelik bir aracı ve amacı bulunmamaktadır. Buna karşın onarıcı adalet bu korkunun diyalog yoluyla aşılmasına imkân verir.

IV. PARADİGMA DEĞİŞİKLİĞİNİN TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNE YANSIYAN YÜZÜ: UZLAŞTIRMA

Bilindiği üzere 2005 yılında yapılan kanun çalışmaları sonucunda temel ceza mevzuatı bütünüyle yenilenmiş ve ceza adalet sistemimizde köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda, özellikle Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)'nda muhakeme süreçlerinde mağdurun eskiye nazaran daha güçlü bir konuma getirildiğini söylemek mümkündür.³⁸ Ancak biz bu çalışmada mağdurun fail karşısındaki konumunu güçlendiren bu soyut düzenlemeleri ayrıntılı olarak incelemekten ziyade, mağdurun genel olarak ceza adalet sistemi ve uygulamasındaki konumlandırılışı ve kanunla mağdura vad edilen imkânlardan biri olan uzlaştırma kurumunun çıkmazları üzerinde duracağız.

Uzlaştırma kurumu, 2005 yılında yapılan düzenlemelerin bir parçası ve tek onarıcı adalet mekanizması olarak sisteme dâhil edilmiştir.³⁹ Ancak başlangıç

³⁶ ÇETİNTÜRK, Uzlaştırma..., s. 179-180.

³⁷ Gerçekten de “mağdur, yargı süreci tamamlandıktan sonra, sadece mağduriyetin tekrarlanma olasılığına karşı değil (ki bu noktada kovuşturma ve hürriyeti bağlayıcı cezaların mağduriyetin tekrarlanması olasılığını artırdığına yönelik araştırmalar mevcuttur), aynı zamanda devlet tarafından ihmal edilme riskine karşı da savunmasız durumdadır. Bu aşamada mağdur devlet için suç oluşturan filin tanığı veya sanık hakkında bilgi kaynağı olma değerini kaybetmiştir.” Todd FOGLESONG, “Mağdur Haklarının Korunmasında Ampirik ve Etik İkilemler”, Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu (30-31 Ekim, Ankara) Tebliği, Sempozyum Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara Mayıs 2015, s. 319.

³⁸ Mağdur haklarına ilişkin ceza mevzuatında bulunan düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Hakları İnceleme Raporu, Adalet Bakanlığı İç Denetim Birimi Başkanlığı, Rapor Tarihi: 10 Temmuz 2013, s. 15-35 (Raporun dijital formatına erişim için bkz: http://www.icdenetim.adalet.gov.tr/raporlar/yayinlanan_rapor/2013-3.pdf, 15.12.2014); Asuman İNCEOĞLU, “Ulusal Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Mağdur Hakları”, Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu (30-31 Ekim, Ankara) Tebliği, Sempozyum Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara Mayıs 2015, s. 57-75; Olgun DEĞİRMENÇİ, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBB Dergisi, S. 77, 2008, s. 33-86.

³⁹ JAHİC – YEŞİLDALI, a.g.m., s. 18.

olarak sınırlı ve tereddütlü bir düzenleme yapılmıştır. Zira 2005 yılı öncesindeki mevzuatımız klasik ceza hukuku felsefesi esas alınarak dizayn edilmişti. Bununla birlikte yeni ceza mevzuatımıza hâkim olan anlayışın bu eski anlayışı bütünüyle terk ettiğini söylemek mümkün değildir.⁴⁰ Yeni Türk Ceza Kanunu (TCK) ve CMK'nın ilk halinde, düzenleme bakımından uzlaştırmayla ilgili ikili bir görünüm bulunmaktaydı. Başlangıçta TCK'nın "Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar ve uzlaşma" başlıklı 73. maddesinin 8. fıkrasında ve CMK'nın 253-255. maddelerinde ayrı ayrı hükümler bulunmaktaydı, ancak 2006 yılında 5560 sayılı kanunla yapılan düzenleme sonucunda uzlaştırmaya ilişkin TCK hükmü kaldırılmış ve CMK'da bulunan maddelerde önemli değişiklikler yapılmıştır.

Bu bölümde, uzlaştırma kurumunun temel özellikleri, farklı başlıklar altında ülkemizdeki mevcut düzenleme ve uygulamaya ilişkin eleştiri ve önerilerimizle birlikte tartışılacaktır. Bununla birlikte, şüphesiz uzlaştırmamızın ülkemizdeki düzenleme ve uygulaması ile ilgili olarak söylenmesi gereken çok şey bulunmaktadır ancak biz bu çalışmada fail odaklı bir eksenden mağdur ve çözüm odaklı bir eksene dönüşümü temsil eden uzlaştırma kurumu bağlamında mağduru konumu bakımından bir değerlendirme yapacağımızdan belirli konulara değinmekle yetineceğiz.

⁴⁰ Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu (CMUK)'nun 358. maddesinde düzenlenen "şahsi hak davası" kurumunun CMK kapsamına alınmaması, yeni mevzuata hâkim olan anlayış hakkında bir miktar ipucu vermektedir. Doktrinde Arslan'ın da haklı tespitinde ifade edildiği üzere; "Bu durum mağduru korumasına ilişkin çağdaş ceza hukukunda giderek güçlenen akıma uygun olmamıştır. ... Şahsi hak davası, maruz kaldığı fiil nedeniyle maddi ve manevi olarak zarar gören mağduru, bu zararının herhangi bir harç veya diğer bir masraf yapmadan gidermesi olanağı sağlamakla, çok önemli bir işleve sahiptir. Şimdi bu olanak ortadan kaldırılmakla; mağdur uğradığı zararın giderilmesi için hukuk mahkemesine başvurmak zorunda bırakılmak ve dolayısıyla yargılama masrafı ve avukat ücreti karşılama gibi bir yığın sorunla muhatap bırakılarak tekrar mağdur edilmektedir." Çetin ARSLAN, "Türk Hukukunda Suç Mağduru Zararın Tazmini", Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (26 Mayıs-4 Haziran 2010 İstanbul ve Ankara) Tebliği, Sempozyum Kitabı, C. 2, İstanbul 2013, s. 2356. Buna karşın Kafes, aksi yöndeki kanaatini, ihdas edilen yeni kurumları gerekçe göstererek şu ifadelerle dile getirmiştir: "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunundaki tüm olumlu gelişmelere rağmen şahsi hak talebine yer verilmemesinin mağdur haklarını daralttığı ileri sürülmektedir. Avrupa Konseyi Tavsiye Kararlarında önerilen ve Anglosakson hukuk sistemi dışında genel kabul gören şahsi hak talebine kanunda yer verilmemiş olması bir bakıma eksiklik olmasına karşın, 1412 sayılı CMUK döneminde uzun yıllar işlerlik kazandırılmayan şahsi hak davasına yeni kanunda yer verilmemiş olmasını mağdur hakları yönünden -pratikte- bir kayıp olarak görmüyoruz. Yeni kurumların, suçtan doğan her türlü zararın giderilmesini kapsayacak biçimde uygulanmasıyla mağdur hakları açısından etkin bir güvence sağlanacağına inanıyoruz." Veli KAFES, Ceza Hukukunda Mağduru Zararının Giderilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 60 (1), Y. 2011, s. 150.

A. Amacın belirsizliği

Uzlaştırma kurumu 2005 yılında getirilmesine rağmen, yukarıda onarıcı adalete ilişkin yaptığımız açıklamalarda öngörülen fayda ve sonuçlar elde edilememiştir. Bunun en önemli sebebi, uzlaştırmanın bir onarıcı adalet kurumu olarak değil, daha ziyade yargının iş yükünü azaltmak şeklindeki pratik amaçla sisteme dahil edilmesi⁴¹ ve cezalandırıcı adalet anlayışı esas alınarak yapılan kimi diğer düzenlemelerdir.

Bir kurum ihdas ederken pratikteki amacınız, şayet kurumun tarihsel gerçekliği ve öncelikleriyle uyumsuz olursa o kurumdan, ne beklediğiniz faydayı ne de diğer ülkelerdeki iyi uygulama örneklerinde ortaya çıkan faydaları temin etmeniz mümkün olabilir.⁴² Bununla birlikte mevzuattan, uygulama ve kurumsal yapı eksikliğinden kaynaklanan kötü sonuç, uygulayıcı ile taraflar ve toplum nazarında kurumun gereksiz, faydasız hatta “kötü” olduğu kanısının oluşmasına dahi neden olabilir ki, bunun düzeltilmesi kanun yapmak veya değiştirmek kadar kolay değildir.⁴³

⁴¹ Aynı yöndeki görüş için bkz: Asuman A. İNCEOĞLU - Ulaş KARAN, “Türkiye’de Ceza Davalarında Uzlaşma Uygulamaları: Hukuki Çerçevenin Değerlendirilmesi”, Onarıcı Adalet-Mağdur Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 46; ÇETİNTÜK, Uzlaştırma..., s. 454.

⁴² Aslında denetimli serbestlikle ilgili olarak yapılmış olan ancak konumuza rahatlıkla uyarlanabileceğimiz spordan mülhem bir analogide Peter RAYNOR şu ifadeleri kullanır: Futbol oynamanın birçok farklı yolu vardır, farklı ölçeklerde ve yüzeylerde sahalar kullanabilirsiniz, bu bir plaj ya da bir stadyum olabilir, uzun ya da kısa süreli maçlar yapabilirsiniz, farklı kıyafetler giyip farklı sayılarda oyuncu ile oynayabilirsiniz, iyi ya da kötü oynayabilirsiniz, fakat yine de oyun fark edilebilir bir şekilde futbol olarak kalır. Bununla birlikte topsuz, rakip takımlarsız, golsüz, rakibinden daha fazla gol atmayı amaçlamayan takımların bulunduğu bir futbol imajı absürddür ve kendi kendisiyle çelişir. Bu özellikler futbolun temel vasıflarıdır, kavramın anlamının parçalarıdır ve futbol kavramının mantıken gerekliliğini ortaya koyar, onlar olmadan bizim anladığımız gibi bir futboldan bahsedilemez, oysa yer, uzunluk, donanım gibi diğer detaylar, farklı bir oyuna dönüşmeksizin tamamen değişebilir, ancak oyun değişmez. Çünkü bu, esasa müteallik bir husustur. Tabi ki bazı önemli farklılaştırmalar olabilir, ayaklarını kullanamayanlar için tekerlekli sandalye futbolu gibi, ya da amacı yalnızca puan toplamak olmayan Amerikan ya da rugby futbolu gibi, fakat temel nokta şudur ki, eğer top yoksa futbol oynayamazsınız. Şayet bu temel özellikler eksikse, sadece oynar gibi yapıyorsunuzdur, ya da aslında başka bir şey oynuyorsunuzdur. Eğer bir eylemin esas amaçlarını ya da temel özelliklerini unuttur, göz ardı eder ya da dışarıda bırakırsanız, aynı isimle söylüyor olsanız bile artık aynı eylemi yapmıyorsunuzdur. Peter RAYNOR, “Is Probation Still Possible?”, The Howard Journal, Vol 51, No 2, May 2012, s. 175-176. Makalenin Türkçe tercümesi için ayrıca bkz: “Denetimli Serbestlik Hala Mümkün müdür?”, Tercüme eden: Hakan A. YAVUZ - Süleyman ÖZAR, Küresel Bakış Çeviri Dergisi, Yıl 4, S. 12, Ocak 2014, s. 11-39.

⁴³ Uzlaştırmanın bir ceza adalet kurumu olarak sistemimizde konumlandırılması sonrasında toplumda oluşan algıyla ilgili olarak “Adalet Barometresi” adı altında yapılan araştırmada,

Maalesef geçen süreçteki uygulama ve kanundaki sınırlamalar bir onarıcı adalet kurumu olan uzlaştırmacının neye tekabül ettiğinin anlaşılmasını ve faydalarının gün yüzüne çıkmasını sağlayamamıştır.⁴⁴ Özellikle hâkimler, savcılar ve avukatlar nezdinde uzlaştırma, mevzuatta çok sınırlı bir şekilde düzenlenmesi, şikâyete tabi suçlara münhasır kılınması, uzlaştırmaya ilişkin kurumsal bir yapının bulunmaması, eğitilmiş uzlaştırmacıların yok denecek kadar az olması gibi nedenlerle gereksiz ve mevcut iş yükünü artırıcı bir kurum olarak görülmektedir.⁴⁵ Bununla birlikte, ortaya çıkan bu tablonun şaşırtıcı olduğunu söyleyemeyiz, zira uzlaştırma derken yepyeni bir bakış açısından, bir paradigma değişikliğinden bahsediyoruz ki, kişisel ve kurumsal alışkanlıkların değiştirilmesinin çok zor olduğu ülkemiz için bu değişimin bir çırpıda gerçekleşmesi zaten mümkün olamazdı.⁴⁶

B. Zararın giderimi veya tazmini mi, mağduriyetin telafisi mi

Suçun sebep olduğu sonuçlar mağdurun ve yakınlarının dünyasında çok farklı şekillerde vücut bulabilmektedir. Bu sonuçlar kimi zaman, maddi bir varlığın yitirilmesi, eksilmesi veya zarar görmesi şeklinde, kimi zaman da manevi varlığın etkilenmesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir.⁴⁷ Yetkin bir ceza adalet sisteminden, hangi formda olursa olsun, mağdurun suçtan kaynaklanan mağduriyetinin telafisi için makul ve tatmin edici imkânlar sunması beklenir. İşte

katılımcılara uzlaştırmacının ne olduğunu bilip bilmedikleri sorulduğunda, katılımcıların %43,1'inin bildiğini, %56,9'un ise bilmediğini söyledikleri, ardından uzlaştırmacının ne olduğunu bildiklerini söyleyenlere üç ayrı tanım verildiği ve bunlardan hangisinin uzlaştırmacının doğru tanımı olduğu sorulduğunda, uzlaştırmacının ne olduğunu bildiğini düşünen katılımcıların büyük bir kısmının (%75'i) aslında konuyu doğru bilmediği görülmüş, tüm katılımcılar arasında uzlaştırmacının doğru tanımını bilenlerin oranı %7 olarak tespit edilmiştir. Bkz: KALEM – JAHİC – ELVERİŞ, a.g.e., s. 25. *Araştırma sonucu, bu kadar önemli bir kurum hakkındaki bilgi ve toplumda oluşan algının ne kadar sorunlu olduğunu göstermesi bakımından dikkat çekicidir.*

⁴⁴ Ayrıca bkz: JAHİC – YEŞİLADALI, a.g.m., s. 19.

⁴⁵ Konuyla ilgili olarak yapılan bir araştırma için bkz: Seda KALEM, “Ceza Davalarında Uzlaşma: Uygulayıcı Görüşü”, Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, Ankara 2008, s. 83-108.

⁴⁶ “...Ancak bu yöntemin ceza adalet sisteminin bir parçası olarak kabul edilmesi ve uygulanması konusunda büyük tartışmalar yaşanmaktadır. Türk toplumunda, güçlünün korunup güçsüzün ezildiği, ataerkil ve geleneksel uygulamaların karşısında hukuk ülkenin modernizasyon aracı olarak görülmektedir. Bu nedenle uzlaşma gibi “gayri resmi” olarak nitelendirilebilecek yeni bazı kurumların ceza adaleti sistemi içerisinde yer almasına şüphe ve korku ile yaklaşılmaktadır.” İNCEOĞLU-KARAN, a.g.m., s. 45.

⁴⁷ Mağdur, mağduriyet ve zarar kavramlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Veli Özer ÖZBEK, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Ankara 1999, s. 21-33; ARSLAN, a.g.e., s. 2338-2342; Veli KAFES, a.g.e., s. 86-94; DEĞİRMENCİ, a.g.e., s. 36-42.

onarıcı adalet ve uzlaştırma, maddi zararın giderimi veya tazmininin ötesinde, bir bütün olarak mağduriyetin *telafisine*⁴⁸ imkân verecek araçlar sunması nedeniyle dikkate değerdir.

Türk ceza mevzuatının temel kanunlarının 2005 yılında yenilenmesiyle mağdurun suçtan kaynaklanan zararlarının telafisine ilişkin eski hükümler yeniden ele alınmış ve kimi yeni düzenlemeler ihdas edilmiştir.⁴⁹ Bu kapsamda, CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen ve uzlaştırma gibi bu süreçte sisteme dahil edilen yeni bir kurum olan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının zorunlu bir şartı olarak, TCK'nın 50. maddesinde kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlardan birisi olarak, 51. maddesinde hapis cezasının ertelenmesinin ihtiyarı bir şartı olarak, 168. maddesinde malvarlığı aleyhine işlenen bazı suçlar bakımından bir etkin pişmanlık hükmü olarak, *mağdurun zararının giderilmesine* ilişkin düzenlemeler yapılmış, ayrıca belirli bazı suç tipleri bakımından mağdurun durumunun, verilecek cezanın belirlenmesinde dikkate alınacağı düzenlenmiştir.

Mağdurun zararının giderilmesine yönelik söz konusu düzenlemeler dikkatle incelendiğinde, birçoğunun tamamen *fail lehine* olan bazı sonuçların temini amacına matuf olduğu, yani mağdurun değil failin esas alındığı bir yaklaşımla kurgulanarak, faile hizmet ettiği görülmektedir. Dolayısıyla bu düzenlemeler onarıcı adaletle ulaşılmaması hedeflenen birçok amacın uzağındadır, zira maddi zararın giderimi onarıcı adaletin tek amacı değildir, çünkü maddi zararın giderimi çoğu zaman, ihtilafı ve husumeti ortadan kaldırmamakta, bir tazminden ibaret kalıp mağduru ve toplumda bozulan düzeni onarmamaktadır.⁵⁰ İşte bu

⁴⁸ Türk Dil Kurumu Sözlüğünde yapılan; “kötü bir etkiyi veya sonucu başka bir etki ile yok etme, karşılama, yerine koyma” şeklindeki tanımlamadan da görüleceği üzere, “telafi” kavramı, giderim veya tazmin kavramından daha geniş ve konu bakımından daha elverişli bir anlam çerçevesine sahiptir. Bkz: <http://tdk.gov.tr>, 13.08. 2015.

⁴⁹ Ayrıntılı bir çalışma için bkz: Esra ALAN AKCAN, “Mağdurun Zararının Giderilmesi”, Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu (30-31 Ekim, Ankara) Tebliği, Sempozyum Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara Mayıs 2015, s. 275-288; Fatma Karakaş DOĞAN, “Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 95, Y. 2011, s. 198vd. 2005 yılı öncesinde yürürlükte olan mevzuat kapsamındaki duruma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZBEK, V., s. 223-333.

⁵⁰ Doktrinde Maden, kısa süreli hapis cezasına seçenек yaptırımlardan birisi olarak TCK'nın 50. maddesinin 1. fıkrasının “b” bendinde düzenlenen, “mağdurun veya kamunun zararının tamamen giderilmesi” yaptırımıyla ilgili olarak; “Bu yaptırım; “mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi”nden ibaret olmakla, zararın karşılanmasıyla sınırlıdır ve bunun ötesinde failden bir şey beklenmemektedir. Yürürlükteki ceza hukuku sistemimiz, “haksızlığa uğrayan kişinin mağduriyetini giderme”ye matuf yaptırımlardan daha çok “haksızlığı gerçekleştiren kişi

nedenle uzlaştırma bağlamında, mağduriyetin bir bütün olarak telafisine imkân sağlanması bu düzenlemelerden ayrılmaktadır.

Uzlaştırma düzenlemesinin başlangıçtaki kurgusu ve uygulamadaki tecrübeler de göstermektedir ki, uzlaştırma daha ziyade mağduru maddi zararlarının giderilmesi amacıyla matuf bir kurum olarak anlaşılmıştır. Zira CMK'nın 253. maddesinin 19. fıkrası ve 254. maddesinin 2. maddesinde kullanılan ifadeler bu tespitimizi haklı çıkarmaktadır. Her iki fıkrada da bulunan; *“Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def’aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksitli bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, ...”* şeklindeki ifadeyle çerçevesi belirlenen “edim” kavramının daha ziyade maddi varlıklara ilişkin olduğunun varsayıldığı anlaşılmaktadır. Buna karşın bir çelişki olarak zikredebileceğimiz husus ise, edimi bir maddi varlık olarak tasavvur eden kanun koyucunun, malvarlığı aleyhine işlenen suçları uzlaştırma kapsamına dahil etmemiş olmasıdır!

Edime odaklanan bir uzlaştırma süreci, onarıcı adaletin esas meseleleri olan, iletişim kurma, müzakere edebilme, karşılıklı birbirini anlama ve somut zararın giderilmesinden ziyade genel olarak mağduriyetin telafisi ve husumetin giderilmesi amaçlarının gerçekleştirilmesi bakımından sorunlu bir görünüm arz etmektedir. Bu şekliyle uzlaştırmanın, TCK'daki diğer düzenlemeler gibi, mağdurdan ziyade fail için “zararı öde kurtul” şeklinde bir kolaylaştırıcıya dönüşme tehlikesi bulunmaktadır.

C. Beklentiler, kullanışlılık problemi ve uygulamadaki sonuçlar

Mağduru merkeze alan, onun maddi ve manevi olarak memnun edilmesi, ihtiyaçlarının karşılanması suretiyle, bir haksızlık nedeniyle ortaya çıkan ihtilafın fail ve mağduru birebir katılımıyla ortadan kaldırılmasını amaçlayan uzlaştırmanın, suçun doğrudan mağduru gerçek kişiler ile suçun geniş anlamda mağduru olan toplum bakımından çok sayıda faydası bulunmaktadır.

Uzlaştırma bir onarıcı adalet kurumu olarak, klasik cezalandırıcı adalet yöntemleriyle ulaşılamayan kimi faydalara ulaşabilme imkânı tanımaktadır. Mağdur cephesindeki en önemli faydalarını; suçun bir haksızlık olduğunun kabulü sonucunda mağdura karşı yapılan haksızlığın giderilmesi için ceza adalet süre-

üzerinde belli fiili ve hukuki sonuçlar doğurmaya, bu kişiye belli etkilerde bulunmaya” matuf yaptırımlar üzerine kuruludur.” ifadelerini kullanmasına rağmen, söz konusu yaptırımının bir “onarıcı adalet yaptırımı” olduğunu ifade etmektedir. Bkz: Mehmet MADEN, “Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, Ankara 2012, s. 2, 113.

cinde dikkate alınması gereken önemli, aktif, saygıya değer bir öznesi konumuna getirilmesi, süreç boyunca faille bir şekilde irtibat kurulması imkânı verildiği için mağdurun psikolojik olarak rahatlmasına imkân sağlanması, intikam duygusunun mağduriyetin telafisiyle birlikte yerini sükûnete bırakması, süreç sonrasında devam edebilecek husumetin de ortadan kalkması nedeniyle bir güvenlik duygusu sağlanması ve aylar hatta yıllar sürebilecek muhakeme sürecinden ve bu süreçte yaşanabilecek ikincil mağduriyetlerden kurtulması şeklinde sıralayabiliriz. Toplum bakımından temin edilebilecek faydaların ilk sırasında ise, klasik cezalandırıcı adalet yöntemleriyle bir türlü sağlanamayan suç işlenmesinin önlenmesi amacına katkıda bulunulmasıdır. Çünkü uzlaştırma, faili cezalandırmak suretiyle geçmişe odaklanan bir anlayış yerine, husumeti giderip bozulan sosyal ilişkileri onarmak suretiyle geleceğe yönelmektedir. Öte yandan suç sonrasında gündeme gelen resmi süreçlerinin daha hızlı ve tatmin edici olarak son bulması nedeniyle toplumun ceza adalet kurumlarına olan inancı ve güveninin artmasına da katkı sağlanmaktadır.⁵¹

Uzlaştırmanın teorik olarak sağlaması beklenen yukarıdaki faydaları bağlamında ülkemizdeki durum incelendiğinde bazı çelişki ve sapmalarla karşılaşmaktadır.

Uzlaştırma, bu sistemde soruşturma veya kovuşturmayla alternatif olarak uygulanabilen ve başarı sağlandığı takdirde, soruşturmayı veya kovuşturmayı sona erdiren salt bir diversiyon (diversion: sistem dışına yönlendirme) kurumu⁵² olarak kurgulanmıştır. Böyle bir anlayışla kurgulanan bir uzlaştırma kurumu yukarıda zikredilen faydaların birçoğunun gerçekleştirilmesini imkânsız kılmaktadır.

Yeni ceza mevzuatı şayet suçun bir haksızlık olduğu ön kabulüne dayanıyor ise, suç işlenmekle haksızlığa uğrayan kişilerin ihtiyaçlarının bir şekilde karşılanması, ya da en azından durumlarının suç öncesindeki hale getirilmesinin sağlanması gerekir ki haksızlığa, yani suça gerçek anlamda bir karşılık verilmiş olsun. İşte bu noktada uzlaştırmanın uygulanabileceği suçların tipleri ve sınırlı sayıda oluşu uzlaştırmanın amaçlarıyla bağdaşmamaktadır.

Mevcut düzenlemelere göre, özellikle muhakeme sonunda verilecek sonuç hapis cezasının alt sınırının 2 yılın altında kaldığı durumlarda, fail hakkında hapis cezası dışında uygulanabilecek birçok alternatif bulunmakta, bununla birlikte hapis ve para cezalarının infazında da fail lehine kolaylaştırıcılar bu-

⁵¹ ÇETİNTÜK, Uzlaştırma..., s. 184-195.

⁵² İNCEOĞLU-KARAN, a.g.m., s. 46. Diversiyon kavramı ve uygulamaları hakkında ayrıca bkz: ÖZBEK, V., a.g.e., 121 vd.

lanmaktadır. Buna karşın mağdurun ihtiyaçlarının karşılanması ve ceza adalet sürecine etkin olarak katılımının sağlanmasına yönelik araçlar sınırlı sayıdadır.

Uzlaştırmanın uygulanabildiği suç tiplerine bakıldığında, bu suçların esas olarak etkin pişmanlık hükmü içermeyen ve cinsel dokunulmazlığa ilişkin olmayan şikâyete tabi suçlar ile şikâyete tabi olmayan belirli bazı suçlar⁵³ olduğu görülmektedir. Ayrıca uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde uzlaştırma hükümleri uygulanamamaktadır. Görüldüğü üzere uzlaştırmanın uygulanabileceği suçlar çok sınırlı olup⁵⁴, bu kapsama özellikle karşılaştırmalı hukukta uzlaştırmanın en çok uygulandığı malvarlığı aleyhine işlenen suçlar dahil edilmemiştir.⁵⁵ Bu sınırlamalar nedeniyle uzlaştırma, uygulamada kullanışlı bir yöntem olarak görülmemektedir.⁵⁶

Özellikle şikâyete tabi suçlar bakımından, uygulamada daha kolay ve hızlı bir yöntem olarak görülen “şikâyetten vazgeçme” yolu hâkim ve savcılar tarafından daha çok tercih edilmektedir. Oysa şikâyetten vazgeçme ile uzlaştırmadan elde edilebilecek faydalar kıyaslanamaz. Bir başka husus, etkin pişmanlık hükmü içeren suçlar bakımından uzlaştırmının uygulanamamasıdır ki buna ilişkin düzenleme, kanun koyucunun uzlaştırma ve etkin pişmanlık kurumlarının aynı amaca hizmet ettiği yönündeki hatalı yaklaşımını yansıtmaktadır.

Öte yandan TCK'nın 86. maddesinde düzenlenen üstsoy, altsoy, eşe veya kardeşe karşı işlenen basit derecede yaralama suçlarının uzlaştırma kapsamına alınmaması, ihtilafları ve husumetleri gidermesi özelliğiyle öne çıkan

⁵³ Bu suçlar CMK'nın 253. maddesinin 1. fıkrasının “b” bendine göre: “Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88), 2. Taksirle yaralama (madde 89), 3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116), 4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234), 5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239)” suçlarıdır.

⁵⁴ ŞAHİN, a.g.e., s. 777; ÇETİNTÜK, Uzlaştırma..., s. 462.

⁵⁵ ÇETİNTÜK, a.g.e., s. 463-464. “Zira uzlaşma kurumu asil olarak mala karşı suçlarda uygulanabilecek olan bir kurumdur. Çünkü mala karşı suçlarda mağdurun zararının tamamıyla giderilmesi mümkündür.” Ayşe NUHOĞLU, “Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar”, Kazancı Hukuk Dergisi Uzlaşma Özel Sayısı, 2010, s. 87 – 88; İlk mağdur-fail uzlaştırması, 1974 yılında Kanada’da mala zarar verme suçu faili iki sanığın bir denetimli serbestlik görevlisinin tavsiyesi doğrultusunda mağdurla görüşüp zararın tazmini konusunda anlaşmaları şeklinde gerçekleşmiştir. Öznur SEVDİREN, “Cezalandırmada Bir Paradigma Değişikliği Olarak Onarıcı Adalet Felsefesi: Bir Sentez Denemesi-I”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 15, Nisan 2011, s. 109.

⁵⁶ Konuyla ilgili ayrıca bkz: Ali Kemal YILDIZ, “Uzlaşma – Şikâyet İlişkisi”, Kazancı Hukuk Dergisi Uzlaşma Özel Sayısı, 2010, s. 93 – 115.

uzlaştırmanın belki de en çok fayda sağlayabileceği bu suç tipi bakımından *uygulanmaması* sonucunu doğurmaktadır. Oysa aile içerisinde işlenen basit nitelikli yaralama suçları bakımından fail hakkında zorunlu olarak dava açılması ve zorunlu olarak mahkûmiyete hükmedilmesi, ailenin kutsal kabul edildiği toplumumuzda, aile içindeki basit ihtilafların derinleşip mağduriyetlerin artmasına neden olmakta, aile fertleri arasında oluşan ve kendilerinin çözmekte başarılı olamadıkları ihtilafların bir uzlaştırmacı yardımıyla çözülmesi imkânından onları mahrum bırakmaktadır.⁵⁷ Zira bu tür şiddet suçları, aile ilişkilerinde doğru gitmeyen bir şeylerin varlığından kaynaklanır ki, belki de bu sebeplerin müzakereyle en kolay şekilde ortaya çıkartılıp onarılabileceği suç tipleri aile fertlerinin birbirlerine karşı işledikleri suçlardır.⁵⁸ Dolayısıyla aile içindeki husumeti gidermek için gerekli tedbirleri almak hususunda görev ve sorumluluğu bulunan ancak kadın hakları derneklerinin aile birliğini yeterince dikkate almayan yaklaşımlarının tahakkümü altında bulunan yasama organının, cezalandırma uğruna bu suçları uzlaştırma kapsamına almaması anlaşılabilir bir tutum değildir.⁵⁹

⁵⁷ 11.05.2011 tarihinde imzaya açılan, 24 Kasım 2011 tarihinde TBMM’ce onaylanıp 08.03.2012 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan, kamuoyunda “İstanbul Sözleşmesi” olarak bilinen “Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi”nin “Zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm usulleri veya hükümlerinin yasaklanması” başlıklı 48. maddesinin 1. fıkrasında; “*Taraflar, iş bu Sözleşme kapsamındaki her türlü şiddete ilişkin olarak arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil olmak üzere, zorunlu alternatif uyuşmazlık çözüm süreçlerini yasaklamak üzere gerekli hukuki veya diğer tedbirleri alır*” şeklindeki hükmünün bu suçlar bakımından uzlaştırma hükmünün uygulanmasına dair bir değişiklik yapılmasına engel olduğu düşünülebilir. *Kanımızca*, uzlaştırmanın sistemimizde “zorunlu” bir alternatif çözüm yöntemi olmayıp, suçla ilgili kovuşturma yapılabilmesi için mağdura *teklif edilmesi zorunlu* bir kurum olması nedeniyle söz konusu suçların uzlaştırma kapsamına alınması önünde bir engel bulunmamaktadır.

⁵⁸ “Bu kişilere karşı işlenen kasten yaralama suçlarının büyük bölümünde zaten taraflar dava devam ederken barışmaktadırlar. Ancak suçun kamu davası olması nedeniyle mağdur şikâyetçi olmasa da davaya devam edilmekte ve mağdur istemese dahi fail cezalandırılmaktadır. Bu durum ise ilişkileri hiç onarılamaz durumlara getirmektedir....Bu nedenle bu tip suçlarda en güzel çözüm, olaylar büyümeden tarafların uzlaştırma yoluyla barıştırılması olacaktır.” ÇETİNTÜRK, Uzlaştırma..., s. 477.

⁵⁹ Uygulamada, kolluk, savcılar ve hâkimler tarafından olumsuz sonuçları bizzat müşahade edilen bu düzenlemeyle ilgili olarak yoğun itirazlar bulunmaktadır. İnternette, hâkim ve savcıların paylaşımında buldukları özel bir sosyal medya ortamında bir hâkim tarafından özel bilgiler gizlenmek suretiyle paylaşılan bir mağdur dilekçesi çelişkiyi çok net olarak ortaya koymaktadır. Mağdur mektubunda şu ifadeleri kullanmış: “... tarihinde vermiş olduğunuz karara itiraz ediyorum ve kabul etmiyorum. Eşimden 5.000 TL ceza parası alacak olan devlet ben darp edildiğimde yanımda yoktu, dilekçe yazıp şikâyet eden de benim ve şikâyet ettiğim tarihten itibaren devlet korunması altına alınmadım çünkü gerek yoktu, hafif yaralama iki gün ağrısını çektim, eşimin devlete ödeyeceği bu parayı haksız buluyorum, sonuçta darp edilen benim, benim üzerimden devletin para payı almasını kabullenmiyorum, kararınıza

Kanımızca, uzlaştırmanın yalnızca soruşturma veya kovuşturmayı sonlandıran bir yöntem olarak kurgulanmasından vazgeçilmeli, soruşturma aşamasından başlayıp infaz aşamasının tamamlanmasına kadarki süreçleri de kapsayacak bir şekilde genişletilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda uzlaştırmanın, soruşturulması veya kovuşturulması şikâyet şartına tabi olup olmadığına bakılmaksızın, özellikle mağduru gerçek kişiler olan tüm suçlar bakımından bir onarıcı adalet yöntemi olarak uygulanabilir olması, hapis cezasının alt sınırı iki yıla kadar olan suçlar bakımından süreci sonlandıran, daha ağır suçlar bakımından ise fail hakkında uygulanacak yaptırımın belirlenmesi ve yaptırımın infazına ilişkin süreçler hakkında uzlaştırma müzakereleri yoluyla mağdura söz hakkı tanınmasını sağlayan bir yöntem olarak yeniden kurgulanması gerekmektedir.

D. Yapılma biçimi ve uzlaştırmacının kimliği

Uzlaştırmanın yapılma biçimi ve uzlaştırmacının kim olduğu hususu yukarıda özetlenen mağdur ve toplum bakımından beklenen faydaların temini noktasında önem arz etmektedir. Mevcut düzenlemeye göre uzlaştırma, özellikle büyük yerleşim yerlerinde ağır iş yükü nedeniyle öncelikli kaygılarının dosya çıkartmaya dönüştürüldüğü hâkim ve savcılar tarafından da yapılabilmekte; süreç, tarafların uzlaştıkları beyanını içeren basit bir tutanakla tamamlanabilmektedir. Oysa diyalog, karşılıklı müzakere ve tarafların birbirini anlayıp ihtilaflarını sona erdirmeleri temeline dayanan uzlaştırma, basit bir tutanağın imzalatılmasından ibaret değildir. Uygulamada şikâyete tabi suçlar bakımından, taraflar arasındaki soğuma evresinin tamamlanması beklenmediği için şikâyetin devam ettiği durumlarda uzlaştırma, toplum ile kolluk, savcı ve hâkimler tarafından “öpüşme - barışma⁶⁰- tutanağa imza attırma” şeklinde yapılmakta ve soruşturma veya kovuşturmaya son verilmektedir. Şikâyete tabi olmayan ancak uzlaştırmaya tabi olan suçlar bakımından ise uygulama, şikâyetten vazgeçme beyanı yerine uzlaştırma tutanağının imzalatılması şeklinde vücut bulmaktadır, başka bir deyişle uzlaştırma bu suçları *şikâyete tabi suçlar haline getirmekten öte* bir gayeye hizmet etmemektedir.

Öte yandan, onarıcı adalet sürecinin belki de en önemli aktörü olan uzlaştırmacının kim olacağı hususuyla ilgili düzenleme uzlaştırmayı felsefi köklerinin çok uzağına fırlatmaktadır. Uzlaştırmacı, bir hâkim, savcı veya avukat gibi salt hukuki bir uyuşmazlığı değil özünde insani bir ihtilafı, tarafların özgür irade

itiraz ediyorum, bir çocuğum var ve onun hatırına evimdeyim, maddi sıkıntı çekiyoruz, bu ceza söz konusu olursa benim evim huzursuz olacak, cezanızın iptalini ve bu dosyanın kapatılmasını siz değerli hâkim, savcı ve hukukçulardan talep ediyorum. Saygılarımla.”

⁶⁰ JAHİC – YEŞİLADALI, a.g.m., s. 18.

deleriyle *kendi aralarında* çözmelerine yardımcı olan, bunu kolaylaştırmaktan öteye gitme iddiasında olmayan, *ne hâkimliğe ne de hakemliğe benzeyen* bir rol üstlenmektedir. Doğru kişilerin uzlaştırmacı olarak görevlendirilmemesi, uzlaştırmanın başarısızlıkla sonuçlanmasına neden olabileceği gibi, bu süreçte mağdurun yeniden mağdur olması da söz konusu olabilecektir. Uzlaştırmanın düzenlendiği CMK'nın 253. maddesine göre uzlaştırmacı ancak; hâkim, savcı, avukat veya "hukuk öğrenimi görmüş kişi" olabilir. Hukuk öğrenimi görmüş kişi ifadesinin çerçevesi 26.07.2007 tarihli Resmi Gazete yayınlanan "Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik" in 15. maddesinde; "Üniversitelerin hukuk fakültelerinden mezun olmak, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idarî bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yükseköğrenim yapmak veya hukuk dalında yüksek lisans ya da doktora yapmış bulunmak" şeklinde belirlenmiştir. Görüldüğü üzere, hukuk fakültesi mezunları dışındaki uzlaştırmacıların kimler olabileceği ve buna kimin, hangi kıstasa göre karar vereceği hususu net değildir. Biz burada konuyla ilgili tartışmalara ve mahkeme kararlarına değinmeyeceğiz, zira *kanımızca* gerek kanun gerekse yönetmelikteki düzenleme uzlaştırmanın bir onarıcı adalet kurumundan ziyade, salt bir alternatif hukuki uyuşmazlık çözme yöntemi olarak öngörüldüğünü göstermektedir. Bu düzenleme dolayısıyla; sosyolog, psikolog, rehberlik ve psikolojik danışma uzmanı, sosyal hizmet uzmanı gibi meslek mensuplarının uzlaştırmacı olma imkânı bulunmaz iken, sırf müfredatında bir takım genel hukuk bilgisi programları bulunan işletme, iktisat, ekonometri, muhasebe, maliye, kamu yönetimi gibi bölümlerden mezun olan kimseler ile herhangi bir bölümden mezun olup mesela deniz ticareti hukuku gibi herhangi bir hukuk dalında yüksek lisans ya da doktora yapmış olan kimseler uzlaştırmacı olabilmektedir.⁶¹

Kanımızca, insanlar arasındaki ihtilafları, onların dünyalarındaki derinlikle-re temas ederek *kendi aralarında* çözmelerine yardımcı olan, kolaylaştıran bir kişilik olması gereken uzlaştırmacının karşılaştırmalı hukukta örneği olmayan bir şekilde, "hukuk bilgisi" eksenli bir çerçeveye hapsedilmesi yerine, öncelikle hangi alanda uzman olduğuna bakılmaksızın tarafların ortak iradesiyle kabul ettikleri herhangi bir kişinin seçilebilmesinin veya bu kişilerin eş uzlaştırmacı (co-mediator) olarak müzakerelere katılabilmemesinin yolunu açacak, şayet bu hususta bir anlaşma yok ise *hâkim ve savcılar haricindeki* hukuk bilgisine sahip olan kişilerin yanında, insan ve toplum ilişkileri ile psikolojisi hakkında eğitim

⁶¹ Aslında kanundaki düzenleme yapılırken murat edilen, biraz da baroların baskısıyla uzlaştırmanın, hukukçuların, dolayısıyla avukatların tekeline bırakılması idi. Buna karşın yönetmelikle yapılan düzenleme ile bunun sınırları bir miktar genişletilmiştir.

görmüş kişilerin de bu görevi yapabilmesine imkân verecek bir düzenleme yapılmalıdır.⁶² Tarafların ortak kararıyla tespit edilecek kişi dışında uzlaştırmacı olacak kişilerin mutlak surette bu alana ilişkin ayrıca bir eğitime tabi tutulup sertifikasyondan geçirilmelerinin sağlanması gerekmekte olup, hukukçu olmayan uzlaştırmacı adaylarına verilecek eğitimin temel hukuk, ceza ve ceza muhakemesi hukuku bilgisini de içermesi gerekmektedir. Öte yandan hukuk eğitimi almış uzlaştırmacı adaylarının da, sertifikasyon sürecinde psikoloji, sosyoloji, insan ilişkileri gibi alanlarda yeterli ölçüde eğitime tabi tutulması gerekmektedir.

E. Kurumsal yapı eksikliği

Değinilmesi gereken bir başka husus ise şüphesiz kurumsal yapı eksikliğidir. Mevcut yapı içerisinde uzlaştırmacının gelişimi ve uygulanmasının önündeki en büyük engellerden birisi de bu hususta gerekli çalışmaları yapmakla görevli bir merkezi birimin bulunmamasıdır.⁶³ Adalet Bakanlığı bünyesinde, uzlaştırmacının nerede ve nasıl yapılacağı, uzlaştırmacıların nasıl eğitileceği, uzlaştırmaya tabi dosyaların adliyelerde uzlaştırmacıya nasıl tevdi edileceği, uzlaştırmacıların nasıl ve kim tarafından hangi ölçütlere göre denetlenip değerlendirileceği, tarafların süreçten memnun kalıp kalmadıklarına ilişkin değerlendirmenin nasıl yapılacağı gibi, sayısını artırmanın mümkün olduğu hususlarla ilgili olarak gerekli çalışmaların yapıldığı bir birim bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, işlevsellik kazandırıldığı takdirde gerek tarafların memnuniyetinin ve adalete güvenin artması, gerekse adliyelerdeki iş yükünü büyük ölçüde azalmasına katkı sağlayacağından şüphe bulunmayan bu kurumun bir sahibi bulunmamaktadır.

Kanımızca, 2005 yılında yapılan köklü değişiklikler sonrasında üzerinde en çok konuşulan ve akademik olarak sayısız çalışmaya konu olan kurumlardan birisi olan uzlaştırmacının hak ettiği konuma gelmemesinin en önemli sebeplerinden birisi olan kurumsal yapı eksikliğinin gecikmeksizin giderilmesinde zaruret bulunmaktadır.⁶⁴

⁶² Aertsen, konuyla ilgili olarak şu çarpıcı ifadeleri kullanmıştır: “Türk hukukuna göre uzlaştırmacının hukuk diplomasına sahip olma zorunluluğu, Avrupa veya uluslararası bağlamda çok istisnaidir. Başka hiçbir ülkede, hukuk profesyonellerinin uzlaştırmacı tekelini yoktur. Uzlaştırmacının mahiyeti – ki, esas olarak diyaloga ve iletişimin kolaylaştırılmasına yöneliktir – ve uzlaştırmacılar için uluslararası standartlar ve profesyonel nitelikler dikkate alınarak, uzlaştırmacı işinin sosyal alandaki diğer profesyonellere de açılmasını kuvvetle tavsiye ediyoruz.” Ivo AERTSEN, a.g.e., s. 31.

⁶³ ÇETİNTÜK, Uzlaştırmacı ..., s. 562-564; AERTSEN, a.g.e., s. 29.

⁶⁴ Konuyla ilgili güncel öneriler için bkz: AERTSEN, a.g.e., s. 29-31.

Sonuç

Onarıcı adalet ve özelde uzlaştırma, ceza adalet sisteminin insanileştirilmesi çabalarına en iyi örneklerden biridir.⁶⁵ Onarıcı adalet, mağdur ve failin birbiriyle *mücadele eden* taraflar olmadığını hatırlatırken, yepyeni bir yaklaşım sunarak tüm yerleşik kabulleri tartışmaya açmakta ve adalet adına umut vermektedir. Bu anlayışta çıkış noktası ve adalet mekanizmasınca öncelikle memnun edilmesi, ihtiyaçları karşılanması gereken öznesi olarak “mağdur” öncelenmekte ise de, fail ve toplum da ihmal edilmemekte, ne cezalandırıcı ne de salt tazmin edici bir adalet tesisi değil, bilakis ceza adaletinin tüm özneler bakımından onarıcı ve memnun edici olması hedeflenmektedir.

Türk ceza adalet sisteminin mevcut durumunda çok çeşitli alanlara ilişkin sorunlar karşımızda durmaktadır. Geçtiğimiz yüzyılın son çeyreğinde gelişen bir akım olarak birçok ülkede ceza adalet sistemlerini etkileyen onarıcı adalet düşüncesi, ülkemiz düzenlemelerine çok geç bir tarihte yansımıştır. Bununla birlikte, bu yansımanın sağlıklı sonuçlar verdiğini söylemek imkânı da bulunmamaktadır. Cezalandırıcı adalet anlayışına dayanan alışkanlıklar ve tereddütler nedeniyle bir onarıcı adalet kurumu olan uzlaştırma ülkemizde, tarihsel gerçekliği ve önceliklerinden uzak bir biçimde kurgulanmıştır. Bundan ötürüdür ki uzlaştırma, Türk ceza adalet sisteminin “kolaylaştırıcı”sı olamamıştır. Geldiğimiz noktada, “kervan yolda düzülür” atasözünün hukuk kurumlarının inşasında doğru bir yaklaşım olmadığı bir kez daha anlaşılmıştır.

Mevcut kanunlarımızdaki sorunlar, kanun koyucunun yanında, uygulayıcılar ve toplumun, onarıcı adaletin özüne ilişkin bilgi eksikliği nedeniyle başarılı olmadığı görülen kurumun bir an önce gözden geçirilip, uzlaştırmaya asli karakterine uygun bir biçimde işlerlik kazandırılması gerekmektedir. Bu bağlamda; amacın belirsizliği, zararın giderilmesine mi yoksa mağduriyetin bir şekilde telafi edilmesine mi odaklanması gerektiği, teorideki beklentiler ve uygulama sonuçları arasındaki çelişkiler, uygulayıcı bakımından kullanılabilirlik problemi, yapılaşma biçimi ve uzlaştırmacının kimliği ile kurumsal yapı eksikliği hususlarında yukarıda yapılan önerilerimiz doğrultusunda uzlaştırma kurumunun yeniden ele alınmasında zorunluluk bulunmaktadır.



⁶⁵ ÇETİNTÜRK, Onarıcı Adalet, s. 39.

KAYNAKLAR

AKINCI SOKULLU, Füsün, Viktimoloji, İstanbul 1990.

AERTSEN, Ivo, “Türkiye’de Mağdur Haklarının ve Mağdurlara Verilen Hizmetlerin Güçlendirilmesi: Etkin Uygulamaya Doğru” UNDP Türkiye’nin katkılarıyla hazırlanan rapor, Mayıs 2014.

AERTSEN, Ivo – MACKAY, Robert – PELIKAN, Christa – WILLEMSSENS, Jolien – WRIGHT, Martin, Rebuilding Community Connections, Mediation and Restorative Justice in Europa, Germany 2004.

ARSLAN, Çetin, “Türk Hukukunda Suç Mağdurunun Zararın Tazmini”, Dünyada ve Türkiye’de Ceza Hukuku Reformları Kongresi (26 Mayıs – 4 Haziran 2010 İstanbul ve Ankara) Tebliği, Sempozyum Kitabı, C. 2, İstanbul 2013, s. 2337-2356.

AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman - KARAN, Ulaş, “Türkiye’de Ceza Davalarında Uzlaşma Uygulamaları: Hukuki Çerçevenin Değerlendirilmesi”, Onarıcı Adalet-Mağdur Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 45-83.

AZEVEDO, Andre Gomma De, Çalıştay Sunumu, UNDP ve Adalet Bakanlığı ortaklığında düzenlenen “Ceza Adalet Sisteminde Mağdur-Fail Uzlaştırma Uygulamaları Uluslararası Çalıştayı”, UNDP Yayını, İstanbul Mart 2012, s. 51-53.

BECCARIA, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çeviren: Sami SELÇUK), Ankara 2004.

BIÇAK, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010.

BLOOM, Sandra L., “Restorative vs. Retributive Justice, E-Mail From America”, The Psychotherapy Review 1(6), November 1999, s. 259-260.

CHAMPION, Dean John, The American Dictionary of Criminal Justice: Key Terms and Major Court Cases, USA 2004.

ÇETİNTÜRK, Ekrem, Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, Ankara Şubat 2009.

ÇETİNTÜRK, Ekrem, Onarıcı Adalet, Ankara 2008.

DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBB Dergisi, S. 77, 2008, s. 33-86.

DOĞAN, Fatma Karakaş, “Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi Ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 95, Y. 2011, s. 197-2014.

DOLU, Osman - BÜKER, Hasan - ULUDAĞ, Şener, “Türk Ceza Adalet Sisteminin Caydırıcılık Kapasitesine İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme”, Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 61, S. 1, Y. 2012, s. 69 – 106.

DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım Cilt II, İstanbul 1994.

DÖNMEZER, Sulhi, “Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi”, Onar Armağanı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977, s. 179-193.

EREZ, Edna, “Victim Participation in Sentencing: Rhetoric and Reality”, Journal of Criminal Justice, Vol. 18, 1990, s. 19-31.

ERYILMAZ, M. Bedri, “Bir İnsan Hakkı Olarak Türkiye ve Diğer Avrupa Konseyi Üyesi Ülkelerinde Mağdurun Bilgilendirilme Hakkı”, Polis Dergisi, Y. 4, S. 15, 1998, s. 45-52.

ERZURUMLUOĞLU, Bayram, “Türkiye’de Şiddet Suçu Mağduriyetinin Sosyal Boyutları, Mağdur Hakları ve Hizmetlerine Toplumsal Bakış”, Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu (30-31 Ekim, Ankara) Tebliği, Sempozyum Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara Mayıs 2015, s. 139-163.

FOGLESONG, Todd, “Mağdur Haklarının Korunmasında Ampirik ve Etik İkilemler”, Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu (30-31 Ekim, Ankara) Tebliği, Sempozyum Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara Mayıs 2015, s. 319-324.

GÖKULU, Gökhan, “Onarıcı Adalet Kavramı ve Uygulamaları”, Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi (Editörler: Güncel ÖNKAL – Özgür SARI), Ankara 2013, s. 79-99.

İNCEOĞLU, Asuman, “Ulusal Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Mağdur Hakları”, Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu (30-31 Ekim, Ankara) Tebliği, Sempozyum Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Mayıs 2015, Ankara s. 57-75.

JAHİC, Galma – YEŞİLDAĞLI, Burcu, “Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım”, Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, Ankara 2008, s. 15-21.

JAKOPS, Pauline – KAMPEN, Petra Van, “Dutch ‘ZSM Settlements’ in the Face of Procedural Justice: The Sooner the Better?”, Utrecht Law Review, Vol. 10, No. 4, November 2014, s. 73-85.

KAFES, Veli, Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 60 (1), Y. 2011, s. 83-156.

KALEM, Seda – JAHİC, Galma – ELVERİŞ, İdil, Adalet Barometresi: Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirmeleri, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

KALEM, Seda, “Ceza Davalarında Uzlaşma: Uygulayıcı Görüşü”, Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arbuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, Ankara 2008, s. 83-108.

MADEN, Mehmet, “Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar”, Ankara 2012.

MARSHALL, Tony F., Restorative Justice An Overview, Research Development and Statistics Directorate, Home Office, London 1995.

NUHOĞLU, Ayşe, “Uzlaşma Bakımından Şikâyete Bağlı Suçlar”, Kazancı Hukuk Dergisi Uzlaşma Özel Sayısı, 2010, s. 86-93.

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 1991.

ÖZBEK, Mustafa, Çağdaş Ceza Adalet Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arbuluculuk Uygulaması, Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma, İstanbul 2005.

ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Ankara 1999.

ÖZEK, Çetin, “Suç Mağdurunun Korunması İle İlgili Bazı Sorunlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 1-4, 1984, s. 13-67.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Ankara 2012.

PELIKAN, Christa, “Onarıcı Adalet Üzerine”, Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arbuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, Ankara 2008, s. 21-29.

POLAT, Ahmet, “Polisin Mağdura Yaklaşımı ve Eğitimi”, Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu (30-31 Ekim, Ankara) Tebliği, Sempozyum Kitabı, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara Mayıs 2015, s. 359-367.

RAYNOR, Peter, “Is Probation Still Possible?”, The Howard Journal, Vol 51, No 2, May 2012, s. 173–189. Makalenin Türkçe tercümesi için ayrıca bkz.: “Denetimli Serbestlik Hala Mümkün müdür?”, Tercüme eden: Hakan A. YAVUZ - Süleyman ÖZAR, Küresel Bakış Çeviri Dergisi, Yıl 4, S. 12, Ocak 2014, s. 11-39.

REDEKOP, Paul, Changing Paradigms, Punishment and Restorative Discipline, Herald Press, USA-Canada 2008.

ROACH, Kent, Changing Punishment at the Turn of the Century: Restorative

Justive, Canadian Journal of Criminology, Volume 42, Issue 3, July 2000, s. 249-480.

SELÇUK, Sami, “Hukukun Terörle Sınava”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, Y. 2, S. 5, Nisan 2011, s. 57-92.

SEVDİREN, Öznur, “Cezalandırmada Bir Paradigma Değişikliği Olarak Onarıcı Adalet Felsefesi: Bir Sentez Denemesi-I”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 6, Sayı 15, Nisan 2011, s. 103-131.

SOYGÜT ASLAN, Mualla Buket, Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması ve Onarıcı Adalet Anlayışı, Kazancı Hukuk Dergisi Uzlaşma Özel Sayısı, 2010, s. 283-311.

SÜMER, Osman, “Suç Önleme İşlevi Açısından Uzlaşma”, Suçun Sosyolojisi Cezanın Felsefesi (Editörler: Güncel ÖNKAL – Özgür SARI), Ankara 2013, s. 45-79.

ŞAFAK, Ali, Suç (Ceza) Muhakemesi Hukuku Kısa Temel Konuları, Güncelleştirilmiş Ders Notu, Polis Akademisi, Ankara, Şubat 2015. İnternet erişimi için bkz: <http://www.pa.edu.tr/Project%5CFiles%5CNews%5C2015%5C02%5C12%Ch1%5CCMH%20VE%20POLIS%20%20FYO%20OGRNC%20icin%2015.pdf>,14.08.2015.

ŞAHİN, Cumhuri, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, 1. Baskı, Ankara 2005.

TARHANLI, Turgut, “Onarıcı Adalet”, Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, Ankara 2008, s. 9-15.

TOSUN, Öztekin, Suç Hukuku El Kitabı, İstanbul, 1979.

ULUDAĞ, Şener, “Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt 13(4), 2011, s. 127-151.

UMBREIT, Mark S., “Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assesment”, Western Criminal Review 1, 1998, s. 1-28.

USLU, Ferhat, “Çağdaş Ceza Adaleti İçinde Mağdur”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/4, s. 241-260.

YILDIZ, Ali Kemal, “Uzlaşma – Şikâyet İlişkisi”, Kazancı Hukuk Dergisi Uzlaşma Özel Sayısı, 2010, s. 93 – 115.

ZEDNER, L. P., Criminal Justice, Clarendon Law Series, Oxford UniversityPress, New York 2004.

ZEHR, Howard, Changing Lenses, A New Focus On Crime and Justice, Herald Press, USA-Canada 2005.

Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Hakları İnceleme Raporu, Adalet Bakanlığı İç Denetim Birimi Başkanlığı, Rapor Tarihi: 10 Temmuz 2013, Raporun dijital formatına erişim için bkz.:<http://www.icdenetim.adalet.gov.tr/raporlar/yayinlananrapor/2013-3.pdf>, 15.12.2014.

Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, United Nations of Drugs on and Crimes, New York 2006.

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE TACİR KAVRAMI

Merchant According To Turkish Commercial Code Numbered 6102

Dr. Serhan DİNÇ¹

ÖZET

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ticari işletme kavramını merkez alan modern sistemi benimsemiştir. Bu duruma rağmen tacir kavramının da Türk Ticaret Kanunu'nun sistemi içinde önemi vardır. Örneğin ticari işin tanımı yapılırken tacirin yaptığı işler esas alınmıştır. Tacir sıfatının tespitinde ise ticari işletme kavramından yararlanılmıştır. Ticari işletmeyi işleten kişinin bilinmesi önem arz etmektedir. Çalışmamızda hangi gerçek ve tüzel kişilerin tacir sayılacağı üzerinde durulacaktır. Daha sonra tacir sıfatının kazanılması ve kaybedilmesinin gerçek ve tüzel kişilerde nasıl gerçekleşeceği ele alınacaktır. Ayrıca tacir ve esnaf ayrımına değinilecektir. Bu çalışmalar yapılırken doktrin ve Yargıtay kararları ışığında tacir sıfatının nasıl ele alındığı da incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tacir, gerçek kişi tacir, tüzel kişi tacir, esnaf, ticaret şirketleri, dernekler, vakıflar, tacir sıfatının kazanılması ve kaybedilmesi.

ABSTRACT

Turkish Commercial Code numbered 6102 adopted the concept of the modern system in commercial affairs. Despite this situation the concept of merchant is important in the Turkish Commercial Code system. For example, the definition of affairs done in the commercial business while merchants are considered. The tradesman is used in the determination of the concept of commercial enterprises. Commercial enterprises operating in the person's knowledge is important. In our study, which will focus on natural and legal persons will be considered by merchants. Then it will be taken to realize how real and legal persons in the acquisition of the tradesman and the lost. There will also be referred to the distinction between traders and artisans. These studies are conducted and how will examine the doctrine discussed in the light of the Supreme Court decision tradesman.

Keywords: Merchant, real person merchants, legal entity status, trades, trading companies, associations, foundations, acquisition and loss of tradesman.

◆◆◆◆

¹ Bozok Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. dincserhan@hotmail.com

I. GİRİŞ

Ticaret hukuku ile ilgili düzenlemelerin yapılmasında esas alınan sübjektif sistem, ticaret hukukunu, tacirlere özgü hukuk olarak nitelendirir. Sübjektif sistemde tacir kavramının önemi büyüktür. Tacir kavramı merkez kavramdır.13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda² ticari işletme esasına dayalı modern sistem kabul edilmiş ise de Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK.) sistemi içinde tacir kavramı hâlâ üzerinde önemle durulması gereken bir kavramdır³. TTK. md. 19/(1)'de hüküm altına alınan "*Ticari İş Karinesi*" düzenlenirken tacirin yaptığı işler esas alınmıştır. Yine TTK.'nın pek çok hükmü doğrudan ya da dolaylı olarak tacir kavramını ilgilendirmektedir. Örneğin, ticaret unvanı ve işletme adı kullanma (TTK. md. 39 ve md. 53), ticari defterlerin tutulması (TTK. md. 64-88), ticari örf ve âdetlerin tacirlere mutlak olarak uygulanması (TTK. md. 2) tacir kavramıyla ilişkili hususlardır.

II. GERÇEK KİŞİ TACİR KAVRAMININ KAPSAMI

6102 sayılı TTK.; tacir kavramını, gerçek kişiler ve tüzel kişilerde ayrı ayrı düzenlemiştir. Donatma iştiraki ise bir üçüncü grup olarak ele alınabilir.

TTK. md. 12/(1)'e göre, "*Bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa, kendi adına işleten kimseye tacir denir.*" Gerçek kişilerde tacir sıfatının belirlenmesi bakımından ticari işletme kavramından hareket edilmiştir. Bir gerçek kişinin, tacir sıfatını kazanabilmesi için aşağıdaki üç unsurun varlığı şarttır:

1. Bir ticari işletmenin mevcut olması,
2. Bir ticari işletmenin işletilmesi,
3. Bir ticari işletmenin kısmen dahi olsa o kişi adına işletilmesi.

A. Bir Ticari İşletmenin Var Olması

Bir kişinin tacir olabilmesi için bir işletmenin mevcudiyeti zorunludur⁴. Ticari işletme, esnaf faaliyeti için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir elde etmeyi amaçlayan, devamlı ve bağımsız şekilde faaliyetlerin yürütüldüğü işletmedir. Tacir sıfatını kazanmanın şartlarından biri olarak ticari işletmenin varlığının

² R.G. 14.02.2011, S. 27846.

³ Arkan, S. (2011). *Ticari İşletme Hukuku*. (15. Baskı). Ankara: BTHAE., 2011, 113; Karahan, S. (2011). *Ticari İşletme Hukuku*. (22. Baskı). Konya: Mimoza Yayıncılık, 75; Karayalçın, Y. (1960). *Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, Giriş-Ticari İşletme*. (2. Baskı). Ankara, 123; İmregün, O. (1989). *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*. (1. Baskı). İstanbul: Yasa Yayınları, 43; Ülgen, H. v.d. (2006). *Ticari İşletme Hukuku*. (1. Baskı). İstanbul: Vedat Kitapçılık, 209.

⁴ Ülgen v.d., a.g.e., 210.

benimsenmesi TTK.'da modern sistemin benimsendiğini gösteren açık bir örnektir⁵. Ticari işletme sayılmayan bir işletmenin işletilmesi durumunda bunu işleten kimseye tacir değil, esnaf denir.

Tacir sıfatı, ticari işletmenin varlığı süresince devam eder. Şu kadar ki, tacir sıfatının sona erdiği Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilân edilmezse iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Ancak sicildeki kaydı silinse bile, kişi ticari işletme faaliyetini sürdürüyorsa tacir sıfatı sona ermiş olmaz.

Bir ticari işletmenin var olması şartının aranmadığı istisnai durum ise TTK. md. 12/(3)'te düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre *“Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken varsayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.”* TTK. md. 12/(3), iyiniyet sahibi üçüncü kişileri, ortada bir ticari işletme olmasa dahi varmış gibi davranan kişilere karşı korumak amacındadır. Burada, kişinin tacir gibi sorumlu olabilmesi için üçüncü kişilerin iyiniyetli olması, yani ticari işletmenin mevcut olmadığını, bir adi şirketin bulunmadığını ve hukuken varsayılmayan ticaret şirketinde bu durumu bilmemeleri veya bilebilecek durumda olmamaları gerekmektedir. Böylece; yaratılan dış görünüşe, dürüstlük kuralları çerçevesinde sonuç bağlanmış olmaktadır. Bu durumu hukuki görünüş teorisi bu şekilde açıklamaktadır⁶. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, *“tacir gibi sorumlu olmak”* tan söz edilmiş olmasıdır. Bu ifade gösteriyor ki TTK. md. 12/(3)'e göre kişiler, tacir olmanın sağlayacağı haklardan yararlanamayacaklar, ancak tacirlere yüklenen yükümlülükler tâbi olacaklardır. Bu durumda tacir sıfatı doğmamıştır. Burada sadece tacir gibi sorumluluk söz konusudur. Bu kişiler iflâsa tâbi olabilecekler, ancak TTK. md. 20'ye dayanarak ücret istemeyeceklerdir. Tacir gibi sorumlu olan kişinin bu duruma sebep olan davranışına sonradan son vermesi, onu TTK. md. 12/(3)'e göre tacir gibi sorumlu olmaktan kurtarmaz. Bu sorumluluğun ortadan kalkması için son vermenin üzerinden uzunca bir sürenin geçmesi ve bu durumun karşısında da dış görünüşe itibar edilmesinin dürüstlük kuralına göre haklı görülmesi gerekir⁷. Kanun koyucunun böyle hallerde o kimseyi tacir gibi sorumlu tutmasının nedeni, tacir niteliğine sahip olmayan kimselerin tacir gibi hareket etmiş olmaları durumunda

⁵ Karahan, *a.g.e.*, 75; Doğanay, İ. (1990). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I.* (3. Baskı). Ankara: Feryal Yayıncılık, 124.

⁶ Arkan, *a.g.e.*, 114.

⁷ Domaniç, H. (1988). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I.* (1. Baskı). İstanbul: Temel Yayınları, 106-109.

onları bazı ağır hükümlere tâbi tutmak ve adeta cezalandırmaktır⁸.

B. Bir Ticari İşletmenin İşletilmesi

Ticari işletmenin işletilmesi, kişinin müşteri çevresi ile ilişkiye girerek ticari işlemlere başlamış olmasıdır⁹. Kişinin bu anlamda ticari işletmenin kurulmasını ya da işletilmesini kolaylaştırmaya yönelik işlemlere başlamış olması da yeterlidir¹⁰.

TTK. md. 12/(2)'ye göre, "Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilân vasıtalarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilân etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır." Madde hükmünde yer alan "...sair ilân vasıtaları"na örnek olarak internet verilebilir. Bu şekilde özel ilânlar yapan kişinin yapmış olduğu fiilin sonuçlarına kendisinin katlanması gereğidir¹¹. Buradaki ilân ve tescilin ticari bir işletmenin var olduğu kanısını uyandıracak nitelikte olması gerekir. İlân ve tescil, üçüncü bir kişi tarafından yapılmış ise tacir sıfatı kazanılamaz. Bu hükümle amaçlanan üçüncü kişilerin hukuki güvenliğinin korunmasıdır.

Ticari işletmenin, kurulup açıldığının ilân edilmesinin veya ticari işletmenin ticaret siciline tescil ve ilân edilmesinin, neyin ikame unsurları olduğu hususu doktrinde tartışma konusudur. Bir grup yazara göre bu unsurlar ticari işletmenin, işletilmesinin ikame unsurlarıdır. Zira burada bir ticari işletme vardır. Ancak fiilen işletilmeye başlamamıştır. TTK. md. 12/(2)'nin lâfzından çıkarılması gereken sonuç, ortada hukuki anlamda bir işletmenin var olduğudur; fakat işletme henüz müşteri çevresi ile ilişkiye girmemiştir. Zaten TTK. md. 12/(3)'te ticari işletme olmamasına rağmen varmış gibi işlem yapılmasına başka bir sonuç bağlanmıştır¹². Diğer bir yazara göre ise, TTK. md. 12/(2)'deki ticari işletmenin kurulup açıldığının ilân edilmesi veya ticari işletmenin ticaret siciline tescil veya ilân edilmesi, ticari işletmenin var olması şartının ikame unsurlarıdır. Burada fiilen çalışma önemli olmadığı gibi işletmenin varlığı da önemli değildir. Ticari işletme var ve fiilen çalışma da başlamış ise kişi TTK. md. 12/(1)'e göre zaten tacirdir. Dolayısıyla ticari işletmenin kurulup açıldığının ilân

⁸ Bozer, A., Göle, C. (2000). *Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi*. (16. Baskı). Ankara: BTHAE-Yayımları, 55.

⁹ Ülgen, v.d., a.g.e., 210. İşletilme unsurunda ölçüt, ticari işletmenin müşterilerine hizmet sunmaya başlamasıdır.

¹⁰ Hirsch, E. (1948). *Ticaret Hukuku Dersleri*. (3. Baskı). İstanbul, 120-121.

¹¹ Kayıhan, Ş., Yasan, M. (2013). *6335 Sayılı Kanun ile Değişik Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Hukuku*. (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 99.

¹² Karahan, a.g.e., 77; Arkan, a.g.e., 114.

edilmesi veya ticari işletmenin ticaret siciline tescil ve ilân edilmesi, ticari işletmenin varlığı şartının ikame unsurlarıdır¹³. Bize göre de TTK. md. 12/(2)'de bahsedilen unsurlar, ticari işletmenin fiilen işletilmesinin ikame unsurlarıdır. Zira TTK. md. 12/(2)'nin lâfzı açık olduğu gibi karşı görüşteki yazarlar bir ticari işletmenin var olması ancak fiilen işletilmeye başlanmaması durumunda ne olacağını açıklamakta yetersiz kalmaktadırlar.

C. Bir Ticari İşletmenin Kısmen Dahi Olsa O Kişi Adına İşletilmesi

Tacir sıfatının kazanılması açısından ancak kendi adına ticari işletme işleten kimse tacir sayılır. Bu durumda ticari işletmeyi işleten tacir yardımcılarını, ticari işletmeyi kendi adlarına işletmedikleri için tacir olmazlar; kendi adına işletilen kişi tacir olur. Ayrıca tacirin ticari işletmenin mâliki olması şart değildir¹⁴. İşletmenin hâsılat kirasına konu oluşturduğu durumlarda ticari işletmeyi işleten kiracıdır ve kiracı tacir sayılır. Zira işletme, kiracı adına işletilmektedir¹⁵.

TTK. md. 12/(1)'de yer alan "*kısmen dahi olsa*" ifadesi nasıl anlaşılmalıdır? "*Kısmen dahi olsa*" ibaresi öğretide yazarlar tarafından eleştirilmekte ve maksadı ifade etmekte yetersiz olduğu iddia edilmektedir¹⁶. "*Kısmen de olsa kendi adına*" ibaresi yerine "*Kendi adına veya adi şirket ortağı sıfatıyla işleten*" ifadesinin daha uygun olacağını ileri sürülmektedir¹⁷. Bize göre, "*kısmen dahi olsa*" ifadesinin kullanılması yerindedir. Zira bir ticari işletme işleten adi şirket ortaklarından şirket işlerini yöneten ortak ticari işletmeyi kısmen kendi kısmen de diğer ortakları adına işletmiş olur¹⁸. Yargıtay'a göre; bir ticari işletmeyi, kısmen dahi olsa, kendi adına işleten kimse tacir sayıldığından, birden fazla gerçek kişinin bir ticari işletmeyi adi ortaklık şeklinde işletmeleri durumunda da her birinin tacir sıfatını kazandıklarının kabulü gerekir¹⁹. Bir kişinin tacir olabilmesi için ticaret sicilinde kaydının bulunması gerekmez. Yargıtay da çeşitli kararlarında bu görüşü benimsemiş ve ticaret sicilinde kaydı bulunan kişinin tacir olduğunu karine olarak kabul etmektedir²⁰.

¹³ Domaniç, H.(1988). *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*. (4. Baskı). İstanbul,157-158.

¹⁴ Aksi görüş için bkz. Karahan, *a.g.e.*, 77; İmregün, *a.g.e.*, 43.

¹⁵ Arkan, *a.g.e.*, 115; Tekil, F. (1990). *Ticari İşletme Hukuku*. İstanbul: Tekil Yayıncılık, 122.

¹⁶ İmregün, *a.g.e.*, 42-43; Poroy, R., Yasaman, H. (2010). *Ticari İşletme Hukuku*. (13. Baskı). İstanbul, 130.

¹⁷ Bahtiyar, M. (2013). *Ticari İşletme Hukuku*. (14. Baskı). İstanbul, 86; Poroy, R., Yasaman, H. (1998). *Ticari İşletme Hukuku*. (8. Baskı) İstanbul,108-109; Karayalçın, Y. (1968). *Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, Giriş-Ticari İşletme*. (3. Baskı). Ankara,194.

¹⁸ Ayrıca bkz. Arkan, *a.g.e.*, 115.

¹⁹ Y. 11. HD. T. 24.12.2002, E.2002/7112, K. 2002/11937.

²⁰ Y. İİD. 07.01.1967 T. 10188 E. ve 2 K. sayılı kararına göre "6762 sayılı TTK. md. 14-18'de yer alan kurallar açık ve kesin olup tacir sıfatını iktisap için ticaret siciline kaydedilmek şart de-

TTK. md. 12/(1)'de yer alan tanıma göre tacir sıfatının kazanılmasında ticari işletmenin kimin adına işletildiği önemli olup kimin hesabına işletildiği önemli değildir. Bu nedenle gizli şirketlerde işletme aktif ortak adına ve pasif ortak hesabına işletildiğinden tacir sayılan sadece aktif ortaktır²¹.

III. KÜÇÜK VE KISITLILARIN DURUMU

TTK. md. 13'e göre "*Küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi, bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmaz. Tacir sıfatı, temsil edilene aittir. Ancak, yasal temsilci, ceza hükümlerinin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olur.*" Medeni hakları kullanma ehliyetine tam anlamı ile sahip olmayan küçük ve kısıtlıların kayıtsız ve şartsız tacir sayılmalarına imkân yoktur. Bir küçük ya da kısıtlı yasal temsilcisi bulunmadan dolayısıyla izinsiz olarak ticari işletme işletiyorsa tacir sayılmamalıdır²². TTK. md. 13 istisnai bir düzenleme getirmiştir. Anılan maddeye göre sadece veli veya vasi aracılığıyla ticari işletme işleten küçük ve kısıtlıları tacir saymak uygundur²³. Velisi vasıtasıyla adına ticari işletme işletilen küçük tacir sayıldığı için iflâs edebilir; ancak hileli iflâs durumunda öngörülen cezai müeyyideler veli hakkında uygulanır²⁴. Örneğin vergi kaçakçılığı durumunda kaçırılan vergi küçüğün malvarlığından, ortaya çıkan ceza ise yasal temsilcinin malvarlığından tahsil edilecektir²⁵.

Hukuki sorumluluk küçüğe veya kısıtlıya aittir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²⁶ 352'nci ve 443'üncü maddelerine göre veli ve vasiler küçüğün ve kısıtlının mallarını yönetirler ve bununla ilgili talimat verebilirler. Türk Medeni Kanunu bu yetkiyi kanuni temsilcilere vermiştir. Ticari işletme yasal temsilci vasıtasıyla küçük veya kısıtlının yararına işletiliyorsa hukuki sorumluluğun küçük ve kısıtlıya ait olması âdildir. Yasal temsilci TMK. 352, 360, 361 ve 443'üncü maddeleri gereğince velilik veya vasilik görevlerini ifa ederken hâkimin talimatı ve denetimi altındadır.

IV. TİCARET YAPMAKTAN YASAKLANANLARIN DURUMU

TTK. md. 14'te ticaret yapması yasaklanan kişilerin tacirlik sıfatı hüküm altına alınmıştır. Anılan maddeye göre, "*Kişisel durumları ya da yaptığı işlerin*

ğildir", (Domaniç, Şerh, s. 109).

²¹ Arkan, *a.g.e.*, 115.

²² Arslanlı, H. (1960). *Kara Ticareti Hukuku Umumi Prensipler*. (3. Baskı). İstanbul, 46; Erem, T. (1971). *Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, Ticari İşletme*. İstanbul, 74.

²³ Arkan, *a.g.e.*, 116; Erem, *a.g.e.*, 74.

²⁴ Arkan, *a.g.e.*, 116.

²⁵ Bilgili, F., Demirkapı, E. (2013). *Ticari İşletme Hukuku*. (4. Baskı). Bursa: Dora Yayıncılık, 81.

²⁶ R.G. 24607, S. 4721.

niteliği yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmi bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi de tacir sayılır.

Birinci fıkraya aykırı hareketin doğurduğu hukuki, cezâi ve disipline ilişkin sorumluluk saklıdır.”

TTK. md. 14’ün gerekçesinde amaçlananın ticaretten men edilen kişileri tacir olmanın yükümlülüklerine tâbi tutmak olduğu belirtilmiştir²⁷. Amaçlananın bu doğrultuda olmasına rağmen 14’üncü maddede hâlen “*tacir sayılır*” ifadesi bulunmaktadır. Anılan düzenleme de bu gerekçeyle eleştiriye açıktır. TTK. md. 14’te, “*tacir gibi sorumlu*” olmaktan söz edilmesi bizce daha uygun olurdu.

V. TÜZEL KİŞİ TACİR KAVRAMININ KAPSAMI

Aldarına ticari işletme işletilen tüm tüzel kişiler kural olarak tacirdirler²⁸. TTK. md. 16/(1)’de tüzel kişilerin tacir sıfatı düzenlenmiştir. Tacir sıfatının ticari işletmeye bağlı olduğu düşünülürse, TTK. md. 16/(1)’de yer alan hükmün sınırlayıcı olarak bir düzenleme getirmediği görülür. Zira genel kural, bir ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işleten kimsenin tacir sayılacağı yönündedir. TTK. md 16/(1)’in amacı genel kurala istisna oluşturan bazı hususları düzenlemektir. Şöyle ki, TTK.’nın 211’inci ve 304’üncü maddelerine göre kollektif ve komandit şirketler sadece ticari işletme işletmek amacı ile kurulabilirler. TTK md. 331 ve 573/(3)’e göre anonim ve limited şirketler ise kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilirler. Anonim ve limited şirketler, esnaf işletmesi işletmek için de kurulabilirler. TTK md. 16/(1) bütün ticaret şirketlerini tacir olarak saymıştır. TTK md. 124/(1)’e göre ise ticaret şirketleri; kollektif, komandit, anonim, limited şirket ve kooperatiftir. Anılan şirketlerin tüzel kişiliği vardır. Bu sebeple şirketlerin ortak ve yöneticileri değil, şirketin bizzat kendisi tacirdir.

TTK. md. 16/(1)’e göre amacına varmak için ticari işleten dernek tacir sayılır. Dernekler manevi amaçlarla kurulur²⁹. 5253 sayılı Dernekler Kanunu’nun³⁰ 1’inci maddesi uyarınca ve Medeni Kanun md. 56/(1)’e göre, dernekler kazanç paylaşırma amacı ile kurulamaz ve bu amaçla faaliyet gösteremezler. Dernek-

²⁷ Bkz. 6102 s. TTK. md. 14 gerekçesi.

²⁸ Ülgen, v.d., *a.g.e.*, 214.

²⁹ Arkan, *a.g.e.*, 121.

³⁰ R.G. 25649, S. 5253.

ler ancak hayri, bedii, sportif ve kültürel amaçla kurulabilirler³¹. Bununla beraber derneklerde amaç ekonomik olmasa da araç ekonomik olabilir. Dernek ideal amacına ulaşmak için ekonomik bir faaliyette bulunabilir³². Ticari işletme işleten dernek gibi derneğin işlettiği ticari işletme de tacir sayılacaktır. Derneğin işlettiği bu ticari işletmenin Ticaret Sicil Tüzüğü'nün 73'üncü maddesi gereğince ticaret siciline tescili gerekmektedir. Bir dernek birden fazla ticari işletme işletiyorsa bu ticari işletmeler ticaret siciline ayrı ayrı tescil olunmalıdır.

TTK. md. 16/(2)'ye göre kamu yararına çalışan bir ticari işletmeyi ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar. Bir derneğin kamuya yararlı dernek olması, derneğin en az bir yıldan beri faaliyette bulunmasını ve derneğin amacının ve bu amacın gerçekleştirilmesi için girişilen faaliyetin ülke çapında yararlı sonuçlar verecek nitelik ve ölçüde olmasını gerektirir (5253 sayılı Dernekler Kanunu md. 27). Bir derneğin kamuya yararlı dernek sayılabilmesi için ayrıca Bakanlar Kurulu kararı da gereklidir (5253 sayılı Dernekler Kanunu md. 27). Kamuya yararlı derneklerin ticari işletmesinin de ticaret siciline tescil edilmesi zorunludur.

TTK. md. 16'da ticari işletme işleten vakıfların durumu düzenlenmiştir. Medeni Kanun'un 104'üncü maddesinde vakıfların hangi amaçlarla kurulamayacağı belirtilmiştir. Bunların arasında ekonomik amaç yoktur. Vakıflar ticari işletmek amacıyla kurulabilir. Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 76'ncı maddesine göre vakıfların kurdukları işletmeler ticaret siciline tescil edilmelidir. 6762 sayılı TTK. md 16/(1)'de ise ticari işletme işleten vakıfların durumu düzenlenmemiş olsa da anılan vakıfların da dernekler gibi tacir sayılması gerekirdi³³.6102 sayılı kanunda ise vakıfların durumu düzenlenmiştir. Burada ticari işletme işleten vakıfların mı yoksa bu vakıfların işlettiği ticari işletmelerin mi tacir sayılacağı tartışması karşımıza çıkar. Derneklerle ilgili tartışma ve kurallar burada da geçerlidir.

Gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar da, kamu yararına çalışan dernekler gibi TTK. md. 16/(2)'ye göre tacir sayılmamalıdır. Kamuya yararlı vakıf, gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıftır. TTK. md. 16/(1)'e göre "...amacına var-

³¹ Karahan, *a.g.e.*, 80; İmregün, *a.g.e.*,48.

³² Karahan, *a.g.e.*, 80.

³³ Ballar, S. (1990). Medeni, Ticari ve Mali Hukuk Yönünden Dernek ve Vakıfların İktisadi İşletmeleri. *Batider.*, 15, 3, 113; Pembeççek, F. (1999). *Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletme İşleten Vakıflar*. (1. Baskı). Ankara, 85.

mak için ticari bir işletme işleten vakıflar...tacir sayılır.”, “...gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar.”

Resmi Gazete'nin 14.12.1984 gün ve 18435 sayılı mükerrer sayısında yayımlanan Kamu İktisadi Teşebbüsleri hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (233 s. KHK.) 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre kamu iktisadi teşebbüsü, iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşlarıdır. İktisadi devlet teşekkülleri, sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan kamu iktisadi teşebbüsleridir (233 s. KHK. md. 2/2). Kamu iktisadi kuruluşları, sermayesinin tamamı devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetleri imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsleridir (4046 sayılı Özelleştirme Kanunu md. 34 ile değişik 233 sayılı KHK. md. 2/3). Müessese, sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna yani bir kamu iktisadi teşebbüsüne ait olan işletme veya işletmeler topluluğudur (233 s. KHK. md. 2/4). Kamu iktisadi teşebbüsleri tüzel kişiliğe sahip olup Bakanlar Kurulu kararı ile kurulurlar. Kamu iktisadi teşebbüslerinin ana statülerine göre kamu iktisadi teşebbüsleri özel hukuk hükümlerine göre işletilmek üzere kurulmuşlardır. Bu gerekçeyle kamu iktisadi teşebbüsleri TTK. md.16/(1)'e göre tacirdir. Müesseseler de tüzel kişiliğe sahip olup Teşebbüs Genel Müdürlüğü'nün teklifi ve yönetim kurulu kararı ile kurulur. 233 s. KHK'da saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tâbi olan müesseseler de TTK. md. 16/(1)'e göre tacirdir. Bağlı ortaklık, sermayesinin yarısından fazlası kamu iktisadi teşebbüsüne ait olan işletme veya işletmeler topluluğundan oluşan anonim şirkettir (233 s. KHK. md. 2/5). İştirak, kamu iktisadi teşebbüslerinin veya bağlı ortaklıkların sermayelerinin en az yüzde 15'ine, en çok yüzde 50'sine sahip buldukları anonim şirkettir (233 s. KHK. md. 2/6). Bağlı ortaklık ve iştirak de anonim şirket olup 233 sayılı KHK.'da saklı tutulan hususlar dışında özel hukuk hükümlerine tâbi olduklarından dolayı TTK. md. 16/(1)'e göre tacirdir. Bağlı ortaklık ve iştirak, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik ve dolayısıyla tacir sıfatını kazanır.

Kamu iktisadi teşebbüsleri ile kamu iktisadi teşebbüslerine ait müesseselerden ayrı olarak kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümleri dairesinde idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilayet, belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerin de incelenmesi gerekmektedir. Ticari şekilde işletilme kriterinin söz konusu

teşekkül ve müesseselerin kendi kuruluş kanunlarında belirtilmesinin gerekli olup olmadığı tartışılabilir. Doktrinde bazı yazarlar bu konuda ticari şekilde işletilme kriterinin kuruluş kanununda belirtilmiş olmasını aramaktadır³⁴. TTK. md. 16/(1)'de yer alan "...kendi kuruluş kanunu..." ibaresinin bir önemi yoktur. Anılan ibareyi "Kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek..." şeklinde anlamak düşüncemize göre daha uygun olacaktır.

VI. DONATMA İŞTİRAKİNİN DURUMU

TTK. md. 17'ye göre tacirlere ilişkin hükümler donatma iştirakine de aynen uygulanır. TTK. md. 1064/(1)'e göre birden çok kişinin paylı mülkiyet şeklinde malik oldukları bir gemiyi, menfaat sağlamak amacıyla aralarında yapmış oldukları sözleşme gereğince, hepsi adına ve hesabına suda kullanmaları hâlinde donatma iştiraki vardır. TTK.'nın 1064'üncü maddesinde yukarıdaki şekilde tarif edilen donatma iştirakine TTK.'nın 17'nci maddesinde ayrıca temas edilerek "Tacirlere ilişkin hükümler donatma iştirakine de aynen uygulanır." denilmiştir. Donatma iştiraki, bir geminin inşa ve işletilmesi için gerekli sermayenin toplanması ve ayrıca o geminin işletme zararlarından meydana gelecek muhtemel rizikolarının paylaşımı ile hafifletilmesini amaçlayan bir ortaklık şekli olarak tanımlanabilir³⁵. Donatma iştirakinin tüzel kişiliği haiz olup olmadığı ve donatma iştirakinin mi yoksa müşterek donatanların mı tacir sayılacağı hususunda farklı görüşler vardır. *Karahan'a* göre donatma iştiraki boşluk dolduran bir kurum olup, bu kurum ticaret şirketi veya başka bir tüzel kişilik meydana getirmemelidir³⁶. Bilgili ve *Demirkapı'ya* göre ise donatma iştiraki tacir sıfatına sahiptir ve tacir olmanın sonuçlarına tâbidir. Örneğin; donatma iştiraki iflâs etse müşterek gemi mâliklerinin malvarlığı değil, bu birliği oluşturan gemi ve teferruatı iflâs masasına girer³⁷. TTK.'da donatma iştirakinin tüzel kişiliği üzerinde durulmamıştır. Kimin tacir sayılacağı konusunda ise *Arkan*, TTK. md.17'de tacirlere ilişkin hükümlerin donatma iştiraki hakkında uygulanacağı belirtildiğinden, donatanların tacir sıfatı olmadığı ve dolayısıyla donatma iştirakinin iflâsının mümkün olduğu fikrini ileri sürmektedir³⁸. *Domanıç*, *Karahan* ve *Ayhan* ise donatma iştirakini adi şirkete benzetmektedirler. Anılan yazarlar donatma iştirakini değil ticari işletmeyi kısmen dahi olsa kendi adına işlettiklerinden müşterek donatanları tacir sayarlar³⁹. Netice olarak,

³⁴ Arkan, *a.g.e.*, 126-127; Karahan, *a.g.e.*, 80-81.

³⁵ Doğanay, *a.g.e.*, 142.

³⁶ Karahan, *a.g.e.*, 81.

³⁷ Bilgili/Demirkapı, *a.g.e.*, 87.

³⁸ Arkan, *a.g.e.*, 128.

³⁹ Domanıç, *Genel Esaslar*, 168; Karahan, *a.g.e.*, 81; Ayhan, R., Özdamar, M., Çağlar, H. (2014). *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. (7. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınları, 172.

donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmadığı için TTK. ve iflâs hükümleri müşterek donatanlar için uygulanmalıdır.

VII. HÂKİM TEŞEBBÜS

TTK.'nın “*Şirketler Topluluğu*” başlığı altında “*hâkim ve bağlı şirket*”i düzenleyen 195'inci maddesinin 5'inci fıkrasında, hâkim teşebbüs de tacir sayılmıştır. Teşebbüsün mutlaka bir tüzel kişi olması gerekmez. Bir gerçek kişi de hâkim konumda olabilir. Bu durumda, bir gerçek kişi eğer TTK. md. 195 vd. hükümlerine göre hâkim konumda ise ticari işletme işletmemesine rağmen kanun gereğince tacir sayılır⁴⁰.

TTK. md. 195/5 hükmü niteliğine bakmaksızın hâkim teşebbüsü tacir saymaktadır. Bu durum, kamu tüzel kişilerinin tacir sıfatını kabul etmeyen TTK. md. 16/2 hükmü ile çelişmektedir. Örneğin en mütevazı il belediyesinin bile üçten aşağı olmayan sayıda limited şirketi ya da anonim şirketi bulunmaktadır. Bu husus dikkate alındığında belediyenin TTK. md. 195 vd. hükümleri gereği hakim teşebbüs olduğu kabul edilmelidir. Halbuki TTK. md. 195/5 ile md. 16/2 çelişmektedir.

VIII. GERÇEK KİŞİLERDE TACİR SIFATININ KAZANILMASI

“*Gerçek kişilerde tacir sıfatı ne zaman kazanılır?*” sorusunun cevapsız bırakılmaması gerekir. Gerçek kişiler için tacir sıfatıyla ilgili bütün unsurlar tamam olduğu anda tacir sıfatı da kendiliğinden kazanılır. Gerçek kişinin tacir sıfatına sahip olabilmesi için ticaret siciline, odalara kaydolması gerekmemektedir. Ticaret siciline ve odalara kaydolma sadece tacir olmanın hüküm ve sonuçlarından birisidir. Tacirin ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmesine ilişkin sicil kaydı sadece bildirici niteliktedir⁴¹. Gerçek kişilerin tacir sıfatını kazanabilmesi için esas itibarıyla ticari işletmenin (kısmen de olsa) bu kişi adına işletilmesi gerekli ve yeterlidir⁴². Gerçek kişilerin tacir sıfatını haiz olup olmadıkları konusunda uyuşmazlık çıktığında bu uyuşmazlık nasıl çözülür? Bu durum mahkeme tarafından tespit edilir. Mahkeme sadece tacir sıfatının unsurlarının bulunup bulunmadığını araştırır. Gerçek kişinin tacir sıfatını taşıdığı her türlü delille ispat olunabilir. Gerçek kişinin vergi dairesine, ticaret odasına, ticaret siciline tacir olarak kayıtlı bulunması kesin delil sayılmaz; aksine bir karine teşkil eder ve bu karinenin aksi ispat edilebilir⁴³.

⁴⁰ Ayhan, v.d., *a.g.e.*, 161.

⁴¹ Karahan, *a.g.e.*, 76; Karayalçın, *a.g.e.*, 140-141; Arkan, *a.g.e.*, 113.

⁴² Ayhan, v.d., *a.g.e.*, 161.

⁴³ Karayalçın, *a.g.e.*, 14.

IX. TÜZEL KİŞİLERDE TACİR SIFATININ KAZANILMASI

“Tüzel kişilerde tacir sıfatı ne zaman kazanılır?” sorusunun da cevapsız bırakılmaması gerekir. Ticaret şirketlerinin tüzel kişilik kazanabilmeleri için tescil edilmeleri gerekmektedir⁴⁴. Devlet, vilayet ve belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan işletmeler tacir sıfatını TTK. md. 16/(1)'deki şartlara uygun olarak kurulmaları ile kazanır. Kamu iktisadi teşebbüsleri, Bakanlar Kurulu tarafından 233 sayılı KHK'ya göre kurulmalarına dair verilen kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı andan başlayarak tüzel kişilik ve tacir sıfatını kazanırlar. Müesseseler ana statülerinin ticaret siciline tescil ve ilânını takiben tüzel kişilik ile tacir sıfatını kazanırlar. Bağlı ortaklıklar ve iştirakler anonim şirket olarak kuruldukları için TTK. hükümlerine göre tüzel kişilik ve tacir sıfatını kazanırlar. Dernekler; TMK. md. 59/(1)'e göre kuruluş bildirimini, dernek tüzüğünü ve gerekli belgeleri yerleşim yerinin bulunduğu mahallin en büyük mülki amirine verdikleri anda kurulurlar. TMK. md. 102/(1) gereği vakıf, yerleşim yeri nezdinde tutulan sicile tescil ile tüzel kişilik kazanır. Bu andan itibaren vakıf, tacir sıfatını kazanır⁴⁵.

X. GERÇEK KİŞİLERDE TACİR SIFATININ KAYBEDİLMESİ

Gerçek ve tüzel kişiler için tacir sıfatının ne zaman kazanıldığı sorularının cevaplanmasından sonra, “Gerçek ve tüzel kişilerde tacir sıfatı ne zaman kaybedilir?” sorusunun da yanıtı kalmaması gerekir.

Gerçek kişilerde tacir sıfatı, tacir sıfatını oluşturan unsurlardan birinin ortadan kalkmasıyla son bulur. Ticaretin terk edilmesi, ticari işletmenin kapatılması ya da ticari işletmenin gerçek kişi adına işletilmesine son verilmesiyle sona erer. Örneğin ticari işletmenin bir başka kimseye devriyle tacir sıfatı sona erer⁴⁶. Ticaret siciline kayıtlı bir tacirin ticareti terk etmesi durumunda bu durumu sicile bildirerek kaydı terkin ettirmesi gerekir. Aksi durumda iyiniyetli kişilere karşı tacir sıfatının sona erdiği ileri sürülemez (6102 s. TTK. md. 36/3). 19.06. 1932 tarih ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 44'üncü maddesine göre ticareti terk eden tacir 15 gün içinde durumu kayıtlı bulunduğu ticaret siciline bildirmeye ve bütün aktifi ve pasifi ile alacaklılarının isim ve adreslerini gösteren bir mal beyanında bulunmaya mecburdur. Burada amaçlanan alacaklıları korumaktır⁴⁷. Durum, ticaret sicil memurluğu tarafından Türkiye Ticaret

⁴⁴ Karahan, *a.g.e.*, 79; Ülgen, v.d., *a.g.e.*, 217; Kayıhan/Yasan, *a.g.e.*, 102.

⁴⁵ Ülgen, v.d., *a.g.e.*, 218.

⁴⁶ Ülgen, v.d., *a.g.e.*, 218; Kayıhan/Yasan, *a.g.e.*, 117; Ayhan, v.d., *a.g.e.*, 165.

⁴⁷ Karahan, *a.g.e.*, 76; “Kişinin ticaret sicilinden kaydını sildirmiş olması tacir sıfatının devamına engel değildir.” Y. TD. 27.09.1971 tarih, 4039 E., 5797 K., (Batider, C.VI, S. 3, 615).

Sicili Gazetesi'nde ve alacaklıların bulunduğu yerlerde de mutad ve münasip vasıtalarla ilân olunur. İlân masraflarını ödemeyen tacir, beyanda bulunmamış sayılır. Bu ilân tarihinden itibaren bir sene içinde, ticareti terk eden tacir hakkında iflâs yoluyla takip yapılabilir. Ticareti terk eden tacirin İİK. md. 44'teki yükümlülüğünü yerine getirmemesi üzerine tacir; İİK. md. 337/a gereği, bundan zarar gören alacaklıların şikayeti üzerine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ticareti terk eden tacir, kendi düşüncesine göre haczi caiz olmayan mallarını da mal beyanında bildirmeye mecburdur. Ancak buna rağmen bir malını haczi caiz olmadığı gerekçesiyle mal beyanında göstermemiş ve bu malın da gerçekten haczi caiz değilse tacirin bu eksik mal beyanından alacaklılar zarar görmüş sayılmaz. Netice olarak tacir anılan durumda İİK. md. 44'e göre cezalandırılmaz.

Bir tacirin ölümü durumunda mirasçılar, mirasbırakanın ticaretine devam etmek istemezler ve ticari işletmeyi dağıtmak isterlerse İİK. md. 44 anlamında ticareti terk gerçekleştirmiştir. Bu durumda mirasçıların ticareti terk tarihinden itibaren 15 gün içinde mal beyanı ile birlikte ticaret siciline başvurmaları yerinde olacaktır.

İİK. md. 44/3'e göre, ticareti terk eden tacir mal beyanının tevdi tarihinden itibaren iki ay süreyle haczi kabil malları üzerinde tasarrufta bulunamaz. Ticaretini terk eden tacirin malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanır. İİK. md. 44/5'e göre mal beyanını alan merci, durumu tapu veya gemi sicil daireleri ile Türk Patent Enstitüsü'ne bildirir. Bu bildiri üzerine sicile, temlik hakkının iki ay süreyle kısıtlanmış olduğu şerhi verilir. Durum ayrıca Türkiye Bankalar Birliği'ne de bildirilir. Tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının amacı ticareti terk eden tacirin alacaklılarının korunmasıdır. Anılan kısıtlamaya rağmen yapılan işlemler sadece alacaklılar bakımından hükümsüzdür. Ancak İİK. md. 44/4'e göre üçüncü şahısların zilyetlik ve tapu siciline dayanarak iyiniyetle elde ettikleri haklar saklıdır. Tasarruf yetkisinin kısıtlandığı anılan iki aylık dönem içinde bozulmaya maruz ve saklanması zor olan veya bu dönem içinde değerinin düşmesi kuvvetle muhtemel olan mallar, tacirin talebi üzerine mahkeme tarafından icra müdürü vasıtasıyla ve İİK. hükümlerine göre satılabilir ve bedeli İİK. md. 9'da yazılı olan bir bankaya depo edilebilir. İİK. md. 9'da hüküm altına alınan banka Adalet Bakanlığı tarafından uygun görülen bir bankadır.

XI. TÜZEL KİŞİLERDE TACİR SIFATININ KAYBEDİLMESİ

Tüzel kişilerin tacir sıfatı, kural olarak, tüzel kişiliğin son bulması ile sona erer. Ancak sona erme nedeninin gerçekleşmesi ile tüzel kişilik hemen son bulmaz. Sona erme nedeninin gerçekleşmesiyle tüzel kişilik tasfiye sürecine

girer⁴⁸. Tüzel kişilik ancak bu tasfiye sürecinde tasfiye işlemlerinin tamamlanıp tüzel kişi tacire dair kaydın ticaret sicilinden terkinin ve durumun ilân edilmesiyle son bulur. Tasfiye sürecinde ise tacir sıfatı ancak tasfiye amacıyla sınırlı olarak devam eder⁴⁹. Ticaret şirketleri, şirket kaydının sicilden terkinin ile tüzel kişiliklerini ve tacir sıfatlarını kaybeder⁵⁰. Kamu iktisadi teşebbüsleri tacir sıfatını kazanmaları için aranan şartların ortadan kalkması ya da Yüksek Planlama Kurulu tarafından tasfiye kararı verilip tasfiyelerinin tamamlanmasıyla tacir sıfatlarını kaybederler. Müesseseler de haklarında Yüksek Planlama Kurulu tarafından verilen tasfiye kararı sonucu tasfiyelerinin tamamlanmasıyla tacir sıfatlarını kaybederler. Dernekler TMK. md. 87, md. 88 ve md. 89'a göre sona erince tüzel kişiliklerini kaybederler ve tacir sıfatları ortadan kalkar. Vakıflar ise TMK. md. 116'ya göre kendiliğinden sona erer. Bu durumda vakfın sicilden kaydı silinebilir ya da mahkeme tarafından dağıtılır. Ayrıca ticari işletme işleten vakıf ya da dernek, ticari işletmeyi işletmekten vazgeçerse ticareti terk etmiş olur ve bu durumda tacir sıfatı son bulur. İİK. md. 44'ün ticaret şirketleri bakımından uygulanma alanı yoktur. Zira tacir sıfatı son bulunca tüzel kişilik de son bulmuş olur. Dolayısıyla iflâs yoluyla takip edilecek ve taraf ehliyetine sahip bir tüzel kişilik bulunmamaktadır. Dernek ya da vakfın iflâs yoluyla takibi mümkündür⁵¹.

XII. TACİR-ESNAF AYRIMI

TTK. md. 15'te esnafın tanımı yapılmıştır. Anılan hükme göre, *“İster gezici olsun, ister bir dükkanda veya sokağın belirli bir yerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve geliri 11'inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır.”* Bakanlar Kurulu 18.02.2007 tarih ve 2007/12362 sayılı kararnameyi⁵² çıkarmıştır. Anılan kararnameye göre aşağıda belirtilen kişiler esnaf ve sanatkâr sayılır:

1. Esnaf ve Küçük Sanatkârlar Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulu'nca tespit ve yayınlanacak esnaf ve küçük sanatkârlar kollarına dâhil olup da gelir vergisinden muaf olanlar

2. Kazançları basit usûlde vergilendirilenler

⁴⁸ Kayıhan/Yasan, *a.g.e.*, 118; Bilgili/Demirkapı, *a.g.e.*, 88.

⁴⁹ Arkan, *a.g.e.*, 129; Kayıhan/Yasan, *a.g.e.*, 118.

⁵⁰ Ülgen, v.d., *a.g.e.*, 218; Ayhan, v.d., *a.g.e.*, 169.

⁵¹ Arkan, *a.g.e.*, 130; Kayıhan/Yasan, *a.g.e.*, 118.

⁵² R.G. 21.07.2007, S. 26589.

3. İşletme hesabına göre defter tutanlardan iktisadi faaliyetleri nakdi sermayeden ziyade bedeni çalışmalarına dayanan ve kazançları ancak geçimlerine yetecek derecede az olan ve Vergi Usul Kanunu'nun 177'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 1 ve 3 numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, 2 numaralı bentte yer alan nakdi limitin tamamını aşmayanlar esnaf ve küçük sanatkâr sayılırlar.

TTK. md. 15'te düzenlenen tanım dikkate alındığında bir kimsenin esnaf sayılabilmesi için öncelikle ortada bir sanat veya ticaret erbabı bulunmalıdır. Çalışması bedenen olan ve kazancı az olan her kişi esnaf sayılamaz. Ayrıca bir kimsenin esnaf sayılabilmesi için çalışma metodunun da nakdi ve aynı sermayeden çok emeğe dayanması gerekir. Esnaf faaliyetinden söz edebilmek için kazanç az olmalıdır. Esnaf, tacirin tâbi olduğu hükümlerden sadece lehe olan ve TTK. md. 20 ve md. 53'teki düzenlemelere bağlı tutulmuştur. Esnaf da tacir gibi yaptığı bir iş veya gördüğü bir hizmet karşılığında uygun bir ücret isteyebilir. Ayrıca kendisine borçlu durumda olan kişinin muaccel hâle gelmiş bulunan borcunu ödemesine kadar yedindeki eşyası üzerinde hapis hakkını kullanabilir, (TMK. md. 950/2). Bununla birlikte TTK. md. 15'te tespit edilmemiş olsa dahi ticari işletme rehnine ilişkin Ticari İşletme Rehni Kanunu hükümlerinin esnaf işletmelerine de uygulanabileceğini belirtmek gerekir⁵³.

XIII. SONUÇ

Çalışmamız neticesinde aşağıdaki sonuçlara ulaşmak mümkündür:

1. TTK. md. 12/(1)'e göre bir kişinin tacir sıfatını kazanabilmesi için her şeyden önce bir ticari işletmenin var olması sonra da bu ticari işletmenin kısmen dahi olsa o kişi adına işletilmesi gerekmektedir.

2. TTK. md. 16'da ise tüzelkişilerdeki tacir sıfatı hükme bağlanmıştır. TTK. md. 16'daki tüzel kişi tacirlerin özelliği ortada bir ticari işletme olmasa dahi tacir olmalarıdır.

3. Gerçek kişilerde tacir sıfatını oluşturan unsurlardan biri ortadan kalktığı zaman tacir sıfatının kaybı da gerçekleşir. Tüzel kişilerde ise tacir sıfatı ise tüzelkişiliğin son bulması ile ortadan kalkar.

4. Küçük ve kısıtlılara ait ticari işletmeyi, bunların adına işleten yasal temsilci, tacir sayılmaz. Tacir sıfatı, temsil edilene aittir. Ancak, yasal temsilci, ceza hükümlerinin uygulanması yönünden tacir gibi sorumlu olur.

⁵³ Kayıhan/Yasan, *a.g.e.*, 120.

5. Kişisel durumları ya da yaptığı işlerin niteliği yahut meslek ve görevleri dolayısıyla, kanundan veya bir yargı kararından doğan bir yasağa aykırı bir şekilde ya da başka bir kişinin veya resmi bir makamın iznine gerek olmasına rağmen izin veya onay almadan bir ticari işletmeyi işleten kişi de tacir sayılır.

6. İster gezici olsun, ister bir dükkânda veya sokağın belirli bir yerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve geliri Bakanlar Kurulu Kararnamesi'nde gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi esnaftır. Bu tanımda belirtilen şartları taşıyan kişiler tacir değildir.

7. Ticari işletme işleten dernekler ve ticari işletme işleten vakıflar tacirdirler.

8. Hâkim teşebbüs, ticari işletme işletmese de tacir sayılır.

9. Donatma iştirakinin tüzel kişiliği olmadığı için TTK. ve iflâs hükümleri müşterek donatanlar için uygulanmalıdır. Donatma iştirakinde müşterek donatanlar tacir sayılır.

10. Gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar.



KAYNAKÇA

Arkan, S. (2011). Ticarî İşletme Hukuku. Ankara: BTHAE.

Arslanlı, H. (1960). Kara Ticareti Hukuku Umumi Prensipler. İstanbul: Fakülterler Matbaası.

Ayhan, R., Özdamar, M., Çağlar, H. (2014). Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar. Ankara: Yetkin Yayınları.

Bahtiyar, M. (2013). Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Beta Yayıncılık.

Ballar, S. (1990). Medeni, Ticari ve Mali Hukuk Yönünden Dernek ve Vakıfların İktisadi İşletmeleri. Batider., 15, 3.

Bilgili, F., Demirkapı, E. (2013). Ticari İşletme Hukuku. Bursa: Dora Yayıncılık.

Bozer, A., Göle, C. (2000). Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi. Ankara: BTHAE Yayınları.

- Doğanay, İ. (1990). Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I. Ankara: Feryal Yayıncılık.
- Domaniç, H. (1988). Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I. İstanbul: Temel Yayınları.
- Domaniç, H. (1988). Ticaret Hukukunun Genel Esasları. İstanbul: Temel Yayınları.
- Erem, T. (1971). Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, Ticari İşletme. İstanbul: Hilal Matbaacılık.
- Hirsch, E. (1948). Ticaret Hukuku Dersleri. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- İmregün, O. (1989). Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri. İstanbul: Yasa Yayınları.
- Karahan, S. (2011). Ticari İşletme Hukuku. Konya: Mimoza Yayıncılık.
- Karayalçın, Y. (1960). Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, Giriş-Ticari İşletme. Ankara.
- Karayalçın, Y. (1968). Ticaret Hukuku Dersleri, C. I, Giriş-Ticari İşletme. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası.
- Kayıhan, Ş., Yasan, M. (2013). 6335 Sayılı Kanun ile Değişik Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari İşletme Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Pembeçiçek, F. (1999). Ticari İşletme Kavramı ve Ticari İşletme İşleten Vakıflar. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Poroy, R., Yasaman, H. (1998). Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Beta Yayınları.
- Poroy, R., Yasaman, H. (2010). Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tekil, F. (1990). Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Tekil Yayıncılık.
- Ülgen, H., Teoman, Ö., Helvacı, M., Kendigelen, A., Kaya, A., Nomer Ertan, F. (2006). Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

TÜRK CEZA KANUNU BAKIMINDAN TAKSİR

Negligence under the Turkish Penal Code

Dr. Mehmet SAYDAM* – Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK**

ÖZET

Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla suçun kanuni tanımında yer alan neticenin öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. Önceleri cezalandırılmayan taksirli davranışlar sanayileşme ve toplumsal gelişmeler neticesinde insanların farklı tehlikelerle karşılaşmalarına neden olduğundan ceza kanunlarında düzenlenmiş ve cezalandırılmaya başlanmıştır.

Çalışmada taksirin hukuki esası bakımından ileri sürülen teoriler ve 5237 sayılı TCK hükmü 765 sayılı TCK ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Ayrıca Alman Ceza Kanunu ve Anglo Sakson hukukunda taksir kavramından bahsedilmiştir. Taksirin şartları ve çeşitleri Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Taksir, bilinçli taksir, kast, sorumluluk, dikkat ve özen yükümlülüğü.

ABSTRACT

Negligence refers to the realization of the outcome that takes part in the legal definition of crime without prediction due to the contrariety to attention and care obligations. As a result of industrialization and social developments, negligent behaviors that were not punished in the past were regulated through penal codes and started to be punished since they led people to be exposed to different kinds of dangers.

In the study, the theories with regard to the legal basis of negligence and Turkish Penal Code No. 5237 were discussed in comparison to Turkish Penal Code No. 765. In addition, German Penal Code and the negligence concept in Anglo-Saxon law were mentioned in the study. The conditions and types of negligence were evaluated in the light of Supreme Court decisions.

Keywords: Negligence, conscious negligence, intent, responsibility, attention and care obligation.

◆◆◆◆

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
mhmt3482@hotmail.com.

** Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
nurtenozturkk@gmail.com.

I. Taksir Kavramı

Arapça bir terim olan taksir, kısaltma, bir işi eksik yapma, bir şeyi yapabilirken çekinip yapmama, kusur etme, günah, kabahat gibi anlamlar içermektedir¹. Taksirli davranışların cezalandırılmasına ilişkin olarak başlangıçta ceza verilmesinin gerekli olmadığı kabul edilirken özellikle sanayileşme ve toplumsal gelişmeler insanların farklı tehlikelerle karşılaşmalarına neden olduğundan taksirli davranışların da cezalandırılması gerektiği anlayışı yerleşmiştir².

Taksir kavramı “*Fahrlässigkeit*” olarak ifade edilip, Alman Ceza Kanunu’nda taksire ilişkin yasal bir tanım yapılmamıştır³. Ancak taksirli hareketin cezai sorumluluğu StGB (Alman Ceza Kanunu) 15. maddesinde hüküm altına alınmıştır⁴. Bu madde hükmüne göre, “Taksirli hareketin açıkça cezalandırılacağına ilişkin bir hüküm olmadığı sürece ceza sorumluluğu yalnızca kasten yapılan hareketler bakımından söz konusudur.” Bilinçli taksir kavramı ise “*Bewusste Fahrlässigkeit*” olarak ifade edilmektedir.

765 sayılı ETCK’da taksire ilişkin bir tanım olmamakla birlikte⁶, 45. maddenin 1. fıkrasında “*failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır*” şeklindeki düzenleme ile kanunda açık hüküm bulunması şartıyla istisnai olarak taksirli sorumluluğun kabul edildiği belirtilmişti⁷. Eski kanunda taksir tanımlanmamış olsa da öğretide taksire ilişkin tanımlar yapılmıştır: Taner, taksiri, “Fiilden doğan neticeyi ve zararı hiç istememiş olduğu ve fakat bunu tahmin etmesi mümkün olduğu halde, failin böyle bir neticeye sebebiyet veren tedbirsizlik, dikkatsizlik,

¹ İçel Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967, s. 22.

² Delugo Tullio, “Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi”, (Çev. Yüksel Ersoy). AÜHFD., 1987, s. 115-116.

³ Wessels Johannes / Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 41. Auflage, 2011, s. 260; Kindhäuser, Urs, http://www.jura.unionn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Strafrecht3/Strafrecht_AT/s-at-33.pdf.

⁴ <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>.

⁵ Rengier Rudolf, Strafrecht Allgemeiner, 4., neu bearbeitere Auflage, München, 2012, s. 103; Wessel / Beulke, s. 84; Morkel Dan W., On The Distinction Between Recklessness And Conscious Negligence, The American Journal of Comparative Law, Volume 30, 1982, s. 329-330.

⁶ “Taksir; bir kimsenin iradi bir hareketi sonucu öngörülmesi mümkün ve zorunlu olan, fail tarafından istenmeyen sonucun gerçekleşmesidir” şeklinde yargı kararlarında ifade edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2004/9-213 K. 2005/3 T. 1.2.2005, <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.11.2014.

⁷ Erem Faruk, Türk Ceza Hukuku C.I Genel Hükümler Ankara 1954, 3.B. s. 315; Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan/Özbek, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 2001, 5. B. s. 210; Artuk Mehmet Emin / Gökçen Ahmet / Yenidünya, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. B., Ankara 2013, s. 320.

ihmal ve nizamlara riayetsizlik gibi bir kusurun bulunmasıdır” şeklinde tanımlamıştır⁸. Benzer bir tanım veren Önder taksiri, “Kişinin suç tipindeki neticeye yönelik kast içinde olmadan ve fakat zorunlu olduğu özeni gösterdiği takdirde neticenin meydana gelmesi mümkün bulunmayan hallerde, tespit edilmiş suç tipini hukuka aykırı olarak ihlal etmesi durumu” olarak tanımlamıştır⁹. Daha kısa bir tanımla taksir, işlediği bir fiilde kusurlu görülen failin, istemediği sonuçtan sorumlu tutulması halidir¹⁰.

Taksir kavramının hukuki anlamı bakımından doktrinde yapılan tartışmalar ve kavramın sürekli bir gelişme içinde olması, kanunlarda tanımlanıp tanımlanmaması konusunda tereddüde neden olmuş ve kanunda tanımlanmasının teorik gelişmeyi donma tehlikesine uğratacağı düşünülmüştür. Bu nedenle ceza kanunlarının taksirin tanımlanması bakımından iki farklı eğilimde olduğu gözlenmiştir. 1975 Alman ve 765 sayılı TCK’ da tanım doktrin ve uygulamaya bırakılmışken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda olduğu gibi bazı kanunlarda ise tanım yapılması benimsenmiştir¹¹. Örnek verilecek olursa, İtalyan Ceza Kanunu (İCK) taksir için şöyle bir tanım yapmıştır: “Netice öngörülmüş olsun veya olmasın fail tarafından istenmediği ve tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahut sanatta acemilik ve yahut kanun, nizam, emir ve talimata riayetsizlik sebebiyle meydana geldiği takdirde suç taksirli veya maksada aykırıdır”¹².

Genel olarak günümüzde, taksirli suç, özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi suretiyle işlenen suç olarak kabul edilmektedir. Yani, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, taksirin esas objektif özen yükümlülüğünün ihlalidir¹³.

Anglo sakson hukukunda suçun manevi unsuru (*mens rea*, failin suç işleme anında var olması gereken zihni durumu) üç başlık altında incelenmiş olup bunlar kast, ihmal ve dikkatsizlik olarak adlandırılmaktadır¹⁴. Kara Avrupası ve Türk ceza hukukunda taksir olarak nitelendirilen kavram, Anglo sakson hukukunda dikkatsizlik olarak adlandırılmıştır. Buna göre, dikkatsizlik suç işlemeyi amaçlamak demek olmayıp aksine risk alarak suçun unsuru niteliğindeki hareketi gerçekleştirmektir¹⁵. Dikkatsizlik de ikiye ayrılmaktadır. Bunlar subjektif ve

⁸ Taner M. Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953, s. 323.

⁹ Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III, 2. B., İstanbul 1992, s. 296.

¹⁰ Erem Faruk / Danışman Ahmet/Artuk Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, 14. B. s. 456.

¹¹ Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. B., Ankara 2013, s. 175-176.

¹² İçel, s.25.

¹³ Nuhoğlu Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, İstanbul 2009, s.86.

¹⁴ Cross, Noel, Criminal Law and Criminal Justice An Introduction, London 2010, s. 32.

¹⁵ Cross, s. 36.

objektif dikkatsizliktir. Sübjektif dikkatsizlik, kişinin suçun unsuru olan zararlı neticeye neden olacak riski öngörmesine rağmen hareketine devam etmesi olarak tanımlanırken, objektif dikkatsizlik, failin yerinde olan makul bir kişinin failin aldığı riskin suçu oluşturacak neticeye neden olacak açık ve ağır bir risk olduğunu öngörmesidir¹⁶. Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere sübjektif dikkatsizlik failin farkındalığı üzerinde dururken objektif dikkatsizlik makul bir insanın hareketini esas alır¹⁷.

Eski kanunda tanımlanmamış olan taksir, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasında tanımlanmıştır: *“Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir”*¹⁸. Bu tanımda yer alan *“dikkatsizlik ve özen yükümlülüğüne aykırılık”* ifadesinin yerinde ve doğru olarak kullanıldığı kabul edilmektedir¹⁹. Objektif özen yükümlülüğü olarak da ifade edilen bu yükümlülüğün soyut olmadığı ve mutlaka belli bir hukuki değerle ilgili olması gerektiği belirtilerek, yükümlülüğün tayininde, failin şahsi kabiliyetlerinin değil, objektif esasa göre hareket edilmesi gerektiği vurgulanmıştır²⁰. Ayrıca taksirin bir çeşidi olan bilinçli taksir de Kanun'un 22. maddesinin 3. fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır: *“kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır”*.

5237 sayılı TCK'da tanımlanan taksir kısaca, istenen bir fiilin istenmeyen neticesinden sorumluluk olarak ifade edilmiştir²¹. Dikkat edilecek olursa, kanun taksiri sadece netice ile ilişkilendirmiştir ve sadece netice bakımından vurgu yapılması taksir tanımı için bir eksikliktir. Neticenin yanında, suçun kanuni tarifinde yer alan diğer maddi unsurlar bakımından da taksire vurgu yapılması gerekir. Nitekim 22. maddenin gerekçesinde kanuni tanımda yer alan unsurlardan birinin öngörülmemiş olmasından bahsedildiğinden, bütün unsurlar bakımından öngörmemenin ilişkilendirileceği kabul görmüştür²².

Taksirin cezalandırılmasının sebebi, toplumun bireylere yüklediği dikkat ve ihtimam yükümlülüğünün ihlal edilmesidir. Ancak bu yükümlülüğün yerine

¹⁶ Cross, s. 36.

¹⁷ Samaha Joel, Criminal Law, Wadsworth, 10. B., 2011 USA, s. 118.

¹⁸ Bu tanım 765 sayılı TCK'daki “meslek ve sanatta acemilik ve nizam ve emirlere uymama ve talimata riyasetsizlik şekillerini almadığı için yetersiz bir tanım olarak görülmüştür. Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. B., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 383.

¹⁹ Koca / Üzülmüş, s. 178.

²⁰ Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. B., Ankara 2013, s. 254.

²¹ Hafizoğulları Zeki / Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. B., Ankara 2010, s. 286.

²² Koca / Üzülmüş, s. 179.

getirilmesi bakımından bir imkân bulunması şarttır²³. Taksirli suçların cezalandırılması ile insanların gün geçtikçe yoğunlaşan toplumsal yaşam içinde daha dikkatli davranmaları sağlanılmaya çalışılmaktadır. Böylece, insanların isteyerek yaptıkları bir hareketten doğan ve fakat gerçekleşmesini istemedikleri ama gerçekleşen neticelerden de sorumlu tutulmaları kabul edilmektedir²⁴.

Madde gerekçesine göre de fail, kendi yeteneklerine algılama gücü, tecrübeleri, bilgi seviyesi ve içerisinde bulunduğu koşullar çerçevesinde objektif olarak var olan dikkat ve özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır²⁵.

Taksirli sorumluluğun kasıtlı sorumluluğa nazaran istisnai bir özelliğe sahip olduğu TCK'nın 22/1. maddesinde "taksirle işlenen fiiller, kanunda açıkça belirtilmediği hallerde cezalandırılır" ifadesi ile açıkça belirtilmiştir. Kast asıl, taksir istisnai niteliktedir²⁶.

II. Taksirin Hukuki Esası

Taksirin neden ibaret olduğu, niçin kasıtlı ve objektif sorumluluktan ayrıldığı sorusuna cevap aranarak taksirin sınırının belirlenmesi bakımından çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bunların bilinmesi taksirin hukuki esası bakımından önemlidir²⁷. Öğretide belirtilen bu teorilere kısaca değineceğiz.

A. Yanılma teorisi

Bu görüşe göre, taksir iradi hareketin anlamını ilgilendiren veya bunun ayırıcı nitelikleri hakkında düşülen bir hatadan kaynaklanır. Fail bu hatadan kaçınabildiği takdirde taksirin var olduğu kabul edilir. Yani failin kusurluluğu, kaçınılması mümkün olan bir hataya düşmüş olmasıdır²⁸.

Taksirin sebebinin yanılmaya dayandırmanın bir mantık hatası olduğu, yanılmanın taksirin sebebi olmadığı aksine, gereken dikkat ve özenin gösterilmemiş olmasının failin yanılma sebebinin oluşturduğu gerekçesiyle yanılma teorisi eleş-

²³ İçel, s. 105.

²⁴ Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. B., Ankara 2013, s. 226.

²⁵ Günay Erhan, Teori ve Uygulamada Olası Kast-Bilinçli Taksir Öldürme ve Yaralama Kastı, Ankara 2005, s. 64.

²⁶ Özen Muharrem, TCK'nda Taksir, Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Cilt 3, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul 2010, s. 113; Birtek Fatih, Pratik Ceza Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul 2011, s. 68.

²⁷ Gündoğan Kadir / Koç Cihan / Ünlü Hasan Nuri, Türk Hukuk Sisteminde Kast ve Taksir, Ankara 2010, s. 96.

²⁸ Dönmezer Sulhi / Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II, 12. B., İstanbul 1999, s. 253.

tirilmiştir. Ayrıca bir kişinin taksir halinde olması için herhangi bir yanlışlığa düşmesinin şart olmadığı ve uyuyan bir şoförün yanlış olmadığı ama gerekli dikkat ve özeni göstermediğinden taksirinin bulunduğu açık olduğu belirtilmiştir²⁹.

B. Hukuka aykırı araçlar kullanma teorisi

Bu teori Stoppato tarafından savunulmuştur. Kişiler faaliyetlerinde sosyal gayelere uygun vasıtalar kullanmak zorundadır. Hukuka aykırı bir amaçla hareket edilmemekle beraber, hukuk fikrinin normal saymadığı araçlarla icra edilmiş iradi bir faaliyet sonucu meydana gelen zararlı ve hukuka aykırı neticelerden fail taksir bakımından sorumlu olmaktadır³⁰. Yani, hukuka aykırı bir amaca yönelindiği takdirde kast, böyle bir amaç olmadan sadece hukuka aykırı araçlar kullanıldığı takdirde ise taksirden söz edilecektir³¹.

Teori, hukuka aykırı araçlar kullanma kavramının çok soyut olması nedeniyle eleştirilerek, bunun bazı taksirli haller ve ihmali suçlarla uyuşmayacağı belirtilmiştir³².

C. Önleyebilme teorisi

Bu görüşte taksir, öngörülmesi ve önlenmesi mümkün, ceza hukukuna aykırı olan bir neticeyi, öngörmek ve önlemek hususunda gereken özeni isteyerek göstermemek olarak tarif edilmiştir. Öngörebilme kavramına önleyebilme kavramının eklenmesiyle ortaya çıkmıştır³³. Teorinin savunucuları, Brusa, Roux ve Von Listz'dir³⁴.

Bu teori de eleştirilmiştir; bir olayı önleyebilmek için öncelikle o olayın meydana gelebileceği öngörülmüş olmalıdır. Fail hareketin başlangıcında neticeyi öngörebilecek durumda iken, sonradan bunu önleyebilecek imkânlarla artık sahip olamamışsa, sorumluluk bu imkânsızlığa değil, hareketin başlangıcındaki öngörmemeye dayanmak zorundadır³⁵. Ayrıca bu teori, bilinçli taksir ile kurallara uymama şeklinde işlenen taksirli suçları açıklayamadığı gerekçeyle de eleştirilmiştir³⁶.

²⁹ Dönmezer / Erman, s. 253.

³⁰ Erem, s. 314.

³¹ Dönmezer / Erman, s. 251.

³² Demirbaş, s. 373.

³³ İçel, s. 70.

³⁴ Dönmezer / Erman, s. 250.

³⁵ Dönmezer / Erman, s. 250.

³⁶ Demirbaş, s. 374.

D. Öngörebilme teorisi

Taksirin hukuki esasını açıklama bakımından en çok taraftar bulan ve en eski teori niteliğini haiz olan teori öngörebilme teorisidir. Bu teori Carrara tarafından savunulmuştur. Taksir bir kimsenin kendi fiilinin mümkün ve öngörülebilir neticelerini hesaplamakta iradi olarak özen göstermemesi olarak tanımlanmıştır. Bu çerçevede taksir üç unsurdan meydana gelmektedir. Bunlar; hareketin iradi olması, zararlı neticenin öngörülmemiş olması ve bu neticenin öngörülebilmesinin imkân dâhilinde olmasıdır³⁷.

Öngörülebilirlik teorisi neticenin kime göre öngörülebilir olduğunun tespit edilmesi bakımından eleştirilmiştir. Bazı yazarlar, orta zekada bir kişiyi, bazıları faili, diğerleri ise failin mensup olduğu sosyal gruba dahil orta zekada bir kişinin model alınması gerektiğini belirtmişlerdir³⁸. Ayrıca bu teori, taksirin bir türü olan bilinçli taksiri açıklayamadığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir³⁹.

Öğretide hakim olan görüş öngörebilme teorisidir. Toplum ya her insana ya da belirli meslek veya sanatları icra eden kimselere ortak tecrübeye dayanarak daha dikkatli davranmaları konusunda kanuni bir uyarıda bulunarak dikkatli davranmaya davet etmekte ve bunun sonucu olarak da taksirli suçları cezalandırmaktadır. Taksirin esasını öngörebilmeye dayandırmak, hem taksirli suçların cezalandırılmasının sebebini açıklamaya yardımcı olur hem de toplumun savunma ve adalet düşüncelerine cevap vermeyi sağlar⁴⁰. Kanaatimizce de öngörebilme teorisi taksirin esasını açıklama bakımından daha elverişlidir.

III. Taksir-Kast Ayırımı

Suçun manevi unsurlarından olan kast gibi, taksirde de sosyal hayatın kurallarına uyulmaması söz konusudur. Fakat taksirli suçların kasıtlı suçlara nazaran daha az önemli ve daha az tehlikeli oldukları kabul edilmektedir⁴¹. Taksirli suçların cezası, kasıtlı suçlar için öngörülen cezalara göre daha hafiftir. Bunun gerekçesi, kasıtlı suçlarda failin toplum hayatı için zararlı veya tehlikeli fiili bilerek ve isteyerek işlemesi söz konusu iken, taksirli suçlarda, failin iradesinin düzen karşısında dikkat ve özen yükümlülüğüne riayetsizlik biçiminde tezahürü vardır. Her iki kusur halinde de uyulması gereken toplumsal kurallara riayet edilmemesi durumu ortaya çıkar. Ancak kastta bu kurallara bilerek ve

³⁷ Dönmezer / Erman, s. 250.

³⁸ İçel, s. 106; Dönmezer / Erman, s. 248; Demirbaş, s. 329; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 328.

³⁹ Bkz. Hafızoğulları Zeki, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksir ve Taksir Karinesine Dayandırılan Kusurlu Sorumluluk", Polis Dergisi, Sy. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s. 83.

⁴⁰ Dönmezer / Erman, s. 254; Demirbaş, s. 330.

⁴¹ Yüce Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 1985, s.62.

istenerek uyulmazken, taksirde ise dikkatsizlik ve özensizlik sonucu kurallar ihlal edilmektedir. Yine kastta failin iradesi suçun kanuni tanımındaki unsurların tamamına yönelik iken, taksirli suçlarda irade sadece harekete yönelik olup, neticeyi kapsamamaktadır⁴².

TCK'nın 21 ve 22. maddelerinde kast ve taksir sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden anlaşılacağı gibi, kastın şart olduğu ancak taksirin ise kasta nazaran istisnai bir mahiyette olması da bir diğer fark olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu husus kanunda açıkça ifade edilmiştir; 22/1 "taksirle işlenen fiiller, kanunda açıkça belirtildiği hallerde cezalandırılır". Yani taksirin cezalandırılabilmesi için kanunda açık hüküm bulunması gerekirken, kast bakımından sorumluluk için ayrıca bir hükme gerek yoktur⁴³.

Taksirli suçta, kasıtlı suçta nazaran kusurluluk daha az ise de, failin sosyal tehlikeliliği daha az olmamaktadır⁴⁴. Netice olarak, taksirli suçların kasıtlı suçların hafifletilmiş şekli olmadığı ve onlardan bağımsız olduğu sonucuna varılabilir⁴⁵. Suçun kasıtlı şekliyle taksirli şekli arasında herhangi bir normatif veya dogmatik eksiklik söz konusu değildir. Fakat taksirli suçlar kasıtlı suçların ulaştığı sistemlilik ve şeffaflığa henüz sahip değildir⁴⁶.

IV. Taksirin Unsurları

Öğretide taksirin unsurları şu şekilde belirtilmiştir;

- a) failin taksirle işlenebilen bir suç olması,
- b) Hareketin iradi olması,
- c) Neticenin iradi olmaması⁴⁷,
- d) Hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması⁴⁸,

e) Neticenin öngörülebilir olması ve dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktır⁴⁹. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 16.05.2000 tarihli 2000/9-104

⁴² Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 325.

⁴³ Hakeri, s. 227.

⁴⁴ Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 18. B., Ankara 2012, s. 212.

⁴⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 324; Hakeri, s. 223.

⁴⁶ Keçelioğlu Elvan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım", TBB Dergisi, Sayı: 83, 2009, s. 128.

⁴⁷ Tosun Öztekin, Suç Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Gazetecilik Enstitüsü Yayını, İstanbul 1967, s.172.

⁴⁸ Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), 3. Bası, İstanbul 2013, s.266.

⁴⁹ Koca/Üzülmez, s.189.

Esas, 2000/110 Karar sayılı kararda taksirin unsurlarını şu şekilde saymıştır⁵⁰:

- a) Eylemin taksirle işlenebilen bir suç olması,
- b) Hareketin iradiliği,
- c) Neticenin iradi olmaması,
- d) Hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması,
- e) Neticenin öngörülebilmesidir⁵¹.

A. Taksirin cezalandırılacağı konusunda kanunda hüküm bulunması

Ceza kanunu bakımından suçlar kural olarak kasten işlenebilir. Fakat kanunda açıkça düzenlenmiş hallerde taksirle işlenen fiiller de cezalandırılacaktır (TCK m.22/1). Bu şart, taksirin kasta nazaran istisnai bir özellik taşımasından kaynaklanır. Bu nedenle taksirli bir fiilden dolayı kişinin cezalandırılabilmesi için kanunda buna ilişkin bir düzenlemenin varlığı gerekir⁵². Nitekim TCK da taksirli suçlar şöylece sayılmıştır: Taksirle öldürme(m.85), Taksirle yaralama (m.89), Taksirli iflas (m.162), Genel güvenliğin taksirle tehlikeye sokulması (m.171), Taksirle radyasyon yayma (m.172/4), Taksirle atom enerjisi ile patlamaya sebebiyet verme (m.173), Trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma (m.180), Çevrenin taksirle kirletilmesi (m.182), Taksirle zehirli madde katma (m.185/2), Taksirle devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama (m.329), Taksirle yasaklanan bilgileri açıklama (m.336), Taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi (m.338).

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 16.05.2000 tarihli kararında taksirin unsurları sayılarak bir eylemin cezalandırılabilmesi için taksirle işlenebileceğinin yasada belirtilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁵³.

⁵⁰ <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.03.2014.

⁵¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16.10.2007 gün ve 192-221; 09.10.2001 gün ve 181-204; 21.10.1997 gün ve 99-202; 13.12.1993 gün ve 221-317; 08.07.2008 gün ve 1/99-185 sayılı kararlarında da vurgulandığı üzere, öğretide ve uygulamada taksirin unsurları;
1- Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması,
2- Hareketin iradiliği,
3- Neticenin iradi olmaması,
4- Hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması,
5- Neticenin öngörülebilir olması, şeklinde kabul edilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2011/1-54, K. 2011/120, T. 7.6.2011, <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.11.2014.

⁵² Hakeri, s. 229.

⁵³ <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.03.2014.

B. Hareketin iradiliği

Failin neticeyi meydana getiren hareketi bilerek ve isteyerek yapması önemli bir şart-unsurdur. Neticeyi istemeyen bir kimseyi sorumlu tutabilmek için, özen görevinin yanı sıra, hareketinin de iradi olması şartının aranması zorunludur. Hareketin iradi olmadığı durumlarda taksirin varlığı söz konusu olmayacağından kişinin cezalandırılması da mümkün olmayacaktır⁵⁴.

Hareket iradi olmalıdır. Ancak taksirli suçların bir unsuru olan hareketin, dikkat ve özen yükümlülüğüne riayet etmemek suretiyle, kanunun suç saydığı neticeye sebep olan bir hareket şeklinde anlaşılması ihtiyacı vardır⁵⁵.

Taksirli icra suçlarında, örneğin taksirle öldürmede veya taksirle yaralamada, hareketin iradiliğini tespit kolaydır. Ancak taksirli ihmali suçlarda iradenin varlığına şüphe ile yaklaşılmaktadır. Gerçekten, ihmali bir hareket-sizliğin iradi olduğunun iddia edilemeyeceği söylenmiştir; sokakta bir çukur açıda gereken levha ve işaretleri koymayı unutan belediye görevlisinin bu unutkanlığı isteyerek yaptığının ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Buna karşı denilmiştir ki, taksirli ihmal suçlarında da hareket iradidir. Unutkanlık, dikkatsizlik halinde fail, dikkatli davranmak, unutmamak için gereken özeni göstermemek istemiştir. Çünkü bir insan dikkatli olmayı isterse, dikkatli olur. Kaza ve mücbir sebep dışında kalan bütün hallerde ihmali davranışta istenmiş ve iradi olacaktır⁵⁶.

C. Neticenin iradi olmaması

Netice kanuni tarifte yer alan, dış âlemde meydana gelen bir değişiklik olarak tarif edilmiştir⁵⁷. Fail bilerek ve isteyerek yaptığı hareketten doğan hukuka aykırı neticeyi istememiş olmalıdır. Neticenin istenmemiş olması, taksiri kasttan ve özellikle de olası kasttan ayıran yegâne unsurdur⁵⁸. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği kararda taksir bakımından neticenin istenmemesi gerektiğini ve bunun taksiri kasttan ayırıcı bir unsur olduğunu belirtmiştir⁵⁹.

Taksirli suçlarda netice önemli bir yer tutar. Bu tür suçlarda neticenin gerçekleşmesi fiilin cezalandırılmasını gerektiren bir unsur teşkil eder. Bu nedenle

⁵⁴ Dönmezer / Erman, s. 257.

⁵⁵ İçel, s.156; Öztürk Mustafa, Taksirden Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 15.

⁵⁶ Dönmezer / Erman, s. 257.

⁵⁷ İçel, s. 162.

⁵⁸ Hakeri, s. 234.

⁵⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2009/9-185, K. 2009/273, T. 24.11.2009, <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.03.2014.

netice gerçekleşmediği takdirde, taksirli hareketin faili cezalandırılmayacağı gibi, taksirli suçlara teşebbüste mümkün olmayacaktır⁶⁰. Nitekim neticenin iradi olması halinde artık taksir değil, kast söz konusu olacaktır. Somut olayın özellikleri dikkate alınarak failin neticeyi isteyip istemediği konusunda tespit yapılması gerekir⁶¹.

Neticenin istenmesi ile neticenin öngörülmesi birbirinden farklıdır. Netice somut olayda öngörülmüş olmasına rağmen, istenmemiş olması mümkündür. Örneğin, bir okulda öğrencilerin okuldan çıktığını gören şoförün, hızlı gitmesi halinde çocuklardan birine çarpabileceğini öngörmesi imkan dâhilindedir. Ancak buna rağmen hızlı gitmesi, çocuklardan birine çarpmayı istediği sonucu çıkmaz. Fakat bu halde taksir bilinçli olmaktadır⁶².

D. Dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi

Dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin, taksirin kusurluluk nevi olmasının sebebinin açıklayan bir unsurdur. Fail tarafından gerekli dikkat ve özen yükümlülüğü yerine getirilmesine rağmen, zararlı neticeler ortaya çıkmışsa bu neticeden dolayı faile cezai sorumluluk yükletilemez. Yani bu unsur taksirin bütün şekilleri bakımından aranması gereken bir unsurdur⁶³.

Kişilerin kanun ve hayat tecrübelerinin sonucunda, kendi psikolojik ve bedensel durumlarına göre belli durumlarda belli kurallara uygun davranma, özen gösterme ve dikkat etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyerek zararlı bir neticeye sebebiyet veren kişi bundan sorumlu olacaktır. Fakat bunun için failin özen gösterme yükümlülüğüne uymasının olanak dâhilinde olması gerekir⁶⁴.

Taksirli hareket dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Faili ortaya çıkan neticeden sorumlu tutabilmek için, buna dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışla sebep olunmalıdır. Ayrıca, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışın varlığı halinde, bu yükümlülüğe uygun davranılsaydı dahi netice gerçekleşecekti şeklinde bir mantık yürütme ile sorumluluktan kurtulmak da söz konusu değildir⁶⁵. Failden beklenen özenin gösterilip

⁶⁰ Dönmezer / Erman, s. 258.

⁶¹ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 323.

⁶² Hakeri, s. 234.

⁶³ İçel, s.140.

⁶⁴ Centel Nur / Zafer Hamide / Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. B., İstanbul 2011, s. 398.

⁶⁵ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s.346.

gösterilmediği somut olaya göre belirlenecektir. Yargıtay uygulamasının da bu doğrultuda olduğu görülmüştür⁶⁶.

E. Neticenin öngörülebilir (tahmin edilebilir) olması

Neticenin öngörülebilir niteliğinin aranması, kişilere yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün doğal bir sonucudur. Dikkat ve özen yükümlülüğünde, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi imkânı bulunmasına rağmen, kişi bunu yerine getirmekten kaçınmıştır. Bu imkâna ise, neticenin öngörülebilir olması denilmektedir⁶⁷. Neticenin öngörülebilir olması taksirin sınırını oluşturur. Netice öngörülebilir değilse, kimseden makul olarak bu gibi neticeleri doğurabilecek hareketlerde bulunmaktan çekinmesi istenemeyeceği için, ortada kusurluluk kalmayacak ve artık kaza veya tesadüfün bulunduğu kabul edilecektir⁶⁸.

Öngörebilme ile neticenin öngörülmesi farklı kavramlardır. Çünkü öngörme somut olayda failin şuurunun mevcut durumu ile ilgili iken, öngörebilme belirli bir kritere bağlı mücerret bir imkândır. Yani, öngörme, somut olayda neticenin fail tarafından failen öngörülmesidir. Öngörebilme ise, failin fiilinin sonucunu tahmin edebilme yeteneği ile alakalıdır⁶⁹. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği 24.11.2009 tarihli kararda taksirli suçlarda gerek icrai hareketin gerekse ihmali hareketin iradi olması ve gerçekleşen neticenin öngörülebilir olması gerekmektedir, iradi bir davranış bulunmadığı takdirde taksirden bahsedilemeyeceği gibi öngörülemez bir sonucun gerçekleşmesi halinde de failin taksirli suçtan sorumluluğuna gidilemez denilmiştir⁷⁰.

Taksirin unsurlarından biri olan öngörebilmenin tespiti bakımından failin şahsi nitelikleri; örneğin yaşı, görgüsü, sosyal seviyesi, tecrübesi, zeka derecesi, mali durumu ve cinsiyeti dikkate alınır⁷¹. Trafikte tüm kurallara uygun olarak seyreden sürücü, iki araba önünden aniden çıkan bir çocuğa çarparak ölümüne neden olursa, ortada teknik anlamda bir kaza olacağından cezalandırılması söz konusu olmayacaktır. Çünkü taksir derecesinde dahi kusurdan söz etmek mümkün değildir. Fakat bu sürücü, yol kenarında oynayan çocukları görmüş ise neticenin öngörülebilirliği gerçekleşeceğinden taksirden sorumlu olacaktır⁷².

⁶⁶ Hakeri, s. 230.

⁶⁷ İçel, s.147.

⁶⁸ Dönmezer / Erman, s. 263.

⁶⁹ İçel, s. 152; Çiftcioğlu, Cengiz Topel, Türk Ceza Kanununda Taksir, Ankara Barosu Dergisi, 2013/ 3, s. 329.

⁷⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2009/9-185, K. 2009/273, T. 24.11.2009; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2008/9-43, K. 2008/62, T.25.3.2008, <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.03.2014.

⁷¹ İçel, s. 153.

⁷² Hakeri, s. 233.

F. Hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması

Hareket ile netice arasında nedensellik bağı bulunması gerekir⁷³. Hareket ile netice arasında illiyet bağının bulunması taksirli suçlar bakımından büyük önem taşıyan ve taksirin diğer unsurları ile yakından ilgilidir. Bu ilgi, özellikle öngörebilme unsurunda açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Taksirde öngörebilmenin var olup olmadığı araştırılırken, illiyet bağı araştırmasının da yapılması gerekir⁷⁴. İlliyet bağı kurulurken failin şahsi bilgileri ve tecrübelerine göre neticeyi öngörebilip öngöremediğinin araştırılması gerekmektedir. Bu durum Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da vurgulanmıştır⁷⁵.

Nedensellik bağının bulunması cezalandırmanın şartlarından biridir. Fakat taksirli suçlar bakımından nedensellik bağı bazı özellikler göstermektedir. Yani netice, faille birlikte, mağdur veya üçüncü kişinin hareketinin birleşmesi sonucu meydana gelebilir. Bu durumlarda, netice ile hareket arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı önemlidir⁷⁶.

Üçüncü kişinin hareketi bakımından; üçüncü kişinin hareketi failin taksirli hareketine eklendiğinde, üçüncü kişinin hareketinin kusurlu olup olmadığına bakılır ve kusurlu değilse netice sadece taksirli hareketin failine yüklenilir. Örneğin bakıcının dikkatsizliği yüzünden sokağa çıkmış olan bir akıl hastasından kaçmak isteyen kimse, yoldan geçen bir çocuğa çarparak yaralanmasına neden olursa, netice iki kişinin hareketi yüzünden meydana gelmesine rağmen, bunlardan biri kusurlu olmadığı için, sorumluluk taksirli hareketin failine yüklenecektir⁷⁷. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, taksirde illiyet bağına ilişkin olarak verdiği 02.06.2009 tarihli kararda, failin hareketi sonucu ölümcül yara alan kişinin hastanede müdahale edilerek kurtarılmasına rağmen, müdahale sırasında hepatitli kan verilmesi sonucu bir hafta sonra ölmesinde failin öldürme kastıyla hareket ettiğini ve netice olarak ölümün de gerçekleştiğini belirterek illiyet bağının devam ettiğini ve hastanedeki müdahalenin bunu kesmeyeceğini kabul etmiştir⁷⁸.

⁷³ Centel / Zafer / Çakmut, s. 402.

⁷⁴ İçel, s. 168.

⁷⁵ “Sanık dört çocuklu bir ev kadınıdır. Sofrada su bekleyen çocuklarına su getirmek için çeşmeye gitmiş, haberi olmadan evden çıkan dört yaşındaki küçük kızı maktule Fatma, atı ürken at arabasının altında kalarak ölmüştür. Sanık, Pasinler ilçesine köyden gelmiş bir ev kadınıdır. Mahalle yaşamı ve köy koşulları ile mahalli örf ve adete göre çocuklarına bakmak üzere bakıcı tutmak olanağına sahip değildir. Sanığın eylemi, sadece çeşmeden su almaya gitmekten ibarettir. Bu eylem ile müteveffa Fatma'nın araba altında kalması arasında uygun illiyet bağı bulunmamaktadır”, Öztürk Mustafa, Taksirden Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 17.

⁷⁶ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 337.

⁷⁷ Dönmezer / Erman, s. 258.

⁷⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2008/1-186, K. 2009/147, T. 02.06.2009, <http://www.kazanci.>

Zararlı netice, failin taksirli hareketine üçüncü şahsın kusurlu bir hareketinin eklenmesi sonucu da meydana gelebilir. Bu ihtimalde taksirli suçlara iştirak mümkün olmayacağından, herkes kendi taksirli eyleminden kusuruna göre sorumlu olacaktır⁷⁹. Örneğin, inşaat çevresinde yeterli tedbir almadan taşıdıkları demir çubukları düşürerek bir kimsenin yaralanmasına sebep olanlar, taksirli yaralamadan ayrı ayrı sorumlu olacaktırlar⁸⁰. TCK'nın 22. maddesinde de birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda herkesin kendi kusuru göz önünde bulundurulmak suretiyle sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Bu husus madde gerekçesinde de vurgulanmıştır. Faillerin iştirak hükümlerine göre cezalandırılmayacağı ve diğerlerinin kusurundan ayrı olarak değerlendirmeye tabi olmaları ifade edilmiştir.

Mağdurun hareketi bakımından; neticenin gerçekleşmesinde mağdurun hareketi ile failin hareketi birleştiği takdirde, hareket hayatın olağan akışına göre normal ise, bunun nedensellik bağına etkisi olmayacaktır. Ancak hareket normal değilse ve tamamen mağdurun kusurundan netice meydana gelmişse, failin hareketi ile netice arasında nedensellik bağı olmadığından fail sorumlu olmayacaktır. Mağdurun hareketi normal olmamakla birlikte, kusurlu veya hukuka aykırı da olmayabilir. Bu takdirde failin hareketi taksirli ise, sadece mağdurun normal olmayan bir hareketinin eklenmesi nedensellik bağına kesmeyecektir. Örneğin intihar etmek isteyen bir kişi eczacıdan zehir istese ve eczacı da zehri reçetesiz olarak verse, eczacı taksirinden dolayı sorumlu olacaktır⁸¹.

Neticenin gerçekleşmesinde hem failin ve hem de mağdurun taksirli hareketi varsa, taksirler arasında takas yapılamayacaktır. Örneğin şehir içinde süratle seyretmekte olan sürücünün, aniden yola çıkan bisikletli çocuğa çarpmasında illiyet bağı kesilmeyecek ama belki cezasında indirim yapılabilecektir⁸².

V. Bilinçli-Bilinçsiz Taksir Ayırımı

Türk Ceza Kanunu'na göre taksir, kendi içinde bilinçli taksir ve bilinçsiz taksir olarak ayrılmaktadır. Bilinçsiz taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir (m.22/2). Bilinçli taksir ise TCK'nın 22. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre bilinçli taksir, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halidir. Unutulma-

com, E.T. 20.03.2014.

⁷⁹ Özen s. 128.

⁸⁰ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 338.

⁸¹ Dönmezer / Erman, s. 260.

⁸² Demirbaş, s. 382.

malıdır ki, taksir sorumluluğu için neticenin öngörülebilir, tahmin edilebilir olması gerekir. Netice öngörülebilir ise taksir söz konusu olabilecektir. Aksi takdirde taksirden bahsedilemeyecek ve kaza, tesadüf olarak durum değerlendirilecektir⁸³.

Suçun faili tarafından dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesi bilinçsiz taksir (unbewusster Fahrlässigkeit) olarak ifade edilmektedir⁸⁴.

Bilinçli taksir öğretide öngörülü taksir olarak da tanımlanmıştır. Arabasını çok hızlı kullanan ve bir yayaya çarpabileceğini öngören ve fakat ustalığına ya da arabasının kalitesine güvenerek böyle bir sonucu önleyebileceğini zanneden sürücünün bir yayaya çarpması durumunda bilinçli taksir vardır. Taksirin normal şekli olarak görülen bilinçsiz taksir ise, ava giden avcının etrafına dikkat etmeden tavşana ateş ederken silahından çıkan merminin çalılardan arkasındaki köylüye isabet etmesi örneği ile örneklendirilmiştir⁸⁵.

Bilinçli ve bilinçsiz taksiri birbirinden ayıran özellik kendini öngörme kavramında göstermektedir⁸⁶. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu 06.10.2009 tarihli karar da bunu açıkça vurgulamıştır; *“Taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt, taksirde failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi, bilinçli taksirde ise bu neticeyi öngörmüş olmasıdır”*⁸⁷. Neticenin öngörülebilmesinden anlaşılan, neticenin fail tarafından, hareketin yapıldığı zaman ve bu zamandaki şartlara göre tahmin edilebilmesi durumudur. Öngörebilmenin takdirinde failin yaşı, bedeni ve ruhi yapısı, okuma derecesi ve mesleği gibi hususlar göz önünde bulundurulacaktır⁸⁸.

Bir kısım yazarlara göre bilinçli taksir bir kelime oyunundan ibarettir. Eğer netice öngörülmüşse zaten istenmiş de olacağından bu artık kast olacaktır. Bu görüş, öngörme ve isteme kavramlarını birbirine karıştırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸⁹. Diğer bir görüşe göre, gerçek taksir, bilinçli taksirdir. Fail, yaptığı hareketin ne gibi neticeler doğurabileceğini gerçekten öngörmemişse, cezai nitelikte bir taksir de söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle taksiri kastan ayı-

⁸³ Hakeri, s.233.

⁸⁴ Wessel / Beulke, s. 260.

⁸⁵ Toroslu, s.225.

⁸⁶ “Taksirde ise, neticenin öngörülebilir olması gerekli ve yeterlidir” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/9-189, K. 2009/220, T. 06.10.2009, <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.03.2014.

⁸⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2004/9-213, K. 2005/3 T. 06.10.2009, <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.03.2014.

⁸⁸ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 349.

⁸⁹ İçel, s.187.

ran ölçü neticenin öngörülüp öngörülmemesi değil, neticenin istenip istenmemesidir. Yani bilinçsiz taksir diye bir taksir hali yoktur denilmektedir⁹⁰.

Bazı yazarlar ise taksiri kast ve taksirden ayrı bir kusurluluk şekli olarak kabul etmişlerdir⁹¹. Bir başka görüşte, neticeyi öngörmesine rağmen, sırf talih, şans, maharet, güven gibi ceza hukuku bakımından teorik bir temele dayandırılmayacak kavramlardan hareketle, işlediği fiil nedeniyle birçok kişinin ölümüne sebep olan kişi bilinçli taksirden sorumlu olacaktır. Bu nedenle bilinçli taksiri taksirin bir türü olarak değil, olası kast kavramı içerisinde değerlendirmenin teorik olarak daha doğru olacağı vurgulanmıştır⁹².

Bizimde katıldığımız görüşe göre ise, taksirin bir çeşidi olan bilinçli taksirde, kastta olduğu gibi neticenin öngörülmesi durumu vardır. Fakat failin, genel olarak öngördüğü neticenin somut olayda gerçekleşmeyeceği inancını, kanaatini taşıması neticenin iradi olmadığını ortaya koyar. Çünkü fail, öngördüğü neticenin gerçekleşmesini istememekte ve gerçekleşmemesi için elinden geleni yapmaktadır⁹³.

Bilinçli taksir, bilinçsiz taksire nazaran daha ağır bir taksir halidir ve bu nedenle bilinçli taksir halinde verilecek cezanın miktarı arttırılmaktadır⁹⁴.

VI. Bilinçli Taksir-Olası Kast Ayırımı

Olası kast-bilinçli taksir ayrımı Alman hukukunda “Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit” olarak ifade edilmektedir.⁹⁵ Bu ayrıma ilişkin olmak üzere doktrinde bir görüşe göre “Kognitive Theorien (Bilişsel Teori)” ve “Volitive Theorien (İradeye dayalı teori)” şeklinde iki teori bulunmaktadır.⁹⁶

Ceza hukuku öğretisinde bilinçli taksir ve olası kast ayrımı tartışmalı bir konudur. Her iki halde de neticenin öngörülmesi olması arandığından ikisi arasında çok ince bir çizgi vardır ve bu çizginin iyi belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde yanlışlıklar yapılabilecektir⁹⁷. Olası kast ve bilinçli taksir arasında bir benzerlik vardır ve net bir ayırım yapılamadığı belirtilmiştir⁹⁸. Nitekim TCK’ da yapılan tanımlara bakıl-

⁹⁰ Dönmezer / Erman, s.265.

⁹¹ Löffler bunu savunmuştur. Bkz. İçel, s. 187.

⁹² Koca / Üzülmüş, s. 228.

⁹³ Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 351.

⁹⁴ Demirbaş, s. 385.

⁹⁵ Rengier, s. 103 vd.

⁹⁶ Rengier, s. 104-105.

⁹⁷ Hakeri, s. 238.

⁹⁸ Karakehya Hakan, “Olası Kast”, CHD, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin yayınları, Yıl 1, Sayı 2,

diğında da iki kurumun birbirine karıştırılmaya müsait olduğu görülmektedir⁹⁹.

Olası kast, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşeceğini öngörmesine rağmen fiilin işlenmesi halidir (TCK m.21/2). Kişi işlediği fiilin bazı neticelerin meydana geleceğine muhtemelen sebebiyet vereceğini öngörmektedir. Başka bir anlatımla, olası kast halinde, gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde olan neticelere ilişkin kabullenir veya hareketi sonucu ortaya çıkacak süreci önemsememektedir.¹⁰⁰ Kanuni tarife uygun neticenin gerçekleşmesi olayın akışına bırakılmış durumdadır. Kişi, neticenin gerçekleşmesinin ihtimal dâhilinde olduğunu bilmesine rağmen, bunun gerçekleşmemesi için özel bir çaba harcamamaktadır. Ayrıca, kanuni tarife uygun neticenin meydana geleceği ihtimal dâhilinde olmasına rağmen, fail fiili işlemekten çekinmemektedir¹⁰¹. Fail olası kastta, kendi istediği neticenin dışındaki neticelerin meydana gelebileceğini öngörür, bu neticelerin gerçekleşip gerçekleşmemesi karşısında ilgisiz kalır. Önemli olan husus neye mal olursa olsun gerçekleşmesi istenen neticedir ve bu neticeye bağlı olarak gerçekleşmesi muhtemel olan neticeler de kabullenilmektedir. Yani göze alınmıştır¹⁰².

Bilinçli taksir, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halidir. Maddenin gerekçesinde bilinçli taksiri basit taksirden ayıran özellik, fiilin neticesinin failce fiilen öngörülmüş ve fakat istenmemiş olması olarak belirtilmiştir¹⁰³. Bu ifadenin gerekçede yer alması olası kast ile bilinçli taksirin birbirine karıştırıldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Olası kast kastın bir çeşidi iken, bilinçli taksir özellikle isteme unsuru bakımından olası kasttan ayırt edilmek istenmiştir. Olası kasttan farklı olarak, bilinçli taksirde, fail öngördüğü neticenin gerçekleşmesini istememektedir ve gerçekleşmemesi için bütün gayretini göstermektedir; ancak korkulan sonuç meydana gelmektedir¹⁰⁴. Bilinçli

Aralık 2006, s. 26.

⁹⁹ “Gerek olası kastta gerekse bilinçli taksirde, sonuç fail tarafından öngörülmektedir. Bilinçli taksirde, öngörülen ve gerçekleşen netice istenmemekte, olası kastta ise istenmemesine rağmen fail tarafından kabullenilmektedir. Olası kastta fail, öngördüğü sonucun meydana gelmesini kabullenip, sonucun meydana gelmemesi için herhangi bir önlem almazken, bilinçli taksirde fail neticeyi öngörmesine rağmen, şansa veya başka etkenlere hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek, öngörülen sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir”, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2010/8-51, K. 2010/162, T. 06.07.2010, <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.03.2014.

¹⁰⁰ Heinrich Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, (çev. Ramazan Barış Atladı), (edt. Yener Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 186.

¹⁰¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 271.

¹⁰² Hakeri, s. 238.

¹⁰³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2011/1-54, K. 2011/120, T. 7.6.2011, <http://www.kazanci.com>, E.T. 20.11.2014.

¹⁰⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 276.

taksirde fail neticeyi öngörür; ancak neticenin gerçekleşmesini asla istememektedir. Olası kastla bilinçli taksiri birbirinden ayıran nokta neticenin kabullenilip kabullenilmemesidir. Öngörülen netice kabulleniliyorsa olası kast, kabullenilmiyorsa bilinçli taksir söz konusudur. Sonuç olarak, bilinçli taksirde fail kendi kendine, “yok canım bir şey olmaz” derken; olası kastta kendi kendine, “olmaz, olmayabilir, ama olursa da olsun” demektedir¹⁰⁵. Örneğin, hasmını öldürmek isteyen köy muhtarı, köy kahvesinde oturan hasmını gördüğünde hasmının yanında oturanlara aldırmadan “ne olursa olsun” diyerek ateş etse ve hasmını öldürmekle birlikte başka bir kişiyi öldürürse, hasmı bakımından kasten sorumlu olacakken, öldürdüğü diğer kişi bakımından olası kasttan dolayı sorumlu tutulacaktır.

Aralarında benzerlik olsa da, olası kast veya bilinçli taksirle hareket eden kişilerin psikolojik durumları arasında farklılıklar vardır ve bu nedenle farklı yaptırımlara tabidirler¹⁰⁶.

Bilinçli taksir halinde taksire nazaran verilecek ceza arttırılmakta iken, olası kastta ise doğrudan kasta nazaran daha hafif bir ceza verilmektedir (TCK m.21/2- m.22/3).

VII. Taksirli Suçlarda Ceza Verilmemesi Hali

Taksirli suçlarda ceza verilmemesi hali TCK'nın 22. maddesinin 6. fıkrasında şöyle düzenlenmiştir; *“taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarım altıda bire kadar indirilebilir”*. Kanunun bu fıkrasına ilişkin gerekçesinde özellikle kırsal bölgelerde rastlanılan, taksirli suçlarda failin meydana gelen netice itibarıyla bizzat kendisinin ve aile bireylerinin ağır derecede mağduriyete uğradıkları vurgulanmıştır. Özellikle köylü kadınların gündelik uğraşları ve hayat zorlukları itibarıyla, sayısı çok kere üç dörtten fazlasına varan küçük çocuklarına gerekli dikkati ve itinayı gösterememeleri sonucu, çocukların yaralandıkları veya öldükleri görülmektedir. Aynı şekilde meydana gelen trafik kazalarında da benzer olaylara rastlanmaktadır. Bu gibi hallerde ananın taksirli suçtan dolayı kovuşturmayla uğraması ve cezaya mahkûm edilmesi, esasen suçtan dolayı evladını kaybetmesi sonucu uğradığı ızdırabı şiddetlendirmekle kalmamakta, ayrıca, ailenin tümüyle ağır derecede mağduriyete düşmesine neden olmaktadır. Yani hakkaniyete aykırı durumlar

¹⁰⁵ Hakeri, s. 240.

¹⁰⁶ Birtek Fatih, “Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, Sayı, 23, 2009, s. 246.

ortaya çıktığından kanun koyucu bu durumların önüne geçmeye çalışmıştır. Bu düzenleme öğretide yararlı bir düzenleme olarak görülmüştür¹⁰⁷. Karşılaştırmalı hukuk bakımından da benzer düzenleme olduğu görülmüştür. Alman Ceza Kanun'un 60. paragrafında benzer bir hüküm yer almıştır¹⁰⁸.

Kanun'un 22. maddesinin 6. fıkrasında geçen "taksirli hareket sonucu neden olunan netice" ibaresinden dolayı, cezasızlık sebebinin sadece taksirli suçlar bakımından kabul edildiği görülmektedir. Bunun yanında bilinçli taksir bakımından ise cezasızlık sebebi hali olmayacağı ancak ceza da indirim yapılabileceği belirtilmiştir¹⁰⁹.

Kanun'un gerekçesinde hâkimin suçlunun durumunu takdir ile ceza veremeyeceği ifade edilmiş ve hâkimin bu husustaki takdirini kullanırken suçlunun ekonomik durumunu, aile yükümlerini, söz gelimi diğer çocukların bakımını göz önünde bulunduracak, ona göre hüküm kuracağı belirtilmiştir. Ancak unutulmamalıdır ki hâkimin takdir yetkisi şartların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda olacaktır. Şartlar oluşmuşsa faile ceza verilmeyecektir. Bilinçli taksir bakımından da eğer yine şartlar oluşmuşsa indirim yapılması zorunlu olacaktır. Bunun aksi bir düşünce hukuk devletine aykırı olacaktır¹¹⁰.

VIII. Taksirli Suçlarda Teşebbüs ve İştirak

Taksirli suçlardan sorumlu olunabilmesi için neticenin meydana gelmiş olması gerekir. Sonuç gerçekleşmediği takdirde taksirli fiilin cezalandırılması mümkün değildir. Bu nedenle taksirli fiile teşebbüsten söz edilemez¹¹¹.

Taksirli suçlarda iştirak tartışma konusudur¹¹². Ancak TCK'nın 22. maddesinin 5. fıkrasında, taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Buna göre, birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olacaktır. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenecektir.

Ayrıca taksirli iştirak da mümkün değildir¹¹³. Yani bir kişinin iştiraktan sorumlu olabilmesi için kasten hareket etmiş olması gerekir¹¹⁴.

¹⁰⁷ Demirbaş, s. 386.

¹⁰⁸ Koca / Üzülmüş, s. 228.

¹⁰⁹ Hakeri, s. 237.

¹¹⁰ Koca / Üzülmüş, s. 231.

¹¹¹ Özen, s. 119.

¹¹² Hafızoğulları, s. 87.

¹¹³ Taksirli suçlara iştirak bakımından ayrıntılı bilgi için bakınız. Özgenç İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul 1996, s.179 vd.

¹¹⁴ Evik Vesile Sonay, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, XII Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2011, s.170.

IX. SONUÇ

Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun, kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.

Taksirli davranışların cezalandırılmasına ilişkin olarak başlangıçta ceza verilmesinin gerekli olmadığı kabul edilirken özellikle sanayileşme ve toplumsal gelişmeler insanların farklı tehlikelerle karşılaşmalarına neden olduğundan taksirli davranışların da cezalandırılması gerektiği anlayışı yerleşmiştir. Taksirin cezalandırılmasının sebebi, toplumun bireylere yüklediği dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilmesidir. Ancak bu yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından bir imkân bulunması şarttır. Taksirli suçların cezalandırılması ile insanların gün geçtikçe yoğunlaşan toplumsal yaşam içinde daha dikkatli davranmaları sağlanılmaya çalışılmaktadır. Böylece, insanların isteyerek yaptıkları bir hareketten doğan ve fakat gerçekleşmesini istemedikleri ama gerçekleşen neticelerden de sorumlu tutulmaları kabul edilmektedir.

Taksirin hukuki esası bakımından çeşitli teoriler ileri sürülmüşse de öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, öngörebilme teorisi taksirin esasını açıklama bakımından daha elverişlidir.

Taksirli suçta, kasıtlı suçta nazaran kusurluluk daha az ise de, failin sosyal tehlikeliliği daha az olmamaktadır. Netice olarak, taksirli suçların kasıtlı suçların hafifletilmiş şekli olmadığı ve onlardan bağımsız olduğu ortadadır.

5237 sayılı TCK'da bilinçli ve bilinçsiz taksir ayırımı yapılması yerinde olmuştur. Ayrıca, adaletin sağlanması ve sosyal gerçekliğimiz gereği taksirli suçlar bakımından "ceza verilmemesi halinin" kanunda düzenlenmiş olması son derece sevindiricidir.

Özellikle uygulamada sarhoşluk nedeniyle gerçekleşen trafik kazalarında Yargıtay'ın çoğunlukla taksir veya bilinçli taksirden hüküm kurması ceza adaleti bakımından toplum vicdanında rahatsızlık oluşturmaktadır. Bu suçlar dikkate alınarak özel bir düzenleme getirilmesi ve ceza miktarının artırılması gerektiği kanaatindeyiz.



KAYNAKÇA

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

BİRTEK, Fatih, Pratik Ceza Hukuku (Genel Hükümler), Legal Kitapevi, İstanbul 2011.

BİRTEK, Fatih, “Kasten Öldürmeye Teşebbüs ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsur Bakımından Ayırt Edilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58, Sayı, 23, 2009. (s.231-279).

CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, 5. Bası, İstanbul 2008.

CROSS, Noel, Criminal Law and Criminal Justice An Introduction, Sage Publications, London 2010.

DELUGO, Tullio, “Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi”, AÜHFD., 1987, s.115-116 (Çev. Yüksel Ersoy).

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 9. Bası, Ankara 2013.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım C.II, Beta Yayınevi, 12. Bası, İstanbul 1999.

EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku C.I Genel Hükümler 3. Bası, Ankara 1954.

EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, 14. Bası, Ankara 1997.

EVİK, Vesile Sonay, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, XII Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2011.

GÜNAY, Erhan, Teori ve Uygulamada Olası Kast-Bilinçli Taksir Öldürme ve Yaralama Kastı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.

GÜNDOĞAN, Kadir/KOÇ, Cihan/ÜNLÜ, Hasan Nuri, Türk Hukuk Sisteminde Kast ve Taksir, Bilge Yayınevi, Ankara 2010.

HAFIZOĞULLARI, Zeki /ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Usa Yayıncılık, Ankara 2010.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksir ve Taksir Karinesine Dayandırılan Kusurlu Sorumluluk”, Polis Dergisi, Sy. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005.

HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 16. Bası, Ankara 2013.

HEINRICH, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, (çev. Ramazan Barış Atladı) (edt. Yener ÜNVER), Adalet yayınevi, Ankara 2014.

İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul 1967.

KARAKEHYA, Hakan, “Olası Kast”, CHD, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin yayınları, Yıl 1, Sayı 2, Aralık 2006, s. 19-46.

KEÇELİOĞLU, Elvan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Kasıt ve Taksire İlişkin Maddelerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, TBB Dergisi, Sy. 83, Temmuz-Ağustos 2009, s. 123-136.

KİNDHÄUSER, Urs, http://www.jura.unionn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Strafrecht3/Strafrecht_AT/s-at-33.pdf.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 6. Bası, Ankara 2013.

MORKEL, Dan W., On The Distinction Between Recklessness And Conscious Negligence, The American Journal of Comparative Law, Volume 30, 1982.

NUHOĞLU Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2009.

ÖZEN Muharrem, TCK’nda Taksir, Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Cilt 3, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul 2010, s. 111-145.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, 9. Bası, Ankara 2013.

ÖZGENÇ, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, İstanbul 1996.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 5. Bası, Ankara 2001.

ÖZTÜRK, Mustafa, Taksirden Doğan Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayıncılık, İstanbul 1995.

RENGİER, Rudolf, Strafrecht Allgemeiner, 4., neu bearbeitere Auflage, München, 2012.

SAMAHA, Joel, Criminal Law, Wadsworth, Cengage Learning, 10. Bası, USA 2011.

TANER, M. Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953.

TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 18. Bası, Ankara 2012.

TOSUN, Öztekin, Suç Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Gazetecilik Enstitüsü Yayını, İstanbul 1967.

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, “Türk Ceza Kanununda Taksir”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/ 3, s. 315-338.

WESSELS, Johannes/BEULKE, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil, 41. Auflage, 2011.

YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 1985.

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), Beta Yayınları, 3. Bası, İstanbul 2013.

BİREYSEL BAŞVURU NETİCESİNDE DEVLETİN ÖDEDİĞİ TAZMİNAT SEBEBİYLE HÂKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA BAKIŞ

*An Outlook to the Civil Liability of Judges Due to Compensation Paid
By the State as a Result of Individual Application*

Arş. Gör. Kahan Onur ARSLAN*

ÖZET

Hukuk devleti idealini amaçlayan devletlerde, kamu gücü kullanımı sebebiyle ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi gerekir. Bu çerçevede, kamu gücünü kullanarak yargılama yapan hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının yargılama faaliyetlerini yürütürken görevlerini kötüye kullanarak muhataplara zarar vermeleri halinde de devlet bu zararı tazmin etmelidir. Bu yükümlülük her şeyden önce Anayasa'nın 40. maddesinin 3. fıkrasından kaynaklanmaktadır. Aynı maddede ayrıca devletin zarar görene ödemek zorunda kaldığı tazminatı, zarara sebep olan kamu görevlisine rücu etme hakkının olduğu da düzenlenmiştir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda yargılama faaliyetinden dolayı hangi durumlarda hâkiml^{er}in şahsen sorumlu tutulabilecekleri düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeler ışığında, bireysel başvuru neticesinde de devletin ödediği tazminat sebebiyle hâkimin hukuki sorumluluğu noktasında kusurlu hâkime karşı rücu davası açılması hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucudur.

Fakat pozitif hukukumuzda bu ihtimalde rücu davasının hangi mahkemede açılması gerektiği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ayrıca rücu davasının ilk derece mahkemesi hâkimine karşı mı, yüksek yargı organı üyelerine karşı mı, yoksa her iki mahkemenin üyelerine karşı mı açılacağına dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Çalışmamızda bu iki muhtemel hukuki sorunun nasıl çözülmesi gerektiğine dair tespitler ve öneriler yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hâkimin hukuki sorumluluğu, bireysel başvuru hakkı, devletin mali sorumluluğu, tazminat.

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi. kahanonurarslan@hotmail.com

ABSTRACT

At the states aiming of the rule of law principle, it is required to compensate the damages emerged from the usage of public forces. Within that context; whilst the judges and public prosecutors carrying out their judicial activities by using the public force if they cause damage, the state should compensate that damage came out of misconduct of the officials. That obligation, first of all, derived from Article 40 (3) of the Constitution. The same Article also regulated that the compensation paid to the injured party by the state that obliged to pay, it has the right to recourse that to the official who caused to damage in question.

It is regulated that under which circumstances the judges could be held personally responsible for their judicial activities at related provisions of the 6100 Law of Civil Procedure, the 5271 Law of Criminal Procedure and the 2802 Law of Judges and Public Prosecutors.

In the light of these regulations, if the compensation paid by state as a consequence of an individual application, the civil liability of the judge arises. The right of recourse the compensation to the responsible judge is inherent at the principle of rule of law.

However; at the current regulations there is no provision related to the authorised court for the case of recourse. Moreover, there is also no provision about the case of recourse that whom it should be addressed to whether the first instance courts' judge or the appeal courts' judges, or to both.

In that work we will analyse those two probable legal gaps and will make some points.

Keywords: Civil liability of judge, right of individual application, pecuniary liability of state, compensation.



GİRİŞ

Bir siyasi ideal olarak hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü, modern devletlerin meşruluğunun temel taşlarından birisidir. Öyle ki hukuk devleti, kamu gücünün sınırlandırılmasına ve keyfilüğünün önlenmesine hizmet etmesi yönüyle insan haklarının korunması bakımından vazgeçilmez bir ilke niteliği taşımaktadır.

Hukuk devletinin amacı, keyfi gücün yarattığı tehlikeleri asgariye indirmek; istikrarsız, açık olmayan ve geçmişe dönük yasaların neden olduğu kişisel özgürlük ve onur ihlallerinin önüne geçmektir.¹

¹ Erzincan Üniversitesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Arş. Gör. Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2010, s. 113.

Temel olarak devlet kudretinin sınırlandırılması ve hukukla bağlanması olarak tanımlanan² hukuk devleti ilkesi 1982 Anayasasının da değişmez hükümlerinden biri olarak devlet sistemimizin dayandığı temel ilkelerden birisi olarak kabul edilmiştir.

Devletin hukukla bağlı olması için ise, bir takım özel niteliklere³ sahip olması gerektiği açıktır. Her şeyden önce, idarenin faaliyetleri önceden bilinebilir ve yargı denetimine tabi olmalıdır. İdare, işlem ve eylemlerinden ötürü mali sorumluluğa sahip olmalıdır. Hukuki güvenlik ilkesi mevcut olmalı, hâkimler bağımsız, tarafsız olmalı ve bunu sağlamak için de kendilerine bir takım teminatlar tanınmış olmalıdır.

Hukuk devleti idealinin sağlanmasına yönelik bu nitelikler ve tanımlamalar dikkate alındığında özetle şu söylenebilir; hukuk devletinde tüm kurum ve kişiler hukukla bağlı hareket etmeli ve gerektiğinde hesap verebilir olmalıdırlar. Öyle ki, bağımsız ve tarafsız yargı karşısında hesap veremeyecek hiç kimse ya da hiçbir organ bulunmamalıdır.

Çünkü hukuk devleti ideali, devletin kendisinin de hukuk sayesinde var olduğunu⁴ kabul eden; bu yönüyle kanun devleti⁵ yaklaşımından ayrılan ve aslında hukukun üstünlüğüne dayanan bir anlayışı yansıtmaktadır.

Böylelikle, hukuk devleti idealinde bireylerin de devlet karşısında eşitliği esas alınmakta ve devletin yüce çıkarları, bekası veya hikmet-i hükümet anlayışı kabul görmemektedir.⁶

Bu noktada, kamu gücü kullanımı sebebiyle ortaya bir zarar çıktığında, bu zararın sadece tespitiyle yetinilemeyeceği aynı zamanda zararın tazmininin de gerekeceği sonucuna rahatlıkla varılabilir.

Türkiye’de de gerek yasama gerekse yürütme organı fonksiyonel görevlerini

² Bkz, Mithat Sancar, “Devlet Aklı” Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yay., İstanbul, 2010, s. 34

³ Hukuk devletinin genel ve özel gerekleri için bakınız: Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2011, s. 82-88.

⁴ Bu görüş en özlü biçimde, devlet işi işlerini görürken devletin mumunu kullanan, arkadaşları geldiğinde ise sohbet için devletin mumunu söndürüp kendi mumunu yakan Halife Hz. Ömer’in dizelerinde yer alan “adalet mülkün temelidir” ifadesi ile özetlenmektedir.

⁵ Kanun devleti, egemenin koyduğu kuralların yasallığına dayanan devlettir. Bu anlayışa göre iktidarın iradesini ortaya koyan kuralların adalete uygun olması ya da meşru olması kaygısı taşınması söz konusu değildir, kuralların yasa ile koyulmuş olması yeterlidir.

⁶ Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 164.

yerine getirirken ve sahip oldukları yetkileri kullanırken kamu gücü ayrıcalığından yararlanmakta, dolayısıyla hukuk devleti ilkesi gereği, yaptıkları işlemlerden doğan zararların yargı mercilerince tespiti halinde devletin sorumluluğu yoluna gidilebilmektedir.

Bu çerçevede Anayasanın 40. maddesinin 3. fıkrasında devletin sorumluluğu ve Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında idarenin sorumluluğu düzenlenmiştir. Anayasanın 36. maddesi ile de herkesin meşru araç ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

Kişilerin temel hak ve hürriyetlerini yasama ve yürütme organına karşı koruyan organ yargı organıdır. Normlar hiyerarşisi ancak yargısal olarak teyit edilirse etkili hale gelebilir ve temel haklar ancak bunların korunmasını sağlayan bir yargı sistemi varsa gerçekten temin edilmiş olur.⁷ Fakat kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin yargı organlarına karşı da korunması gerekir. Çünkü nihai olarak hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı, adil yargılanma hakkının ve hak arama hürriyetinin ihlal edildiği bir yargılama neticesinde verilecek hükümler de hak kaybına uğrayanları tatmin etmekten uzak kalacak ve adaletin tecellisi mümkün olamayacaktır.

Kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, özellikle de hak arama hürriyetini ve adil yargılanma hakkını yargı organlarına karşı koruyan kurumlardan birisi de hâkimlerin hukuki sorumluluğunun kabul edilmiş olmasıdır.⁸

Bu çalışmada hukuk devleti idealinin gereklerinden biri olan hâkimin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler ışığında Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru neticesinde devletin ödediği tazminat sebebiyle hâkimin hukuki sorumluluğu meselesi çeşitli ihtimaller göz önünde bulundurularak incelenecektir.

I. HÂKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Hâkimler, Anayasanın 138., 139. ve 140. maddeleri uyarınca mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev yaparlar. Anayasanın 138. maddesine göre: “hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kâna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”.

Buna göre, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının ihlâlini önlemek her şeyden önce bağımsız ve tarafsız yargının varlığına bağlıdır.

⁷ Jacques Chevallier, Hukuk Devleti, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010, s. 137.

⁸ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yay., Ankara, 2009, s. 481.

Yargı bağımsızlığı ve yargı tarafsızlığı her ne kadar birbirleriyle bağlantılı kavramlar olsalar da nitelik itibarıyla birbirlerinden farklıdırlar. Basit bir ifadeyle, bağımsızlık, yargı üzerinde dışsal etkilerin olmaması anlamına gelirken, tarafsızlık hâkimin iç dünyası ile ilgilidir denilebilir.⁹

Yargı tarafsızlığı, yargı bağımsızlığından çok daha eski bir kavramdır.¹⁰ Öyle ki, yargının yürütmeye bağlı olduğu dönemlerde bile tarafsızlık, yargı organında aranan niteliklerin başında gelmekteydi. Yargı bağımsızlığı ise özellikle kuvvetler ayrılığı ilkesi ile birlikte önem kazanmıştır.¹¹

Bu çerçevede, her şeyden önce yargının yasama ve yürütme organlarına ve yargı organına karşı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmış olması gerekmektedir. Ayrıca günümüzde artık yasama, yürütme ve yargı yanında dördüncü erk olarak kabul edilen medyaya karşı; siyasi partilere karşı; uyuşmazlığın tarafları karşısında; kendi dünya görüşü karşısında; ailesi, yakın çevresi ve içinde yaşadıkları toplum karşısında hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olabilmeleri gerekmektedir.

Bu bakımdan, hâkimlerin vicdanî kanaatlerini hiçbir etki altında kalmadan oluşturmalarının önemi büyüktür. Çünkü hâkimin son noktada karar yeri vicdanıdır.

Ancak, sübjektif bir nitelik taşıyan “vicdanî kanaat” a yasa koyucu tarafından Anayasaya, kanuna ve hukuka uygunluk gereklilikleri eklenerek objektif bir ölçüt getirilmeye çalışılmıştır.¹²

Buna rağmen, günlük dildeki ifadesiyle “hâkimler de insan”dır. Yargı faaliyetini gerçekleştirirken zaman zaman hata yapabilirler, yanlış ve yersiz tutum ve davranışlarda bulunabilirler. Bu şekilde, vatandaşların canlarını, hürriyetlerini ve mallarını tehlikeye düşüren belki de bunların kaybedilmesine sebep olan hâkim ve savcılarının, bu davranışlarından dolayı hiçbir sorumluluğa tâbi olmamaları hem adalet duygusunu rencide edecek hem de bu kusurların tekrar etme ihtimalini arttıracaktır.¹³

Bu sebeple, mevzuatımızda görevini layıkıyla yerine getirmediği anlaşılan

⁹ Bülent Yavuz, Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 42.

¹⁰ Merih Öden, “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, *AÜHF*, C. 43, S.1-4, s. 65.

¹¹ Yavuz, s. 43.

¹² Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özkes, *Medenî Usûl Hukuku*, Ankara, 2013, s. 216.

¹³ Yavuz, s. 272.

hâkimler veya savcılar ile ilgili meslekle ilişkilerinin kesilmesi de dâhil çeşitli yaptırımlar uygulama imkânı zaten vardır. Peki, bu yaptırımlara ek olarak bir de hâkimlerin hukuki sorumluluklarını işletmeye gerek var mıdır? Bu tür bir sorumluluk yargı bağımsızlığını nasıl etkileyecektir?

Hâkimlerin tazminat sorumluluğundan tamamen ari olmaları, Anayasa ile güvenceye alınmış bulunan hak arama hürriyetine aykırı olacaktır. Bunun yanında, tazminat sorumluluğunun genel hükümlere tabi olmasının ise yine Anayasa ile güvenceye alınmış bulunan mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini zedeleyebileceği söylenmektedir.¹⁴ Bu sebeple öncelikle hâkimin hukuki sorumluluğunun anayasal dayanaklarına değinmek gerekmektedir.

Anayasanın “Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması” başlığını taşıyan 40 maddesinin 3. fıkrasında “*kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır*” denilmek suretiyle kapsamında hâkim ve savcılarının da bulunduğu şüphe olmayan “resmi görevliler” tarafından sübut etmiş haksız işlemler neticesinde bir zarara uğrayan kişinin zararının devlet tarafından tazmin edileceği hükme bağlanmıştır. Devlet, tazmin ettiği zararı sorumlu olan ilgili görevliye rücu edebilecektir.

Bunun yanında, Anayasanın 129. maddesinin 5. fıkrasında da memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabileceği düzenlenmiştir.

Bu düzenlemede yer alan “diğer kamu görevlileri” ifadesinin lafzi yorumuna göre hâkimleri ve Cumhuriyet savcılarını da kapsadığına şüphe yoktur. Fakat 129. maddenin, Anayasanın “Yürütme” bölümünün IV numaralı “İdare” üst başlığı altında, “Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence” başlığıyla yer alması sebebiyle, sistematik yorumla idareye ilişkin bir hüküm olduğu sonucuna ulaşarak bu hükmün hâkimlerin yargısal görevlerinden dolayı sorumluluklarında işletilemeyeceği sonucuna varılabilir.¹⁵

Yargıtay da aynı doğrultuda verdiği bir kararda hâkimlerin idari teşkilat içerisindeki hiyerarşiye tâbi diğer kamu görevlileri gibi olmadıklarını belirterek hâkimlerin verdikleri kararlar için Anayasanın 129/5 hükmünün işletilemeyeceğini ifade etmiştir.¹⁶

¹⁴ Yavuz, s. 272.

¹⁵ Bkz. Yavuz, s. 274.

¹⁶ Yargıtay, HGK, E. 1990/4, K. 1990/1, Karar Tarihi, 20.02.1991.

Gerçekten de Anayasanın “Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler” başlıklı 128. maddesinde devletin, *genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu* kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği düzenlenerek diğer kamu görevlileri ifadesi ile genel idare içerisinde yer alan kamu görevlilerinin kastedildiği sonucu çıkarılmaktadır. Bu sebeple yargısal faaliyetlerin, hem fonksiyonel açıdan hem de nitelik açısından genel idare esaslarına göre yürütülmekte olduğundan söz edilemeyeceğinden Anayasanın 129/5 hükmünün hâkimler bakımından işletilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, hâkimlerin idarî faaliyetlerinden doğan zarar için, hizmet kusuruna dayanarak Adalet Bakanlığı’na karşı idare mahkemesinde tam yargı davası açılabilir. Ayrıca, hâkimlerin idari faaliyetlerinden doğan zarar, kişisel kusuruna dayanmakta ise, hâkime karşı haksız fiil hükümlerine göre, hukuk mahkemelerinde tazminat davası açılabilmesi gerekir.¹⁷

Öyleyse yargısal faaliyetlerinden dolayı hâkimlerin hukuki sorumluluğunun Anayasal dayanağının Anayasanın 40. maddesi olduğu söylenilebilecektir. Hâkimlerin hukuki sorumluluğunun idarenin veya diğer kamu görevlilerinin hukuki sorumluluklarından farklı olarak düzenlenmesinin sebebi, hesap verilebilirlik ile yargı bağımsızlığı arasında bir dengenin sağlanmasının gerekmesidir. Bu gereklilik neticesinde yasa koyucu hâkimlerin hukuki sorumluluğunu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda özel olarak düzenleme yoluna gitmiştir.

12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 46. maddesine göre hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı;

- *kayıрма veya taraf tutma yahut taraflardan birine olan kin veya düşmanlık sebebiyle hukuka aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması,*

- *sağlanan veya vaat edilen bir menfaat sebebiyle kanuna aykırı bir hüküm veya karar verilmiş olması,*

- *farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması,*

- *duruşma tutanağında mevcut olmayan bir sebebe dayanılarak hüküm verilmiş olması,*

- *duruşma tutanakları ile hüküm veya kararların değiştirilmiş yahut tahrif*

¹⁷ Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 809.

edilmiş veya söylenmeyen bir sözün hüküm ya da karara etkili olacak şekilde söylenmiş gibi gösterilmiş ve buna dayanılarak hüküm verilmiş olması

- hakkın yerine getirilmesinden kaçınılmış olması

sebeplerine dayanılarak devlet aleyhine tazminat davası açılabilir.

Aynı maddenin 2. fıkrasında, hâkim ve savcılara karşı açılacak olan tazminat davalarının hâkimlere karşı bir ceza soruşturmasının yapılması ya da mahkûmiyet kararının verilmesi gibi şartlara bağlanamayacağı düzenlenmiştir.

46. maddenin 3. fıkrasına göre ise devlet, böyle bir durumda ödediği tazminatı, ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde sorumlu hâkime rücu edecektir.

Düzenlemede geçen “hâkim” kavramı genel anlamda kullanılmış olup, buna yargı yetkisini kullanan tüm hâkimler¹⁸ (hukuk yargılaması, ceza yargılaması idari yargılama ve benzeri ayrımlar gözetilmeksizin) ve Cumhuriyet savcıları da dâhildir.

Keza, 04.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat başlıklı 7. bölümünde de suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

- Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

- Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,

- Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,

- Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

- Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,

- Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan,

- Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

¹⁸ Aynı görüşte bkz, Timuçin Muşul, Medenî Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 35-36; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 221; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 809.

- Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,
- Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,
- Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,
- Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan,

Kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebilecekleri düzenlenmiştir.

Bu noktada yukarıda sayılan 11 sebepten dolayı açılacak tazminat davalarının bizzat hâkimin ya da savcının şahsına karşı da açılabileceğini kabul etmek gerekir.

Öyle ki, 09/02/2011 - 6110 sayılı torba kanununun 12. maddesi ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'na eklenen ve *Hâkim ve savcılarının bir soruşturma, kovuşturma veya davayla ilgili olarak yaptıkları işlem, yürüttükleri faaliyet veya verdikleri her türlü kararlar nedeniyle ancak devlet aleyhine tazminat davası açılabileceğini ve kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk sebeplerine dayanılarak da olsa hâkim veya savcı aleyhine tazminat davası açılmayacağını içeren 93/A maddesinin; 06.03.2014 tarih ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19/a maddesi ile yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte hakim ve savcılara yönelik tazminat davalarının belli koşullarla doğrudan şahıslarına karşı açılabilmesinin önü açılmıştır.*

Ayrıca, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat isteminin düzenlendiği 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesine, 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 70. maddesi ile eklenen 3. fıkra ile *"birinci fıkrada yazan hâller dışında, (yani yukarıda sayılan 11 sebep dışında) suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir."* denilmek suretiyle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinin 1. fıkrasında sayılan 11 sebepten doğacak tazminat davalarının bizzat hâkimin ve savcının şahsına karşı da açılabilceği düzenlenmiştir.

Doğrudan hâkimin şahsına karşı açılmamış bir tazminat davası neticesin-

de devletin tazminat ödemesi durumunda ise; devletin; ödediği tazminatı görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimlere ve Cumhuriyet savcılarında bir yıl içinde rücu edeceği hükme bağlanmıştır. (Ceza Muhakemesi Kanunu m. 141/4.)

Görüldüğü üzere, yukarıda da sayılan bazı sebeplerle hâkimlerin ve savcılarının birinci dereceden sorumlu olmaları da mümkündür. Fakat hâkimlerin yargısal faaliyetleri nedeniyle devlet her durumda birinci dereceden sorumlu tutulmuştur. Devletin sorumluluğunun kabulü ile zarar gören kişinin zararını tam ve eksiksiz olarak tahsil edebilmesi sağlanmak istenmiştir. Gerçekten de hâkim her zaman sorumlu olduğu zararı tazmin edebilecek durumda olmayabilir. Devletin birinci dereceden sorumluluğunun kabulü ile hak arayanların yargısal faaliyetlerin hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesinden kaynaklanan zararlarının daha kolay ve tam olarak karşılanması amaçlanmıştır.¹⁹

Devletin, tazminata mahkûm olması halinde ise hâkim bizzat sorumlu olmaktadır. Çünkü devlet ödediği tazminat sebebiyle sorumlu hâkime, ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu eder. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 46/3 hükmü ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141/4 hükmü emredici hüküm niteliğindedir. Bu sebeple, devletin, sorumlu hâkime rücu etme konusunda takdir yetkisi bulunmamaktadır.²⁰

II. HÂKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNDAN DOĞAN TAZMİNAT DAVASI İLE RÜCU DAVASININ AÇILACAĞI MAHKEME

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 47. maddesinin 1. fıkrasına göre hâkimin hukuki sorumluluğuna dayanan tazminat davaları:

- İlk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin fiil ve kararlarından dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde;

- Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların fiil ve kararlarından dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür.

Yargıtay ilgili hukuk dairesinin tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca; bu Kurulun ilk derece mahkemesi sıfatıyla tazminat davası sonucunda vermiş olduğu kararlara ilişkin temyiz incelemesi ise Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca yapılır.”

47. maddesinin 2. fıkrasında ise rücu davasının görüleceği mahkeme dü-

¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 221.

²⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 221.

zenlenmiştir. Buna göre, “Devletin sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür.”

Gerçekten de tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemenin, tazminat davasını inceleyip, karara bağlamak suretiyle, vaki uyuşmazlık hakkında zaten en iyi şekilde bilgi sahibi olduğu düşünülebilir. Bu sebeple, bu mahkeme, rücu davasını da en kısa sürede ve gerçeğe en uygun bir şekilde karara bağlayabilecektir.²¹

III. BİREYSEL BAŞVURU NETİCESİNDE DEVLETİN ÖDEDİĞİ TAZMİNAT SEBEBİYLE SORUMLU HÂKİME KARŞI AÇILACAK RÜCU DAVASI

Buraya kadar hâkimin hukuki, sorumluluğuyla ilgili olarak temel düzenlemeler ile ilgili tespitlerde bulunulmuştur. Elbette bu konuyla ilgili olarak çeşitli tartışma konuları bulunmaktadır. Doktrinde, konuyla ilgili olarak gölgede kalan birçok konunun aydınlatıldığı söylenilebilir.

Fakat hâkimin hukuki sorumluluğu konusunda özellikle devletin ödediği zararı hâkime rücu etmesiyle ilgili olarak gölgede kalmanın da ötesinde tamamen karanlıkta kaldığını söyleyebileceğimiz bazı meselelerin de gündeme getirilmesinin gerektiğini düşünmekteyiz.

Bireysel başvuru neticesinde devletin ödediği tazminatla ilgili olarak ortaya çıkan bu meseleleri, “devletin ödediği tazminatın sorumlu hâkime rücu edilmesinde görevli mahkemenin tespiti” ve “devletin ödediği tazminatın rücu edilmesinde sorumlu hâkimin tespiti” olmak üzere iki alt başlıkta incelemeye çalışacağız.

A. Bireysel Başvuru Neticesinde Devletin Ödediği Tazminat Sebebiyle Sorumlu Hâkime Karşı Açılacak Rücu Davasında Görevli Mahkemenin Tespiti

1. Bireysel Başvuru Kararlarının Kapsamı

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, kamu gücü tarafından temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin, diğer hak arama yollarının tüketilmesinin ardından iç hukukta başvurabilecekleri ikincil ve istisnai nitelikte bir hak arama yoludur.²²

Türk hukuk sistemi içerisinde bireysel başvuru, Anayasanın 148. ve 149.

²¹ İbrahim Özbay, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Seçkin Yay., Ankara, 2013, s. 87.

²² Ergin Ergül, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, s. 5.

maddeleri ile düzenlenmiş, 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 45 ila 51. maddeleri somut hale getirilmiştir. 12.07.2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü ile bireysel başvurunun işleyişi ile ilgili ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun kabul edilebilirlik şartları ise genel olarak Anayasanın 148. maddesinde ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45-48. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

6216 sayılı Kanun'un 49. maddesine göre: kabul edilebilirliğine karar verilen bireysel başvuruların esas incelemesi bölümler tarafından yapılır. Bölümler, esas inceleme aşamasında, başvurucunun temel haklarının korunması için zorunlu gördükleri tedbirlere de re'sen veya başvurucunun talebi üzerine karar verebilirler. Bölümlerin, bir mahkeme kararına karşı yapılan bireysel başvurulara ilişkin incelemeleri, bir temel hakkın ihlal edilip edilmediği ve bu ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

6216 sayılı Kanun'un 50. maddesine göre de:

"Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.

Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir.

Bölümlerin esas hakkındaki kararları gerekçeleriyle birlikte ilgililere ve Adalet Bakanlığına tebliğ edilir ve Mahkemenin internet sayfasında yayımlanır. Bu kararlardan hangilerinin Resmî Gazetede yayımlanacağına ilişkin hususlar İçtüzükte gösterilir.

Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir.

Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir."

Buna göre, bir bireysel başvuru kararı, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün²³ 78. maddesinde belirtilen bazı şekil şartlarının yanında; Mahkeme önünde izlenen usulün anlatımını, davaya konu olguları, tarafların iddia ve savunmalarının özetini, kararın gerekçesini, hüküm fıkrasını ve yargılama masrafları hakkındaki kararı içerir şekilde yazılmalıdır.

2. Rücu Davasının Açılacağı Mahkeme

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru neticesinde verdiği ihlal kararının bir mahkeme kararından kaynaklanması halinde yeniden yargılama yapmak üzere dosyayı ilgili mahkemeye gönderebilmekte fakat yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde, doğrudan başvurucu lehine tazminata da hükmedebilmektedir.

Yukarıda da izaha çalıştığımız üzere, Anayasanın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlığını taşıyan 40 maddesinin 3. fıkrasında "*kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*" denilmek suretiyle kapsamında hâkim ve savcılarının da bulunduğu şüphe olmayan "resmi görevliler" tarafından sübut etmiş haksız işlemler neticesinde bir zarara uğrayan kişinin zararının devlet tarafından tazmin edileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, devlet, tazmin ettiği zararı sorumlu olan ilgili görevliye rücu edebilecektir.

Örneğin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesinde sayılan sebeplerden birisinin varlığı halinde ya da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinde yer alan durumlardan birisinin varlığı halinde, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuru neticesinde ihlal kararı verilen bir başvurucuya, bireysel başvuru kararı ile tazminat ödenmesine karar verilmesi durumunda, devlet bu zararı ödeyecek fakat hâkime rücu hakkı Anayasanın 40/3 hükmü gereğince saklı kalacaktır.

Bu noktada Anayasa Mahkemesi tarafından, yargılamanın iadesi yoluna gidilmeden, başvurucu lehine hükmedilen tazminatın devlet tarafından başvurucuya ödenmesine müteakip, bu tazminatın doğmasında kusuru bulunan hâkime rücu edilmesi amacıyla açılacak davada hangi mahkemenin görevli olacağı bilinmemektedir.

Aslında, 6100 sayılı Kanununun 47. maddesinin 2. fıkrasında rücu davasının

²³ Resmi Gazete T. 12/7/2012; S. 28351

görüleceği mahkemenin gösterildiğine yukarıda değinilmişti. Fakat bu düzenlemede yer alan, “Devletin sorumlu hâkime karşı açacağı rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür” hükmünün bireysel başvuru neticesinde ödenen tazminatın sorumlu hâkime rücu edilmesinde uygulanması kanaatimizce mümkün görünmemektedir.

Çünkü ne Anayasada ne de 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında kanunda Anayasa Mahkemesinin görevleri görev ve yetkileri içerisinde rücu davalarını karara bağlamak sayılmamıştır. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz (Anayasa m. 6/3). Dolayısıyla pozitif hukukumuzda Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu rücu davalarına bakabilmesini mümkün kılan bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu noktada akla gelen ilk çözüm; 6100 sayılı Kanununun 47. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “rücu davası, tazminat davasını karara bağlamış olan mahkemede görülür” hükmünü işletebilmek amacıyla, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri arasına söz konusu rücu davalarını karara bağlama yetkisinin de eklenmesi olabilir. Bu ihtimal ile mevcut belirsizlik giderilebilir.

Çünkü bu öneri ile tazminat davasını inceleyip, karara bağlamak suretiyle, vaki uyuşmazlık hakkında zaten en iyi şekilde bilgi sahibi olduğu düşünülen mahkemenin rücu davasını da en kısa sürede ve gerçeğe en uygun bir şekilde karara bağlayabileceği şeklinde özetlenebilecek yaklaşımın gereği yerine getirilmiş olacaktır.

Ancak bu önerinin, rücu davasında kusurun belirlenmesi için ayrıca bir yargılama yapılmasının gerekliliği ve bu gereklilik sebebiyle Anayasa Mahkemesinin mevcut iş yükünün daha da artacağı gerekçesiyle eleştirilmesi mümkündür.

Ayrıca, böyle bir görevi üstlenmesi halinde Anayasa Mahkemesinin bir “süper temyiz merci” gibi çalıştığına dair eleştiriler de haklılık kazanacaktır. Çünkü böyle bir durumda kusurun tespiti için Anayasa Mahkemesinin kanun yolunda gözetilmesi gereken hususları da incelenmesi gerekmektedir.

Bu eleştirilerin haklılık payı düşünüldüğünde rücu davasını karara bağlamak üzere Anayasa Mahkemesi dışında bir merciin gösterilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Bu noktada naçizane bir öneri olarak değerlendirilmek üzere, 6100 sayılı Kanununun 47. maddesine “*Bireysel başvuru neticesinde Devlet tarafından başvurucaya tazminat ödenmesi halinde sorumlu hâkime karşı açılacak rücu*

davası ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin sorumluluğundan dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların sorumluluğundan dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür.” şeklinde, 1. fıkra ile paralel bir 3. fıkranın eklenmesi ile söz konusu belirsizliğin giderilmesi mümkün olabilir.

B. Bireysel Başvuru Neticesinde Devletin Ödediği Tazminat Sebebiyle Açılacak Rücu Davasında Sorumlu Hâkimin Tespiti

Pozitif hukukumuzda, Anayasa Mahkemesi tarafından yargılamanın iadesi/yenilenmesi yoluna gidilmeden başvuru lehine hükmedilen tazminatın devlet tarafından başvurucuya ödenmesinin ardından, bu tazminatın doğmasında kusuru bulunan hâkime rücu edilmesi amacıyla açılacak davada hangi mahkemenin görevli olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığına yukarıda değinilmişti. Bu başlıkta, rücu davasının açılacağı mahkemenin tespit edilmiş olması ihtimali üzerine ortaya çıkan bir başka mesele üzerinde durulmaya çalışılacaktır. Bu bakımdan öncelikle muhtemel meseleyi, bir senaryo ile somutlaştırmayı deneyelim:

Eşi Bay E'nin kendisini aldattığı gerekçesiyle boşanmak isteyen Bayan K, X İli Aile Mahkemesi'nde boşanma davası açmıştır. Mahkemenin hâkimi H'dir.

Bay E, bu sırada tüm gerçeği öğrenmiş ve yaptığı araştırmalar sonucunda eşi K ile Hâkim H arasında yaklaşık bir senedir bir ilişki olduğuna dair kuvvetli delillere ve tanıklara ulaşmıştır.

Bunun üzerine Bay E, süresi içinde hâkimin reddi talebinde bulunmuş fakat inandırıcı delil ve emareler göstermediği gerekçesiyle Hâkim H tarafından ret talebi geri çevrilmiştir.

Davaya bakmaya devam eden Hâkim H, boşanma sebebine dair hiçbir kanıt bulunmamasına rağmen ilk celsede boşanmaya karar vermiştir. Aynı kararda Bayan K lehine yüklü miktarda tazminata hükmedilmiştir. Ayrıca çiftler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi seçilmiş olmasına rağmen mallar, mal ayrılığı rejimine göre tasfiye yapılarak Bayan K'ya avantaj sağlayacak şekilde paylaştırılmıştır. Verilen karar ile yargılama giderleri de Bay E'ye yüklenmiştir.

Hâkim H ile Bayan E, en kısa zamanda evlenmeyi planladıkları için, boşanmanın ardından, Bayan K tarafından yapılan başvuru neticesinde, kanunda belirtilen “kadın için öngörülen bekleme süresi” de boşanmaya karar veren mahkemenin verdiği bir kararla kaldırılmıştır.

Bunun üzerine Bay E, süresi içinde Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesinde başvurarak kararları temyiz etmiş ve kararların bozulmasını talep etmiştir.

Yargıtay ilgili hukuk dairesinde kararın hukuka açıkça aykırı olduğu görülmesine rağmen böyle bir olayın hukuk camiasında infiale yol açacağı ve olayların kamuoyuna yansması halinde büyük tepki doğacağı endişesiyle karar oy birliği ile onanmış Yargıtay ilgili hukuk dairesinin bu kararı karar düzeltme yoluna gidilmeden kesinleşmiştir.

Bunun üzerine Bay E, adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi üzerine Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurusu kabul edilen Bay E lehine verilen hüküm neticesinde,

- Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine,

- Bay E'ye 20.000 TL maddi, 80.000 TL manevi tazminat ödenmesine,

- Ödemenin, kararın tebliğinden sonra Maliye Bakanlığına yapılacak başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması halinde, bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

- Kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine,

oy birliğiyle karar verilmiştir.

İşte böyle bir olay karşısında devletin ödediği tazminat sebebiyle açılacak rücu davasının davalısı kim olacaktır? Kararı veren Hâkim H mi? Kararı onayan Yargıtay Hukuk Dairesi üyeleri mi? Yoksa hem Hâkim H, hem de Yargıtay hukuk dairesi üyeleri birlikte mi?

Ya da bir başka ifadeyle, bireysel başvuru neticesinde devletin başvuruca tazminat ödemesi sebebiyle açacağı rücu davasını ilk derece mahkemesi hâkimine karşı mı, yüksek yargı organı üyelerine karşı mı, yoksa her iki mahkemenin üyelerine karşı mı açacaktır?

Borçlar hukukunda, birden fazla kişinin birlikte sebep oldukları zarardan sorumlulukları, müteselsil sorumluluk kavramı ile tanımlanmaktadır. Bu çerçevede 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca: *"Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır."*

Görüldüğü üzere kanun, iki durumda kişilerin aynı zarardan müteselsilen sorumlu olduklarını düzenlemektedir: *"birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri"*

ve “aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olmaları.”²⁴

Buna göre, eskiden “tam teselsül” olarak adlandırılan birinci durumda haksız fiilin işlenmesine katılmış olmak yani zarara birlikte sebebiyet vermiş olmak gereklidir. Öyleyse, toplu mahkemelerde oy birliği ya da oy çokluğu ile verilmiş kararlardan doğan hukuki sorumlulukta birinci durumdan kaynaklanan müteselsil sorumluluk geçerli olacaktır. Bu sebeple devlet tarafından açılacak rücu davası karara katılan tüm hâkimlere karşı yöneltebileceği gibi, karara katılan hâkimlerin bir kaçına veya tek birine karşı da açılabilir.

Rücu davasının, kararı veren davayı ilk derece mahkemesi hâkimine karşı mı, yüksek yargı organı üyelerine karşı mı, yoksa her iki mahkemenin üyelerine karşı mı açılacağı sorusu “birden fazla kişinin aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olmaları” durumu ile örtüştüğünden yine müteselsil sorumluluk esaslarına göre cevaplandırılabilir.

Kısaca, devlet tarafından açılacak rücu davası burada da ilk derece ya da yüksek yargı organı olup olmamasına bakılmaksızın karara katılan tüm hâkimlere karşı yöneltebileceği gibi, karara katılan hâkimlerin bir kaçına veya tek birine karşı da açılabilir.

Bu noktada muhalefet şerhi ya da karşı oy yazısı yazarak, alınan karara katılmayan ve dolayısıyla kararı imzalamayan hâkim ise, ortaya çıkan zarardan sorumlu olmadığı için kendisine karşı rücu davası açılması söz konusu olmayacaktır.

IV. SONUÇ YERİNE

Hukuk devleti ideali doğrultusunda kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, özellikle de hak arama hürriyetini ve adil yargılanma hakkını yargı organlarına karşı koruyan kurumlardan birisi de hâkimlerin sorumluluğunun kabul edilmiş olmasıdır.

Pozitif hukukumuzda, görevini layıkıyla yerine getirmediği anlaşılan hâkimler veya savcılar ile ilgili meslekle ilişkilerinin kesilmesi de dâhil çeşitli yaptırımlar uygulanmakla birlikte; sebep oldukları zararlarının tazminini içeren hukuki sorumluluk da kabul edilmiştir.

Bu noktada, hâkimlerin yargısal faaliyetleri nedeniyle devlet her durumda birinci dereceden sorumlu tutulmuştur. Devletin sorumluluğunun kabulü ile zarar gören kişinin zararını tam ve eksiksiz olarak tahsil edebilmesi sağlanmak istenmiştir.

²⁴ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 293.

Devletin birinci dereceden sorumluluğunun kabulü ile hak arayanların yargısal faaliyetlerin hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştirilmesinden kaynaklanan zararlarının daha kolay ve tam olarak karşılanması amaçlanmıştır.²⁵

Devletin, tazminata mahkûm olması halinde ise hâkim bizzat sorumlu olacaktır. Dolayısıyla doğrudan hâkimin şahsına karşı açılmamış bir tazminat davası neticesinde devletin tazminat ödemesi durumunda devletin, ödediği tazminatı görevlerinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkime rücu etmesi söz konusu olmaktadır.

Bireysel başvuru neticesinde de devletin ödediği tazminat sebebiyle hâkimin hukuki sorumluluğu noktasında kusurlu hâkime karşı rücu davası açılması hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucudur.

Ancak mevzuatımızda bu ihtimalde rücu davasının hangi mahkemede açılması gerektiği konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Ayrıca, bireysel başvuru neticesinde devletin başvurucuya tazminat ödemesi sebebiyle açacağı davayı ilk derece mahkemesi hâkimine karşı mı, yüksek yargı organı üyelerine karşı mı, yoksa her iki mahkemenin üyelerine karşı mı açacağına dair de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Çalışmamızda bu iki muhtemel hukuki sorunun nasıl çözülmesi gerektiğine dair tespitler ve öneriler yer almaktadır. Buna göre, rücu davasının açılacağı görevli mahkemenin tespiti amacıyla, 6100 sayılı Kanununun 47. maddesine “Bireysel başvuru neticesinde Devlet tarafından başvurucuya tazminat ödenmesi halinde sorumlu hâkime karşı açılacak rücu davası ilk derece ve bölge adliye mahkemesi hâkimlerinin sorumluluğundan dolayı, Yargıtay ilgili hukuk dairesinde; Yargıtay Başkan ve üyeleri ile kanunen onlarla aynı konumda olanların sorumluluğundan dolayı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda açılır ve ilk derece mahkemesi sıfatıyla görülür” şeklinde, bir 3. fıkranın eklenmesi önerilmektedir.

Bireysel başvuru neticesinde devletin başvurucuya tazminat ödemesi sebebiyle açacağı rücu davasını kime yönelteceği sorusu ise Türk Borçlar Kanunu’nun 61. maddesinde düzenlenmiş bulunan müteselsil sorumluluk esaslarına göre cevaplandırılacaktır.

◆◆◆◆

²⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 221.

KAYNAKÇA

- Cheavallier Jacques, Hukuk Devleti, İmaj Yayınevi, Ankara, 2010.
- Erdoğan Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2010.
- Ergül Ergin, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Basım Yayın, Bursa, 2011.
- Kalabalık Halil, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yay., Ankara, 2009.
- Kuru Baki, Arslan Ramazan, Yılmaz Ejder; Medenî Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- Muşul, Timuçin, Medenî Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- Oğuzman M. Kemal, Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Öden Merih, "Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması", *AÜ-HFD*, C. 43, S.1-4.
- Özbay İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Seçkin Yay., Ankara, 2013.
- Pekcanıtez Hakan, Atalay Oğuz, Özkes Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, Ankara, 2013. Yargıtay, HGK, E. 1990/4, K. 1990/1, Karar Tarihi, 20.02.1991.
- Sancar Mithat, "Devlet Akli" Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yay., İstanbul, 2010.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Yavuz Bülent, Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KİŞİSEL VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME SUÇU

*Offence of Unlawfully Giving or Obtaining of Personal Data
in Turkish Criminal Law*

Arş. Gör. Rezzan İTİŞGEN*

ÖZET

Kişisel veri, kişiyi belirlenebilir kılan, ona özgü bilgilerdir. Bu bilgiler kişinin özel hayatının önemli bir parçasıdır. Ayrıca bu veriler kişilerin sağlığı, hayat tarzı, maddi durumu, kimliği bakımından da anlam ifade eder. Bu nedenle bunların hukuka aykırı bir şekilde verilmesi ya da elde edilmesi diğer suçların işlenmesini kolaylaştırmaktadır. Kişisel verilerin yaşamın her alanında aktif kullanımı nedeniyle korunması gerekmiş, bu konuda düzenlemelere yer verilmiştir. Çalışmamız kapsamında Türk Ceza Kanunu m. 136'da düzenlenen "Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçu, suç inceleme metoduna uygun olarak incelenecek, kapsamı ve uygulanma koşulları belirlenerek, bu suçla bağlantılı olarak karşılaşılabilecek sorunlara, AİHM içtihatlarından da yararlanma suretiyle değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel veri, özel hayat, ele geçirme, verme, yayma.

ABSTRACT

Personal data is private information which makes person specifiable. This information is an important part of a person's private life. In addition, this data also makes sense in terms of health, lifestyle, financial status, identity. So unlawfully giving or obtaining it makes easy to commit another offences. Due to the active use of personal data in every area of life, protection of it be needed and regulations are given place to. In our work, the offence of "Unlawfully giving or obtaining of data", which is held in article 136 of Turkish Criminal Code, will be examined according to method of criminal examination, settled its extent and conditions of application, problems encountered in connection with this offence will be discussed by use of ECHR jurisprudence.

Keywords: Personal data, private life, obtaining, giving, disseminating.

◆◆◆◆

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı.
rezzangen@hotmail.com.

GİRİŞ

765 sayılı mülga TCK döneminde özel hayatı ve hayatın gizliliğini koruma amaçlı olarak Beşinci Fasılda “Sırrın Masuniyeti Aleyhine Cürümler” başlığı altında m. 195-200’de sadece haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna yer verilmişti. Fakat gelişen bilişim sistemleri, kişisel verilerin korunmasının önem kazanması, insana verilen değer artması 5237 sayılı TCK’daki suç ve ceza düzenlemelerini etkilemiş, bu Kanun’unun “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlığını taşıyan Dokuzuncu Bölümü’nün 135. maddesinde kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna; 136. maddesinde ise “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu”na yer verilmiştir. Çalışmamız özel hayatla yakından bağlantılı bir kavram olan kişisel veri ve bu verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi veya verilmesi suçunun incelenmesini hedeflemektedir. Bu amaçla Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’na, konuyla bağlantılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına ve doktrindeki görüşlere yer verilecektir.

A. Korunan Hukuki Değer

Korunan hukuki değer, suçun işlenmesi ile ihlal edilen¹, toplumsal düzen için korunması gereken, soyut, manevi değerlerdir². Suçlar, ihlalleri ceza yaptırımını ile güvence altına alınan, toplumda belirli derecede önem ve ağırlık taşıyan hukuki değerler göz önünde bulundurularak oluşturulur³. Bu nedenle bir davranışı suç olarak nitelendirmek için, her şeyden önce, bununla korunması amaçlanan hukuki değere bakılması gerekir.

Bir suçla korunan hukuki değer tespitinde, suçun kanunda düzenlendiği yer dikkate alınabilir; zira TCK’daki suçlar korumaya yöneldiği hukuki menfaatler dikkate alınarak ilgili bölümlere yerleştirilmiştir⁴. Kişisel verileri hukuka aykırı verme veya ele geçirme suçu 5237 sayılı TCK’da “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu nedenle bu suçla özel hayatın gizliliğinin korunması amaçlandığı ileri sürülebilir⁵. Anayasa’da ki-

¹ İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 201.

² Mahmut Koca, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 34.

³ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1992, s. 45.

⁴ Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 202. Önder’e göre ise suçlar hareketin yöneldiği konuya göre farklı bölümlerde düzenlenir, Önder, **a.g.e.**, s. 45.

⁵ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2010, s. 345; Murat Volkan Dülger, **Bilişim Suçları**, Ankara, Seçkin, 2004, s. 277; Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hü-**

şisel verilerle ilgili düzenleme “Özel Hayatın Gizliliği” başlığını taşıyan 20. maddede yer almaktadır. Bu maddenin 3. fıkrasına göre “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” Nitekim AİHM içtihatlarına göre de, kişinin özel hayatına yönelik bilgi depolanmasına ilişkin hususlar, “**Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması**” başlığını taşıyan AİHS m. 8/1 kapsamına girer. Örneğin, Leander v. İsviçre davasına⁶ konu olan olayda Leander hakkında polis tarafından gizli tutulan bilgiler, onun ulusal güvenlik açısından önem taşıyan bir işe alınmamasına neden olmuştur. AİHM bu durumu özel hayata saygı kapsamında değerlendirerek, AİHS m. 8/2 kapsamında ihlal olmadığını saptamıştır. S ve Marper v. Birleşik Krallık davasına⁷ konu olan olayda ise Bay S’nin yağma suçuna teşebbüs, Bay Marper’in da taciz suçundan dolayı parmak izleri ve DNA örnekleri alınmış, Bay S’nin itham edildiği suçtan dolayı beraat etmesi ve Bay Marper’in mağdur ile uzlaşması sonucunda dava düşmesine rağmen bu parmak izleri ve DNA örnekleri imha edilmemiştir. AİHM somut olayda yaptığı inceleme sonucu parmak izi ve DNA örneklerinin kişisel veri olduğu ve bunların bu şekilde saklanması AİHS m. 8’e aykırılık teşkil ettiği sonucuna varmıştır.

Suçun konusu olan kişisel verinin niteliği dikkate alındığında 5237 sayılı TCK m. 136 ile genel kişilik hakkının korunduğu da belirtilmektedir⁸. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’nın gerekçesinde de kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenleme ile kişisel verilerin işlenmesini disiplin altına almak

kümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 524; Ali Karagülmez, **Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 351, 355; Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı-Yeni İchtihatlarla Uygulamalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu : Maddelerin Açıklamaları Yeni TCK İle İlgili Yargıtay Ceza Genel Kurul Ve Özel Daire Kararları (76-150. Maddeler)**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 2091; Osman Yaşar, Hasan Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (madde 86-146)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s. 4124; İsmail Malkoç, **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt II, Malkoç Kitabevi, 2013, s. 2199.

⁶ “Leander v. İsviçre”, (Başvuru No. 9248/81), Karar Tarihi 26 Mart 1987.

⁷ “S. ve Marper v. Birleşik Krallık”, (Başvuru No. 30562/04 ve 30566/04), Karar Tarihi 4 Aralık 2008.

⁸ Hamide Zafer, **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması** (TCK m. 132-134), İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., 2010, s. 23; Hüseyin Can Aksoy, **Medeni Hukuk ve Özellikle Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010, s. 47.

ve Anayasa m. 17'de yer alan kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasının amaçlandığına yer verilmiştir. Bu nedenle kişisel verilerin korunması hakkı insan onuru ve bu kapsamda kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı yani genel kişilik hakkı ile de bağlantılıdır⁹.

Kişisel veriler kişinin belirli bir görüş ya da inanca sahip olması nedeniyle fişlenmesi; onur, şeref ve saygınlığını rencide edilmesi gibi kötüye kullanılabilmesi gibi, bu bilgilerin ele geçirilmesi suretiyle maddi menfaatler de sağlanabilir. Örneğin, bir ünlüye ait kişisel verinin deşifre edilmesi suretiyle gazete satışlarında bir artma olabilir ya da kimlik bilgileri kullanılarak sahte hesaplar açılabilir. Bu nedenle bu suç tipi, kişisel verilerin kendisini de korumayı amaçlar¹⁰.

B. Suçun Unsurları

1. Maddi Unsurlar

a. Suçun Konusu

Suçun konusu, tipe uygun hareketin üzerinde gerçekleştiği maddi şeydir¹¹. Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun konusu kişisel verilerdir. Kanun kişisel verinin ne olduğunu tanımlamadığından bu kavramın içeriğini doldurmak gerekmektedir.

5237 sayılı TCK m. 135'te yer alan kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun gerekçesine baktığımızda, gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edildiğini görmekteyiz. Bu noktada temel olarak tespiti gereken husus, hangi tür bilgilerin bu kapsama gireceği ve tüzel kişilere ait bilgilerin kişisel veri olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.

23 Eylül 1980 tarihli Kişisel Verilerin Sınıraşan Trafiği ve Verilerin Korunmasına İlişkin Kılavuz İlkeleri m. 1'e göre kişisel veri belirli veya belirlenebilir bir bireye (veri öznesine) ilişkin her türlü bilgidir. 24.10.1995 tarihli Avrupa Topluluğu Veri Koruma Yönergesi m. 2'ye göre kişisel veri; fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özel bir veya daha fazla faktöre veya bir kimlik numarasına atf başta olmak üzere doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilmiş veya tespit edilebilir bireye (veri öznesi) ilişkin herhangi bir bilgidir. Madde 26'ya göre ise bir kişinin tespit edilebilir olup olmadığını

⁹ Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008, s. 112.

¹⁰ Soyaslan, *a.g.e.*, s. 345; Dülger, *a.g.e.*, s. 277.

¹¹ Koca, *a.g.e.*, s. 103; Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 202.

belirlemek, adı geçen şahsı tespit etmek için herhangi bir diğer kişi tarafından veya denetleyici tarafından kullanılacak makul tüm araçlar dikkate alınmalıdır; koruma esasları, veri öznesinin artık tespit edilebilir olmayacak bir biçimde anonimleşmiş verilere uygulanmayacaktır¹². Alman Federal Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nu m. 3/1'e göre kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir kişiye ilişkin kişisel veya maddi durumunu ilgilendiren bilgidir. Birleşik Krallık Bilgi Koruma Kanunu m. 1'e göre belirlenebilir, yaşayan bir bireye ait veriler veya veri denetleyicisinin zilyedliğinde olan ya da zilyedliğine girmek üzere olan veri ve diğer bilgiler kişisel veridir. Fakat bu bilgilerin bireyle ilgili herhangi bir görüş ifade etmesi ve veri denetleyicisinin veya diğer bir kişinin bireye dair niyetlerini içermesi lazımdır. 25365 sayılı Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik m. 3'e göre, tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi kişisel veridir. 2008 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı m. 3'te ise belirli ya da kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin her türlü bilgi kişisel bilgi olarak tanımlanmıştı. Fakat 2014 tarihli yeni tasarıda ise kişisel veri kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır. Yani yeni tasarı 2008 tarihli tasarıdan farklı olarak kişisel veriyi gerçek kişiler ile sınırlamış bulunmaktadır.

Verinin kişisel nitelikte olabilmesi için, doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bir kişiye ilişkilendirilebilmesi ve onu belirli kılabilir olması gerekir¹³. Belirlenebilme, bireyi diğer grubun diğer üyelerinden ayırt edebilmedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı m. 3'ün gerekçesinde kişisel veri, gerçek bir kişiyle ilişkilendirilebilmesi, o kişinin tanımlanabilir hale gelmesini sağlayacak şekilde olmak üzere, onun fiziksel, kültürel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıyan veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtla ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm haller olarak açıklanmıştır. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü¹⁴, ses kayıtları, parmak izleri ve genetik bilgiler gibi dolaylı ola-

¹² (Çevrimiçi) http://www.ihop.org.tr/dosya/coe/EC_DIRECTIVE_95_46_Kisisel_Veriler.pdf.

¹³ Dülger, **a.g.e.**, s. 271

¹⁴ "*Camp bell v. Mirror Group Newspapers*" davasında, bir rehabilitasyon kliniğinden çıkışta çekilen fotoğrafın ve bu konu ile ilgili bir yazının gazetede yayınlanmasını değerlendiren mahkeme, Campbell'e uygulanan terapinin niteliği, detaylarını ve bu fotoğrafı içeren haberi dikkate alarak, kişinin fiziksel veya ruhsal sağlığı ya da durumu ile ilgili olduğundan hassas

rak kişinin belirlenebilmesini sağlayan bilgiler de kişisel veri kapsamında değerlendirilmektedir. Fakat her bir verinin kişiyi ayırt edici nitelikte olup olmadığı somut olaya göre değişebilir. Örneğin, yaygın kullanılan ad ve soyadları, bazı hallerde kişisel veri sayılmayabilir. Fakat bu bilgi telefon numarası, diploma gibi ek bilgilerle desteklendiği takdirde kişisel veri niteliğini haiz olabilecektir¹⁵. Avrupa Birliği Adalet Divanı *Scarlet v. SABAM* davasında¹⁶ hukuka aykırı dosya paylaşımını engelleme amaçlı olarak İnternet Servis Sağlayıcılarının filtreleme uygulamasını değerlendirmiş; IP adreslerinin, kullanıcıların teşhis edilebilmesini sağlayan ve korunan kişisel veri olduğunu ve bu tür bir filtreleme sisteminin İnternet Servis Sağlayıcılarının müşterilerinin başta kişisel verilerinin korunması hakkı olmak üzere temel haklarını ihlal edeceğini belirtmiştir.

Kişisel veri, bir kimsenin özel hayatı ve aile yaşamı, iş ilişkileri, ekonomik veya sosyal yaşamıyla¹⁷ ilgili olabileceği gibi; kişinin dış görünüşü, sesi veya sağlığına ilişkin de olabilir¹⁸. Diğer bir görüşe göre, 5237 sayılı TCK'da kişisel verilerin korunması amacıyla yaratılan suç ve cezalar her kişisel veriyi değil; ancak, kişinin başkalarının duymasını istemeyeceği, dış görünüşünden anlaşılmayan bilgileri kapsamına almaktadır¹⁹. Kanımızca kişisel veri tanımı itibariyle kişiyi belirlenebilir kılan ona ait tüm bilgiler olduğu için dış görünüşünden anlaşılan veriler de bu kapsama girer. Fakat bu veriler kişinin dış görünüşünden anlaşılabiliriyorsa ya da sahibinin rızasıyla dışa vurulmakta ise hukuka uygunluk nedenleri gündeme gelecektir. Zira bu takdirde kişisel veri sır olma özelliğini kaybetmiş olacaktır²⁰. Yargıtay ise kişinin görüntüsü, sesi gibi dış görünüşünden anlaşılan bilgileri genellikle kişisel veri değil, onu da kapsayan özel hayat kavramı içerisinde değerlendirmektedir²¹.

veri olarak kabul etmiştir ([2002] EWHC 499 (QB); [2002] EMLR 617).

¹⁵ (Çevrimiçi) http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/detailed_specialist_guides/personal_data_flowchart_v1_with_preface001.pdf

¹⁶ "*Scarlet Extended SA v Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*", (Başvuru No. C-70/10), 24 Kasım 2011.

¹⁷ Aksoy, a.g.e., s. 13.

¹⁸ Aksoy, a.g.e., s. 14. Bu kapsamda, kişilerin cinsel istismar eylemleri sırasında mağdurenin görüntülerini kaydedip sonradan başka arkadaşlarına izletmeleri de kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına verme suçunu oluşturur (1. CD. 17.09.2009, 8422/10457).

¹⁹ Fatih Selami Mahmutoğlu, "Sır Saklama Yükümlülüğü Kapsamında Hastaya Ait Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Yayma Suçu", (Çevrimiçi) <http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/tiphukuku/tiphukuku-makaleler.htm>, 27.03.2012; Handan Sevük Yokuş, "Kişisel Verilerin Açıklanması", **Türkiye Barolar Birliği, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, s. 795, 796.

²⁰ Malkoç, a.g.e., s. 2200.

²¹ "Özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmü sanık mü-

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK m. 135'in gerekçesinde kişisel verilerin bilgisayar ortamı ya da kâğıt üzerinde kaydı arasında fark gözetilmediği belirtildiğinden; kişisel verilerin bilişim sistemine aktarılabilir ya da bilişim sisteminde kullanılabilir nitelikte olması gerekmez. Bu nedenle kişisel verilere karşı işlenen suçlar 5237 sayılı TCK'da "Bilişim Alanında Suçlar" değil, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" Bölümünde düzenlenmiştir.

Tüzel kişilere ait bilgilerin kişisel veri olarak kabule edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, 5237 sayılı TCK m. 136'da belirtilen suçun işlenebilmesi için bilgi, belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiye ait olmalıdır. Dolayısıyla tüzel kişiye ait bilgi kişisel veri olarak kabul edilemez²². Ayrıca kurumsal nitelikte olan ticari sır, bankacılık sırrı, müşteri sırrı ile fenni keşif ve buluşlar veya sınaî uygulamaya ilişkin bilgilerde 5237 sayılı TCK m. 136 değil, 239 uygulanacaktır. Diğer bir görüşe göre ise tüzel kişilere ait bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi mümkündür²³, zira tüzel kişilerin de kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesi suretiyle kişilik haklarına saldırılabilir²⁴. Belirtmek gerekir ki, tüzel kişilere ait bilginin kişisel veri olarak kabulüne ilişkin tüm hukuk düzenlerinde bir uzlaşma bulunmamaktadır. Kimi ülkelerde tüzel kişilere ait bilgilerin kişisel veri kapsamında korunması yoluna gidilmektedir. Özellikle bazı durumlarda, örneğin küçük bir şirkete ait bilginin onun sahip veya sahiplerini yakından ilgilendirmesi, o şirket ile ortakları arasındaki kader birliğinin bulunması bilginin gerçek ya da tüzel kişilere ait olması hususundaki sınırın tespitini güçleştirdiğinden tüzel kişilere ait bilgilerin de kişisel veri

dafii tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü.

Tüm dosya kapsamından katılanın olay günü deneme kabininde mayo denerken sanığa ait olduğu konusunda ihtilaf bulunmayan cep telefonu görüntülerinin çekildiği, katılanın bunu fark etmesinden hemen sonra yapılan incelemede sanığın düşen cep telefonunun kendiliğinden çekim yaptığı savunmasının aksine telefonda resim ve video şeklinde iki ayrı kayıt tespit edildiği, katılanın görüntülerini teşhis ettiği ve bunun görevli polis memurlarınca tutanağa bağlandığı, CMK'nın 231 uygulanmasına yönelik mahkemenin takdir hakkını kullandığı değerlendirilmekle tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre sanık müdafinin bir nedene dayanmayan temyiz itirazlarının reddiyle hükmün isteme uygun olarak onanmasına, 22.02.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi." 12. CD., E. 2011/15793, K. 2012/4758, 22.02.2012.

²² Karagülmez, **a.g.e.**, 2011, s. 358; Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", Ankara Barosu Dergisi, Y. 67, S. 4, 2009, s. 21.

²³ Mustafa Özen, "Kişisel Verilerin Kaydedilmesi, Verilmesi veya Ele Geçirilmesi ve Yok Edilmesi Suçları (TCK m. 136, 137, 138)", **Kamu Hukuku Arşivi**, Mart 2009, s. 22.

²⁴ Doruk Gönen, **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 99

kapsamında değerlendirilmesi doğru görülebilir²⁵. Nitekim tüzel kişiye ait veri ile gerçek bir kişiye ulaşmanın mümkün olması durumunda bu tüzel kişiye ait olan verinin kişisel veri olarak kabul edilebileceği de belirtilmektedir²⁶. 2008 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı m. 2'ye göre ise tüzel kişilere ilişkin bilgiler de kişisel veri olarak korunma görür. Zira aynı Tasarı'nın 34. maddesinin 3. fıkrasına göre hukuka aykırı olarak kişisel verilerin açıklanması, yayılması, bir başkasına verilmesi, aktarılması ya da ele geçirilmesi durumunda 5237 sayılı TCK m. 136 uygulanacaktır. Yani tüzel kişiye ait kişisel veri hakkında da 5237 sayılı TCK m. 136 gündeme gelecekti. Fakat 2014 tarihli yeni tasarıda ise daha önce de zikrettiğimiz üzere kişisel veri tanımı ve korunması gerçek kişilerinki ile sınırlandırılmıştır. Yani bu tasarı'nın kanunlaşması durumunda tüzel kişilere ait bilgi bu kanun kapsamında kişisel veri olarak korunma görmeyecektir.

Kanımızca tüzel kişilerin kişisel veri ve korunmasının değerlendirilmesinde gerek 5237 sayılı TCK m. 136'nın düzenlendiği bölümün "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığını taşıması gerekse de bu verilerin AİHS m. 8/1'de "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" kapsamında korunması nedeniyle özel hayat kavramından hareket edilerek bu sorun irdelenebilir. Fakat tüzel kişilerin AİHS m. 8 anlamında özel hayatlarının varlığı hususu tartışmalıdır. AİHM Colas Est v. Fransa davasında²⁷ kişinin konutuna saygı hakkını tüzel kişiliğin kendisi bakımından da uygulamıştır. Diğer yandan, kişilik hakkı bakımından yapılacak değerlendirme de tüzel kişilerin kişisel verilerinin korunmasına hakkı olduğunu gösterecektir.

b. Fil

5237 sayılı TCK m. 136'nın başlığında "*Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*" yer alsa da maddenin kişisel verileri ve bu verilerin yayılmasını da kapsadığına içeriğinden ulaşabilmekteyiz. Bu maddede yer alan suç, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, bir başkasına verilmesi veya yayılması ile oluşan sırf hareket suçudur²⁸. Seçimlik hareketler olan kişisel veriyi hukuka aykırı ele geçirme, verme veya yayma hareketlerinden birinin yapılması suçun oluşumu için kâfidir. Suçun oluşmasından sonra aynı konuya ilişkin yapılan diğer seçimlik hareketler ise cezalandırılmayan sonraki hareket-

²⁵ (Çevrimiçi) http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1_1,00.html#part2

²⁶ Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 35; Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 294.

²⁷ "*Colas Est v. Fransa*", (Başvuru No. 37971/97), Karar Tarihi 16 Nisan 2002.

²⁸ Yaşar, Gökcan, Artuç, *a.g.e.*, s. 4128.

ler niteliğinde olacak ve failin tek bir suç işlediği kabul edilecektir. Fakat bu durum failin 5237 sayılı TCK m. 61'e göre cezasının belirlenmesi sırasında dikkate alınabilecektir²⁹.

Tipik hareketin suçun konusu üzerindeki etkisine göre yapılacak sınıflandırmada TCK m. 136'da yer alan suç soyut tehlike suçudur³⁰. Zira soyut tehlike suçlarında suçun oluşması için kanuni tanımda yer alan hareketlerin gerçekleştirilmesi yeterlidir³¹. Bu suçta da kişisel verinin hukuka aykırı verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesinin yanı sıra suç konusu üzerinde herhangi bir zararın meydana gelmesi aranmamıştır³², bu verilerin bir suç işlenmesinde araç olarak kullanılması da gerekmemektedir ki bu takdirde sorun içtima kuralarına göre çözülecektir.

Kişisel veriler çeşitli şekillerde ele geçirilebilir. Örneğin, bankacılık müşteri hizmetleri ile irtibata geçerken ad, soyad, TC kimlik numarası hatta kişinin annesinin kızlık soyadı dâhil olmak üzere bir kimlik için yeterli her türlü bilgi temin edilmektedir. Yine, motorlu taşıt sürücü belgesi için kişinin tüm kimlik bilgilerinin yanı sıra parmak izi de alınmaktadır. Kişisel veri hukuka uygun olarak temin edilse bile bu konuda yetkisiz bir kişiye verilmesi ya da yayılmasıyla, bu suç oluşur.

Kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin konuda AİHM içtihatlarından da yararlanılabilir. Z. v. Finlandiya davasında³³ AİHM, başvurucunun sağlık kayıtlarının delil elde amaçlı olarak yetkili makamlar tarafından elde edilmesini değil, bu elde edilen bilginin 10 yıl sonra kamunun erişimine açılacak olmasının AİHS m. 8 ile bağdaşmadığını belirtir. Panteleyenکو v. Ukrayna davasında³⁴ bir psikiyatri hastanesinden başvurucunun ruhsal durumu ve ilgili tedaviye ilişkin yerel mahkeme tarafından elde edilen gizli bilgilerin hâkim tarafından taraflara ve kamuya açık duruşmada bulunanlara açıklamasını AİHS m. 8/1 ile teminat altına alınan haklara bir müdahale olarak görür. Bu müdahalenin aynı maddenin 2. fıkrasında sayılan "kanuna göre" ve "demokratik bir toplum gereği"nce haklı olup olmayacağı konusunda da inceleme yapan AİHM, kişinin özel hayatına ilişkin yapılan müdahalenin kanuna göre haklı olabilmesi için ulusal hukukta

²⁹ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 347.

³⁰ Şaban Cankat Taşkın, **Bilişim Suçları**, Bursa, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2008, s. 108; Özbek vd. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 536; Özen, **a.g.y.**, s. 20.

³¹ Koca, **a.g.e.**, s. 106.

³² Dülger, **a.g.e.**, s. 278.

³³ "Z. v. Finlandiya", (Başvuru No. 22009 / 93), Karar Tarihi 25 Şubat 1997, paras.111, 112.

³⁴ "Panteleyenکو v. Ukrayna", (Başvuru No. 11901 / 02), Karar Tarihi 29 Haziran 2006, paras.57-62.

bu müdahaleye temel oluşturacak yasal düzenlemelerin bulunması gerektiğini ifade eder. Somut olayda yerel mahkemenin psikiyatrik verilerin toplanması, muhafaza edilmesi, kullanılması ve yayınlanması usulüne uygun hareket etmediği; bu verilerin davanın sonucunu etkileme olasılığı olmadığından demokratik toplum gereğinin bir mazeret olarak ileri sürülemeyeceği sonucuna ulaşır ve AİHS m. 8'in ihlal edildiğini saptar. K.U. v. Finlandiya davasına³⁵ konu olan olayda 12 yaşındaki başvuruçunun ismi, yaşı ve doğum tarihi, fiziksel özellikleri ile ilgili detaylı bilgiler, resmi, bir rakamı hariç telefon numarası kendi rızası ve haberi olmaksızın bir internet sitesine konulmuş ve aynı sitede yol göstermesi için kendi yaşında ya da kendisinden büyük bir erkek ile yakın bir ilişki kurmak istediği belirtilmiştir. Mahkeme, bu davada internet sitesine başvuruçuya ait bilgileri bu şekilde koyan reklam sahibinin tespiti ve kovuşturulması da dahil başvuruçuya pratik ve etkili koruma sağlanamadığından AİHS m. 8 ihlal edildiğini belirtir. Peck v. Birleşik Krallık davasında³⁶ ise yerel meclis tarafından sokağa konulan bir kamera ile kaydedilen kişinin bileklerini kesmesine ait görüntülerin ifşa edilmesini m. 8'e aykırı görür.

5237 sayılı TCK m.136'daki suçun seçimlik hareketlerinden biri olan vermenin, yayma fiiline nazaran etki alanı daha dardır; yayma ile kişisel verinin birden çok kişiye ulaştırılması sağlanmaktadır³⁷. Örneğin, bir kişiye mail ortamında kişisel verinin aktarımı verme olarak nitelendirilirken; bu kişisel verinin sosyal bir paylaşım sitesine konulması yayma fiilidir. Belirtmek gerekir ki kişisel verilerin verilmesi ya da yayılması suretiyle bu suçun işlenebilmesi için bu verme ya da yaymanın hukuka aykırı olması yeterlidir. Başkasına verilen ya da yayılan bu kişisel verilerin hukuka uygun ya da aykırı elde edilmiş olması bu suç açısından önem arz etmez³⁸. Fiillerin bilişim sistemi yoluyla ya da yazılı belgelerin yerinden alınması suretiyle gerçekleştirilmesi arasında fark bulunmamaktadır³⁹. Bu nedenle yayma yazılı, görsel ya da sanal yoldan gerçekleştirilebilir⁴⁰. Verinin bir araç olmaksızın kulaktan kulağa aktarılması durumunda 5237 sayılı TCK m. 136 değil, 133/3 veya 134/1'in uygulanacağı ileri sürülmekle beraber⁴¹ 5237 sayılı TCK m. 136'da suçun oluşumu için kişisel verinin bir araç vasıtasıyla verilmesi

³⁵ "K.U. v. Finlandiya", (Başvuru No. 2872/02), Karar Tarihi 2 Aralık 2008, paras. 7, 49.

³⁶ "Peck v. Birleşik Krallık", (Başvuru No. 44647/98), Karar Tarihi 28 Ocak 2003.

³⁷ Taşkın, **a.g.e.**, s. 107; Karagülmez, **a.g.e.**, s. 356; Ahmet Gündel, **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Ankara, Sözkesen Matbaacılık, 2009, s. 2904; Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4126.

³⁸ Özen, **a.g.e.**, s. 21.

³⁹ Taşkın, **a.g.e.**, s. 107.

⁴⁰ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 346.

⁴¹ Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 536.

gerektiğine yönelik bir ibare bulunmadığından kanımızca bu tür durumlarda 5237 sayılı TCK m. 136 uygulanmalıdır.

Kişisel verilerin ele geçirilmesi ya da yayılması çok çeşitli nedenlerle olabilir ki bunlardan en çok karşımıza çıkabilecek olanı kimlik hırsızlığı ya da kimlik dolandırıcılığıdır. Her ikisinde de bir kişinin kimliği hukuka aykırı olarak ele geçirilir ve çoğunlukla ekonomik kazanç elde etme amacıyla hile ve dolandırıcılıkla kullanılır⁴². Kimlik hırsızlığının gerçekleşmesi genellikle internette HTML temelli şirket logoları aracılığıyla, hedef alınan organizasyonun kullanıcıları ya da müşterilerinin kimlik bilgilerinin çalınması suretiyle gerçekleşir⁴³. Kimlik hırsızlığı değişik formlarda olabilir. Bunlardan birincisi, başka bir kişinin kredi kartını kullanmadır ki bu, 5237 sayılı TCK m. 245'te ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir. İkinci olarak kişinin adına yeni hesapların açılması ya da polis tarafından kimlik sorulduğunda o kişinin kimliğini göstermek gibi farklı şekillerde kullanmadır ki bu da 5237 sayılı TCK m. 268'de yer alan başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması suçunu oluşturacaktır. Üçüncü grup ise, mağdurların kimlik verileri ile var olan hesapları kullanmadır⁴⁴.

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme ile ilgili değişik ihtimaller gündeme gelebilir. Örneğin, kişisel verilen kayıtlı olduğu bir bilgisayarın çalınması durumunda, fail aynı zamanda 5237 sayılı TCK m. 136'dan da sorumlu olacak mıdır? Ya da failin bilgisayarın şifresini kıramaması bu nedenle kişisel verilere ulaşamaması durumunda 5237 sayılı TCK m. 136'ya teşebbüs söz konusu olabilecek midir? Kanaatimizce bu iki ihtimalde suçun maddi unsuruna yönelik bir sorun bulunmamakla birlikte, suçun diğer bir unsuru olan manevi unsur başlığı altında failin kastından hareket edilerek çözüme varılması gerekmektedir. 5237 sayılı TCK m. 136 ancak kasten işlenebileceği için failin kişisel veriyi ele geçirme kastı yoksa bu suç oluşmayacaktır.

c. Fail

Suçun temel şekli bakımından kanunda aksine bir ibare olmadığından bu suç herkes tarafından işlenebilir ki bu suçlara herkes tarafından işlenebilen

⁴² <http://www.justice.gov/criminal/fraud/websites/idtheft.html>; Keith B. Anderson, Erik Durbin, and Michael A. Salinger, "Identity Theft", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 22, No. 2, Spring 2008, s. 171.

⁴³ Warren B. Chik, "Challenges to Criminal Law Making in the New Global Information Society: A Critical Comparative Study of the Adequacies of Computer-Related Criminal Legislation in The United States, The United Kingdom and Singapore, (Çevrimiçi) www.law.ed.ac.uk/ahrc/complaw/.../chik.d..., s. 2.

⁴⁴ Anderson, Durbin, Salinger, *a.g.e.*, s. 174.

suçlar denir⁴⁵. Fakat 5237 sayılı TCK m. 137’de belirtilen nitelikli haller ise özgü suç niteliğindedir ve nedenle bu sıfatı taşımayan kişiler ancak yardım eden olabilirler (5237 sayılı TCK m. 40/2).

Tüzel kişiler ise 5237 sayılı TCK m. 20’nin gerekçesinde de belirtildiği üzere ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi uyarınca fail olamazlar.

d. Mağdur

Suçun mağduru suçla korunmak istenen hukuki yararın sahibi olan kişi olarak tanımlanabilir⁴⁶. Bu suçun mağdurunun kişisel verinin maliki veya zilyed olması gerektiğini ileri sürenler olduğu⁴⁷ gibi aksini iddia edenler de bulunmaktadır⁴⁸. Kanımızca suçun mağduru olarak suçtan doğrudan doğruya zarar gören kişisel verinin ilgili olduğu kişi kabul edilmelidir.

Mağdurun gerçek kişi olması gerektiğinden, kişisel veri tüzel kişiye ilişkin ise tüzel kişi mağdur değil, ancak suçtan zarar gören olarak kabul edilir⁴⁹.

2. Manevi Unsur

Manevi unsur, kişi ile işlediği fiil arasındaki manevi bağ⁵⁰dır. 5237 sayılı TCK m. 21/1’e göre suçun oluşması kasta bağlıdır. 5237 sayılı TCK m. 22/1’e göre de taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır. 5237 sayılı TCK m. 136’da ise aksi belirtilmediğinden bu suç taksirle işlenemez.

5237 sayılı TCK m. 136’daki suç tipinde “*Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi...*” şeklinde hukuka aykırılık unsuruna açıkça yer verilmiştir. Suçun kanuni tanımında hukuka aykırılık unsuru vurgulandığı takdirde kastın hukuka aykırılığı da kapsamı gerekip gerekmediği tartışma arz etmektedir. Bir görüşe göre, bu takdirde failin kastı hukuka aykırılığı da kapsamalıdır⁵¹. Diğer bir görüşe göre ise, suç tipinde açıkça hukuka aykırılığa yer verildiği durumlarda, hukuka aykırılığa ilişkin belirleme suç tipindeki belirli bir unsura ilişkin ise failin kastının bu hususu da kapsamı gerekmemekte ise de; hukuka aykırılık suç tipinin tümüne yönelik ise,

⁴⁵ Önder, a.g.e., s. 43

⁴⁶ Özgenç, a.g.e., s. 204; Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 202.

⁴⁷ Taşkın, a.g.e., s. 106.

⁴⁸ Dülger, a.g.e., s. 277.

⁴⁹ Özgenç, a.g.e., 198; Koca, a.g.e., 102; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidün-ya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s. 308.

⁵⁰ Özgenç, a.g.e., s. 220; Koca, a.g.e., s. 128

⁵¹ Kayıhan İçel, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu, Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, İstanbul, 2000, s. 110, 111; Soyaslan, a.g.e., s. 347; Zafer, a.g.e., s. 178; Özbek vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 531, 537; Karagülmez, a.g.e., s. 357.

kastın ayrıca hukuka aykırılığa yönelik olmasına ihtiyaç yoktur. 5237 sayılı TCK m. 136'daki sorun haksızlık bilincine ilişkindir⁵². Bir başka görüşe göre hukuka aykırılık suç tipindeki bir durumun niteliğine yönelik ise hukuka aykırılık da suçun bir unsurudur ve failin kastı bu unsuru da kapsmalıdır fakat diğer durumlarda bu kavram gereksiz yere kullanılmaktadır ve failin kastının bunu kapsamaması gerekmez⁵³. Yine bu tür durumlarda suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği de ileri sürülmektedir⁵⁴. Kanımızca 5237 sayılı TCK m. 136'da geçen "hukuka aykırı olarak" ibaresi bu suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğini göstermektedir. Nitekim kanun koyucu 6352 sayılı Kanun ile 5237 sayılı TCK m. 134'te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda değişiklik yapmış ve bu maddenin ikinci fıkrasına "hukuka aykırı olarak" ibaresini eklemiştir. Madde gerekçesine de bu değişiklik ile artık söz konusu suçun oluşabilmesi için failin doğrudan kast ile hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık unsuru altında bu suç tipi açısından kanun hükmünü icra, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası gündeme gelebilir.

Kanun hükmünü icra 5237 sayılı TCK m. 24/1'de "*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*" olarak ifade edilmiştir. Bu hukuka uygunluk sebebi çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Örneğin, CMK m. 128'deki "Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma" tedbirinin gerçekleşmesi için söz konusu taşınmaz, hak ve alacakla ilgili bilgi edinilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir. Zira bir kişinin ekonomik durumu ile ilgili bilgiler de kişisel veri olarak kabul edilmektedir. CMK'nın 75, 76, 78. maddelerinde de kişisel verilerin elde edilmesine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Bu maddelerdeki koşulların gerçekleşmesi halinde kişisel verilerin elde edilmesi ve kullanılması hukuka uygun kabul edilecek ise de; aynı Kanun'un 80. maddesine göre bu kişisel verilerin başka bir amaçla kullanılamayacak; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyecektir. Bir başka örnek de sağlık mesleği mensuplarına suç bildirmeyi emreden 5237 sayılı TCK m. 280 verilebilir. Bu maddeye göre kişisel verileri açıklayan sağlık mesleği mensupları 5237 sayılı TCK m. 136 bakımından kanun hükmünü icra kapsamında hukuka uygunluk nedeninden istifade edebileceklerdir⁵⁵.

⁵² Koca, a.g.e., s. 99.

⁵³ Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 245.

⁵⁴ Özgenç, a.g.e., s. 276; Artuk, Gökcen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 400; Özen, a.g.e., s. 21.

⁵⁵ Zafer, a.g.e., s. 216.

Kişisel verilerin bir başkasına verilmesi ya da ifşasına ilişkin olarak AİHM'in verdiği çeşitli kararlardan yararlanılabilir. *Klass ve Diğerleri v. Almanya* davasında⁵⁶ casusluk ve terörizmle mücadele gibi hususlar nedeniyle e-posta, posta ve telekomünikasyonun gizliliğinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler m. 8'e uygun bulunmuştur. *Doorson v. Hollanda* davasında⁵⁷ polis dosyasında bulunan davacıya ait fotoğrafın üçüncü kişilere gösterilmesinin AİHS m. 8/2'ye göre haklı olup olmadığını değerlendiren mahkeme; fotoğrafların sadece soruşturma amacıyla kullanılması, genel olarak kamu erişimine açık olmaması ve daha önce gerçekleşen bir tutuklama sırasında kanunlara uygun olarak çekilmesini dikkate alarak suçu önlemeyi amaçlayan müdahaleyi orantılı bulunmuştur. *MS v. İsveç* davasında⁵⁸ hak talebinde bulunan bir kişinin sigortadan yararlanması için tıbbi geçmişine ait bilgilerin Devletin tıbbi kurumları tarafından sosyal sigorta yetkililerine verilmesinin, burada bir gizlilik yükümlülüğü bulunmasına rağmen elde edilen bilgilerin amacı dışında kötüye kullanılması durumunda hukuk ve/veya ceza davası açılabilmesi imkânı sağlandığı için, meşru olduğuna karar verilmiştir. *Anne-Marie Andersson v. İsveç* davasında⁵⁹, başvurunun psikiyatristinin kendi bilgisi ve rızası dışında Sosyal Konseye kendi sağlık durumu ile ilgili bilgi vermesinin 8. madde kapsamında incelenmesi kabul edilemez bulunmuştur.

5237 sayılı TCK m. 26/1'e göre "*Hakkına kullanan kimseye ceza verilmez.*" Kişisel verileri ele geçirme, verme ve yaymanın hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygunluk arz etmesi basının haber verme hakkını gündeme getirir. Basın özgürlüğü ile kişilik hakları çatıştığı bu durumlarda hukuka uygunluk sınırları içinde kalındığı takdirde basın sorumluluğundan söz edilemez. Basının, haber verme hakkı kapsamında bir kişiye ait kişisel verileri yayabilmesi için haberde gerçeklik, güncellik, kamu yararı, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık kuralı aranır⁶⁰. Bu nedenle basın bir kişinin resmi, görüntüsü, sağlık

⁵⁶ "*Klass ve Diğerleri v. Almanya*", (Başvuru No. 5029/71), Karar Tarihi 6 Eylül 1978, para.49.

⁵⁷ "*Doorson v. Hollanda*", (Başvuru No. 20524/92), Karar Tarihi 29 Kasım 1993.

⁵⁸ "*M.S. v. İsveç*", (Başvuru No. 20837/92), Karar Tarihi 27 Ağustos 1997.

⁵⁹ "*Anne-Marie Andersson v. İsveç*", (Başvuru No. 20022/9227), 27 Ağustos 1997.

⁶⁰ "Basın, kişinin amme hayatını ilgilendiren fiillerine ilişkin haberleri gerçeklik, kamu yararı, toplumsal bilgi, güncellik, konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık kurallarına uygun olarak vermek durumundadır. Doğruluğu veya yanlışlığı hakkında, halin özelliklerine uygun bir araştırma yapmadan, gerçeğe aykırı haber yayınlanırsa, haksız bir tecavüz söz konusu olur. Gereken inceleme ve soruşturma yapıldıktan sonra bir haber yayımlanmışsa, sonradan haberin gerçeğe aykırı olduğu anlaşılabilir, haksız tecavüzden söz edilmez." 7. CD. 4.11.1991, 10052/12118. "Kamuoyunda belli durumları yönünden tanınmış olanlar; örneğin sanatkar, politikacı, devlet adamı niteliğindeki kişilerin uğraşları yönünden özel yaşamlarının dokunulmaz ve gizli alanları öteki yurttaşlara göre çok sınırlıdır. Başkalarının yasanın korunması altında bulunması itibari-

durumu gibi kişisel verilerini basın yayın araçları ile deşifre etmesinde bu kriterlerin dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin, bir kişinin AIDS hastası oldu-

le gizliliğine dokunulmayacak olan, özel yaşamlarına oranla bu bölüm kimselerin özel yaşamlarının önemli bir bölümü, toplumun tecessüs ve öğrenme isteklerinden uzak tutulamaz. Bu isteğin başlıca gerçekleştirme araçlarından biri de basındır. Bununla beraber, basının bu hakkı salt ve sınırsız değildir. Duyurmadaki bu hakkı, açıkladığı özel yaşamın gerçek dışı hikayelerle süslenmesine veya konu edilen kişinin gülünç düşürülmesine olanak sağlanamayacağı gibi, ayrıca bu yolla yayına konu edilen kişinin küçük düşürülmesine, vakar ve haysiyetine, iffetine taarruza olanak sağlamaz.”, 4. HD. 28.11.1974, 10763/16920; Televizyon yolu ile hakaretten sanık Kubilay, Özcan, Serpil ve Sefer haklarında yapılan duruşma sonunda: sanıkların eylemi TCK'nın 547. maddesine uygun olduğu anlaşılmakla ve vaki zamanaşımı nedeniyle haklarındaki kamu davasının ortadan kaldırılmasına, 5 adet video kasetinin dosyada saklanmasına dair (İSTANBUL) 2. Sulh Ceza Mahkemesinden verilen 09.05.1997 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi müdahiller tarafından süresinde dilekçeyle istenmek ve dava evrakı C. Başsavcılığının 12.02.1998 tarihli tebliğnamesiyle daireye gönderilmekle okunup iş anlaşıldıktan sonra gereği düşünüldü: TCK'nın 482/4. maddesi uyarınca Asliye Ceza Mahkemesinin 5680 Sayılı Basın Kanununun 20 ve devamı maddeleri gereği neşir yolu ile yapılan hakaret suçlarında görevli olduğu ve televizyon yolu ile yapılan hakaretler bakımından böyle özel bir hüküm bulunmadığı cihetle, televizyon yolu ile yapılan hakaret suçu bakımından Sulh Ceza Mahkemesi görevli olduğundan tebliğnamedeki bu hususa değinen bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir. Dosya içeriğine göre sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak; olay sırasında sanıklardan Kubilay'ın kameraman ve programcı, Özcan 'nın idari ve mali işlerden sorumlu genel koordinatör, Serpil'in genel yayın koordinatörü ve Sefer'in teknik yönetmen olarak çalıştıkları, sanık Kubilay'ın bir firmanın Türk Kadınına Güçlendirme Vakfı yararına düzenlediği defile sırasında, manken olan müdahillerin elbise değiştirdikleri soyunma odasında görüntülerini video kamera ile çektiği, daha sonra bu görüntüleri yetkili olan diğer sanıklara teslim ettiği, görüntülerin televizyonda yayınlandığı, şikaye üzerine sanıklar haklarında TCK'nın 482/4. maddesi uyarınca cezalandırılmaları için dava açıldığı, Kararın, sanıkların eylemlerinin ileri sürülen suçu oluşturmadığı gerekçesine dayandığı görülmektedir. Olaya bakıldığında; defilede elbise sunan mankenlerin soyunma odasında elbise değiştirdikleri, üzerlerinde sadece külotlu çorapları kaldığı sırada, görüntüleri gizli kamerayla tespit edilip televizyonda yayınlanarak teşhir edildiği, görüntülenmelerinde rızaları bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kişilerin vücut mahremiyetleri, gösterilmeleri veya gösterilme biçimleri toplumun ortak edep düşüncesine aykırı düşecek şekilde teşhir edilmişse, bu eylemde; haber verme hakkı veya özel veya kamusal bir yarardan söz edilemeyeceği, esasen rıza bulunsu bile bu gösterim edebe aykırı düşeceği için, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmayıp, kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Keza; kişilerin, (namus veya vakar veya haysiyeti)'nin toplumsal ve ahlaki değerlerden oluşması ve buna saygı gösterilmesini isteme haklarının bulunması itibarıyla de bu suretle sergilenmeleri, kimileri için merakları tatmin edici olsa da, toplumun ortak ahlak duygusuna aykırı olduğundan, TCK'nın 482/1. maddesinde tarif olunup korunan bu değerlere saldırı oluşturduğunu kabul etmek gerekir. Diğer taraftan, hakaret ve sövme suçlarında saike bakılmayacağı, genel kast yeterli olduğu cihetle, sanıkların birlikteki eylemleriyle gerçekleştirilen görüntü yayınının yukarıda belirtilen niteliğini bilebilecek durumda olmaları kasıtlarının varlığını kabule de yeterlidir. Açıklanan bu olgular değerlendirilmek suretiyle sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken sövme suçunun unsurları uygun şekilde irdelenip değerlendirilmeden yazılı şekilde karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş müdahiller vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmuş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA 03.03.1998 gününde oybirliğiyle karar verildi. 2.CD. E:98/2325, K:98/2271 Tebliğname:86027.

ğunu açıklamada kamu yararı olmayabilirken; bir hayat kadının onunla ilişkiye girenleri uyarı amaçlı olarak HIV virüsü taşıdığını belirtmede kamu yararı olduğu için 5237 sayılı TCK m. 136'daki suç açısından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilir. Ayrıca tanınmış olan kişilere ait bilgilerin açıklanmasında da kamu yararı bulunur ki kişilerin mevkii ne kadar önemli olursa bu kişi ile ilgili haberlerin bilinmesindeki kamu yararı da o derece önem arz eder⁶¹.

Hakkın kullanılması ile ilgili diğer bir madde 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 419. maddesidir. Bu maddeye göre, işveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Maddenin ikinci fıkrası özel kanun hükümlerini saklı tutmaktadır. Böylece birinci fıkra kapsamına girmeyen hallerde de, işverenin işçisi hakkında elde ettiği kişisel verilerin kullanılması mümkün olacaktır. Örneğin, işçi hakkında yapılan bir kovuşturma ile ilgili olarak C. Savcısının talebi üzerine işverenden işçiye ait kişisel bilgilerin elde edilmesi hukuka uygun olacaktır.

Bir başka hukuka uygunluk nedeni olan ilgilinin rızası 5237 sayılı TCK m. 26/2'de düzenlenmiştir *"Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez."* Tartışmalı olan husus, kişinin kendi kişisel verisinin verilmesi ya da yayılması konusunda mutlak surette tasarruf etme yetkisinin bulunup bulunmadığı ve vereceği iznin geçerli olup olamayacağıdır ki veri sahibi ya da ilgilisi tarafından verilen iznin bu suçun oluşmasını engelleyeceği belirtilmektedir⁶². Bu konuya normatif dayanak olarak 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 21. maddesi gösterilebilir. Bu maddeye göre, kamu yararının gerektirdiği hallerde kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşulu ile açıklanabilir. Nitekim Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi'ne göre hassas verilerin dahi veri sahibinin açık muvafakatı ile işlenmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁶³. 2014 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı m. 6/2'de de kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası ile işlenebileceği yer almaktadır. Kanımızca kişisel verinin bir başkasına verilmesi ya da yayılması hususunda ilgilisinin vereceği rızanın sınırları içerisinde, kişiyi toplum nazarında küçük düşürmeyecek şekilde kullanıldığı takdirde, kişisel verilerin yayılması ya da bir başkasına verilmesi hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

⁶¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2011, s. 390.

⁶² Soyaslan, **a.g.e.**, s. 347; Yokuş Sevük, **a.g.e.**, s. 801.

⁶³ Cemil Kaya, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", İÜHFM, C. LXIX, S. 1-2, s. 323. Hassas veri kavramı için bkz. Kaya, **a.g.e.**, s. 316.

C. Nitelikli Unsurlar

5237 sayılı TCK m. 137'de kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun nitelikli hallerine yer verilmiştir. 5237 sayılı TCK m. 137/1/(a)'da kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılması suretiyle bu suçun işlenmesi cezayı arttıran nitelikli bir haldir. Kamu görevlisi 5237 sayılı TCK m. 6/1/c'ye göre kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir. Kişisel verilerin özellikle kamu makamları tarafından kamu gücü kullanılarak elde edilmesi, bunlara erişimdeki kolaylık gibi hususlar suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadır. Kanun koyucu da bunu dikkate alarak nitelikli hal olarak kabul etmiştir.

5237 sayılı TCK m. 137/1/(b)'de suçun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle suçun işlenmesi de cezayı arttıran nitelikli bir hal kabul edilmiştir. Burada da özellikle bankacılık, telekomünikasyon, tıp gibi alanlarda kişilere sunulan hizmetler kapsamında kişisel verilerin ulaştırılması dikkate alınmıştır⁶⁴.

D. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

5237 sayılı TCK m. 35/1'e göre kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

5237 sayılı TCK m. 136'da belirtilen suç, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi ile tamamlanır. Örneğin, kişisel verilerin bir başkasına bilişim sistemi yoluyla gönderilmesine rağmen bu bilgiler gönderileceği yere ulaşamazsa; kişisel verilerin yer aldığı veri tabanına ulaşılmakla birlikte herhangi bir kişisel veri hakkında bilgi edinilemeden fail yakalanırsa suç teşebbüs aşamasında kalır. 5237 sayılı TCK m. 35/2'ye göre meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre ceza belirlenecektir.

2. İştirak

Bu suç tipi iştirake elverişlidir. Burada önemli olan husus suçun 5237 sayılı TCK m. 137'de belirtilen nitelikli hallerinin bu sıfatı haiz olmayanlar ile birlikte işleyen kişinin bu nitelikli hallerden ancak fail değil, ancak şerik olarak sorumlu tutulacağıdır.

⁶⁴ Özbeke vd., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 531.

3. İçtima

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, zincirleme suç oluşur (5237 sayılı TCK m. 43/1). Kişisel verilerin bir başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirmesi de zincirleme suç şeklinde gerçekleşebilir. Örneğin, bir sosyal paylaşım sitesinde her gün aynı kişinin farklı kişisel verilerine yer verilmesi durumunda zincirleme suç söz konusudur. Fakat bir kişinin kişisel verisinin bu sosyal paylaşım sitesinde paylaşılması durumunda, aynı bilginin bu sitede kaldığı sürece suç işlenmeye devam etmektedir burada zincirleme suç değil, mütemadi suç vardır.

Bir veri bankasından farklı günlerde farklı kişilerin kişisel verilerinin hukuka aykırı ele geçirilmesi durumunda zincirleme suç söz konusu olmaz, zira burada suçun mağdurunu kişisel verinin ait olduğu kişi kabul ettiğimizden, zincirleme suçun objektif şartlarından biri olan suç mağdurunun aynı kişi olması gerçekleşemeyecektir.

Kişisel verilerin elde edilmesi ve yayılması çoğu kez farklı suç tiplerini de gündeme getirecektir. Kişisel verinin elektronik ortamda kayıtlı bulunması durumunda, elde edilmesi için bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesi gerekmektedir. Bu takdirde bir görüşe göre, bu suç ile 5237 sayılı TCK m. 243'de belirtilen "hukuka aykırı olarak bilişim sistemine girme veya sistemde kalma suçu" arasında asli-tali norm ilişkisi bulunmaktadır ve fail geçit suç niteliğindeki 5237 sayılı TCK m. 243'ten değil sadece 5237 sayılı TCK m. 136 veya 137'den ceza alacaktır⁶⁵. Ayrıca, kişisel verilerin başkasına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi için hukuka aykırı kaydedilmesi gerekeceğinden, 5237 sayılı TCK m. 135'in de bu açıdan geçit suç niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir⁶⁶. Diğer bir görüşe göre verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi durumunda ise hem 5237 sayılı TCK m. 135 hem de 136'dan ceza verilecektir⁶⁷. Üçüncü bir görüşe göre ise kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi kaydetme suretiyle gerçekleşir ise 5237 sayılı TCK m. 135 kapsamında değerlendirilecektir yani 5237 sayılı TCK m. 136'daki ele geçirme fiili kaydetme dışındaki ele geçirme hallerini kapsamaktadır⁶⁸.

Kanımızca ilk başta tespiti gereken husus geçit suç kavramıdır. Geçit suç, aynı hukuki değeri koruyan daha ağır suçu gerçekleştirebilmek için, onun ba-

⁶⁵ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 347, 348.

⁶⁶ Dülger, **a.g.e.**, s. 280; Taşkın, **a.g.e.**, s.109.; Soyaslan, **a.g.e.**, s. 348.

⁶⁷ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 346; Yokuş Sevük, **a.g.e.**, s. 810; Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 2090.

⁶⁸ Özbek vd., **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 536; Özen, **a.g.e.**, s. 21.

ğimsiz olarak cezalandırılan hazırlık hareketi niteliğinde olmayan hafif suçtur⁶⁹. Geçit suçtan bahsedebilmek için her iki suç arasında dar anlamda zorunluluk ilişkisi bulunmalıdır⁷⁰. Kişisel verinin elde edilmesi için her zaman bilişim sistemine hukuka aykırı girmek gerekmez⁷¹. Üstelik kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına veren kişi, bilişim sistemine girme hususunda yetkili olabilir. Bu nedenle 5237 sayılı TCK m. 136 ve 137 ile 243 arasında geçit suç ilişkisi yoktur. Fail, bilişim sistemine hukuka aykırı girerek kişisel verileri elde ederse farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre en ağır cezayı gerektiren suçtan cezalandırılacaktır (5237 sayılı TCK m. 44). Bir kimsenin arkadaşının bilgisayarı muhafaza ettiği kişisel verisine ilişkin dosyasına bu bilgisayara girilerek ulaşılmış ise, hem bilgisayar sahibine hem de veri sahibine karşı 5237 sayılı TCK m. 243⁷² ayrıca kişisel veri sahibine 5237 sayılı TCK m. 136 işlenmiş sayılır ve içtima hükümleri uygulanır.

5237 sayılı TCK m. 135 ile 136 ve 137 arasında da geçit suç ilişkisi kabul edilemez. Zira kişisel verinin elde edilmesi için kayıt her zaman gerekemeyebilir. Bilişim sistemi değil de kâğıt üzerine kayıtlı bir kişisel verinin ele geçirilmesi de 5237 sayılı TCK m. 136'daki suçu oluşturabilir. 5237 sayılı TCK m. 136 için elde edilen verinin kaydının hukuka uygun olup olmaması da önem arz etmez. Bu nedenle bu suçlar arasında görünüşte içtima kuralları uygulanmaz ve gerçek içtima söz konusu olur⁷³.

Bir bilişim sistemindeki kişisel verilerin başka bir yere gönderilmesi durumunda da 5237 sayılı TCK m. 136 ile 5237 sayılı TCK m. 244/2 arasında farklı neviden fikri içtima ilişkisi gündeme gelir⁷⁴.

Kişisel veri aynı zamanda kişinin özel hayatına ilişkin olduğu için kişisel verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, ele geçirilmesi ya da yayılması aynı zamanda özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu (5237 sayılı TCK m. 134) da oluşturacaktır. Bu konudaki bir görüşe göre ise, bu suçun oluşması için bilgilerin özel hayatın gizliliğinin ihlali dışında başka bir şekilde ele geçirilmesi gerekmektedir⁷⁵. Kanımızca burada 5237 sayılı TCK m. 134, 136 ve 137 suçları açısından genel hüküm niteliğinde olduğundan faile sadece 5237 sayılı TCK m.

⁶⁹ Kayıhan İçel, **Suçların İçtiması**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s. 229, 230.

⁷⁰ İçel, **a.g.e.**, s. 234.

⁷¹ Gündel, **a.g.e.**, s. 2904.

⁷² Caner Yenidünya, Olgun Değirmenci, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda: Bilişim Suçları**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003, s. 22.

⁷³ Yaşar, Gökcan, Artuç, **a.g.e.**, s. 4126; Malkoç, **a.g.e.**, s. 2201.

⁷⁴ Yenidünya, Değirmenci, **a.g.e.**, s. 32.

⁷⁵ Parlar, Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 2089.

136 veya 137 uygulanacaktır. Zira özel norm-genel norm ilişkisinde özel norm genel normun unsur ve özelliklerinin yanı sıra farklı özelliklere de sahiptir ve bu nedenle aslında sadece özel normun uygulanması söz konusudur⁷⁶. Kişisel veri, kişinin özel hayatının bir parçasıdır ve bu nedenle kişisel verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi, yayılması, ele geçirilmesi aynı zamanda özel hayatın gizliliğini de ihlal etmektedir ve bu nedenle 5237 sayılı TCK m. 134 gündeme gelir. Fakat 5237 sayılı TCK m. 136 özel hayatla ilgili olmasının yanı sıra kişisel verinin hukuka aykırı verilmesi, ele geçirilmesi ve yayılmasına ilişkin düzenleme içerdiğinden 5237 sayılı TCK m. 134'e göre özel norm kabul edilmelidir.

Kişisel veriler haberleşmenin gizliliğini ihlal suretiyle de elde edilebilir. Bu takdirde haberleşmenin içeriği kişisel veri niteliğinde ise 5237 sayılı TCK m. 132 ile 136 arasında özel-genel norm ilişkisi uyarınca özel norm niteliğindeki TCK m. 136 uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁷. Fakat 5237 sayılı TCK m. 132 ile 136 arasında özel-genel norm ilişkisi yoktur. Bu nedenle bu tür durumlarda tek bir fiille hem TCK m. 132'de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini suçu ihlal hem de 5237 sayılı TCK m. 136'da yer alan suç işlenmiş olacağı için farklı neviden fikri içtima kuralları gündeme gelecektir ve fail en ağır cezayı içeren suçtan dolayı cezalandırılacaktır (5237 sayılı TCK m. 44).

Kişisel verileri yetkili makamlardan hukuka aykırı elde etme durumunda 5237 sayılı TCK m. 334'de yer alan yasaklanan bilgileri temin; bu bilgilerin hukuka aykırı olarak açıklanması durumunda da 5237 sayılı TCK m. 336'daki yasaklanan bilgileri açıklama suçları gündeme gelir. Bu takdirde 5237 sayılı TCK m. 334 ve 336 ile 136 arasında fikri içtima hükümleri uygulanır⁷⁸.

Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle kişisel verinin başkasına verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi durumunda, hem 5237 sayılı TCK m. 137/1 hem de 5237 sayılı TCK m. 257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılacağı belirtilmektedir⁷⁹. Fakat 5237 sayılı TCK m. 257 tali norm niteliğindedir, bu maddenin uygulanabilmesi için söz konusu fiil başka bir suç teşkil etmemelidir. Bu nedenle 5237 sayılı TCK m. 137/1'in uygulanabildiği durumlarda faile ayrıca 5237 sayılı TCK m. 257'den ceza verilmemelidir.

⁷⁶ İçel, a.g.e., s. 183.

⁷⁷ Özen, a.g.e., s. 22.

⁷⁸ Özen, a.g.e., s. 22.

⁷⁹ Soyaslan, a.g.e., s. 347.

SONUÇ

Kanun koyucunun yeni suçlar ihdas etmesinde birçok faktör etkili olabilir. Özellikle toplumda ve teknolojiye meydana gelen gelişmeler bu faktörler arasında sayılabilir. Kişisel veri kavramı da bireyin özel ve mahrem hayatı kavramına verilen önemin artması ve özellikle bilişim sisteminde meydana gelen değişimler neticesinde gündeme gelen bir husus olmuştur.

Modern yaşamın her alanında kişisel verilerin kullanımı kaçınılmazdır. Bu veriler suçu önleme politikaları, sosyal güvenlik, bankacılık işlemleri, motorlu taşıt sürücü işlemleri ve bunlar gibi çeşitli alanlarda kullanılmaktadır. Bu derece geniş yelpazede kullanımı söz konusu olan kişisel verilerin korunması da bir o kadar önem arz eder.

Kişisel verilerin korunması ihtiyacı başta uluslararası alanda olmak üzere hukuk sistemlerini etkilemektedir. Bu kapsamda ülkeler ya Birleşik Krallık'ta⁸⁰ olduğu gibi ayrı bir kanun kapsamında kişisel verileri korumakta ya da ceza kanunlarına bu konuda düzenleme yapma yoluna gitmektedir. Türkiye'de 5237 sayılı TCK'nın "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığını taşıyan Dokuzuncu Bölümü'nün 135. maddesinde kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna; 136. maddesinde verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçuna yer verilmiştir. Ayrıca kanun koyucu bu konuda gerekli ilkeleri belirlemek, kişisel verilerin işlenmesini disipline etmek, daha etkin korunma sağlamak amacıyla kişisel veriler hakkında özel bir kanun olan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nu yapma kararı almış ve bu konuda çalışmalarını sürdürmektedir. Tüm bu gelişmeler nedeniyle çalışmamızda 5237 sayılı TCK m. 136'daki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçuna değinme ve bu kapsamda kişisel veri kavramına açıklık getirme amaçlanmıştır.

5237 sayılı TCK'ya bakıldığında kişisel veriye ilişkin açık bir tanıma rastlanmamakta, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun düzenlendiği m. 135'in gerekçesinden hareket edilerek kişisel veri tanımı yapıp, kapsamı belirlenebilmektedir. Fakat kişisel veri sınırları ve tüzel kişilerin bu kişisel veri sahibi kabul edilip edilemeyecekleri doktrinde hâlâ tartışmalıdır. Ayrıca gerçek kişilere ait resim, ses ve benzeri örnekler genelde 5237 sayılı TCK m. 136 değil, 5237 sayılı TCK m. 134'te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal çerçevesinde değerlendirilmektedir. Kanımızca Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kabul edilip, yürürlüğe girmesi kişisel verilerle ilgili belirsizliklerin giderilmesi açısından önemli bir çözüm aracı olacaktır.



⁸⁰ "Data Protection Act 1998".

KAYNAKÇA

Aksoy, Hüseyin Can: **Medeni Hukuk ve Özellikle Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 2010.

Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.

Başalp, Nilgün: **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.

Dülger, Murat Volkan: **Bilişim Suçları**, Ankara, Seçkin, 2004.

Gönen, Doruk: **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Gündel, Ahmet: **Yeni Türk Ceza Kanunu Açıklaması**, Ankara, Sözkese Matbaacılık, 2009.

Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem: "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", **Ankara Barosu Dergisi**, Y. 67, S. 4, 2009, s. 9-23.

Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

İçel, Kayıhan: **Suçların İctimai**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972.

İçel, Kayıhan/ Sokullu-Akıncı, Füsün / Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoğlu, Fatih S./ Ünver, Yener: **İçel Suç Teorisi**, İstanbul, 2000.

Karagülmez, Ali: **Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Kaya, Cemil: "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", **İÜHF**, C. LXIX, S. 1-2, s. 315-332.

Keith B. Anderson, Erik Durbin, and Michael A. Salinger: "Identity Theft", **Journal of Economic Perspectives**, Vol. 22, No. 2, Spring 2008, pp. 171-192.

Koca, Mahmut: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Küzeci, Elif: **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.

Mahmutoğlu, Fatih Selami: "Sır Saklama Yükümlülüğü Kapsamında Hastaya Ait Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Yayma Suçu", (Çevrimiçi)

<http://cezahukuku.istanbul.edu.tr/ders-gerecleri/tiphukuku/tiphukuku-makaleler.htm>, 27.03.2012.

Malkoç, İsmail: **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt II, Malkoç Kitabevi, 2013.

Önder, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1992.

Özbek Veli Özer/ Kanbur, Nihat/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/ Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

Özbek Veli Özer/ Kanbur, Nihat/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar/ Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012.

Özen, Mustafa: "Kişisel Verilerin Kaydedilmesi, Verilmesi veya Ele Geçirilmesi ve Yok Edilmemesi Suçları (TCK m. 136, 137, 138)", **Kamu Hukuku Arşivi**, Mart 2009, s. 13-28.

Özgenç, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.

Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer: **Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla Uygulamalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu: Maddelerin Açıklamaları Yeni TCK İle İlgili Yargıtay Ceza Genel Kurul Ve Özel Daire Kararları (76-150. Maddeler)**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2010.

Soyaslan, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2010.

Şimşek, Oğuz: **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2008.

Taşkın, Şaban Cankat: **Bilişim Suçları**, Bursa, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2008.

Warren, B. Chik: "Challenges to Criminal Law Making in the New Global Information Society: A Critical Comparative Study of the Adequacies of Computer-Related Criminal Legislation in The United States, The United Kingdom and Singapore, (Çevrimiçi) www.law.ed.ac.uk/ahrc/complaw/.../chik.d..., 27.03.2012.

Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa: **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu (madde 86-146)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.

Yenidünya, Caner/ Değirmenci, Olgun: **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda: Bilişim Suçları**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2003.

Yokuş, Handan Sevük: “Kişisel Verilerin Açıklanması”, **Türkiye Barolar Birliği, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008**, Ankara, 2008, s. 782-812.

Zafer, Hamide: **Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş., 2010.

(Çevrimiçi) http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/detailed_specialist_guides/personal_data_flowchart_v1_with_preface001.pdf, 27.03.2012.

(Çevrimiçi) http://www.ihop.org.tr/dosya/coe/EC_DIRECTIVE_95_46_Kisisel_Veriler.pdf, 27.03.2012.

(Çevrimiçi) <http://www.justice.gov/criminal/fraud/websites/idtheft.html>, 27.03.2012.

(Çevrimiçi) http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html#part2, 27.03.2012.

MARKA LİSANS SÖZLEŞMELERİ

Trademark License Agreements

Metin KIRATLI*

ÖZET

Lisans sözleşmelerinin, sözleşme konusu itibarıyla, bir çok özel kanunla bağlantı noktası bulunmaktadır.

Marka lisans sözleşmesi tüm unsurlarıyla kanunda düzenlenmiş bir sözleşme değildir. Ancak 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de marka lisans sözleşmesi ile ilgili bazı düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu çalışma esas itibarıyla Türk marka mevzuatı ve uygulama ile hukuk öğretisinin ışığı altında Marka Lisans Sözleşmelerini incelemektedir.

Marka lisans sözleşmesi, lisans sözleşmesi türlerinden biridir. Marka lisans sözleşmesi ile lisans alan, markanın kullanım hakkını elde etmektedir. Marka lisansının en önemli özelliği markanın mülkiyetinin lisans verende kalmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Marka, lisans, lisans hakkı, marka lisans sözleşmesi, marka lisans sözleşmesinin özellikleri

ABSTRACT

Licence agreements have the basis of their contractual item touchpoints with intellectual property laws on special.

Although the licence agreement terms are not fully regulated by legislation, there are a few articles regarding trademark licence agreements in the 556 numbered Statutory Decree of Protection of Trademarks.

This study analyses Trademark License Agreements in the light of Turkish legislation and practice including jurisprudential doctrine.

Trademark licence agreement is one of the various licence agreements. By contracting licence agreement, licensee shall have the usage rights of the trademark. Most importantly, the licensor retains the ownership of the trademark during the life of the contract.

Keywords: Trademark, license, right of license, trademark license agreement, properties of trademark license agreement



* Hakim, Cumhurbaşkanı Genel Sekreter Yardımcısı

I. LİSANS KAVRAMI VE LİSANS SÖZLEŞMESİ TANIMI

A. Genel Olarak

Günümüzde, marka sahibi, markasını, artık sadece kendi mal ve hizmet ürünleri için kullanmamaktadır. Marka sahipleri, markalarını başkalarına da kullandırarak, ekonomik yönden gelir sağlamayı ve markalarının tanınırlık düzeylerini arttırmayı amaçlamışlar ve bu durum neticesinde, markanın kullanım hakkının üçüncü kişilere tesis edilmesi sonucunda, marka lisansı sözleşmeleri ortaya çıkmıştır. Marka sahibi, lisans sözleşmeleriyle marka üzerindeki mutlak haklarını kaybetmemektedir. Lisans alana, sahip olduğu bu yetkilerinin az ya da çok bir kısmını bahşetmektedir. İşte taraflar arasında akdedilen marka lisans sözleşmesiyle, taraflar arasındaki hukuki ilişki ve bu hukuki ilişkinin üçüncü kişilere etkisi incelenmesi gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmamızda, doktrinde yer alan tartışmalara yer verilmek suretiyle, genel hatlarıyla marka lisans sözleşmeleri ve söz konusu sözleşme türleri, bu yöndeki uygulamalarda dikkate alınarak açıklanacaktır.

B. Lisans Kavramı

Lisans, sözcük anlamı ile, latince “*licet*” kelimesinden gelmekte olup, izin verilmiş anlamına gelmekte; bu kelime ile bağlantılı olarak latince “*licentia*” kelimesi, “özgürlük, serbesti” ve “izin verilmiş” anlamına gelmektedir¹. Şu halde lisans, yapılması yasak olan şeyleri yapmaya ilişkin verilmiş izin anlamına gelmektedir. Lisans kısaca, başkasına ait gayri maddi malın kullanma yetkisidir.

C. Lisans Sözleşmesi

Marka lisans sözleşmesi tüm unsurlarıyla kanunda düzenlenmiş bir sözleşme değildir. Ancak 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de marka lisans sözleşmesi ile ilgili bazı düzenlemelere yer verilmiştir.

Lisans sözleşmesi, umumi olarak, marka, patent, endüstriyel tasarım ve faydalı model gibi fikri ve sınai bir hakkın sahibinin sahip olduğu koruma hakkından yararlanma yetkisinin kısmen veya tamamen üçüncü kişiye ücret muhabetinde devri şeklinde tanımlanabilir.

¹ **ARBEK**, Ö.: Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 52; **ÖZEL**, Ç.: Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2002, s.42; **BOSO**, B.: Sınai haklara ilişkin Lisans Sözleşmeleri ve Yabancı Unsurlu Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2006, S.8, s. 854.

Lisans alanın ve verenin borçlarından yola çıkılarak yapılan bir tanıma göre ise, “Lisans sözleşmesinde, lisans veren, kendisine ait herhangi bir gayri maddi malından-veya işlevsel açıdan gayri maddi mallara yaklaşan fiili bir tekel durumundan-lisans alanı yararlandırma borcu altına girerken, lisans alan da bunun karşılığında –kural olarak- bir lisans bedeli (ücret) ödemeyi taahhüt eder².

Türk hukuku doktrinde yapılan bir başka benzer tanıma göre, lisans sözleşmesi³, “*lisans verenin, lisans alana gayri maddi bir malın ve gayri maddi bir malın işlevini ortaya çıkaracak kendiliğinden kurulan inhisarilik durumunun kullanımına izin vermesi borcunu yükümlendiği ve kural olarak lisans alanın da bunun için bir bedel ödemesi borcunu yükümlendiği sözleşme*” şeklinde tarif edilmektedir⁴.

Görüldüğü üzere, lisans sözleşmesinin ana özelliği, lisans verenin lisans alana sahip olduğu cismani varlığı olmayan fikri bir malın kullanılmasını kararlaştırılan kapsamda sağlamayı ve gerekli olduğunda gayri maddi malından bizzat vazgeçmeksizin ilgili hakları tanımayı taahhüt etmesidir⁵.

II- LİSANS HAKKININ VE LİSANS SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Lisans Hakkının Hukuki Niteliği

Lisans sözleşmesinin hukuki niteliğini incelemeden önce, lisans hakkının hukuki niteliğinin incelenmesi gerekmektedir. Lisans alanın, üçüncü kişilerle ve lisans verenle aralarındaki hukuki ilişkilerinin tayin edilmesi açısından da lisans hakkının hukuki niteliğinin saptanması önem teşkil etmektedir.

Marka lisans hakkı, marka lisans sözleşmesinin yapılması ile lisans alanın sahip olduğu markayı kullanma hakkıdır. Bu hakkın mutlak, aynı ve nispi hak ayrımında hangi kategori içerisinde yer aldığı hususu doktrinde tartışmalıdır⁶. Bu konuda aynı hak görüşü, mutlak hak görüşü ve nispi hak görüşü olmak üzere, üç görüş ileri sürülmüştür.

² Pedrazzini'nin bu tanımı için bkz. **KERİMOĞLU, H. B.**: Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Kamu- İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Y.2003, C.7, S.2, s. 5.

³ **ARBEK**, s. 65; **BAŞARAN, S.**: Marka Lisans Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2012, C.8, S.29, s.76.

⁴ **KERİMOĞLU**, Kamu- İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Y.2003, C.7, S.2, s. 5.

⁵ **HASSELBLATT, G.N.**: Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, München 2012, § 49 Nr. 1.

⁶ **BAŞLAR**, Marka Lisans Hakkının ve Marka Lisansı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Terazi Hukuk Dergisi, Y.3, S.20, Nisan 2008, s. 81-94.

aa- Aynı Hak Görüşü

Aynı haklar, kişilere eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilir haklardır⁷. Şu halde, bir aynı hakkın var olabilmesi için üç unsur bulunmalıdır. Bunlar; üzerinde somutlaşacağı bir eşya olmalı, sahibine doğrudan doğruya hakimiyet sağlamalı ve herkese karşı ileri sürülebilir olmalıdır⁸.

Eşya üzerinde kurulabilmesi, eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet içermesinin aynı hakkın unsurları arasında yer aldığı ve eşyanın da, şahısların üzerinde hakimiyet sağlayabilecekleri iktisadi bir değer taşıyan kişilik dışı maddi varlık olduğu dikkate alındığında lisans hakkının aynı hak niteliği hususunda şüphe hâsıl olur. Zira, lisans konusu olan hak eşya üzerinde olmadığından ve kanunda istisnalar arasında sayılmadığından lisans hakkı aynı hak olarak nitelendirilemez⁹. Gerçekten de Marka maddi bir mevcudiyeti olmayan, üzerine konulduğu ve böylelikle somutlaştığı maldan ayrı bir ekonomik değere sahip olan, gayri maddi bir malvarlığı unsuru olan mutlak bir haktır. Markanın üzerinde fiili hâkimiyet kurulacak maddi bir varlığı olmadığından eşya olarak nitelendirilemeyecektir. Şu halde, marka, maddi varlığı olmayan ve eşya olarak nitelendirilemeyen bir fikri mülkiyet hakkı olduğundan, markanın kullanılmasına ilişkin olan lisans hakkının da aynı hak olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir¹⁰.

bb- Mutlak Hak Görüşü

Mutlak hak, hak sahibi olmayan üçüncü kişilerin hakkı ihlalden kaçınmalarını sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilir haklardır¹¹.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, lisans hakkı mutlak hak niteliğindedir. Söz konusu görüş, 556 sayılı KHK'nin tescile ilişkin 21. maddesinin 9. fıkrası hükmünden yola çıkarak lisansın tescilden sonra iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinden ve inhisari lisans sahibinin lisans hakkına tecavüz halinde doğrudan doğruya dava açma hakkına sahip olmasını gerekçe olarak göstermektedir¹².

Marka, lisans hakkının sahibine mutlak nitelikte bir hak bahşedeceği görü-

⁷ OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö./OKTAY ÖZDEMİR, S.: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s.2.

⁸ ERTAŞ, Ş.: Yeni Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, Ankara 2006, s. 51-52.

⁹ OKTAY ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s.23

¹⁰ ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2014*, C.II, s.192.

¹¹ ARKAN, C.2, s.175.

¹² ARKAN, C.2, s.175; BAŞLAR, s. 86

şünü savunan yazarların dayandığı ilk gerekçe, marka hakkına tecavüz halinde lisans alanın dava açabilme hakkıdır.

İnhisari lisans alan, aksi sözleşmede öngörülmuş olmadıkça, 556 sayılı KHK'de öngörülen davaları kendi adına açma hakkına sahiptir. İnhisari olmayan lisans sözleşmesinde ise, esas olarak lisans alanın dava açma hakkı bulunmamakla birlikte, belli koşulların gerçekleşmesi halinde lisans alana kendi adına dava açma hakkı verilmiştir.

Ancak, inhisari lisans alana dava açma hakkının ancak lisans sözleşmesi ile aksi kararlaştırılmadığı hallerde tanınması ve inhisari olmayan lisans sözleşmelerinde dava açma hakkının belirli koşulların gerçekleşmesine bağlanmasının, mutlak hakların niteliğine aykırı düştüğü haklı olarak ileri sürülmektedir¹³. Gerçekten de, markaya tecavüz dolayısıyla doğrudan doğruya kendiliğinden dava açma hakkı olmayan basit lisans sahibi 556 s. KHK m. 21/VI uyarınca noter vasıtasıyla yapacağı bir bildirimle gereken davayı açmasını marka sahibinden isteyebilecektir. Marka sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim alınacağı tarihten itibaren üç ay içinde, gerekli davanın açılmaması halinde, lisans alan yaptığı bildirimde ekleyerek, kendi adına dava açabilecektir. İnhisari lisans alanın da dava açma hakkının sözleşme ile aksinin kararlaştırılabilir olması da, lisans alanın dava açma hakkının diğer tarafın rızasına bağlandığı anlamına gelmektedir¹⁴. Marka hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmesinin diğer tarafın rızasına bırakılmış olması mutlak hakların niteliği gereği herkese karşı ileri sürülebilmesi ile kabil-i telif değildir. Bütün bu değerlendirmeler ve hukuki olgular, lisans alanın dava açma hakkının, lisans hakkının niteliğinden doğmayıp 556 s. KHK ile özel olarak düzenlenmesinden ileri geldiği sonucunu haklı kılmaktadır¹⁵.

cc- Nispi Hak Görüşü

Bizim de katıldığımız, doktrinde hâkim olan görüşe göre, eşya hukuku kurallarına göre aynı haklar için geçerli olan aleniyet ilkesi, sınırlı sayı ilkesi, tipe bağlılık ilkeleri ışığında lisans sahibine aynı bir hak vermemekte olup, lisans alan lisans sözleşmesi ile şahsi mahiyette bir kullanma hakkı elde etmekte olduğundan, lisans hakkı, şahsi hak niteliğindedir¹⁶.

¹³ ÇAMLİBEL TAYLAN, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001s.209.

¹⁴ **OKTAY ÖZDEMİR**, "Lisans Sözleşmeleri", s.26; **OKTAY ÖZDEMİR**, "Lisansın Hukuki Niteliği" s. 594.

¹⁵ **OKTAY ÖZDEMİR**, "Lisansın Hukuki Niteliği" s. 594.

¹⁶ **GÜRZUMAR**, s. 591, **ONGAN**, s. 45; **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 25 vd.; **OKTAY ÖZDEMİR**, Lisansın Hukuki Niteliği, s. 591; **SARGIN**, s. 157 vd.; **BOSO**, Burcu, "Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleş-

Lisans veren ve lisans alan arasında yapılan marka lisans sözleşmesi ile, lisans verenin markanın kullanımını sağlama ve karşılığında lisans alanın da bedel ödeme borcu gibi asli edim yükümlülüklerinin taahhüt edildiği sözleşme ile nispi bir hak yaratılmaktadır. Bu hakkın niteliği gereği lisans alan lisans verenden lisans hakkını kullanmasına izin vermesini; lisans verenden de lisans alandan kararlaştırılan bedelin ödenmesini talep hakkına sahip olacaktır. Bununla beraber lisans alan ve lisans veren bu haklarını yalnızca sözleşmenin diğer tarafına karşı (lisans veren veya lisans alana) ileri sürebilecektir. İsviçre Federal Mahkemesi de, marka lisansında, lisans alanın kullanma hakkını, sadece lisans veren karşısında kullanabileceğini, yani nisbi etkiler doğuracağını kabul etmektedir¹⁷. Belirtelim ki, lisans hakkının sicile tescilden sonra iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi ve üçüncü kişilerin ihlali halinde lisans alan tarafından dava açılabilmesinden hareketle lisansın marka siciline kaydı ile kuvvetlendirilmiş bir şahsi hak doğurduğu söylenebilir¹⁸.

B- Marka Lisans Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Öğretide borç ilişkilerini düzenleyen sözleşmeler kanun tarafından düzenlenen sözleşmeler (isimli sözleşmeler) ve kanun tarafından düzenlenmeyen sözleşmeler (isimsiz sözleşmeler) şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bir sözleşmenin unsurları, tarafların edimleri ve bunların yerine getirilmemesi ile ilgili hükümler kanunda belirlenmişse isimli sözleşme; tarafların yaptıkları sözleşmenin unsurları kanun tarafından düzenlenmemişse isimsiz sözleşmeden söz edilir.

Marka lisans sözleşmelerinin tipleri açısından hangi kategoriye girdiği konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Hakim görüş, lisans sözleşmelerinin isimsiz bir sözleşme olduğu yönündedir¹⁹.

Türk hukukunda lisans sözleşmeleri yasal bir tanımla belirlenmemiş ve bir bütün olarak kanunlarda düzenlenmemiş olduğundan isimsiz sözleşmeler olarak kabul edilmiştir. Ancak, *Arkan*, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK ve ilgili yönetmelikte marka lisans sözleşmesinin esaslı noktalarında ayrıntılı açıklamalarda bulunulduğunu ifade ederek marka lisans sözleşmesinin atipik bir sözleşme olmadığını ileri sürmektedir²⁰.

meleri ve Yabancı Unsurlu Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, Sayı 8, İstanbul 2006, s. 858.

¹⁷ BGE, 92 II, s. 280; BGE, 105 II, s. 55.

¹⁸ **MURATOĞULLARI**, *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 2013, C.9, S.33, s.60; **BAŞLAR**, *Terazi Hukuk Dergisi*, Nisan 2008, Y.3, S.20, s. 90.

¹⁹ **OKTAY**, *iÜHF M C. LV(1996)*, s. 274; **ORTAN**, s. 22.

²⁰ **ARKAN**, C.2, s. 191.

Bu görüşe karşı, ismi kanunda yer alsa bile, bir bütün olarak düzenlenmeyen ve hükümleri kanunda yer almayan marka lisans sözleşmesinin 556 sayılı KHK'de isimli sözleşme olarak değerlendirilmesi için yeterli olmadığı şeklinde eleştiri getirilmektedir²¹.

Doktrinde isimsiz sözleşmeler, içerdikleri esaslı unsurların, özellikle asli edimlerin isimli sözleşmelere ait olup olmadıklarına göre, karma sözleşmeler ve kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²².

Kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş olan herhangi bir isimli sözleşmeye ait esaslı unsurlarını içermeyen, bütünüyle kendine özgü unsurlardan oluşan sözleşmelerdir. Kendine özgü sözleşmelerde yasal sözleşme tiplerinde yer almayan tarafların öngördükleri unsur ve edimler basit bir toplanma, yığılma, şeklinde değil; özel bir bütünlük ve sentez meydana getirecek şekilde birleşirler²³. Doktrindeki hakim görüş, kanunda yer alan isimli sözleşmelerin esaslı unsurları marka lisans sözleşmelerinde yer almadığından; marka lisans sözleşmelerin kendine özgü sözleşmeler olarak nitelendirmiştir²⁴. İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüşü paylaşmaktadır²⁵.

İsimsiz sözleşmelerin bir kısmı kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş olmakla birlikte, günlük hayatta neredeyse isimli sözleşmeler kadar sıklıkla yapılmakta; bunlar iş hayatında kabul edilmiş, yoğun bir uygulama alanı bulmuş, tipik hale gelmiş sözleşmelerdir. Bazı isimsiz sözleşmeler ise, iş hayatında pek nadir olarak karşılaşılan, belki de, ilk defa yapılan sıra dışı, atipik sözleşmelerdir²⁶. Bu açıdan, marka lisans sözleşmesi "tipikleşmiş isimsiz sözleşme"dir²⁷.

Marka lisans sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tayini açısından önem taşımaktadır. Lisans sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu dikkate alındığında, sözleşmeye uygulanacak kuralın belirlenmesinde şu şekilde hareket edilir. Taraflar, kendi iradeleriyle özgün kurallar koymuşlarsa, ilk önce bu kurallar uygulanır. Taraflar, özgün kural koymamışlarsa, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygun ve el-

²¹ **OKTAY**, İÜHF M. C. LV(1996), s. 264; **MURATOĞULLARI**, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 2013, C.9, S.33, s. 57.

²² **EREN, F.**: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara 2014, sh. 22-23.

²³ **EREN**, Özel Hükümler, s. 33-34.

²⁴ **ONGAN**, s.39; **ÖZEL**, s.113; **BAŞLAR**, s. 92; **ÜNAL**, s.158.

²⁵ BGE, 133 II, s. 364; BGE, 96 II s. 154.

²⁶ **EREN**, Özel Hükümler, s. 19.

²⁷ **STEİGER, W.**. zur Beendigung des Lizenzvertrages nach schweizerischem Recht, sic' 1999, s.

verişli oldukları oranda uygulanmalıdır. Hakim ayrıca, örf ve âdet hukukunda uygulanacak bir hüküm varsa onu da bu sözleşmelere uygular. Örf ve âdet hukukunda, bir hüküm bulamazsa, iş hayatında yoğun bir şekilde yapılmış olduklarından tipikleşmiş sui generis marka lisans sözleşmelerine kendisi kanun koyucu olsaydı, nasıl bir kural koyacak idiyse öyle kural koyar ve bunu uygular²⁸.

Bu vesile ile belirtelim ki, Gürzumar'a göre bu sözleşmelere iyiniyet kural-ları ve işlerde yaygın teamüller yanında hakimın hukuk yaratması ve kıyas yön-temi uygulanacak olup bu yaklaşım tarzının karma sözleşmeler için de geçerli olduğunun kabul edilmesi halinde kendine özgü sözleşmelerle karma sözleş-meler arasındaki ayırım suni bir ayırımdan öteye geçemeyecektir²⁹.

III- MARKA LİSANS SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

Marka lisans sözleşmeleri, çeşitli ayrıma tabi tutulmaktadır. Şüphesiz, li-sans türleri arasında en temel ayırım basit lisans ve inhisari lisansta kendini göstermektedir.

Marka lisans sözleşmeleri, lisanstan doğan hakkın içeriğine göre marka li-sans sözleşmeleri, lisans alan kişinin niteliğine göre marka lisans sözleşmeleri, kaynağına göre marka lisans sözleşmeleri, kullanım sahasına göre marka lisans sözleşmeleri, gibi bir çok sınıflandırmaya tabi tutulabilir. Aşağıda bu ayrımlar üzerinde durulacaktır.

A- Lisanstan Doğan Hakkın İçeriğine Göre Marka Lisans Sözleşmeleri

Marka lisans sözleşmeleri, sözleşmeden doğan hakkın içeriğine göre inhi-sari lisans ve inhisari olmayan lisans (basit lisans) olmak üzere ikiye ayrılmak-tadır. Nitekim, 556 s. KHK m. 21/1'de de bu ayırımdan hareket edilmiştir: "Li-sans, inhisari lisans veya inhisari olmayan lisans şeklinde verilebilir".

aa- İnhisari Marka Lisans Sözleşmesi

556 sayılı KHK'nin "Lisans şartları" başlıklı 21. Maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, "inhisari lisans söz konusu olduğu zaman, lisans veren başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça, kendisi de markayı kullanamaz". Şu halde, inhisari lisans söz konusu olduğu zaman, lisans veren başkasına li-sans veremeyecek ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça, kendisi de markayı kul-lanamayacaktır.

²⁸ *EREN*, Özel Hükümler, s. 35.

²⁹ *GÜRZUMAR*, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995. s. 20 dpn. 126.

556 sayılı KHK'nın md. 21/II uyarınca, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, lisans, inhisari lisans olarak kabul edilemez. Buna göre, marka lisansı sözleşmesinin inhisari lisans sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için lisansın inhisari nitelikte olduğunun sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekir. Aksi halde lisans sözleşmesi basit lisans sözleşmesi olarak kabul edilecektir.

Ancak, taraflar yapılan sözleşmeyi inhisari lisans sözleşmesi olarak isimlendirmesine rağmen, lisans sözleşmesinde lisans verenin başka kişilere de lisans verebileceğinin öngörülmüş olması halinde, basit bir lisans sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmelidir. Bu halde, sözleşmenin hükümlerine göre lisans veren sözleşmede belirlenen kimseye lisans verebilecek, ancak diğer kimselere lisans vermesi halinde sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulabilecektir³⁰.

556 sayılı KHK md.21/V'e göre, inhisari lisans alan, markanın koruma süresi içinde, markanın kullanımına ilişkin her türlü tasarrufta bulunabilecektir.

Bir diğer nokta ise, 556 sayılı KHK md. 21/IV' de düzenlendiği üzere, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa lisans sahipleri, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemeyecek veya alt lisans veremeyecektir. Kaldı ki, lisans alanın bu hakkını başkasına tanınması diğer bir deyişle alt lisans vermesi inhisari lisansın niteliği ile bağdaşmayacaktır.

Inhisari lisans belirli bir bölge için verilebilir³¹. Bu durumda lisans alan sadece o bölgede lisans hakkına sahip olacaktır. Bunun bir sonucu olarak lisans veren başka bir bölgede bir üçüncü kişiye lisans hakkı tanıyabilecektir ve bu durum inhisari lisans sözleşmesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak, Lisans belirli bir bölge için verilmek isteniyorsa bu hususa sözleşmede açıkça yer verilmesi gerekmektedir³². Sözleşmede belirli bir bölge yer almamışsa ya da sözleşmeden belirli bir bölge için verildiği anlaşılamiyorsa lisansın tüm Türkiye için verildiği kabul edilecektir³².

Lisans sözleşmesi kısmi lisans şeklinde de kurulabileceği için belirli bir bölgede markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerin sadece belirli bir kısmı için lisans sözleşmesi akdedilebilecektir. ³³. Böyle bir durumda lisansın verildiği bölge ya da mal veya hizmetler dışındaki bölge ya da mal veya hizmetler için diğer kişilere de inhisari veya inhisari olmayan lisans hakkı tanınabilmektedir³⁴.

³⁰ **ONGAN**, s. 54.

³¹ **LANGE**, Marken- und Kenzeichenrecht, München 2012, § 4 Nr. 2090.

³² **ARKAN**, C.2, s. 194.

³³ **BAŞLAR**, Terazi Hukuk Dergisi, Y.7, S.68, Nisan 2012, s. 41.

³⁴ **ÜNAL**, Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tüketilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2, S.10, Haziran 2007, s. 165

556 sayılı KHK md.21/VI'ya göre aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından marka sahibinin markadan doğan haklarına, tecavüz edilmesi durumunda, marka sahibinin 556 s. KHK uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir. İnhisari lisans alanın doğrudan doğruya dava açma hakkının varlığı marka sahibinin dava açma hakkını ortadan kaldırmaz. Marka sahibi mutlak hakkına dayanarak her zaman dava açabilecektir.

bb- İnhisari Olmayan (Basit) Marka Lisans Sözleşmesi

İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren markayı kendi kullanabileceği gibi, üçüncü kişilere aynı markaya ilişkin başka lisanslar da verebilecektir (556 S. KHK m. 21/II, c.2). Bu hüküm, basit lisans sözleşmelerinin tam bir borçlar hukuku etkisi doğurduğunu göstermektedir³⁵. İşte bu yüzden ki, marka tecavüzüne karşı dava açma hakkı bazı şartlara tabi tutulmuştur (556 S. KHK m. 21/VII)³⁶.

556 sayılı KHK'nın md. 21/II uyarınca, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, lisans inhisari lisans değildir. Şu halde, 556 s. KHK uyarınca,, taraflarca aksine bir düzenleme yapılmadığı durumlarda lisansın karine olarak inhisari olmayan lisans olduğu kabul edilmesi gerekecektir.

556 sayılı KHK md.21/IV'de vurgulandığı üzere, inhisari lisansta olduğu üzere basit lisans sahibi de aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemeyecek veya alt lisans veremeyecektir.

Markanın basit lisans yoluyla birden fazla kişi tarafından kullanılması, aynı markayı taşımasına rağmen farklı kalitede malların üretilerek piyasaya sunulması sonucunu doğuracağından basit lisans alan 556 sayılı KHK'nin 21. maddesinin 7. Fıkrasında marka sahibinin talimatlarıyla uygunluk içinde, lisans alan tarafından üretilen malın veya sunulan hizmetlerin kalitesini garanti edecek önlemleri alacağı hükmüne yer verilmiştir³⁷. Lisans alanın da sözleşme ile be-

³⁵ **LANGE**, § 4 Nr. 2091.

³⁶ Yarg. 11. HD., 1.2.2002 tarih ve E. 2002/553-K. K. 2002/753: "556 sayılı KHK'nin 21. maddesi sadece inhisari lisansa sahip olanların marka sahibinin markadan doğan haklarına tecavüz edilmesi halinde bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca marka sahibinin açacağı davaları kendi adına açabileceği, basit veya adi lisans diye de anılan inhisari olmayan lisans sahiplerinin kural olarak böyle bir hakka sahip olmadığı, ancak basit lisans sahiplerinin de marka sahibine noter kanalıyla yapacağı bir bildirimden sonra marka sahibinin 3 ay içerisinde dava açmaması halinde bu bildirimde ekleyerek kendi adına dava açabileceğini ve lisans sözleşmelerinde, bu Kanun Hükmünde Kararnameye aykırı hükümlerin bulunamayacağı ve bulunduğu takdirde geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır" (www.kazanci.com).

³⁷ **ARKAN**, C.II, s.195; **OKTAY ÖZDEMİR**, s. 145; **ÜNAL**, s.167.

lirlenen bu yükümlülükler uyma zorunluluğu bulunmakta olup, bu yükümlülükler uylmaması durumunda, 556 sayılı KHK md. 21/IX uyarınca, tescilli bir markadan doğan haklar, lisans alana karşı dava yoluyla ileri sürülebilecektir³⁸.

B- Lisans Alan Kişinin Niteliğine Göre Marka Lisans Sözleşmeleri

Marka lisans sözleşmesi, lisans alanın kişinin niteliğine göre, kişisel lisans ve işletme lisansı sözleşmesi olmak üzere ikili bir tasnife tâbi tutulmaktadır

aa- Kişisel Lisans Sözleşmesi

Kişisel lisans, lisans alanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan bir lisans türüdür. İşletmede gerçekleşen bir değişiklik lisansı etkilemez, yani işletme devredilmiş olsa bile lisans alan lisans sahibi olarak kalır.³⁹ Keza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir lisans türü olduğundan sözleşme ile veya miras yoluyla üçüncü bir kişiye intikali de mümkün değildir⁴⁰.

bb- İşletmeye Bağlı Marka Lisansı Sözleşmesi

İşletme lisansı, lisans alanın kişiliğinin önemli olmadığı ve belli bir işletmede üretilen mal veya hizmet için verilen bir lisans türüdür. Lisans alan kişinin kişiliği önemli olmadığından lisans alanın ölmesi ya da işletmeden ayrılması durumunda da sözleşme devam edecektir⁴¹.

C- Tarafların İradesi Açısından Marka Lisans Sözleşmeleri

Tarafların iradeleri açısından patent lisansı sözleşmeleri, sözleşmeden doğan lisans (isteğe bağlı)-zorunlu lisans olarak ikiye ayrılır.

aa- Sözleşmesel Lisans (İsteğe Bağlı Marka Lisans Sözleşmeleri)

Lisans veren, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, üzerinde inhisari nitelikte hakka sahip olduğu markanın kullanımını, o markadan yararlanmak isteyen kişilere kullanılması için vermede serbestiye sahiptir. Sözleşmesel lisans (isteğe bağlı), marka, patent sahibinin inhisari olan marka üzerindeki hakkının kullanılmasına sözleşme ile izin verdiği lisans çeşididir⁴².

³⁸ ÜNAL, s. 167.

³⁹ ÖZEL, s. 51.

⁴⁰ ORTAN, s. 143.

⁴¹ BAŞLAR, Terazî Hukuk Dergisi, Y.7, S.68, Nisan 2012, s. 45.

⁴² OKTAY ÖZDEMİR, s.15. İngiliz Hukukunda Sözleşmesel Lisans bir izin ya da muafiyet olarak kabul edilmekte olup bazen 1889 tarihli Cotton L.J. in Heap v. Hartley kararında tanımlandığı üzere "patent sebebiyle dava edilmeme hakkı" olarak tanımlanır (bkz. ONGAN, s. 57).

bb- Zorunlu Marka Lisans Sözleşmesi

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin istisnalarından birisi de *zorunlu lisans* olup, lisans alanın kanundan kaynaklanan yetki ile karşı tarafı lisans sözleşmesi yapmaya zorlama imkânına sahip kılan lisans olarak tanımlanmaktadır⁴³.

TRIPS m. 8/2'de hak sahiplerinin fikri mülkiyet haklarını kötüye kullanmasını önlemek veya ticareti makul olmayan biçimde sınırlandıran veya uluslararası teknoloji transferini olumsuz yönde etkileyen uygulamalara başvurulmasını önlemek için uygun önlemler alınmasının mümkün olduğu yönde bir ilke kararı benimsenmiştir. TRIPS m. 31/b'de belli koşullarda ve belli bir prosedüre uyularak zorunlu lisansa karar vermede üye ülkelerin yetkili olduğu belirtilmiştir. TRIPS m. 31/k'da ise rekabete aykırı durumların ortadan kaldırılması amacı söz konusu ise aynı maddenin (b) bendindeki koşulları ve prosedürü yerine getirmeden ve (f) bendindeki "yurt içi pazarına arz" ile bağlı kalmaksızın zorunlu lisansın kabul edileceği açıkça öngörülmüştür⁴⁴.

Türk Hukukunda zorunlu lisans, 556 sayılı KHK'da değil; 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'de (m. 99 vd.) ve 15.01.2004 tarih ve 5042 sayılı Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun'da (m. 19 vd) düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden sonra da, zorunlu lisans hükme bağlanmıştır.

Yargıtay 17 Şubat 1998 tarihli kararına konu olayda, davacı Türk şirketi, 1983 yılında davalı Avusturyalı şirket adına plastik tespit elemanı için alman patentin Türkiye'de kullanılmadığını ve kendine de imalat için lisans vermemesinden dolayı zorunlu lisans talebiyle mahkemeye başvurmuştur. Davalının 3 yıl içinde buluşu ile ilgili Türkiye'de üretim yapmaması ve davacıya lisans vermeye yanaşmaması ve ilgili malın imal edilememesi nedeniyle sürekli ithalât ve döviz kaybı olması durumunda zorunlu lisans koşullarının oluştuğu görüşü kabul edilerek davacının talepleri ilk derece mahkemesi ve Yargıtay tarafından kabul edilmiştir⁴⁵.

556 sayılı KHK'de ise zorunlu lisansa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

⁴³ **OKTAY ÖZDEMİR**, s.16.

⁴⁴ **PINAR, H.:** Uluslararası Rekabette Fikri Hakların Önemi ve Türkiye, İstanbul Ticaret Odası yayınları, yayın No: 22, İstanbul 2004, sh. 21.

⁴⁵ Bkz. **PINAR**, s. 21.

D- Kullanım Sahasına Göre Marka Lisans Sözleşmeleri

Kullanım sahalarına göre marka lisans sözleşmeleri sınıflandırıldığında üretim ve satış lisansı ile kullanma lisansı karşımıza çıkmaktadır.

aa- Kullanma Lisansı

Bu tür lisansın düzenlendiği durumlarda lisans alan kullanma lisansı ile lisans konusunu kullanacak; ancak satış ya da üretim yapamayacaktır⁴⁶. Lisans alana sadece lisans alanın sunduğu hizmetleri ayırt etmek için kullandığı lisans konusu markadan yararlanma hakkı verilmektedir⁴⁷.

bb- Üretim Lisansı

Bu tür lisanslarda lisans alana sadece lisans konusu malı üretim hakkı tanınmıştır. Buna karşılık, ürettiği ürünleri kullanma veya satışa sunma hakkı tanınmamıştır⁴⁸. Bu durum, aynı zamanda hizmet markaları söz konusu olduğunda lisans alanın bir malı, hizmetin parçası olarak tüketiciye sunduğu durumlar açısından da geçerlidir⁴⁹. Lisans veren ise, lisans alan tarafından üretilen malları kendisi veya kendisinin belirleyeceği üçüncü bir kişi vasıtasıyla satın almak zorundadır⁵⁰.

cc- Satış Lisansı

Lisans alanın malları doğrudan doğruya lisans verenin veya üretimi yapan üçüncü kişinin stokundan alarak lisans verenin markası altında piyasaya sürmesi satış lisansı olarak adlandırılır. Başka bir anlatımla, satış lisansında lisans alana, lisans veren veya onun belirlediği üçüncü bir kişi tarafından sağlanan mallar üzerine lisans verene ait markayı koyarak piyasaya sürme veya bu amaçla elinde bulundurma hakkı verilmektedir⁵¹; buna karşılık üretim yetkisi verilmemektedir.

Satış lisansı dış alım ya da dış satıma ilişkin olabilir. Bu takdirde dış alım (ithal) ya da dış satım (ihraç) şeklinde lisansın özel türleri karşımıza çıkacaktır⁵².

Lisans alanın, marka sahibinden veya marka sahibinin belirlediği üçüncü kişiden alınıp kendi mülkiyetine geçirmesi ve sonra piyasaya mülkiyet hakkına

⁴⁶ **GÜRZUMAR**, s. 94.

⁴⁷ **GÜRZUMAR**, s. 94.

⁴⁸ **ONGAN**, s. 56.

⁴⁹ **ÖZEL**, Marka Lisans Sözleşmesi, Ankara 2002, s. 48.

⁵⁰ **ORTAN**, s. 135.

⁵¹ **ARKAN**, C.2, s.194; **BAŞLAR**, Terazi Hukuk Dergisi, Y.7, S.68, Nisan 2012, s. 43.

⁵² **ÖZEL**, s. 48.

dayanarak sürmesi halinde lisans sözleşmesinin varlığından söz edilmeyecektir⁵³. Zira, markalı malların piyasaya sürülmesi ile 556 S. KHK md.13/1 gereği marka hakkı tüketilmiş olacaktır⁵⁴.

E- Süre ve Yöre ile Sınırlı Oluşuna Göre Marka Lisans Sözleşmeleri

Belirli bir yöre ve belirli bir süre ile sınırlı olarak marka lisans sözleşmelerinin yapılması mümkündür.

aa- Yöre ile Sınırlı Marka Lisans Sözleşmesi

Lisans veren tarafından, lisans, belirli bir bölge ile sınırlı olarak verilebilir. Belirli bir bölge ile sınırlı marka lisans sözleşmelerinde lisans alan lisans konusu markayı ancak lisans sözleşmesinde belirtilen coğrafi alan içinde kullanabilecektir. Sınırlandırılan yörenin veya bölgenin dışında lisans alan tarafından lisansın kullanılması halinde ise lisans veren marka üzerindeki mutlak hakkını lisans alana karşı ileri sürebilecektir. Sözleşmede lisansın belirli bir bölge için verildiğine ilişkin bir kayıt yer almıyorsa veya sözleşmeden bu hususa ilişkin bir bilgi anlaşılıyorsa, lisansın tüm ülke için verildiği kabul edilecektir⁵⁵.

bb- Süre ile Sınırlı Marka Lisans Sözleşmesi

Tarafların marka lisans sözleşmesine koyacakları bir hüküm ile sözleşmeyi belirli bir süre ile sınırlandırmaları mümkündür. Lisans sözleşmesinde sürenin belirlenmediği durumlarda lisans sözleşmesinin akıbeti aşağıda incelendiğinden burada tekrar ele alınmayacaktır⁵⁶.

F- Alt Lisans

Alt lisans, asıl lisanstan kaynaklanan lisans alanın lisans verenle yaptığı sözleşme hükümleri uyarınca kendisine tanınan yetkiler doğrultusunda, bir başka kişiye markayı kullanma izni vermesidir⁵⁷.

556 sayılı KHK md. 21/1 uyarınca, aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça, lisans sahipleri alt lisans veremeyecektir. Bu hüküm, alt lisansı engellememekte; alt lisansın verilmesini sözleşmede kararlaştırılmış olması şartına bağlamaktadır⁵⁸. Şu halde, taraflar lisans sözleşmesinde alt lisans verilebileceğine dair bir kayıt koymuşsa veya sözleşmenin içeriğinden alt lisans verilebileceği anlaşılıyorsa,

⁵³ *GÜRZUMAR*, s. 94, *ONGAN*, s. 56.

⁵⁴ *GÜRZUMAR*, s.94; *ARKAN*, C.II, s.194.

⁵⁵ *ONGAN*, s. 59; *ARKAN*, C.2, s. 194.

⁵⁶ Bkz. Bölüm: IV, II. Sözleşmenin Sona Erme Sebepleri – A. Sürenin Sona Ermesi

⁵⁷ *YASAMAN/ALTAY*, s.744-745; *OKTAY ÖZDEMİR*, s.16; *ÜNAL*, s.168.

⁵⁸ *ARKAN*, C.2, s. 200; *ÖZEL*, s. 51.

üçüncü kişilere alt lisans verilebilecektir. Lisans alan, anlaşmaya aykırı olarak alt lisans verecek olursa tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir.

Lisans veren, sözleşmede belirtilmesi suretiyle, lisans alana alt lisans verme yetkisi tanımış ise, marka lisansı sözleşmesinin tarafı olan lisans alan alt lisans sözleşmesi bakımından lisans veren konumundadır⁵⁹. Alt lisans alan, sadece sözleşmenin tarafı olan lisans verene karşı talep hakkına sahip olacaktır.

Alt lisans sözleşmesinin kapsamı asıl lisans sözleşmesinin kapsamına bağlıdır⁶⁰. Şu halde, lisans veren ve lisans alan, lisans sözleşmesinde alt lisans sözleşmesinin kapsamını, içeriğini ve koşullarını belirleme yetkisine sahiptirler. Belirlenen bu kapsam ve koşullarda alt lisans sözleşmesi yapılacak ve sözleşme yürütülmeye devam edecektir. Ancak lisans sözleşmesinde alt lisans sözleşmesinin içeriğine ilişkin bir belirlemeye yer verilmemişse, alt lisans sözleşmesinin üst sınırını ana lisans sözleşmesi oluşturacaktır⁶¹. Bununla birlikte, alt lisans sözleşmesi ile ana lisans sözleşmesinde tanınandan daha fazla hak tanınmış ise, verilen fazla hak, hem lisans veren hem de üçüncü kişi karşısında geçersiz olacaktır⁶². Başka bir anlatımla, sınırları aşan hak tanıma halinde, alt lisans alan kendisine tanınan hakların ancak ana lisans sözleşmesinde de yer verilmiş olanlarından yararlanacak ve alt lisans alan kişinin iyiniyetli olması da o kişiye herhangi bir kazanım sağlamayacaktır⁶³. Ayrıca alt lisans sözleşmesinin, kaynağı olan ana sözleşmenin hükümlerini ihlal eder nitelikte hükümler de içermemesi gerekmektedir. Alt lisansın lisans sahibi olmayan veya yeterli kapsamda lisans sahibi olmayandan iyiniyetli iktisabı mümkün değildir. Zira, *nemo p̄sus iuris transfere potest quam ipso habet* ilkesi geçerlidir⁶⁴.

Alt lisans sözleşmesinin kaderi ana lisans sözleşmesinin kaderine bağlı olup, ana lisans sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte alt lisans sözleşmesi de kendiliğinden sona erecek; asıl lisans sözleşmesi geçersiz ise, alt lisans da geçersiz olacaktır⁶⁵.

Tekinalp'e göre, alt lisans ancak basit lisansın olduğu durumlarda söz konusu olacaktır⁶⁶. Yazara göre inhisari lisans sahibinin üçüncü bir şahısla lisans sözleşmesi akdetmesi lisans verenle kurulmuş olan ilişkidir lisans verenin açık

⁵⁹ YASAMAN/ALTAY, s.744; TEKİNALP, "Fikri Mülkiyet", s.469; ÜNAL, s.170.

⁶⁰ *INGERL, R./ROHNKE, Ch.*, § 30 MarkenG Nr. 49.

⁶¹ *BÜHLER*, Art. 18 MSchG Nr. 23; *ÖZEL*, s. 52.

⁶² BGH, GRUR 1988, s. 37; *INGERL, R./ROHNKE, Ch.*, § 30 MarkenG Nr. 49.

⁶³ *ÖZEL*, s.52; *ONGAN*, s.63.

⁶⁴ *HENN, G.*: Patent- und Know-how Lizenzvertrag, 5. Aufl., Heidelberg 2003, s. 83

⁶⁵ *HENN, G.*, s. 83; *INGERL, R./ROHNKE, Ch.*, § 30 MarkenG Nr. 49; ÜNAL, s.169.

⁶⁶ *TEKİNALP*, "Fikri Mülkiyet", s.469.

veya zımni rızası ile ayrılmasını sağlayan lisansın devri anlamına gelmektedir⁶⁷. Lisansın devrinde, lisans sözleşmesinde lisans alan konumunda olan kişinin yerini lisansı devralan şahıs almaktadır⁶⁸.

IV- SONUÇ

Lisans sözleşmesi, umumi olarak, marka, patent, endüstriyel tasarım, faydalı model gibi fikri ve sınai bir hakkın sahibinin sahip olduğu koruma hakkından yararlanma yetkisinin kısmen veya tamamen üçüncü kişiye ücret mukabilinde devri şeklinde tanımlanabilir.

Doktrinde hâkim olan görüşe göre, eşya hukuku kurallarına göre aynı haklar için geçerli olan aleniyet ilkesi, sınırlı sayı ilkesi, tipe bağlılık ilkeleri ışığında lisans sahibine aynı hak vermemekte olup, lisans alan lisans sözleşmesi ile şahsi mahiyette bir kullanma hakkı elde etmekte olduğundan, lisans hakkı, şahsi hak niteliğindedir.

Hakim görüş, lisans sözleşmelerinin isimsiz bir sözleşme olduğu yönündedir. Kanunda yer alan isimli sözleşmelerin esaslı unsurları marka lisans sözleşmelerinde yer almadığından; marka lisans sözleşmelerini kendine özgü sözleşmeler olarak nitelendirilmelidir.

Marka lisans sözleşmelerinin konusu da markadır. Belirtmek gerekirse, bütün markalar marka lisans sözleşmelerinin konusunu oluşturmaz. Örneğin, garanti markasının, teknik yönetmelikte gösterilen özellik ve niteliklere uygun olarak mal üreten veya hizmet sunan herkes tarafından kullanılabilir olması nedeniyle, lisans sözleşmesine konu oluşturması mümkün değildir.

Marka lisans sözleşmeleri, lisanstan doğan hakkın içeriğine göre marka lisans sözleşmeleri, lisans alan kişinin niteliğine göre marka lisans sözleşmeleri, kaynağına göre marka lisans sözleşmeleri, kullanım sahasına göre marka lisans sözleşmeleri, gibi bir çok sınıflandırmaya tabi tutulabilir. Bu ayrımların içerisinde en önemlisi kanunda da açıkça ifadesini bulan inhisari lisans ve inhisari olmayan lisans (basit lisans) ayrımıdır. İnhisari lisans söz konusu olduğu zaman, lisans veren başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça, kendisi de markayı kullanamaz. İnhisari olmayan lisans sözleşmelerinde lisans veren markayı kendi kullanabileceği gibi, üçüncü kişilere aynı markaya ilişkin başka lisanslar da verebilecektir.

⁶⁷ Buna karşılık, Alman hukukunda, inhisari lisans sahibi, asıl lisans sahibinin onayına bağlı olmaksızın alt lisans sözleşmesi akdedebilecektir (bkz. *HENN, G.*, s. 85).

⁶⁸ *TEKİNALP*, "Fikri Mülkiyet", s.469.

Alt lisans, asıl lisanstan kaynaklanan lisans alanın lisans verenle yaptığı sözleşme hükümleri uyarınca kendisine tanınan yetkiler doğrultusunda, bir başka kişiye markayı kullanma izni vermesidir. 556 sayılı KHK md. 21/1 uyarınca, aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça, lisans sahipleri alt lisans veremeyecektir. Alt lisans sözleşmesinin kapsamı asıl lisans sözleşmesinin kapsamına bağlıdır. Ancak lisans sözleşmesinde alt lisans sözleşmesinin içeriğine ilişkin bir belirlemeye yer verilmemişse, alt lisans sözleşmesinin üst sınırını ana lisans sözleşmesi oluşturacaktır. Alt lisans sözleşmesinin kaderi de aynı şekilde ana lisans sözleşmesinin kaderine bağlı olup, ana lisans sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte alt lisans sözleşmesi de kendiliğinden sona erecek; asıl lisans sözleşmesi geçersiz ise, alt lisans da geçersiz olacaktır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

AKYILDIZ, M. N.: Sınai Mülkiyet Hakkı ile İlgili Suçların Soruşturulması, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2006, C.2, S.7, s.583-615.

ARAL, F.: Borçlar Hukuku Özel Borç ilişkileri, 6. Baskı, Ankara 2006

ARBEK, Ö.: Fikir ve Sanat eserlerine İlişkin Lisans Sözleşmesi, Ankara 2005

ARKAN, S.: Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997

ARKAN, S.: Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998.

ARKAN, S.: Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 197-208.

ASLAN, A.: Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi(Mukayeseli), Ağustos 2004.

ARSLANOĞLU, M. Anıl/DAĞCI, A.: Marka Hakkının Korunmasına Getirilen Sınırlamalar Kapsamında Marka Tescilinden Doğan Hakların Tükenmesi İlkesi (İlk Satış İlkesi), Terazi Hukuk Dergisi, Y.4, S.33, Mayıs 2009, s. 671-685.

ARSLANOĞLU, M. Anıl/DAĞCI, A.: Marka Lisansı, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2007, C.3, S.10, s.359-372.

ARSLANOĞLU, M. Anıl/DAĞCI, A.: Tanınmış Marka, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2006, C.2, S.6, s.297-310.

AYDINCİK, Ş.: Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, , İstanbul 2006.

AYİTER, N.: İhtira Hukuku, Ankara 1968.

AYİTER, N.: Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, Ankara 1981

AYOĞLU, T.: Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, s.117-134.

BAŞ, M.: Teknik Bilgi (Know-How) Lisans Sözleşmesi, Ankara 2000.

BAŞ, M.: Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.2001, C.1, S.2, s. 79-88.

BAŞARAN, S.: Marka Lisans Sözleşmesi, İstanbul Barosu Dergisi, Y.2012, C.86, S.2, s.172-183.

BAŞARAN, S.: Marka Lisans Sözleşmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Y.7, S.70, Haziran 2012, s. 46-51.

BAŞARAN, S.: Marka Lisans Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2012, C.8, S.29, s.75-90.

BAŞLAR, Y.: Marka Lisans Hakkının ve Marka Lisansı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Terazi Hukuk Dergisi, Y.3, S.20, Nisan 2008, s. 81-94. Marka Lisans Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri, Y.2012, S.43, s. 296-320.

BAŞLAR, Y.: Marka Lisansı Sözleşmesi Açısından Marka Hakkının Korunması, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2008, C.4, S.14, s.325-338

BAŞLAR, Y.: Marka Lisansı Sözleşmesinin İşlevleri ve Çeşitleri, Terazi Hukuk Dergisi, Y.7, S.68, Nisan 2012, s. 38-46.

BAŞLAR, Y.: Marka Lisans Sözleşmesinde Tarafların Yükümlülükleri, Y.2012, S.43, s. 296-320.

BISCHOFF J.: Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Diss., Zürich 1983

BİLGİLİ, F.: Yargıtay Kararları Uygulamasında 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'ya Göre Tescilli Markanın Kullanılması Zorunluluğu, TBB Dergisi, Y. 2008, S.74, s. 29-42.

BİRLİK, B.: Marka Hukukunun Önemi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2012, C.8, S.31, s.127-144.

BOSO, B.: Sınai haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Yabancı Unsurlu Lisans Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2006, S.8, s.851-883.

BOZKURT Y., S.: Marka Lisansı Sözleşmesinin Şekli ve Lisansın Sicile Kaydı, Terazi Hukuk Dergisi, Y.1, S.1, Eylül 2006, s. 33-56.

BÜHLER, G.: Markenschutzgesetz, Bern 2009

- CHERPILLOD, I.: La fin des contrats de dur e, Lausanne 1988.
- ÇAĞLAR, H.: Marka Hukuku Temel Esaslar, Ankara 2013
- ÇAMLIBEL T. E.: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.
- ÇETİN, H. E.: Fikri Mülkiyet hukukunda Basit Lisans Alanın Dava Hakkı, Terazi Hukuk Dergisi, Y.6, S.57, Mayıs 2011, s. 27-31.
- ÇOLAK, U.: Türk Marka Hukuku, 2 B., İstanbul 2014
- DÖNMEZ, M.: Marka Haczi ve Paraya evrilmesi, TBB Dergisi, Y.2009, S.84, s. 375-385.
- DURSUN, H.: Marka Hukuku, Ankara 2008.
- DÜZGÜN A.  .: Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Ankara 2010
- DÜZGÜN A.,  .: Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y. 2012, C. XVI, S.3, s.47-66.
- ERGÜNE, M. S.: Lisans Sözleşmesinde Başlangıçtaki İmkansızlık, Prof. Dr. Özer SELİÇİ'ye Armağan 2006, s.203-222.
- GÜNEŐ, İ.: 5833 sayılı Yasa Düzenlenmesinde Marka İhlalleri, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2005, C.1, S.3, s.81-93.
- GÜNEŐ, İ.: Marka Tescilinin Rolü, Terazi Hukuk Dergisi, Y.5, S.42, Şubat 2010, s. 45-54.
- HASSELBLATT, G.N.: Münchener Anwaltshandbuch Gewerblicher Rechtsschutz, München 2012
- HUGENİN, C.: Obligationenrecht Allgemeiner Teil und Besonderer Teil, Zürich 2014
- ERBAY, İ.: Know-how Sözleşmesi, Ankara 2002.
- EREN; F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012
- EREN; F.: Borçlar Hukuku,  zel Hükümler, Ankara 2014 (zikrediliş: Özel Hükümler)
- ERTAŞ, Ő.: Yeni Türk Medeni Kanun Hükümlerine Göre EŞya Hukuku, , Ankara 2006.
- FEZER, K.H.: Kurz Kommentar zum Markengesetz, München 2009.
- GITTER, W.: Gebrauchs berlassungsvertr ge, Tübingen 1988
- GÜNEŐ, İ.: Son Yasal Düzenlemelerle Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008.

GÜRZUMAR, O. B.: Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul 1995.

HENN, G.: Patent- und Know-how Lizenzvertrag, 5. Aufl., Heidelberg 2003

HONSELL, H./VOGT, N.P./GAUDENZ, G. ZİNDEL/PULVERS, U.: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529, Basel 2003

INGERL, R./ROHNKE, Ch. Kommentar zum Markengesetz, München 2010

KARAHAN, S./SULUK, C./SARAÇ, T./NAL, T.: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara 2012.

KAYHAN, F.: Türk Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tüketilmesi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.2001, C.1, S.1, s. 51-72.

KERİMOĞLU, H. B.: Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Lisans (Ruhsat) Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Kamu- İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Y.2003, C.7, S.2, s. 2-22.

KILIÇOĞLU, A.M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2012

KILIÇOĞLU, A.M.: Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, 2. Bası, Ankara 2013. (Zikrediliş: "Sınai Haklar")

KIRCA, Ç.: Franchise Sözleşmesi, Ankara 1997.

KIRCI, N. B.: Markanın Hükümsüzlüğü, TBB Dergisi, Y. 2006, S.66, s. 295-306.

KIRKBEŞOĞLU, N.: Sınai Mülkiyet ve Rekabet Hukukunda Zorunlu Lisans", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C.II, İstanbul 2009, s.1095-1132.

LANGE, P.: Marken- und Kennzeichenrecht, München 2012

MERAN, N.: Marka Hakları ve Korunması, 2. Baskı, Ankara 2008.

MURATOĞULLARI, H.: Marka Lisansı ve Patent Lisansı Sözleşmelerinin Mukayese-si, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2013, C.9, S.33, s.53-86.

NOYAN, E.:Marka Hukuku, 4.Baskı, Ankara 2009.

OĞUZMAN, K./SELiÇİ, Ö./OKTAY ÖZDEMİR, S.: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

ONGAN, B.: Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu, Ankara 2007.

ONGAN, B.:Sınai haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Lisans Vereninin Garanti Yü-kümlülüğü, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2006, S.8, s.851-883

ONGUN, C.: Namı Diğer Marka, TBB Dergisi, Y.2005, S.58, s.302-305.

ORAL, S.: Markayı Kullanma Yükümlülüğü, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2008, C.4, S.16, s.847-864.

ORTAN, A. N.: Patent Lisans Sözleşmesi, Ankara 1979.

ÖĞÜZ, T.: Know-How Sözleşmesi, İstanbul 2001.

ÖZDEMİR OKTAY, S.: Sınai Haklara ilişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, İstanbul 2002.

ÖZDEMİR OKTAY, S.: Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s.571-598.

ÖZDEMİR OKTAY, S.: İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, İÜHFMC LV(1996), s.263-296

ÖZEL, Ç. . Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2002.

ÖZEN, M.: Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.2009, C.9, S.2, s. 53-76.

ÖZGENÇ, İ.: Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt III, Beta Yayıncılık, İstanbul 2003, s. 831-864.(

ÖZSOY, H. S.: Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2011

ÖZSUNAY, E.: Lisans Sözleşmelerinde Lisans Bedeline (Rotary) İlişkin Sorunlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı-Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul 1973.s. 664 vd.

ÖZTÜRK, E.: Markanın Kullanılması Yükümlülüğü ve Kullanılmamasından Doğan Hükümsüzlük, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2009, C.5, S.20, s.777-812.

PINAR, H.: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 855-917.

PAHLOW; L.: Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des geistigen Eigentums, Tübingen 2006

PFAFF, D./OSTERRIETH, Ch.: Lizenzverträge, Formularkommentar, München 2010

REİSOĞLU, S.: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul 2013.

SARGIN, F.: Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002.

SELİÇİ, Ö.: Borçlar Kanunu’na göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

SELİN, S.:Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara 2007.

SİVİL, O.:Markanın Haczi ve Rehni, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2007, C.3, S.9, s.61-74.

SPINDLER, G./ SCHUSTER: F.: Recht der elektronischen Medien, München 2011
STEIGER; W.: Zur Beendigung des Lizenzvertrages nach schweizerischem Recht, sic! 1999, s. 3-16.

ŞANAL, O.: Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara 2004.

ŞANAL, O.: Marka Hakkına Tecavüz, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2005, C.1, S.2, s.409-421.

TAYLAN,E.: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001

TEKİNALP, Ü.: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

TEKİNALP, Ü.: Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, 1997, s. 451 vd.

TRAUMANN, C.: Nebenpflichten des Marken-Lizenzgebers, GRUR 2008, s.470 vd.

TÜYSÜZ, M.: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu çerçevesinde Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Ankara 2007.

ÜNAL, M.: Marka Tescilinden Doğan Haklarla ilgili Hukuki İşlemler, Seçkin Yayıncılık, Ankara Nisan 2007.

ÜNAL, O.: Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tüketilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, Y.2, S.10, Haziran 2007, s. 91-103

YASAMAN, H./ALTAY, S. A./AYOĞLU, T./YUSUFOĞLU, F./YÜKSEL, S.: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.I-II, İstanbul 2004.

YASAMAN, H.: Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, İstanbul 2004, s.153

YILMAZ, C.: Marka Lisans Sözleşmesinin Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Çerçevesinde Rekabet Boyutu, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt II, İstanbul 2003, s. 119-156.

YÜKSEL, A. S.: Patent ve Lisans (Patent, Marka, Know How) Sözleşmesi Hukuku, İstanbul 1989.

INCOTERMS®2010 KURALLARINA GÖRE HASARIN İNTİKALİ

The Passing of Risk According to Incoterms®2010 Rules

Mustafa DOĞAN*

ÖZET

Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, milletlerarası satış sözleşmelerini diledikleri ayrıntıda düzenleyebilir. Ancak, ülkeler arasındaki farklı hukukî ve ekonomik sistemlerin de etkisiyle, yorum farklılıkları ortaya çıkabilmekte ve bu durum uyumsuzluklara sebep olmaktadır. Bunun sonucunda, işlem maliyetleri artmakta ve milletlerarası ticaretin gelişmesi yavaşlamaktadır. Bu sebeple, taraflar sözleşmelerinde, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayımlanan ve milletlerarası ticarî işlemlerde yaygın olarak kullanılan Incoterms® kurallarına atıf yapmaktadır. Bu kuralların amacı, milletlerarası ticarete kullanılan terimlerin bir standarda kavuşturulması suretiyle, yorum farklılıklarının önüne geçmek ve böylelikle milletlerarası ticarete hukukî güven ve istikrarı sağlamaktır.

Hasarın intikali konusu, Incoterms® kurallarında özel bir önem verilen ve müstakil olarak düzenlenen bir husustur. Incoterms®’de kural olarak hasar, malların teslimi ile birlikte alıcıya intikal etmektedir. Teslimin tamamlanması, çeşitli Incoterms® kurallarına göre farklılık arz ettiğinden, hasarın intikal anı da buna göre değişmektedir. Bu çalışmada hasarın intikali, esas olarak Incoterms®2010 kurallarında yer alan ticarî terimler üzerinden ele alınmıştır. Böylelikle, tarafların çeşitli teslim şekillerine göre hasarın intikal anını dikkate alarak, kendilerine en uygun Incoterms® kuralını seçmeleri mümkün hâle getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hasar, hasarın intikali, ticarî terimler, incoterms, incoterms®2010, MTO, Milletlerarası Ticaret Odası, MTO kuralları.

ABSTRACT

Within the framework of the principle of freedom of contract, parties can arrange the details of international sales contracts as they wish. However, the emergence of divergence in interpretations is probable with the influence of different legal and economic systems that countries have, which causes disputes. Depending on this, transaction costs increase and the development of international trade slows down. Therefore, contracting parties refer to Incoterms® rules issued by the International Chamber of Commerce and widely used in international commercial transactions. The purpose of these rules is, by establishing a standard for the terms used in international trade, to avoid divergence in interpretation and thus to provide legal security and stability in international trade.

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medenî Hukuk) Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi. mstdogan@yahoo.com

The issue of passing of risk has a particular importance and is regulated exclusively in Incoterms® rules. In Incoterms, as a rule, risk passes to the buyer with the delivery of the goods to him/her. Due to the fact that completion of the delivery differs according to various Incoterms® rules, the moment of passing of risk varies accordingly. In this study, basically the issue of passing of risk is addressed in line with commercial terms set forth in Incoterms®2010 rules. Thus, considering the moment of passing of risk in accordance with delivery modes, it will be possible for contracting parties to choose the most appropriate Incoterms® rule.

Key Words: Risk, passing of risk, trade terms, incoterms, incoterms®2010, ICC, International Chamber of Commerce, ICC rules.



I. Genel Olarak

Incoterms®¹, milletlerarası ticarete kullanılan terimlerin bir standarda kavuşturulması amacıyla Milletlerarası Ticaret Odası² tarafından hazırlanan üç harfli ticarî terimlerdir³. Incoterms® kuralları esas olarak, satıcının ana yükümlülüğü olan malların alıcıya teslimine kadar olan süreçteki tarafların yükümlülüklerini, masrafların paylaşımını ve hasarın intikalini düzenlemektedir⁴.

¹ ICC, "Incoterms" ibaresini kendi markası olarak tescil ettirdiğinden, 2010 yılı versiyonunun resmi ismi "Incoterms®2010" şeklindedir. Incoterms'in ticarî bir marka olarak tescilinin eleştirisi için bkz. Oruç, Murat; Satış Sözleşmesinde Riskin Geçişi, s. 206 vd.

² Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber Of Commerce-ICC), 1919 yılında milletlerarası ticaretin gelişmesini sağlamak üzere bağımsız bir organizasyon olarak kurulmuştur. Merkezi Paris'tedir. Milletlerarası mal satış sözleşmelerinde sıkça atfı yapılan Incoterms® kuralları, ICC tarafından hazırlanmıştır. Yine "ICC Model Uluslararası Satım Sözleşmesi" milletlerarası satımda kullanılan standart bir sözleşmedir. ICC, milletlerarası ticarî tahkime de öncülük eden bir kuruluştur. Bkz. "http://www.iccwbo.org/about-icc/history/".

³ Incoterms® konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ramberg, Jan; ICC Guide to Incoterms®2010, Paris 2011, s. 8. Kuyucu, Aslihan S. Incoterms (Uluslararası Ticari Terimler), İstanbul 2011; Erdem, H. Ercüment; "Incoterms® 2010", Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/1, C. I, s. 219-235; Erdem, H. Ercüment; "Incoterms 2000", Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 219-254; Caner, Oğuz; Incoterms 2010 (ICC Rules For The Use Of Domestic and International Trade Terms), 10. Yıl'a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 11, S. 22, Güz 2012/2, s. 223-262; Sunay, Nesrin Akın; "Incoterms 2010" Kuralları Hakkında Genel Bilgi ve Bu Kurallar Kapsamında "DAT ve DAP" Ticari Terimleri, e - akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Eylül 2012, S. 126, s. 1-26, "www.e-akademi.org" (E.T. 2.7.2015); Özkan, Ömer; Incoterms 2010 ile Getirilen Yenilikler, Akademik Bakış, Temmuz-Ağustos, S. 31, 2012, s. 1-15, "http://www.akademikbakis.org/eskisite/31/01.pdf" (E.T. 2.7.2015); Acar, Hakan; Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi, İstanbul 2009, s.101 vd.; Altay, Sabah; Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008, s. 154 vd; Çalışkan, Yusuf; Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2014, s. 213 vd.

⁴ Incoterms®2010, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), İç ve Dış Ticarete İlişkin Ticari Terimlerin

Bugünkü anlamda, milletlerarası ticarî terimlerin “Incoterms” adı altında ilk olarak yayımlanması 1936 yılında gerçekleşmiştir⁵. ICC tarafından 1936 yılında yayımlanmasından bu yana, Incoterms® kuralları, milletlerarası ticaretteki gelişmelere uygun olarak, düzenli bir şekilde sürekli güncellenmiştir. Incoterms®de ilk güncelleme, Birinci Dünya Savaşı'nın da etkisiyle, ancak 17 yıl sonra 1953 yılında yapılmıştır. Daha sonra sırasıyla, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 ve nihayet 2010 yılında revizyonlar yapılmıştır. Dolayısıyla, Incoterms®de günümüze kadar yedi defa güncelleme yapılmış olup, Incoterms®2010, sekizinci versiyondur. Görüldüğü gibi, son dört değişiklik 10'ar yıl arayla yapılmıştır. Ancak, bu durum Incoterms®'in her 10 yılda bir değişeceği anlamına gelmez. Zira, Incoterms® kuralları belirli zaman aralıklarıyla değil, milletlerarası ticaretteki gelişmelere paralel olarak güncellenmektedir. Aslında, ticarî uygulamalar teknolojik gelişmelere bağlı olarak daha hızlı gelişmekle birlikte, Incoterms® kurallarını sık sık değiştirmek, bu kuralların bilinirliğini ve uygulanabilirliğini azaltmaktadır⁶. Bu sebeple Incoterms® kuralları yeni ve önemli ticarî uygulamalar ortaya çıktığında değiştirilmektedir⁷. Son versiyon olan Incoterms®2010, 1.1.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁸.

Incoterms®'in zaman bakımından uygulama alanı sınırlandırılmamıştır⁹. Başka bir deyişle, Incoterms®'in bir sonraki versiyonu bir öncekini yürürlükten kaldırmamakta ve önceki versiyonlar geçerli olarak kalmaya devam etmektedir. Daha önceki Incoterms® versiyonlarına göre yapılan sözleşmeler, Incoterms®2010'un yürürlüğe girdiği 1.1.2011 tarihinden sonra da geçerli olmaya devam eder. Burada, dikkate alınacak olan, sözleşmenin kurulduğu anda geçerli

Kullanılmasına İlişkin ICC Kuralları, ICC Yayın No: 715 E, (Çev. H. Ercüment Erdem), s. 11; Kalpsüz, Turgut; Denizaşırı Satışlar (Giriş - Boşaltmada Satışlar), Ankara 1967, s. 109.

⁵ Milletlerarası ticarete kullanılan terimlerin yeknesaklaştırılmasına ilişkin çalışmaların tarihi çok eskidir. Bu çerçevede yapılan çalışmalar neticesinde, ilk olarak 1923 yılında, onüç ülkede yaygın olarak kullanılan 6 ticarî terimi içeren ilk kitap (Trade Terms) yayımlanmıştır. Bu ticarî terimler; FOB, FAS, FOT/FOR, Free Delivered, CIF ve C&F'dir. Bu kitap aynı terimleri içerecek şekilde, daha sonra 1928 yılında genişletilerek yeniden basılmıştır. Bkz. “<http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/history-of-the-incoterms-rules/>” (E.T. 14.10.2015); Bkz. Özkan, Ömer; Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar, Akademik Bakış, S. 4, Ekim 2004, s. 15 vd. Incoterms®'in tarihi gelişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kalpsüz, s. 106 vd.; Doğan, Fatih; Incoterms 2000, Tarihi Gelişimi-Geçerlilik Kaynağı-Münferit Klozlar-Son Değişiklikler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 1, İstanbul 2002, s. 338 vd.; Çağlar, Murat; “Geçmişten Günümüze Incoterms”, İBD, C. 77, S. 4, Aralık 2003, s. 858- 863.

⁶ Ramberg, s. 8; Erdem, E, Incoterms®2010, s. 222.

⁷ Ramberg, s. 8; Erdem, E, Incoterms®2010, s. 222.

⁸ Bkz. <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/> (E.T. 6.6.2015).

⁹ Doğan, s. 347.

olan Incoterms® versiyonudur¹⁰. ICC tarafından 2011 yılından itibaren Incoterms®2010'un kullanılması salık verilmekle birlikte, bu tarihten sonra da taraflar Incoterms®'in istedikleri versiyonunu kullanabilir. Fakat hangi versiyonun seçildiği açık bir şekilde yıl belirtmek suretiyle yapılmalıdır¹¹. ICC tarafından bu yönde tavsiyede bulunulması, önceki versiyonların da geçerli ve uygulanabilir olduğunu göstermektedir¹².

6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanununun "Deniz aşırı Satış Mukaveleleri"ni düzenleyen Üçüncü Kısımında (m. 1133-1158), FOB satış (m. 1138) ve CIF (Sif) satışlara (m. 1139-1158) ilişkin hükümler yer almaktaydı. Bu hükümler Incoterms 1936'dan alınmıştı ve daha sonra yapılan değişiklikleri içermemekteydi¹³. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa, CIF ve FOB başta olmak üzere deniz aşırı satışlara ilişkin eTTK'da yer alan düzenlemeler alınmamıştır. Bunun sebebi, Incoterms®'in ICC tarafından devamlı yenilenmesi ve eTTK hükümlerinin bu gelişmelerin gerisinde kalmasıdır. Kaldı ki, bu tür satışlarda taraflar çoğu kez Incoterms®'e atf yapmakta veya ondan ayrılan özel düzenlemeler getirmektedir¹⁴.

II. Incoterms®'in Amacı ve Hukukî Niteliği

Milletlerarası ticaret hukukunda geçerli olan irade özerkliği ilkesi çerçevesinde, taraflar satış sözleşmelerini diledikleri ayrıntıda düzenleyebilir. Ancak, ülkeler arasındaki farklı hukukî ve ekonomik sistemler dikkate alındığında, uyumsuzluk hâlinde taraflar arasında yorum farklılıklarının ortaya çıkması muhtemeldir. Bu durum ise işlem maliyetlerinin artmasına yol açmakta ve bu tür hukukî zorluklar milletlerarası ticaretin gelişmesine engel olmaktadır. Bu sebeple, taraflar milletlerarası ticarî işlemlerde yaygın olarak kullanılan ticarî terimlere atf yapmaktadır. İşte, ICC tarafından yayımlanan Incoterms® kurallarının amacı da, milletlerarası ticarete kullanılan terimlerin bir standarda¹⁵

¹⁰ Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg (Editörler: Ingeborg Schwenzer ve Pinar Çağlayan Aksoy); Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, İstanbul 2015, m. 66-70, pa. 23.

¹¹ Bkz. "<http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/>" (E.T. 6.6.2015).

¹² Ramberg, s. 10.

¹³ Sunay, s. 5.

¹⁴ 6102 sayılı Kanunun gerekçesi için bkz. "<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>" (E.T. 13.9.2015).

¹⁵ Dünyada en yaygın ve popüler standart şartlar Incoterms klozlarıdır. Valiotti, Zoi; *Passing of Risk in International Sale Contracts: A Comparative Examination of The Rules on Risk Under The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods* (Vienna 1980) and INCOTERMS 2000, pa. 2; Yenice, A. Özge: *Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım*

kavuşturulması suretiyle, yorum farklılıklarının önüne geçmek ve hukukî karışıklık riskini azaltmaktır¹⁶.

Bağımsız ve özel bir kuruluş olarak kurulan¹⁷ ICC'nin, milletlerarası hukuk alanında devletleri veya bireyleri bağlayıcı kararlar alma gücü yoktur. Bu sebeple aldığı kararlar ve yayımladığı hukukî düzenlemeler tavsiye niteliğindedir¹⁸. Bu özelliğinin bir sonucu olarak, Incoterms®'in de bağlayıcı bir niteliği bulunmamaktadır¹⁹. Eğer taraflar Incoterms® kurallarının uygulanmasını istiyorlarsa, sözleşmelerinde bu hususu açıkça belirtmeleri ve doğru bir şekilde atf yapmaları gerekir. Dolayısıyla, bu kurallar gücünü, milletlerarası mal satış sözleşmelerinde kendisine sıkça atf yapılmasından almaktadır. Incoterms® bağlayıcı olmamasına rağmen, ICC'nin ticarî hayatın düzenlenmesine ilişkin olarak hazırladığı en başarılı araçlardan biri olmuştur²⁰. Nitekim ICC'nin, uzun yıllar "terimler" (terms) olarak ifade ettiği Incoterms®'i, 2010'da "kurallar" (rules) olarak yayımlamasını, milletlerarası ticaretteki etkin kullanımının bir sonucu olarak algılamak mümkündür²¹. Diğer taraftan milletlerarası kuruluşlar da Incoterms®'in kullanımını teşvik etmektedir²².

Sözleşmelerde Incoterms®'in kullanılması, tarafları detaylı sözleşmeler yapma zahmetinden kurtarmakta ve milletlerarası ticarete hukukî güven ve istikrarın tesisine yardımcı olmaktadır. Bununla birlikte Incoterms®, taraflara eksiksiz bir satış sözleşmesi sunmamaktadır²³. Meselâ ödenecek bedel veya

Konvansiyonu (CISG) Hükümleri Işığında Gönderme Satımı, İstanbul 2015, s. 140.

¹⁶ Incoterms®2010, s. 17; Doğan, s. 337.

¹⁷ ICC'nin Türkiye temsilciliğini Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) nezdinde kurulmuş olan Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesi (ICC Türkiye) yürütmektedir. Komite ilk olarak 1934 yılında kurulmuştur. ICC Türkiye 18 Mayıs 1953 tarihinde TOBB nezdinde yeniden yapılanmıştır. Merkezi Ankara'dadır. ICC Türkiye'nin 250'ye yakın üyesi bulunmaktadır. Bkz. "<http://icc.tobb.org.tr/icct-kurulusyapi.php>". Bugün itibarıyla "*Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesini kurmak ve faaliyetlerini yürütmek*", görevi TOBB'un kanunî görevleri arasında yer almaktadır. Bkz. "<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/>" (5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu m. 56/f).

¹⁸ Kuyucu, s. 14; Oruç, s. 209.

¹⁹ Caner, s. 225; Kuyucu, s. 14.

²⁰ Caner, s. 225-226.

²¹ Çalışkan, s. 220; Oruç, s. 207.

²² Bkz. Birleşmiş Milletler (BM) Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)'ın tavsiyesi için; Report of the Commission on the work of its 45th session (A/67/17), 2012, pa. 141-144, "http://www.uncitral.org/uncitral/en/other_organizations_texts.html". Metin için bkz. "<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V12/551/54/PDF/V1255154.pdf?OpenElement>"; BM Avrupa Ekonomik Komisyonu (UNECE)'nin 5 no'lu tavsiyesi için bkz. "<http://tfig.unece.org/contents/recommendation-5.htm>".

²³ Erauw, Johan; CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It, 25 Journal of Law and Commerce (2005-06), s. 212, "<http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Erauw.pdf>"

ödeme şekli konusunda herhangi bir Incoterms® kuralı yoktur. Yine, mülkiyetin geçişi, sözleşmeye aykırılığın sonuçları, mücbir sebepler, cezaî şartlar ve uyuşmazlıkların çözüm yöntemine ilişkin hususlar bu kuralların kapsamında bulunmamaktadır²⁴. Bu konular, satış sözleşmesinde yer alan hükümlerle, burada da düzenleme yoksa sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre çözümlenir²⁵. Bu durumda, milletlerarası mal satışlarında esasa uygulanacak hukuk, çoğu zaman Viyana Satım Konvansiyonudur²⁶.

Incoterms kurallarının hukukî niteliği konusunda tam bir görüş birliği bulunmamakla birlikte, bu tür kuralların esnek hukuk (soft law) olarak adlandırılması yönündeki eğilimler yaygınlık kazanmaktadır²⁷. Gerçekten de, millet-

(E.T.18.9.2015); Incoterms®2010, s. 12; Ramberg, s. 17-18; Incoterms®2010, s. 12.

²⁴ Ekşi, Nuray; Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2010, s. 185; Özkan, Incoterms s, 5; Erdem, E, İncoterms®2010, s. 220; Caner, s. 232-233.

²⁵ Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir (MÖHUK m.24/f.1). Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde (meselâ, milletlerarası mal satım sözleşmelerinde) karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. (MÖHUK m. 24/f.4). Çalışma konumuz açısından olaya bakıldığında, milletlerarası satış sözleşmelerinde karakteristik edim, satıcının edimidir.

²⁶ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, CISG (United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods), Ülkemiz açısından 1.8.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sebeple, Antlaşma kapsamına giren bir mal satış sözleşmesi varsa, CISG bu satış sözleşmesine doğrudan uygulanacaktır. Ancak, taraflar irade özerkliği çerçevesinde, Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler (CISG m. 6). Antlaşmaya, aralarında ABD, Çin, Almanya ve Japonya gibi büyük ekonomilerin de bulunduğu 83 ülke taraftır. Taraf ülkelerin tam listesi, çekinceler ve CISG'in ülkeler itibarıyla yürürlüğe giriş tarihleri için bkz. "http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html" (E.T. 15.9.2015).

²⁷ Bkz. Atamer, Yeşim M.; Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 85; Ekşi, s. 79-80; Doğan, s. 342; Caner, s. 225. Incoterms 1936'da, bu kuralların tarafların rızasıyla tatbik olunacak *lex contractus* mahiyetinde metinler olduğu ve ancak tarafların anlaşmış olmaları şartıyla uygulanabileceği belirtilmiştir. Bkz. Kalpsüz, s. 109 ve dn. 285; Yine bir görüşe göre, taraflar sözleşmede Incoterms'e atf yaparak bir hukuk seçimi yapmış olmazlar; sadece Incoterms kurallarını "sözleşme hükmü" hâline getirmiş olurlar. Bkz. Erdem, B. Bahadır; Incoterms'in Uluslararası Hukukta Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği, MHB, Özer Eskişirt'un Anısına Özel Sayı, C. 10, S. 1-2 (1990), s. 70-71. Kuyucu, Incoterms'i, milletlerarası mal satışlarıyla ilgili olarak ortaya çıkan ticarî teamüllerin, ICC tarafından bir araya getirilmiş, bağlayıcı olmayan yorum kuralları bütünü olarak nite-

lerarası kuruluşlar tarafından çeşitli isimlerle hazırlanan kuralları ifade etmek için, devletin yarattığı bağlayıcı hukuk (hard law)'ın karşısı olarak, kendiliğinden bağlayıcılık ve yaptırım gücü olmayan "soft law" terimi kullanılmaktadır²⁸. Bununla birlikte, yaygın olarak kullanılmasına ve popülerliğine rağmen, Incoterms, CISG m. 9/f.2²⁹ anlamında ticarî teamül sayılmamalıdır³⁰. Buna karşılık, Incoterms® ihtiyaç duyulduğunda CISG m. 8/f.3³¹ çerçevesinde sözleşmede yer alan belli bir şartın yorumlanması için kullanılabilir³².

Taraflar, irade özerkliği çerçevesinde Incoterms kurallarında değişiklik yapabilirler. Ancak, beklenilmeyen sonuçlarla karşılaşılması için, böyle bir değişikliğe gidilmesinin etkilerinin sözleşmede açıkça düzenlenmesi gerekir³³. Meselâ, taraflar EXW kuralındaki teslim şeklini (belirlenen yerde, herhangi bir taşıma aracına yüklenmemiş olarak alıcının tasarrufuna bırakmak) değiştirir-

lemenin uygun olacağı görüşündedir. Bkz. Kuyucu, s. 19. Oruç, Incoterms®'in ticarî marka olarak tescil edilmesi, devamlı değişmesi ve ticarî uygulamadan gelmeyen terimlere de yer vermesinin, ticarî teamül olarak kabul edilmesini engellediğini ve bu yüzden, Incoterms®'in ticarî teamül olarak değil ICC tarafından biraraya getirilmiş standart sözleşme tipleri olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Oruç, s. 209. Incoterms'ın hukukî niteliğine ilişkin görüşler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kuyucu, s. 14-19; Oruç, s. 194-212; Doğan, s. 342 vd. Diğer taraftan, Incoterms, lex mercatoria olarak da nitelendirilmektedir. Bkz. Çalışkan, s. 219. Lex mercatoria esas itibarıyla, milletlerarası ticarî sözleşmelere uygulanan genel prensipler, maddî hükümler ve ticarî adet ve teamüllerin bütünü olarak, milletlerarası ticaret hukukunun otantik bir ifadesi olarak kabul edilmektedir. Lex mercatoria hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz, Arzu; Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)- Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği, AÜHFĐ, Yıl 2001, C. 50, S. 3, s. 11-53; Ayoğlu, Tolga; Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler Maddi Hükümler ve Ticari Adet Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul 2011, bkz. Çalışkan, s. 15- 42.

²⁸ Ekşi, s. 2.

²⁹ CISG m. 9/f.2'e göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, "tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır".

³⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Hachem, m. 66-70, pa.23; Valiotti, pa. 3.B; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 87. Karş. Çalışkan, s. 242. Erauw'a göre, tarafların Incoterms'e sadece açıkça bir atıfta bulunduğu dayanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Erauw, s. 212; Karş. Erdem, B, s.75 vd. Konu ile ilgili mahkeme kararları için bkz. UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, s. 68, pa. 18. "http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf."

³¹ CISG m. 8/f.3'e göre, "taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır".

³² Erauw, s. 213; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 87; Altay, s. 155.

³³ Incoterms®2010, s. 16.

lirse, bunun hasarın intikal anına etkisini de sözleşmede açıkça belirlemeleri gerekir.

III. Incoterms®2010'da Hasarın İntikaline İlişkin Getirilen Değişiklikler

2010 yılında Incoterms®'de çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Ancak bunların tamamının incelenmesi, konumuzun sınırlarını aşar. Bundan dolayı, Incoterms®2010'un sistematığının ortaya konulması ve hasarın intikaline ilişkin hükümlerin daha iyi anlaşılması açısından faydalı olacağı düşünülen değişikliklere değinilmiştir. Yapılan önemli değişikliklerden birisi, Incoterms 2000'de (D) grubunda yer alan dört ticarî terim (DAF, DES, DEQ ve DDU)'in kaldırılmasıdır. Bu terimlerin yerine iki yeni terim (DAT ve DAP) ilave edilmiştir. Böylece, ticarî terim sayısı 13'ten 11'e düşürülmüştür.

2010 yılında Incoterms®'de yapılan değişikliklerde, ticarî terimlerin sayısının azaltılmasının yanı sıra bu terimlerin gruplandırılması da değiştirilmiştir. Incoterms 2000, E (departure), F (main carriage unpaid), C (main carriage paid) ve D (arrival) kuralları olmak üzere dört grup hâlinde düzenlenmişti. Bu gruplandırma, satıcı bakımından en az yük getirenden en çok yük getirene doğru bir kademelendirme takip edilmişti³⁴. Incoterms®2010 ile bu dörtlü gruplandırma sisteminden vazgeçilmiş ve malların taşıma şeklini esas alan ikili bir gruplandırma sistemi getirilmiştir. Birinci grupta tüm taşıma türlerini kapsayan yedi ticarî terim yer almaktadır. Bunlar; EXW, FCA, CPT, CIP, DAT, DAP ve DDP terimleridir. İkinci grupta ise, deniz ve içsu taşımalarına özgü kurallar başlığı altında FAS, FOB, CFR ve CIP olmak üzere dört ticarî terim bulunmaktadır. Böylece Incoterms®2010, toplamda aşağıda yer alan onbir ticarî terimden oluşmaktadır.

Incoterms®2010 Gruplandırması

Tüm Taşıma Türlerini Kapsayan Kurallar	Deniz ve İçsu Taşımalarına Özgü Kurallar
EXW İşyerinde Teslim	FAS Gemi Doğrultusunda Masrafsız
FCA Taşıyıcıya Masrafsız	FOB Gemide Masrafsız
CPT Taşıma Ödenmiş Olarak	CFR Masraflar ve Navlun
CIP Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak	CIF Masraflar, Sigorta ve Navlun
DAT Terminalde Teslim	
DAP Belirlenen Yerde Teslim	
DDP Gümrük Resmi Ödenmiş Olarak Teslim	

³⁴ Ekşi, s. 185; Kuyucu, s. 35, dn. 132; Çalışkan, s. 223; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s. 84.

İlk gruptaki ticarî terimler, birden fazla vasıta kullanılması hâli (multimodal transport) de dâhil olmak üzere tüm taşıma türlerinde kullanılabilir³⁵. Bu terimler, sadece kara veya deniz taşımacılığının yapılması hâlinde kullanılabilceği gibi, malların önce gemiyle taşınması, daha sonra karayoluyla belirlenen yere tesliminde olduğu gibi, birden fazla taşıma türünün kullanılması hâlinde de söz konusu olabilir. İkinci gruptaki terimlerde ise, malların hem taşıyıcıya teslim edildikleri yer, hem de alıcıya ulaştırılmak üzere götürüldükleri yer bir limandır³⁶. Bu yeni sistem ile her ne kadar harflere dayanan dörtlü gruplandırma sisteminden (E, F, C ve D) vazgeçilmiş olsa da, yine de bu dörtlü gruptan söz edilebilir³⁷. Zira, aynı harfle başlayan ticarî terimlerin ortak özellikleri devam etmektedir. Meselâ, taşıma (F) grubundaki tüm terimlerde alıcı tarafından, (C) grubundaki tüm terimlerde ise satıcı tarafından organize edilir. Bu gruplarda satıcı teslim borcunu yüklemeye yerinde ifa eder. (D) grubundaki terimlerde ise satıcı teslim borcunu sözleşmede belirlenen varma yerinde ifa eder³⁸.

Çalışma konumuz açısından önemli diğer bir değişiklik, FOB, CFR ve CIF terimlerinde hasarın intikali için esas alınan “malın gemi küpeştesini aştığı an” kavramının terk edilmesidir. Incoterms’de kural olarak hasar, satıcının teslim etme yükümlülüğünü yerine getirdiği zaman alıcıya intikal eder. Ancak, bu kuralın Incoterms 2000’de, üç istisnası bulunmaktaydı. FOB, CFR ve CIF terimlerinde hasar, malın “gemi küpeştesini aştığı anda” (accross the ship’s rail) alıcıya intikal etmekteydi. Yani, satıcı, mallar belirlenen limanda gemi küpeştesini aşana kadar her türlü hasarı taşımaktaydı. Incoterms®2010 kuralları ile bunun yerine malların “gemide/güvertede” (on board) teslim edileceğine dair ibare tercih edilmiştir. Dolayısıyla söz konusu istisnai durum sona ermiş olup, artık söz konusu terimler açısından da hasar teslimle birlikte alıcıya intikal etmektedir. Günümüzün ticarî gerçeklerine daha uygun olan bu düzenleme ile hasarın intikalinin farazî bir çizgi üzerinde, bir satıcı tarafına bir alıcı tarafına sallandığına ilişkin güncelliğini kaybetmiş bakış açısı terk edilmiştir³⁹.

2010 yılında getirilen önemli değişikliklerinden birisi de, zincirleme satışlar (String Sales) ile ilgilidir. Milletlerarası ticarete sıklıkla görülen bu satış türünde mallar taşıma hâlindeyken, zincir hâlinde birden çok kez satılmaktadır⁴⁰. Bu

³⁵ Incoterms®2010, s. 13.

³⁶ Incoterms®2010, s. 13.

³⁷ Erdem, E, Incoterms®2010, s. 231.

³⁸ Erdem, E, Incoterms®2010, s. 231.

³⁹ Incoterms®2010, s. 13; Erdem, E, Incoterms®2010, s. 228.

⁴⁰ Taşıma hâlindeyken satılan mallara ilişkin hasarın intikali konusu CISG m. 68’de düzenlenmiştir. Bu konu Incoterms® kuralları arasına 2010 versiyonu ile girebilmiştir. Böylece, zincirleme satışlara ilişkin Incoterms® kurallarındaki eksiklik giderilmiştir.

durumda zincirin ortasında yer alan, meselâ ikinci satıcı (ilk alıcı) ve diğer satıcılar malları göndermez. Zira mallar ilk satıcı tarafından zaten gönderilmiştir. Dolayısıyla, sonraki satıcıların borcu malları gönderme değil, malları tedarik (temin) borcudur⁴¹. Zincirin ortasında yer alan satıcı gönderilmiş olan malları tedarik ederek borcunu yerine getirir. Bu sebeple, Incoterms®2010 kuralları ile malların gönderilmesi borcunun yanı sıra gönderilmiş malların tedarik edilmesi borcuna da yer verilmiştir⁴².

IV. Incoterms®2010 Kurallarında Hasarın İntikali

Incoterms®’de, satıcının ve alıcının borçları, ayna yöntemi (mirror method)’yle, birbirinin karşılığını oluşturacak şekilde düzenlenmiştir⁴³. Bununla birlikte, Incoterms®’de yer alan onbir ticarî terimin ismi, esas itibarıyla satıcının yükümlülüklerine göre belirlenmiştir. Incoterms®’de, satıcının yükümlülükleri (A) sütununda, alıcının yükümlülükleri ise (B) sütununda, on madde (A1, A2... A10; B1, B2...B10) şeklinde yer almaktadır. Aynı durum, hasarın intikaline ilişkin kurallar açısından da geçerlidir. Hasarın satıcı tarafından üstleneceği zaman dilimi A5 maddesinde, hasarın alıcıya intikal ettiği an ise B5 maddesinde düzenlenmiştir. Taraflar, sözleşme serbestisi çerçevesinde hasarın intikal anını sözleşmede ayrıca belirleyebilirler. Ancak, bunun yerine uygulamada Incoterms® kurallarına atıf yapmak daha çok tercih edilmektedir. Zira, bu metot hem daha basittir hem de hasarın intikali dışındaki diğer konular açısından da tarafları düzenleme yapma zahmetinden kurtarmaktadır. Böylece, taraflar sözleşmelerinde Incoterms® kurallarına atıf yaparak, o ticarî terim altında on başlık altında düzenlenen tüm kuralların sözleşmelerine uygulanmasını sağlamaktadır.

Incoterms®2010’da, seçilmiş bazı terimlerin tanımlarına yer verilmiştir. Ancak, “hasar” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususuna değinilmemiştir. Incoterms® kurallarında, hasar kavramı ile temerrüt veya sözleşmeye aykırılık hâlleri dışındaki sebeplerle, yani malların kazayla zayi olması veya zarar görmesi durumları kastedilmektedir⁴⁴. Bu anlamda hasar, tarafların hiçbirinin sorumlu olmadığı mücbir sebep, beklenmeyen hâl veya üçüncü kişinin eylem veya ihmallerinden kaynaklanan herhangi bir fiziksel kayıp veya zararı kapsar⁴⁵. Malın kaybolması, telef olması, çalınması veya başka bir kişiye devredilme-

⁴¹ Incoterms®2010, s. 15.

⁴² Erdem, E, Incoterms®2010, s. 230.

⁴³ Erdem, E, Incoterms 2000, Makaleler, s. 235; Incoterms®2010, s. 16.

⁴⁴ Ramberg, s. 60.

⁴⁵ Valiotti, pa. 4.B.ii.a.

si⁴⁶, aşırı ısınmadan kaynaklanan bozulma, su sızıntısı, kötü depolama, erime, çürüme, büzülme misal olarak verilebilir⁴⁷. İşte, Incoterms® kuralları, malların kazayla zayı olması veya zarar görmesi durumunda, hasarı kimin üstlenmek zorunda olduğu sorusuna cevap verir⁴⁸. Burada, hasarın ne zaman meydana geldiği konusu önemlidir. Incoterms® kurallarında düzenlenen diğer yükümlülüklerin ihlâlinden kaynaklanan zararlar bu kapsamda olmayıp, bu zararlar doğan sorumluluk, sözleşme hükümlerine veya uygulanacak millî hukuka tabi olur⁴⁹. Bunun bir istisnası, B7 maddesi uyarınca, alıcının malların teslim gününü, teslim noktasını ve taşıyıcıyı belirleme gibi yetkilere sahip olduğu, ancak satıcıya gerekli ihbarda bulunmadığı hâldir. Bu durumda alıcı ihbar yükümlülüğünü yerine getirmezse, B5 maddesi gereği hasar, teslimden önce alıcıya intikal etmektedir (premature transfer of risk)⁵⁰. Ancak, bu sonucun doğması için malların ayırt edilmiş olması, başka bir deyişle sözleşmeye tahsis edilmiş olması gerekir⁵¹.

Incoterms®2010'da, hasarın intikali ile ilgili temel kavram olan "teslim" tanımlanmıştır. Incoterms®2010 kurallarında, bu kavram, mallara ilişkin hasarın alıcıya intikal ettiği anı belirlemek için kullanılmıştır⁵². Incoterms®'de kural olarak hasarın satıcıdan alıcıya intikal etmesi, malların A4'de öngörüldüğü şekilde alıcıya teslimi ile gerçekleşmektedir⁵³. Malların mülkiyetinin geçişinin veya taşıma veya sigorta işlerini kimin düzenlediğinin hasarın intikali üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır⁵⁴. Malların ayırt edilerek sözleşmeye tahsis edilmesi, satıcının teslim borcunun bir parçası olduğundan, hasarın alıcıya intikali için ayrıca ayırt etme şartının da gerçekleşmiş olması gerekir⁵⁵. Teslimin tamamlanması (yeri, zamanı ve şekli) A4 maddesinde belirlenmiş olup, çeşitli Incoterms® kurallarına göre farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla hasarın intikal anı da

⁴⁶ Germany 22 September 1998 Appellate Court Oldenburg (*Raw salmon case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980922g1.html> (E.T. 16.9.2015).

⁴⁷ Valioti, pa. 4.B.ii.a.

⁴⁸ Valioti, pa. 4.B.

⁴⁹ Ramberg, s. 60.

⁵⁰ Valioti, pa. 4.B.iv; Kuyucu, s. 48, dn. 196.

⁵¹ Karş. CISG m. 67/f.2 ve 69/f.3.

⁵² Incoterms®2010, s. 16.

⁵³ EXW, FAS, FCA, FOB, DAT, DAP ve DDP terimlerinin kullanılması hâlinde belirlenen yer, hem teslimin gerçekleştiği hem de hasarın alıcıya intikal ettiği yerdir. CPT, CIP, CFR ve CIF terimlerinde ise, belirlenen yer teslim yerinden farklılık gösterir. Bu dört terimde belirlenen yer, o noktaya kadar olan taşıma ücretinin ödendiği varma yeridir. Incoterms®2010, s. 11-12.

⁵⁴ United States 26 March 2002 Federal District Court [New York] (*St. Paul Guardian Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.*) "<http://www.cisg.law.pace.edu/cases/020326u1.html>" (E.T. 16.9.2015); Ramberg, s. 45.

⁵⁵ Ramberg, s. 93; Oruç, s. 221.

buna göre değişmektedir. Bu çalışmada esas olarak Incoterms®2010 kurallarında yer alan sırayla ve söz konusu hükümler üzerinden inceleme yapılmıştır⁵⁶. Öncelikle, söz konusu ticarî terimler hakkında kısaca bilgi verilmiştir. Ayrıca, söz konusu maddelerin açıklanması sırasında ihtiyaç duyulduğu ölçüde, satıcı ve alıcının diğer yükümlülüklerine de değinilmiştir. Aşağıdaki açıklamalar bu çerçevede yapılmıştır.

A. Tüm Taşıma Türlerini Kapsayan Kurallar

1. İşyerinde Teslim (EXW)

İşyerinde teslim kuralında, satıcı, kendi mahallinde (premises) veya işyeri (Ex Works), fabrika (Ex Factory) veya depo (Ex Warehouse) gibi ismen belirlenen başka bir teslim yerinde, malları alıcının tasarrufuna bırakarak teslim borcunu ifa etmektedir (A4). Bu niteliği itibarıyla, EXW teslim şeklinde aranılacak bir borç söz konusudur⁵⁷. Mallara ilişkin ihracat ve ithalat izni veya diğer resmî izinleri almak ve gümrükleme işlemlerini tamamlamak yükümlülüğü alıcının üzerindedir. Satıcının alıcıya karşı taşıma veya sigorta sözleşmesi yapmak yükümlülüğü yoktur (A3)⁵⁸. Bu niteliği itibarıyla EXW, satıcı itibarıyla asgarî, alıcı açısından azamî yükümlülüğü ifade eder⁵⁹. Ancak, bu terim daha çok iç ticarete önerilirken, dış ticaret için FCA terimi daha uygundur⁶⁰.

A5 maddesine göre, kural olarak mallar A4 uyarınca teslim edildiği ana kadar hasarı satıcı üstlenir. A4 maddesine göre ise satıcı, malları belirlenen teslim yerinde, eğer üzerinde anlaşılan belirli bir nokta varsa o noktada, kararlaştırılan tarihte veya süre içerisinde, herhangi bir taşıma aracına yüklenmemiş

⁵⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında kural olarak zilyetliğin devri anına kadar satıcıya aittir (m. 208/f.1). Böylece, 818 sayılı Borçlar Kanununda, hasarın sözleşmenin kurulması anından itibaren alıcıya intikal edeceğine ilişkin hükümde (m.183/f.1) esaslı bir değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğin Türk hukukundaki etki ve sonuçları ile CISG'da hasarın intikali konusu ayrı bir incelemeyi gerektirdiğinden, bu Çalışma kapsamına alınmamıştır.

⁵⁷ Yenice, s. 142.

⁵⁸ Ancak, satıcı, alıcının talebi üzerine hasarı ve masrafları alıcıya ait olmak üzere, alıcının sigorta yaptırabilmesi için gerekli bilgileri alıcıya sağlamalıdır (A3-b). Bu sorumluluk, satıcının sigorta yapma yükümlülüğünün bulunmadığı diğer Incoterms terimleri için de geçerlidir. Karş. CISG m. 32/f.3.

⁵⁹ Valiotti, pa. 4.B.iii; Incoterms®2010, s. 21; Erdem, E, Incoterms 2000, Makaleler, s. 236; Ekşi, s. 187; Doğan, s. 356; Acar, s. 104.

⁶⁰ Incoterms®2010, s. 21. EXW teslim şeklinin, Türk ihracatçısı ve ithalatçısı tarafından milletlerarası ticarete de kullanıldığı ve bu terimin Türk ihracat ve gümrük mevzuatına uygun olmadığı hakkında bkz. Yılmaz, Mutlu/Özken, Ahmet/Şahin, Necmettin; Incoterms 2000 ve 2010'un Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamalarındaki Eksiklikler, Journal of Yaşar University, 2011 23 (6), s. 3821-3824.

olarak alıcının tasarrufuna bırakmak suretiyle teslim etmelidir. Malların taşıma aracına yüklenmesi yükümlülüğü, yani yükleme masrafları ve hasarı alıcıya aittir. Diğer taraftan, satıcının, malları teslim alabilmesi için alıcıya gerekli tüm ihbarlarda bulunması gerekir⁶¹ (A7). Mallar bu şekilde alıcıya teslim edilene kadar hasar satıcıda (A5), buna karşılık teslim edildikleri tarihten itibaren ise alıcıdadır (B5).

Hasarın intikalini düzenleyen A5 maddesinde, B5 maddesinde belirtilen hasar hâlleri saklı tutulmuştur. B5 maddesine göre ise, eğer alıcı B7⁶² uyarınca ihbar mecburiyeti bulunmasına rağmen gerekli ihbarı göndermezse, belirlenen tarihten veya kararlaştırılan bir zaman dilimi varsa bu sürenin sona erme tarihinden itibaren, malların açıkça ayırt edilmiş olması şartıyla mallara ilişkin hasarı üstlenir⁶³. Malların sözleşmede kararlaştırılan tarihte veya süre içinde alıcı tarafından teslim alınmaması da mümkündür. Eğer bu durumda hasarın satıcıda kalmaya devam ettiği kabul edilmiş olsaydı, hasarın intikali alıcının iradesine bırakılmış ve alıcının kusuru korunmuş olurdu⁶⁴. İşte bu yüzden, malların alıcı tarafından teslim alınmaması veya B7 uyarınca gerekli ihbarda bulunulmaması hâlinde, alıcı, A5'deki genel kuraldan farklı olarak, teslimden önceki bir aşamada hasarı üstlenmektedir.

2. Taşıyıcıya Masrafsız (FCA)

Satıcı malları, kendi işyerinde veya belirlenen başka bir yerde, alıcı tarafından tayin edilen taşıyıcıya veya başka bir kişiye, ihracı için gerekli gümrük işlemlerini tamamlayarak teslim etmelidir (A4). (F) grubu terimlerde, satıcı malları, belirlenen yerde, alıcı tarafından tespit edilen taşıyıcıya teslim etmelidir. Başka bir deyişle, (F) grubu terimlerde hasarın ve masrafların devri aynı yerde gerçekleşmektedir. Satıcının alıcıya karşı taşıma veya sigorta sözleşmesi yapmak yükümlülüğü yoktur (A3). Alıcı, malların belirtilen yerden taşınması için, masrafları kendisine ait olmak üzere bir taşıma sözleşmesi yapmalıdır⁶⁵ (B3).

⁶¹ Teslim için kesin bir tarihin kararlaştırıldığı durumlarda ihbara gerek bulunmadığı, malların bu tarihte alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasıyla birlikte hasarın alıcıya intikal edeceği konusunda bkz. Oruç, s. 223.

⁶² B7'ye göre, "alıcı, kararlaştırılmış zaman dilimi içinde teslimatın yapılacağı günü veya belirlenen yerdeki teslim noktasını belirleme hakkı kendisine ait olduğunda, bu konuda satıcıya yeteri kadar önceden ihbarda bulunmalıdır." Bkz. Incoterms®2010, s. 25.

⁶³ Incoterms®2010, s. 25.

⁶⁴ Kuyucu, s. 65. Ayrıca bkz. CISG m. 69/f.1

⁶⁵ Satıcının alıcıya karşı taşıma sözleşmesi yapmak yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, alıcı talep ederse veya ticarî teamül varsa ve alıcı da uygun zamanda aksi yönde bir talimat vermezse, satıcı hasar ve masrafları alıcıya ait olmak üzere, normal koşullarda bir taşıma sözleşmesi yapabilir. Ancak her iki durumda da satıcı, alıcıya derhal ihbarda bulunmak kay-

Malların ithali veya başka bir ülkeden transit geçişi için gerekli tüm gümrük işlemlerini tamamlamak da alıcının sorumluluğundadır (B2).

Yukarıda da ifade edildiği üzere, mallar A4 uyarınca teslim edildiği ana kadar, hasarı satıcı üstlenir. A4'e göre, satıcı malları, taşıyıcıya veya alıcının tayin ettiği başka bir kişiye, belirlenen yerde, eğer üzerinde anlaşılan belli bir nokta varsa o noktada teslim etmelidir. Mallar bu şekilde teslim edildikleri tarihten itibaren hasar alıcıya intikal eder (B5). Belirlenen yerin satıcının işyeri olması ile işyeri dışında başka bir yer olması hâlinde teslimin tamamlanması farklılık göstermektedir. Dolayısıyla hasarın alıcıya intikal ettiği an da seçilen teslim yerine göre değişmektedir. Buna göre, eğer teslim için belirlenen yer satıcının işyeri ise, teslimin tamamlanması için malların alıcı tarafından sağlanan taşıma aracına yüklenmesi gerekir. Bu durumda yüklemeyen satıcı sorumludur. Diğer hâllerde ise, yani teslim için belirlenen yerin satıcının işyeri dışında başka bir yer olması hâlinde, malların taşıma aracına yüklenmesi gerekli olmayıp, satıcının taşıma aracında boşaltılmamış olarak alıcının tasarrufuna bırakılması yeterlidir (A4). Bu durumda malların teslim yerine getirilmesi satıcının yükümlülüğündedir. Malların satıcının taşıma aracından boşaltılarak alıcı tarafından sağlanan taşıma aracına yüklenmesinden ve bu sırada oluşabilecek hasardan ise alıcı sorumludur.

FCA teriminin hasarın intikaline ilişkin B5 maddesinde, genel kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Buna göre, alıcı kendisi tarafından bir taşıyıcı veya diğer bir kişi atandığına dair gerekli ihbarı satıcıya göndermezse (B7-a)⁶⁶ hasarı teslimden önce üstlenir. Aynı durum, söz konusu ihbarı gönderse bile bu kişilerce mallar teslim alınmazsa da geçerlidir (B7-b). Bu durumda hasarın üstlenileceği tarih değişik alternatiflere göre farklılık arzeder. Hasar, eğer kararlaştırılan bir teslim tarihi varsa bu tarihten itibaren alıcıya intikal eder. Eğer, böyle bir tarih yoksa satıcı tarafından malların kararlaştırılan zamanda teslim alınmadığına dair alıcıya yapılacak ihbar tarihinden (A7)⁶⁷ veya böyle bir tarihin de bulunmaması hâlinde, kararlaştırılan zaman diliminin sona erme tarihinden itibaren alıcıya intikal eder (B5). Bununla birlikte, A3-a maddesi uyarınca, taşıma sözleşmesi satıcı tarafından yapılmışsa, gecikmeden dolayı alıcının bir sorumlulu-

dıyla sözleşme yapmayı reddedebilir (A3-a). Bu sebeple, taşıyıcının satıcı tarafından seçilmiş olması da mümkündür.

⁶⁶ Alıcının satıcıya ihbar yükümlülüğünü düzenleyen B7'ye göre, Alıcı; a) Yeteri kadar süre önceden taşıyıcının veya diğer kişinin adını, b) durum gerektiriyorsa, teslim için öngörülen zaman dilimi içinden, bu kişilerin malları teslim alması için seçilen tarihi, c) Taşıma şeklini ve d) belirlenen yerde malların teslim edilmesi gereken noktayı, satıcıya bildirmekle yükümlüdür.

⁶⁷ A7 uyarınca satıcı, hasar ve masrafları alıcıya ait olmak üzere, malların A4'e göre teslim edildiğine veya malların taşıyıcı ya da alıcı tarafından tayin edilen diğer kişi tarafından kararlaştırılan zamanda teslim alınmadığına dair alıcıya uygun ihbarda bulunmakla yükümlüdür.

ğu bulunmadığından, genel kurala uygun olarak hasar teslimle birlikte alıcıya intikal eder⁶⁸. Her hâlde hasarın alıcıya intikali için malların ayırt edilmiş, başka bir deyişle açıkça sözleşmeye tahsis edilmiş olması gereklidir.

3. Taşıma Ödenmiş Olarak (CPT)

Bu terim, tüm taşıma türlerinde geçerli olmakla birlikte, özellikle çok vasıtalı taşıma türlerinde kullanılmaktadır⁶⁹. Satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere, malların teslim noktasından belirlenen varma yerine taşınması için bir taşıma sözleşmesi yapmak⁷⁰ ve malları, taşıma sözleşmesi yaptığı taşıyıcıya, belirlenen yerde teslim etmekle yükümlüdür (A4). Satıcı, ayrıca malların ihracı için gerekli izinleri almalı ve gümrük işlemlerini tamamlamalıdır (A2). Ancak, her türlü ihlâl iznini almak ve malların ithali için gerekli gümrük işlemlerini tamamlamak alıcıya aittir (B2). Diğer taraftan, satıcının alıcıya karşı sigorta yapmak yükümlülüğü bulunmamaktadır (A3-b).

CPT teriminde olduğu gibi diğer (C) grubu ticarî terimlerde de (CIP, CFR ve CIF), malların teslim yeri ile malların varma yerine iki ayrı fonksiyon yüklenmiştir. Zira satıcı, teslim yükümlülüğünü mallar varma yerine ulaştığında değil, malları kararlaştırılan tarihte veya kararlaştırılan süre içerisinde, taşıma sözleşmesi yaptığı taşıyıcıya teslim ettiğinde yerine getirmiş sayılır (A4). Buna karşılık, satıcı malların sadece teslim edildiği ana kadar ki masraflarını değil, kararlaştırılan varma yerine taşınması için gerekli navlun ve diğer tüm masrafları karşılamakla yükümlüdür (A6). Başka bir deyişle, hasar taşıyıcıya teslimle birlikte alıcıya intikal etmekte, ancak masrafların devri varma yerinde gerçekleşmektedir⁷¹. Bu sebeple, tarafların, hasarın intikal edeceği teslim yerini ve satıcının malların o noktaya kadar, masrafları kendisine ait olmak üzere taşıma sözleşmesi akdedeceği varma yerini açık bir şekilde düzenlemeleri yararlarına olur⁷². Bu husus özellikle alıcı açısından önemlidir. Zira, malların varma yerine ulaştırılması için çoğunlukla birden fazla taşıyıcı kullanıldığından, malların satıcı tarafından belirlenen ilk taşıyıcıya⁷³ teslimiyle, yani alıcının üzerinde hiç-

⁶⁸ Kuyucu, s. 78.

⁶⁹ Özkan, s. 9; Incoterms®2010, s. 39.

⁷⁰ Taşıma sözleşmesi, olağan şartlar içerecek ve olağan bir rota izlenmesini öngörecektir şekilde mutada uygun olarak yapılmalıdır. Eğer belirli bir nokta kararlaştırılmamışsa veya uygulamayla belirlenmemişse, satıcı belirlenen varma yerinde, kendi amacına en uygun noktayı seçebilir (A3-a).

⁷¹ Incoterms®2010, s. 39.

⁷² Incoterms®2010, s. 39.

⁷³ Incoterms®2010, s. 39; Ramberg, s. 113. Buna karşın ilk taşıyıcının bağımsız olmasının gerek kipi gerekmediği konusunda Incoterms®2010'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Aslan, satıcının mal üzerindeki fiilî hâkimiyetinin sona ermesi olduğundan, Incoterms'de de,

bir kontrolünün olmadığı bir noktada, hasar kendisine intikal etmektedir. Bu yüzden, hasarın daha sonraki bir zamanda intikali isteniyorsa, taraflarca bu hususun satış sözleşmesinde açıkça düzenlenmesi gerekir.

CPT teriminde hasar, kural olarak, malların sözleşme yapılan taşıyıcıya teslim edildiği ana kadar satıcının üzerindedir (A5). Hasar, malların taşıyıcıya teslim edildiği tarihten itibaren alıcıya intikal eder (B5). Ancak alıcının malların gönderme zamanını veya varma yerini ya da malların teslim alınacağı noktayı belirleme yetkisine sahip olması hâlinde, hasarın intikal anı değişebilmektedir. Bu durumda alıcının yeteri kadar önceden bu hususları satıcıya bildirmesi gerekir (B7). Eğer alıcı gerekli ihbarı göndermezse, kararlaştırılan tarihten veya kararlaştırılan teslim süresinin sona ermesinden itibaren, malların açıkça ayırt edilmiş olması şartıyla, hasarı üstlenir (B5).

4. Taşıma ve Sigorta Ödenmiş Olarak (CIP)

CIP teriminin, isminden de anlaşılacağı gibi CPT kuralından tek farkı, satıcının malların taşıma sırasında hasara uğrama riskine karşılık bir sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğünün olmasıdır (A3-b). Bu sebeple, hasarın intikaline ilişkin olarak CPT başlığı altında yapılan açıklamalar, bu terim için de geçerlidir.

Sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğünü düzenleyen A3 maddesine göre, satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere, asgarî olarak Enstitü Kargo Kuralları (LMA/IUA)⁷⁴'nın C klozu veya benzer klozlar kapsamında bir taşıma sigortası temin etmelidir (A3). Görüldüğü gibi, satıcı bu terim çerçevesinde asgari teminat sağlayan bir sigorta yapmak zorundadır. Bu yüzden, alıcının malları daha fazla koruma sağlayan bir sigorta ile korumak istemesi hâlinde, bu konuda satıcı ile anlaşması veya kendisinin ek sigorta yaptırması gerekir⁷⁵. Bu kapsamda satıcı, alıcı tarafından talep edilmesi hâlinde, masrafları alıcıya ait olmak üzere, Enstitü Kargo Kuralları (LMA/IUA)'nın A veya B klotları ya da benzer klotlar kapsamında veya Enstitü Savaş Klotları veya Enstitü Grev Klotları kapsamında ek sigorta temin etmekle yükümlüdür (A3)⁷⁶.

taşıyıcının bağımsız olması şartı aranmalıdır.

⁷⁴ Lloyd's Market Association (LMA) ve International Underwriting Association of London (IUA), Londra'da yerleşik sigortacılık kurumlarıdır. LMA hakkında bilgi için bkz. "http://www.lmalloyds.com/LMA/About_Us/about/LMA/About_us/About_the_LMA.aspx?hkey=a1464b86-0391-4abe-9db3-8b511090f71f", IUA hakkında bilgi için bkz. "http://www.lmalloyds.com/LMA/HR/Market_Talent_Initiatives/IUA/Web/market_places/Professional_Standards/IUA.aspx?hkey=d49b4bba-0dc7-454f-ab17-7c0ec225ef0b".

⁷⁵ Incoterms®2010, s. 47.

⁷⁶ Nakliyat klotları ve bu kapsamda sigorta edilen riskler konusunda bkz. <http://www.tsb.org.tr/nakliyat-klotlari.aspx?pageID=498> (E.T. 23.7.2015)

5. Terminalde Teslim (DAT)

DAT terimi, Incoterms 2000’de yer alan ve aynı hususu düzenleyen DEQ teriminin yerini almıştır. DAT kuralında teslim, malların varma yerinde veya limanında, belirlenen terminalde, satıcı tarafından taşıma aracından boşaltılarak alıcının tasarrufuna bırakılması ile yerine getirilir (A4). DAT teriminde geçen “terminal” ibaresi ile, depo, rıhtım, konteyner sahası veya yol, demiryolu veya hava kargo istasyonu gibi üstü açık veya kapalı herhangi bir yer kastedilmektedir⁷⁷. Satıcı, masrafları kendine ait olmak üzere, malların varma yeri veya limanındaki belirlenen terminale taşınması için bir taşıma sözleşmesi yapmak⁷⁸ ve A4 uyarınca teslim edildiği ana kadar (taşıma aracından boşaltılması dâhil) bütün masrafları karşılamakla yükümlüdür. Buna ilaveten taraflar, malların terminalden başka bir yere taşınması ve elleçlenmesi⁷⁹ ile ilgili hasar ve masrafların satıcı tarafından üstlenilmesini istiyorsa, bu terim yerine DAP veya DDP kuralını tercih etmelidir⁸⁰. Satıcının alıcıya karşı sigorta sözleşmesi yapmak yükümlülüğü bulunmamaktadır (A3-b). Satıcı, malların ihracı için gerekli resmî izinleri almalı ve gümrükleme işlemlerini tamamlamalıdır (A2). Ancak, malların ithali için gerekli resmî izinleri almak ve gümrükleme işlemlerini tamamlamak, alıcının sorumluluğundadır (B2).

DAT teriminde, malların belirlenen terminalde satıcı tarafından taşıma aracından boşaltılarak alıcının tasarrufuna bırakılması ile teslim gerçekleştiğinden (A4), o andan itibaren hasarı alıcı üstlenir. Ancak alıcı, gerekli ithal izinlerini almamış ve gümrükleme işlemlerini yapmamışsa, bundan kaynaklanan mallara ilişkin tüm hasara katlanır (B5-a). Yine, alıcı kararlaştırılan zaman dilimi içerisinde bir tarihi veya belirlenen terminaldeki teslim alma noktasını belirlemek yetkisine sahip ise, yeteri kadar önceden bu hususu satıcıya bildirmelidir. Eğer alıcı, B7 uyarınca bu konuda gerekli ihtarı satıcıya göndermezse, kararlaştırılan teslim tarihinden veya belirlenen teslim süresinin sona erme tarihinden itibaren hasarı üstlenir (B5-b). Her iki hâlde de, malların açıkça sözleşmeye tahsis edilmiş olması gerekir.

⁷⁷ Incoterms®2010, s. 59.

⁷⁸ Eğer belirli bir terminal kararlaştırılmamışsa veya uygulamayla belirlenmemişse, satıcı kararlaştırılan varma yerinde veya limanında kendine en uygun terminali seçebilir (A3-a).

⁷⁹ 4458 sayılı Gümrük Kanununa göre, “elleçleme” ibaresi, gümrük gözetimi altındaki eşyanın asli niteliklerini değiştirmeden istiflenmesi, yerinin değiştirilmesi, büyük kaplardan küçük kaplara aktarılması, kapların yenilenmesi veya tamiri, havalandırılması, kalburlanması, karıştırılması ve benzeri işlemleri ifade eder (m. 3/f.1/22).

⁸⁰ Incoterms®2010, s. 59.

6. Belirlenen Yerde Teslim (DAP)

DAP terimi, Incoterms 2000’de yer alan ve benzer özellikler taşıyan DAF, DES ve DDU’nun yerini almıştır. Bu kuralda satıcı, malları belirlenen varma yerinde, varsa kararlaştırılan noktada, taşıma aracından boşaltmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakarak teslim etmektedir (A4). Görüldüğü gibi, DAT teriminde satıcı malları taşıma aracından boşaltarak teslim ederken, bu terimde taşıma aracından boşaltmadan, ancak boşaltılmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakarak teslim etmektedir. Dolayısıyla, satıcının malları boşaltma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca, DAT terimindeki “terminal” ibaresi, malların satıcı tarafından araçtan boşaltılıp bekletildiği bir noktayı ifade ederken, DAP teriminde bulunan “belirlenen yer” ibaresi, malların alıcı tarafından boşaltılması için, taşımayı gerçekleştiren aracın üzerinde bekletildiği noktayı ifade etmektedir⁸¹. Dolayısıyla, DAT kuralından farklı olarak boşaltma masrafları alıcının üzerindedir. Bunun dışında, taşıma ve sigorta sözleşmeleri ile ihracat ve ithalata ilişkin gümrükleme işlemleri konusunda, DAT kuralı kapsamında yapılan açıklamalar bu terim için de geçerlidir.

Hasar, malların, kararlaştırılan tarihte veya süre içerisinde, belirlenen varma yerinde, varsa kararlaştırılan noktada, taşıma aracından boşaltmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakılarak teslim edildiği tarihten itibaren alıcıya intikal eder (B5). Ancak, DAT kuralında olduğu gibi, alıcı, B2 uyarınca gerekli ithal izinlerini almaz ve gümrükleme işlemlerini yapmazsa veya B7⁸² uyarınca gerekli ihbarı satıcıya göndermezse, malların açıkça sözleşmeye tahsis edilmiş olması şartıyla, hasarı üstlenir (B5-a,b).

7. Gümrük Resmi Ödenmiş Olarak Teslim (DDP)

EXW terimi nasıl satıcı açısından asgarî yükümlülüğü ifade ediyorsa, DDP terimi de, satıcı bakımından azamî yükümlülüğü temsil etmektedir⁸³. Bu kuralda satıcı, malları belirlenen varma yerinde, taşıma aracından boşaltılmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakarak teslim etmelidir (A4). Satıcı her türlü ihracat izninin yanı sıra ithal için gerekli tüm resmî izinleri de almalı ve malların ihracı ve ithali için gerekli tüm gümrükleme işlemlerini tamamlamalıdır⁸⁴.

⁸¹ Çalışkan, s. 231.

⁸² B7 kuralına göre alıcı, kararlaştırılan zaman dilimi içinde bir tarihi veya teslim alma noktasını belirlemek yetkisine sahipse, yeteri kadar önceden bu hususu satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Bkz. Incoterms®2010, s. 71.

⁸³ Incoterms®2010, s. 75; Erdem, E, Incoterms 2000, Makaleler, s. 251; Ekşi, s. 197; Doğan, s. 363.

⁸⁴ Eğer satıcı, ithalde ödenecek bazı masrafları, mesela KDV’yi ödemek istemiyorsa, bu hususun sözleşmede açıkça kararlaştırılması gerekir. Özellikle KDV gibi ülkeden ülkeye ve

Satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere, malların belirlenen teslim yerine kadar taşınması için taşıma sözleşmesi yapmakla yükümlüdür (A3-a). Bununla birlikte satıcının alıcıya karşı sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır (A3-b). DDP terimi, Incoterms®2010 gruplandırmasında, tüm taşıma türleri için kullanılabilen yedinci ve son kuraldır. Bu kuralda satıcı malları, alıcının ülkesindeki yerel bir satıcıdan farksız olarak alıcıya devreder⁸⁵. Bu sebeple, satıcının ithalat için gerekli gümrükleme işlemlerini yerine getirme imkânı bulunmuyorsa, DDP kuralı yerine DAP kuralını kullanması daha uygundur⁸⁶.

Alıcı, malların belirlenen varma yerinde, varsa kararlaştırılan noktada, gelen taşıma aracından boşaltılmaya hazır şekilde satıcı tarafından tasarrufuna bırakılarak teslim edildiği tarihten itibaren mallara ilişkin hasarı üstlenir (B5). Ancak alıcı, satıcının talebi üzerine, malların ithali için gerekli resmî izinleri almak hususunda satıcıya yardım etmezse (B2) veya B7⁸⁷ uyarınca gerekli ihbarı satıcıya göndermezse, malların açıkça sözleşmeye tahsis edilmiş olması şartıyla, hasarı teslim yapılmış olmasa da üstlenir (B5- a,b).

B. Deniz ve İçsu Taşımalarına Özgü Kurallar

1. Gemi Doğrultusunda Masrafsız (FAS)

Gemi doğrultusunda masrafsız terimi, sadece deniz veya içsu taşımacılığında kullanılabilen dört terimden ilkidir. Hem malların taşıyıcıya teslim edildiği yer hem de malların alıcıya verilmek üzere taşındığı yer bir limandır. Bu kural, satıcının malı yükleme limanında, alıcı tarafından seçilmiş olan geminin doğrultusunda bırakarak (placing them alongside the ship) veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek (procuring the goods so delivered) teslim etmesini gerektirir (A4). Bu teslim şeklinde satıcı, malları geminin yanına getirmekle ve taşıyıcıya teslim etmekle yükümlüdür. Meselâ, mallar, gemi rıhtımında ise yükleme yerine getirilerek, gemi açıkta ise mavnalarla geminin yanına götürülerek yüklenebilecek şekilde teslim edilir⁸⁸. Malların gemiye yüklenmesi

mallara göre değişen oranları bulunan vergilerden satıcı sorumlu olmak istemeyebilir. Bu durumda söz konusu kural "DDP KDV hariç" (DDP VAT excluded) şeklinde kullanılmalıdır. Bkz. Ekşi, s. 197, Erdem, E, Incoterms 2000, Makaleler, s. 250.

⁸⁵ Özkan, Incoterms, s. 11; Çalışkan, s. 232.

⁸⁶ Incoterms®2010, s. 75

⁸⁷ B7 kuralına göre alıcı, kararlaştırılan zaman dilimi içinde bir tarihi veya teslim alma noktasını belirlemek yetkisine sahipse, yeteri kadar önceden bu konuyu satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Bkz. Incoterms®2010, s. 79.

⁸⁸ Özkan, Incoterms, s. 11; Kuyucu, s. 81; Ramberg, s. 90, 94. Fakat, taraflar arasında yapılan anlaşmaya "free on lighter" ibaresi konulmuşsa, malların mavnaya yüklenmesi ile satıcının sorumluluğu ortadan kalkar; malların geminin yanına götürülmesine gerek yoktur. Bkz. Ekşi, 188.

ise alıcının yükümlülüğündedir. “Malları tedarik etme” ibaresi daha önce de belirtildiği gibi, Incoterms®2010 kuralları ile getirilmiş olup, malların taşıma hâlindeyken, zincirleme olarak birden çok defa satışını ifade etmektedir. Zira satılan mal ilk satıcı tarafından zaten bu şekilde teslim edilmiştir. İkinci ve sonraki satıcılar alıcıya olan borcunu malları teslim ederek değil, ilk satıcı tarafından teslim edilmiş malları tedarik ederek yerine getirir. Malların konteynerde taşındığı hâllerde, normal olarak satıcı malları gemi doğrultusunda değil, bir terminalde taşıyıcıya teslim etmektedir. Bundan dolayı, konteyner taşımacılığında bu kuralın değil, FCA kuralının kullanılması daha uygundur⁸⁹. Satıcının alıcıya karşı taşıma veya sigorta sözleşmesi yapmak yükümlülüğü yoktur (A3). Ancak, alıcının talep etmesi veya ticarî teamül bulunması ve alıcının da uygun zamanda aksi yönde talimat vermemesi hâlinde, satıcı, hasar ve masrafları alıcıya ait olmak üzere, normal şartlarda bir taşıma sözleşmesi yapabilir. Fakat her iki durumda da satıcı derhal ihbarda bulunmak kaydıyla sözleşme yapmayı reddedebilir (A3-a). Malların ihracı için gerekli gümrük işlemleri satıcı tarafından, malların ithali için gerekli gümrük işlemleri ise alıcı tarafından tamamlanmalıdır (A2, B2).

FAS satışlarda, malların belirlenen yükleme noktasında, alıcı tarafından seçilen geminin doğrultusunda bırakılarak veya zincirleme satışlarda mallar tedarik edilerek teslim edildiği anda, hasarı alıcı üstlenir⁹⁰. Incoterms®2010’da, FAS, FOB, CFR ve CIF terimlerinde satıcının teslim borcu kapsamında yer verilen, “zaten teslim edilmiş malların tedarik edilmesi” durumunda, yani zincirleme satışlarda hasarın ne zaman alıcıya intikal edeceği hususu tartışmalıdır. Bu konuda genellikle iki görüş ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre hasar, malların ilk satıcı tarafından teslim edilmesiyle birlikte geçmişe etkili olarak, zincirdeki son alıcıya intikal eder. İkinci görüş ise, CISG m. 68’e⁹¹ uygun olarak, hasarın ileriye etkili olarak, kural olarak sonraki satış sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte alıcıya intikal etmesidir⁹². Kanaatimizce, ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira, hasarın geçmişe yürütülmesi her ne kadar uygulamada hasarın

⁸⁹ Incoterms®2010, s. 85.

⁹⁰ Her iki hâlde de satıcı malları kararlaştırılan tarihte veya zaman dilimi içerisinde, yükleme limanında mutad olduğu şekilde teslim etmelidir (A4). Bu şart diğer 3 terim (FOB, CFR ve CIF) için de geçerlidir.

⁹¹ CISG m. 68’e göre, taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya intikal eder. Ancak şartların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin akdi anında malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır.

⁹² Görüşler hakkında bkz. Oruç, s. 266-269.

meydana geldiği anın tespiti açısından kolaylık sağlasa da, sonraki alıcıların, daha sözleşmenin kurulmadığı dönem için hasarı üstlenmesi, hakkaniyete uygun düşmez. Diğer taraftan, A4 maddesinde, satıcının teslim borcundan bahsedilirken, ilk satıcının teslim borcu (gemi doğrultusunda bırakmak) ve malları taşıma halindeyken satan satıcının teslim borcu (malı tedarik etmek) “veya” bağlacıyla bağlanmıştır. Bundan dolayı, her iki hâl için de hasarın aynı anda alıcıya intikal ettiğini iddia etmek güçtür. Öte yandan, sözcük anlamı ile, bir malın tedarik edilmesi, en azından buna yönelik olarak bir sözleşme akdedilmesini gerekli kılar. Mal teminine ilişkin bir sözleşme olmadan, malların tedarik edilmesinden söz edilemez. Bu sebeple, Incoterms®2010 kapsamında, taşınmakta olan malların satımında hasar, sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcıya intikal eder⁹³.

FAS teriminde, hasarın teslimle intikal edeceğine ilişkin genel kurala ilişkin bazı istisnalara yer verilmiştir. Buna göre, alıcı B7⁹⁴ uyarınca gerekli ihbarda bulunmazsa veya alıcı tarafından seçilen gemi zamanında gelmez, malları almaz ya da B7 uyarınca ihbar edilen tarihten önce yük almayı durdurursa, malların açıkça sözleşmeye tahsis edilmiş olması şartıyla, hasarı kararlaştırılan tarihten veya kararlaştırılan sürenin sona erme tarihinden itibaren üstlenir (B5- a,b).

FAS teriminde, teslim süresinin belli bir tarih olarak değil de bir zaman dilimi şeklinde belirlenmesi hâlinde hasarın intikali özellik arz etmektedir. Taraflar, teslimin belli bir zaman dilimi içinde yapılmasını kararlaştırmışsa, alıcı bu süre içinde teslim tarihini seçebilir (A4). Meselâ, teslimin Ekim ayı içinde yapılacağı kararlaştırılmış ve alıcı teslim tarihi olarak 10 Ekimi belirlemiş ve bunu B7 uyarınca satıcıya ihbar etmiştir. Ancak, satıcı malları Ekim ayı içinde ancak daha önceki bir tarihte, meselâ 5 Ekimde gemi doğrultusunda bırakmıştır. Bu durumda hasar 10 Ekim’e kadar satıcıda kalmaya devam eder. Geminin 10 Ekim’den sonra yükleme yerine ulaşması hâlinde ise, 10 Ekim ile geminin ulaşma tarihi arasında hasarı alıcı üstlenir. Yine alıcı, kararlaştırılan zaman dilimi içinde seçilen yükleme tarihi konusunda satıcıya B7 uyarınca ihbarda bulunmazsa, malların açıkça sözleşmeye tahsis edilmiş olması şartıyla, hasarı kararlaştırılan sürenin sona erme (31 Ekim) tarihinden itibaren üstlenir⁹⁵.

⁹³ Karşı görüş için bkz. Oruç, s. 268-269.

⁹⁴ B7 kuralına göre alıcı, geminin adını, yükleme noktasını ve gerekli olduğu hâllerde kararlaştırılan zaman dilimi içinde seçilen yükleme tarihi konusunda satıcıya uygun ihbarda bulunmakla yükümlüdür. Bkz. Incoterms®2010, s. 89.

⁹⁵ Bkz. Oruç, 235-236; Kuyucu, s. 84.

2. Gemide Masrafsız (FOB)

Gemide masrafsız kuralında satıcı, malları yükleme limanında, alıcı tarafından seçilen gemide veya zaten bu şekilde teslim edilmiş olan malları tedarik ederek teslim etmelidir (A4). FOB terimi sadece deniz veya içsu taşımacılığında kullanılabilir⁹⁶. FOB teriminin kullanılması, satıcının malları gemiye yüklenmeden önce bir terminalde taşıyıcıya teslim ettiği, meselâ malların konteynerde taşındığı hâllerde uygun olmayabilir. Bu durumda FOB yerine FCA kuralı tercih edilmelidir⁹⁷. Malların ihracı için gerekli gümrük işlemleri satıcı tarafından, malların ithali için gerekli gümrük işlemleri ise alıcı tarafından tamamlamalıdır (A2, B2). Malların gemiye yüklenmesi yükümlülüğü ve yükleme masrafları satıcıya aittir (A6). Satıcının alıcıya karşı taşıma veya sigorta sözleşmesi yapmak yükümlülüğü yoktur (A3). Kural olarak, malların taşınması için, masrafları kendisine ait olmak üzere taşıma sözleşmesi yapmak, alıcının sorumluluğundadır. Ancak, alıcı talep ederse veya ticarî teamül varsa ve alıcı da uygun zamanda aksi yönde bir talimat vermezse, satıcı hasar ve masrafları alıcıya ait olmak üzere, normal koşullarda bir taşıma sözleşmesi yapabilir. Fakat her iki durumda da satıcı derhal ihbarda bulunmak kaydıyla sözleşme yapmayı reddedebilir (A3-a).

FOB satışlarda satıcı, malları yükleme limanında, varsa alıcı tarafından gösterilen yükleme noktasında, kural olarak alıcı tarafından seçilen gemide veya zaten bu şekilde teslim edilmiş olan malları tedarik ederek teslim etmelidir. “Gemide teslim” ibaresi, malların gemi güvertesine yerleştirilmesini ifade eder. Satıcının yükü istifleme yükümlülüğü yoktur. Eğer, istiflemenin de satıcı tarafından yapılması isteniyorsa, sözleşmeye “FOB-istiflenmiş olarak” (FOB-stowed) kaydının konulması gerekir⁹⁸. Bu çerçevede, malın güvenli bir şekilde gemi güvertesine indirildiği andan itibaren hasar alıcıya intikal etmiş sayılır⁹⁹.

⁹⁶ FOB başlangıçta, sadece deniz ve içsu taşımacılığında değil, malların karayolu (FOT-Free On Truck), demiryolu (FOR-Free On Rail) ve havayolu (FOB Airport) ile taşındığı satış sözleşmelerinde de kullanılmıştır. Incoterms 1980, bu terimin çeşitli satışlara uyarlanmış şekillerini FOT, FOR ve FOB olarak belirlemiştir. Incoterms 1990 ise, her türlü taşımacılıkta kullanılmak üzere FCA terimini düzenlemiş, FOB terimini ise deniz taşımacılığına münhasır kılmıştır. Incoterms 2000 bu düzenlemeyi korumuş, Incoterms® 2010 ise FOB terimini, deniz ve içsu taşımalarına özgü kurallar sınıfında düzenlemiştir. Bkz. Kuyucu, s. 95.

⁹⁷ Incoterms®2010, s. 93. Konteyner ve ro-ro taşımaları ile kombine taşımaların artışı, FOB satışlarında azalmaya yol açmıştır. Ancak, petrol, sıvılaştırılmış gaz ve dökme yük taşımalarında FOB terimi hâlen önemini korumaya devam etmektedir. Bkz. Erdem, E, “Denizşarısı Satış Olarak FOB Satış”, Makaleler, s. 147.

⁹⁸ FOB, CIF ve EXW türevlerinin hasarın intikali anına etkileri konusunda bkz. Oruç, s. 248 vd.

⁹⁹ Bkz. Ekşi, s. 189; Oruç, s. 241. Malların gemide teslimine ilişkin yapılan bu açıklamalar, CFR ve CIF terimleri için de geçerlidir.

Malların tedarik edilmesi konusunda ise, FAS terimi ile ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalar bu kural için de geçerlidir. Incoterms 2000’de yer alan “malların gemi küpeştesini aştığı anda” hasarın alıcıya intikal etmesi kuralı, Incoterms®2010 ile terkedilmiş ve “gemide/güvertede teslim” esası getirilmiştir.

Yargıtay 11. HD’nin bir kararında, FOB satış esasına göre yapılan satışlarda, malların taşıma yapılan araca fiilen yüklendiği tarihten itibaren, mallara ilişkin nef’i ve hasarın alıcıya ait olduğunu belirterek, hasarın intikali için, “malların gemi küpeştesini aşmasını” (malların tırın dorsesini geçmesini) değil, fiilî yüklemeyi esas almıştır¹⁰⁰. Yargıtay bu Kararında muhtemelen eTTK m. 1138’de yer alan “malların geminin küpeştesini fiilen geçtiği andan itibaren” ibaresine dayanmıştır. Diğer taraftan, Yargıtay bu kararında, kural olarak deniz veya içsu taşımacılığında kullanılan FOB teriminin kara taşımacılığında kullanılması konusunda herhangi bir yorum yapmamıştır.

Alıcının malları teslim almayarak hasarı satıcının üzerinde bırakmasını engellemek için, gemide teslim kuralının istisnalarına da yer verilmiştir. Buna göre alıcı, B7¹⁰¹ uyarınca geminin seçimine dair gerekli ihbarda bulunmazsa veya alıcı tarafından seçilen gemi zamanında gelmez, malları almaz ya da B7 uyarınca ihbar edilen tarihten daha önce yük almayı durdurursa, malların açıkça sözleşmeye tahsis edilmiş olması şartıyla, hasarı teslimden önce¹⁰² üstlenir (B5- a,b).

3. Masraflar¹⁰³ ve Navlun (CFR)

Satıcı malları gemide teslim ederek veya zaten teslim edilmiş malları tedarik ederek, teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur (A4). Satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere, malların belirlenen teslim yerinden, kararlaştırılan varna limanına kadar taşınması için bir taşıma sözleşmesi yapmalı veya böyle

¹⁰⁰ Yargıtay 11. HD’nin 10.11.1987 T. ve E. 1987/5579, K. 1987/6086 S. Kararı (YKD, C. 14, S. 2, Şubat 1988, s. 208, 209), Nef’i ve hasarın taşıyıcıya teslimle birlikte alıcıya intikal ettiğine ilişkin benzer bir karar için bkz. Yargıtay 19. HD’nin 28.3.1997 T. ve E. 1996/10078, K.1997/3268 sayılı Kararı (YKD, C. 23, S.12, Aralık 1997, s. 1387-1388).

¹⁰¹ B7 kuralına göre alıcı, geminin adını, yükleme noktasını ve gerekli olduğu hâllerde kararlaştırılan zaman dilimi içinde seçilen yükleme tarihi konusunda satıcıya uygun ihbarda bulunmakla yükümlüdür. Bkz. Incoterms®2010, s. 99.

¹⁰² Bu durumda hasarın üstlenileceği tarih değişik alternatiflere göre farklılık arzeder. Hasar, eğer kararlaştırılan bir teslim tarihi varsa bu tarihten itibaren alıcıya intikal eder. Eğer, böyle bir tarih yoksa satıcı tarafından malların kararlaştırılan zamanda teslim alınmadığına dair alıcıya yapılacak ihbar tarihinden (A7) veya böyle bir tarihin de bulunmaması hâlinde, kararlaştırılan zaman diliminin sona erme tarihinden itibaren alıcıya intikal eder (B5).

¹⁰³ Bu terimde geçen “masraflar” (cost) ibaresi, mal bedeli (fiyat) anlamında kullanılmıştır. CIF teriminde de aynı durum geçerlidir. Bkz. Oruç, s. 246, dn. 226.

bir taşıma sözleşmesi temin etmelidir (A3). Görüldüğü üzere, diğer (C) grubu terimlerde olduğu gibi, bu terim kullanıldığında da, satıcının teslim yükümlülüğü, mallar varma yerine ulaştığında değil, mallar varma yerine ulaştırılmak üzere yükleme yerinde taşıyıcıya teslim edildiğinde yerine getirilmiş olur. Dolayısıyla, hasarın intikali ve masrafların devri farklı yerlerde gerçekleşmektedir. CFR teriminin kullanılması, satıcının malları gemiye yüklenmeden önce bir terminalde taşıyıcıya teslim ettiği, meselâ malların konteynerde taşındığı hâllerde uygun olmayabilir. Bu gibi durumlarda CFR yerine CPT kuralı tercih edilmelidir¹⁰⁴. Satıcının alıcıya karşı sigorta sözleşmesi yapmak yükümlülüğü yoktur (A3-b). Satıcı, malların ihracı için gerekli resmî izinleri almalı ve gümrük işlemlerini tamamlamalıdır (A2). Malları ithali için gerekli gerekli resmî izinleri almak ve gümrük işlemlerini tamamlamak ise alıcının yükümlülüğündedir (B2).

CFR satışlarda, Incoterms 2000'de yer alan "malların gemi küpeştesini aştığı anda" hasarın alıcıya intikal etmesi kuralı, Incoterms®2010 ile terkedilmiştir. Bu terimde mallar satıcı tarafından ya gemide ya da zaten bu şekilde teslim edilmiş mallar tedarik edilerek teslim edilmelidir. Malların bu şekilde teslim edildiği tarihten itibaren hasar alıcıya intikal eder. Bununla birlikte, alıcı, malların gönderilme zamanını veya kararlaştırılan varma limanındaki tesellüm noktasını belirlemek yetkisine sahipse (B7), hasarın intikal anı değişebilmektedir. Bu durumda alıcı, yeteri kadar önceden bu hususlarda satıcıya gerekli ihbarı göndermelidir. Aksi hâlde, kararlaştırılan tarihten veya yükleme süresinin sona erme tarihinden itibaren, malların açıkça sözleşmeye tahsis edilmiş olması şartıyla, tüm hasarı üstlenir (B5).

4. Masraflar, Sigorta ve Navlun (CIF)

CFR kuralında olduğu gibi CIF kuralında da, satıcı malları gemide teslim ederek veya zaten bu şekilde teslim edilmiş malları tedarik ederek teslim yükümlülüğünü yerine getirir (A4). CIF teriminin kullanılması, satıcının malları gemiye yüklenmeden önce bir terminalde taşıyıcıya teslim ettiği, meselâ malların konteynerde taşındığı hâllerde, uygun olmayabilir. Bu gibi durumlarda CIF yerine CIP kuralı tercih edilmelidir¹⁰⁵. Bu terim, satış, sigorta ve taşıma sözleşmelerini aynı çatı altında toplaması ve sadeliği sebebiyle, deniz aşırı ticaretin en sık kullanılan ticarî terimi hâline gelmiştir¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Incoterms®2010, s. 101.

¹⁰⁵ Incoterms®2010, s. 111. CIP, CIF'ten farklı olarak, çok vasıtalı olanlar da dahil olmak üzere tüm taşıma türlerinde kullanılabilir. CIF ise sadece deniz ve içsu taşımacılığına özgüdür.

¹⁰⁶ Oruç, s. 246-247.

CFR'den farklı olarak satıcı malların taşıma sırasında zarar ve ziya görmesi riskine karşı bir sigorta sözleşmesi yapmakla yükümlüdür. Sigorta sözleşmesi yapma yükümlülüğüne ilişkin olarak CIP kuralına ilişkin yapılan açıklamalar CIF kuralı için de geçerlidir.

Yargıtay 11. HD'nin bir kararına göre, CIF (Sif) olarak satılan mallar için, satıcı kendi lehine değil, ancak alıcı yararına sigorta yaptırabilir¹⁰⁷. Yine bu tür satışta, satılan malların vasıta küpeştesini aştıktan sonra nef'i ve hasarı alıcıya, yani gönderilene aittir.

CIF terimi hasarın intikali konusunda bir özellik arzetmez. Hasarın alıcıya intikal anı ve istisnası CFR kuralında olduğu gibidir. Bu sebeple, tekrara düşmemek için CFR teriminde hasarın intikali ile ilgili yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

SONUÇ

Incoterms®'de hasar, kural olarak malların teslimi ile birlikte alıcıya intikal etmektedir. Hasarın intikali bakımından, malların mülkiyetinin alıcı ya da satıcıda olmasının veya taşıma ve sigorta işlemlerinden kimin sorumlu olduğunun bir önemi yoktur. Incoterms® anlamında hasar, taraflara atfedilemeyen sebeplerle yani kazaen meydana gelen (mücbir sebep, beklenmeyen hal, üçüncü kişinin fiili gibi) zarar ve ziya durumlarını kapsamaktadır. Incoterms® kurallarında düzenlenen diğer yükümlülüklerin ihlâlinden kaynaklanan zararlar bu kapsamda olmayıp, bu zararlardan doğan sorumluluk, sözleşme hükümlerine ve/veya uygulanacak millî hukuka tabi olur. Bunun bir istisnası; alıcının malların teslim gününü, teslim noktasını, taşıyıcıyı vb. belirleme yetkisine sahip olduğu, ancak satıcıya gerekli ihbarda bulunmadığı hâldir. Bu durumda alıcı ihbar yükümlülüğünü yerine getirmese, hasar, teslimden önce alıcıya intikal etmektedir (premature transfer of risk). Ancak, bu sonucun doğması için malların ayırt edilmesi, başka bir deyişle sözleşmeye tahsis edilmiş olması gerekir.

Milletlerarası mal satış sözleşmeleri, çoğu zaman malların uzun mesafeler taşınmasını gerektirdiğinden, malların taşıma esnasında zarar görmesi mümkündür. Buna karşılık, malların hasarın intikal ettiği anda, ayıplı olarak teslim edilmiş de olabilir. Özellikle, konteyner taşımacılığın yaygınlaştığı günümüzde, malların ne zaman hasara uğradığının tespiti zordur. Bu sebeple, hasarın alıcıya intikalinden önceki bir aşamada yani, en geç ilk taşıyıcıya teslimi esnasında, malların sözleşmeye uygunluğunun bu konuda uzman kuruluşlara denetlet-

¹⁰⁷ Yargıtay 11. HD'nin 27.6.1994 T. ve E.1994/1093, K.1994/5524 sayılı Kararı (YKD, C. 21, S. 2, Şubat 1995, s. 231, 232).

tirilmesi önem taşımaktadır. Böylece, hasarın ne zaman meydana geldiği ve dolayısıyla hasarı kimin taşıyacağına ilişkin muhtemel uyuşmazlıklar daha başlangıçta engellenmiş olur. Diğer taraftan (C) grubu terimlerde (CIP, CFR ve CIF), malların teslim yeri ile malların varma yerine iki ayrı fonksiyon yüklenmiştir. Bu terimlerde, hasar malların ilk bağımsız taşıyıcıya teslimiyle alıcıya intikal etmekte, ancak masrafların devri varma yerinde gerçekleşmektedir. Bu sebeple, tarafların, hasarın intikal edeceği teslim yerini açık bir şekilde düzenlemeleri gerekir. Zira, bu terimlerde hasar, mallar üzerinde hiçbir kontrolünün olmadığı bir noktada alıcıya intikal etmektedir.

Buna ilave olarak, tarafların Incoterms®'in eksiksiz bir satış sözleşmesi sunmadığını dikkate alarak, bu kurallarda yer almayan konuları (meselâ, sözleşmeye aykırılığın sonuçları, mücbir sebepler, cezaî şartlar ve uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri gibi), sözleşme ile düzenlemeleri faydalarına olacaktır. Diğer taraftan, CIP ve CIF terimlerinde, satıcı tarafından yapılması zorunlu olan sigortanın asgari teminat sağlayan bir sigorta olduğu unutulmamalıdır. Bundan dolayı, alıcının malları daha fazla koruma sağlayan bir sigorta ile korumak istemesi hâlinde, bu konuda satıcı ile anlaşması gerekir. Aksi takdirde, alıcı ek sigorta yaptırmalıdır. Son olarak, sözleşmede malların teslimine ilişkin yapılacak değişikliklerin ve teslimine ilişkin yükleme limanı teamüllerinin hasarın intikali anını da değiştirebileceği gözden uzak tutulmamalıdır.



KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
CISG.	: United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması)
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
eTTK.	: 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
ICC.	: International Chamber of Commerce (Milletlerarası Ticaret Odası)
Incoterms.	: International Commercial Terms (Milletlerarası Ticarî Terimler)
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
MHB.	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
pa.	: Paragraf
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
UNCITRAL.	: United Nations Commission on Internatioanal Trade Law (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu)
vd.	: ve devamı
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi

KAYNAKÇA¹⁰⁸

- Acar, Hakan: Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi, İstanbul 2009.
- Altay, Sabah: Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008.
- Atamer, Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.
- Caner, Oğuz: Incoterms 2010 (ICC Rules For The Use Of Domestic and International Trade Terms),” 10. Yıl’a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 11, S. 22, Güz 2012/2, s. 223-262.
- Çağlar, Murat: “Geçmişten Günümüze Incoterms”, İBD, C. 77, S. 4, Aralık 2003, s. 857- 878.
- Çalışkan, Yusuf: Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2014.
- Doğan, Fatih: Incoterms 2000, Tarihi Gelişimi-Geçerlilik Kaynağı-Münferit Klozlar-Son Değişiklikler, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul 2002, s. 337-367.
- Eksi, Nuray: Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2010.
- Erauw, Johan: CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It, 25 Journal of Law and Commerce (2005-06), s. 203-217. “<http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Erauw.pdf>” (E.T.18.9.2015).
- Erdem, B. Bahadır: Incoterms’in Uluslararası Hukukta Uygulanacak Hukuka Etikisi ve Hukukî Niteliği, MHB, Özer Eskiuyurt’un Anısına Özel Sayı, C. 10, S. 1-2 (1990), s. 65-79 (Kısaltılmışı, Erdem B).
- Erdem, H. Ercüment: “Incoterms® 2010”, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010/1, C. I, s. 219-235 (Kısaltılmışı: Erdem, E, Incoterms® 2010).
- Erdem, H. Ercüment: Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008, (Kısaltılmışı: Erdem, E, Makaleler).
- Kalpsüz, Turgut: Denizaşırı Satışlar (Giriş - Boşaltmada Satışlar), Ankara 1967.
- Kuyucu, Aslıhan S.: Incoterms (Uluslararası Ticari Terimler), İstanbul 2011.

¹⁰⁸ Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekliyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

Milletlerarası Ticaret Odası (ICC): Incoterms®2010, İç ve Dış Ticarete İlişkin Ticari Terimlerin Kullanılmasına İlişkin ICC Kuralları, ICC Yayın No: 715 E (Çev. H.ERCÜMENT ERDEM), (Kısaltılmışı, Incoterms®2010).

Oğuz, Arzu: Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)- Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği, AÜHFED, Yıl 2001, C. 50, S. 3, s. 11-53.

Oruç, Murat: Satış Sözleşmesinde Riskin Geçişi, İstanbul 2015.

Özkan, Ömer: Incoterms 2010 ile Getirilen Yenilikler, Akademik Bakış, S. 31, Temmuz-Ağustos 2012, s. 1-15, "http://www.akademikbakis.org/eskisite/31/01.pdf" (Kısaltılmışı, Özkan, Incoterms) .

Özkan, Ömer: Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Hazırlanmasında Dikkat Edilecek Hususlar, Akademik Bakış, S. 4, Ekim 2004, s. 1-49, "http://www.akademikbakis.org/eskisite/31/01.pdf" (Kısaltılmışı, Özkan, Ticari Sözleşmeler).

Ramberg, Jan: ICC Guide to Incoterms®2010, Paris 2011.

Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg: (Editörler: Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, İstanbul 2015.

Sunay, Nesrin Akın: "Incoterms 2010" Kuralları Hakkında Genel Bilgi ve Bu Kurallar Kapsamında "DAT ve DAP" Ticari terimleri, e- akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Eylül 2012, S. 126, s. 1-26.

Valiotti, Zoi: Passing of Risk in International Sale Contracts: A Comparative Examination of The Rules on Risk Under The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERMS 2000, "http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valiotti1.html" (E.T. 15.9.2015).

Yenice, A. Özge: Türk Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Konvansiyonu (CISG) Hükümleri Işığında Gönderme Satımı, İstanbul 2015.

Yılmaz, Mutlu/Özken, Ahmet/Şahin, Necmettin: Incoterms 2000 ve 2010'un Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamalarındaki Eksiklikler, Journal of Yaşar University, 2011 23 (6) s. 3814-3825.

KENTLEŞME VE SUÇ İLİŞKİSİ: ÇOCUK SUÇLULAR

The Relation of Urbanization and Crimes: Child Criminals

Tuğba ÜNSAL*

ÖZET

Kentleşme sürecinin bilimsel temellere oturmada uygulanması, beraberinde çarpık kentleşmeyi getirmekte, bunun en önemli sonuçlarından biri de kentlerde suç oranlarında yaşanacak yükselmeye görülmektedir. Kent kırsallarına gerekli hizmetlerin götürülebilmesi, kontrolsüz veya kontrolün çok az olduğu kırsal bölgelerin ortaya çıkması, kırsal bölgelerin gerek eğitim, gerekse sosyal ihtiyaçlarının karşılanabilmesinde yaşanan yetersizlikler, zaten ekonomik anlamda ciddi sıkıntı çeken kırsal bölge insanlarını suça yöneltebilmektedir. Çarpık kentleşmenin en büyük sıkıntısını, bölgede doğan ve büyüyen çocuklar ile gençler çekmektedir.

Geleceğin en büyük güvencesi olan çocuklar ve gençler açısından kentlerin, suçun oluşmasına etki eden faktörlerinin araştırılması, konunun önemini bir kez daha ortaya koymaktadır. Bu çalışmada temel amaç, kentleşme ve suç arasındaki ilişkiyi ortaya koymak, özellikle çocuk suçlu/hükümlülerin kentleşmeden kaynaklı suça yönelme ilişkisini belirlemeye çalışmaktır. "Gelecek" hayali olmayan, suçu alışkanlık haline getirmiş olan çocuk suçlu/hükümlülerin varlığı, bu konuda ciddi adımların atılması gerekliliğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Kentleşme, suç, kentleşme ve suç ilişkisi, kentleşme

ABSTRACT

Implementation of the urbanization process without scientific basis brings irregular urbanization, and one of the most important results of this is the increase in the crime rates in the cities. Absence of facilities at the rural areas, rural areas under little or no control, deficiencies in the education and inadequacy in meeting the social requirements in the rural areas make the people, who live in rural areas tend to crime. The children and the young born and grow in these region suffer most from the problems brought by irregular urbanization.

Searching the impact factors of the urban areas in the occurrence of crimes among the children and young, who are the most significant security of the future puts forward the importance of the subject once again. The main objective of this research is to identify the relation between urbanization and crimes, and determine the role of urbanization in orienting the child criminals / culprits for committing a crime. The existence of child criminals / culprits who lack a dream for the "future", and for whom crimes have been a habit is an indicator for the necessity of taking important steps in this issue

* Doktora öğrencisi, Cemiyet Gazetesi yönetim kurulu üyesi. Siyasi Danışman, TBMM. tugbaunsal_@hotmail.com

Keywords: Urbanization, crime, relation of urbanization and crime, urbanizing

◆◆◆

Giriş

Bilgi çağı, teknolojide ve iletişimde yaşanan hızlı gelişmeler, küreselleşme kavramını da birlikte getirmiştir. İnsanların yaşam biçimleri, sosyo-ekonomik yapıları, kültürel yaklaşımları, inanç yaklaşımları bilginin kolaylıkla paylaşılabildiği iletişim ortamları aracılığı ile toplumsal yapıları etkilemeye başlamıştır. Televizyon ile görsel medyanın günlük hayata girmesi, özellikle kırsal kesimlerde yaşayan dar gelirli insanların beklentilerini de değiştirmeye başlamış, farklı yaşam biçimlerini görenlerin yaşamdan isteklerinin farklılaşmasına da yol açmıştır. Nüfusun çoğalması, topraktan sağlanan gelirin nüfusa yeterli gelmemesi ve geçim sıkıntısının ortaya çıkması ile “köyden kente” göçlerin yaşanmasına neden olmuştur. Kent hayatı ile köy hayatını birleştirmekte zorlanan “göçebe” kesim, dar gelirli olmanın da etkisi ile “gecekondu” yapılaşmalarına yol açmıştır.

Kentlerde yeterli iş olanaklarının olmaması, bulunan işlerin büyük bir çoğunluğunun kıt kanaat geçinebilecek düzeyde düşük olması, çalışanın sosyal hakları konusunda bilgi ve birikimin olmaması insanları suça iten nedenlerin başında görülmektedir. Rahat bir yaşam beklentisine hızlı ve emeksiz ulaşma isteği de insanları suça iten nedenler arasında sayılmaktadır. Kent hayatına uyum sağlayamama, görsel medyadan izlenen yaşam biçimlerine özenme beraberinde yaşamsal kıskançlığı da getirmiş olup, suça iten nedenler arasında görülebilir. Özellikle köyde veya gecekondu mahallesinde doğup büyüyen, gerekli aile eğitimi alamayan, devletin eğitim olanaklarından yeterince yararlanamayan, doğup büyüdüğü sosyal çevrenin etkisi ile uyuşturucu, kumar vb. kötü alışkanlıklar edinen kişiler açısından sosyal çevre ve eğitim eksikliği de suça iten nedenler arasında ön sıralarda yer almaktadır.

Bu araştırmada, kentleşme ve suç ilişkisinde odak noktası olarak çocuk suçlu/hükümlüler seçilmiştir. Konuya iki ayrı yönden bakabilmek üzere cezaevinde görevli adli personeller ile çocuk suçlu/hükümlüler üzerinde ayrı ayrı çalışma yapılmıştır. Çocuk suçlu ve hükümlülerle yapılan çalışma sırasında özellikle dikkat çeken konular aşağıda sıralanmıştır:

- Çocukların eğitim düzeylerinin çok düşük olması, soruları okumakta bile zorlananların olması, okumayı bilse bile soruları okumak istememesi, yazma konusunda eksiklerinin olması, cümle kurgusu yapmakta zorlanmaları,
- Büyük bir çoğunluğunun madde bağımlısı olması,

- Vücutlarının birçok yerinde dövmeler bulunması,
- Vücutlarının birçok yerinde kavga izleri bulunması,
- “Gelecek” ile ilgili beklentilerinin olmaması
- Her şeye kızgın ve alaycı yaklaşımları, yaşamı ciddiye almamaları,
- Suçu bir alışkanlık haline getirenlerin olması, birçoğunun defalarca cezaevine girip çıkmaları,
- Gelişme çağlarında ekonomik ve sosyal anlamda gelişmemiş bölgelerde yaşamış olmaları.

Kent ve Kentleşme

Kent olgusunun günümüzdeki anlamında ortaya çıkışının, sanayileşme süreci ile başladığı bilinmektedir¹. Keleş tarafından hazırlanan SBF Kent Bilim Terimleri Sözlüğü’nde kentleşme “tarımsal olmayan üretimin göreceli olarak ağırlık kazandığı, üretim araçlarının ve dolayısıyla nüfusun yoğun olarak toplandığı, örgütlenme, işbölümü ve uzmanlaşma düzeylerinin yüksek olduğu yerleşim merkezleri” olarak tanımlanmıştır². Kentler insanların günlük yaşamını tümüyle etkileyen her türlü insan ilişkisinin bulunduğu, kurumlaşmanın yoğunlaştığı merkezler olarak adlandırılabilir³.

Kentleşme üzerine birçok tanım bulunmaktadır. Kentleşme en dar anlamıyla, kent sayısının ve kentlerde yaşayan nüfusun artması demektir⁴. Kentleşme, sanayileşmeye ve ekonomik gelişmeye koşut olarak kent sayısının artmasını ve günümüzdeki kentlerin ortaya çıkmasını sağlayan toplum yapısında, artan oranda örgütlenme, işbölümü ve uzmanlaşma yaratan, insan davranış ve ilişkilerinde kentlere has değişikliklere neden olan bir nüfus birikimi sürecidir⁵. Kentleşme, demografik olarak bakıldığında özellikle köyden kente göçle beslenen nüfus yoğunluğunun fazlalığıdır⁶. Kentleşme, sosyolojik açıdan ele alındığında “dar mekânlı” bir cemaat hayatından, “geniş mekânlı” bir cemiyet hayatına geçiş ve bu ikinci yaşama şekline göre yeni “sosyal münasebetlere” ve bunun gerektirdiği

¹ GÖKULU, Gökhan, (2010). “Kent Güvenliği Kentleşme ve Suç İlişkisi”. Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, s.211

² KELEŞ Ruşen, (2002). Kentbilim Terimleri Sözlüğü, Ankara, s.7

³ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, (2014). “Kentleşme-Suç İlişkisi ve Önlenmesi”, Proje Değerlendirme Kurulu Raporu, s.1-2

⁴ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, a.g.e., s2

⁵ KELEŞ, a.g.e., s.21-22

⁶ BAYHAN, Vehbi; (1996). “Türkiye’de İç Göçler ve Anomik Kentleşme”, Toplum ve Göç, II. Ulusal Sosyoloji Kongresi, Mersin, s.178.

“yeni teşkilatlanmalara giriş” olarak tanımlanmaktadır⁷. Kentleşme, ekonomik açıdan bakıldığında işgücünün tarım sektöründen, sanayi ve hizmetler gibi tarım-dışı sektörlere aktarılmasıdır⁸. Kentleşme, bir yerleşim bölgesindeki nüfusun hızlı artışı ve bu artıştan kaynaklanan nedenlerle yeni etkenlerin oluşması, yeni çözüm yollarının bulunması demektir⁹. Belirli bir zaman aralığında şehir olarak kabul edilen yerleşme birimlerinde nüfus artışı ile birlikte görülen ekonomik ve toplumsal yapıdaki değişmeyi belirleyen süreçtir¹⁰.

Kentleşme olgusu, bir toplumun ekonomik ve toplumsal yapısındaki değişmelerden doğmaktadır¹¹. Toplumsal açıdan kentleşme, toplumun sosyal yapısında iş bolumu, dayanışma ve belirli konularda uzmanlaşma gerektiren bir süreç olarak tanımlanabilir¹².

Kentleşme oranları ülkelerin gelişmişlik düzeylerine göre farklılık göstermesine rağmen, kentleşmeye etki eden üç faktör vardır. Bunlar itici faktörler, çekici faktörler ve siyasi faktörler olarak adlandırılmaktadır. İtici faktörler ekonomik faktörler olarak, çekici faktörler sosyo-psikolojik faktörler olarak, siyasi faktörler de siyasi ve teknolojik faktörler olarak da adlandırılmaktadır. Yıldırım çalışmasında bu faktörlerin evrensel olduğunu belirtmiştir. Yıldırım, “göç”ü de kentleşmeye etki eden önemli bir faktör olarak görmektedir¹³.

Kentleşme kentleşmeden farklıdır. Kentleşme, kentleşme akımı sonucunda yaşanan toplumsal değişimin insan davranışı, ilişkileri, değer yargıları, maddi ve manevi yaşam biçimleri üzerinde değişiklikler yaratma sürecidir¹⁴.

Kentleşme ve Suç İlişkisi

Kentleşme ve suç ilişkisi üzerine yapılan bilimsel çalışmaların azlığı dikkati çekmektedir. Yapılan araştırmaya göre YÖK Ulusal Tez Merkezi’nde “Kentleşme” ve “Suç” ilişkisi üzerine 1992 ile 2007 yılları arasında toplam 7 çalışma

⁷ SEZAL, İhsan, (1992). “Şehirleşme”, Ağaç Yayınları, İstanbul, s.22

⁸ YILMAZ, Hulusi, (1998). Kentleşme sürecinde Alevilik-Bektaşılık, Süleyman Demirel Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, s.12.

⁹ YILDIRIM, Aziz, (2004). Kentleşme ve kentleşme sürecinde göçün suç olgusu üzerindeki etkileri. Ankara Üniversitesi. Sosyal Bilimler Enstitüsü. Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı. Yüksek Lisans Tezi. Ankara, s.11.

¹⁰ GÖKÇE, Birsen, (1977). Gecekondu Gençliği, Hacettepe Üniversitesi. Ankara, s.8.

¹¹ KELEŞ, a.g.e. s.23

¹² TOPALOĞLU, Gürsu, Sezen, (2007). Suç Oluşumunda Kentleşme ve İç Göçün Etkilerinin Analizi: Ankara Örneği. T.C. Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Bilimleri Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. Ankara, s.7

¹³ YILDIRIM, a.g.e., s.18

¹⁴ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, a.g.e., s.2

olduğu, konu ile ilgili makalelere bakıldığında 100'ün altında kaldığı görülmektedir. Kentleşme ve suç ilişkisi, 7-8 Ekim 2011 tarihinde Bursa'da "Suç Önleme Sempozyumu" içerisinde alt konulardan biri olarak ele alınmıştır.

Özgen yaptığı çalışmada, toplumsal yaşamda devamlılığı, insanların toplumsal kurallara uygun yaşamalarına bağlamıştır. Toplumsal kurallar, süreç içerisinde edinilen bilgi ve deneyimler ile oluşmaktadır. İçerisinde din, ahlak ve hukuk kurallarını barındırır. Toplumsal kurallardan sapma, toplumsal kurallara karşı gelme, toplumsal kuralların ihlali suç olarak tanımlanmaktadır. Toplumsal yaşamı desteklemek ve sürdürülebilmek üzere kanun koyucular tarafından suç ve suça karşılık ceza tanımları yapılmaktadır. Suçu oluşturan psikolojik, fiziksel, sosyal çevre gibi birçok faktör bulunmaktadır¹⁵.

Kentleşme ve suçluluk arasındaki bağlantı, genel olarak kentlerdeki nüfusun hızlı artmasının suç eylemine zemin hazırlaması ve bu yönüyle suçluları çekmesi şeklinde açıklanmaktadır¹⁶. Kentleşme sürecinde suçlular arasında gelire ve imkânlar göre farklılıklar doğabilmektedir. Gecekondu bölgelerinde yaşayan düşük gelirli insanlarla, kentin orta ve yüksek gelire sahip insanların yaşadıkları suçlar arasında farklılıklar bulunmaktadır. Kentlerde artan suç oranı, kentliler üzerinde korku ve tedirginlik yaratmakta ve günlük yaşamı olumsuz yönde etkilemektedir. Suçun olduğu veya arttığı bölgelerde yaşayan kişilerin, günlük ulaşım tercihlerini de etkilemekte, ticari olarak olumsuzlukların yaşanmasına da yol açmaktadır¹⁷.

Kentsel Mekan ve Suç İlişkisi

Yapılan araştırmalarda kentsel mekânda fiziksel ve sosyal çevrelerin birbirleriyle ve çevresiyle olan ilişkilerinin, mekândaki güvenlik ve suç ile doğrudan ilişkili olduğu görülmüştür¹⁸. Ceylan yaptığı çalışmada kentlerde işlenen suçları incelemiş, sonuç olarak suçların işlendiği kentsel mekânla doğrudan ilişkili olduğunu ortaya koymuştur. Kentsel mekanların bir kısmı, o mekanda suç işleminin çok kolay olduğu özelliklere sahiptir. Bu alanların genel olarak nüfusun fazla yoğun olduğu alanlar olduğu, yaya trafiğinin fazla olduğu, ticaret ve alışveriş merkezleri gibi yoğunlukların yaşandığı yerler olduğu söylenebilir. "Sıcak

¹⁵ ÖZGEN, Yahya, Fikret, (2010). Türkiye'de Göç ve Kentleşmenin Suç ve Suçlulukla İlişkisi (İstanbul Örneği) T.C. Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. İstanbul, s.36

¹⁶ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, a.g.e., s.3

¹⁷ KARASU, Mithat, Arman, (2012). Kent ve Suç Üzerine Kavramsal Bir Çerçeve. C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, s.27

¹⁸ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, a.g.e., s.4

noktalar” olarak adlandırılan bu bölgeler, kentin tamamı düşünülduğünde suçun yoğun olarak işlendiği noktalarlardır. Bu noktalar “suç üreten”, “suç çeken” ve “suç işlenmesini kolaylaştıran” alanlar olmak üzere üç gruba ayrılmıştır. Bu konuda yapılan bilimsel araştırmaların tamamında, kentsel mekânın fiziksel ve sosyal özelliklerinin suç işlenmesini zorlaştırebildiği, suçu engelleyebildiği veya tam tersi olarak suçun oluşmasına uygun bir zemin yaratabildiği, suç oluşmasını desteklediği yönünde bir ortak kanı bulunmaktadır¹⁹.

Bazı araştırmacılar kent tasarımı ve suç arasında ilişki kurulabileceğini belirtmişlerdir. Bu araştırmalara göre suçun kullanılmayan, yalıtılmış ve fonksiyonel olmayan alanlarda ortaya çıktığı, çevre tasarımının suç tipi ve suç oranında belirleyici olduğu, her çeşit suç ve yoksulluk hesaba katıldığında kent tasarımının önemli bir yeri olduğu ve çevresel tasarım ve mimarının suçu etkilediği fikrinin popüleritesini arttırdığını belirtmişlerdir²⁰.

Kent büyüklüğü, suç oluşumunda etkili olduğu düşünülen başka bir faktördür. Büyük şehirler küçük şehirlere göre daha yüksek suç oranına sahiptir. Ancak küçük şehirlerin suç oranı büyüklere göre daha hızlı artmaktadır. Dolayısıyla suç problemi kent hiyerarşisine paralel gitmektedir ve nüfusu 15 binden küçük olan yerleşmeler bu durumdan olumsuz etkilenmektedir²¹. Kentlerde büyük alışveriş merkezlerinin ve büyük mağazaların açılmasının suç ile ilgili ilişkisi bulunmaktadır. Daha korunaksız yerlerde yer alan küçük dükkânların ortadan kalkması, bu tür dükkânların soyulması ile oluşan suçu azaltmakta, alışveriş merkezleri ile büyük mağazaların güvenlik sistemleri, suç oluşumunu engellemektedir. Buna karşın, küçük dükkânların kapanması, buldukları semt, cadde ve sokaklardaki yaya trafiğini de azaltacak, önceki gibi işlek olmayan bu alanlar, suç işlemeye uygun yeni alanlara dönüşebilecektir²².

Suç Etkileyen Mekânsal Faktörler

Birçok mekânsal faktör suç işlemeyi etkilemekte veya tetiklemektedir. Kullanılmayan ve fonksiyonel olmayan alanların varlığı, kentsel tasarım, kent mekânı, aydınlatma elemanları, nüfus yoğunluğu, büyüklüğü ve karakteristikleri, gece/gündüz kullanıcı nüfusu, gecekondulaşma, göç, kent büyüklüğü, kent merkezine uzaklık, park alanlarının varlığı, boş konut birimlerinin varlığı,

¹⁹ CEYLAN, Yılmaz, (2012). Zorunlu Göç ve Suç İlişkisi (Muş İli Örneği). Akademik Bakış Dergisi Sayı: 32 Eylül – Ekim 2012 Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi, s.12-15

²⁰ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, a.g.e., s.5

²¹ ATAÇ, Ela, GÜRBÜZ, Davut, (2009). Kentsel Mekânda Gelişen Suça Müdahale Etmede Disiplinlerarası Güvenlik Politikaları. Polis Bilimleri Dergisi Cilt:11 (1), s.31

²² Ceylan, a.g.e. s.39

trafik sıkışıklığı, koruma görevlilerinin varlığı, hırsız alarm sistemleri bu mekânsal faktörlere örnek olarak verilebilir²³.

Bu faktörlerden gecekondulaşma, özellikle kırsaldan kentlere iş umudu ile gelen dar gelirli kişilerin, kent dışı yapılanmalara gitmesi ile oluşmaktadır ve ekonomik açıdan çözülmesi çok zor olan bir kent sorunu olarak görülmektedir. Gecekondu bölgeleri, ekonomik sıkıntılar, sosyal yaşam ve eğitim açısından gerekli altyapıya sahip olamadığı için, bölge halkını suç işlemeye yönlendirebilmektedir. Göç ise, kırsaldan kentlere genellikle iş bulma amacıyla insanların gelmesi olarak bilinmektedir. Göç eden insanların ekonomik durumları, eğitim durumları ve önceden edindikleri sosyal yaşamı kent yaşamına uyumlandıramamalarından kaynaklı bir şekilde suça yönlendiren bir etken olarak görülmektedir.

Kentlerde Suç Oranını Azaltmak İçin Yapılabilecekler

Dünya üzerinde artan nüfus, beraberinde birçok sorunu da getirmektedir. Özellikle kentsel mekânlarda sürekli artan suç oranları, toplumsal yaşamı olumsuz yönde etkilemektedir. Suçun oluşmasını önlemek için gerekli tedbirleri almak, toplumların öncelikli sorunlarından biri haline gelmiştir. Suç olgusu tüm dünya ülkeleri açısından çözümü zor bir sorun olarak görülmektedir²⁴. Suç oranlarında yaşanan artışlar, beraberinde mücadele yöntemlerini yenileme, değiştirme ve geliştirme zorunluluğunu da getirmiştir. Suç ile başa çıkmak, suçun oluşumunu önlemek için dünyanın birçok ülkesi bilimsel araştırmalar yapmakta, bu konuya büyük yatırımlar yapmaktadır. İnsanın kendini yaşarken güvende hissetmesi yaşam kalitesi açısından çok önemlidir. Kentlerin yaşanılabilir bir yer olması, kentlilere güvenilir yaşam alanları oluşturması bu anlamda önemli görülmektedir. Güvenilir ortamlar yaratmanın öncelikli yolu, suçun oluşumunu engelleyebilecek önlemleri baştan alabilmektir. Olası suçlara karşı güvenlik politikaları geliştirmek ve uygulamaya sokmak da büyük önem taşımaktadır²⁵.

Suçla mücadele sadece devlet tekelinde olmayan ve toplumun tüm kesimlerini yakından ilgilendiren bir olgudur. Suçun önlenmesi kavramından en dar anlamıyla anlaşılan suçluların yakalanıp adalete teslim edilmesi olsa da aslında konu çok yönlü ele alınması gereken, disiplinler arası çalışmayı ve kurumsal işbirliklerini gerektiren bir öneme sahiptir²⁶.

²³ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, a.g.e., s.7-8

²⁴ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, a.g.e., s.9

²⁵ Ayhan ve Çubukçu, a.g.e., s. 45

²⁶ Ceylan, a.g.e., s.27

T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı 2014 Proje Değerlendirme Kurulu Raporu'nda suçu önleme yaklaşımları ve uygulanacak programların amaçları Tablo 1'de görülmektedir.

Tablo 1: Suçu Önleme Yaklaşım ve Programların Amaçları

Suçu Önleme Yaklaşımları	Suçu Önleme Programları
Suçun ortadan kalkması veya azalması	Kentsel suça karşı caydırıcı plan uygulanması
Suçla ilgili kaygıların ve suç mağduru olma korkusunun ortadan kalkması veya azalması	Kolaylıkla mağdur olma riski yüksek kişileri bilgilendirmesi
Vatandaşın kendini koruma arzusunun ve toplumsal sorumluluk bilincinin geliştirilmesi	Bütün toplumun suça karşı bilgilendirilmesi, önlem alınması
Suçun meydana getirebileceği olumsuz etkilerin en alt seviyeye çekilmesi	Suçtan zarar gören mağdurlara her türlü yardım ve destekte bulunulması
Toplumsal barışın sağlanması	

Kaynak: T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Proje Değerlendirme Kurulu Raporu, 2014: 9.

Yoğun suç işlenen bölgelerde sosyal önleyici çalışmalar olarak; eğitim ve kültürel ihtiyaçların giderilmesi, ekonomik yaşamın güçlendirilmesi, yerel hizmetlerin daha iyi sağlanması, alkol ve uyuşturucu madde kullanımının önlenmesi amacıyla bilgilendirmenin artırılması, halkın yerel toplulukla olan bağının güçlendirilmesi sayılabilir²⁷. Gençlerin spor ve serbest zaman değerlendirme aktivitelerine önem vererek, polisiye birimler ile olan ilişkilerini geliştirmek gibi faaliyetler suç oranını azaltıcı etkenler olacaktır²⁸.

Ekonomik yapıdaki karışıklıklar ve gelir dağılımı dengesizliği suç ve şiddet oranını etkileyen unsurlardan kabul edilmektedir. Özellikle günümüzde kentlerde yaşanan yoksulluk ve işsizlik suçu tetiklemektedir. Bunun için yoksulluk ve işsizliğin en aza indirilmesi konusuna önem verilmeli ve etkili çalışmalar geliştirmeli, buna yardımcı olacak diğer etkenlerde kuvvetlendirilmelidir²⁹.

Güvenli kent planlamasına yönelik alınan mekânsal kararların güvenlik güç-

²⁷ MUTLU, Sencen, (2007). Türkiye'de Yaşanan Gecekondulaşma Süreci ve Çözüm Arayışları: Ankara Örneği. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi (Kent ve Çevre Bilimleri) Anabilim Dalı. **Yüksek Lisans Tezi**. Ankara, s.56

²⁸ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, a.g.e., s.10

²⁹ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, a.g.e., s.10-11

leri ile desteklenmesi gerekmektedir. Bu nedenle özellikle kentin gündüz yaya ve taşıt trafiği açısından yoğun kesimlerinde, gece ise tenhalaşan ve suçun gerçekleşmesine fırsat veren alanlarda, yani suç analizlerinden çıkan sonuçlara göre belirlenen alanlarda devriye ekiplerinin arttırılması, vatandaşların kendilerini baskı altında hissetmeyeceği şekilde güvenlik kulübelerinin konumlanması, kentsel mekânda suçu azaltmaya yardımcı olacaktır³⁰. Son dönemlerde suçla mücadelede etkili olan, “Toplum Destekli Polislik” toplumun desteğinin alınması açısından öne çıkmaktadır. Toplum Destekli Polislik uygulaması, kamu düzeni ve asayişin sağlanması sorumluluğunu, polis ile vatandaşlar arasında paylaşmayı hedeflemektedir. Suç önleme aşamasından gelişen bilgi teknolojilerinden de faydalanılmalıdır. Bilgi teknolojilerinin suçun önlenmesi ve azaltılması ile ilgili olarak kentlerde kullanılmasının yararlı olacağı düşünülmektedir. Benzer şekilde, Kent Bilgi Sistemleri ve Coğrafi Bilgi Sistemleri’nin de yaygın olarak kullanıma geçirilmesinin, mobese ve güvenlik kameralarının yaygın olarak kullanılmasının suçun engellenmesinde önemli olduğu belirtilmektedir³¹.

Suç sonrası infazın gerçekleştiği yerler olan ceza infaz kurumlarının bugünkü anlayışa göre sadece suçun cezasının çekildiği yerler olarak değil hükümlülerin sosyalleşmesini sağlayan, eğitim, iyileştirme ve rehabilitasyon hizmetlerinin verildiği yerler olması gerektiğini söyleyebiliriz. Suçun düzeyine göre ceza infaz kurumu yerine denetimli serbestlik uygulamasının yapılmasının, suçluyu toplum içerisinde tutarak, ona bazı sorumluluklar ya da şartlar yüklemek suretiyle, topluma yeniden kazandırmayı sağlayabileceği söylenebilir.

Kırık pencereler teorisi öncelikli olarak suçların birbiri ile ilişkisi anlamına gelmektedir. Sürekli kentsel bakım ve kontrolün gerektiğini, bakımsızlıktan oluşacak düzensizliğin suç oluşumunu destekleyeceğini ifade etmektedir. Bu teori kısaca “bir binanın pencere camlarından biri kırıkta ve yerine yenisi takılmadıysa, diğer pencere camlarının da cam kırmaya eğilimi olanlar tarafından kırılacağını” ifade etmektedir. Başka bir deyişle oluşan bir suç yeterli ceza göremediye veya suçu oluşturacak nedenler ortadan kaldırılamadıysa, devamında oluşabilecek bir suçu tetikleyecektir. Kırık bir cam bile, diğer camların da kırılmaya uygun olduğunu gösteren bir işaret olarak algılanacaktır³².

Suçla mücadele bir tek kurumun sorumluluğu altında değildir. Bu nedenle tüm kurum, kuruluş ve toplumun suçla mücadelede sorumluluğu vardır ve sorunun çözümünde işbirliğine gidilmesi zorunludur. Yine bu konuda toplum

³⁰ Karasu, a.g.e. s.39

³¹ T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, a.g.e., s.12-13

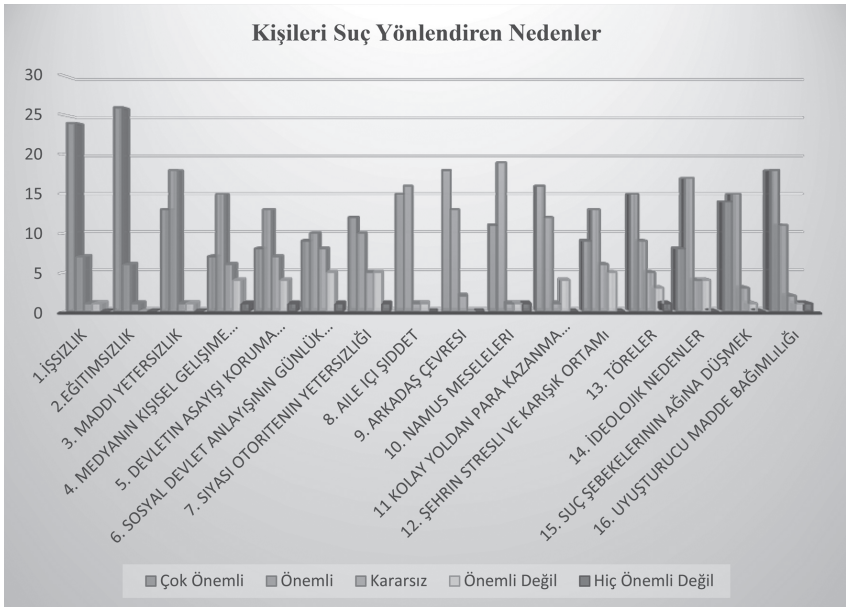
³² Ayhan ve Çubukçu, a.g.e. s.46

desteğinin alınması ve özellikle sivil toplum kuruluşlarının bu sürecinde bir parçası haline getirilmesini sağlayacak politikaların üretilmesi suçla mücadelede önemli faktörlerden birisidir.

Araştırma Sonuçları

Çalışma kapsamında Ankara Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumu örneklem olarak seçilmiştir. Araştırmanın yapılmış olduğu Mart 2015 tarihi itibarı ile toplam 102 çocuk suçlu/hükümlünün bulunduğu cezaevinde toplam 31 kişi üzerinde anket çalışması yapılabilmektedir. Diğer çocuk suçlu/hükümlüler anket çalışmasına katılmayı kabul etmemişlerdir. Ankete katılanlarla yapılan görüşme sırasında edinilen bilgiye göre, bir çoğunun konuyu ciddiye almadığı, önemsemediği, eğitimsizliklerinin ortaya çıkmasını istemedikleri gibi nedenler ortaya koydukları öğrenilmiştir. Çocuk tutuklu/hükümlülerle yapılan anket çalışmasında, ankete katılanların eğitim düzeylerinin çok düşük olması, okuma ve algılama boyutlarında yaşanan yetersizlikler yüzünden, katılımcıların yaklaşık yarısına sorular sesli olarak okunmuş, verdikleri yanıtlar anket formlarına işlenmiştir.

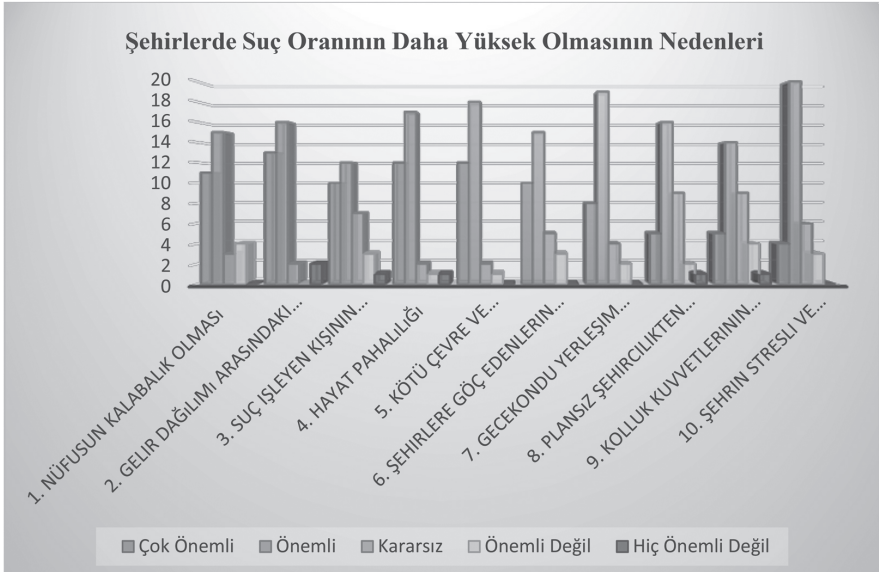
Adli personele “Kişileri Suça Yönlendiren Nedenler” ile ilgili 16 konuda görüşleri sorulmuş, “çok önemli”den “hiç önemli değil”e doğru derecelendirmeden uygun olanı işaretlemeleri istenmiştir. Sonuçlar Şekil 1’de gösterilmiştir.



Şekil 1: Kişileri Suça Yönlendiren Nedenler

Özellikle Eğitimsizlik, İşsizlik, Uyuşturucu madde bağımlılığı, Arkadaş çevresi, Aile içi şiddet, Kolay yoldan para kazanma arzusu ve Maddi yetersizlik maddelerine katılımcıların %50'sinden fazlası “Çok önemli” demmiştir. “Eğitimsizlik” %78,8 ile suça yönlendiren en büyük etken olarak görülmektedir. Eğitimsizliğin çocukların üzerinde suça yönelme açısından bu kadar büyük bir oranda olması, devlet eliyle eğitim yönünde önemli adımların atılması gerekliliğini de ortaya koymaktadır. Benzer şekilde %72,7 ile “İşsizlik” ikinci sırada yer almaktadır. Bu konunun da muhatabının devlet olduğu düşünülmektedir. Ya kırsaldan kente göç akımını engelleyecek yerel önlemler alınmalı, ya da göç eden kişiler için de istihdam olanakları artırılmalıdır. Suça yönlendiren nedenlerle ilgili %87'nin üstünde katılımcı “Uyuşturucu madde bağımlılığı”nı göstermektedir. Uyuşturucu maddelerin çocuk yaşta kişilere satışının engellenmesi ile ilgili olarak, kent yönetimlerinin, siyasi otoritenin ve devlet yapısının önemli görevleri bulunmaktadır. Arkadaş çevresinin kişiyi suça yönlendirmedeki etkisinin sorulduğu 9. soruya verilen yanıtlar incelendiğinde %94 gibi çok büyük bir oranda katılımcıların bu soruya “Çok önemli” veya “Önemli” yanıtını verdikleri görülmüştür.

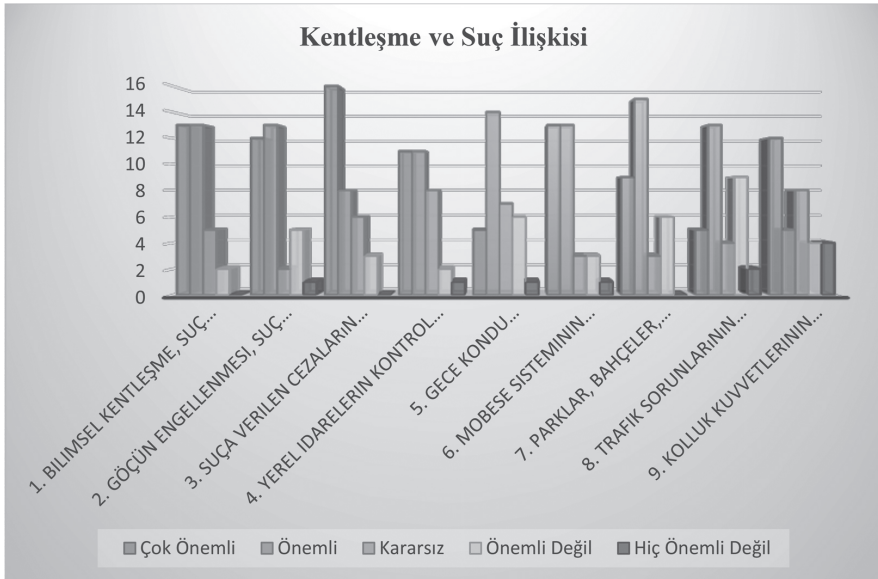
Şekil 2'de şehirlerde suç oranının daha yüksek olmasının nedenleri üzerine araştırma sonuçları gösterilmektedir.



Şekil 2: Şehirlerde Suç Oranının Daha Yüksek Olmasının Nedenleri

Ankete katılan adli personeller, “Nüfusun kalabalık olması”nın şehirlerde suç oranını yükselten bir neden olarak %79 oranında “Çok önemli” ve “Önemli” görmüşlerdir. Şehirlerde suç oranının daha yüksek olmasının nedeni olarak “Gelir dağılımı arasındaki uçurum”u gören kişilerin oranı da %87 gibi büyük bir orandır. Şehirde suç oranının yüksekliğini “Hayat pahalılığı”na bağlayan katılımcı sayısının %87 gibi bir oranı vardır. Adli personeller, hayat pahalılığının da şehirlerde suç oranını yükselten bir neden olarak görmektedirler. “Kötü çevre ve arkadaşlıklar” ile ilgili 5. soruya verilen yanıtlara göre, anket katılımcılarının neredeyse tamamı bu konuyu “Çok önemli” veya “Önemli” olarak işaretlemişlerdir. Göç ile şehir hayatına uyum sağlayamama konusunda katılımcılar %75 civarında konunun “Önemli” veya “Çok önemli” olduğunu belirtmişlerdir. Diğer katılımcılar bu konuda “Kararsız” kalmışlar, üç katılımcı ise bu konuyu “Önemsiz” bulmuşlardır. “Gecekondu alanlarında güvenlik eksikliği” ile ilgili 7. soruya verilen yanıtlar da, adli personelin bu konuya büyük oranda katıldığını göstermektedir. %82’ye yakın bir oranda katılımcı, bu konuyu “Önemli” veya “Çok önemli” bulmuştur.

Kentleşme ve suç ilişkisi ile ilgili adli personellerin anket sorularına verdikleri yanıtlar, Şekil 3’de gösterilmiştir.



Şekil 3: Kentleşme ve Suç İlişkisi

Katılımcılarının %60’ya yakın bir oranının, soruların geneline “Çok önem-

li” veya “Önemli” yanıtlarını verdiklerini göstermektedir. Anketin geneline bakıldığında, katılımcıların büyük bir çoğunlukla sorulara “Çok önemli” veya “Önemli” demiş olmaları da, suç-kent-suçu önleme-güvenlik vb. konularda yapılması gereken birçok işin olduğunu göstermesi açısından önemli bulunmuştur. Anketin bu bölümünde katılımcıların %48,5 ile en önemli buldukları konunun “Suça verilen cezaların ağırlaştırılması” olduğunu göstermektedir. Bunu %39,4 ile “Bilimsel kentleşme” ve “Mobese sisteminin yaygınlaştırılması” yanıtları izlemektedir.

Araştırmanın en önemli bölümünü çocuk suçlu yapılan anket çalışması oluşturmaktadır. Anket çoktan seçmeli sorular ile birlikte metinsel yanıtlarında verilebileceği sorular içermektedir. Çoktan seçmeli sorulara ilişkin istatistiksel analizler yapılmış olup, metinsel sorular ayrıca değerlendirilmiştir.

Anket 30 çocuk suçlu ile yapılmıştır. Bu çocukların eğitim durumları incelendiğinde, %40 oranında ortaokul, %26,7 oranında ilkokul, %23,3 oranında ilkokul terk ve %10 oranında okur-yazar olmayanlar görülmektedir. Yaşları 14-18 arasında değişen çocukların aile yapılarına bakıldığında, %40 gibi büyük bir çoğunluğunun 6 kardeş ve üzeri kalabalık bir aileye sahip olduğu, %66,6’sının cezaevine birden fazla kez girip çıktığı, %66’nın üzerinde bir oranın gecekonduda veya köyde yaşadığı görülmüştür. Çocuk suçluların %63,3’ü kendilerini suça arkadaş çevresinin yönlendirdiğini belirtmiştir. %90’ının cezaevine girmeden önce işsiz olduğu görülmektedir.

Anket sonuçları, çocukların özellikle hırsızlık suçundan (%33,3) cezaevine girdiklerini göstermiştir. Bunu %26,7 ile gasp, %13,3 ile cinayet, %10 ile cinsel istismar ve yaralanma suçları takip etmektedir. TÜİK tarafından Türkiye genelinde 2004-2013 yapılan çocuk suçluların suç türüne göre sayıları Tablo 2’de verilmiştir. Buradaki oranlarla anket çalışmasından elde edilen bulgular birbirini desteklemektedir.

Tablo 2: Suç Türüne Göre Çocuk Ceza İnfaz Kurumuna ve Eğitim Evine Giren Hükümlü Çocuklar, 2004-2013

Suç türü	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011 ⁽¹⁾	2012 ⁽²⁾	2013
Öldürme	45	28	17	21	39	34	22	50	11	18
Hırsızlık	51	29	12	47	121	194	160	154	71	118
Irza geçmek	30	20	7	30	7	-	-	-	-	-
Fiili livata	27	14	3	5	28	-	-	-	-	-
Cinsel suç- lar	-	-	-	-	-	42	20	9	5	22
Yaralama	7	5	3	14	9	13	17	10	4	7
Yağma	134	94	28	100	171	271	162	127	70	71
Diğer	40	12	8	19	54	98	95	76	21	38
Toplam	334	202	78	236	429	652	476	434	182	274

(1) 2011 yılında suç türü bilinmeyen 8 çocuk toplama dahil edilmiş, oranlarda dahil edilmemiştir.

(2) 2012 ve sonrası yıllar için veri yıl içinde çocuk ceza infaz kurumuna ve eğitim evine giriş yapan çocukları kapsamaktadır.

Kaynak: http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?alt_id=1070

Çocuk suçlu/hükümlülerle yapılan anket içerisinde metinsel yanıtlanması istenilen sorular yerleştirilmiştir. Bu sorulara verilecek yanıtlardan hedeflenenler, çocuğun yazım bilgisini görmek ve kendini ifade edişini yorumlamaktır. Genel olarak elde edilen ilk gözlem sonucu, çocuk suçlu/hükümlülerin eğitim düzeyinin düşüklüğüdür. El yazılarının okunaklı olmaması bir yana, cümle kurmada yaşadıkları zorluklar, düşük cümleler, kızgınlık ve kırgınlık ifadeleri dikkat çekecek boyuttadır. Metinsel yanıtlarda pişmanlık ifadelerine neredeyse hiç rastlanılmamakta, suçun bir alışkanlık, bir yaşam biçimi haline geldiğini ifade eden söylemlere rastlanmaktadır. Bu durum, anket uygulanan çocuk suçlu/hükümlülerle yapılan görüşme sırasında da dikkati fazlasıyla çekmiştir.

Doğum yeri sorusuna “İl: Malatya İlçe: Toki”, “İl:Gölcük, İlçe: Bilmiyorum” yanıtlarının verilmiş olması, katılımcıların yarısına yakın bir bölümünün doğum yeri sorusunu boş bırakması, eğitimsel durum hakkında bir ön yaklaşım oluşturmaktadır. Burada boş yanıt bırakılması durumunun çocukların okuma isteksizliklerinden kaynaklandığının da belirtilmesinde yarar görülmektedir. Özellikle metinsel bir yanıt verilmesi gereken bir soruya isteksiz yaklaşımları dikkati çekmiştir.

Ortaokul mezunu, 9 kardeşi olan, annesi olmayan ve kasten adam öldürme

suçundan hüküm giyen 15 yaşındaki bir çocuğun, suç işlemeye iten nedeni “insan topluluğu” olarak göstermesi, nasıl bir yerde yaşasaydınız suç işlemezsiniz sorusuna “insanların insan olduğu bir yerde işlemezdim” yanıtını vermesi, suç işlemeye iten nedenleri sıralarken ilk sıraya “dürüst olmayan insan oğlu”, ikinci sıraya “ülkedeki siyasal dengenin bozuk olması”, üçüncü sıraya “arkadaş çevresi ve aile ortamı” ve son sıraya “çocuğun kendi üzerindeki psikolojik baskısı” yazmış olması özellikle dikkat çekmiştir. 15 yaşında bu yorumları yapacak olgunluğa erişmiş olması, suçun engellenmesi için alınabilecek önlemlere “onun üstünde çok baskı kurulmaması gerekli, iyi bir ülke ve aile ortamı gerekli, çocuk kendini güvende hissetmeli ve rahat olmalı” ifadeleri, çocuklar için devletin neler yapmasını isterdiniz sorusuna “adaletli bir ülke yapsa yeter” yanıtı ile anketi bitirmiş olması, bu yorumları 15 yaşında yapıyor olması, çocuk yaşta konunun farkında olan kişilerin olduğunu göstermesi açısından ilginçtir. Ayrıca suça iten nedenler için “insan toplulukları” ifadesi, önlemler içinde “güvende hissetmek” ifadesi ile birleştirildiğinde kalabalık ortamların içinde güvensiz yaşamın getirdiği olumsuzlukları da vurgulamaktadır. Araştırma bölümünde belirtilen çarpık kentleşme ve kentli yaşamında oluşan güvensizlik, uygulamasal boyutta da görülmüştür.

Sonuç

Kentleşme kavramı, özellikle son ikiyüz yıldır önemi artan bir kavram olarak görülmektedir. Toprak ile geçimini sağlamakta zorlanan insanların ekonomik yaşamlarını topraktan sanayi ortamlarında çalışmaya yöneltmek zorunda kalmaları, “köyden kente” göçün artmasına yol açmıştır. Kentler, geçim arayışı içerisinde yaşanan bu göçlerden, “gecekondu” bölgelerinin kurulması ile doğrudan etkilenmişlerdir. Kentlerde nüfusun hızlı artışı, beraberinde suç ve şiddet oranlarının artışını da getirmiş, kent güvenliği, yaşam kalitesinin artırılması, suç oranlarının düşürülmesi gibi konular bilimsel anlamda araştırılmaya başlanmıştır. Kentlerde yaşanan suç ve şiddet, toplumu, bireysel güvenliği, yaşam kalitesini, sürdürülebilir kalkınmayı ve kentlerin sosyal, ekonomik, fiziksel ve politik yapılarını olumsuz etkilemekte ve kentleri suçtan arındırmak için acil çözüm önerilerine ihtiyaç duyulmaktadır.

Kentsel mekan ve çevrenin suç ile ilişkisi bilimsel olarak kanıtlanmıştır. Suç korkusunu azaltmak adına, toplumsal korkuya neden olan faktörlerin tespiti ve ortadan kaldırılabilmesi için kent planlayıcılarının sosyolog ve psikologlarla birlikte çalışmaları gereklidir. Çarpık kentleşme, kent halkının mutluluğunu doğrudan olumsuz olarak etkileyecek, insanların mutsuz olmasına neden olacaktır. Kentlerde suç oranlarının kırsal bölgelere göre yüksek çıkmasının en

önemli nedeninin kentsel mekânın özelliklerinden ve denetim yetersizliklerinden olduğu bilimsel çalışmalarla ortaya konmuştur.

Kentsel suçların önlenmesi açısından en büyük görev kent güvenlik kuvvetlerine düşmektedir. Kent güvenliği ile ilgili çalışmaların temel amacı, kentleri kentliler için daha yaşanabilir duruma getirmek, kentlilerin üzerindeki suç baskısını azaltmaktır. Suçun azaltılması, suçu oluşturan nedenlerin ortadan kaldırılması ile mümkün olacaktır.

Suçla ve suçu oluşturan etkenlerle mücadele kesinlikle bir boyutlu değildir. Sosyal, ekonomik, siyasal ve mekânsal olarak mücadele edilmesi, önlemlerin bu dört boyutta alınması gerekli görülmektedir. Yerel yöneticilere bu kapsamda daha büyük sorumluluklar düşmekte, konuya profesyonel yaklaşımlar ve çözümler üretilmesi gerekmektedir. Suçun tekrarını engellemek üzere yapılması gereken çalışmalar da konu içinde önemli bir yer tutmaktadır. Suç işleyen kişilerin yeniden topluma kazandırılması, toplum bilincine sahip olacak şekilde bilinçlendirilmesi, sosyal ve ekonomik eksikliklerinin giderilebilmesi ile ilgili projelerin üretilerek uygulamaya geçirilmesi gerekli görülmektedir.

İnsanca yaşamak, gerekli eğitimi alabilme şansına sahip olmak, kendi ayaklarının üzerinde duracak kadar gelir sağlayabilecek bir işe sahip olmak tüm insanların doğal hakkıdır. Bu hakkı sağlayabilecek kentsel önlemleri almak, öncelikle yerel ve devlet yöneticileri olmak üzere tüm kurumların, aynı zamanda tüm kent halkının görevi olarak görülmektedir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

ATAÇ, Ela, GÜRBÜZ, Davut, (2009). Kentsel Mekânda Gelişen Suça Müdahale Etmede Disiplinlerarası Güvenlik Politikaları. Polis Bilimleri Dergisi Cilt:11 (1).

BAYHAN, Vehbi; (1996). "Türkiye'de İç Göçler ve Anomik Kentleşme", Toplum ve Göç, II. Ulusal Sosyoloji Kongresi, Mersin.

CEYLAN, Yılmaz, (2012). Zorunlu Göç ve Suç İlişkisi (Muş İli Örneği). Akademik Bakış Dergisi Sayı: 32 Eylül – Ekim 2012 Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler E-Dergisi.

GÖKÇE, Birsen, (1977). Gecekondu Gençliği, Hacettepe Üniversitesi. Ankara.

GÖKULU, Gökhan, (2010). Kent Güvenliği Kentleşme ve Suç İlişkisi. Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1.

KARASU, Mithat, Arman, (2012). Kent ve Suç Üzerine Kavramsal Bir Çerçeve.

C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Cilt 13, Sayı 2.

KELEŞ Rusen, (2002). Kentbilim Terimleri Sözlüğü, Ankara.

MUTLU, Selcen, (2007). Türkiye’de Yaşanan Gecekondulaşma Süreci ve Çözüm Arayışları: Ankara Örneği. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi (Kent ve Çevre Bilimleri) Anabilim Dalı. Yüksek Lisans Tezi. Ankara.

ÖZGEN, Yahya, Fikret, (2010). Türkiye’de Göç ve Kentleşmenin Suç ve Suçlulukla İlişkisi (İstanbul Örneği) T.C Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. İstanbul.

SEZAL, İhsan, (1992). Şehirleşme, Ağaç Yayınları, İstanbul.

T.C. ÇEVRE ve ŞEHİRCİLİK BAKANLIĞI, (2014). “Kentleşme-Suç İlişkisi ve Önlenmesi”, Proje Değerlendirme Kurulu Raporu.

TOPALOĞLU, Gürsu, Sezen, (2007). Suç Oluşumunda Kentleşme ve İç Göçün Etkilerinin Analizi: Ankara Örneği. T.C. Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Bilimleri Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi. Ankara.

YILDIRIM, Aziz, (2004). Kentleşme ve kentleşme sürecinde göçün suç olgusu üzerindeki etkileri. Ankara Üniversitesi. Sosyal Bilimler Enstitüsü. Kamu Yönetimi ve Siyaset Bilimi Anabilim Dalı. Yüksek Lisans Tezi. Ankara.

YILMAZ, Hulusi, (1998). Kentleşme sürecinde Alevilik-Bektaşılık, Süleyman Demirel Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Isparta.

HEKİM ALEYHİNE AÇILAN TAZMİNAT DAVALARINDA ZAMANAŞIMI UYGULAMASI

The Limitation of Action Practices in the Suits for Damages Against Doctors

Yasemin YÜCESOY YILMAZ*

ÖZET

Malpractis, yanlış tıbbî uygulama olarak tanımlanabilir. Hekimin teşhis ve tedavi sürecindeki yanlış tıbbî uygulamaları, hekimin cezaî ve hukukî sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Cezaî sorumluluk, ceza hukukunun kurum ve kavramları ile açıklanabilir. Hukukî sorumluluk ise özel hukukun çalışma alanında olan geniş bir kavramdır.

Tazmin yükümlülüğü ve tazminat, hukukî sorumluluk kavramı içinde oldukça önemli bir yere sahiptir. Tıbbî uygulamaların yaygınlığı, özel sağlık kuruluşlarının sağlık hizmet sektöründe önemli bir yere sahip olması, hekimler aleyhine çok sayıda tazminat davasının açılmasına sebep olmaktadır.

Bu çalışmanın konusu, hekim aleyhine açılan tazminat davalarında zamanaşımı uygulamasıdır. Çalışmada, hekimin tıbbî özel hukuk sorumluluğunun türleri incelenmiş, zamanaşımı kurumu tartışılmış ve özellikle hekim aleyhine açılan tazminat davalarında zamanaşımı kurumunun ne şekilde uygulandığı ve bu uygulamanın Yüksek Mahkeme kararlarına ne şekilde yansdığı açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hekimin tıbbî özel hukuk sorumluluğu, sözleşme ilişkisi, haksız fiil, vekâletsiz iş görme, zamanaşımı

ABSTRACT

Malpractis, can be described as medical mispractices. During the process of diagnosis and treatment, doctor's medical mispractices may cause criminal liability and legal responsibility. Criminal liability can be explained by the conceptions of criminal law. On the other hand, legal responsibility which is related to the private law, is a vast concept.

Within the legal responsibility conception, civil responsibility and legal redress have substantially important role. The commonness of the medical practices and the importance of private health organizations in the health sector cause many suits for damages against doctors.

The topic of this study is the limitation of action practices in the suits for damages against doctors. In the study, it was viewed the types of doctor's medical private law responsibilities, discussed the concept of limitation of action and tried to explain

* Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, yaseyu30@gmail.com

practices of limitation of action in the medical suits for damages against doctors. Also, it was tried to explain the reflections of this practice to the Court of Cassation and the Council of State judgements.

Keywords: Doctor's medical private law responsibilities, contractual relation, illicit act, not to act intra vires, limitation of action.

◆◆◆◆

GİRİŞ

Hekimin tıbbî özel hukuk sorumluluğu, hekimin hasta ile olan ilişkisinde bulunduğu hukukî konumuna göre farklı sebeplerden kaynaklanabilmektedir. Sorumluluğun kaynağı değişik türden sözleşme ilişkileri olabileceği gibi, haksız fiil ya da vekâletsiz iş görme de olabilmektedir. Hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın, sorumluluğun hukukî nedenine göre belirli süreler içinde, hekimin sorumluluğuna gidilmediği, başka bir deyişle, takip yapılmadığı ya da dava açılmadığı sürece hekim sorumluluktan kurtulabilmektedir. Bu durum, zamanaşımı kavramının hekimin tıbbî özel hukuk sorumluluğu açısından tartışılmasını ve değerlendirilmesini gündeme getirmektedir. Bu nedenle, bu çalışmada, *"hekim aleyhine açılan tazminat davalarında zamanaşımı uygulaması"* farklı açılardan ele alınarak incelenmiştir.

I. HEKİMİN TIBBÎ ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUNUN TÜRLERİ

Sorumluluk kavramı geniş anlamda, bir kişinin başkasına verdiği zararı giderme yükümlülüğünü ifade eder¹. Hukukî sorumluluk kavramı ise, bir zararın giderimi ile ilgili sözleşme ve sözleşme dışı yükümlülükleri ifade etmektedir². Bir hekimin, tıbbî teşhis, tedavi ve uygulamaları nedeni ile hastasının uğradığı zardan dolayı tıbbî özel hukuk sorumluluğu çeşitli hukukî nedenlerden kaynaklanabilmektedir. Hekimin tıbbî özel hukuk sorumluluğuna neden olabilecek sözleşme ve sözleşme dışı hukukî nedenler aşağıda başlıklar altında incelenmiştir.

A. Sözleşmeden Kaynaklanan Tıbbî Sorumluluk: Hasta ile Hekim Arasında Sözleşme Hukuku İlişkisi Kurulmuşsa

Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk, bir sözleşme ilişkisi içinde taahhüt altına giren kişinin, taahhütlerine aykırı davranması nedeniyle, karşı tarafın uğramış olduğu zararı giderme yükümlülüğünü ifade etmektedir. Hekimin sözleşmeden kaynaklanan tıbbî sorumluluğu ise, hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi kurulduğu zaman söz konusu olmaktadır.

¹ DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre (Çev.:ÖZDEMİR, Salim); Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983, s. 1.

² DESCHENAUX/TERCIER, s. 2.

Hasta, kamu ya da özel herhangi bir sağlık kuruluşuna başvurmadan, doğrudan hekime başvurursa, hekim ile hasta arasında hukukî bir ilişki kurulur. Bu hukukî ilişkiye doktrinde teşhis ve tedavi (hekimlik) sözleşmesi³ denilmektedir. Bu sözleşme ilişkisindeki temel amaç, hastanın sağlığına kavuşması için gerekli tıbbî müdahalelerin yapılmasının sağlanmasıdır⁴. Hekimlik sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmediği gibi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da özel bir sözleşme türü olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle, bu sözleşmenin hukukî niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler⁵ ileri sürülmüştür. Her ne kadar doktrinde farklı görüşler ileri sürülse de, hukukumuzda, hekim ile hasta arasında kurulan teşhis ve tedavi sözleşmesi, başka bir deyişle hekimlik sözleşmesi, iki hal dışında kural olarak vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁶. Bu kuralın iki istisnası ise, estetik cerrahî operasyonları⁷ ile diş protezi⁸ uygulamalarıdır⁹. Yargıtay da verdiği kararlarda, hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin, esasen bir tür vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir¹⁰. Gerçekten de hekim, vekil olarak sadece hastanın

³ Teşhis ve tedavi (hekimlik) sözleşmesi konusunda ayrıntılı açıklamalar ve kavramsal tartışmalar için bkz. ÖZDEMİR, Hayrünnisa; Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, s. 51 vd.

⁴ AKARTEPE, Alpaslan; Tedavi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Der.:BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf), Ankara 2007, s. 22.

⁵ Hekimlik sözleşmesini, iş görme sözleşmelerinden hizmet, eser ya da vekâlet sözleşmesinden biri olarak gören görüşler bulunduğu gibi, bu sözleşmenin kendine özgü nitelikleri bulunan isimsiz bir sözleşme olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Akartepe, s. 14 vd.

⁶ BAŞPINAR, Veysel; Hekimin Özen Borcu, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Der.:BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf), Ankara 2007, s. 23; BAŞPINAR, Veysel; Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 195 (<http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/veysel-baspinar/sadece%20makale.pdf>) (Erişim tarihi ve saati: 10.07.2015; 12:08); ŞENOCAK, Zarife; Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s. 25.

⁷ Estetik cerrahî operasyonlarının hukukî niteliği konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. HAKERİ, Hakan; Tıp Hukuku El Kitabı, Ankara 2014, s. 94 vd.

⁸ "...Gerek uygulamada ve gerekse öğretilerde, genel kabul görmüş olan (doktor ile hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesidir) görüşüne katılmakla birlikte; bazı çalışmalarının (protez, diş, rapor gibi) istisna (eser) sözleşmesi kapsamına sokulmasını doğru bulmuyoruz. Çünkü, doktorun bütün fiilleri tedavi amacına yöneliktir. Özel durumlarda sonucun yüklenilmiş (taahhüt edilmiş) olması, sözleşme tipinin değişik kabulü için yeterli değildir..."AŞÇIOĞLU, Çetin; Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 1982, s.37; Diş hekimlerinin yaptıkları sözleşmelerin hukukî niteliği konusunda bkz. ÖZDEMİR, Hayrünnisa; Diş Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu, EÜHFD., C. XV, S. 1-2 (2011), s. 184 vd.

⁹ BAŞPINAR, Hekimin Özen Borcu, s. 23-24.

¹⁰ "...Davacı, 13.11.2000 tarihinde davalı Hastanede doktor olan diğer davalılar tarafından kendisine yapılan bypass ameliyatı sırasında kalbinde sargı bezi unutulması nedeniyle yeniden ameliyat olmak zorunda kaldığını belirterek, uğramış olduğu zararlar için maddi ve manevi tazminat talep etmiştir.

Uyuşmazlık, ameliyatı gerçekleştiren davalı doktorların ve hastanenin ameliyat sırasında ve sonrasında herhangi bir kusurlarının bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Davadaki ileri sürülmüş ve kabule göre davanın temelini vekalet sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle

tedavisi için gerekli tıbbî müdahalelerde bulunmayı taahhüt etmekte; hastanın iyileşmesini garanti etmemektedir¹¹. Bu ilişkide hekim, tıbbî müdahalede bulunurken özenli davranma yükümlülüğü altındadır. Hekim ile hasta arasındaki teşhis ve tedavi sözleşmesinin süresi belirli değildir. Çünkü, teşhis ve tedavi sürecinin ne kadar süreceğini önceden tahmin etmek mümkün olmaz. Bu süre, hastalığın türüne, hastanın durumuna, iç ve dış faktörlere bağlı olarak bazen birkaç saat sürmesine rağmen, bazen yıllarca da devam edebilmektedir¹².

Yukarıdaki açıklamalar ışığında hekimlik sözleşmesi, serbest çalışan bir hekim ile hasta ya da hastanın temsilcisi arasında kurulan, hekimi kendisine ödenecek bir miktar para karşılığı, tıbbî teşhis ve tedavi edimini yerine getirme yükümlülüğü altına sokan, hekime bu edimi yerine getirirken özel bir özen gösterme yükümlülüğü yükleyen bir iş görme sözleşmesi olarak tanımlanabilir¹³.

Hekimlik sözleşmesinin kurulabilmesinin ilk koşulu hastanın rızasıdır. İkincisi ise, hekimin mesleğini uygulayabilme ve yapabilme hakkına dayanan kabule yönelik iradesidir. Bu sözleşme ilişkisi nedeni ile, doktorun tıbbî teşhis ve tedavi amacına yönelik işlem ve eylemleri belirli sınırlar içinde hukuka uygun olarak kalabilmektedir¹⁴.

Hekimin, hekimlik sözleşmesi gereği üstlendiği edimleri hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle zarara uğrayan hasta, hekim aleyhine sözleşme ihlâline dayanan maddî ve/veya manevî tazminat davası açabilir¹⁵.

TBK. m. 115/f.III'e göre, hekimin tıbbî teşhis ve tedavi uygulamaları nedeni ile hafif kusurundan dahi sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür¹⁶.

dava, davalı doktorların vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (BK:386, 390 md)...” Yarg. 13. HD., T. 30.06.2011, 2011/7697 E., 2011/10489 K. (Açıklamalı-Kanun İçtihat Programı), benzer yönde başka bir karar için bkz. Yarg. 13. HD., T. 05.07.2010, 2009/15369 E., 2010/9829 K. (Yarg. Baş. Intranet Sitesi-Kişisel Arşiv).

¹¹ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 712.

¹² BAŞPINAR, Hekimin Özen Borcu, s. 24.

¹³ DEMİR, Mehmet; Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD., C. 57, S.3, s. 232 (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-demir.pdf>) (Erişim tarihi ve saati: 13.11.2014, 22:20).

¹⁴ AŞÇIOĞLU, s. 61.

¹⁵ DEMİR, s. 249.

¹⁶ BAŞALP, Nilgün; Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s. 188-190.

B. Yardımcı Kişinin Eyleminden Tıbbî Sorumluluk: Hekim Yardımcı Kişi Kullanmış İse

TBK. m. 116/f.İ'e göre, *“Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.”*

Hekim, hasta ile olan ilişkisinde teşhis ve tedavi yükümlülüğünü yerine getirirken, hemşire, hastabakıcı, röntgen teknisyeni gibi yardımcı kişiler kullanmışsa ve hasta bunların fiillerinden dolayı zarar görmüşse, hekim TBK. m. 116'ya göre sorumludur. Bu, borçlu (hekim) yönünden bir tür sözleşme içi kursuz sorumluluk hali olup, borçluya (hekime) kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır¹⁷.

Hekimlik sözleşmesi gereği üstlendiği edimleri yerine getirirken yardımcı kişi kullanan hekim de, yardımcı kişinin hastaya vermiş olduğu zarardan, bu zararı kendi fiili ile vermiş gibi sorumlu olur¹⁸.

TBK. m. 116/f.III'e göre, hekimin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür.

C. İfa Yardımcısı Olma Konumunda Tıbbî Sorumluluk: Hekimin Kendisi Yardımcı Kişi Durumunda İse

Hekimin bir özel hastanede hizmet sözleşmesi ile çalışması durumunda, kural olarak bu hastanede tedavi gören hasta ile hekim arasında sarih ya da zımî bir sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır¹⁹. Bu durumda hasta ile özel hastane arasında hastaneye kabul sözleşmesi²⁰ kurulmaktadır. Genel olarak tıbbî teşhis ve tedavi edimi ağırlıklı olan hastaneye kabul sözleşmesinin de bir tür vekâlet sözleşmesi olduğunu söylemek mümkündür. Ancak, hastaneye kabul sözleşmesi farklı görünümelerde ortaya çıkabilmektedir. Hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesinin bulunduğu durumlarda, sözleşmenin tarafları hasta ile özel hastane işleticisidir. Burada, tıbbî teşhis, tedavi, barındırma, yedirip içirme gibi edimlerin tamamı hastane işleticisi tarafından

¹⁷ TANDOĞAN, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 446; EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 1083; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.-1, 12. Bası, İstanbul 2014, s. 436; ÇELİK, Çelik Ahmet; Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı, Ankara 2012, s. 686.

¹⁸ EREN, Genel Hükümler, s. 1084.

¹⁹ ŞENOCAK, s. 30.

²⁰ Hastaneye kabul sözleşmesi konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. AYAN, Mehmet; Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991, s. 130 vd.

üstlenilmiştir. Söz konusu halde hekim, ifa yardımcısı konumundadır²¹. Böyle bir durumda, ifa yardımcısı olan hekimin işlem ve eylemleri nedeni ile zarara uğrayan hasta, özel hastane işleticisi aleyhine TBK. m. 116 uyarınca tazminat davası açabilir. Eğer hekimin sözleşmeye aykırılığa neden olan işlem ve eylemleri aynı zamanda haksız fiil teşkil ediyorsa, hekim aleyhine de TBK. m. 49 vd. uyarınca tazminat davası açılabilir²². Bu durumda zarar gören hastanın karşısında, değişik hukukî nedenlerle (sözleşme ve haksız fiil) sorumlu tutulabilen, birden fazla kişinin (özel hastane işleticisi ve hekim) müteselsilen sorumluluğu söz konusudur²³. Özel hastanenin, ifa yardımcısı olan hekime rücu hakkı genel hükümlere göre tayin edilir²⁴.

Hekimlik sözleşmesi ilâveli tam hastaneye kabul sözleşmesinin²⁵ bulunduğu durumlarda, tıbbî teşhis ve tedavi edimi, hem hastane işleticisi, hem de hastanede çalışan hekim tarafından üstlenilmektedir. Yani hasta, özel hastane işleticisi ile aralarında kurulan tam hastaneye kabul sözleşmesine ilâveten hastane hekimi ile de ayrı bir hekimlik sözleşmesi imzalamaktadır. Böyle bir halde, tıbbî teşhis ve tedavi edimi açısından hastanın karşısında müteselsilen sorumlu özel hastane işleticisi ve hekim bulunmaktadır. Söz konusu halde, tıbbî teşhis ve tedavi edimi nedeni ile zarar gören hasta özel hastane işleticisi aleyhine hastaneye kabul sözleşmesine, hekim aleyhine ise hekimlik sözleşmesine dayalı olarak tazminat davası açabilir²⁶.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde²⁷ ise, hasta, özel hastane işleticisi ile barınma, yeme, içme ve diğer bakım hizmetlerinin yerine getirilmesini konu alan bir hastaneye kabul sözleşmesi imzalamaktadır. Bunun dışında, hastanede istihdam edilmeyen bir hekim ile de hekimlik sözleşmesi imzalamaktadır. Burada tıbbî teşhis ve tedaviye yönelik edim yükümlüsü tek başına hekimdir. Hastanenin bu edim yönünden hastaya karşı bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Tıbbî teşhis ve tedavi yükümlülüğü açısından hekimin hastasına

²¹ DOĞAN, Murat; Hukukî Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Der.: BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf), Ankara 2007, s. 39.

²² AYAN, s. 134-136.

²³ KILIÇOĞLU, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2014, s.658.

²⁴ EREN, Genel Hükümler, s. 1084; KILIÇOĞLU, s. 659.

²⁵ Hekimlik sözleşmesi ilâvelitam hastaneye kabul sözleşmesi, tıbbî tedavi ediminin hem hastane işleticisi hem de hastane hekimi tarafından üstlenildiği sözleşme demektir. Bkz. AYAN, s. 136.

²⁶ AYAN, s. 136-137.

²⁷ Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi, hastane işleticisinin, hastaya karşı sadece barındırma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetlerini üstlendiği, tıbbî tedavi ediminin ise hekim tarafından üstlenildiği sözleşme demektir. Bkz. AYAN, s. 137-138.

karşı hekimlik sözleşmesinden kaynaklanan sorumluluğu bulunmaktadır²⁸.

Her ne kadar doktrinde hastaneye kabul sözleşmesi bakımından yukarıda açıklandığı şekilde ayrımlar yapılmış ise de, Yargıtay kararlarında²⁹ herhangi bir ayırım yapılmaksızın hem hasta ile özel hastane arasında ve hem de özel hastanede istihdam edilen hekim ile hasta arasında kurulan ilişkinin, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirildiği ve benimsendiği görülmektedir.

D. Görev Kusuru/Kişisel Kusurdan Tıbbî Sorumluluk: Hekim Kamu Hastanesinde Görevli İse

1. Hizmet Kusuru – Görev Kusuru Birlikteliği

İdarenin yürüttüğü kamu hizmeti, bazı durumlarda idarenin kusurlu sayılmasına neden olacak şekilde yetersiz bulunur. Bu durumda hizmet kusuru söz konusudur. Hizmet kusuru kavramı, ifa edilen kamu hizmetindeki eksikliği, aksaklığı ve yetersizliği ifade etmektedir³⁰. Hizmet kusuru, kişilerden bağımsızdır, anonimdir³¹.

Sağlık hizmetleri, idare tarafından sunulan en önemli kamu hizmetlerinden birisidir. Bu hizmetler ya idare tarafından doğrudan ya da idarenin denetimi ve gözetimi altında özel hukuk tüzel kişileri tarafından sunulmaktadır³².

Hastanenin teknik donanımının yeterli olmaması, personelin yetersizliği, bina ve tesislerin bakımsız olması, aydınlatma, havalandırma, ısıtma sistemlerinin yeteri kadar çalışmaması, ameliyathanelerin elverişsiz olması, dezenfeksiyon eksikliği, ilk yardım ve yoğun bakım ünitelerinin donanımsız olması gibi hususlar hizmet kusuruna sebep olur³³. Hizmet kusurunun sorumlusu kamu

²⁸ AYAN, s. 137-139.

²⁹ "...Gerçekten de, B.K. nun 386/2. maddesi hükmü uyarınca, diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde, vekâlet hükümleri geçerlidir. Somut olayda olduğu gibi, özel hastane (ve onun tarafından istihdam edilen doktorlar) ile hasta arasındaki uyumsuzlukların vekâlet sözleşmesine ilişkin hukuksal düzenlemelere göre çözülmesi gerektiği konusunda, öğreti ve Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulaması arasında paralellik bulunmaktadır..." HGK., T. 11.12.2002, 2002/13-1011 E., 2002/1047 K., benzer yönde kararlar için bkz. Yarg. 13. HD., T. 27.03.2012, 2011/9457 E., 2012/8303 K., Yarg. 13. HD., T. 23.03.2010, 2009/13214 E., 2010/3694 K. (Açıklamalı-Kanun İçtihat Programı).

³⁰ ÇAĞLAYAN, Ramazan; Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Der.:BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf), Ankara 2007, s. 121.

³¹ ÇAĞLAYAN, s. 122.

³² YILMAZ, Mustafa; İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Der.:BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf), Ankara 2007, s. 135.

³³ "...Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan davalı idare; hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği ye-

görevlisi değil³⁴, aksine doğrudan idaredir³⁵.

Görev kusuru, kamu görevlisinin yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerini gereği gibi yapmaması, uyulması gereken kurallara uymaması ve bu davranışları nedeni ile zarara yol açmasıdır. Kamu görevlilerinin görev kusurları çoğu zaman ceza hukuku anlamında suç teşkil edebilecek eylemlerle ortaya çıkmaktadır³⁶.

Hizmet kusuru-görev kusuru birlikteliği, hizmet kusuruna neden olan işlem ve eylemlerin de, esasen kamu görevlisinin görev kusurundan kaynaklanıyor olmasıdır. Ancak, bu birliktelik durumunda, kamu görevlisinin görev kusuru, hizmetten ayrılabilir nitelikte şahsî bir kusur boyutuna varmamaktadır. Eğer, kamu görevlisinin görev kusuru, hizmetten ayrılabilir nitelikte salt şahsî bir kusur olarak ortaya çıkıyorsa, artık hizmet kusuru-görev kusuru birlikteliğinden bahsetmek mümkün olmaz.

Kamu görevlisi olan hekimin kusuru, hizmet kusuru-görev kusuru birlikteliği şeklinde ortaya çıkıyorsa, bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 40/f. III, 129/f.V, 657 sayılı Yasa m. 13/f.I uyarınca davanın, o kurum aleyhine açılması gerekir³⁷.

Kamu görevlisi olan hekimin kusurlu eylemleri nedeni ile hastaya tazminat ödemek zorunda kalan idare, hekim aleyhine adli yargıda 657 sayılı Yasa m. 12 ve Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerine (m. 49-76) göre rücuen tazminat davası açabilir³⁸.

terliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi suretiyle yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup; idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur. Görüldüğü gibi, sağlık hizmetleri hizmetten yararlananın kişisel özelliklerine ve hizmetin yürütülmesine bağlı olarak önceden öngörüle-meyen belirli bir tehlikeyi içerdiğinden, idarenin tazmin sorumluluğu için kural olarak idarenin ağır hizmet kusurunun bulunması ve zararlar, yürütülen sağlık hizmeti arasında nedensellik bağı bulunması gerekmektedir..." Dan. İDDK., T. 18.10.2007, 2004/721 E., 2007/2030 K. (Açıklamalı -Kanun İçtihat Programı).

³⁴ "...Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi, ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır..." Yarg. 4. HD., T. 02.04.2013, 2013/1929 E., 2013/6061 K. (Yarg. Baş. İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

³⁵ ÇELİK, s.720.

³⁶ ÇELİK, s.720.

³⁷ Yarg. 4. HD., T. 02.04.2013, 2013/1929 E., 2013/6061 K. (Yarg. Baş. İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

³⁸ AŞÇIOĞLU, s. 107.

2. Görev Kusuru Dışında Salt Şahsî (Kişisel) Kusur

Kamu görevlisinin görev kusuru, görevden ayrılabilir nitelikte kişisel bir kusur olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu durum, görev kusuru dışında salt şahsî (kişisel) kusur kavramı ile ifade edilir³⁹.

Kamu görevlisinin hangi davranışlarının şahsî kusur olarak değerlendirileceği, hangi davranışlarının hizmet kusuru sayılacağı konusunda kanunlarda bir düzenleme olmadığı gibi, yargı kararlarında da bu konuda tam ve net kriterlerin bulunmadığı anlaşılmaktadır⁴⁰. Ancak doktrinde, hizmet kusuru-şahsî kusur ayrımının belirlenmesinde bir takım kriterlerin kullanıldığı görülmektedir. Buna göre, hizmet dışında işlenen kusur⁴¹ (saf kişisel kusur), hizmet içinde fevkalâde işlenmiş ağır kusurlar, kişisel saiklerle işlenmiş kasıtlı kusurlar, ağır kusur (aşırı davranışlar), mazur görülemeyecek hatalar salt şahsî kusur olarak kabul edilmektedir⁴².

Görev kusuru daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan şahsî kusuru olarak ortaya çıkmaktadır. Şahsî kusur, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına yüklediği ödev, yetki ve araçlarla işlenmektedir. Salt şahsî kusurda ise, kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülmektedir⁴³.

Yargıtay, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kasıtlarından ve kusurlarından doğan tazminat davalarının kamu görevlilerinin aleyhine değil, ancak kamu idaresi aleyhine açılabilceğini kabul etmektedir⁴⁴. Yüksek

³⁹ ÇELİK, s. 721.

⁴⁰ YILMAZ, Kusur Sorumluluğu, s. 144.

⁴¹ "...Hizmetten ayrılabilen kişisel kusur ise kamu hizmeti ile ilgili olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurdur. Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse: Sabahleyin aracı ile kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur..." Yarg. 4. HD., T. 12.03.2012, 2012/852 E., 2012/3832 K. (Yarg. Baş. İtranet Sitesi-Kişisel Arşiv).

⁴² YILMAZ, Kusur Sorumluluğu, s. 144-145.

⁴³ HGK., T. 26.09.2001, 2001/4-595 E., 2001/643 K. (Açıklamalı-Kanun İçtihat Programı).

⁴⁴ "...Davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında kanamalı ve acil durumda olduğu halde destekleri olan hastaya müdahalede bulunmayıp, dış gebelik olan başka bir hastayla ilgilendiği; böylece, dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla ve doktoru hasım göstererek eldeki tazminat davasını açmışlardır. Davacıların bu iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibarıyla de kamu görevlisinin ihmaline dayanmaktadır.

Mahkeme'nin son kararlarına göre, kamu görevlisi hekimin hizmet içi şahsî kusurunun varlığı halinde, tazminat davasının idare aleyhine idarî yargıda açılması gerekmektedir. Ancak; kamu hizmeti ile ilgisi olmayan kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan bir kusurun varlığı halinde kamu görevlisi hekim aleyhine adli yargıda, tazminat davası açılabilir⁴⁵. Mesela, kamu görevlisi olan hekimin hastanenin bahçesinde tartıştığı hasta yakınlarını yaralaması halinde durum böyledir.

E. Tıbbî Vekâletsiz İşgörmeden Sorumluluk: Hekim Vekâletsiz İş Görmüşse

Hekimin sorumluluğuna yol açan tıbbî vakaların bir bölümünde hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmaz. Trafik kazası, yangın, boğulma gibi acil vakalarda hekim, hastanın rızası olmadan ve fakat hastanın menfaatine bir takım tıbbî müdahalelerde bulunur. Gerek Alman Hukukunda ve gerekse İsviçre Hukukunda, hekimin bu tür müdahalelerine, vekâletsiz iş görme hükümlerinin (BGB. §§ 683-684; OR. Art. 419-424; TBK. m. 526-531) uygulanacağı doktrinde kabul edilmektedir⁴⁶.

Hal böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Öyle ise, dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, Mahkemece, davalı doktor hasım gösterilerek açılan davanın husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi usul ve yasaya uygun olup, direnme kararının onanması gerekir..." HGK., T. 01.02.2012, 2011/4-592 E., 2012/25 K.; aynı yönde başka bir karar için bkz. HGK., T. 19.11.2014, 2013/4-1120 E., 2014/922 (Yarg. Baş. İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).
"*...Dava, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken, kusurları sonucu kişilere zarar vermelelerinden kaynaklanan ve zarar görenlerin idare ve kamu görevlileri aleyhine açtıkları manevi tazminat davasıdır.*

Kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken veya görevlerini yaparken kişilere zarar vermesi ilgili kamu kurumunun hizmet kusurunu oluşturur. Bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumu olup dava o kurum aleyhine açılmalıdır. (T.C. Anayasası 40/III, 129/V, 657 Sy. K.13, HGK 2011/4-592 E., 2012/25 K.) Bu konuda yasal düzenlemeler, emredici hükümler içermektedir. Diğer yandan Sorumluluk Hukukunun temel ilkeleri açısından bakıldığında da bu şekilde düzenlemenin mevzuatta yer almış olması zarar görenin zararının karşılanması yönünde önemli bir teminattır.

Davaya konu edilen olayda; devlet hastanesinde görevli davalı doktorun gerçekleştirdiği sezyen ameliyatı nedeniyle vücudunda iltihaplanma oluşması ve yeni operasyonlar geçirmesinden kaynaklanan manevi tazminat isteminde bulunulmuştur.

Şu durumda, yerel mahkemece kamu görevlisi olan davalı ...hakkında, kusuruna dayanılarak açılan davanın husumet yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçe ile karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir..." Yarg. 4. HD., T. 16.09.2013, 2013/12752 E., 2013/14281 K. (Yarg. Baş. İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

⁴⁵ Yarg. 4. HD., T. 22.05.2012, 2012/4284 E., 2012/9082 K. (Yarg. Baş. İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

⁴⁶ AYAN, s. 60.

Hekim, zaruret halinin varlığı halinde, hastanın rızası olmadan, hastanın menfaatine bir takım tıbbî müdahalelerde bulunmuşsa, bu durum, hekimin vekâletsiz iş görmesi olarak nitelendirilmektedir. Örneğin bir trafik kazasında ağır şekilde yaralandığı için bilinci yerinde olmayan veya geçirdiği kalp krizi nedeniyle kendisini kaybeden bir hastaya yapılan her tür tıbbî müdahalede, hekim vekâletsiz iş gören durumundadır. Esasen zaruret halinde hekim hastaya müdahalede bulunmak zorundadır, böyle durumlarda hastaya tıbbî müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir (Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m. 70; Hasta Hakları Yönetmeliği m. 5/d, m. 24/f.VII)⁴⁷. Böyle bir halde, hastanın kendisinden veya kanuni temsilcisinden hukuken kabul edilebilir bir rıza açıklamasının elde edilmesi fiilen mümkün değildir⁴⁸. Zaruret halinde hastanın farazî iradesinin varlığından bahsedilmektedir⁴⁹.

Vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı bir diğer önemli durum ise, ameliyatın genişletilmesi zorunluluğudur. Hekim, ameliyat esnasında, daha önce öngörülme-yen ve bu nedenle hastaya anlatılması mümkün olmayan yeni bulgularla karşılaştığında, hastanın rızası olmadan, hastanın menfaatine bir takım tıbbî müdahalelerde bulunabilir. Hekimin, rıza dışı bu tür müdahalelerinin hukuka uygun vekâletsiz iş görme olarak değerlendirilebilmesi için, hayatî bir tehlikenin ortaya çıkmış olması ve müdahalenin genişletilmesi riskinin, rıza elde etmek için beklenmesi halinde ortaya çıkacak tehlikeden daha az olması gerekmektedir. Yine özellikle, ölüm tehlikesinin önlenmesi hali dışında, hastanın rızası olmadan hayatî bir organının çıkarılmaması gerektiği de burada özellikle vurgulanmalıdır⁵⁰.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir hasta ile hekim arasında hekimlik sözleşmesi yapılması durumunda da hekim vekâletsiz iş gören durumundadır⁵¹. Hekim söz konusu bu hallerde, kendisine yabancı olan hastanın yöneticisi olarak hareket etmektedir. Hekimin bu şekilde, vekâletsiz iş gören olarak yaptığı müdahaleleri, hastanın muhtemel iyileşme menfaati nedeni ile haklı görülmektedir⁵².

Vekâletsiz iş görme nedeni ile hekim ile hasta arasında kurulan ilişki bir sözleşme ilişkisi değildir. Burada hekim ile hasta arasında kanuni bir borç ilişkisi kurulmaktadır⁵³.

⁴⁷ AYAN, s. 61.

⁴⁸ ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt; Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, s. 48.

⁴⁹ AŞÇIOĞLU, s. 45-46; ÇİLİNGİROĞLU, s. 50-51. Çilingiroğlu, tıbbî zorunluluk hallerinde, hukuka aykırılığın, kanunun verdiği yetki ve üstün nitelikte özel yarar gibi iki nedenle engellenebileceğini savunmakta olup, farazî iradenin varlığı görüşüne katılmamaktadır. Bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 51.

⁵⁰ AYAN, s. 61.

⁵¹ ER, Ünal; Sağlık Hukuku, Ankara 2008, s. 67.

⁵² ŞENOCAK, s. 102.

⁵³ EREN, Özel Hükümler, s. 738.

Hekimin sorumluluğuna neden olan vekâletsiz iş görmesi, hukuka uygun (caiz) vekâletsiz iş görme olabileceği gibi, hukuka aykırı (caiz olmayan) vekâletsiz iş görme de olabilmektedir. Aşağıda bunlar ayrı ayrı incelenmiştir.

1. Hekimin Hukuka Uygun (Caiz) Vekâletsiz İşgörmesi

Hastanın objektif menfaatine uygun olarak girilen, onun gerçek veya tahmin olunan iradesine uyan, hukuka, ahlâka ve adaba aykırı olmayan vekâletsiz iş görmeye, hekimin hukuka uygun (caiz) vekâletsiz işgörmesi denilmektedir⁵⁴. Caiz olan vekâletsiz iş görme, hukukî işlem benzeri bir fiil niteliğindedir⁵⁵. Hukuka uygun (caiz) vekâletsiz iş görmede, hekim ile hasta arasında sözleşmeye dayanan bir ilişki kurulmamaktadır. Çünkü, böyle bir halde hekim, acil bir vaka olarak önüne getirilen hastaya müdahale etmektedir. Dolayısıyla hekim, TBK. m. 526'ya göre, hastanın menfaatine ve varsayılan iradesine uygun hareket etmek durumundadır.

TBK. m. 527/f.1, genel olarak hukuka uygun (caiz) vekâletsiz iş görenin sorumluluğunu düzenlemiş olup, hukuka uygun (caiz) vekâletsiz işgören konumunda olan hekim de, TBK. m. 527 hükümleri uyarınca sorumlu tutulur⁵⁶.

2. Hekimin Hukuka Aykırı (Caiz Olmayan) Vekâletsiz İşgörmesi

İş sahibinin menfaatine sanılan, fakat esasen iş sahibinin menfaatine olmayan, iş sahibinin açık yasaklamasına aykırı olan, iş görenin başkasına ait olduğunu bildiği ya da bilmediği bir işi kendi menfaatine yapması hallerinde, işi gören hukuka aykırı (caiz olmayan) vekâletsiz iş gören konumundadır⁵⁷. Eğer hekimin, hastanın icazeti olmadan yaptığı tıbbî teşhis ve tedaviler, yukarıda belirtilen haller kapsamında değerlendirilebiliyorsa, hekim de hukuka aykırı (caiz olmayan) vekâletsiz iş gören konumundadır.

Hukuka aykırı (caiz olmayan) vekâletsiz iş görmenin hukuka aykırı bir fiil olduğu kabul edilmelidir. Yalnız gerek hukuka uygun vekâletsiz iş görmeye ve gerekse hukuka aykırı vekâletsiz iş görmeye onay verilmesi halinde, hekim ile hasta arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır (TBK. m. 531)⁵⁸.

⁵⁴ TANDOĞAN, Haluk; Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957, s. 41; ŞENOCAK, s. 103.

⁵⁵ TANDOĞAN, Vekâletsiz İş Görme, s. 54; ŞENOCAK, s. 103.

⁵⁶ GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.-II, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 233.

⁵⁷ TANDOĞAN, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.: 2, 3. Bası, Ankara 1987, s. 677; ŞENOCAK, s. 103.

⁵⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 677.

II. ZAMANAŞIMI UYGULAMASI

A. Tıbbî Sorumluluğun Kaynağına Göre Zamanaşımının Belirlenmesi

Hekimlerin hukuka aykırı eylemleri sonucu zarar gören hastaların maddî ve manevî tazminat olarak beliren alacakları, yani tazminat talepleri belirli sürelerin geçmesi ile zamanaşımına uğrar⁵⁹.

Hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin niteliğine göre zamanaşımı süreleri değişebilmektedir⁶⁰.

Bağımsız çalışan hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesine, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı Yargıtay kararları ile benimsendiğinden, sözleşme ilişkisinin olduğu bu durumda hekim aleyhine açılacak tazminat davalarında zamanaşımı süresi TBK. m. 147/f.l-b.5 uyarınca beş yıldır. Ayrıca, sözleşmenin tarafı olan hekim ifa yardımcısı kullanmışsa, ifa yardımcılarının işlem ve fiilleri nedeni ile hastada oluşan zarardan dolayı hekim aleyhine açılacak tazminat davaları da beş yılda zamanaşımına uğrar. Eğer hekimin fiili aynı zamanda ceza kanunları açısından suç teşkil ediyorsa, tazminat davası açısından uzamış ceza zamanaşımı süresi uygulanır⁶¹.

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın tam hastaneye kabul sözleşmesinin bulunması halinde, hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmadığı, sözleşen tarafların hasta ile özel hastane işleticisi olduğu, hekimin ifa yardımcısı konumunda bulunduğu yukarıda ifade edilmişti. Böyle bir halde ifa yardımcısı olan hekimin işlem ve eylemleri nedeni ile zarara uğrayan hasta, hastane işleticisi aleyhine sözleşmeye dayalı, hekim aleyhine ise haksız fiile (TBK. m. 49-76) dayalı olarak tazminat davası açabilir. Bu durumda hekim aleyhine açılacak tazminat davalarında zamanaşımı süresi, TBK. m. 72/f.l uyarınca, zarar gören hastanın zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıldır. Eğer ifa yardımcısı olan hekimin fiili aynı zamanda ceza kanunları açısından suç teşkil ediyorsa, tazminat davası açısından uzamış ceza zamanaşımı süresi uygulanır.

⁵⁹ AŞÇIOĞLU, s. 124.

⁶⁰ YILMAZ, Battal; Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 251.

⁶¹ ÇELİK, s. 732; AŞÇIOĞLU, s. 124; "...Davalılardan doktor hakkında Ankara 2. Sulh Ceza Mahkemesinin 2009/91 esas sayılı dosyada bu olay nedeniyle mahkumiyet kararı verildiği anlaşılmaktadır. Borçlar Kanununun 72. maddesi uyarınca tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımını öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa bu zamanaşımı uygulanır. Türk Ceza Kanununun 89/1.maddesinin zamanaşımı süresi dolmadan açılan dava süresindedir. Mahkemece, işin esasını incelenerek sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir..." Yarg. 13. HD., T. 13.11.2014, 2014/10972 E., 2014/35823 K. (Yarg. Baş. İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

Hekimlik sözleşmesi ilâveli tam hastaneye kabul sözleşmesi ile bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin varlığı halinde, ayrıca hekim ile hasta arasında hekimlik sözleşmesi de kurulmaktadır. Böyle bir halde hekim aleyhine açılacak tazminat davalarında uygulanacak zamanaşımı süresi, TBK. m. 147/f.I-b.5 uyarınca beş yıldır. Eğer hekimin fiili aynı zamanda ceza kanunları açısından suç teşkil ediyorsa, tazminat davası açısından uzamış ceza zamanaşımı süresi uygulanır.

Arada sözleşme ilişkisinin bulunduğu hallerde, tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı, bu alacağın doğduğu, daha doğrusu muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlar⁶².

Kamu görevlisi olan hekimin işlem ve fiillerindeki kusur, hizmet kusuru-görev kusuru birlikteliği şeklinde ortaya çıkıyorsa, bu durumda sorumlu, kamu görevlisinin emrinde çalışmakta olduğu kamu kurumudur. Bu durumda, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 40/f.III, 129/f.V, 657 sayılı Yasa m. 13/f.I uyarınca kurum aleyhine idari yargıda tam yargı davası açılmalıdır. Ancak, zarar gören davacı hastaya tazminat ödemek zorunda kalan kamu kurumu ilgili hekime rücu edebilir. İdari yargıda doğrudan kamu görevlisi hekim aleyhine tazminat davası açılmaz. İYUK. m. 13 uyarınca, kamu görevlisi hekimin işlem ve eylemlerinden dolayı zarar gören hasta idari yargıda dava açmadan önce, işlem ve/veya eylemi öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili kamu kurumuna başvurarak tazminat isteminde bulunmalıdır. Bu istemin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istem hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren süresi içinde dava açılmalıdır. Burada öngörülen dava açma süresi, hak düşürücü süredir. Ancak, açılan dava hekim aleyhine açılan bir tazminat davası değildir. İdare aleyhine açılan tam yargı davasıdır.

Kamu görevlisi olan hekimin salt şahsî kusurunun varlığı halinde doğrudan hekim aleyhine TBK. m. 49 vd. hükümler uyarınca haksız fiil sorumluluğuna dayalı olarak tazminat davası açılabilir. Bu durumda hekim aleyhine açılacak tazminat davalarında zamanaşımı süresi, TBK. m. 72/f.I uyarınca, zarar gören hastanın zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıldır. Eğer hekimin eylemi aynı zamanda ceza kanunları açısından suç teşkil ediyorsa, tazminat davası açısından uzamış ceza zamanaşımı süresi uygulanır.

Hekim, hasta ile olan hukukî ilişkisinde hukuka uygun (caiz) vekâletsiz iş gören konumunda ise, hekimin eylemi haksız fiil sayılmamakta, ancak sözleşmeye de dayanmamaktadır. Bu durum kendine özgü bir sorumluluk sebebi olarak

⁶² OĞUZMAN/ÖZ, s. 608; BAŞPINAR, Veysel; Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 281.

ortaya çıkmaktadır. Vekâletsiz iş görmenin tabi olacağı zamanaşımı konusunda Türk Borçlar Kanununda özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle zamanaşımı ile ilgili genel hüküm olan TBK. m. 146/f.I uyarınca zamanaşımı süresinin on yıl olduğu kabul edilmektedir⁶³. Hekimin hukuka uygun vekâletsiz iş gören konumunda olduğu bir durumda hekim aleyhine açılacak tazminat davalarında da zamanaşımı süresi on yıldır⁶⁴. Eğer hekimin eylemi aynı zamanda ceza kanunları açısından suç teşkil ediyorsa, tazminat davası açısından uzamış ceza zamanaşımı süresi uygulanır.

Hekim, hasta ile olan hukukî ilişkisinde hukuka aykırı (caiz olmayan) vekâletsiz iş gören konumunda ise, hastanın hekimin işlem ve eylemleri nedeni ile uğradığı zararın tazmini için açacağı davalarda uygulanacak zamanaşımı süresi, TBK. m.72/f.I uyarınca, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenme tarihinden başlayarak iki yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıldır⁶⁵. Eğer hekimin eylemi aynı zamanda ceza kanunları açısından suç teşkil ediyorsa, tazminat davası açısından uzamış ceza zamanaşımı süresi uygulanır.

B. Yargı Uygulamalarındaki Yansımaların İncelenmesi ve Tartışılması

1. Adli Yargı Uygulaması

Hekim aleyhine açılacak tazminat davalarında zamanaşımı kurumunun adli yargı uygulamalarındaki yansımalarının Yargıtay kararları ışığında incelenmesi ve tartışılmasının, konunun daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacağı kanaatindeyiz. Bu sebeple konu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

Hekim ile hasta arasında vekâlet sözleşmesine dayanan bir hukukî ilişki bulunduğunu ve zamanaşımı süresinin beş yıl olduğunu benimseyen Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta zamanaşımı süresinin, ameliyat tarihinden değil, davacının (hastanın) yapılan ameliyat sonucu hekimlerin ihmali nedeniyle elini kullanamayacağını öğrendiği tarihten itibaren başlayacağını kabul etmiştir⁶⁶.

⁶³ GÖKCAN, Hasan Tahsin; Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 1032; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 683.

⁶⁴ ÖZDEMİR, H. Gökçe; Roma ve Türk Hukukunda Vekâletsiz İş Görme (Negotiorum Gestio), Ankara 2001, s. 139.

⁶⁵ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 683.

⁶⁶ "...Dava maddi manevi tazminat talebine ilişkindir. Davacı, davalılar tarafından camla kesilen eline yanlış tedavi uygulanması nedeniyle uğradığı zararların tazminini istemiştir. Her ne kadar mahkemece davacının davalılar tarafından ameliyat edildiği tarihte dava tarihi arasında vekâlet ilişkisinden kaynaklı olarak BK.126/4.maddesi hükmüne 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğundan bahisle dava reddedilmiş ise de, olayda zamanaşımı davacının yapılan ameliyat sonucu doktorların ihmali nedeniyle elini kullanamayacağını öğrendiği tarihten itibaren başlar. Mahkemece davacının ameliyattan sonra gördüğü tedavilerde araştırılıp, davacının elini kullanamayacağını ortaya çıktığı tarihin tespit edilerek sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir..." Yarg. 13.

Yüksek Mahkeme'nin bir diğer kararında, zararın varlığının öğrenildiği tarihte davacının dava açma hakkının doğacağı, ayrıca zararın kapsam ve miktarının öğrenilmesinin, zamanaşımının başlaması için bir koşul olarak aranmayacağı belirtilmiştir⁶⁷.

Yargıtay'ın yanlış tıbbî uygulamalar nedeni ile açılan tazminat davalarında zamanaşımı süresinin başlangıcının belirlenmesi açısından değişik tarihlerde verdiği kararlarda "gelişen durum" kavramını tartıştığı görülmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, tıbbî teşhis, tedavi ve uygulamalar nedeni ile ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde sonradan değişme eğilimi gösteriyorsa, başka bir deyişle, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık "gelişen durum" ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler söz konusu olmaktadır. Gelişen durumun varlığı halinde, zamanaşımı süresi gelişen durumun durduğu ya da ortadan kalktığı öğrenilmesiyle birlikte başlamaktadır. Mesela, yanlış ilaç uygulaması nedeni ile başlangıçta bir organı zarar gören hastanın, zamanla diğer organlarının da zarar görmesi halinde durum böyledir⁶⁸.

HD., T. 18.09.2012, 2012/13951 E., 2012/20106 K. (Yarg. Baş. İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv).

⁶⁷ "...Zararın varlığının öğrenildiği tarihte davacının dava açma hakkı doğar ve zamanaşımı da işlemeye başlar. Zararın varlığının öğrenilmesi zamanaşımının başlaması için yeterli olup, ayrıca zararın kapsam ve miktarının öğrenilmesi, zamanaşımının başlaması için bir koşul olarak aranmamaktadır..." Yarg. 13. HD., T. 14.07.2011, 2011/2343 E., 2011/11552 K. (Yarg. Baş. İnternet Sitesi-Kişisel Arşiv), benzer nitelikte başka bir karar için bkz. Yarg. 13. HD., 16.03.2009 T., 2008/10544 E., 2009/33044 K. (YILMAZ, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 254-255).

⁶⁸ "...ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık "gelişen durum" ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bu durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacağı için zamanaşımı süresi bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığı öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır...

Önemle belirtilmelidir ki, burada sözü edilen "gelişen durum" kavramı, uygulamada çoğu kez yanlış anlaşıldığı şekilde, doğan zararın kapsamının zarar görence tam olarak öğrenilmesinin herhangi bir nedenle geciktiği (Örneğin buna ilişkin bilirkişi raporunun geç alındığı) durumlara ilişkin olan, böylesi bir durumu ifade eden bir kavram değildir. Eş söyleyişle, gelişen durum kavramı, salt zarar doğuran işlem ya da eylemin sonuçlarının gelişmesini ve bu nedenle zarar görenin bu konularda bilgi sahibi olabilmemesinin zorunlu olarak bu gelişmenin tamamlanacağı ana kadar gecikmesini ifade eder..." HGK., T. 06.11.2002, 2002/4-882 E., 2002/874 K. (Açıklamalı-Kanun İçtihat Programı).

"...Zarar görenin zararı öğrenmesinden amaç, zararın mahiyeti (kapsamı) ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, davayı ciddi ve objektif şekilde desteklemeye ve davanın gerekçelerini göstermeye elverişli bütün hal ve şartları öğrenmiş olmasıdır. Eğer zararın kapsamını belirleyecek husus "gelişmekte olan bir durum" ise zamanaşımı bu gelişme sona ermedikçe işlemeye başlamaz.

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki; "gelişen durum" aynı olaya ilişkin olarak zaman içinde zararın artması veya yeni zararların doğması halidir. Bundan ayrı; zarar görenin kendi imkanlarıyla ya da başkasının yardımıyla zarar verici fiilin sonuçlarının gidisini ve kesinleşen durumu değerlendirebilmesi gerekir.

Yüksek Mahkeme'nin, farklı bir uyuşmazlık ile ilgili verdiği, fakat hekim aleyhine açılacak tazminat davalarına da emsal teşkil edebilecek bir kararda, hukuka aykırı ve ancak henüz herhangi bir zarar doğurmamış bir fiilin işlenmiş olmasının, tek başına zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için yeterli olmadığı, hukuka aykırı nitelikteki fiilin, zararın doğacağı ana kadar haksız fiil olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir^{69, 70}. Yıllar önce yapılan bir ameliyatta karın bölgesinde pens unutulmuş bir hastanın midesinin bu pens ile henüz hasar görmesi hali böyle bir duruma örnek olarak gösterilebilir.

Özellikle, vücut bütünlüğünün ihlalden doğan zarar, ancak bakım ve tedavi sonucunda düzenlenen hekim raporuyla belirli bir açıklığa kavuşmaktadır. Zararın mahiyet ve şumülü anlaşılmasından mutlaka haksız eylem tarihinden itibaren dava açılması gerektiği yolundaki bir görüş, Borçlar Kanununun 60. maddesinin "zararı öğrenme" kavramına uygun düşmez. Nitekim; İsviçre Federal Mahkemesi kararları ve öğretide, vücut bütünlüğünün ihlalden doğan zararlar zamanaşımı süresinin ancak kesin teşhisten, özellikle sürekli sakatlığa ilişkin kesin raporun öğrenilmesinden sonra işlemeye başlayacağı kabul edilmektedir..." HGK., T. 27.11.2002, 2002/4-1022 E., 2002/1034 K. (Açıklamalı-Kanun İçtihat Programı).

"...davalı vekillerin özen borcuna aykırı davranışlarının doğurduğu zararın, davacı küçüğün doğum anında bütün unsurlarıyla ortaya çıkmış bulunduğu kabulü gerekir. Zira bazı uzuvların hiç mevcut olmadığı, bazılarının da yeterli fonksiyona sahip bulunmadığı doğum anında bellidir. Doğum anında mevcut anomalilerin zaman içinde olumsuz yönde değiştiği yolunda da hiçbir bulgu mevcut değildir, uzunca bir süre devam eden tedavi sonunda kısmen bir düzelme oluştuğu, yani zararın artarak değil, azalarak sürdüğü de anlaşılmaktadır. O halde zararın tazminine yönelik her türlü dava hakları yönünden yasal zamanaşımı süresinin doğum tarihinde başladığının kabulü gerekir..." HGK., T. 11.12.2002, 2002/13-1011 E., 2002/1047 K. (GÖKCAN, s. 1336.)

"...Hatalı işlem ve eylem sonucunda doğan zarar, üzerinden geçen zaman içerisinde ilk doğduğu şekliyle, sonradan değişmeksizin varlığını sürdürüyorsa, zarar görenin salt bu zararın varlığını öğrenmiş olması, zamanaşımı süresinin de başlaması için yeterli olacaktır. Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarında zamanaşımı başlangıcı yönünden zarar görenin salt zararın varlığını öğrenmesi yeterli kabul edilmekte, ayrıca zararın miktar ve kapsamını da öğrenmesi aranmamaktadır..." Yarg. 13. HD., T. 20.02.2004, 2004/8721 E., 2004/1901 K. (YILMAZ, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 254).

⁶⁹ *"...Hukuka aykırı ve ancak henüz herhangi bir zarar doğurmamış bir fiilin işlenmiş olması, tek başına yasal 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için yeterli değildir. Zira, yukarıda değinildiği üzere, bir fiilin haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için, diğer koşullar yanında, onun bir zarara neden olması da zorunludur. Kendisinden kaynaklanan bir zarar bulunmadıkça, bir fiilin hukuka aykırılığında söz edilebilirse de, henüz bir haksız fiil olarak kabulü mümkün değildir. Böyle durumlarda, zarar doğuncaya kadar, ortada sadece hukuka aykırı bir fiil bulunur; dolayısıyla, bu aşamada, haksız fiilin unsurlarından sadece hukuka aykırılık ve -koşulları varsa- kusur unsurları gerçekleşmiş olur. O fiilin, hukuka aykırı bir fiil olmaktan çıkıp, haksız fiil niteliğine dönüşebilmesi ise, ancak diğer iki unsurun; bir zararın doğması ve zarar ile fiil arasında nedensellik bağının bulunması unsurlarının birlikte gerçekleşmesiyle mümkündür. Kısaca, hukuka aykırı bir fiil, bütün bu koşulların birlikte gerçekleştiği andan itibaren haksız fiil niteliğine bürünür; o potansiyeli taşıdığı halde henüz nedensellik bağına da içeren bir zararı doğurmamış olan hukuka aykırı nitelikteki bir fiil, zararın doğacağı ana kadar haksız fiil olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla, haksız fiil, zorunlu olarak, bir zarar doğurduğu anda bütün unsurlarıyla tamam olur ve ancak o tarihte işlenmiş sayılabilir..." HGK., T. 22.10.2003, 2003/4-603 E. ve 2003/594 K. (Açıklamalı-Kanun İçtihat Programı).*

⁷⁰ Bu karar ile ilgili ayrıntılı açıklamalar ve değerlendirmeler için bkz. HAVUTÇU, Ayşe; Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, DEÜHF.D., C. 12, Özel S., s. 586 vd. (<http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-12-ozel/2-ozel/2-aysehavutcu.pdf>) (Erişim tarihi ve saati: 28.12.2014, 16:47).

2. İdari Yargı Uygulaması

Hekim aleyhine açılan tazminat davaları ile ilgili olarak, Danıştay'ın kamu kurumu aleyhine açılan tam yargı davalarında dava açma süresi ile ilgili vermiş olduğu kararlar aşağıda incelenmiştir.

Danıştay'a göre, idari eylem nedeni ile uğranılan zararların tazminine yönelik tam yargı davalarının açılabilmesi, eylemin idariliğinin ve zararın bilinmesine bağlıdır. Bir eylemin idariliği ve doğurduğu zarar bazı durumlarda eylemin gerçekleşmesiyle, kimi zamanda değişik araştırma ve incelemelerden, hatta ceza davalarından ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenlerle, İYUK. m. 13'te öngörülen bir ve beş yıllık sürelerin eylemin idariliğinin ve doğurduğu zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması zorunludur. Aksi yorum, dava açma yolunun kullanımını güçleştirerek hak arama hürriyetini olumsuz yönde etkileyecektir⁷¹.

Yüksek Mahkeme bir başka kararında, davacının eylemin idariliğini asliye hukuk mahkemesi tarafından verilen husumetten red kararı ile öğrendiğini kabul etmiştir⁷².

SONUÇ

Hekimin, tıbbî tazmin sorumluluğu çeşitli hukukî sebeplerden kaynaklanabilmektedir. Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda hekimin sözleşmeye dayanan tıbbî tazmin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Buna karşılık, hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda ise sözleşme dışı sorumluluk söz konusu olmaktadır. Hekimlerin hukuka aykırı eylemleri sonucu zarar gören hastaların maddî ve manevî tazminat olarak beliren alacaklarının, başka bir deyişle tazminat taleplerinin belirli sürelerin geçmesi ile zamanaşımına uğrayacağı muhakkaktır. Uygulanacak zamanaşımı süresi, hekim ile hasta arasındaki hukukî ilişkinin niteliğine göre belirlenir. Sözleşme ilişkisinin (vekâlet sözleşmesi) varlığı halinde uygulanacak zamanaşımı süresi, bu alacağın doğduğu (zararın ortaya çıktığı) andan itibaren beş yıldır. Sözleşme ilişkisinin bulunmadığı ve hekimin eyleminin haksız

⁷¹ Dan. 10. D., T. 04.11.2011, 2008/7182 E., 2011/4711 K.; Dan. 10. D., T. 31.10.2011, 2008/5355 E., 2011/4534 K. (GÖKCAN, s. 1367-1369); Dan. 15. D., T. 23.05.2014, 2014/3397 E., 2014/4201 K. (GÖKCAN, s. 1361-1362).

⁷² "...Mahkemece, Asliye Hukuk Mahkemesince verilen karar, görevsizlik kararı niteliğinde görülüp Kanunda öngörülen 30 günlük süre içerisinde idari yargıda dava açılmadığı gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmişse de; söz konusu mahkeme kararıyla davacı eylemin idariliğini öğrenmiş olup husumet yokluğu nedeniyle davanın reddine dair verilen kararı bir yıllık dava açma süresinin başlangıcı olarak kabul etmek gerekmektedir..." Dan. 10. D., T. 18.03.2014, 2013/11362 E., 2014/1870 K. (GÖKCAN, s. 1363-1364).

fiil olarak değerlendirildiği durumlarda zamanaşımı süresi, zarar gören hastanın zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıldır. Hekimin hukuka uygun vekâletsiz iş gören konumunda olduğu bir durumda ise zamanaşımı süresi on yıldır. Her üç durumda da, eğer hekimin eylemi aynı zamanda ceza kanunları açısından suç teşkil ediyorsa, tazminat davası açısından uzamış ceza zamanaşımı süresi uygulanır. Ancak, ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyorsa, başka bir deyişle zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda zaman içinde bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık “gelişen durum” ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler söz konusu olmaktadır. Gelişen durumun varlığı halinde, zamanaşımı süresi gelişen durumun durduğu veya ortadan kalktığı öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlamaktadır.

HMK. m. 33'e göre, davada dayanılan maddî olayların açıklanması taraflara, hukukî sebebin ve uygulanacak kanun maddesinin belirlenmesi hâkime aittir. Hâkim, her somut olayda maddî olayların hukukî nitelemesini yaparak, zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyerek, vardığı uygun sonuca göre bir karar vermelidir.



KAYNAKÇA*

- AŞÇIOĞLU, Çetin: Doktorların Hukukî ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 1982.
- AYAN, Mehmet: Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991.
- BAŞALP, Nilgün: Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.
- BAŞPINAR, Veysel: Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- BAŞPINAR, Veysel: Hekimin Özen Borcu, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Der.: Baygın, Cem/Uçar, Metin/Büyükay, Yusuf), Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 23-38 (Kısaltılmışı: Hekimin Özen Borcu).
- BAŞPINAR, Veysel: Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 191-213 (<http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/veysel-baspinar/sadece%20makale.pdf>) (Erişim tarihi ve saati: 10.07.2015; 12:08).
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Der.: Baygın, Cem/Uçar, Metin/Büyükay, Yusuf), Ankara 2007, s. 117-133.
- ÇELİK, Çelik Ahmet: Tazminat ve Alacaklarda Sorumluluk ve Zamanaşımı, Ankara 2012.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.
- DEMİR, Mehmet: Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHF., C. 57, S. 3, s. 225-252 (<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2008-57-03/AUHF-2008-57-03-demir.pdf>) (Erişim tarihi ve saati: 13.11.2014, 22:20).
- DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre (Çev.: Salim Özdemir): Sorumluluk Hukuku, Ankara 1983.
- DOĞAN, Murat: Hukukî Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Der.: BAYGIN, Cem/UÇAR, Metin/BÜYÜKAY, Yusuf), Ankara 2007, s. 39-55.
- ER, Ünal: Sağlık Hukuku, Ankara 2008.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014 (Kısaltılmışı: Özel Hükümler).
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015 (Kısal-

* Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan yollamalar ile aynı soyadını taşıyan yazarların eserlerine yapılan yollamalar, kısaltılmış şekilde parantez içerisinde gösterilmiştir.

tılmışı: Genel Hükümler).

GÖKCAN, Hasan Tahsin: Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Ankara 2014.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.-II, 3. Bası, İstanbul 2014.

HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku El Kitabı, 8. Baskı, Ankara 2014.

HAVUTÇU, Ayşe: Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, DEÜHFD., C. 12, Özel S., s. 579-605 (<http://webb.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz-12-ozel/2-ozel/2-aysehavutcu.pdf>) (Erişim tarihi ve saati: 28.12.2014, 16:47).

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2014.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.-1, 12. Bası, İstanbul 2014.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: Dış Hekimlerinin Hukukî Sorumluluğu, EÜHFD., C. XV, S. 1–2 (2011), s. 177-229.

ÖZDEMİR, H. Gökçe: Roma ve Türk Hukukunda Vekâletsiz İş görme (Negotiorum Gestio), Ankara 2001.

ŞENOCAK, Zarife: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998.

TANDOĞAN, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1957 (Kısaltılmışı: Vekâletsiz İş Görme).

TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.: 2, 3. Bası, Ankara 1987 (Kısaltılmışı: Özel Borç İlişkileri).

YILMAZ, Battal: Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukukî Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2010 (Kısaltılmışı: Hekimin Hukukî Sorumluluğu).

YILMAZ, Mustafa: İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Kusur Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006 (Der.: Baygın, Cem/ Uçar, Metin/Büyükay, Yusuf), Ankara 2007, s. 135-146 (Kısaltılmışı: Kusur Sorumluluğu).

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel
b.	: bend
Baş.	: Başkanlığı
BGB.	: BürgerlichesGesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
Bkz./bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
Dan.	: Danıştay
Der.	: Derleyen
DEÜHFD.	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
EÜHFD.	: Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İDDK.	: İdari Dava Daireleri Kurulu
İYUK.	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
OR.	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay

- BİR HESAP YARGISI OLARAK SAYIŞTAY**
Doç. Dr. Recai AKYEL
- ULAŞIM DIŞI AMAÇLARLA KULLANILAN ULUSLARARASI SUYOLLARININ HAKÇA VE MAKUL KULLANIMI VE TÜRKİYE'NİN SINIR AŞAN SULARI**
Yrd. Doç. Dr. Kenan DÜLGER
- AİLE HUKUKU UYUŞMAZLIKLARI BAKIMINDAN 6325 SAYILI HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUK KANUNU'NUN UYGULANABİLİRLİĞİ**
Yrd. Doç. Dr. Huriye Reyhan DEMİRCİOĞLU
- ONARICI ADALET VE UZLAŞTIRMA KURUMU BAĞLAMINDA CEZA ADALET SİSTEMİNDE MAĞDURUN KONUMU**
Dr. Hakan A. YAVUZ
- 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NA GÖRE TACİR KAVRAMI**
Dr. Serhan DİNÇ
- TÜRK CEZA KANUNU BAKIMINDAN TAKSİR**
Dr. Mehmet SAYDAM – Arş. Gör. Nurten ÖZTÜRK
- BİREYSEL BAŞVURU NETİCESİNDE DEVLETİN ÖDEDİĞİ TAZMİNAT SEBEBİYLE HÂKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNA BAKIŞ**
Arş. Gör. Kahan Onur ARSLAN
- TÜRK CEZA HUKUKUNDA KİŐSEL VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME SUÇU**
Arş. Gör. Rezzan İTİŞGEN
- MARKA LİSANS SÖZLEŞMELERİ**
Metin KIRATLI
- INCOTERMS® 2010 KURALLARINA GÖRE HASARIN İNTİKALI**
Mustafa DOĞAN
- KENTLEŞME VE SUÇ İLİŞKİSİ: ÇOCUK SUÇLULAR**
Tuğba ÜNSAL
- HEKİM ALEYHİNE AÇILAN TAZMİNAT DAVALARINDA ZAMANAŞIMI UYGULAMASI**
Yasemin YÜCESOY YILMAZ



Ahlatlıbel Mah.
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
06095 Çankaya Ankara - TÜRKİYE
T. +90.312 489 81 80 F. +90.312 489 81 01
www.taa.gov.tr